



Memorie del Dipartimento di Giurisprudenza  
dell'Università di Torino

LETIZIA COPPO

# L'ESONERO DA RESPONSABILITÀ



UNIVERSITÀ  
DEGLI STUDI  
DI TORINO

Edizioni  
Scientifiche  
Italiane





MEMORIE DEL DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA  
DELL'UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TORINO

18/2021

*Comitato scientifico delle Memorie del Dipartimento di Giurisprudenza*

Raffaele Caterina (coordinatore), Alessandra Algostino, Roberto Cavallo Perin, Elena D'Alessandro, Paolo Gallo, Enrico Grosso, Michele Graziadei, Edoardo Greppi, Daniela Izzi, Pier Giuseppe Monateri, Ugo Pagallo, Anna Maria Poggi, Michele Rosboch, Dario Tosi, Michele Vellano, Ilaria Zuanazzi.

LETIZIA COPPO

# L'esonero da responsabilità



UNIVERSITÀ  
DEGLI STUDI  
DI TORINO

Edizioni  
Scientifiche  
Italiane



Opera finanziata con il contributo del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Torino.

Il presente volume è stato preliminarmente sottoposto a un processo di referaggio anonimo, nel rispetto dell'anonimato sia dell'Autore sia dei revisori (*double blind peer review*). La valutazione è stata affidata a esperti del tema trattato, designati dal Comitato Scientifico della Collana. I revisori hanno formulato un giudizio positivo sull'opportunità di pubblicare il presente volume.

COPPO, Letizia

L'esonero da responsabilità

Memorie del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Torino - 18/2021

Napoli-Torino: Edizioni Scientifiche Italiane - Università degli Studi di Torino

---

© 2021 by Edizioni Scientifiche Italiane s.p.a.

80121 Napoli, via Chiatamone 7

[www.edizioniesi.it](http://www.edizioniesi.it)

[info@edizioniesi.it](mailto:info@edizioniesi.it)

© 2020 Università degli Studi di Torino

10124 Torino, Via Verdi 8

[www.collane.unito.it/oa/](http://www.collane.unito.it/oa/)

[openaccess@unito.it](mailto:openaccess@unito.it)

pp. XVI+396; 24 cm

ISBN 978-88-495-4693-4

ISBN 9788875901912

Prima edizione: settembre 2021



Quest'opera è distribuita con Licenza Creative Commons Attribuzione - Non commerciale Non opere derivate 4.0 Internazionale

I diritti di traduzione, riproduzione e adattamento totale o parziale e con qualsiasi mezzo (compresi i microfilm e le copie fotostatiche) sono riservati per tutti i Paesi.

Fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, comma 4 della legge 22 aprile 1941, n. 633 ovvero dall'accordo stipulato tra SIAE, AIE, SNS e CNA, CONFARTIGIANATO, CASA, CLAAI, CONFCOMMERCIO, CONFESERCENTI il 18 dicembre 2000.

*Alla mia famiglia  
e a Pietro*



*«Les lois prennent leur auctorité de la possession et de l'usage; il est dangereux de les ramener à leur naissance: elles grossissent et s'anoblissent en roulant, comme nos rivières; suyez le contremont jusque à leur source, ce n'est qu'un petit sourgeon d'eau à peine recognoissable, qui s'enorgueillit ainsin et se fortifie en vieillissant».*

M. DE MONTAIGNE, *Essais*, 1565



## Sommario

### *Introduzione*

XIII

### CAPITOLO I

#### *La genesi e la ratio del divieto di esonero da responsabilità*

1. Il diritto romano classico: il tipo contrattuale come limite alle modificazioni pattizie della responsabilità 1
2. Dal periodo giustiniano al diritto intermedio: il divieto del *pactum de dolo non praestando* e la distinzione tra *essentialia* e *naturalia negotii* 10
3. Dal silenzio del legislatore del 1865 alla codificazione del divieto 22
4. Le ragioni della previsione del divieto anche per i patti che limitano la responsabilità 29
5. Le ragioni dell'estensione del divieto all'esonero dalla responsabilità per colpa grave 38
6. Le ragioni dell'applicazione del divieto alle clausole che limitano le conseguenze della responsabilità ma non a quelle che le trasferiscono su terzi 44
7. Le ragioni della previsione del divieto per i patti sulla responsabilità ma non per i patti sulle altre conseguenze dell'inadempimento 49
8. La *ratio* del divieto nei contratti per adesione e nei contratti asimmetrici: da limite a presidio dell'autonomia contrattuale 56
9. La polifunzionalità del divieto e l'importanza di individuare una *ratio* unitaria 60

## CAPITOLO II

*I limiti di validità del patto di esonero e il controllo giudiziale*

1. I limiti previsti dall'art. 1229 cod. civ.: tra regole di validità e regole di comportamento, interpretazione conservativa e nullità parziale 63
2. Il concetto di «dolo» e il problema se qualsiasi inadempimento intenzionale possa qualificarsi come doloso 74
3. Il concetto di «colpa» e la sua compatibilità con la teoria oggettiva della responsabilità contrattuale 85
4. *Segue*: il rilievo della distinzione tra obbligazioni di mezzi e obbligazioni di risultato 94
5. *Segue*: la funzione del patto di esonero nei casi in cui il criterio d'imputazione della responsabilità è diverso dalla colpa 105
6. Il concetto di «colpa grave» 110
7. Il concetto di inadempimento derivato dalla violazione di norme di ordine pubblico: il problema dell'esonero da responsabilità aquiliana 118
8. *Segue*: il problema dell'esonero da responsabilità precontrattuale 126
9. Il rapporto tra il giudizio di compatibilità con i limiti previsti dall'art. 1229 cod. civ. e il giudizio di vessatorietà 138
10. Il rapporto tra i limiti generali e i limiti speciali previsti per alcuni tipi di contratti 144

## CAPITOLO III

*Patti che hanno per oggetto o per effetto l'esonero da responsabilità: la ricerca di un criterio di appartenenza alla categoria*

1. La limitazione o l'esclusione della responsabilità come effetto compatibile con una pluralità di patti: premesse metodologiche 153
2. La distinzione tra patti che limitano la responsabilità e patti che delimitano quantitativamente l'oggetto del contratto: le clausole di tetto massimo 156
3. Patti che limitano la responsabilità e patti che limitano qualitativamente l'oggetto del contratto: le clausole di *efforts* 160
4. La distinzione tra patti che limitano la responsabilità e patti che limitano il rischio garantito: le clausole di franchigia 167
5. *Segue*: le clausole che limitano i danni coperti dalla polizza 171
6. *Segue*: le clausole che limitano temporalmente la copertura assicurativa 174

7. In particolare, le clausole <i>claims made</i>	178
8. Patti che escludono la responsabilità e patti che escludono un'obbligazione tipica del contratto: la custodia	184
9. <i>Segue</i> : la consegna del bene all'utilizzatore nel <i>leasing</i>	190
10. <i>Segue</i> : le visure ipotecarie e catastali	194
11. Patti che escludono la responsabilità e patti che escludono l'integrazione del contratto: le clausole di <i>no supplementation</i>	199
12. Patti sulla responsabilità e patti sul rischio: le clausole di <i>hardship</i> e <i>force majeure</i>	209

## CAPITOLO IV

*Il rapporto tra esonero da responsabilità ed esclusione dei rimedi diversi dal risarcimento*

1. Patti sulla responsabilità e clausole sui rimedi: verso una categoria unitaria	221
2. I patti che escludono la risoluzione per impossibilità e per eccessiva onerosità sopravvenuta: i limiti generali	230
3. <i>Segue</i> : l'estensione convenzionale dell'alea del contratto e il controllo di meritevolezza	239
4. Il patto di irrisolubilità per inadempimento in senso stretto	250
5. La clausola di esclusione di tutti i rimedi contro l'inadempimento o patto di irrisolubilità in senso lato	262
6. L'eccezione di irrisolubilità per inadempimento e il suo potenziale contrasto con la buona fede esecutiva	274
7. Clausole di irrisolubilità e abuso di dipendenza economica	284

## CAPITOLO V

*Il controllo sulle clausole di esonero nella prospettiva del diritto comparato*

1. Il controllo sui patti di esonero da responsabilità come problema trans-ordinamentale	295
2. L'approccio del diritto internazionale privato uniforme e del diritto europeo	306
3. Il controllo interpretativo sulle clausole di esonero: la <i>strict interpretation</i> e la <i>contra proferentem rule</i>	313
4. Dal concetto di responsabilità al concetto di essenza del contratto: <i>fundamental breach</i> , <i>Kardinalpflichten</i> e <i>obligation essentielle</i>	319
5. Il controllo sulle clausole di esonero nei contratti asimmetrici: tra <i>unangemessene Benachteiligung</i> , <i>déséquilibre significatif</i> e <i>unconscionability</i>	332

6. <i>Segue</i> : il giudizio di ragionevolezza previsto dal <i>Restatement of English Contract Law</i>	338
<i>Considerazioni conclusive: verso un'interpretazione evolutiva del divieto</i>	345
<i>Bibliografia</i>	349

## Introduzione

L'esigenza delle parti di tutelarsi dalle conseguenze pregiudizievoli del proprio inadempimento, escludendo o limitando la propria responsabilità ancor prima che sorga, sin dal momento in cui s'instaura il rapporto obbligatorio, e la correlativa necessità di stabilire le condizioni entro le quali si debba ammettere una simile deroga alla disciplina legale dell'inadempimento rappresentano uno dei problemi centrali della civilistica contemporanea, per il suo essere al contempo antico e attuale, metastorico e dinamico, intimamente legato al diritto interno ma con una vocazione trans-ordinamentale.

Antico perché ancora profondamente avviluppato nelle sue radici romanistiche, tanto che la norma su cui si fonda a livello generale il divieto di esonero da responsabilità, l'art. 1229 cod. civ., riproduce una massima attribuita ad Ulpiano; attuale perché i patti di esonero dalla responsabilità continuano ad essere largamente diffusi nella prassi, tanto interna quanto internazionale, sotto molteplici forme, in ogni tipo di contratto, indipendentemente dal fatto che sia negoziato o unilateralmente predisposto, dalle qualità ricoperte dalle parti e dal loro potere contrattuale.

Metastorico perché si è posto in ogni stagione del diritto e, sebbene abbia assunto nelle varie epoche connotati diversi, gli interessi sottesi ai patti di esonero e le esigenze di temperarli e bilanciarli con quelli dell'ordinamento considerato nel suo complesso sono rimasti immutati nel loro nucleo essenziale. In particolare, permane la tensione tra l'esigenza di evitare che un approccio troppo rigido nei confronti delle clausole di esonero da responsabilità scoraggi determinate attività, fondamentali per la società ma dotate di un certo grado di pericolosità, e quella di evitare che un approccio troppo mite incoraggi atteggiamenti noncuranti da parte dei debitori.

Dinamico perché le forme che assumono i patti di esonero e le

risposte del sistema alle criticità da essi sollevate evolvono all'evolvere della contrattualistica, del concetto e delle fattispecie di responsabilità e dei rapporti tra ordinamento e autonomia privata<sup>1</sup>. Se alle soglie del duemila i «grandi venti di novità»<sup>2</sup> che la dottrina segnalava nel tracciare un primo bilancio della vita del contratto erano la rottura della sua unitarietà – di qui la, forse impropria<sup>3</sup>, suddivisione in “primo”, “secondo” e “terzo contratto” – e l'emersione dell'antitesi tra contratti negoziati e scambi senza accordo<sup>4</sup>, oggi occorre fare i conti con realtà ancora più frastagliate e intrinsecamente complesse, sí come corrispondenti a categorie fattuali o descrittive, non normative, a volte solo incidentalmente (e spesso implicitamente) sfiorate dal diritto positivo e solo in modo disorganico.

Intimamente legato al diritto interno, proprio per la sua attinenza con i pilastri su cui si regge il sistema delle obbligazioni e perché nella contrattualistica italiana sono diffuse anche clausole di esonero autoctone, cioè elaborate in autonomia dalla prassi italiana; trans-ordinamentale perché il problema delle clausole di esonero si è posto non solo in tutte le epoche storiche, ma anche in tutti gli ordinamenti, e perché la globalizzazione dei rapporti economici e giuridici e la conseguente circolazione dei modelli contrattuali hanno posto la contrattualistica italiana di fronte a clausole di esonero “atipiche”, ce-

<sup>1</sup> Su questi temi non si può prescindere dalle lucide ricostruzioni di P. PERLINGIERI, *Nuovi profili del contratto*, in *Rass. dir. civ.*, 2000, XXI, pp. 545-571 (nonché in *Riv. crit. dir. priv.*, 2001, p. 226 ss.; e in F. DI MARZIO (a cura di), *Il nuovo diritto dei contratti. Problemi e prospettive*, Milano, 2004, pp. 455-468); V. ROPPO, *Il contratto del duemila*, 3ª ed., Torino, 2011, p. 33 (ma le prime edizioni risalgono, rispettivamente, al 2002 e al 2005) e G. ALPA, *Le stagioni del contratto*, Bologna, 2012.

<sup>2</sup> L'espressione è di V. ROPPO, cit., p. 33.

<sup>3</sup> Così P. FEMIA, *Nomenclatura del contratto o istituzione del contrarre? Per una teoria giuridica della contrattazione*, in G. GITTI, G. VILLA (a cura di), *Il terzo contratto*, Bologna, 2008, che critica l'opportunità della categoria dal punto di vista metodologico e sottolinea la necessità di identificare le caratteristiche idonee a giustificare l'appartenenza alla categoria, di individuare gli elementi discretivi tra il “primo”, il “secondo” e il “terzo” contratto e la disciplina applicabile a quei contratti che non rientrano perfettamente in nessuna delle categorie.

<sup>4</sup> Fondamentale è l'opera di N. IRTI, *Scambi senza accordo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998, p. 347 ss. Ma in realtà, in mezzo ai due poli – il contratto interamente negoziato e gli “scambi senza accordo”, il consenso pieno e il consenso degradato a mera adesione – esistono vari gradi di consenso: v. E. FERRANTE, *Il consenso contrattuale e le sue gradazioni: l'esempio dell'interpretazione contro l'autore della clausola*, in P. SIRENA, A. ZOPPINI (a cura di), *I poteri privati e il diritto della regolazione*, Roma, 2018.

late dietro l'apparenza di clausole diverse e spesso ignote, o comunque poco familiari, alla prassi domestica.

Ciascuna di queste caratteristiche influisce inevitabilmente sull'approccio alla questione del divieto di esonero da responsabilità, e quindi tanto sul metodo quanto sull'obiettivo del presente lavoro. Sotto il profilo metodologico, l'indagine sulle clausole di esonero prende le mosse dalle origini dell'istituto e dalla sua genesi per cogliere, o meglio riscoprire, qual è l'insegnamento immanente che si cela dietro l'art. 1229 cod. civ., qual è, ridotto all'osso, il fondamento del divieto in esame, e termina con l'analisi diacronica e sincronica, in prospettiva comparatistica, di come il problema è stato affrontato in altri ordinamenti.

L'anello di congiunzione tra l'esordio e il finale sarà una riflessione sui limiti entro i quali il divieto di esonero è contenuto e sul suo ambito di applicazione, condotta mediante un'analisi ragionata della casistica giurisprudenziale. L'idea è quella di creare una relazione circolare per cui, da un lato, l'indagine sulla *ratio* del divieto servirà ad illuminarne meglio i contenuti e i confini, dall'altro l'indagine sulle applicazioni del divieto servirà a confermare, smentire o semplicemente adeguare le conclusioni cui le riflessioni sulla *ratio* hanno condotto.

Solo a quel punto si possiederanno gli strumenti sufficienti per intraprendere il percorso comparatistico e verificare se le conclusioni raggiunte con riguardo all'ordinamento italiano si prestino ad una qualche armonizzazione con quelle degli altri sistemi giuridici.

L'obiettivo finale del lavoro sarà quello di riconciliare la vetustà della formula con cui l'art. 1229 cod. civ. esprime il divieto di esonero con l'attualità del problema. Se è vero che la lettera di una disposizione dev'essere interpretata conformemente tanto alla sua *ratio* quanto a quella del sistema cui appartiene e che il significato di un concetto non risiede nella parola che lo esprime, ma nell'impiego che il giurista è chiamato a farne alla luce dei valori normativi di tale sistema<sup>5</sup>,

<sup>5</sup> Ammonisce, infatti, G. PERLINGIERI, *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, Napoli, 2015, p. 141, che «l'interpretazione sistematica e assiologica non si esaurisce nell'interpretazione funzionale» proprio in quanto il fondamento della disposizione da interpretare deve essere letto alla luce della *ratio* dell'intero sistema. Osserva condivisibilmente l'A. che questa «lettura combinata» consente di «far rivivere l'idea di sistema nel momento applicativo e annullare così la distanza tra il metodo casistico e quello sistematico, nonché tra quest'ultimo e il metodo esegetico».

si proverà a suggerire una lettura dell'art. 1229 cod. civ. in chiave evolutiva<sup>6</sup>.

La riflessione sul significato dei concetti giuridici viene sviluppata più ampiamente dal medesimo Autore in un interessante contributo dedicato ai vincoli di destinazione (ID., *Il controllo di «meritevolezza» degli atti di destinazione ex art. 2645 ter cod. civ.*, in *Foro nap.*, 2014, p. 54, p. 56 ss. (nonché in *Notariato*, 2014, pp. 11-34; e in *Studi in onore di Giorgio De Nova*, Milano, 2015).

<sup>6</sup> Sull'interpretazione evolutiva cfr. SANTI ROMANO, *Interpretazione evolutiva*, in ID., *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1994, p. 119; e, più ampiamente, G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, Milano, 1955; nonché R. SACCO, *Il concetto di interpretazione del diritto*, Torino, 1947.

## CAPITOLO I

# La genesi e la *ratio* del divieto di esonero da responsabilità

SOMMARIO: 1. Il diritto romano classico: il tipo contrattuale come limite alle modificazioni pattizie della responsabilità. – 2. Dal periodo giustiniano al diritto intermedio: il divieto del *pactum de dolo non praestando* e la distinzione tra *essentialia* e *naturalia negotii*. – 3. Dal silenzio del legislatore del 1865 alla codificazione del divieto. – 4. Le ragioni della previsione del divieto anche per i patti che limitano la responsabilità. – 5. Le ragioni dell'estensione del divieto all'esonero dalla responsabilità per colpa grave. – 6. Le ragioni dell'applicazione del divieto alle clausole che limitano le conseguenze della responsabilità ma non a quelle che le trasferiscono su terzi. – 7. Le ragioni della previsione del divieto per i patti sulla responsabilità ma non per i patti sulle altre conseguenze dell'inadempimento. – 8. La *ratio* del divieto nei contratti per adesione e nei contratti asimmetrici: da limite a presidio dell'autonomia contrattuale. – 9. La polifunzionalità del divieto e l'importanza di individuare una *ratio* unitaria.

### 1. *Il diritto romano classico: il tipo contrattuale come limite alle modificazioni pattizie della responsabilità*

Chiunque si accinga allo studio del divieto oggi sancito dall'art. 1229 cod. civ. e pretenda tanto di coglierne la *ratio* quanto le potenzialità evolutive non può esimersi dal ricercarne le radici, che affondano in un'epoca ben piú risalente rispetto all'entrata in vigore del codice attuale. L'emersione della regola secondo cui sono nulli i patti con i quali si limita o si esclude la responsabilità del debitore per dolo o colpa grave o per la violazione di obblighi che derivano da norme di ordine pubblico è frutto di una lenta e progressiva evoluzione, cominciata nel diritto romano classico, che ha coinvolto tutta la materia contrattuale trasformando i concetti stessi di rapporto obbligatorio e di responsabilità<sup>1</sup>. I tratti salienti di tale evoluzione costituiscono dunque il punto di partenza obbligato della disamina.

<sup>1</sup> Per una ricostruzione piú approfondita si rinvia ai contributi di L. LUSIGNANI,

Nel periodo classico, almeno secondo autorevole dottrina, il problema della responsabilità era strettamente intrecciato con quello del rischio e si articolava in quattro questioni: l'individuazione della misura tipica della responsabilità, cioè del criterio d'imputazione di quest'ultima; la possibilità di un aggravamento o di un'attenuazione patetica di tale responsabilità; l'estensione automatica della responsabilità per effetto della mora del debitore (c.d. *perpetuatio obligationis*); la sopportazione o ripartizione del rischio contrattuale (c.d. *periculum*)<sup>2</sup>. Per "responsabilità", in senso tecnico, s'intendeva la soggezione alle conseguenze di un'inattuazione della prestazione dedotta nel contratto imputabile al debitore, per "rischio" la soggezione alle conseguenze di un'inattuazione dovuta a cause esterne alla sfera del debitore e a lui non ascrivibili<sup>3</sup>.

*La responsabilità per custodia secondo il diritto romano*, Modena, 1900; F. PASTORI, *Il commodato nel diritto romano: con contributi allo studio della responsabilità contrattuale*, Milano, 1954; V. ARANGIO-RUIZ, *Responsabilità contrattuale in diritto romano*, Napoli, 1960; C.A. CANNATA, *Ricerche sulla responsabilità contrattuale nel diritto romano*, Milano, 1966-1968; ID., *Sul problema della responsabilità nel diritto privato romano: materiali per un corso di diritto romano*, Catania, 1996; F.M. DE ROBERTIS, *La responsabilità contrattuale nel diritto romano: dalle origini a tutta l'età postclassica*, Bari, 1994; R. CARDILLI, *L'obbligazione di prestare e la responsabilità contrattuale in diritto romano: 2. sec. a.C.-2. sec. d.C.*, Milano, 1995. Più recentemente e su un tema più specifico, cfr. R. FERCIA, *La responsabilità per fatto di ausiliari nel diritto romano*, Padova, 2008.

<sup>2</sup> Così E. BETTI, *Periculum: problemi del rischio contrattuale in diritto romano classico e giustiniano*, Milano, 1954, p. 134, e in *Jus*, 1954, p. 335; nonché in *Studi De Francisci*, I, Milano, 1956. La ricostruzione non è unanimemente condivisa dalla romanistica: a quanti ritengono, come Betti, che la distinzione tra responsabilità e rischio contrattuale fosse già nota ai giuristi romani del periodo classico e ne attribuiscono l'offuscamento alle interpolazioni e manipolazioni dei commentatori postumi, si contrappongono chi la qualifica come la mera applicazione di una dogmatica contemporanea inconferente con la realtà dell'epoca. Di quest'ultimo avviso è, ad esempio, M. SARGENTI, *Rischio contrattuale (dir. rom.)*, in *Enc. dir.*, 40, 1989, p. 1126, il quale sostiene che la distinzione in esame era chiara al diritto romano, mentre la confusione tra i due concetti sarebbe «frutto di un diverso indirizzo seguito probabilmente da interpreti tardi e dai compilatori giustinianeî». Fondamentale sul tema, ancorché sottoposto a vivaci critiche, il contributo di HAYMANN, *Textkritische Studien zum römischen Obligationenrecht*, I, *über Haftung für custodia*, II, *periculum est emptoris*, in *Zeitschr. der Savigny Stiftung für Rechtsgeschichte*, XL, 1919, pp. 167-350; XLI, 1920, pp. 44-185.

<sup>3</sup> La definizione non è dissimile da quella proposta da C.M. BIANCA, *Diritto civile*, III, *Il contratto*, 1987, p. 508: «il pericolo del pregiudizio che la parte sopporta per l'incolpevole perimento dell'oggetto della prestazione o per l'incolpevole inesecuzione del contratto». Il tema della distinzione tra rischio e responsabilità è una

Apparentemente, la distinzione tra responsabilità e rischio risulta semplice: là dove l'una finisce, comincia l'altro. In realtà l'apparente banalità della distinzione nasconde un'insidia di non poco conto e cioè quella di individuare con esattezza la soglia qualitativa al di sotto della quale si colloca la responsabilità e al di sopra della quale si colloca il rischio, giacché dal superamento o meno della medesima dipende la soggezione del debitore all'obbligo risarcitorio per la mancata o inesatta attuazione del programma negoziale. In altre parole, non è sempre agevole stabilire di quali eventi che incidono sulla pre-

costante della letteratura successiva, tanto romanistica quanto civilistica. Già V. POLLACCO, *Le obbligazioni nel diritto civile italiano*, I, Verona-Padova, 1898, p. 204, avvertiva che nella valutazione delle conseguenze dell'inesecuzione della prestazione occorreva distinguere, poiché «queste conseguenze variano secondo la causa da cui il fatto proviene. Nella quale causa o interviene la volontaria azione dei subietti dell'obbligazione, e conseguentemente in grado vario la loro imputabilità, e si parla di dolo o di colpa, o vi rimane estranea affatto, sicché l'imputabilità manca, che si parla di caso». Analogamente, tiene distinti l'imputabilità dal caso (o rischio) E. BETTI, *Periculum*, cit., p. 136: «solo dopo aver escluso l'imputabilità dell'inadempimento [...] ha senso proporsi la questione del rischio contrattuale. In altri termini, dopo aver escluso che l'inadempimento sia tale che l'una delle parti possa chiederne conto all'altra, allora, ma allora soltanto, è proponibile la questione del rischio (*periculum* in senso tecnico): con la quale ci si chiede, a carico di chi (e in che modo) debba mettersi il rischio che l'assetto di interessi disegnato dalle parti non possa attuarsi per circostanze di cui l'una non risponda verso l'altra». L'elenco dei contributi potrebbe continuare; per limitarsi a uno dei più recenti, si veda F. DELFINI, *Autonomia privata e rischio contrattuale*, Milano, 1999, pp. 1-5, spec. p. 5, e p. 8, il quale adduce a conferma della distinzione la diversa disciplina dedicata dal codice civile alla responsabilità e all'impossibilità. Secondo l'Autore tale bipartizione si traduce in una diversa rigidità della disciplina legale e in una diversa valutazione dei limiti dell'autonomia privata nella deroga alla disciplina medesima: come limite alla derogabilità della responsabilità c'è l'art. 1229 cod. civ., mentre non si rinvencono limiti espliciti alla derogabilità dell'inadempimento non imputabile. Più in generale, sul concetto di rischio, si vedano sin d'ora, oltre agli Autori già citati, F. LONGO, *Del caso fortuito e del rischio e pericolo in materia di obbligazioni*, Napoli, 1893; G. GORLA, *Del rischio e pericolo nelle obbligazioni*, Padova, 1934, spec. p. 19 ss.; M. BESSONE, *Adempimento e rischio contrattuale*, Milano, 1975; C.M. BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, Milano, 1979, spec. p. 108 ss.; G. ALPA, M. BESSONE, V. ROPPO, *Rischio contrattuale e autonomia privata*, Napoli, 1982; G. ALPA, *Rischio contrattuale*, in *Noviss. Dig. it.*, appendice, VI, Torino, 1986, p. 863 ss.; e ID., *Rischio (dir. vig.)*, in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989, p. 1144 ss.; M. ZACCHEO, *Patti sul rischio e sopravvenienza*, Roma, 1994; E. GABRIELLI, *Alea e rischio nel contratto: studi*, Napoli, 1997. Più di recente, cfr. P.E. CORRIAS, *Garanzia pura e contratti di rischio*, Milano, 2006. Tra i saggi si possono invece citare R. SCOGNAMIGLIO, *Rischio e impresa*, in *Riv. dir. comm.*, 1967, I, p. 417 ss.; e G. SICCHIERO, *Buona fede e rischio contrattuale*, in *Contr. impr.*, 2006, p. 919 ss.

stazione il debitore debba rispondere e quali eventi siano invece neutri.

La soluzione del diritto romano classico al problema appena accennato fu quella di tipizzare le prestazioni che possono formare oggetto del contratto e prevedere per ciascun tipo una diversa misura di responsabilità, cioè un diverso criterio di imputazione degli eventi suscettibili di determinare l'impossibilità di eseguire quanto pattuito<sup>4</sup>.

Così esistevano, secondo il tipo di contratto, obbligazioni "di contegno" o "di mezzi", in cui l'inadempimento del debitore equivaleva all'inosservanza della diligenza richiesta e dava luogo a responsabilità ove fosse imputabile al dolo o alla colpa del debitore<sup>5</sup>; obbligazioni nelle quali l'inadempimento consisteva nel fatto oggettivo del mancato raggiungimento del risultato utile atteso dal creditore e dava luogo a responsabilità anche quando non dipendeva da una colpa specifica del debitore concretamente dimostrabile<sup>6</sup>; e garanzie, in virtù delle quali

<sup>4</sup> Per dirla con le parole di E. BETTI, *Op. ult. cit.*, loc. ult. cit., «la responsabilità tipica si atteggia diversamente a seconda del tipo di rapporto obbligatorio, secondo "l'interna logica dell'obbligazione"».

<sup>5</sup> La distinzione tra obbligazioni di mezzi e obbligazioni di risultato era già nota ai Romani ed una delle sue applicazioni concrete più rilevanti si riscontrava nella contrapposizione, significativa già sotto il profilo lessicale, tra *locatio operis* e *locatio operarum*. Per una disamina più completa sul punto si vedano, tra gli altri, oltre a E. BETTI, *Op. ult. cit.*, p. 134, C.A. CANNATA, *Sul problema della responsabilità nel diritto privato romano*, cit., p. 42, in particolare le note 57 e 77; e G. GROSSO, *Obbligazioni. Contenuto e requisiti della prestazione. Obbligazioni alternative e generiche*, Torino, 1966, p. 12 ss. Tuttavia – ammonisce F. PIRAINO, *Adempimento e responsabilità contrattuale*, cit., pp. 510-511 – il fatto che la distinzione in esame fosse nota ai Romani non implica che questi ne abbiano fornito una giustificazione; né vi è traccia nelle fonti della sua attitudine a scindere il giudizio di responsabilità per inadempimento.

<sup>6</sup> E. BETTI, *Op. ult. cit.*, loc. ult. cit. In sostanza, qui il criterio d'imputazione della responsabilità ha natura oggettiva, dovendosi ravvisare in negativo in tutto ciò che non rientra nel concetto di caso fortuito o forza maggiore e dunque ricade in qualche modo nella sfera di controllo del debitore. Betti riferisce quali esempi di obbligazioni di risultato innanzitutto quello della *locatio operis*, in cui la mancata realizzazione dell'opera pattuita comporta la responsabilità del *conductor* a meno che tale mancanza non sia dipesa fa forza maggiore (così D. 19, 2, 36: p. 2, itp., *Florentinus libro septimo institutionum*, ove si legge che «*Opus quod aversione locatum est donec adprobetur, conductoris periculum est: quod vero ita conductum sit, ut in pedes mensurasve praestetur, eatenus conductoris periculo est, quatenus admensum non sit: et in utraque causa nociturum locatori, si per eum steterit, quo minus opus adprobetur vel admetiatur. Si tamen vi maiore opus prius interciderit quam adprobaretur, locatoris periculo est, nisi si aliud actum sit: non enim amplius praestari locatori oportet*»).

il debitore rispondeva per il semplice fatto del mancato verificarsi dell'evento garantito, senza alcuna possibilità di prova liberatoria<sup>7</sup>.

Per quanto riguarda le obbligazioni di mezzi, come si è detto, il criterio d'imputazione era la *diligentia* (in greco *epiméleia* o, talvolta, *filoponía*), espressione che compariva qui per la prima volta. Già la sua etimologia, composta da *dis* e *lego*, le radici del discernimento e della scelta, ne preannunciava la ricchezza di significato, giacché per scegliere o distinguere è necessaria la compresenza di virtù eterogenee quali la *cura*, l'*attentio animi*, la *cogitatio*, la *vigilantia*, l'*adsiduitas*, il *labor*. Si tratta di virtù che non sono, già di per sé, proprie di un uomo medio ma di un individuo modello, un esempio per la società; così il concetto in esame era accostato alla figura, anch'essa colorata di deontologia, del padre di famiglia, mentre la diligenza non era mai accompagnata dall'aggettivo "ordinaria"<sup>8</sup>.

*teat, quam quod sua cura atque opera consecutus esset*). Il secondo esempio è quello del diritto alla restituzione di una cosa determinata (qui il riferimento è a D. 12, 1, 1., *Ulpianus libro 26 ad edictum*, ove si legge che «*Quoniam igitur multa ad contractus varios pertinentia iura sub hoc titulo praetor inseruit, ideo rerum creditarum titulum praemisit: omnes enim contractus, quos alienam fidem secuti instituimus, complectitur: nam, ut libro primo quaestionum Celsus ait, credendi generalis appellatio est: ideo sub hoc titulo praetor et de commodato et de pignore edixit. Nam cuicumque re adsentiamur alienam fidem secuti mox recepturi quid, ex hoc contractu credere dicimur. Rei quoque verbum ut generale praetor elegit*»): ove la cosa sia generica il debitore risponde in ogni caso della mancata restituzione del *tandundem*; ove la cosa sia un bene di specie il debitore risponde per la mancata custodia della cosa (Gai. III, 205-6), salvo che l'impossibilità di restituirla sia dipesa da rischi eccedenti i limiti di quanto *custodia consequi potuit* (così Iul. D. 13, 6, 19 itp.; D. 19, 2, 41).

<sup>7</sup> Il termine tecnico impiegato per definire la garanzia è il verbo *praestari*, come si ricava in particolare da D. 21, 2, 31 («*Ulpianus libro 42 ad Sabinum. Si ita quis stipulanti spondeat "sanum esse, furem non esse, vispellionem non esse" et cetera, inutilis stipulatio quibusdam videtur, quia si quis est in hac causa, impossibile est quod promittitur, si non est, frustra est. Sed ego puto verius hanc stipulationem "furem non esse, vispellionem non esse, sanum esse" utilem esse: hoc enim continere, quod interest horum quid esse vel horum quid non esse. Sed et si cui horum fuerit adiectum "praestari", multo magis valere stipulationem: alioquin stipulatio quae ab aedilibus proponitur inutilis erit, quod utique nemo sanus probabit.*»).

<sup>8</sup> Sulla diligenza del buon padre di famiglia si vedano, ancora una volta, F. CANCELLI, *Diligenza (dir. rom.)*, cit.; P. FORCHIELLI, *Difendiamo il "buon padre di famiglia"*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1989; U. BRECCIA, *Usi e abusi dei significati di «diligenza nell'adempimento». La regola della diligenza dal modello del buon padre di famiglia ai nuovi criteri della diligenza specifica e professionale*, in *Tratt. resp. contr.*, G. Visintini, I, *Inadempimento e rimedi*, Milano, 2009; S. RODOTÀ, *Diligenza* (dir. civ.), in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964; e C. PREDELLA, *La figura dell'uomo medio nella storia del diritto e nel sistema giuridico privato*, Torino, 1934. Significative

La giurisprudenza romana si era da sempre adoperata per la costruzione dei tipi contrattuali, l'invenzione di regole giuridiche conformi alla natura propria di ciascun tipo e il loro inserimento in formulari fissi<sup>9</sup>. A tale tipizzazione del contratto si accompagnava, com'è noto, una rigorosa tipizzazione delle azioni giudiziali: come sul piano sostanziale l'ordinamento non riconosceva in via generalizzata il principio dell'autonomia contrattuale, così sul piano processuale ricevevano tutela soltanto «singole pretese, determinate e strettamente delimitate», le c.d. *actiones*<sup>10</sup>.

Le ragioni profonde di questo duplice fenomeno devono probabilmente ravvisarsi nell'esigenza di porre *ab initio* un freno all'arbitrio delle parti, di indicare loro una trama di rilevanza giuridica entro la quale agire ed "educarle" al senso dell'autoresponsabilità<sup>11</sup>. In questo quadro, il tipo era concepito come un valore e tale appariva anche agli occhi dei più attenti studiosi del diritto romano, i quali erano, pur con diverse sfumature, concordi nel riconoscere alla tipizzazione il merito di incoraggiare le parti a valutare con serietà la "forza di legge" del vincolo, eliminando dal mondo del possibile ciò che è giuridicamente irrilevante<sup>12</sup>, e il merito di garantire una libertà educata alla disciplina e all'ordine<sup>13</sup>.

in tale senso sono le parole della Relazione al codice civile del 1942, n. 559, per cui «la figura del *bonus paterfamilias* non si risolve nel concetto di "uomo medio", ricavabile dalla pratica della media statistica; ma è un concetto deontologico, che è frutto di una valutazione espressa dalla coscienza generale. È il modello di cittadino e di produttore, che a ciascuno è offerto dalla società in cui vive; modello per sua natura mutevole secondo i tempi, le abitudini sociali, i rapporti economici e il clima politico». L'elenco delle virtù si legge in CICERONE, *De oratore* 2, 35, p. 150.

<sup>9</sup> Così E. BETTI, *La tipicità dei negozi giuridici romani e la cosiddetta atipicità del diritto odierno*, in *Annali della Facoltà Giuridica dell'Università di Macerata*, n.s. I, 1966, p. 10 (trad. it., a cura di D.M. Pacitti, del saggio in lingua tedesca *Der Typenzwang bei den römischen Rechtsgeschäften und die sogenannte Typenfreiheit des heutigen Rechts*, in *Festschrift für Leopold Wenger*, München, 1944, I, pp. 249-283), il quale ravvisa in una simile costruzione dei tipi contrattuali un elevato potere di astrazione dei giuristi romani e una «profonda comprensione delle necessità dei traffici».

<sup>10</sup> *Ivi*, p. 16.

<sup>11</sup> *Ivi*, p. 18.

<sup>12</sup> Così, per esempio, R. VON JHERING, *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, II, Leipzig, 1858, pp. 496-497; E. BETTI, *La tipicità dei negozi giuridici romani*, cit., p. 18 e p. 19, il quale osserva che «eliminando quel che è giuridicamente irrilevante, a prima vista la vita reale appare come impoverita, ma contemporaneamente risulta ampliato il mondo possibile del diritto», e, ancora, che dare risalto a ciò che è giuridicamente rilevante «comporta un grande van-

In tale ottica, le parti, da un lato, non erano legittimate a creare tipi contrattuali diversi rispetto a quelli riconosciuti dall'ordinamento, dall'altro, non potevano modificare il contenuto e la struttura dei contratti tipici<sup>14</sup>. La naturale conseguenza di questa "resistenza" del tipo contrattuale all'autonomia privata – espressione efficacemente coniata dalla romanistica per alludere al fenomeno<sup>15</sup> – era l'inammissibilità, in linea di principio, tanto di pattuizioni sulla responsabilità quanto di clausole sull'oggetto del contratto, sia che fossero volte a mitigare il regime legale sia che fossero invece volte ad aggravarlo. Lo testimoniano alcuni frammenti, che pare opportuno richiamare.

Un primo frammento, attribuito al giurista Labeone, riguarda un contratto di deposito nei magazzini nelle cui condizioni generali si specificava che il depositario non si sarebbe assunto il rischio di ricevere in deposito oro e altri materiali preziosi<sup>16</sup>. Secondo il citato giurista, ove il depositario avesse concluso il contratto nonostante fosse a conoscenza del fatto che presso i magazzini erano stati depositati i suddetti oggetti preziosi, avrebbe comunque risposto del furto, come sarebbe avvenuto in mancanza della clausola. La soluzione si comprende se si considera che, almeno secondo i più, nel pensiero di Labeone il depositario soggiaceva tipicamente a una responsabilità oggettiva per custodia, cioè rispondeva del furto della merce depositata nei magazzini salvo il solo caso in cui questo fosse dipeso da forza maggiore<sup>17</sup>.

taggio per le parti in ordine alla conclusione del contratto ed ad un'eventuale composizione della lite, come pure per i traffici in generale: un guadagno che risarcisce abbondantemente i privati per la perdita di una libertà illimitata», per poi concludere che «Questo è dunque anche il senso più alto del formalismo».

<sup>13</sup> Cfr. R. VON JHERING, *Geist des römischen Rechts*, cit., p. 471.

<sup>14</sup> Sul punto si vedano M. TALAMANCA, *Contratto e patto nel diritto Romano*, in *Estratto dal Digesto*, IV, Torino, 1989, p. 33; nonché G. GROSSO, *Il Sistema Romano dei Contratti*, Torino, 1963, *passim*. Cfr. inoltre M. TALAMANCA, *La tipicità dei contratti romani fra "conventio" e "stipulatio" fino a Labeone*, in A.A. V.V., *Contractus e pactum. Tipicità e libertà negoziale nell'esperienza tardo-repubblicana*, Atti del convegno di Copanello, 1988, Napoli, 1992, p. 35 ss.

<sup>15</sup> Così R. CARDILLI, *Il problema della resistenza del tipo contrattuale nel diritto romano tra natura contractus e forma iuris*, in R. FIORI (a cura di), *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato*, Napoli, 2008.

<sup>16</sup> D. 19, 2, 60, 6, Labeone.

<sup>17</sup> Così C.A. CANNATA, *Su alcuni problemi relativi alla locatio horrei*, in *Studia et documenta historiae et juris*, 30, 1964, p. 244 ss.; nonché E. BETTI, *Imputabilità dell'inadempimento dell'obbligazione in diritto romano*, Roma, 1958, p. 159 ss., il quale però cambia opinione: ID., *Istituzioni di diritto romano*, Padova, 2<sup>a</sup> ed., 1942, p. 371, nota 78.

Un secondo frammento, sempre attribuito a Labeone, riguarda un contratto di vendita di un raccolto *in herbis* nel quale il venditore aveva espressamente assunto la garanzia per i pregiudizi arrecati al bene da una forza esterna o da una tempesta, in deroga alla regola *periculum est emptoris*<sup>18</sup>. Nel caso di specie una nevicata aveva impedito il raccolto. Secondo Labeone, nonostante la clausola, il compratore avrebbe potuto agire contro il venditore *ex empto* soltanto nel caso in cui la nevicata fosse stata fuori dall'ordinario. In altre parole, per Labeone la clausola non aveva scalfito la regola di ripartizione del rischio tipica della compravendita, la quale imponeva al compratore di pagare il prezzo anche quando la prestazione fosse divenuta impossibile per il verificarsi di "fortuiti ordinari"<sup>19</sup>.

Come si evince dai frammenti appena citati, quello che non si poteva modificare era il contenuto essenziale del contratto, cioè quegli elementi senza i quali il contratto avrebbe perso la propria essenza<sup>20</sup>. E tale "essenza" – termine che si rivelerà significativo nel prosieguo della disamina, ora chiamata *natura*, ora *forma juris*, ora *substantia*<sup>21</sup> – era all'epoca costituita inscindibilmente dalla prestazione tipica e dalla misura tipica della responsabilità prevista per tale prestazione<sup>22</sup>.

<sup>18</sup> Lab. 4 post. a Iav. epit. D. 18, 1, 78, 3: «*frumenta quae in herbis erant cum vendidisses, dixisti te, si quid vi aut tempestate factum esset, praestaturum: ea frumenta nives corruerunt: si immoderatae fuerunt et contra consuetudinem tempestatis, agi tecum ex empto poterit*».

<sup>19</sup> *Ibidem*.

<sup>20</sup> Particolarmente eloquenti sono le parole di I. BIROCCHI, *Causa e categoria generale del contratto. Un problema dogmatico nella cultura privatistica dell'età moderna*. I. *Il cinquecento*, Torino, 1997, p. 59, il quale osserva che doveva essere congeniale alla mentalità romana «l'idea di considerare i singoli contratti come una realtà data, un "quid" dotato di una propria struttura, di qualità innate e di una ragion d'essere, che nel complesso costituiva un *prius* rispetto all'uomo che avesse voluto far uso di quello strumento; ed era inoltre una realtà non statica».

<sup>21</sup> "*Natura contractus*" è forse il termine più antico. Esso, infatti, è legato a uno dei primi dibattiti che si riscontrano nel diritto romano sulla resistenza della struttura tipica del contratto (così almeno secondo R. CARDILLI, *Il problema della resistenza del tipo contrattuale*, cit., p. 38), quello circa l'ammissibilità della clausola con cui nel contratto di società si prevedeva una diseguale ripartizione tra i soci degli utili e delle perdite e la sua contrarietà con l'ontologia stessa del contratto in questione, con la "*natura societatis*". In questa fase, con il termine "natura" si alludeva tanto agli elementi naturalmente inclusi nel contratto ma derogabili dalle parti (quelli che poi i Glossatori, come si vedrà, chiameranno "*naturalia*") quanto agli elementi naturalmente inclusi nel contratto e inderogabili in quanto ne costituiscono l'essenza (quelli che poi i Glossatori chiameranno "*essentialia*").

<sup>22</sup> Nel diritto romano il tipo rappresentava in sostanza la trama entro cui do-

Col tempo, però, come si vedrà a breve, l'essenzialità di questi elementi cominciò ad attenuarsi, per lasciare il posto a una concezione di tipicità più morbida e flessibile. Il tipo, da limite all'autonomia privata, divenne gradualmente vessillo della libertà contrattuale; e questo proprio per la sua capacità di evolvere con le esigenze della società, di rispecchiare non un ordine imposto dall'alto, bensì un ordine spontaneo, quello degli usi e delle consuetudini. Così, i formulari elaborati dalla giurisprudenza cautelare a partire dai singoli tipi emersi nella prassi cominciarono ad essere impiegati per la creazione di norme giuridiche dispositive.

## 2. Dal periodo giustiniano al diritto intermedio: il divieto del pactum de dolo non praestando e la distinzione tra essentialia e naturalia negotii

Il graduale processo di flessibilizzazione del tipo raggiunse il suo apice nel periodo giustiniano<sup>23</sup>, epoca in cui, come risulta dalle fonti, emerse anche con maggiore nitidezza la distinzione tra gli elementi connaturati al tipo ma derogabili e il nucleo inderogabile del medesimo<sup>24</sup>. Alla detipizzazione e deformalizzazione del contratto contribuirono in particolare la previsione della possibilità di tutelare in via pretoria tutti i patti non contrastanti con l'ordinamento e la deformalizzazione del processo, nell'ambito del quale al rigido sistema delle *actiones* si erano affiancati i c.d. *bonae fidei iudicia*, che si risolve-

veva muoversi l'autonomia privata, il limite al margine di azione della medesima. Sul punto è indispensabile il contributo di E. BETTI, *La tipicità dei negozi giuridici romani e la cosiddetta atipicità del diritto odierno*, cit., p. 7 ss.

<sup>23</sup> *Ivi*, p. 21, ove si legge che il diritto giustiniano «non rinuncia assolutamente alla tipicità dei negozi giuridici e delle *actiones*, ma la osserva strettamente, e tuttavia si sforza, d'altra parte, di trasformare la rigida rete dei tipi fissi in una rete flessibile e di allargare le limitazioni troppo strette dei negozi giuridici nominati».

<sup>24</sup> Cfr. C.A. MASCHI, *La concezione naturalistica del diritto e degli istituti giuridici romani*, Milano, 1937, p. 98, il quale precisa che «*Natura contractus* non si collega affatto alla dottrina dei *naturalia negotii*, elaborata dagli interpreti, soprattutto procedendo da D. 19, 1, 11, 1 donde la distinzione aristotelica tra ciò che è essenza e ciò che è naturale o proprio del rapporto. Natura invece per i Romani è in questo campo null'altro che la struttura giuridica del rapporto, la quale talvolta è derogabile talvolta inderogabile. Questa discriminazione è fatta sempre dai giuristi nell'ambito della *natura negotii*; non si distinguono cioè due categorie diverse del negozio, ma bensì una natura derogabile, da una inderogabile».

vano in una condanna del contraente infedele a ciò che è necessario dare o fare *ex fide bona*<sup>25</sup>.

L'esempio piú calzante di questa evoluzione è forse quello offerto da Ulpiano a proposito del contratto consensuale *juris gentium* di compravendita, e in particolare dell'*actio ex empto*. Nel frammento del Digesto si legge: «*Et in primis sciendum est in hoc iudicio id demum deduci, quod praestari convenit: cum enim sit bonae fidei iudicium, nihil magis bonae fidei congruit quam id praestari, quod inter contrahentes actum est. quod si nihil convenit, tunc ea praestabuntur, quae naturaliter insunt huius iudicii potestate*»<sup>26</sup>.

Secondo quanto riferito nel frammento, in presenza di un contratto innominato occorre anzitutto prendere in considerazione le pattuizioni delle parti, giacché nulla è piú conforme a buona fede che il rispetto di quanto i contraenti stessi hanno di comune accordo stabilito; e solo ove una pattuizione espressa mancasse, bisognava integrare – direbbe il giurista contemporaneo – il contenuto del regolamento contrattuale con quelle clausole che naturalmente ad esso ineriscono secondo una valutazione di buona fede. In sostanza, si trattava di integrare il contratto con quello che era il suo contenuto “socialmente tipico”, con quei patti su cui la prassi si era consolidata, poiché questo era l'unico modo per non frustrare le aspettative della generalità dei contraenti<sup>27</sup>. D'altro canto, la parola *fides*, nel suo significato originario, e piú propriamente sinomino di fiducia e affidamento. In questo caso l'affidamento è duplice: per un verso, affidamento nei confronti della parola data (dall'altro contraente), per altro verso, affidamento nei confronti della consuetudine, della prassi, della *lex mercatoria*<sup>28</sup>.

<sup>25</sup> Ulp. 4 ad ed. D. 2, 14, 7, 7: «*Ait praetor: 'Pacta conventa, quae neque dolo malo, neque adversus leges plebis scita senatus consulta decreta edicta principum, neque quo fraus cui eorum fiat, facta erunt, servabo'*».

<sup>26</sup> Ulp. 32 ad ed. D. 19, 1, 11, 1.

<sup>27</sup> Si può fare l'esempio della garanzia per evizione: inizialmente la clausola doveva essere espressamente pattuita dalle parti al fine di essere inclusa nel regolamento contrattuale; successivamente, l'inserimento della clausola è diventato prassi e questo ha condotto alla ricomprensione della medesima nei *naturalia* del contratto di compravendita. Cfr. le osservazioni di R. CARDILLI, *Bona fides tra storia e sistema*, Milano, 1954, p. 103. Per un'ampia casistica di patti di assunzione del rischio che sono poi divenuti elementi naturali del negozio, si veda E. BETTI, *Periculum*, cit., *passim*.

<sup>28</sup> Particolarmente efficaci sul punto sono le osservazioni in chiave giuspositivistica di P. LABAND, *Zum zweiten Buch des Entwurfes eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich*, 1. Abschnitt. Titel 1-3, in *Arch. civ. Praxis*, LXXIII, 1888, p. 161 ss., per il quale i *naturalia* mettono in discussione la cogenza della norma di

Il medesimo quadro emerge anche da un altro celebre frammento del Digesto, questa volta attribuito a Papiniano, a proposito della natura del contratto di deposito: «*Lucius Titius Sempronio salutem. Centum nummos, quos hac die commendasti mihi adnumerante servo Sticho actore, esse apud me ut notum haberes, hac epistula manu mea scripta tibi notum facio: quae quando voles et ubi voles confestim tibi numerabo*». *Quaeritur propter usurarum incrementum respondi depositi actionem locum habere: quid est enim aliud commendare quam deponere? quod ita verum est, si id actum est, ut corpora nummorum eadem redderentur: nam si ut tantundem solveretur convenit, egreditur ea res depositi notissimos terminos. In qua quaestione si depositi actio non teneat, cum convenit tantundem, non idem reddi, rationem usurarum haberi non facile dicendum est et est quidem constitutum in bonae fidei iudiciis, quod ad usuras attinet ut tantundem possit officium arbitri quantum stipulatio: sed contra bonam fidem et depositi naturam est usuras ab eo desiderare temporis ante moram, qui beneficium in suscipienda pecunia dedit si tamen ab initio de usuris praestandis convenit, lex contractus servabitur*»<sup>29</sup>.

Il passo riferisce di un contratto di deposito di una somma di denaro accompagnato dalla pattuizione dell'obbligo del depositario di restituire non la medesima somma, bensì il *tantundem*. La questione controversa riguardava la sussistenza o meno in capo al depositante del diritto di chiedere sulla somma gli interessi *ante moram*, in assenza di un'espressa pattuizione in tal senso, cioè di un *pactum usurae*. La risposta di Papiniano era negativa, giacché la prestazione degli interessi sarebbe stata contraria alla buona fede, nel senso sopra proposto, e alla natura del deposito<sup>30</sup>. Da qui emerge come il tipo,

diritto civile, in quanto la loro vincolatività non deriva tanto dal loro essere cristallizzati nelle norme che disciplinano il tipo, ma piuttosto dal fatto che rispecchiano la consuetudine. Più specificamente, si legge (*ivi*, p. 164): «*Die dispositive Rechtssätze sind daher der Niederschlag aus dem stereotypen Inhalt einer unendlichen Masse von gleichartigen Rechtsgeschäften, gleichsam sedimentäre Rechtsbildungen, während das jus cogens durch Willensausbrüche der übermächtigen Staatsgewalt hervorgebracht wird und als eruptive Rechtsbildung bezeichnet werden kann. Wenngleich die dispositiven Rechtssätze ihre verbindliche Kraft durch die Anordnung des Gesetzgebers empfangen, so wird doch ihr Inhalt dem Gewohnheitsrecht entnommen, welches seinerseits auf den typischen Vereinbarungen der Individuen beruht*».

<sup>29</sup> Pap. 9 quaest. D. 16, 3, 24.

<sup>30</sup> Per un'analisi approfondita del passo si vedano G. SEGRÈ, *Sul deposito irregolare in diritto romano*, in *Boll. ist. dir. rom.*, XIX, 1907, p. 197 ss.; nonché F. BONIFACIO, *Ricerche sul deposito irregolare in diritto romano*, Torino, 1952, p. 199 ss.

nella sua nuova concezione, reagisca diversamente all'integrazione giudiziale e all'autonomia privata: solo quest'ultima può modificare la natura del contratto, mentre tale modifica è preclusa all'interprete, in quanto contraria all'affidamento della generalità dei contraenti<sup>31</sup>.

Oltre a questo, il periodo giustiniano segnò un punto di svolta per quanto riguarda l'elaborazione di un sistema consolidato della responsabilità contrattuale. Se si mantenne sostanzialmente inalterata la distinzione tra obbligazioni di mezzi, obbligazioni di risultato e garanzie, si raggiunse un accordo sui criteri d'imputazione della responsabilità: secondo il tipo di contratto, questi erano il *dolus*, la *culpa* e la *diligentia* e in ogni caso vigeva la regola generale per cui *casus a nullo praestantur*<sup>32</sup>. Tale consolidazione è testimoniata dall'*incipit* di un noto frammento di Ulpiano – il medesimo, che come si vedrà, vietò per la prima volta l'esonero da responsabilità per dolo: «*Contractus quidam dolum malum dumtaxat recipiunt, quidam et dolum et culpam. Dolum tantum: depositum et precarium. Dolum et culpam mandatum, commodatum, venditum, pignori acceptum, locatum, item dotis datio, tutelae, negotia gesta: in his quidem et diligentiam. Societas et rerum communio et dolum et culpam recipit...*»<sup>33</sup>.

Per quanto riguarda le obbligazioni di mezzi, l'innovazione più rilevante fu la frammentazione dei criteri della diligenza e della colpa in più gradi. Il grado *standard* secondo cui doveva essere valutato il comportamento del debitore nell'adempimento dell'obbligazione era la diligenza del *bonus, frugi* o *diligentis pater familias* (talvolta definita dai glossatori "exacta"), parametro astratto, rapportato ad un modello di uomo preciso, metodico, puntuale e memore dei propri impegni<sup>34</sup>.

<sup>31</sup> Secondo U. SANTARELLI, *La categoria dei contratti irregolari*, Torino, 1984, p. 110 ss., proprio su questo si fonderebbe la distinzione medievale, di cui si dirà a breve, tra natura ed essenza o sostanza del contratto.

<sup>32</sup> Su quest'ultima regola cfr. R. CARDILLI, *Un diritto comune in materia di responsabilità contrattuale nel sistema giuridico romanistico*, in *Riv. dir. civ.*, 1998, p. 315 ss.

<sup>33</sup> D. 50, 17, 23.

<sup>34</sup> Cfr. F. CANCELLI, *Diligenza (dir. rom.)*, cit., p. 523. La diligenza del buon padre di famiglia veniva richiesta per una gran quantità di obblighi, tra cui, a titolo di esempio, quelli gravanti sull'usufruttuario (cfr. il frammento 3, 6, 27, il quale fa riferimento all'*optimus pater familias*), o sull'usuario (cfr. D. 7, 8, 15, I, secondo cui al titolare del diritto medesimo non si può proibire «*quo minus is cui usus legatus est utatur, ut bonus pater familias uti debet*»), oppure l'obbligo di conservare e restituire l'eredità. Si vedano, a quest'ultimo proposito, le *Sententiae receptae Pauli*, I, 13, B, 9, il cui frammento recita «*si fructus in restitutione praestandi sunt petitori, quos unusquisque dili-*

Per i contratti in cui il debitore non traeva alcuna *utilitas*, quelli che oggi si potrebbero definire a titolo gratuito, si avvertiva l'esigenza di riequilibrare in un certo senso la posizione del debitore, il solo a sopportare un sacrificio, prevedendo un grado di diligenza attenuato<sup>35</sup>. Così fu elaborato dai giustinianeî il concetto di *diligentia quam in suis rebus* e dai giuristi medievali il suo corrispondente astratto: la *diligentia minima*, definita come la condotta imposta dalla natura, comune a tutti gli uomini, e sintetizzata nella formula *intelligere quod omnes intelligunt* o *scire quod omnes sciunt vel saltem maior pars*<sup>36</sup>.

Vi erano poi alcune categorie di obbligazioni che, per la loro significativa componente di fiducia e affidamento o per la delicatezza della loro funzione, venivano percepite come implicanti una maggiore scrupolosità da parte del debitore. Così per gli obblighi di custodia gravanti sul mandatario<sup>37</sup>, sul depositario e sul comodatario a

*gens pater familias et honestus colligere potuerit*». Il diritto intermedio richiedeva detto livello di diligenza al debitore nell'adempimento delle obbligazioni derivanti da contratti di compravendita, di locazione, di mandato, di pegno, oppure nascenti da una *stipulatio*, da un legato o, in alcuni casi, da una *negotiorum gestio*. La 'diligenza esatta' veniva, inoltre, imposta al depositario, ma in soli tre casi specifici: quando il contratto era a titolo oneroso, quando il deposito era compiuto nell'interesse del depositario medesimo o quando vi era un'espressa pattuizione delle parti in tal senso.

<sup>35</sup> Sul punto cfr. F. SCHUPFER, *Il diritto delle obbligazioni in Italia nell'età del risorgimento*, I, Torino, 1921, p. 259 ss. Le fonti romane, poi seguite dalla giurisprudenza medievale, avevano applicato tale principio al deposito, affermando che era sufficiente per il depositario tenere una condotta improntata alla diligenza minima, ogniquale volta questi non traeva utilità dal deposito. A ben vedere, si può ritrovare nell'attuale codice un'espressione del predetto principio nella misura in cui le norme in tema di deposito e di mandato, come meglio si dirà *infra* nel corpo del testo, impongono una valutazione della responsabilità del debitore con «minor rigore» ogniquale volta il contratto sia a titolo gratuito.

<sup>36</sup> Per un approfondimento sulla nozione di diligenza minima ed un riferimento puntuale ai frammenti nei quali se ne discorre si veda M. BELLOMO, *Diligenza (dir. interm.)*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, p. 530 ss.

<sup>37</sup> Ciò almeno nel caso in cui le qualità e le difficoltà del negozio per il quale il mandato era stato conferito imponessero un impegno superiore a quello "esatto". Tale precisazione è opera di BARTOLO, *Comm.*, in *Dig.* 16, 3, 32, *depositi. 1 quod Nerva*, n. 31, secondo il quale: «...*aut in isto mandato venit id quod modicum, vel quasi nullam requirit industriam: ut in mandato facto fideiussori ut solvat, et simili: et tunc ipsi mandatario imputatur solum dolus et lata culpa [...]* *Aut in mandato venit aliquid quod non requirit magnam industriam, sed requirit aliquid diligentiae: ut emere aliquid, gerere negotia, et similia: et tunc venit dolus, lata culpa et levis [...]* *Aut in mandato venit aliquid quod requirit exactissimam diligentiam et industriam, ut in procuratore ad litem, et similibus: et tunc tenetur de levissima...*». Secondo Martino, in base a quanto viene riferito da JACQUES DE REVIGNY, *Comm.*, in C. 4,

titolo oneroso, sul gestore di affari altrui, sul vettore di cose fragili<sup>38</sup> e, secondo alcuni, sull'erede nei confronti del legatario<sup>39</sup>, si richiedeva una diligenza *exactior* o *exactissima*, anche detta *diligentia diligentissimi patris familias*. Di essa, e della correlativa responsabilità per *culpa levissima* non esisteva nella compilazione giustiniana una nozione chiara.

Un tentativo di definirla risale ai giuristi medievali, i quali la riferirono al concetto di prevedibilità dell'evento impossibilitante: la diligenza esatissima richiedeva al debitore di prevedere quegli accadimenti che avrebbe previsto un padre di famiglia particolarmente diligente e quindi di porre in essere le dovute cautele per scongiurarli<sup>40</sup>. Taluni rifiutavano una concezione così astratta e introducevano nella valutazione della diligenza il riferimento alle circostanze del caso concreto: negligente era ad esempio il debitore che aveva affidato la custodia dei beni del creditore a un soggetto non degno di fiducia, non anche il debitore che l'avesse affidata a un terzo la cui reputazione non avrebbe fatto presagire la sua inaffidabilità<sup>41</sup>.

35, 13, *mandati*, il mandatario era tenuto ad adempiere secondo una "diligenza esatissima" solo nel caso in cui traesse un corrispettivo dal contratto, mentre era soltanto tenuto ad una "diligenza esatta" qualora il contratto fosse a titolo gratuito. Secondo altra scuola di pensiero, invece, il mandatario doveva comunque impiegare la "*exactissima diligentia*" (così, tra gli altri, AZZONE, *Summa*, in C. 4, 35, *mandati*. n. 26; BALDO, *Comm.*, in C. 4, 24, 6, *de actione pigneraticia*. 1. *Quae fortuitis*. n. 51, e *Comm.*, in C. 4, 35, 13, *mandati*. l. *a procuratore*, n. 1.; BARTOLOMEO DA SALICETO, *Comm.*, in *Dig.* 13, 6, 18 *pr. commodati*. 1. *in rebus. in pr.* n. 3.).

<sup>38</sup> In tal senso ACCURSIO, gl. *diligentissimus*, ad *Dig.* 19, 2, 25, 7, *locati conducti*. 1. *si merces promissa*. §. *Qui columnam*. La scuola, poi, dopo le perplessità evidenziate da AZZONE, *Summa*, in C. 4, 65, *de locato et conductio* n. 12, ha inquadrato il contratto di trasporto nello schema della locazione d'opera ed ha dunque concluso nel senso di prescrivere al debitore soltanto una "diligenza esatta".

<sup>39</sup> Sostiene questa tesi, in particolare, Ugolino de' Presbiteri. Cfr. M. BELLOMO, *Diligenza (dir interm.)*, cit., p. 538. In contrario, ritiene che l'erede fosse tenuto nei confronti del legatario ad osservare soltanto una diligenza *exacta*, in base al criterio dell'utilità, ACCURSIO, gl. *diligentia*, ad *Dig.* 30, 47, 5, *de legatis* I. 1. *cum res legata*. § *culpa autem*.

<sup>40</sup> ACCURSIO, gl. *debet*, ad *Inst.* 3, 14, 3, *quibus modis re contrahitur obligatio*. §. *preterea et is: «aliud levissimam, ut si quocumque modo potuit praevidere et non praevidit. unde furtum fieri non potest sine levissima culpa, ut ff. pro socio. l. cum in duobus (Dig. 17, 2, 52, 3), vel incendium nasci, licet non noceat inculpabilibus, ut ff. de periculo et commodo rei venditae. l. si vendita (Dig. 18, 6, 12, (II)) et supra. prox. §. (Inst. 3, 14, 2)»*.

<sup>41</sup> Cfr. GUGLIELMO DA CUNEO, *Lectura super C. 4, 24, 6, de pignoraticia actione*. l. *quae fortuitis*. n. I., secondo cui: «...sic distingue aut furtum est factum a tali per-

Nell'agire sui diversi gradi di diligenza e di colpa le parti godevano di un certo margine di manovra: erano tendenzialmente libere di aumentare o diminuire il grado di diligenza richiesto per un determinato contratto<sup>42</sup>. Posto che i suddetti parametri di condotta erano stati elaborati in considerazione delle esigenze che le parti potevano riscontrare in presenza di determinate obbligazioni, non vi era, in linea di principio, ragione per impedire alla loro volontà di derogarvi. Del resto anche la dottrina del secolo scorso ravvisava il fondamento della diligenza del buon padre di famiglia nella presunta intenzione delle parti e dunque affermava la suppletività di tale parametro all'autonomia privata, salvo nella responsabilità aquiliana, ove essa era invece criterio imperativo<sup>43</sup>.

Più in generale, nel contesto sopra illustrato le parti erano libere di alleggerire o aggravare la prestazione o la misura della responsabilità. Emblematico in questo senso è un passo di Ulpiano, nel quale il giurista ricorda che Pomponio reputava valido il patto con cui il depositario, che di norma rispondeva soltanto per dolo e in casi eccezionali per colpa<sup>44</sup>, assumeva la garanzia per qualsiasi rischio: «*Sed et si quis paciscatur, ne depositi agat, secundum Pomponium valet pactum. item si quis pactus sit, ut ex causa depositi omne periculum praestet, Pomponius ait pactionem valere nec quasi contra iuris formam factam non esse servandam*»<sup>45</sup>. Ulpiano stesso si era pronunciato a favore della validità delle clausole modificative della responsabilità o comunque della struttura tipica del contratto in diverse occasioni<sup>46</sup>.

Consentendosi i patti modificativi della struttura tipica del contratto sorgeva però l'esigenza di contenerli entro determinati limiti. Se erano ammesse incondizionatamente le clausole con cui il debitore si assumeva rischi rientranti nel concetto di caso fortuito o forza

*sona de qua verisimiliter erat confidendum et tunc reputatur casus fortuitus [...] aut est factum a persona de qua non erat confidendum et tunc non reputantur casum fortuitum quantum esset ibi culpa [...] levissima».*

<sup>42</sup> Così *Summa trecentis*, C. 4, 23, de comodato, n. 6; ACCURSIO, gl. *convenit*, ad Dig. 13, 6, 5, 10, *commodati*. 1. *si ut certo*. §. *interdum*: «*scilicet per pactum. Sed in dote hoc pactum non valet, ut ff. de pactis dotalibus*».

<sup>43</sup> Si veda, per tutti, G.P. CHIRONI, *La colpa nel diritto civile odierno*, *Colpa contrattuale*, Torino, 1897, *passim*.

<sup>44</sup> Così, rispettivamente, Ulp. 29 ad Sab. D. 50, 17, 23; e Ulp. 30 ad ed. D. 16, 3, 1, 6.

<sup>45</sup> Ulp. 4 ad ed. D. 2, 14, 7, 15.

<sup>46</sup> D. 13, 6, 5, 2; D. 16, 3, 1, 6; D. 16, 3, 1, 35.

maggiore – quelli che oggi si denominerebbero genericamente patti di assunzione del fortuito<sup>47</sup> – con qualche riserva solo riguardo ai rischi straordinari, per le clausole con cui si alleggerivano o si escludevano la responsabilità del debitore o le prestazioni da lui dovute si era previsto il limite del dolo. Si era vietato il c.d. patto “*de dolo non praestando*” o “*ne dolo praestetur*”, come testimonia un passo del Digesto del II secondo a.C. attribuibile a Ulpiano, nel quale si afferma a chiare lettere la contrarietà di un simile patto alla buona fede<sup>48</sup>.

Nel noto frammento si legge: «*Contractus quidam dolum malum dumtaxat recipiunt, quidam et dolum et culpam. Dolum tantum: depositum et precarium. Dolum et culpam mandatum, commodatum, venditum, pignori acceptum, locatum, item dotis datio, tutelae, negotia gesta: in his quidem et diligentiam. Societas et rerum communio et dolum et culpam recipit. Sed haec ita, nisi si quid nominatim convenit (vel plus vel minus) in singulis contractibus: nam hoc servabitur, quod initio convenit (legem enim contractus dedit), excepto eo,*

<sup>47</sup> Di tali patti e della loro funzione – su cui cfr. sin d’ora P. PERLINGIERI, *Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall’inadempimento*, artt. 1230-1259, in *Comm. c.c.* Scialoja e Branca, *Libro quarto - delle obbligazioni*, Bologna-Roma, 1975, p. 445 – si discorrerà nel capitolo III al par. 12. Qui è sufficiente considerare che essi vengono ritenuti in linea di principio ammissibili dalla dottrina e dalla giurisprudenza. Ammette la possibilità che le parti si assumano il rischio di un’impossibilità non imputabile *in primis* la teoria classica: per tutti, G. GIORGI, *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*, II, Firenze, 1885, p. 44 ss.). Nello stesso senso, F. CARRESI, *Il contratto*, 1, in *Tratt. dir. civ. comm.* Cicu e Messineo, Milano, 1987, p. 288; R. SACCO, *Il contratto*, 2, in *Tratt. dir. civ.* Sacco, Torino, 1993, p. 653; e F. DELFINI, *Autonomia privata e rischio contrattuale*, Milano, 1999, p. 65 ss. Per un accostamento tra le clausole di assunzione del fortuito e le lettere di patronage cfr. A. MAZZONI, *Lettere di patronage, mandato di credito e promessa del fatto del terzo*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1984, II, pp. 308-309. In giurisprudenza cfr. Cass., 18 febbraio 1961, n. 349, in *Foro it.*, 1961, c. 1153, la quale ha ammesso un patto «con cui la estinzione di un contratto è fatta dipendere dal ritardo nel pagamento indipendentemente da qualsiasi causa volontaria, colpevole o incolpevole, del debitore, un patto col quale, in sostanza, al debitore è addossata la responsabilità del fortuito»; Cass., 9 novembre 1960, n. 2979, in *Mass. Foro it.*, 1960, c. 669, secondo cui «l’obbligato, al fine di esimersi dalla responsabilità per inadempimento, non può invocare l’impossibilità della prestazione, anche se dovuta a *factum principis*, quando nel contratto sia stata prevista la possibilità di verificarsi di un fatto impeditivo della prestazione e l’obbligato ne abbia assunto volontariamente messo in condizione di soggiacere ad un eventuale provvedimento di carattere cogente»; App. Firenze, 14 marzo 1950, in *Rep. Foro it.*, c. 1950, *Obbl. contr.*, n. 559.

<sup>48</sup> *Ulpianus libro XXIX ad Sabinum.*

*quod Celsus putat non valere, si convenerit, ne dolus praestetur: hoc enim bonae fidei iudicio contrarium est: et ita utimur. Animalium vero casus mortisque, quae sine culpa accidunt, fugae servorum qui custodiri non solent, rapinae, tumultus, incendia, aquarum magnitudines, impetus praedonum a nullo praestantur»<sup>49</sup>.*

Non constano invece frammenti da cui si evinca il divieto di una limitazione o esclusione della responsabilità del debitore per colpa grave. Si riscontrano però diversi passi nei quali, pur ad altri fini, il dolo e la colpa grave sono equiparati, e su questi, come si vedrà a breve, la dottrina si è talvolta basata per giustificare il disposto dell'odierno art. 1229 cod. civ.<sup>50</sup>. Ve ne è in particolare uno, nella compilazione giustiniana, in cui si legge che «*magna culpa dolus est*»<sup>51</sup>.

Di questo frammento, così come degli altri, è tuttavia difficile stabilire con certezza l'origine: la questione se l'equiparazione tra il dolo e la colpa grave fosse un prodotto dell'epoca classica o il frutto dell'interpolazione bizantina è sempre stata una delle più spinose ed è rimasta tuttora irrisolta<sup>52</sup>. Parimenti è incerto se la colpa grave equi-

<sup>49</sup> D. 50, 17, 23.

<sup>50</sup> Così, per esempio, ULPIANUS, *libro septimo disputationum* (D., 17, 1, 29 pr. e 3): «*Si fideiussor conventus, cum ignoraret non fuisse debitori numeratam pecuniam, solverit ex causa fideiussionis, an mandati iudicio persequi possit id quod solverit, quaeritur. et si quidem sciens praetermiserit exceptionem vel doli vel non numeratae pecuniae, videtur dolo versari (dissoluta enim negligentia prope dolum est) [...] Hoc idem tractari et in fideiussore potest, si, cum solvisset, non certioravit reum, sic deinde reus solvit quod solvere cum non oportebat. et credo, si, cum posset eum certiorare, non fecit, oportere mandati agentem fideiussorem repelli: dolo enim proximum est, si post solutionem non nuntiaverit debitori...*»; ULPIANUS, *libro trigesimo sexto ad edictum* (D., 27, 8, 1, 3): «*Si praeses provinciae nominibus ab alio acceptis ad magistratus municipales remiserit, ut se de nominibus instruant, et perinde instructos dederit tutores: an exemplo eorum qui praetorem instruunt debeant magistratus teneri, quaeritur: utique enim interest, utrum ipsi magistratus nomina electa dederint praesidi an ea, quae ab alio praeses accepit, inquisierint. et puto utroque casu sic teneri, quasi dolo vel lata culpa versati sunt*»; ULPIANUS, *libro trigesimo primo ad edictum* (D., 17, 1, 8, 10): «*Proinde si tibi mandavi, ut hominem emeris, tuque emisti, teneberis mihi, ut restituas. sed et si dolo emere neglexisti (forte enim pecunia accepta alii cessisti ut emeret) aut si lata culpa (forte si gratia ductus passus es alium emere), teneberis...*»; ULPIANUS, *libro trigesimo quinto ad edictum* (D., 26, 7, 7, 2): «*Competet adversus tutores tutelae actio, si male contraxerint, hoc est si praesidia comparaverint non idonea per sordes aut gratiam. quid ergo si neque sordide neque gratiose, sed non bonam condicionem elegerint recte quis dixerit solam latam negligentiam eos praestare in hac parte debere*».

<sup>51</sup> D. 50, 16, 226.

<sup>52</sup> Sul punto cfr. G. CIAN, *Lata culpa dolo aequiparatur*, in *Riv. dir. civ.*, 1963, I, p. 177 ss., *passim*.

parata al dolo fosse intesa come grossolana negligenza oppure come intenzione di non adempiere, laddove invece il dolo avrebbe implicato la volontà di arrecare un danno al debitore<sup>53</sup>.

Del divieto e dei patti modificativi della struttura tipica del contratto non si discorre più, almeno a quanto risulta, per tutto il periodo dei regni romano-barbarici fino alla fine dell'Alto Medioevo<sup>54</sup>. In quel contesto, ove non c'era un ordinamento unitario, mancava una teorizzazione generale del rischio e della responsabilità; i due profili tendevano a sovrapporsi, talvolta confondendosi, e assumevano rilievo con esclusivo riguardo al loro atteggiarsi nella struttura tipica dei singoli contratti, segnatamente la vendita, il pegno, la locazione, il deposito, il comodato, e il mutuo<sup>55</sup>.

Volendo ricavare da questo quadro frammentario delle linee di fondo, si può affermare che la regola di ripartizione del rischio e della responsabilità mutava secondo il tipo di contratto, il suo carattere oneroso o gratuito, e la legge vigente nei singoli regni<sup>56</sup>. Si andava dall'estremo di una concezione soggettiva della responsabilità, fondata sugli antitetici concetti di colpa e diligenza, a una concezione rigidamente oggettiva che annullava la distinzione tra responsabilità e rischio ponendo a carico del debitore anche il fortuito. Emblematica in quest'ultima direzione è la legge Frisi, ove si stabiliva che chi aveva ricevuto in custodia una cosa – il termine è *res praestita*, compatibile tanto con il comodato, quanto con il deposito, il mutuo e la locazione di mobili<sup>57</sup> – doveva restituirla nello stato in cui si trovava al

<sup>53</sup> *Ibidem*.

<sup>54</sup> Rileva G. LUZZATTO, *Recensione a Maffei, Caso fortuito e responsabilità contrattuale nell'età dei glossatori. Saggi*, in *Iura*, 1958, IX, p. 169, che, tranne poche eccezioni, il problema del rischio contrattuale in diritto intermedio non ha riscosso un interesse adeguato da parte della storiografia.

<sup>55</sup> I rilievi sono di I. BIROCCHI, *Rischio contrattuale (dir. interm.)*, *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989; le medesime osservazioni si leggono anche in I. BIROCCHI e U. PETRONIO, *Responsabilità contrattuale (dir. interm.)*, *ivi*, XXXIX, Milano, 1988.

<sup>56</sup> Per un approfondimento si vedano F. SCHUPFER, *Il diritto privato dei popoli germanici con speciale riguardo all'Italia*, III, Città di Castello e Roma-Torino-Firenze, 1909, p. 314 ss.; e A. PERTILE, *Storia del diritto italiano dalla caduta dell'Impero romano alla codificazione*, 2, 1892-1903, rist. anastatica, Bologna, 1965-66, IV, p. 611 ss.

<sup>57</sup> Cfr. G. ASTUTI, *I contratti obbligatori nella storia del diritto italiano*, I, Milano, 1952, p. 220 ss.; P. FREZZA, *L'influsso del diritto romano giustiniano nelle formule e nella prassi in Italia*, in *Ius Romanum Medii Aevi*, 1974, p. 29 ss.; nonché, con più specifico riguardo alla compravendita, G. VISMARA, *La prassi giuridica alto-medievale*, in *Labeo*, XXII, 1976, p. 102.

momento della conclusione del contratto e non era esonerato da responsabilità neppure per caso fortuito o forza maggiore<sup>58</sup>.

La prospettiva cambia nell'epoca dei glossatori. Oltre al contributo che gli stessi hanno offerto in merito allo studio del sistema dei gradi di diligenza e di colpa, di cui si è già detto nella parte dedicata al diritto romano *post-classico*, alla loro opera si deve la distinzione tra elementi essenziali ed elementi naturali del negozio, che rappresenta la trasposizione in chiave giuridica contrattuale del pensiero filosofico aristotelico e poi di quello medievale circa la natura delle cose<sup>59</sup>.

Con il termine "*essentialia*" i Glossatori alludevano a quegli elementi del contenuto contrattuale inderogabile da parte dell'autonomia privata; mentre con il termine "*naturalia*" intendevano quegli elementi da reputarsi naturalmente inclusi nel regolamento contrattuale e suscettibili di modifica ad opera delle parti<sup>60</sup>. Volendo attualizzare

<sup>58</sup> *Lex Frisonum*, Add. X. I.

<sup>59</sup> Si parla di innesto dell'elaborazione filosofica concernente la natura delle cose sulla teoria della natura del contratto: così I. BIROCCHI, *Tra elaborazioni nuove e dottrine tradizionali*, in *Quad. fiorentini*, 1990, 19, p. 243 ss., p. 247. Il pensiero aristotelico cui si fa riferimento è quello secondo cui ogni cosa è dotata di tre caratteristiche fondamentali: gli *essentialia*, cioè gli elementi propri del *genus* cui la cosa appartiene; i *naturalia*, cioè gli elementi propri della specie cui la cosa appartiene; e gli *accidentalialia*, cioè gli elementi la cui presenza non è indispensabile. Sul punto cfr. H. COING, *Zum Einfluss der Philosophie des Aristoteles auf die Entwicklung des römischen Rechts*, in *Zeitschr. der Savigny-Stiftung für Rechtsge*, LXIX, 1952, pp. 24-59, in particolare pp. 32-33. Sulla lettura del pensiero aristotelico da parte della filosofia medievale, e in particolare sulla lettura di San Tommaso, cfr. J. GORDLEY, *Natural Law Origins of the Common Law of Contract*, in J. BARTON (a cura di), *Towards a general law of contract*, Berlino, 1990, pp. 367-465, pp. 368-421.

<sup>60</sup> Sul punto si veda, anzitutto, P. GROSSI, *Sulla 'natura' del contratto*, in *Quad. fiorentini*, XV, 1986, p. 593 ss., spec. p. 617 ss.: «Con la tripartizione si è al cuore di una teoria generale del contratto, poiché con essa si tenta una comprensione della struttura intima del contratto, del contratto come sintesi e modello di ogni specifica fattispecie contrattuale: il nucleo più riposto, i *substantialia*; uno strato meno profondo ma sempre ben compenetrato nella struttura, i *naturalia*; una epidermide estrinseca e fuggevole, gli *accidentalialia*. Con l'ulteriore insegnamento consolidato che, mentre i primi non sono suscettibili di modificazione da parte della volontà dei contraenti a pena della nullità dell'atto o del transito da uno ad altro tipo contrattuale, i secondi possono – a certe condizioni ed entro certi limiti – essere consensualmente modificati». Si vedano inoltre I. BIROCCHI, *Causa e categoria generale del contratto. Un problema dogmatico nella cultura privatistica dell'età moderna*, I. *Il cinquecento*, Torino, 1997, p. 54 ss.; e R. FIORI, *La definizione della locatio conductio*, Napoli, 1999, p. 319 ss. Agli elementi ed essenziali si aggiungevano, nella classificazione dei

la distinzione, si potrebbe dire che a quest'ultima categoria corrisponde il diritto dispositivo contrattuale<sup>61</sup>. Com'è stato osservato, i *naturalia* rappresentano una mediazione tra rigidità del tipo e autonomia privata<sup>62</sup> e sono ciò che consente al tipo contrattuale di evolvere<sup>63</sup>.

In particolare, Baldo degli Ubaldi distingueva tra *substantia* e *natura* adducendo come esempio della prima la cauzione imposta al titolare del diritto di usufrutto universale, giungendo sulla base di tale qualifica ad affermare la nullità della clausola con cui il testatore, nel lascito di usufrutto universale, esonerava il coniuge destinatario della disposizione dall'obbligo di prestare detta cauzione<sup>64</sup>.

Come osserva la dottrina, *substantia* e *natura* hanno in comune un elemento: sono entrambi connotati strutturali del contratto; non si tratta di circostanze estrinseche o accidenti, ma di forze originarie che ineriscono alla struttura oggettiva del contratto<sup>65</sup>. Il *discrimen* tra le due categorie si gioca su un piano teoretico e su un piano effettuale: sotto il primo profilo, la sostanza è il *quid proprium* del contratto, la sua *quidditas*, mentre la natura è la sua caratteristica, la *qualitas* («*est autem substantia id quo primum res aliquid est. Natura, qua primum res talis est [...] Substantia ponit rem in quidditate, na-*

Glossatori, gli elementi accidentali, cioè quelli che potevano essere previsti dalle parti, ma la cui mancata previsione non incidere sulla validità del contratto e alla cui mancanza non si poteva sopperire in via d'integrazione. Sul punto cfr. M.F. CURSI, *Alle origini degli accidentalia negotii. Le premesse teoriche della categoria moderna nelle sistematiche dei giuristi romani*, in *Index*, XXIX, 2001, p. 301 ss.

<sup>61</sup> Fondamentale in tema il contributo di M. GRONDONA, *Diritto dispositivo contrattuale*, Torino, 2011.

<sup>62</sup> Così R. CARDILLI, *Il problema della resistenza del tipo contrattuale*, cit., p. 3.

<sup>63</sup> In questo senso P. GROSSI, *Sulla 'natura' del contratto*, cit., p. 609, secondo cui la distinzione tra essenza e natura del contratto è lo strumento attraverso il quale quest'ultimo «è immerso nella sua storicità, non nella quotidianità. Non saranno mai gli episodi ad affiorare al rango di natura ma unicamente al rango di accidenti». Sul tema si veda anche ID., *L'ordine giuridico medievale*, Roma-Bari, 2001, spec. p. 248 ss.

<sup>64</sup> C. 3, 33, 1 (Imp. Severus et Antoninus AA. Posidonio): *Si usus fructus omnium bonorum testamento uxoris marito relictus est, quamvis cautionem a te prohibuerat exigi, tamen non aliter a debitoribus solutam pecuniam accipere poteris quam oblata secundum formam senatus consulti cautione*. PP. VI k. Oct. Anullino et Frontone cons. [a. 199]. Nel criticare l'opinione di chi sosteneva la derogabilità della cauzione, Baldo degli Ubaldi precisava che essa: «*Non est de substantia sed de natura ususfructus: nam ista sunt diversa, quia substantia est immutabilis, sed natura potest mutari et alterari ff. de contrahen. empt. l. pacta conventa [D. 18, 1, 72 pr.]*».

<sup>65</sup> Così P. GROSSI, *Sulla 'natura' del contratto*, cit., p. 609.

tura ponit eam in qualitate et differentia»<sup>66</sup>); sotto il secondo profilo, l'essenza è inderogabile, mentre la natura può essere modificata dalle parti («*substantia est immutabilis, sed natura potest mutari et alterari*»<sup>67</sup>)<sup>68</sup>.

Il problema è che non si trova nelle fonti un criterio generale per distinguere gli elementi essenziali da quelli naturali, né si argomenta l'inquadramento di singoli patti nell'una o nell'altra categoria. La questione rimane dunque aperta e rappresenta, come meglio si coglierà, uno dei nodi centrali della materia, non solo nella prospettiva italiana, ma anche in quella transnazionale<sup>69</sup>. Ciò che qui importa è la considerazione di fondo per cui anche in quest'epoca i problemi del rischio e della responsabilità erano intimamente legati ai singoli tipi contrattuali e alla loro natura. L'accordo delle parti poteva incidere su questi aspetti, nei limiti però dell'essenza del contratto e nella consapevolezza che i patti modificativi della misura della responsabilità o dell'oggetto del contratto erano comunque eccezionali rispetto alla regola che discendeva dalla *natura contractus*<sup>70</sup>.

### 3. Dal silenzio del legislatore del 1865 alla codificazione del divieto

Le riflessioni maturate nel periodo del diritto intermedio vennero riscoperte e sviluppate dai giuristi francesi all'epoca dell'illuminismo. Da quel momento il problema del divieto di esonero da responsabilità divenne centrale in ambito europeo quale strumento di politica del diritto per incentivare il progresso scientifico tecnologico e, più in generale, il commercio. Rispetto al dibattito europeo, che aveva riguardato principalmente Francia, Germania e Inghilterra, l'ordinamento italiano rimase, a quanto consta, sostanzialmente in disparte

<sup>66</sup> BALDO, *In VII. VIII. IX. X. et XI. Codicis libros commentaria*, Venetiis, 1586, ad 1. Etiam, C. de executione rei iudicatae, n. 3 (C. 7, 53, 5).

<sup>67</sup> BALDO, *In primum, secundum et tertium Codicis libros commentaria*, Venetiis, 1586, ad 1. Primam, C. de usufructu, n. 14 (C. 3, 33, I).

<sup>68</sup> Ancora P. GROSSI, *Op. ult. cit.*, p. 610, osserva che «la natura è un carattere nativo di questo o quel contratto, ma è un carattere plastico, non rigido, che trova nella osservanza comunitaria, nel permanere o nel variare della vita sociale, le ragioni del consolidarsi o del modificarsi».

<sup>69</sup> V., *infra*, capitolo V.

<sup>70</sup> Sul punto D. MAFFEI, *Caso fortuito e responsabilità contrattuale nell'età dei glossatori*. Saggi, Milano, 1957, pp. 83 ss. e 86 ss.

fino agli albori delle codificazioni del 1865. Le possibili ragioni si coglieranno a breve.

Il legislatore del 1865, ispirandosi al modello del *Code Napoléon* anziché a quello del BGB, scelse di non disciplinare i patti di esclusione o limitazione della responsabilità. Nel codice civile la categoria non fu mai contemplata, mentre nel codice del commercio del 1881 fu prevista una disciplina dei patti in esame con specifico riguardo ai contratti di trasporto su strada ferrata. Più precisamente, l'art. 416 cod. comm. disponeva la nullità delle clausole che limitano o escludono nei trasporti su strada ferrata «le obbligazioni e le responsabilità» stabilite da una serie di norme, salvo nel caso in cui la previsione di tali clausole fosse controbilanciata da una diminuzione del costo del servizio<sup>71</sup>.

L'assenza di un divieto generale dei patti di esonero e il circoscritto margine di operatività della regola contenuta nel codice del commercio potrebbero indurre a ritenere che il legislatore dell'epoca fosse in linea di principio favorevole a un'apertura verso l'autonomia contrattuale anche in quest'ambito. Del resto, si trattava di un periodo in cui proliferavano anche in Italia, come in Inghilterra, Germania e Francia, le attività economiche e industriali e l'approccio liberista ne imponeva l'incentivo e la tutela<sup>72</sup>.

La lettura della giurisprudenza di quel periodo impone però di rivedere tale conclusione. Innanzitutto, le sentenze avevano, a poco

<sup>71</sup> Nel suo tenore letterale, l'art. 416 cod. comm. 1882 stabiliva quanto segue: «le stipulazioni che escludono o limitano nei trasporti di strada ferrata le obbligazioni e le responsabilità stabilite negli artt. 392, 393, 394, 400, 402, 404, 405, 407, 408, 411 e 415 sono nulle e di nessun effetto, se anche fossero permesse da regolamenti generali o particolari, salvo che alla limitazione di responsabilità corrisponda una diminuzione del prezzo di trasporto stabilito nelle tariffe ordinarie offerta con tariffe speciali». Il punto di riferimento sul tema è il volume di A. ASQUINI, *Del contratto di trasporto* (Artt. 388-416 cod. comm.), in *Comm. cod. comm.* Bolaffio, Rocco e Vivante, VII, II, Torino, 1935.

<sup>72</sup> Per comprendere il contesto storico-culturale dell'epoca sono fondamentali le opere di G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna. Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna, 1976; P. GROSSI, *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Milano, 1998; P. CARONI, *Saggi sulla storia della codificazione*, Milano, 1998; G. ALPA, *La cultura delle regole. Storia del diritto civile italiano*, Roma-Bari, 2009. Particolarmente interessanti sono inoltre i contributi raccolti in due recenti simposi dedicati al tema: P. CAPPELLINI, B. SORDI (a cura di), *Codici. Una riflessione di fine millennio*, Atti dell'incontro di studio, Firenze, 26-28 ottobre 2000, Milano, 2002; e R. FAVALE, C. LATINI (a cura di), *La codificazione nell'Italia postunitaria 1865-2015*, Atti del *workshop* Camerino, 29 ottobre 2015, Camerino, 2016.

a poco, capovolto la logica del legislatore, estrapolando da quello che poteva apparire un limite eccezionale all'autonomia privata – e come tale, a rigore, insuscettibile di applicazione estensiva o analogica – un principio generale. I primi segni di questo processo furono l'estensione dell'art. 416 cod. comm. ai trasporti marittimi<sup>73</sup>; e l'affermazione dell'illiceità delle clausole di esonero o limitazione non controbilanciate da un vantaggio per la controparte anche in caso di colpa lieve del debitore<sup>74</sup>.

In secondo luogo, elemento ancor più significativo, le corti riconoscevano come pacifica, pur in assenza di un divieto generale, la nullità incondizionata, per contrarietà all'ordine pubblico o al buon costume, delle clausole volte a limitare o escludere la responsabilità del debitore per dolo<sup>75</sup>, al punto che reputavano superfluo argomen-

<sup>73</sup> Estensione sulla quale parte della dottrina ha espresso vive perplessità – così R. FRANCESCHELLI, *Le clausole di irresponsabilità nei trasporti marittimi ed il problema della protezione del contraente più debole nei contratti a serie*, in *Riv. dir. nav.*, I, 1938, pp. 265-270 – e talvolta aspre critiche – così A. LEFEBVRE D'OVIDIO, *Studi sulle clausole di irresponsabilità (II parte)*, *ivi*, 1939, pp. 444-461.

<sup>74</sup> In questa direzione, Cass., 2 marzo 1927, in *Foro it.*, 1927, I, c. 300 ss.; Cass., 15 novembre 1928, in *Annuario dir. comp.*, 1931, p. 746 ss., con commento di P. GRECO, *Appunti sulle clausole di irresponsabilità nei trasporti marittimi*; nonché in *Foro it.*, 1928, I, c. 1193 ss.; in *Giur. it.*, 1929, I, c. 396 ss.; in *Riv. dir. comm.*, 1929, II, p. 136 ss.; Cass., 5 luglio 1930, n. 2488, in *Mass. Foro it.*, 1930; App. Genova, 7 dicembre 1934, in *Riv. dir. nav.*, 1935, II, p. 257 ss.; e in *Foro it.*, 1935, I, c. 1109 ss., con nota di U. VERNETTI, *Sulla invalidità della "insurance clause"*; Cass. Regno, 27 febbraio 1936, n. 644, in *Foro it.*, 1936, I, c. 297 ss. e 1010 ss., con commento di T. ASCARELLI, *Clausole di esonero da responsabilità nel trasporto marittimo e inversione convenzionale dell'onere della prova*; e in *Riv. dir. nav.*, 1936, II, p. 117 ss., con nota di B. SCORZA, *Ancora sulla clausola di assicurazione nella polizza di carico*; App. Torino, 28 luglio 1937, in *Foro it.*, 1938, I, c. 424 ss., con commento di F.M. DOMINEDÒ, *Le clausole di esonero da responsabilità del vettore e l'art. 416 cod. commercio*; e in *Riv. dir. comm.*, 1938, II, p. 213 ss., con nota di A. LEFEBVRE D'OVIDIO, *Sulla validità delle clausole d'esonero e delle clausole limitative nel trasporto marittimo di cose*.

<sup>75</sup> Cfr., in particolare, Cass. Torino, 23 agosto 1905, in *Foro it.*, 1905, I, c. 1361, con nota di A. DE MEDIO, *Sulla validità del patto di non prestare la colpa grave*, ove si legge: «il patto che, in caso di ritiro dall'impiego 'per qualsiasi causa' il locatore d'opera o mandatario non abbia diritto ad indennità non include rinuncia al risarcimento dei danni derivanti dal dolo del conduttore d'opera o mandante, che con subdoli artifici abbia reso intollerabile la posizione del locatore o mandatario, costringendolo a recedere dal contratto»; Cass. Torino, 4 maggio 1917, in *Riv. dir. comm.*, 1918, II, p. 141, con commento di A. BRUNETTI, *Dei limiti di validità delle clausole di esonero nei trasporti marittimi*; Cass., 25 ottobre 1924, in *Foro it.*, 1925, cc. 301-304, la quale addirittura parla di «principio incontrovertibile di diritto naturale».

tarne, se non in modo del tutto generico, l'esistenza e soprattutto il fondamento, demandando il compito all'elaborazione dottrinale<sup>76</sup>. Senonché anche la dottrina percepiva quella regola come immanente nel sistema<sup>77</sup>.

Controversa era invece la nullità dei patti di esclusione o limitazione dalla responsabilità per colpa grave, sicché per sostenere l'una o l'altra tesi non appariva sufficiente un generico richiamo alle fonti romane; fonti che, peraltro, non erano neppure in grado di fornire una risposta univoca<sup>78</sup>. In particolare, per giustificare l'estensione di un simile limite all'autonomia delle parti occorreva estrapolare dal sistema un principio generale, individuare la *ratio* del divieto e argomentare sulla base di essa<sup>79</sup>. E così è stato; e le argomentazioni si sono rivelate persuasive, nella misura in cui sono state accolte dalla dottrina e dalla giurisprudenza prevalenti<sup>80</sup>, salva qualche autorevole

<sup>76</sup> Questa percezione si era già fatta strada nella dottrina di poco successiva all'entrata in vigore del codice attuale: così, ad esempio, A. TORRENTE, *Le clausole di esonero e le clausole limitative della responsabilità*, in *Giust. civ.*, 1951, I, p. 247 ss., p. 251, osserva che la difficoltà maggiore incontrata dalla giurisprudenza nell'applicazione dell'art. 1229 cod. civ. «non consisteva nella fissazione dei principi ormai saldi e sicuri, ma nella discriminazione della colpa grave di fronte alle fattispecie concrete»; difficoltà questa che, come meglio si vedrà nel prosieguo, induce ad una lettura evolutiva dei limiti previsti dalla norma in questione.

<sup>77</sup> Emblematiche al riguardo sono le parole di G. AULETTA, *Limitazione di responsabilità del vettore marittimo*, in *Riv. dir. nav.*, 1952, I, p. 180 ss., p. 191 ss. e nt 42, 43, il quale riferisce che durante i lavori preparatori al codice civile del 1942 «mai si dubitò che il principio già esistesse nell'ordinamento, solo dubitandosi a un certo momento addirittura della opportunità di riconoscerlo esplicitamente, tanto lo si riteneva pacifico»; nonché quelle di P. COGLIOLO, *Scritti vari di diritto privato*, Torino, 1913, p. 361, il quale, parlando della tendenza delle imprese, soprattutto di grandi dimensioni ed esercenti pubblici servizi, a garantirsi l'immunità da ogni responsabilità, osservava che il «tradizionale concetto romano» non era fondato «solo su ricordi storici ma su l'essenza stessa delle contrattazioni sociali».

<sup>78</sup> Infatti, se da un lato si poteva citare a sostegno dell'equiparazione, ai fini del divieto, del concetto di colpa grave a quello di dolo il brocardo latino, di probabile derivazione giustiniana, per cui *lata culpa dolo aequiparatur*, dall'altro taluni osservavano che uno studio più attento delle fonti romane impediva di considerare tale regola come generale. In questo senso A. DE MEDIO, *Sulla validità del patto di non prestare la colpa grave*, cit.

<sup>79</sup> Fondamentali sul punto, in chiave storiografica, M. TALAMANCA, *Colpa civile (storia)*, in *Enc. dir.*, VII, Milano, 1960, p. 517 ss.; V. ARANGIO-RUIZ, *Lata culpa doli est*, in *Diz. prat. dir. priv.*, III, 2, Milano, 1932-1934, p. 145 ss. Per i riferimenti bibliografici alla pandettistica tedesca, cfr. G. CIAN, «*Lata culpa doli aequiparatur*», in *Riv. dir. civ.*, 1963, I, p. 148 ss., nt. 1.

<sup>80</sup> Sostengono l'equiparazione tra dolo e colpa grave, in giurisprudenza, Cass., 27

voce contraria<sup>81</sup>, e poi recepite dal legislatore dell'attuale codice. Tali argomentazioni meritano perciò un'attenta analisi.

Secondo alcuni, che interpretano restrittivamente la nozione di dolo come riferita alla sola intenzione di arrecare pregiudizio al creditore attraverso l'inadempimento, l'equiparazione in esame sarebbe

febbraio 1936, in *Foro it.*, 1936, I, c. 664; Cass., 27 marzo 1936, *ivi*, c. 297 ss.; Cass., 24 aprile 1936, *ivi*, c. 775; Cass., 29 luglio 1938, in *Rep. Foro it.*, 1938, voce *Obbligazioni e contratti*, n. 189; Cass., 23 gennaio 1939, *ivi*, 1939, voce cit., n. 156, secondo le quali la pattuizione con cui le parti escludono o limitano la responsabilità del debitore è valida «purché non violi norme proibitive o principi inerenti all'ordine pubblico e al buon costume», mentre si sottrae alla nullità «il caso di esonero da responsabilità per inadempimento derivante da dolo o colpa grave»; in dottrina, A. BRUSCHETTINI, *Del contratto di trasporto*, in *Comm. cod. comm.*, VI, Milano, 1924, p. 331. Nello stesso senso, ma in epoca successiva all'entrata in vigore dell'attuale codice, in giurisprudenza, Cass., 24 marzo 2004, n. 5910, in *Riv. giur. lav.*, II, p. 744, con nota di G. FRONTINI, *Diritti dei lavoratori e trasferimento d'azienda autoritativo della p.a.*; Cass., 16 settembre 1980, n. 5269, in *Dir. mar.*, 1981, p. 217 ss., con nota di G. VISINTINI, *Osservazioni critiche*, cit., la quale, chiamata a pronunciarsi sull'art. 29 della Convenzione di Ginevra sul trasporto internazionale stradale, afferma che «dal complesso delle norme che, nel campo contrattuale, tutelano il soggetto danneggiato, nei confronti dei comportamenti caratterizzati da dolo e da colpa grave, è chiaramente desumibile un principio generale, il quale impone l'adempimento dei doveri derivanti da rapporti obbligatori, con un minimo di diligenza, assolutamente inderogabile, in conformità di una regola giuridica, comune ed universale, che fa parte integrante di tutti gli ordinamenti giuridici»; Cass., 27 agosto 1966, n. 2285, in *Mass. giur. it.*, 1966, c. 1019; Cass., 29 marzo 1985, n. 2204, in *Dir. mar.*, 1986, p. 402; in dottrina, E. COLAGROSSO, *Il libro delle obbligazioni (Parte generale)*, in *Commento al nuovo codice civile italiano*, Milano, 1943, p. 99; V. SCIALOJA, *Lezioni sul diritto delle obbligazioni*, Roma, 1988, p. 342; G. ALPA, M. BESSONE e V. ZENO ZENCOVICH, *Le clausole di esonero da responsabilità*, in *Obbl. contr.*, VI, in *Tratt. dir. priv.* Rescigno, 2ª ed., 1995, p. 314 ss.

<sup>81</sup> Così W. D'AVANZO, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, artt. 1218-1229 cod. civ., in *Comm. c.c. D'Amelio e Finzi*, I, Firenze, 1948, p. 113; L. BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*, III, Milano, 1964, p. 303; G. CIAN, *Lata culpa dolo aequiparatur*, cit., p. 177; P.G. MONATERI, *La responsabilità civile.*, Torino, 1998, p. 130; e G. VISINTINI, *Osservazioni critiche sulla supposta esistenza di un principio di equiparazione della colpa grave al dolo*, in *Dir. mar.*, 1981, p. 217 ss. In giurisprudenza cfr., innanzitutto, Cass., 10 dicembre 1956, n. 4398, in *Foro it.*, 1957, I, c. 389, con nota critica di A. DE CUPIS, *Sulla determinazione del risarcimento nelle ipotesi di colpa grave del debitore*, nella cui motivazione si legge che, ove il codice ha voluto equiparare dolo e colpa grave, l'ha fatto espressamente, e comunque l'ha fatto all'art. 1229 cod. civ. quanto agli effetti. Sulla stessa linea Cass., 14 marzo 2006, n. 5449, in *Dir. traspr.*, 2007, p. 833, con nota di B. FIORE, *Convenzione di Montreal del 1999: convenzione vessatoria?*, secondo cui l'equiparazione in parola può essere disposta solo da una specifica norma, la quale, peraltro, è insuscettibile di applicazione analogica.

giustificata proprio dall'esigenza di includere nel divieto di esclusione o limitazione di responsabilità anche la semplice volontà del debitore di non adempiere, non accompagnata dalla volontà di danneggiare il debitore<sup>82</sup>. In contrario si è osservato che, innanzitutto, la concezione del dolo in termini di intenzione di arrecare ad altrui un danno è ormai pacificamente superata – il punto però merita qualche precisazione che si rinvia al prosieguito<sup>83</sup> – intendendosi per dolo la semplice volontà di non adempiere; in secondo luogo, sostenendo la tesi in parola, bisognerebbe concludere che resta fuori dall'equiparazione la colpa grave concepita come scostamento grossolano dalla condotta dovuta<sup>84</sup>.

Secondo altri, la necessità di equiparare al dolo la colpa grave deriverebbe dalla difficoltà di distinguere in concreto il comportamento doloso del debitore da quello gravemente colposo<sup>85</sup>. Nell'ambito di questa opinione, taluni sottolineano la difficoltà probatoria cui si andrebbe incontro se l'equiparazione tra dolo e colpa grave non vi fosse: essendo il dolo molto arduo da dimostrare, si finirebbe per consentire al debitore di liberarsi sempre dalla responsabilità, semplicemente affermando di essere stato molto distratto ma di non essere stato animato dall'intento di nuocere al creditore<sup>86</sup>.

Altri ancora fanno leva sul fatto che i comportamenti gravemente colposi presentano il medesimo grado di riprovevolezza di quelli dolosi: la colpa grave è indice di una scarsa preoccupazione per gli interessi altrui e dunque l'equiparazione risponde alla necessità di «evi-

<sup>82</sup> Così C. FERRINI, *Diritto penale romano*, in *Enc. dir. pen. it.*, a cura di Pesina, I, Milano, 1905, p. 55 ss.; e ID., *Diritto penale romano*, Milano, 1899, p. 114, il quale ritiene che, proprio per tale caratteristica, i concetti di dolo e colpa grave non siano facilmente distinguibili e dunque si renda necessaria la loro equiparazione. Nella medesima direzione cfr., inoltre, seppur nella dottrina francese, R. ROBLLOT, *De la faute lourde en droit privé français*, in *Rev. trim. droit civ.*, 1943, p. 5 ss.; R. JAMBU-MERLIN, *Dol et faute lourde*, in *Dalloz*, 1955, *Chroniques*, p. 92; H. e L. MAZEAUD e A. TUNC, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, 5, I, Paris, 1957, p. 472 ss.

<sup>83</sup> Più precisamente, v. *infra* il capitolo II, par. 2.

<sup>84</sup> In questo senso, G. CIAN, *Op. ult. cit.*, p. 152.

<sup>85</sup> Così, V. SCIALOJA, *Lezioni sul diritto delle obbligazioni*, cit., p. 342; nonché, tenendo presente le considerazioni di cui alla nota precedente, C. FERRINI, *Op. ult. cit.*, loc. ult. cit.; e, in riferimento all'art. 96 c.p.c., A. ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, 3, I, Napoli, 1957, *sub art. 96*, p. 268.

<sup>86</sup> H. e L. MAZEAUD e A. TUNC, *Traité théorique et pratique de la responsabilité*, cit., p. 753.

tare l'affievolimento del senso del dovere e di eccitare il controllo di ogni persona su se stessa e sui propri atti»<sup>87</sup>. Secondo l'opinione diametralmente opposta, la riprovevolezza atterrebbe, invece, solo ai comportamenti dolosi del debitore, mentre non giustificerebbe l'equiparazione tra dolo e colpa grave<sup>88</sup>.

In ogni caso, da un certo momento in poi, secondo la percezione della dottrina dell'epoca, la giurisprudenza aveva elaborato un sistema fondato su tre capisaldi: la nullità delle clausole di esclusione o limitazione della responsabilità del debitore o dei suoi preposti per inadempimento dovuto a dolo o colpa grave; la nullità delle clausole di esclusione o limitazione della responsabilità anche per colpa lieve nel caso di inadempimento di obbligazioni riguardo a cui qualsiasi attenuazione del grado di diligenza richiesto sarebbe contraria all'ordine pubblico; e la nullità delle clausole di esclusione o limitazione della responsabilità la cui previsione non fosse accompagnata «dalla concessione di adeguate agevolazioni al creditore, o più particolarmente, nel campo del contratto di trasporto, da una diminuzione corrispondente ed adeguata del nolo»<sup>89</sup>.

Fatta eccezione per l'ultimo punto, sul quale si tornerà in seguito, il codice attuale ha recepito l'orientamento della giurisprudenza appena illustrata, sancendo, al comma primo dell'art. 1229 cod. civ., la nullità di «qualsiasi patto che esclude o limita preventivamente la responsabilità del debitore per dolo o per colpa grave» e al comma secondo la nullità di «qualsiasi patto preventivo di esonero o di limi-

<sup>87</sup> Così E. COLAGROSSO, *Il libro delle obbligazioni (Parte generale)*, cit., p. 99.

<sup>88</sup> In questo senso P. CHIRONI, *La colpa nel diritto civile odierno*, I. *Colpa contrattuale*, 1897, rist., Napoli, 2012, p. 502, secondo cui, mentre il divieto del patto di limitazione o esonero da responsabilità per dolo è giusto «troppo contrastando alla morale pubblica che il pravo intendimento di nuocere abbia, con la sicurezza dell'impunità, più che facilitazione eccitamento a determinarsi: altrettanto non può dirsi per la colpa grave [...] la colpa lata per quanto grave ha contenuto ben distinto dal dolo...»; G. AULETTA, *Limitazione di responsabilità del vettore marittimo*, in *Riv. dir. nav.*, 1952, p. 180 ss.; C.M. BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, in *Comm. c.c. Scialoja e Branca, sub art. 1229 cod. civ.*, Bologna-Roma, 1967, p. 397; e FRANCESCO BENATTI, *Contributo allo studio delle clausole di esonero da responsabilità*, Milano, 1971, p. 31.

<sup>89</sup> Il rilievo si deve ad A. LEFEBVRE D'OVIDIO, *Studi sulle clausole di irresponsabilità (II parte)*, cit., p. 407. L'analisi delle pronunce e delle posizioni della dottrina verrà affrontata in corso d'opera, ma per un quadro completo conviene fare riferimento, sin d'ora, alla ricostruzione di G. ALPA, M. BESSONE e V. ZENO ZENCOVICH, *I fatti illeciti*, in *Tratt. dir. priv.* Rescigno, VI, 14, *Obbl. contr.*, 2<sup>a</sup> ed., Torino, 1995, p. 313 ss.

tazione di responsabilità per i casi in cui il fatto del debitore o dei suoi ausiliari costituisca violazione di obblighi derivanti da norme di ordine pubblico».

#### 4. *Le ragioni della previsione del divieto anche per i patti che limitano la responsabilità*

A fronte della codificazione della nullità dei patti di limitazione o esclusione preventiva della responsabilità, e nel silenzio della Relazione preliminare che l'ha accompagnata<sup>90</sup>, potrà sembrare a taluni stucchevole riaprire l'annoso dibattito sul suo fondamento, quasi l'utilità dell'interrogativo fosse inscindibilmente legata all'esigenza di colmare la lacuna del codice previgente<sup>91</sup>. In realtà, la ricostruzione dei tratti essenziali del dibattito e la sua attualizzazione sono operazioni pregiudiziali, da un lato, per cogliere più a fondo le ragioni "sommese" delle numerose applicazioni peculiari e poco aderenti alla lettera che la giurisprudenza ha fatto della regola contenuta all'art. 1229 cod. civ. e trovarne il filo conduttore, dall'altro, per provare a proporre l'interpretazione evolutiva preannunciata nell'*incipit* del lavoro.

A tal fine, più che elencare le diverse tesi che sono state sostenute per giustificare il limite all'autonomia contrattuale sancito dall'art. 1229 cod. civ., è utile partire dai singoli elementi della fattispecie ivi descritta, perché ciascuno di essi è indice di una precisa scelta di politica del diritto e fornisce quindi già di per sé indizi importanti sul fondamento della norma. Innanzitutto, il legislatore ha sancito la nullità non solo dei patti che escludono completamente la responsabilità, ma anche dei patti che semplicemente la limitano. Tale equiparazione potrebbe indurre a reputare superfluo interrogarsi sul *discrimi-*

<sup>90</sup> La *Relazione della Commissione reale al progetto del libro «Obbl. contr.»*, in G. PANDOLFELLI, G. SCARPELLO, M. STELLA RICHTER e G. DALLARI, *Codice civile. Libro delle obbligazioni. Illustrato con i lavori preparatori e disposizioni di attuazione e transitorie*, Milano, 1<sup>a</sup> ed., 1942, si limita a richiamare l'esigenza di confermare ufficialmente una regola immanente nel sistema e pacifica quale l'illiceità del patto di esonero da responsabilità per dolo e di estenderla anche alla colpa grave.

<sup>91</sup> In questo senso, per tutti, FRANCESCO BENATTI, *Clausole di esonero dalla responsabilità*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, II, Torino, 1988, p. 398, il quale circoscrive la rilevanza pratica del dibattito sul fondamento dell'art. 1229 cod. civ. agli ordinamenti in cui le modificazioni convenzionali della responsabilità non sono oggetto di espressa disciplina.

men tra i due tipi di clausole, ma in realtà l'indagine è importante per comprendere le ragioni della scelta e quindi far luce sulla *ratio* dell'art. 1229 cod. civ.

Tanto la dottrina quanto la giurisprudenza sono concordi nel qualificare come clausole esclusive della responsabilità quelle che incidono sull'*an* della medesima e come clausole limitative della responsabilità quelle che incidono sugli effetti, ed in particolare sul *quantum* del risarcimento<sup>92</sup>. Fermo restando questo dato, che può reputarsi pacifico, occorre domandarsi in quali casi incidere sulla quantificazione del danno significhi limitare la responsabilità. Il legislatore infatti, da un lato, non stabilisce una soglia al di sotto della quale la limitazione della responsabilità è ammessa dall'ordinamento indipendentemente dal grado di colpa del debitore; dall'altro consente espressamente alle parti di predeterminare il risarcimento attraverso la pattuizione di una penale.

Il problema si pone non tanto per le clausole che restringono il novero dei danni risarcibili, giacché in quel caso la minor responsabilità del debitore rispetto alle regole generali appare evidente, quanto piuttosto per le clausole che predeterminano l'ammontare del risarcimento in misura inferiore rispetto al danno o stabiliscono un tetto massimo sempre inferiore al danno medesimo. Si tratta di capire se il risarcimento *infra*-compensativo comporti comunque una limitazione di responsabilità soggetta all'art. 1229 cod. civ., quale che sia l'entità dello scarto tra il *quantum* pattuito e il presumibile danno, e se sulla risposta influiscano l'intenzionalità o l'accidentalità dello scarto.

Con riguardo alla prima questione, indicazioni utili provengono dalla giurisprudenza in materia di clausola penale. L'analisi delle pronunce rivela che la penale viene sottoposta al giudizio di compatibi-

<sup>92</sup> Può ritenersi ormai pacifico che sia questo il criterio discrezionale tra clausole che limitano la responsabilità e clausole che la escludono. Così già S. FERRARINI, nota a Cass. 12 aprile 1946, n. 428, in *Foro it.*, 1946, I, c. 694, il quale definisce clausole di esonero «sono quelle che attingono ai criteri di ripartizione, tra il debitore e il creditore, della sopportazione economica dei danni che possono insorgere nell'esecuzione del contratto; ai criteri, cioè (sostanziali) per stabilire la responsabilità del debitore» e clausole di limitazione «sul presupposto di una accertata responsabilità del debitore, mirano a spostare dal debitore medesimo al creditore una parte dell'onere economico dei danni che in base ai criteri (legali o convenzionali) gravano sul primo, fissando cioè un limite al debito di responsabilità (il risarcimento) dovuto dallo stesso debitore». Nello stesso senso A. TORRENTE, *Le clausole di esonero e le clausole limitative della responsabilità*, cit., p. 249. Si veda inoltre G. PESCATORE, *In tema di limitazione di responsabilità del vettore marittimo*, in *Foro pad.*, 1950, 186.

lità con l'art. 1229 cod. civ. solo quando l'importo ivi pattuito sia irrisorio rispetto al *quantum*, presumibile secondo una valutazione prognostica, dell'eventuale danno derivante dall'inadempimento<sup>93</sup>. Più precisamente, la giurisprudenza ritiene che la penale di importo irrisorio sia nulla per frode all'art. 1229 cod. civ.<sup>94</sup>, o comunque non impedisca al debitore di rispondere integralmente quando la responsabilità deriva dal dolo o dalla colpa grave di quest'ultimo, o dalla violazione di norme di ordine pubblico<sup>95</sup>.

<sup>93</sup> Così, Cass., 10 luglio 1996, n. 6298, in *Giur. it.*, 1997, I, p. 1257, con nota di M. BALDISSONI; e Cass., 28 luglio 1997, n. 7061, *ivi*, 1998, p. 1573, con nota di S. MATTA, la quale ha ribadito che l'irrisorietà della penale deve essere desunta non dal raffronto tra misura della penale stessa ed entità del danno effettivamente verificatosi, ma tra misura della penale ed entità presumibile dell'eventuale futuro danno da risarcire.

<sup>94</sup> La casistica si può raggruppare in due filoni. Il primo riguarda appalti di servizi di vigilanza in cui la società prestatrice del servizio si esonera da responsabilità per i danni derivanti dall'esecuzione del contratto e comunque predetermina il risarcimento eventualmente dovuto tramite una clausola penale di importo parametrato al corrispettivo del contratto: così Cass., 28 luglio 1997, n. 7061, cit., chiamata a statuire su una clausola per cui «L'Istituto non assume alcuna responsabilità per eventuali furti, danni o altri sinistri e, nel caso di provata negligenza nell'esecuzione dei servizi, è tenuto unicamente alla penale fissa di una mensilità di quota del corrispettivo (pari, nella specie, a L. 105.000) [...] esclusa ogni responsabilità dei propri dirigenti e dipendenti»; e Cass., 12 luglio 2018, n. 18338, in *CED Cassazione*, chiamata a pronunciarsi su una clausola per cui «L'Istituto non presta alcuna garanzia né si assume alcune responsabilità per eventuali furti, danni ed in genere pregiudizi subiti dall'Utente [...] Nel caso di comprovato inadempimento nell'esecuzione del servizio e di comprovata riferibilità dei danni a tale inadempimento, l'Istituto sarà tenuto unicamente a versare all'Utente, a titolo di penale fissa, una somma pari ad una mensilità del canone in corso. È esclusa pertanto ogni risarcibilità di eventuale danno ulteriore subito dall'Utente». Il secondo filone riguarda le clausole, contenute in alcune convenzioni tra Regioni e case di cura per la prestazione di servizi ospedalieri e per l'assistenza pubblica, con cui si prevede in caso di ritardo nell'adempimento una penale avente ad oggetto interessi in misura inferiore rispetto al tasso legale: così Cass., 2 giugno 1992, n. 6716, *ivi*, chiamata a pronunciarsi su una convenzione in cui si stabiliva che, sui pagamenti effettuati oltre i 120 giorni dalla ricezione della contabilità mensile, la Regione avrebbe dovuto corrispondere alla casa di cura la maggiorazione della diaria nella misura del 2% annuo; Cass., 3 dicembre 1993, n. 12013, in *Giust. civ.*, 1994, I, p. 1247 ss., con nota di P. CORSALE, *Clausola penale stabilita in misura inferiore al tasso legale degli interessi*; e Cass., 10 luglio 1996, n. 6298, cit. Nella stessa direzione, più di recente, Trib. Modena, 20 febbraio 2008, in *Dir. fam. pers.*, 2008, p. 1328; Trib. Milano, 17 febbraio 2017, in *www.dejure.it*, ove il giudice ha ritenuto valida la penale alla luce della contenuta entità del corrispettivo previsto per la prestazione; Trib. Teramo, 11 gennaio 2017, *ivi*.

<sup>95</sup> Così, chiaramente, Cass., 10 luglio 1996, n. 6298, cit., secondo cui «la clausola

La prima indicazione che si ricava dalla giurisprudenza appena citata è, *a contrario*, che la penale non si risolve sempre in una limitazione di responsabilità. Questa conclusione, per un verso, si pone in linea con la polifunzionalità pacificamente riconosciuta alla clausola in questione<sup>96</sup>, per altro verso è coerente con il sistema: così come l'ordinamento censura la penale di importo manifestamente eccessivo, non tollera quella di importo manifestamente irrisorio. L'art. 1229 cod. civ. sarebbe dunque specularmente all'art. 1384 cod. civ.: dalla lettura combinata delle due norme si ricavano il limite massimo e il limite minimo entro i quali è consentito alle parti graduare le conseguenze della responsabilità.

La specularità formalmente non è perfetta, perché nel caso della penale manifestamente eccessiva il codice prevede soltanto la riduci-

penale, la cui funzione tipica è quella di liquidare e limitare preventivamente il danno, non può mai costituire strumento per consentire al debitore di eludere la sua responsabilità nel senso che quest'ultimo, pur in presenza della preventiva determinazione convenzionale del danno risarcibile, è tenuto sempre a rispondere integralmente per dolo o colpa grave».

<sup>96</sup> Per una panoramica del dibattito sulla pluralità di funzioni della clausola penale cfr. V.M. TRIMARCHI, *La clausola penale*, Milano, 1954, p. 141 ss.; G. GORLA, *Il contratto*, I, *Lineamenti generali*, Milano, 1955, p. 242 ss.; A. MAGAZZÙ, *Clausola penale*, in *Enc. dir.*, VII, Milano 1960, p. 189; L. BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*, III, *L'attuazione*, 2<sup>a</sup> ed., Milano, 1964, p. 480 ss.; A. DE CUPIS, *Il danno, Teoria generale della responsabilità civile*, I, 3<sup>a</sup> ed., Milano 1979, p. 521 ss.; ID., *Tradizione e rimovimento nella responsabilità civile*, in *Riv. dir. civ.*, 1979, II, p. 320; F. GERBO, *Clausola penale e danno*, *ivi*, 1983, II, p. 207; E. MOSCATI, *Pena privata e autonomia privata*, *ivi*, 1985, I, p. 513 ss.; A. ZOPPINI, *La pena contrattuale*, Milano, 1991, p. 160 ss.; S. MAZZARESE, *Clausola penale*, Artt. 1382-1384, in *Comm. c.c.* Schlesinger e Busnelli, Milano 1999, p. 181 ss.; G. VILLA, *Danno e risarcimento contrattuale*, in *Tratt. contr.* Roppo, V, *Rimedi-2*, Milano, 2006, p. 965; M. FRANZONI, *La clausola penale*, in *Diritto civile*, diretto da Lipari e Rescigno, coordinato da A. Zoppini, III, *Obbligazioni*, II, *Il contratto in generale*, Milano 2009, p. 673 ss.; V. ROPPO, *Il contratto*, in *Tratt. dir. priv.* Iudica e Zatti, 2<sup>a</sup> ed., Milano, 2011, p. 929; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 5, *La responsabilità*, 2<sup>a</sup> ed., Milano 2012, p. 246; e G. DE NOVA, *Le clausole penali*, in R. SACCO e G. DE NOVA, *Il contratto*, 4<sup>a</sup> ed., Torino, 2016, p. 1097. Tra i contributi recenti cfr., inoltre, F.P. PATTI, *La determinazione convenzionale del danno*, Napoli, 2015, *passim*; G. SPOTO, *Risarcimento e sanzione*, in *Europa dir. priv.*, 2018, p. 496; C. DE MENECH, *Le prestazioni pecuniarie sanzionatorie. Studio per una teoria dei «danni punitivi»*, Milano, 2019, p. 129 ss.; e F. AZZARRI, *La prestazione penale unilateralmente determinata*, in *Riv. dir. civ.*, 2020, II, p. 160 ss. In giurisprudenza cfr., per tutte, Cass., 19 gennaio 2007, n. 1183, in *Resp. civ.*, 2007, p. 1890, con nota di L. CIARONI, *Il paradigma della responsabilità civile tra tradizione e prospettive di riforma*; Cass., 18 gennaio 2018, n. 1189, in *DeJure*; e Cass., 21 agosto 2018, n. 20840, *ivi*.

bilità dell'importo da parte del giudice, mentre nel caso della penale manifestamente irrisoria la sanzione è quella della nullità, salvo che l'inadempimento o il ritardo del debitore fosse dovuto a colpa lieve<sup>97</sup>. Nella pratica, però, il risultato sarà sostanzialmente analogo, nel senso che, tanto per effetto della riduzione quanto per effetto della nullità, il risarcimento tornerà, di fatto, ad essere parametrato al danno effettivamente subito dal creditore<sup>98</sup>.

La seconda indicazione che si ricava dalla giurisprudenza in commento è che l'art. 1229 cod. civ. non è violato dalla penale di importo manifestamente irrisorio direttamente, ma solo per il tramite dell'art. 1344 cod. civ. Sarebbe più corretto dire che la penale irrisoria è una penale la cui causa concreta è quella di limitare la responsabilità. Il richiamo all'art. 1344 cod. civ. dovrebbe implicare la premeditazione dell'eccessività dello scarto tra l'importo pattuito nella penale e quello del presumibile danno cagionato dall'eventuale inadempimento.

E qui si giunge alla seconda questione. La pattuizione di un ri-

<sup>97</sup> La maggior parte della dottrina ritiene che la riducibilità della penale manifestamente eccessiva non sia conseguenza della nullità della clausola, ma ne presupponga anzi la validità. Così A. ZOPPINI, *La pena contrattuale*, cit., p. 247. Non manca però chi sostiene che la clausola in questione sia nulla ai sensi dell'art. 1418 cod. civ., comma 1, nella misura in cui viola la norma imperativa detta dall'art. 1384 cod. civ.: cfr. T. FEBBRAIO, *La riducibilità d'ufficio della penale manifestamente eccessiva*, in *Rass. dir. civ.*, 2001, p. 613; e D. RUSSO, *Il patto penale tra funzione novativa e principio di equità*, Napoli, 2010, p. 217 ss., secondo il quale si tratterebbe di una nullità relativa e parziale come quelle di protezione previste nel codice del consumo.

<sup>98</sup> Questo è stato esplicitato dai redattori della disciplina della clausola penale contenuta nei principi Unidroit, nei PECL e nel DCFR, i quali hanno precisato che l'importo che residua a seguito della riduzione della penale deve essere parametrato al danno quale sarebbe stato liquidato in assenza della clausola (così i *Comments B* degli artt. 9:509 PECL e III.-3:712 DCFR; e nella medesima direzione il Commento 4 dell'art. 7.4.13 dei Principi Unidroit). Sul punto sono interessanti le osservazioni di F.P. PATTI, *Op. ult. cit.*, p. 413 ss. Il criterio del danno non è esplicitato dalla giurisprudenza italiana, ma si può leggere in quell'indirizzo ormai costante della Cassazione per cui il giudizio sull'eccessività della penale e la sua riduzione vanno compiute avuto riguardo non solo, come vorrebbe la lettera dell'art. 1384 cod. civ., all'interesse che il creditore aveva all'adempimento nel momento in cui è stato stipulato il contratto, ma anche all'interesse nel tempo in cui l'inadempimento si è verificato (per citare una delle più recenti, Cass., 19 giugno 2020, n. 11908, in *DeJure*; ma già in Cass., Sez. Un., 22 dicembre 2011, n. 28342, *ivi*, si leggeva che la clausola penale è «comunque riducibile ove ecceda in misura palese dalla concreta entità del pregiudizio»).

sarcimento infra-compensativo, infatti, può non essere indice dell'intento delle parti di limitare la responsabilità del debitore, ma semplicemente della difficoltà di stimare con accuratezza, sin dal momento della stipula del contratto, il danno che potrebbe derivare da un eventuale inadempimento. In quest'ultimo caso non pare corretto ritenere che sussista una limitazione di responsabilità soggetta all'art. 1229 cod. civ.

La conclusione trova conforto in alcune riflessioni della dottrina e della giurisprudenza che hanno affrontato l'annosa questione dei risarcimenti punitivi. In quel caso ci si domanda se qualsiasi risarcimento ultra-compensativo sia punitivo, qui ci si domanda se qualsiasi risarcimento infra-compensativo costituisca una limitazione di responsabilità<sup>99</sup>. Il problema è esattamente l'inverso ma l'interrogativo è, infondo, il medesimo: quale sia il *range* entro cui è consentito alle parti agire sul *quantum* del danno senza alterare il regime di responsabilità.

In tema di danni punitivi la risposta più condivisibile è stata che il risarcimento del danno ha carattere punitivo quando l'ultra-compensatività risulta intenzionale e premeditata, cioè quando il calcolo del *quantum* è sin dal principio volutamente slegato dal valore della lesione subita dal danneggiato; mentre non è punitivo quando l'ultra-compensatività è soltanto potenziale ed è un rischio dovuto alla difficoltà di previsione o dimostrazione del danno<sup>100</sup>. Riportando il ragionamento nel caso uguale e contrario del risarcimento infra-compensativo, si può sostenere che la quantificazione preventiva del danno diventa una limitazione della responsabilità quando l'ammontare stabilito è intenzionalmente inferiore a quello ragionevolmente presumibile del danno.

Il requisito dell'intenzionalità chiarisce quello dell'irrisorietà: la penale di importo irrisorio cui fa riferimento la giurisprudenza non è tanto quella il cui importo è *nummo uno*, bensì quella il cui importo è così palesemente inferiore al danno da non potersi ascrivere ad un semplice errore di stima. A ben guardare, una penale con queste ca-

<sup>99</sup> Cfr. G. ARNONE, N. CALCAGNO e P.G. MONATERI, *Il dolo, la colpa e i risarcimenti aggravati dalla condotta*, Torino, 2014, *passim*.

<sup>100</sup> Sul punto, soprattutto in relazione ai più recenti sviluppi giurisprudenziali della questione dei danni punitivi, v. le osservazioni di P.G. MONATERI, *La delibabilità delle sentenze straniere comminatorie di danni punitivi finalmente al vaglio delle Sezioni Unite - Il commento*, in *Danno resp.*, 2016, p. 827, p. 840.

ratteristiche, pur essendo formulata e apparendo come una limitazione di responsabilità, si traduce di fatto in un'esclusione della responsabilità, perché minimizza le conseguenze negative che l'inadempimento altrimenti produrrebbe sul debitore, rendendo per lui sostanzialmente indifferente la scelta se adempiere o meno, e frustra a monte l'interesse del creditore.

Quest'ultima considerazione dovrebbe consentire un primo chiarimento sulle ragioni dell'estensione del divieto di cui all'art. 1229 cod. civ. anche ai patti limitativi della responsabilità e sulla *ratio* del divieto medesimo. Il legislatore ha inteso evitare che il debitore fosse incoraggiato a non adempiere o ad adempiere senza osservare un minimo di diligenza, nella consapevolezza che in ogni caso non avrebbe sopportato alcuna delle conseguenze negative che la legge ricollega all'inadempimento o le avrebbe sopportate in misura talmente ridotta da risultare ininfluyente.

Si spiega così, anzitutto, la tesi di quella dottrina che, sulla scorta della citata giurisprudenza tedesca del primo dopoguerra<sup>101</sup>, ha ricondotto il fondamento del divieto ora espresso dall'art. 1229 cod. civ. alla considerazione per cui sarebbe immorale, *rectius* contrario al buon costume, ammettere un patto volto ad assicurare preventivamente al debitore l'irresponsabilità per l'intenzionale inesecuzione della prestazione dovuta<sup>102</sup>. Analogamente si spiega la tesi di chi, già prima dell'entrata in vigore dell'attuale codice, ha ravvisato la *ratio* del di-

<sup>101</sup> Così RG., 8 novembre 1926, cit.

<sup>102</sup> Così già G. GIORGI, *Teoria delle obbligazioni*, II, 7ª ed., Firenze, 1907, pp. 67-68, n. 39; P. CHIRONI, *La colpa nel diritto civile odierno*, I, cit., p. 500 ss.; V. POLLACCO, *Le obbligazioni nel diritto civile italiano*, Roma, 1915, p. 385 ss., p. 389, il quale richiama il celebre e già citato passo di Ulpiano (D. 16.3.1.7) secondo cui «*Illud non probabis, dolum non esse praestandum si convenerit; nam haec conventio contra bonam fidem contraque bonos mores est, et ideo nec sequenda est*»; A. ASQUINI, *Del contratto di trasporto*, cit., p. 348. La tesi convince, anche se, com'è stato osservato, è più calzante per giustificare il divieto di esonero della responsabilità per dolo, che non il divieto di esonero della responsabilità per colpa grave. In questo senso G. AULETTA, *Limitazione di responsabilità del vettore marittimo*, in *Riv. dir. nav.*, 1952, p. 180 ss.; C.M. BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, in *Comm. c.c. Scialoja e Branca, sub art. 1229 c.c.*, Bologna-Roma, 1967, p. 397; e FRANCESCO BENATTI, *Contributo allo studio delle clausole di esonero da responsabilità*, cit., p. 31. È pur vero che l'accoglimento dell'opinione in esame non fornirebbe alcun elemento utile alla ricostruzione dell'ambito applicativo dell'art. 1229 cod. civ., atteso che la contrarietà al buon costume è già un'autonoma causa di nullità del contratto o delle singole pattuizioni in esso contenute.

vieto in esame nell'incompatibilità del patto di esonero con la clausola generale di buona fede<sup>103</sup>. Tale incompatibilità deriverebbe dalla circostanza per cui il patto consentirebbe al debitore di adempiere senza osservare un minimo di diligenza.

Com'è stato osservato, fermo restando che il richiamo si riferisce alla buona fede esecutiva, la citata dottrina non ne chiarisce il significato in questo contesto<sup>104</sup>. Al riguardo, sono possibili diverse interpretazioni che non si escludono a vicenda. In primo luogo, per buona fede potrebbe intendersi quella cooperazione da parte del debitore alla realizzazione dell'interesse del creditore, quella solidarietà, che è pilastro e chiave di lettura dell'intero diritto delle obbligazioni<sup>105</sup>. In secondo luogo, per buona fede potrebbe intendersi un più generale dovere di solidarietà sociale o corporativa della categoria dei debitori nei confronti della categoria dei creditori<sup>106</sup>.

<sup>103</sup> Così si giustificerebbe, secondo V. POLACCO, *Le obbligazioni nel diritto civile italiano*, cit., p. 457, l'equiparazione al dolo della colpa grave. L'Autore si fondeva sull'art. 1124 del codice previgente, in base al quale «I contratti debbono essere eseguiti di buona fede, ed obbligano non solo a quanto è nei medesimi espresso, ma anche a tutte le conseguenze che secondo l'equità, l'uso o la legge ne derivano».

<sup>104</sup> Così FRANCESCO BENATTI, *Contributo alle clausole di esonero*, cit., p. 32 ss.

<sup>105</sup> E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, I, *Prolegomeni: funzione economico-sociale dei rapporti d'obbligazione*, Milano, 1953, pp. 5-6, ove si legge che la cooperazione è il fondamento dei rapporti obbligatori: «Dal "contractus" al "beneficium" corre la gamma svariata delle opere che appagano il bisogno di cooperazione fra consociati. Nella esigenza di cooperazione fra consociati si rinviene, pertanto, la chiave con la quale il giurista deve cercare d'intendere l'istituto delle obbligazioni, considerandolo nella sua funzione economico-sociale. Se nel campo del diritto civile vi è un settore, nel quale si richiede al giurista più alta sensibilità sociale e più intima familiarità con quella che vorremmo chiamare l'etica del diritto, esso è proprio questo delle obbligazioni. In pochi altri campi si avverte come in questo che l'intelligenza della struttura giuridica postula una considerazione teleologica dei rapporti e una valutazione comparativa degli interessi tenuti in conto dal diritto». Rileva FRANCESCO BENATTI, *Op. ult. cit.*, p. 32 ss., che, se con il termine buona fede si alludesse alla predetta cooperazione, rimarrebbe insoluto il problema del perché le parti, all'infuori del dolo, non possano pattuire un grado inferiore di diligenza.

<sup>106</sup> Questa è la visione che sembra emergere dalla Relazione preliminare al codice civile n. 558, che conviene qui riportare integralmente: «Il codice civile, pur considerando preminente la posizione del creditore, ha ritenuto, nell'art. 1175, di imporgli un dovere di correttezza, e di parificarne la situazione, da tal riflesso, a quella fatta al debitore: il debitore, per il medesimo art. 1175, è infatti tenuto a identico contegno. La correttezza è uno stile morale della persona, che indica spirito di lealtà, abito virile di fermezza, di chiarezza e di coerenza, fedeltà rispetto a quei doveri che, secondo la coscienza generale, devono essere osservati nei rapporti tra consociati. Ma la correttezza che impone l'art. 1175 citato non è soltanto un generico

Da ultimo, per buona fede potrebbe intendersi – in linea con il diritto romano e con l’etimo del termine, l’affidamento – nella specie l’affidamento del creditore in un determinato livello d’impegno del debitore, allora il divieto risponderebbe all’esigenza di assicurare tale livello minimo di serietà del debitore, presidiata anche da altre norme, per tutte l’art. 1355 cod. civ., che sancisce la nullità delle condizioni meramente potestative apposte all’alienazione di diritti o all’assunzione di obblighi<sup>107</sup>. L’art. 1229 cod. civ. mirerebbe ad evitare

dovere di condotta morale; è un dovere giuridico qualificato dall’osservanza dei principi di solidarietà corporativa a cui il codice, nell’articolo richiamato, espressamente rinvia. Questo dovere di solidarietà nasce e deve nascere dal fatto di sentirsi membri, con pari dignità morale, di quel grande organismo che è la società nazionale; esso non è che il dovere di comportarsi in modo da non ledere l’interesse altrui fuori dei limiti della legittima tutela dell’interesse proprio, in maniera che, non soltanto l’atto di emulazione ne risulta vietato (art. 833), ma ogni atto che non implica il rispetto equanime dell’interesse dei terzi, ogni atto di esercizio del diritto che, nell’esclusivo e incivile perseguimento dell’interesse proprio, urti contro l’interesse pubblico al coordinamento delle sfere individuali. Il conflitto tra contrastanti interessi individuali rimane risolto sul terreno di un preciso adeguamento reciproco, dominato e chiarito dalla calda luce della dottrina fascista, che lega gli interessi di tutti in unione indissolubile. Si suole parlare di solidarietà degli interessi della produzione o di solidarietà tra i fattori della produzione; ma la solidarietà tra singoli interessi individuali è un’ulteriore conseguenza della concezione unitaria della Nazione, consacrata nella dichiarazione I della Carta del lavoro. L’interesse privato, in una legge di coordinamento e di collaborazione, quale è quella che si trae dal principio corporativo, deve animarsi delle ragioni della generalità, per conciliarsi con l’interesse degli altri soggetti. Da ciò l’assunzione, nel rapporto obbligatorio, di un contenuto di solidarietà, che impone la contemporanea protezione di ogni interesse, nelle sue esigenze essenziali, in confronto ad altro fattore concorrente. Trasferito tale concetto di solidarietà nell’ambito del rapporto obbligatorio, si affievolisce in questo ogni dato egoistico, e si richiama nella sfera del creditore la considerazione dell’interesse del debitore e nella sfera del debitore il giusto riguardo all’interesse del creditore. Quale sia in concreto il contenuto del dovere di correttezza il nuovo codice non dice, avendo preferito una formula elastica che ammette adattamenti con riferimento a singole situazioni di fatto; e così quando incide, ad esempio, nell’orbita di rapporti professionali è ovvio che la sua nozione si precisa alla stregua degli usi relativi all’attività alla quale si deve avere riguardo nell’ipotesi specifica (art. 2598 n. 3)». FRANCESCO BENATTI, *Op. ult. cit.*, loc. ult. cit., osserva, per il vero in modo piuttosto apodittico, che la preoccupazione di scongiurare il rischio di una generalizzata incuria dei debitori non sarebbe stata sufficiente a giustificare il divieto poiché sarebbe risultata infondata in un’economia di mercato.

<sup>107</sup> COSÌ C.M. BIANCA, *Dell’inadempimento delle obbligazioni*, cit., p. 398, il quale però ritiene che il canone della buona fede si sarebbe potuto invocare se si fosse verificata una coartazione della volontà del creditore o se si fosse realizzato con la clausola un “effetto sorpresa”, mentre il patto di esonero, almeno nei contratti non

che per il debitore sia indifferente adempiere o non adempiere, mentre l'art. 1355 cod. civ. ad evitare che per il debitore di una prestazione caratterizzante sia indifferente rendere efficace o meno il vincolo contratto.

5. *Le ragioni dell'estensione del divieto all'esonero dalla responsabilità per colpa grave*

Se l'esigenza di non incoraggiare comportamenti contrari a buona fede può spiegare il divieto di clausole che limitano o escludono preventivamente la responsabilità del debitore per dolo, non può farlo in modo altrettanto persuasivo in relazione al divieto di clausole che esonerano preventivamente il debitore dalla responsabilità per colpa grave. Se è contrario a buona fede assumere un'obbligazione già sapendo che non verrà adempiuta o comunque riservandosi, di fatto, la possibilità di scegliere se adempierla esattamente o meno, altrettanto non potrebbe dirsi, a rigore, dell'assumere un'obbligazione contemplando la possibilità di gravi negligenze nell'adempimento.

La buona fede può porsi a fondamento del divieto di esonero da responsabilità per colpa grave solo in via indiretta: il patto che produce tale effetto non è ammesso dall'ordinamento non perché in sé contrario a buona fede, ma perché incoraggia il debitore a tenere una condotta difforme da tale canone, nella misura in cui lo induce a non prestare attenzione al livello di diligenza che l'ordinamento stesso pretende da lui nell'adempimento delle obbligazioni.

D'altra parte, buona fede e diligenza – è quasi superfluo precisarlo – sono due concetti diversi. E si tratta, almeno sul piano teorico, di una distanza non da poco. Sotto il profilo dell'ambito di applicazione, la diligenza, come si ricava dalla collocazione sistematica dell'art. 1176 cod. civ., riguarda l'adempimento delle obbligazioni, qualunque ne sia la fonte, mentre la buona fede, a volerla distinguere formalmente dalla correttezza prevista dall'art. 1175 cod. civ., riguarda l'esecuzione delle sole prestazioni che hanno origine contrattuale. I due concetti si collocano dunque in un rapporto di genere a specie<sup>108</sup>. La diligenza, poi,

asimmetrici, è frutto del libero accordo delle parti. In quest'ottica, per l'Autore, come si vedrà a breve, il fondamento della norma si sposta dal piano della buona fede a quello della diligenza.

<sup>108</sup> Descrive in questi termini il rapporto tra i due concetti in esame ad esempio G. SICCHIERO, *Dell'adempimento (artt. 1176-1179)*, cit., p. 93.

è richiesta al solo debitore, mentre il dovere di buona fede, così come quello di correttezza, è posto a carico di entrambe le parti<sup>109</sup>.

Sotto il profilo semantico, la buona fede ha quale nucleo la correttezza e la lealtà, mentre la diligenza, pur avendo anch'essa, almeno secondo alcuni<sup>110</sup> e secondo la Relazione preliminare al codice<sup>111</sup>, un fondamento deontologico, ha per essenza la conformità alle regole che scandiscono una determinata attività o comunque alla ragionevolezza nell'agire<sup>112</sup>. Sotto il profilo funzionale, sempre in linea teorica, la buona fede non coincide con la diligenza ma la integra: la di-

<sup>109</sup> In questo senso S. RODOTÀ, *Le fonti d'integrazione del contratto*, Milano, 1969, p. 132 (la tesi verrà ripresa nell'edizione del 2004); A. DI MAJO, *Dell'adempimento in generale: artt. 1177-1200*, in *Comm. c.c.* Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1994, p. 295. Diversamente, G. COTTINO, *L'impossibilità sopravvenuta della prestazione e la responsabilità del debitore: problemi generali*, Milano, 1955, p. 146, sostiene che il dovere di buona fede gravi essenzialmente sul debitore.

<sup>110</sup> Sulla diligenza come concetto deontologico cfr. C. PREDELLA, *La figura dell'uomo medio nella storia del diritto e nel sistema giuridico privato*, cit., p. 5 e p. 6 ss., secondo cui il buon padre di famiglia sarebbe il *civis romanus* perfetto, il «genuino rappresentante, non astratto, ma concreto e vivente, della società romana antica classica». La componente deontologica si ritrova anche in alcuni Autori che hanno però dato prevalenza alla «medietà» del concetto in esame. Così D. BARBERO, *Sistema del diritto privato italiano*, Torino, 1960, II, p. 37, per il quale il buon padre di famiglia rappresenta «un tipo medio che cura i propri interessi, libero ad un tempo da leggerezze e facilonerie [...] e da preoccupazioni continue o attenzioni minuziose». La riconduzione della figura in esame ad un simile modello ideale è stata da sempre oggetto di critica per la sua impossibilità di essere tradotta in concreto. In questo senso già D. CARPONI SCHITTAR, *Il buon padre di famiglia: un parametro in via di soppressione*, in *Temi*, 1976, p. 450 ss. Propone la sostituzione del criterio della «bonitas» con quello della «mediocritas» U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, II, *Il comportamento del debitore*, in *Tratt. dir. civ. comm.* Cicu e Messineo, XVI, 2, Milano, 1984, p. 93 ss.

<sup>111</sup> Nella Relazione n. 559 si legge che «La figura del *bonus paterfamilias* non si risolve nel concetto di «uomo medio», ricavabile dalla pratica della media statistica; ma è un concetto deontologico, che è frutto di una valutazione espressa dalla coscienza generale. È il modello di cittadino e di produttore, che a ciascuno è offerto dalla società in cui vive; modello per sua natura mutevole secondo i tempi, le abitudini sociali, i rapporti economici e il clima politico. Oggi il buon padre di famiglia è, in conformità della dottrina fascista, il cittadino o il produttore memore dei propri impegni e cosciente delle proprie responsabilità».

<sup>112</sup> Sottolineano la difficoltà di effettuare una distinzione in base al criterio semantico E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, cit., I, p. 81; S. RODOTÀ, *Op. ult. cit.*, p. 119, p. 123 ss., e p. 132 ss.; A. DI MAJO, *Op. ult. cit.*, p. 287; U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, cit., I, p. 9. Suggestisce di valutare la diligenza attraverso la lente della ragionevolezza G. SICCHIERO, *Dell'adempimento (artt. 1176-1179)*, in *Comm. c.c.* Schlesinger, Milano, 2016, pp. 38-51.

ligenza impone di eseguire la prestazione in un certo modo, la buona fede s'inserisce negli spazi lasciati dalla diligenza e prescrive di non limitarsi a un corretto agire ma di fare il necessario per mantenere integre le ragioni della controparte<sup>113</sup>.

Diversa appare anche la natura dei due termini: se la buona fede è una clausola generale, lo stesso non può dirsi con altrettanta certezza della diligenza<sup>114</sup>. L'indefinitezza di una formula, infatti, non è condizione sufficiente per la sua qualifica in termini di clausola generale, anziché di semplice formula a trama aperta<sup>115</sup>. Entrambi i con-

<sup>113</sup> In dottrina si osserva però che la diligenza ormai è canone di per sé sufficiente a imporre al debitore tutti quei comportamenti volti a mantenere intatta la possibilità dell'adempimento, senza che sia necessario richiamare la buona fede o la correttezza ex art. 1175 c.c. In questo senso A. DI MAJO, *Dell'adempimento in generale*, cit., pp. 297-298. Ivi si legge la considerazione per cui altri ordinamenti introducono nel rapporto contrattuale gli obblighi di protezione proprio per il tramite della diligenza. Ritiene che in certe ipotesi i concetti di diligenza, buona fede e correttezza si confondano in un unico parametro valutativo G. SICCHIERO, *Dell'adempimento (artt. 1176-1179)*, cit., p. 96 ss., spec. p. 98. L'ipotesi emblematica sarebbe quella delle prestazioni di *facere*, ove osserva l'Autore che è difficile separare «i profili del comportamento obiettivamente apprezzabile (buona fede contrattuale/correttezza) dall'attività resa diligentemente», in quanto «la mera attività materiale, che potrebbe valutarsi in termini di diligenza, è in realtà il frutto dell'azione del debitore che, in termini appunto di buona fede/correttezza, viene valutato non per il suo convincimento soggettivo ma per come viene resa».

<sup>114</sup> Sulle formule legali che descrivono modelli di comportamento cfr. U. BRECCIA, *Le obbligazioni*, in *Tratt. dir. priv.* Iudica e Zatti, Milano, 1991, p. 241, il quale osserva che quando tali modelli sono improntati a «una spesso fantomatica tradizione» essi hanno «valore tutt'al più metaforico, discutibile quanto si vuole, eppure certamente non preclusivo di una lettura adeguata ai tempi e al caso»; e L. MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, pp. 5-19, *passim*. Nella medesima direzione si veda anche R. PARTISANI, *La clausola di diligenza ex art. 1176 c.c.*, in M. FRANZONI (a cura di), *Le obbligazioni in generale*, I, Torino, 2004, pp. 169-172. Nel senso che la diligenza non è una clausola generale cfr., per tutti, U. BRECCIA, *Diligenza e buona fede nell'attuazione del rapporto obbligatorio*, Milano, 1968, p. 3 ss.; e ID., *Usi e abusi dei significati di «diligenza nell'adempimento». La regola della diligenza dal modello del buon padre di famiglia ai nuovi criteri della diligenza specifica e professionale*, in *Tratt. resp. contr.* Visintini, I, *Inadempimento e rimedi*, Padova, 2009, p. 165. In senso contrario, per tutti, P. PERLINGIERI, *Le obbligazioni tra vecchi e nuovi dogmi*, Napoli, 1990, p. 38; G. SICCHIERO, *Op. ult. cit.*, p. 29 ss.; e F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2015, p. 579.

<sup>115</sup> Il tema dell'interpretazione e la concretizzazione delle clausole generali ha trovato negli ultimi anni nuova linfa vitale, anche grazie all'ampio uso delle stesse che si ritrova nelle Direttive europee. Per una panoramica recente, in una prospettiva anche comunitaria, cfr. S. PATTI, *L'interpretazione delle clausole generali*, in *Riv. dir.*

cetti in esame rinviano a qualcosa di altro da sé, ma diverso è l'oggetto della *relatio*: nel caso della buona fede, esso è rappresentato da valori interni all'ordinamento stesso, nel caso della diligenza, è costituito da regole di condotta che provengono dalla realtà materiale<sup>116</sup>.

Ecco che, allora, la scelta del legislatore di estendere il divieto del patto di esonero anche alla responsabilità per colpa grave si giustifica, oltre che sulla base delle ragioni esposte parlando della genesi dell'art. 1229 cod. civ., sulla base dell'esigenza di imporre al debitore un minimo inderogabile di diligenza nell'adempimento<sup>117</sup>.

*civ.*, 2013, II, p. 263 ss. L'occasione per una riapertura del dibattito è stata offerta dalla pubblicazione della monografia di V. VELLUZZI, *Le clausole generali. Semantica e politica del diritto*, Milano, 2010. Per comprendere i termini del dibattito cfr. F. ASTONE, *Le clausole generali tra diritto civile e filosofia analitica*, in *Giur. it.*, 2011, p. 1713 ss.; D. CARUSI, *Clausole generali, analogia, paradigma della legge*, *ivi*, p. 1690 ss.; P. CHIASSONI, *Le clausole generali tra teoria analitica e dogmatica giuridica*, *ivi*, p. 1694 ss.; G. D'AMICO, *Clausole generali e controllo del giudice*, *ivi*, p. 1704 ss.; S. MAZZAMUTO, *Il rapporto tra clausole generali e valori*, *ivi*, p. 1697 ss.; E. MOSCATI, *Clausole generali e ruolo delle obbligazioni naturali nel diritto vigente*, *ivi*, p. 1718 ss.; P. RESCIGNO, *Una nuova stagione per le clausole generali*, *ivi*, p. 1689 ss.; F. ROSELLI, *Clausole generali. Iura novit curia. Contraddittorio*, *ivi*, p. 1701 ss. In ultimo, con riferimento più specificamente alla diligenza, cfr. A. FALZEA, *Gli standards valutativi e la loro applicazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1987, I, p. 1 ss. Prima di allora cfr. L. CABELLA PISU, L. NANNI (a cura di), *Clausole e principi generali nell'argomentazione giurisprudenziale degli anni novanta*, Padova, 1998; nonché il volume di M. BARCELLONA, *Sul senso delle clausole "generali". Il dibattito tra giudice e legge*, in *Dem. dir.*, 2009, p. 261 ss.

<sup>116</sup> Tra gli altri, U. BRECCIA, *Diligenza e buona fede nell'attuazione del rapporto obbligatorio*, cit., loc. ult. cit.; e ID., *Usi e abusi dei significati di «diligenza nell'adempimento». La regola della diligenza dal modello del buon padre di famiglia ai nuovi criteri della diligenza specifica e professionale*, cit., loc. ult. cit., il quale, parlando di diligenza e buona fede oggettiva, afferma «Si tratta di criteri che mai giungono a confondersi, non soltanto per il fatto che alla seconda spetta, in senso stretto, la qualificazione e il ruolo di una clausola generale, ma per il diverso nesso con la prestazione dovuta. La buona fede riempie di contenuto gli aspetti potenziali di una relazione reciproca che ha il suo fulcro nel rapporto obbligatorio. La diligenza descrive un'attività del debitore che è in sé attività di prestazione, anche quando verta su misure dirette a evitare o a superare gli eventi che ne impediscano l'adempimento o che altrimenti pregiudicano il creditore». Sul tema si veda anche E. CARBONE, *Diligenza e risultato nella teoria dell'obbligazione*, Torino, 2007, p. 103 ss.

<sup>117</sup> La tesi è attribuibile a C.M. BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, in *Comm. c.c. Scialoja e Branca, Libro Quarto - Delle obbligazioni (artt. 1218-1229)*, sub art. 1228, 2<sup>a</sup> ed., Bologna-Roma, 1979, p. 475. Nella stessa direzione, pur con sfumature diverse, G. CIAN, *Lata culpa dolo aequiparatur*, in *Riv. dir. civ.*, 1963, p. 177, il quale afferma che la *ratio* del divieto si fonda sull'«interesse pubblico a che

Tale esigenza, indipendentemente dal fatto che la si ascriva a quel piú generale interesse alla tutela del credito che rappresenterebbe secondo alcuni uno dei cardini del sistema contrattuale<sup>118</sup> o al semplice interesse di sottrarre il diritto contrattuale e delle obbligazioni all'arbitrio individuale e dunque al rischio di privilegiare caso per caso il debitore o il creditore<sup>119</sup>, deve considerarsi di ordine pubblico, e piú precisamente di ordine pubblico economico.

Una conferma di questo proviene dal mutamento di approccio che si è registrato, soprattutto in dottrina, riguardo alla questione dell'ammissibilità dei patti di aggravamento della responsabilità, sui quali, com'è noto, non vigeva né vige alcun espresso divieto. Ebbene, la dottrina e la giurisprudenza formatesi nella vigenza del "vecchio" codice reputavano pacificamente leciti tali patti<sup>120</sup>. Ma tale opinione era retaggio di una *forma mentis* dichiaratamente abbandonata dal codice attuale: essa muoveva, infatti, da una concezione volontaristica della

nel traffico sociale si osservi sempre un minimo di diligenza»; V. DI GRAVIO, *Prevedibilità del danno e inadempimento doloso*, Milano, 1999, pp. 60-61.

<sup>118</sup> Così, a proposito del fondamento dell'art. 1229 cod. civ., FRANCESCO BENATTI, *Contributo allo studio delle clausole di esonero da responsabilità*, cit., p. 48 ss., p. 81 ss.

<sup>119</sup> Così A. DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale (artt. 1173-1176)*, cit. *Comm. c.c.*, p. 58 ss., spec. p. 60, 61, il quale critica invece l'assunto per cui l'intento del legislatore nel costruire il sistema del diritto delle obbligazioni fosse quello di tutelare il credito.

<sup>120</sup> Con la precisazione che gli Autori scrivono nella vigenza del "vecchio" codice, cfr. P. CHIRONI, *La colpa nel diritto civile odierno. Colpa contrattuale*, cit., p. 176 ss., il quale afferma che nulla impedisce alle parti di non accogliere la misura della colpa fissata dalla legge e quindi di pattuire il criterio della colpa grave dove il codice ha fissato quello della colpa lieve o lievissima. Prosegue l'Autore che le parti possono addirittura introdurre il criterio della colpa grave al di fuori di quei rapporti speciali per i quali la legge l'ha previsto (cfr. p. 177, nt. 3); A. BRUSCHETTINI, *Del contratto di trasporto*, in *Comm. cod. comm.* Bruschettini, IV, Milano, 1902, p. 330; V. POLACCO, *Le obbligazioni nel diritto civile italiano*, Roma, 1915, p. 456; G. PACCHIONI, *Aggravamento e attenuamento convenzionali in tema di responsabilità contrattuale*, commento a Cass. Torino, 8 giugno 1912 (il cui testo è reperibile in *Foro it.*, 37, 1912, cc. 1479-1488), in *Riv. dir. comm.*, 1913, p. 417 ss.; e A. Asquini, *Del contratto di trasporto*, cit., pp. 346-347, e p. 385. Sotto l'egida del codice del 1942 cfr. C. MAIORCA, *Colpa civile (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, VII, Milano, 1960, p. 535 ss., spec. p. 564; A. DE CUPIS, *Il danno*, cit., p. 198; C.M. BIANCA, *Diritto civile, V. La responsabilità*, Milano, 1994, p. 57. Aderisce all'orientamento L. DELOGU, *Le modificazioni convenzionali della responsabilità civile*, Padova, 2000, p. 67.

diligenza, che vedeva quest'ultima fondata sull'intenzione delle parti e quindi, nell'ambito contrattuale, sempre derogabile.

A questa concezione se n'è gradualmente sostituita un'altra per cui la diligenza del buon padre di famiglia presidia anche l'interesse pubblico a una rapida circolazione della ricchezza e un agevole svolgimento dei traffici<sup>121</sup>. E tale presidio si può considerare operante sotto un duplice profilo. Da un lato, la diligenza, nel fare riferimento a un concetto di uomo ordinario o medio, rappresenta un limite agli sforzi esigibili dal debitore: egli si sentirà libero d'intraprendere la propria attività, forte della consapevolezza che non gli verranno richieste abilità eccezionali. Dall'altro, la diligenza, nel rinviare anche all'immagine di un uomo dotato di una certa deontologia – quell'uomo in cui tutti possono riconoscersi – rassicura, in un certo senso, il creditore: egli, contando sul fatto di poter pretendere dal debitore quello che potrebbe pretendere da sé stesso, sarà propenso a contrarre<sup>122</sup>.

La tutela dell'interesse pubblico è ancor più pregnante, pur con un significato diverso, nella diligenza professionale di cui al comma secondo dell'art. 1176 cod. civ. Qui il parametro in esame è dettato in funzione di un bilanciamento tra l'interesse a ricevere prestazioni idonee a proteggere nel migliore dei modi beni primari della vita, come ad esempio la salute, da una parte, e l'interesse a promuovere tali prestazioni, evitando che attività così importanti siano paralizzate dal rischio della responsabilità, dall'altra<sup>123</sup>.

<sup>121</sup> Sul fondamento della diligenza del buon padre di famiglia cfr., per tutti, A. DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, cit., p. 422.

<sup>122</sup> Osserva che il riferimento al buon padre di famiglia dovrebbe imporre un comportamento improntato alla «diligenza solitamente usata, in identiche circostanze, dai componenti della collettività e perciò socialmente sufficiente (minimo etico) nella valutazione sociale di quella collettività» P. FORCHIELLI, *Colpa*, cit., p. 3.

<sup>123</sup> Sul fondamento della diligenza professionale e sul rischio di paralisi delle attività per timore della responsabilità riflettono G. PONZANELLI, *Responsabilità civile. Profili di diritto comparato*, Bologna, 1992, p. 198 ss. e 281 ss.; e R. NATOLI, *Consenso informato e obbligazioni di risultato tra esigenze di compensation ed esigenze di deterrence*, nota a Cass., 10 settembre 1999, n. 9617, in *Danno resp.*, 2000, p. 730 ss. Cfr. anche G. SICCHIERO, *Dell'adempimento (artt. 1176-1179)*, cit., p. 18, il quale si esprime in questi termini: «di fronte alla mole di azioni giudiziarie che affliggono i medici anche in casi limite, questi hanno adottato la strategia della moltiplicazione delle analisi, anche se in cuor loro le ritengono davvero inutili, per predisporre una difesa di fronte alle possibili contestazioni relative al loro operato. Così facendo la medicina difensiva grava la finanza pubblica di enormi costi e spesso il malato di inutili esami...».

Allora, se è vero che la diligenza, almeno nel suo nucleo, è un parametro di ordine pubblico ed è vero che il rispetto della diligenza giustifica la previsione del divieto dei patti di esonero della responsabilità per dolo e anche per colpa grave, lo stesso art. 1229 cod. civ. deve considerarsi norma di ordine pubblico<sup>124</sup>. Su questa linea, come si è detto, sembra assestarsi anche la giurisprudenza, la quale, se è vero che non ha motivato sulla base dell'imperatività della diligenza (né, peraltro, sulla base di altre considerazioni), ha nondimeno affermato a chiare lettere che l'art. 1229 cod. civ. esprime un principio di ordine pubblico non solo interno ma anche internazionale<sup>125</sup>.

6. *Le ragioni dell'applicazione del divieto alle clausole che limitano le conseguenze della responsabilità ma non a quelle che le trasferiscono su terzi*

La conclusione per cui la limitazione imposta all'autonomia contrattuale dall'art. 1229 cod. civ. si giustifica in base all'esigenza di evitare che il debitore sia incoraggiato a non adempiere, o comunque a non osservare un livello accettabile di diligenza nell'esecuzione della prestazione, convince a patto che si riconosca che questo non è l'unico

<sup>124</sup> Cfr. sul punto le osservazioni di M. BESSONE, *Le clausole di esonero e di limitazione della responsabilità. Controllo legislativo e orientamenti della giurisprudenza*, in *Riv. dir. comm. dir. gen. obbl.*, 1974, I, p. 335. Ma sulla medesima linea si era attestata già la dottrina più risalente: R. FRANCESCHELLI, *Le clausole di irresponsabilità nei trasporti marittimi ed il problema della protezione del contraente più debole nei contratti a serie*, in *Riv. dir. nav.*, 1938, I, p. 248 ss.; P. GRECO, *Appunti sulle clausole di irresponsabilità nei trasporti marittimi*, in *Ann. dir. comp. stud. legisl.*, 1931, IV, p. 747, p. 751; A. LEFEBVRE D'OVIDIO, *Studi sulle clausole di irresponsabilità*, in *Riv. dir. nav.*, 1938, I, p. 403.

<sup>125</sup> Fondamentale, sin d'ora, in questo senso è la risalente pronuncia di Cass., 24 aprile 1962, n. 818, in *Riv. dir. nav.*, 1963, II, p. 120, con nota di A. CASSESE, *Limitazioni contrattuali della responsabilità e ordine pubblico*, ove si afferma che le clausole di esonero da responsabilità per dolo o colpa grave non devono considerarsi soltanto come norme inderogabili e «non sono contrarie solo all'ordine pubblico interno, ma anche all'ordine pubblico internazionale, in quanto risultano contrarie all'art. 31 disp. prel. cod. civ., il quale mira ad assicurare il rispetto dei più elevati ed essenziali interessi dell'ordinamento giuridico nazionale». A quanto appena riportato si aggiunga l'affermazione di Corte Cost., 22 novembre 1991, n. 420, in *Foro it.*, 1992, I, c. 641, secondo la quale la nullità dei patti di esclusione o limitazione della responsabilità del debitore per dolo o colpa grave è un principio generale «conforme alla tradizione giuridica europea».

fondamento della norma in questione. Giacché, se quello fosse l'unico fondamento, non si comprenderebbe per quale ragione l'ordinamento stesso preveda, o comunque ammetta, la possibilità per il debitore di sottrarsi in via preventiva alle eventuali conseguenze negative del proprio inadempimento trasferendole in capo a terzi estranei al rapporto da cui la responsabilità deriva.

A tale scopo è deputato anzitutto l'istituto dell'assicurazione. Tra le disposizioni che regolano il contratto di assicurazione in generale, figura l'art. 1900 cod. civ., il quale sancisce l'inoperatività della copertura assicurativa per i danni derivanti dal dolo o, salvo patto contrario, dalla colpa grave dell'assicurato. Analogamente, l'art. 1917 cod. civ. esclude dalla copertura dell'assicurazione della responsabilità civile i danni derivanti dal dolo dell'assicurato, ma non quelli derivanti dalla colpa grave di quest'ultimo.

La *ratio* dell'art. 1900 cod. civ. è stata tradizionalmente individuata dalla dottrina nell'esigenza di evitare che l'assicurato, forte della consapevolezza di essere coperto dall'assicurazione, sia indotto a cagionare deliberatamente il sinistro. All'apparenza tale ragione sembra analoga a quella che si è addotta nel paragrafo precedente a fondamento dell'art. 1229 cod. civ., ma in realtà così non è<sup>126</sup>. Il paradigma generale dell'assicurazione che residua nell'art. 1900 cod. civ. al netto delle norme speciali sui singoli modelli di assicurazione è quello delle polizze che tutelano l'assicurato dai danni cagionati alla propria persona o ai propri beni da terzi, non dai danni che lui stesso cagiona a terzi.

Allora, l'inoperatività della polizza per i sinistri cagionati dal dolo del debitore non è posta a tutela dei terzi, bensì a tutela della compagnia assicurativa. Ciò che l'art. 1900 cod. civ. mira ad evitare è che l'assicurato cagioni deliberatamente il sinistro per incassare l'indennizzo dell'assicurazione, cioè che ponga in essere quella frode alla compagnia assicuratrice che è espressamente prevista come reato dall'art. 642 cod. pen. Qui non viene neppure in gioco l'art. 1229 cod. civ.; mentre la norma può intersecarsi con l'art. 1917 cod. civ., che invece nell'escludere la copertura dei sinistri dolosi fa riferimento a quelli cagionati dall'assicurato a terzi.

Dal coordinamento dell'art. 1229 cod. civ. e dell'art. 1917 cod. civ.

<sup>126</sup> Per tutti, G. VOLPE PUTZOLU, *L'assicurazione*, in *Tratt. dir. priv.* Rescigno, 13, Torino, 1985, p. 71; nonché, con particolare riguardo alla *ratio* dell'art. 1900 cod. civ., A. LA TORRE, *Responsabilità ed autoresponsabilità nell'assicurazione*, in *Scritti dir. assic.*, Milano, 1979, p. 421.

si ricava che, se l'inadempimento del debitore è doloso, questi dovrà risponderne integralmente ed in prima persona, cioè senza potersi avvalere della copertura assicurativa; se l'inadempimento del debitore è gravemente colposo, questi ne risponderà comunque integralmente, ma potrà avvalersi della copertura assicurativa. Tra le due norme vi è dunque *ictu oculi* un'asimmetria, giacché, mentre il debitore non può evitare la responsabilità per colpa grave, può evitarne le conseguenze risarcitorie trasferendole in capo all'assicurazione.

Un'importante eccezione è rappresentata dall'assicurazione obbligatoria dei veicoli a motore, ove la giurisprudenza è ormai costante nell'affermare, in linea con il principio di solidarietà sancito dalle Direttive Europee e nelle leggi speciali in materia, che, anche nel caso in cui l'illecito cagionato dalla circolazione del veicolo sia doloso, il terzo danneggiato ha diritto ad ottenere il risarcimento del danno dalla compagnia assicurativa, salva la facoltà di rivalsa di quest'ultima nei confronti dell'assicurato responsabile del sinistro<sup>127</sup>. La corte di legittimità giunge a questa conclusione argomentando dal «particolare interesse pubblico della tutela sociale dei danni derivati dalla circolazione stradale» e dalla tendenza del diritto europeo a far prevalere l'interesse del danneggiato al ristoro del danno subìto.

Al di fuori dell'ambito assicurativo, la giurisprudenza ammette i c.d. patti di manleva, cioè quegli accordi atipici – ricorrenti soprattutto nella prassi degli appalti e dei contratti di *leasing* finanziario – mediante i quali una parte, detta manlevante, assume nei confronti dell'altra, detta manlevato, l'obbligo di tenerla indenne dalle conseguenze patrimoniali sfavorevoli che potrebbero derivargli qualora fosse inadempiente a una determinata obbligazione o commettesse un illecito nell'esercizio di una determinata attività<sup>128</sup>.

<sup>127</sup> Cass., 20 agosto 2018, n. 20786, in *Foro it.*, 2018, I, c. 3960; nonché in *Corr. giur.*, 2018, p. 1462; e Cass., 3 agosto 2017, n. 19368, in *CED Cassazione*. In entrambi i casi il conducente del veicolo assicurato l'aveva deliberatamente utilizzato come un'arma, investendo più volte con ripetute manovre di retromarcia il danneggiato, con l'intento di provocarne la morte o comunque di ferirlo gravemente.

<sup>128</sup> Così Cass., 30 maggio 2013, n. 13613, in *CED Cassazione*, 2013; nonché in *Imm. propr.*, 2013, p. 533; Cass., 17 dicembre 2001, n. 15891, in *Giur. it.*, 2002, p. 2166; e Cass., 21 novembre 1998, n. 6267, in *CED Cassazione*. In quest'ultimo caso la Corte era chiamata a pronunciarsi sulla compatibilità con il disposto dell'art. 1229 cod. civ. di una clausola, inserita in un contratto di appalto tra la società Autostrade S.p.a. e un'impresa per i lavori di esecuzione di un tratto di autostrada, ai sensi della quale l'appaltante avrebbe risposto del pregiudizio subito «dai fabbricati e dalle proprietà di terzi siti sopra le gallerie, sotto i viadotti o nelle adiacenze delle opere au-

Come si evince dalla definizione appena riportata, il patto di manleva dalle conseguenze della responsabilità contrattuale intercorre di norma tra il debitore e un soggetto terzo e dunque non è opponibile al creditore, ma dotato di efficacia meramente interna. Alla luce di tale caratteristica il patto, pur neutralizzando a monte per il debitore l'obbligo risarcitorio come farebbe una clausola limitativa o esclusiva della responsabilità, non lascia il creditore privo di tutela. In altre parole, il patto realizza semplicemente una diversa allocazione dell'obbligo risarcitorio, ma non ne esclude l'*an* e non ne limita il *quantum*. Per tale ragione, la giurisprudenza è costante nel ritenere che l'art. 1229 cod. civ. sia inapplicabile alla manleva e nell'affermare la validità del patto, purché giustificato da un interesse del manlevante<sup>129</sup>, anche in caso di inadempimento gravemente colposo o doloso del debitore<sup>130</sup>.

tostradali, in ogni caso in cui il pregiudizio debba essere indennizzato o risarcito, sollevando la società da ogni pretesa che al riguardo venisse rivolta contro di essa». Correttamente la Corte ha qualificato la clausola non come esonero da responsabilità, bensì come manleva e quindi escluso l'applicabilità dei limiti previsti dall'art. 1229 cod. civ. sottolineando che la *ratio* della norma è quella di assicurare una tutela al danneggiato. La clausola di manleva non fa venir meno detta tutela, atteso che spiega un'efficacia interna tra le parti che l'hanno pattuita, mentre mantiene inalterata la responsabilità di queste nei confronti dei terzi.

<sup>129</sup> Pena altrimenti la nullità del patto di manleva per difetto di causa. Così Cass., 17 dicembre 2001, n. 15891, cit. Nel caso di specie, le Ferrovie dello Stato avevano appaltato ad una società un dispositivo elettronico per il cambio automatico di velocità dei convogli e detta società aveva subappaltato ad un'altra. Essendo necessaria una verifica del dispositivo, le Ferrovie ne avevano autorizzato l'installazione su una motrice e il collaudo ad opera di tecnici della società appaltatrice. Per colpa grave del macchinista la motrice si era scontrata con un convoglio proveniente dalla direzione opposta e avevano perso la vita alcuni tecnici. Nel contratto vi era una clausola con la quale le appaltatrici si obbligavano a manlevare la committente dalla responsabilità civile per eventuali danni alle persone dei propri tecnici. Qui l'interesse delle appaltatrici alla manleva veniva ravvisato nella «necessità della garante di portare a compimento il collaudo dell'apparecchiatura meccanica di sua produzione, onde poter adempiere alla obbligazione assunta al riguardo nei confronti della società appaltante». Oltre al requisito dell'interesse del manlevante, che pare essere mutuato dall'art. 1411 cod. civ. in tema di contratto a favore del terzo, la giurisprudenza richiede per la validità del patto la previsione dell'importo massimo garantito dal manlevante, per analogia con quanto previsto in tema di fideiussione dall'art. 1938 cod. civ.: così Trib. Larino, 9 maggio 2017, in *Leggi d'Italia* online. Sull'applicabilità dell'art. 1938 cod. civ., quale espressione di un principio generale, a tutte le garanzie personali atipiche cfr. Cass., 23 settembre 2015, n. 18771, in *CED Cassazione*.

<sup>130</sup> *Ibidem*. Nella stessa direzione, si v. inoltre Cass., 26 giugno 1973, n. 1853, in

Una simile conclusione non potrebbe certamente giustificarsi, ove si ritenesse che la *ratio* dell'art. 1229 cod. civ. risiede soltanto nell'esigenza di garantire un minimo indispensabile di serietà – l'espressione è volutamente a-tecnica – dell'impegno debitorio. In tutti i casi citati il debitore potrebbe non essere incentivato ad adempiere per la consapevolezza che comunque l'obbligo risarcitorio non ricadrà su di lui, o comunque vi ricadrà solo in seconda battuta. La differenza risiede nel fatto che l'allocazione in capo ad un terzo delle conseguenze risarcitorie dell'inadempimento non diminuisce la tutela del creditore: questi ottiene comunque il risarcimento integrale del danno e può comunque rivolgersi in prima battuta al debitore, giacché ovviamente i contratti menzionati spiegano un'efficacia meramente interna, non gli sono opponibili.

Allora, sulla base del quadro appena tratteggiato, si può concludere che il divieto espresso dalla norma in esame mira a tutelare il diritto del creditore alla prestazione, intesa nella sua interezza, nell'inscindibilità della sua componente soggettiva, costituita dal contegno di cooperazione richiesto al debitore, e della sua componente oggettiva, attinente all'utilità tipica che la prestazione è volta a procurare al creditore, normalmente collegata al predetto contegno<sup>131</sup>. In quest'ottica si coglie, pur con minor coloritura teleologica, anche la tesi di quanti sostengono che l'art. 1229 cod. civ. s'inserisca nel più ampio quadro della tutela del credito<sup>132</sup>.

*Mass. Foro it.*, 1973, c. 535; Cass., 6 agosto 1974, n. 2348, in *Foro amm.*, 1975, p. 76; Cass., 7 aprile 1976, n. 1213, in *Mass. foro it.*, 1976, c. 259; Cass., 13 maggio 1977, n. 1896, in *Giust. civ.*, 1977, I, p. 1344; e in *Foro it.*, 1977, I, c. 2494 ss.; Cass., 8 marzo 1980, n. 1543, in *Foro it.*, 1981, I, c. 2539 ss.; Cass., 15 dicembre 1980, n. 6489, in *Rass. avv. Stato*, 1981, I, p. 254.

<sup>131</sup> Così E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, I, *Prolegomeni*, cit., p. 39.

<sup>132</sup> Aggiunge questa sfumatura FRANCESCO BENATTI, *Contributo allo studio delle clausole di esonero da responsabilità*, cit., p. 81 ss., il quale, nel quadro di una tutela del credito che mira ad evitare che il processo di produzione e distribuzione della ricchezza avvenga a danno della collettività, reputa l'art. 1229 c.c. non soltanto uno strumento di ordine del processo produttivo, ma anche un mezzo per impedire che detto processo si attui a favore delle classi meno abbienti (ID., p. 42, 43). A questo si aggiunge che normalmente le clausole di esonero vengono inserite nelle condizioni generali di contratto o comunque nello schema dei contratti per adesione e quindi la loro invalidità contribuisce a limitare i soprusi della parte forte a danno di quella debole. In questo senso, già G. VENZI, in E. PACIFICI MAZZONI, *Istituzioni di diritto civile italiano* Venzi, IV, 4ª ed., Firenze, 1908, p. 464. Più ampiamente, sulla prospettiva della tutela del credito, cfr. T. ASCARELLI, *Proprietà e controllo della ricchezza*, in *Studi dir. comp. e in tema di interpret.*, Milano, 1952, p. 293, il quale però

### 7. Le ragioni della previsione del divieto per i patti sulla responsabilità e non per i patti sulle altre conseguenze dell'inadempimento

In linea con la tesi per cui l'art. 1229 cod. civ. si fonderebbe sull'esigenza di tutelare il diritto del creditore a pretendere dal debitore una condotta diligente e insieme l'utilità cui il contratto è concretamente volto, alcuni hanno ritenuto che la *ratio* della norma in esame risiedesse nella tutela della «forza di legge del contratto» o comunque del carattere vincolante connaturato allo stesso concetto di obbligazione<sup>133</sup>.

Com'è noto, per i più la forza di legge del contratto è soltanto una formula aulica<sup>134</sup>, ricca di enfasi ma priva di utilità concreta. Ove la si ritenesse un monito per il legislatore o il giudice, a tanto basterebbe – pur nella sua portata sempre più ridotta – il concetto di autonomia contrattuale<sup>135</sup>; ove la si ritenesse rivolta alle parti, il princi-

capovolge la prospettiva sostenendo che la validità delle clausole di esonero, pur nei limiti previsti dal codice, è volta a favorire gli imprenditori e l'iniziativa economica, e dunque si traduce in un privilegio per la categoria.

<sup>133</sup> Sul significato dell'art. 1372 cod. civ. cfr. anzitutto F. GALGANO, *La forza di legge del contratto*, in P. CENDON (a cura di), *Scritti Sacco*, II, Milano, 1994, p. 509 ss.; G. DE NOVA, *Il contratto ha forza di legge*, *ivi*, p. 315 ss.; A. ZOPPINI, *La donazione "ha forza di legge tra le parti" (per una rilettura della riserva di disporre del bene donato)*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, pp. 223-232; M. FRANZONI, *Efficacia del contratto e recesso unilaterale: [artt. 1372-1373]*, in *Comm. c.c.*, I, 2ª ed, Milano, 2013.

<sup>134</sup> In questo senso si esprimeva già F. MESSINEO, *Contratto (diritto privato: teoria generale)*, *Enc. dir.*, IX, Milano, 1961, p. 957, il quale insiste sul carattere «enfatico e di mero traslato». Più recentemente, cfr. F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, cit., p. 945, il quale parla di «formula enfatica». Osserva V. ROPPO, *Il Contratto*, in *Tratt. dir. priv.* Iudica e Zatti, 2ª ed., Milano, 2011, p. 500, che «il nesso con l'idea di legge non è peregrino, se lo si ritrova in altri luoghi del discorso sul contratto» e fa l'esempio del concetto di autonomia contrattuale, ove l'etimologia greca del primo termine rimanda alla legge, nonché del regolamento contrattuale, ove si richiama un concetto – quello di regola – affine a quello di legge.

<sup>135</sup> In epoca risalente scriveva G. STOLFI, *Teoria del negozio giuridico*, Padova, 1947, p. XIV, a proposito dell'art. 1372 cod. civ. che «il legislatore dichiara che rinuncia in linea di principio ad esprimere una sua volontà o un suo comando circa il contenuto dell'atto in quanto riconosce che ognuno è libero di legarsi alle condizioni che vuole». Già allora la tesi era stata, condivisibilmente, oggetto di critiche (si veda per tutti F. MESSINEO, *Dottrina generale del contratto*, 3ª ed., Milano, 1948, p. 373, nota 3) e lo è ancor di più in epoca più recente ove, come meglio si dirà nel corso della disamina, la stessa evoluzione del diritto contrattuale ha dimostrato come l'autonomia privata sia solo uno dei concorrenti alla formazione del regolamento contrattuale, accanto all'integrazione giudiziale e legislativa (così V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 502). Prima ancora cfr. G. DE NOVA, *Il contratto ha forza di legge*,

pio *pacta sunt servanda* sarebbe comunque implicito nel sistema, ovvero nel concetto stesso di obbligazione e in particolare nella pluralità di tecniche che il codice appresta per tutelare la posizione del contraente fedele. Resta il fatto che la formula è significativamente sopravvissuta indenne alle critiche che ne avevano comportato la scomparsa dai lavori preparatori del codice civile<sup>136</sup>.

Volendole attribuire qualche utilità, se n'è proposta la lettura seguente: nel silenzio della legge le parti non possono, se non di comune accordo, pentirsi del contratto dopo la sua conclusione, modificarne il contenuto – e qui si pone lo spinoso problema, di cui non potrebbe trattarsi in questa sede, dell'ammissibilità delle c.d. clausole di *jus variandi*<sup>137</sup> – né annientarne gli effetti che si sono già consumati<sup>138</sup>.

Ebbene, proprio leggendo l'art. 1372 cod. civ. nella chiave appena

Milano, 1993, p. 12 (ora anche in *Scritti Sacco*, cit.), il quale, dopo aver rilevato come «suoni antica la voce che rivendica il primato dell'autonomia», cita alcuni esempi di contratti nei quali il contenuto è dettagliatamente predeterminato tanto dalla legge quanto da fonti regolamentari, accennando soltanto il tema, sempre più attuale, sviluppato qualche anno prima nella nota monografia di C.M. BIANCA, *Le autorità private*, Napoli, 1977.

<sup>136</sup> Per una ricostruzione storico-comparatistica della formula cfr. F. GALGANO, *Degli effetti del contratto*, in *Comm. c.c.* Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1993, sub art. 1372, p. 1 ss. Il vecchio testo del *code civil* prevedeva all'articolo 1134 che «*Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise*». Ora il nuovo articolo 1193 prevede che «*Les contrats ne peuvent être modifiés ou révoqués que du consentement mutuel des parties, ou pour les causes que la loi autorise*».

<sup>137</sup> Ma sul punto si vedano M. GAMBINI, *Fondamento e limiti dello ius variandi*, Napoli, 2000; e G. JORIO, *Le clausole attributive dello ius variandi*, Milano, 2008. Più recentemente, cfr. A. PISU, *L'adeguamento dei contratti tra ius variandi e rinegoziazione*, Napoli, 2017.

<sup>138</sup> Si aderisce qui alla ricostruzione di V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 502, il quale attribuisce alla «forza di legge» la triplice accezione di «resistenza del contratto al pentimento della parte», di «immodificabilità del regolamento contrattuale» e di «irretrattabilità degli effetti contrattuali consumati». Con riguardo a quest'ultimo significato, l'Autore fa l'esempio del comodato, sottolineando come il recesso *ad nutum* del comodante non gli consente comunque di recuperare l'arricchimento maturato dal comodatario godendo del bene senza pagare alcun corrispettivo. Nega invece l'Autore, come si è anticipato, che possa ascriversi alla formula in questione il significato per cui le parti devono adempiere al contratto e in caso contrario sono soggette all'esecuzione in forma specifica o al risarcimento dei danni, rilevando che quest'idea è già ricompresa nel concetto stesso di obbligazione.

proposta, la dottrina ha suggerito di ricondurvi il fondamento dell'art. 1229 cod. civ., nella parte in cui vieta l'esclusione della responsabilità o – si dovrebbe aggiungere – la limita al punto da arrivare, di fatto, ad escluderla. In particolare, si è affermato che, consentire al debitore da un lato di obbligarsi verso il creditore e dall'altro di esimersi dalla relativa responsabilità, oltre ad essere contraddittorio, avrebbe l'effetto di ridurre l'obbligazione ad un mero rapporto personale e privarla invece della componente patrimoniale. In tal modo rimarrebbe «troppo poco per formare una valida obbligazione che non si voglia cioè spogliare di sanzione giuridica»<sup>139</sup>.

Detto altrimenti, il patto di esonero priverebbe il vincolo obbligatorio della sua giuridicità, che si esprime proprio nella coercibilità dell'interesse creditorio<sup>140</sup>. In questo senso, la tesi rievoca quella concezione del rapporto obbligatorio come vero e proprio *juris vinculum*, per cui elemento essenziale dell'obbligazione non sarebbe soltanto il debito (*Schuld*) ma anche la responsabilità (*Haftung*), intesa come soggezione alle conseguenze giuridiche dell'inadempimento e vincolo impresso sul patrimonio del debitore al soddisfacimento dell'interesse del creditore<sup>141</sup>.

Alla tesi in esame sono state mosse diverse critiche<sup>142</sup>, ma quella

<sup>139</sup> L. BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*, III, *L'Attuazione*, 2<sup>a</sup> ed., Milano, 1964, p. 380.

<sup>140</sup> *Ibidem*.

<sup>141</sup> Tra le pagine più significative sul tema si vedano sin d'ora quelle di E. BETTI, *Il concetto dell'obbligazione costruito dal punto di vista dell'azione*, in *Studi dell'Istituto di esercitazione per la facoltà di giurisprudenza di Pavia*, V, 1920, pp. 97-354; e di F. CARNELUTTI, *Diritto e processo nella teoria delle obbligazioni*, in *Studi dir. proc. in onore di Chiovenda*, 1927, pp. 225-341, rist. in *Studi dir. proc.*, II, 191-316. Com'è noto la posizione dei due autori diverge nettamente. Betti adotta un approccio sostanziale al problema, concependo la generica garanzia patrimoniale come un diritto potestativo che consegue alla responsabilità del debitore e distinguendola dall'azione esecutiva, intesa come potere strumentale a quel diritto. Carnelutti, invece, adotta un punto di vista pubblicistico, nella misura in cui definisce la generica garanzia patrimoniale come un diritto processuale travestito da sostanziale: verificatosi l'inadempimento, ciò che spetta al creditore «non è più un diritto verso il debitore, bensì verso quella persona cui lo Stato conferisce l'ufficio e impone l'obbligo di far l'esecuzione contro i debitori».

<sup>142</sup> *Ibidem*. Ancora una volta si è ribattuto che l'asserita remissione dell'adempimento all'arbitrio del debitore riguarderebbe soltanto il patto d'irresponsabilità per dolo e non quello per colpa grave, il quale non avrebbe l'effetto di facultizzare l'inadempimento ma semplicemente eliminerebbe l'obbligo risarcitorio nei casi in cui la prestazione fosse divenuta impossibile per una significativa negligenza del debitore.

dirimente nell'ottica della presente riflessione è che la giuridicità del vincolo obbligatorio o la forza di legge del contratto non si esauriscono nella responsabilità, a meno di intenderla nel più ampio significato di soggezione a tutte le conseguenze dell'inadempimento anziché, come sarebbe tecnicamente più corretto, alle sole conseguenze risarcitorie. Il patto di esonero da responsabilità non neutralizza la giuridicità del vincolo perché non preclude di per sé al creditore di avvalersi degli altri rimedi previsti dal codice per la mancata o inesatta esecuzione della prestazione, segnatamente l'azione di esatto adempimento.

Ove l'azione di esatto adempimento non fosse possibile, già a monte per la natura stessa dell'obbligazione cui accede il patto di esonero, oppure a valle per circostanze sopravvenute, oppure ancora perché esclusa dal titolo, come consente l'art. 2932 cod. civ., allora l'af-

Così FRANCESCO BENATTI, *Contributo allo studio delle clausole di esonero*, cit., p. 36, per il quale la tesi criticata avvicinerrebbe la clausola di esonero ad una condizione sospensiva meramente potestativa, laddove le due pattuizioni sono ben distinte e sono destinatarie di una disciplina diversa, atteso che la presenza della prima può comportare la nullità dell'intero contratto cui accede salvo che ricorrano i presupposti della nullità parziale, mentre la presenza della seconda comporta la semplice nullità della clausola. In realtà, l'obiezione non è dirimente sul piano pratico poiché l'applicazione del principio di conservazione del contratto ricavabile dall'art. 1419 cod. civ. e quindi la caducazione del solo patto di esonero o comunque la sua riconduzione entro i limiti della colpa lieve è senz'altro la soluzione più corretta. Sul punto cfr. R. SACCO, *Il contratto*, in *Tratt. dir. civ.* Sacco e De Nova, II, Torino, 1993, pp. 500-501. In giurisprudenza, sul carattere eccezionale dell'estensione della nullità all'intero contratto, cfr. Cass., 25 marzo 1998, n. 3155, in *Riv. not.*, 1999, p. 185 ss.; e in *Studium juris*, 1998, p. 833 ss.; Cass., 13 novembre 1997, n. 11248, in *Riv. it. dir. lav.*, 1998, II, p. 392 ss.; Cass., 20 ottobre 1997, n. 19248, in *Arch. loc.*, 1998, p. 214 ss.; e in *Giur. it.*, 1998, p. 1812 ss.; e in *Urb. app.*, 1998, p. 268 ss.; Cass., 7 febbraio 1997, n. 1151, in *Dir. lav.*, 1998, II, p. 218 ss., con nota di G. RIGANÒ, *Il lavoro a tempo parziale e la distinzione dell'orario di lavoro*. Se così non fosse, si giungerebbe a frustrare in radice le finalità dell'art. 1229 cod. civ. ed esaurirne completamente la portata. Consentire al debitore d'invocare la nullità dell'intero contratto allegando che non lo avrebbe concluso senza la clausola di esonero significa porlo nella stessa situazione che la legge intende vietare. Infatti, se il contratto fosse dichiarato nullo, il debitore sarebbe liberato da responsabilità anche per dolo o colpa grave, giacché non sarebbe sorta in capo a lui alcuna obbligazione. Così C.M. BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, cit., pp. 485-486, il quale osserva altresì che, se davvero la clausola di esonero escludesse la giuridicità del vincolo, allora la legge dovrebbe comminare la nullità dell'intero contratto e non, come invece accade, della sola clausola (*Ivi*, p. 474). Nello stesso senso, L. DELOGU, *Le modificazioni convenzionali della responsabilità civile*, cit., p. 132.

fermazione per cui il fondamento dell'art. 1229 cod. civ. risiederebbe nella tutela della forza di legge del contratto o della giuridicità del vincolo obbligatorio sarebbe corretta.

Se così è, occorre domandarsi perché il legislatore italiano, a differenza di altri, abbia previsto una disciplina soltanto per i patti sulla responsabilità mentre non abbia contemplato alcuna regola per i patti con cui le parti escludono l'operatività della risoluzione per inadempimento o dell'azione di esatto adempimento. O forse sarebbe più proficuo chiedersi se il legislatore del 1942, nel vietare i patti di esonero da responsabilità eccedenti i limiti dell'art. 1229 cod. civ. non abbia invece inteso riferirsi al termine responsabilità inteso in senso ampio, come soggezione ad una qualunque delle conseguenze che il legislatore ricollega all'inadempimento<sup>143</sup>. O, secondo altra impostazione, ci si dovrebbe domandare se questa debba essere l'interpretazione da prediligere in chiave evolutiva.

La giurisprudenza di legittimità, anche se per ora solo in *obiter*<sup>144</sup>,

<sup>143</sup> Com'è noto, nel suo significato culturale, la parola «responsabilità» allude, in linea con l'etimo latino, alla posizione di chi è tenuto a riparare la rottura di un determinato equilibrio, di un determinato ordine, sia esso sacrale, politico o giuridico. Il vocabolo in questione deriva dal verbo latino *respondere*, che come correttamente osserva C. MAIORCA, *Responsabilità (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988, p. 1088, contiene in sé la radice della parola *sponsio* e con essa la medesima idea di ritualità e solennità. Se lo “*spondere*” rimanda alla creazione di un equilibrio, di un ordine dotato di un certo grado di solennità, il “*respondere*” implica l'esigenza di ripararne la rottura. In questa concezione primigenia non compare alcun riferimento al concetto dell'imputabilità: il *respondere* non rappresenta tanto la sanzione diretta contro l'autore di un comportamento scorretto, ma l'atto oggettivo di sopportarne le conseguenze. Infondo, una simile concezione, una volta epurata dalle sue coloriture più arcaiche, non è così estranea al mondo giuridico, ma anzi ben si adatta per la sua latitudine a ricomprendere in sé le diverse forme di responsabilità che ricorrono nel diritto civile. Mentre non in tutte l'identità tra il responsabile e l'autore del comportamento antiggiuridico o l'imputabilità figurano tra gli elementi costitutivi della posizione giuridica in questione il minimo comun denominatore è la soggezione alle conseguenze di un atto compiuto in violazione di un determinato dovere giuridico. Dunque, rientrerebbe nel concetto di responsabilità qualsiasi conseguenza che l'ordinamento faccia discendere dalla violazione – imputabile o meno, antiggiuridica o meno – di un ordine prestabilito dalle parti o dal sistema. In altre parole, qualsiasi rimedio.

<sup>144</sup> Per un'ampia riflessione sul valore degli *obiter* cfr. G. GORLA, *Precedente giuridiale*, in *Enc. giur. Treccani*, XXIII; Roma, 1990; e M. BIN, *Il precedente giudiziario. Valore e interpretazione*, Padova, 1995. Per il momento non consta che questi ultimi si siano tramutati in *ratio decidendi*. Anzi, le pronunce di legittimità successive alla più recente giurisprudenza citata non si sono neppure poste il problema

sembra prediligere questa lettura piú ampia. Nell'unica pronuncia che si è preoccupata di definire il concetto di responsabilità ai sensi e per gli effetti dell'art. 1229 cod. civ., la Cassazione ha precisato che si tratta della «soggezione a quella reazione che l'ordinamento giuridico o il contratto ricollegano a un comportamento contrario alle norme del contratto stesso o della legge<sup>145</sup>». Su tale base, la Corte ha stabilito che le clausole esclusive o limitative della responsabilità sono quelle in cui si prevede che «qualora il contraente non adempia puntualmente la prestazione promessa, egli non incorrerà, o incorrerà solo limitatamente nelle sanzioni conseguenti alla sua inadempienza»<sup>146</sup>.

dell'applicabilità dell'art. 1229 cod. civ. Cfr. Cass., 2 ottobre 2014, n. 20842, in *www.dejure.it*. La Corte, chiamata a statuire sulla risoluzione di un contratto nel quale era prevista una clausola d'irrisolubilità – la cui lettera non è purtroppo riportata – aveva confermato la decisione delle corti di merito senza però fondarla sulla clausola medesima, quasi la ritenesse non solo non assorbente ma addirittura irrilevante, a differenza di quanto aveva fatto il Tribunale. La clausola era contenuta nel contratto di vendita tra una società e un consumatore (tant'è che si fa menzione nella sentenza della specifica approvazione della medesima) di un autoveicolo, poi rivelatosi difettoso, ed era formulata in modo da escludere l'esperibilità della risoluzione o della riduzione del prezzo. Se la sentenza di primo grado ha rigettato la domanda di risoluzione accogliendo l'eccezione della società convenuta, fondata sulla clausola di rinuncia preventiva alla risoluzione, la sentenza della Corte d'Appello ha motivato sulla base di argomentazioni diverse. Piú precisamente, la Corte ha osservato quanto segue: «a) che il D.G. non aveva fornito alcuna prova per dimostrare, da un punto di vista tecnico, che gli asseriti vizi potessero rientrare nella previsione degli artt. 1490 e 1497 cod. civ., non avendo depositato alcuna perizia tecnica né chiesto disporsi consulenza tecnica d'ufficio, e non potendo sopperire a tale carenza le dichiarazioni dei testi, ai quali non è consentito esprimere valutazioni di ordine tecnico; b) che dagli atti risultava che la vettura in un anno aveva percorso quasi 20.000 km., e dalle tre fatture esibite dalla [omissis], relative ai tagliandi periodici, risultavano eseguiti dall'officina della [omissis] solo interventi di manutenzione ordinaria (cambio lubrificanti, filtri, cinghie, materiali di consumo), mentre non risultava descritto alcun intervento relativo al cambio o alle turbolenze, né era stata prodotta altra documentazione relativa ai difetti denunciati; c) che, in considerazione delle circostanze innanzi indicate, da cui si evinceva che l'auto era stata usata con regolarità, doveva sicuramente escludersi che i difetti lamentati dall'attore fossero tali da rendere il veicolo inidoneo all'uso o da diminuirne in modo apprezzabile il valore, ovvero da renderlo carente delle qualità promesse o essenziali per l'uso cui era destinato; d) che, in ogni caso, avendo il D.G. utilizzato regolarmente la vettura per circa un anno (così trasformandola per l'inevitabile usura dovuta all'uso quotidiano), l'azione di risoluzione gli era preclusa, ai sensi dell'art. 1492 cod. civ., comma 3».

<sup>145</sup> Cass., 5 febbraio 1971, n. 280, in *Giust. civ.*, 1971, I, p. 720 ss.; nonché in E. CESÀRO (a cura di), *Le condizioni generali di contratto nella giurisprudenza*, I, Padova, 1989, p. 163 ss.

<sup>146</sup> *Ibidem*.

Lo stesso discorso vale per un'altra pronuncia, ancor più esplicita là dove ha affermato che l'art. 1229 cod. civ. disciplina non solo le clausole che limitano il grado di diligenza cui è tenuto il debitore, ma anche quelle che incidono sugli effetti dell'inadempimento imputabile, vuoi escludendo la risolubilità del contratto per certi tipi d'inadempimento, vuoi limitando il risarcimento del danno derivante dall'inadempimento stesso<sup>147</sup>.

Del medesimo avviso è, poi, una sentenza più recente<sup>148</sup>. Il caso riguardava un contratto di cessione di azienda recante una clausola con la quale l'alienante si obbligava a fare quanto necessario per ottenere il rilascio di una concessione in sanatoria e, nell'ipotesi di un ritardo nell'adempimento, a risarcire i danni. Tale clausola, a detta dell'alienante, nel contemplare il solo rimedio risarcitorio, avrebbe dovuto essere interpretata come implicita rinuncia preventiva da parte dell'acquirente alla risoluzione per inadempimento.

La Cassazione, dopo aver chiarito che nella detta clausola non poteva ravvisarsi alcuna rinuncia preventiva al rimedio risolutorio, ha

<sup>147</sup> Cass., Sez. Un., 1° luglio 1994, n. 6225, in *Arch. Civ.*, 1994, p. 1135 ss., con nota di A. SEGRETO, *Cassette di sicurezza e responsabilità della banca: la dottrina e la giurisprudenza fino alla sentenza delle sez. un. n. 6225/1994*; nonché in *Banca borsa tit. cred.*, 1995, p. 446 ss., con nota di A. PAPA, *Cassette di sicurezza e responsabilità della banca*; e in *Corr. giur.*, 1994, p. 967 ss., con nota di V. CARBONE, *Ribadita la nullità del patto che limita l'ammontare dei valori da conservare in cassetta*; e in *Foro it.*, 1994, I, c. 3422 ss., con osservazioni di G. CATALANO; e in *Giur. comm.*, 1996, II, p. 192 ss., con nota di M. RAGNO, *Cassette di sicurezza: ancora sulla limitazione di responsabilità della banca*; e in *Giur. it.*, 1995, I, 1, c. 800 ss., con nota di E. SCODITTI, *Autoregolamento e tipo nel contratto di cassetta di sicurezza. Sulla differenza fra clausola limitativa del valore e patto di limitazione della responsabilità della banca*.

<sup>148</sup> Cass., 9 maggio 2012, n. 7054, in *Giur. it.*, 2012, p. 2255, con nota critica di G. SICCHIERO, *Nullità della clausola di rinuncia alla risoluzione e massime mentitorie*. Chiarisce l'Autore che la massima della sentenza presenta l'applicabilità dell'art. 1229 cod. civ. al patto d'irrisolubilità come un principio generale, là dove, in realtà, il caso di specie era stato risolto nel senso che la clausola contenuta nel contratto stipulato dalle parti non conteneva «alcun patto di esclusione del diritto alla risoluzione per inadempimento». Precedentemente, si veda Cass. 18 giugno 1980, n. 3866, in *Mass. Foro it.*, 1980, c. 975, il cui testo integrale, però, non è purtroppo reperibile. Ivi si legge che «il patto con cui uno dei contraenti rinuncia preventivamente al diritto potestativo di chiedere la risoluzione del contratto per inadempimento della controparte deve risultare (a parte la questione della validità di una intesa siffatta in relazione all'art. 1229, Codice civile) da un'esplicita manifestazione di volontà o da elementi concludenti, univoci ed incompatibili con l'intento di conservare il potere anzidetto...».

affermato che una simile pattuizione non sarebbe comunque stata legittima in quanto si sarebbe posta in contrasto con l'art. 1229 cod. civ. Quest'ultima norma, ad opinione della Corte, stabilendo la nullità di qualsiasi patto preventivo di limitazione o esclusione di responsabilità per dolo o colpa grave, comporta altresì la nullità «di ogni patto di irresponsabilità che abbia per oggetto gli effetti dell'inadempimento imputabile»<sup>149</sup>.

Il fatto che la lettura ampia dell'art. 1229 cod. civ. non sia finora assurta a *ratio decidendi* e che le citate sentenze non l'abbiano argomentata impone di trattare la questione dell'assoggettabilità all'art. 1229 cod. civ. dei patti con cui le parti escludono l'operatività dei rimedi diversi dall'inadempimento in separata sede e di dedicarvi maggiore approfondimento<sup>150</sup>. Ciò che conta qui è che la questione dipende dall'inclusione o meno dell'esigenza di tutela della giuridicità del vincolo obbligatorio o della forza di legge del contratto tra i fondamenti del divieto posto dall'art. 1229 cod. civ.

#### 8. *La ratio del divieto nei contratti per adesione e nei contratti asimmetrici: da limite a presidio dell'autonomia contrattuale*

Le esigenze sottese al divieto di clausole di limitazione o esclusione della responsabilità fuori dai limiti previsti dall'art. 1229 cod. civ. sembrano assumere connotati diversi quanto tali clausole sono contenute in contratti unilateralmente predisposti o comunque in contratti asimmetrici. Se, come si è visto, nei contratti negoziati le clausole in esame sono sempre state vietate in via generale, ancor prima che fosse codificata una norma in tal senso, nei contratti per adesione il codice del commercio vietava soltanto quelle che non erano controbilanciate da un vantaggio per l'aderente, nella specie una riduzione della prestazione da lui dovuta<sup>151</sup>.

<sup>149</sup> Cass., 9 maggio 2012, n. 7054, cit.

<sup>150</sup> Si rinvia in proposito al capitolo IV del presente lavoro.

<sup>151</sup> Il concetto di "contratti per adesione" si fa tradizione risalire a R. SALEILLES, *De la déclaration de volonté. Contribution à l'étude de l'acte juridique dans le code civil allemand*, Paris, 1901, p. 229. Il volume ha rappresentato il punto di partenza di tutte le riflessioni della dottrina successiva, tra cui, in particolare, M.G. DEREUX, *De la nature juridique des «contrats d'adhésion»*, in *Rev. trim. droit civ.*, 1910, pp. 503-541; E.H. PERREAU, *Clauses manuscrites et clauses imprimées*, *ivi*, 1927, pp. 303-330; L. JOSSERAND, *Le contrat dirigé*, in *Rec. Hebd. Dalloz*, Chr., 1933, pp. 89-92;

Anche quando la giurisprudenza, con il favore della dottrina, estese l'ambito di applicazione dell'art. 416 cod. comm. dal contratto di trasporto su strada ferrata a tutti i contratti unilateralmente predisposti<sup>152</sup>, continuò ad affermare che l'operatività del divieto sarebbe stata subordinata ad una «valutazione dei vantaggi e degli svantaggi generali conseguenti alle limitazioni di responsabilità nei vari tipi di adempimento»<sup>153</sup>. Dunque, nei contratti per adesione il divieto è nato con una portata applicativa significativamente inferiore rispetto a quella che gli è stata attribuita in linea generale dal codice civile.

La ragione di questo diverso trattamento dovrebbe ravvisarsi nel fatto che i contratti unilateralmente predisposti, essendo intimamente connessi alla struttura imprenditoriale, erano il cuore di un'economia in profonda trasformazione e lo strumento mediante il quale veniva incentivato il progresso scientifico-tecnologico. Tali considerazioni avevano, almeno in una prima fase, messo in luce l'esigenza

G. BERLIOZ, *Le contrat d'adhésion*, Paris, 1976, pp. 19-20. Da allora, il dibattito si è diffuso anche negli ordinamenti di *common law*: per limitarsi ai classici, cfr. F. KESSLER, *Contracts of Adhesion. Some Thoughts about Freedom of Contract*, in *Columbia L. Rev.*, 43, 5, pp. 629-642; A.W. MEYER, *Contracts of Adhesion and the Doctrine of Fundamental Breach*, in *Virginia L. Rev.*, 50, 1964, pp. 1178-1199; A. LENHOFF, *Contracts of Adhesion and the Freedom of Contract: A Comparative Study in the Light of American and Foreign Law*, in *Tulane L. Rev.*, 36, 3, 1962, pp. 481-494; N.S. WILSON, *Freedom of Contract and Adhesion Contracts*, in *Int. Comp. L.Q.*, 14, 180, 1965, pp. 172-193; V. BOLGAR, *The Contract of Adhesion*, in *Am. J. Comp. L.*, 20, 1972, pp. 53-68.

<sup>152</sup> Così M. BESSONE, *Le clausole di esonero e di limitazione della responsabilità*, cit., pp. 323-329, il quale sostiene che la presenza della clausola in esame dovrebbe sempre comportare una riduzione del costo della controprestazione.

<sup>153</sup> Cfr. G. AULETTA, *Limitazioni di responsabilità del vettore marittimo*, cit., p. 192. In effetti, l'argomento più ricorrente a sostegno della legittimità dell'inserimento delle clausole predette nelle condizioni generali di contratto e nei formulari era la considerazione per cui tale inserimento avrebbe comportato una riduzione dei costi sostenuti dall'impresa che si sarebbe tradotta nella correlativa riduzione del prezzo unitario dei beni e servizi offerti agli utenti, con evidente beneficio per questi ultimi. Lo riferisce V. ROPPO, *Contratti standard. Autonomia e controlli nella disciplina delle attività negoziali di impresa*, 1975, rist. integrata, Milano, 2017, pp. 65-66, il quale ritiene però che si tratti di un assunto apodittico e privo di pregio. Secondo l'Autore, infatti, la teoria economica dell'impresa e la teoria della formazione dei prezzi di mercato avrebbe dimostrato che «il nesso causale tra clausole di esonero e riduzione del prezzo non è suscettibile di riscontri obiettivi» onde «non si può assumere, in via generale, che l'ipotizzata riduzione del prezzo compensi gli svantaggi sofferti» da acquirenti ed utenti per l'operare delle clausole (sul punto l'Autore richiama la posizione di parte della dottrina tedesca: cfr. *Ivi*, nt. 85 e 86).

che l'autonomia contrattuale, e per suo tramite la libertà di iniziativa economica poi tutelata dall'art. 41 Cost., godesse di un più ampio margine d'azione e, conseguentemente, fosse soggetta a minori restrizioni.

In una seconda fase, la predetta esigenza fu ridimensionata dalla contrapposta necessità di tutelare la libertà contrattuale dell'aderente, posto che la diffusione della contrattazione *standard* minava in radice il principio dell'accordo. In quest'ottica il controllo giudiziale sulle clausole di esonero cominciò ad essere percepito come l'ultimo baluardo di una libertà contrattuale in profonda crisi. Non è un caso che alcune delle riflessioni più importanti sui patti di esonero da responsabilità siano contenute in trattazioni dedicate ai contratti per adesione, quasi i due temi fossero indissolubilmente legati<sup>154</sup>.

Se la previsione di una clausola di esonero non era frutto del libero e consapevole incontro dei consensi, ma era stata imposta unilateralmente da uno dei due, allora l'unico modo per tutelare l'altro era quello di impedire che l'equilibrio complessivo del singolo contratto fosse alterato a vantaggio del predisponente. Proprio in questa esigenza parte della dottrina ha ravvisato il fondamento del divieto di clausole di esonero, non solo nei contratti per adesione ma – e qui è l'aspetto interessante – in tutti i contratti indipendentemente dal modo di conclusione<sup>155</sup>.

La tesi è indubbiamente suggestiva, ma non può essere estrapolata dal suo contesto storico. Qualunque fosse il grado di consapevolezza del legislatore del 1942 in merito al quadro sopra illustrato, egli ha scelto di prevedere un controllo contenutistico sulle clausole di esonero unitario per tutti i contratti, prevedendolo in una norma, l'art. 1229 cod. civ., collocata nella parte generale delle obbligazioni, e l'ha fatto senza effettuare alcun riferimento alla valutazione circa lo squilibrio economico provocato dalla clausola. Non si potrebbe nemmeno sostenere che, a dispetto della sistematica, il legislatore nel formulare l'art. 1229 cod. civ. avesse in realtà in mente i contratti per adesione: a tale categoria, infatti, il codice civile dedica uno spazio del tutto marginale rispetto alla sua dirompente impor-

<sup>154</sup> Così, per tutti, V. ROPPO, *Contratti standard*, cit.

<sup>155</sup> Così M. BESSONE, *Le clausole di esonero e di limitazione della responsabilità*, cit., pp. 323-329, il quale sostiene che la presenza della clausola in esame dovrebbe sempre comportare una riduzione del costo della controprestazione.

tanza pratica, modellando invece la disciplina generale sul contratto negoziato<sup>156</sup>.

Per altro verso, non si potrebbe neppure sostenere che la tesi dell'equilibrio economico sia il fondamento della disciplina prevista dall'art. 1341 cod. civ. in tema di condizioni generali di contratto, il quale include il patto di limitazione o esclusione della responsabilità nel novero delle clausole vessatorie. È vero che il giudizio di vessatorietà si sovrappone in sostanza con quella valutazione dei vantaggi e degli svantaggi di cui parlava la dottrina favorevole alla tesi in esame, ma parimenti vero che l'art. 1341 cod. civ., come si vedrà nel capitolo dedicato al controllo giudiziale sulle clausole di esonero, non fa dipendere dalla natura vessatoria alcun effetto sostanziale diretto, ma solo la necessità per il predisponente di far sottoscrivere specificamente la clausola dall'aderente, pena l'inefficacia della medesima.

Diverso è il discorso rispetto alla disciplina del codice del consumo, perché lì, com'è noto, il controllo giudiziale non è meramente formale ma contenutistico; la qualifica della clausola come vessatoria ne implica la nullità. In quel caso, dunque, e solo in quello, si può richiamare la tesi dell'equilibrio contrattuale, ma non per fondare in sé il divieto di esonero da responsabilità, bensì per giustificare l'inserimento del patto di limitazione o esclusione della responsabilità nell'elenco delle clausole che si presumono vessatorie ex artt. 33 e 36 cod. cons.

Si tratterà di stabilire quale rapporto intercorra tra il giudizio di vessatorietà e il giudizio di compatibilità con i requisiti di validità del patto di esonero stabiliti dall'art. 1229 cod. civ., ma questo problema, posto che trascende la ricostruzione della *ratio legis*, verrà affrontato in altra sede. Qui ci si limiterà ad osservare che il collegamento tra il problema delle clausole di esonero e quello dei contratti in cui il consenso di una delle parti degrada a mera adesione suggerisce una

<sup>156</sup> Sul tema, più ampiamente, A. GENOVESE, *Le condizioni generali di contratto*, Padova, 1954, p. 10; P. RESCIGNO, *L'autonomia dei privati*, in A.A. V.V., *Studi in onore di G. Scaduto*, Padova, 1968, pp. 16-18; M. BARCELLONA, *Condizioni generali di contratto e tutela del contraente debole*, Milano, 1970, p. 109; T. ASCARELLI, *Ordinamento giuridico e realtà sociale*, in S. RODOTÀ (a cura di), *Il diritto privato nella società moderna*, Bologna, 1971, pp. 85-86; F. GALGANO, *L'imprenditore*, Bologna, 1970, p. 69; S. RODOTÀ, *Il controllo sulle condizioni generali di contratto*, in G. AMATO, S. CASSESE, S. RODOTÀ (a cura di), *Il controllo sociale delle attività private*, Genova, 1972, p. 239; M. BESSONE, *Contratti di adesione, «potere normativo d'impresa» e problemi di democratic control*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 1973, p. 2028.

riflessione circa l'opportunità di prevedere un controllo giudiziale unitario, modellato sulla disciplina consumeristica, applicabile al caso di predisposizione unilaterale del regolamento contrattuale indipendentemente dal fatto che sussista uno squilibrio normativo tra le parti.

Questo perché la prassi offre sempre più evidenze dell'ampio impiego delle clausole in esame in contratti che, sebbene non siano conclusi tra un professionista e un consumatore, sono caratterizzati da un forte grado di squilibrio nella misura in cui sono unilateralmente predisposti e i predisponenti detengono sul mercato una posizione di oligopolio. L'esempio più significativo è forse quello delle condizioni generali di contratto delle piattaforme che offrono servizi di intermediazione *online*, in particolare quelle di maggiori dimensioni (c.d. *gatekeepers*), le quali, non a caso, sono state recentemente oggetto di una serie di studi e interventi normativi da parte del legislatore Europeo volti a proteggere, alla stregua di contraenti deboli, le imprese utenti<sup>157</sup>.

#### 9. *La polifunzionalità del divieto e l'importanza di individuare una ratio unitaria*

La disamina sin qui svolta rivela che il divieto sancito dall'art. 1229 cod. civ. e l'inserimento dei patti di limitazione o esclusione della responsabilità nell'elenco delle clausole vessatorie, in quanto suscettibili di creare un grave squilibrio nei diritti e gli obblighi delle parti, rispondono a molteplici funzioni diverse, tutte, come si è detto, concorrenti; ognuna frutto di precise scelte di politica del diritto e ognuna

<sup>157</sup> Gli interventi normativi sono stati, dal meno recente, i seguenti: *Regulation (EU) 2019/1150 of the European Parliament and of the Council of 20 June 2019 on promoting fairness and transparency for business users of online intermediation services*, OJ C 440, 6.12.2018, p. 177; *Regulation (EU) 2018/302 of the European Parliament and of the Council of 28 February 2018 on addressing unjustified geo-blocking and other forms of discrimination based on customers' nationality, place of residence or place of establishment within the internal market and amending Regulations (EC) No 2006/2004 and (EU) 2017/2394 and Directive 2009/22/EC*, OJ C 34, 2.2.2017, p. 93; *Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on a Single Market For Digital Services (Digital Services Act) and amending Directive 2000/31/EC*, Brussels, 15.12.2020 COM(2020) 825 final 2020/0361 (COD); *Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on contestable and fair markets in the digital sector (Digital Markets Act)*, Brussels, 15.12.2020 COM(2020) 842 final, 2020/0374 (COD).

incidente sull'ampiezza dell'ambito applicativo della norma in questione. Funzioni e *rationes* eterogenee, sí, ma, a ben guardare, tra loro intimamente collegate da un filo invisibile, da un'idea di fondo.

Questa idea di fondo, tradotta in termini giuridici, si potrebbe esprimere col concetto di causa. In una delle sue opere piú celebri Emilio Betti elenca tra i limiti dell'autonomia contrattuale l'indisponibilità degli effetti del negozio giuridico e include nel novero dei patti che infrangono tale limite proprio le clausole di limitazione ed esclusione della responsabilità<sup>158</sup>.

Betti afferma che consentire i patti di esonero per dolo o colpa grave o per violazione di norme di ordine pubblico significherebbe minare il senso di responsabilità del debitore incoraggiandolo ad omettere quella cooperazione su cui si fonda il diritto delle obbligazioni. Ma questa non è per l'Autore l'unica ragione su cui si fonda il divieto previsto dall'art. 1229 cod. civ. L'ulteriore ragione risiederebbe nella considerazione per cui le parti non possono «limitare il vigore del negozio, apponendovi restrizioni o esclusioni di responsabilità che ripugnino alla sua funzione tipica, quale è valutata dalla legge e dalla coscienza sociale, secondo il criterio, generico ma suscettibile di congrue differenziazioni, enunciato all'art. 1176»<sup>159</sup>.

La tentazione di scorgervi un velato richiamo alla resistenza del tipo contrattuale di romanistica memoria e alla teoria medievale degli *essentialia negotii* è forte. Il richiamo è però aggiornato con la neonata concezione di causa del negozio. Il punto centrale dell'opinione dell'Autore sembra essere, non tanto, l'indisponibilità degli effetti del contratto, in sé e per sé considerato, quanto piuttosto la necessaria corrispondenza di questi alla causa del contratto medesimo. In quest'ottica, il passo sopra riportato a proposito del divieto posto alle parti di pattuire modificazioni della responsabilità che ripugnino alla funzione tipica del contratto deve leggersi in combinato disposto con un altro passo: quello in cui Betti afferma che la teoria della causa s'impenna sull'idea che la delimitazione del contenuto essenziale del negozio sia sottratta all'autonomia privata<sup>160</sup>.

La posizione in esame si poteva scorgere già prima dell'entrata in vigore dell'attuale codice nelle pagine di quella dottrina che rilevava,

<sup>158</sup> E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, seconda rist. corretta della 2ª ed., Torino, 1955, pp. 105-106.

<sup>159</sup> *Ibidem*.

<sup>160</sup> Cosí E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit.

pur con specifico riguardo al contratto di trasporto, come dovesse reputarsi inammissibile qualsiasi patto di esonero capace di vulnerare «l'essenza del rapporto sinallagmatico», in quanto si sarebbe risolto «nell'annientamento di una delle obbligazioni essenziali delle parti»<sup>161</sup>. Quella dottrina però ricollegava all'annientamento di una delle obbligazioni essenziali del contratto, non già una carenza di causa, bensì l'assenza di una volontà negoziale seria, e fondava su quest'ultima la nullità delle clausole in esame, quasi queste si risolvessero in una condizione meramente potestativa.

In linea con la concezione moderna di causa, pare più corretto oggettivare il riferimento alla serietà dell'impegno negoziale e sostenere che il divieto di cui all'art. 1229 cod. civ. abbia lo scopo di presidiare l'esistenza di un interesse oggettivo e plausibile alla modificazione della sfera giuridica cui mira il contratto<sup>162</sup>, o l'esigenza che risulti «certa e sicura la volontà di vincolarsi secondo regole non esclusivamente morali e sociali»<sup>163</sup>.

Dunque, il divieto espresso dall'art. 1229 cod. civ. dovrebbe incentrarsi sulla necessità di evitare che le parti svuotino il contratto della propria funzione economica astratta e concreta, o, qualora l'obbligazione per cui è stato pattuito l'esonero non sia di fonte contrattuale, che le parti neutralizzino l'utilità cui la prestazione tende. In quest'ottica, si potrebbe sostenere che la norma in esame costituisca uno degli strumenti impiegati dall'ordinamento per effettuare

<sup>161</sup> Così P. GRECO, *Appunti sulle clausole di irresponsabilità nei trasporti marittimi*, commento a Cass. Regno, 15 novembre 1928, in *Annuario dir. comp.*, 1931, p. 746 ss., spec. pp. 750-751; ma ancor prima G. GIORGI, *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*, cit., pp. 67-68. In una direzione analoga si sviluppano le riflessioni di A. ASQUINI, *Del contratto di trasporto*, cit., p. 348; A. BRUNETTI, in *Comm. cod. comm.* Bensa, Bonelli e Brunetti, VI, *Del commercio marittimo e della navigazione*, Milano, 1920, p. 621; W. D'AVANZO, *Commento all'art. 1229 c.c.*, in *Comm. c.c.* D'Amelio e Finzi, *Libro delle obbligazioni*, I, Firenze, 1948, p. 113; G. VENEZIAN, *Clausola di irresponsabilità in contratti e in ispecie nel mandato*, in *Opere giuridiche, Studi delle obbligazioni*, II, *Scritti minori*, Roma, 1929, pp. 608-609.

<sup>162</sup> Cfr. E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 175 ss. Sul punto v., più recentemente, le osservazioni di U. BRECCIA, *Morte e risurrezione della causa: la tutela*, in S. MAZZAMUTO (a cura di), *Il contratto e le tutele. Prospettive di Diritto europeo*, Torino, 2002, p. 241 ss., secondo cui il riferimento all'intento di vincolarsi giuridicamente nascerebbe dal «timore che la fine della causa perfino possa coinvolgere la rilevanza e la serietà dell'accordo posto in essere dai contraenti».

<sup>163</sup> F. GAZZONI, *Atipicità del contratto, giuridicità del vincolo e funzionalizzazione degli interessi*, in *Riv. dir. civ.*, 1978, I, p. 62.

il controllo causale, insieme al giudizio di liceità e a quello di meritevolezza, ove lo si ritenga autonomo rispetto al primo.

Si potrebbe affermare, per sintetizzare il ragionamento in una formula, che il sindacato di compatibilità con l'art. 1229 cod. civ. sta alle modificazioni convenzionali del regime di responsabilità come il sindacato di meritevolezza sta alle modificazioni convenzionali dell'oggetto tipico del contratto. Ma simili considerazioni sono ancora premature: per svilupparle e verificarne l'attendibilità occorre prima quel confronto con la giurisprudenza e con la prassi che sarà materia dei prossimi capitoli.

## CAPITOLO II

# I limiti di validità del patto di esonero e il controllo giudiziale

SOMMARIO: 1. I limiti previsti dall'art. 1229 cod. civ.: tra regole di validità e regole di comportamento, interpretazione conservativa e nullità parziale. – 2. Il concetto di «dolo» e il problema se qualsiasi inadempimento intenzionale possa qualificarsi come doloso. – 3. Il concetto di «colpa» e la sua compatibilità con la teoria oggettiva della responsabilità contrattuale. – 4. *Segue*: il rilievo della distinzione tra obbligazioni di mezzi e obbligazioni di risultato. – 5. *Segue*: la funzione del patto di esonero nei casi in cui il criterio d'imputazione della responsabilità è diverso dalla colpa. – 6. Il concetto di «colpa grave». – 7. Il concetto di inadempimento derivato dalla violazione di norme di ordine pubblico: il problema dell'esonero da responsabilità aquiliana. – 8. *Segue*: il problema dell'esonero da responsabilità precontrattuale. – 9. Il rapporto tra il giudizio di compatibilità con i limiti previsti dall'art. 1229 cod. civ. e il giudizio di vessatorietà. – 10. Il rapporto tra i limiti generali e i limiti speciali previsti per alcuni tipi di contratti.

### 1. *I limiti previsti dall'art. 1229 cod. civ.: tra regole di validità e regole di comportamento, interpretazione conservativa e nullità parziale*

L'art. 1229 cod. civ. sanziona con la nullità «qualsiasi patto che esclude o limita preventivamente la responsabilità del debitore per dolo o per colpa grave» (comma primo) e «qualsiasi patto preventivo di esonero o di limitazione di responsabilità per il caso in cui il fatto del debitore o dei suoi ausiliari costituisca violazione di obblighi derivanti da norme di ordine pubblico» (comma secondo). Dalla lettura *a contrario* della norma si ricava che l'unico patto ammesso è quello che limita o esclude in via preventiva la responsabilità del debitore per colpa lieve non consistita nella violazione di obblighi sanciti da norme di ordine pubblico.

Come si evince dalla formulazione appena riportata, la norma fa dipendere la nullità dalla presenza nel contratto di una clausola che

consente o incentiva comportamenti contrari alla buona fede o all'ordine pubblico in generale, nella misura in cui assicura al debitore sin dall'inizio l'immunità dalle conseguenze pregiudizievoli che normalmente conseguirebbero al suo inadempimento anche qualora egli decida di non adempiere o esegua la prestazione senza adottare un minimo di diligenza. Così facendo, il legislatore crea un collegamento tra un elemento genetico, attinente alla struttura del contratto, e un elemento invece funzionale, attinente al comportamento delle parti nella sua esecuzione.

Questo ha portato la maggior parte della giurisprudenza, soprattutto quella più recente, a cadere nell'equivoco di dichiarare la nullità del patto di esonero sulla base della motivazione per cui l'inadempimento del debitore si era rivelato nel caso di specie gravemente colposo<sup>1</sup>. Se l'esito cui giunge in sostanza la giurisprudenza è corretto – il debitore non potrà valersi della clausola ogniqualvolta il suo

<sup>1</sup> Così la giurisprudenza più recente sulle clausole limitative della responsabilità nei contratti bancari aventi ad oggetto il servizio di deposito nelle cassette di sicurezza: per tutte, Cass., 27 luglio 2017, n. 18637, in *Corr. giur.* 2017, p. 1311, in cui si specifica espressamente che la Banca non può opporre al cliente la clausola di esonero se non prova che l'inadempimento è dipeso da colpa lieve; Cass., 22 dicembre 2011, n. 28314, in *CED Cassazione*; Cass., 30 settembre 2009, n. 20948, in *Contratti*, 2010, p. 48; e implicitamente Cass., 5 aprile 2005, n. 7081, *ivi*, 2005, p. 969, con nota di U. CARNEVALI, *La prova della colpa grave nelle clausole di esonero da responsabilità - Il Commento*. L'orientamento era però stato inaugurato già prima dell'entrata in vigore dell'attuale codice civile: v. Cass. Regno, 25 ottobre 1924, in *Foro it.*, 1925, c. 344 ss.; e in *Giur. it.*, 1925, I, c. 202 ss.; Cass., 20 dicembre 1926, n. 3342, in *Mass. Foro it.*, 1926; Cass. Regno, 3 marzo 1927, in *Foro it.*, 1927, I, c. 300 ss.; Cass. Regno, 15 novembre 1928, *ivi*, 1928, I, c. 1193; nonché *ivi*, I, 1929, c. 215; e, come *leading case*, Cass., 27 febbraio 1936, n. 644, *ivi*, 1936, I, c. 297 ss., con nota di T. ASCARELLI, *Clausole di esonero da responsabilità nel trasporto marittimo e inversione convenzionale dell'onere della prova*; nonché in *Riv. dir. nav.*, 1936, II, p. 117 ss., con commento di B. SCORZA, *Ancora sulla clausola di assicurazione nella polizza di carico*. In quest'ultima sentenza – chiamata a pronunciarsi sulla clausola di assicurazione (c.d. *insurance clause*) contenuta in una polizza di carico, nella quale si stabiliva che «Il capitano e la società armatrice non assumono responsabilità in relazione a tutti i rischi contro i quali il caricatore può assicurarsi» – si legge che «il giudice, nel caso di una clausola generica di irresponsabilità abbracciante ogni grado di colpa, non può dichiarare senz'altro la nullità del patto, ma deve indagare se la colpa dedotta nel particolare rapporto controverso sia grave o lieve, e soltanto nel primo caso deve dichiarare la nullità della clausola, la cui efficacia permane invece per il secondo». Per un'analisi della giurisprudenza di quel periodo in chiave comparatistica, v. W. BAGNOLI, *La clausola di esonero da responsabilità nella giurisprudenza francese*, in *Riv. dir. comm.*, 1921, I, p. 94 ss.

inadempimento ecceda i limiti dell'art. 1229 cod. civ. –, è erronea la motivazione, giacché omette un passaggio logico essenziale e confonde il piano delle regole di validità con quello delle regole di comportamento<sup>2</sup>.

Sotto il profilo tecnico, almeno nel sistema del codice civile, la nullità non può essere rimessa all'accertamento di elementi funzionali, che attengono alla fase di esecuzione di un rapporto obbligatorio già instaurato. Essendo la nullità una qualità per sua natura attinente alla dimensione genetica dell'atto, deve dipendere da difetti strutturali esistenti già nella fase formativa di quest'ultimo, non può essere ancorata a circostanze, come un inadempimento, il cui verificarsi è successivo a questa fase e meramente eventuale nell'*an* e nel *quomodo*. E pur quando la nullità è collegata a clausole che rimandano a comportamenti incompatibili con l'ordinamento, come nel caso in esame, ciò che rende invalido il contratto non sono le condotte concretamente tenute dalle parti, bensì il tenore delle clausole ivi contenute<sup>3</sup>.

Pertanto, sarebbe più corretto, come fa altra parte della giurisprudenza<sup>4</sup>, accertare, in primo luogo, se la clausola è formulata in modo compatibile con l'art. 1229 cod. civ. e, in secondo luogo, se la clausola può operare nel caso di specie, cioè se l'inadempimento del debitore è stato solo lievemente colposo e non ha comportato la vio-

<sup>2</sup> Distinzione peraltro messa convincentemente in dubbio dalla dottrina: cfr. le osservazioni di G. PERLINGIERI, *L'inesistenza della distinzione tra regole di comportamento e di validità nel diritto italo-europeo*, Napoli, 2013, *passim*.

<sup>3</sup> Lo ha precisato la giurisprudenza nella nota sentenza Cass., Sez. Un., 19 dicembre 2007, n. 26725, in *Danno resp.*, 2008, p. 525 ss., con nota di V. ROPPO, *La nullità virtuale del contratto dopo la sentenza Rordorf*; e in *Dir. fall. soc. comm.*, 2008, p. 1 ss., con nota di F. SARTORI, *La (ri)vincita dei rimedi risarcitori: note critiche a Cassazione (S.U.) 19 dicembre 2007, n. 26725*. Per un'attenta riflessione sulla pronuncia cfr. anche A. GENTILI, *Disinformazione e invalidità: i contratti di intermediazione dopo le Sezioni Unite*, in *Contratti*, 2008, p. 393 ss.; e D. MAFFEIS, *Discipline preventive nei servizi di investimento: le Sezioni Unite e la notte (degli investitori) in cui tutte le vacche sono nere*, *ivi*, p. 403 ss.

<sup>4</sup> Così, ad esempio, Cass. Torino, 8 giugno 1912, in *Riv. dir. comm.*, 1913, II, p. 417 ss.; Cass. Torino, 4 maggio 1917, *ivi*, 1918, p. 133; Cass. Regno, 25 ottobre 1924, in *Foro it.*, 1925, I, c. 343 ss.; Cass., Sezione speciale nuove province, 9 aprile 1927, in *Giur. it.*, 1927, I, c. 815 ss.; Cass., 30 ottobre 1965, n. 2324, in *Foro it.*, 1966, I, c. 1459 ss.; Cass., 6 dicembre 1994, n. 10457, in *Corr. giur.*, 1995, p. 301 ss., con nota di C. SCALIA, *Responsabilità della S.I.P. per errata inserzione del nome di un avvocato nell'elenco telefonico*; e Cass., 28 luglio 1997, n. 7064, in *Giur. it.*, 1998, pp. 8-9.

lazione di obblighi previsti da norme di ordine pubblico. La necessità del doppio passaggio può apparire appannaggio di un approccio formalista, ma assume tutt'altro rilievo pratico appena si trascende dalla prospettiva della singola controversia nella quale il patto è stato invocato.

Quando la sentenza si limita a pronunciare la nullità del patto di esonero perché il debitore era in colpa grave, non chiarisce se il patto è nullo anche nei limiti della colpa lieve oppure in quella parte resta valido. Questo, posto che la declaratoria di nullità ha efficacia di giudicato anche negli eventuali giudizi successivi tra le medesime parti sul medesimo contratto<sup>5</sup>, rende più difficile individuare quale sia l'oggetto del giudicato: se la nullità totale del patto oppure soltanto la nullità della parte in cui il patto eccede i limiti dell'art. 1229 cod. civ. Detto altrimenti, qualora il patto venga invocato in successivi giudizi – eventualità quasi certa se fa parte delle clausole *standard* di un contratto per adesione ex artt. 1341-1342 cod. civ. – non è chiaro se il debitore che sia effettivamente in colpa lieve possa valersene o meno.

Il medesimo problema si pone altresì quando la sentenza dichiara nullo il patto perché è formulato in modo da ricomprendere, espressamente o implicitamente, anche le ipotesi vietate dall'art. 1229 cod. civ., senza chiarire però qual è la sorte della clausola e del contratto

<sup>5</sup> Lo hanno affermato a chiare lettere le note “sentenze gemelle” delle Sezioni Unite del 2014: Cass., Sez. Un., 12 dicembre 2014, n. 26242, in *Foro it.*, 2015, I, c. 862, con note di A. PALMIERI e R. PARDOLESI, *Nullità negoziale e rilevazione officiosa a tutto campo (o quasi)*; A. PROTO PISANI, *Rilevabilità d'ufficio della nullità contrattuale: una decisione storica delle sezioni unite*; M. ADORNO, *Sulla rilevabilità d'ufficio della nullità contrattuale: il nuovo intervento delle sezioni unite*; F. DI CIOMMO, *La rilevabilità d'ufficio ex art. 1421 c.c. secondo le sezioni unite: la nullità presa (quasi) sul serio*; S. PAGLIANTINI, *Nullità di protezione e facoltà di non avvalersi della dichiarabilità: quid iuris?*; e S. MENCHINI, *Le sezioni unite fanno chiarezza sull'oggetto dei giudizi di impugnativa negoziale: esso è rappresentato dal rapporto giuridico scaturito dal contratto*; in *Giur. it.*, 2015, p. 70, con nota di I. PAGNI, *Il “sistema” delle impugnative negoziali dopo le sezioni unite*, 71 ss.; e di M. BOVE, *Rilievo d'ufficio della questione di nullità e oggetto del processo nelle impugnative negoziali*, *ivi*, p. 1386; in *Nuova giur. civ.*, 2015, p. 299, con nota di N. RIZZO, *Il rilievo d'ufficio della nullità preso sul serio*; in *Corr. giur.*, 2015, p. 88, con nota di V. CARBONE, *“Porte aperte” delle Sezioni Unite alla rilevabilità d'ufficio del giudice della nullità del contratto*; in *Riv. dir. proc.*, 2015, p. 1560, con nota di A. GIUSSANI, *Appunti dalla lezione sul giudicato delle sezioni unite*; Cass., Sez. Un., 12 dicembre 2014, n. 26243, in *Contratti*, 2015, p. 113, con nota di S. PAGLIANTINI, *Rilevabilità officiosa e risolubilità degli effetti: la doppia motivazione della Cassazione... a mo' di bussola per rivedere Itaca*.

in cui è contenuta. Spesso non risulta chiaro dalla motivazione delle sentenze se la nullità si estende all'intero contratto, se rimane circoscritta alla singola clausola di esonero e ne comporta però l'eliminazione *in toto* dal contratto, oppure se rimane circoscritta ad una parte soltanto della clausola, mentre lascia sopravvivere la parte che è compatibile con l'art. 1229 cod. civ. E non è chiaro quale sia la regola su cui si basa la scelta di una delle predette opzioni<sup>6</sup>.

A rigore, ove il patto di esonero – come avviene con maggior frequenza nella prassi – fosse formulato in modo così ampio e generico da ricomprendere potenzialmente in sé anche le ipotesi vietate dall'art. 1229 cod. civ., non si dovrebbe neppure giungere ad una declaratoria di nullità, ma si dovrebbe salvare il patto a monte, con lo strumento dell'interpretazione conservativa previsto dall'art. 1367 cod. civ.<sup>7</sup>. Com'è noto, la norma impone al giudice, di fronte ad un'ambiguità testuale, di interpretare la pattuizione nel senso che le può attribuire qualche effetto, mentre l'art. 1414 cod. civ. impone al giudice di circoscrivere la nullità alla sola clausola, o alla parte di essa, che ne è affetta, salva la prova che le parti in assenza della medesima non avrebbero concluso il contratto<sup>8</sup>.

<sup>6</sup> La dottrina si è mostrata negli anni divisa sia in merito alla sorte del patto sia riguardo alla qualificazione dell'intervento correttivo del giudice come riduzione, conversione o sostituzione automatica ex art. 1339 cod. civ. Per i termini del dibattito cfr., con particolare riguardo all'operatività dell'istituto della riduzione della clausola nulla, R. FRANCESCHELLI, *Le clausole di irresponsabilità nei trasporti marittimi ed il problema della protezione del contraente più debole nei contratti a serie*, cit., pp. 277-279; C. GRASSETTI, *L'interpretazione del negozio giuridico con particolare riguardo ai contratti*, Padova, 1938, p. 162 ss., nt. 46 e 162 ss.; nonché ID., *Discussione intorno al principio di conservazione dei contratti nei riguardi delle clausole di irresponsabilità*, cit., p. 346. Nel senso dell'applicabilità dell'istituto della conversione, C.M. BIANCA, *Inadempimento delle obbligazioni*, cit., p. 486. Propone, invece, di ricorrere alla sostituzione automatica di clausole G. DE NOVA, *Nullità relativa, nullità parziale e clausole vessatorie non specificamente approvate per iscritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1976, II, p. 480 ss., spec. pp. 487-489.

<sup>7</sup> Secondo parte della dottrina, questo sarebbe l'unico caso in cui è consentita la sopravvivenza della clausola di esonero: così C. GRASSETTI, in ID. *et al.*, *Discussione intorno al principio di conservazione dei contratti nei riguardi delle clausole di irresponsabilità*, in *Riv. dir. nav.*, 1939, I, spec. pp. 350-351.

<sup>8</sup> Sul fondamento dell'interpretazione conservativa cfr. A. GENTILI, *Senso e consenso. Storia, teoria e tecnica dell'interpretazione dei contratti*, cit., pp. 585-588. Più in generale, sulla tendenza dell'ordinamento a considerare la nullità totale come *extrema ratio* cfr. le riflessioni di R. SACCO, *Il contratto*, in *Tratt. dir. civ.* Sacco e De Nova, II, Torino, 1993, pp. 500-501, il quale osserva che solo raramente la legge

Poiché l'interpretazione conservativa presuppone la possibilità di attribuire alla clausola due significati, di cui uno illecito e uno lecito, sarà consentita nell'ipotesi in cui il patto di esonero sia formulato in modo così ampio e generico da ricomprendere potenzialmente in sé anche le ipotesi vietate dall'art. 1229 cod. civ.<sup>9</sup>. In tal caso, il patto solleverà un'ambiguità circa la sua estensione anche alle ipotesi di inadempimento doloso o gravemente colposo o anche lievemente colposo ma derivante dalla violazione di obblighi di ordine pubblico, oppure la sua circoscrizione alla sola ipotesi consentita dalla legge, cioè quella dell'inadempimento lievemente colposo non derivante dalla violazione di norme di ordine pubblico<sup>10</sup>. Posto che una delle due possibili interpretazioni rende nullo il contratto (*rectius*, il patto), mentre l'altra gli attribuisce qualche utilità, in omaggio all'art. 1367 cod. civ., il giudice dovrà risolvere l'ambiguità in favore della seconda.

Ove, invece, il patto fosse "misto"<sup>11</sup>, cioè formulato in modo tale

commina la nullità del contratto; mentre molto più spesso si limita a vietare un singolo risultato, o un rapporto, o una vicenda e sanziona solo questi con la nullità. Tra gli esempi di tale atteggiamento, l'A. annovera proprio l'art. 1229 cod. civ. In giurisprudenza, sul carattere eccezionale dell'estensione della nullità all'intero contratto, cfr. Cass., 25 marzo 1998, n. 3155, in *Riv. not.*, 1999, p. 185 ss.; Cass., 13 novembre 1997, n. 11248, in *Riv. it. dir. lav.*, 1998, II, p. 392 ss.; Cass., 20 ottobre 1997, n. 19248, in *Arch. loc.*, 1998, p. 214 ss.; e in *Giur. it.*, 1998, p. 1812 ss.; e in *Urb. app.*, 1998, p. 268 ss.; Cass., 7 febbraio 1997, n. 1151, in *Dir. lav.*, 1998, II, p. 218 ss., con nota di G. RIGANÒ, *Il lavoro a tempo parziale e la distinzione dell'orario di lavoro*.

<sup>9</sup> Secondo parte della dottrina, questo sarebbe l'unico caso in cui è consentita la sopravvivenza della clausola di esonero: così C. GRASSETTI, in *ID. et al.*, *Discussione intorno al principio di conservazione dei contratti nei riguardi delle clausole di irresponsabilità*, cit., spec. pp. 350-351.

<sup>10</sup> Si ritiene che il patto in questione sia semplicemente ambiguo, giacché per la giurisprudenza la clausola oscura è quella che è talmente generica e vaga da impedire l'accertamento degli elementi essenziali del contratto, o da indurre a ritenere che non sia «mai concretamente entrata nella sfera dell'effettiva consapevolezza e volontà dei contraenti» (la definizione si legge in Cass., 31 maggio 2013, n. 13839, in *CED Cassazione*). Per una critica al requisito dell'ambiguità come presupposto di applicabilità dell'interpretazione conservativa cfr. A. GENTILI, *Op. ult. cit.*, pp. 584-585 (ma la tesi era già preannunciata a p. 382), secondo cui la qualificazione dell'interpretazione in esame come oggettiva non è convincente; nonché V. RIZZO, *Interpretazione dei contratti e relatività delle sue regole*, Napoli, 1985, p. 338; E. CAPOBIANCO, *La determinazione del regolamento*, in *Tratt. contr.* Roppo, II, *Regolamento*, a cura di G. Vettori, Milano, 2006, p. 347; e M. PENNASILICO, *Il principio di conservazione dei «valori giuridici»*, Napoli, 2002, ed. provv., p. 853 ss.

<sup>11</sup> L'espressione è di R. FRANCESCHELLI, *Le clausole di irresponsabilità nei tra-*

da includere espressamente tanto le ipotesi vietate dall'art. 1229 cod. civ. quanto quella consentita – caso decisamente piú raro nella prassi<sup>12</sup> – ed il suo contenuto fosse dunque oggettivamente scindibile<sup>13</sup>, non dovrebbe esserci possibilità di salvare la clausola a livello interpretativo; dovrebbe operare la nullità. A quel punto, come si anticipava, si pone il problema di come applicare l'art. 1419 cod. civ., giacché la norma contempla tre possibili scenari: 1) la nullità della clausola si estende all'intero contratto perché risulta che le parti non l'avrebbero concluso senza la medesima; 2) la nullità della clausola rimane circoscritta alla clausola stessa e non si estende all'intero contratto perché risulta che le parti l'avrebbero comunque concluso; 3) la nullità della clausola rimane circoscritta alla clausola stessa e non si estende all'intero contratto perché viene sostituita automaticamente dal contenuto imperativo dell'art. 1229 cod. civ.

Cominciando dal primo scenario, in giurisprudenza consta una sola sentenza che abbia esteso la nullità all'intero contratto e sulla base di una motivazione poco pertinente<sup>14</sup>. Contro la nullità totale

*sperti marittimi ed il problema della protezione del contraente piú debole nei contratti a serie*, cit., p. 275 ss., il quale individua questa sottocategoria delle clausole di limitazione o esclusione della responsabilità sulla base dell'analisi della giurisprudenza in materia.

<sup>12</sup> Come osservava già T. ASCARELLI, *Clausole di esonero da responsabilità nel trasporto marittimo e inversione convenzionale dell'onere della prova*, in *Foro it.*, 1936, c. 1013, l'ipotesi in esame è quasi un caso di scuola, perché di norma i patti di esonero prendono in considerazione rischi piuttosto che comportamenti delle parti.

<sup>13</sup> Nella vigenza del codice del 1865 il problema della scindibilità o meno del contenuto della clausola – intesa però in senso soggettivo, cioè come divisibilità della volontà delle parti – era addotto dalla dottrina come uno dei principali ostacoli alla possibilità di mantenere parzialmente in vita il patto di esonero. Così U. VERNETTI, *Sulla invalidità della "insurance clause"*, commento a App. Genova, 7 dicembre 1934, in *Foro it.*, 1939, I, c. 1110 ss., secondo cui la predetta possibilità sarebbe preclusa ogniqualvolta, come nel caso di specie in cui il patto era contenuto in un contratto per adesione, vi è un'evidente unità intenzionale e la volontà della parte che ha predisposto la clausola è inscindibile (sulla stessa linea anche, in giurisprudenza, Cass. Torino, 4 maggio 1917, in *Riv. dir. comm.*, 1918, II, p. 133 ss., con nota di A. BRUNETTI, *Dei limiti di validità delle clausole di esonero nei trasporti marittimi*). Per una replica a questa osservazione v. B. SCORZA, *La clausola di assicurazione nella polizza di carico*, in *Riv. dir. nav.*, 1935, II, p. 257 ss.

<sup>14</sup> Così App. Roma, 17 luglio 1979, in *Foro it.*, 1980, I, c. 1447 ss., in cui la Corte era chiamata a statuire su una clausola, presente in un contratto di vendita da parte di un istituto di credito, che esonerava il venditore da «ogni garanzia sullo stato, qualità ed autenticità dell'oggetto venduto». Nel caso di specie, però, a ben guardare il patto sarebbe stato nullo anche per contrasto con il comma secondo del-

milita anzitutto una ragione di carattere pratico-effettuale: dichiarare nullo l'intero contratto porta a raggiungere proprio il risultato che l'art. 1229 cod. civ. intende vietare<sup>15</sup>. Se l'intero contratto è nullo, significa che non è mai sorta alcuna obbligazione e dunque non è mai sorta alcuna responsabilità per inadempimento della medesima; ove l'inadempimento non si fosse ancora verificato, la nullità ripristinerebbe semplicemente per le parti la situazione antecedente alla conclusione del contratto; ma nel caso di specie l'inadempimento si è già verificato e ha prodotto un danno, giacché altrimenti non sarebbe stata invocata in giudizio la clausola di esonero; allora qui la nullità rimetterebbe solo una delle due parti nello *status quo ante*, mentre lascerebbe l'altra priva di un soggetto obbligato a risarcire il danno che ha subìto.

L'estensione della nullità all'intero contratto non può giustificarsi neppure ove si sostenga che il mero arbitrio cui il patto di esonero rimette l'adempimento di una delle obbligazioni essenziali del contratto è indice di una volontà non seria delle parti di concluderlo e quindi dimostra quanto richiesto dall'art. 1419 cod. civ. per la nullità totale e cioè che le parti senza il patto non avrebbero stipulato il contratto<sup>16</sup>. Un simile ragionamento, infatti, si pone in contrasto con l'interpretazione la giurisprudenza ha ormai unanimemente accolto dell'accertamento richiesto dall'art. 1419 cod. civ.

Dalle sentenze che affrontano in generale il problema della nullità parziale si ricava un'oggettivazione del requisito imposto dall'art. 1419 cod. civ.: l'essenzialità della clausola invalida viene parametrata non tanto all'intento psicologico ipotetico delle parti, quanto piuttosto all'assetto concreto di interessi perseguito da queste attraverso il rego-

l'art. 1229 cod. civ., in quanto violava gli obblighi posti a carico del venditore e dell'espositore professionale dagli artt. 2 e 3 della l. n. 1062 del 1971, considerati di ordine pubblico.

<sup>15</sup> Lo rilevava già, con riguardo alle ipotesi di inadempimento totale, C.M. BIANCA, *Inadempimento delle obbligazioni*, cit., pp. 485-486. Sulla medesima linea, G. ALPA, M. BESSONE e V. ZENO ZENCOVICH, *I fatti illeciti*, cit., pp. 327-329; nonché, sulla base però di considerazioni in parte diverse, G.B. FERRI, *Ordine pubblico e buon costume nel sistema del diritto privato attuale*, Milano, 1970, p. 168; e ID., *Nullità parziale e clausole vessatorie*, in *Saggi dir. civ.*, Rimini, 1984, p. 302 ss., spec. pp. 311-312, il quale sottolinea «l'esigenza (che poi è la stessa esigenza di correttezza e di certezza cui debbono essere improntate le relazioni sociali) di conservare un minimo di senso giuridicamente ed economicamente "compiuto" agli impegni che si sono assunti o agli interessi di cui è stata dettata una regolamentazione».

<sup>16</sup> Si tenga presente l'opinione di G. GIORGI, *Op. ult. cit.*, loc. ult. cit.

lamento contrattuale<sup>17</sup>. In altre parole, il giudice tende a confrontare l'assetto di interessi sotteso al programma contrattuale originario con quello che risulterebbe dal contratto privato della clausola nulla: se risulta che la sopravvivenza della clausola altererebbe la causa del contratto originario, allora opererà la nullità totale, giacché sarebbe contrario a buona fede imporre al contraente svantaggiato dalla nullità parziale il rispetto di un contratto il cui equilibrio è alterato rispetto a quello voluto e attuato. Nel caso delle clausole di esonero sarebbe invece la nullità totale a porsi in contrasto con la buona fede.

La citata giurisprudenza è del tutto condivisibile e pare ancor più ragionevole quando la clausola nulla è incorporata in un contratto per adesione ex artt. 1341 o 1342 cod. civ., giacché lì, salvo per quelle poche clausole negoziabili, manca una volontà soggettiva riferibile ad entrambe le parti, c'è un'unica volontà, peraltro riprodotta meccanicamente in un numero indefinito di contratti, che promana dal predisponente.

Il secondo scenario, cioè quello della nullità parziale perché risulta che le parti avrebbero concluso il contratto anche senza la clausola, nell'interpretazione oggettiva del requisito che si è illustrata poc'anzi, lascia aperto un problema: occorre stabilire se il patto di esonero viene semplicemente eliminato *in toto* dal contratto oppure se ne viene eliminata solo la parte che eccede i limiti dell'art. 1229 cod. civ., mentre la clausola rimane valida per la colpa lieve non consistita nella violazione di obblighi previsti da norme di ordine pubblico. Le pronunce che hanno optato per la prima soluzione ed hanno eliminato *in toto* dal contratto la clausola di esonero sono rare e risalenti<sup>18</sup>.

<sup>17</sup> Secondo la giurisprudenza prevalente, la nullità dell'intero contratto può essere dichiarata soltanto ove le clausole invalide attengano a un elemento essenziale del negozio o comunque si trovino con esso in un rapporto di interdipendenza tale per cui questo non può sopravvivere autonomamente. Così già Cass., 26 giugno 1987, n. 5675, in *Foro it.*, 1988, I, c. 170 ss. Nella stessa direzione, più di recente, Cass., 5 febbraio 2016, n. 2314, in *Notariato*, 2016, p. 110, la quale, se da un lato richiede ai fini della nullità totale la prova che le parti non avrebbero concluso il contratto senza la parte di clausola invalida, dall'altro precisa che tale prova si concreta nella dimostrazione che «la parte colpita da invalidità non ha un'esistenza autonoma, né persegue un risultato distinto, ma è in correlazione inscindibile con il resto».

<sup>18</sup> Così App. Roma, 17 luglio 1979, in *Foro it.*, 1980, I, c. 1447 ss., in cui la Corte era chiamata a statuire su una clausola, presente in un contratto di vendita da parte di un istituto di credito, che esonerava il venditore da «ogni garanzia sullo stato, qualità ed autenticità dell'oggetto venduto». Nel caso di specie, però, a ben

Le motivazioni sono alquanto lacunose, ma la lettura delle clausole su cui le sentenze si sono pronunciate consente di ipotizzare il ragionamento delle corti: in tutti i casi affrontati il patto di esonero era così ampio ed incisivo da privare di sostanza le obbligazioni essenziali del contratto cui accedeva. Emblematico è il caso di una società tenuta a prestare servizi di vigilanza notturna che si esonerava da qualsiasi responsabilità per eventuali furti, danni o altri sinistri<sup>19</sup>. Risulta piuttosto evidente come un patto simile neutralizzi la causa del contratto o, sotto altra angolazione, rimetta l'adempimento di una delle obbligazioni principali e caratterizzanti al mero arbitrio del debitore: quest'ultimo, di fatto, è certo di ricevere la controprestazione e, nel contempo, sa di potersi sottrarre all'adempimento esatto della prestazione senza dover sopportare alcuna conseguenza negativa<sup>20</sup>.

Queste considerazioni sono condivisibili, ma non giustificano l'eliminazione totale della clausola dal medesimo. La semplice eliminazione della clausola si risolverebbe in un'alterazione più grave del regolamento pattuito dalle parti o predisposto da una di esse e più distante anche dalla volontà originariamente manifestata; per altro verso, una simile soluzione non sarebbe giustificata da alcuna esigenza concreta e si tradurrebbe dunque in una sanzione sproporzionata nei confronti della parte a favore della quale la clausola era stata prevista. La soluzione della sopravvivenza di parte della clausola, peraltro accolta dalla giurisprudenza più recente<sup>21</sup>, è da preferirsi, per almeno

guardare il patto sarebbe stato nullo anche per contrasto con il comma secondo dell'art. 1229 cod. civ., in quanto violava gli obblighi posti a carico del venditore e dell'espositore professionale dagli artt. 2 e 3 della l. n. 1062 del 1971, considerati di ordine pubblico.

<sup>19</sup> Cass., 28 luglio 1997, n. 7064, cit.

<sup>20</sup> Ritene che la clausola di esonero sia espressione di una volontà non seria di concludere il contratto e dunque ne debba implicare la caducazione integrale G. GIORGI, *Teoria delle obbligazioni*, cit., p. 68.

<sup>21</sup> Oltre alle pronunce già citate nelle prime note del presente paragrafo, cfr., in tema di cassette di sicurezza, Cass., 24 gennaio 1997, n. 750, in *Contratti*, 1997, p. 255 ss., con nota di F. DELFINI, *Clausole di esonero da responsabilità e determinazione dell'oggetto*; in materia di obbligazioni in generale, Cass., 29 maggio 1984, n. 3288, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1985, I, p. 1 ss.; Cass., 21 marzo 1981, n. 1656, in *Foro it.*, 1981, c. 1585 ss.; Cass., 5 ottobre 1955, n. 2824, in *Riv. dir. comm.*, 1956, II, p. 270 ss. Tra le pronunce di merito cfr., per citare le più significative, Trib. Milano, 14 luglio 1994, in *Banca borsa tit. cred.*, 1996, II, p. 353 ss.; Trib. Teramo, 31 marzo 1992, in *Giur. merito*, 1992, p. 633 ss. Nella vigenza del "vecchio" codice cfr., per tutte, Cass. Regno, 15 novembre 1928, in *Foro it.*, 1928, I, c. 1193 ss.; nonché in *Giur. it.*, 1929, I, cc. 396-397; e in *Riv. dir. comm.*, 1929, II, pp. 136-137; e in

due ragioni. Da un lato è quella piú conforme al principio generale, ormai di respiro europeo<sup>22</sup>, di conservazione del contratto e al principio *utile per inutile non vitiatur*<sup>23</sup>; dall'altro è quella piú aderente alla citata nuova interpretazione dell'art. 1419 cod. civ. orientata alla buona fede e al rispetto dell'equilibrio contrattuale.

Alla medesima conclusione poi si giungerebbe ove si prospettasse il terzo ed ultimo scenario, cioè quello della nullità parziale imposta dal meccanismo della sostituzione automatica del patto di esonero contrario all'art. 1229 cod. civ. In questa ipotesi, non c'è spazio per alcuna valutazione del giudice in merito all'impatto che la sopravvivenza della clausola avrebbe sull'equilibrio contrattuale o sulla volontà originaria delle parti e opera una nullità doppiamente parziale: per un verso confinata alla singola clausola anziché estesa all'intero contratto; per altro verso ristretta alla sola parte di clausola che eccede i limiti dell'art. 1229 cod. civ.<sup>24</sup>

La tesi in esame, sostenuta da parte della dottrina<sup>25</sup>, appare plau-

*Annuario di diritto comparato*, 1931, p. 746 ss., con nota di P. GRECO, *Appunti sulle clausole di irresponsabilità nei trasporti marittimi*; per la giurisprudenza di merito cfr. App. Venezia, 1° marzo 1935, in *Riv. dir. nav.*, 1936, II, p. 275 ss., con nota di A. LORDI, *Sulla responsabilità del vettore per la colpa nautica del capitano secondo il diritto inglese*.

<sup>22</sup> In particolare, l'art. 4.5. dei Principi Unidroit dispone con riferimento all'interpretazione sistematica che «le clausole di un contratto devono essere interpretate nel senso in cui tutte possano avere qualche effetto anziché in quello in cui talune non ne avrebbero alcuno»; l'art. 8:106 del *Draft Common Frame of Reference*, analogamente all'art. 5:106 dei Principi di diritto europeo dei contratti, sancisce che deve preferirsi un'interpretazione tale rendere una clausola lecita o efficace. Per un commento cfr. S. VOGENAUER, *Art. 4.5 (All terms to be given effect)*, in S. VOGENAUER (a cura di), *Commentary on the Unidroit Principles of International Commercial Contracts (PICC)*, cit., pp. 601-603. Ivi si legge che l'applicazione della regola presuppone comunque la sussistenza di un'ambiguità interpretativa e presuppone altresì il previo ricorso agli altri canoni ermeneutici.

<sup>23</sup> Secondo C. GRASSETTI, *Discussione intorno al principio di conservazione dei contratti nei riguardi delle clausole di irresponsabilità*, cit., p. 351, il principio *utile per inutile non vitiatur* e il principio di conservazione del contratto operano in due ambiti distinti: il primo sul piano della validità della manifestazione di volontà delle parti, il secondo su quello dell'interpretazione della medesima. Nella stessa direzione, ma con un accento sull'interdipendenza funzionale tra i due principi, R. NICOLÒ, *ivi* ???, pp. 382-383.

<sup>24</sup> Sulla duplice parzialità cfr. le osservazioni di M. TAMPONI, *Contributo all'ese-gesi dell'art. 1419 c.c.*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1978, 105, p. 483.

<sup>25</sup> G. DE NOVA, *Op. ult. cit.*, loc. ult. cit. Osserva, poi, F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, II, 1, Padova, 1999, p. 365, che comunque «la nullità delle clau-

sibile. L'art. 1229 cod. civ. è senza dubbio una norma imperativa, e anzi una norma di ordine pubblico, attiene seppure in via mediata ad un elemento essenziale del contratto, cioè la misura della responsabilità tipica di un determinato tipo di obbligazione principale<sup>26</sup>, e indica inequivocabilmente, seppur *a contrario*, il modo in cui deve essere corretta o ridotta la clausola nulla, senza lasciare alcun margine di discrezionalità integrativa in capo al giudice. L'unico patto ammesso è quello che limita o esclude la responsabilità per colpa lieve non connessa alla violazione di norme di ordine pubblico; ed è questo il contenuto che deve sostituirsi alla clausola formulata dalle parti.

Che si accolga la tesi della sostituzione automatica di clausole o quella della nullità parziale ai sensi del comma primo dell'art. 1419 cod. civ., all'esito dell'accertamento giudiziale sulla compatibilità della formulazione del patto di esonero il debitore potrà beneficiare del patto di limitazione o esclusione dalla responsabilità ogniqualvolta il suo inadempimento sia lievemente colposo e non abbia comportato la violazione di norme di ordine pubblico. La sopravvivenza del patto entro i limiti della colpa lieve consente di restituire coerenza all'art. 1229 cod. civ. riconciliando la dimensione genetica della validità con quella funzionale del comportamento delle parti e riconciliando la giurisprudenza che valuta la nullità dell'esonero in base alla formulazione della clausola con quella che valuta la nullità dell'esonero in base alle modalità soggettive dell'inadempimento del debitore.

## 2. *Il concetto di «dolo» e il problema se qualsiasi inadempimento intenzionale possa qualificarsi come doloso*

Ristabilita la duplicità dei piani in cui si articola il controllo giudiziale sui patti di esonero, occorre soffermarsi sul significato dei limiti che l'art. 1229 cod. civ. impone alla validità e all'operatività concreta della limitazione o dell'esclusione di responsabilità.

sole di esonero da responsabilità non consente mai di accertare se, in loro difetto, le parti avrebbero ugualmente concluso il contratto; comporta semplicemente la responsabilità per dolo o colpa grave».

<sup>26</sup> La giurisprudenza è da tempo costante nell'ammettere che la sostituzione automatica di clausole possa avvenire anche in assenza di un'espressa previsione in tal senso, purché verta su «elementi necessari del contratto» o «aspetti tipici del rapporto, cui la legge ha apprestato una propria inderogabile disciplina»: per tutte Cass., 21 agosto 1997, n. 7822, in *Arch. civ.*, 1997, p. 1206 ss.

Cominciando dal limite del dolo, il primo rilievo, forse scontato ma doveroso, è che si tratta di un elemento soggettivo estraneo alla fattispecie della responsabilità contrattuale come descritta dall'art. 1218 cod. civ. e proprio invece di quella della responsabilità da fatto illecito prevista dall'art. 2043 cod. civ. Ciò non deve stupire più di tanto, se si tiene conto della collocazione sistematica dell'art. 1229 cod. civ.: la norma è prevista nell'ambito delle obbligazioni in generale e fa genericamente riferimento alla responsabilità del debitore. La norma non specifica il titolo della responsabilità, ma richiede soltanto che una delle parti del patto abbia la qualità di «debitore»; questo presuppone l'esistenza di un'obbligazione, ma non implica necessariamente che la sua fonte sia un contratto, suggerendo invece una lettura dell'art. 1229 cod. civ. in combinato disposto con l'art. 1173 cod. civ.

Se il dolo non figura nell'art. 1218 cod. civ., assume comunque rilievo nel giudizio di responsabilità contrattuale per il profilo della quantificazione del danno. Com'è noto, infatti, nel caso di un inadempimento doloso l'art. 1225 cod. civ. estende il risarcimento anche ai danni che il debitore non avrebbe potuto prevedere al momento della conclusione del contratto<sup>27</sup>. La giurisprudenza ha spesso accostato la norma all'art. 1229 cod. civ.<sup>28</sup>, non solo per la collocazione sistematica ma anche per il fatto che entrambe le disposizioni rispondono infondo alla medesima logica di incentivo ai traffici commerciali<sup>29</sup>: se il debitore avesse saputo di andare incontro, in caso di

<sup>27</sup> La norma è stata "riscoperta" in due contributi recenti, cui si rinvia per una trattazione esaustiva del tema: T. PELLEGRINI, *Interesse alla prestazione e prevedibilità del danno*, Torino, 2018; ed E. TUCCARI, *La prevedibilità del danno come criterio di equilibrio contrattuale*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2012, p. 565 ss.

<sup>28</sup> Cfr. ad esempio L. DI GRAVIO, *Prevedibilità del danno e inadempimento doloso*, cit., p. 204, per cui con l'art. 1225 cod. civ. e l'art. 1229 cod. civ. il debitore ha conoscenza che «i limiti del risarcimento, derivino essi da clausola limitativa della responsabilità o dal criterio della prevedibilità, non gli gioveranno se egli deciderà di non adempiere».

<sup>29</sup> Così V. POLACCO, *Le obbligazioni nel diritto civile italiano*, cit., p. 586, il quale osserva, con riferimento però all'art. 1223 cod. civ., che se l'ordinamento ponesse a carico del debitore anche i danni che non sono conseguenza immediata e diretta della sua condotta, potrebbe esporlo al pericolo di perdere tutto il suo patrimonio e una simile conseguenza «rallenterebbe il moto dei civili e commerciali negozi». Nella stessa direzione D. MANDRIOLI, *Le conseguenze immediate e dirette dell'inadempimento doloso*, in *Riv. dir. comm.*, 1921, p. 34 ss., pp. 60-61: «se noi poniamo a mente gli sviluppi storici dell'esigenza di una limitazione del risarcimento vediamo subito come questa si richieda appunto per evitare che di conseguenza in conseguenza il risarcimento si tramuti da un mezzo di equilibrio giuridico in uno stru-

inadempimento, a conseguenze dalla gravità imprevedibile, sarebbe stato dissuaso dallo stipulare il contratto<sup>30</sup>. Il limite dei danni prevedibili non si applica all'inadempimento doloso, perché, se l'art. 1225 cod. civ. vuole incentivare la contrattazione, non intende invece in alcun modo incoraggiare l'inadempimento, così come non vuole incoraggiarlo l'art. 1229 cod. civ.<sup>31</sup>.

Dal coordinamento delle due norme si ricava che se l'inadempimento del debitore è doloso, questi non beneficerà della limitazione o dell'esclusione di responsabilità pattuita e sarà tenuto a risarcire anche i danni non prevedibili al momento della stipulazione del contratto. A quanto consta, tra le sentenze chiamate a pronunciarsi sulla responsabilità del debitore in casi nei quali era stata pattuita una clausola di esonero non ve n'è alcuna che abbia qualificato l'inadempimento del debitore come doloso. Questo potrebbe dipendere dal fatto che gli inadempimenti dolosi sono rari nella pratica anche quando le parti hanno pattuito una clausola di esonero – ma, se così fosse, bisognerebbe meditare sull'utilità dell'art. 1229 cod. civ. per l'infondatezza del rischio che la norma mira a scongiurare –, oppure, come

mento di equilibrio economico, che sarebbe quanto mai pernicioso alle private ed alla pubblica economia, esposte ai pericoli di un risarcimento illimitato».

<sup>30</sup> Nel primo caso, sempre secondo la dottrina più risalente, la limitazione (legale) di responsabilità si fonderebbe sulla presa d'atto di un implicito accordo tra il debitore e il creditore sulle conseguenze economiche dell'inadempimento, nel quale ciò che è imprevedibile non rientra per definizione. In questo senso, basandosi su una ricostruzione del pensiero di Pothier, V. POLACCO, *Le obbligazioni nel diritto civile italiano*, cit., p. 597; L. BELLINI, *L'oggetto della prevedibilità del danno ai fini dell'art. 1225 cod. civ.*, in *Riv. dir. comm.*, 1954 II, p. 367; N. COVIELLO, *L'obbligazione negativa*, Napoli, 1968, rist. 2010, p. 105, il quale però si dissocia dalla tesi; A. GNANI, *Sistema di responsabilità e prevedibilità del danno*, Torino, 2008, p. 14, nt. 59-60; e più di recente L. LAMBO, *Willful breach e inadempimento doloso*, Torino, 2012, p. 117. Per una critica all'approccio "volontaristico" v. F. CARNELUTTI, *Appunti sulle obbligazioni*, in *Riv. dir. comm.*, 1915, p. 617 ss., p. 628: «tutti i motivi dedotti dalla presunta volontà delle parti hanno fatto il loro tempo; in verità si attribuisce alla volontà delle parti quel che è nella volontà della legge». Nel caso dell'art. 1229 cod. civ., invece, la limitazione o l'esclusione di responsabilità si fonda su un accordo espresso delle parti. Diversamente, la tesi più moderna – ma non per questo più corretta – individua la *ratio* dell'art. 1225 cod. civ. nell'esigenza di scoraggiare la violazione intenzionale dell'impegno contrattualmente assunto, cioè in sostanza l'inadempimento efficiente (cfr. i riferimenti contenuti nelle note che seguono).

<sup>31</sup> Osserva V. DI GRAVIO, *Prevedibilità del danno e inadempimento doloso*, cit., p. 216, che «la limitazione del risarcimento del danno con il criterio della prevedibilità è una manifestazione di tutela del soggetto nell'atto in cui assume la decisione se obbligarsi [...], ma non nel momento in cui decide se adempiere».

sembra più probabile, dal fatto che la prova del dolo non è agevole e l'art. 1229 cod. civ. si accontenta per la nullità o l'inoperatività della clausola di un *quid minoris*, cioè della colpa grave<sup>32</sup>.

L'equiparazione *quoad effectum* tra dolo e colpa grave non fa però venir meno l'utilità di una riflessione sul significato che il dolo assume come limite alle clausole di esonero, giacché, come si vedrà a breve, possono porsi alcuni problemi in relazione a tale aspetto. Importanti indicazioni provengono dai contributi della dottrina sull'art. 1225 cod. civ. e dalla giurisprudenza in materia, che, seppur non cospicua come ci si sarebbe potuti attendere<sup>33</sup>, si è preoccupata in alcuni casi di precisare il concetto di inadempimento doloso.

Dallo studio della dottrina e della giurisprudenza emergono tre diverse accezioni, o meglio tre diversi gradi, del «dolo». Secondo alcuni, il dolo cui fa riferimento l'art. 1225 cod. civ. alluderebbe all'atteggiamento del debitore che stipula il contratto già con la consapevolezza che non adempirà o adempirà in modo inesatto alle obbligazioni ivi dedotte<sup>34</sup>. Inteso in questo senso, il dolo equivarrebbe in

<sup>32</sup> Cfr., seppur con riferimento all'art. 1225 cod. civ., le osservazioni di C.A. CANNATA, *L'inadempimento delle obbligazioni*, cit., p. 29, nt. 35, secondo cui in realtà la casistica dell'inadempimento doloso è pressoché quotidiana, ma di fatto ignorata; e di V. DI GRAVIO, *Op. ult. cit.*, p. 245 ss., a parere del quale la scarsa attenzione dedicata al problema in sede di legittimità è dovuta alla circostanza che l'accertamento del dolo, avendo per oggetto un fatto, è insindacabile in Cassazione.

<sup>33</sup> *Ibidem*.

<sup>34</sup> Questa visione emerge innanzitutto nelle pagine di C. MAIORCA, *I fondamenti della responsabilità*, Milano, 1990, p. 437, ove il dolo ai sensi dell'art. 1225 cod. civ. viene definito come intenzione «di far uso della trattativa e della conclusione del contratto proprio ed esclusivamente al fine di arrecare nocumento all'altra parte; quale il codice penale formalizza come truffa, o reato analogo»; nonché in G. DE-PETRO, *La prevedibilità come criterio d'individuazione del danno risarcibile*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1991, p. 63, ove si definisce l'inadempimento doloso come «un illecito doloso rappresentato da quei raggiri, false dichiarazioni ed ogni attività ingannatoria perpetrata nel tempo in cui sorge l'obbligazione e tale da influire sul rapporto obbligatorio»; in C. ROMEO, *Inadempimento doloso e risarcimento del danno imprevedibile*, in *Resp. civ. prev.*, 2004, p. 972 ss., p. 986; e in M. LUPOI, *Il dolo del debitore*, cit., p. 334 ss., ove si traccia un parallelo tra inadempimento doloso e illecito penale. Peculiare è poi la ricostruzione di A. VERGA, *Colpa aquiliana e prevedibilità del danno*, in *Scritti in memoria di Ageo Arcangeli*, 2, Padova, 1939, p. 583, nt. 2, per il quale «se già al tempo del contratto il contraente deliberatamente pensasse di non voler eseguire l'obbligazione, si verserebbe, più che in tema di colpa contrattuale, in tema di *culpa in contraendo*, essendo il contratto null'altro che il mezzo per arrecare danni ad altri». Per un approfondimento v. G. DONATIVI, *Il dolo*

sostanza a quella «dolosa preordinazione» di cui l'art. 2901 cod. civ. richiede la prova ai creditori ai fini della revocatoria degli atti dispositivi compiuti dal debitore anteriormente al sorgere del credito.

Pur non potendosi negare che il significato di dolo sia in astratto così ampio da ricomprendere anche la dolosa preordinazione, la ricostruzione in esame solleva qualche dubbio nella misura in cui riferisce il dolo al momento del contratto, o meglio alla formazione della volontà contrattuale, laddove tanto l'art. 1225 cod. civ. quanto l'art. 1229 cod. civ. lo riferiscono al fatto in sé dell'inadempimento. Questo induce a ritenere che sia il contratto stesso ad essere viziato sotto il profilo genetico e che quindi i possibili rimedi a disposizione del creditore si collochino in una fase antecedente al sorgere della responsabilità contrattuale<sup>35</sup>.

Nella specie, se il debitore quando ha stipulato il contratto era consapevole che sarebbe stato impossibile adempiere<sup>36</sup>, il contratto sarà nullo *ab initio* per impossibilità originaria della prestazione ed egli sarà tenuto al risarcimento degli eventuali danni arrecati a titolo di responsabilità precontrattuale; se il debitore era consapevole che non avrebbe voluto adempiere, l'intero contratto potrebbe essere reputato nullo per contrarietà a norma imperativa, ove ricorressero i presupposti del reato di truffa *ex art. 640 cod. civ.* o quelli del reato di insolvenza fraudolenta *ex art. 641 cod. civ.*, oppure per contrarietà all'ordine pubblico, oppure ancora annullabile per dolo, ove la con-

*tra vizi del consenso ed elemento soggettivo della responsabilità per inadempimento (nota a Cass. 24-1-1996, n. 3001), in Giur. it., 1997, I, spec. p. 504 ss.*

<sup>35</sup> Sottolineano i problemi di coordinamento con norme diverse dall'art. 1225 cod. civ. – in particolare, con gli artt. 1439-1440 cod. civ. – V. DI GRAVIO, *Prevedibilità del danno e inadempimento doloso*, cit., p. 230; C. PRUSSIANI, *Il dolo nell'inadempimento*, cit., 960. Più in generale, sul tema del rapporto tra dolo come vizio del consenso e dolo come criterio di imputazione dell'inadempimento, v. G. DONATIVI, *Il dolo tra vizi del consenso ed elemento soggettivo della responsabilità per inadempimento (nota a Cass. 24-1-1996, n. 3001), in Giur. it., 1997, I, spec. p. 504 ss.*; C. ROMEO, *Inadempimento doloso e risarcimento del danno imprevedibile*, cit., p. 988; nonché G. VISINTINI, *Tratt. breve resp. civ.*, cit., p. 250, nt. 49, e p. 704.

<sup>36</sup> Sulla ricostruzione del dolo in termini di consapevolezza del debitore, sin dal momento della stipula del contratto, vuoi di non possedere la perizia o i mezzi necessari per l'adempimento, vuoi, quando si tratta di vendita, di non poter disporre del bene alienato, cfr. C.M. BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, cit., p. 376. Sul punto cfr. inoltre C. ROMEO, *Inadempimento doloso e risarcimento del danno imprevedibile*, cit., pp. 990-992.

clusione del contratto fosse avvenuta tramite artifici e raggiri<sup>37</sup>. In tutti i casi citati, sorgerebbe in capo al debitore non una responsabilità contrattuale, ma una responsabilità per *culpa in contrahendo*<sup>38</sup>.

Secondo altra parte della dottrina<sup>39</sup> e una sentenza della Cassazione<sup>40</sup>, il dolo alluderebbe all'atteggiamento del debitore che non adempie o adempie in modo inesatto per cagionare un danno al creditore (c.d. *animus nocendi*). In quest'ottica il dolo si avvicinerebbe a quello extracontrattuale, salvo per il fatto che si concreta nella violazione dell'impegno assunto con il contratto anziché nella generica violazione del *neminem laedere*<sup>41</sup>. In altre parole, l'inadempimento,

<sup>37</sup> Particolarmente interessante su questo tema la distinzione elaborata dalla dottrina e accolta dalla giurisprudenza penalistica tra «reati-contratto» e «reati in contratto» a seconda che la norma incriminatrice vieti la conclusione del contratto in sé (come, ad esempio, nel caso della corruzione o dell'usura), oppure un determinato comportamento di una delle parti in sede di formazione del contratto (come, ad esempio, nel caso della truffa o della circonvenzione di incapaci). Sul tema v. più ampiamente A. FLAMINI, L. RUGGERI (a cura di), *Contratto e reato*, Napoli, 2014.

<sup>38</sup> Sorge spontaneo qui richiamare il contributo di G. MERUZZI, *La trattativa maliziosa*, Padova, 2002.

<sup>39</sup> Cfr., in particolare, A. DE CUPIS, *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*, II, 3<sup>a</sup> ed., Milano, 1979, p. 141, secondo cui il dolo comprende anche la volontà di provocare un danno; e più di recente M. FRANZONI, *Colpa presunta e responsabilità del debitore*, Padova, 1988, pp. 393-394; ID., *L'illecito*, in *Tratt. resp. civ.* Franzoni, Milano, 2<sup>a</sup> ed., 2010, pp. 1344-1345, il quale rileva che «il rifiuto cosciente dell'adempimento [...] è un contegno che non nega la causa del vincolo, a differenza del doloso inadempimento che ha come scopo principale quello di arrecare un danno ingiusto»; M. LUPOI, *Il dolo del debitore nel diritto italiano e francese*, Milano, 1969, p. 365 ss. e p. 591 ss.; e G. GRISI, *L'inadempimento dipendente da dolo*, in *Liber amicorum Pietro Rescigno*, VI, Napoli, 2018, pp. 945-946, secondo cui «pienamente si giustifica che il dolo non si manifesti di fronte alla sola volontà di non adempiere, dovendo essa a tal fine coniugarsi all'inganno dell'altra parte, alla deliberata intenzione di arrecare ad essa nocumento quale fine unico o integrante un disegno a bella posta architettato per trarre illecito profitto dall'altrui danno, all'indebito approfittamento di un vantaggio o al tradimento di una fiducia».

<sup>40</sup> Cass., 7 dicembre 1978, n. 5811, in *Rep. Foro it.*, 1978, voce «*Danni civili*», n. 27, secondo cui occorre la mala fede del debitore, ossia la consapevolezza di arrecare danno al creditore con la propria condotta, non essendo sufficiente che il debitore volontariamente non esegua l'obbligazione assunta.

<sup>41</sup> Cfr., in particolare, M. LUPOI, *Il dolo del debitore nel diritto italiano e francese*, Milano, 1969, p. 365 ss. e p. 591 ss., il quale sostiene che il dolo corrisponda ad un illecito extracontrattuale, ad una condotta antiggiuridica e riprovevole tanto alla morale quanto al diritto, e che esso non sia presente nella coscienza e volontarietà dell'inadempimento; P. CENDON, *Danno imprevedibile e illecito doloso*, in G. VISINTINI (a cura di), *Risarcimento del danno contrattuale ed extracontrattuale*, 1984, p. 23 ss.; G. VISINTINI, *Inadempimento e mora del debitore (artt. 1218-1222)*, in *Comm.*

avendo lo scopo di cagionare un danno in giusto, si qualificerebbe come un fatto illecito tipico<sup>42</sup>. La tesi pare in linea con la logica sanzionatoria che ispira l'art. 1225 cod. ed è compatibile con la *ratio* che la norma condivide con l'art. 1229 cod. civ., cioè quella di disincentivare la scelta del debitore di non adempiere<sup>43</sup>.

Secondo un'ultima impostazione, che sembra ormai essere pacifica tanto in dottrina quanto in giurisprudenza<sup>44</sup>, perché l'inadempimento

c.c. Schlesinger, 1987, Milano, p. 35 ss. Dai contributi appena citati emerge l'idea che l'art. 1225 cod. civ. renda sostanzialmente irrilevante la distinzione tra responsabilità contrattuale e responsabilità extra-contrattuale. Sulla medesima linea anche M. TESCARO, *La prevedibilità del danno tra Codice civile e Convenzione di Vienna*, in *Contr. impr./Eur.*, 2014, p. 710.

<sup>42</sup> Cfr. le osservazioni di F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, Milano, 1957, III, p. 339 ss.; e più di recente M. FRANZONI, *L'illecito*, cit., p. 1344 ss.

<sup>43</sup> Sulla natura sanzionatoria dell'art. 1225 cod. civ. cfr. G. VALCAVI, *Sulla prevedibilità del danno da inadempimento contrattuale*, in *Foro it.*, 1990, I, c. 1948; C. ROMEO, *Op. ult. cit.*, p. 996; F. GIARDINA, *Responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale. Significato attuale di una distinzione tradizionale*, Milano, 1993, p. 156 ss.; V. ROPPO, *Responsabilità contrattuale: funzioni di deterrenza?*, in *Lav. dir.*, 2017, p. 410. Cfr. però anche le osservazioni critiche di C.M. BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni. Artt. 1218-1229*, in *Comm. c.c.* Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1982, p. 374, secondo cui il fondamento della limitazione del risarcimento ai soli danni prevedibili dovrebbe ravvisarsi nell'esigenza di proporzionare la quantificazione del danno alla normale utilità della prestazione e di contenere lo sforzo richiesto al debitore nell'adempimento entro i limiti della diligenza *ex art.* 1176 cod. civ., esigenza che non sussiste quando l'inadempimento è doloso. Quest'ultima tesi sembra essere oggi prevalente: così P. TRIMARCHI, *Il contratto: inadempimento e rimedi*, Milano, 2010, p. 173; G. VILLA, *Danno e risarcimento contrattuale*, in *Tratt. contr. Roppo, Rimedi-2*, Milano, 2006, V, p. 928, in cui si legge che se l'inadempimento del debitore è doloso «non si è più di fronte ad un debitore tenuto a calcolare quali misure preventive sia ragionevole assumere in rapporto al rischio di danneggiare il creditore, ma ad una parte che determina direttamente e volontariamente l'inadempimento ed il danno, rendendo perciò inutile una valutazione sulla sufficienza delle precauzioni adottate; di qui si comprende l'estensione della responsabilità all'intero pregiudizio se l'inadempiente ha agito con dolo».

<sup>44</sup> Così, già sotto il codice previgente, G. GIORGI, *Teoria delle obbligazioni*, II, cit., p. 52 ss., il quale si considerava però in una posizione minoritaria (*Ivi*, p. 54); e V. POLACCO, *Le obbligazioni nel diritto civile italiano*, cit., p. 385, secondo cui l'inadempimento doloso «lo si ha allorché scientemente e volontariamente si manca all'adempimento esatto dell'obbligazione». Nella vigenza del codice attuale cfr. V. DI GRAVIO, *Prevedibilità del danno e inadempimento doloso*, cit., p. 231, secondo il quale si ha dolo quando il debitore ha previsto e voluto l'inadempimento come conseguenza della sua azione od omissione; C.A. FUNAIOLI, *Dolo (dir. civ.)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1964, p. 742; L. BARASSI, *Teoria generale delle obbligazioni*, III, 2<sup>a</sup> ed., Milano, 1964, p. 301; F. GALGANO, *Le obbligazioni e i contratti*, II, 1973, p. 78; U.

del debitore si possa qualificare come doloso è sufficiente che sussistessero da parte sua in tale momento la coscienza e volontà di non eseguire la prestazione o di eseguirla in modo inesatto. La tesi appare certamente in linea con il significato che il dolo ha assunto nell'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale sia sulla responsabilità civile da fatto illecito sia sulla responsabilità penale; tuttavia, come si anticipava all'inizio del paragrafo, solleva nell'applicazione dell'art. 1229 cod. civ., così come in quella dell'art. 1225 cod. civ., un problema non trascurabile.

Si tratta di stabilire se per inadempimento doloso – capace di impedire l'operatività di eventuali limitazioni o esclusioni di responsabilità e di estendere l'obbligo risarcitorio anche ai danni non prevedibili al tempo del contratto – s'intenda qualsiasi decisione del debitore di non eseguire la prestazione dovuta oppure soltanto quella decisione che non sia stata dettata da impedimenti di natura patrimoniale o morale estranei alla sfera di controllo del debitore medesimo. Ai fini del presente lavoro, si tratta di capire se possa giovare di un patto di limitazione o esclusione della responsabilità il debitore il cui inadempimento sia stato sí volontario, ma in qualche modo "giustificato".

Consapevole del problema, attenta dottrina ammoniva che la volontarietà è una componente essenziale di ogni inadempimento, non solo di quello doloso, sicché il tratto distintivo di quest'ultimo deve consistere in altro, e precisamente nell'assenza di una giustificazione

BRECCIA, *Le obbligazioni*, Milano, 1991, p. 645; V. DE LORENZI, *Inadempimento doloso*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, Torino, 1993, p. 363; C.A. CANNATA, *L'inadempimento delle obbligazioni*, Padova, 2008, p. 28 ss.; A.G. CIANCI, *Sub. art. 1225*, in *Comm. c.c. Gabrielli*, 2013, cit., p. 227; F. ROSSI, *Prevedibilità del danno*, in M. COSTANZA (a cura di), *Il danno contrattuale*, Torino, 2014, p. 89; C. PRUSSIANI, *Il dolo nell'inadempimento*, in *Contr. impr.*, 2016, p. 961 ss., p. 963. Di recente, però questa impostazione è stata messa in dubbio: v. F. VIGLIONE, *Prevedibilità del danno e dolo del debitore*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, p. 1180. In giurisprudenza hanno affermato espressamente che, ai fini della configurabilità dell'inadempimento doloso, sono sufficienti la consapevolezza, da parte del debitore, di dovere una determinata prestazione e l'intenzionale mancata esecuzione di essa, senza che occorra altresì il requisito della consapevolezza del danno, dalla piú risalente, Cass., 30 ottobre 1984, n. 5566, in *Giur. it.*, 1985, I, p. 276; e in *Giust. civ.*, 1985, I, p. 171; nonché in *Arch. loc.*, 1985, p. 57; Cass., 25 marzo 1987, n. 2899, in *Sett. giur.*, 1987, II, p. 1361; Cass., 26 novembre 1998, n. 11992, in *Leggi d'Italia* online; Cass., Sez. lavoro, 24 marzo 2004, n. 5910, in *Gius.*, 2004, p. 156; e Cass., Sez. lavoro, 8 ottobre 2019, n. 25168, in *CED Cassazione*.

per l'inadempimento<sup>45</sup>. L'esempio che la citata dottrina adduceva era quello del debitore che non adempie alla propria obbligazione pecuniaria a causa della situazione di crisi economica che sta affrontando; ma ne sono possibili anche altri: si pensi al caso del conduttore che non adempie all'obbligo di rilascio dell'immobile allo scadere del termine perché versa in gravi condizioni di salute<sup>46</sup>, oppure al caso della cantante lirica che rifiuta di eseguire la sua performance in teatro perché è in lutto per la morte del figlio; e l'elenco potrebbe continuare.

Ora, il tenore degli esempi conferma – in nome del rispetto del principio costituzionale di solidarietà, se non del semplice buon senso – l'esigenza di accogliere il suggerimento della dottrina da ultimo citata e circoscrivere la nozione di dolo alla volontà ingiustificata di non eseguire la prestazione. Ma il problema non è tanto questo; il problema è, a monte, quello di stabilire se il comportamento del debitore nei casi citati integri o meno un inadempimento; se l'ordinamento, non il contratto, esoneri il debitore dall'obbligo di prestare e dalla correlativa responsabilità. In altre parole, si tratta di affrontare la ben più ampia e delicata questione di quale sia per il sistema la rilevanza di quelle fattispecie che si collocano a metà tra l'inadempimento imputabile e l'impossibilità liberatoria.

In questa sede non si potrebbe approfondire la questione senza dilatare eccessivamente l'oggetto del contributo, ma è sufficiente osservare che tra le righe dell'ordinamento affiora una rinnovata sensibilità per categorie tradizionali come l'impossibilità morale e l'inesigibilità della prestazione<sup>47</sup>, la *ideelle Unmöglichkeit* e la *Unzumutbarkeit* teorizzate per la prima volta dalla dottrina tedesca<sup>48</sup>. Accanto

<sup>45</sup> Così L. MENGONI, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi»*, in *Riv. dir. comm.*, 1954, p. 184.

<sup>46</sup> L'esempio è riferito da N. COVIELLO, *Del caso fortuito in rapporto alla estinzione delle obbligazioni*, Lanciano, 1895, p. 95 ss. Con riguardo al caso dell'inquilino cfr. anche V. POLACCO, *Le obbligazioni nel sistema civile italiano*, Roma, 1915, p. 371. Rileggendo in chiave moderna la citata dottrina si potrebbe affermare che il debitore è liberato da responsabilità all'esito di un giudizio di bilanciamento in cui il diritto da lui tutelato con l'inadempimento prevale rispetto al diritto del creditore alla prestazione. Sottolineava l'esigenza che un interesse di natura meramente patrimoniale cedesse rispetto a un diritto di rango superiore H. LEHMANN, *Über die zivilrechtlichen Wirkungen des Nothstandes*, in *Jherings Jahrb.*, 13, 1874, p. 244 ss.

<sup>47</sup> Cfr. sin d'ora la monografia di O. CLARIZIA, *Sopravvenienze non patrimoniali e inesigibilità nelle obbligazioni*, Napoli, 2012, *passim*, spec. pp. 226-227.

<sup>48</sup> Sull'impossibilità morale v. S. GREINER, *Ideelle Unzumutbarkeit: Dogmatik und Praxis der Leistungsverweigerung bei Rechtsger- und Pflichtenkollisionen im Zi-*

a quel concetto di impossibilità della prestazione in termini di assolutezza e oggettività che per parte della dottrina era un tempo granitico<sup>49</sup>, se ne sta sviluppando uno più attenuato e, per certi versi, più sfumato nei contorni.

Complici l'espansione applicativa della buona fede e la sempre più marcata tendenza all'interpretazione costituzionalmente orientata del diritto privato, è (ri)emersa, accanto all'impossibilità in senso tecnico, una pluralità di concetti, talvolta accomunati dall'etichetta di "inesigibilità"<sup>50</sup>, talaltra singolarmente declinati nell'eccessiva sproporzione

*vilrecht*, Berlino, 2004. Quanto all'inesigibilità, le origini dell'istituto risalgono alla pubblicazione, nel primo Novecento, del volume di H.C. NIPPERDEY, *Vertragstreue und Nichtzumutbarkeit der Leistung*, Mannheim-Berlin-Leipzig, 1921. In un primo momento, l'inesigibilità viene ricostruita come il potere del debitore – fondato sulla buona fede – di liberarsi dal proprio obbligo eccedendo la sopravvenuta sproporzione, anche solo di natura patrimoniale, tra la prestazione dovuta e la controprestazione. Si parla di «eccezione di contrario interesse» o di «eccezione d'inesigibilità». Cfr. E. FUCHS, *Vertragstreue und Shylockismus*, in *Leipziger Zeitschr. für Deutsches Recht*, 1921, p. 485. Per il vero, i predetti concetti erano già utilizzati in epoca anteriore alla pubblicazione del volume di Nipperdey per indicare le ipotesi in cui, pur non ricorrendo gli estremi dell'impossibilità materiale della prestazione, l'adempimento di quest'ultima risultava notevolmente più gravoso per il debitore. Sul punto cfr. P. KRÜCKMANN, *Der Fortfall des Interesses und der Untergang des Schuldverhältnisse*, in *Arch. civ. Praxis*, 90, 1900, p. 111; ID., *Unmöglichkeit und Unmöglichkeitssprozess. Zugleich eine Kritik der Entwürfe Russlands, Ungarns und der Schweiz*, *ivi*, 101, 1907, p. 1 ss.; nonché E. ECKSTEIN, *Der Untergang der Obligation durch Unmöglichkeit, Leistungerschwerung und verwandte Umstände und das Schicksal der Gegenleistung*, in *Arch. bürgerl. Recht*, 37, 1912. Nello stesso periodo storico altra parte della dottrina, con riferimento alla medesima fattispecie, fa ricorso al diverso istituto della presupposizione. Così P. OERTMANN, *Die Geschäftsgrundlage. Ein neuer Rechtsbegriff*, Leipzig-Erlangen, 1921. L'impostazione appena citata ha fornito l'impulso per una rivisitazione dell'inesigibilità come effetto del verificarsi di sopravvenienze non patrimoniali. In questo senso si vedano, sin d'ora, E. ECKSTEIN, *Studien zur Lehre von den unsittlichen Handlungen, Rechtshandlungen und Rechtsgeschäften, insbesondere Verträgen*, in *Arch. bürgerl. Recht*, 41, 1915, p. 178 ss.; ed J. ESSER, *BGB Schuldrecht, Allgemeiner und besonderer Teil*, Karlsruhe, 1949, p. 136, la cui tesi è stata ripresa, ma con minor efficacia espositiva, nelle edizioni successive.

<sup>49</sup> In questo senso G. COTTINO, *L'impossibilità sopravvenuta della prestazione e la responsabilità del debitore: problemi generali*, cit., p. 145 ss.

<sup>50</sup> Parlano d'inesigibilità Corte Cost., 1 aprile 1992, n. 149, in *Foro it.*, 1992, I, c. 1329; e in *Giur. cost.*, 1992, p. 1204; e in *Giur. it.*, 1992, 1, p. 1602; Corte Cost., 3 febbraio 1994, n. 19, in *Giur. cost.*, 1994, p. 136 ss.; Cass., Sez. Un., 13 settembre 2005, n. 18128, in *Foro it.*, 2006, I, p. 106 ss., con nota di A. PALMIERI, *Supervisione sistematica delle clausole penali: riequilibrio (coatto ed unidirezionale) a scapito dell'efficienza?*, p. 432 ss., con nota di A. BITETTO, *Riduzione ex officio della penale: equità a tutti i costi?*; in *Corr. giur.*, 2005, p. 1534 ss., con nota di A. DI MAJO,

tra il valore della prestazione e lo sforzo richiesto<sup>51</sup>, oppure, sotto le spoglie della mancanza della causa in concreto, nell'impossibilità di fruire della prestazione<sup>52</sup>.

*La riduzione della penale ex officio*; in *Eur. dir. priv.*, 2006, p. 353 ss., con nota di G. SPOTO, *La clausola penale eccessiva tra riducibilità di ufficio ed eccezione di usura*; in *Riv. dir. priv.*, 2006, p. 683 ss., con nota di C. CICALA, *La riducibilità d'ufficio della penale*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2006, I, p. 364 ss., con commento di U. PERFETTI, *Riducibilità d'ufficio della clausola penale ed interesse oggettivo dell'ordinamento: un rapporto da chiarire*, *ivi*, II, p. 1871 ss.; in *Danno resp.*, 2006, p. 411 ss., con nota di C. MEDICI, *Controllo sulla penale «manifestamente eccessiva» ed equilibrio degli scambi contrattuali* e di A. RICCIO, *Il generale intervento correttivo del giudice sugli atti di autonomia privata*; in *Resp. civ. prev.*, 2006, p. 61 ss., con nota di G. SCHIAVONE, *Funzione della clausola penale e potere di riduzione da parte del giudice*; nonché in *Obbl. contr.*, 2006, p. 415 ss., con nota di V. PESCATORE, *Riduzione d'ufficio della penale e ordine pubblico economico*; Cass., 24 luglio 2007, n. 16315, in *Contratti*, 2008, p. 241; in *Foro it.*, 2009, c. 214; in *Giur. it.*, 2008, p. 857 ss.; in *Giust. civ.*, 2008, p. 699; e in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, p. 531 ss., con nota di S. NARDI; e più recentemente Cass., 6 dicembre 2012, n. 21994, in *Foro it.*, 2013, I, c. 1205 ss., con osservazioni di A. PALMIERI, *Art. 1384 c.c. e sopravvenienze: ulteriore arretramento della funzione sanzionatoria della clausola penale*.

<sup>51</sup> Così il citato paragrafo 272, comma 2, del BGB. Nella dottrina italiana, già prima dell'entrata in vigore dell'attuale codice, L. BARASSI, *Se e quando lo sciopero sia forza maggiore a' sensi dell'art. 1226 cod. civ.*, Addizione in G. BAUDRY-LACANTINERIE e A. WAHL, *Del contratto di locazione*, II, 2, in G. BAUDRY-LACANTINERIE (a cura di), *Tratt. teorico-pratico dir. civ.*, Milano, 1905, p. 523. Prendendo le mosse dall'idea per cui il fondamento della responsabilità contrattuale risiede nella colpa, sottolineava l'Autore come consentire al debitore di liberarsi dall'obbligo risarcitorio solo quando ricorrono il caso fortuito o la forza maggiore avrebbe l'effetto di esautorare l'obbligo di diligenza. Tale obbligo, invece, imporrebbe al debitore d'impiegare non qualunque sforzo necessario per eseguire la prestazione, ma solo «tutte quelle energie, tutti quei mezzi che comunemente, in eguali circostanze, sogliono essere adibite per ottenere uno scopo identico». Risulta evidente anche qui l'influenza del diritto tedesco: cfr. G. HARTMANN, *Die Obligation: Untersuchungen über ihren Zweck und Bau*, Erlagen, 1875, *passim*, spec. p. 222 ss. e p. 240 ss. Nello stessa direzione, ma in epoca successiva all'adozione del codice attuale, L. MENGONI, *Obbligazioni di «risultato» e obbligazioni «di mezzi»*, cit., p. 175 ss., secondo cui l'impossibilità ha luogo non solo quando il risultato dell'obbligazione non è raggiungibile in sé, ma anche quando «per circostanze sopravvenute, il risultato non potrebbe essere realizzato se non con mezzi anormali rispetto al tipo di rapporto obbligatorio considerato, tali che il debitore non può dirsi in buona fede impegnato al loro impiego». Qualifica la sproporzione in esame come inesigibilità per ragioni economiche G. SICCHIERO, *Dell'adempimento (artt. 1176-1179)*, cit., p. 83 ss.

<sup>52</sup> Sulla mancanza di causa concreta applicata a ipotesi d'impossibilità di fruire della prestazione cfr. Cass., 24 luglio 2007, n. 16315, cit.; e Cass., 20 dicembre 2007, n. 26958, in *Contratti*, 2008, p. 786, con nota critica di L. BARBIERA, *Risoluzione per impossibilità sopravvenuta e causa concreta del contratto a confronto*; in *Corr. giur.*,

In attesa che si compia anche sul piano normativo quel ripensamento della categoria dell'impossibilità sopravvenuta della prestazione auspicato già da tempo dalla dottrina<sup>53</sup> e che si riconduca ad unità la moltitudine eterogenea di concetti impiegati dalla giurisprudenza, si può concludere che il debitore non risponderà per inadempimento o comunque potrà beneficiare della limitazione o dell'esclusione di responsabilità eventualmente pattuita a suo favore quando la mancata esecuzione della prestazione sia dipesa dalla necessità di tutelare interessi costituzionalmente tutelati, oppure quando è dipesa dalla sopravvenuta impossibilità non imputabile di fruire della prestazione a lui dovuta, oppure ancora – ma qui il terreno è sicuramente più scivoloso ed è maggiore il rischio di arbitrarietà delle decisioni – quando è dipesa dal sopravvenuto difetto della causa concreta del contratto.

### 3. *Il concetto di «colpa» e il problema della sua compatibilità con la teoria oggettiva della responsabilità contrattuale*

Concettualmente diversa dal dolo, ancorché ad esso equiparata

2008, p. 921, con nota di F. ROLFI, *Funzione concreta, interesse del creditore e inutilità della prestazione: la Cassazione e la rielaborazione del concetto di causa del contratto*. Per un'analisi più ampia e congiunta delle due sentenze si veda, sin d'ora, E. FERRANTE, *Causa concreta ed impossibilità della prestazione nei contratti di scambio*, in *Contr. impr.*, 2009, 1, p. 156 ss.

<sup>53</sup> In favore di un ripensamento della categoria dell'impossibilità della prestazione militano le tendenze evolutive della giurisprudenza (su cui cfr. le note seguenti) e la comparazione con altri ordinamenti, in particolare quello tedesco. Con la riforma dello *Schuldrecht* del 2001 il legislatore tedesco ha modificato la disciplina dell'impossibilità prevedendo, al paragrafo 272, comma 2, BGB, che il debitore può rifiutare la prestazione nel caso in cui essa richieda «uno sforzo che, in considerazione dell'oggetto del rapporto obbligatorio e della buona fede, risulta in grave sproporzione rispetto all'interesse alla prestazione del debitore». Aggiunge la norma che nel valutare lo sforzo richiesto al debitore occorre tener conto dell'imputabilità o meno dell'impedimento. Per una riflessione sul punto cfr. E. FERRANTE, *L'impossibilità della prestazione*, cit., pp. 746-750. Il legislatore tedesco ha altresì previsto al comma 3 del paragrafo succitato che il debitore può rifiutare la prestazione «se egli la deve eseguire personalmente e, nella valutazione comparativa dell'impedimento che osta alla sua prestazione, da un lato, e dell'interesse alla medesima in capo al creditore, dall'altro, non la si possa da lui esigere». Per un ampio commento cfr. *Ivi*, pp. 750-755. La proposta di un ripensamento della categoria dell'impossibilità si legge già in E. FERRANTE, *Causa concreta ed impossibilità della prestazione nei contratti di scambio*, cit., p. 156 ss.

*quoad effectum* dall'art. 1229 cod. civ., è la colpa grave. Le ragioni dell'equiparazione – che, come si è già avuto modo di illustrare in altra sede, sono incerte<sup>54</sup> – non devono riscontrarsi tanto nella presunta immanenza nel nostro ordinamento del principio per cui «*magna culpa dolus est*»<sup>55</sup>, quanto piuttosto nella difficoltà di applicare il limite del dolo all'inesatto adempimento. Mentre quando il debitore rifiuta di eseguire la prestazione è agevole qualificare l'inadempimento come doloso, almeno nel caso in cui il rifiuto non sia giustificato dalle ragioni di cui si è detto nel paragrafo precedente, quando il debitore la esegue in modo inesatto è difficile stabilire se ciò sia dipeso da una volontà in tal senso o da una grave mancanza di serietà nel

<sup>54</sup> Si rimanda in proposito alle osservazioni compiute *passim* nel primo capitolo e alla lettura di G. CIAN, *Lata culpa dolo aequiparatur*, cit.

<sup>55</sup> Si accoglie qui la tesi sostenuta dalla dottrina maggioritaria per cui non esiste nell'ordinamento un generale principio di equiparazione del dolo alla colpa grave. In questo senso, si vedano, per tutti, P.G. MONATERI, *Responsabilità civile*, cit., p. 130; e G. VISINTINI, *Osservazioni critiche sulla supposta esistenza di un principio di equiparazione della colpa grave al dolo*, in *Dir. mar.*, 1981, p. 217 ss. In giurisprudenza cfr., innanzitutto, Cass., 10 dicembre 1956, n. 4398, in *Foro it.*, 1957, I, c. 389, con nota critica di A. DE CUPIS, *Sulla determinazione del risarcimento nelle ipotesi di colpa grave del debitore*, nella cui motivazione si legge che, ove il codice ha voluto equiparare dolo e colpa grave, l'ha fatto espressamente, e comunque l'ha fatto all'art. 1229 c.c. quanto agli effetti. Sulla stessa linea Cass., 14 marzo 2006, n. 5449, in *Dir. trasp.*, 2007, p. 833, con nota di B. FIORE, *La responsabilità del vettore nel trasporto di merci su strada: 'lata culpa dolo (non) aequiparatur'*, secondo cui l'equiparazione in parola può essere disposta solo da una specifica norma, la quale, peraltro, è insuscettibile di applicazione analogica. Rimane fedele al brocardo *lata culpa dolo aequiparatur* la dottrina *ante* 1942, nell'ambito della quale si vedano, per tutti, G. ALPA, M. BESSONE e V. ZENO ZENCOVICH, *Le clausole di esonero da responsabilità*, in *Obbligazioni e contratti*, in *Tratt. dir. priv.* Rescigno, VI, 2<sup>a</sup> ed., 1995, p. 314 ss. In giurisprudenza sostengono l'equiparazione Cass., 24 marzo 2004, n. 5910, in *Riv. giur. lav.*, II, p. 744, con nota di G. FRONTINI; *Diritti dei lavoratori e trasferimento d'azienda autoritativo della p.a.*; Cass., 16 settembre 1980, n. 5269, in *Dir. mar.*, 1981, p. 217 ss., con nota di G. VISINTINI, *Osservazioni critiche*, cit., la quale, chiamata a pronunciarsi sull'art. 29 della Convenzione di Ginevra sul trasporto internazionale stradale, afferma che «dal complesso delle norme che, nel campo contrattuale, tutelano il soggetto danneggiato, nei confronti dei comportamenti caratterizzati da dolo e da colpa grave, è chiaramente desumibile un principio generale, il quale impone l'adempimento dei doveri derivanti da rapporti obbligatori, con un minimo di diligenza, assolutamente inderogabile, in conformità di una regola giuridica, comune ed universale, che fa parte integrante di tutti gli ordinamenti giuridici»; Cass., 27 agosto 1966, n. 2285, in *Mass. Giur. it.*, 1966, c. 1019; Cass., 29 marzo 1985, n. 2204, in *Dir. mar.*, 1986, p. 402.

portare a termine l'impegno assunto. Le due ipotesi finiscono per sovrapporsi e sollevare la medesima esigenza di tutela.

Neppure la colpa figura espressamente tra gli elementi costitutivi della responsabilità contrattuale nella fattispecie delineata dall'art. 1218 cod. civ., a meno di non farla rientrare, come pare corretto, nel più ampio requisito dell'imputabilità della causa che ha reso impossibile la prestazione, cui la norma subordina pur sempre il sorgere dell'obbligo risarcitorio. Della gradazione della colpa, poi, emergono tracce in diverse norme del codice civile dettate per i singoli contratti: così gli artt. 1710 e 1768, comma 2, cod. civ., rispettivamente in tema di mandato e in tema di deposito, che impongono di valutare la colpa del mandatario e del depositario a titolo gratuito «con minor rigore»<sup>56</sup>; l'art. 789 cod. civ., in tema di donazione, il quale limita la responsabilità del donante per inadempimento o ritardo nell'esecuzione della prestazione ai casi di dolo o colpa grave; e l'art. 2236 cod. civ., in tema di contratto d'opera intellettuale, che limita al dolo o alla colpa grave la responsabilità del professionista chiamato ad affrontare problemi tecnici di speciale difficoltà<sup>57</sup>.

<sup>56</sup> Si v. in particolare G. SANTUCCI, "Diligentia quam in suis" e valutazione della responsabilità per colpa "con minor rigore" nel codice civile italiano, in *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato*, II, Napoli, 2006, p. 375 ss. Sulla diligenza del mandatario cfr. F.M. DOMINEDÒ, *Mandato (dir. civ.)*, in *Nov. Dig. it.*, X, Torino, 1964; A. LUMINOSO, *Il mandato e la commissione*, in *Tratt. dir. priv.* Rescigno, 12, Torino, 1985; E. MINERVINI, *Il mandato, la commissione, la spedizione*, in *Tratt. dir. civ.* Vassalli, Torino, 1952; G. MIRABELLI, *Dei singoli contratti. Del trasporto*, in *Comm. c.c.*, IV, 3, Torino, 1968; C. SANTAGATA, *Del mandato. Delle obbligazioni del mandatario. Delle obbligazioni del mandante*, in *Comm. c.c.* Scialoja e Branca, *sub artt. 1710-1721*, Bologna-Roma, 1998. Sulla diligenza del depositario si vedano, invece, G. BALBI, *L'obbligazione di custodire*, Milano, 1940; A. DALMARTELLO e G.B. PORTALE, *Deposito (dir. vig.)*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964; G. DE GENNARO, *Del deposito*, in *Comm. c.c.* D'Amelio e Finzi, IV, *Delle obbligazioni*, II, 1, Firenze, 1947; A. DE MARTINI, *Deposito (dir. civ.)*, in *Nov. Dig. it.*, V, Torino, 1960; A. e G. GALASSO, *Deposito*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, V, Torino, 1989; F. MASTROPAOLO, *Deposito (in generale)*, in *Enc. giur.*, X, Roma, 1988.

<sup>57</sup> Sulla responsabilità del donante cfr., tra gli altri, B. BIONDI, *Le donazioni*, in *Tratt. dir. civ.* Vassalli, Torino, 1961; G. BALBI, *La donazione*, in *Tratt. dir. civ.* Grosso e Santoro Passarelli, Milano, 1964; L. GARDANI CONTURSI LISI, *Delle donazioni*, in *Comm. c.c.* Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1976; G. AZZARITI, *Le successioni e le donazioni*, Napoli, 1990; U. CARNEVALI, *Le donazioni*, in *Tratt. dir. priv.* Rescigno, 6, II, 2<sup>a</sup> ed., Torino, 1997; A. TORRENTE, *La donazione*, a cura di Carnevali e Mora, in *Tratt. dir. civ. comm.* Cicu e Messineo, 2<sup>a</sup> ed., Milano, 2006; G. STELLA, *L'inadempimento del contratto di donazione*, in *Tratt. succ. don.* Bonilini, VI, Milano, 2009; e L. GHIDONI, *sub art. 789*, in *Comm. c.c.* Gabrielli, Torino, 2014. Per un con-

Che l'esonero da responsabilità sia di fonte legale, come nei casi appena riportati, o di fonte convenzionale, come nel caso dell'art. 1229 cod. civ., il riferimento alla colpa grave solleva tre problemi, strettamente connessi tra loro: quello di conciliare il limite della colpa, che almeno a prima vista è un criterio di imputazione soggettivo, con la struttura dell'art. 1218 cod. civ. e con l'ormai pacifica concezione oggettiva della responsabilità contrattuale<sup>58</sup>; quello di stabilire se e in quale misura il patto di esonero sia compatibile con ipotesi di responsabilità "oggettive", nelle quali la condotta del debitore non rivela ai fini della prova liberatoria; e quello di capire cosa significhi «colpa grave».

Per rispondere ai quesiti si ritiene indispensabile partire da quegli assunti su cui, pur nella variegatura delle posizioni sostenute dai fau-

tributo piú recente v. A.A. CARRABBA, *Donazioni*, in *Tratt. dir. civ. del CNN*, diretto da P. Perlingieri, Napoli, 2009, p. 641 ss.

<sup>58</sup> Lo hanno ribadito, recentemente, in occasione dei cento anni dalla pubblicazione della teoria elaborata da Giuseppe Osti (G. OSTI, *Revisione critica della teoria sull'impossibilità sopravvenuta della prestazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1918, pp. 209 ss., 313 ss., 417 ss.; e ora anche in ID., *Scritti giuridici*, con presentazione di P. Rescigno, Milano, 1973, I, p. 1), G. D'AMICO, *La responsabilità contrattuale: attualità del pensiero di Giuseppe Osti*, in *Riv. dir. civ.*, 2019, p. 1 ss.; e C.M. BIANCA, *Alla ricerca del fondamento della responsabilità contrattuale*, *ivi*, 2019, p. 1277 ss. Sul tema la letteratura è davvero sconfinata e le posizioni dei diversi autori variegata, giacché l'indagine sui caratteri del giudizio di responsabilità ex art. 1218 cod. civ. impone la riflessione di profili eterogenei, seppur fittamente intrecciati tra loro, quali il significato e il ruolo della diligenza, dell'impossibilità della prestazione, del risultato dovuto al creditore (un'attenta ricostruzione si legge in F. PIRAINO, *Sulla natura non colposa della responsabilità contrattuale*, in *Eur. dir. priv.*, 2011, p. 1019 ss.). Per limitarsi ai protagonisti del dibattito cfr., oltre al citato contributo di Giuseppe Osti, G. SEGRÈ, *Sulla teoria della impossibilità della prestazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1919, p. 760; L. BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*, 2, III, Milano, 1948, p. 253; F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, II, 2, Milano, 1950, p. 235 ss.; D. BARBERO, *Sistema istituzionale del diritto privato*, II, Torino, 3ª ed., 1951, p. 47 ss.; S. SCUTO, *Istituzioni di diritto privato*, II, 1, Napoli, 1952, p. 60; A. CANDIAN, *Nozioni istituzionali di diritto privato*, Milano, 1953, p. 165 ss. (e successivamente alle critiche di Osti, ID., *Caso fortuito e forza maggiore (dir. civ.)*, in *Nov. Dig. it.*, II, Torino, 1957, p. 990); E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, I, Milano, 1953, p. 107; L. MENGONI, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi» (Studio critico)*, cit., p. 185 (cfr. in proposito C. CASTRONOVO, *La responsabilità per inadempimento da Osti a Mengoni*, in *Eur. dir. priv.*, 2008, p. 1 ss.); A. TORRENTE, *Manuale di diritto privato*, Milano, 1952, p. 331; A. TRABUCCHI, *Istituzioni di Diritto civile*, Padova, 2ª ed., 1954, pp. 499 e 505; tutti criticati da G. OSTI, *Deviazioni dottrinali in tema di responsabilità per inadempimento delle obbligazioni*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1954, p. 593, nonché in ID., *Scritti giur.*, cit., I, p. 451.

tori della teoria oggettiva della responsabilità contrattuale, tutti sostanzialmente concordano e che dunque si possono considerare un *acquis*. Il primo assunto è che la colpa equivale ad una violazione del canone di diligenza imposto al debitore dall'art. 1176 cod. civ.<sup>59</sup>. L'equivalenza trova conforto già sul piano normativo non appena si leggono gli artt. 1710 e 1768 cod. civ., i quali dapprima impongono, rispettivamente al mandatario e al depositario, di eseguire la prestazione dovuta con la diligenza del buon padre di famiglia, e poi prevedono che nel mandato e nel deposito gratuiti la colpa del mandatario e del depositario debba essere valutata con minor rigore, così creando un evidente legame tra diligenza e colpa<sup>60</sup>.

Ciò che è stato da sempre controverso è se la diligenza e la colpa dovessero intendersi in concreto oppure in astratto e in senso soggettivo oppure in senso oggettivo. Con riguardo al primo binomio, l'origine della diatriba deve rintracciarsi nel fatto che, come si è accennato nel primo capitolo, il diritto romano contemplava in relazione ad alcuni tipi di obbligazioni, segnatamente quella di custodia, l'idea di una diligenza rapportata all'effettiva condotta abitualmente dimostrata dall'obbligato nella gestione delle proprie cose e lo stesso codice previgente, all'art. 1843, adottava siffatto parametro per valu-

<sup>59</sup> In questo senso, tra i molti, L. MENGONI, *Responsabilità contrattuale*, cit., p. 1090; L. BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*, III. *L'attuazione*, Milano, 1946, p. 1021 ss., spec. p. 1042 ss.; C. MAIORCA, *Colpa civile (teoria gen.)*, in *Enc. dir.*, VII, Milano, 1960, pp. 540-541; S. RODOTA, *Diligenza (dir. civ.)*, *ivi*, XII, Milano, 1964, p. 542 ss.; C.M. BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, in *Comm. c.c.* Scialoja e Branca, *sub* art. 1218, Bologna-Roma, 1979, p. 92 ss.; U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, II. *Il comportamento del debitore*, in *Tratt. dir. civ. comm.* Cicu e Messineo, Milano, 1984, p. 42 ss.; P. FORCHIELLI, *Colpa I) Diritto civile*, in *Enc. giur. Treccani*, VI, Roma, 1988, p. 1 ss.; A. DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, in *Comm. c.c.* Scialoja e Branca, *sub* art. 1176, Bologna-Roma, 1988, p. 410 ss., spec. p. 472 ss.; G. VISINTINI, *Inadempimento e mora del debitore*, in *Comm. c.c.* Schlesinger, Milano, 2006, p. 94 ss., in spec. p. 121 ss. La coincidenza tra colpa e assenza di diligenza risulterebbe secondo autorevole dottrina già al diritto romano post-classico: così E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni. 1. Prolegomeni: funzione economico-sociale dei rapporti obbligatori*, Milano, 1953, pp. 124-125; e C.A. CANNATA, *Dai giuristi ai codici, dai codici ai giuristi (Le regole sulla responsabilità contrattuale da Pothier al codice civile italiano del 1942)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1981, pp. 1009-1010; e più recentemente R. FERCIA, *Dovere di diligenza e «rischi funzionali»*, Napoli, 2005, p. 42 ss.

<sup>60</sup> Sul punto v. le osservazioni di A. BELFIORE, *La colpa come criterio di responsabilità contrattuale: la nozione*, in *Studium iuris*, 2007, p. 3 ss. Per un'analisi del significato delle norme in esame cfr. *infra*.

tare la responsabilità del depositario<sup>61</sup>. L'altra faccia della medaglia era una concezione concreta della colpa del debitore, espressa in termini di scarto tra la condotta concreta e la condotta che il soggetto avrebbe potuto deontologicamente tenere in quella determinata situazione<sup>62</sup>.

Ebbene, tale concezione della diligenza e della colpa è retaggio di una concezione del rapporto obbligatorio e della responsabilità contrattuale ormai superata. Nella stessa Relazione preliminare al codice civile vigente si afferma a chiare lettere che il legislatore ha inteso abbandonare qualsiasi riferimento alla concezione soggettiva (*rectius*, concreta) della diligenza prevista, sulla scorta della tradizione romanistica, in tema di deposito dal "vecchio" art. 1843 cod. civ., in quanto tale criterio non era in grado di conferire alla responsabilità del debitore «una base certa, come la dà la diligenza in astratto, e poteva anche spingere senza ragione verso una responsabilità piú rigorosa»<sup>63</sup>.

Questa scelta ha incontrato il favore della dottrina prevalente, in quanto ha contribuito ad attenuare l'incertezza che regnava nel sistema della responsabilità contrattuale<sup>64</sup>. Parametrare la diligenza del

<sup>61</sup> Cfr. E. BETTI, *Imputabilità dell'inadempimento dell'obbligazione in diritto romano*, Roma, 1958, p. 333, in particolare le note 2 e 393. I frammenti di riferimento sono, rispettivamente, D. 10, 2, 25, 16, in tema di comunione ereditaria; D. 17, 2, 72 = *Inst.* 3, 25, 9, in tema di società; D. 27, 3, 1, pr. e D. 24, 3, 24, 5, in tema di restituzione della dote da parte del marito; e C. 5, 14, II, 4, in tema di restituzione dei beni parafernali. La *diligentia quam in suis rebus* si applicava in particolare agli obblighi del coerede in comunione incidentale, a quelli del socio, del tutore o del curatore, e all'obbligo del marito di conservare, in vista di un'eventuale restituzione, la dote ed i beni parafernali della moglie.

<sup>62</sup> Per la nozione di *culpa in concreto* cfr. P. FORCHIELLI, *La colpa lievissima*, in *Riv. dir. civ.*, 1963, I, p. 185.

<sup>63</sup> Così la Relazione al Codice n. 559.

<sup>64</sup> In questo senso F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, III, Milano, 1959, pp. 290-292; R. SACCO, *La buona fede nella teoria dei fatti giuridici di diritto privato*, Milano, 1949, p. 26 ss.; U. BRECCIA, *Diligenza e buona fede nell'attuazione del rapporto obbligatorio*, Milano, 1968, p. 14 e p. 52 ss.; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 4. L'obbligazione, Milano, rist. 2015, p. 91; A. DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, in *Comm. c.c.* Scialoja e Branca, *Libro quarto. Delle obbligazioni* (Artt. 1173-1176), Bologna-Roma, 1988, p. 424; W. D'AVANZO, *Sub art. 1176 c.c.*, in *Comm. c.c.* D'Amelio e Finzi, Firenze, 1948, pp. 18-19; G. D'AMICO, *Negligenza*, in *Dig. disc. priv.*, *Sez. civ.*, XII, Torino, 1995, p. 24 ss. Aderiscono alla tesi anche G. CERDONIO CHIAROMONTE, *L'obbligazione del professionista intellettuale tra regole deontologiche, negoziali e legali*, Padova, 2008, p. 112 ss.; e G. FERRANDO, *Impossibilità sopravvenuta, diligenza del "buon padre di famiglia" e valutazioni di buona fede*, in *Giur. merito*, 1974, I, p. 936; Sposa, invece, la teoria soggettiva, *inter alios*, C. MAIORCA, *Colpa civile*, cit., p. 569 ss.

debitore nel rapporto obbligatorio a quella che egli tiene normalmente quando cura i propri affari significa, infatti, ancorare la decisione sulla responsabilità a un criterio che varia non da caso a caso, o da prestazione a prestazione, ma da persona a persona.

Una simile impostazione condurrebbe a trattare in modo difforme situazioni che sono invece ragionevolmente identiche: se ci fossero due debitori della medesima prestazione e nelle medesime circostanze tanto fattuali quanto giuridiche, sarebbe irragionevole, quasi paradossale, esonerare uno dei due da responsabilità solo perché è una persona che gestisce con leggerezza anche le proprie cose, e invece condannare l'altro solo perché è, per carattere, una persona scrupolosa in tutto ciò che fa. A ciò si aggiunge la difficoltà di valutare in concreto con quanta diligenza il debitore gestisce i propri affari al di fuori del rapporto con il creditore.

All'ultima considerazione se ne lega un'altra: un criterio come quello in esame, a ben vedere, sarebbe adatto solo per la prestazione di custodia, e non a caso era proprio quello l'ambito cui era relegato nel diritto romano e nel codice previgente. Posto che ogni persona tendenzialmente è proprietaria di qualche bene e dunque lo "custodisce", qui risulta più agevole comparare il comportamento del debitore nei confronti del creditore a quello che egli tiene normalmente. Più agevole sí, ma non anche più sensato. Anche in questo caso, infatti, si sconta il problema emerso sopra: non pare ragionevole esonerare da responsabilità il debitore solo perché tende a trascurare anche le proprie cose. Qui intervengono altri discorsi – per tutti, quello della responsabilità del creditore che abbia scelto un depositario manifestamente inaffidabile – che però costituirebbero una digressione forse eccessiva rispetto alla questione in esame.

Con riguardo, invece, al binomio diligenza/colpa in senso soggettivo e diligenza/colpa in senso oggettivo<sup>65</sup>, si allude alla tesi per cui la diligenza – quella del buon padre di famiglia *ex art. 1176 cod. civ.*, comma primo – avrebbe il significato di "tensione dello spirito attento"<sup>66</sup>, cioè di «cura, sollecitudine, sforzo, studio, attenzione al fine»<sup>67</sup>. Secondo tale impostazione, correlativamente, la colpa costi-

<sup>65</sup> A proposito del quale v. la lucida analisi di P.G. MONATERI, *La responsabilità*, in *Tratt. dir. civ.* Sacco, Torino, 2006, p. 75.

<sup>66</sup> Si esprime in questi termini F. PIRAINO, *Adempimento e responsabilità contrattuale*, Napoli, 2011, p. 431.

<sup>67</sup> Così L. MENGONI, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi»*, cit.,

tuirebbe «errato atteggiamento psicologico dell'agente che non si renderebbe perciò conto della fattispecie (illecita) che realizza»<sup>68</sup>; oppure il difetto di rappresentazione circa il verificarsi di un evento prevedibile ed evitabile<sup>69</sup>.

La tesi ha ricevuto aspre critiche, tanto in ambito penalistico<sup>70</sup>, la sede naturale della colpa, quanto in ambito civilistico<sup>71</sup>. Per un verso,

pp. 193-194. Tra i fautori della concezione soggettiva della diligenza cfr. inoltre M. BUSSANI, *La colpa soggettiva. Modelli di valutazione della condotta nella responsabilità extracontrattuale*, Padova, 1991, p. 1 ss.

<sup>68</sup> G. D'AMICO, *La responsabilità ex recepto e la distinzione tra obbligazioni "di mezzi" e "di risultato"*. *Contributo alla teoria della responsabilità contrattuale*, Napoli, 1999, pp. 136-137.

<sup>69</sup> In questo senso si sarebbe espresso, almeno secondo Paolo (D., 9, 2, 31 commentari a Sabino), Muzio Scevola quando ha affermato che «*culpam autem esse, quod cum a diligente provideri poterit, non esset provisum*».

<sup>70</sup> Cfr. ad esempio M. GALLO, *Colpa penale (dir. vig.)*, in *Enc. dir.*, VII, Milano, 1960, p. 632 ss.; G. MARINUCCI, *La colpa per inosservanza di leggi*, Milano, 1965, p. 145 ss.; G. FORLÌ, *Colpa ed evento nel diritto penale*, Milano, 1990, p. 67, p. 199; E. GIUNTA, *La normatività della colpa penale. Lineamenti di una teoria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, p. 86 ss.; e D. PULITANÒ, *Colpa ed evoluzione del sapere scientifico*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, p. 648. Alcuni, però, auspicano un temperamento del rigore della concezione oggettiva della colpa, sostenendo che l'accertamento della responsabilità penale dovrebbe prendere in considerazione assieme alla violazione delle regole cautelari anche il contesto in cui questa è avvenuta e le condizioni personali dell'agente (si parla al riguardo di "colpevolezza della colpa"). Così F. PALAZZO, *Responsabilità medica, "disagio" professionale e riforme penali*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, pp. 1064-1065, il quale nell'ambito della responsabilità penale del medico attribuisce rilevanza all'errore di valutazione imputabile a quest'ultimo quando sia «espressivo di un chiaro atteggiamento soggettivo di superficialità ed avventatezza nei confronti delle esigenze terapeutiche del paziente».

<sup>71</sup> Per tutti, G. VENEZIAN, *Del danno e del risarcimento fuori dei contratti*, in *Studi sulle obbligazioni*, I, Roma, 1919, p. 55 ss.; S. ORLANDO CASCIO, *Teoria della responsabilità per colpa. Osservazioni critiche*, Milano, 1938, p. 12 ss.; F.D. BUSNELLI, *Nuove frontiere della responsabilità civile*, in *Jus*, 1976, p. 41; G. ALPA, *Responsabilità dell'impresa e tutela del consumatore*, Milano 1975, p. 325 ss.; M. BESSONE, *tipicità e atipicità dell'illecito, "colpa" e "negligence" come formule di politica del diritto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1979, p. 425 ss., spec. p. 433; V. ZENO ZENCOVICH, *Responsabilità civile da reato*, Padova, 1989, p. 57 ss. (il quale però propende poi per la teoria soggettiva: *Ivi*, p. 56 ss.); G. VISENTINI, *Tratt. breve resp. civ., Fatti illeciti. Inadempimento. Danno risarcibile*, Padova 1996, p. 42; U. RUFFOLO, *Colpa e responsabilità, La responsabilità e il danno, Attuazione e tutela dei diritti*, III, *Diritto civile*, diretto da N. Lipari e P. Rescigno, coordinato da A. Zoppini, IV, Milano 2009, pp. 68-71. Rimangono invece fedeli ad una concezione soggettiva, pur con sfumature diverse, C. MAIORCA, *Colpa civile*, cit., p. 571 e p. 591 ss.; e F. CA-

si è replicato che la diligenza intesa in senso psicologico sarebbe parametro di scarsa utilità, giacché rimanda genericamente ad un “dovere di prestare attenzione” inidoneo di per sé a dare contenuto o misura all’obbligazione del debitore<sup>72</sup>. Per altro verso, si è osservato che anche la generica “disattenzione” è pur sempre disattenzione verso qualcosa, è pur sempre noncuranza di alcune regole cautelari di condotta, anche se non positivizzate o comunque espresse solo a livello di prassi o *lex artis*<sup>73</sup>.

Si potrà parlare di colpa specifica quando le regole cautelari sono legislativamente previste e di colpa generica nell’altro caso, ma il concetto di colpa rimarrà unitario. L’oggettività sarà al più temperata, com’è avvenuto nella giurisprudenza penale, da una valutazione di prevedibilità dell’evento lesivo, da compiersi però su un piano altrettanto oggettivo, cioè collegato non all’autore dell’illecito, bensì alla funzione della regola cautelare (c.d. causalità della colpa)<sup>74</sup>. In quest’ottica, l’autore dell’illecito risponderà della violazione della regola cautelare soltanto quando l’evento dannoso rientra tra quelli che la regola mirava ad evitare.

Le medesime considerazioni possono estendersi anche alla colpa contrattuale e in quest’ambito trovano riscontro ancora una volta nella Relazione preliminare al codice civile vigente ove si legge testualmente che il criterio della diligenza «richiamato in via generale nell’art. 1176 come misura del comportamento del debitore nell’eseguire la prestazione dovuta, riassume in sé quel complesso di cure e di cautele che ogni debitore deve normalmente impiegare nel soddisfare la propria obbligazione, avuto riguardo alla natura del particolare rapporto ed a tutte le circostanze di fatto che concorrono a determinarlo. Si tratta di un criterio obiettivo e generale, non soggettivo e individuale: sicché non basterebbe al debitore, per esimersi da responsabilità, dimo-

FAGGI, *Profili di relazionalità della colpa, Contributo ad una teoria della responsabilità extracontrattuale*, Padova, 1996, p. 339 ss.

<sup>72</sup> Così G. MARINUCCI, *La colpa per inosservanza di leggi*, cit., p. 164.

<sup>73</sup> V. in particolare, E. GIUNTA, *La legalità della colpa*, in *Criminalia*, 2008, p. 149 ss., p. 163 ss., ove si legge che «come nella colpa per inosservanza di legge, anche nella colpa generica il dovere di diligenza si sostanzia nell’osservanza di regole (cautelari) di condotta, ne discende che l’indiscussa unità strutturale della responsabilità colposa comporta in ogni caso l’eterointegrazione della fattispecie penale: ossia la sua “chiusura” ad opera di regole positivizzate o prasseologiche».

<sup>74</sup> Così, ancora di recente, Cass. Pen., 1° ottobre 2020, n. 27242, in *CED Casazione*.

strare di avere fatto quanto stava in lui per cercare di adempiere esattamente l'obbligazione...»<sup>75</sup>.

Dunque, all'esito della disamina che si è svolta, si può affermare che la colpa deve intendersi come mancanza di diligenza e che l'ordinamento vigente accoglie una concezione oggettiva ed astratta di entrambi i concetti in esame. Se così è, non c'è alcuna ragione per la quale non debba intendersi in senso oggettivo ed astratto, nel senso sopra chiarito, anche la colpa cui fa riferimento l'art. 1229 cod. civ. Che il patto di esclusione o limitazione abbia ad oggetto un'obbligazione di fonte contrattuale o un'obbligazione da fatto illecito, la colpa dovrà intendersi come violazione di regole cautelari di condotta. Sotto questo primo profilo, dunque, per tornare all'interrogativo posto all'esordio del paragrafo, non si profila alcuna incompatibilità tra l'art. 1229 cod. civ. e la teoria oggettiva della responsabilità.

#### 4. Segue: *il rilievo della distinzione tra obbligazioni di mezzi e obbligazioni di risultato*

Appurato che anche nel disposto dell'art. 1229 cod. civ. la colpa equivale alla mancanza di diligenza ed entrambi i concetti devono intendersi in senso oggettivo e astratto, occorre valutare come il riferimento che la norma opera a tale criterio si coordina con la struttura del giudizio di responsabilità delineata dall'art. 1218 cod. civ. e dalle norme sui singoli tipi contrattuali.

Secondo la lettura oggettiva, il concetto di colpa può venire in rilievo nel giudizio di responsabilità contrattuale solo quale criterio di imputazione della causa sopravvenuta che ha reso impossibile la prestazione, mentre non rileva nell'accertamento dell'inadempimento. Quest'ultimo si ha ogniqualvolta l'esecuzione della prestazione è mancata o è stata inesatta, cioè non ha condotto al soddisfacimento dell'interesse creditorio, al raggiungimento del risultato finale cui quella determinata obbligazione tipicamente mira; ma di tale mancanza o

<sup>75</sup> Relazione al Codice n. 559. Sul punto cfr. S. RODOTÀ, *Diligenza (dir. civ.)*, cit., p. 540. Le parole della relazione sono ricalcate dalla giurisprudenza immediatamente successiva all'entrata in vigore del codice del 1942. Per una panoramica delle sentenze più rilevanti si veda R. NICOLÒ (a cura di), *Rassegna di giurisprudenza sul codice civile*, IV, Milano, 1954, I, pp. 8-9.

inesattezza il debitore risponderà solo ove sia dipesa da causa a lui imputabile.

Il giudizio di imputabilità non coincide però con l'accertamento della colpa, giacché questa è soltanto uno dei possibili criteri di imputazione al debitore dell'evento che ha reso impossibile la prestazione<sup>76</sup>. Nelle obbligazioni che derivano da alcuni tipi contrattuali il debitore risponde indipendentemente dalla sussistenza della colpa, per il solo fatto che l'evento impossibilitante rientra nella sfera di rischio della sua attività, ragion per cui si suole parlare in queste ipotesi di responsabilità *stricto sensu* oggettiva.

Così è nel trasporto di cose con riguardo alla responsabilità del vettore per perdita o avaria delle medesime (art. 1693 cod. civ.), nel deposito in albergo (art. 1785-*bis* cod. civ.) e nei magazzini generali (art. 1785 cod. civ.) e nella prestazione del servizio di cassette di sicurezza (art. 1839 cod. civ.), con riguardo alla responsabilità per furto o smarrimento o perimento delle cose depositate, ove il legislatore, come si vedrà meglio nel prossimo paragrafo, richiede quale prova liberatoria la dimostrazione del caso fortuito o della forza maggiore o di fatti assimilabili<sup>77</sup>. Pare significativo notare che tutti i casi elencati, incluso il trasporto di cose, riguardano l'adempimento di un'obbligazione di custodia, principale o accessoria rispetto al contratto.

La colpa, invece, è criterio di imputazione dell'evento impossibilitante in quelle prestazioni nelle quali c'è un margine per la valutazione del comportamento del debitore. Così l'art. 1587 cod. civ. im-

<sup>76</sup> Su questo punto v., in particolare, le ricostruzioni di P. TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milano, 1961; Id., *Sul significato economico dei criteri di responsabilità contrattuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1970, p. 512 ss.; e S. RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1964. Cfr., inoltre, G. VISINTINI, *L'imputabilità e la colpa in rapporto agli altri criteri di imputazione della responsabilità*, 2<sup>a</sup> ed., Padova, 1998; nonché EAD., *La colpa in rapporto agli altri criteri di imputazione della responsabilità*, Padova, 1990.

<sup>77</sup> Così C. CASTRONOVO, *Tra rischio e caso fortuito. La responsabilità da cassette di sicurezza*, in G.B. PORTALE (a cura di), *Le operazioni bancarie*, I, Milano, 1978, p. 479; L. MENGONI, *Responsabilità contrattuale*, cit., p. 1092; F. REALMONTE, *Caso fortuito e forza maggiore*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., II, Torino, 1988, p. 248; F. ANELLI, *Caso fortuito e rischio d'impresa nella responsabilità del vettore*, Milano, 1990, p. 173; G. D'AMICO, *La responsabilità ex recepto* cit., p. 54 ss., spec. 88 ss.; F. PIRAINO, *Sulla natura non colposa della responsabilità contrattuale*, cit., p. 1064; nonché A. PLAIA, *Ambito operativo dell'art. 1229 c.c. e responsabilità ex recepto*, in *Obbl. contr.*, 2012, p. 839.

pone al conduttore di osservare la diligenza del buon padre di famiglia nel servirsi della cosa locata; gli artt. 1710, 1768 e 1804 cod. civ. prevedono che, rispettivamente, il mandatario, il comodatario e il mutuatario sono tenuti ad eseguire la prestazione dovuta secondo la diligenza del buon padre di famiglia; e l'art. 1681 cod. civ. nel trasporto di persone consente al vettore di liberarsi dalla responsabilità per i danni alla persona del viaggiatore, o per la perdita o avaria delle cose che questi portava con sé, provando «di aver adottato tutte le misure idonee a evitare il danno».

Nell'elenco si potrebbe includere anche l'obbligazione di prestare un'opera intellettuale: lì manca un'espressa previsione sul modello di quelle sopracitate, però c'è l'art. 2236 cod. civ. che, nel caso in cui la prestazione implichi la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà, limita la responsabilità del professionista al dolo e alla colpa grave. Ora, dal coordinamento di questa disposizione con il fatto che la diligenza nell'esecuzione della prestazione è parametro pensato per gli obblighi di *facere*, si potrebbe evincere che nell'obbligazione di prestare un'opera intellettuale il criterio normale di imputazione dell'evento impossibilitante è quello della colpa, oggettivamente intesa come si è chiarito nello scorso paragrafo. Infondo questa è la medesima conclusione cui è giunta la giurisprudenza ogniqualvolta ha qualificato le prestazioni dovute dal professionista intellettuale come obbligazioni “di mezzi” o “di condotta”, anziché come obbligazioni “di risultato”.

La classificazione in parola continua ad essere controversa<sup>78</sup>, sic-

<sup>78</sup> Per ragioni di pertinenza al tema oggetto del paragrafo si è scelto di non soffermarsi sulla genesi storica della distinzione in parola e sulle diverse letture dottrinali che ne sono state proposte, ma solo sulla sua dimensione attuale. Ci si limiterà qui a qualche breve richiamo. Sebbene taluni facciano risalire l'idea della distinzione tra prestazioni di mezzi e di risultato alla pandettistica tedesca – così L. MENGONI, *Obbligazioni «di risultato» e «obbligazioni di mezzi»* (*Studio critico*), in *Riv. dir. comm.*, 1954, I, p. 305 ss.; e S. TRIVELLONI, *Obbligazioni di mezzi e di risultato*, in *Enc. giur.*, Roma, 2006, 1, p. 4 – e, in forma ancor più embrionale, al diritto romano (cfr., di recente, G. MUSOLINO, *Contratto d'opera professionale*, in *Comm. c.c. Schlesinger*, Milano, 2014 p. 162) –, la paternità del binomio “mezzi-risultato” viene tradizionalmente attribuita a R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, V, Paris, 1925, n. 1237; e H. MAZEAUD, *Essai de classification des obligations*, in *Rev. trim. droit civ.*, 1936, 4 (ma cfr. anche H. e L. MAZEAUD, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile*, I, Paris, 1947). La sua divulgazione e diffusione nell'ambiente accademico italiano sono dovute, rispettivamente, agli scritti di A. TUNC, *Distinzione delle obbligazioni di risultato e di diligenza*, in *Nuova riv.*

ché, ai fini della riflessione sul ruolo della colpa nell'ambito dell'art. 1229 cod. civ. e nell'ambito del giudizio di responsabilità contrattuale, si rende opportuna una presa di posizione sul punto. Com'è noto, la distinzione tra obbligazioni di mezzi e obbligazioni di risultato, anche sulla scorta delle aspre critiche mosse dalla dottrina<sup>79</sup>, è stata apparentemente smentita dalle Sezioni Unite nel 2008<sup>80</sup>. A ben guardare, però, ciò che alla distinzione si contesta da sempre è soltanto il suo fondamento dogmatico, mentre non si nega la validità del presupposto fenomenologico sul quale essa si fonda.

Tale presupposto è che esistono alcune prestazioni, come appunto quella d'opera intellettuale, in cui la diligenza del debitore non è sufficiente a garantire la piena soddisfazione dell'interesse creditorio, poiché tra la condotta e il risultato finale si frappongono necessariamente fattori esterni non controllabili<sup>81</sup>. Sul piano giuridico tale constata-

*dir. comm. dir. ec. dir. sociale*, 1947/48, p. 126; e L. MENGONI, *Op. ult. cit.*, p. 305 ss. Per una ricostruzione dei primi dibattiti suscitati dagli scritti appena citati cfr. C. CASTRONOVO, *La responsabilità per inadempimento da Osti a Mengoni*, cit., p. 1 ss. Per il vero, una concezione diversa delle prestazioni sul piano fenomenologico esisteva già in epoca antecedente, nella vigenza del "vecchio" codice, come dimostrano alcune opere. In particolare, cfr. F. LEONE, *La negligenza nella colpa contrattuale ed extracontrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 1915, pp. 100-101. Per quanto riguarda la dottrina tedesca, particolarmente significative ai fini del dibattito sulla distinzione tra prestazioni di mezzi e di risultato sono le tesi di F. WIEACKER, *Leistungshandlung und Leistungserfolg im bürgerlichen Schuldrecht*, in *Festschr. Nipperdey*, I, München-Berlin, 1965.

<sup>79</sup> Su tutti, L. MENGONI, *Obbligazioni «di mezzi» e obbligazioni «di risultato»*, cit., p. 185.

<sup>80</sup> Cass., Sez. Un., 11 gennaio 2008, n. 577, in *Giur. it.*, 2008, p. 2197, con nota di M.G. CURSI, *Responsabilità della struttura sanitaria e riparto dell'onere probatorio*; *ivi*, 2008, 7, p. 1653, con nota di A. CIATTI, *Crepuscolo della distinzione tra obbligazioni di mezzi e le obbligazioni di risultato*; in *Danno resp.*, 2008, p. 1002, con nota di M. GAZZARA, *Le S.U. "fanno il punto" in tema di onere della prova della responsabilità sanitaria*; *ivi*, 2008, p. 788, con nota di G. VINCIGUERRA, *Nuovi (ma provvisori?) assetti della responsabilità medica*; *ivi*, 2008, p. 871, con nota di A. NICOLUSSI, *Sezioni sempre più unite contro la distinzione fra obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi. La responsabilità del medico*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, p. 612, con nota di R. DE MATTEIS, *La responsabilità della struttura sanitaria per danno da emotrasfusione*.

<sup>81</sup> Da qui l'intelligente proposta di rinominare le due categorie in "obbligazioni non governabili" e "obbligazioni governabili": così G. SICCHIERO, *Dalle obbligazioni "di mezzi e di risultato" alle "obbligazioni governabili o non governabili"*, in *Contr. impr.*, 2016, pp. 1391-1421. Diversa, ma parimenti degna di nota, è la proposta di F. PIRAINO, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi» ovvero dell'inadempimento incontrovertibile e dell'inadempimento controvertibile*, in *Eur. dir. priv.*, 2008,

zione si è tradotta nell'affermazione per cui oggetto delle obbligazioni di mezzi non può essere il risultato finale cui tende la prestazione ma solo il comportamento diligente del debitore.

Da ciò si sono fatte discendere, negli anni, importanti conseguenze. In un primo momento – complici la lettera ambigua dell'art. 1218 cod. civ., il quale impone al debitore la prova della non imputabilità dell'evento che ha reso impossibile la prestazione, ma non dice chi deve dimostrare l'inadempimento, e la formulazione vaga dell'art. 2699 cod. civ. – si è giunti a imporre al creditore l'onere di provare la negligenza del debitore<sup>82</sup>. Il mancato assolvimento di tale onere era sufficiente a far soccombere il creditore; mentre l'assolvimento comportava la vittoria di quest'ultimo a meno che il debitore non fosse riuscito a dimostrare la causa specifica non imputabile dell'impossibilità.

In un secondo momento, si è correttamente ripristinato l'onere in capo al debitore, con una modifica, però, dell'oggetto della prova: non si è più richiesta al debitore la dimostrazione della causa specifica dell'evento impossibilitante, ma si è reputata sufficiente la dimostrazione della condotta diligente<sup>83</sup>. Questo è il punto cruciale che

pp. 83-153, p. 83 ss. e 93 ss., il quale suggerisce la distinzione tra obbligazioni nelle quali l'inadempimento è verificabile soltanto in concreto (e dunque sempre controvertibile) e inadempimento già definito in astratto (e dunque incontrovertibile nella sua mera oggettività).

<sup>82</sup> Così, per tutte, Cass., 25 novembre 1994, n. 10014, in *Foro it.*, 1995, I, c. 2913, con nota di E. SCODITTI, *Chirurgia estetica e responsabilità contrattuale*; e in *Nuova giur. civ. comm.*, 1995, I, p. 937 con nota di G. FERRANDO, *Chirurgia estetica, "consenso informato" del paziente e responsabilità del medico*, nella cui motivazione si legge che ogniqualvolta il creditore domandi la risoluzione del contratto per inadempimento «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 giuridiche rilevanza, spettando al convenuto l'onere probatorio di essere immune da colpa solo quando l'attore abbia provato il fatto costitutivo dell'inadempimento [...]. Il problema non si pone diversamente allorché l'inadempimento venga addotto non per conseguire la risoluzione del contratto, ma ai fini di ottenere il risarcimento del danno. L'obiettivo difficoltà in cui si trovi la parte di fornire la prova del fatto costitutivo del diritto vantato non può condurre ad una diversa ripartizione del relativo onere, che grava, comunque, su di essa».

<sup>83</sup> L'irrilevanza della distinzione sul piano probatorio è stata affermata, in un caso di responsabilità dell'appaltatore, da Cass. Sez. Un., 28 luglio 2005, n. 15781, cit. Il principio è poi stato applicato alla responsabilità medica da Cass., 13 aprile 2007, n. 8826, in *Resp. civ. prev.*, 2007, p. 1824 ss. con nota di A. GORGONI, *Le conseguenze di un intervento chirurgico rivelatosi inutile*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, I, p. 1428 ss. Sul punto si vedano anche M. FACCIOLO, *Vecchi e nuovi orientamenti giurisprudenziali in tema di responsabilità medica in una sentenza "scolare" della Cas-*

dovrebbe rimeditarsi alla luce della dottrina e della citata giurisprudenza, ma ancor prima alla luce dei significativi rilievi in materia contenuti nella Relazione preliminare al codice civile.

Nella Relazione si legge, a proposito dell'art. 1218 cod. civ., che «la prova della causa non imputabile non dovrà sempre condurre alla diretta e positiva identificazione dell'evento incolpevole che ha prodotto l'impossibilità. Potrà altre volte ricavarci da elementi presuntivi, tra i quali notevole rilevanza può avere la dimostrazione della condotta diligente del debitore; dimostrazione che talora potrà anche essere di per sé sufficiente. Quando non è necessaria la prova diretta e positiva dell'evento incolpevole che ha prodotto l'impossibilità, si dovrà stabilire tenendo conto delle circostanze, in relazione alla natura del rapporto o alla prestazione che ne forma l'oggetto»<sup>84</sup>.

L'impostazione appena delineata trova riscontro sistematico nel codice, ove, come si è già avuto modo d'illustrare, il legislatore si è premurato in molte norme di adattare il parametro dell'art. 1218 cod. civ. ai singoli tipi contrattuali stabilendone di volta in volta una lettura più o meno rigorosa attraverso la specificazione dei criteri d'imputabilità dell'evento impossibilitante o l'individuazione dei rischi di cui il debitore non risponde<sup>85</sup>. Alcune di queste norme verranno ana-

sazione, in *Resp. civ.*, 2007, pp. 967 ss.; R. PUCCELLA, *I difficili assetti della responsabilità medica*, in *Nuova giur. civ. comm.*, II, 2007, pp. 445 ss. In realtà taluni scorgevano un annientamento sul piano probatorio della distinzione in esame già nell'orientamento inaugurato dalla giurisprudenza di legittimità nel 2004. Così, per tutti, G. D'AMICO, *La responsabilità ex recepto*, cit., p. 152 ss.; e M. SCALAMOGNA, *La ripartizione dell'onere probatorio nella responsabilità medica: l'ultimo (?) «revirement» giurisprudenziale*, in *Riv. dir. priv.*, 2005, pp. 368-369. La sentenza sopraccitata è Cass., 21 giugno 2004, n. 11488, in *Corr. giur.*, 2005, p. 33 ss., con nota di A. DI MAJO, *Mezzi e risultato nelle prestazioni mediche: una storia infinita*; in *Danno resp.*, 2005, p. 23 ss., con nota di R. DE MATTEIS, *La responsabilità medica ad una svolta?*; in *Giur. it.*, 2005, I, p. 1412 ss., con nota di S. PERUGINI, *La fattispecie prevista dall'art. 2236 c.c. e la ripartizione dell'onere della prova*. Concorde con l'attribuzione di un valore meramente descrittivo alla distinzione in esame anche A. NICOLUSSI, *Il commiato della giurisprudenza dalla distinzione tra obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi*, in *Eur. dir. priv.*, 2006, p. 797 ss.

<sup>84</sup> Così si esprime la *Relazione al Codice civile*, Libro quarto: delle obbligazioni, n. 571.

<sup>85</sup> Oltre alle norme già citate all'inizio del paragrafo in tema di locazione, mandato e comodato, vi è nel codice un gruppo di norme che, in considerazione del carattere professionale della prestazione e del grado di rischio insito nella medesima, limita la responsabilità del professionista al dolo o alla colpa grave (l'art. 1836 cod. civ., in tema di libretto di deposito bancario e l'art. 2236 cod. civ. sulla responsabi-

lizzate nei paragrafi successivi; qui è sufficiente considerare, a titolo di esempio, le due disposizioni che possono considerarsi l'archetipo normativo, rispettivamente, delle obbligazioni di mezzi e di risultato: l'art. 1681 cod. civ., sul trasporto di persone, e l'art. 1683 cod. civ., sul trasporto di cose.

La prima norma pone a carico del vettore che voglia liberarsi dalla responsabilità per sinistri cagionati al viaggiatore o per la perdita o avaria delle cose che quest'ultimo porta con sé la prova di aver adottato tutte le misure idonee a evitare il danno. Il contenuto di tale prova corrisponde, in buona sostanza, a quello della prova che grava sul debitore di mezzi, posto che consiste nella dimostrazione delle singole condotte improntate al canone di diligenza. La seconda norma, invece, pone a carico del vettore, ai fini della prova liberatoria dalla responsabilità per perdita o avaria delle cose trasportate, la dimostrazione che l'impossibilità della prestazione è derivata da caso fortuito o dalla natura o dai vizi delle cose o del loro imballaggio. Si richiede qui, in altre parole, la prova della causa specifica dell'impossibilità.

La ragione del diverso trattamento tra le due fattispecie risiede nella considerazione per cui nel trasporto di cose è possibile individuare precisamente i vizi della *res* o le altre cause specifiche dell'impossibilità della prestazione, mentre nel trasporto di persone è più probabile che intervengano nella sequenza causale fattori esterni ed estranei alla sfera di controllo del debitore e non prevedibili né prevenibili con un comportamento diligente<sup>86</sup>. Ivi, dunque, la diversa natura delle prestazioni giustifica un diverso trattamento probatorio. Come si è detto, anche la differenza tra le obbligazioni di mezzi e quelle di risultato si gioca in parte sull'individuabilità degli eventi impossibilitanti, dunque sembrerebbe giustificato anche lì, pur in as-

lità del prestatore d'opera nel caso in cui la prestazione implichi la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà). Un altro gruppo impone sempre al giudice un'attenuazione della responsabilità, ma questa volta in considerazione del carattere gratuito del contratto (l'art. 1710 cod. civ. in tema di mandato; l'art. 1768 cod. civ., in tema di deposito; gli artt. 1812 e 1821 cod. civ., in tema di responsabilità del comodatario o del mutuatario a titolo gratuito per danni derivanti dai vizi della cosa; l'art. 789 cod. civ., in tema di donazione). Un ulteriore gruppo impone al debitore, ai fini della prova liberatoria, di dimostrare che al momento della stipula del contratto ignorava senza colpa i vizi del bene (l'art. 1494 cod. civ., in tema di vendita; l'art. 1578 cod. civ., in tema di locazione, l'art. 1821 cod. civ., in tema di mutuo).

<sup>86</sup> Così M. ZANA, *Valutazione con «minor rigore» della responsabilità per colpa*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1974, p. 23 ss.

senza di una previsione specifica analoga a quelle appena illustrate, un diverso trattamento probatorio.

Questa necessità di leggere l'art. 1218 cod. civ. in modo flessibile emerge anche dalla citata sentenza delle Sezioni Unite, e anzi ne costituisce la chiave<sup>87</sup>. La Corte, infatti, ha negato il valore dogmatico della distinzione tra obbligazioni di mezzi e obbligazioni di risultato perché in tutte le obbligazioni è possibile individuare un risultato finale e parimenti in tutte è possibile valutare la condotta del debitore. In altre parole, diligenza e risultato rilevano in tutte le obbligazioni, ma – e qui è il passaggio più significativo della motivazione della Corte – «in proporzione variabile». La Corte non specifica a cosa alluda questa variabilità, ma, alla luce delle riflessioni svolte sin qui, si potrebbe affermare che essa si gioca sul piano del nesso eziologico tra la condotta del debitore e il risultato finale cui la prestazione tipicamente tende.

Ciò che varia è la probabilità percentuale con cui il raggiungimento del risultato finale, sulla base di un principio di regolarità statistica, può essere ascritto alla condotta del debitore e la probabilità con cui invece il raggiungimento del risultato finale dipende da cause esterne alla sfera di controllo del debitore e non individuabili *a priori*<sup>88</sup>. Per quelle obbligazioni nelle quali la prima percentuale è prossima al cento per cento, dovrà applicarsi l'art. 1218 cod. civ. con il massimo rigore e dovrà quindi pretendersi la prova liberatoria del caso fortuito o di fatti assimilabili; per le altre obbligazioni tale prova non potrà essere richiesta, perché sarebbe praticamente impossibile da fornire<sup>89</sup>.

<sup>87</sup> Cass., Sez. Un., 11 gennaio 2008, n. 577, cit.

<sup>88</sup> Particolarmente efficace ai fini della comprensione del concetto è l'esempio di G. SICCHIERO, *Come si valuta il merito della diligenza professionale?*, nota a Cass., 20 agosto 2015, n. 17016, in *Giur. it.*, novembre 2015, p. 2322 ss., spec. p. 2325: «se l'avvocato non iscrive la causa d'appello a ruolo nei termini perentori, l'appello è improcedibile e l'errore professionale sicuro, pur potendo dimostrare il caso fortuito; ma se invece la iscrive a ruolo tempestivamente, nessuno potrà mai dire *ex ante* se l'appello potrà essere accolto o meno e nessuno potrà dire *ex post* se le ragioni per cui sia stato vinto o perso derivino da un'attività professionale più o meno diligente, posto che mancano del tutto i criteri per dire quale sia la diligenza per confezionare un appello "vincente" o "adeguato"». Nelle obbligazioni di mezzi il caso fortuito rileva «solo quando impedisca totalmente di eseguire la prestazione (l'avvocato ammalato non si reca in udienza), mai invece quando lo si vorrebbe riferire al merito della prestazione resa». V. anche G. SICCHIERO, *Dell'adempimento - Artt. 1176-1179*, cit., p. 15.

<sup>89</sup> Le stesse nozioni d'impossibilità e di caso fortuito variano in base al grado di

Ragionare altrimenti, significherebbe sostanzialmente trasformare l'obbligazione in una garanzia del risultato; ma allora, a quel punto, non si potrebbe nemmeno più parlare di responsabilità<sup>90</sup>. E comunque un simile esito potrebbe derivare soltanto da un patto espresso delle parti in tal senso<sup>91</sup>. Nelle obbligazioni in esame, allora, l'ina-

governabilità delle obbligazioni. In quelle di risultato "pure" l'impossibilità equivale alla mancata realizzazione del risultato finale avuto di mira dal creditore, mentre nelle obbligazioni di mezzi "pure" essa equivale al mancato raggiungimento dei risultati intermedi presupposti per il raggiungimento del risultato finale, cioè all'impossibilità di tenere il dovuto grado di diligenza. Osserva L. MENGONI, *Op. ult. cit.*, p. 309, che nelle obbligazioni di mezzi il giudizio di possibilità o impossibilità dell'adempimento deve riferirsi al comportamento come tale, non già allo scopo finale cui esso tende. L'impossibilità sopravvenuta dello scopo verrà in considerazione soltanto quando determina l'impossibilità o almeno l'inutilità dell'attività di sforzo imposta al debitore. L'Autore aveva criticato l'assunzione del risultato finale quale termine del giudizio di responsabilità, sostenuta da P. LOTMAR, *Der Arbeitsvertrag nach dem Privatrecht des deutschen Reiches*, II, Leipzig, 1908, p. 432 ss. In particolare, con riferimento alla prestazione medica, Mengoni rileva che il risultato immediato e strumentale al raggiungimento di quello finale, cioè della guarigione, è l'interesse del paziente a essere curato. E proprio tale interesse costituisce «il punto di riferimento della tutela giuridica espressa nel rapporto obbligatorio». Significativo anche G. CERDONIO CHIAROMONTE, *L'obbligazione del professionista intellettuale*, cit., pp. 131-132, ove si precisa che «la prestazione è impossibile solo quando tale è l'attività dovuta o il risultato dell'attività stessa, a prescindere dal risultato finale. Quando manchi quest'ultimo, non solo non si avrà per questo impossibilità della prestazione, ma addirittura potrà accadere che l'obbligazione risulti perfettamente adempiuta, se l'attività è stata svolta correttamente ed è stato raggiunto il risultato di prestazione». I medesimi rilievi, con parole diverse, si leggono in F. PIRAINO, *Adempimento e responsabilità contrattuale*, cit., p. 552 ss.

<sup>90</sup> Parla di «garanzia pura» P.E. CORRIAS, *Garanzia pura e contratti di rischio*, Milano, 2006, *passim*. Sul tema vedi anche F. ROCCHIO, *La promessa con funzione di garanzia*, Napoli, 2009, *passim*; G. TUCCI, *Garanzia*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., VIII, Torino, 1992, p. 586 ss. Per un esempio di garanzia pura si vedano gli artt. 1667 e 1668 cod. civ. in tema di appalto. In questa fattispecie – osserva F. PIRAINO, *Corsi e ricorsi delle obbligazioni "di risultato" e delle obbligazioni "di mezzi"*, cit. – qualità e requisiti del bene e del servizio dipendono dal comportamento del debitore, ma la loro sussistenza in conformità del titolo viene imposta dalla legge in termini assoluti. Quindi l'appaltatore risponde non solo dei vizi che sono imputabili a una sua attività negligente o imperita, ma anche di quelli che dipendono da cause ignote o comunque da eventi esterni alla sfera del debitore. Anche i vizi imputabili al debitore vengono estrapolati dal sistema della responsabilità per inadempimento e ricondotti al sistema della garanzia.

<sup>91</sup> I patti di assunzione del fortuito sono menzionati, nell'ambito di una ben più ampia ed articolata riflessione, da P. PERLINGIERI, *Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'inadempimento*, artt. 1230-1259, in *Comm. c.c.* Scialoja e Branca, *Libro quarto - delle obbligazioni*, Bologna-Roma, 1975, p. 445. Nel senso che im-

dempimento sarà rappresentato dalla discrepanza tra il risultato concretamente ottenuto dal debitore – cioè la modificazione o l'atto di conservazione della sfera giuridica del creditore effettivamente posti in essere – e il risultato cui si sarebbe ragionevolmente potuti pervenire ove si fossero adottati contegni diversi<sup>92</sup>.

A conforto della tesi qui sostenuta, si può constatare che la distinzione tra obbligazioni di mezzi e obbligazioni di risultato, come sopra intesa, non è mai scomparsa dalla “valigia” dell'interprete, cioè continua a figurare come canone argomentativo nelle motivazioni delle sentenze posteriori alle citate Sezioni Unite<sup>93</sup>. Semplicemente, la di-

porre al debitore di mezzi il raggiungimento del risultato finale produca l'esito di un patto di assunzione del fortuito, M. AZZALINI, *Obbligazioni di mezzi e obbligazioni di risultati. Categorie giuridiche travisate*, Padova, 2012, pp. 106-110. L'ammissibilità della clausola è stata affermata da una risalente pronuncia in tema di responsabilità medica, ove è stato ritenuto valido il c.d. “patto di guarigione” purché la promessa fosse effettuata in buona fede. La pronuncia è Cass., 27 luglio 1933, n. 2934, in *Rep. Foro it.*, voce «Responsabilità civile», n. 75. Del patto parla, citando la predetta sentenza, anche A. PERULLI, *Il lavoro autonomo*, in *Tratt. dir. civ. comm.* Cicu e Messineo, Milano, 1996, pp. 447-448. Per una prospettiva storica cfr. sul tema G. POMATA, *La promessa di guarigione. Malati e curatori in antico regime*, Roma-Bari, 1994.

<sup>92</sup> Di comparazione tra risultato concreto e risultato astratto parla G. SICCHIERO, *Dell'adempimento (artt. 1176-1179)*, cit., p. 29, dopo aver sottolineato che la valutazione dell'adempimento nelle prestazioni di mezzi presuppone necessariamente l'adozione di un modello teleologico *a posteriori*. In questo senso anche F. PIRAINO, *Obbligazioni “di risultato” e obbligazioni “di mezzi”*, cit., p. 139.

<sup>93</sup> Cfr., tra le altre, Cass. (Ord.), 28 febbraio 2014, n. 4790, in *CED Cassazione*, la quale in tema di responsabilità professionale dell'avvocato ribadisce che l'obbligazione di quest'ultimo si qualifica come di mezzi e non di risultato e valuta il comportamento tenuto in base al criterio della diligenza professionale; Cass. 28 febbraio 2014, n. 4876, in *Contratti*, 2014, p. 888 ss., con nota di F. PIRAINO, *Corsi e ricorsi delle obbligazioni “di risultato” e delle obbligazioni “di mezzi”: la distinzione e la dogmatica della sua irrilevanza*, che verrà meglio esaminata nella nota successiva; Cass., 9 gennaio 2014, n. 320, in *Urb. app.*, 2014, p. 409 ss., con nota di I. PAGANI, *Riparto dell'onere probatorio in materia di inadempimento*, che ha qualificato l'obbligazione di redigere un progetto d'ingegneria o architettura come obbligazione di risultato, avente ad oggetto la realizzabilità dell'opera e quindi la predisposizione da parte del professionista di un progetto utilizzabile in concreto sotto il profilo tecnico e giuridico; Cass., 5 agosto 2013, n. 18612, in *Danno resp.*, 2013, p. 1089 ss., con nota di R. CONTE, *Contrasti giurisprudenziali sul termine di prescrizione e responsabilità dell'avvocato*, la quale, dopo aver replicato che le obbligazioni inerenti all'esercizio di un'attività professionale sono, quantomeno di regola, di mezzi e non di risultato, ne ha fatto discendere la rilevanza nel giudizio di responsabilità contrattuale del criterio della diligenza professionale di cui all'art. 1176, comma secondo,

stinzione viene letta in modo piú flessibile. Ne è un esempio una pronuncia che ha qualificato l'obbligazione dell'appaltatore di realizzare l'opera «a regola d'arte», tipicamente reputata di risultato, come di mezzi, sulla base del fatto che nel caso di specie l'esito finale della prestazione dipendeva da fattori ulteriori e concomitanti rispetto alla condotta del debitore<sup>94</sup>.

Alla luce dei rilievi sin qui svolti, tornando al problema posto all'inizio del paragrafo, si possono trarre le seguenti conclusioni: il riferimento alla colpa operato dall'art. 1229 cod. civ. è compatibile con

cod. civ.; Cass., 11 dicembre 2012, n. 22619, in *Contratti*, 2013, p. 667 ss., con nota di F. ROMEO, *Pacchetto turistico "all inclusive" e responsabilità del tour operator per i danni causati al turista dal terzo prestatore di servizi*, e in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, I, p. 538 ss., con commento di E. RUFFO, *Responsabilità del tour operator in caso di trasporto sostitutivo*, la quale ha stabilito che l'obbligazione dell'organizzatore e del venditore di pacchetti turistici è di risultato, con la conseguenza che tali soggetti possono liberarsi dalla responsabilità contrattuale solo se provano che il risultato anomalo rispetto a quanto convenuto dipenda da un fatto ad essi non imputabile, precisando, in modo peraltro un po' contraddittorio, che quest'ultima espressione va intesa nel senso di non ascrivibile alla condotta mantenuta in conformità alla diligenza dovuta; Cass., 16 novembre 2012, n. 20216, in *Dir. giust.*, 2012, la quale afferma espressamente che l'obbligazione del professionista intellettuale è di mezzi e quindi l'inadempimento deve essere valutato alla stregua del criterio della diligenza ex art. 1176, comma secondo, cod. civ.; Cass., 18 maggio 2011, n. 10927, in *CED Cassazione*, la quale ricollega alla qualificazione in termini di risultato dell'obbligazione a carico dell'appaltatore l'affermazione della sua responsabilità nei confronti del committente per vizi dell'opera anche nel caso in cui detti vizi siano ascrivibili all'operato di terzi esecutori dei lavori; Cass., 18 aprile 2011, n. 8863, in *Contratti* 2011, p. 984 ss., con nota di L. TRICOMI, *Responsabilità dell'avvocato nello svolgimento dell'attività professionale*, che ha qualificato le prestazioni dell'avvocato come obbligazioni di mezzi, sottolineando il rilievo esclusivo della diligenza professionale nella valutazione sull'inadempimento, ed ha ritenuto responsabile, a titolo di colpa grave, il professionista per aver introdotto la causa dinanzi ad un organo privo di giurisdizione in materia.

<sup>94</sup> Cass. 28 febbraio 2014, n. 4876, cit. Nella specie, l'appaltatore era stato incaricato di effettuare un determinato trattamento sugli alberi da frutto del committente e detta operazione non era andata a buon fine a causa di determinate caratteristiche del terreno. La Corte ha qualificato tale obbligazione come di mezzi e ritenuto il debitore liberato a fronte della semplice prova di aver agito con diligenza e perizia. Si è ribadito che il debitore di mezzi non è tenuto a dimostrare che il risultato è mancato per cause a lui non imputabili ed ha fatto discendere tale conseguenza dal fatto che nel caso delle obbligazioni di risultato quest'ultimo si pone in rapporto di causalità necessaria con l'attività del debitore, mentre nel caso delle obbligazioni di mezzi il risultato dipende da fattori ulteriori e concomitanti, estranei alla sfera del debitore medesimo.

la teoria oggettiva della responsabilità contrattuale anche sotto il profilo del ruolo che tale criterio gioca nel giudizio *ex art.* 1218 cod. civ.; se tale ruolo si atteggia diversamente a seconda del contenuto dell'obbligazione e della sua fonte, allora anche nel valutare la validità e l'operatività dei patti di esonero ai sensi dell'art. 1229 cod. civ. dovrà tenersi conto di quali sono le obbligazioni su cui incidono e qual è il criterio tipico che consente d'imputarne l'impossibilità al debitore.

Riemerge così quell'idea che si profilava nel primo capitolo all'esito della disamina sulla genesi storica del divieto dei patti di esonero, e cioè che la misura della responsabilità, data dai criteri che consentono di porla a carico dell'una o dell'altra parte, costituisca un elemento essenziale di un dato tipo contrattuale. Si rafforza la tesi per cui la validità e l'efficacia dei patti di esonero dipende dalla misura in cui sono in grado di alterare il regime tipico di responsabilità cui soggiace ogni obbligazione in rapporto al suo contenuto e alla sua fonte.

##### 5. *Segue: la funzione del patto di esonero nei casi in cui il criterio d'imputazione della responsabilità è diverso dalla colpa*

Posto che, semplificando e polarizzando il discorso di prima, la colpa è criterio di imputazione della responsabilità nelle obbligazioni di mezzi, mentre in quelle di risultato la responsabilità si imputa sulla base di criteri diversi e indipendenti dalla essa, resta da chiedersi quale ruolo potrebbe allora giocare, ammesso che sia consentito, un patto di esonero *ex art.* 1229 cod. civ. nel caso in cui abbia per oggetto un'obbligazione del cui inadempimento il debitore risponde anche quando l'evento che l'ha resa impossibile non è addebitabile ad un difetto di diligenza da parte sua. Per trovare una risposta, occorre esaminare alcune delle norme che si sono citate nel paragrafo 4 quali ipotesi di responsabilità *stricto sensu* oggettiva.

Le norme in questione sono l'art. 1693 cod. civ., in tema di contratto di trasporto, che richiede al vettore quale prova liberatoria dalla responsabilità per perdita o avaria delle cose trasportate la dimostrazione che questa è derivata «da caso fortuito, dalla natura o dai vizi delle cose stesse o del loro imballaggio, o dal fatto del mittente o da quello del destinatario»<sup>95</sup>; l'art. 1785 cod. civ., sul contratto di depo-

<sup>95</sup> Sul contratto di trasporto cfr., per tutti, M. IANNUZZI, *Del trasporto*, 2<sup>a</sup> ed., in

sito in albergo, che esonera l'albergatore da responsabilità quando il deterioramento, la distruzione o la sottrazione delle cose depositate sono dovuti: «1) al cliente, alle persone che l'accompagnano, che sono al suo servizio o che gli rendono visita; 2) a forza maggiore; 3) alla natura della cosa»<sup>96</sup>; l'art. 1787 cod. civ., sul contratto di deposito nei magazzini generali, secondo cui questi ultimi sono responsabili della conservazione delle merci depositate salva la prova che la perdita, il calo o l'avaria è derivata «da caso fortuito, dalla natura delle merci ovvero da vizi di esse o dell'imballaggio»<sup>97</sup>; e l'art. 1839 cod. civ., sul servizio bancario delle cassette di sicurezza, che prevede la responsabilità della banca per l'idoneità e la custodia dei locali e per l'integrità della cassetta, salvo il caso fortuito<sup>98</sup>.

In tutti questi casi, riguardo ai quali si suole anche parlare di responsabilità *ex recepto*, non c'è spazio per alcuna valutazione circa la condotta del debitore, nel senso che può incorrere in responsabilità anche se non gli è imputabile alcuna colpa. Le norme citate non prevedono un aggravamento del livello di diligenza richiesto al debitore, ma valgono a porre a carico di quest'ultimo una vera e propria obbligazione di risultato: esse, infatti, non modificano il contenuto della

*Comm. c.c.* Scialoja e Branca, *sub* artt. 1678-1702, Bologna-Roma, 1970; A. ASQUINI, *Trasporto di cose (contratto di)*, in *Nov. Dig. it.*, XIX, Torino, 1973; G. CATURANI e A. SENSALÈ, *Il trasporto*, Napoli, 1960; G. ALPA, *La responsabilità del vettore nel trasporto di cose su strada: problemi attuali e profili di una riforma*, in *Giur. it.*, 1981, I, p. 1737 ss.; C. DE MARCO, *La responsabilità civile nel trasporto di persone e cose*, Milano, 1985; G. STOLFI, *Appalto-Trasporto*, in *Tratt. dir. civ.* Grosso e Santoro Passarelli, Milano, 1961.

<sup>96</sup> Sulla responsabilità dell'albergatore v. G. BONILINI, *Responsabilità degli albergatori. Modifiche al codice civile*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1979; e V. GERI, *Albergatore (responsabilità dell')*, in *Nov. Dig. it.*, app., I, Torino, 1980.

<sup>97</sup> Sulla responsabilità dei magazzini generali cfr. F. ANGELONI, *Fede di deposito*, in *Nov. Dig. it.*, VII, Torino, 1964; G. BOZZI, *Magazzini generali*, in *Enc. dir.*, XXV, Milano, 1975; A. FIORENTINO, *Del deposito*, in *Comm. c.c.* Scialoja e Branca, *sub* artt. 1754-1812, Bologna-Roma, 1970; e S. GATTI, *Deposito nei magazzini generali*, in *Enc. giur.*, X, Roma, 1988.

<sup>98</sup> Così C. CASTRONOVO, *Tra rischio e caso fortuito. La responsabilità da cassette di sicurezza*, in G.B. PORTALE (a cura di), *Le operazioni bancarie*, I, Milano, 1978, p. 479; L. MENGONI, *Responsabilità contrattuale*, cit., p. 1092; F. REALMONTE, *Caso fortuito e forza maggiore*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., II, Torino, 1988, p. 248; F. ANELLI, *Caso fortuito e rischio d'impresa nella responsabilità del vettore*, Milano, 1990, p. 173; G. D'AMICO, *La responsabilità ex recepto*, cit., p. 54 ss., spec. p. 88 ss.; F. PIRAINO, *Sulla natura non colposa della responsabilità contrattuale*, cit., p. 1064; nonché A. PLAIA, *Ambito operativo dell'art. 1229 c.c. e responsabilità ex recepto*, in *Obbl. contr.*, 2012, p. 839.

prestazione, ma piuttosto incidono sull'oggetto dell'onere probatorio gravante sul debitore, escludendo che questi possa liberarsi dalla responsabilità con la dimostrazione della propria condotta diligente. Detto altrimenti, le norme citate applicano con il massimo rigore possibile il disposto dell'art. 1218 cod. civ. e lo concretizzano elencando le cause non imputabili idonee a liberare il debitore<sup>99</sup>.

Dunque, nelle ipotesi in questione la colpa non è presupposto indispensabile della responsabilità. Ma se così è, allora quale sarebbe in questi casi il significato di un patto di limitazione o esclusione della responsabilità? L'effetto del patto dovrebbe essere quello di trasformare la responsabilità del debitore in una responsabilità per colpa. In virtù dell'art. 1229 cod. civ. il debitore sarà esonerato da responsabilità solo quando è in colpa lieve; ma se il debitore non risponde per colpa lieve, a maggior ragione non dovrà rispondere quando l'evento che ha reso impossibile la prestazione non gli è neppure imputabile a titolo di colpa. Ad interpretare diversamente bisognerebbe concludere che il patto di limitazione o esclusione di responsabilità non spiega alcuna utilità nelle obbligazioni di mero risultato.

Il problema è se una simile deroga al regime di responsabilità così stabilito dal legislatore sia ammessa oppure se la disciplina che risulta dalle citate norme sia imperativa, o persino di ordine pubblico<sup>100</sup>. L'unica ipotesi in cui l'imperatività della disciplina è certa è quella della responsabilità dell'albergatore, atteso che l'art. 1785-*quater* cod. civ. sancisce espressamente la nullità dei «patti o le dichiarazioni tendenti ad escludere o a limitare preventivamente» tale responsabilità.

<sup>99</sup> Su questo cfr. la *Relazione al Codice civile vigente* n. 571, *sub* art. 1218 cod. civ., ove si legge che «la prova della causa non imputabile non dovrà sempre condurre alla diretta e positiva identificazione dell'evento incolpevole che ha prodotto l'impossibilità. Potrà altre volte ricavarsi da elementi presuntivi, tra i quali notevole rilevanza può avere la dimostrazione della condotta diligente del debitore; dimostrazione che talora potrà anche essere di per sé sufficiente. Quando non è necessaria la prova diretta e positiva dell'evento incolpevole che ha prodotto l'impossibilità, si dovrà stabilire tenendo conto delle circostanze, in relazione alla natura del rapporto o alla prestazione che ne forma l'oggetto».

<sup>100</sup> Sulla questione ha riflettuto recentemente A. PLAIA, *Op. ult. cit.*, spec. p. 842, concludendo per l'incompatibilità tra l'art. 1229 cod. civ. e la responsabilità *ex recepto* cui soggiace la Banca e la conseguente nullità totale del patto di esonero. Si tratterebbe in questo caso di un ordine pubblico di natura economica: cfr. A. FEDERICO, *L'ordine pubblico economico e il contratto*, in F. DI MARZIO (a cura di), *Illiceità, immeritevolezza, nullità*, Napoli, 2004, p. 86. Sul tema v. inoltre le osservazioni di G. D'AMICO, *Ordine pubblico e illiceità contrattuale*, *ivi*, p. 34.

La norma però non è originale, ma è stata inserita nel codice in epoca posteriore alla sua entrata in vigore per conformare la disciplina alla Convenzione Europea sulla responsabilità degli albergatori per le cose portate dai clienti in albergo<sup>101</sup>.

Per questa ragione, e a fronte del fatto che manca una previsione corrispondente nelle altre ipotesi esaminate, la norma da ultimo richiamata, oltre che non potersi applicare estensivamente o analogicamente in quanto limite eccezionale all'autonomia privata, non potrebbe neppure reputarsi espressione di un principio generale cui il legislatore del 1942 ha voluto ispirare la disciplina della responsabilità *ex recepto*.

L'argomento *ex art. 1785-quater* cod. civ. è però reversibile: si potrebbe sostenere che la responsabilità *ex recepto* è imperativa in tutte le ipotesi, senza necessità di una norma in tal senso; il fatto che l'imperatività sia stata prevista espressamente solo per il deposito in albergo e non per le altre ipotesi dipende solo dall'esigenza di dare attuazione alla normativa internazionale.

Con specifico riguardo alla responsabilità della banca per il contenuto delle cassette di sicurezza e all'ammissibilità delle clausole mediante le quali l'istituto di credito stabilisce un tetto massimo al valore degli oggetti che i clienti possono depositare, si registra una divergenza tra la posizione della giurisprudenza e quella della dottrina. Come si vedrà più avanti, la giurisprudenza, nella misura in cui sancisce la nullità di tali clausole per contrarietà all'art. 1229 cod. civ. o la loro vessatorietà in quanto patti limitativi della responsabilità contenuti in un contratto per adesione, dà per presupposta a contrario la derogabilità dell'art. 1839 cod. civ.<sup>102</sup>.

La dottrina invece ha da sempre ritenuto che le clausole di tetto massimo contenute nelle condizioni generali del servizio di deposito nelle cassette di sicurezza fossero nulle, indipendentemente da ogni ulteriore indagine, *ex art. 1344* cod. civ. per frode a norma imperativa di legge. Secondo la predetta dottrina la natura imperativa do-

<sup>101</sup> In particolare, la norma in questione è stata introdotta dall'art. 3 della l. 10 giugno 1978, n. 316, che ha ratificato la Convenzione Europea sulla responsabilità degli albergatori per le cose portate dai clienti in albergo, firmata a Parigi il 17 dicembre 1962.

<sup>102</sup> Cfr., a titolo di esempio, Cass., 5 aprile 2005, n. 7081, in *Contratti*, 2005, p. 969, con nota di U. CARNEVALI, *La prova della colpa grave nelle clausole di esonero da responsabilità*; e in *Danno resp.*, 2006, p. 161, con nota di C. MEDICI, *Cassette di sicurezza, responsabilità della banca e onere della prova*.

vrebbe ravvisarsi nell'idoneità del patto in questione, vuoi a realizzare un abuso del tipo contrattuale, così come configurato dal legislatore, «un'utilizzazione deviante di esso, che l'ordinamento non può consentire»<sup>103</sup>, vuoi ad alterare la causa del contratto, la funzione desumibile proprio dalla scelta del legislatore di spingere il regime di responsabilità fino al limite del fortuito<sup>104</sup>.

Quest'ultima ricostruzione – che di nuovo rievoca l'idea che esista uno stretto collegamento tra la causa o il tipo e la misura della responsabilità – pare la più convincente per giustificare la natura inderogabile della responsabilità *ex recepto*, almeno nell'ambito bancario. Lì, in ogni caso, l'importanza della questione è stemperata dal fatto che spesso la clausola s'inserisce nel contesto del rapporto tra la banca e i consumatori, sicché, con ogni probabilità, sarà dichiarata nulla ai sensi dell'art. 33 cod. cons.

A diversa conclusione pare doversi giungere invece con riguardo all'ipotesi del trasporto di cose, se non altro alla luce del confronto tra la disciplina che il legislatore ha previsto per il trasporto di persone. L'art. 1681 cod. civ., dopo aver stabilito, come si è già avuto modo di rilevare nei paragrafi precedenti, che il vettore risponde dei sinistri che colpiscono la persona del viaggiatore durante il viaggio e della perdita o dell'avaria delle cose che il viaggiatore porta con sé, salva la prova che questi ha «adottato tutte le misure idonee a evitare il danno», sancisce la nullità delle clausole che limitano la responsabilità del vettore per «i sinistri che colpiscono il viaggiatore».

La norma induce ad alcune considerazioni. Il trasporto di persone, a differenza del trasporto di cose, è configurato come una tipica obbligazione di mezzi, in quanto la prova liberatoria richiesta al debi-

<sup>103</sup> Si esprime in questi termini C. CASTRONOVO, *Tra rischio e caso fortuito. La responsabilità da cassette di sicurezza*, cit., p. 500. Secondo U. BRECCIA, *Il contratto in generale*, III, in *Tratt. dir. priv.* Bessone, XIII, 1999, p. 267, il contratto che contiene una clausola come quella in esame sarebbe concluso al solo scopo di «usare la forma giuridica come copertura di un risultato vietato».

<sup>104</sup> In questo senso, A. GENTILI, *Merito e metodo nella giurisprudenza sulle cassette di sicurezza: a proposito della meritevolezza di tutela del contratto atipico*, in *Riv. dir. comm.*, 1989, I, p. 221; e ID., in *Tratt. dei contratti* Rescigno e Gabrielli, 2006, p. 1522, nt. 412; ma ancor prima FRANCESCO BENATTI, *Le clausole di esonero della responsabilità nella prassi bancaria*, in G.B. PORTALE (a cura di), *Le operazioni bancarie*, I, cit., p. 144. Come osserva condivisibilmente A. PLAIA, *Op. ult. cit.*, p. 842, nt. 37, la tesi causalista rievoca la posizione di E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., a proposito dei concetti di «abuso della funzione strumentale» e di «sviamento del negozio dalla sua destinazione».

tore ha ad oggetto la sua condotta diligente e non il caso fortuito o fatti assimilabili. A questo fa da contraltare la totale inammissibilità di patti limitativi o esclusivi della responsabilità del vettore, secondo l'interpretazione piú condivisibile<sup>105</sup>, indipendentemente dal grado di colpa. L'inammissibilità, però, riguarda soltanto la responsabilità per danni alla persona del viaggiatore, non quella per danni alle cose.

Da qui si ricava che il legislatore non considera, in sé, come di ordine pubblico, o semplicemente imperativa, la responsabilità per danno alle cose e che nella redazione del codice è stato considerato il problema del coordinamento tra la disciplina del trasporto e l'art. 1229 cod. civ. Ora, se quest'ultima affermazione è vera, allora dal fatto che il legislatore non abbia espressamente previsto un divieto di patti di esonero anche per il trasporto di cose, si può trarre la sua intenzione di lasciare all'autonomia privata la possibilità di derogare al regime dell'art. 1693 cod. civ. Accogliendo questa interpretazione, qualora sia stata pattuita una clausola di esonero, il vettore risponderà della perdita o dell'avaria delle cose trasportate solo quando questa sia dipesa da dolo o colpa grave o dalla violazione di norme di ordine pubblico.

#### 6. Il concetto di «colpa grave»

Una volta chiarito il concetto di colpa cui fa riferimento l'art. 1229 cod. civ. e il suo ruolo all'interno del giudizio di responsabilità contrattuale, occorre interrogarsi su cosa aggiunga a tale significato la connotazione in termini di gravità. L'art. 1229 cod. civ., infatti, subordina la validità del patto di esonero al contenimento della re-

<sup>105</sup> In questo senso militano, da un lato, l'osservazione per cui se il legislatore avesse voluto limitarsi a sancire la nullità di patti di esonero per dolo o colpa grave, non avrebbe avuto bisogno di un'espressa disposizione, in quanto a tale risultato si sarebbe inevitabilmente giunti in virtù della mera applicazione dell'art. 1229 cod. civ.; dall'altro, la constatazione che l'art. 1681 cod. civ. è posto a tutela di interessi che rientrano nell'ordine pubblico costituzionale, quali la vita e l'incolumità personale del viaggiatore. Cfr. G. MIRABELLI, *Dei singoli contratti. Del trasporto*, cit., p. 485. La dottrina sostiene l'inammissibilità di clausole esonerative o limitative della responsabilità anche per il caso in cui il vettore si sia avvalso di ausiliari. Così M. IANNUZZI, *Del trasporto*, cit., p. 105. Naturalmente, l'art. 1681 cod. civ. non inficia l'ammissibilità di pattuizioni che offrano maggiori garanzie al viaggiatore. In questo senso, A. ASQUINI, *Trasporto di persone (contratto di)*, in *Nov. Dig. it.*, XIX, Torino, 1973, p. 616.

sponsabilità del debitore entro una determinata soglia, o meglio di un determinato grado, di colpevolezza rappresentato dalla colpa grave. Il patto potrà limitare o escludere la responsabilità solo quando il debitore era in colpa lieve, purché l'inadempimento non sia derivato dalla violazione di norme di ordine pubblico, mentre non potrà spiegare i suoi effetti quando il debitore era in colpa grave o in dolo.

Si tratta allora di stabilire quando la soglia della colpa lieve possa dirsi superata, cioè cosa s'intenda con l'espressione «colpa grave». In prima battuta, il riferimento alla colpa grave induce a pensare che il legislatore del 1942 avesse ancora in mente quel sistema basato sulla graduazione della diligenza cui, come si è detto nel primo capitolo, era improntato il codice civile previgente sulla scorta del diritto giustiniano. Si potrebbe pensare, cioè, che la colpa grave sia il *pendant* di una diligenza esattissima e il contrario di una diligenza minima.

Questa lettura apparirebbe giustificata anche da un argomento di carattere storico-sistematico: il legislatore del 1942 ha eliminato la regola prevista dall'art. 1224 cod. civ. 1865 per cui la diligenza del buon padre di famiglia doveva essere applicata «con maggiore o minor rigore» secondo i diversi tipi contrattuali<sup>106</sup>, ma nella Relazione al Codice si legge che «pur essendo apparso superfluo riprodurre il secondo comma dell'art. 1224 cod. civ., è da ritenersi certo che sussistono anche nel nuovo sistema dei casi in cui la diligenza deve apprezzarsi con minore o con maggiore rigore»<sup>107</sup>. E in effetti perman-

<sup>106</sup> In merito all'interpretazione della lettera della norma la dottrina era divisa. Secondo alcuni autori, la formula era espressione di quella diligenza in concreto elaborata dai giuristi postclassici, che peraltro viene accolta anche dal *Code Napoléon*, il quale espressamente imponeva al depositario la diligenza «qu'il apporte dans la garde des choses qui lui appartiennent». Così, tra gli altri, L. BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*, III, *L'attuazione*, Milano, 1948, p. 24. Altri autori, invece, sostenevano che la formula valesse semplicemente ad attribuire al giudice la facoltà di essere più o meno esigente nella valutazione caso per caso della diligenza o della colpa del debitore. In tal senso si veda in particolare V. POLACCO, *Le obbligazioni nel diritto civile italiano*, I, Roma, 1915, p. 434 ss.

<sup>107</sup> Relazione al codice n. 559, cit. Sul punto cfr. M. ZANA, *Valutazione con «minor rigore» della responsabilità per colpa*, cit., p. 22. La dottrina, salvo qualche voce contraria (per tutti D. BARBERO, *Sistema del diritto privato italiano*<sup>6</sup>, II, Torino, 1962, p. 60 ss. e p. 833 ss., il quale attribuisce rilevanza autonoma al concetto di colpa lievissima), ha accolto con favore l'eliminazione in parola, condividendo l'assunto per cui un'eccessiva frammentazione della colpa non è idonea a garantire un giudizio di responsabilità quanto più possibile improntato a certezza e giustizia. In tal senso cfr. P. FORCHIELLI, *Responsabilità civile*, I, Padova, 1968, p. 92 ss.; C. MAIORCA, *Colpa civile*, cit., p. 581 ss.; U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, II, *Il com-*

gono nel codice diverse tracce della *ratio* che aveva ispirato la teoria dei gradi della diligenza, nella misura in cui alcune norme – proprio in tema di mandato, deposito, comodato e gestione di affari altrui, come nel diritto romano – prevedono, apparentemente, ora un’attenuazione, ora un’aggravamento dello sforzo richiesto al debitore.

Tuttavia, tali norme sono state condivisibilmente interpretate dalla dottrina e dalla giurisprudenza prevalenti come semplice espressione del principio di relatività della diligenza del buon padre di famiglia<sup>108</sup>. Essendo quest’ultima già di per sé un criterio elastico, non ha senso parlare di gradi astratti, ma piuttosto ha senso riempirlo di contenuto prescrivendo, a seconda della natura dell’attività esercitata dal debitore un comportamento più o meno qualificato. Così il legislatore ha soddisfatto l’esigenza di differenziare il trattamento di alcune ipotesi, concretizzando lui stesso il disposto dell’art. 1176 cod. civ., comma secondo<sup>109</sup>.

*portamento del debitore*, in *Tratt. dir. civ. comm.* Cicu e Messineo, XVI, 2, Milano, 1984, p. 114 ss. Per la posizione di giuristi stranieri sul punto cfr. D. MAZEAUD, A. TUNC, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile*<sup>6</sup>, Paris, 1965, p. 766 ss. In particolare, si sono prese le mosse dal significato che veniva attribuito alla colpa lievissima nel sistema della responsabilità aquiliana e, mediante un attento studio delle fonti romanistiche, si è giunti a dimostrare che l’espressione in realtà è semplicemente enfatica, non corrisponde ad un grado di diligenza maggiore rispetto a quello previsto dall’art. 1176 cod. civ. Cfr. L. BARASSI, *Teoria generale delle obbligazioni*<sup>2</sup>, rist., III, Milano, 1964, p. 23; P. FORCHIELLI, *La colpa lievissima*, in *Riv. dir. civ.*, 1963, I, p. 179 ss.; S. ORLANDO CASCIO, *Teoria della responsabilità per colpa*, Milano, 1938, p. 21.

<sup>108</sup> Secondo E. CARBONE, *Diligenza e risultato nella teoria dell’obbligazione*, cit., p. 103 ss. la funzione delle regole dettate per le fattispecie descritte nel corpo del testo sarebbe quella di consentire al giudice la modulazione del parametro della diligenza «sciolto dalla tradizionale equazione di normalità statistica attraverso l’esaltazione dei diversi livelli di diligenza espressi dalla prassi sociale di riferimento». Così la diligenza richiesta è sempre quella del buon padre di famiglia, pur nelle sue declinazioni ora di buon professionista, ora di ‘buon custode remunerato e di elevata professionalità’, ora di buon custode o buon mandatario non remunerato e dunque, tendenzialmente, non professionale. Si vedano inoltre M. ZANA, *Op. ult. cit.*, p. 19 ss., e U. NATOLI, *Op. ult. cit.*, p. 92. In giurisprudenza cfr. Cass., 4 gennaio 1969, n. 11, in *Rep. Foro it.*, 1969, voce «Mandato», n. 21; Cass., 12 febbraio 1952, n. 348, in *Foro it.*, 1952, I, c. 1009; App. Torino, 3 maggio 1958, in *Rep. Giust. civ.*, 1958, voce «Deposito (Contratto di)», n. 17. Sul punto, a quanto noto, non è reperibile giurisprudenza più recente.

<sup>109</sup> Questo risulta evidente, ad esempio, se si confrontano l’art. 1681 e l’art. 1693 cod. civ., in tema di responsabilità del vettore, rispettivamente, di persone e di cose. A tal proposito, si veda *infra* il paragrafo quarto del presente lavoro. Cfr. comunque, sin d’ora, M. ZANA, *Op. ult. cit.*, p. 23 ss. Sul fatto che l’esigenza di un com-

Si pensi in primo luogo agli artt. 1710 e 1768, comma 2, cod. civ., che impongono di valutare la colpa del mandatario e del depositario a titolo gratuito «con minor rigore». Taluni, animati dall'esigenza di scongiurare il rischio di un ritorno alla teoria dei gradi di diligenza, vi hanno letto un invito al giudice ad attenuare la responsabilità diminuendo il *quantum* risarcitorio, in analogia con la disciplina prevista in tema di *negotiorum gestio* dall'art. 2030 cod. civ.<sup>110</sup>. Simile interpretazione è stata però smentita dalla giurisprudenza e incontra l'obiezione per cui il principio generale vigente in materia di responsabilità è quello dell'integrale riparazione: là dove il legislatore ha voluto consentire al giudice di derogarvi, lo ha fatto espressamente; si pensi, appunto, all'appena citato art. 2033 cod. civ.<sup>111</sup>.

Sembra dunque più verosimile considerare le disposizioni in esame come clausole legali di esonero da responsabilità, assimilabili quanto al contenuto a quelle convenzionali previste dall'art. 1229 del codice<sup>112</sup>.

portamento più o meno qualificato discende dalla natura stessa dell'attività cfr., inoltre, U. NATOLI, *Op. ult. cit.*, p. 92.

<sup>110</sup> La tesi è sostenuta da M. ZANA, *Op. ult. cit.*, *passim*, in particolare p. 37. In sintesi, il ragionamento dell'Autore può essere così ricostruito: la valutazione meno rigorosa della responsabilità non si traduce in un'attenuazione del livello di diligenza richiesto nell'esecuzione della prestazione; per coerenza non può neppure tradursi in un'attenuazione del giudizio sulla colpa del debitore; già la dottrina francese aveva interpretato alcune disposizioni del *code civil*, riprese alla lettera dal codice civile del 1865, nel senso di comportare una diminuzione del *quantum* risarcitorio; le norme in esame sul deposito e il mandato hanno lo stesso fondamento dell'art. 2030 cod. civ. in tema di *negotiorum gestio*, il quale prevede espressamente che il minor rigore incida sulla quantificazione del danno; la Relazione n. 714 al codice civile spiega che «pure il mandatario gratuito deve prestare la diligenza del buon padre di famiglia, salvo al giudice di assolverlo dalla responsabilità per danni, quando sia incorso in una lieve negligenza scusabile», ma nulla dice di analogo con riguardo alla gestione di affari. Nello stesso senso A. DE MARTINI, *Deposito (dir. civ.)*, in *Nov. Dig. it.*, V, Torino, 1960, p. 513; U. NATOLI, *Op. ult. cit.*, pp. 123-124.

<sup>111</sup> In tal senso, tra le altre, Cass., 3 marzo 1980, n. 2200, in *Mass. Giur. it.*, 1980; Cass., 4 gennaio 1969, n. 11, cit.; Cass., 7 agosto 1962 n. 2437, *ivi*, 1962, n. 28; Cass., 9 luglio 1959, n. 2207, in *Rep. Foro it.*, 1959, voce «Mandato», n. 40; Cass., 12 febbraio 1952, n. 348, cit. In dottrina cfr. C.M. BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, in *Comm. c.c.* Scialoja e Branca, II edizione, Bologna-Roma, 1979, pp. 146-147, il quale osserva che nell'ordinamento non si trovano altre norme, eccezione fatta per quella da ultimo menzionata, in cui il legislatore abbia previsto una riduzione del *quantum* risarcitorio. Sull'integrale riparazione quale principio generale si vedano, *ex multis*, A. PINORI, *Il principio generale della riparazione integrale dei danni*, in *Contr. impr.*, 1998, p. 1945 ss., e G. VISINTINI, *Risarcimento del danno*, in *Tratt. dir. priv.* Rescigno, Milano, 1984, IX, p. 203 ss.

<sup>112</sup> A sostegno della tesi qui esposta si può citare la Relazione al Codice n. 559,

A tale conclusione qualcuno potrebbe obiettare che limitare la responsabilità in questo caso significa richiedere un grado inferiore di colpa e, correlativamente, di diligenza<sup>113</sup>. La replica è che, come già avvertivano i giuristi romani<sup>114</sup>, la specularità tra colpa e diligenza non

la quale ha chiarito che il minor rigore può anche essere stabilito convenzionalmente, come ammesso dall'art. 1229 cod. civ., pur entro i limiti ivi previsti. Rovescia l'impostazione del problema C. MENICHILO, *Clausole di irresponsabilità contrattuale*, Milano, 2008, pp. 69-70. Sostiene l'A. che non siano le clausole che appaiono come incidenti sulla diligenza a tradursi in clausole di esonero o limitazione di responsabilità, ma viceversa. Sulla base di tale assunto, l'A. giunge ad affermare che nelle ipotesi esaminate nel corpo del testo muta il parametro di diligenza richiesto per valutare l'esattezza della prestazione, essendo fissato ad un livello inferiore rispetto allo *standard* del buon padre di famiglia. In questa prospettiva, le norme in questione andrebbero lette come una deroga legale al combinato disposto degli artt. 1176 e 1218 cod. civ. L'argomento su cui si basa la tesi non convince del tutto: l'A. sostiene che «se la colpa, come criterio di imputazione, è valutata con minor rigore – considerato che la colpa è lo scarto tra il modello di comportamento del buon padre di famiglia e lo specifico comportamento tenuto dal debitore – si deve supporre che anche il comportamento da tenere in sede di adempimento sia soggetto ad uno *standard* di diligenza inferiore». Aggiunge l'A. che «se si ragionasse diversamente, ossia ritenendo che il debitore sia comunque tenuto all'ordinaria diligenza, non si spiegherebbe la ragione per cui la responsabilità è limitata». In realtà, dovrebbe proprio essere la premessa per cui la colpa è semplicemente uno scarto dalla diligenza dell'art. 1176 cod. civ. a far propendere per l'identificazione del contenuto dell'obbligo con la diligenza del buon padre di famiglia.

<sup>113</sup> Ritengono che la valutazione «con minor rigore» della condotta debitoria, in coincidenza con il carattere gratuito della prestazione, si risolva in uno spostamento dell'*an* della responsabilità ad un livello inferiore rispetto alla colpa lieve L. BARASSI, *Teoria generale dell'obbligazione*, cit., III, p. 25; A. DE CUPIS, *Il danno*<sup>2</sup>, cit., p. 164; F.M. DOMINÈDÒ, *Mandato (dir. civ.)*, in *Nov. Dig. it.*, X, Torino, 1964, p. 125; G. MIRABELLI, *Dei singoli contratti*, cit., p. 576. Nello stesso senso, in giurisprudenza, Cass., 4 gennaio 1969, n. 11, in *Rep. Giust. civ.*, 1969, voce «Mandato e rappresentanza», nn. 27 e 28; App. Bari, 27 marzo 1964, *ivi*, 1965, voce cit., n. 26; Cass., 12 maggio 1952, n. 1355, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1952, II, 1, p. 603, con nota di S. PARMIGIANI, *Appaltatore-depositario e perimento della cosa*; Cass., 12 febbraio 1952, n. 348, *ivi*, I, 1952, p. 469. Non è mancato in dottrina chi ha sottolineato che una valutazione meno rigorosa nel senso sopra specificato «suppone necessariamente una meno rigorosa misura, oltre che della responsabilità, della diligenza (almeno da un punto di vista quantitativo)». Così C.A. FUNAIOLI, *Deposito, sequestro convenzionale, cessione dei beni ai creditori*, in *Tratt. dir. civ.* Grosso e Santoro-Passarelli, Milano, 1961, p. 63, n. 20.

<sup>114</sup> Già per i giuristi delle scuole postclassiche, la diligenza – che, considerata in negativo, era l'antitesi della colpa – non si risolveva in tale contrapposizione, ma presentava un polo positivo, nella misura in cui rappresentava lo *standard* di condotta al quale il debitore doveva conformarsi, il criterio per determinare l'oggetto dell'obbligazione. Cfr. Dig. 19, 2, 25, 7 *culpa autem abest, si omnia facta sunt quae di-*

è perfetta, giacché la prima è solo criterio di imputazione della responsabilità, mentre la seconda, seppur *ex post*, è anche misura del contenuto della prestazione dovuta dal debitore<sup>115</sup>. Se così è, il man-

*ligentissimus quisque observaturus fuisset*; Dig. 18, I, 68 pr.; Dig. 19, I, 54 pr.; Dig., 10, 2, 25, 16; Dig. 13, 6, 18 pr.; Dig. 13, 7, 13, I-13, 7, 14; Dig. 17, 2, 72 (= Inst. 3, 14, 4) *socius socio culpa nomine tenetur, id est desidiaae atque negligentiae, culpa autem non ad exactissimam diligentiam dirigenda est, etc.* Il concetto di colpa e quello di diligenza non erano dunque perfettamente coincidenti, al punto che alcuni autori li ascrivevano ad epoche diverse. Secondo E. BETTI, *Istituzioni di diritto romano*, II, 1, Padova, 1960-1962, § 163, pp. 344, 355 e 384 ss. il termine colpa era già in voga presso i giuristi classici, ma questi la intendevano nel senso che l'evento impossibilitante rientrava nella sfera del debitore; sostiene invece V. ARANGIO-RUIZ, *Responsabilità contrattuale in diritto romano*<sup>2</sup> (rist.), Napoli, 1958, p. 29 ss., che il concetto di colpa sia stato introdotto dai maestri delle scuole postclassiche orientali, cui si sarebbero poi aggiunti i compilatori giustiniani interpolando nelle fonti anche il parametro della diligenza. D'altronde, come osserva attenta dottrina, se essi si fossero davvero stati antiteticamente equivalenti, i compilatori ne avrebbero probabilmente eliminato uno dei due. In tal senso F. CANCELLI, *Diligenza (dir. rom.)*, cit., p. 525; F.M. DE ROBERTIS, «*Culpa et diligentia*» nella compilazione giustiniana, in *Studi in onore di E. Betti*, II, Milano, 1962, pp. 349-362.

<sup>115</sup> Sulla doppia natura della diligenza si aderisce alla tesi sostenuta da autorevole dottrina e dalla prevalente giurisprudenza. In dottrina cfr. C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 4. *L'obbligazione*, cit., p. 90; U. BRECCIA, *Le obbligazioni*, in *Tratt. dir. priv.* Iudica e Zatti, Milano, 1991, p. 238 ss.; G. D'AMICO, *Negligenza*, cit., p. 25 ss.; G. CATTANEO, *La responsabilità del professionista*, Milano, 1958, p. 51. *Contra* cfr., tra gli altri, U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, cit., p. 47 e S. RODOTÀ, *Diligenza (dir. civ.)*, cit., p. 542, il quale circoscrive il ruolo della diligenza a quello di solo parametro di imputazione della responsabilità. In giurisprudenza cfr., dalla più recente, Cass., 16 giugno 2014, n. 13640, in *CED Cassazione*; Cass., 29 luglio 2004, n. 14488, in *Corr. giur.*, 2004, p. 1437, con nota di A. LISERRE, *Mancata interruzione della gravidanza e danno da procreazione*; in *Danno resp.*, 2004, p. 379, con nota di M. FEOLA, *Essere o non essere: la Corte di Cassazione e il danno prenatale*; in *Dir. giust.*, 2004, p. 9, con nota di M. ROSSETTI, *Danno da nascita indesiderata: la Suprema Corte mette i paletti*; in *Fam. dir.*, 2004, p. 559, con nota di G. FACCI, *Wrongful life: a chi spetta il risarcimento del danno?*, in *Foro it.*, 2004, I, c. 3327, con nota di A. BITETTO, *Il diritto a «nascere sani»*; in *Giust. civ.*, I, p. 2403; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2005, p. 418; e in *Resp. civ. prev.*, 2004, p. 1348; Cass., 4 novembre 2003, n. 16525, in *Foro it.*, 2004, I, c. 779; Cass., 28 gennaio 2003, n. 1228, in *Riv. not.*, 2003, p. 1234 ss.; Cass., 16 febbraio 2001, n. 2335, in *Resp. civ. prev.*, 2001, p. 580 ss.; Cass., 10 maggio 2000, n. 5945, in *Dir. giust.*, 2000, p. 19 ss.; Cass., 15 giugno 1999, n. 5946, in *Riv. not.*, 1999, p. 136 ss.; Cass., 19 maggio 1999, n. 4852, in *Resp. civ. prev.*, 1999, p. 995 ss.; Cass., 22 gennaio 1999, n. 589, in *Corr. giur.*, 1999, p. 441 ss., con nota di A. DI MAJO, *L'obbligazione senza prestazione approda in Cassazione*; e in *Resp. civ. prev.*, 1999, p. 652 con nota di M. FORZIATI, *La responsabilità contrattuale del medico dipendente: il «contratto sociale» conquista la Cassazione*; Cass., 27 luglio 1998, n. 7336, in *Resp. civ. prev.*, 1999, p. 996 ss.

datario e il depositario gratuito devono osservare, né più né meno, la diligenza del buon padre di famiglia, mentre il «minor rigore» imporrà di assolvere il debitore che non si sia significativamente discostato da tale parametro<sup>116</sup>.

Lo stesso discorso vale, *mutatis mutandis*, per l'art. 789 cod. civ., il quale limita la responsabilità del donante per inadempimento o ritardo nell'eseguire la donazione ai casi di dolo o colpa grave, e per l'art. 2236 cod. civ., il quale limita a tali criteri la responsabilità del professionista chiamato ad affrontare problemi tecnici di speciale difficoltà<sup>117</sup>. Anche qui si tratta di clausole legali di esonero da responsabilità, nella specie per colpa lieve. La colpa è lieve nella misura in cui lo scarto che si è verificato tra il comportamento del debitore e le regole proprie della *lex artis* di riferimento è minimo; mentre è grave quando lo scarto è significativo e grossolano. Non a caso è

<sup>116</sup> Accoglie questa impostazione la giurisprudenza, nella misura in cui fa sempre riferimento alla diligenza del buon padre di famiglia. Così Cass., 4 gennaio 1969, cit., che ha dichiarato la responsabilità di un mandatario a titolo gratuito per aver provocato, a carico del mandante, «un onere di spesa che si sarebbe potuto evitare impiegando una diligenza da considerarsi normale in relazione alla natura dell'incarico e ad ogni altra circostanza del caso»; Cass., 12 febbraio 1952, n. 348, cit., la quale ha chiarito che «l'obbligazione del depositario, anche se trattasi di deposito gratuito, rimane quella di custodire la cosa ricevuta, usando la diligenza del buon padre di famiglia» e che «qualunque valutazione meno rigorosa della diligenza normale non può giungere ad escludere del tutto la responsabilità per colpa lieve, e ne consegue che tale esclusione non è possibile quando la responsabilità derivi da colpa grave»; Cass., 9 luglio 1959, n. 2207, in *Rep. Giust. civ.*, 1959, voce «Mandato e rappresentanza», n. 23 e Cass., 7 agosto 1962, n. 2437, in *Mass. Giust. civ.*, 1962, p. 1160, le quali hanno ritenuto iniquo far gravare sul mandatario una colpa «di entità trascurabile nell'esecuzione dell'incarico ricevuto»; App. Trieste, 22 maggio 1957, in *Giust. civ.*, 1957, I, p. 2003, secondo la quale «il minore rigore, previsto nell'art. 1768 cod. civ. per il deposito gratuito, non consente un giudizio di sufficiente diligenza nei confronti del depositario che abbia provveduto a denunciare al depositante la perdita della detenzione circa nove mesi dopo il fatto dal quale derivò la perdita stessa, anche se detto ritardo possa in parte attribuirsi alle difficoltà delle comunicazioni nei primi mesi del dopoguerra».

<sup>117</sup> Sulla responsabilità del donante cfr., tra gli altri, B. BIONDI, *Le donazioni*, in *Tratt. dir. civ.* Vassalli, Torino, 1961; G. BALBI, *La donazione*, in *Tratt. dir. civ.* Grosso e Santoro Passarelli, Milano, 1964; L. GARDANI CONTURSI LISI, *Delle donazioni*, in *Comm. c.c.* Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1976; G. AZZARITI, *Le successioni e le donazioni*, Napoli, 1990; U. CARNEVALI, *Le donazioni*, in *Tratt. dir. priv.* Rescigno, 6, II, 2<sup>a</sup> ed., Torino, 1997; A. TORRENTE, *La donazione*, a cura di Carnevali e Mora, in *Tratt. dir. civ. comm.* Cicu e Messineo, 2<sup>a</sup> ed., Milano, 2006; G. STELLA, *L'inadempimento del contratto di donazione*, in *Tratt. succ. don.* Bonilini, VI, Milano, 2009; e L. GHIDONI, *sub art. 789*, in *Comm. c.c.* Gabrielli, Torino, 2014.

proprio intorno all'individuazione di tale scarto – oltre che alla definizione di speciale difficoltà – che ruotano le controversie in cui entra in gioco la norma da ultimo citata<sup>118</sup>.

Dal quadro sin qui illustrato emergono due elementi. Il primo è, ancora una volta, la constatazione di come ogni tipo contrattuale sia connotato dalle proprie obbligazioni essenziali e il concreto atteggiarsi di queste implichi l'assunzione di determinati rischi propri di quel particolare tipo e non di altri (ad esempio il rischio del furto ricorre ogniqualvolta sussiste un'obbligazione di custodia). Ogni causa tipica realizza un proprio assetto di interessi e li compone, li bilancia a modo suo, e di questo bilanciamento occorre tener conto anche in sede di giudizio di responsabilità (ecco che, per esempio, nei contratti gratuiti quest'ultima viene attenuata).

Il secondo elemento è la definizione di colpa grave in termini di significativo scarto del comportamento concretamente tenuto dal debitore rispetto alla condotta dovuta. Sotto questo profilo, ricadono nel divieto dell'art. 1229 cod. civ. quelle clausole che rendono immune il debitore dalle conseguenze di una grossolana inosservanza del canone di comportamento dovuto e la misura dello scarto tollerato dipenderà dal tipo di attività oggetto dell'obbligazione e dal suo livello di difficoltà. Nelle prestazioni di fare tale misura dipenderà anche dalle qualità soggettive del debitore e dalla circostanza che ne abbia informato il creditore; ma di questo si parlerà in apposita sede.

<sup>118</sup> In assenza di una nozione legislativa di colpa grave, la giurisprudenza l'ha definita vuoi come la macroscopica divergenza tra il comportamento tenuto dal debitore ed il minimo di diligenza richiesta dalla natura del rapporto obbligatorio (Corte dei Conti, 4 agosto 1999, n. 246/A, in *Riv. della Corte dei Conti*, 1999, II, 6, p. 73); vuoi come «il comportamento di colui che agisce con straordinaria e inescusabile imprudenza e che omette di osservare non solo la diligenza media del buon padre di famiglia ma anche quel grado minimo ed elementare di diligenza che tutti osservano». Così Cass., 21 aprile 1977, n. 1476, in *Rep. Foro it.*, 1977, voce *Danni in materia civile*, n. 54; Cass., 29 ottobre 1970, n. 2260, in *Mass. Giust. civ.*, 1970, p. 1177. Cfr. inoltre C.M. BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, cit., p. 410, e P. FORCHIELLI, *Colpa*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1998, p. 4, secondo cui la colpa grave implica una negligenza «macroscopica, imperdonabile». In dottrina identificano la colpa grave con la mancanza di quella diligenza minima che è propria della maggioranza degli uomini, in particolare, V. POLACCO, *Le obbligazioni*, cit., p. 403; e P.G. MONATERI, *La responsabilità civile*, cit., p. 103.

7. *Il concetto di inadempimento derivante dalla violazione di norme di ordine pubblico: il problema dell'esonero da responsabilità aquiliana*

In aggiunta al dolo e alla colpa grave, l'art. 1229 cod. civ. prevede un ultimo limite alla validità del patto di esonero dalla responsabilità: questo non può mai riguardare casi in cui il fatto del debitore o dei suoi ausiliari costituisca violazione di norme di ordine pubblico. Il limite è previsto dal comma secondo dell'art. 1229 cod. civ., ma in realtà l'accertamento del suo rispetto è pregiudiziale a qualsiasi indagine circa il superamento o meno della soglia del dolo o della colpa grave prevista dal comma primo: se il patto limita o esclude la responsabilità del debitore per violazione di una norma di ordine pubblico, sarà nullo in radice, senza che vi sia spazio per alcun intervento correttivo.

Quando il patto è formulato in modo valido, si tratterà di verificare se l'inadempimento del debitore si sia concretato nella violazione di norme di ordine pubblico. In quest'ultimo caso, il debitore risponderà integralmente dell'inadempimento anche per colpa lieve, cioè, in base alle conclusioni cui si è giunti nel paragrafo precedente, anche se lo scarto tra la condotta stabilita nella norma di ordine pubblico e la condotta da lui concretamente tenuta è stato soltanto minimo. La colpa che viene qui in gioco è una colpa specifica, giacché si concreta nella violazione di regole cautelari esplicitate in norme, ed è in un certo senso rafforzata, in quanto non deve trattarsi semplicemente di norme imperative, ma di norme di ordine pubblico.

Com'è facile intuire, ferma l'identificazione dell'ordine pubblico interno con l'insieme dei principi fondamentali etico-sociali di cui la comunità avverte l'esigenza in un dato periodo storico<sup>119</sup>, il problema

<sup>119</sup> Cfr. G.B. FERRI, *Ordine pubblico, buon costume e la teoria del contratto*, Milano, 1967; ID., *Ordine pubblico*, in *Enc. dir.*, XXX, Milano, 1980; ID., *L'ordine pubblico economico*, in *Saggi dir. civ.*, Rimini, 1983; ID., *L'ordine pubblico*, in *Riv. dir. comm.*, 1963; A. CATADELLA, *Il richiamo all'ordine pubblico ed il controllo di meritevolezza come strumenti per l'incidenza della programmazione economica sull'autonomia privata*, in *Scritti sui contratti*, Padova, 1998; A. GUARNIERI, *Ordine pubblico*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., XIII, Torino, 1995; e F. MACIOCE, *Ordine pubblico e autodeterminazione*, Torino, 2010. Sulla nozione di ordine pubblico costituzionale v. P. PERLINGIERI, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Cernusco-Napoli, 1972, p. 14.

sollevato dal comma in esame è proprio quello del *discrimen* tra semplici norme imperative e norme che sono anche poste a tutela dell'ordine pubblico, questione che non è dato risolvere *a priori* e su cui non avrebbe dunque senso indugiare<sup>120</sup>. Più utile è invece soffermarsi sulle singole ipotesi che hanno dato luogo a dubbi circa l'ammissibilità del patto di esonero in relazione al limite in esame.

La prima è quella dell'esonero da responsabilità extracontrattuale. Come si è già avuto modo di sottolineare, la collocazione sistematica dell'art. 1229 cod. civ. rende inequivocabile l'applicabilità della norma non solo ai patti che limitano o escludono la responsabilità

<sup>120</sup> L'esempio che si suole addurre di clausola di esonero contraria al comma secondo dell'art. 1229 cod. civ. è quello del patto che limita o esclude la responsabilità dell'appaltatore per rovina di edificio ai sensi dell'art. 1669 cod. civ. L'orientamento consolidato della Cassazione motiva l'assunto argomentando che tale figura di responsabilità presuppone sì un rapporto contrattuale, ma presenta natura extracontrattuale, in quanto è posta a tutela di un interesse generale ed è «sancita dalla legge al fine di promuovere la stabilità e la solidità degli edifici e delle altre cose immobili destinate per loro natura a lunga durata e di tutelare, soprattutto, l'incolumità personale dei cittadini». Nel senso della natura aquiliana della responsabilità, dalla più recente, Cass., Sez. Un., 3 febbraio 2014, n. 2284, in *Foro it.*, 2014, I, c. 2178; Cass., 31 gennaio 2008, n. 2313, in *CED Cassazione*; Cass., 10 settembre 2002, n. 13158, in *Dir. giust.*, 2002, 36, p. 73; Cass., 2 ottobre 2000, n. 13003, in *Urb. app.*, 2000, p. 1305; Cass., 7 gennaio 2000, n. 81, in *Giur. it.*, 2000, p. 977; e in *Giust. civ.*, 2001, 1, p. 2514, la quale afferma espressamente che la responsabilità in questione non può essere rinunciata né limitata da particolari pattuizioni dei contraenti; Cass., 28 novembre 1998, n. 12106, in *Corr. giur.*, 1999, p. 36; Cass., 15 luglio 1996, n. 6393, in *Arch. civ.*, 1997, p. 169 ss.; e in *App. urb. ed.*, 1997, p. 173 ss.; Cass., 27 agosto 1994, n. 7550, in *Giur. it.*, 1995, I, p. 375; Cass., 9 gennaio 1990, n. 8, in *Sett. giur.*, 1990, II, p. 286; Cass., 23 dicembre 1987, n. 9635, in *Riv. giur. ed.*, 1988, I, p. 325; Cass., 11 novembre 1986, in *Arch. civ.*, 1987, p. 146 ss.; Cass., 8 novembre 1985, n. 5463, in *Sett. Giur.*, 1986, II, p. 110; Cass., 6 novembre 1981, n. 5861, in *Mass. Foro it.*, 1981, voce *Appalto*. Contraria al predetto orientamento è la dottrina prevalente, la quale sostiene la natura contrattuale della responsabilità in questione e nega che la norma abbia il fine diretto di tutelare un interesse pubblico. Così V.M. COSTANZA, *Perimento e deterioramento dell'opera*, in *Enc. dir.*, XXXIII, Milano, 1983, p. 69; C. GIANNATTASIO, *L'appalto*, in *Tratt. dir. civ. comm.* Cicu e Messineo, Milano, 1967, p. 212; F. MARINELLI, *La responsabilità dell'appaltatore ex art. 1669 c.c.: un'ipotesi di responsabilità oggettiva*, in *Giust. civ.*, 1983, I, p. 948; D. RUBINO, G. IUDICA, *Dell'appalto*, in *Comm. c.c. Scialoja e Branca, sub artt. 1655-1677*, Bologna-Roma, 1992, p. 424; D. RUBINO, E. MOSCATI, *L'appalto*, in *Tratt. dir. civ. it.* Vassalli, Torino, 1980, p. 579. *Contra*, cfr. O. CAGNASSO, *Appalto nel diritto privato*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. comm., I, Torino, 1987, p. 174. Merita di essere segnalata la tesi (isolata) di un Autore, il quale ritiene che la responsabilità in parola sia di natura mista, contrattuale tra le parti ed aquiliana nei confronti dei terzi. Così B. PAGLIARA, *La responsabilità per rovina e difetti di cose immobili*, in *Dir. prat. assicur.*, 1980, p. 221.

del debitore la cui obbligazione deriva da un contratto, ma anche del debitore la cui obbligazione deriva da un fatto illecito. Nel primo caso, l'obbligazione su cui il patto interviene potrà essere di dare, di fare o di non fare, nel secondo caso l'obbligazione sarà necessariamente quella risarcitoria.

Che l'obbligazione risarcitoria possa essere oggetto di negoziazione una volta sorta, cioè possa essere esclusa o limitata a seguito di una transazione o della rinuncia all'azione di responsabilità da parte del creditore pare fuor di dubbio<sup>121</sup>. Questo, come è stato affermato in più occasioni dalla giurisprudenza, anche quando il risarcimento derivi dalla lesione di un interesse indisponibile e strettamente personale, come quello alla vita<sup>122</sup>. Ciò che invece ricade nel divieto dell'art. 1229 cod. civ. è il patto con cui venga esclusa la responsabilità aquiliana o ne vengano limitate le conseguenze prima che il fatto illecito si sia verificato.

L'ipotesi è tutt'altro che infrequente nella prassi. Si pensi in primo luogo a quelle clausole di esonero, comunemente definite "omnicomprensive", ricorrenti soprattutto nei contratti di appalto, con cui un contraente limita o esclude la responsabilità dell'altro per even-

<sup>121</sup> Cfr. P. CHIRONI, *La colpa nel diritto civile odierno. Colpa extracontrattuale*, II, Torino, 1906, p. 588.

<sup>122</sup> Lo si desume dalla giurisprudenza più recente, la quale ha ritenuto il divieto di cessione dei crediti strettamente personali di cui all'art. 1260 cod. civ. inapplicabile anche alle ipotesi del risarcimento del danno morale o biologico terminale e del danno catastrofale e ha dunque sancito la trasmissibilità del diritto tanto *jure hereditatis* quanto *inter vivos*. Così Cass., 3 ottobre 2013, n. 22601, in *Contratti*, 2014, 1, p. 64; in *Corr. giur.*, 2014, p. 1232, con nota di G. GENOVESI, *La cessione del credito risarcitorio del danno non patrimoniale*; in *Foro it.*, 2014, p. 876; e in *Vita not.*, 2014, 1, p. 291. Nella motivazione della sentenza si legge quanto segue: «atteso che come da tempo chiarito anche in dottrina la natura (patrimoniale o non patrimoniale) del diritto va tenuta distinta dalla natura (patrimoniale o non patrimoniale) del danno; e considerato che da epoca ormai risalente questa Corte ha posto in rilievo come l'obbligazione risarcitoria sia autonoma rispetto al titolo da cui essa scaturisce [...], sicché altro è la natura strettamente personale dell'interesse leso (salute) e altro è il diritto (o anche la mera ragione) di credito al relativo ristoro (nella giurisprudenza di legittimità si è altresì riconosciuto che la transazione in ordine al risarcimento dei danni subiti in conseguenza di lesioni personali, con la relativa quantificazione dell'ammontare, determina la trasformazione del diritto personale alla integrità fisica in un diritto patrimoniale sulla somma...), le suindicate esigenze sottese alla disciplina del credito alimentare invero non sussistono in ordine al diritto (o alla ragione) di credito al risarcimento del danno non patrimoniale, non ponendosi relativamente ad esso la questione della tutela dell'interesse del debitore a non dover soddisfare la pretesa di soggetto diverso da quello accettato come creditore».

tuali danni che l'adempimento delle obbligazioni ivi pattuite potrebbe cagionare a sé o a terzi estranei al contratto<sup>123</sup>. Oppure si pensi a quelle clausole, spesso nominate nel linguaggio comune "liberatorie", con cui un soggetto che svolge un'attività intrinsecamente dotata di un certo grado di rischio si esonera nei confronti degli utenti dalla relativa responsabilità. Tra i casi affrontati dalla giurisprudenza vi è quello del gestore di un maneggio che fa sottoscrivere all'aspirante allieva una dichiarazione in cui la medesima attesta di essere fisicamente idonea all'attività, di aver visionato e reputato adeguate le attrezzature e di esonerare il titolare e l'istruttore da ogni responsabilità per i danni che avrebbero potuto derivarle o che ella avrebbe potuto cagionare a terzi durante l'esercizio dell'attività<sup>124</sup>.

Questi patti pongono un duplice problema: da un lato quello dell'ammissibilità, giacché, ove si ritenesse che il *neminem laedere* sia sempre precetto di ordine pubblico, dovrebbe reputarsi tale l'intera disciplina della responsabilità extracontrattuale e dunque qualunque patto volto a limitarla o escluderla dovrebbe dichiararsi nullo ai sensi dell'art. 1229 cod. civ., comma secondo; dall'altro quello dell'effica-

<sup>123</sup> Affronta il tema G. PONZANELLI, *Le clausole di esonero dalla responsabilità civile*, Milano, 1984, pp. 248-249. In giurisprudenza cfr. innanzitutto Cass., Sez. Un., 14 ottobre 1980, n. 5496, in *Giust. civ.*, 1981, p. 537, con nota di G. ZUDDAS, *Sul cosiddetto principio di relatività nel negozio*. Nello stesso senso, cfr. Cass., 17 febbraio 2012, n. 2363, in *Arch. loc.*, 2012, p. 398; e in *Dir. giust.*, 22 febbraio 2012, con nota di D. PALOMBELLA, *Il condominio non risponde dei danni se l'appaltatore non apre l'ombrello*, la quale afferma quanto segue: «La clausola di un contratto di appalto con cui si specificò che tutti i danni che i terzi dovessero subire dall'esecuzione delle opere sono a totale ed esclusivo carico dell'appaltatore, rimanendone indenne il committente, non può essere dal committente medesimo invocata, quale ragione di esenzione della propria responsabilità, nei confronti del terzo che anche contro quest'ultimo abbia promosso azione di responsabilità extracontrattuale per ottenere il risarcimento del danno occorsogli per effetto di quei lavori, atteso che la clausola stessa, alla stregua dei principi generali sull'efficacia del contratto fissati dall'art. 1372 cod. civ., è suscettibile di operare esclusivamente nei rapporti tra i contraenti e non può vincolare il terzo a dirigere verso l'una anziché verso l'altra parte contraente la pretesa nascente dal fatto illecito occasionato dall'esecuzione del contratto».

<sup>124</sup> Cfr., a titolo di esempio, Cass., 19 giugno 2008, n. 16637, in *Giust. civ.*, I, 2009, p. 2750; e in *Guida dir.*, 2008, p. 38. Nel caso di specie, durante una lezione di equitazione presso il maneggio, alla presenza di due istruttori, l'allieva era stata colpita alla caviglia dallo zoccolo di un cavallo che seguiva immediatamente nella fila quello da lei cavalcato. A seguito dell'incidente, l'allieva aveva riportato danni al perone, cui era conseguita un'inabilità temporanea e permanente valutata in sette punti percentuali.

cia, visto che coinvolgono non soltanto interessi delle parti del patto, ma anche interessi facenti capo ai potenziali terzi danneggiati.

Cominciando dal primo problema, la dottrina si era già interrogata in merito prima dell'entrata in vigore del codice attuale, quando, come si è detto, mancava una norma analoga all'art. 1229 cod. civ. Alcuni ritenevano che un patto di esonero dalla responsabilità aquiliana sarebbe sempre contrario alla «morale pubblica»: per l'ordinamento, infatti, sarebbe risultato contraddittorio reprimere le condotte illecite e però allo stesso tempo consentire ad un privato di mettere «la sua legge speciale del contratto al di sopra della norma generale, e derogarvi»<sup>125</sup>. Altri, invece, ammettevano il patto quando riguardava casi di responsabilità per fatto altrui o degli animali, o altri casi di responsabilità strettamente oggettiva. Lì, si osservava, mancherebbe la colpa dell'agente e dunque verrebbe meno il carattere inderogabile della responsabilità, in quanto il fine perseguito dalla legge sarebbe soltanto la «rispondenza o garanzia pura e semplice, senza obbligo o garanzia del responsabile»<sup>126</sup>.

Entrambi gli approcci si prestano ad una serie di critiche. Qualificare l'art. 2043 cod. civ., *tout court*, come norma di ordine pubblico pare eccessivamente ed ingiustificatamente limitativo dell'autonomia contrattuale, giacché non tutte le regole cautelari violate dalla condotta illecita e non tutti gli interessi la cui lesione si concreta in un danno ingiusto ai sensi della norma sono qualificabili come di ordine pubblico.

Si pensi alla lesione del diritto di credito da parte di un terzo, ipotesi ormai pacificamente riconosciuta come soggetta alla tutela aquiliana<sup>127</sup>. Qui l'interesse protetto è il medesimo tutelato dalla respon-

<sup>125</sup> In questo senso P. CHIRONI, *La colpa nel diritto civile odierno. Colpa extra-contrattuale*, cit., p. 588; G. PACCHIONI, *Diritto civile italiano*, parte seconda, IV, *Dei delitti e quasi delitti*, Padova, 1940, p. 182 ss. Particolarmente interessante risulta l'osservazione di un Autore – su cui si tornerà anche *infra* nel corpo del testo – per cui l'esonero da responsabilità aquiliana è in linea di principio inammissibile, ma nel momento in cui le parti ne prevedono una disciplina pattizia “contrattualizzano” in un certo senso la fattispecie, rendendo così impossibile qualificare ancora la responsabilità come aquiliana. L'Autore è A. D'ALTILIA, *Validità ed effetti delle clausole esonerative da responsabilità*, Napoli, 1937, pp. 48-51.

<sup>126</sup> G. PACCHIONI, *Op. ult. cit.*, pp. 184-185.

<sup>127</sup> Cass., Sez. Un., 12 novembre 1988, n. 6132, in *Giust. civ.*, 1988, I, p. 2818 ss., con nota di P. MALFAITI LETTA, *In tema di tutela aquiliana del diritto di credito del datore di lavoro per l'invalidità temporanea del dipendente causata da terzi*;

sabilità contrattuale, quello del creditore ad ottenere dal debitore l'adempimento della prestazione che gli è dovuta; quel che impone il ricorso all'art. 2043 cod. civ. in luogo dell'art. 1218 cod. civ. è soltanto il fatto che l'autore della lesione non è il debitore, ma un soggetto estraneo rispetto al rapporto contrattuale. Ora, se l'ordinamento ammette un patto di esclusione o limitazione della responsabilità contrattuale entro limiti dettati dall'art. 1229 cod. civ., perché non dovrebbe ammetterlo, entro gli stessi limiti, con riguardo alla responsabilità aquiliana posta a tutela del medesimo interesse?

Così, ad esempio, sarebbe lecito un patto stipulato tra una società calcistica e un'impresa edile in cui quest'ultima limita o esclude la propria responsabilità per danni arrecati ai giocatori nell'esecuzione del contratto d'opera. Naturalmente, ai sensi dell'art. 1229 cod. civ., resterebbe ferma la responsabilità integrale dell'impresa edile nei confronti della società sportiva nel caso in cui la lesione del diritto di credito sia stata cagionata da una condotta dolosa o gravemente colposa, oppure da una condotta posta in essere in violazione di norme di ordine pubblico.

Sicuramente dovrà reputarsi contraria all'art. 1229 cod. civ., comma secondo, un'esclusione in blocco della responsabilità aquiliana come quella contenuta nelle citate clausole "omnicomprensive", salva la possibilità di ricondurre la clausola entro i limiti consentiti dalla legge

e in *Foro it.*, 1989, I, p. 742 ss., con note di R. PARDOLESI e A. DI MAJO, *Ancora sulla lesione aquiliana del credito e sul danno del datore di lavoro per invalidità del dipendente*; D. POLETTI, *Un'ipotesi autentica di lesione del diritto di credito da parte di terzi: il danno del datore di lavoro per l'invalidità procurata al dipendente*; e in *Giur. it.*, 1989, I, 1, p. 994 ss., con nota di L. DE SANCTIS, *Invalidità temporanea del lavoratore e risarcimento del danno al datore di lavoro*; e in *Resp. civ. prev.*, 1989, p. 612 ss., con nota di F. CHIAVEGATTI, *Sull'entità del danno risarcibile al datore di lavoro in seguito ad invalidità temporanea del dipendente causata da terzi*; e in *Nuova giur. civ. comm.*, 1989, I, p. 439 ss., con nota di P. PETRELLI; e in *Corr. giur.*, 1989, p. 47 ss. con nota di M. DI RUOCCO; e in *Arch. civ.*, 1989, p. 267; nonché in *Riv. dir. comm.*, 1989, II, p. 377 ss. In senso contrario, la dottrina più risalente - cfr. A. FEDELE, *Il problema della responsabilità del terzo per pregiudizio al diritto di credito*, Milano, 1954, p. 205 ss.; G. GENTILE, *Danno alla persona*, in *Enc. dir.*, XI, Milano, 1962, p. 660; A. DE CUPIS, *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*, 3, II, Milano, 1979, p. 94 ss. - salva la posizione più mite di A. MONTEL, *Ancora in tema di diritto dell'imprenditore contro chi gli ha provocato la morte del suo dipendente*, in *Riv. dir. sport.*, 1954, p. 236 ss.; e ID., *Casi pratici in materia di responsabilità e di danno*, Padova, 1955, p. 8 ss. Per una ricostruzione del dibattito, cfr. F.D. BUSNELLI, *La lesione del credito da parte di terzi*, Milano, 1964, p. 155 ss.

per mezzo dell'interpretazione conservativa *ex art.* 1367 cod. civ. o della nullità parziale *ex art.* 1419 cod. civ., secondo quanto illustrato nel primo paragrafo. Nel caso in cui, invece, il patto sia volto ad escludere singole ipotesi di responsabilità, l'atipicità dell'illecito su cui si fonda il sistema delineato dal codice civile dovrebbe imporre una valutazione caso per caso della natura degli interessi protetti ed una conseguente valutazione casistica della validità di un patto di esonero dalla responsabilità<sup>128</sup>.

La necessità di tale valutazione non è scongiurata nei casi di responsabilità oggettiva. In alcuni casi, la stessa scelta del legislatore di far rispondere un soggetto in virtù della posizione che ricopre, indipendentemente dalla sua colpa, deve reputarsi di ordine pubblico. Si pensi all'ipotesi della responsabilità da prodotto difettoso, per cui l'art. 124 cod. cons. vieta espressamente qualsiasi limitazione o esclusione<sup>129</sup>.

<sup>128</sup> Propone quest'approccio F. GIARDINA, *Op. ult. cit.*, loc. ult. cit. Nel senso che occorre accertare caso per caso se il patto di esonero incida su interessi disponibili o indisponibili, però, v. già V. POLACCO, *Le obbligazioni nel diritto civile odierno*, cit., p. 471 ss.; C. FERRINI, *Danni (azione di)*, in *Enc. giur. it.*, IV, parte I, II, III, Milano, 1911, pp. 71-72. Più recentemente, U. BRECCIA, *Le obbligazioni*, cit., p. 620; L. CABELLA PISU, *Le clausole di esonero da responsabilità*, in *Tratt. dir. priv.* Rescigno, IX, Torino, 1984, p. 227; e G. PONZANELLI, *Le clausole di esonero dalla responsabilità civile*, cit., p. 285. Sul piano pratico – ammette la dottrina appena citata – non è facile individuare *a priori* le fattispecie dannose e le singole lesioni suscettibili di verificarsi, ma non è neppure impossibile, posto che in determinate attività le conseguenze pregiudizievoli risultano alquanto prevedibili. Prima dell'entrata in vigore del codice del consumo si soleva fare l'esempio della clausola accessoria ad un contratto di vendita con cui si esoneri il venditore dalla responsabilità relativa alla circolazione di un prodotto difettoso: così G. ALPA, *Costruzione di autoveicoli, clausole di esonero e responsabilità dell'impresa. Per una diversa lettura dell'art. 2054, ultimo comma, codice civile*, nota a Cass., 2 marzo 1973, n. 577, in *Giur. it.*, 1975, I, 1, p. 750 ss. Per altri esempi cfr. C. FERRINI, *Op. ult. cit.*, pp. 71-72; e G. PACCHIONI, *Op. ult. cit.*, p. 184.

<sup>129</sup> Nel senso che l'art. 124 cod. cons. non è una semplice norma imperativa ma una norma di ordine pubblico cfr. P. CENDON e F. DEVESCOVI, *Le clausole di esonero dalla responsabilità*, in G. ALPA, M. BIN, P. CENDON (a cura di), *La responsabilità del produttore*, in *Tratt. dir. comm. e dir. pubbl. economia* Galgano, Padova, 1989, p. 232 (gli Aa. sostengono la tesi con riguardo all'art. 12 d.P.R. 24 maggio 1988, n. 224, il quale però è sostanzialmente riprodotto dall'art. 124 cod. cons.). Alcuni traggono dall'art. 124 cod. cons. l'argomento per cui il patto di esonero da responsabilità aquiliana non potrebbe reputarsi *a priori* inammissibile: se lo fosse stato, il legislatore non si sarebbe premurato di vietarlo espressamente in un'ipotesi specifica come quella in esame. Così, ad esempio, F. GIARDINA, *La distinzione tra responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale*, in *Tratt. resp. contr.* Vissintini, I, *Inadempimento e rimedi*, p. 93. Altra dottrina ha ribaltato l'argomento,

In altri casi, occorrerà valutare da cosa è dipeso l'evento dannoso. Il *range* della responsabilità oggettiva è più ampio di quello della responsabilità per colpa, nel senso che l'agente risponde anche quando il danno non sia dipeso dalla violazione di una regola cautelare. In quest'ultima ipotesi, il patto di limitazione o esclusione della responsabilità dovrà reputarsi compatibile con l'art. 1229 cod. civ., comma secondo, e dunque valido ed efficace nei limiti dell'art. 1229 cod. civ., comma primo. Riprendendo l'esempio del maneggio, come affermato dalla giurisprudenza, il patto di esonero dalla responsabilità per danno cagionato da animali *ex art.* 2052 cod. civ., o da esercizio di attività pericolosa *ex art.* 2050 cod. civ., opererà solo quando l'infortunio dell'allieva non è dipeso dalla violazione di regole cautelari volte alla protezione della sua integrità fisica o comunque non è dipeso da altre condotte dolose o gravemente colpose imputabili al titolare o all'istruttore<sup>130</sup>.

Nei casi in cui il patto di limitazione o esclusione della responsabilità aquiliana risulta ammissibile, si pone, come si accennava all'inizio del paragrafo, l'ulteriore problema di quale effetto gli si debba attribuire nel caso in cui esso sia riferito ai danni cagionati da una delle parti a soggetti terzi rispetto al patto medesimo. Il principio di relatività degli effetti contrattuali o di intangibilità della sfera giuridica altrui esclude che il patto possa produrre qualsiasi effetto nei confronti dei terzi danneggiati che non abbiano preso parte alla sua formazione. In altre parole, i terzi potranno convenire in giudizio l'autore dell'illecito, senza che questi possa opporre loro il patto<sup>131</sup>.

Questo però non significa che il patto sia inutile e privo di conseguenze tra le parti. Innanzitutto, come si è prospettato nelle pagine precedenti, il patto può valere come esclusione o limitazione della responsabilità di una delle parti per la lesione del credito che l'altra vantava nei confronti del terzo danneggiato. Ove, invece, non inter-

sostenendo che l'espressa previsione di cui all'art. 124 cod. cons. fosse semplicemente una conferma dell'illiceità di una clausola di esonero da responsabilità aquiliana; salvo precisare, poco dopo, che tale illiceità si ha solo quando sono in gioco diritti indisponibili. In questo senso, per tutti, C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, Milano, 2006, p. 57.

<sup>130</sup> Cfr., per tutti, Cass., 19 giugno 2008, n. 16637, cit.; Trib. Pavia, 27 febbraio 2009, in *www.ilcaso.it*.

<sup>131</sup> Cfr. G. PONZANELLI, *Le clausole di esonero dalla responsabilità civile*, Milano, 1984, pp. 248-249. In giurisprudenza cfr. Cass., Sez. Un., 14 ottobre 1980, n. 5496, cit.; e Cass., 17 febbraio 2012, n. 2363, cit.

corra alcun rapporto di debito-credito tra il terzo danneggiato e i contraenti, come nel citato caso dell'esonero da responsabilità del maneggio per i danni che il cavallo arreca a terzi, il patto potrebbe essere interpretato come una clausola di manleva, cioè quella clausola con cui una parte si obbliga a tenere indenne l'altra dalle conseguenze risarcitorie dei danni che quest'ultima ha cagionato a terzi<sup>132</sup>. Per effetto del patto, il terzo potrà continuare ad avanzare le proprie pretese nei confronti del soggetto a favore del quale è stata pattuita la clausola di esclusione o limitazione della responsabilità omnicomprensiva, ma quest'ultimo potrà poi rivalersi sull'altro contraente.

#### 8. Segue: *il problema dell'esonero da responsabilità precontrattuale*

Il problema della compatibilità con l'art. 1229 cod. civ., comma secondo, si è posto non solo con riguardo ai patti di esonero dalla responsabilità aquiliana, ma anche con riguardo ai patti che escludono o limitano la responsabilità precontrattuale o per *culpa in contrahendo*. Questo non tanto per la possibile qualifica della responsabilità in questione come extracontrattuale, quanto piuttosto per il fatto che la disciplina degli artt. 1337 ss. cod. civ. ruota intorno alla clausola generale di buona fede, che viene generalmente considerata, nella sua unitarietà, come di ordine pubblico<sup>133</sup>.

Anche qui la prassi conosce numerose varianti del patto. In primo luogo, si rinvencono nella contrattualistica, soprattutto quella internazionale di matrice anglo-americana, patti che escludono in blocco e in modo generico la responsabilità precontrattuale: è il caso di quelle *entire agreement* o *merger clauses* con cui le parti escludono la rile-

<sup>132</sup> Per un contributo recente sul tema cfr. G.C. ADRIANO, *Patti di manleva e circolazione del costo del danno*, Assago, 2012.

<sup>133</sup> Per una riflessione più ampia sulla "doppia anima" della buona fede, si rinvia al paragrafo dedicato al potere delle parti di escludere l'integrazione del contratto. Sulla "costituzionalizzazione" della buona fede si veda nondimeno, sin d'ora e per tutte, Cass., Sez. Un., 15 novembre 2007, n. 23726, in *Danno resp.*, 2008, p. 996, con nota di F. FESTI, *Buona fede e frazionamento del credito in più azioni giudiziarie*; in *Foro it.*, 2008, I, c. 1514; in *Guida dir.*, 2007, 47, p. 28, con nota di M. FINOCCHIARO, *Una soluzione difficile da applicare nei futuri procedimenti di merito*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, I, p. 458 ss.; in *Resp. civ. prev.*, 2008, p. 1183; in *Riv. dir. civ.*, 2008, II, p. 335, con nota di T. DALLA MASSARA, *La domanda frazionata e il suo contrasto con i con i principi di buona fede e correttezza: il «ripensamento» delle Sezioni Unite*.

vanza interpretativa di quanto avvenuto nella fase della negoziazione del contratto e specificano che nessuna responsabilità potrà fondarsi sul comportamento da loro tenuto durante le trattative<sup>134</sup>.

In secondo luogo – ed è questa l'ipotesi più frequente – emergono dall'analisi della contrattualistica patti con cui le parti non escludono in blocco la responsabilità precontrattuale, ma si limitano ad intervenire su singole concretizzazioni della medesima, segnatamente sul recesso *ad nutum* dalle trattative e sulla violazione di obblighi informativi. Nella prima categoria si possono citare a titolo di esempio quelle clausole che la pubblica amministrazione è solita inserire nei bandi di gara relativi a contratti di appalto con cui si riserva la facoltà di interrompere o annullare in qualsiasi momento la gara sulla base di valutazioni discrezionali senza che i concorrenti possano vantare alcun diritto<sup>135</sup>.

Nella seconda categoria si possono citare quelle clausole, diffuse nella prassi commerciale internazionale con la denominazione di *acknowledgements* e nei bandi di gara emessi dalla pubblica amministrazione, con cui una o entrambe le parti danno atto di aver ricevuto tutte le informazioni essenziali per stipulare consapevolmente il contratto, oppure che la loro volontà non è stata viziata da alcun errore né influenzata in qualche modo da rappresentazioni ulteriori rispetto a quelle contenute nel contratto<sup>136</sup>; e le c.d. clausole di incontestabilità contenute nei contratti di assicurazione, con le quali l'assi-

<sup>134</sup> Cfr. M. FONTAINE e P. DE LY, *Drafting international contracts*, cit., p. 74 ss. e p. 134 ss. Quale esempio di clausola che incide sulla responsabilità precontrattuale si prenda il seguente: «*Except in the case of fraud, no party shall have any right of action against any other party to this Agreement arising out of or in connection with any pre-contractual statement*». Altro esempio è una clausola formulata in questi termini: «*Mündliche Nebenabsprachen zu diesem Vertrag bestehen nicht. Änderungen der Vereinbarung einschließlich der ihm beigefügten Anlagen bedürfen zu ihrer Wirksamkeit der Schriftform*». Sulle clausole in questione cfr., per un contributo recente ed esaustivo nella prospettiva dell'ordinamento italiano, M. FOGLIA, *Il contratto autoregolato. Le merger clauses*, Torino, 2015.

<sup>135</sup> Cfr., per tutti, TAR Lazio Roma, 14 ottobre 2004, n. 10952, in *Contr. stato enti pub.*, 2005, p. 59; e in *Dir. giust.*, 2005, p. 94, con nota di M. ALESIO, *Bandi di gara, nulla la clausola "si voluero". È contro i doveri di imparzialità e buona fede. Una sentenza contro "strane" postille molto usate negli atti degli enti*; e Cons. St., 6 ottobre 2010, n. 7334, in *Foro amm. Cons. St.*, 2011, p. 488.

<sup>136</sup> Cfr., ad esempio, TAR Sicilia Catania, 6 giugno 2002, n. 980, in *Foro amm. TAR*, 2002, p. 2197.

curatore, a determinate condizioni, si obbliga a non far valere alcuna omessa informazione o falsa rappresentazione dell'assicurato.

A titolo di esempio si può considerare la seguente clausola: «il contratto è incontestabile dal momento della sua sottoscrizione, salvo il caso di dolo. Se nelle condizioni speciali è specificato che la Compagnia ha provveduto all'ispezione dei rischi assicurati al momento della sottoscrizione della polizza, la stessa rinuncia a far valere ulteriori pretese e non può opporre alcuna decadenza dal premio fondata sull'omissione o l'errore involontario commessi in quel momento nella descrizione dei rischi. Tuttavia, in caso di contestazioni ulteriori vertenti su omissioni o errori analoghi, l'assicurato si obbliga a corrispondere le maggiorazioni dei premi che ne risulteranno»<sup>137</sup>.

Cominciando dai patti di esonero che escludono in blocco la responsabilità precontrattuale, pare corretto giungere alla medesima conclusione che si era prospettata nel paragrafo precedente in merito alla clausola di esclusione di qualsiasi responsabilità da fatto illecito eventualmente derivante dall'esecuzione della prestazione dedotta nel contratto: i patti saranno nulli, se non per indeterminatezza dell'oggetto, per contrarietà all'art. 1229 cod. civ., comma secondo<sup>138</sup>, in quanto è

<sup>137</sup> La clausola è tratta da M. FONTAINE e P. DE LY, *Op. ult. cit.*, p. 354, e nella sua versione originale è formulata come segue: «*Le contrat est incontestable dès le moment de sa souscription, hormis le cas de fraude. S'il est spécifié dans les conditions particulières que la Compagnie a procédé à l'inspection des risques assurés au moment de la souscription de la police, elle renonce à réclamer de plus amples détails et ne peut opposer aucune déchéance due à l'omission ou l'erreur involontaires commises à ce moment dans la description des risques. Toutefois, en cas de constatations ultérieures de pareille omission ou erreur, l'assuré s'oblige à payer les augmentations de primes qui en résulteraient*». Un riferimento alle clausole d'incontestabilità si ritrova anche in F. PADOVINI, *Le clausole limitative delle impugnazioni contrattuali*, in G. VETTORI (a cura di), *Remedies in Contract. The Common Rules for a European Law*, Padova, 2008, pp. 185-186; e in A. MANIACI, *La clausola d'incontestabilità nei contratti di assicurazione*, in G. DE NOVA (a cura di), *Clausole a rischio di nullità*, cit., p. 79 ss. Per un contributo italiano sul tema, risalente ma approfondito, cfr. N. GASPERONI, *La clausola d'incontestabilità inserita nelle polizze di assicurazione in relazione alla nuova disciplina legislativa delle dichiarazioni inesatte o reticenti del contraente*, nota a Trib. Roma, 11 febbraio 1944, in *Assicurazioni*, 1944, II, p. 98 ss.; e ID., *Le assicurazioni*, in *Tratt. dir. civ.* Grosso e Santoro Passarelli, Milano, 1966, p. 174 ss.

<sup>138</sup> Volgendo lo sguardo oltre i confini italiani, la soluzione della radicale nullità dei patti in questione è stata espressamente accolta dall'art. 1112 *code civil*, che a seguito della riforma del 2016, qualifica l'obbligo di buona fede cui devono attenersi le parti in fase precontrattuale come «imperativo», e dall'art. 1112-1 *code civil*, il quale – dopo aver sancito in capo alla parte che conosca un'informazione d'impor-

pacifico che la buona fede, intesa nel suo complesso, abbia un anima di ordine pubblico e financo di ordine pubblico costituzionale, se la si volesse ricollegare al generale dovere di solidarietà previsto dall'art. 2 della Costituzione<sup>139</sup>.

tanza determinante per il consenso dell'altra il dovere di comunicargliela ogniqualvolta quest'ultima faccia affidamento su di lei o ignori la predetta informazione – vieta qualunque patto esonerativo o modificativo del predetto obbligo. Per ulteriori osservazioni sulla norma introdotta dalla riforma del *code civil*, sia consentito rinviare a L. COPPO, *Gli ultimi sviluppi della riforma del Code civil: l'Ordonnance n. 131 del 2016 e il nuovo diritto francese delle obbligazioni e dei contratti*, in *Contr. impr./Eur.*, 2016, p. 311 ss., p. 329. Pur mancando un'espressa previsione, l'esclusione totale degli obblighi precontrattuali che il giurista italiano ricondurrebbe alla buona fede non è reputata ammissibile neppure dalla dottrina di *common law*, essendo consentito alle parti soltanto stabilire in anticipo cosa s'intende per buona fede e cosa è escluso da tale nozione, o quali saranno i criteri per valutare la conformità al principio. In altre parole, per citare le parole della dottrina americana, la regola appare «*immutable externally (contracting parties cannot expunge the obligation of good faith entirely), but mutable internally (they can decide what it will include, and probably limit its content with respect to a particular contingency to the vanishing point)*». In questo senso R. KREITNER, *Calculating Promises - The Emergence of Modern American Contract Doctrine*, Stanford (California), 2007, p. 176. Per quanto riguarda la casistica giurisprudenziale, si veda, per tutti, *Mac Dougal Construction Co. v. State Highway Department*, 188 S.E. 2<sup>nd</sup> 405, 407 (Ga. App. 1972).

<sup>139</sup> Tale accostamento tra buona fede e solidarietà è ormai da tempo consolidato nella giurisprudenza: tra le tante cfr. Cass., 29 settembre 1999, in *Foro it.*, 2000, I, c. 1929 ss., con nota di A. PALMIERI, *La riducibilità «ex officio» della penale e il mistero delle «liquidated damages clauses»*, su cui v. M. GRONDONA, *Buona fede e solidarietà; giustizia contrattuale e poteri del giudice sul contratto: annotazioni a margine di un obiter dictum della Corte di Cassazione*, in *Riv. dir. comm.*, 2003, II, p. 242; Cass., Sez. Un., 13 settembre 2005, n. 18128, in *Corr. giur.*, 2005, p. 1534 ss., con nota di A. DI MAJO, *La riduzione della penale ex officio*; Cass., Sez. Un., 15 novembre 2007, n. 23726, su cui v. A. DONATI, *Buona fede, solidarietà, esercizio parziale del credito (ancora intorno a Cass., sez. un., 15 novembre 2007, n. 23726)*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, II, p. 347 ss.; nonché Cass., 18 settembre 2009, n. 20106, in *Contratti*, 2010, p. 5 ss., con nota di G. D'AMICO, *Recesso ad nutum, buona fede e abuso del diritto*; in *Resp. civ. prev.*, 2010, p. 354 ss., con nota di A. GENTILI, *Abuso del diritto e uso dell'argomentazione*; in *Obbl. contr.*, 2010, p. 172 ss., con nota di M. ORLANDI, *Contro l'abuso del diritto*, in *Foro it.*, 2010, I, c. 85 ss., con nota di A. PALMIERI e R. PARDOLESI, *Della serie «a volte ritornano»: l'abuso del diritto alla riscossa*; su cui v. anche E. BARCELLONA, *Recesso ad nutum fra principio di buona fede e abuso del diritto: «solidarietà sociale» o inderogabilità del «mercato»?*, in *Riv. dir. comm.*, 2011, p. 165 ss.; e Corte Cost., 24 ottobre 2013, n. 248, in *Contratti*, 2014, p. 926 ss., con commento di G. D'AMICO, *Applicazione diretta dei principi costituzionali e nullità della caparra confirmatoria «eccessiva»*. In dottrina cfr., in particolare, M. GRONDONA, *Solidarietà e contratto: una lettura costituzionale della clausola di buona fede*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2004, p. 733.

Piú complesso è il discorso nel caso delle clausole che escludono singole concretizzazioni della buona fede precontrattuale. Se l'interesse sotteso alla buona fede è unitario, esso si articola variamente a seconda dell'oggetto su cui verte: cosí la responsabilità precontrattuale tutela l'affidamento ora nella conclusione di un contratto, ora nella validità del contratto stipulando (art. 1338 cod. civ.), ora nella veridicità delle informazioni sul contratto fornite dall'altra parte (artt. 1439, 1440 cod. civ.), ora nella riservatezza della trattativa. Se la buona fede è da considerarsi di ordine pubblico nel suo complesso, non è detto che lo sia anche nelle sue singole declinazioni.

Con riguardo alla fattispecie del recesso ingiustificato dalle trattative, il problema della validità del patto di esonero è stato affrontato da un filone di sentenze del giudice amministrativo in tema di responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione. In tale ambito, l'art. 21-*quinquies* della legge 241/1990, come novellato nel 2015, attribuisce all'amministrazione il potere di revocare il provvedimento amministrativo quando ciò sia giustificato dalla sopravvenienza di motivi di pubblico interesse, da un mutamento della situazione di fatto o da una nuova valutazione dell'interesse pubblico originario e, nei casi in cui il provvedimento è suscettibile di produrre effetti su rapporti contrattuali, prevede in capo alla controparte il diritto ad un indennizzo parametrato al grado di affidamento che questa nutria nella conclusione del contratto all'esito della procedura e limitato al solo danno emergente.

L'indennizzo, come la giurisprudenza ha avuto modo di precisare in piú occasioni, si trasforma in risarcimento, esteso quindi anche al lucro cessante, quando l'esercizio del potere di revoca è stato legittimo, perché ricorrevano effettivamente i presupposti richiesti dalla normativa appena citata, ma nondimeno l'amministrazione ha violato il canone di buona fede *ex art.* 1337 cod. civ., nella misura in cui ha intrapreso le trattative senza valutare diligentemente le conseguenze in relazione alle circostanze del caso<sup>140</sup>.

A fronte di questo orientamento giurisprudenziale e del quadro normativo poc'anzi citato, la prassi amministrativa si è premurata di inserire nei bandi di gara apposite clausole volte ad escludere del tutto

<sup>140</sup> Per tutte, in tema di appalti, Cons. St., Ad. Plen., 5 settembre 2005, n. 6, in *Foro amm.* Cons. St., 2005, p. 2515; in *Foro it.*, 2009, III, p. 124; in *Urb. app.*, 2006, p. 69, con note di I. FRANCO ed E. RAGANELLA, *La responsabilità precontrattuale della p.a. nei "lavori in corso" per l'asestamento dei criteri di riparto della giurisdizione.*

la rilevanza dell'affidamento dei concorrenti e, correlativamente, qualsiasi responsabilità dell'amministrazione per le condotte tenute durante la fase precontrattuale e per la mancata conclusione del contratto. Nella dinamica processuale, l'amministrazione convenuta in giudizio avrebbe poi addotto l'esistenza delle predette clausole per eccepire l'inammissibilità del ricorso depositato dalla controparte.

Una prima pronuncia è stata chiamata a statuire in merito alla validità di una clausola, contenuta in un bando di gara per l'affidamento del servizio triennale di pulizia di alcune aree di un aeroporto, la quale così disponeva: «l'ente appaltante si riserva la facoltà di interrompere o annullare in qualsiasi momento la gara, in base a valutazioni di propria, esclusiva competenza, senza che i concorrenti possano vantare diritti e/o aspettative di sorta...» e «si riserva la facoltà di non procedere all'aggiudicazione dell'appalto in tutto o in parte ovvero di procedervi anche nel caso di una sola offerta»<sup>141</sup>.

In un secondo caso il bando recava una clausola del seguente tenore letterale: «Ferservizi Spa/FRE Spa si riservano a proprio insindacabile giudizio e senza obbligo di motivazione la facoltà di recedere dalle trattative, qualunque sia il grado di avanzamento delle stesse e di sospendere o modificare la procedura, senza che per questo l'offerente possa avanzare pretesa alcuna al risarcimento, anche per il solo interesse negativo»<sup>142</sup>.

In un terzo caso, che riguardava una procedura ad evidenza pubblica avviata da Trenitalia per la fornitura a nuovo di convogli destinati al servizio ferroviario regionale, l'avviso di gara conteneva una clausola con cui Trenitalia si riservava la facoltà di interrompere o annullare in qualsiasi momento la gara «in base a valutazioni di propria esclusiva competenza» e «senza alcun obbligo di motivazione, senza che per questo incorra in alcuna responsabilità, né che insorgano a Vostro favore diritti o pretese di sorta nei confronti di Trenitalia stessa»<sup>143</sup>.

In un quarto caso l'avviso pubblico di una procedura di finanza di progetto conteneva una clausola del seguente tenore letterale: «la presentazione della proposta, peraltro, non vincola in alcun modo l'Amministrazione, nemmeno sotto il profilo della responsabilità precontrattuale ex art. 1337 cod. civ.; essa quindi resterà libera di deci-

<sup>141</sup> TAR Lazio Roma, 14 ottobre 2004, n. 10952, cit.

<sup>142</sup> TAR Calabria Catanzaro, 1° settembre 2008, n. 1176, in *Dejure*.

<sup>143</sup> TAR Lazio Roma, 28 febbraio 2017, n. 2928, in *Dejure*.

dere di realizzare l'opera in maniera diversa, senza cioè ricorrere al *project financing*, di non riconoscere il pubblico interesse nei confronti di tutte le proposte pervenute, di non dar corso alla successiva fase di aggiudicazione della concessione, ovvero di non realizzare l'opera, e ciò senza che i privati promotori possano nulla pretendere a qualsiasi titolo o ragione nei confronti di questo Comune»<sup>144</sup>.

In un quinto caso, sempre in materia di finanza a progetto, vi era nel bando una clausola con cui l'amministrazione escludeva preventivamente la propria responsabilità contrattuale e precontrattuale nell'ipotesi in cui divenisse indisponibile la quota di finanziamento pubblico<sup>145</sup>.

L'orientamento della giurisprudenza amministrativa, pur con qualche sfumatura, è granitico nell'escludere la validità di tali clausole, sulla base due argomenti: in primo luogo esse si porrebbero in contrasto con il divieto di condizioni meramente potestative *ex art. 1355 cod. civ.*<sup>146</sup>; in secondo luogo esse ricadrebbero nel divieto di cui all'art. 1229 cod. civ., comma secondo, giacché le norme sulla responsabilità precontrattuale, quando riguardano contratti per la realizzazione di opere pubbliche devono reputarsi di ordine pubblico<sup>147</sup>.

Tra queste norme, la giurisprudenza cita in primo luogo l'art. 1337 cod. civ., che viene qui concretizzato nel dovere, di ordine pubblico, dell'amministrazione di «valutare diligentemente le concrete possibilità di positiva conclusione della trattativa e di informare tempestivamente la controparte dell'eventuale esistenza di cause ostative rispetto

<sup>144</sup> Si fa riferimento a Cons. St., 6 ottobre 2010, n. 7334, cit.

<sup>145</sup> TAR Campobasso, 3 ottobre 2016, n. 389, in *Dejure*.

<sup>146</sup> TAR Lazio Roma, 28 febbraio 2017, n. 2928, cit., secondo cui si tratterebbe di una condizione meramente potestativa risolutiva; TAR Campobasso, 3 ottobre 2016, n. 389, cit.; Cons. St., 6 ottobre 2010, n. 7334, cit.; TAR Calabria Catanzaro, 1° settembre 2008, n. 1176, cit.; TAR Lazio Roma, 14 ottobre 2004, n. 10952, cit.

<sup>147</sup> TAR Campobasso, 3 ottobre 2016, n. 389, cit.; TAR Calabria Catanzaro, 1° settembre 2008, n. 1176, cit. Non fa invece espresso riferimento all'art. 1229 cod. civ., comma secondo, TAR Lazio Roma, 14 ottobre 2004, n. 10952, cit., ma il richiamo dovrebbe ritenersi implicito nel ragionamento della corte: da un lato, questa fa riferimento al divieto di condizioni meramente potestative, la cui *ratio* figura sicuramente tra quelle che ispirano il divieto di esonero da responsabilità per dolo o colpa grave; dall'altro, la corte cita la violazione di alcuni principi che, nel complesso, sono indubbiamente di ordine pubblico, ma omette di esplicitare che non è la clausola a porsi in contrasto con tali principi, bensì la condotta della parte a favore della quale è stata pattuita. Ecco che la clausola, avendo per effetto l'irresponsabilità dell'amministrazione, legittimerebbe quest'ultima a condotte che violano norme di ordine pubblico, in contrasto con l'art. 1229 cod. civ., comma secondo.

a detto esito»<sup>148</sup>, nonché nell'obbligo di effettuare una valutazione comparativa degli interessi in gioco e di fornire un'adeguata motivazione circa le ragioni che l'hanno indotta ad adottare il provvedimento di revoca<sup>149</sup>; e in secondo luogo gli artt. 28 e 96 Cost., che, com'è noto, sanciscono rispettivamente la responsabilità dello Stato e degli enti pubblici e il principio di buon andamento, cui la pubblica amministrazione deve conformarsi nel suo operato<sup>150</sup>.

L'orientamento appena richiamato induce a formulare una serie di osservazioni. La prima è che il riferimento all'art. 1355 cod. civ. pare inconferente, posto che il divieto di condizioni meramente potestative è previsto dalla legge con riguardo all'adempimento delle obbligazioni, non con riguardo alla conclusione del contratto. La possibilità che quest'ultima sia rimessa all'arbitrio mero di una delle parti è già scongiurata in via autonoma dall'art. 1337 cod. civ. e comunque soltanto nel caso in cui vi sia un'effettiva lesione del ragionevole affidamento della controparte, giacché altrimenti l'altra sarebbe completamente libera di interrompere le trattative in virtù dell'autonomia contrattuale.

Pertinente è invece il riferimento all'art. 1229 cod. civ., comma secondo, atteso che le clausole esaminate hanno l'effetto di esimere l'amministrazione dall'obbligo di tenere una condotta improntata alla buona fede e finalizzata al rispetto del principio di buon andamento. Tuttavia – e questa è la seconda osservazione – la giurisprudenza omette di pronunciarsi su un punto cruciale della questione, e cioè su quale sia l'effetto delle clausole in esame quando risulta nel caso concreto che l'amministrazione ha invece rispettato tali canoni.

In assenza delle clausole, la risposta sarebbe che l'amministrazione è tenuta soltanto a corrispondere al concorrente leso dalla revoca l'in-

<sup>148</sup> TAR Campobasso, 3 ottobre 2016, n. 389, cit.

<sup>149</sup> Così, in particolare, TAR Lazio Roma, 28 febbraio 2017, cit., nella cui motivazione si legge che l'obbligo di motivare congruamente l'esercizio del potere di revoca della procedura di gara, soprattutto quando è già stata pronunciata l'aggiudicazione definitiva, comparando gli interessi delle parti, risulta disatteso «in radice e per definizione, ove la stazione appaltante si sia riservata già nella legge di gara di ritirarsi dalla procedura a proprio insindacabile giudizio».

<sup>150</sup> *Ibidem*. Ad avviso del TAR, l'insindacabilità sancita dalla clausola, rimettendo all'amministrazione appaltante una valutazione assolutamente discrezionale, finisce per tradursi in «un atto abdicativo del diritto alla tutela giurisdizionale avverso atti e/o comportamenti (anche futuri) della stessa pubblica amministrazione illegittimi o illeciti, (eventualmente) causativi di danno e quindi di responsabilità per il suo risarcimento, in violazione degli articoli 28 e 97 Cost. (Cons. Stato, sez. V, n. 3383/2015)».

dennizzo di cui si parlava all'inizio, parametrato alle sole spese sostenute per la gara, mentre non incorre in responsabilità precontrattuale. In presenza delle clausole, sorge spontaneo domandarsi se l'amministrazione sia esonerata anche dall'obbligo di indennizzo a motivo del fatto che il concorrente, proprio per effetto delle clausole, non aveva neppure maturato un affidamento circa la conclusione del contratto.

Una simile soluzione sarebbe sicuramente in linea con l'art. 1229 cod. civ., comma primo, e sarebbe anche compatibile con il comma secondo, giacché qui non c'è stata alcuna condotta dell'amministrazione in contrasto con norme di ordine pubblico. Tuttavia, l'interesse pubblico che deve ispirare per definizione l'attività della pubblica amministrazione induce a ritenere che la soluzione poc'anzi prospettata incontri un limite nel carattere quantomeno imperativo della norma che prevede l'obbligo di indennizzo a favore del privato in caso di revoca di un provvedimento incidente su un rapporto contrattuale in via di formazione.

La terza osservazione è che anche in quest'ambito occorre tenere a mente la specialità che, come la dottrina ha più volte osservato, connota la responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione<sup>151</sup>. Per un verso, la fase antecedente alla conclusione del contratto si articola in un vero e proprio procedimento che non si riduce alla trattativa, ma consta di due sotto-fasi dalla durata significativa: una pre-precontrattuale e interna all'amministrazione, in cui

<sup>151</sup> Sul tema v., in particolare, F. CARINGELLA, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione: un istituto dal sesso incerto*, in *www.giustizia-amministrativa.it*; A. MASSERA, *Contratto e pubblica amministrazione*, in *Tratt. contr. Roppo*, VI, Milano, 2006, p. 1019 ss.; G.M. RACCA, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione tra autonomia e correttezza*, Napoli, 2000. Sulle peculiarità della responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione in relazione alla qualifica, cfr., dal contributo più recente, M. RINALDO, *Il contatto sociale qualificato nella controversa natura della responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione*, in *Riv. not.*, 2017, p. 787; V. ANTONELLI, *Dal contatto sociale al rapporto amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2005, p. 601; C. SCOGNAMIGLIO, *Responsabilità precontrattuale e "contatto sociale qualificato"*, in *Resp. civ. prev.*, 2016, p. 195. Più ampiamente, cfr. C. CICERO, *La responsabilità (pre)contrattuale come responsabilità da contatto sociale*, in *Corr. giur.*, 2016, p. 1504 ss., nonché M. BARCELLONA, *L'ingiustizia del danno e il doppio regime della responsabilità*, in *Comm. c.c. Gabrielli, Dei fatti illeciti*, I, a cura di Carnevali, sub artt. 2043 c.c. e 96 c.p.c., Milano, 2011, pp. 100-140; e S. ROSSI, *Contatto sociale (Fonte di obbligazione)*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, Agg. V, Torino, 2010, p. 346 ss.

quest'ultima valuta l'*an*, il *quomodo* e il *quis* del contratto, che culmina con la redazione e l'approvazione del bando; l'altra precontrattuale *stricto sensu* e con efficacia esterna, in cui l'amministrazione interagisce con i potenziali contraenti. In questo quadro, gli obblighi precontrattuali devono riferirsi ad entrambe le sotto-fasi.

Per altro verso, il procedimento di conclusione del contratto con l'amministrazione è per sua natura funzionalmente volto al perseguimento di un interesse pubblico e questo fornisce un argomento in più per sostenere che le norme sulla responsabilità precontrattuale siano, in questo sottosistema, di ordine pubblico<sup>152</sup>.

In questa direzione si può citare una pronuncia del giudice amministrativo che ha sancito la nullità del patto, contenuto in un bando di gara per l'affidamento di lavori straordinari di manutenzione di una strada regionale, nel quale si indicava come requisito di ammissione vincolante la dichiarazione da parte del concorrente «di avere esaminato gli elaborati progettuali, di ritenerli assolutamente chiari, completi ed adeguati e di rinunciare di conseguenza a potere lamentare danni e richiedere indennizzi, in qualunque tempo modo e sede ed a qualsiasi titolo, in conseguenza di deficienze progettuali presunte o provate»<sup>153</sup>. La *ratio decidendi* è consistita nel fatto che la clausola in questione aveva l'effetto di esonerare l'amministrazione dalla responsabilità per inadempimento di obblighi di ordine pubblico, in quanto sanciti a tutela dell'interesse generale alla buona esecuzione dell'opera<sup>154</sup>.

La peculiarità della responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione sotto il profilo dell'incidenza dell'interesse pubblico induce a domandarsi se siano da reputarsi contrarie all'art. 1229 cod. civ. anche le clausole di esonero della responsabilità contrattuale che intervengono nei contratti tra privati. Al riguardo si potrebbe sostenere che la tutela dell'affidamento è comunque presente anche lì e trascende la sfera degli interessi privati per assurgere a fine di ordine pubblico.

Quest'affermazione pare condivisibile, ma non si pone in contra-

<sup>152</sup> Più ampiamente, sul tema, v. P. PERLINGIERI, *L'incidenza dell'interesse pubblico sulla negoziazione privata*, in *Rass. dir. civ.*, 1986, p. 933 ss.; ora anche in *Id.*, *Il diritto dei contratti fra persona e mercato. Problemi del diritto civile*, Napoli, 2003.

<sup>153</sup> Si fa riferimento a TAR Sicilia Catania, 6 giugno 2002, n. 980, in *Foro amm. TAR*, 2002, p. 2197.

<sup>154</sup> *Ibidem*.

sto con la validità delle clausole in esame, giacché queste non ledono l'affidamento, bensì ne impediscono a monte l'insorgenza. Del resto, se si ammette la validità delle clausole di recesso *ad nutum* dal contratto, che consentono alla parte in favore della quale sono state pattuite di sottrarsi *pro futuro* all'adempimento delle obbligazioni che sarebbero derivate dalla prosecuzione del rapporto contrattuale, *a fortiori* si dovrebbe ammettere quella delle clausole con cui la parte si riserva di interrompere in qualsiasi momento le trattative, visto che in quel caso non si è neppure ancora formato un vincolo<sup>155</sup>.

È pur vero, però, che anche l'esercizio del recesso *ad nutum*, il quale dovrebbe essere per definizione sottratto a qualsiasi valutazione in termini di abuso del diritto e quindi a qualsiasi sindacato circa la sua giustificazione<sup>156</sup>, è comunque pacificamente sottoposto dalla giurisprudenza al controllo di compatibilità con il canone di buona fede esecutiva<sup>157</sup>. Se il recesso *ad nutum* è immune ad un controllo di tipo teleologico, non sfugge invece ad un controllo circa le modalità con

<sup>155</sup> Sul recesso la letteratura è sconfinata, ma v. per tutti G. GABRIELLI, *Vincolo contrattuale e recesso unilaterale*, Milano, 1985; e G. GABRIELLI e F. PADOVINI, *Recesso (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988, p. 27 ss.; nonché F. RIZZO, *Recesso unilaterale*, in P. PERLINGIERI, *Il codice civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, Napoli, 2010, pp. 772-783.

<sup>156</sup> Come osserva condivisibilmente G. D'AMICO, *Recesso ad nutum, buona fede e abuso del diritto*, nota a Cass., 18 settembre 2009, n. 20106, in *Contratti*, 2010, p. 5 ss., p. 17, l'abuso del diritto implica la deviazione dell'esercizio del diritto rispetto allo scopo per il quale il diritto medesimo è stato attribuito; ma lo scopo per il quale il diritto di recesso *ad nutum* è stato attribuito è proprio quello di consentire al titolare di potersi sciogliere dal contratto senza necessità di addurre alcuna particolare motivazione o causa giustificatrice. A ragionare diversamente, si consentirebbe al giudice di trasformare il recesso *ad nutum* in un recesso causale. Sul tema v. anche le riflessioni di M. DELLACASA, *Il recesso arbitrario tra principi e rimedi*, in *Riv. dir. priv.*, 2012, pp. 13-38.

<sup>157</sup> Com'è noto il *leading case* è il famoso caso Renault: Cass., 18 settembre 2009, n. 20106, in *Corr. giur.*, 2009, p. 1577 ss., con commento di F. MACARIO, *Recesso ad nutum e valutazione di abusività nei contratti tra imprese: spunti da una recente sentenza della Cassazione*; in *Contratti*, 2010, p. 5 ss., con nota di G. D'AMICO, *Recesso ad nutum, buona fede e abuso del diritto*; in *Obbl. contr.*, 2010, p. 172 ss., con nota di M. ORLANDI, *Contro l'abuso del diritto*; in *Giur. comm.*, 2011, II, p. 286 ss., con commento di M. BARCELLONA, *Buona fede e abuso del diritto di recesso ad nutum tra autonomia privata e sindacato giurisdizionale*. Sul tema v. già F. SANTORO, *L'abuso del diritto di recesso ad nutum*, in *Contr. impr.*, 1986, p. 766 ss.; e C. SCOGNAMIGLIO, *Il nuovo diritto dei contratti: buona fede e recesso dal contratto*, in *AA.VV.*, *Il nuovo diritto dei contratti. Problemi e prospettive*, a cura di F. Di Marzio, Milano, 2001, p. 357 ss.

cui viene esercitato e la loro compatibilità con il canone dettato dall'art. 1375 cod. civ. Ma tale ultimo controllo è identico a quello previsto dall'art. 1337 cod. civ. e dunque non può che condurre al medesimo esito: l'esercizio del diritto sarà incompatibile con la buona fede ogniqualvolta avvenga secondo modalità tali da ledere comunque l'affidamento dell'altra parte.

Applicando il ragionamento appena sinteticamente prospettato alle clausole di recesso *ad nutum* dalle trattative precontrattuali o alle dichiarazioni con cui una parte si riserva tale facoltà, si può ritenere che esse escludano il sindacato sulle ragioni della mancata conclusione del contratto, ma non anche quello sulle modalità di interruzione delle trattative. Qualora tale modalità si ponga in contrasto con la buona fede, le clausole in questione non esimeranno la parte dalla responsabilità precontrattuale.

Questo induce a concludere che la disciplina della responsabilità precontrattuale, nella misura in cui impone alle parti una condotta improntata alla buona fede, è di ordine pubblico, indipendentemente dal fatto che il contratto oggetto di negoziazione sia o meno volto al perseguimento di un interesse pubblico e indipendentemente dal fatto che coinvolga la pubblica amministrazione. Pertanto, le eventuali clausole limitative o esclusive di tale responsabilità dovranno reputarsi nulle anche entro i limiti della colpa lieve. D'altra parte, però, bisogna riconoscere che sarebbe difficile immaginare una violazione della buona fede posta in essere per colpa lieve.

Parzialmente diversa è la conclusione nel caso in cui la responsabilità precontrattuale derivi dal mancato assolvimento di obblighi informativi. Qui, infatti, occorre distinguere tre possibili scenari. Qualora l'omissione riguardi informazioni previste da norme di ordine pubblico, la clausola di esonero sarà certamente nulla ai sensi dell'art. 1229 cod. civ., comma secondo, anche entro i limiti della colpa lieve. Qualora l'omissione riguardi le informazioni richieste dall'art. 1338 cod. civ., cioè quelle relative a possibili cause di invalidità del contratto, la clausola potrà avere l'effetto di circoscrivere la responsabilità ai casi in cui la parte era a conoscenza dell'informazione omessa o non ne era a conoscenza per colpa grave.

Il medesimo discorso varrà anche nel caso in cui l'omissione riguardi quelle informazioni che, secondo un giudizio di buona fede *ex art. 1337 cod. civ.* – o, come forse sarebbe più corretto, di ragionevolezza – sarebbero suscettibili di influenzare la formazione della

volontà contrattuale della controparte<sup>158</sup>: la clausola escluderà la responsabilità della parte quando l'omissione è dipesa dalla colpa lieve di quest'ultima. Come si accennava poc'anzi, le fattispecie di responsabilità precontrattuale si prestano meno a valutazioni sull'elemento soggettivo, tant'è che il legislatore ha preferito assorbire i concetti di dolo e di colpa nel concetto di buona fede<sup>159</sup>, ma, volendo immaginare un'ipotesi di colpa lieve, si potrebbe pensare al caso in cui sarebbe stato particolarmente difficile per la parte figurarsi l'obbligo di fornire quella determinata informazione.

9. *Il rapporto tra il giudizio di compatibilità con i limiti previsti dall'art. 1229 cod. civ. e il giudizio di vessatorietà*

Il comma primo e il comma secondo dell'art. 1229 cod. civ. non sono le uniche disposizioni che prevedono requisiti di validità per i patti di limitazione o esclusione della responsabilità. Tanto nel Codice civile quanto nelle leggi speciali vi sono numerose norme che dettano requisiti almeno apparentemente diversi in considerazione,

<sup>158</sup> Sul rapporto tra buona fede e obblighi informativi di fonte legale si registra in dottrina una divergenza di opinioni. Da un lato vi è chi sostiene che la buona fede sia fondamento non solo del generale dovere d'informazione precontrattuale emergente dal codice, ma anche degli specifici obblighi d'informazione sanciti dalle leggi speciali. Così G. PERLINGIERI, *L'inesistenza della distinzione tra regole di comportamento e di validità nel diritto italo-europeo*, Napoli, 2013, p. 34 ss. e nt. 45. Dall'altro lato vi è chi denuncia la commistione tra i due concetti, quale frutto di un'indebita generalizzazione. Così R. NATOLI, *I rimedi per la violazione delle regole di condotta degli intermediari finanziari (oltre la distinzione tra regole di validità e regole di responsabilità)*, in S. PAGLIANTINI (a cura di), *Abuso del diritto e buona fede nei contratti*, Torino, 2010, p. 303 ss., in part. p. 317 ss. Nello stesso senso, F. PIRAINO, *La buona fede in senso oggettivo*, cit., p. 320, secondo il quale il connubio tra buona fede e obblighi informativi *ex lege* «è con ogni evidenza fuori luogo, se non addirittura pletorico, quando gli obblighi informativi hanno fonte legale, poiché una maternità diversa dalla legge non si giustifica e, dunque, l'ostinata loro riconduzione alla buona fede fa violenza tanto alla logica quanto alla natura stessa della buona fede, la quale, per lo meno in materia contrattuale, è fonte di integrazione del regolamento negoziale e del piano dell'obbligazione e, dunque, è destinata ad insinuarsi negli interstizi tra previsioni legali e previsioni pattizie o comunque ad affiancarsi alle previsioni legali, con finalità ora specificative ora riduttive, e non certo anche ad identificarsi con queste ultime». Per una disamina delle conseguenze pratiche, in particolare sul piano dei rimedi, di tale asserita confusione concettuale si veda *Ivi*, p. 321 ss.

<sup>159</sup> Così, ad esempio, Cass., 30 agosto 1995, n. 9157, in *CED Cassazione*.

vuoi del fatto che la clausola di esonero sia stata unilateralmente predisposta anziché negoziata, vuoi del fatto che sia stata imposta da una parte forte ad una parte che versa in una posizione di “debolezza qualificata” rispetto all’altra, vuoi del contenuto dell’obbligazione rispetto al tipo contrattuale cui inerisce. Si pone allora in tutti i casi predetti un problema di coordinamento tra la norma generale – l’art. 1229 cod. civ. – e le singole norme speciali.

Cominciando dai casi, forse la maggior parte<sup>160</sup>, in cui il patto di esonero è stato unilateralmente predisposto, viene in rilievo l’art. 1341 cod. civ., il quale elenca il patto di esclusione o limitazione della responsabilità tra le clausole vessatorie, che come tali sono soggette a specifica approvazione per iscritto ai fini dell’incorporazione nel con-

<sup>160</sup> Si v. le considerazioni svolte nel primo capitolo a proposito del rapporto tra condizioni generali di contratto e controllo giudiziale sulle clausole di esonero da responsabilità in una prospettiva storica. Nella prospettiva dell’attualità, i patti di esonero sono particolarmente frequenti, ad esempio, nelle condizioni generali di utilizzo delle piattaforme *online*. Al riguardo, uno studio della Commissione Europea (European Commission, *Study on contractual relationships between online platforms and their professional users*, FWC JUST/2015/PR/01/0003/Lot1-02, Final Report, 2018) riporta, tra gli altri, i seguenti esempi: Paypal «*Limitations Of Liability. In No Event Shall Either Party, Parent, Subsidiaries, Affiliates, Or Suppliers Be Liable For (I) Indirect, Incidental, Consequential, Special Or Exemplary Damages Arising Out Of Or In Connection With This Agreement, The Services, Websites, Or Other Actions Or Omissions, And/Or (Ii) An Amount Exceeding The Amount Of The Direct Damages Directly Caused By The Breach Of This Agreement, Negligence, Strict Liability Or Other Legal Or Equitable Theory*»; Skype «*10.2 limitation of liability. 10.2.1 In No Event Shall Skype, Its Affiliates Or Its Licensors Be Liable, Howsoever Caused And Whether Arising Under Contract, Warranty, Tort (Including Negligence), Product Liability Or Any Other Form Of Liability, For Any Indirect, Incidental, Special, Punitive Or Consequential Damages; Any Loss Of Income, Business, Sales, Profits (Whether Actual Or Anticipated), Loss Of Or Corruption To Data, Or Interruption Of Business*»; Samsung Apps «*14. Liability. By using the Services, you agree to indemnify Samsung and other companies and corporations in the Samsung group against any costs, damage, claims, liabilities and expenses incurred as a result of your breach of these Terms, the privacy policy and/or any other applicable terms*»; JustEat «*15.1.4 JE receiving allegations or evidence that the Restaurant does not have the necessary Consents for the use and inclusion on the Website of its business, name, brand or logo; then without limiting its other rights or remedies, JE may at any time suspend provision of the Services under this Agreement (including by removing the Restaurant’s Website Profile from the Website without notice) or any other services that it provides to the Restaurant under a separate agreement without any liability to JE. The suspension of the Service shall continue until the default or relevant issue has been remedied to the satisfaction of JE (acting reasonably)*».

tratto. Qui l'unico problema di coordinamento che potrebbe porsi è quello di stabilire se anche le clausole di esonero per colpa lieve debbano soggiacere alla medesima formalità, ma la risposta è evidentemente affermativa: soltanto queste, infatti, sono reputate valide dall'art. 1229 cod. civ. e dunque non avrebbe senso che l'art. 1341 cod. civ. si riferisse alle altre.

Per altro verso, non si potrebbe sostenere che, nel sottoporre i patti di esonero alla formalità della specifica sottoscrizione senza specificare il requisito della colpa lieve l'art. 1341 cod. civ. abbia inteso prevedere che nei contratti unilateralmente predisposti tra imprese o tra consumatori la limitazione o l'esclusione della responsabilità è valida anche oltre tali limiti. Se il legislatore ha avvertito l'esigenza di vietare i patti di esonero per dolo, colpa grave o violazione di norme di ordine pubblico nei contratti negoziati, ove la scelta di prevedere tali patti sarebbe stata almeno in teoria frutto della piena autonomia contrattuale delle parti, a maggior ragione il divieto si applicherà a quei contratti in cui l'autonomia di una parte è depotenziata dall'assenza di negoziazione.

Com'è facile intuire, quando la clausola di esonero è unilateralmente imposta il contenzioso ruota piuttosto intorno alla sua incorporazione nel contratto. La dialettica s'incentrerà, da un lato, sulla possibilità o meno di qualificare la clausola come patto di esonero, da cui dipende l'inclusione o meno nel novero delle clausole vessatorie, e dall'altro, sull'idoneità o meno della modalità di sottoposizione della clausola all'aderente ad integrare la specifica approvazione per iscritto richiesta dall'art. 1341 cod. civ.<sup>161</sup>.

Nel caso dei contratti conclusi tra un professionista e un consumatore, i patti di esclusione o di limitazione della responsabilità del

<sup>161</sup> Si prendano ad esempio il contenzioso sulle c.d. clausole di "parcheggio non custodito" (e ivi, per tutte, Cass., Sez. Un., 28 giugno 2011, n. 14319, in *Dir. trasp.*, 2012, p. 715, con commento di C. TOSORATTI, *Da una pronuncia delle sezioni unite in tema di "parcheggio-deposito" un'importante conferma del contratto di ormeggio senza obbligo di custodia*; in *Corr. giur.*, 2012, con nota di V. AMENDOLAGINE, *L'accordo delle parti sulla qualificazione del contratto come parcheggio senza custodia esclude la responsabilità del gestore dell'area in caso di furto del veicolo*; in *Giur. it.*, 2012, p. 1574 ss., con nota di F. CANTILE, *Il contratto atipico di parcheggio senza custodia*) e il contenzioso in tema di clausole *claims made* nei contratti di assicurazione per la responsabilità professionale (v. in particolare Cass., Sez. Unite, Sent., 6 maggio 2016, n. 9140, in *CED Cassazione*), di cui si tratterà più compiutamente nel prossimo capitolo.

primo sono soggetti ai limiti, di derivazione europea, previsti nel codice del consumo<sup>162</sup>. Nella “lista grigia” dell’art. 33 cod. cons., rispettivamente alle lettere a), q) ed e), figurano: 1) la clausola che limita la responsabilità del professionista «rispetto alle obbligazioni derivanti dai contratti stipulati in suo nome dai mandatari»; 2) la clausola che limita o esclude la responsabilità del professionista in caso di morte o danno alla persona del consumatore; 3) la clausola che limita o esclude «le azioni o i diritti del consumatore nei confronti del professionista o di un’altra parte in caso di inadempimento totale o parziale o di adempimento inesatto da parte del professionista».

Le ultime due clausole sono altresì incluse nella “lista nera” dell’art. 36 cod. cons, comma secondo. Com’è noto, le clausole della “lista grigia” sono nulle, salva la prova che sono state oggetto di trat-

<sup>162</sup> Si fa riferimento alla Direttiva 93/13/CEE del Consiglio, del 5 aprile 1993, concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori. Com’è noto, si tratta di una direttiva di armonizzazione minima, dunque le soluzioni adottate dai diversi Stati membri con riguardo alle clausole abusive, tra cui figurano i patti di esclusione e limitazione di responsabilità, sono disparate. Ai sensi dell’art. 8, lettera a), infatti, gli Stati membri possono decidere di adottare norme più stringenti per innalzare il livello di protezione accordato ai consumatori contro le clausole abusive, dandone comunicazione alla Commissione (le notifiche, aggiornate al 31 maggio 2019, sono reperibili sul sito <https://ec.europa.eu/info/notifications-under-article-8a-directive-93-13-ec-en>). In particolare, le differenze nel recepimento della Direttiva riguardano i seguenti aspetti: (a) l’estensione della disciplina delle clausole abusive anche ai contratti individualmente negoziati (così, oltre all’Italia per quanto concerne le clausole della ‘lista nera’, Repubblica Ceca, Francia, Lussemburgo, Malta, Austria, Finlandia e Svezia); (b) la previsione del controllo di vessatorietà anche ai contratti B2B e C2C, sui cui cfr., in una prospettiva Europea, M. HESSELINK, *Unfair Terms in Contracts between Businesses*, in J. STUYCH, R. SCHULZE (a cura di), *Towards a European Contract Law*, Munich, 2011, pp. 131-148; (c) l’estensione del giudizio di vessatorietà anche alle clausole che determinano l’oggetto principale del contratto e all’adeguatezza del corrispettivo indipendentemente dal rispetto del requisito della trasparenza (così, quanto all’oggetto del contratto, Lussemburgo, quanto all’adeguatezza del corrispettivo, Finlandia, Malta, Spagna, Portogallo, Slovenia e Svezia); (d) la previsione di una lista di clausole che si presumono vessatorie fino a prova contraria (così, oltre all’Italia, Austria, Francia, Ungheria, Paesi Bassi, Polonia e Portogallo); (e) la previsione di una lista di clausole che sono comunemente considerate vessatorie indipendentemente dalle circostanze (oltre all’Italia, Belgio, Bulgaria, Repubblica Ceca, Germania, Estonia, Grecia, Spagna, Francia, Lussemburgo, Ungheria, Paesi Bassi, Austria, Portogallo e Slovacchia); (f) l’estensione dell’elenco esemplificativo delle clausole abusive contenuto nella Direttiva (così, oltre all’Italia, Lussemburgo, Malta, Paesi Bassi, Polonia, Romania, Regno Unito); (g) la fissazione di una soglia di vessatorietà più ampia; (h) la graduazione delle conseguenze della vessatorietà (sul punto cfr. il caso C-453/10 Pereničová and Perenič, par. 35).

tativa individuale o che non hanno in concreto determinato «un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto», mentre le clausole della “lista nera” sono nulle quantunque oggetto di trattativa individuale. Quando, dunque, il patto di esonero ricade nell’ambito di applicazione di quest’ultima norma, non potrà essere salvato dalla nullità con la prova che esso è stato oggetto di una trattativa seria ed effettiva<sup>163</sup>, ma solo con la prova che esso non ha in concreto comportato un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi in capo al consumatore<sup>164</sup>.

<sup>163</sup> Questi sono i requisiti individuati da parte della dottrina per valutare l’idoneità della trattativa: così L.A. SCARANO, sub art. 1469-ter, IV comma, in G. ALPA, S. PATTI (a cura di), *Le clausole vessatorie nei contratti con i consumatori*, Milano, 1997, p. 969 ss. La giurisprudenza sembra aver accolto tale impostazione: per tutte, Cass., 20 agosto 2010, n. 18785, in *Nuova giur. civ. comm.*, I, 2011, p. 99, con commento di M. FARNETI, *Della trattativa individuale: ancora delucidazioni da parte dei giudici di legittimità*; Cass., 20 marzo 2010, n. 6802, in *Foro it.*, 2010, I, c. 2442; e in *Giur. it.*, 2011, p. 802; Cass., 26 settembre 2008, n. 24262, in *Foro it.*, 2008, I, c. 3528, con nota di A. PALMIERI, R. PARDOLESI, *Clausole vessatorie, negoziazione individuale, onere probatorio: di terre promesse ed imperialismo del «consumer law»*. Secondo l’opinione citata, il requisito dell’individualità è rispettato quando la negoziazione avviene clausola per clausola e ha per oggetto l’intero regolamento contrattuale (L.A. SCARANO, *Op. ult. cit.*, p. 974). Il requisito della serietà è rispettato quando il consumatore è stato messo nelle condizioni di esprimere il proprio punto di vista e proteggere i propri interessi: all’uopo non è sufficiente la mera disponibilità del professionista a sostituire la clausola potenzialmente abusiva con un’altra parimenti predisposta in via unilaterale, né la mera spiegazione da parte del professionista del significato della clausola. Sul punto v. le riflessioni di M. COSTANZA, *Clausole abusive e atto notarile: che cosa potrebbe cambiare con l’applicazione della direttiva CEE del 5 aprile 1993*, in *Vita not.*, 1995, pp. 569-573, p. 572. Infine, il requisito dell’effettività deve accertarsi sotto un duplice profilo: da un lato le trattative devono davvero aver avuto luogo, dall’altro non deve essersi trattato di una mera formalità. Ciò che importa perché ricorra il requisito è che il consumatore sia stato posto nelle condizioni di influire sul contenuto del contratto (Giudice di Pace di Strambino, 26 giugno 1997, in *Riv. not.*, 1998, p. 971), pur se tale possibilità non si è tradotta in emendamenti al testo. Su quest’ultimo inciso non vi è però uniformità in dottrina: cfr. MAR. NUZZO, in C.M. BIANCA, F.D. BUSNELLI (a cura di), *Commentario al capo XIV bis c.c.: dei contratti del consumatore*, Padova, 1999.

<sup>164</sup> Si ritiene qui preferibile accogliere la tesi di quanti sostengono che la presunzione di vessatorietà sancita dall’art. 36 cod. cons. non sia assoluta ma ammetta la prova contraria della concreta assenza di un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi delle parti. In questo senso, prima dell’entrata in vigore del codice del consumo, G. DE NOVA, *Le clausole vessatorie*, Milano, 1996, p. 10; V. ROPPO, *Clausole vessatorie (nuova normativa)*, in *Enc. giur.*, VI, Roma, 1996, p. 9; E. MINERVINI, *Tutela del consumatore e clausole vessatorie*, Napoli, 1999, p. 173; M. BIN, *Cla-*

In giurisprudenza non consta neppure un precedente che abbia qualificato il patto di esonero come tale e ne abbia però escluso la vessatorietà, cioè abbia ritenuto che non comportasse in concreto un significativo squilibrio tra i diritti e gli obblighi del professionista e del consumatore. Per il vero, nessuna delle sentenze note si è neppure premurata di accertare la vessatorietà, applicando invece in modo rigido la presunzione prevista dal codice del consumo. In sostanza, nella pratica, il giudizio di vessatorietà finisce per sovrapporsi con l'accertamento che la pattuizione di cui si controverte ha effettivamente natura di clausola limitativa o esclusiva della responsabilità<sup>165</sup>.

Del resto, quand'anche il professionista riuscisse ad assolvere l'onere di provare che il patto di esonero non ha in concreto comportato un significativo squilibrio, ad esempio perché è stato controbilanciato da altri vantaggi a favore del consumatore quali una cospicua riduzione della prestazione dovuta dal consumatore, non si potrebbero disapplicare i limiti previsti dall'art. 1229 cod. civ. Se anche il patto fosse valido ai sensi del codice del consumo – ipotesi alquanto remota – non potrebbe esserlo ai sensi della disciplina generale. Questo perché, come si è già avuto modo di precisare nel primo capitolo, l'art. 1229 cod. civ. è una norma imperativa e di ordine pubblico.

*sole vessatorie: una svolta storica (ma si attuano così le direttive comunitarie?)*, in *Contr. impr./Eur.*, 1996, p. 444 ss.; dopo l'entrata in vigore del codice del consumo, per tutti, E. MINERVINI, *I contratti dei consumatori*, in *Tratt. contr.* Roppo, IV, *Rimedi-1*, a cura di Gentili, Milano, 2006, p. 579 ss.; ID., *Dei contratti del consumatore in generale*, 2ª ed., Torino, 2010, p. 85; e P. GALLO, *Tratt. contr.*, I. *La formazione*, Torino 2010, p. 816 ss. In senso contrario, per tutti, G. SCIANCALEPORE, *Art. 33*, in *Comm. cod. cons.* Stanzione e Sciancalepore, Milano 2006, p. 246; A. BARENGHI, *I contratti dei consumatori*, in *Diritto civile*, diretto da Lipari e Rescigno, III, 2, Milano 2009, p. 142; F. GALGANO, *Tratt. dir. civ.*, II, 2ª ed., Padova 2010, p. 544; S. MAZZAMUTO, *Il contratto di diritto europeo*, Torino 2012, p. 178 ss.; F. RICCI, *I contratti del consumatore in generale*, in L. ROSSI CARLEO (a cura di), *Diritto dei consumi: soggetti, contratti, rimedi*, Torino 2012, p. 62.

<sup>165</sup> Si v. in proposito, *mutatis mutandis*, il ragionamento sviluppato dalle Sezioni Unite del 2016 nell'enunciare il principio di diritto circa la validità delle clausole *claims made* contenute nei contratti di assicurazione (Cass., Sez. Unite, Sent., 6 maggio 2016, n. 9140, cit.). Ivi si legge, in sostanza, che le clausole in questione, non delimitando la responsabilità bensì il rischio garantito e quindi attenendo all'oggetto del contratto, non sono vessatorie di per sé (*rectius*, non si presumono vessatorie), ma potrebbero rivelarsi tali ove, sulla base delle circostanze del caso concreto, producessero comunque l'effetto di creare un significativo squilibrio nei diritti e gli obblighi del consumatore rispetto a quelli del professionista, ai sensi dell'art. 33, cod. cons., comma primo.

Maggiori dubbi solleva invece la questione opposta, cioè se possa dichiararsi nulla in quanto vessatoria una clausola di limitazione o esclusione della responsabilità del professionista per colpa lieve non derivante dalla violazione di norme di ordine pubblico, cioè una clausola che ai sensi dell'art. 1229 cod. civ. sarebbe valida. Anche qui non constano in giurisprudenza sentenze che abbiano preso posizione sulla questione, sicché occorre risolverla in via interpretativa. Al riguardo pare corretto ribadire quanto si è già osservato per l'art. 1341 cod. civ.: il giudizio di vessatorietà è qualcosa di distinto dal giudizio di compatibilità della clausola con i requisiti dell'art. 1229 cod. civ., sicché questi ultimi rimangono fermi; se così è, l'unica clausola per cui ha senso porsi il problema della vessatorietà è quella contenuta entro i limiti della colpa lieve, giacché è l'unica valida ai sensi dell'art. 1229 cod. civ.; dunque, il patto di esonero per colpa lieve si presumerà vessatorio fino a prova contraria, cioè a meno che il professionista non dimostri che questo non ha creato in concreto un significativo squilibrio.

#### 10. *Il rapporto tra i limiti generali e i limiti speciali previsti per alcuni tipi di contratti*

A prescindere dal fatto che le clausole di esonero siano contenute in contratti unilateralmente predisposti e siano disposte a favore di un professionista nei confronti di un consumatore, vi sono alcune norme nel codice civile che, come si accennava, dettano una disciplina speciale per i patti in esame in considerazione del contenuto dell'obbligazione su cui questi incidono e del tipo di contratto in cui tale obbligazione trova la sua fonte. Anche qui si pone il problema di stabilire quale sia il rapporto tra i requisiti di validità del patto di esonero previsti dall'art. 1229 cod. civ. e i requisiti di validità previsti dalle norme speciali.

Il primo gruppo di limiti riguarda i contratti di trasporto e di albergo: come si è già avuto modo di illustrare, l'art. 1681 cod. civ. commina la nullità di qualsiasi limitazione di responsabilità del vettore per danni alla persona del viaggiatore e l'art. 1785-*quater* cod. civ. quella di qualsiasi patto di esonero o limitazione preventiva della responsabilità dell'albergatore<sup>166</sup>. La questione è se simili disposizioni

<sup>166</sup> A questo elenco L. DELOGU, *Op. cit.*, pp. 104-105, aggiunge l'art. 1838, comma

debbano essere interpretate nel senso di vietare solo quei patti che non rispettano i limiti dell'art. 1229 cod. civ., oppure anche i patti di esonero per colpa lieve.

La risposta più plausibile è che queste vietino anche i patti che limitano o escludono una responsabilità per colpa lieve. A favore di questa tesi milita in primo luogo un argomento letterale: la formulazione delle norme sancisce la nullità del patto *tout court*, senza distinguere a seconda del grado di colpa del debitore. Questo lascia pochi dubbi circa il loro carattere imperativo. Tale carattere, almeno nell'art. 1681 cod. civ., deriva anche dalla natura di ordine pubblico degli interessi tutelati, vale a dire la vita e l'incolumità fisica del creditore<sup>167</sup>. D'altronde, se il legislatore avesse voluto limitarsi a sancire la nullità di patti di esonero per dolo o colpa grave, non avrebbe avuto bisogno di un'espressa disposizione, in quanto a tale risultato si sarebbe inevitabilmente giunti in virtù della mera applicazione dell'art. 1229 cod. civ.

Qualcuno potrebbe obiettare che le norme in esame sono comunque superflue, in quanto la possibilità di pattuire un esonero per colpa lieve avrebbe potuto essere esclusa già sulla base dell'art. 1229 cod. civ., comma secondo, che vieta qualsiasi limitazione o esclusione della responsabilità derivante dalla violazione di norme di ordine pubblico. L'obiezione coglie nel segno, ma trascura di considerare che non è sempre agevole individuare quali norme possiedono tale qualità. Ecco che allora il legislatore ha inteso con le disposizioni in esame fugare *a priori* qualsiasi dubbio sulla natura di ordine pubblico delle responsabilità in questione.

Il secondo gruppo di limiti speciali riguarda i contratti di vendita, di cessione del credito e di locazione. Gli artt. 1487 e 1266, comma primo, cod. civ. vietano la limitazione o esclusione della garanzia per evizione per «fatto proprio» del venditore o cedente; mentre gli artt.

quarto, cod. civ., il quale sancisce la nullità dei patti che esonerano la banca «dall'osservare, nell'amministrazione dei titoli, l'ordinaria diligenza» e gli artt. 1900, commi primo e secondo, e 1917 cod. civ., i quali prevedono la possibilità di un patto che obblighi l'assicuratore anche per i sinistri causati da colpa grave dell'assicurato.

<sup>167</sup> Cfr. G. MIRABELLI, *Dei singoli contratti. Del trasporto*, cit., p. 485. La dottrina sostiene l'inammissibilità di clausole esonerative o limitative della responsabilità anche per il caso in cui il vettore si sia avvalso di ausiliari. Così M. IANNUZZI, *Del trasporto*, cit., p. 105. Naturalmente, l'art. 1681 cod. civ. non inficia l'ammissibilità di pattuizioni che offrano maggiori garanzie al viaggiatore. In questo senso, A. ASQUINI, *Trasporto di persone (contratto di)*, cit., p. 616.

1490, comma secondo, e 1579 cod. civ. vietano la limitazione o esclusione della garanzia per vizi quando il venditore o il locatore abbiano «in mala fede taciuto» alla controparte i vizi della cosa. Qui il discorso è piú complesso: si tratta di stabilire se i limiti speciali derogano a quelli generali previsti dall'art. 1229 cod. civ. e quindi li sostituiscano, oppure se si cumulino ad essi, oppure ancora se ne sostituiscano semplicemente una specificazione.

La risposta presuppone una presa di posizione sulla natura della garanzia per vizi e della garanzia per evizione. Accogliendo la tesi per cui nelle fattispecie in esame si può parlare di responsabilità soltanto in senso atecnico, giacché la soggezione del venditore all'obbligo risarcitorio non ha titolo nell'inadempimento di un'obbligazione e prescinde dal fatto che la presenza del vizio o il verificarsi dell'evizione siano a lui imputabili<sup>168</sup>, si potrebbe concludere che il patto di esonero dall'obbligo risarcitorio non rientra nell'ambito dell'art. 1229 cod. civ. Non vi rientra, così come non vi rientrerebbe un patto che esclude l'obbligo di indennizzo derivante dall'assunzione di una garanzia pura<sup>169</sup>.

Per altro verso, un patto che limita o esclude il risarcimento – ma sarebbe piú coerente dire l'indennizzo – dovuto al compratore, non potrebbe mai spiegare i propri effetti ove risultasse che la presenza del vizio o il verificarsi dell'evizione sono dipesi dal dolo o dalla colpa grave del venditore. Qui rivive la regola stabilita dall'art. 1229 cod.

<sup>168</sup> Cfr. sul punto A. DE MARTINI, *Evizione (dir. civ.)*, in *Nov. Dig. it.*, VI, Torino, 1960, p. 1069. Per una ricostruzione completa e aggiornata del problema, nell'ottica di un coordinamento tra la vendita codicistica, la vendita di beni di consumo e la vendita internazionale, cfr. E. FERRANTE, *La vendita nell'unità del sistema ordinamentale*, Napoli, 2018, p. 221 ss. Osserva in particolare l'A. (*Ivi*, p. 225, nt. 49) come la rubrica dell'art. 1476 cod. civ., «obbligazioni principali del venditore», «strida» rispetto al contenuto della norma, ove si sottopone il venditore alla «garanzia» per evizione e per vizi, così realizzando una commistione tra due piani che a rigore sarebbero distinti.

<sup>169</sup> A titolo di esempio si può considerare quella giurisprudenza secondo cui «la clausola del contratto di locazione che esclude la corresponsione di un'indennità per i miglioramenti in favore del conduttore non è da ricomprendere tra quelle che prevedono una limitazione di responsabilità della controparte che l'abbia predisposta, non incidendo sulle conseguenze della colpa o dell'eventuale inadempimento di quest'ultimo, agendo bensì sul diritto sostanziale, escludendo l'indennità per i miglioramenti previsti, dall'art. 1592 cod. civ. con norma derogabile». L'orientamento è consolidato: per limitarsi alla pronuncia piú recente cfr. Cass. (ord.), 3 marzo 2020, n. 5968, in *CED Cassazione*.

civ. perché si esce dalla sfera della garanzia e si rientra in quella della responsabilità<sup>170</sup>.

Con specifico riguardo alla garanzia per evizione, la dottrina prevalente considera i limiti di cui all'art. 1229 cod. civ. compatibili con il patto relativo alla diminuzione o esclusione degli effetti della garanzia<sup>171</sup>. Il concetto di «fatto proprio» è diverso rispetto a quello di «dolo o colpa grave», attiene a un'altra sfera e non lo elide<sup>172</sup>.

Non vi è invece unità di vedute con riguardo alla garanzia per vizi: la dottrina, infatti, è divisa tra chi riconduce lo stesso limite enunciato dall'art. 1490 cod. civ. al principio di cui all'art. 1229 cod. civ., equiparando, con un'interpretazione antiletterale, il concetto di

<sup>170</sup> Stabilire le ipotesi in cui si riscontra un patto *ex art.* 1229 cod. civ. è una questione interpretativa. A tal fine, secondo parte della dottrina, possono ritenersi sufficienti la mera consapevolezza dell'altruità della cosa, ovvero particolari situazioni di fatto, come la tenuità del prezzo, soltanto ove si traducano in una pattuizione o non ne costituiscano l'espressione, l'indice concreto. In questo senso P. GRECO e G. COTTINO, *Della vendita*, in *Comm. c.c.* Scialoja e Branca, *sub artt.* 1470-1547, Bologna-Roma, 1981, p. 215. Sul fatto che si debba in ogni caso ricordare il principio generale dell'art. 1229 c.c. si veda A. LUMINOSO, *I contratti tipici e atipici*, in *Tratt. dir. priv.* Iudica e Zatti, Milano, 1995, p. 131.

<sup>171</sup> Nel senso che il patto, essendo volto a limitare o escludere la responsabilità del venditore, non può essere invocato nei casi di dolo o colpa grave di quest'ultimo, C.M. BIANCA, *La vendita e la permuta*, in *Tratt. dir. civ. it.* Vassalli, VII, 1, Torino, 1972, p. 787; A. LUMINOSO, *Vendita*, in *Dig. disc. priv.*, *Sez. civ.*, XIX, Torino, 1999, p. 642; D. RUBINO, *La compravendita*, in *Tratt. dir. civ. comm.* Cicu-Messineo, 2<sup>a</sup> ed., Milano, 1971, p. 736. *Contra*, A. DE MARTINI, *Op. ult. cit.*, p. 1068).

<sup>172</sup> Secondo il prevalente orientamento dottrinale, il fatto proprio del venditore non implica necessariamente il dolo o la colpa, risultando sufficiente la mera derivazione obiettiva della causa di evizione da un fatto o comportamento del venditore. Ne consegue che la disciplina di cui all'art. 1487, comma secondo, c.c. implica la mera riferibilità oggettiva al soggetto venditore e, non essendo legata ad un giudizio di responsabilità, è differente rispetto a quella prevista dall'art. 1229 cod. civ. Cfr. C.M. BIANCA, *Op. ult. cit.*, p. 791; A. DE MARTINI, *Op. ult. cit.*, p. 1069. A ciò si obietta che il «fatto proprio» importa concettualmente un *quid pluris* rispetto al dolo o alla colpa grave: se il venditore, ad esempio, sapeva di non essere mai stato proprietario della cosa, si ha dolo da parte sua, ma non fatto proprio; così pure si ha semplice colpa, ma non fatto proprio del venditore se questi, pur non sapendolo, avrebbe dovuto con la normale diligenza sapere che la cosa non era mai stata di sua proprietà (D. RUBINO, *Op. ult. cit.*, p. 747). Secondo P. GRECO e G. COTTINO, *Op. ult. cit.*, p. 218, non si riscontra fatto proprio del venditore nel caso in cui questi abbia semplicemente taciuto l'esistenza di pretese di terzi o procedure di espropriazione in corso. In tali ipotesi si configura, invece, la nullità del patto ai sensi dell'art. 1229 c.c. e la responsabilità contrattuale del venditore.

«mala fede» a quello di «dolo o colpa grave»<sup>173</sup>; chi ritiene che la nullità della prima norma abbia rilevanza autonoma e ricorra solo nel caso ivi previsto, non anche nel caso di dolo o colpa grave<sup>174</sup>; e chi considera il secondo comma dell'art. 1490 cod. civ. come un'eccezione alla regola di cui all'art. 1229 cod. civ., intendendo per mala fede la mera conoscenza del vizio da parte dell'alienante, unita al silenzio preordinato ad ingannare il compratore<sup>175</sup>.

Quest'ultima è l'impostazione seguita dalla giurisprudenza, la quale su tale base è giunta ad affermare la validità del patto di esclusione della garanzia per colpa grave del venditore<sup>176</sup>. Sul fatto che il termine mala fede presupponga comunque una consapevolezza dell'agire carente invece quando il soggetto è in colpa grave non si dissente, ma tale assunto non giustifica comunque la conclusione cui è giunta la citata giurisprudenza. Il patto di esclusione della responsabilità per colpa grave del venditore è valido solo se la colpa grave riguarda l'omessa verifica del vizio da parte di quest'ultimo, giacché l'art. 1490 cod. civ. in questa ipotesi vieta il solo patto di esonero per mala fede; il patto sarà invece invalido ai sensi dell'art. 1229 cod. civ. quando il venditore ha provocato lui stesso il vizio a causa della sua grave negligenza.

L'ultima ipotesi da considerare nell'analisi del rapporto tra limiti generali e limiti speciali alla validità del patto oggetto della disamina è quella della responsabilità del debitore per fatto degli ausiliari<sup>177</sup>. Al

<sup>173</sup> COSÌ SALV. ROMANO, *Vendita. Contratto estimatorio*, in *Tratt. dir. civ.* Grosso-Santoro Passarelli, Milano, 1960, p. 275. Parte della dottrina sostiene che ai fini della ricorrenza della «mala fede» non sia sufficiente il silenzio malizioso dell'alienante, ma occorra una vera e propria attività di occultamento (P. GRECO e G. COTTINO, *Op. ult. cit.*, p. 253). Quest'ultima attività, secondo la giurisprudenza, per assumere rilevanza deve consistere non già nel semplice silenzio serbato dal venditore, ma in una particolare attività illecita, che sia funzionale a nascondere il vizio della cosa. Così Cass., 15 marzo 2004, n. 5251, in *Mass. giust. civ.*, 2004, p. 3, il cui testo integrale è reperibile in *Giur.*, 2004, p. 3043 ss.

<sup>174</sup> La motivazione è che in presenza del patto di esonero il venditore alienerebbe il bene senza tuttavia promettere che esso abbia certi requisiti di integrità o qualità; l'eventuale difetto della cosa venduta non costituirebbe, perciò, una ipotesi di inadempimento e verrebbe meno la ragione per riferirsi all'art. 1229 c.c. Così C.M. BIANCA, *Op. ult. cit.*, p. 822.

<sup>175</sup> In questo senso D. RUBINO, *Op. ult. cit.*, p. 865.

<sup>176</sup> Cass., 3 luglio 1979, n. 3741, in *Giur. it.*, 1979, p. 543 ss.

<sup>177</sup> Sulla definizione di ausiliari cfr. la risalente ma esaustiva monografia di G. VISINTINI, *La responsabilità contrattuale per fatto degli ausiliari*, Padova, 1965, p. 136. In generale, per quanto interessa in questa sede, si possono qualificare come ausi-

riguardo, l'art. 1228 cod. civ., dopo aver sancito che è il debitore a dover risarcire il danno cagionato al creditore dall'inadempimento dei propri ausiliari, fa salva una diversa volontà delle parti, ammettendo così un patto di esonero, senza rinviare ai limiti previsti dall'art. 1229 cod. civ.; per altro verso quest'ultima norma menziona la predetta responsabilità solo per chiarire che il patto volto a limitarla o escluderla incontra il limite della violazione di norme di ordine pubblico. Esiste dunque una lacuna legislativa circa l'applicabilità dei limiti del dolo e della colpa grave.

Sul punto la dottrina è sempre stata divisa. Quella precedente all'entrata in vigore del codice del 1942, nel silenzio del legislatore sul punto, era fermamente contraria alla stessa ammissibilità di qualunque patto che esonerasse il debitore dalla responsabilità per fatto dei suoi ausiliari, sebbene contenuto entro i limiti della colpa lieve. La soluzione contraria avrebbe, infatti, reso troppo agevole al debitore acquistarsi, ricorrendo all'opera altrui, quell'irresponsabilità per dolo o colpa grave che non avrebbe potuto ottenere agendo direttamente<sup>178</sup>. Qualche eccezione era tuttavia consentita, innanzitutto, nelle ipotesi in cui non solo mancava un rapporto di dipendenza propriamente inteso tra debitore e ausiliari, ma questi ultimi erano anche titolari di un ampio margine di autonomia, per ragioni note alla controparte e oggettivamente connesse alla loro funzione; poi nelle ipotesi in cui il fatto degli ausiliari fosse integralmente deter-

liari tutti coloro che concorrono all'esecuzione delle prestazioni promesse al debitore, siano essi dipendenti o collaboratori autonomi ed esterni.

<sup>178</sup> V. anzitutto A. ASQUINI, *Del contratto di trasporto*, cit., p. 350. Nello stesso senso, A. BRUNETTI, *Dei limiti di validità delle clausole di esonero nei trasporti marittimi*, commento a Cass. Torino, 4 maggio 1917, in *Riv. dir. comm.*, 1918, II, p. 133 ss., spec. pp. 138-141; A. BRUSCHETTINI, *Op. cit.*, p. 345 ss.; P. CHIRONI, *La colpa nel diritto civile odierno. Colpa contrattuale*, cit., pp. 668-670; A. DI NOLA, *Le agenzie di informazioni commerciali e la loro responsabilità civile*, in *Riv. dir. comm.*, 1904, I, p. 345 ss., spec. pp. 363-364; R. FRANCESCHELLI, *Le clausole di irresponsabilità nei trasporti marittimi ed il problema della protezione del contraente più debole nei contratti in serie*, in *Riv. dir. nav.*, 1938, I, p. 298; P. GRECO, *Appunti sulle clausole di irresponsabilità nei trasporti marittimi*, commento a Cass., 15 novembre 1928, in *Annuario dir. comp. studi legisl.*, 1931, IV, pp. 752-753; V. POLACCO, *Le obbligazioni nel diritto civile odierno*, cit., pp. 390-392. In senso contrario, cfr. F. FERRARA, *Responsabilità contrattuale per fatto altrui*, in *Scritti giuridici*, II, Milano, 1954, p. 3 ss., spec. p. 137; A. LEFEBVRE D'OVIDIO, *Studi sulle clausole di irresponsabilità*, in *Riv. dir. nav.*, I, 1938, p. 305 ss.; G. PACCHIONI, *Diritto civile italiano*, parte seconda, IV, *Dei delitti e quasi delitti*, Padova, 1940, p. 181 ss.

minato dal creditore della prestazione<sup>179</sup>. L'orientamento era condiviso dalla giurisprudenza<sup>180</sup>.

Il quadro è cambiato con l'entrata in vigore del codice attuale. L'ammissibilità di un patto di esonero dalla responsabilità per fatto degli ausiliari è ormai testuale, ma resta incerta l'applicabilità dei limiti di cui all'art. 1229 cod. civ. Secondo parte della dottrina, i limiti in questione non si applicano per una ragione formale e una sostanziale. Sotto il profilo formale, da un lato, la lettera dell'art. 1228 cod. civ. nel legittimare il patto non rinvia ai limiti previsti dall'art. 1229 cod. civ., dall'altro, come si è detto, la lettera dell'art. 1229 cod. civ. richiama l'esonero da responsabilità per fatto dell'ausiliario solo per sancirne, al comma secondo, la nullità nel caso in cui tuteli una condotta che integra violazione di una norma di ordine pubblico.

Sotto il profilo sostanziale, si osserva che l'ammissione di un patto di esonero "incondizionato" sarebbe compatibile con la *ratio* dell'art. 1229 cod. civ., nella misura in cui garantirebbe comunque il rispetto del vincolo obbligatorio principale, cioè quello tra il debitore in persona e il creditore<sup>181</sup>. In particolare, il patto non inciderebbe sulla responsabilità, ma costituirebbe, semmai, una limitazione della sfera di rischio del debitore<sup>182</sup>.

Agli argomenti sinora esposti si è ribattuto da una parte che anche nel caso di una clausola di esonero da responsabilità del debitore per fatto proprio il creditore è consapevole del rischio che assume, ma questo non impedisce di applicare i limiti del dolo e della colpa

<sup>179</sup> Su questo aspetto si v. P. CHIRONI, *Op. ult. cit.*, p. 670; R. FRANCESCHELLI, *Op. ult. cit.*, p. 298; P. GRECO, *Op. ult. cit.*, pp. 9-10; e V. POLACCO, *Op. ult. cit.*, loc. ult. cit.

<sup>180</sup> Per tutte, Cass., Sez. Un., 24 aprile 1936, n. 1385, in *Foro it.*, 1936, I, c. 775 ss.

<sup>181</sup> In questo senso G. VISINTINI, *La responsabilità contrattuale per fatto degli ausiliari*, cit., p. 136. Osserva l'A. che il permanere della responsabilità del debitore per fatto proprio costituisce garanzia contro eventuali abusi e intese tra il debitore e gli ausiliari in frode al creditore; in più, il contenuto del patto implica di per sé che la controparte venga previamente informata dell'impegno di terzi nell'espletamento della prestazione e sia così resa consapevole del relativo rischio, contro il quale, ove lo ritenga, può assumere le misure più opportune.

<sup>182</sup> S. FERRARINI, nota a Cass., 12 aprile 1946, n. 428, in *Foro it.*, 1946, I, c. 693 ss. Nello stesso senso G. AULETTA, *Limitazione di responsabilità del vettore marittimo*, in *Riv. dir. nav.*, 1952, I, p. 200; A. DE CUPIS, *Il danno*, II, cit., pp. 152-153; F. DOMINEDÒ, *Sui limiti di validità delle clausole di irresponsabilità nel caso di dolo o colpa grave*, nota a Cass., 18 dicembre 1942, n. 2700, in *Riv. dir. comm.*, 1994, I, p. 1 ss., spec. p. 4; A. TORRENTE, *Le clausole di esonero e le clausole limitative della responsabilità*, in *Giust. civ.*, 1951, p. 253.

grave; dall'altra parte che nella pratica non è sempre agevole distinguere tra il debitore vero e proprio e l'esecutore della prestazione e quindi tracciare una linea di demarcazione tra l'imputabilità del fatto al primo e al secondo<sup>183</sup>. Da tali obiezioni prende le mosse la tesi che ritiene applicabili all'art. 1228 cod. civ. i limiti di cui all'art. 1229 cod. civ. Anche qui si adduce in primo luogo un argomento letterale: la norma da ultimo citata sancisce, in caso di mancato rispetto dei limiti del dolo e della colpa grave, la nullità di «qualsiasi patto» che esclude o limita preventivamente la responsabilità del debitore. L'ampia formulazione eleva la regola a principio generale del sistema<sup>184</sup>.

Se così non fosse, si giungerebbe indirettamente a esonerare anche il debitore stesso da responsabilità per dolo o colpa grave e quindi a eludere il disposto dell'art. 1229 cod. civ.: escludendo la responsabilità dell'ausiliario, si elimina il fatto di cui, ai sensi dell'art. 1228 cod. civ., risponde il debitore<sup>185</sup>. Un simile esito, osservano taluni, sarebbe contrario all'efficienza degli scambi nonché a un equo assorbimento dei danni, condizioni che, invece, potrebbero realizzarsi ove l'imprenditore, in vista del rischio di un'eventuale responsabilità, adottasse misure idonee a scongiurarlo o ripartisse il relativo costo sulla generalità dei suoi clienti<sup>186</sup>.

Questa è la tesi accolta dalla giurisprudenza più recente, la quale vi fa riferimento come a un orientamento consolidato<sup>187</sup>. La giuri-

<sup>183</sup> Cfr., in particolare, le osservazioni di L. DELOGU, *Le modificazioni convenzionali della responsabilità civile*, cit., pp. 92-93.

<sup>184</sup> Si vedano in proposito le considerazioni di L. DELOGU, *Op. ult. cit.*, pp. 93-94.

<sup>185</sup> In questo senso, per tutti, G. ALPA, M. BESSONE e V. ZENO ZENCOVICH, *I fatti illeciti*, in *Tratt. dir. priv.* Rescigno, XIV, Torino, 1995, p. 324; L. BARASSI, *Teoria generale delle obbligazioni*, III, *L'attuazione*, cit., pp. 380-381, nt. 4; FRANCESCO BENATTI, *Contributo allo studio delle clausole di esonero da responsabilità*, cit., p. 80 ss.; M. BESSONE, *Le clausole di esonero e di limitazione della responsabilità*, cit., pp. 323 ss.; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, V, *La responsabilità*, cit., p. 69 e ID., *Inadempimento delle obbligazioni*, in *Comm. c.c.* Scialoja e Branca, Libro IV, *Delle obbligazioni*, artt. 1218-1229, sub art. 1229, Bologna-Roma, 1979, pp. 486-489; M. CANTILLO, *Le obbligazioni*, II, in *Giur. sist. dir. civ. comm.*, fondata da Bigiavi, Torino, 1992, p. 864; R. MICCIO, *Delle obbligazioni in generale*, in *Comm. c.c.*, libro IV, vol. I, sub artt. 1173-1320, Torino, 1982, p. 395; G. PONZANELLI, *Le clausole di esonero da responsabilità civile*, cit., p. 275.

<sup>186</sup> Cfr. R. SCOGNAMIGLIO, *Rischio e impresa*, in *Riv. dir. comm.*, 1967, I, p. 417 ss., spec. pp. 430-431; e P. TRIMARCHI, *Sul significato economico dei criteri di responsabilità contrattuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1970, p. 513 ss., spec. p. 423.

<sup>187</sup> Per tutte, Cass., 7 ottobre 2010, n. 20808, in *Urb. app.*, 2010, p. 1426, la quale definisce l'applicazione dei limiti del dolo e della colpa grave al patto di esonero da

sprudenza, per quanto «consolidata» è, per la verità, piuttosto esigua, di tal che non è possibile ravvisarvi un vero e proprio orientamento. Quel che si può osservare è il dato per cui le rare sentenze in materia non argomentano l'applicabilità dei limiti *ex art.* 1229 cod. civ., ma la danno semplicemente per pacifica. Ciò deriva probabilmente dal fatto che il divieto di cui alla norma appena citata è sempre più percepito come espressione di un principio generale dell'ordinamento<sup>188</sup>.

La scelta della Cassazione va molto probabilmente di pari passo con la convinzione, sempre più diffusa tanto in dottrina quanto in giurisprudenza, per cui il divieto previsto dall'art. 1229 cod. civ. asurge a principio generale dell'ordinamento. In effetti, si può rilevare come le poche pronunce in senso contrario all'applicabilità dei limiti in questione – peraltro piuttosto risalenti – siano tutte state rese di fronte a fattispecie nelle quali i collaboratori del debitore non potevano neppure definirsi propriamente ausiliari, in quanto la loro posizione presentava caratteri di forte autonomia e discrezionalità<sup>189</sup>. Risulta evidente che, in una situazione del genere, un patto di esonero da responsabilità per dolo del debitore non sarebbe solo lecito ma quanto mai opportuno.

responsabilità per fatto degli ausiliari come un principio consolidato nella giurisprudenza di legittimità; Cass., 15 febbraio 2000, n. 1682, in *Danno resp.*, 2000, p. 748 ss. Per una disamina completa e ragionata delle sentenze più risalenti sul tema cfr. L. DELOGU, *Le modificazioni convenzionali della responsabilità civile*, cit., pp. 97-101. Si vedano inoltre, sul cambiamento di rotta della giurisprudenza immediatamente successiva all'approvazione del codice, C.M. BIANCA, *Diritto civile*, V, *La responsabilità*, cit., p. 69; e FRANCESCO BENATTI, *Contributo allo studio delle clausole di esonero da responsabilità*, cit., p. 83.

<sup>188</sup> Si vedano in proposito le riflessioni di G. VISINTINI, *La responsabilità contrattuale per fatto degli ausiliari*, cit., p. 132.

<sup>189</sup> Si condividono qui le osservazioni di L. DELOGU, *Op. ult. cit.*, p. 101.

### CAPITOLO III

## Patti che hanno per oggetto o per effetto l'esonero da responsabilità: la ricerca di un criterio di appartenenza

SOMMARIO: 1. La limitazione o l'esclusione della responsabilità come effetto compatibile con una pluralità di patti: premesse metodologiche. – 2. La distinzione tra patti che limitano la responsabilità e patti che delimitano quantitativamente l'oggetto del contratto: le clausole di tetto massimo. – 3. Patti che limitano la responsabilità e patti che limitano qualitativamente l'oggetto del contratto: le clausole di *efforts*. – 4. La distinzione tra patti che limitano la responsabilità e patti che limitano il rischio garantito: le clausole di franchigia. – 5. *Segue*: le clausole che limitano i danni coperti dalla polizza. – 6. *Segue*: le clausole che limitano temporalmente la copertura assicurativa. – 7. In particolare, le clausole *claims made*. – 8. Patti che escludono la responsabilità e patti che escludono un'obbligazione tipica del contratto: la custodia. – 9. *Segue*: la consegna del bene all'utilizzatore nel *leasing*. – 10. *Segue*: le visure ipotecarie e catastali. – 11. Patti che escludono la responsabilità e patti che escludono l'integrazione del contratto: le clausole di *no supplementation* – 12. Patti sulla responsabilità e patti sul rischio: le clausole di *hardship* e *force majeure*.

#### 1. *La limitazione o l'esclusione della responsabilità come effetto compatibile con una pluralità di patti: premesse metodologiche*

Nella parte in cui riferisce la sanzione della nullità a «qualsiasi patto che esclude o limita preventivamente» la responsabilità del debitore, la formulazione dell'art. 1229 cod. civ. rivela un'ambiguità di fondo che induce a sottostimarne la portata applicativa. La lettera della norma, infatti, a prima vista sembra alludere soltanto a quelle pattuizioni con cui le parti dichiarano espressamente ed inequivocabilmente di escludere o limitare la responsabilità di una delle due, trascurando invece quelle clausole – forse ancor più diffuse nella prassi – con cui le parti disciplinano aspetti diversi dalla responsabilità – ad esempio l'onere della prova – che però si riflettono su questa, seppur in via indiretta.

A dispetto della formula imprecisa, che queste ultime clausole siano

ricomprese nell'ambito applicativo dell'art. 1229 cod. civ. deve ritenersi pacifico, non solo per simmetria con l'art. 33 cod. cons. – secondo cui si presumono vessatorie fino a prova contraria, tra le altre, le clausole che hanno «per oggetto o per effetto» di escludere o limitare la responsabilità del professionista –, ma anche perché una diversa conclusione si porrebbe in contrasto con la *ratio* dell'art. 1229 cod. civ. e, a monte, con l'insegnamento generale che si può trarre dall'art. 1344 cod. civ., vale a dire quello per cui è nullo non solo ciò che è di per sé vietato, ma anche ciò che, pur in sé lecito, costituisce il mezzo per giungere a un risultato contrario alla legge<sup>1</sup>.

L'aspetto problematico è un altro: se è immediata la riconduzione all'art. 1229 cod. civ. delle clausole che hanno per oggetto la limitazione o l'esclusione della responsabilità, non è sempre agevole capire quali patti siano capaci di alterare indirettamente il regime di responsabilità previsto dalla legge. Sotto questo profilo, l'art. 1229 cod. civ. assomiglia all'art. 809 cod. civ. in tema di liberalità non donative. Se le due norme sono innegabilmente diverse per materia e collocazione sistematica, hanno in comune la tecnica legislativa: entrambe costruiscono una categoria non intorno a un oggetto, ma intorno ad un mero effetto.

Come la liberalità, anche la limitazione o l'esclusione della responsabilità è un risultato compatibile con una pluralità di patti eterogenei, anche vertenti su aspetti diversi dall'*an*, dal *quantum* o dal *quomodo* della responsabilità. Come esistono gli atti che hanno per effetto e per oggetto la liberalità (le donazioni), esistono gli atti che hanno per effetto e per oggetto la limitazione o l'esclusione della responsabilità (quelle che potremmo definire clausole di esonero tipiche); come esistono gli atti che hanno solo per effetto ma non per oggetto la liberalità (le c.d. liberalità "indirette", *rectius* "non donative"), esistono atti che hanno solo per effetto ma non anche per oggetto la limitazione o l'esclusione di responsabilità (quelle che potremmo denominare clausole di esonero atipiche).

<sup>1</sup> Su quest'ultimo tema v., per tutti, E. CARRARO, *Il negozio in frode alla legge*, Padova, 1943, rist. con introduzione di M. Maggiolo, Napoli-Roma, 2014 (su cui F. LONGOBUCCO, *Sulla frode alla legge. L'attualità del pensiero di Luigi Carraro in occasione della ristampa de "Il negozio in frode alla legge"*, in *Rass. dir. civ.*, 2016, pp. 314-318); G. GIACOBBE, *La frode alla legge*, Milano, 1968; U. MORELLO, *Frode alla legge*, Milano, 1969; e G. D'AMICO, *Libertà di scelta del tipo contrattuale e frode alla legge*, Milano, 1993.

La differenza è che, mentre il legislatore tratta le liberalità non donative e le donazioni come due categorie normativamente distinte, creando tra le due solo un'intersezione – per quanto significativa e in espansione – di disciplina (art. 809 cod. civ.), l'art. 1229 cod. civ. tratta le clausole di esonero tipiche e quelle atipiche come una categoria unitaria: sono entrambe patti di limitazione o esclusione della responsabilità e sono entrambi soggetti a nullità se non rispettano i limiti ivi previsti, pur con le precisazioni che seguiranno a breve.

Il parallelismo tra esonero da responsabilità e liberalità può apparire forzato, ma gli approdi cui è giunta l'approfondita riflessione che la dottrina ha sviluppato nel corso dei secoli sulle liberalità forniscono importanti indicazioni di metodo anche per lo studio delle clausole di limitazione o esclusione della responsabilità<sup>2</sup>. La prima indicazione è che, come le liberalità, i patti di limitazione o esclusione della responsabilità sono una categoria aperta e potenzialmente indefinita, dunque non avrebbe senso tentare di costruire un elenco tassativo. L'identificazione e la sistematizzazione delle clausole per le quali si è posto o potrebbe porsi il problema dell'applicabilità dell'art. 1229 cod. civ. deve essere invece finalizzata ad individuare uno o più criteri utili per determinare l'appartenenza alla categoria dei patti sulla responsabilità.

La seconda indicazione è che le limitazioni o esclusioni di responsabilità atipiche, derivando da clausole diverse da quelle sulla responsabilità, come le liberalità atipiche derivano da atti diversi dalla donazione, potrebbero essere destinatarie di una disciplina specifica e autonoma in altri luoghi del codice civile. Come una liberalità potrebbe essere effettuata, per esempio, mediante un contratto a favore del terzo, disciplinato dagli artt. 1411 ss., un'esclusione di responsabilità potrebbe derivare, ad esempio, da un patto sull'onere della prova, già disciplinato dall'art. 2698 cod. civ. Di questa disciplina specifica si dovrà tener conto nel vagliare la riconducibilità stessa della clausola all'alveo dell'art. 1229 cod. civ.

Per le liberalità il problema si pone sotto un duplice profilo: in primo luogo si tratta di capire se l'atto posto in essere sia effettivo

<sup>2</sup> Per quanto risalente e dedicato alle sole donazioni, il contributo forse più significativo allo studio della liberalità è costituito dall'opera di R.J. POTHIER, *Traité des donations*, in *Œuvres complètes de Pothier*, XIV, nouv. éd., Paris, 1821-1824.

vamente qualificabile come liberale, onde applicare le norme previste per la donazione espressamente richiamate dall'art. 809 cod. civ.; in secondo luogo si tratta di stabilire se all'atto si applichino anche altre norme previste per la donazione ma non menzionate dal medesimo art. 809 cod. civ. La dottrina e la giurisprudenza piú condivisibili risolvono la questione adottando un approccio non aprioristico ma casistico, cioè prescrivono di valutare volta per volta se l'estensione alle liberalità non donative di una determinata norma prevista per la donazione sia giustificata dal ricorrere della medesima *ratio*<sup>3</sup>.

Per i patti di esclusione o limitazione della responsabilità il problema si pone in modo leggermente diverso – come si è detto, l'art. 1229 cod. civ. detta una disciplina unitaria per i patti di esonero tipici e per quelli atipici, non ci sono due diverse *enclaves* di disciplina – ma questo non fa venir meno l'opportunità di applicare un metodo analogo, improntato ad una comparazione tra il concreto assetto di interessi realizzato dalla clausola, la disciplina specifica di cui questa è destinataria ed il fondamento dell'art. 1229 cod. civ. In particolare, si tratterà di individuare un criterio per stabilire quali “tipi” di clausole ricadano nella *ratio* dell'art. 1229 cod. civ., questione che sarà oggetto dei paragrafi che seguono.

## 2. *La distinzione tra patti che limitano la responsabilità e patti che delimitano l'oggetto del contratto: le clausole di tetto massimo*

L'ambito in cui si è posto con maggior evidenza nella casistica italiana il problema di distinguere i patti sulla responsabilità da altri patti reputati invece leciti dall'ordinamento, o comunque da assoggettarsi a controlli diversi da quello previsto nell'art. 1229 cod. civ., è con ogni probabilità quello delle clausole con cui le parti o il predisponente delimitano dal punto di vista quantitativo la prestazione caratterizzante dedotta nel contratto.

L'ambiguità qualificatoria discende dal fatto che la riduzione del contenuto di una delle obbligazioni essenziali del contratto rispetto alla misura prefissata dal tipo contrattuale implica come conseguenza

<sup>3</sup> Sul problema di quali norme si estendano alle liberalità non donative e quali no cfr. A.A. CARRABBA, *Donazioni*, in *Tratt. dir. civ. CNN*, diretto da P. Perlingieri, Napoli, 2009, pp. 117-141.

logica, seppur indirettamente, una riduzione della responsabilità, sempre rispetto alla misura tipica. Si tratta allora di capire come debba bilanciarsi la libertà delle parti di derogare dal tipo con l'esigenza di scongiurare i rischi che hanno indotto il legislatore a prevedere l'art. 1229 cod. civ.

La questione è stata affrontata dalla giurisprudenza innanzitutto con riguardo alle c.d. clausole di "tetto massimo"<sup>4</sup>. Com'è noto tali

<sup>4</sup> Cass., Sez. Un., 1° luglio 1994, n. 6225, in *Arch. civ.*, 1994, p. 1135 ss., con nota di A. SEGRETO, *Cassette di sicurezza e responsabilità della banca: la dottrina e la giurisprudenza fino alla sentenza delle sez. un. n. 6225/1994*; nonché in *Banca borsa tit. cred.*, 1995, p. 446 ss., con nota di A. PAPA, *Cassette di sicurezza e responsabilità della banca*; e in *Corr. giur.*, 1994, p. 967 ss., con nota di V. CARBONE, *Ribadita la nullità del patto che limita l'ammontare dei valori da conservare in cassetta*; e in *Foro it.*, 1994, I, c. 3422 ss., con osservazioni di G. CATALANO; e in *Giur. comm.*, 1996, II, p. 192 ss., con nota di M. RAGNO, *Cassette di sicurezza: ancora sulla limitazione di responsabilità della banca*; e in *Giur. it.*, 1995, I, c. 800 ss., con nota di E. SCODITTI, *Autoregolamento e tipo nel contratto di cassetta di sicurezza. Sulla differenza fra clausola limitativa del valore e patto di limitazione della responsabilità della banca*; e Cass., Sez. Un., 1° luglio 1994, n. 6226, in *Giust. civ.*, 1994, I, p. 2444; Cass., 11 agosto 1995, n. 8820, in *Banca borsa tit. cred.*, 1997, II, p. 139; Cass., 10 gennaio 1998, n. 158, in *Giur. it.*, 1998, p. 499 ss.; Cass., 24 gennaio 1997, n. 750, in *Contratti*, 1997, p. 255 ss., con nota di F. DELFINI, *Clausole di esonero da responsabilità e determinazione dell'oggetto*; e in *Guida dir.*, 1997, p. 20 ss.; e in *Giur. it.*, 1998, p. 499 ss.; Cass., 10 febbraio 1998, n. 1355, in *Foro it.*, 1998, I, c. 2184 ss.; e in *Impresa*, 1998, p. 777 ss.; Cass., 4 marzo 1998, n. 2393, in *Danno resp.*, 1998, p. 553 ss., con nota di F. MACARIO, *La prova del danno da furto nelle cassette di sicurezza*; nonché in *Foro it.*, 1998, I, c. 2179 ss.; Cass., 4 aprile 2001, n. 4946, in *Giust. civ.*, 2001, I, p. 1784; Cass., 7 marzo 2003, n. 3389, in *Danno resp.*, 2003, p. 1093; nonché in *Contratti*, 2003, p. 707; e in *Gius.*, 2003, p. 1434; e in *Arch. civ.*, 2004, p. 93; e in *Guida dir.*, 2003, p. 45; Cass., 29 luglio 2004, n. 14462, in *Foro it.*, 2005, I, c. 1445; Cass., 24 maggio 2004, n. 9902, in *Resp. civ.*, 2005, p. 14, con nota di M. TUOZZO, *Cassette di sicurezza e responsabilità della banca*; Cass., 5 aprile 2005, n. 7081, in *Contratti*, 2005, p. 969, con nota di U. CARNEVALI, *La prova della colpa grave nelle clausole di esonero da responsabilità*; nonché in *Giur. it.*, 2005, p. 2035; e in *Resp. civ.*, 2006, p. 614, con nota di L. PRIMICERI, *Caso fortuito e cassette di sicurezza*; Cass., 5 aprile 2005, n. 7087, in *Notariato*, 2006, p. 413; App. Roma, 12 maggio 2005, in *Giust. civ.*, 2006, I, p. 803; App. Roma, 2 febbraio 2006, in *www.fallimentonline.it*; App. Napoli, 14 febbraio 2006, in *www.dejure.it*; Cass., 21 maggio 2008, n. 13051, in *Foro it.*, 2008, I, c. 2472 ss., con nota di A. PALMIERI, *Contratti bancari e clausole abusive: l'inibitoria collettiva e i suoi effetti*; e in *Obbl. contr.*, 2008, p. 677, con nota di S. RUBINO; nonché in *Nuova giur. civ.*, 2008, 11, p. 1245, con nota di G. LA MARCA, *Alcune questioni in tema di clausole abusive contenute nei contratti bancari*; e in *Resp. civ. prev.*, 2008, p. 2465, interessante perché ha sancito la nullità ex art. 1229 cod. civ. anche di una clausola con cui si limitava la responsabilità del professionista ai soli danni comprovati ed obiettivi, con

clausole prevedono, da un lato, che in caso di furto del contenuto della cassetta il risarcimento dovuto dalla banca non superi l'importo fissato nel contratto, dall'altro che l'utente sia tenuto a non depositare oggetti di valore complessivamente superiore a detto importo.

L'orientamento della giurisprudenza è da tempo consolidato nel ritenere che la clausola in questione non incida esclusivamente sull'oggetto del contratto, ma comporti altresì una limitazione della responsabilità della banca per inadempimento all'obbligo di custodia e dunque debba soggiacere agli artt. 1229 cod. civ. e 1341, comma 2, cod. civ.<sup>5</sup>. Il ragionamento è in sostanza il seguente: le obbligazioni della banca, come risulta dall'art. 1839 cod. civ., consistono nel concedere in uso al cliente locali idonei, custodirli e tutelare l'integrità della cassetta; stabilire un tetto massimo per il valore dei beni che possono essere inseriti nella cassetta non significa porre a carico della banca una prestazione meno gravosa, ma limitare le conseguenze risarcitorie di una responsabilità che altrimenti sussisterebbe per l'intero, in quanto derivante da un unico medesimo comportamento negligente<sup>6</sup>. Qualunque importo s'inserisca nella cassetta, la banca è sempre tenuta al medesimo obbligo di custodia e il livello d'impegno richiestole resta invariato.

Si potrebbe obiettare che la clausola, incidendo sul contenuto della

esclusione del valore d'affezione, individuando come tetto massimo al risarcimento il valore dichiarato dal cliente ed il conseguente massimale assicurativo; Trib. Milano, 18 giugno 2009, in *Giur. it.*, 2009, p. 2717; *Fam. pers. succ.*, 2010, p. 473; Cass., 30 settembre 2009, n. 20948, in *Contratti*, 2010, p. 48, la quale però riferisce la decisione ad un'ipotesi in cui mancava una clausola che sancisse l'obbligo del cliente di non immettere nella cassetta beni superiori a un certo valore; App. Roma, 24 giugno 2010, in *www.dejure.it*; App. Roma, 16 giugno 2011, *ivi*; Cass., 22 dicembre 2011, n. 28314, *ivi*; Cass., 27 dicembre 2011, n. 28835, in *Danno resp.*, 2012, p. 193; e in *Giust. civ.*, 2012, I, p. 1739 (entrambe interessanti perché sottolineano il fatto che la presenza della clausola di esonero vale ad introdurre nella valutazione dell'inadempimento all'obbligo di custodia un elemento, la colpa, che vi sarebbe estraneo in quanto il codice civile non configura la prestazione della banca come di mezzi, richiedendo quale prova liberatoria il caso fortuito, non la semplice diligenza); App. Palermo, 17 luglio 2012, in *Banca borsa tit. cred.*, 2014, p. 169 ss., con nota di G. Nuzzo, che estende la conclusione anche ai patti contenuti nei contratti bancari di deposito a custodia in piego chiuso; Cass., 27 luglio 2017, n. 18637, in *Quot. giur.*, 2017; nonché in *Corr. giur.*, 2017, p. 1311 ss.; e App. Reggio Calabria, 21 gennaio 2019, in *www.dejure.it*.

<sup>5</sup> *Ibidem*.

<sup>6</sup> Cass., Sez. Un., 1° luglio 1994, n. 6225, cit.; e Cass., Sez. Un., 1° luglio 1994, n. 6226, cit.

cassetta di sicurezza, delimita l'oggetto mediato del contratto e dunque, in coerenza con quanto si è affermato alla fine del paragrafo precedente, dovrebbe escludersi in radice la qualifica in termini di clausola sulla responsabilità. In quest'ottica l'effetto della clausola sarebbe di impedire a monte che sorga un'obbligazione di custodia dei beni che eccedono il tetto massimo prestabilito; conseguentemente la responsabilità non verrebbe neppure in gioco.

In realtà l'obiezione è fuorviante: a dispetto dell'apparenza, la clausola non delimita l'oggetto mediato ma quello immediato. L'obbligazione di custodia, infatti, è rivolta alla cassetta di sicurezza intesa come contenitore, non già ai beni ivi depositati. La clausola di tetto massimo, pertanto, non incide sull'individuazione del contenuto dell'obbligazione, che rimane invariato, bensì sugli effetti dell'inadempimento di quest'ultima<sup>7</sup>.

La soluzione della giurisprudenza appare condivisibile ed in linea con quanto si è rilevato a proposito delle ragioni per cui il legislatore ha previsto il divieto di cui all'art. 1229 cod. civ. non solo per i patti che escludono la responsabilità ma anche per quelli che semplicemente la limitano<sup>8</sup>. In quella sede, sulla scorta della giurisprudenza in tema di clausole penali in frode all'art. 1229 cod. civ., si era rilevato che il divieto di limitazione della responsabilità è volto a scongiurare il rischio che per il debitore sia economicamente indifferente o persino vantaggioso non adempiere oppure adempiere senza osservare quel minimo di diligenza richiesto dall'ordinamento nell'esecuzione delle prestazioni dedotte in obbligazione.

Qui si può ribadire che limitazioni di responsabilità sono tali, e perciò soggette ai limiti dell'art. 1229 cod. civ., quando ricorrono due condizioni: l'entità della prestazione richiesta al debitore è in realtà la medesima prevista per quel determinato tipo di contratto che le parti hanno concluso; a parità di prestazione, l'ammontare del danno risulta predeterminato nella clausola in misura deliberatamente inferiore rispetto a quello che il debitore sarebbe tenuto a risarcire se la

<sup>7</sup> Posto che il contenuto è inscindibile dal contenitore, e la prestazione è unitariamente diretta verso questo, sarebbe impossibile concepire una clausola solo sull'oggetto senza effetti sulla responsabilità. In questo senso già L. DELOGU, *Le modificazioni convenzionali della responsabilità civile*, cit., p. 229, la quale condivisibilmente osservava che «talvolta, è la medesima struttura del rapporto obbligatorio che ostacola la configurazione di un'operazione sull'oggetto, per imporre inevitabilmente la sua confluenza nell'ambito delle convenzioni limitative della responsabilità».

<sup>8</sup> Cfr. *supra*, capitolo I, par. 4.

clausola non ci fosse. Nel caso delle clausole in esame sia lo scarto tra la quantificazione del danno in presenza e in assenza della clausola, sia l'intenzionalità di tale scarto sono evidenti nella misura in cui il tetto massimo è intenzionalmente stabilito dalla banca senza tener conto del valore dei beni depositati nella cassetta.

### 3. *Patti che limitano la responsabilità e patti che limitano qualitativamente l'oggetto del contratto: le clausole di efforts*

Oltre alle limitazioni quantitative della responsabilità prospettate sin qui, la prassi, soprattutto quella dei contratti internazionali, conosce diverse clausole con cui le parti delimitano l'oggetto del contratto dal punto di vista qualitativo, specificando il grado di diligenza o comunque lo *standard* di condotta richiesto al debitore<sup>9</sup>.

In particolare – ma l'elenco non è tassativo – ricorrono clausole con cui il debitore s'impegna a compiere per eseguire la prestazione dovuta i propri "sforzi migliori" (*best efforts* o *endeavours*, *meilleurs efforts*, *besten Kräften*)<sup>10</sup>; e clausole con cui il debitore s'impegna a

<sup>9</sup> I contratti internazionali in cui ricorrono con maggiore frequenza le clausole in questione sono contratti stipulati tra imprenditori, aventi ad oggetto la distribuzione e promozione di prodotti; l'appalto di opere e servizi; la produzione di materie prime e pezzi di motoveicoli; l'attività di ricerca; la prestazione di assistenza tecnica; il lancio di satelliti; operazioni con titoli di credito; i *counter-trade agreements*; l'acquisto di pacchetti azionari di controllo. Il predetto elenco, che, è bene precisarlo, non ha carattere tassativo, è tratto da M. FONTAINE e P. DE LY, *Drafting international contracts. An analysis of contract clauses*, cit., p. 188 ss., particolarmente rilevante in quanto riporta per ognuno dei contratti indicati esempi concreti di clausole. Tutt'altro che insolito è l'impiego di queste ultime per connotare obblighi, come quello di riservatezza (in tal caso la clausola sulla diligenza accederà con ogni probabilità a una *confidentiality clause*), o quello di eliminare gli ostacoli sopravvenuti idonei a impedire l'adempimento (in tal caso la clausola di "efforts" sarà combinata ad una clausola di forza maggiore o di *hardship*) o, ancora, quello di porre in essere misure finalizzate a ripristinare l'equilibrio contrattuale (qui la clausola in esame accederà ad una clausola di rinegoziazione); o, infine, l'obbligo di ridurre i danni conseguenti all'inadempimento. Sul punto, oltre che M. FONTAINE e P. DE LY, *Op. ult. cit.*, p. 201 ss., si vedano C. CHAPPUIS, *Les clauses de best efforts, reasonable care, due diligence et les règles de l'art dans les contrats internationaux*, in *Rev. droit affaires int.*, 2001, pp. 281-301; D. PHILIPPE, *Les clauses de Best Efforts*, in *Liber amicorum Guy Horsmans*, Bruxelles, 2004, pp. 905-942; C. WITZ, T. BOPP, *Best Efforts, Reasonable Care: considérations de droit allemand*, in *Rev. droit affaires int.*, 1988, p. 1036.

<sup>10</sup> Si leggono anche espressioni quali *every effort, everything in its power, to the*

compiere solo gli sforzi che è ragionevole attendersi, vuoi dal punto di vista commerciale, vuoi da quello finanziario (*reasonable* o *commercially reasonable efforts*), vuoi, ancora, in base alle regole proprie di una determinata attività o professione<sup>11</sup>.

L'origine di tali clausole, insieme con la loro *ratio*, va ricercata nella prassi contrattuale anglo-americana: non essendo codificata negli ordinamenti di *common law* alcuna regola analoga a quella dettata dall'art. 1176 cod. civ., le parti specificano il grado di diligenza o di sforzo richiesto al debitore per evitare che l'obbligazione *adimplenda* sia qualificata automaticamente dalle corti come "di risultato"<sup>12</sup>.

*best of its ability, to the best of its experience, the best it can.* Cfr. ancora M. FONTAINE, P. DE LY, *Op. ult. cit.*, pp. 205-206. Quale esempio di clausole che impongono i "migliori sforzi", si può citare il seguente, in tema di *franchising*: «*Party A shall use its best endeavors to sell the Products and to offer for sale a minimum range and stock of the Products as specified in the Manual and to plan its re-ordering of such Products adequately in advance and to procure the greatest volume of turnover for the Business consistent with good service to the public or to achieve a minimum turnover of...*». L'esempio è tratto da M. ANDERSON, V. WARNER, *A-Z Guide to Boilerplate and Commercial Clauses*, 2006, Haywards Heath, West Sussex, p. 93 ss.

<sup>11</sup> Qui le espressioni variano da "sforzi ragionevoli" o "commercialmente ragionevoli"; a *with due diligence, in a diligent manner, with utmost diligence and care*; a *selon les règles de l'art, in accordance with recognized professional standards* o *entsprechend dem Stand von Wissenschaft und Technik, in accordance with good engineering practice*. Cfr. sul punto M. FONTAINE, P. DE LY, *Op. ult. cit.*, loc. ult. cit. Quali esempi di clausole che si limitano ad imporre "sforzi ragionevoli", si possono citare i seguenti: in tema di risoluzione delle controversie: «*Each Party will use all reasonable endeavors to reach a negotiated resolution through the Dispute Resolution Procedure*»; in tema di obbligo di consegna, pur in assenza della pattuizione di un termine essenziale per la medesima: «*The licensor will use all reasonable endeavors to achieve delivery or installation by any specified or requested date, but each such date is to be treated as an estimate only and time shall not be of the essence*». Per altri esempi cfr. M. ANDERSON, V. WARNER, *Op. ult. cit.*, *passim*.

<sup>12</sup> L'opinione è condivisa da A. FARNSWORTH, *On Trying to Keep One's Promises: The Duty of Best Efforts in Contract Law*, in *Univ. Pittsburgh L. Rev.*, 46, 1984, p. 4. Nella dottrina italiana riconduce – seppur in talune ipotesi e senza dilungarsi sul punto – l'obbligo di migliori sforzi ad un obbligo di mezzi, C. CONZATTI, *I Best efforts nell'adempimento delle obbligazioni contrattuali: note brevi di giurisprudenza negli Stati Uniti ed in Italia*, in *Contr. impr.*, 2010, p. 144 ss. In senso contrario, F. PIRAINO, *Adempimento e responsabilità contrattuale*, Napoli, 2011, p. 517, nt. 23, il quale ritiene impossibile trasporre nel *common law* la distinzione tra obbligazioni "di mezzi" e obbligazioni "di risultato" e afferma che non riveste un significato neppure affine ad essa la clausola di *best efforts*. Secondo l'A., detta clausola costituirebbe sempre espressione di un livello di diligenza più elevato rispetto a quello medio e quindi corrisponderebbe piuttosto ad alcune ipotesi di responsabilità aggravata,

Sull'interpretazione di tali clausole non vi è tra i giuristi inglesi, e soprattutto americani, concordia di vedute. La giurisprudenza è oscillante<sup>13</sup>, mentre tra i pratici è opinione diffusa che i migliori sforzi siano un *quid pluris* rispetto agli sforzi ragionevoli<sup>14</sup>.

Quel che rileva ai nostri fini è che le clausole in esame, tradotte

in cui il debitore risponde sino al limite del fortuito o della forza maggiore o, comunque, dell'impossibilità oggettiva e assoluta. L'Autore ripudia anche l'idea di qualsivoglia collegamento tra la clausola in esame e il canone di diligenza professionale, in quanto quest'ultimo, nel contesto delle prestazioni di un *facere* tecnico, esprime comunque un criterio di «medietà». Per altro verso, taluni giudici di *common law* hanno preferito riportare i *best efforts*, anziché alla diligenza, alla buona fede, vuoi per stabilire l'identità tra i due concetti, vuoi per decretare il maggior rigore del primo. Chi stabilisce un'equivalenza tra *best efforts* e *good faith* si basa sulla constatazione che non ci sono casi in cui un debitore che non ha rispettato lo *standard* dei "migliori sforzi" sia stato ritenuto conforme al canone di buona fede. In questo senso *Triple-A Baseball Club Assocs.*, 832 F.2d 214 (1<sup>st</sup> Circ. 1987), *cert. denied*, 485 U.S. 935 (1988). Oppure che i *best efforts* implicano l'obbligazione di agire secondo buona fede, alla luce delle proprie capacità. Così *W. Geophysical Co. of Am. v. Bolt Assocs., Inc.*, 584, F.2d 1164, 1171 (2d Cir. 1978). Al contrario, chi stabilisce che il livello dei "migliori sforzi" è più elevato rispetto a quello richiesto dal canone di buona fede fonda il proprio assunto sul fatto che quest'ultima, diversamente dai primi, è connaturata a tutti i contratti, senza necessità che vi sia un'espressa pattuizione delle parti in tal senso. Cfr. *Satellite Broad. Cable, Inc. v. Telefonica De España*, 807 F. Supp. 210, 217 (D.P.R. 1992); *Kroboth v. Brent*, 215 A.D.2d 813, 814 (N.Y. App. Div. 1995). Siffatto accostamento non pare condivisibile. I "migliori sforzi", essendo un parametro per valutare l'adempimento delle obbligazioni dedotte nel contratto, veicolano un concetto analogo a quello di diligenza. Tra i "migliori sforzi" e la buona fede vi è la stessa distanza che intercorre tra quest'ultima e la diligenza. Sul punto v., *supra*, capitolo I, paragrafo 6.

<sup>13</sup> Significativa in tal senso è l'affermazione del Giudice Goff: «*I ask myself, could anything be less specific or more uncertain? There is absolutely no criterion by which 'best endeavors' and practicability are to be judged*». Il caso cui si fa riferimento è *Bower v. Bantam Investments Ud*, (1972) 3 All E.R. 349, 355. In *Oversea Hayers Ltd v. Granadex SA*, (1980) 2 Lloyd's Rep. 608, si legge «*Perhaps the words 'best endeavors' in a statute or contract mean something different from doing all that can reasonably be expected, although I cannot think what the difference might be*». Per un'analisi più approfondita della casistica sulle clausole di *best* e *reasonable efforts*, corredata da qualche riflessione di stampo più teorico, si vedano, in particolare, C. CONZATTI, *I Best Efforts nell'adempimento delle obbligazioni contrattuali*, cit., p. 144 ss.; M. FONTAINE, *Best efforts, reasonable care, due diligence et règles de l'art. dans les contrats internationaux*, 1988, in *Int. Bus. L.J.*, 983, 1988; M. FONTAINE e P. DE LY, *Op. ult. cit.*, p. 187 ss.

<sup>14</sup> Cfr. K.A. ADAMS, *Understanding "Best Efforts" and its variants*, in *The Practical Lawyer*, agosto 2004, p. 12 ss.; D. SHINE, *"Best efforts" Standards Under New York Law: Legal and Practical Issues*, in *The M&A Lawyer*, 7, 9, 2004, p. 15.

nell'ordinamento italiano, non comportano un innalzamento o una diminuzione del livello di diligenza richiesto al debitore: come si è già detto parlando del superamento della teoria dei gradi, risulterebbe inutile prospettare in termini astratti un modello di condotta che sia un *quid minoris* rispetto alla diligenza del buon padre di famiglia, ma un *quid pluris* rispetto a un'eccessiva trascuratezza. Le clausole di *efforts* si traducono invece, secondo i casi, in una specificazione della prestazione o in un'attenuazione della responsabilità. Il canone della diligenza, infatti, come si è detto, reca in sé una duplicità di funzioni: da un lato essa è criterio di imputazione della responsabilità; dall'altro essa è misura del contenuto dell'obbligazione.

Al più, le clausole di *reasonable efforts* potrebbero interpretarsi come espressione di una diligenza concreta – ma pur sempre oggettiva, quindi antitetica rispetto alla diligenza *quam in suis rebus* di romanistica memoria<sup>15</sup>, dichiaratamente superata con l'avvento del codice attuale<sup>16</sup> – anziché astratta. Qui si tratterebbe di comparare il

<sup>15</sup> Il diritto romano contemplava, per lo più in merito all'obbligo di custodia, l'idea di una diligenza rapportata all'effettiva condotta abitualmente dimostrata dall'obbligato nella gestione delle proprie cose e lo stesso codice previgente, all'art. 1843, adottava siffatto parametro per valutare la responsabilità del depositario. Cfr. E. BETTI, *Imputabilità dell'inadempimento dell'obbligazione in diritto romano*, Roma, 1958, p. 333, in particolare le note 2 e 393. I frammenti di riferimento sono, rispettivamente, D. 10, 2, 25, 16, in tema di comunione ereditaria; D. 17, 2, 72 = *Inst.* 3, 25, 9, in tema di società; D. 27, 3, I, pr. e D. 24, 3, 24, 5, in tema di restituzione della dote da parte del marito; e C. 5, 14, II, 4, in tema di restituzione dei beni parafernali. La *diligentia quam in suis rebus* si applicava in particolare agli obblighi del coerede in comunione incidentale, a quelli del socio, del tutore o del curatore, e all'obbligo del marito di conservare, in vista di un'eventuale restituzione, la dote ed i beni parafernali della moglie. L'altra faccia della medaglia era quella che la dottrina suole definire la *culpa in concreto*, espressa dallo scarto tra la condotta concreta e la condotta ipotetica che il soggetto avrebbe potuto deontologicamente tenere in quella determinata situazione. Per la nozione di *culpa in concreto* cfr. P. FORCHIELLI, *La colpa lievissima*, in *Riv. dir. civ.*, 1963, I, p. 185.

<sup>16</sup> Nella Relazione al codice n. 559 si legge che il criterio della diligenza «richiamato in via generale nell'art. 1176 come misura del comportamento del debitore nell'eseguire la prestazione dovuta, riassume in sé quel complesso di cure e di cautele che ogni debitore deve normalmente impiegare nel soddisfare la propria obbligazione, avuto riguardo alla natura del particolare rapporto ed a tutte le circostanze di fatto che concorrono a determinarlo. Si tratta di un criterio obiettivo e generale, non soggettivo e individuale: sicché non basterebbe al debitore, per esimersi da responsabilità, dimostrare di avere fatto quanto stava in lui per cercare di adempiere esattamente l'obbligazione...». Cfr. S. RODOTÀ, *Diligenza (dir. civ.)*, cit., p. 540. Le parole della relazione sono ricalcate dalla giurisprudenza immedia-

comportamento effettivamente tenuto dal debitore non con quello che egli avrebbe ipoteticamente tenuto se si fosse trovato a curare un interesse proprio, bensì con quello che sarebbe stato ragionevole attendersi nel caso di specie.

Una simile scelta ermeneutica incontrerebbe il favore di quanti ritengono che la valutazione della condotta professionale del debitore alla stregua della diligenza sia retaggio di una certa “resistenza culturale” a fondare le decisioni su parametri, come la ragionevolezza, che operano necessariamente in stretto contatto col caso concreto<sup>17</sup>.

tamente successiva all'entrata in vigore del codice del 1942. Per una panoramica delle sentenze più rilevanti si veda la *Rassegna di giurisprudenza sul codice civile*, a cura di Nicolò, IV, Milano, 1954, I, pp. 8-9. Il superamento della concezione soggettiva di diligenza è stato salutato con favore dalla dottrina: F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, III, Milano, 1959, pp. 290-292; R. SACCO, *La buona fede nella teoria dei fatti giuridici di diritto privato*, Milano, 1949, p. 26 ss.; U. BRECCIA, *Diligenza e buona fede nell'attuazione del rapporto obbligatorio*, Milano, 1968, p. 14 e p. 52 ss.; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 4. *L'obbligazione*, Milano, rist. 2015, p. 91; A. DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, in *Comm. c.c. Scialoja e Branca, Libro quarto. Delle obbligazioni* (Artt. 1173-1176), Bologna-Roma, 1988, p. 424; W. D'AVANZO, *Sub art. 1176 c.c.*, *Comm. c.c. D'Amelio e Finzi*, Firenze, 1948, pp. 18-19; G. D'AMICO, *Negligenza*, in *Dig. disc. priv.*, *Sez. civ.*, XII, Torino, 1995, p. 24 ss. Aderiscono alla tesi anche G. CERDONIO CHIAROMONTE, *L'obbligazione del professionista intellettuale tra regole deontologiche, negoziali e legali*, Padova, 2008, p. 112 ss.; e G. FERRANDO, *Impossibilità sopravvenuta, diligenza del “buon padre di famiglia” e valutazioni di buona fede*, in *Giur. merito*, 1974, I, p. 936; Sposa, invece, la teoria soggettiva, *inter alios*, C. MAIORCA, *Colpa civile*, cit., p. 569 ss.

<sup>17</sup> Così G. SICCHIERO, *Come si valuta il merito della diligenza professionale?*, nota a Cass., 20 agosto 2015, n. 17016, in *Giur. it.*, febbraio 2016, pp. 337-342, spec. pp. 339-340. Al fine di ovviare al pregiudizio “culturale” per cui le valutazioni basate sul caso concreto e scerve di un certo grado di astrattezza sono difficilmente argomentabili e dunque inaffidabili, l'Autore propone d'intraprendere un percorso di concretizzazione della diligenza, analogo a quello attuato per la buona fede. In altre parole, l'Autore suggerisce una tipizzazione delle ipotesi di diligenza che si fondi sulla ragionevolezza. In tal modo – si osserva – la casistica riposerebbe «sul senso condiviso della scelta, in quanto, appunto, ragionevole». La proposta di creare dei veri e propri *Fallgruppen* delle applicazioni giurisprudenziali in tema di diligenza-ragionevolezza è stata tradotta in pratica in *Id.*, *Dell'adempimento - Artt. 1176-1179*, in *Comm. c.c. Schlesinger*, Milano, 2016, pp. 38-51. Per un'esposizione degli argomenti a favore della tipizzazione si rinvia a *Ivi*, pp. 53-54. Ogniqualvolta si parla di concretizzazione, si ripropone il timore di parte della dottrina che l'operazione rischi di trasformare in qualche misura la giurisprudenza in una vera e propria fonte del diritto. Per la risposta a tali perplessità con riguardo al caso di specie, si veda *Ivi*, p. 58.

A fronte dell'assenza di regole di dettaglio, di metodi statistici di rilevazione e di protocolli condivisi – sostituiti invece dal richiamo a indici «privi di consistenza reale», quali l'*id quod plerumque accidit* o i valori condivisi dalla società – i fautori della tesi appena illustrata osservano che non è possibile valutare il comportamento del debitore, soprattutto quando riveste la qualità di professionista<sup>18</sup>.

Alla luce di quest'impostazione, l'utilità delle clausole di *efforts*, e in particolare di quelle di *reasonable efforts*, sarebbe proprio quello di svelare qual è il vero criterio su cui si fonda la decisione sulla responsabilità del professionista. La ragionevolezza rimane pur sempre una clausola generale bisognosa di concretizzazione, ma ha forse, rispetto alla diligenza, l'utilità d'imporre un giudizio comparativo il cui termine di paragone non è astratto, ma più aderente al reale.

Altre clausole sull'oggetto che ricorrono nella contrattualistica internazionale sono quelle con cui le parti circoscrivono la *lex artis* cui il debitore è tenuto a conformarsi nell'adempimento del contratto, prevedendo, ad esempio, che debba impiegare non le migliori tecnologie *tout court*, ma le migliori disponibili sul mercato italiano, o che nell'esecuzione di un intervento possa attenersi anche solo alle linee guida di una certa società scientifica, o che nella redazione di una memoria difensiva possa limitarsi a considerare gli orientamenti giurisprudenziali maggioritari<sup>19</sup>.

Nell'ordinamento italiano si potrebbe ad esempio pensare a clausole con cui le parti delimitano la nozione di «problemi tecnici di speciale difficoltà» prevista dall'art. 2236 cod. civ. quale criterio per attenuare la responsabilità del prestatore d'opera professionale, magari stabilendo parametri più puntuali per valutarne la ricorrenza<sup>20</sup>.

<sup>18</sup> *Ibidem*. Per usare le parole dell'Autore, «solo una regola che precisi come comportarsi costituisce un limite oltre il quale esiste l'errore professionale; senza la regola di dettaglio, il comportamento non è valutabile». L'A. precisa che l'impostazione da lui suggerita non predica una rinuncia al sindacato sulla prestazione del professionista, ma soltanto una presa d'atto che in mancanza della regola di dettaglio appena citata «non si può giudicare quel che è più o meno "buono" spacciandolo per diligente: per questo i giudici non lo fanno».

<sup>19</sup> Cfr. C. CHAPPUIS, *Les clauses de best efforts, reasonable care, due diligence et les règles de l'art dans les contrats internationaux*, cit., p. 297; e F. NICKLISCH, *Funktion und Bedeutung technischer Standards in der Rechtsordnung*, in *Betriebs-Berater*, 38, 1983, p. 261 ss.

<sup>20</sup> Per il vero, alcuni autori ritengono poi che si tratti di una norma inutile, in quanto sarebbe già sufficiente l'art. 1176 cod. civ., nella sua elasticità, ad assicurare una corretta valutazione dell'impegno debitorio anche ove si presentino problemi di

Le regole adottate dalla giurisprudenza a riguardo sono spesso disomogenee. Basta considerare il contrasto, in tema di responsabilità medica, tra quelle sentenze che limitano la speciale difficoltà alle ipotesi in cui il caso sia «di particolare complessità o perché non ancora sperimentato o studiato a sufficienza, o perché non ancora dibattuto con riferimento ai metodi terapeutici da seguire» e quelle pronunce le quali, all'opposto, ritengono che la speciale difficoltà non sia tale per il solo fatto della ricorrenza delle predette circostanze<sup>21</sup>. In questo quadro, una definizione pattizia del parametro di cui all'art. 2236 cod. civ. sarebbe non solo ammissibile, ma auspicabile per rendere più prevedibili gli esiti di un eventuale giudizio di responsabilità professionale.

All'interrogativo se e quando le clausole sin qui illustrate rientrino nell'ambito di applicazione dell'art. 1229 cod. civ. si può rispondere, in prima battuta, nel modo seguente: non incidono sulla responsabilità le clausole che, nello specificare la prestazione, si limitano a esplicitare gli obblighi accessori e i risultati intermedi che già ne discenderebbero applicando il canone della diligenza; viceversa, incidono sulla responsabilità le clausole che prevedono un contenuto “di li-

speciale difficoltà. La considerazione di fondo è la seguente: posto che ai sensi dell'art. 1776, comma secondo, cod. civ. la diligenza deve valutarsi con riguardo alla natura dell'attività esercitata, sarebbe assurdo contemplare una riduzione della responsabilità proprio nel caso in cui, per la speciale difficoltà di esecuzione della prestazione, la prudenza e la perizia del debitore dovrebbero essere massime. In tal senso G. CATTANEO, *La responsabilità del professionista*, cit., p. 77 ss., in particolare p. 79, secondo il quale «la colpa grave di cui all'art. 2236 c.c. non è che la colpa lieve valutata tenendo conto della speciale difficoltà della prestazione»; A. DE MARTINI, *Responsabilità civile del medico*, in *Giust. civ.*, 1954, I, p. 1256 ss.; A. DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, cit., p. 434 ss.; L. MENGONI, *Obbligazioni “di risultato” e obbligazioni “di mezzi”*, cit., p. 206. Nello stesso senso, ma con un diverso approccio E. CARBONE, *Diligenza e risultato nella teoria dell'obbligazione*, cit., p. 127, il quale afferma che «la strutturazione dell'obbligo professionale come impegno di pura diligenza, nei casi in cui la prestazione abbia contenuti innovativi o mostri profili controversi, è sufficiente a presidiare la discrezionalità dell'agente, senza alcuna necessità d'istituire un regime speciale sul grado di colpa». *Contra* cfr., invece, G. CIAN, «*Lata culpa dolo aequiparatur*», in *Riv. dir. civ.*, 1963, I, p. 177.

<sup>21</sup> Nel primo senso, ad esempio, Cass., 2 agosto 2001, n. 10610, in *Corr. giur.*, 2001, p. 1274; Cass., 16 febbraio 2001, n. 2335, in *Resp. civ.*, 2001, p. 580, con nota di E. GUERINONI, «*Vecchio*» e «*nuovo*» nella responsabilità del medico: un campionario di questioni e soluzioni; e Cass., 12 agosto 1995, n. 8845, in *Arch. civ.*, 1996, p. 693. Nel secondo senso, per tutte, Cass., 14 giugno 2005, n. 12747, in *Ragusan.*, 2006, p. 265, p. 305.

vello inferiore” rispetto a quello ordinariamente richiesto in quel determinato tipo di attività.

Dunque, l'interprete dovrà, in un primo momento, determinare la soglia oltre la quale il debitore sarebbe giudicato responsabile per l'inadempimento di una prestazione afferente al tipo di quella in oggetto, in un secondo momento, stabilire se tale soglia coincide con quella fissata dalla clausola. Nel caso in cui quest'ultima sia inferiore, si applicherà l'art. 1229 cod. civ.

#### 4. *La distinzione tra patti che limitano la responsabilità e patti che limitano il rischio garantito: le clausole di franchigia*

Il problema della distinzione tra patti limitativi della responsabilità e patti limitativi dell'oggetto assume caratteri peculiari nei contratti di assicurazione, ove la determinazione delle condizioni di operatività della copertura assicurativa e in particolare la specificazione del rischio garantito sono elementi fisiologici del regolamento contrattuale, purché contenuti entro la cornice di inderogabilità fissata dall'art. 1932 cod. civ.

La peculiarità deriva dall'equivoco per cui la giurisprudenza parla spesso di “responsabilità” dell'assicurazione per fare invece riferimento al sorgere dell'obbligo indennitario in conseguenza del verificarsi delle condizioni di operatività della copertura assicurativa. Il riferimento alla responsabilità non è tecnicamente corretto perché l'obbligazione in capo all'assicurazione non ha natura risarcitoria ma indennitaria e non consegue ad un inadempimento ma al contratto stesso e al verificarsi delle condizioni in esso stabilite. Alla responsabilità potrebbe alludersi solo là dove la compagnia assicurativa omettesse di corrispondere l'indennizzo per alcuni danni che invece sono coperti dalla polizza.

Ciò precisato, la giurisprudenza continua nondimeno a tramandarsi quasi tralaticciamente la massima per cui, se sono mere clausole sull'oggetto del contratto quelle che «riguardano il contenuto e i limiti della garanzia assicurativa e, cioè, specificano legittimamente quale rischio risulti garantito», sono invece clausole limitative della responsabilità, oltre a quelle che limitano le conseguenze della colpa o dell'inadempimento, quelle che «operano per escludere il rischio garantito»<sup>22</sup>.

<sup>22</sup> Così, ancora di recente, Cass., 30 marzo 2018, n. 7916, in *Leggi d'Italia on-*

Per cogliere quale logica si cela dietro questa massima, che formulata così senza ulteriori motivazioni suona alquanto apodittica, occorre analizzare i gruppi di clausole sottoposte all'esame della giurisprudenza e individuare le forme di controllo cui sono state di volta in volta assoggettate.

Il primo gruppo di clausole che hanno sollevato il problema qualificatorio in questione è quello delle clausole di franchigia, cioè quelle pattuizioni con cui l'assicurazione stabilisce il valore al di sotto del quale il danno resta a carico dell'assicurato e oltre il quale è invece posto a carico della compagnia assicuratrice. Tali clausole sono in linea di principio lecite, sí come tipiche pattuizioni sull'oggetto del-

line. Nel caso di specie, la Corte ha ritenuto che la previsione dell'indennizzabilità per le sole lesioni superiori al 3% di invalidità permanente costituisce una mera specificazione del rischio pattuito e quindi una delimitazione dell'oggetto del contratto, non una limitazione della responsabilità «rispetto a un ambito contrattuale già fissato dalla legge o, appunto, dal negozio». Nella medesima direzione, Cass., 11 gennaio 2007, n. 395, in *Danno resp.*, 2007, p. 905 ss., con commento di G. CECCHERINI, *Clausole abusive e contratto di assicurazione: verso un controllo di tipo sostanziale*; in *Assicurazioni*, 2008, II, p. 3; e in *Resp. civ.*, p. 1294. Nell'ipotesi di specie la polizza di assicurazione contro gli infortuni prevedeva, in caso di invalidità pari o superiore al 20% la liquidazione dell'indennizzo senza deduzione di alcuna franchigia e, in caso di morte o di invalidità non inferiore all'80% la liquidazione di un indennizzo pari all'intera somma assicurata di lire 800 milioni. Tra le altre moltissime pronunce cfr. Cass., 11 giugno 2019, n. 15598, in *www.dejure.it*; Cass., 15 maggio 2018, n. 11757, *ivi*; Cass., 15 febbraio 2018, n. 3694, in *Giur. it.*, 2018, p. 542 ss.; Cass., 8 giugno 2017, n. 14280, in *www.dejure.it*; Cass., 22 settembre 2015, n. 18635, *ivi*; Cass., 28 ottobre 2014, n. 22806, *ivi*; Cass., 4 settembre 2014, n. 18670, *ivi*; Cass., 7 agosto 2014, n. 17783, *ivi*; Cass., 26 giugno 2012, n. 10619, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, p. 368; Cass. 16 marzo 2012, n. 4254, in *Dir. fisc. assicur.*, 2013, I, p. 413; Cass. 9 febbraio 2012, n. 1877, in *www.dejure.it*; Cass. 24 maggio 2011, n. 11373, *ivi*; Cass. 15 febbraio 2011, n. 3678, *ivi*; Cass. 21 ottobre 2010, n. 21608, *ivi*; Cass. 7 aprile 2010, n. 8235, in *Resp. civ. prev.*, 2010, p. 1260, con nota di V. DEL RE, *Assicurazione della responsabilità civile e ampiezza delle esclusioni convenzionali del rischio assicurato: nullità della clausola ex art. 1229 c.c.?*; in *Foro it.*, 2010, I, c. 2413; Cass., 23 luglio 2009, n. 17272, in *Giust. civ.*, 2010, p. 1949; Cass. 17 dicembre 2009, n. 26524, in *Guida dir.*, 2010, p. 66; Cass. 10 novembre 2009, n. 23741, in *Assicurazioni*, 2010, p. 110; Cass. 12 dicembre 2008, n. 29198, in *www.dejure.it*; Cass. 29 febbraio 2008, n. 5538, *ivi*; Cass. 2 marzo 2007, n. 4968, *ivi*; Cass. 29 maggio 2006, n. 12804, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016 p. 369; Cass., 15 marzo 2005, n. 5624, in *Giur. it.*, 2006, p. 254; Cass. 9 marzo 2005, n. 5158, in *www.dejure.it*; Cass., 4 marzo 2003, n. 3165, in *Arch. civ.*, 2003, p. 719; e in *Giust. civ.*, 2004, I, p. 2838; Cass. 17 ottobre 2002, n. 14743, in *Foro it.*, 2003, I, c. 1175; Cass. 4 febbraio 2002, n. 1430, in *Giust. civ.*, 2002, I, p. 1895; Cass., 1° marzo 1986, n. 1303, in *www.dejure.it*; Cass., 7 settembre 1984, n. 4787, in *Dir. prat. assicur.*, 1985, p. 457.

l'assicurazione, previste espressamente dall'art. 170 cod. ass., volte a circoscrivere il rischio garantito, e strumentali al perseguimento di interessi meritevoli di tutela.

In alcuni recenti casi affrontati dalle corti di merito, però, la franchigia è stata reputata nulla perché in concreto carente delle sue caratteristiche tipiche. Una prima sentenza ha sancito la nullità di una franchigia aggregata contenuta nella polizza assicurativa contro la responsabilità professionale di un'Azienda Sanitaria Locale, nella misura in cui l'importo era così elevato da rendere altamente improbabile che potesse mai sorgere in capo all'assicurazione l'obbligo di indennizzo<sup>23</sup>. Nella motivazione della sentenza si legge che una simile franchigia è priva della sua funzione tipica e snatura in concreto la causa del contratto di assicurazione, scaricando sull'assicurato l'obbligazione risarcitoria, senza però perseguire interessi alternativi altrettanto meritevoli di tutela.

Il Tribunale ha incentrato il suo ragionamento sulla meritevolezza e sulla causa concreta, ma ben avrebbe potuto fondare la medesima conclusione sull'art. 1229 cod. civ.: una franchigia di importo eccessivamente elevato rende di fatto quasi impossibile il sorgere dell'obbligo indennitario gravante sulla compagnia assicurativa, così neutralizzandone la "responsabilità"<sup>24</sup>. In altre parole, una franchigia come

<sup>23</sup> Trib. Aosta, 28 giugno 2018, *inedita*. La decisione è stata ribaltata dalla Corte di Appello di Torino (App. Torino, 5 dicembre 2019, n. 1952, *inedita*) con una motivazione alquanto apodittica che pare fondarsi in buona sostanza sull'erronea convinzione per cui le clausole tipiche non possono essere soggette al sindacato di meritevolezza ex art. 1322 cod. civ. e su un fraintendimento della nozione di causa concreta. Si legge in particolare nella sentenza che «Il primo Giudice non ha considerato le norme che regolano il contratto di assicurazione di cui agli art. 1882 c.c., a norma del quale l'assicurazione è il contratto con il quale l'assicuratore verso il pagamento di un premio si obbliga a rivalere l'assicurato, entro i limiti convenuti, del danno ad esso prodotto da un sinistro ovvero a pagare un capitale o una rendita al verificarsi di un evento attinente alla vita umana. Pacificamente l'assicurazione è un contratto aleatorio, circostanza che non è irrilevante come ritenuto dal primo Giudice e dall'appellata, la quale non considerava la causa tipica, ma fondava le sue difese sulla causa concreta del contratto, snaturando del tutto la funzione economico-sociale del contratto di assicurazione. Inoltre la franchigia è una clausola prevista dalla legge, per cui la previsione della stessa non fa venire meno la meritevolezza del contratto».

<sup>24</sup> Di questo si dirà più compiutamente a breve, ma cfr. sin d'ora le osservazioni di I. RIVA, *Le clausole claims made nell'assicurazione della responsabilità civile, tra resistenze giudiziali e coperture obbligatorie*, in *Contr. impr.*, 2018, p. 1061 ss., *passim*; nonché EAD., *Limitazione della responsabilità e definizione dell'oggetto: due*

quella del caso di specie consente, in concreto, alla compagnia di sottrarsi all'obbligazione essenziale che la legge ricollega al tipo contrattuale dell'assicurazione. Non a caso la massima che si è riportata all'inizio qualifica come clausola sull'oggetto soltanto quella che limita il rischio, mentre include tra le clausole sulla responsabilità quelle che lo escludono<sup>25</sup>.

Il ragionamento da ultimo proposto è stato esplicitato da una sentenza di legittimità chiamata a pronunciarsi su una clausola, contenuta nelle condizioni generali della compagnia assicurativa, ove si prevedeva l'esclusione della garanzia per «i danni a condutture ed impianti sotterranei in genere, fabbricati ed a cose in genere dovuti ad assestamento, cedimento franamento o vibrazioni del terreno da qualsiasi causa determinati»<sup>26</sup>. La Corte, ribaltando la sentenza di appello, ha sancito la nullità per contrarietà all'art. 1229 cod. civ. della clausola, motivando che quest'ultima contemplava una così ampia casistica di attività ipotizzabili nell'esercizio dell'impresa dell'assicurato da risultare volta non a una specificazione del rischio, bensì a una sua esclusione<sup>27</sup>. Concludeva la Corte che una simile clausola incide in concreto sulla sussistenza della causa del contratto di assicurazione<sup>28</sup>.

La conclusione è del tutto condivisibile, giacché la clausola in questione, ancorché formalmente riferita all'oggetto del contratto, segnatamente ai presupposti dell'insorgenza dell'obbligo indennitario in capo all'assicurazione, si riverbera sulla responsabilità. Di fatto l'ef-

*modi per un sindacato giudiziale sull'equilibrio del contratto di assicurazione*, in *Assicurazioni*, 2014, p. 581 ss., *passim*.

<sup>25</sup> Cass., 30 marzo 2018, n. 7916, cit.

<sup>26</sup> Cass., 7 aprile 2010, n. 8235, cit.

<sup>27</sup> *Ibidem*. Si legge nella motivazione che «con tale clausola, l'assicuratore (quale tra l'altro «predisponente» il contenuto contrattuale in modo unilaterale sottoscritto dal G., assicurato-contraente debole), ha previsto una così ampia casistica, di attività ipotizzabili nell'esercizio di impresa edile, da risultare la stessa clausola finalizzata non ad una consentita «specificazione» del rischio contrattuale bensì ad una non corretta esclusione in toto di quest'ultimo, con modalità tali, quindi, da incidere in concreto negativamente sulla sussistenza della causa del contratto di assicurazione, destinato proprio a garantire i rischi collegati all'attività imprenditoriale in questione».

<sup>28</sup> *Ibidem*. Il principio di diritto individuato dalla sentenza è il seguente: «configura una non consentita limitazione di responsabilità, ex art. 1229 c.c., la clausola di un contratto assicurativo che, nell'escludere l'assicurazione del relativo rischio, ipotizza (come nel caso di specie, con l'espressione testuale «da qualsiasi causa determinati») in modo ampio ed indiscriminato la non «comprensione» dei danni nell'oggetto del contratto stesso».

fetto della clausola è quello di consentire alla compagnia di sottrarsi nella maggior parte dei casi, senza conseguenze, all'obbligo tipico e caratterizzante del contratto di assicurazione. Non si tratta di una mera modifica del tipo contrattuale, ma di un'elisione del suo nucleo essenziale, senza che gli interessi perseguiti dalle parti rientrino nel nucleo essenziale di un altro tipo.

##### 5. Segue: le clausole che limitano i danni coperti dalla polizza

In secondo luogo, il problema della distinzione tra clausole limitative del rischio garantito e clausole limitative della responsabilità si è posto con riguardo a quelle pattuizioni con cui l'assicurazione circo-scrive i danni coperti dalla polizza. Anche in questo caso, le clausole sono tipiche e sono in linea di principio reputate lecite e immuni dai limiti di cui all'art. 1229 cod. civ., in quanto meri patti sull'oggetto del contratto<sup>29</sup>.

Tra le molte sentenze sul punto si può citare la più recente, che ha sancito la validità di una clausola del seguente tenore letterale: «Lavori di ristrutturazione e sopraelevazione. L'assicurazione comprende i danni a cose trovantisi nei fabbricati – anche occupati – oggetto dei lavori di ristrutturazione e/o sopraelevazione. Sono esclusi i danni conseguenti ad umidità od infiltrazioni d'acqua piovana e/o cagionati da eventi atmosferici in genere»<sup>30</sup>. Secondo la Corte, la clausola non era idonea a realizzare «un'indebita eliminazione *in toto* del rischio contrattuale», laddove solo in quel caso vi sarebbe stata una limitazione della responsabilità dell'assicuratore, nulla anche per contrarietà

<sup>29</sup> Cass., 15 maggio 2018, n. 11757, cit.; Cass., 15 febbraio 2018, n. 3694, cit.; Cass., 8 giugno 2017, n. 14280, cit.; Cass., 22 settembre 2015, n. 18635, cit.; Cass., 28 ottobre 2014, n. 22806, cit.; Cass. 4 settembre 2014, n. 18670, cit.; Cass. 7 agosto 2014, n. 17783, cit.; Cass. 26 giugno 2012, n. 10619, cit.; Cass. 16 marzo 2012, n. 4254, cit.; Cass. 9 febbraio 2012, n. 1877, cit.; Cass. 24 maggio 2011, n. 11373, cit.; Cass. 15 febbraio 2011, n. 3678, cit.; Cass. 21 ottobre 2010, n. 21608, cit.; Cass., 23 luglio 2009, n. 17272, cit.; Cass. 17 dicembre 2009, n. 26524, cit.; Cass. 10 novembre 2009, n. 23741, cit.; Cass. 12 dicembre 2008, n. 29198, cit.; Cass. 29 febbraio 2008, n. 5538, cit.; Cass. 2 marzo 2007, n. 4968, cit.; Cass. 29 maggio 2006, n. 12804, cit.; Cass., 15 marzo 2005, n. 5624, cit.; Cass. 9 marzo 2005, n. 5158, cit.; Cass., 4 marzo 2003, n. 3165, cit.; Cass. 17 ottobre 2002, n. 14743, cit.; Cass. 4 febbraio 2002, n. 1430, cit.; Cass., 1° marzo 1986, n. 1303, cit.; Cass., 7 settembre 1984, n. 4787, cit.

<sup>30</sup> Cass., 11 giugno 2019, n. 15598, in *www.dejure.it*.

al disposto dell'art. 1895 cod. civ., che annovera il rischio tra gli elementi essenziali del contratto in esame<sup>31</sup>.

Sull'ipotesi da ultimo prospettata il *leading case* riguarda una clausola contenuta nelle condizioni generali di una nota compagnia assicuratrice ove si prevedeva l'esclusione della garanzia per «i danni a condutture ed impianti sotterranei in genere, fabbricati ed a cose in genere dovuti ad assestamento, cedimento franamento o vibrazioni del terreno da qualsiasi causa determinati»<sup>32</sup>. Qui la Corte ha ritenuto palesemente nulla la clausola sulla base della motivazione per cui questa prevedeva una così ampia casistica da escludere completamente il rischio, anziché specificarlo, e quindi da incidere negativamente sulla sussistenza dell'elemento causale<sup>33</sup>. Il risultato appare condivisibile, ma solo a patto di alcune precisazioni.

Se ne anticipa qui solo una, rinviando per le altre al prossimo paragrafo. Coglie nel segno l'obiezione per cui nel caso di specie il rischio è solo significativamente affievolito, ma non escluso *in toto*<sup>34</sup>. Come si ricava dalla giurisprudenza, le ipotesi di nullità ai sensi dell'art. 1895 cod. civ. sono diverse da quelle poc'anzi prospettate: si tratta infatti di casi in cui il rischio non esiste in nessuna componente, in quanto l'evento che ha dato luogo al pregiudizio si è verificato prima della conclusione del contratto<sup>35</sup>.

<sup>31</sup> *Ibidem*. Nella motivazione si legge che «la clausola, così come formulata e riportata nel ricorso, non può che porre una «limitazione di garanzia» con riferimento ad una peculiare situazione che, se non esclusa, integrerebbe il rischio assicurato, dando luogo alla obbligazione indennitaria dell'assicuratore, ipotesi che bene può essere riferita a quelle condotte colpose dell'assicurato, integranti responsabilità civile per colpa od oggettiva, causalmente concorrenti con gli eventi atmosferici».

<sup>32</sup> Cass., 7 aprile 2010, n. 8235, cit.

<sup>33</sup> Il principio di diritto enunciato dalla Corte è il seguente: «configura una non consentita limitazione di responsabilità, ex art. 1229 c.c., la clausola di un contratto assicurativo che, nell'escludere l'assicurazione del relativo rischio, ipotizza (come nel caso di specie, con l'espressione testuale «da qualsiasi causa determinati») in modo ampio ed indiscriminato la non «comprensione» dei danni nell'oggetto del contratto stesso».

<sup>34</sup> Così, commentando la sentenza, I. RIVA, *Limitazione della responsabilità e definizione dell'oggetto: due modi per un sindacato giudiziale sull'equilibrio del contratto di assicurazione*, cit., p. 581 ss., p. 584, nt. 3, la quale osserva che la clausola in questione lascia impregiudicato, ad esempio, il rischio di danni alla persona.

<sup>35</sup> Si legge nelle sentenze che «non è consentita l'assicurazione di un rischio i cui presupposti causali si siano già verificati al momento della stipula, dovendo essere futuro rispetto a tale momento non il prodursi del danno, quanto l'avverarsi della

Così, ad esempio, sarebbero nulle per inesistenza del rischio l'assicurazione contro le malattie stipulata da persona già affetta dalla patologia, anche se questa fosse diventata oggettivamente visibile dopo la conclusione del contratto, e l'assicurazione per la responsabilità civile stipulata dopo che il fatto illecito si è verificato, anche se il danno da questo derivante è destinato a prodursi nel futuro<sup>36</sup>. La fattispecie ricalca quella della condizione impossibile per anteriorità dell'evento condizionale rispetto al contratto, la quale, com'è noto, rende quest'ultimo nullo quando è sospensiva, mentre si dà per non apposta quando è risolutiva<sup>37</sup>.

Se così è, sarebbe improprio applicare l'art. 1895 cod. civ. all'ipotesi di cui ci si sta occupando, cioè quella in cui le condizioni della polizza abbiano escluso dalla copertura così tanti rischi da rendere estremamente improbabile l'esigibilità dell'obbligo di indennizzo. Questo però non significa che il contratto di assicurazione così configurato sia valido: il contratto continuerà ad essere nullo, ma in virtù di un'altra norma, e cioè l'art. 1229 cod. civ. Nell'assicurazione il rischio non è semplicemente una componente dell'oggetto del contratto, ma

causa di esso, senza che rilevi che il concreto pregiudizio patrimoniale si sia poi verificato dopo la conclusione del contratto, in quanto conseguenza inevitabile di fatti già avvenuti in precedenza», così, per tutte e dalla più recente, Trib. Milano, 21 giugno 2018, in *www.dejure.it*; e Cass., 13 marzo 2014, n. 5791, in *Danno resp.*, 2014, p. 759 ss. Nello stesso senso Cass. (ord.), 15 maggio 2018, n. 11763, in *CED Cassazione*, 2018, la quale ha chiarito che l'art. 1895 cod. civ. si applica, in virtù del rinvio operato dall'art. 1886 cod. civ., non solo alle assicurazioni private ma anche a quelle sociali.

<sup>36</sup> Gli esempi sono riportati da Cass., 13 marzo 2014, n. 5791, cit. Nel caso di specie la Corte ha cassato la sentenza della Corte d'Appello per non aver dichiarato la nullità per mancanza di rischio del contratto di assicurazione per la responsabilità professionale stipulato da un avvocato dopo che aveva proposto un appello tardivo. L'errore imputato alla Corte di merito è stato quello di aver ravvisato l'evento produttivo del rischio nella sentenza che ha dichiarato la tardività dell'appello (circostanza in cui invece si concreta il danno), anziché nella proposizione dell'appello medesimo.

<sup>37</sup> E infatti, come insegna anche la giurisprudenza (cfr., per esempio, *ibidem*), se prima della stipula del contratto il rischio è la generica esposizione a un pericolo di un bene o di un interesse dell'assicurato (c.d. rischio extra assicurativo), dopo tale momento il rischio, come delimitato dalla polizza, assume il ruolo di evento futuro e incerto al cui verificarsi è subordinato l'obbligo di corrispondere l'indennizzo (c.d. rischio assicurato). Una volta che l'evento descritto nella polizza si è avverato, il rischio è sostituito dal sinistro (anche detto "rischio avverato"). Per un'analisi più approfondita cfr. G. MARESCA, *Alea contrattuale e contratto di assicurazione*, Napoli, 1979, *passim*.

ne pervade la causa; anziché ridurre l'art. 1895 cod. civ. a una mera ipotesi di nullità per impossibilità dell'oggetto, bisognerebbe considerarlo come espressione del principio per cui l'assicurazione è un contratto necessariamente aleatorio<sup>38</sup>.

Una clausola come quella in esame consentirebbe invece all'assicuratore di percepire il premio a fronte della quasi certezza che non dovrà corrispondere l'indennizzo, se non in ipotesi del tutto remote. Non si tratta qui di sindacare l'equilibrio del contratto, bensì di constatare che il risultato delle clausole è di fatto quello di legittimare l'assicuratore, nella maggior parte dei casi, a non compiere la prestazione dovuta senza incorrere nella responsabilità per inadempimento. Ancòra una volta emerge lo stretto legame tra responsabilità e causa del contratto: le pattuizioni che incidono sull'una hanno un impatto anche sull'altra.

#### 6. Segue: *le clausole che limitano temporalmente la copertura assicurativa*

Il terzo gruppo di clausole per cui si pone il problema della distinzione tra limitazione della responsabilità e semplice limitazione dell'oggetto del contratto, *rectius*, del rischio garantito, è, come si accennava, quello delle restrizioni temporali della copertura assicurativa previste nella polizza.

Un primo caso riguarda una polizza contro gli infortuni nelle cui condizioni generali si prevedeva che «il diritto all'indennità per invalidità permanente è di carattere personale e quindi non è trasmissibile agli eredi. Tuttavia, se l'assicurato muore per causa indipendente dall'infortunio dopo che l'indennità sia stata liquidata o comunque offerta in misura determinata, la Società paga agli eredi l'importo liquidato od offerto»<sup>39</sup>.

<sup>38</sup> Secondo autorevole dottrina, non è il danno che le cose assicurate possono subire per l'avverarsi dell'evento incerto, bensì l'incertezza del vantaggio o della perdita economica per entrambe le parti contraenti al momento della conclusione del contratto. In questo senso, G. MARESCA, *Op. ult. cit.*, p. V. Sul punto v. ampiamente A. GAMBINO, *L'assicurazione nella teoria dei contratti aleatori*, Milano, 1964, *passim*; e U. CARNEVALI, *Alea*, in *Nuovo Dig. it.*, Torino, 1937, *passim*. Più propriamente, invece, il rischio è la possibilità di danno, l'aspettativa di danno, cioè il danno allo stato potenziale

<sup>39</sup> Cass., 23 luglio 2009, n. 17272, cit.

La Cassazione ha qualificato la clausola come limitativa della responsabilità dell'assicuratore, nella misura in cui prevede che, pur rientrando l'infortunio tra i rischi assicurati, l'assicuratore non sia tenuto a corrispondere l'indennizzo, e ciò senza altra giustificazione che quella di alleviare l'onere economico gravante sulla compagnia. Su tale base la Corte ha concluso che la clausola doveva reputarsi inefficace siccome non specificamente approvata *ex art.* 1341 cod. civ., precisando però che in presenza della specifica approvazione la clausola sarebbe stata valida. La precisazione non appare degna di nota perché immotivata e incoerente con la qualificazione della clausola.

Un secondo caso concerne una clausola, contenuta in una polizza fideiussoria, con la quale la compagnia assicuratrice limitava la durata della garanzia fino all'approvazione del certificato di collaudo o di regolare esecuzione e comunque fino al decorso di due mesi dalla scadenza dei termini di cui alla legge n. 741 del 1981 (art. 5, commi 1, 2 e 3), salvo che l'ente garantito non avesse comunicato, entro la scadenza stessa, che la mancata approvazione dipendeva da fatto imputabile all'impresa obbligata<sup>40</sup>.

Chiamata a pronunciarsi sulla validità della clausola, la Cassazione ha risposto in senso affermativo ritenendo che si trattasse di un semplice patto volto a specificare temporalmente il contenuto della garanzia. In particolare, secondo la Corte, la clausola non stabiliva alcuna decadenza e rimetteva comunque al garantito la possibilità di evitare qualsiasi pregiudizio inoltrando la comunicazione prevista. La motivazione è sintetica, ma il risultato è condivisibile, giacché il patto in esame non vale a escludere il rischio garantito.

Ad analoga conclusione è giunta la giurisprudenza su altre clausole che impongono oneri di condotta a carico dell'assicurato a pena

<sup>40</sup> Cass., 7 agosto 2014, n. 17783, in *www.dejure.it*. La vicenda riguardava due polizze fideiussorie stipulate da un imprenditore che era risultato vincitore della gara d'appalto indetta dal Comune di Torrenova per la costruzione di un'opera pubblica. Più precisamente, le polizze erano state stipulate dall'imprenditore a beneficio del Comune in riferimento allo svincolo di ritenute sugli stati di avanzamento dei lavori. Posto che l'appaltatore non aveva adempiuto alle proprie obbligazioni, il Comune aveva proceduto alla rescissione del contratto prevista dalla l. 2248/1965 (art. 340) e dal R.D. 350/1895 (art. 26), non riuscendo però ad ottenere dall'appaltatore quanto dovutogli in conseguenza dello scioglimento del contratto. Alla luce dei fatti, il Comune aveva convenuto in giudizio la compagnia assicuratrice per ottenere l'importo corrispondente a quello delle polizze, maggiorato degli interessi; l'assicurazione aveva eccepito l'estinzione dei predetti rapporti di garanzia ai sensi della polizza.

di decadenza dal diritto all'indennizzo<sup>41</sup>. Nella misura in cui tali clausole tutelano l'interesse dell'assicuratore ad avere contezza dell'evento dannoso in modo da poter intervenire in tempi utili e ridurre i danni, anche in omaggio al principio di autoresponsabilità sancito dall'art. 1227 cod. civ., esse sono da reputarsi valide. L'unico limite, che però in qualche modo ha una *ratio* affine all'art. 1229 cod. civ., è quello sancito dall'art. 2965 cod. civ. in tema di decadenze convenzionali<sup>42</sup>:

<sup>41</sup> A titolo di esempio si può citare innanzitutto la clausola che impone all'assicurato, a pena di decadenza dal diritto a percepire l'indennizzo, di mantenere lo *status quo*, cioè di non effettuare riparazioni o spostamenti delle cose danneggiate finché la compagnia assicuratrice non abbia accertato i fatti (tale clausola è stata reputata vessatoria da Cass., 10 gennaio 1980, n. 197, in *Giur. it.*, 1980, I, p. 1046; mentre Trib. Roma, 28 ottobre 2000, in *Contratti*, 2001, p. 441, con nota di A. SCARPELLO, *Clausole abusive nei contratti di assicurazione del consumatore*; e in *Corr. giur.*, 2001, p. 380, con nota di A. DI MAJO, *Clausole vessatorie e rischi assicurati: un difficile confine*; nonché Cass., 5 giugno 1985, n. 3357, in *Resp. civ. prev.*, 1986, p. 283, con nota di A.D. CANDIAN, *In tema di clausole di decadenza "improprie" nel contratto di assicurazione*, hanno ritenuto che non fosse abusiva la clausola contenuta in una polizza incendio che prevede la perdita dell'indennizzo in caso di esagerazione dolosa dell'ammontare del danno, in quanto «la decadenza, che non rientra in alcune delle ipotesi di vessatorietà di cui all'art. 1469 *bis*, è volta a costituire una coazione psicologica all'esatta esecuzione del contratto, in coerenza con la particolarità funzionale del contratto di assicurazione, che necessita della massima cooperazione dell'assicurato in conformità ai canoni di correttezza e buona fede e con quanto disposto dall'art. 1910 c.c.»). Ulteriore esempio è quello di una clausola, inserita in una polizza a copertura del rischio di incendio del capannone adibito a sede dell'attività di produzione nel settore navale e dei beni ivi contenuti, con cui si subordinava il pagamento dell'indennità alla previa ricostruzione o riparazione dei beni distrutti o comunque danneggiati (è questo il caso affrontato da Trib. Monza, 20 marzo 2014, in *Assicurazioni*, 2014, II, p. 353, il quale, forse per ovviare all'inconveniente per cui le riparazioni richieste si erano rivelate nel caso di specie eccessivamente onerose per l'assicurato in assenza dell'indennizzo, aveva reputato inefficace la clausola, sì come limitativa della responsabilità della compagnia, per mancata sottoscrizione specifica ai sensi dell'art. 1341 cod. civ.

<sup>42</sup> Sugli argomenti favorevoli e contrari all'applicazione dell'art. 2965 cod. civ. si veda, sinteticamente, I. RIVA, *Op. ult. cit.*, p. 593 ss. Sul tema della decadenza cfr. in particolare le osservazioni di A. LEPORE, *Prescrizione e decadenza. Contributo alla teoria del "giusto rimedio"*, Napoli, 2012, p. 146 ss. Sui possibili fondamenti della norma in esame si v. F. SANTORO PASSARELLI, *Prescrizione e decadenza*, in *Riv. dir. civ.*, 1926, p. 556 ss.; G. AZZARITI e G. SCARPELLO, *Della prescrizione e della decadenza*, in *Comm. c.c. Scialoja e Branca*, Bologna-Roma, 1972, p. 201 ss.; V. TEDESCHI, *Decadenza, a) Diritto e procedura civile*, in *Enc. dir.*, XI, 1962, p. 771 ss., p. 771; C. RUPERTO, *Prescrizione e decadenza*, in *Giur. sist. civ. comm.*, diretta da W. Bigiavi, Torino, 1985; P. SARACENO, *Della decadenza*, in *Comm. c.c. D'Amelio e Finzi, Della tutela dei diritti*, Firenze, 1943, p. 1008. Per una riflessione di più am-

le clausole in questione devono reputarsi nulle ogniqualvolta abbiano l'effetto di rendere eccessivamente difficile per una delle parti l'esercizio del proprio diritto.

Quest'ultima logica sembra essere il *fil rouge* di una serie di sentenze chiamate a pronunciarsi sulla validità delle clausole con cui l'assicurazione pone a carico dell'assicurato misure di prevenzione a pena di inesigibilità dell'indennizzo. La giurisprudenza ha per esempio qualificato come patti limitativi della responsabilità: una clausola contenuta in una polizza contro i rischi da furto durante il trasporto di merci con autocarri nella quale si poneva a carico dell'assicurato l'obbligo di custodire a ogni fermata gli autocarri in locali adatti o di sorvegliarli costantemente<sup>43</sup>; e una clausola inserita in una polizza contro il furto ai sensi della quale la copertura non operava se «durante gli spostamenti a terra o in luoghi non sicuri, non fossero state adottate idonee misure di sicurezza e di sorveglianza per la protezione dell'imbarcazione»<sup>44</sup>. In tutti i casi prospettati la motivazione a sostegno della vessatorietà è stata che le clausole rendevano difficilmente azionabile la responsabilità dell'assicuratore.

Sulla base di una motivazione uguale e contraria sono state qualificate come mere pattuizioni sull'oggetto del contratto e dunque non vessatorie: una clausola contenuta in una polizza contro il furto in abitazione con cui si stabiliva che la copertura non sarebbe stata efficace se l'assicurato non avesse fatto in modo che tutte le aperture verso l'esterno fossero difese da «robusti serramenti in legno, materia plastica rigida, vetri antisfondamento, metallo, chiusi con serrature o lucchetti di sicurezza»<sup>45</sup>; una clausola inserita in una polizza contro il furto di un furgone portavalori con cui si poneva a carico dell'assicurato l'obbligo di non lasciare mai il veicolo incustodito, cioè senza almeno un dipendente a bordo<sup>46</sup>; una clausola contenuta in una

pio respiro sul rapporto tra intervento giudiziale e attuazione del diritto di difesa sancito dall'art. 24 Cost., cfr. P. PERLINGIERI, *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*, in *Rass. dir. civ.*<sup>TM</sup>, 2001, p. 341, ora in *Id.*, *Il diritto dei contratti tra persona e mercato*, Napoli, 2003, p. 441.

<sup>43</sup> Cass., 10 dicembre 1976, n. 4606, in *Mass. Assicurazioni*, 1977, II, 2, n. 75.

<sup>44</sup> Cass., 21 ottobre 1994, n. 8643, in *Dir. econ. assicur.*, 1995, p. 923, con nota di P. NEGRI, *Sulla qualificazione giuridica delle clausole delimitative della responsabilità*.

<sup>45</sup> Cass. 27 luglio 2001, n. 10290, in *Gius.*, 2001, p. 2590; nonché in *Dir. econ. assicur.*, 1999, p. 675; e nella medesima direzione, Cass. 17 dicembre 1981, n. 6680, in *Arch. civ.*, 1982, p. 625.

<sup>46</sup> Cass., 1° dicembre 1998, n. 12190, in *Danno resp.*, 1999, p. 642 ss.

polizza di RC auto con la quale l'assicurato s'impegnava «ad utilizzare il centro di autoriparazione indicato dall'impresa»<sup>47</sup>; e piú in generale le clausole con cui si impone all'assicurato il rispetto delle prescrizioni di legge<sup>48</sup>.

### 7. Segue: *in particolare, le clausole claims made*

Un terzo e ultimo caso di pattuizioni che limitano temporalmente la copertura assicurativa e sollevano problemi di distinzione rispetto alle clausole di limitazione della responsabilità è rappresentato dalle clausole *claims made*. Com'è noto, si tratta di quelle clausole con cui l'assicurazione circoscrive la copertura alle pretese risarcitorie che sono state avanzate in costanza di polizza, indipendentemente da quando si è verificato il sinistro che vi ha dato causa (c.d. *claims made pure*), o alle pretese risarcitorie che siano state avanzate in costanza di polizza e siano altresí conseguenza di un sinistro parimenti verificatosi nel periodo di vigenza della polizza medesima (c.d. *claims made impure*). Le alterne vicende delle clausole in questione sono ben note e oggetto di costante dibattito, perciò qui ci si limiterà a qualche considerazione<sup>49</sup>.

In una prima fase la giurisprudenza ha qualificato le *claims made*

<sup>47</sup> Cass., 15 maggio 2018, n. 11757, cit. La Corte, dopo aver ripetuto la solita massima, ha negato l'applicabilità dell'art. 1229 cod. civ. sulla base della motivazione per cui con la clausola in esame la compagnia stabilisce i limiti entro i quali è tenuta a rivalere l'assicurato del danno prodottogli dal sinistro e dunque è volta a precisare l'oggetto del contratto di assicurazione. La Corte ha altresí escluso la vessatorietà della clausola, in quanto: non rendeva eccessivamente difficoltosa la realizzazione del diritto dell'assicurato né rimetteva la soddisfazione di quest'ultimo all'arbitrio dell'assicuratore; riproduceva la previsione dell'art. 2058 cod. civ.; era di facile conoscibilità per essere inserita nel frontespizio della polizza e sottolineata in grassetto; e imponeva soltanto all'assicurato di rivolgersi ai soggetti facenti parte del servizio, ma non limitava il servizio medesimo, cioè la reintegrazione in forma specifica.

<sup>48</sup> Così Cass., 23 febbraio 1963, n. 434, in *Giur. it.*, 1963, I, p. 1478, ha ritenuto valida una clausola con cui si imponeva all'assicurato di guidare con una patente in corso di validità; e Cass., 12 marzo 1956, n. 724, in *Giur. it.*, 1976, I, p. 476, ha ritenuto non vessatoria la clausola con cui si faceva divieto all'assicurato di caricare autocarri e rimorchi oltre ai limiti di portata previsti dalla legge.

<sup>49</sup> Tra i moltissimi contributi, si v. F. PIRAINO, *Critica della causa al servizio dell'adeguatezza in concreto del contratto. Il caso dell'assicurazione della responsabilità civile con copertura claims made*, in *Eur. dir. priv.*, 2019, p. 1045.

impure come patti limitativi della responsabilità dell'assicuratore: mentre sulla base del modello previsto dal codice civile (c.d. *loss occurrence*) l'obbligo d'indennizzo a carico dell'assicuratore permane anche oltre la vigenza della polizza, finché non è decorso il termine di prescrizione dell'azione risarcitoria, sulla base del modello *claims made* impuro l'obbligazione dell'assicuratore ha la medesima durata della polizza<sup>50</sup>.

In una seconda fase, la giurisprudenza ha accolto l'opposta tesi per cui le clausole in esame sono semplicemente limitative del rischio assicurato, cioè dell'oggetto del contratto, e questo sulla base della massima citata in apertura del paragrafo<sup>51</sup>. In estrema sintesi l'approdo

<sup>50</sup> In questo senso Trib. Milano, 18 marzo 2010, in *Giur. it.*, 2011, p. 831, con nota di F.A. MAGNI, *La clausola claims made tra atipicità del contratto, inesistenza del rischio e limitazione di responsabilità*; Trib. Bari, 12 luglio 2012, *ivi*, 2012, p. 2558, con nota di V. AMENDOLAGINE, *Clausola claims made e responsabilità dell'assicuratore: quando ricorre il carattere della vessatorietà*; App. Roma, 7 giugno 2006, in *Dir. econ. assicur.*, 2006, p. 880; nonché, pur con sfumature diverse, Cass., 15 marzo 2005, n. 5624, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2006, I, p. 145, con nota di A. ANTONUCCI, *Prassi e norma nel contratto di assicurazione claims made*; in *Danno resp.*, 2005, p. 1071, con note di R. SIMONE, *Assicurazione e clausola claims made*; e C. LANZANI, *Clausole claims made: legittime, ma vessatorie*; in *Contratti*, 2013, p. 884 ss.

<sup>51</sup> Cfr. Cass., 13 novembre 2019, n. 29365, in *www.dejure.it*; Cass., 15 aprile 2019, n. 10447, *ivi*; Cass., Sez. Un., 24 settembre 2018, n. 22437, in *Foro it.*, 2018, I, c. 3015 ss., con nota di N. DE LUCA, *Clausole claims made: sono tipiche ma di tutto si può abusare*; *ivi*, I, c. 3511 ss., con note di A. PALMIERI e R. PARDOLESI, *Claims made nel post-diritto*; di AL. CANDIAN, *Ultima tappa (per ora) nella saga delle claims made*; e di B. TASSONE, *Le clausole claims made di nuovo al vaglio delle sezioni unite: tanti punti oscuri e due proposte*; *Giur. it.*, 2019, p. 27 ss., con nota di F. DELFINI, *Le Sezioni Unite e le claims made: l'ultima sentenza e la "Big Picture"*; in *Contratti*, 2018, p. 639 ss., con commento di U. CARNEVALI, *La clausola claims made e le Sezioni Unite: bis in idem*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, p. 70 ss., con commento di A.M. GAROFALO, *L'immeritevolezza nell'assicurazione claims made*; in *Corr. giur.*, 2019, p. 20 ss., con note di M. D'AURIA, *Polizze claims made: ascesa e declino della clausola generale di meritevolezza?*; e di G. FACCI, *Le Sezioni unite e le claims made: ultimo atto?*; in *Danno resp.*, 2018, p. 675 ss., con commento di R. FORNASARI, *La clausola claims made nuovamente al vaglio delle Sezioni Unite: dalla meritevolezza alla causa concreta*. Cfr. inoltre S. MONTICELLI, *Nullità della claims made e conformazione della clausola nel teorema delle Sezioni Unite*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, p. 155 ss.; I. RIVA, *L'ultima parola delle sezioni unite della Cassazione in materia di clausole claims made*, in *Contr. impr.*, 2019, p. 9 ss.; P. CORRIAS, *Le clausole claims made. Dalle sezioni unite del 2016 a quelle del 2018: più conferme che smentite*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, II, 147 ss.; M. GAGLIARDI, *I contratti di assicurazione della responsabilità civile con clausola claims made: la perdurante attualità del tema*, in *Danno resp.*, 2019, p. 228 ss.; O. PIZZO e F. RUSSO, *Un'analisi*

della giurisprudenza è nel senso della validità delle *claims made* salvo che queste si rivelino in concreto immeritevoli ai sensi dell'art. 1322 cod. civ.

In questa seconda fase, l'attenzione si è spostata dal giudizio di vessatorietà della clausola al sindacato di meritevolezza della medesima. Alcune pronunce hanno adombrato un'immeritevolezza quasi in *abstracto* della clausola<sup>52</sup> o una presunzione di vessato-

*metodologica condotta sulle clauole claims made tra trend passati e futuri anche alla luce delle Sezioni Unite del 2018, ivi, 2018, p. 232 ss.; V. BACHELET, L'affermarsi della responsabilità precontrattuale da contratto assicurativo inadeguato (e di altri rimedi meno adeguati), in Annuario contr., 2018, diretto da A. D'Angelo e V. Roppo, Torino, 2019, p. 157 ss.; Cass., 15 febbraio 2018, n. 3694, in [www.dejure.it](http://www.dejure.it); Cass., 23 novembre 2017, n. 27867, *ivi*; Cass., 18 maggio 2017, n. 12488, *ivi*; Trib. Udine, 3 maggio 2017, n. 613, *ivi*; Cass., 28 aprile 2017, n. 10506, in Banca borsa tit. cred., 2017, II, p. 667, con nota di N. DE LUCA, Richieste postume e immeritevolezza delle claims made. Nomofilachia o disorientamento?; in Contratti, 2017, p. 383 ss., con nota di U. CARNEVALI, La clausola claims made e le sue alterne vicende nella giurisprudenza di legittimità; in Foro it., 2017, I, c. 2725 ss., con nota di B. TASSONE, Ulteriori note sulle claims made: la trama si infittisce e ancora non se ne esce; in Danno resp., 2017, p. 441 ss., con note di A. PALMIERI e R. PARDOLESI, Claims made, "code lunghe" e ostracismi giudiziari; di S. MONTICELLI, Il giudizio di immeritevolezza della claims made agli albori della tipizzazione della clausola; di L. LOCATELLI, Polizze a regime claims made: quando il diverso ha difficoltà ad integrarsi; e di F. GRECO, La clausola claims made tra vessatorietà e meritevolezza in concreto. L'erosione dell'autonomia contrattuale nell'interpretazione della giurisprudenza; in Corr. giur., 2017, p. 1191 ss., con nota di G. FACCI, Gli interventi demolitivi della Cassazione sulle claims made e la tutela degli assicurati (e dei terzi danneggiati); in Resp. medica, 2017, p. 237 ss., con nota di I. PARTENZA, La clausola claims made e le sezioni dis-unite della Suprema Corte: l'insostenibile incertezza del mercato; Cass., 28 aprile 2017, n. 10509, in Corr. giur., 2017, p. 1191; e in Nuova giur. civ. comm., 2017, p. 1388, con nota di L. LOCATELLI; Cass, 11 gennaio 2017, n. 417, in Guida dir., 2017, p. 90 ss.; Trib. Livorno, 27 luglio 2016, in Nuova giur. civ. comm., 2016, p. 1440; Cass., Sez. Un., 6 maggio 2016, n. 9140, in Contratti, 2016, p. 753 ss., con commento di U. CARNEVALI; in Corr. giur., 2016, p. 921 ss., con nota di R. CALVO, Clausole claims made fra meritevolezza e abuso secondo le Sezioni Unite; in Danno resp., 2016, p. 929 ss., con note di M. GAZZARA, La meritevolezza della clausola claims made al vaglio delle Sezioni Unite; di V. ALLAVENA, Meritevolezza delle claims made: il difficile compito dei giudici di merito dopo le Sezioni Unite; e M. HAZAN, La singolare vicenda della claims made, prima e dopo le Sezioni Unite ("Piacer figlio d'affanno; Gioia vana..."); in Foro it., 2016, c. 2014 ss.; in Giur. it., 2016, p. 2602 ss., con nota di F.A. MAGNI, Le Sezioni unite sul contratto di assicurazione per la responsabilità civile claims made: contratto valido (a meno che "la manipolazione dello schema tipico non ne avveleni la causa"); e in Nuova giur. civ. comm., 2016, p. 1434 ss.*

<sup>52</sup> Così l'ultima ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite: Cass., 19 gennaio

rietà<sup>53</sup>; altre hanno prescritto una valutazione della meritevolezza in concreto e ad ampio spettro<sup>54</sup>; le più recenti, a partire dalle ultime Sezioni Unite<sup>55</sup>, hanno escluso l'applicabilità del giudizio di merite-

2018, n. 1465, cit., la quale dichiaratamente auspicava una pronuncia una risposta della Corte nel senso dell'immeritevolezza delle clausole in questione «sempre e comunque», nella misura in cui queste rappresentano un patto atipico che intende perseguire un risultato contrario ai «principi di solidarietà, parità e non prevaricazione che il nostro ordinamento pone a fondamento dei rapporti privati». Più nel dettaglio, per la citata pronuncia le *claims made* presentano tre profili di meritevolezza: (a) attribuiscono a una parte un vantaggio ingiusto e sproporzionato, senza contropartita per l'altra; (b) pongono una delle parti in una posizione di indeterminata soggezione rispetto all'altra; e (c) costringono una delle parti a tenere condotte contrastanti coi superiori doveri di solidarietà costituzionalmente imposti. Sotto il primo profilo rileva la Corte come la clausola di fatto escluda tutti i danni cagionati dall'assicurato in prossimità della scadenza del contratto, laddove è «praticamente impossibile che la vittima d'un danno abbia la prontezza e il cinismo di chiederne il risarcimento *illico et immediate* al responsabile». Sotto il secondo profilo la Corte osserva che la clausola «fa dipendere la prestazione dell'assicuratore della responsabilità civile non solo da un evento futuro ed incerto ascrivibile a colpa dell'assicurato, ma altresì da un ulteriore evento futuro ed incerto dipendente dalla volontà del terzo danneggiato: la richiesta di risarcimento» e questo comporta conseguenze paradossali come indurre l'assicurato a sollecitare la domanda risarcitoria. Da ultimo la Corte osserva che la clausola scoraggia l'adempimento spontaneo dell'assicurato alla propria obbligazione risarcitoria prima della domanda giudiziale della controparte, giacché l'assicurazione sarebbe in tale ipotesi legittimata dalla clausola a negare l'indennizzo. Quali precedenti conformi si possono citare Cass., 28 aprile 2017, n. 10506, cit., e Cass., 28 aprile 2017, n. 10509, cit.

<sup>53</sup> Così Trib. Udine, 3 maggio 2017, n. 613, cit., nella cui motivazione si legge che «è assai difficile ritenere meritevoli di tutela le clausole *claims made* c.d. impure, particolarmente penalizzanti, che limitano la copertura alla sola rigida ipotesi che, durante il tempo dell'assicurazione, intervengano sia il sinistro che la richiesta di risarcimento, senza deroghe di sorta verso il passato od il futuro. In tale ipotesi va seguito un ragionamento di tipo presuntivo semplice (art. 2729 comma 1 c.c.), tendente a ritenere immeritevoli di tutela simili clausole, salva la verifica di pattuizioni o condizioni specifiche della fattispecie in giudizio che portino a diversa conclusione».

<sup>54</sup> Così in particolare Cass., Sez. Un., 6 maggio 2016, n. 9140, cit., secondo cui la clausola *claims made* potrebbe risultare in singoli casi non diretta a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico e l'accertamento della compatibilità con il disposto dell'art. 1322 cod. civ., comma secondo, deve compiersi in concreto, non in astratto, valutando i seguenti elementi: se la clausola subordini l'indennizzo alla circostanza che sia il danno, sia la richiesta di risarcimento da parte del terzo avvengano nella vigenza del contratto; la qualità delle parti; la circostanza che la clausola possa esporre l'assicurato a "buchi di copertura".

<sup>55</sup> Così Cass., Sez. Un., 24 settembre 2018, n. 22437, cit., il cui principio di diritto recita, testualmente, che «il modello di assicurazione della responsabilità civile

volezza, sostituendolo però in buona sostanza con l'accertamento della sussistenza e della liceità della causa concreta<sup>56</sup>. Tale ultimo mutamento è stato indotto da una presa di posizione in senso contrario all'applicabilità del giudizio di meritevolezza ai contratti tipici con clausola atipica.

Il ragionamento si può così riassumere: il modello di assicurazione previsto dall'art. 1917 cod. civ. (*loss occurrence*) è derogabile giacché non figura nell'elenco di cui all'art. 1932 cod. civ.; la deroga attraverso la clausola *claims made* non altera il tipo contrattuale; se il tipo contrattuale rimane invariato, non c'è ragione di applicare il controllo di meritevolezza ai sensi dell'art. 1322, comma secondo, cod. civ.

Al di là delle obiezioni cui la linea argomentativa appena esposta si presta<sup>57</sup> – su cui, per ragioni di pertinenza rispetto all'oggetto del

con clausole “*on claims made basis*”, che è volto a indennizzare il rischio dell'impoverimento del patrimonio dell'assicurato pur sempre a seguito di un sinistro, inteso come accadimento materiale, è partecipe del tipo dell'assicurazione contro i danni, quale deroga consentita al primo comma dell'art. 1917 c.c., non incidendo sulla funzione assicurativa il meccanismo di operatività della polizza legato alla richiesta risarcitoria del terzo danneggiato comunicata all'assicuratore. Ne consegue che, rispetto al singolo contratto di assicurazione, non si impone un *test* di meritevolezza degli interessi perseguiti dalle parti, ai sensi dell'art. 1322, secondo comma, c.c., ma la tutela invocabile dal contraente assicurato può investire, in termini di effettività, diversi piani, dalla fase che precede la conclusione del contratto sino a quella dell'attuazione del rapporto, con attivazione dei rimedi pertinenti ai profili implicati, ossia (esemplificando): responsabilità risarcitoria precontrattuale anche nel caso di contratto concluso a condizioni svantaggiose; nullità, anche parziale per difetto di causa in concreto, con conformazione secondo le congruenti indicazioni di legge o, comunque, secondo il principio dell'adeguatezza del contratto assicurativo allo scopo pratico perseguito dai contraenti; conformazione del rapporto in caso di clausola abusiva (come quella di recesso in caso di denuncia di sinistro)». Nello stesso senso Cass., 13 novembre 2019, n. 29365, cit.

<sup>56</sup> Lo spostamento del *focus* sulla causa concreta emerge con più vigore in una sentenza successiva alle Sezioni Unite del 2018 (Cass., 13 novembre 2019, n. 29365, cit.), ove si legge che il modello in questione non è soggetto al giudizio di meritevolezza ai sensi dell'art. 1322, comma secondo, cod. civ., ma alla verifica, ai sensi invece del comma primo della citata norma, della rispondenza della conformazione del tipo ai limiti imposti dall'ordinamento nel suo complesso e nella sua complessità. Precisa la Corte che tale verifica riguarda innanzitutto la causa concreta del contratto, tanto sotto il profilo della liceità quanto sotto il profilo dell'adeguatezza dell'assetto sinallagmatico rispetto agli specifici interessi perseguiti dalle parti.

<sup>57</sup> La prima è che il modello *loss occurrence* non è citato tra gli elementi inderogabili del contratto di assicurazione dall'art. 1935 cod. civ. semplicemente perché l'inderogabilità è già implicita nella natura primaria dell'art. 1917, comma primo cod. civ., il quale nel definire il contratto fa riferimento ai «fatti accaduti durante il tempo»

contributo, non si può qui indugiare – è interessante rilevare come ancora una volta il vero problema che si cela dietro il controllo delle clausole potenzialmente abusive sia legato al loro impatto sull'essenza del contratto o, per utilizzare un termine più tecnico, sulla sua causa. Il modello *loss occurrence* non è elemento essenziale del contratto di assicurazione, ma semplicemente elemento naturale, e come tale in astratto dispositivo; non lo è in concreto ogniqualvolta viene impiegato per compromettere la causa. Tale ultimo risultato si ha, appunto, quando la clausola neutralizza di fatto il rischio assicurato.

Allora qui le possibilità sono due: o si afferma la nullità della clausola ai sensi dell'art. 1229 cod. civ., secondo la più volte citata massima per cui i patti che escludono totalmente il rischio sono patti sulla responsabilità, o si afferma, come ha fatto la giurisprudenza sopra riportata, la nullità per difetto di causa concreta.

Quest'ultima impostazione non sembra del tutto corretta dal punto di vista tecnico-giuridico, giacché, se il contratto fosse privo della causa concreta, bisognerebbe sostenerne la nullità totale. Sarebbe, infatti, un controsenso sostenere che le parti avrebbero voluto comunque il contratto anche senza la clausola nulla, come richiede l'art. 1419 cod. civ. ai fini della parziale salvezza del regolamento contrattuale, quando la clausola è nulla proprio perché ne altera la causa. Una simile soluzione sarebbe però inammissibile in quanto condurrebbe all'effetto paradossale di lasciare l'assicurato privo di qualsiasi tutela, e con cui i terzi danneggiati dalla sua condotta<sup>58</sup>.

Vero è che nei contratti unilateralmente predisposti, come è quello di assicurazione, l'interpretazione del comune intento delle parti dovrebbe atteggiarsi diversamente rispetto ai contratti negoziati, giacché

dell'assicurazione (in questo senso, per esempio, F. DELFINI, *Controllo di meritevolezza ex art. 1322 c.c. e clausole claims made nella assicurazione r.c. professionale*, in *Nuove leggi civ.*, 2017, p. 893 ss., p. 898). La seconda è che, nel momento in cui si ammette il concetto di causa concreta, non si può non ammettere anche la possibilità che le parti perseguano interessi immeritevoli di tutela, pur entro i confini del tipo. In altre parole, se si ammette un sindacato sulla causa concreta in termini di liceità e adeguatezza, non c'è ragione per non ammetterlo in termini di meritevolezza.

<sup>58</sup> Ed infatti, pur accogliendo la soluzione della nullità della clausola *claims made* quando mina la causa concreta del contratto, la giurisprudenza successiva alle citate Sezioni Unite del 2018, in una pronuncia recentissima, è stata costretta ad affermare che tale nullità non si estende all'intero contratto, ma rimane circoscritta alla clausola, e che quest'ultima deve essere "corretta" per il tramite dell'integrazione giudiziale. Così Cass., 25 febbraio 2021, n. 5259, in *CED Cassazione*.

l'unica volontà che condividono è quella di concludere il contratto, mentre per il resto la volontà delle clausole *standard* contenute in quest'ultimo è riferibile al solo predisponente. In particolare, a lui solo è riferibile la clausola *claims made*, senza la quale la causa concreta del contratto sarebbe stata intatta. Ciò che la volontà dell'adrente si prefigura è invece un contenuto conforme al tipo legale "assicurazione".

Quest'ultima osservazione induce però a ritenere più corretta la tesi della nullità della clausola *claims made* ai sensi dell'art. 1229 cod. civ. ogniqualvolta, letta alla luce del testo, del cotesto e del contesto, sia idonea, di fatto, ad escludere il rischio garantito. Quando la clausola produce un simile effetto, altera la causa concreta del contratto e dunque ricade nella *ratio* dell'art. 1229 cod. civ. Le ragioni di tale riconduzione si potrebbero riassumere così: l'assicurato fa legittimamente affidamento sulla copertura, anche perché non ha le competenze per cogliere la reale portata delle clausole, ma di fatto le limitazioni della copertura sono tali e tante che la compagnia può sottrarsi nella maggior parte dei casi, intenzionalmente, all'adempimento del proprio obbligo di indennizzo, senza incorrere in alcuna responsabilità.

#### 8. *Patti che escludono la responsabilità e patti che escludono un'obbligazione tipica del contratto: la custodia*

La casistica appena illustrata in tema di *claims made* ha lasciato sullo sfondo un problema che, come già sottolineato, si rivela invece centrale nel giudizio di validità delle clausole suscettibili di produrre indirettamente effetti sulla responsabilità ai sensi dell'art. 1229 cod. civ., e cioè quello di stabilire quando un determinato patto rimanga entro i confini del tipo contrattuale, pur derogando ad alcuni elementi ad esso connaturati; quando invece sia idoneo a far ricondurre il contratto ad un altro tipo contrattuale; e quando, ancora, produca semplicemente l'effetto di alterare il tipo, svuotando il contratto della sua funzione senza però fargliene assumere un'altra meritevole di tutela.

Dalla risposta dovrebbe dipendere l'assoggettabilità del patto a qualche forma di controllo e il parametro alla luce del quale detto controllo deve svolgersi: la meritevolezza, il difetto di causa o la compatibilità con l'art. 1229 cod. civ. In questa prospettiva diventa pre-

giudiziale la distinzione tra gli elementi che compongono “l'essenza del contratto”, per richiamare la più volte citata distinzione operata dai glossatori, e quelli che ad esso sono semplicemente connaturati e dunque sono disponibili alle parti.

Una riflessione utile a far luce sul punto proviene innanzitutto dalla giurisprudenza in tema di contratto di parcheggio e, precisamente, da quel filone di sentenze chiamate a pronunciarsi sulla dicitura “parcheggio non custodito” ricorrente nelle condizioni generali predisposte da alcune società. Chiamata a pronunciarsi sulla natura vessatoria della clausola e sulla sua assoggettabilità all'art. 1229 cod. civ., la giurisprudenza ha inizialmente dato risposta affermativa, senza distinguere a seconda che tale clausola fosse collocata in un cartello affisso all'ingresso del parcheggio o in un adesivo attaccato alla macchinetta che eroga il *ticket* del parcheggio o sullo scontrino<sup>59</sup>.

<sup>59</sup> Cass., 27 gennaio 2009, n. 1957, in *Foro it.*, 2009, I, c. 1006; nonché in *Corr. giur.*, 2009, p. 1647; e in *Giur. it.*, 2009, p. 2411. Quali precedenti conformi si possono citare, ad esempio, Cass., 13 marzo 2007, n. 5837, in *Contratti*, 2007, p. 1080, con nota di G. PETTI, *Parcheggio di autoveicolo e responsabilità ex recepto del gestore*, ove però non era risultato provato che la clausola di esonero fosse incorporata in un cartello all'ingresso del parcheggio, e dunque fosse ben visibile agli utenti ancor prima dell'ingresso, e la Corte aveva comunque giustificato l'applicazione della disciplina in tema di deposito adducendo quanto segue: «l'offerta della prestazione di parcheggio, cui segue l'accettazione attraverso l'immissione del veicolo nell'area, ingenera l'affidamento che in essa sia compresa la custodia, restando irrilevanti eventuali condizioni generali di contratto predisposte dall'impresa che gestisce il parcheggio, che escludano un obbligo di custodia, poiché – per le modalità pressoché istantanee con cui il contratto si conclude – è legittimo ritenere che tale conoscenza sfugga all'utente»; Cass., 1 dicembre 2004, n. 22598, in *Giust. civ.*, 2005, I, p. 2635; nonché in *Contratti*, 2008, p. 888, particolarmente interessante in quanto la Cassazione non smentisce l'affermazione della Corte d'Appello per cui «ipotizzare una fattispecie contrattuale di posteggio priva, per chi esercita l'attività di posteggiatore, dell'obbligo di custodia significa avallare la configurabilità di un contratto radicalmente nullo perché privo di causa»; Cass., 26 febbraio 2004, n. 3863, in *Giur. it.*, 2005, p. 268 ss., con nota di R. CATERINA, *La costosa custodia: la qualificazione del contratto di parcheggio e le sue conseguenze*; nonché in *Corr. giur.*, 2005, p. 384, con nota di M. VITI, *Metodi di qualificazione e disciplina applicabile al contratto di parcheggio*; e in *Nuova giur. civ. comm.*, 2005, I, p. 528, con nota di A. ARLOTTA, *Parcheggio automatizzato e responsabilità del gestore*; e in *Resp. civ. prev.*, 2004, p. 717, con nota di M. GORGONI, *Parcheggio e custodia: tra negazione dell'utilità della disciplina contrattuale di diritto comune e svalutazione del consenso, in tema di contratto di parcheggio*; e in *Foro it.*, 2004, I, p. 2132, con nota critica di A.L. BITETTO; Cass., 15 novembre 2002, n. 16079, in *Foro it.*, 2003, I, 1526. Per quanto riguarda la giurisprudenza di merito si veda, per tutte, App. Milano, 1° febbraio 2000, in

La motivazione era la seguente: il parcheggio è un contratto atipico le cui caratteristiche sono assimilabili a quelle del deposito oneroso, con conseguente applicazione della relativa disciplina; ai sensi degli artt. 1766 ss. cod. civ., elemento essenziale del deposito è l'obbligo del depositario di custodire la cosa con diligenza e restituirla al depositante nello stato di fatto in cui si trovava al momento della stipula; attesa l'essenzialità di tale obbligo rispetto al tipo legale, la sua esclusione incide sulla responsabilità<sup>60</sup>.

In seguito, le Sezioni Unite hanno aperto la via alla distinzione di due diversi tipi di contratto: il parcheggio custodito e il parcheggio non custodito, riconoscendo l'attitudine di entrambi a perseguire interessi meritevoli di tutela<sup>61</sup>. Così, secondo la pronuncia, per stabilire la natura e il conseguente trattamento della clausola di esonero dall'obbligo di custodia occorre preliminarmente indagare la volontà dell'utente e accertare se «il suo interesse concreto prevalente è di concludere un contratto che gli assicura uno spazio per lo stazionamento del veicolo in prossimità di luoghi di interscambio con sistemi di trasporto collettivo a cui intende accedere velocemente e senza incorrere in divieti sanzionati dal codice della strada» – nel qual caso l'esclusione dell'obbligo di custodia sarà lecita –, o se invece è quello di «assicurarsi non solo l'utilizzazione dell'area, ma anche la conservazione e la restituzione del veicolo nello stesso stato in cui lo ha consegnato»<sup>62</sup>.

*Giur. milanese*, 2000, p. 324; nonché in *Nuova giur. civ. comm.*, 2000, I, p. 441, con nota di D. CHINDEMI, *Il contratto di parcheggio di autovettura in area recintata. Contratto di deposito o locazione d'area?*

<sup>60</sup> *Ibidem*. La Cassazione aveva inoltre confermato la correttezza del rilievo della Corte d'Appello secondo cui, perché sorga un'obbligazione di custodia, non è necessario l'affidamento materiale del bene a una persona fisica, ma è sufficiente la sua immissione nell'area predisposta al deposito, ove questa sia comunque delimitata in qualche modo. Per usare le parole della Corte, non è «affatto necessario l'affidamento del veicolo ad una persona fisica, poiché la consegna può materialmente realizzarsi attraverso la sua immissione nell'area a ciò predisposta, previo perfezionamento del contratto mediante introduzione di monete nell'apposito meccanismo, ben potendo l'obbligo di custodia prescindere dalla presenza di persone addette specificatamente a ricevere quella consegna e ad effettuare la connessa sorveglianza e bastando all'uopo diverse ed equipollenti modalità, quali appunto l'adozione di sistemi completamente automatizzati per la procedura di ingresso e di uscita dei veicoli dal parcheggio mediante schede magnetizzate».

<sup>61</sup> Cass., Sez. Un., 28 giugno 2011, n. 14319, cit.

<sup>62</sup> *Ibidem*. Più precisamente, nella sentenza si legge che «operazione ermeneutica preliminare per individuare la disciplina applicabile è accertare il tipo di contratto di

La formulazione induce a pensare che si tratti di un principio generale, ma la portata potrebbe essere ridotta se si considera il contesto fattuale e normativo in cui la pronuncia è stata resa. Nel caso di specie, si trattava di un contratto di parcheggio concluso con aziende municipalizzate che avevano ricevuto in concessione dal Comune la gestione del servizio di parcheggio su aree appositamente istituite e adibite a tale finalità. La legge stessa ha consentito la creazione di tali parcheggi, anche non custoditi e lo ha fatto bilanciando l'interesse dell'utente a depositare l'autovettura in un luogo sicuro con quello del medesimo ad assicurarsi uno spazio per lo stazionamento del veicolo a costi contenuti e quello del gestore ad offrire detto servizio traendone comunque un profitto, ancorché inferiore.

Quindi, in qualche modo, è il legislatore ad aver costruito un nuovo tipo contrattuale attorno a un interesse reputato meritevole di tutela. Occorre però domandarsi quale sarebbe la soluzione se la clausola di esclusione dell'obbligo di custodia riguardasse non un parcheggio comunale ma un parcheggio privato in abbonamento. Una sentenza di merito, per ora, a quanto consta, l'unica che si è pronunciata sul punto, ha esteso il principio di diritto anche a quest'ultima ipotesi: ricorrendo il medesimo interesse meritevole di tutela, una disparità di trattamento apparirebbe ingiustificata<sup>63</sup>.

Dietro le citate decisioni si può cogliere la motivazione per cui, in realtà, l'obbligo di custodia non è un'obbligazione essenziale del contratto di parcheggio, come invece sosteneva all'inizio la giurisprudenza succitata. L'obbligazione essenziale è soltanto quella di fornire all'utente la disponibilità materiale di uno spazio per parcheggiare l'autovettura. Ciò non toglie che l'obbligazione di custodia, per analogia con quanto previsto dal codice civile nella disciplina del deposito, sia connaturata al contratto di parcheggio, sicché, per escluderne l'insorgenza sarà necessario un patto espresso.

Il collegamento tra tipo contrattuale e clausola di esclusione della custodia ricorre anche in una pronuncia in tema di contratto di ormeggio<sup>64</sup>. Nel caso di specie il socio di un circolo nautico aveva or-

parcheggio concluso – con o senza custodia – in base alla volontà manifestata dalle parti che si integra e si coordina, funzionalmente, giuridicamente ed economicamente con le prestazioni individuanti l'oggetto di esso».

<sup>63</sup> Così Trib. Trani, 3 giugno 2015, in *Contratti*, 2016, p. 477, con nota di P. QUARTICELLI, *Contratto di parcheggio senza obbligo di custodia - Il commento*.

<sup>64</sup> Cass., 13 febbraio 2013, n. 3554, in *Danno resp.*, 2013, p. 1063, con nota di

meggiato la barca di sua proprietà nel posto messo a disposizione dal circolo stesso; lo statuto dell'associazione, riportato sul modulo d'iscrizione, prevedeva una clausola del seguente tenore: il circolo «non risponde di eventuali furti o danni a natanti o accessori»; qualche tempo dopo si era verificato il furto della barca.

Chiamata a pronunciarsi sulla responsabilità del circolo e dunque sulla validità della clausola, la Cassazione confermava le decisioni di merito: da un'interpretazione sistematica dello statuto doveva evincersi che tra gli obblighi del circolo non rientrava la custodia dei natanti ormeggiati, ma solo «la messa a disposizione ed utilizzazione delle strutture portuali con conseguente assegnazione di un delimitato e protetto spazio acqueo». In tali obblighi, come rilevato dai precedenti in materia, si sostanzierebbe la struttura minima essenziale del contratto atipico di ormeggio<sup>65</sup>. Il corollario implicito è che la clausola di esclusione della custodia vale semplicemente a confermare detta struttura minima, senza incidere sulla responsabilità.

Degna di nota è, poi, una pronuncia relativa a un contratto di prestazione d'opera implicante il temporaneo deposito presso il debitore del bene su cui la stessa doveva essere eseguita<sup>66</sup>. Nella specie, si trattava di un contratto tra una società e una persona fisica avente per oggetto la riparazione di un'autovettura. Al momento della consegna dell'autovettura le parti concordavano un termine massimo per il ritiro. Scaduto tale termine senza che il ritiro avvenisse, la società collocava l'autovettura, chiusa a chiave, in un magazzino protetto da serratura di sicurezza e vetri antisfondamento. Malgrado tali precauzioni, nella notte l'autovettura veniva rubata.

Due sono le questioni affrontate dalla Corte di legittimità: se l'art. 1780 cod. civ. in tema di responsabilità del depositario sia applicabile anche quando l'obbligo di custodia è soltanto strumentale all'obbligazione principale dedotta nel contratto; e se la pattuizione di un termine finale al deposito valga a escludere l'obbligo di custodia, con la

M. BELLANTE, *Contratto di ormeggio e responsabilità del gestore portuale per la custodia dell'imbarcazione*.

<sup>65</sup> La stessa sentenza in esame richiama Cass., 1° giugno 2004, n. 10484, in *Contratti*, 2005, 691, con nota di R. DE MEO, *La disciplina del contratto di ormeggio*; nonché in *Dir. trasp.*, 2005, p. 249; e in *Corr. giur.*, 2005, p. 237; e in *Giur. it.*, 2005, p. 939; e in *Dir. giust.*, 2004, p. 20, con nota di M. ROSSETTI; e Cass., 21 settembre 2011, n. 19201, in *Leggi d'Italia* online.

<sup>66</sup> Cass., 6 maggio 2010, n. 10956, in *Foro it.*, 2010, c. 2697; e in *Contratti*, 2010, p. 417.

relativa responsabilità, per il periodo successivo allo scadere di detto termine.

Quanto alla prima questione, la Corte ha ribadito che la disciplina in tema di deposito si applica anche qualora la prestazione di custodia «sia necessariamente compresa nel contenuto del contratto diverso dal deposito (come, nella specie, il contratto d'opera) o formi parte di un contratto misto nel quale confluiscono le cause del deposito e di altro contratto»<sup>67</sup>. Quanto alla seconda questione, la Corte ha confermato che la semplice fissazione di un termine massimo per il ritiro dell'autovettura non vale a esonerare il meccanico dalla responsabilità per custodia nel periodo eccedente detto termine, precisando però – ed è qui il dato rilevante – che lo scopo potrebbe essere raggiunto con l'inserimento di una clausola di esonero, contenuta nei limiti di cui all'art. 1229 cod. civ.<sup>68</sup>.

Qui il collegamento tra l'esonero da responsabilità e il tipo contrattuale o la causa del contratto è più sottile e rimane implicito. La custodia non è, di per sé, un obbligo essenziale del contratto di prestazione d'opera, ma è pur sempre una prestazione strumentale ad una essenziale. A differenza del caso del parcheggio, ove l'utente che non voglia rischiare il furto dell'autovettura può, almeno in teoria, optare per un diverso tipo di servizio depositando il mezzo in un'area custodita, nel caso del meccanico, l'utente non ha a disposizione alcuna alternativa, non può ottenere la prestazione principale se non affida materialmente il bene all'officina. A ciò si aggiunge che nel caso del deposito presso il meccanico il cliente consegna l'autovettura letteralmente nelle mani di quest'ultimo e gli consegna anche le chiavi.

Ecco che allora, nel contratto di prestazione d'opera concluso con

<sup>67</sup> In questo senso, già Cass. 19 luglio 2004, n. 13359, in *Guida dir.*, 2002, p. 15. In senso contrario un orientamento risalente – per tutte, cfr. Cass., 23 gennaio 1986, n. 430, in *Dir. prat. assicur.*, 1986, p. 727; Cass., 27 ottobre 1981, n. 5618, in *Rep. Foro it.*, 1981, voce *Obbligazioni in genere*, n. 10 – ritenuto ormai definitivamente superato dalla stessa giurisprudenza.

<sup>68</sup> In questo senso, per esempio, già Cass., 1° luglio 2005, n. 14092, in *Contratti*, 2006, p. 67; e in *Obbl. contr.*, 2006, I, p. 70; Cass., 12 aprile 2006, n. 8629, in *Contratti*, 2007, p. 46; Cass., 6 luglio 2006, n. 15364, in *Giust. civ.*, 2006, p. 9; Cass., 18 settembre 2008, n. 23845, in *Giust. civ.*, 2010, p. 463. La motivazione sembra dedursi *a contrario* dalla disciplina in tema di mora del creditore: perché possa verificarsi una traslazione del rischio sul creditore è necessaria l'offerta formale di cui agli artt. 1208 ss. cod. civ. E peraltro detto rischio non copre l'ipotesi di inadempimento del debitore, ma solo quello di un'impossibilità non imputabile, sicché, a rigore, non ci sarebbe neppure bisogno di chiamare in causa le clausole di esonero.

il meccanico, la custodia, che di per sé sarebbe un obbligo accessorio rispetto alla prestazione caratterizzante del contratto, diventa essenziale “di riflesso” e così la misura della responsabilità inerente alla custodia medesima. Tutto ciò che mira ad attenuarla o escluderla, deve dunque soggiacere ai limiti dell’art. 1229 cod. civ.

### 9. Segue: *la consegna del bene all'utilizzatore nel leasing*

Il tema dell’indisponibilità della causa o del nucleo essenziale del tipo contrattuale emerge anche nella giurisprudenza in materia di *leasing* finanziario. Sin da quando tale operazione ha cominciato a diffondersi nella prassi italiana, le società concedenti hanno avvertito l’esigenza di prevedere clausole di esclusione della responsabilità nei confronti dell’utilizzatore per la mancata consegna, da parte del fornitore, del bene concesso in *leasing*<sup>69</sup>. Si trattava di capire se tali clausole rientrassero davvero nella categoria dell’art. 1229 cod. civ. oppure attuassero una mera ripartizione del rischio dell’impossibilità non imputabile.

Ebbene, come si evince dalla giurisprudenza che ci si accinge a riportare, la risposta dipende dall’individuazione degli obblighi essenziali gravanti sul concedente, cioè quelli che caratterizzano il tipo contrattuale; ma com’è facile intuire fino al 2017, in assenza di una tipizzazione normativa, la risposta non era agevole ed era necessariamente legata alla ricostruzione del contenuto socialmente tipico del contratto in questione<sup>70</sup>. Se si stabilisse che il concedente, al pari di un locatore, ha l’obbligo di procurare direttamente all’utilizzatore il godimento del bene, allora dovrebbe concludersi che la clausola rientra nell’ambito dell’art. 1229 cod. civ. e ne sconta i limiti; se, invece, gravasse sul concedente il solo obbligo d’investire il proprio capitale

<sup>69</sup> Di norma le clausole in questione esonerano espressamente il concedente «da ogni e qualsiasi responsabilità per qualunque inadempimento del fornitore». L’esempio è tratto dalle condizioni generali di contratto predisposte dalla società di *leasing* nel caso affrontato da Cass., 17 maggio 1991, n. 5571, in *Arch. civ.*, 1991, p. 907 ss.; in *Giust. civ.*, 1991, I, p. 2973 ss.; e in *Vita not.*, 1991, p. 979. Nella fattispecie, il fornitore aveva venduto al concedente un bene altrui, sicché, dopo la consegna di tale bene all’utilizzatore questo era stato rivendicato da un terzo ed evitto.

<sup>70</sup> Com’è noto la tipizzazione del *leasing* finanziario o contratto di locazione finanziaria si è avuta ad opera della legge 124/2017.

per l'acquisto del bene dal fornitore, allora la clausola atterrebbe all'impossibilità.

La Cassazione ha accolto quest'ultima qualificazione, sulla base di un ragionamento che può essere ricostruito nei termini che seguono: la prestazione del concedente è quella d'investire il proprio capitale nell'acquisto del bene onde permetterne il potenziale godimento da parte dell'utilizzatore; la prestazione di quest'ultimo è quella di pagare il canone; l'impossibilità di godere del bene – vuoi perché non è stato consegnato, vuoi perché evitto, vuoi, ancora, perché affetto da vizi che lo rendono inidoneo all'uso – non è imputabile al concedente ma al fatto di un terzo, nella specie il fornitore<sup>71</sup>.

Una volta qualificata la clausola come attinente all'impossibilità non imputabile, la Cassazione ne ha sancito non solo la validità, ma persino l'essenzialità rispetto alla causa e alla struttura del *leasing* finanziario, in cui il concedente è quasi un mero investitore, mentre è l'utilizzatore a scegliere il fornitore e ad avere contatti con quest'ultimo, salvo in sede di vendita, e l'assunzione da parte dell'utilizzatore del rischio dell'inadempimento del fornitore è, in un certo senso, un corrispettivo dell'assunzione da parte del concedente del rischio del mancato pagamento dei canoni<sup>72</sup>. Alla luce di questo si dovrebbe più propriamente affermare che la clausola delimita l'oggetto del contratto, giacché chiarisce che non sorge a monte alcun obbligo in capo al concedente di procurare la disponibilità del bene all'utilizzatore.

La funzione caratterizzante della clausola rispetto al tipo contrattuale è stata confermata dalla giurisprudenza successiva, la quale coerentemente l'ha ritenuta inoperante quando le parti abbiano previsto

<sup>71</sup> Cass., 17 maggio 1991, n. 5571, cit. Sotto il profilo causale, la Cassazione ribadisce che la giustificazione economica del contratto in esame «non consiste nell'acquisto della proprietà di un bene con una particolare agevolazione nel pagamento del prezzo, bensì in un finanziamento per l'acquisto della disponibilità immediata di quel bene». Da ciò discende, come meglio si vedrà nel corpo del testo, che non grava sul concedente l'obbligazione di far acquistare la proprietà all'utilizzatore, ma solo quella di adoperarsi per raggiungere tale fine. Alla medesima conclusione si giunge anche considerando il profilo strutturale del contratto, sia che lo si costruisca come rapporto trilaterale – in cui «l'acquisto ad opera del concedente è effettuato per conto dell'utilizzatore, essendo quest'ultimo a prendere contatto con il fornitore, a scegliere il bene che sarà oggetto del contratto di *leasing* e a stabilire con il fornitore le condizioni di acquisto del concedente» – sia che lo si costruisca come operazione economica risultante dal collegamento di una vendita (tra fornitore e utilizzatore) e di una "locazione" (tra concedente e utilizzatore).

<sup>72</sup> *Ibidem*.

nel contratto che il concedente è legittimato a pagare il prezzo al fornitore solo dopo la dimostrazione dell'avvenuta consegna del bene da parte di quest'ultimo all'utilizzatore<sup>73</sup>. Una simile clausola, infatti, pone in capo al concedente l'obbligo di eccepire a fornitore l'inadempimento e sospendere l'esecuzione della propria prestazione; e se c'è un obbligo, il suo inadempimento comporta responsabilità. Allora sí che un patto tale da consentire al concedente di liberarsi e di percepire il canone si trasformerebbe in una clausola di esclusione della responsabilità *ex art. 1229 cod. civ.* Problemi ancora diversi solleva il profilo restitutorio, cioè l'effetto della clausola per cui il concedente non è liberato dall'obbligo di pagare i canoni all'utilizzatore; ma di questo si discuterà in altra sede<sup>74</sup>.

Il passo successivo compiuto dalla giurisprudenza è stato nel senso di gravare il concedente dell'obbligo sopra menzionato anche in assenza di una clausola che lo prevedesse. Così una sentenza ha osservato che il concedente per evitare il rischio dell'inadempimento del fornitore deve adottare il semplice accorgimento di astenersi dal pagare quest'ultimo prima che effettui la consegna del bene o che questo sia stato "verificato" dall'utilizzatore e risultato immune da vizi; con la precisazione che l'accorgimento non può essere preteso (e nemmeno attuato) ogniqualvolta l'utilizzatore abbia accettato di sottoscrivere senza riserve il verbale di consegna del bene, malgrado questa sia mancata o "incompleta"<sup>75</sup>.

Sulla stessa linea una recente pronuncia delle Sezioni Unite – la

<sup>73</sup> Si ritiene che inauguri questo orientamento Cass., 30 giugno 1998, n. 6412, in *Foro it.*, 1998, I, c. 3082 ss. In realtà nella medesima direzione si colloca già Cass., 21 giugno 1993, n. 6862, in *Foro it.*, 1993, I, c. 2144, con nota di A. MASTRORILLI, *Inadempimento del fornitore, rischio contrattuale, tutela dell'utilizzatore*; in *Banca, borsa tit. cred.*, 1994, II, p. 337 ss.; e in *Giur. it.*, 1994, I, 1, p. 364 ss., con nota di A. GORGONI, *Ancora sulla rilevanza della clausola di esonero da responsabilità del concedente il leasing per inadempimento del fornitore*.

<sup>74</sup> Si veda nel capitolo IV il paragrafo dedicato al patto di esclusione della risoluzione per impossibilità sopravvenuta.

<sup>75</sup> In questo senso, per tutte, Cass., 23 maggio 2012, n. 8101, cit., secondo cui «se l'utilizzatore accetta di sottoscrivere senza riserve il verbale di consegna, pure a fronte di una incompleta o a fortiori mancata consegna da parte del fornitore (invece di rifiutare la prestazione e far constatare il rifiuto nel relativo verbale), egli pone il concedente nelle condizioni di dover adempiere la propria obbligazione verso il fornitore; con la conseguenza che in tal caso non gli può essere consentito di opporre al concedente che la consegna non è stata completa o che non c'è stata, né di fondare su ciò il diritto di sospendere il pagamento dei canoni».

quale, però, sembra sostenere la prevalenza nella causa del contratto della componente finanziaria e non giunge a imporre al concedente l'obbligo di procurare all'utilizzatore il godimento del bene – ha confermato che il primo ha il dovere (non la mera facoltà), *ex fide bona*, di rifiutarsi di corrispondere al fornitore il prezzo e di esperire i rimedi tipicamente concessi al compratore ogniqualvolta il bene non sia stato consegnato o presenti vizi che lo rendono inidoneo all'uso e l'utilizzatore si sia attivato per comunicargli tale circostanza<sup>76</sup>.

Alla luce della giurisprudenza illustrata, si potrebbe affermare che una clausola ricade nell'ambito dell'art. 1229 cod. civ. ed è affetta da nullità quando mina l'essenza del contratto, cioè quando incide su un'obbligazione che risulta essenziale per connotare causalmente quel determinato tipo contrattuale. Viceversa, non soggiace alla predetta norma la clausola che incide su un aspetto non caratterizzante del tipo contrattuale o la causa di quel determinato contratto, oppure quando "asseconda" l'essenza del contratto. Nel caso del *leasing* la clausola di esclusione del rischio è stata reputata essenziale perché proprio a partire da questa, che costituiva espressione di una prassi consolidata, sono stati ricostruiti il contenuto tipico e la causa tipica del contratto<sup>77</sup>.

<sup>76</sup> La pronuncia è Cass., Sez. Un., 5 ottobre 2015, n. 19785, in *Giur. it.*, 2016, 1, p. 33 ss., con nota di V. VITI, *Leasing finanziario - Il collegamento negoziale e la tutela dell'utilizzatore nel leasing finanziario*.

<sup>77</sup> Una volta che il contenuto è diventato socialmente tipico, la clausola diviene superflua. Lo diventa anzitutto nel caso in cui l'utilizzatore non comunicasse nulla al concedente: anche se non fosse pattuita una clausola d'inversione del rischio, il principio di auto-responsabilità desumibile dall'art. 1227 cod. civ., dovrebbe imporre di far ricadere le conseguenze negative sull'utilizzatore stesso, senza che egli possa rifiutarsi di pagare il canone al concedente, cui non è imputabile alcun inadempimento (così si esprime chiaramente Cass., 23 maggio 2012, n. 8101, cit.). La mancata consegna, infatti, si atterrebbe a impossibilità imputabile al creditore (peraltro, come precisato incidentalmente dalle Sezioni Unite, l'utilizzatore potrà sempre agire ex art. 2043 cod. civ. per domandare al fornitore il risarcimento della lesione subita al proprio credito, comprensivo dei canoni pagati: Cass., Sez. Un., 5 ottobre 2015, n. 19785, cit.). La clausola diventa poi superflua nel caso in cui l'utilizzatore comunichi l'inadempimento del fornitore al concedente e quest'ultimo rimanga inerte: qui il comportamento del concedente integrerebbe la violazione di un obbligo *ex fide bona* e dunque varrebbe di per sé a legittimare l'utilizzatore alla sospensione del pagamento dei canoni ai sensi dell'art. 1460 cod. civ. o alla domanda di risoluzione. La clausola sarebbe infine superflua nel caso in cui l'utilizzatore comunicasse l'inadempimento del fornitore al concedente e quest'ultimo adempisse l'obbligo impostogli dalla buona fede. In questa ipotesi il concedente non sopporta alcun sacri-

### 10. Segue: *le visure ipotecarie e catastali*

Il problema della distinzione tra *essentialia* e *naturalia negotii* si pone in misura ancora piú marcata con riguardo alle obbligazioni tradizionalmente qualificate come di mezzi o, secondo una terminologia piú moderna, come non governabili<sup>78</sup>, proprio perché qui, come si è avuto modo di sottolineare parlando dei requisiti di validità dell'art. 1229 cod. civ., è la stessa prestazione tipica a essere indeterminata *ab initio* e dunque l'accordo delle parti assume un ruolo centrale nel delimitarne il contenuto.

Il filone piú cospicuo di sentenze riguarda l'esclusione dell'obbligo del notaio di effettuare le visure catastali e ipotecarie. Sul fatto che tale obbligo rientri tra quelli inerenti alla natura del contratto d'opera professionale in questione non vi sono dubbi: in linea con la dottrina notarile<sup>79</sup>, la giurisprudenza ha ribadito in piú occasioni che l'opera

ficio patrimoniale, posto che, o rifiuta a monte di pagare il prezzo di acquisto del bene, o ne chiede la restituzione con l'azione di risoluzione, e dunque, pur in presenza della clausola in esame, non ha diritto a trattenere o pretendere i canoni dall'utilizzatore. Detti canoni, infatti, sono il corrispettivo della spesa affrontata dal cedente nell'acquisto del bene per l'utilizzatore: se tale spesa non è stata effettuata, il percepimento del canone è privo di causa. Al medesimo risultato si giunge assumendo la prospettiva del collegamento negoziale: la risoluzione del contratto di vendita si riverbera necessariamente sul contratto di locazione rendendolo a sua volta risolubile.

<sup>78</sup> Cfr. G. SICCHIERO, *Dalle obbligazioni "di mezzi e di risultato" alle "obbligazioni governabili o non governabili"*, in *Contr. impr.*, 2016, pp. 1391-1421.

<sup>79</sup> Cfr. la regola n. 6 del Protocollo emanato dal Consiglio Nazionale del Notariato, ove si chiarisce che «1. Il notaio deve effettuare, in relazione agli atti immobiliari dallo stesso ricevuti o autenticati, ispezioni ipotecarie almeno ventennali, curando nel contempo di accertare gli estremi attuali di identificazione catastale degli immobili e le variazioni catastali strumentali ad una corretta indagine ipotecaria. 2. Tali obblighi trovano applicazione anche nel caso in cui il notaio sia richiesto di autenticare una scrittura privata predisposta dalle parti, o da terzi di loro fiducia. [...] 6. Nell'ipotesi eccezionale in cui le parti decidano di dispensare dai suddetti accertamenti il notaio, quest'ultimo dovrà innanzitutto assicurarsi che le parti abbiano compreso a fondo l'importanza di una corretta e completa indagine ipocatastale, informandole compiutamente delle possibili conseguenze pregiudizievoli. Nel caso in cui le parti richiedano comunque di procedere in assenza delle suddette visure, il notaio dovrà far constare dall'atto pubblico, o dalla scrittura privata da autenticarsi, l'accordo delle parti di procedere alla stipula in assenza delle visure, e le relative ragioni; in tal caso non si applicheranno le regole contenute nei commi che precedono. Si considera comunque deontologicamente scorretto il comportamento del notaio che suggerisca alle parti la dispensa da accertamenti ipocatastali, anche prospettando alle stesse un risparmio di spesa. La presenza reiterata, negli atti ricevuti o autenti-

professionale del notaio «non si riduce al mero compito di accertamento della volontà delle parti e di direzione nella compilazione dell'atto, ma si estende alle attività preparatorie e successive perché sia assicurata la serietà e la certezza degli effetti tipici dell'atto e del risultato pratico perseguito dalle parti»<sup>80</sup>. Quello che suscita invece perplessità è se le parti abbiano il potere di escludere tale obbligo ed entro quali limiti.

Secondo il Consiglio Nazionale del Notariato, il notaio può essere eccezionalmente dispensato dall'obbligo di procedere alle visure, a patto però che segua alcune regole<sup>81</sup>. Anzitutto il notaio dovrà informare le parti circa l'importanza di un'indagine ipocatastale corretta ed esaustiva e i possibili effetti negativi del suo mancato svolgimento, accertandosi che l'informazione sia stata adeguatamente compresa. Il suggerimento del notaio di omettere gli accertamenti ipocatastali, an-

cati dal notaio, di clausole di rinuncia alle visure ipotecarie e catastali – in assenza di ragioni di meritevolezza della dispensa – costituisce rilevante indizio di un comportamento scorretto del medesimo notaio. In nessun caso la dispensa può essere utilizzata al fine di eludere l'applicazione di norme imperative e di principi di ordine pubblico, anche se posti a tutela di uno dei contraenti».

<sup>80</sup> Così, per limitarsi alle più recenti, Cass., 24 maggio 2019, n. 14169, in *www.dejure.it*; Cass., 29 agosto 2019, n. 21775, *ivi*; Cass., 12 luglio 2018, n. 18345, *ivi*; Cass., 15 maggio 2018, n. 11746, *ivi*; Cass., 21 settembre 2017, n. 21953, *ivi*; Trib. Palermo, 13 settembre 2017, *ivi*; Trib. Catania, 11 marzo 2017, *ivi*; Cass., 11 maggio 2016, n. 9660, in *Foro it.*, 2016, I, c. 2800 ss.; e in *Notariato*, 2017, p. 327, con nota di M. NAGAR, *Obblighi di diligenza e buon consiglio del notaio*; Cass., 11 maggio 2016, n. 9662, in *Dir. giust.*, 2016, p. 2, con nota di S. CALVETTI, *Compravendita: la mancata verifica di trascrizioni pregiudizievoli implica la responsabilità del notaio*; Cass., 20 agosto 2015, n. 16990, in *www.dejure.it*; Cass., 26 agosto 2014, n. 18224, *ivi*; Cass., 6 giugno 2014, n. 12797, in *Danno resp.*, 2014, p. 1151, con nota di E. GRIPPAUDO, *Visure ipocatastali: quando l'esenzione non basta*; Cass., 13 giugno 2013, n. 14865, in *Riv. not.*, 2014, p. 84; e in *Notariato*, 2013, p. 488; Cass., 30 gennaio 2013, n. 2219, in *www.dejure.it*; Cass., 29 gennaio 2013, n. 2071, in *Riv. not.*, 2013, p. 388; Trib. Roma, 22 febbraio 2012, in *www.ilcaso.it*; Cass., 21 giugno 2012, n. 10296, in *Imm. propr.*, 2012, p. 531; Cass., 27 ottobre 2011, n. 22398, in *Vita not.*, 2012, p. 71 ss., con nota di V. AMENDOLAGINE, *Gli obblighi esigibili dal notaio in base alla normale diligenza comprendono anche la consultazione dei registri immobiliari*; Cass., 20 luglio 2010, n. 16905, in *Resp. civ.*, 2010, p. 707; e in *Notariato*, 2010, p. 606; e in *Foro it.*, 2011, I, c. 812; e in *Vita not.*, 2011, p. 1301; Cass., 2 luglio 2010, n. 15726, in *Vita not.*, 2010, p. 1495.

<sup>81</sup> Così prescrive la regola n. 6 del Protocollo emanato dal Consiglio Nazionale del Notariato.

che per ragioni di risparmio di spesa, dovrà reputarsi contrario ai principi deontologici.

Qualora le parti intendano comunque procedere alla stipula in assenza degli accertamenti in questione, il notaio dovrà far constare nell'atto (e non nel contratto di prestazione d'opera) tale accordo e le ragioni su cui si fonda. Il protocollo redatto del consiglio – e questo è l'aspetto più interessante – precisa che la reiterata presenza negli atti dei citati accordi costituisce indizio di una condotta scorretta del notaio nel caso in cui la dispensa non sia dettata da esigenze meritevoli di tutela<sup>82</sup>.

Il criterio della meritevolezza e quello dell'informazione sembrano essere divenuti le coordinate su cui si è attestata la giurisprudenza più recente non solo con riguardo alla responsabilità disciplinare del notaio, ma anche con riguardo alla responsabilità contrattuale del medesimo. Allo stato si può affermare che l'esclusione dell'obbligo gravante sul notaio di procedere ai necessari accertamenti ipocatastali è valida sotto il profilo sostanziale quando, oltre a provenire dalla concorde volontà delle parti e a risultare dall'atto notarile, rispetta le seguenti condizioni: risponde a concrete esigenze dei contraenti, quali ad esempio l'urgenza di procedere alla stipula<sup>83</sup>; ed è stata preceduta da un'adeguata informazione<sup>84</sup>.

<sup>82</sup> *Ibidem*. Il protocollo precisa anche che «in nessun caso la dispensa può essere utilizzata al fine di eludere l'applicazione di norme imperative e di principi di ordine pubblico, anche se posti a tutela di uno dei contraenti».

<sup>83</sup> Trib. Palermo, 13 settembre 2017, cit.; Trib. Catania, 11 marzo 2017, cit.; Cass., 6 giugno 2014, n. 12797, cit.; Cass., 29 gennaio 2013, n. 2071, cit.; Cass., 27 novembre 2012, n. 20991, cit.; Trib. Nuoro, 28 febbraio 2011, n. 205, in *Riv. giur. sarda*, 2013, p. 25 ss., con nota di F. CIUSA, *Responsabilità del notaio e visure ipocatastali: clausola di esonero e dovere di informazione*, secondo cui l'esonero dall'obbligo delle visure è idoneo a escludere la responsabilità del notaio purché questi abbia adeguatamente informato le parti delle conseguenze; Cass. 2 luglio 2010, n. 15726, cit.; Cass., 11 gennaio 2006, n. 264, in *Giust. civ.*, 2006, I, p. 518; Cass., 6 aprile 2001, n. 5158, in *Riv. not.*, 2001, p. 1206; e in *Vita not.*, 2001, p. 953; e in *Giur. it.*, 2001, p. 1206. Nello stesso senso, seppur indirettamente, Cass., 24 maggio 2019, n. 14169, cit., la quale a sostegno del rigetto dell'azione di responsabilità esperita contro il notaio per omessa esecuzione delle visure ha rilevato che non risultava provata la conoscenza da parte del professionista di formalità pregiudizievoli al momento del rogito.

<sup>84</sup> Trib. Palermo, 13 settembre 2017, cit.; Trib. Catania, 11 marzo 2017, cit.; Cass., 6 giugno 2014, n. 12797, cit.; Cass., 29 gennaio 2013, n. 2071, cit.; Cass., 27 novembre 2012, n. 20991, cit.; Trib. Nuoro, 28 febbraio 2011, n. 205, cit. In dottrina cfr. N. DI STASO, «*Surrogazione Bersani*» e nullità - *Le responsabilità del notaio*, in

Sempre per giurisprudenza consolidata, l'esonero dall'obbligo delle visure non vale comunque a escludere la responsabilità del notaio nel caso in cui questi conoscesse o potesse ragionevolmente sospettare al momento del rogito la presenza di formalità pregiudizievoli sul bene oggetto dell'atto<sup>85</sup>. L'omissione di una simile informazione violerebbe, infatti, la clausola generale di buona fede prevista dall'art. 1375 cod. civ. La citata giurisprudenza non si sofferma espressamente sul problema della qualifica del patto in termini di clausola sull'oggetto o clausola sulla responsabilità<sup>86</sup>, né fa alcun esplicito riferimento ad alcuna valutazione in merito all'essenzialità o all'accessorietà dell'obbligo di visure rispetto al tipo contrattuale.

Dalle motivazioni però emerge che i due profili sono presupposti logici delle conclusioni cui le pronunce giungono; semplicemente

*Resp. civ.*, 2012, p. 377; L. SILIQUINI CINELLI, *Responsabilità civile del notaio - Criteri di configurabilità e casistica nel mercato delle regole*, Milano, 2011; N.A. CIMMINO, *L'an ed il quantum nel risarcimento del danno per omessa effettuazione delle visure ipotecarie*, in *Vita not.*, 2011, p. 1301; G. MUSOLINO, *Responsabilità notarile per visure errate e risarcimento del danno in forma specifica*, in *Resp. civ.*, 2011, p. 1800. In senso contrario cfr. però Cass., 1° dicembre 2009, n. 25270, in *Notariato*, 2011, p. 11 ss., con nota di N.A. CIMMINO, *L'obbligo delle visure ipotecarie e catastali alla luce del D.L. n. 78/2010*, secondo cui in presenza di una clausola di esclusione dell'obbligo di visure non rileva il dovere di consiglio circa le conseguenze della stessa, in quanto «implicando l'esonero da responsabilità del notaio, esclude la rilevanza di ogni spiegazione da parte del professionista». In questo senso già Cass., 16 marzo 2006, n. 5868, in *Giust. civ.*, I, p. 2007 ss., con nota di P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Responsabilità del notaio per l'omissione delle visure e clausola di esonero*. Occorre poi fare i conti con Cass., 19 giugno 2013, n. 15305, in *Vita not.*, 2014 p. 397, che – in *obiter* e in una frase – sembra dare per scontato il permanere dell'obbligo del notaio di procedere alle visure anche qualora le parti abbiano manifestato una volontà contraria.

<sup>85</sup> Trib. Palermo, 13 settembre 2017, cit.; Trib. Catania, 11 marzo 2017, cit.; Cass., 6 giugno 2014, n. 12797, cit.; Cass., 29 gennaio 2013, n. 2071, cit.; Cass., 27 novembre 2012, n. 20991, cit.; Cass. 2 luglio 2010, n. 15726, cit.; Cass., 11 gennaio 2006, n. 264, cit.; Cass., 6 aprile 2001, n. 5158, cit. Nello stesso senso, seppur indirettamente, Cass., 24 maggio 2019, n. 14169, cit., la quale a sostegno del rigetto dell'azione di responsabilità esperita contro il notaio per omessa esecuzione delle visure ha rilevato che non risultava provata la conoscenza da parte del professionista di formalità pregiudizievoli al momento del rogito.

<sup>86</sup> Soltanto Cass., 1° dicembre 2009, n. 25270, cit., fa un cenno al problema, risolvendolo però sbrigativamente e in modo piuttosto tautologico: «tantomeno la suddetta clausola può essere considerata invalida ai sensi dell'art. 1229 cod. civ., comma 1, che commina la nullità dei patti che escludono o limitano la responsabilità del debitore quando questa è dovuta a colpa grave. La clausola *de qua* infatti non può essere considerata limitativa di responsabilità per dolo o colpa grave».

sono adattati alle peculiarità della prestazione in questione, rispetto alle altre cui si è fatto riferimento nei paragrafi precedenti. La prima peculiarità è che l'esonero dall'obbligo di effettuare le visure può anche essere espressione di un interesse manifestato non dal debitore beneficiario della clausola, cioè dal notaio, bensì dal creditore, cioè dal cliente; la seconda è che la prestazione d'opera intellettuale, com'è noto, ha un contenuto la cui determinazione è rimessa ad una formula elastica quale è la diligenza professionale, sicché non è agevole stabilire quanti e quali siano i singoli obblighi concreti essenziali per la causa del contratto.

Sotto il primo profilo, si coglie che il riferimento alla meritevolezza è qui impiegato in modo atecnico e non riguarda la valutazione prevista dall'art. 1322 cod. civ. Quando la giurisprudenza e gli organi di autodisciplina del notariato richiedono che l'esclusione dell'obbligo di visure risponda ad un interesse meritevole di tutela, intendono semplicemente scongiurare il rischio che sia il notaio stesso a convincere il cliente ad esonerarlo dall'obbligo per un proprio interesse personale.

Sotto il secondo profilo, l'obbligo di effettuare le visure non può dirsi di per sé essenziale rispetto alla causa del contratto di prestazione d'opera notarile. Questo salvo nella misura in cui l'esclusione di tale obbligo incentivi comportamenti fraudolenti o gravemente negligenti del notaio minando la funzione di garanzia che quest'ultimo ricopre e lascia la controparte priva di tutela.

Se è il creditore ad aver interesse che il notaio ometta le visure, posto che quest'ultimo non può immotivatamente rifiutarsi di stipulare l'atto, pena la responsabilità ai sensi dell'art. 27 l. not., la diligenza richiestagli nell'esercitare la propria attività gli imporrà, *in primis*, di valutare se emergano dalle circostanze del caso indici della probabile esistenza di formalità pregiudizievoli e, in secondo luogo, di informare circa la gravità delle conseguenze che potrebbero derivare dagli omessi accertamenti.

Se l'interesse del creditore manca o difettano la predetta valutazione e l'informazione, allora la clausola che esclude l'obbligo di visure non è altro che un esonero preventivo dalla responsabilità professionale del notaio per il caso in cui siano effettivamente presenti formalità pregiudizievoli, giacché mina quella funzione di garanzia del notaio che permea la causa del contratto d'opera intellettuale. Il patto in questione sarà soggetto all'art. 1229 cod. civ. e la valutazione del dolo e della colpa grave del notaio sarà riferita alla decisione di non

effettuare le visure ed alle circostanze in cui la decisione è stata assunta.

Ove, per esempio, la colpa del notaio nel non aver desunto *ictu oculi* dalle circostanze del caso il rischio di formalità pregiudizievoli fosse soltanto lieve, il patto di esclusione dell'obbligo di visure varrà ad esonerarlo dalla responsabilità professionale nei confronti del cliente. Ove, al contrario, il notaio fosse in dolo o colpa grave, allora risponderà integralmente, giacché la sua condotta non sarà coperta dal patto, in applicazione del divieto di cui all'art. 1229 cod. civ.

Volendo concludere la riflessione sul rapporto tra esclusione di un'obbligazione inerente al contratto, alterazione del tipo contrattuale o della causa ed esclusione di responsabilità, iniziato ragionando sulla casistica in tema di obbligo di custodia, si potrebbe tracciare il quadro seguente. Quando le parti escludono un'obbligazione che altrimenti deriverebbe di *default* da quel tipo contrattuale, l'interprete deve accertare se tale obbligazione è essenziale o accessoria rispetto ad esso, cioè se l'assenza dell'obbligazione è idonea a privare il contratto della sua funzione economica oppure a renderne impossibile la realizzazione. Nel caso in cui l'obbligazione risulti essenziale, il patto che la esclude ricadrà nel divieto di cui all'art. 1229 cod. civ. Nel caso in cui, invece, l'obbligazione non risulti essenziale, il patto che la esclude sarà soggetto unicamente ad un controllo di liceità ai sensi del combinato disposto degli artt. 1346 cod. civ. e 1418 cod. civ.

#### 11. *Patti che escludono la responsabilità e patti che escludono l'integrazione del contratto: le clause di no supplementation*

Nel corso dei paragrafi precedenti si sono esaminate, in rapporto all'art. 1229 cod. civ., le clausole con cui le parti delimitano le prestazioni tipiche del contratto, cioè quelle obbligazioni che ineriscono ad un determinato tipo contrattuale di *default*, per espressa previsione di legge o per il consolidarsi di una prassi. Come si evince però dall'art. 1374 cod. civ., le norme dettate per il singolo tipo dalla legge o dalla prassi non costituiscono l'unica fonte del regolamento contrattuale ma concorrono con altre. La *relatio* alla «legge» come fonte d'integrazione del contratto include una miriade di normative speciali e soprattutto la clausola generale di buona fede.

Dunque, un'indagine sul rapporto tra clausole con cui le parti escludono un'obbligazione che altrimenti discenderebbe dal tipo con-

trattuale e clausole con cui limitano o escludono la responsabilità del debitore non può prescindere da qualche riflessione sui patti con i quali le parti inibiscono l'integrazione del contratto. Infatti, escludere totalmente o parzialmente l'integrazione significa prevenire l'insorgenza di obblighi che altrimenti sarebbero derivati dal contratto e il cui inadempimento avrebbe dato luogo a responsabilità contrattuale<sup>87</sup>.

In altre parole, anche i patti sugli obblighi integrativi, al pari dei patti esaminati nei paragrafi precedenti, riducono il contenuto del contratto rispetto a quello che sarebbe stato ad esso inerente, vuoi perché individuano singoli gruppi obblighi integrativi da escludere, vuoi, più frequentemente, perché individuano le singole fonti integrative da escludere o perché prevedono, più in generale, che il regolamento contrattuale sarà costituito soltanto da quanto in esso espressamente pattuito e non potrà essere integrato da altre fonti.

Si prenda ad esempio la seguente clausola: «*Entire agreement*. Le parti dichiarano che il presente contratto riproduce l'integralità degli intendimenti e degli accordi tra loro intercorsi. Non potrà ritenersi vincolante per le parti nell'interpretazione o nell'adempimento del presente contratto alcun intendimento, accordo o consuetudine commerciale che non sia ivi contenuto, salvo che detto intendimento, accordo o consuetudine commerciale non sia ridotto in forma scritta e sottoscritto dalle parti [...]. Il presente contratto non potrà essere modificato, emendato o integrato da alcuna trattativa o consuetudine commerciale che non risulti da atto scritto, sottoscritto dalle parti»<sup>88</sup>.

<sup>87</sup> Gli obblighi integrativi *ex fide bona* e in particolare quelli di protezione nascono, per lo più, proprio in funzione dell'imputazione della responsabilità contrattuale a carico del danneggiante. In questo senso F. PIRAINO, *Op. ult. cit.*, p. 248. Per di più, si tende ormai a riconoscere alla parte che subisce una violazione degli obblighi in parola anche la possibilità di ricorrere a rimedi diversi dalla responsabilità, come quelli volti all'attuazione in natura del vincolo, alla risoluzione del medesimo o alla tutela inibitoria. Cfr. in particolare A. DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, cit., pp. 126-127.

<sup>88</sup> La clausola nella sua versione originale è redatta come segue: «*Entire Agreement*. It is agreed that this Agreement sets forth the entire understanding and agreement between the parties. No understanding, agreement or trade custom not expressly stated in this Agreement shall be binding on the parties in the interpretation or fulfillment of this Agreement unless such understanding, agreement or trade custom is reduced to writing and signed by the parties. 2 – Either party's waiver of any breach or failure to enforce any of terms, covenants, conditions or other provisions of this Agreement, at any time, shall not in any way affect, limit, modify or waive that party's right thereafter to enforce or compel strict compliance with every term, covenant, condition or other provision hereof, any course of dealing or custom of the trade

La clausola appena riportata rientra in quell'eterogenea categoria di patti che sono diffusi nella prassi contrattuale internazionale sotto il nome di *entire agreement* o *merger clauses*<sup>89</sup> e *no supplementation*<sup>90</sup>. Si tratta di clausole nate nella contrattualistica di matrice anglo-americana con lo scopo di "blindare" il contratto rendendolo il più pos-

*notwithstanding*. 3 – [...] and this Contract shall not be modified, varied or supplemented by any course of dealing, usage of the trade or otherwise except by a writing signed by the parties hereto». L'esempio fa parte di quelli raccolti da M. FONTAINE e P. DE LY, *Op. cit.*, p. 179. Altri esempi si leggono in G. DE NOVA, *Il contratto alieno*, cit., pp. 95-96.

<sup>89</sup> Quali ulteriori sinonimi di *entire agreement* ricorrono nei contratti internazionali anche le seguenti espressioni: *intégralité des conventions*, *accord complet*, *Volständigkeitsklauseln*, *previous agreements*, *former agreements*, *entire contract*, *whole agreement*, *complete agreement*, *four corner clauses*, *integration clauses*. Sul punto cfr. M. FONTAINE e P. DE LY, *Op. cit.*, pp. 129-130. Fondamentale per una riflessione sulle clausole in esame ad opera della dottrina italiana M. FOGLIA, *Il contratto autoregolato: le merger clauses*, cit. Cfr. inoltre P. BACCARANI, *Entire agreement*, XXIV, *Clausole ricorrenti. Accordi e discipline*, in *Il diritto privato nella giurisprudenza*, a cura di Cendon, Torino, 2004, p. 425; e F. MAZZA, *Merger clause o clausola di completezza*, in *I contratti in generale*, IV, II, *Clausole abusive*, *ivi*, p. 737. Tra le opere di dottrina straniera cfr. P.C. MILLET (a cura di), «*Entire agreement*» clauses, in *The Encyclopaedia of Forms and Precedents*, 5<sup>a</sup> ed., rist. 2008, 4, *Boilerplate and Commercial Clauses*, cap. 27, pp. 181-186; M. BARBER, *The Limits of Merger clauses*, in *J. Bus. L.*, 6, 2012, p. 486 ss.; H. DUBOUT, *Les clauses d'entire agreement (accord complet) dans les contrats internationaux: intérêt et précautions d'utilisation*, in *Cahiers juridiques et fiscaux de l'exportation*, 1989, n. 1, pp. 193-209.

<sup>90</sup> La ragione della scarsa diffusione di queste clausole risiede proprio nel fatto che la materia dell'integrazione contrattuale è rimessa ai singoli diritti applicabili e che dunque è difficile conoscerla nel dettaglio in sede di redazione del contratto. In altre parole, la varietà dei diritti nazionali e della percezione che questi hanno delle fonti integrative mal si concilia con la possibilità di confezionare una clausola *standard* capace di circolare validamente in una serie imprecisata di ordinamenti. Si vedano anche qui le osservazioni di M. FONTAINE e P. DE LY, *Op. cit.*, p. 176. Si consideri, inoltre, che, come già sottolineato più volte, le clausole della prassi commerciale internazionale sono nella maggior parte dei casi d'ispirazione anglo-americana: i giudici di *common law* sono tradizionalmente restii a riconoscere la possibilità di intervenire sull'oggetto del contratto introducendovi *ex post* obblighi che ne dovrebbero discendere secondo ragionevolezza o equità, dunque i redattori dei contratti possono essere meno sensibili al problema dell'integrazione. Non si può però tralasciare il fatto che nei predetti sistemi si sta sviluppando sempre più la c.d. *implied terms doctrine*, la quale si traduce in sostanza in un'integrazione del contratto, ancorché mascherata dal pretesto di una semplice esplicitazione della reale volontà delle parti. Quale *leading case* britannico sulla dottrina in esame si veda *Liverpool City Council v. Irwin* [1977] A.c. 239.

sibile autosufficiente ed immune a qualsiasi intervento di soggetti terzi rispetto alle parti<sup>91</sup>.

Sul piano pratico, l'utilità di una simile pattuizione appare tutt'altro che insignificante: essa, infatti, ove ritenuta ammissibile e valida, contribuisce a restituire certezza al contenuto del contratto, la cui imprevedibilità cresce all'aumentare del potere integrativo del giudice ed è ancor più amplificata nei casi in cui il contratto circoli e quindi debba essere eseguito ed interpretato in ordinamenti diversi da quello in cui è stato concepito, soprattutto se tali ordinamenti annoverano tra le fonti d'integrazione la buona fede<sup>92</sup>. Per quanto lo studio dei

<sup>91</sup> Più precisamente, le clausole di *entire agreement* sono nate nei sistemi di *common law* con lo scopo di precludere alle parti la prova dell'esistenza di patti aggiunti o contrari al contenuto del contratto; nondimeno, vista la loro formulazione generale, alcuni giuristi di *civil law* correttamente attribuiscono loro l'ulteriore finalità di escludere l'integrazione del medesimo o la sua interpretazione secondo criteri diversi da quello letterale o testuale. Lo sostengono M. FONTAINE e P. DE LY, *Op. cit.*, pp. 131 e 135. Un riferimento alla funzione anti-integrativa delle clausole in esame si ritrova anche in G. DE NOVA, *Il contratto alieno*, cit., p. 101, là dove parla del rapporto tra *merger clauses* e *implied conditions*. L'Autore però si concentra quasi esclusivamente sulla dimensione interpretativa della clausola, aspetto che, invece, verrà tralasciato, salvo qualche riferimento marginale e strumentale all'analisi di altre questioni, nel presente lavoro. Sia sufficiente tenere a mente che il problema sollevato dalle clausole suddette è quello della possibilità per le parti d'imporre al giudice direttive ermeneutiche vincolanti nel ricostruire il significato del contratto e quindi derogare alle norme sull'interpretazione, in particolare, escludendo l'operatività di quella che impone l'indagine sulla comune intenzione dei contraenti, quale risulti da elementi extra-testuali. Sulla questione, oltre ai riferimenti bibliografici menzionati alla nota precedente e a G. DE NOVA, *Op. ult. cit.*, pp. 52-56 e pp. 95-101 (il quale sostiene l'invalidità della clausola in sede di applicazione dinnanzi a un giudice, ma la sua validità dinnanzi a un arbitro, poiché l'arbitrato è fondato sull'autonomia delle parti, laddove l'attività del giudice presidia l'interesse pubblico), si vedano, nella vigenza del "vecchio" codice, F. CARNELUTTI, *L'interpretazione dei contratti e il ricorso in cassazione*, in *Riv. dir. comm.*, 1922, I, p. 151; A. VERGA, *Errore e responsabilità nei contratti*, Milano, 1941, p. 240, nt. 5; U. GRASSETTI, *Intorno al principio di gerarchia delle norme d'interpretazione*, in *Foro it.*, 1941, I, c. 512; e G. OPPO, *Profili dell'interpretazione oggettiva del negozio giuridico*, cit., p. 88, nt. 1; nella vigenza del codice attuale, F. ZICCARDI, *Le norme interpretative speciali*, Milano, 1972, p. 25 e nt. 51.

<sup>92</sup> Particolarmente imprevedibile risulta soprattutto la categoria dei c.d. obblighi di protezione o *Schutzpflichten*. Per citare i principali contributi della dottrina italiana specificamente dedicati al tema cfr. FRANCESCO BENATTI, *Osservazioni in tema di «doveri di protezione»*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1960, p. 1342 ss.; ID., *Doveri di protezione*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, VII, Torino, 1991, 22, p. 1 ss.; C. CASTRONOVO, *Obblighi di protezione e tutela del terzo*, in *Jus*, 1976, p. 143 ss.; A. DI

precedenti giurisprudenziali possa agevolare un'individuazione *ex ante* degli obblighi integrativi, il loro elenco non sarà mai tassativo, ma varierà in base all'organo giudicante, all'epoca storica e al diritto applicabile<sup>93</sup>.

MAJO, *La protezione del terzo tra contratto e torto*, in *Eur. dir. priv.*, 2000, p. 1 ss.; S. CICCARELLO, *Dovere di protezione e valore della persona*, Milano, 1988, *passim*, spec. p. 155 ss.; S. MAZZAMUTO S., *Una rilettura del mobbing: obbligo di protezione e condotte plurime d'inadempimento*, in *Eur. dir. priv.*, 2003, p. 668 ss.; L. LAMBO, *Obblighi di protezione*, Padova, 2007, p. 66 ss.; F. VENOSTA, *Profili della disciplina dei doveri di protezione*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, I, p. 841 ss.; ID., *Prestazione non dovute, "contatto sociale" e doveri di protezione "autonomi"*, in *Eur. dir. priv.*, 2014, p. 113 ss.; A. NICOLUSSI, *Obblighi di protezione*, in *Enc. dir.*, Ann. VIII, Milano, 2015, p. 659 ss.; P. SIRENA, *L'obbligo di protezione a carico di chi si ingerisce nell'altrui sfera giuridica e la restituzione del profitto ingiustificato*, in *Contr. impr./Eur.*, 2010, p. 9 ss. In giurisprudenza cfr., per limitarsi alle pronunce più recenti, Cass., 10 novembre 2010, n. 22819, in *Resp. civ.*, 2011, p. 752 ss., con nota di C. FIN, *Illegittimità del protesto e risarcimento del danno non patrimoniale per violazione del dovere di protezione nei confronti del correntista*; e Cass., Sez. Un., 26 giugno 2007, n. 14712, in *Banca, borsa tit. cred.*, 2008, p. 586 ss., con nota di N. CIOCCA, *Responsabilità della banca girataria per l'incasso per il pagamento di assegno (di trattenza) non trasferibile*; in *Corr. giur.*, 2007, con nota di A. DI MAJO, *Contratto e torto: la responsabilità per il pagamento di assegni non trasferibili*; in *Danno resp.*, 2008, p. 160 ss., con note di A.M. BENEDETTI, *Assegno non trasferibile, banca girataria e contatto sociale: responsabilità contrattuale?*, di A. FABRIZIO-SALVATORE, *Responsabilità della banca trattaria per l'assegno non trasferibile incassato da persona diversa dal beneficiario*, di T. GRECO, *Confini che svaporano: responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*; in *Foro it.*, 2008, I, c. 2968; in *Giur. it.*, 2008, p. 1152 ss., con nota di G. COTTINO, *Dalle Sezioni unite alle Sezioni semplici: precisazioni (e dubbi) in tema di responsabilità per il pagamento di assegno bancario (trasferibile e non) a soggetto non legittimato ad esigerlo*; e *ivi*, p. 867 ss., con nota di L. BUFFONI, *Cronaca di una morte annunciata (ma che stenta a sopraggiungere): le strane sorti dell'obbligazione senza prestazione*; in *Resp. civ. prev.*, 2009, p. 161 ss., con commento di N. MUCCIOLI, *La disciplina dell'assegno non trasferibile tra responsabilità e indebito*.

<sup>93</sup> Nel sottolineare il carattere potenzialmente aperto del potere integrativo, soprattutto di quello fondato sull'art. 1375 c.c., non s'intende aderire alla tesi di quanti ritengono che l'indeterminabilità *ex ante* delle condotte imposte dalla buona fede, insieme alla loro carenza di oggetto, renda gli obblighi integrativi privi di senso, tanto sotto il profilo logico quanto sotto quello giuridico. In questo senso cfr. L. BIGLIAZZI GERI, *Buona fede nel diritto civile*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., II, Torino, 1988, p. 170 ss.; ID., *Note in tema di interpretazione secondo buona fede*, Pisa, 1970, p. 14 ss.; ID., *Contributo ad una teoria dell'interesse legittimo nel diritto privato*, Milano, 1967, pp. 190 ss.; U. BRECCIA, *Diligenza e buona fede nell'attuazione del rapporto obbligatorio*, Milano, 1968, p. 85 ss.; U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, cit., p. 14 ss. Si preferisce, invece, la posizione di F. PIRAINO, *La buona fede in senso oggettivo*, Torino, 2015, p. 248 ss., il quale – dopo aver sotto-

Per capire se e in che misura si ponga il problema della qualifica del patto in questione come clausola sulla responsabilità e quindi della sua compatibilità con l'art. 1229 cod. civ., occorre in prima battuta stabilire in quali casi l'integrazione possa considerarsi cogente, cioè tale da operare anche contro la volontà delle parti, e in quali invece possa considerarsi suppletiva, cioè tale da operare solo in presenza di lacune del regolamento contrattuale. Questo perché, nel caso in cui l'integrazione sia cogente, qualsiasi patto che la escluda dovrà reputarsi direttamente nullo per contrarietà a norma imperativa o all'ordine pubblico, senza necessità di ricorrere all'art. 1229 cod. civ.

Sull'individuazione delle fonti d'integrazione cogenti e di quelle meramente suppletive non vi è unanimità di vedute<sup>94</sup>. Non potendosi qui soffermare sulla questione senza divergere eccessivamente dal-

lineato l'importanza del ruolo dei precedenti nella materia in esame e osservato che l'individuazione *a posteriori* del contenuto della regola vale anche con riguardo alle norme di impianto analitico – propone di adottare una prospettiva “rimediale”. L'integrazione progressiva del contenuto del rapporto obbligatorio non avviene tanto in funzione di una descrizione più dettagliata del vincolo, bensì per garantire una tutela più completa ed efficace alle parti, le quali potranno far valere la violazione degli obblighi integrativi con azioni autonome di adempimento o a carattere inibitorio, anche grazie a strumenti processuali quali il provvedimento d'urgenza ex art. 700 c.p.c. o il rimedio ex art. 614-bis c.p.c.

<sup>94</sup> Sulla bipartizione dell'integrazione in suppletiva e cogente si vedano, per citare i lavori più recenti, M. FRANZONI, *Degli effetti del contratto*. Artt. 1374-1381, II, *Integrazione del contratto. Suoi effetti reali e obbligatori*, in *Comm. c.c.* Schlesinger, Milano, 2013, p. 3 ss.; A. GENTILI, sub art. 1362, in *Dei contratti in generale*, II, a cura di Navarretta e Orestano, in *Comm. c.c.* Gabrielli, Torino, 2011, p. 383 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *L'integrazione*, in *Tratt. dei contratti* Rescigno e Gabrielli, *I contratti in generale*, a cura di Gabrielli, II, Torino, 2006, p. 1147 ss. Si rammenti che, per integrazione suppletiva s'intende quella che completa le lacune del regolamento contrattuale lasciate dalle parti, nel rispetto dei programmi da loro delineati e dell'assetto d'interessi raggiunto; per integrazione cogente s'intende quella che si impone su un regolamento contrattuale contrastante o non perfettamente consonante con norme imperative, ordine pubblico o buon costume, per correggerlo adeguandolo agli obiettivi di politica del diritto ricavabili dall'ordinamento giuridico (cfr. art. 1339 c.c.). In particolare, sull'integrazione cogente cfr. M. CASELLA, *Nullità parziale del contratto e inserzione automatica di clausole*, Milano, 1974, *passim*; M. COSTANZA, *Integrazione del contratto mediante inserimenti automatici di clausole e limiti dell'autonomia privata*, in *Giust. civ.*, 1995, I, p. 1238 ss.; A. D'ANTONIO, *La modificazione legislativa del regolamento negoziale*, Padova, 1974, *passim*; G. GABRIELLI, *Norme imperative ed integrazione del contratto*, in *Contr. impr.*, 1993, p. 499 ss.; D. RUBINO, *Libertà contrattuale e inserzione automatica di clausole*, in *Mon. cred.*, 1948, p. 530 ss.; E. SARACINI, *Nullità e sostituzione di clausole contrattuali*, Milano, 1971, *passim*.

l'oggetto della disamina, ci si limiterà ad accogliere come presupposto, lasciando per un attimo da parte l'integrazione secondo buona fede, la tesi per cui l'integrazione cogente è ristretta alle sole norme imperative di legge, all'ordine pubblico e al buon costume<sup>95</sup>.

Come si accennava, qualunque patto che deroghi a tale integrazione sarà radicalmente nullo ai sensi dell'art. 1418 cod. civ. Un discorso a parte merita però l'integrazione secondo buona fede, che parte della dottrina ricava dal combinato disposto dell'art. 1374 cod. civ., là dove annovera tra le fonti integrative la «legge», e dell'art. 1375 cod. civ.<sup>96</sup>. Al riguardo non si condivide la tesi che qualifica tale integrazione come meramente suppletiva<sup>97</sup>, in ragione della peculiarità che la buona fede indubbiamente presenta rispetto alle altre fonti

<sup>95</sup> Per tutti, A. D'ANGELO, *La buona fede*, in *Tratt. dir. priv.* Bessone, XIII, Torino, 2004, p. 50 ss., spec. p. 242 ss., il quale osserva che la tradizione continentale plurisecolare assegna alla buona fede, equità e natura del contratto il ruolo di strumento di risoluzione di conflitti non disciplinati dal regolamento convenzionale; C. RESTIVO, *Contributo ad una teoria dell'abuso del diritto*, Milano, 2007, p. 165; V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 497; e G. STOLFI, *Il principio di buona fede*, in *Riv. dir. comm.*, 1964, I, p. 176. Sul retroterra culturale della tesi in esame cfr. le considerazioni di A. D'ANGELO, *Op. ult. cit.*, p. 155 ss. e di F. PIRAINO, *La buona fede in senso oggettivo*, Torino, 2015, p. 284, secondo cui esso risente dell'influenza del liberismo e di uno spiccato individualismo. Tali suggestioni inducono a concepire il contratto e l'ordinamento statale come «due domini fisiologicamente indipendenti, il cui punto di intersezione è rappresentato dalle sole patologie o disfunzioni contrattuali, le quali sollecitano l'intervento dell'ordine giuridico statale».

<sup>96</sup> Così, per tutti, S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 2004, rist. int., *passim*. In senso contrario, in particolare, L. BIGLIAZZI GERI, *Buona fede nel diritto civile*, cit., p. 170 ss.; e C. SCOGNAMIGLIO, *L'integrazione*, cit., pp. 1149-1180, i quali separano l'art. 1374 cod. civ. dall'art. 1375 cod. civ. e negano la natura integrativa della buona fede.

<sup>97</sup> L'analogia, secondo la tesi in esame, è giustificata innanzitutto da un appello alla ragionevolezza: la portata della buona fede integrativa la accomuna alle altre fonti integrative citate dall'art. 1374 cod. civ., mentre la contrappone alle fonti cogenti. Se la buona fede ha *in re ipsa* portata individuale, essendo calibrata sul singolo contratto e su quel particolare conflitto d'interessi che da esso sorge ma da esso non è regolato, le fonti di integrazione cogente sono invece connotate in senso tipologico e quindi hanno una portata generale, in quanto mirano a rendere il contratto coerente con un modello astratto, piuttosto che con sé stesso. Così A. D'ANGELO, *Op. ult. cit.*, pp. 49-50. In secondo luogo, si adduce un argomento basato sulla *ratio* della clausola generale: se è vero che il valore fondante della buona fede integrativa è la fedeltà di ciascuna parte al vincolo contrattuale, allora tale fonte deve limitarsi ad arricchire la disciplina convenzionale con una regola che risolva «un determinato concreto conflitto di interessi non originariamente previsto e disciplinato» in modo coerente, o almeno compatibile, con l'assetto negoziale concreto. *Ivi*, p. 53. Sulla fedeltà

a causa della sua copertura costituzionale per il tramite del dovere di solidarietà<sup>98</sup>.

D'altro canto, però, non si condivide neppure la tesi diametralmente opposta, cioè quella della natura totalmente cogente, per quanto sostenuta da dottrina altrettanto autorevole<sup>99</sup>. Mentre nel codice le

al vincolo contrattuale come fondamento della buona fede integrativa, cfr., prima di tutto, E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, I, cit., p. 77. Sulla stessa linea anche U. BRECCIA, *Diligenza e buona fede nell'attuazione del rapporto obbligatorio*, Milano, 1968, p. 6. Con questo, precisa A. D'ANGELO, *Op. ult. cit.*, p. 241, non s'intende negare l'attitudine della buona fede ad attingere a valori esterni al contratto, ma si vuole semplicemente affermare che il giudizio ad essi ispirato non può in ogni caso porsi in contrasto con la composizione di interessi e i valori espressi dal regolamento contrattuale.

<sup>98</sup> La buona fede non mira tanto a colmare una lacuna – il suo compito non è quello di desumere dall'*id quod plerumque accidit* la volontà circa un termine o un'altra previsione che le parti hanno dimenticato di inserire nel contratto – quanto piuttosto a conformare il regolamento negoziale a un certo grado di correttezza, completandone il contenuto con obblighi ulteriori rispetto a quelli previsti dalle parti. La giurisprudenza non sembra nutrire particolari dubbi circa il carattere inderogabile della buona fede, in quanto principio che fa ormai parte del tessuto connettivo dell'ordinamento giuridico ed è autonoma espressione di un generale dovere di solidarietà sociale, la cui costituzionalizzazione, per il tramite dell'art. 2 Cost., risulta pacifica. Cfr., per citare una delle più importanti, Cass., Sez. Un., 15 novembre 2007, n. 23726, cit. Per una riflessione più approfondita sulla costituzionalizzazione della buona fede e il ruolo della solidarietà si veda F. PIRAINO, *La buona fede in senso oggettivo*, cit., pp. 147-170.

<sup>99</sup> L'esponente forse più convinto di questa tesi è S. RODOTÀ, *Op. ult. cit.*, p. 98 ss., spec. pp. 177-180. Si vedano inoltre C.M. BIANCA, *Diritto civile*, III, cit., pp. 501, 520; A. DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, cit., 334 ss.; M. FRANZONI, *Degli effetti del contratto*, II, cit., pp. 12 ss., spec. pp. 175-176; F. PIRAINO, *La buona fede in senso oggettivo*, cit., in part. pp. 285-286; F. MESSINEO, *Contratto (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, IX, Milano, 1961, p. 937, nt. 641. Detta dottrina prende le mosse da un'obiezione, per così dire, "effettuale" alla tesi opposta: se si negasse alla buona fede un valore cogente, si rischierebbe di depotenziarne la portata normativa, laddove invece essa è il parametro che domina l'intera materia contrattuale, dalle trattative all'esecuzione, e opera in diversi casi anche in contrasto con l'autonomia privata. Cfr. in particolare S. RODOTÀ, *Op. ult. cit.*, pp. 177-179, il quale ravvisa una conferma dell'inderogabilità della buona fede nel fatto che lo stesso contenuto della clausola generale faccia rinvio non tanto alla generica coscienza sociale, ma piuttosto alle valutazioni espresse dalle norme costituzionali, che sono sovraordinate rispetto a quelle contenute nelle leggi ordinarie. Nel senso dell'inderogabilità della buona fede integrativa anche U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, I, cit., pp. 41-45. La medesima dottrina adduce poi il rischio di privare di utilità l'art. 1375 cod. civ., rendendolo una mera replica dell'art. 1366 cod. civ.: sostenere che la buona fede integra il contratto solo nei limiti delle lacune lasciate dalle parti porta a sovrapporre

ipotesi d'integrazione cogente sono caratterizzate dalla presenza di un divieto a pena di nullità, accompagnato dalla sostituzione automatica con la disciplina di legge delle clausole non compatibili, oppure dalla previsione per cui queste si danno per non apposte, per la buona fede non è stato contemplato nulla di analogo.

Non c'è alcuna norma che sancisca la nullità di singole clausole per contrarietà a buona fede e che disponga la loro sostituzione con un contenuto conforme al principio, o che stabilisca che queste si danno per non apposte. D'altra parte, una simile norma, vista l'ampiezza e la potenziale indeterminatezza di contenuto della buona fede, finirebbe con il costituire un limite eccessivo all'autonomia privata e introdurre un principio di giustizia contrattuale che non è stato accolto dall'ordinamento in via così generale. Nondimeno, potrebbe ipotizzarsi la nullità di un contratto nel suo complesso contrario a buona fede ogniqualvolta la violazione di tale principio si traducesse in una violazione dell'ordine pubblico.

Proprio questa "doppia anima" della buona fede oggettiva, che è declinazione del principio costituzionale di solidarietà, suggerisce un approccio misto alla questione. L'integrazione *ex fide bona* può considerarsi suppletiva finché le lacune lasciate dalle parti non violano i valori costituzionali che la clausola generale esprime, mentre deve considerarsi cogente oltre detta soglia. In tale ottica, appare condivisibile la soluzione di quanti sostengono l'inderogabilità *tout court* dell'integrazione di buona fede, ma la derogabilità di singoli obblighi che da essa deriverebbero<sup>100</sup>.

Indubitatamente contraria all'ordine pubblico è una deroga generalizzata o in bianco alla buona fede<sup>101</sup>. Impone, invece, una valuta-

il piano dell'integrazione con quello dell'interpretazione estensiva. La difficoltà della distinzione tra integrazione e interpretazione secondo buona fede è sottolineata da F. PIRAINO, *La buona fede in senso oggettivo*, cit., pp. 285-286. Una linea di demarcazione è stata proposta da A. D'ANGELO, *Op. ult. cit.*, p. 58, secondo cui «l'identificazione del contenuto della regola alla stregua della quale risolvere il conflitto di interessi non disciplinato dalla convenzione implica un giudizio di coerenza e compatibilità della soluzione con l'assetto negoziale, il quale è, a sua volta, il frutto di una valutazione sintetica conseguente all'interpretazione. Ma ciò non esclude che quella regola sia posta in virtù di una operazione integrativa, non essendo essa già contenuta nell'enunciato della convenzione. Ciò, semplicemente, conferma il rilievo della continuità e complementarietà tra le due operazioni».

<sup>100</sup> In questo senso A. D'ANGELO, *La buona fede*, cit., pp. 231-232; e V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 495.

<sup>101</sup> Così, in particolare, V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 466 ss.

zione piú attenta, e inevitabilmente casistica, una clausola che sia formulata in modo tale da escluderne singole concretizzazioni<sup>102</sup>.

Dal punto di vista quantitativo, la clausola dovrebbe essere nulla per contrarietà all'ordine pubblico o a norma imperativa (art. 1375 cod. civ.) quando risulta, da un'interpretazione sistematica del regolamento contrattuale, che con essa le parti hanno escluso cosí tanti doveri integrativi discendenti dalla buona fede da renderla di fatto inoperante. Dal punto di vista qualitativo, la clausola dovrebbe essere nulla quando con essa le parti hanno escluso anche un solo obbligo *ex fide bona* posto, però, a presidio di un interesse indisponibile o comunque di ordine pubblico. Cosí sarà nulla, ad esempio, una clausola che escluda un obbligo di protezione nei confronti dell'altro contraente o di un terzo<sup>103</sup>.

Anche qui l'applicabilità dell'art. 1229 cod. civ. viene assorbita dalla contrarietà diretta del patto a norma imperativa o all'ordine pubblico. Il risultato pratico, comunque, sarebbe immutato anche ove si qualificasse il patto in esame come una clausola sulla responsabilità: si tratterebbe comunque di una clausola che esonera il debitore da una responsabilità derivante da norme di ordine pubblico, quale è l'art.

<sup>102</sup> Tra i fautori dell'ammissibilità di una deroga alle singole concretizzazioni della buona fede integrativa, V. ROPPO, *Op. loc. ult. cit.*; e M. FOGLIA, *Merger clauses*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, Agg. XI, Milano, 2018, spec. p. 334, nt. 75.

<sup>103</sup> Cosí F. PIRAINO, *Buona fede in senso oggettivo*, cit., p. 285, nt. 618. In alcuni casi tale nullità è specificamente prevista dalla legge stessa: si prendano ad esempio l'art. 1746, comma primo, e l'art. 1749, comma quarto, cod. civ. che sanzionano con la nullità il patto volto ad escludere gli obblighi di buona fede in capo tanto all'agente quanto al preponente. Dal fatto che il legislatore abbia in tali ipotesi avvertito l'esigenza di specificare espressamente l'imperatività degli obblighi di buona fede si può evincere che tale carattere non è pacifico come regola generale (*Ivi*, p. 619). Al di fuori della disciplina positiva, l'analisi circa la derogabilità degli obblighi di buona fede non può prescindere dal caso concreto. Per questa ragione e per l'impossibilità di individuare a priori un elenco tassativo di obblighi integrativi *ex fide bona* cui si è accennato all'inizio del paragrafo, ci si limiterà in questa sede a considerare che sono tendenzialmente qualificabili come di ordine pubblico quelli che vengono ascritti alla citata categoria degli obblighi di protezione. Essi, infatti, sono posti a presidio di interessi che coincidono con quelli afferenti non solo al patrimonio ma anche alla persona delle parti e che, al di fuori del rapporto obbligatorio, godrebbero della tutela aquiliana. Cosí già il teorizzatore della categoria degli obblighi di protezione H. STOLL, *Abschied von der Lehre von der positiven Vertragsverletzungen*, in *Arch. civ. Praxis*, 136, 1932, pp. 298-299. Per una riflessione sulla natura dell'interesse oggetto degli obblighi di protezione e sulla questione del danno non patrimoniale da inadempimento si veda F. PIRAINO, *La buona fede in senso oggettivo*, cit., pp. 206-224.

1375 cod. civ. con le precisazioni di cui sopra, e pertanto di una clausola nulla, ai sensi dell'art. 1229 cod. civ., comma secondo, anche ove la violazione da parte del debitore di un obbligo integrativo *ex fide bona* fosse dipesa dalla colpa lieve.

Sarà invece, in linea di principio, valido, in quanto clausola sull'oggetto del contratto, il patto che deroghi all'integrazione secondo le norme dispositive di legge e secondo gli usi, fermo restando il problema pratico di stabilire allora a quale disciplina dovrà ricorrere l'interprete nel caso in cui le parti, pur pattuendo la clausola, abbiano comunque lasciato delle lacune nel regolamento contrattuale. Questo, per restare coerenti con le conclusioni cui si è giunti sin qui, sempreché il patto in questione non si riveli, per la quantità o qualità degli obblighi integrativi esclusi, così incisivo da compromettere anche gli obblighi essenziali del contratto, cioè quelli che ne determinano la causa.

## 12. Patti sulla responsabilità e patti sul rischio: le clausole di hardship e force majeure

L'ultimo gruppo di pattuizioni che incidono sulla prestazione dedotta nel contratto e dunque possono porre problemi di compatibilità con l'art. 1229 cod. civ. è costituito da quelle clausole meglio note alla prassi contrattuale internazionale come clausole di *force majeure* (o *unabwendbare Gewalt*) e clausole di *hardship*. Il significato di queste espressioni, del tutto estranee al codice civile, si può ricostruire sulla base del diritto internazionale privato uniforme.

Il termine *hardship* compare innanzitutto nella rubrica dell'art. 6.2.2. dei principi Unidroit, ai sensi del quale l'istituto ricorre quando si verificano eventi sopravvenuti alla conclusione del contratto, tali da alterarne in modo fondamentale l'equilibrio, vuoi perché è aumentato il costo della prestazione, vuoi perché – ipotesi più frequente nei periodi di crisi economica – è diminuito il valore della controprestazione. Di *hardship* non si fa invece menzione nel *Draft Common Frame of Reference* e nei *Principles of European Contract Law*, ove però si utilizzano gli analoghi concetti di «*change of circumstances*» e di *onerosity* (art. III-1:110 DCFR e art. 6:111 PECL)<sup>104</sup>.

<sup>104</sup> In entrambe le disposizioni è contenuta un'importante distinzione tra la semplice onerosità della prestazione e l'eccessiva onerosità della stessa. Ricorrendo la

Le citate disposizioni dettano alcuni presupposti che avvicinano l'istituto a quello dell'eccessiva onerosità, come intesa dal codice civile italiano<sup>105</sup>. In particolare, si richiede che il mutamento delle cir-

prima, il debitore rimane obbligato ad adempiere la sua prestazione; ricorrendo la seconda, per il DCFR il giudice può scegliere se ricondurre il contratto a equità oppure pronunciare la risoluzione. Per i PECL sorge in capo alle parti un previo obbligo di rinegoziare i termini dell'accordo «*with a view of adapting the contract or terminating it*». All'art. III-1:110 del DCFR, rubricato "*Variation or termination by court on a change of circumstances*", si legge: (1) *An obligation must be performed even if performance has become more onerous, whether because the cost of performance has increased or because the value of what is to be received in return has diminished.* (2) *If, however, performance of a contractual obligation or of an obligation arising from a unilateral juridical act becomes so onerous because of an exceptional change of circumstances that it would be manifestly unjust to hold the debtor to the obligation a court may: (a) vary the obligation in order to make it reasonable and equitable in the new circumstances; or (b) terminate the obligation at a date and on terms to be determined by the court.* (3) *Paragraph (2) applies only if: (a) the change of circumstances occurred after the time when the obligation was incurred; (b) the debtor did not at that time take into account, and could not reasonably be expected to have taken into account, the possibility or scale of that change of circumstances; (c) the debtor did not assume, and cannot reasonably be regarded as having assumed, the risk of that change of circumstances; and (d) the debtor has attempted, reasonably and in good faith, to achieve by negotiation a reasonable and equitable adjustment of the terms regulating the obligation.* Si legge nell'art. 6:111 dei PECL «(1) *A party is bound to fulfil its obligations even if performance has become more onerous, whether because the cost of performance has increased or because the value of the performance it receives has diminished.* (2) *If, however, performance of the contract becomes excessively onerous because of a change of circumstances, the parties are bound to enter into negotiations with a view to adapting the contract or terminating it, provided that: (a) the change of circumstances occurred after the time of conclusion of the contract, (b) the possibility of a change of circumstances was not one which could reasonably have been taken into account at the time of conclusion of the contract, and (c) the risk of the change of circumstances is not one which, according to the contract, the party affected should be required to bear.* (3) *If the parties fail to reach agreement within a reasonable period, the court may: (a) terminate the contract at a date and on terms to be determined by the court; or (b) adapt the contract in order to distribute between the parties in a just and equitable manner the losses and gains resulting from the change of circumstances. In either case, the court may award damages for the loss suffered through a party refusing to negotiate or breaking off negotiations contrary to good faith and fair dealing.*

<sup>105</sup> L'attuale versione dei principi Unidroit non fa piú riferimento al fatto che l'evento sopravvenuto deve, ai fini dell'applicazione della disciplina prevista in tema di *hardship*, rendere sostanzialmente piú onerosa la prestazione di una parte o porre a carico di quest'ultima un peso eccessivo. Nondimeno, si ritiene che detto requisito sia implicito in quello del carattere fondamentale richiesto affinché l'alterazione

costanze non fosse tra quelli ragionevolmente prevedibili al momento della stipula del contratto e non rientrasse tra quelli che ai sensi del contratto la parte avrebbe dovuto sopportare.

L'ultima precisazione può alludere ai rischi che rientrano nell'alea normale del contratto, oppure indurre a ritenere, *a contrario*, ammissibile una pattuizione – esplicita o implicita – con cui una parte si assume il rischio di determinati eventi sopravvenuti, sul modello della clausola di *hardship*<sup>106</sup>. La più chiara formulazione dell'art. 6.2.2. Unidroit fa propendere per quest'ultima interpretazione. Si noti che nessuna delle disposizioni citate detta il requisito della straordinarietà dell'evento. Questo si può forse includere nell'estraneità dell'evento alla sfera di controllo delle parti, richiesta dai principi Unidroit.

Se il richiamo alle predette disposizioni è doveroso dal punto di vista sistematico, occorre nondimeno tenere a mente che il rilievo pratico dei testi in cui sono contenute è piuttosto scarso, trattandosi di *soft law*. Più importante appare, invece, la considerazione per cui nell'ormai ritirato regolamento sulla vendita comune europea (*Common European Sales Law*) è prevista una norma in tema di mutamento delle circostanze che ricalca la disciplina del *Draft Common Frame of Reference* e dei *Principles of European Contract Law*, mentre non è disciplinato alcun istituto almeno testualmente assimilabile all'*hardship* nella Convenzione di Vienna sulla vendita internazionale di beni mobili (*Convention on Contracts for the International Sale of Goods*)<sup>107</sup>.

dell'equilibrio del sinallagma sia giuridicamente rilevante. Sul punto cfr. E. MCKENDRICK, Art. 6.2.2. (*Definition of hardship*), in S. VOGENAUER (a cura di), *Commentary on the Unidroit Principles of International Commercial Contracts (PICC)*, cit., p. 816.

<sup>106</sup> Sul punto si veda il Lodo arbitrale del 30 novembre 2006, *Centro de Arbitraje de México*, reperibile sul sito <http://www.unilex.info/case.cfm?id=1149>. Nel caso di specie, una parte si era obbligata a produrre una specifica quantità di zucche e cetrioli e ad assicurarne alla controparte la fornitura per un anno con patto di esclusiva. L'obbligato non era riuscito ad adempiere esattamente e, a giustificazione di ciò, aveva addotto l'impossibilità della prestazione imputabile al fenomeno noto come *El Niño*, che aveva provocato piogge torrenziali e alluvioni. Il collegio arbitrale del Messico aveva ritenuto infondata l'eccezione motivando che il debitore si era implicitamente assunto siffatto rischio. Ha osservato il collegio che «soprattutto nel contesto di un accordo di distribuzione avente ad oggetto l'obbligo di consegnare specifiche quantità di beni, un coltivatore di verdure si assume tipicamente il rischio della distruzione del raccolto da parte di temporali e alluvioni».

<sup>107</sup> Sulla CESL cfr. FERRANTE, *Diritto privato europeo e Common European Sa-*

L'art. 79 CISG, infatti, si limita a esonerare il debitore dalla responsabilità per inadempimento quando si verifica un «impedimento» estraneo alla sua sfera di controllo, la cui previsione al momento della stipula del contratto non si sarebbe potuta ragionevolmente pretendere. Senza poter in questa sede approfondire, ci si limiti a constatare che la giurisprudenza degli Stati aderenti ha sempre optato per un'interpretazione restrittiva della norma, nonostante parte della dottrina, in particolare i membri del CISG *Advisory Council*<sup>108</sup>, anche fondandosi sul canone di buona fede nell'interpretazione della Convenzione predicato dall'art. 7 CISG, avesse auspicato la sua applicazione anche all'*hardship*<sup>109</sup>.

Quanto all'espressione *force majeure*, essa ricorre, oltre che all'art. 1218 *code civil*, nella citata Convenzione di Vienna sulla vendita internazionale di beni mobili (art. 79, par. 1, CISG) e nei principi *Unidroit* (art. 7.1.7.)<sup>110</sup>. In tutti i predetti testi ai fini della sussistenza della forza maggiore si richiedono tre requisiti: l'estraneità dell'evento impossibilitante alla sfera di controllo del debitore; la sua imprevedibilità, tale per cui non ci si sarebbe potuti ragionevolmente attendere da quest'ultimo che ne contemplasse il rischio al momento della conclusione del contratto; e la sua inevitabilità<sup>111</sup>. Talvolta, come meglio

les Law (*CESL*). *Aurora o crepuscolo del codice europeo dei contratti?*, in *Contr. impr./Eur.*, 2012, p. 461 ss.

<sup>108</sup> CISG-AC Opinion No. 7, *Exemption of Liability for Damages under Article 79 of the CISG*, Rapporteur: Professor Alejandro M. Garro, Columbia University School of Law, New York, N.Y., USA, adottata dal *CISG Advisory Council* il 12 October 2007, in <http://www.cisgac.com/cisgac-opinion-no7>.

<sup>109</sup> Sul problema d'individuare una "*hardship excuse*" nella Convenzione di Vienna sulla Vendita Internazionale di Beni Mobili per il tramite dell'art. 79 CISG, cfr. L. DI MATTEO, *Contractual Excuse Under the CISG: Impediment, Hardship, and the Excuse Doctrines*, in *Pace Int. L. Rev.*, 27, 2015, p. 258, il quale affronta la questione sia da un punto di vista comparatistico che dal punto di vista della casistica giurisprudenziale dei vari paesi che hanno aderito alla Convenzione. Per un contributo ancor più recente e più organico, cfr. ID., *Excuse: Impossibility and Hardship*, in L. DI MATTEO, A. JANSSEN, U. MAGNUS e R. SCHULZE, *International Sales Law - Contract, Principles & Practice*, Baden Baden, 2016, p. 665 ss.

<sup>110</sup> Risulta interessante notare che il concetto di forza maggiore è presente nel diritto dell'unione europea anche su un piano diverso da quello normativo: esso, infatti compare nella giurisprudenza della Corte di Giustizia, in casi nei quali uno stato membro l'ha addotto a scriminante del proprio inadempimento alle obbligazioni sancite da direttive. Per una panoramica sul punto si veda R. LOMBARDI, *Force Majeure in European Union Law*, in *Int. Trade Bus. L.*, 3, 81, 1997.

<sup>111</sup> Per un commento approfondito all'art. 79 della Convenzione si veda L. DI

si vedrà, è proprio a questi requisiti che le parti intendono derogare con le clausole di *force majeure*.

Di tali requisiti non c'è traccia nel codice civile italiano, eccezion fatta per quello dell'imprevedibilità, il quale però è richiesto ai fini della ricorrenza dell'eccessiva onerosità sopravvenuta, nella misura in cui l'art. 1467 cod. civ. fa riferimento a eventi «straordinari» e «imprevedibili». Nondimeno, gli stessi requisiti possono considerarsi impliciti nel giudizio di imputabilità al debitore dell'evento impossibilitante: tendenzialmente, quando il fatto che ha reso impossibile la prestazione rientra nella sfera di controllo del debitore o comunque avrebbe potuto essere evitato con la dovuta diligenza, sussiste la responsabilità per inadempimento. Sotto altra prospettiva, i requisiti in questione possono reputarsi assorbiti dall'oggettività e l'assolutezza richieste, con i temperamenti che si diranno, da ormai consolidata dottrina e giurisprudenza affinché l'impossibilità estingua l'obbligazione e liberi il debitore dalla responsabilità contrattuale<sup>112</sup>.

MATTEO, *Excuse: Impossibility and Hardship*, cit., p. 665 ss. Pare interessante l'osservazione dell'Autore per cui la giurisprudenza sulla CISG tende ad interpretare restrittivamente il requisito dell'imprevedibilità approssimandolo al concetto di straordinarietà. Sulla scorta di tale approccio eventi che tipicamente sarebbero sussumibili nella forza maggiore, quali disastri naturali e interventi governativi, sono stati considerati dalla giurisprudenza come al di sotto della soglia necessaria per applicare l'art. 79 CISG, in quanto rischi implicitamente allocati tra le parti nel contratto (cfr. pp. 677-678). Sull'argomento si veda anche, in epoca più risalente, J. RIMKE, *Force majeure and hardship: Application in international trade practice with specific regard to the CISG and the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*, in *Pace Rev. CISG*, 1999-2000, pp. 197-243. Con particolare riferimento ai principi *Unidroit* cfr. anche J. PERILLO, *Force Majeure and Hardship under the Unidroit Principles of International Commercial Contracts*, in *Tulane J. Int. Comp. L.*, 1997, pp. 5-28.

<sup>112</sup> L'impossibilità oggettiva si verifica quando la prestazione dedotta nel contratto non potrebbe essere eseguita non solo dal debitore, ma da nessun altro; mentre l'impossibilità si qualifica come assoluta ogniqualvolta l'esecuzione della prestazione sia ostacolata da un impedimento invincibile dalle forze umane, e relativa ogniqualvolta l'impedimento sia comunque superabile, pur con uno sforzo superiore a quello mediamente richiesto per quella data prestazione. Così G. OSTI, *Revisione critica della teoria sull'impossibilità*, cit., p. 10 ss. Sul punto cfr. anche A. GIOVENE, *Sulla impossibilità della prestazione*, in *Riv. dir. comm.*, 1918, I, p. 675 ss., nonché ID., *La dottrina dell'impossibilità susseguente della prestazione*, *ivi*, 1919, I, p. 302 ss. L'Autore ha espressamente aderito alla teoria di Osti nel suo scritto *L'impossibilità della prestazione e la «sopravvenienza» (la dottrina della clausola "rebus sic stantibus")*, Padova, 1941, p. 3, nt. 1. Conviene anticipare sin d'ora le precisazioni di O. CLARIZIA, *Sopravvenienze non patrimoniali e inesigibilità nelle obbligazioni*, Napoli, 2012,

Fatta questa premessa di sistema, e appurato che, con le precisazioni di cui sopra, le espressioni *force majeure* e *hardship* costituiscono un *pendant* rispettivamente dell'impossibilità e dell'eccessiva onerosità sopravvenuta, si considerino i seguenti esempi: «sono reputati casi di forza maggiore o simili, oltre ai casi comunemente ammessi dalla giurisprudenza belga e francese [...] e, in generale, tutti gli eventi estranei alla volontà o all'influenza dei contraenti suscettibili di ostacolare il normale svolgimento dell'approvvigionamento, della produzione o delle spedizioni da parte dei contraenti»; «nel caso in cui, a causa di un evento imprevedibile al momento della stipula del contratto e tale da rendere le obbligazioni del produttore eccessivamente onerose, in misura superiore al 20% rispetto al loro valore originario, il produttore medesimo sarà legittimato a domandare un'adeguata revisione delle condizioni contrattuali o, in caso di mancato accordo su detta revisione, la risoluzione del contratto»<sup>113</sup>.

Come si evince dagli esempi appena riportati, le clausole in esame hanno una duplice funzione: da un lato quella di definire convenzionalmente i concetti di eccessiva onerosità e di impossibilità della prestazione, dall'altro quella di prevedere per tali fattispecie il rimedio più aderente alle loro esigenze, la risoluzione o, più frequentemente, la sospensione della prestazione e la rinegoziazione del con-

pp. 78-79, la quale avverte, da un lato che può essere equiparata all'impossibilità oggettiva anche l'impossibilità soggettiva (diversa però da una mera difficoltà di prestare) ove riguardi un'obbligazione di fare infungibile, e dall'altro lato che il requisito dell'assolutezza non può spingersi sino ad imporre al debitore sforzi illeciti o tali comunque da comportare una lesione dei suoi diritti fondamentali.

<sup>113</sup> Gli esempi sono entrambi tratti da M. FONTAINE e P. DE LY, *Drafting international contracts*, cit., p. 445. La versione originale della prima clausola recita «*In the event that, due to any reason which was not foreseeable at the time the contract was entered into, and which reason is such as to render the Manufacturer's obligations excessively onerous in relation to the contractual obligations originally agreed upon and, in any event, is such as to increase the Manufacturer's obligations by more than 20 % (twenty percent) compared to the value of such obligations as originally foreseen, then the Manufacturer shall be entitled to request an appropriate revision of the contractual terms or, in the event that the parties are unable to reach an agreement as regards such a revision, the Manufacturer may terminate the contract*». La formulazione originale della seconda clausola è la seguente: «*sont considérés comme cas de force majeure ou assimilés, outre les cas communément admis par la jurisprudence belge et française [...] et en général, toutes les causes étrangères à la volonté ou à l'influence des contractants qui pourraient mettre obstacle à la marche normale de l'approvisionnement, de la fabrication ou des expéditions des contractants*».

tratto<sup>114</sup>. Non è un caso che le clausole in esame siano nate negli ordinamenti anglo-americani, ove non solo manca una definizione legislativa dei concetti di impossibilità ed eccessiva onerosità e dei relativi presupposti<sup>115</sup>, ma, se non vengono pattuite specifiche *exemptions*, la responsabilità è rigidamente oggettiva<sup>116</sup>.

<sup>114</sup> Per questo motivo le clausole in esame sono per lo più diffuse nei contratti di durata, soprattutto in quelli relazionali, che, come si è detto più volte implicano un' intricata rete di rapporti la cui estinzione darebbe luogo a un quadro restitutorio assai complesso. Più nel dettaglio, le *hardship clauses* sono diffuse in settori economici quali quello bancario, l'industria petrolifera, l'industria chimica, la siderurgia, le grandi opere, l'informatica, e ricorrono in contratti di produzione, di somministrazione, di distribuzione, di assistenza tecnica, di appalto, di concessione per lo sfruttamento e la gestione, di trasporto, di commercializzazione, di *joint-venture* e di prestiti a medio o lungo termine. Lo rileva D. SCARPA, *Ricostruzione ermeneutica della hardship clause nel diritto positivo italiano*, in *Contr. impr.*, 2013, p. 951 ss., nt. 5. Quali ulteriori riferimenti bibliografici sulle clausole in esame cfr. S.E. CIRIELLI, *Clausola di hardship e adattamento nel contratto commerciale internazionale*, in *Contr. impr./Eur.*, 1998, p. 758 ss.; A. FRIGNANI, *La hardship clause nei contratti internazionali e le tecniche di allocazione dei rischi negli ordinamenti di Civil e Common law*, in *Riv. dir. civ.*, 1979, I, p. 680 ss.; ID., *Arbitrato ed hardship clause: una prassi internazionale per una diversa allocazione e gestione del rischio contrattuale*, in *Rass. arb.*, 1980, p. 76 ss.

<sup>115</sup> L'origine delle clausole spiega perché il dibattito della letteratura anglo-americana è quasi esclusivamente incentrato sul significato di *impossibility*, *unpredictability*, *frustration* e *hardship*, sul rapporto tra tali concetti e sul rimedio applicabile, mentre trascura un'indagine sui poteri e i limiti dell'autonomia privata in quest'ambito. Sul tema delle sopravvenienze (*change of circumstances*) che assurgono a *frustration* o forza maggiore si vedano anzitutto G. TREITEL, *Frustration and Force Majeure*, London, 2014; P. RIDDLER e M.P. WELLER, *Unforeseen Circumstances, Hardship, Impossibility and Force Majeure under German Contract Law*, in *Eur. Rev. Priv. L.*, 22, 3, 2014, pp. 371-392; A.A. ALTERINI, *Teoria de la imprevisión y cláusula de hardship - Teoria dell'imprevidenza e clausola di Hardship*, in *Roma e America - Diritto romano comune*, 2002, 13, pp. 53-69; M.C.A. PRADO, *La teoria dell'hardship nei principi dell'Unidroit relativi ai contratti del commercio internazionale (Un approccio comparativo dei principi e le soluzioni adottate dal diritto francese e dal diritto americano)*, in *Dir. comm. int.*, 1997, pp. 323-373; C. ROSSELLO, *Sopravvenienze impreviste e adattamento del contratto nel diritto inglese e statunitense*, in *Studi urbinati*, 1987, 38-40, pp. 225-246. Per un contributo più risalente in prospettiva comparatistica si veda J. DENSON SMITH, *Impossibility of Performance as an Excuse in French Law: the Doctrine of Force Majeure*, in *Yale L.J.*, 45, 1935-1936, p. 452. A sostegno di quanto si è affermato, si vedano poi, a titolo di esempio, U. DRAETTA, *Force Majeure Clauses in International Trade Practice - La force majeure dans la pratique du commerce international*, in *Int. Bus. L.J.*, 1996, p. 547; M. KATSIVELA, *Contracts: Force Majeure concept or Force Majeure Clauses?*, in *Unif. L. Rev.*, 12, 2007, p. 101; B. NICHOLAS, *Force Majeure and Frustration*, in *Am. J. Comp. L.*, 27, 1979, p. 231.

<sup>116</sup> Cfr. A. BURROWS, *A Restatement of the English Law of Contract*, Oxford,

Trapiantate nell'ordinamento italiano, le clausole di *hardship* e *force majeure* sollevano sotto il profilo effettuale almeno due problemi: il primo è che pattuire l'obbligo di rinegoziare il contratto significa escludere, almeno in prima battuta, il rimedio legale della risoluzione; il secondo è che definire in positivo l'impossibilità e l'eccessiva onerosità significa definire in negativo l'inadempimento, significa ricavare un'area d'immunità alla responsabilità contrattuale. Non a caso i testi di diritto internazionale privato uniforme che contemplano la *hardship* e la *force majeure* includono tali istituti tra le *exemptions*, cioè le ipotesi in cui il debitore non risponde della mancata o inesatta esecuzione della prestazione.

Posto che il primo problema, non coinvolgendo neppure indirettamente l'art. 1229 cod. civ., condurrebbe a digressioni eccessive rispetto all'obiettivo della disamina, ci si concentrerà qui sul secondo. Si tratta in sostanza di capire se le clausole di *hardship* e *force majeure* siano veri e propri patti sul rischio, cioè, secondo la distinzione romanistica illustrata nel primo capitolo, sulle conseguenze di un adempimento non imputabile, oppure a determinate condizioni si traducano in patti sulla responsabilità e siano dunque soggetti ai limiti dell'art. 1229 cod. civ.

Per rispondere al quesito occorre tener conto delle diverse configurazioni che le clausole in esame possono assumere nella prassi. In particolare, può esserci una clausola che elenca, specificamente o *per relationem*, una serie di eventi considerati idonei a integrare l'eccessiva onerosità o l'impossibilità della prestazione, oppure una clausola che deroga ai presupposti, ad esempio l'imprevedibilità.

Cominciando dalla prima ipotesi, la clausola potrebbe elencare eventi che dipendono esclusivamente dall'uomo (ad esempio un furto); oppure eventi naturali suscettibili però di essere cagionati dall'uomo (ad esempio un incendio o la morte); oppure ancora eventi naturali la cui causa non può risiedere in un comportamento umano (ad esempio un terremoto o un'alluvione). In tutti e tre i casi il giudizio di

2016, pp. 164-168. L'Autore, nella sua sistematizzazione del diritto contrattuale inglese, alla sezione 32, sottosezione prima, sancisce che «*Subject to the parties having expressly [e qui l'Autore medesimo rinvia alla sottosezione quarta della sezione 32, la quale in sostanza prende atto della diffusione nella prassi delle clausole in esame] or impliedly provided for the risk of this in the contract, a contract is frustrated where, after the making of the contract, there is such a change of circumstances that performance of the contract would be physically or legally impossible or would otherwise be rendered radically different from that which was promised*».

applicabilità dell'art. 1229 cod. civ. deve necessariamente effettuarsi in un tempo successivo al verificarsi dell'evento dedotto nella clausola, giacché ciascun fatto è di per sé neutro; può colorarsi della qualità di "imputabile" o "non imputabile" soltanto in base a una valutazione *ex post*, che si concreta nell'accertamento del nesso causale tra il comportamento umano e l'evento. La parte risponderà a titolo di dolo se ha volontariamente cagionato l'evento, a titolo di colpa se l'evento era prevedibile ed evitabile o almeno arginabile con l'adozione di idonee misure preventive.

Se risulta che l'evento non è imputabile alla parte, indubbiamente la clausola non potrà essere ricondotta nell'alveo dell'art. 1229 cod. civ. Si potrebbe ritenere, anzi, che la clausola sia inutile in quanto non fa che replicare un'esclusione di responsabilità già prevista dalla disciplina legislativa in tema di eccessiva onerosità e impossibilità sopravvenuta. A ben guardare, però, questo non è del tutto vero né riguardo alla clausola di *hardship*, né riguardo a quella di *force majeure*, per ragioni diverse.

Quanto alla clausola di *hardship*, quella che elenca eventi non imputabili al debitore rischia di essere non semplicemente superflua, bensì controproducente. Infatti, la sola circostanza che le parti siano state in grado di produrre un elenco degli eventi suscettibili di rendere eccessivamente onerosa la prestazione individuata nel contratto, denota la loro prevedibilità e dunque la loro sottrazione all'ambito del rimedio in esame, che si applica invece proprio quando le circostanze idonee ad alterare l'equilibrio del sinallagma sono eccezionali e straordinarie<sup>117</sup>.

Quanto alla clausola di *force majeure* che elenca eventi non imputabili al debitore, essa può acquistare un'utilità là dove venga interpretata come un'implicita presunzione di fortuito, cioè come una pattuizione che sposta sul creditore il rischio di non riuscire a provare l'imputabilità del fatto al debitore<sup>118</sup>. La presunzione sarà invece esplicita

<sup>117</sup> In questo senso, F. BONELLI, *Criteri per l'individuazione dei casi di eccessiva onerosità sopravvenuta*, in C. VACCÀ (a cura di), *Inadempimento, adattamento, arbitrato*, Milano, 1992, p. 284. Nello stesso senso, M.P. PIGNALOSA, *Clausole di rinegoziazione e gestione delle sopravvenienze*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, II, p. 411 ss.

<sup>118</sup> In questo senso L. DELOGU, *Le modificazioni convenzionali della responsabilità civile*, cit., p. 194, cui si rinvia per una rassegna della dottrina e della giurisprudenza antecedente all'entrata in vigore dell'attuale codice (*Ivi*, nt. 75). Ancor prima si vedano G. ALPA, M. BESSONE e V. ZENO ZENCOVICH, *I fatti illeciti*, cit., p.

quando la clausola sarà formulata, ad esempio, nel modo seguente: «avvenimenti che non siano causati dal vettore, ma che gli impediscano in tutto o in parte di assolvere ai suoi obblighi, nonché tutte le cause di forza maggiore ivi compresi scioperi, e serrate, esonerano il vettore, per il periodo della loro durata e per le conseguenze derivanti, da responsabilità nei riguardi degli incarichi pregiudicati da tali eventi»<sup>119</sup>.

In virtù di detta presunzione si ribalta sul creditore, in deroga all'art. 1218 cod. civ., l'onere di provare, al fine di ottenere il risarcimento del danno, che l'impossibilità è dipesa da un evento diverso da quello considerato dalle parti, oppure che l'evento qualificato dalle parti come fortuito non era in realtà tale<sup>120</sup>. Un simile effetto indurrebbe a qualificare la clausola, almeno quando la presunzione è esplicita, come patto sull'onere della prova e quindi a vagliarne la compatibilità con il limite dell'art. 2698 cod. civ.<sup>121</sup>. Tuttavia, la dottrina ritiene preponderante e assorbente la natura di patto sul fortuito, in considerazione della vera funzione della clausola: essa non mira tanto ad aggravare la posizione di una parte, quanto piuttosto a rendere più prevedibile, a beneficio di entrambe, l'interpretazione giurisprudenziale del concetto di «causa non imputabile»<sup>122</sup>.

322 e nt. 465; C.M. BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, cit., p. 48; L. CABELLA PISU, *Le clausole di esonero da responsabilità*, cit., p. 227 ss.; G. VISINTINI, *La responsabilità contrattuale*, cit., p. 378.

<sup>119</sup> La clausola, incorporata nelle condizioni generali di trasporto dei vettori terrestri di cose, è citata da G. VISINTINI, *Op. ult. cit.*, pp. 377-378.

<sup>120</sup> Cfr., ad esempio, C. DE MARCO, *La responsabilità civile nel trasporto di persone e cose*, Milano, 1985, pp. 389-390, il quale però nega che l'onere probatorio del creditore includa anche la dimostrazione della colpa del debitore.

<sup>121</sup> Annovera le presunzioni di fortuito tra i patti che (apparentemente) regolano l'onere della prova M. AMBROSOLI, *Le clausole che regolano l'onere della prova*, cit., p. 172.

<sup>122</sup> *Ibidem*. L'Autore, come si è detto, specifica che i patti in esame regolano l'onere della prova ma solo in via strumentale rispetto al raggiungimento del risultato avuto di mira, che è quello di derogare alla disciplina sostanziale dell'impossibilità. Considera riduttiva la qualifica in tema di patto sull'onere della prova L. DELOGU, *Op. ult. cit.*, p. 195. Quanto alle esigenze sottese al patto sul fortuito, rileva G. VISINTINI, *La responsabilità contrattuale*, cit., pp. 377-388, che esso ha la funzione di isolare una serie di eventi dei quali il debitore tipicamente risponderebbe, in quanto originati nella sua sfera di controllo e rientranti nella misura normale del rischio professionale, e accollarli sul creditore. Conclude l'Autrice che il fine perseguito può essere ricondotto all'esigenza delle parti di «arginare le incertezze in ordine alla classificazione come caso fortuito di certi eventi e quindi di assicurare un esonero in via assoluta».

D'altra parte, che in questa materia un'inversione dell'onere probatorio nei termini sopra descritti sia ammissibile senza incontrare alcun limite lo si ricava dalla legge, là dove l'art. 1694 cod. civ. sancisce la validità delle «clausole che stabiliscono presunzioni di caso fortuito per eventi che normalmente, in relazione ai mezzi e alle condizioni di trasporto, dipendono da caso fortuito». Come si può notare, la norma è dettata in tema di trasporto, ma non sussistono particolari ragioni ostative a una sua più generale applicazione<sup>123</sup>.

Se invece l'evento dedotto dalle parti nella clausola di *force majeure* o di *hardship* risulta imputabile al debitore, allora il patto ricadrà nell'ambito di applicazione dell'art. 1229 cod. civ., con l'effetto che il debitore sarà esonerato dalla responsabilità per l'evento soltanto ove la sua condotta sia stata lievemente colposa. Infatti, legittimare una parte a non adempiere e a domandare lo scioglimento del contratto senza incorrere in alcun obbligo risarcitorio in presenza di fatti che non integrano ai sensi di legge né impossibilità né eccessiva onerosità significa sostanzialmente liberarla dalla responsabilità.

Il divieto di cui all'art. 1229 cod. civ. non potrebbe aggirarsi neppure deducendo gli eventi contemplati dalla clausola di *hardship* o di *force majeure* in una condizione risolutiva. Infatti, ciò che forma oggetto della condizione è l'evento in sé e per sé considerato, nella sua connotazione neutra; se si accerterà che il suo verificarsi era imputabile alla parte che aveva interesse contrario all'avveramento, questa, non sarà esente da responsabilità.

Il medesimo discorso vale anche nel caso in cui la clausola di *hardship* o di *force majeure* sia formulata, anziché come un elenco di eventi che integrano impossibilità sopravvenuta o eccessiva onerosità, come una deroga ai requisiti dell'imprevedibilità e l'inevitabilità dell'evento. Poiché tale deroga produce sempre l'effetto di liberare il debitore dalla responsabilità per condotte delle quali avrebbe altrimenti risposto, essa deve essere sottoposta al vaglio dell'art. 1229 cod. civ.: anche qui il debitore sarà tenuto a risarcire il danno ogniqualvolta avrà agito con dolo o colpa grave<sup>124</sup>.

<sup>123</sup> Riferisce questa tesi come unanimemente condivisa L. DELOGU, *Le modificazioni convenzionali della responsabilità civile*, cit., p. 191.

<sup>124</sup> Osserva però L. BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*, cit., p. 381, che nelle clausole in esame «non vi è tanto una limitazione di responsabilità quanto una chiarificazione convenzionale circa la qualità da attribuirsi a certi eventi per le circostanze che si verificheranno».

Dunque, la conclusione che si può trarre dalla disamina è che le clausole di *force majeure* e di *hardship* non sono più meri patti sul rischio, bensì patti sulla responsabilità soggetti all'art. 1229 cod. civ., ogniqualvolta risulti da una valutazione *ex post* che hanno prodotto l'effetto di ampliare, anziché replicare, l'ambito dell'impossibilità non imputabile e dell'eccessiva onerosità, correlativamente restringendo quello dell'inadempimento, cioè l'effetto di esonerare il debitore dalla responsabilità per fatti dei quali avrebbe altrimenti risposto.

Come si può notare, nell'accertamento della natura delle clausole di *hardship* e *force majeure* e della loro riconducibilità all'art. 1229 cod. civ. non vale il criterio della distinzione tra essenza e natura del contratto, né quello del grado di incisione del patto sulla causa del contratto medesimo. Questo perché le clausole in questione non incidono sulla prestazione, come invece quelle sull'oggetto del contratto, ma incidono direttamente sulla responsabilità, ancorché, in un certo senso *a contrario*, cioè traslando nella sfera del rischio ciò che invece rientrerebbe nella sfera della responsabilità. Ciò che riduce l'ambito dell'imputabilità non può che ridurre anche la responsabilità medesima, e questo indipendentemente dal fatto che sia riferito ad un'obbligazione essenziale o accessoria e indipendentemente dal fatto che alteri o meno la causa del contratto.

## CAPITOLO IV

# Il rapporto tra esonero da responsabilità ed esclusione dei rimedi diversi dal risarcimento

SOMMARIO: 1. Patti sulla responsabilità e clausole sui rimedi: verso una categoria unitaria. – 2. I patti che escludono la risoluzione per impossibilità e per eccessiva onerosità sopravvenuta: i limiti generali. – 3. *Segue*: l'estensione convenzionale dell'alea del contratto e il controllo di meritevolezza. – 4. Il patto di irrisolubilità per inadempimento in senso stretto. – 5. La clausola di esclusione di tutti i rimedi contro l'inadempimento o patto di irrisolubilità in senso lato. – 6. L'eccezione di irrisolubilità per inadempimento e il suo potenziale contrasto con la buona fede esecutiva. – 7. Clausole di irrisolubilità e abuso di dipendenza economica.

### 1. *Patti sulla responsabilità e clausole sui rimedi contrattuali: verso una categoria unitaria*

La distinzione tra semplici clausole sui presupposti o le conseguenze dell'inadempimento e clausole sulla responsabilità è solo il primo problema che occorre affrontare nella ricostruzione della categoria contemplata dall'art. 1229 cod. civ.; il secondo nodo da sciogliere riguarda la definizione di «responsabilità», almeno ai fini della disciplina di cui ci si sta occupando. Basta uno sguardo alla prassi, soprattutto quella internazionale, per accorgersi che il concetto di «responsabilità» ha gradualmente lasciato il posto a quello di «rimedio», parola più versatile e polisemica, giacché allude tanto alle situazioni patologiche per le quali la legge appresta tutela, quanto agli strumenti di attuazione della tutela<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> La dottrina suole parlare a riguardo di *agreed remedies*. A tal proposito cfr. S. ROWAN, *Remedies for Breach of Contract: A Comparative Analysis of the Protection of Performance*, Oxford, 2012, il quale annovera tra gli esempi di clausole sui rimedi quelle che prevedono l'esecuzione della prestazione in forma specifica (c.d. *specific relief clauses*); quelle che garantiscono al contraente fedele la corresponsione di una

Così sono frequenti nella contrattualistica ispirata ai modelli anglo-americani le c.d. clausole di *sole* o *exclusive remedy*<sup>2</sup>, con cui le parti scelgono un determinato rimedio, di solito manutentivo<sup>3</sup>, e stabiliscono che sarà l'unico esperibile in presenza di un determinato "vizio" del contratto<sup>4</sup>. Tali clausole sono un chiaro esempio di quel-

somma di denaro equivalente a quella necessaria per procurarsi altrove la prestazione (*cost of cure damages clauses*); quelle che disciplinano il regime delle restituzioni contrattuali (*restitution clauses*); quelle che predeterminano una somma di denaro che sarà dovuta in caso di inadempimento a titolo di risarcimento del danno (*liquidated damages e penalty clauses*).

<sup>2</sup> Il termine *exclusive remedy*, probabilmente nella sua accezione originale, fa riferimento alla misura di risarcimento del danno prestabilita dalla legge (*Workers' Compensation Act*) che spetta, in luogo dei rimedi generali, ai lavoratori i quali abbiano subito un danno aquiliano dal datore di lavoro. Per una panoramica sul tema, tra i tanti articoli, di stampo dottrinale o pratico, della letteratura americana, cfr. il commento *Exceptions to the Exclusive Remedy Requirements of Workers' Compensation Statutes*, in *Harvard L. Rev.*, 96, 1641, pp. 1982-1983. Simili patti, a quanto consta, non sono stati oggetto di studi approfonditi da parte della dottrina di *common law*, molto probabilmente perché in tali sistemi non vige una rigida corrispondenza tra fattispecie e rimedi. Diversamente, le predette clausole stanno suscitando sempre maggior interesse nella dottrina italiana, soprattutto in quanto si prestano a promuovere la stabilizzazione del contratto – esigenza particolarmente avvertita nei contratti relazionali – mediante la previsione di rimedi manutentivi come l'obbligo di rinegoziare le condizioni contrattuali.

<sup>3</sup> In proposito si veda innanzitutto F. PADOVINI, *Le clausole limitative delle impugnazioni contrattuali*, in G. VETTORI (a cura di), *Remedies in contract. The Common Rules for a European Law*, Padova, 2008, p. 179, ove si trova anche un riferimento a un volume piuttosto risalente sul tema a firma di P. DURAND, *La tendance à la stabilité du rapport contractuel*, Paris, 1960. Particolarmente interessante risulta il collegamento che l'Autore delinea tra la tendenza alla stabilità del contratto e lo sviluppo nella pratica di nuove forme di garanzia (p. 181). Nel senso che le clausole di rimedio esclusivo perseguono l'interesse alla stabilizzazione del contratto cfr. anche F. DELFINI, *I patti sulla risoluzione per inadempimento*, Milano, 1998, pp. 13-16 e p. 61. In particolare, l'Autore cita le operazioni di *project financing*, ove gli enti finanziatori hanno interesse alla manutenzione del contratto, in quanto la redditività del progetto è indispensabile al fine del rientro del prestito; i contratti di *engineering*, nei quali le clausole in esame vengono predisposte dalle associazioni di categoria; le operazioni di *factoring*, ove è frequente la cessione di crediti derivanti da contratti non ancora eseguiti; i contratti con i quali il socio si obbliga ad eseguire prestazioni accessorie nei confronti di società per azioni ai sensi dell'art. 2345 cod. civ.; e le operazioni di *outsourcing*, nelle quali il committente ha affidato all'*outsourcer* funzioni delicate che sarebbe eccessivamente complesso e dispendioso riassumere a livello interno, e l'*outsourcer* ha modificato la propria organizzazione aziendale per far fronte ai nuovi compiti affidatigli in forza del contratto.

<sup>4</sup> Alcuni esempi della clausola, tratti dalla prassi, possono essere i seguenti: «*Exclusive Remedy - The indemnification provisions contained in this Article 10 shall*

l'approccio rimediabile tipico degli ordinamenti anglo-americani ma tradizionalmente estraneo alla *forma mentis* del giurista di *civil law*<sup>5</sup>, ancorché sempre più presente nel dibattito<sup>6</sup>. Si assiste a una rottura della

*constitute the exclusive remedy of the Parties in connection with this Agreement and the transactions contemplated hereby other than claims arising out of wilful misconduct or fraud of a Party*» (Le clausole d'indennizzo contenute in questo articolo 10 costituiranno l'unico rimedio esperibile dalle parti in relazione al presente accordo ed ai rapporti qui di seguito contemplati, salvo nel caso di pretese fondate sul dolo di una delle parti); «*Materials and articles sold or furnished by Buyer to Seller for the performance of the Order shall be inspected and accepted by Seller prior to use or processing, and Buyer's responsibility for defects is limited to replacement of such materials or articles or their value*» (I materiali e gli articoli venduti o forniti dal Compratore al Venditore in esecuzione dell'Ordine dovranno essere ispezionati e accettati dal Venditore prima dell'utilizzo o della lavorazione, e la responsabilità del Compratore per vizi è limitata alla sostituzione di detti materiali o articoli o alla corresponsione del loro valore). Questi e altri esempi si leggono in M. FONTAINE e P. DE LY, *Op. cit.*, pp. 378-379. A titolo di ulteriore esempio si può citare la seguente clausola: «*The right of each party to obtain indemnification pursuant to Article [...] excludes any other right of action or remedy (including the right to terminate, rescind or modify this Agreement) available to such Party at law*» (Il diritto di ciascuna parte a ottenere l'indennizzo in conformità con l'Articolo [...] esclude il diritto a ogni altro rimedio previsto dalla legge (compreso quello a risolvere, rescindere o modificare il contratto). Così G. DE NOVA, *Il contratto alieno*, Torino, 2008, p. 89.

<sup>5</sup> Il giurista di *civil law* è infatti avvezzo a concepire il sistema dei rimedi come una rigida corrispondenza tra fattispecie di vizio e strumento di tutela. Quando si verifica un evento tale da incidere negativamente sul sinallagma egli è solito porsi un unico quesito, cioè se l'evento medesimo sia sussumibile in una delle fattispecie astratte previste dal codice. In caso di risposta affermativa, una volta individuata la fattispecie calzante, non si domanderà anche quale sia il rimedio più idoneo rispetto alle esigenze delle parti, poiché sarà la norma stessa a fornirgli la soluzione. Il giurista di *common law*, invece, abituato ad operare in un contesto nel quale le istanze di codificazione non sono ignote, ma neppure così pregnanti e onnicomprensive, compie un procedimento logico inverso, si pone un duplice interrogativo: se le parti intendano attribuire rilievo a una determinata sopravvenienza e quale sia il mezzo più idoneo a tutelarle nell'eventualità che questa si verifichi. Su questi temi si veda, ampiamente, A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, cit.; Id., *Forme e tecniche di tutela*, cit.; nonché Id., *Adempimento e risarcimento nella prospettiva dei rimedi*, cit.; e Id., *Il linguaggio dei rimedi*, in *Eur. dir. priv.*, 2005, p. 341 ss.

<sup>6</sup> Un avvicinamento alla prospettiva rimediabile, ma senza giungere all'estremo dell'interesse che si configura a seconda dello strumento di tutela, si può forse cogliere nel concetto di "giusto rimedio", che da qualche anno è protagonista del dibattito italiano. Sul tema è fondamentale il contributo di P. PERLINGIERI, *Il "giusto rimedio" nel diritto civile*, in *Giusto processo civile*, 2011, pp. 1-23 (ma il tema della flessibilità dei rimedi in chiave funzionale emerge già, seppur in relazione ai diritti fondamentali, nel saggio di D. MESSINETTI, *Sapere complesso e tecniche giuridiche ri-*

rigida corrispondenza tra “vizi” e strumenti di tutela: non è piú la legge a scegliere, a valle, il rimedio piú adeguato agli interessi delle parti, ma sono queste ultime a compiere la scelta, a monte, attraverso un’apposita pattuizione prevista nel contratto, nell’ottica di una *governance* piú efficiente dei rischi ad esso legati<sup>7</sup>.

A fronte del medesimo inadempimento potrebbero sorgere esigenze diametralmente opposte perché varia la natura del contratto o la qualità delle parti: l’interesse potrebbe essere quello a risolvere il rapporto il piú rapidamente possibile e con il minor sacrificio economico per cercare un partner commerciale che offra maggiore stabilità; oppure quello ad assicurarsi comunque la permanenza dell’accordo, onde evitare l’esposizione a conseguenze restitutorie rovinose. Un simile approccio “creativo” – e in un certo senso funzionale – al

*mediali*, in *Eur. dir. priv.*, 2005, p. 605 ss., spec. p. 610). Non meno autorevoli sono le riflessioni di MAR. NUZZO, *Il diritto europeo dei contratti e l’evoluzione del diritto interno*, in P. PERLINGIERI, A. TARTAGLIA POLICINI (a cura di), *Novecento Giuridico: i civilisti*, Napoli, 2013, p. 314 ss.; G. VETTORI, *Controllo giudiziale del contratto ed effettività delle tutele*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, p. 151 ss.; ID., *Contratto giusto e rimedi effettivi*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2015, p. 787 ss.; nonché ID., *Effettività delle tutele (dir. civ.)*, in *Enc. dir.*, Ann., X, Milano 2017, p. 381 ss.; e S. PAGLIANTINI, *Diritto giurisprudenziale, riconcettualizzazione del contratto e principio di effettività*, in *Pers. merc.*, 2015, p. 112 ss. Risultano poi interessanti, sempre su un piano generale, tre contributi piú recenti: V. SCALISI, *Lineamenti di una teoria assiologica dei rimedi giuridici*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, p. 1045 ss.; S. POLIDORI, *Ragionevolezza, proporzionalità e «giusto rimedio»*, in G. PERLINGIERI, A. FACHECHI (a cura di), *Ragionevolezza e proporzionalità nel diritto contemporaneo*, Napoli, 2017, p. 907 ss.; e S. MAZZAMUTO, *La prospettiva dei rimedi in un sistema di civil law: il caso italiano*, in *Contr. impr.*, 2019, p. 831 ss. A dimostrazione dell’importanza del concetto e della sua centralità nelle riflessioni della dottrina che si occupa di rimedi, si possono citare anche contributi piú specifici, dedicati a singoli ambiti del diritto civile: così G. PERLINGIERI, *Alla ricerca del “giusto rimedio” in tema di certificazione energetica. A margine di un libro di Karl Salomo Zachariae*, in *Rass. dir. civ.*, 2011, p. 665 ss.; A. LEPORE, *Prescrizione e decadenza. Contributo alla teoria del “giusto rimedio”*, Napoli, 2012; G. CARAPEZZA FIGLIA, *Diritto all’immagine e “giusto rimedio” civile. Tre esperienze di “civil law” a confronto: Italia, Spagna e Francia*, in *Rass. dir. civ.*, 2013, pp. 859-893; M. ANGELONE, *La conversione d’ufficio del contratto nullo tra (interpretazione di) buona fede e “giusto rimedio”*, in *Rass. dir. civ.*, 2014, pp. 1008-1034; F. LONGOBUCCO, *Circolazione di immobili abusivi e giusto rimedio civile*, in *Riv. giur. ed.*, 2015, pp. 243-249; S. POLIDORI, *L’incidenza della dottrina sulla giurisprudenza nell’appalto: proporzionalità, ragionevolezza e “giusto rimedio” nella soluzione dei problemi applicativi*, in *Rass. dir. civ.*, 2016, pp. 569-581.

<sup>7</sup> Per una riflessione piú ampia sul tema, sia consentito rinviare a L. COPPO, *Contract As a Tool for Getting-To-Yes: A Civil Law Perspective*, Napoli, 2018.

problema dei rimedi certamente presuppone come primo passo un cambiamento di prospettiva. La sua liceità è però subordinata alla condizione che sia consentito all'autonomia privata escludere preventivamente gli strumenti di tutela previsti dalla legge.

In linea di principio non sussistono ostacoli all'introduzione di nuove forme di protezione degli interessi individuali, una volta che si è stabilita la possibilità di fare "tabula rasa" del sistema prestabilito dalla legge. Anzi, a quel punto, non potrà non essere considerato meritevole di tutela un sistema rimediale alternativo – e la conferma della bontà di quest'assunto proviene tanto dalla dottrina quanto dalla giurisprudenza, che sono sempre più inclini a porre a carico delle parti un obbligo di rinegoziazione pur in assenza di uno specifico patto in tal senso, in virtù della clausola generale di buona fede<sup>8</sup>. Tutt'al più potranno verificarsi per i nuovi rimedi o le nuove costel-

<sup>8</sup> Sul punto cfr. G. SICCHIERO, *La rinegoziazione*, in *Contr. impr.*, 2002, 2, p. 774 ss. In tema di rinegoziazione è fondamentale il contributo di F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996 (cfr. anche ID., *Determinazione giudiziale del corrispettivo nei contratti di durata e tutela cautelare atipica*, in *Foro it.*, 1996, I, c. 710). Cfr., inoltre, G. MARASCO, *La rinegoziazione del contratto: strumenti legali e convenzionali a tutela dell'equilibrio negoziale*, Padova, 2006; V. ROPPO, *Autonomia privata e poteri unilaterali di conformazione del contratto*, in A. BELVEDERE, C. GRANELLI (a cura di), *Confini attuali dell'autonomia privata*, Padova, 2001, p. 147 ss.; M. CESÀRO, *Clausola di rinegoziazione e conservazione dell'equilibrio contrattuale*, Napoli, 2000; F.P. TRAISCI, *Sopravvenienze contrattuali e rinegoziazione nei sistemi di civil e di common law*, Napoli, 2003; M. TARTANO, *La rinegoziazione nei finanziamenti bancari*, Napoli, 2003; A. GORNI, *Le clausole di rinegoziazione*, in C. VACCÀ (a cura di), *Il conflitto del golfo e i contratti di impresa*, Milano, 1992; M. COSTANZA, *Clausole di rinegoziazione e determinazione unilaterale del prezzo*, in C. VACCÀ (a cura di), *Inadempimento, adattamento, arbitrato. Patologie dei contratti e rimedi*, Milano, 1992, p. 311; P. TARTAGLIA, *L'adeguamento del contratto alle oscillazioni monetarie*, Milano, 1987; R. TOMMASINI, *Revisione del rapporto* (dir. priv.), in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989, p. 104 ss.; P. GALLO, *Sopravvenienza contrattuale e problemi di gestione del contratto*, Milano, 1992; ID., *Revisione del contratto*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., XVII, Torino, 1998, p. 431 ss.; G. PRESTI, *La rinegoziazione dei mutui ipotecari Qualificazione e disciplina*, in *Riv. dir. priv.*, 1999, p. 267; S. LANDINI, *Vincolatività dell'accordo e clausole di rinegoziazione. L'importanza della resilienza delle relazioni contrattuali*, in *Contr. impr.*, 2016, 1, p. 179 ss. Per un punto di vista anteriore all'entrata in vigore dell'attuale codice cfr. M. ANDREOLI, *Revisione delle dottrine sulla sopravvenienza contrattuale*, *Riv. dir. civ.*, 1938, p. 309 ss. Con specifico riferimento alla clausola di *hardship*, cfr. E. GUERINONI e A. MANIACI, *Clausola di hardship e compatibilità con l'ordinamento italiano*, in *Dir. prat. soc.*, 1999, p. 25 ss.; e A. FRIGNANI, *Hardship clause*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. comm., VI, Torino, 1991, p. 446 ss.

lazioni di rimedi problemi nella fase esecutiva, ma questo è ininfluenza ai fini della questione qui prospettata.

Non altrettanto pacifica risulta, invece, l'ammissibilità di un'esclusione anticipata della tutela. Per sciogliere il nodo occorre, da un lato, verificare se dal sistema si possano trarre segnali favorevoli o contrari a un generale principio di disponibilità preventiva dei rimedi, dall'altro, domandarsi se vi siano singoli rimedi la cui disciplina, per la delicatezza degli interessi presidiati, debba considerarsi di ordine pubblico. Va da sé che ove la risposta fosse affermativa, non si porrebbe neppure il problema dell'applicabilità dell'art. 1229 cod. civ., in quanto i patti in questione sarebbero radicalmente nulli ai sensi dell'art. 1418 cod. civ.

Un limite generale e astratto non sembra trovare riscontro diretto nel codice civile, ove anzi sono molteplici le testimonianze del *favor* dell'ordinamento per la conservazione del contratto, e più in generale di tutti gli atti di volontà, a patto che però, va da sé, questa non si traduca nella creazione di un vincolo potenzialmente perpetuo tale da limitare *sine die* l'autonomia privata<sup>9</sup>. A titolo di esempio si possono citare il già esaminato art. 1367 cod. civ., che impone, tra una pluralità di possibili interpretazioni, di prediligere quella in grado di salvare la clausola dall'inefficacia; i temperamenti al carattere insanabile della nullità come la trascrizione sanante, la conversione del contratto, la nullità parziale, la trasformazione delle cause di nullità in cause di scioglimento del contratto in materia societaria; le possibilità di sanatoria previste in alcune leggi speciali; e, non ultime le ipotesi di esclusione convenzionale o rinuncia preventiva ad alcuni rimedi espressamente previste dal codice civile<sup>10</sup>.

Particolarmente rilevanti ai fini della presente disamina sono proprio queste ipotesi, il cui impatto pratico si è manifestato con evidenza soprattutto in materia successoria, ove la giurisprudenza è stata indotta a ritenere valido – ancorché limitato alle azioni a contenuto privatistico e non comprensivo, invece, quelle che involgono interessi di ordine pubblico come la tutela dei legittimari o la capacità di te-

<sup>9</sup> In quest'ottica deve essere letta la disciplina del recesso *ad nutum* nei contratti a tempo indeterminato. Sul punto, si v. F. PADOVINI, *Il recesso*, in E. GABRIELLI (a cura di), *I contratti in generale*, II, 2<sup>a</sup> ed., Torino, 2006, p. 1383 ss.

<sup>10</sup> Per una riflessione più ampia e un elenco più esaustivo d'istituti che esprimono la tendenza conservativa dell'ordinamento cfr. F. PADOVINI, *Le clausole limitative delle impugnazioni contrattuali*, cit., p. 179 ss.

stare – il divieto d'impugnare il testamento imposto dal *de cuius* agli eredi<sup>11</sup>.

Tra le ipotesi di esclusione convenzionale si possono annoverare – ma l'elenco non è esaustivo – l'art. 2932 cod. civ., da cui si ricava che il titolo può prevedere la non eseguibilità in forma specifica dell'obbligo di contrarre; gli artt. 1487 e 1491 cod. civ., i quali, entro certi limiti, consentono la diminuzione o addirittura l'azzeramento degli effetti delle garanzie previste *ex lege* a tutela del compratore; l'art. 1462 cod. civ., il quale contempla la possibilità d'inibire, attraverso la clausola *solve et repete*, i c.d. *self-help remedies*, cioè quelle eccezioni che legittimano la sospensione dell'esecuzione per inadempimento o mutamento delle condizioni patrimoniali<sup>12</sup>.

<sup>11</sup> Per un elenco dettagliato delle disposizioni lecite e illecite cfr. in giurisprudenza Cass., 19 maggio 1947, n. 769, in *Foro it.*, 1947, I, c. 971 ss.; Cass., 10 marzo 1961, n. 543, *ivi*, 1961, I, c. 1510 ss.; Cass., 13 giugno 1961, n. 1375, in *Giust. civ.*, 1961, I, p. 913 ss.; Cass., 5 maggio 1964, n. 1068, in *Foro it.*, 1964, I, c. 1718 ss.; Cass., 9 maggio 1966, n. 1180, *ivi*, 1967, c. 618 ss.; Cass., 28 luglio 1967, n. 2006, *ivi*, 1967, c. 2030 ss.; Cass., 11 dicembre 1972, n. 3564, in *Rep. Foro it.*, 1972, *Successione ereditaria*, c. 2826, n. 77; Cass., 12 dicembre 1991, n. 12340, in *Nuova giur. comm.*, 1993, I, p. 481 ss.; Cass., 29 dicembre 1993, n. 12936, in *Rep. Foro it.*, 1993, *Successione ereditaria*, c. 3140, n. 107; Cass., 2 gennaio 1997, n. 1, in *Giust. civ.*, 1997, I, p. 309 ss., con nota di CIAMBELLA, e p. 1321 ss., con nota di DI MAURO; App. Cagliari, 17 luglio 1947, in *Rep. Foro it.*, 1947, *Successione legittima o testamentaria*, c. 1242 ss., nn. 108-109; App. Milano, 4 maggio 1951, in *Temì*, 1952, p. 234 ss.; Trib. Brindisi, 21 aprile 1954, in *Rep. Foro it.*, 1954, *Successione legittima o testamentaria*, c. 2259, n. 150; App. Roma, 28 aprile 1959, in *Foro it.*, 1960, I, c. 1044 ss.; App. Lecce, 29 luglio 1963, in *Rep. Giust. civ.*, 1964, *Successione testamentaria*, c. 2820, n. 12; Trib. Reggio Calabria, 30 maggio 1977, in *Giur. it.*, 1977, I, 2, p. 746 ss. In dottrina si sono occupati specificamente del tema A. CANDIAN, *La funzione sanzionatoria nel testamento*, Milano, 1988, p. 168 ss.; N. DI MAURO, *Condizioni illecite e testamento*, Napoli, 1995, p. 129 ss. (e Id., *Collazione volontaria e condizione di non impugnare il testamento*, in *Giust. civ.*, 1997, I, p. 1322 ss.); B. TOTI, *Condizione testamentaria e libertà personale*, Milano, 2004, 439 ss.; M. ANDREOLI, *Le disposizioni testamentarie a titolo di pena*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1949, 337 ss.; e U. MORELLO, *La condizione di non impugnazione del testamento*, in *Riv. not.*, 1965, I, p. 981 ss.

<sup>12</sup> Fuga ogni dubbio circa la possibilità d'interpretare la clausola *solve et repete* come l'espressione di un divieto generale dell'ordinamento rivolto alle limitazioni delle impugnazioni contrattuali F. PADOVINI, *Le clausole limitative delle impugnazioni contrattuali*, cit., pp. 193-195, sottolineando che la *ratio* della disposizione è solo quella di evitare l'emanazione di provvedimenti giudiziari suscettibili di diventare ingiusti ogniqualvolta la parte vittoriosa si riveli poi non in grado di far fronte al proprio obbligo restitutorio. Siffatto problema di restituzioni non si pone con riguardo alle clausole che escludono la risoluzione o comunque l'impugnazione del

Tra le ipotesi di rinuncia preventiva ai rimedi, sono degni di nota l'art. 557 cod. civ., dal quale si desume *a contrario* che i legittimari hanno facoltà di rinunciare all'azione di riduzione in ogni momento, purché successivo alla morte del donante; l'art. 563 cod. civ., il quale sancisce la rinunciabilità dell'opposizione alla donazione (che figura tra gli argomenti utilizzati per ammettere la rinuncia in ogni tempo all'azione di restituzione contro gli aventi causa del donante); l'art. 590 cod. civ., che consente la conferma e l'esecuzione volontaria di disposizioni testamentarie nulle e preclude a chi la compie l'azione di nullità; la disciplina della transazione, che nel perseguire la finalità preventiva dell'insorgenza di un'eventuale lite, legittima, a fronte di reciproche concessioni delle parti, la rinuncia ad agire in giudizio; l'art. 1399 cod. civ., il quale ammette la ratifica del contratto concluso dal *falsus procurator* e con essa, in un certo senso, la rinuncia a invocare l'inefficacia del contratto; l'art. 1395 cod. civ. in tema di autorizzazione al contratto in conflitto d'interessi; e l'art. 1444 cod. civ. sulla convalida del contratto annullabile.

Comparando il primo gruppo di norme al secondo si nota che differiscono sotto il profilo del tempo in cui è consentita l'abdicazione al rimedio. La maggior parte delle norme in tema di rinuncia unilaterale presuppone, espressamente o implicitamente, che essa avvenga dopo il verificarsi della situazione patologica, cioè quando il rimedio potrebbe già essere esperito. L'esempio più evidente è forse l'art. 1444 cod. civ., il quale impone ai fini della convalida la consapevolezza della causa di annullabilità da cui è affetto il contratto che ne è oggetto.

Da tale constatazione di carattere generale parte della dottrina ha tratto un argomento per negare in radice la possibilità dell'escludere preventiva di un rimedio. Si è osservato che siffatta operazione condurrebbe inevitabilmente a un'*impasse*: se al momento della conclusione del contratto le parti non fossero a conoscenza di alcuna causa di annullamento, non potrebbero rinunciare al rimedio poiché mancherebbero i requisiti di cui all'art. 1344 cod. civ.; se, viceversa, fossero a conoscenza di una causa di annullamento, la norma sarebbe rispettata, ma difetterebbe il presupposto sostanziale del rimedio, cioè

contratto, perché l'effetto di cui agli artt. 2033 ss. c.c. è proprio quello che esse mirano ad evitare. Se il contratto non si "scioglie", infatti, non può sorgere alcun obbligo restitutorio. Per una cospicua serie di riferimenti bibliografici in tema di eccezione d'inadempimento e di clausola solve et repete si veda *Ivi*, alle note 26 e 27.

il vizio del consenso. Infatti, se entrambe sono consapevoli del vizio ma decidono di concludere lo stesso il contratto, significa che la loro volontà si è correttamente formata<sup>13</sup>.

Quest'impostazione non appare condivisibile per una serie di ragioni che si possono riassumere in un unico argomento: in presenza di un'esclusione preventiva convenzionale dei rimedi non ricorrono le medesime esigenze che hanno indotto il legislatore a imporre la posteriorità della rinuncia. Anzitutto la rinuncia è per sua natura un atto unilaterale, mentre l'esclusione è bilaterale, e tale differenza si riflette, già a livello di disciplina, in un diverso trattamento, posto che nelle norme in materia di esclusione si ammette, anzi si presuppone, che questa sia prevista sin dal contratto<sup>14</sup>. L'impatto che la rinuncia può avere sulla sfera dell'altra parte (e sui terzi) pur non essendo frutto di un accordo impone di circondarla di cautele più stringenti.

Inoltre – e forse è questa la ragione più convincente – l'art. 1444 cod. civ. disciplina la rinuncia a far valere un vizio del contratto che è genetico e soggettivo, cioè attinente alla persona della parte. Ebbene, se così è, la rinuncia non potrebbe che essere posteriore poiché solo in quel momento successivo la parte legittimata a compierla non sarà più affetta dal vizio per il quale avrebbe potuto invocare il rimedio. Nell'ipotesi di una patologia funzionale del contratto manca invece uno scarto temporale tra un *prius* in cui la volontà della parte è viziata e un *posterius* in cui è libera. Non c'è dunque ragione d'imporre alle due situazioni il medesimo trattamento.

Alla luce delle critiche appena esposte e dell'argomento sistematico per cui militano a favore della generale ammissibilità dei patti in esame due tra i principi cardine dell'intera materia contrattuale, l'autonomia e la conservazione del negozio, si può giungere a una prima conclusione: sono in linea di principio disponibili i rimedi predispo-

<sup>13</sup> Osserva in proposito F. PADOVINI, *Op. ult. cit.*, p. 188, nt. 18, che, a voler considerare l'art. 1444 cod. civ. come norma impeditiva di una convalida *ex ante*, fatta senza la consapevolezza dell'annullabilità del contratto, più corretto sarebbe ricondurre il divieto all'ordine pubblico. Sul significato di ordine pubblico cfr. qui, per tutti, G.B. FERRI, *L'ordine pubblico*, cit.; ID., *Ordine pubblico*, cit.; ID., *L'ordine pubblico economico*, cit.; ID., *Ordine pubblico, buon costume e la teoria del contratto*, cit.; A. GUARNIERI, *Ordine pubblico*, cit.; F. MACIOCE, *Ordine pubblico e autodeterminazione*, cit.; A. CATAUDELLA, *Il richiamo all'ordine pubblico ed il controllo di meritevolezza come strumenti per l'incidenza della programmazione economica sull'autonomia privata*, cit.

<sup>14</sup> F. PADOVINI, *Op. ult. cit.*, loc. ult. cit.

sti dal legislatore per il verificarsi di patologie funzionali del contratto.

## 2. *I patti che escludono la risoluzione per impossibilità e per eccessiva onerosità sopravvenuta: i limiti generali*

La rilevanza delle clausole di *sole* o *exclusive remedy* non è sfuggita alla contrattualistica italiana, al punto che, come documentato da alcune pronunce di legittimità, soprattutto (ma non esclusivamente) le imprese di medie o grandi dimensioni sono ormai aduse a inserire, più spesso nei contratti d'importazione anglo-americana, nelle compravendite di pacchetti azionari e nelle operazioni di fusioni e acquisizioni (c.d. *Mergers & Acquisitions*), veri e propri patti di irrisolubilità<sup>15</sup>. Tali patti assumono nella prassi varie declinazioni e sollevare problemi diversi a seconda che abbiano per oggetto la risoluzione per impossibilità o per eccessiva onerosità sopravvenuta oppure la risoluzione e gli altri rimedi contro l'inadempimento.

Cominciando dalla prima categoria, di patti in deroga all'impossibilità sopravvenuta non imputabile si è già discusso parlando di clausole di *force majeure*. Come anticipato in quella sede, con tali clau-

<sup>15</sup> Si è fatto qui riferimento ai patti d'irrisolubilità, in quanto la loro presenza nella prassi contrattuale è stata attestata dalla giurisprudenza, ma, in astratto, l'esclusione dell'effetto risolutorio potrebbe anche essere prevista in un atto unilaterale. L'ipotesi è stata vagliata dalla dottrina, la quale l'ha tendenzialmente ammessa, sulla scorta del ragionamento per cui, se è vero che il diritto a risolvere il contratto è un diritto potestativo, allora deve essere suscettibile di rinuncia da parte del titolare. In questo senso si veda soprattutto C. COPPOLA, *La rinuncia ai diritti futuri*, Milano, 2005, p. 267 ss., secondo cui la rinuncia preventiva alla risoluzione giudiziale implica anche rinuncia ad avvalersi dei modi di risoluzione stragiudiziale. Cfr., inoltre, L.V. MOSCARINI, *Rinuncia*, in *Enc. giur.*, XXVII, Roma, 1991, p. 5. A proposito della predetta tesi mostra qualche perplessità G. SICCHIERO, *La risoluzione per inadempimento, Artt. 1453-1459*, cit., pp. 391-392, il quale, condivisibilmente, ammonisce che l'ammissibilità dell'atto unilaterale d'irrisolubilità potrebbe essere messa in dubbio ogniqualvolta detto atto mascherasse in realtà un accordo tra le parti e simile accordo venisse reputato inammissibile. Sulle clausole d'irrisolubilità nelle compravendite di pacchetti azionari cfr. F. BONELLI, *Acquisizioni di società e di pacchetti azionari di riferimento: le garanzie del venditore*, in *Dir. comm. int.*, 2007, p. 293, *passim*. Per un contributo recente sul tema dal punto di vista dell'analisi economica del diritto cfr. A. GALLARATI, *Il contratto irrisolubile o quasi. Profili di sostenibilità della clausola «exclusive remedy» nell'economia delle parti*, in *Contr. impr.*, 2016, p. 1022 ss.

sole le parti possono: prevedere l'estinzione dell'obbligazione e la liberazione del debitore in presenza di fatti che altrimenti gli sarebbero stati imputabili; all'opposto, imporre al debitore un obbligo indennitario anche quando la prestazione è divenuta impossibile per causa non imputabile, cioè una garanzia del fortuito; oppure imporre al creditore l'obbligo di effettuare la prestazione anche quando la controprestazione è divenuta impossibile per causa non imputabile al debitore, cioè, sostanzialmente, escludere la risoluzione del contratto per impossibilità.

Il tratto comune è che i patti appena citati mirano a rimediare alla tendenziale neutralità della disciplina dell'impossibilità non imputabile. Di fronte a varie possibili soluzioni il legislatore del 1942 ha optato per un modello nel quale sul creditore grava il rischio di non vedere soddisfatto il proprio interesse alla prestazione – egli non può né esperire, per ovvi motivi, l'azione di esatto adempimento, né domandare il risarcimento del danno –, ma non anche quello di effettuare un'attribuzione senza corrispettivo, e sul debitore grava parimenti il rischio di non ricevere la controprestazione. Le posizioni delle due parti sostanzialmente si equivalgono. Con le clausole in esame l'assetto appena delineato viene stravolto e l'equilibrio viene spostato vuoi a favore del debitore la cui prestazione è divenuta impossibile, vuoi a favore del creditore che subisce l'impossibilità.

Il *discrimen* tra le clausole è legato a quale dei due effetti dell'impossibilità esse intendono escludere<sup>16</sup>. Le prime due derogano al-

<sup>16</sup> Illuminante sul punto la riflessione di P. PERLINGIERI, *Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'inadempimento*, cit., p. 445. Osserva l'Autore che «estinzione dell'obbligazione e liberazione del debitore sono nozioni distinte, poiché l'una si può anche verificare indipendentemente dall'altra» e quale esempio di tale autonomia fa riferimento proprio all'ipotesi in cui le parti abbiano pattuito l'assunzione in capo al debitore della responsabilità per il fortuito (su questo punto, v. però in senso contrario G. COTTINO, *L'impossibilità sopravvenuta della prestazione e la responsabilità del debitore: problemi generali*, Milano, 1955, p. 7). Prosegue l'Autore mettendo in discussione l'opportunità di esaurire l'istituto in esame in uno o nell'altro aspetto o di considerare l'uno quale corollario dell'altro. Più corretto sembra individuare – come si cercherà di fare nel presente lavoro – la possibile varietà di effetti o le diverse forme d'impossibilità, nel rispetto della configurazione concreta del rapporto nel quale essa interviene. Questa si qualificherà «ora come fattispecie estintiva, ora come fattispecie modificativa della disciplina di cui consta il rapporto con la possibile liberazione, sia pure temporanea, del soggetto o dei soggetti protagonisti dello stesso, dal dovere di prestare e di cooperare alla realizzazione dell'inadempimento, dal dovere (eventuale) di rispondere delle conseguenze dannose della

l'effetto liberatorio dell'istituto, prevedendo che il debitore risponda per un fatto che costituirebbe impossibilità non imputabile o non risponda per un fatto come se costituisse impossibilità non imputabile; l'ultima deroga all'effetto estintivo dell'obbligazione nella misura in cui attribuisce al debitore la cui prestazione è divenuta impossibile il diritto di pretendere o trattenere la controprestazione, escludendo così la risoluzione del contratto. Le prime due si qualificano come clausole di allocazione della responsabilità, l'ultima come clausola di allocazione del rischio<sup>17</sup>.

Qualche autorevole voce nega che i due profili in esame debbano tenersi distinti, ricomprendendo sotto "l'etichetta" del rischio dell'inadempimento sia la mancata esecuzione della prestazione imputabile al debitore, sia l'impossibilità non imputabile, per contrapporre (o comunque affiancare) la categoria, nella prospettiva dell'analisi economica del diritto, a quella del rischio della diminuita soddisfazione economica dell'affare dovuta a circostanze, preesistenti o sopravve-

mancanza dell'adempimento e ad un tempo con la possibile nascita di nuovi poteri e doveri giuridicamente rilevanti» (P. PERLINGIERI, *Op. ult. cit.*, loc. ult. cit.).

<sup>17</sup> Le origini della distinzione vengono comunemente fatte risalire al diritto romano classico, ove già si trovava traccia, in alcuni testi, della possibilità per le parti di assumere convenzionalmente «certi rischi che non rientrano nella misura tipica della responsabilità contrattuale e nell'alea normale del tipo di contratto». Così, facendo riferimento ad un passo del Digesto (D. 19, 1, 11, 18), E. BETTI, *Periculum: problemi del rischio contrattuale in diritto romano classico e giustiniano*, cit. p. 335. Da qui l'Autore prendeva le mosse per affermare che solo dopo aver escluso l'imputabilità dell'inadempimento ha senso interrogarsi sul rischio contrattuale (o *periculum* in senso tecnico), cioè domandarsi «a carico di chi (e in che modo) debba mettersi il rischio che l'assetto d'interessi disegnato dalle parti non possa attuarsi per circostanze di cui l'una non risponda verso l'altra». Ancor più nitidamente M. SARGENTI, *Rischio contrattuale (dir. rom.)*, in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989, p. 1126, secondo il quale ignorare la distinzione tra il problema del rischio e il problema della responsabilità contrattuale, «dimenticare che il problema del rischio, in senso tecnico, comincia là dove finisce quello della responsabilità per inadempimento, non tener conto che essi sono nettamente distinti nel pensiero dei giuristi romani e che l'oscuramento della distinzione è frutto di un diverso indirizzo seguito probabilmente da interpreti tardi e dai compilatori giustinianeî [...], significa precludersi [...] una chiara visione di quello che è stato per i Romani e di quello che è concettualmente il problema del rischio, togliendo con ciò alla ricostruzione del pensiero giuridico romano sia il suo preciso significato storico, sia il valore illuminante che essa può avere per il giurista moderno». Più di recente, assume la distinzione in parola quale presupposto della sua monografia F. DELFINI, *Autonomia privata e rischio contrattuale*, Milano, 1999, spec. pp. 1-5.

nute, capaci di alterare il sinallagma<sup>18</sup>. Tuttavia, ai fini della presente disamina conviene mantenere ferma la distinzione tradizionale, posto che come si è già avuto modo di constatare l'ordinamento tratta le due fattispecie in modo diverso, nella misura in cui sottrae le clausole che effettivamente disciplinano il rischio senza incidere sulla responsabilità al controllo *ex art. 1229 cod. civ.*<sup>19</sup>.

Del fatto che la clausola con cui le parti escludono la risoluzione per impossibilità sopravvenuta sia una mera clausola sul rischio, senza effetti sulla responsabilità, non si potrebbe dubitare, a patto naturalmente che l'impossibilità in questione sia davvero non imputabile. L'unica conseguenza della clausola, infatti, è quella di obbligare il creditore della prestazione divenuta impossibile a eseguire comunque la propria, pur non ricevendo nulla in cambio. Se però si accoglie la tesi per cui l'art. 1229 cod. civ. impone un controllo sulle clausole che svuotano di significato un'obbligazione essenziale del contratto, per dirla con le parole del *code civil*, allora la prospettiva potrebbe cambiare.

Prima d'indagare questo profilo, però, è pregiudiziale domandarsi se la disciplina dell'impossibilità sopravvenuta sia imperativa o dispositiva. La questione è stata affrontata da due sentenze di legittimità piuttosto risalenti, chiamate a pronunciarsi su una clausola che disciplinava la sorte del contratto in caso di impossibilità per il creditore della prestazione caratterizzante di fruirla. Più nel dettaglio, la clausola era contenuta in un contratto tra un genitore e un collegio privato ed ivi si pattuiva che l'ammontare annuo della retta sarebbe stato dovuto per intero anche qualora l'alunno si fosse ritirato per qualsiasi causa o fosse stato espulso per cattiva condotta o ma-

<sup>18</sup> In questo senso G. ALPA, *Rischio (dir. vigente)*, in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989, p. 1146. Più precisamente l'Autore ricostruisce ricomprende nel rischio: «a) il rischio dell'inadempimento, quando una delle prestazioni non viene eseguita per fatto volontario o colposo del debitore, per intervento di terzi, per *factum principis* o per caso fortuito; b) il rischio della diminuita soddisfazione economica dell'affare, per la preesistenza o la sopravvenienza di circostanze, previste, prevedibili o non previste e non prevedibili che non comportano inadempimento in senso tecnico, ma sconvolgimento dell'economia originaria dell'affare». Per una critica cfr. F. DELEFINI, *Autonomia privata e rischio contrattuale*, cit., p. 2., nt. 3.

<sup>19</sup> Cfr. *Ivi*, pp. 4-5, il quale osserva che il più evidente e significativo elemento di *discrimen* tra responsabilità e rischio è la previsione con riguardo ai patti che derogano alle conseguenze della prima, ma non ai patti che derogano all'impossibilità, del limite di cui all'art. 1229 cod. civ.

lattia<sup>20</sup>. La Cassazione ha concluso nel senso della validità della clausola, motivando che l'allocazione del rischio prevista dall'art. 1463 cod. civ. non è cogente e inderogabile, dunque i contraenti possono conformare diversamente gli effetti dello scioglimento del contratto.

L'affermazione ha indubbiamente portata generale, ma, prima di stabilire se può assurgere a principio generale, bisogna considerare il contesto cui è riferita. Innanzitutto, come si accennava, l'affermazione si riferisce a casi in cui non era impossibile per il debitore eseguire la prestazione, ma era impossibile per il creditore fruirne<sup>21</sup>. Se l'equiparazione tra le due ipotesi è piuttosto pacifica in dottrina<sup>22</sup>, non sembra esserlo altrettanto in giurisprudenza, tant'è che una serie di sentenze, intervenute in epoca successiva e diventate un vero e proprio filone, all'impossibilità del creditore di fruire della prestazione hanno applicato la disciplina dell'impossibilità di prestare non direttamente,

<sup>20</sup> Il primo caso è stato deciso da Cass., 29 gennaio 1976, n. 275, in *Foro it.*, 1976, I, c. 1270; e in *Giur. it.*, 1976, I, p. 1306 ss. La clausola prevedeva che, qualora si fosse verificata l'espulsione o il ritiro dell'alunno, l'istituto avrebbe rimborsato alla famiglia le sole spese relative al vitto (ammontanti a circa 20.000 lire mensili, a fronte di una retta annua di 960.000 lire). Nel caso di specie un alunno era stato espulso dall'istituto per gravi fatti di «trascuratezza, di impertinenza indisponente, di offesa al corpo insegnante» e dunque l'istituto aveva fatto valere la clausola. In un caso successivo, nel quale è coinvolto sempre il medesimo convitto, l'alunno non era stato espulso ma si era ritirato. Anche qui la Cassazione, citando il proprio precedente, è giunta alla stessa conclusione, sulla base di un'identica motivazione. La sentenza cui si fa riferimento è Cass., 20 dicembre 1977, n. 5592, in *Giust. civ.*, 1978, I, p. 1887 ss. Cfr., inoltre, a titolo di esempio, Trib. Roma, 7 novembre 1994, in *Gius.*, 1995, p. 448 ss., secondo cui «La disciplina degli effetti dell'impossibilità sopravvenuta della prestazione non ha carattere cogente ed inderogabile; le parti possono pertanto disporre una diversa regolamentazione degli effetti dello scioglimento del contratto ovvero escluderne l'applicabilità a determinati eventi».

<sup>21</sup> Ritiene che la fattispecie affrontata dalle due sentenze in esame sia qualificabile come impossibilità a ricevere la prestazione e che ciò sia, tuttavia, irrilevante ai fini della decisione della controversia, in quanto impossibilità a prestare e impossibilità a ricevere sono tendenzialmente equiparate dalla dottrina, F. DELFINI, *Autonomia privata e rischio contrattuale*, cit., p. 76. In senso contrario R. LOMBARDI, *La risoluzione per impossibilità sopravvenuta*, Milano, 2007, p. 204, il quale osserva che nel primo caso citato ricorre «impossibilità sopravvenuta della prestazione (insegnamento e pensione) derivata da fatti (comportamento sanzionato con l'espulsione) imputabili al terzo beneficiario, che non può essere incluso tra le parti della convenzione contrattuale».

<sup>22</sup> Sull'equiparazione tra impossibilità a prestare e impossibilità a ricevere cfr. G. COTTINO, *L'impossibilità di ricevere o di cooperare del creditore e l'impossibilità della prestazione*, in *Riv. dir. comm.*, 1948, I, p. 446, secondo il quale la differenza tra le due fattispecie si gioca su un piano meramente ideale.

ma in via mediata, attraverso l'espedito della carenza di causa in concreto<sup>23</sup>.

L'inclusione dell'impossibilità a ricevere nella disciplina di legge è, poi, ancor più controversa quando la non fruibilità della prestazione dipende da causa imputabile al creditore, come nel primo dei casi pratici summenzionati, in cui l'alunno non si è ritirato per motivi personali, ma è stato espulso in ragione della sua condotta tutt'altro che irreprensibile<sup>24</sup>. Questo essendo il quadro, pare forse un po' avventato tradurre l'affermazione della Cassazione in un principio generale ed escludere, invece, che la Corte medesima abbia sostenuto la derogabilità incondizionata della disciplina dell'impossibilità con maggiore leggerezza proprio perché nel caso di specie era messa in dubbio la stessa applicabilità della disciplina.

A dispetto di queste considerazioni, affermare che il regime codicistico dell'impossibilità è in linea di principio dispositivo pare corretto<sup>25</sup>. In senso favorevole si può rilevare che la prassi delle vendite internazionali è gremita di clausole con cui le parti ripartiscono tra di loro il rischio del perimento della cosa venduta e tali clausole, alcune delle quali incorporate in raccolte ufficiali, sono reputate pacificamente ammissibili<sup>26</sup>. E anche nella prospettiva della vendita codi-

<sup>23</sup> Di questo filone giurisprudenziale si è già parlato in tema d'inesigibilità della prestazione e, pertanto, per ogni riferimento si rinvia al relativo paragrafo del capitolo primo. Come si è condivisibilmente osservato, piuttosto che applicare la disciplina dell'impossibilità sopravvenuta per il tramite dell'individuazione di una nuova fattispecie di risoluzione – la mancanza di causa in concreto –, la Corte avrebbe potuto direttamente includere nel concetto normativo d'impossibilità anche quella a ricevere la prestazione. L'opinione, qui riportata in estrema sintesi, è di E. FERRANTE, *Causa concreta ed impossibilità della prestazione nei contratti di scambio*, cit.

<sup>24</sup> Sull'impossibilità a ricevere imputabile al creditore si vedano A. PONTECORVO, *L'impossibilità sopravvenuta della prestazione per fatto imputabile al creditore*, Milano, 2007; R. ROLLI, *L'impossibilità sopravvenuta della prestazione imputabile al creditore*, Padova, 2000; e G. STELLA, *Impossibilità della prestazione per fatto imputabile al creditore*, Milano, 1995.

<sup>25</sup> Concorda con la derogabilità della disciplina relativa all'impossibilità autorevole dottrina. Cfr., per tutti, R. SACCO, *Il contratto*, in *Tratt. dir. civ.* Sacco, Torino, 1993, II, p. 978; F. CARRESI, *Il contratto*, cit., pp. 287-288; G. MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, in *Comm. c.c. Gabrielli*, Torino, 1980, p. 646, nt. 4; A. LUMINOSO, *I contratti tipici e atipici*, in *Tratt. dir. priv.* Iudica e Zatti, Milano, 1995, p. 77; A. PINO, *Il contratto a prestazioni corrispettive*, Padova, 1963, p. 162.

<sup>26</sup> Per un commento sulle clausole in esame si veda, per tutti, J. RAMBERG, *Incoterms 2010*, in *Eur. J. L. Reform*, 13, 3-4, 2011, pp. 380-387. Con specifico riguardo al rapporto tra le regole Incoterms e la Convenzione di Vienna sulla ven-

cistica la dottrina maggioritaria sostiene che le parti possano derogare al consenso traslativo e con esso anche al passaggio del rischio<sup>27</sup>. Nella stessa direzione si pone una giurisprudenza alquanto risalente, ma a quanto consta mai smentita, la quale chiarisce che il consensualismo è elemento naturale ma non essenziale del contratto di vendita<sup>28</sup>.

dità internazionale di beni mobili cfr. A. FARNSWORTH, *Review of Standard Forms or Terms Under The Vienna Convention*, in *Cornell Int. L.J.*, 21, 1988, p. 441; J. COETZE, *The Interplay between Incoterms and the CISG*, in *J.L. Comm.*, 32, 1, 2013, pp. 1-22; W.P. JOHNSON, *Analysis of Incoterms as Usage under Article 9 of the CISG*, in *Univ. Pennsylvania J. Int. L.*, 35, 2, 2013, pp. 379-430.

<sup>27</sup> Per un ampio quadro, anche in una prospettiva diacronica, sui modelli traslativi adottati a livello europeo si veda E. FERRANTE, *Consensualismo e trascrizione*, cit., pp. 19-50. Come osserva l'A., a differenza dell'ordinamento francese – ove la sacralità del *seul consentement* ha impedito la nascita del contratto preliminare, giacché *promesse de vente vaut vente* – quello italiano, ritiene la predetta dottrina, non ha elevato il consensualismo traslativo a principio di ordine pubblico. Malgrado le critiche della dottrina francese (cfr. B. FAUVARQUE-COSSON, D. MAZEAUD, *L'avant-projet français de réforme du droit des obligations et de la prescription*, in *Rev. dr. Eur.*, 11, n.s. 103, 2006, p. 125, i quali osservano che ci si può stupire, nella prospettiva di un'internazionalizzazione ed europeizzazione del diritto contrattuale, del fatto che i redattori dell'*avant-projet* non abbiano colto l'occasione per abbandonare il mito dell'obbligazione di dare), la recente riforma del diritto delle obbligazioni e dei contratti non ha abbandonato il principio del consensualismo traslativo, ma l'ha riformulato in modo più chiaro. Con la riforma è stata, infatti, introdotta una sottosezione di quella relativa agli effetti del contratto dedicata all'effetto traslativo, nella quale l'art. 1196 *code civil* dispone che «nei contratti che hanno ad oggetto l'alienazione della proprietà o la cessione di altro diritto, il trasferimento opera al momento della conclusione del contratto». Sul punto sia consentito rinviare a L. COPPO, *Gli ultimi sviluppi della riforma del Code civil*, cit., p. 311 ss. Sul fatto che il consensualismo traslativo sia sempre stato un acquis del diritto francese pur nell'ambiguità della formulazione del codice anteriforma cfr. F. TERRÉ, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, Paris, 2005, spec. n. 266.

<sup>28</sup> Così Cass., 4 marzo 1969, n. 692, in *Giur. it.*, 1969, n. 692, I, p. 2162, la quale conclude che «se, nel vigente ordinamento, l'effetto dell'immediato trasferimento della proprietà può mancare, è chiaro che esso non è un requisito essenziale della vendita, ma soltanto un requisito naturale e se non è un elemento essenziale nulla vieta che esso possa essere differito per volontà delle parti, dando luogo ad una vendita obbligatoria. La quale è vendita perfetta, al pari della vendita con effetti reali, e non promessa di vendita con la quale non può e non deve essere confusa». Nello stesso senso, Cass., 29 luglio 1978, n. 3807, in *Rep. Foro it.*, 1978, voce *Vendita*, n. 100, secondo cui «La compravendita di immobile effettuata con scrittura privata, contenente il patto di rimandare il verificarsi dell'effetto traslativo al momento della consacrazione del negozio nella forma solenne dell'atto pubblico costituisce una vendita obbligatoria di per sé completa...», e Trib. Lecco, 21 settembre 1987, in *Giur. it.*, 1989, 1, 2, p. 808 ss., spec. p. 815, ove si legge che «nell'ambito dell'autonomia negoziale

Come si anticipava, però, il carattere dispositivo della disciplina dell'impossibilità non è argomento dirimente in favore della liceità del patto che esclude la risoluzione. In particolare, tale clausola potrebbe porre problemi sotto il profilo della causa del contratto e dunque accostarsi alla categoria di clausole contemplata dall'art. 1229 cod. civ., nell'interpretazione che se ne è proposta in questo contributo.

La giurisprudenza si è soffermata sulla questione nelle pronunce in tema di *leasing* finanziario di cui si era discusso nel terzo capitolo<sup>29</sup>. Come si diceva, i patti con cui il concedente si esonera nei confronti dell'utilizzatore dal rischio della mancata consegna del bene da parte del fornitore producono non solo l'effetto di liberare il concedente da responsabilità nei confronti dell'utilizzatore, ma anche l'effetto di imporre a quest'ultimo l'obbligo di corrispondere comunque il canone pur non potendo fruire del bene a causa della mancata consegna da parte del fornitore, cioè in sostanza di escludere gli effetti restitutori conseguenti alla risoluzione del contratto.

In questo senso, dunque, la clausola è equiparabile a un patto di irrisolvibilità del contratto tra concedente e utilizzatore. Con riguardo a tale effetto, l'orientamento più recente della giurisprudenza è nel senso di sancire l'invalidità della clausola<sup>30</sup>. Nel dettaglio, i profili di

loro riconosciuta le parti di una compravendita possono stabilire, anche al di fuori delle ipotesi di vendita obbligatoria disciplinate dal codice civile, che l'effetto reale della medesima si produca in un momento successivo alla prestazione del consenso».

<sup>29</sup> Accosta il tema delle clausole di assunzione del fortuito al *leasing* in particolare F. DELFINI, *Op. ult. cit.*, p. 79 ss. Oltre alla sentenza citata nella nota successiva e nello stesso senso della medesima, cfr. Cass., 11 luglio 1995, n. 7595, in *Vita not.*, 1995, p. 1372 ss.; Cass., 2 agosto 1995, n. 8464, in *Foro it.*, 1996, I, c. 164, con nota di G. LENER, *Mancata consegna nel leasing, obbligo di buona fede e causa contrattuale*; Cass., 11 febbraio 1997, n. 1266, in *Dir. proc. civ.*, p. 656 ss., con nota di M. BELLARDINI, *In tema di clausola di esonero del concedente per il rischio di perimento del bene oggetto del contratto di leasing*.

<sup>30</sup> Così Cass., 2 ottobre 1998, n. 9785; e Cass., 2 novembre 1998, n. 10296, entrambe in *Foro it.*, 1998, I, c. 3081 e c. 3100 ss., con nota di G. LENER, *Leasing collegamento negoziale ed azione diretta dell'utilizzatore*. Aderisce all'orientamento la giurisprudenza successiva. Si vedano, all'uopo, Cass., 29 aprile 2004, n. 8218, in *Contratti*, 2004, p. 1023 ss., con nota di A. ADDANTE, *Dovere di collaborazione tra concedente ed utilizzatore nel leasing e clausole di traslazione del rischio*; e in *Foro it.*, 2005, I, c. 490 ss.; e in *Giust. civ.*, 2005, 1, p. 2745 ss.; Cass., 25 maggio 2004, n. 10032, in *Gius.*, 2004, p. 3717 ss.; e in *Obbl. contr.*, 2005, p. 14 ss., con nota di M. COGNOLATO, *Contratto di leasing: inadempimento del venditore e tutela dell'utilizzatore*; Cass., 2 agosto 2004, n. 14786, in *Mass. Giur. it.*, 2004; Cass., 1 ottobre 2004, n. 19657, in *Banca, borsa tit. cred.*, 2005, II, p. 611 ss., con commento di L. PRO-

nullità sarebbero tre: il difetto della causa concreta del contratto, che nella rilettura della Corte essa non si esaurisce nel finanziamento dell'utilizzatore, ma consiste anche nel trasferimento del godimento del bene in cambio del canone; la contrarietà alla buona fede esecutiva, nella misura in cui la clausola obbliga l'utilizzatore a corrispondere un canone per il godimento di un bene del quale non ha poi avuto la disponibilità; e la non meritevolezza degli interessi perseguiti<sup>31</sup>.

La giurisprudenza, dunque, non richiama l'art. 1229 cod. civ., ma fa riferimento a parametri di controllo che, come piú volte sottolineato, rientrano in sostanza nella sua *ratio*. Per quanto concerne il richiamo alla buona fede, non convince il suo impiego quale regola di validità anziché di condotta. Trattandosi di un criterio che attiene all'esecuzione del contratto e non al suo contenuto dovrebbe poter dar luogo al risarcimento del danno, o al piú inibire l'invocazione della clausola in presenza di determinate circostanze sopravvenute<sup>32</sup>, ma non all'ablazione del vincolo contrattuale<sup>33</sup>.

SPERETTI, *Note in tema di tutela dell'utilizzatore rispetto ai vizi originari del bene nel leasing finanziario*; e in *Dir. giust.*, 2005, p. 65 ss.; e in *Contratti*, 2005, p. 493 ss.; Cass., 29 settembre 2007, n. 20592, in *Foro it.*, 2007, c. 67 ss.; e in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, p. 356 ss.; Cass., 23 maggio 2012, n. 8101, in *Foro it.*, 2013, I, c. 274 ss.

<sup>31</sup> Così Cass., 2 novembre 1998, n. 10296, cit., secondo cui «Consentire che il concedente, concluso il contratto di fornitura, possa pagare il prezzo anche indipendentemente dalla consegna da parte del fornitore e poi ottenere dall'utilizzatore quanto questi sarebbe stato tenuto a corrispondere ove avesse goduto del bene, non appare giustificabile né in rapporto alla causa del contratto di leasing finanziario né in rapporto al dovere di esecuzione del contratto secondo buona fede (art. 1375 cod. civ.). Si deve in primo luogo considerare come in tal modo il contratto di leasing da contratto di scambio venga a risultare nella sostanza tramutato in contratto di credito: ciò perché il concedente è autorizzato ad un comportamento, che vale a soddisfare non già anche l'interesse dell'utilizzatore al godimento del bene, ma solo il suo interesse all'impiego del danaro, impiego la cui remunerazione resta comunque realizzabile attraverso l'esecuzione del contratto imposta all'utilizzatore».

<sup>32</sup> Sul punto si v. le considerazioni svolte nel paragrafo 6 del presente capitolo.

<sup>33</sup> Per citare la giurisprudenza piú recente, si v. Cass., Sez. Un., 6 maggio 2016, n. 9140, cit., la quale riferisce come orientamento consolidato quello per cui «la violazione di regole di comportamento ispirate a quel dovere di solidarietà che, sin dalla fase delle trattative, richiama “nella sfera del creditore la considerazione dell'interesse del debitore e nella sfera del debitore il giusto riguardo all'interesse del creditore”, secondo l'icastica enunciazione della Relazione ministeriale al codice civile, in nessun caso potrebbe avere forza ablativa di un vincolo convenzionalmente assunto, essendo al piú destinato a trovare ristoro sul piano risarcitorio». Alla luce di quanto esposto, conclude la sentenza che «ove non altrimenti stabilito dalla legge, unica-

Piú complesso è il discorso sul giudizio di meritevolezza. Per la giurisprudenza citata, questa risiede nel fatto che il patto in esame finirebbe per trasformare il *leasing* da contratto commutativo a «contratto di credito», in quanto legittima il concedente a trascurare l'interesse dell'utilizzatore alla materiale disponibilità del bene, assicurandogli che riceverà comunque la remunerazione pattuita sotto forma di canone<sup>34</sup>. Dunque, la giurisprudenza ha ravvisato l'immeritevolezza nel fatto che le clausole in questione obbligano sostanzialmente una parte a eseguire la propria prestazione pur a fronte dell'incertezza di ottenere la controprestazione. Questa però è la caratteristica tipica dei contratti aleatori.

Allora i patti che escludono la risoluzione per impossibilità incidono sull'alea del contratto; questa è la loro vera natura e rispetto a questa deve essere valutata la sussistenza di limiti all'autonomia privata. Così, appurato che la disciplina dell'impossibilità sopravvenuta è in linea di principio dispositiva, il giudizio di validità del patto si sposta su un altro piano: si tratta di verificare se l'impatto della clausola sia tale da trasformare il contratto da commutativo ad aleatorio e soprattutto fino a che punto questo sia consentito dall'ordinamento.

### 3. Segue: *l'estensione convenzionale dell'alea del contratto e il controllo di meritevolezza*

Taluni, leggendo l'art. 1469 cod. civ. in combinato disposto con l'art. 1467 cod. civ., secondo comma, il quale esclude la risoluzione se la sopravvenuta onerosità rientra nell'alea normale del contratto, sono giunti a sostenere l'esistenza di due istituti distinti e diversamente disciplinati: l'estensione convenzionale dell'alea normale del contratto, da un lato, e la vera e propria trasformazione di quest'ultimo in aleatorio, dall'altro<sup>35</sup>.

mente la violazione di precetti inderogabili concernenti la validità del contratto è suscettibile di determinarne la nullità, non già l'inosservanza di norme, quand'anche imperative, riguardanti il comportamento dei contraenti, inosservanza che può costituire solo fonte di responsabilità per danni».

<sup>34</sup> Cass., 2 novembre 1998, n. 10296, cit.

<sup>35</sup> In questo senso G. RESCIO, *La traslazione del rischio contrattuale nel leasing*, Milano, 1989, p. 125, il quale ritiene che la clausola d'irrisolubilità per impossibilità sopravvenuta valga semplicemente a estendere l'alea normale del contratto. In senso contrario, P. PERLINGIERI, *I negozi su beni futuri*, I, *La compravendita di "cosa fu-*

La rilevanza del quesito è di tutta evidenza: se ricorre una mera estensione dell'alea normale, il contratto sarà sottratto ai soli rimedi dell'impossibilità sopravvenuta e dell'eccessiva onerosità solo se si verifica quel particolare rischio assunto dalle parti; se invece si ha una trasformazione nel senso sopra chiarito, allora il contratto sarà immune a tutti i rimedi tipicamente commutativi<sup>36</sup>.

Il problema non sembra porsi con riguardo a clausole le quali escludano la risoluzione per impossibilità qualunque sia la causa non imputabile che l'ha determinata; si pone però nelle clausole, più frequenti nella prassi, con cui si esclude la risoluzione solo per determinati rischi. A quanto consta, la giurisprudenza non accoglie formalmente la distinzione, ma, in presenza di una clausola con cui una parte rinuncia a risolvere il contratto al verificarsi di un rischio determinato, si limita a dire che detto contratto è «per tale aspetto aleatorio»<sup>37</sup>. La restrizione all'aspetto in esame induce a propendere per

*tura*», Jovene, Napoli, 1962, p. 162; N. LIPARI, *Note in tema di compravendita di cosa futura*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1960, p. 832; A. PINO, *Il contratto a prestazioni corrispettive*, cit., pp. 161-162, il quale osserva che non è possibile introdurre una clausola come quella in esame senza «alterare lo schema del contratto con prestazioni corrispettive e farlo rientrare in altro modello contrattuale». Per un quadro completo degli argomenti a favore della tesi dell'aleatorietà del contratto con clausola d'irrisolubilità, cfr., più recentemente, F. DELFINI, *Dell'impossibilità sopravvenuta*, cit., pp. 80-84, il quale prende comunque le mosse dalla tradizionale distinzione tra *emptio spei* ed *emptio rei speratae*.

<sup>36</sup> Si vedano le considerazioni di E. ENRIETTI, *Della risoluzione per eccessiva onerosità*, in *Comm. c.c. D'Amelio e Finzi*, cit., *passim* il quale afferma che anche il contratto aleatorio comporta assunzione di una data alea e non di tutte le alee, e dunque sarebbe ad esso applicabile la disciplina degli artt. 1467 e 1468 c.c. ogniqualvolta la sopravvenienza non rientra nell'alea assunta. Quali rimedi riservati ai contratti commutativi, all'eccessiva onerosità sopravvenuta, alla rescissione per lesione ex art. 1448 c.c., e alla nullità per mancanza del rischio (ricondata da dottrina e giurisprudenza alla nullità per mancanza di causa), F. DELFINI, *Op. ult. cit.*, pp. 79-80, aggiunge l'azione di riduzione e l'azione *ex collatione* (in quanto, asserisce l'Autore, nei contratti aleatori non è possibile accertare l'eventuale presenza nella causa di una componente donativa), nonché l'inesigibilità. Sostiene poi l'Autore che nei contratti aleatori tipici è più rigoroso il controllo di meritevolezza ai sensi dell'art. 1322 cod. civ.

<sup>37</sup> Così Cass., 10 ottobre 2012, n. 17485, cit., secondo cui «Anche per i contratti cosiddetti commutativi le parti, nel loro potere di autonomia negoziale, possono configurarsi la possibilità di sopravvenienze, che incidono o possono incidere sull'equilibrio delle prestazioni, ed assumere, reciprocamente o unilateralmente, il rischio, modificando in tal modo lo schema tipico del contratto commutativo e rendendolo per tale aspetto aleatorio, con l'effetto di escludere, nel caso di verifica di tali sopravvenienze, l'applicabilità dei meccanismi riequilibratori previsti nell'ordinaria di-

una sorta di aleatorietà parziale del contratto, che piú si avvicina all'idea dell'ampliamento dell'alea normale, ma non lo si può stabilire con certezza. La questione rimane dunque aperta, senza però pregiudicare l'ammissibilità della clausola o la sua portata cosí come voluta dalle parti<sup>38</sup>.

La possibilità per l'autonomia privata d'intervenire sull'alea del contratto è espressamente prevista dalla lettera dell'art. 1469 cod. civ., ove come noto si stabilisce che la disciplina dell'eccessiva onerosità sopravvenuta non si applica non solo ai contratti aleatori per loro natura, ma anche ai contratti aleatori per volontà delle parti. Un'ipotesi di contratto convenzionalmente aleatorio è disciplinata dallo stesso codice con riguardo alla vendita di cosa futura, là dove l'art. 1472 cod. civ. legittima la pattuizione della c.d. *emptio rei speratae*, in cui il pagamento del prezzo è dovuto anche se il bene non viene ad esistenza.

Questo consente subito di dissentire con quanti hanno sostenuto che la clausola d'irrisolubilità per impossibilità è nulla ogniqualevolta non sia accompagnata da rimedi alternativi idonei a ripristinare l'equilibrio del sinallagma<sup>39</sup>. Se tali rimedi fossero previsti, non si porrebbe neppure il problema di verificare la persistenza del carattere com-

disciplina del contratto (art. 1467 e 1664 cod. civ.). L'assunzione del detto rischio supplementare può formare oggetto di una espressa pattuizione, ma può anche risultare per implicito dal regolamento convenzionale che le parti hanno dato al rapporto e dal modo in cui hanno strutturato le loro obbligazioni». In termini analoghi si esprimono Cass., 29 maggio 2012, n. 8548, in *Guida dir.*, 2012, p. 66; e Cass., 26 gennaio 1993, n. 948, cit.

<sup>38</sup> Cfr. Trib. Milano, 30 gennaio 2014, in *Società*, 2014, p. 484 ss., con commento di A. STABILINI, *Osservatorio di giurisprudenza di merito - Opposizione alle sanzioni applicate dalla Consob per abuso di informazioni privilegiate*. La sentenza afferma che a prescindere dalla qualificazione come commutativo o aleatorio «è la struttura stessa del contratto di *put option* a far dipendere il contenuto della prestazione di una delle parti alla variazione di correlati dati economici e ad escludere, pertanto, il rimedio della eccessiva onerosità sopravvenuta a tali tipi contrattuali: ciò, in particolare, in virtù di quanto espressamente previsto ai sensi dello stesso art. 1467, comma 2, c.c., ai sensi del quale è escluso tale rimedio laddove «la sopravvenuta onerosità rientra nell'alea normale del contratto»».

<sup>39</sup> Sostiene la tesi della nullità M. ZACCHEO, *Patti sul rischio e sopravvenienza*, Roma, 1994, pp. 97-98. Piú moderata la posizione di G. DE NOVA, *Il contratto ha forza di legge*, Milano, 1993, p. 39, il quale si limita a esprimere perplessità circa l'ammissibilità del patto che esclude la risoluzione per impossibilità senza fornire rimedi alternativi.

<sup>40</sup> Cosí Trib. Torino, 27 gennaio 2000, in *Giur. it.*, 2001, p. 548 ss., ove – con

mutativo del contratto; quando invece essi non sono stabiliti, il contratto non è nullo, ma semplicemente si trasforma in aleatorio<sup>40</sup>.

La giurisprudenza ha avallato questa tesi in una serie di casi in materia d'impossibilità sopravvenuta. Ad esempio, si è riconosciuta la validità – e l'idoneità a trasformare in aleatorio il contratto – di una clausola con cui il compratore si era assunto il rischio dell'impossibilità di eseguire tempestivamente alcuni lavori nell'immobile venduto, occupato da un conduttore<sup>41</sup>; di una clausola contenuta in un contratto tra l'amministrazione delle finanze e un'impresa di pubblicità, distribuzione e vendita di biglietti delle lotterie nazionali, con cui si poneva a carico dell'impresa l'obbligo di garantire all'amministrazione un incasso corrispondente a un minimo di biglietti venduti ed il pagamento di un minimo di massa premi<sup>42</sup>; di un contratto di vendita in cui il compratore aveva acquistato un macchinario sperimentale pur sapendo che il medesimo era affetto da alcuni vizi e che dunque vi era un alto rischio d'inidoneità rispetto allo scopo prefissato<sup>43</sup>; del contratto di *domestic currency swap*<sup>44</sup>; e del contratto di *put option*, diffuso nella prassi societaria<sup>45</sup>.

riferimento al contratto di *domestic currency swap*, cioè «quell'accordo mediante il quale due parti si obbligano a corrispondere l'una all'altra, alla scadenza di un termine convenzionalmente stabilito, una somma di denaro, di regola in valuta nazionale, quale differenza tra il valore espresso in lire di una somma in valuta estera al tempo della conclusione del contratto e il valore della medesima valuta estera al momento della scadenza del termine convenzionalmente stabilito» – si legge che esso «quand'anche stipulato a scopo esclusivamente speculativo, non può essere ritenuto nullo per assenza di causa, in quanto è aleatorio per volontà delle parti». Per una critica alla tesi della nullità cfr. F. DELFINI, *Dell'impossibilità sopravvenuta*, cit., p. 79, nt. 115.

<sup>41</sup> Cass., 23 giugno 1984, n. 3694, in *Giust. civ.*, 1978, I, p. 1887 ss., la quale ha affermato che se una parte ha accettato di assumersi un'alea estesa a ogni fatto incidente su di essa, non può invocare la disciplina dell'impossibilità né quella dell'eccessiva onerosità.

<sup>42</sup> Cass., 26 gennaio 1993, n. 948, in *Contratti*, 1993, p. 532 ss., con nota di C. MENICHINO, *Contratti commutativi e alea convenzionale*; e in *Giust. civ.*, 1993, I, p. 3021 ss., con nota di M. COSTANZA.

<sup>43</sup> Cass., 10 ottobre 2012, n. 17485, in *Giur. it.*, 2013, p. 2476 ss., con nota di R. PENNAZIO, *Distribuzione del rischio e inidoneità all'uso della res vendita*, la quale è stata indotta a «riconoscere come voluta dalle parti contrattuali l'alea della vendita di un macchinario che avrebbe soltanto potuto raggiungere determinati risultati, non essendo tuttavia certo che ciò sarebbe accaduto».

<sup>44</sup> Trib. Torino, 27 gennaio 2000, cit.

<sup>45</sup> Trib. Milano, 30 gennaio 2014, cit.

<sup>46</sup> Per un elenco, non tassativo, di dette clausole cfr., per tutti, A. RICCIO, *Del-*

Se la giurisprudenza riconosce la validità di dette clausole e l'art. 1469 cod. civ. sottrae i contratti aleatori ad esecuzione continuata, periodica o differita dalla risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta, allora la stessa giurisprudenza ammette implicitamente la possibilità di escludere tale rimedio. Su questo punto è opportuna una precisazione: non si può escludere la risoluzione per eccessiva onerosità, se non si trasforma il contratto in aleatorio o se ne estende convenzionalmente l'alea; cioè non si può escludere la risoluzione per eccessiva onerosità se non si esclude prima, *tout court* o solo con riferimento a determinati eventi, quella per impossibilità sopravvenuta. La precisazione sembra banale, ma implica una conseguenza importante: qualora le parti intendessero escludere la sola risoluzione per eccessiva onerosità, senza trasformare quindi il contratto in aleatorio, dovrebbero necessariamente prevedere un rimedio alternativo per il riequilibrio del sinallagma.

Su questa linea si pone la giurisprudenza (e la dottrina) che ha in più casi decretato la validità di clausole, per lo più provenienti dalla prassi contrattuale internazionale e spesso inglobate nelle *hardship clauses*, come quelle di *jus variandi*, di adeguamento, di revisione dei corrispettivi pecuniari pattuiti, quelle monetarie di salvaguardia o di garanzia o d'indicizzazione (ad esempio la clausola numeri indici o clausola Istat, la clausola oro, la clausola valuta pregiata, e la clausola merci, che fa riferimento al prezzo corrente di alcuni generi ritenuti più rappresentativi del livello generale dei prezzi), le clausole di minimo garantito in abbonamento e parziario, nonché quelle di rinegoziazione<sup>46</sup>.

Quel che resta da verificare è se la trasformazione del contratto da commutativo ad aleatorio incida sulla causa di quest'ultimo al punto da renderla atipica, o comunque introdurre un profilo di atipicità, e quindi da rendere necessaria la sottoposizione al controllo di meritevolezza previsto dall'art. 1322 cod. civ.<sup>47</sup>. L'interrogativo sem-

*L'eccessiva onerosità*, artt. 1467-1469, in *Comm. c.c.* Scialoja e Branca, cit., pp. 38-39. In giurisprudenza cfr., *ex multis*, Cass., 26 febbraio 2014, n. 4557, in *Contratti*, 2014, 4, p. 381 ss., con commento a cura di F. MACARIO, con la collaborazione di F. OREFICE e PATTI F.P., *Clausola di rinegoziazione del prezzo*. Sulle clausole di minimo garantito cfr., più ampiamente, F. DELFINI, *Autonomia privata e rischio contrattuale*, cit., pp. 239-357.

<sup>47</sup> Si rammenti che la giurisprudenza più recente considera «approdo pacifico della teoria generale del contratto la possibilità di estendere il sindacato al singolo

brerà irrilevante a quanti sostengono che anche i contratti tipici sono sottoposti al giudizio di meritevolezza sotto il profilo della causa concreta<sup>48</sup>. Se non sono immuni da detto giudizio neppure gli accordi la cui astratta conformità all'ordinamento è stata valutata dal legislatore, allora *a fortiori* non lo saranno i contratti convenzionalmente aleatori.

In realtà una simile posizione può giustificarsi solo se s'identifica la meritevolezza della causa con la sua liceità ai sensi dell'art. 1343 cod. civ.<sup>49</sup>. Quest'ultima norma, infatti, è prevista per qualunque contratto, laddove l'art. 1322 cod. civ. impone il controllo in esame solo per i «che non appartengano ai tipi aventi una disciplina particolare» e, nella misura in cui costituisce un limite all'autonomia contrattuale, non è suscettibile d'interpretazione estensiva o analogica.

patto atipico, inserito in un contratto tipico» ed evidente che «qualsivoglia indagine sulla meritevolezza deve necessariamente essere condotta in concreto». Così Cass., Sez. Un., 6 maggio 2016, n. 9140, cit.

<sup>48</sup> In dottrina comincia a sostenere l'applicazione del giudizio di meritevolezza ai contratti tipici, per tutti, G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966; ID., *Meritevolezza dell'interesse e utilità sociale*, in *Riv. dir. comm.*, 1971, II, p. 81 ss.; ID., *Ancora in tema di meritevolezza dell'interesse*, *ivi*, 1979, I, p. 1 ss. Applica il giudizio di meritevolezza a una clausola inserita in un contratto tipico – nella specie la clausola di un contratto di locazione con cui si prevedeva il divieto di ospitalità non temporanea di persone estranee al nucleo familiare anagrafico – Cass., 19 giugno 2009, n. 14343, in *Corr. giur.*, 2010, p. 58 ss., con nota di N. IZZO, *Il dovere di solidarietà sociale e l'ospitalità del conduttore*.

<sup>49</sup> Per lungo tempo la giurisprudenza maggioritaria ha affermato la sostanziale equiparazione tra meritevolezza e liceità. Si vedano, *ex multis*, Cass., 6 febbraio 2004, n. 2288, in *Assicurazioni*, 2004, p. 157 ss.; e in *Contratti*, 2004, p. 801 ss., con nota di C. PALMIERI, *Liceità della clausola di beneficio di cambio nel contratto di assicurazione*; nonché Cass., 13 maggio 1980, n. 3142, in *Mass. Giur. it.*, 1980. In dottrina cfr. G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, cit., p. 355, in cui si legge chiaramente che «i criteri dei quali l'ordinamento si avvale, per la valutazione della meritevolezza dell'interesse sono quelli enunciati nell'art. 1343 c.c.: norme imperative, ordine pubblico, buon costume. Soltanto quando l'interesse perseguito con il contratto sia contrario a siffatti principi, l'interesse non è meritevole di tutela»; ID., *Meritevolezza dell'interesse e utilità sociale*, cit., p. 89; ID., *Ancora in tema di meritevolezza dell'interesse*, cit., p. 12; G. GORLA, *Il contratto*, I, Milano, 1954, p. 199; A. GUARNIERI, *Meritevolezza dell'interesse*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, XI, Torino, 1994, p. 33; F. MESSINEO, *Dottrina generale del contratto*, Milano, 1952, p. 13; G. PALERMO, *Funzione illecita e autonomia privata*, Milano, 1970, p. 174; e R. SACCO, *Interesse meritevole di tutela*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, Agg. V, Torino, 2010, p. 783, secondo cui la giurisprudenza avrebbe utilizzato il canone della meritevolezza «come puro schermo, per colpire contratti visibilmente contrari ai buoni costumi, o altrimenti viziati».

Non c'è dubbio che dottrina e giurisprudenza abbiano accolto la teoria della causa in concreto, ma la conseguenza di tale teoria è stata quella di consentire la declaratoria di nullità per mancanza o illiceità della causa anche di contratti tipici, non di aprire la strada a un sindacato di meritevolezza generalizzato, il quale, peraltro, sarebbe appannaggio di un sistema spiccatamente paternalistico<sup>50</sup>.

La questione della tipicità o atipicità è dunque rilevante, sia alla luce di quanto appena osservato, sia perché vige nell'ordinamento un certo sfavore, o quantomeno una certa diffidenza, nei confronti dei contratti aleatori atipici, il quale si traduce, almeno secondo alcuni, nella prescrizione di un maggior rigore nella valutazione *ex art. 1322 cod. civ.*<sup>51</sup>. Dall'analisi della giurisprudenza emerge un tendenziale accoglimento della tesi dell'atipicità e proviene qualche – rara perché il più delle volte inespressa nella motivazione – indicazione su come si traduca nella pratica questo preteso maggior rigore<sup>52</sup>.

<sup>50</sup> Sul tema della causa in concreto, si veda, per un contributo recente, E. FER-RANTE, *Causa concreta ed impossibilità della prestazione nei contratti di scambio*, cit., p. 151 ss., il quale trae spunto per la sua disamina da due pronunce di legittimità, e precisamente da Cass., 20 dicembre 2007, n. 26958, in *Contratti*, 2008, p. 786 ss., con nota di L. BARBIERA, *Risoluzione per impossibilità sopravvenuta e causa concreta del contratto a confronto*; e da Cass., 24 luglio 2007, n. 16315, in *Giur. it.*, 2008, 5, p. 1133 ss., con nota di B. IZZI, *Causa in concreto e sopravvenienze nel contratto di viaggio vacanza tutto compreso*. Oltre alle sentenze appena citate, accolgono la nozione di causa in concreto, Cass., 4 agosto 1988, n. 4825, in *Giur. it.*, 1989, I, p. 67 ss.; Cass., 1° aprile 2011, n. 7557, in *Giur. it.*, 2012, p. 543; Cass., 18 agosto 2011, n. 17360, in *Giur. it.*, 2012, p. 1795 ss.

<sup>51</sup> In questo senso, G. DI GIANDOMENICO, *Il contratto e l'alea*, Padova, 1987, p. 211 ss. Ravvisa una conferma della tendenziale diffidenza nei riguardi dei contratti aleatori atipici nell'art. 1933 c.c., il quale non concede alcuna azione per il pagamento di un debito si gioco o scommessa, ancorché leciti, F. DELFINI, *Autonomia privata e rischio contrattuale*, cit., p. 22. L'Autore cita quale ulteriore esempio del trend di cui sopra l'atteggiamento (iniziale) della giurisprudenza di merito circa i contratti di *swap* (pp. 22-24).

<sup>52</sup> Nel senso che l'introduzione nel contratto di un'alea estesa rispetto a quella normale incide sulla causa del contratto cfr., in giurisprudenza, Cass., 1° aprile 2004, n. 6395, in *Gius.*, 2004, p. 3307 ss., la quale ha fondato l'atipicità del contratto di vitalizio alimentare (definito come il contratto col quale «una parte si obbliga, in corrispettivo dell'alienazione di un immobile o della attribuzione di altri beni od utilità, a fornire all'altra parte vitto, alloggio ed assistenza, per tutta la durata della vita ed in correlazione ai suoi bisogni»), tra gli altri elementi, sulla peculiarità dell'alea rispetto a quella della rendita vitalizia. Conformemente, cfr. Cass., 22 aprile 2016, n. 8209, in *Leggi d'Italia* online. Sull'applicazione del giudizio di meritevolezza al contratto convenzionalmente aleatorio cfr., innanzitutto, Cass., 22 luglio 2015, n. 15370,

Una (non recentissima) pronuncia di legittimità – ove però, è bene precisarlo, il rigore è stato dettato almeno in parte, se non esclusivamente, dal fatto che si trattava di un contratto per adesione – ha statuito che non è sufficiente a giustificare funzionalmente un patto d’inversione del rischio il mero interesse della parte che lo subisce alla controprestazione. Si sottolinea in particolare che il patto, da un lato, deve corrispondere ad un’esigenza apprezzabile del soggetto che ne beneficia, senza tradursi in un arricchimento immotivato, dall’altro deve realizzare il bilanciamento di «altrettanti apprezzabili vantaggi» per la controparte<sup>53</sup>.

L’indicazione si pone in linea con l’orientamento, che di recente sembra aver riacquisito un certo *appeal* in seno alla giurisprudenza, per il quale il concetto di meritevolezza non è sinonimo di semplice liceità dell’interesse perseguito dal contratto, non replica il disposto dell’art. 1343 cod. civ., ma si colora di una componente ulteriore, costituzionalmente orientata: la dimensione sociale dell’interesse perseguito<sup>54</sup>. La valutazione deve essere effettuata in concreto e pertanto

*ivi*, dove, tra l’altro, è particolarmente rilevante ai fini della presente disamina l’affermazione per cui rientra «nella autonomia privata convenire la unilaterale o reciproca assunzione di un prefigurato rischio futuro, estraneo al tipo contrattuale prescelto, a tal stregua modificandolo e rendendolo per tale aspetto aleatorio». Nello stesso senso, seppur con specifico riguardo ai contratti per adesione, si veda Cass., 2 agosto 1995, n. 8464, in *Foro it.*, 1996, I, c. 173 ss.

<sup>53</sup> Così Cass., 2 agosto 1995, n. 8464, cit., chiamata a pronunciarsi sulla clausola d’inversione del rischio per la mancata consegna del bene nel contratto di *leasing*. In senso contrario, si veda, in dottrina, G. RESCIO, *La traslazione del rischio contrattuale nel leasing*, cit., pp. 137-138, secondo cui «la natura meramente soggettiva del rapporto di adeguatezza tra le prestazioni dei contratti di scambio porta alla conclusione dell’irrelevanza del fatto che l’inversione del rischio incida sull’entità delle prestazioni e, in genere, sul resto dell’affare: l’unico limite è rappresentato dall’art. 1448 cod. civ.». Critica questa posizione F. DELFINI, *Autonomia privata e rischio contrattuale*, cit., p. 118.

<sup>54</sup> Uno dei casi più recenti è quello di Cass., Sez. Un., 6 maggio 2016, n. 9140, cit., ove si paventa, con riguardo al contratto di assicurazione, l’immeritevolezza in astratto delle clausole *claims made* miste «in ragione della significativa delimitazione dei rischi risarcibili, del pericolo di mancanza di copertura in caso di mutamento dell’assicuratore e delle conseguenti, possibili ripercussioni negative sulla concorrenza tra le imprese e sulla libertà contrattuale». Di meritevolezza come non dannosità sociale parla Cass., 7 ottobre 2008, n. 24769, in *Giur. it.*, 2009, p. 1655, con nota di A. GALATI, *Brevi osservazioni in tema di c.d. “causa concreta” del contratto*. In dottrina cfr., per tutti, MAR. NUZZO, *Utilità sociale e autonomia privata*, Milano 1974, p. 105, il quale promuove un’interpretazione costituzionalmente orientata dell’art. 1322 cod. civ. in base a cui sarebbero immeritevoli di tutela gli interessi che contra-

non è possibile in questa sede giungere a una conclusione aprioristica sulla meritevolezza delle clausole d'irrisolubilità in esame. Si può solo tentare di mappare gli indicatori da prendere in considerazione nella "griglia valutativa", con la consapevolezza, però, della scarsa utilità di un elenco che non sarebbe in alcun modo esaustivo e risulterebbe basato su un ragionamento sganciato dalla casistica<sup>55</sup>.

Più utile pare invece chiarire quali parametri non possono accogliersi nel giudizio in questione. In particolare, non può adottarsi il criterio della presenza di una riduzione del corrispettivo richiesto alla parte su cui si è traslato il rischio o di un incremento del corrispettivo dovuto a quest'ultima, altrimenti si confonderebbe il controllo causale con quello – dichiaratamente rifuggito dall'ordinamento – sull'adeguatezza del corrispettivo, d'intersecare la meritevolezza dell'interesse perseguito con la giustizia contrattuale<sup>56</sup>. La preoccupazione è tutt'altro che infondata, come dimostra qualche (per ora isolata) pronuncia in cui la distinzione in esame si è quasi completamente stem-

stano con l'utilità sociale. Cfr. anche, per un contributo più recente, C.M. BIANCA, *Causa concreta del contratto e diritto effettivo*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, 2, p. 251 ss., ad avviso del quale «La dannosità sociale è riscontrabile quando gli interessi perseguiti dalle parti contrastano con gli interessi generali della comunità e dei terzi maggiormente meritevoli di tutela. Il contrasto con interessi generali della comunità rende per ciò stesso il contratto privo di una causa meritevole di tutela e ne importa la nullità pur in assenza della violazione di norme imperative, dell'ordine pubblico o del buon costume».

<sup>55</sup> Quali indicatori di meritevolezza della clausola in esame, in termini di vantaggi che la parte su cui è stato traslato il rischio riceve come corrispettivo di questo, sono stati prospettati la pattuizione di una clausola di esclusiva territoriale, l'ingresso in una rete di distribuzione commerciale con facoltà di utilizzare un determinato marchio particolarmente attrattivo, oppure, vuoi la riduzione dell'entità della sua prestazione, vuoi l'aumento dell'entità di quella della controparte. I primi due esempi sono stati prospettati da F. DELFINI, *Op. ult. cit.*, cit., loc. ult. cit.; l'ultimo da G. RESCIO, *Op. ult. cit.*, p. 137.

<sup>56</sup> Avverte di tale rischio F. DELFINI, *Op. ult. cit.*, loc. ult. cit., il quale, però, conclude che la riduzione della controprestazione potrebbe essere in astratto idonea a giustificare causalmente il patto in esame, argomentando dalla disciplina prevista sotto l'egida del vecchio codice del commercio in tema di clausole di esonero da responsabilità del vettore, nella quale si prevedeva la salvezza di queste ultime nel solo in caso in cui ad esse corrispondesse una diminuzione del prezzo di trasporto stabilito nelle tariffe ordinarie, offerta con tariffe speciali. Resta tuttavia – sottolinea l'A. (p. 19) – il problema di fornire, in assenza di parametri oggettivi, la prova del fatto che tale riduzione ha effettivamente avuto luogo.

perata aprendo una breccia al potere correttivo del giudice nei confronti del regolamento contrattuale<sup>57</sup>.

I due piani, invece, devono essere tenuti ben distinti, in quanto il primo attiene alla rilevanza giuridica del contratto e ai suoi presupposti di validità – la causa deve sussistere, deve essere degna di tutela da parte dell’ordinamento e lecita –; mentre il secondo attiene ai rapporti di valore tra le prestazioni. Il primo è riconducibile al giudizio di conformità al modello astratto delineato dall’ordinamento della volontà delle parti, mentre il secondo si risolve in un mero giudizio valutativo, intriso di soggettività siccome basato su una clausola generale quale è la buona fede<sup>58</sup>.

In linea con quanto osserva la dottrina piú recente, il sindacato sull’equilibrio contrattuale originario è concesso dall’ordinamento solo quando sia fallito il procedimento negoziale, vuoi, in base al codice civile, perché la volontà di una parte è stata viziata da dolo, violenza o errore, vuoi, ai sensi della normativa in materia di subfornitura, da una situazione di abuso di dipendenza economica, vuoi, ancóra, in base alla disciplina comunitaria, perché una delle parti – un consumatore o un imprenditore “debole” – versava al momento della sti-

<sup>57</sup> Per tutte, Cass., 1° aprile 2011, n. 7557, cit., da cui prende le mosse A.M. GAROFALO, *La causa del contratto tra meritevolezza degli interessi ed equilibrio dello scambio*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, 6, p. 573. La sentenza è stata chiamata a statuire sulla validità di un contratto atipico avente a oggetto la concessione in godimento di un fondo da adibire a discarica, il quale era stato interpretato dalle corti di merito nel senso di prevedere la facoltà per il concessionario, salvo *factum principis*, di trattenerne, a tempo indeterminato e senza alcun corrispettivo, il bene per l’intera durata delle operazioni di bonifica. Piú precisamente, si legge nella sentenza che «è erronea, perché incongrua e non rispettosa dei principi dell’equo contemperamento delle parti e dell’efficacia del contratto atipico soltanto quando persegua interessi meritevoli di tutela secondo l’ordinamento giuridico, l’interpretazione data del contratto atipico di concessione di bene immobile a discarica di rifiuti che, in difetto di espresse previsioni sull’identificazione di un diverso e ben identificato termine finale, escluda, una volta cessato l’utilizzo della discarica per il fine suo proprio a causa dell’esaurimento della sua ricettività, l’obbligo in capo al concessionario di riconsegnare il bene, sia pure nelle condizioni di fatto ordinariamente conseguenti all’uso normale quale discarica...».

<sup>58</sup> In questo senso, F. PIRAINO, *Il diritto europeo e la «giustizia contrattuale»*, in *Eur. dir. priv.*, 2015, pp. 248-249. Piú ampiamente, si veda C. SCOGNAMIGLIO, *Problemi della causa e del tipo*, in *Tratt. contr. Roppo*, II, *Regolamento*, a cura di Vettori, Milano, 2006, p. 143 ss., il quale ben chiarisce che il «giudizio causale si arresta là dove si prende a discutere della convenienza del contratto, e cioè del rapporto di corrispettività».

pula del contratto in una posizione d'inferiorità informativa ed economica<sup>59</sup>.

Come si può notare, nelle ipotesi citate viene in gioco non l'equilibrio tra le prestazioni, ma quello tra i soggetti del rapporto. Così è anche nelle fattispecie che danno luogo alla rescissione del contratto per lesione: a dispetto dell'apparenza, la *ratio* del rimedio non è tanto quella di tutelare la parte dallo squilibrio economico, quanto piuttosto quella di garantire la formazione di una volontà libera, non condizionata da uno stato di bisogno<sup>60</sup>.

Non si può negare che emerga talvolta in giurisprudenza un'inclinazione ad arrogarsi il diritto di sindacare l'equilibrio contrattuale anche in assenza delle cautele previste dall'ordinamento. Una pronuncia di legittimità ha affermato che a fronte di un patto di non concorrenza a carico del lavoratore per il quale sia stato stabilito un corrispettivo non congruo, questi ha a disposizione, non solo, ricorrendone i presupposti, il rimedio dell'eccessiva onerosità sopravvenuta, ma anche il rimedio della nullità, pur essendo questo previsto dall'art. 2125 cod. civ. solo in caso di assenza del corrispettivo, e non anche in caso di compensi «manifestamente iniqui o sproporzionati in rapporto al sacrificio richiesto al lavoratore e alla riduzione delle

<sup>59</sup> Così M. BARCELLONA, *Della causa. Il contratto e la circolazione della ricchezza*, Milano 2015, pp. 516-517.

<sup>60</sup> Si veda sul punto, per tutti, C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 3, Il contratto, Milano, 2000, p. 643. Come osserva M. BARCELLONA, *La causa del contratto e il "prezzo vile": giudizio causale e trasparenza negoziale*, nota a Cass., 4 novembre 2015, n. 22567, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, p. 504 ss., «proprio la specificità (se non l'eccezionalità) di questa *ratio* impedisce che questo limite quantitativo della lesione enorme e le condizioni restrittive della sua rilevanza possano essere esportati al di fuori dell'ambito assolutamente circoscritto assegnatogli dall'art. 1448 cod. civ. ed assurgere a principio di sistema. Come, invece, accadrebbe ove si sovraordinasse il rimedio rescissorio all'indagine causale, conferendogli il valore sistematico di confinare nell'azione dell'art. 1448 la rilevanza di qualsiasi sproporzione del prezzo (e, in genere, di qualsiasi controprestazione) rispetto al valore della risorsa trasferita. Questa *ratio* fa, invece, dire che il requisito della lesione enorme opera solo come condizione di rilevanza dello stato di bisogno, che lo stato di bisogno costituisce una condizione negativa della riferibilità del contratto al potere di autodeterminazione dei contraenti e che perciò, allo stesso modo degli altri vizi della volontà, il dispositivo rescissorio si pone in posizione di autonomia/distinzione rispetto al giudizio causale: quando si dia, lo stato di bisogno qualificato dalla lesione enorme recide il rapporto tra negozio e *voluntas*, ma, proprio per questo, si può ritenere che la sua assenza non vale ad esonerare l'atto di autonomia dalla necessità della sua trasparenza causale».

sue possibilità di guadagno», indipendenti dall'utilità che il comportamento richiesto al lavoratore rappresenta per il datore di lavoro e al suo ipotetico valore di mercato<sup>61</sup>.

Una pronuncia di merito ha dichiarato la nullità per mancanza di causa di un contratto preliminare di cessione di quote di società a responsabilità limitata, motivando che sussisteva un significativo squilibrio tra le prestazioni, in quanto il valore di mercato delle predette quote era inferiore di un quinto rispetto al prezzo pattuito<sup>62</sup>.

Parimenti, però, non si può negare che si tratta di casi del tutto eccezionali e isolati, ove la decisione – si pensi soprattutto alla prima ipotesi – è probabilmente stata dettata da ragioni equitative, quale l'esigenza di tutelare il lavoratore, la cui posizione è di per sé svantaggiata rispetto a quella del datore di lavoro<sup>63</sup>. A conferma di ciò, basti considerare che la Cassazione, nel pronunciarsi sul secondo caso illustrato, ha cassato la sentenza della Corte d'Appello affermando a chiare lettere che «l'accertamento del notevole squilibrio tra le prestazioni delle parti non può giustificare di per sé la nullità del contratto»<sup>64</sup>.

La complessità e l'ampiezza del dibattito sul punto hanno imposto qui una trattazione sintetica del tema, ma tanto basta per respingere l'idea della nullità del patto di esclusione della risoluzione per impossibilità o eccessiva onerosità sopravvenuta per un'immeritevolezza di tutela derivante dallo squilibrio economico tra la prestazione della parte che si assume il rischio e quella della parte che se ne esonera. E tanto basta a respingere, sempre in linea di principio, la tesi per cui le clausole che escludono la risoluzione per impossibilità non imputabile dovrebbero essere contenute entro i limiti dell'art. 1229 cod. civ.

#### 4. *Il patto d'irrisolubilità per inadempimento in senso stretto*

La seconda categoria di clausole di *sole* o *exclusive remedy* è quella

<sup>61</sup> La pronuncia è Cass., Sez. Lav., 14 maggio 1998, n. 4891, in *Riv. it. dir. lav.*, 1999, II, p. 72 ss. Nella parte riportata nel testo, la Corte fa riferimento, quale suo precedente, a Cass., 26 novembre 1994, n. 10062, *ivi*, 1995, II, p. 582 ss.

<sup>62</sup> App. Trieste, 9 novembre 2010, in *Giur. it.*, 2011, p. 1544 ss., con nota di M. RIZZUTI, *Nullità ed equilibrio contrattuale*.

<sup>63</sup> In questo senso M. RIZZUTI, *Nullità per mancanza di causa - ancora in tema di nullità ed equilibrio contrattuale* (nota a Cass., 4 novembre 2015, n. 22567), in *Giur. it.*, 2016, p. 835 ss.

<sup>64</sup> Cass., 4 novembre 2015, n. 22567, cit.

dei patti che escludono la risoluzione per inadempimento o l'azione di esatto adempimento *ex art. 1453 cod. civ.* Più nel dettaglio, la casistica – per il vero piuttosto scarna rispetto al plausibile contenzioso sommerso – ha portato all'attenzione dell'interprete patti con cui le parti avevano stabilito che ogni ritardo nell'esecuzione della prestazione sarebbe stato considerato di scarsa importanza; patti con cui il compratore aveva rinunciato in via preventiva e incondizionata alle azioni di risoluzione e risarcimento dei danni per qualsivoglia ipotesi d'inadempimento del venditore; e patti in cui l'acquirente aveva rinunciato ad ogni rimedio previsto dalle legge in tema di risoluzione e di annullamento, accettando l'obbligo d'indennizzo ivi specificato a tacitazione di ogni pretesa<sup>65</sup>.

Dagli esempi appena riportati emergono essenzialmente due tipi di clausole: quelle che escludono il solo rimedio risolutorio e quelle che escludono *in toto* i rimedi previsti dal legislatore contro l'inadempimento. Si potrebbero, però, immaginare anche patti che escludono la sola esecuzione in forma specifica. Come si accennava, qui gli interessi perseguiti potrebbero essere di varia natura: una parte potrebbe pattuire la clausola per lasciarsi aperta la via dell'inadempimento efficiente, oppure al fine di premunirsi contro l'eventualità che l'adempimento coattivo si riveli in concreto eccessivamente oneroso rispetto al valore economico della prestazione<sup>66</sup>.

La liceità di dette clausole non è in discussione, visto che la legge stessa la contempla, là dove all'art. 2932 cod. civ. consente al titolo di vietare il rimedio e che il cumulo tra il rimedio risarcitorio e quello risolutorio costituiscono una tutela sufficiente per il contraente deluso<sup>67</sup>. La giurisprudenza si premura soltanto di chiarire che la formulazione dev'essere tale da riflettere una volontà univoca delle parti in tal senso, mentre non è sufficiente un semplice riferimento al solo

<sup>65</sup> Gli esempi sono tratti, rispettivamente, da P. VITUCCI, "Ogni ritardo sarà considerato di scarsa importanza" (*Ipotesi sul patto di evitando risoluzione*), in *Riv. dir. civ.*, 1988, II, p. 577 ss., il quale si riferisce alla clausola su cui è stata chiamata a statuire Cass., 4 febbraio 1988, n. 1086, inedita; da Cass., 30 ottobre 1965, n. 2324, in *Foro it.*, 1966, I, c. 1459; e dall'esperienza professionale di G. SICCHIERO, *Op. ult. cit.*, p. 393.

<sup>66</sup> Cfr. A. LUMINOSO, *Della risoluzione per inadempimento*, cit., p. 9.

<sup>67</sup> Di questo avviso è G. SICCHIERO, *La risoluzione per inadempimento*, cit., p. 294.

rimedio risarcitorio, poiché le due forme di tutela non sono alternative<sup>68</sup>.

Parimenti, si ritiene che non sussistano, a tutt'oggi, nell'ordinamento particolari impedimenti all'ammissibilità del patto volto a escludere preventivamente la sola risoluzione per inadempimento. Occorre, però, dare atto, prima di argomentare tale affermazione, che non tutta la dottrina concorda con la medesima. In particolare, non vi concordano quanti reputano che il rimedio risolutorio sia espressione di una sanzione posta dall'ordinamento a carico della parte infedele e dunque che la sua disciplina sia imperativa<sup>69</sup>.

Siffatta posizione non si ritiene condivisibile, anche solo sulla scorta dell'osservazione per cui se davvero la disciplina della risoluzione fosse imperativa, l'art. 1453 cod. civ. non consentirebbe al creditore di preferirle l'esecuzione in forma specifica o il risarcimento del danno. Ciò nondimeno, la tesi merita un'analisi più scrupolosa, giacché l'affermazione della natura imperativa del rimedio in esame precluderebbe qualsiasi indagine sull'applicabilità dell'art. 1229 cod. civ.<sup>70</sup>.

<sup>68</sup> Così Cass., 16 novembre 1984, n. 5287, inedita, citata da G. SICCHIERO, *Op. ult. cit.*, loc. ult. cit., nt. 767. L'Autore sulla base del medesimo ragionamento nega che, in assenza di indici ulteriori, possa interpretarsi come patto di esclusione dell'azione di esatto adempimento la semplice previsione di una clausola penale: «sebbene l'argomento sia suggestivo, lo si può condividere a patto di configurare il rimedio risarcitorio come soluzione alternativa alla manutenzione, dimostrando l'incompatibilità della sussistenza contemporanea delle due forme di tutela» (*Ivi*, pp. 294-295).

<sup>69</sup> In questo senso, per tutti, A. AULETTA, *La risoluzione per inadempimento*, Milano, 1942, p. 490; e C.M. BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, cit., pp. 479-482, il quale rileva che una simile clausola varrebbe a «escludere al termine carattere rigorosamente vincolante e consentire al debitore l'adempimento anche in un termine successivo». Per un'opinione più risalente in tal senso cfr. E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, cit., p. 131; mentre per un'adesione più recente alla tesi cfr. G.F. BASINI, *Risoluzione del contratto e sanzione dell'inadempiente*, Milano, 2001, p. 203 ss. Muovendo sempre dal presupposto (qui contestato) della natura sanzionatoria della risoluzione in quanto rimedio accompagnato dal risarcimento, altra dottrina adduce in contrario all'ammissibilità del patto in esame il principio di tassatività delle limitazioni della responsabilità patrimoniale sancito dall'art. 2740 c.c. In questo senso A. AULETTA, *Op. ult. cit.*, p. 490. La tesi risulta di difficile comprensione, in quanto, com'è stato correttamente osservato, il principio in questione opera su un piano completamente diverso, sia rispetto all'esclusione del risarcimento del danno (altrimenti anche le clausole di esonero dalla responsabilità ai sensi dell'art. 1229 c.c. dovrebbero considerarsi eccezioni all'art. 2740 c.c.), sia rispetto all'esclusione della risoluzione. Cfr. soprattutto G. SICCHIERO, *Op. ult. cit.*, pp. 395-396.

<sup>70</sup> Sottolinea questo aspetto già G. SICCHIERO, *La risoluzione per inadempimento*.

Alla pretesa natura sanzionatoria della risoluzione sono state mosse, nel corso degli anni, diverse obiezioni. In primo luogo, non si comprende come possa ravvisarsi nel rimedio in esame una sanzione quando questo non si limita a comportare effetti sfavorevoli nella sfera di una parte e a beneficio di un'altra, ma fa sorgere posizioni passive anche in capo al contraente fedele. Quest'ultimo, che dovrebbe essere soggetto meramente attivo della sanzione, è invece gravato dell'obbligo di restituire la prestazione eventualmente ricevuta dalla controparte. Ci si domanda allora come potrebbe una sanzione essere sfavorevole anche al soggetto a tutela del quale è predisposta<sup>71</sup>.

In contrario non vale addurre che la sanzione non deve individuarsi nella risoluzione ma nel risarcimento che l'accompagna. *In primis*, detto rimedio – com'è ormai pacifico – può esperirsi anche indipendentemente dalla risoluzione, da solo o combinato con l'azione di esatto adempimento, e, per altro verso, l'accoglimento della domanda di scioglimento del contratto non implica il necessario accoglimento della pretesa risarcitoria, sicché il danno non è presupposto della risoluzione; in secondo luogo, neppure il risarcimento ha funzione sanzionatoria. Esso è unicamente mirato al ripristino della situazione patrimoniale anteriore all'inadempimento, mentre non c'è spazio per alcuna finalità punitiva<sup>72</sup>.

Poi, dal punto di vista teleologico, si è osservato che il diritto privato, almeno quello cristallizzato nel codice, non è – salvo casi eccezionali, espressamente previsti e comunque modulabili dalle parti –

*mento*, cit., p. 38, il quale afferma che «solo partendo dalla ricerca della funzione delle regole della risoluzione si può accertare se in essa si rinvenano o meno indici idonei a paralizzare una diversa opzione dei contraenti circa gli effetti dell'inadempimento...».

<sup>71</sup> Così E. DELL'AQUILA, *Op. cit.*, pp. 853-854, e B. GRASSO, *Eccezione d'inadempimento e risoluzione del contratto*, Napoli, 1973, p. 33. Commenta G. SICCHIERO, *Op. ult. cit.*, p. 41, che il rimedio risolutorio è apprestato dalla legge anche al creditore che non è vittima di un inadempimento, bensì dell'impossibilità sopravvenuta non imputabile, fattispecie in cui, per l'appunto, non si può ravvisare alcuna responsabilità del debitore e dunque non ricorre alcuna *ratio* sanzionatoria.

<sup>72</sup> Lo ribadisce G. SICCHIERO, *Op. ult. cit.*, p. 41. Insistono sul fatto che la sussistenza di un danno è presupposto del solo rimedio risarcitorio e non anche di quello risolutorio G. AMADIO, *Inattuazione e risoluzione: la fattispecie*, in *Tratt. contr.* Roppo, V, 2, Milano, 2006, p. 79, e A. LUMINOSO, *Della risoluzione per inadempimento*, in A. LUMINOSO, U. CARNEVALI e M. COSTANZA, *Risoluzione per inadempimento*, nel *Comm. c.c.* Scialoja e Branca, a cura di Galgano, Bologna-Roma, 1990, p. 9 ss. e p. 27 ss.

orientato all'imposizione di sanzioni alla violazione delle regole che disciplinano i rapporti civilistici<sup>73</sup>. Anche a voler sostenere che la risoluzione rientra tra quei casi eccezionali, occorre tener presente che il carattere sanzionatorio non è automaticamente sinonimo d'imperatività: esso, a ben guardare, è insito in ogni norma giuridica, ma nessuno potrebbe sostenere che tutte le norme giuridiche sono imperative<sup>74</sup>.

Secondo altra tesi, la *ratio* della risoluzione andrebbe identificata con la necessità di «sottoporre a controllo e, quindi, delimitare il rischio che la tecnica del risarcimento del danno risulti per ragioni di fatto (insufficienza del patrimonio del debitore) e/o di diritto (artt. 1223-1225 cod. civ.) inidonea a salvaguardare la logica dello scambio e, correlativamente, la funzionalità del mercato in quanto meccanismo di allocazione delle risorse»<sup>75</sup>. Ma, di nuovo, pur riconoscendosi

<sup>73</sup> Si veda in proposito C.M. BIANCA, *Diritto civile, La proprietà*, Milano, 1999, p. 611. Si osserva, in particolare, che il diritto privato sta prendendo il posto della legge, ma che così è non per effetto di un'imposizione della disciplina codicistica che lo regola, bensì per effetto del principio dell'autonomia contrattuale, posto alla base del sistema italiano (F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, Padova, 2004, II, 1, p. 190 ss.). Per una riflessione su quelle che sono le vere e proprie sanzioni nel diritto privato cfr. G. SICCHIERO, *Op. ult. cit.*, pp. 39-40. L'A. dà atto delle più recenti (contro)tendenze ad impiegare il diritto privato per imporre sanzioni volte a prevenire la violazione di regole civilistiche – prendendo ad esempio quelle modificate dal regolamento di borsa deliberato ai sensi dell'art. 62 del d.lgs. n. 58/1998 e quelle contenute all'art. 2345 c.c. a seguito della riforma del diritto societario del 2003 – e specifica, però, che dalla formulazione delle norme sanzionatorie si evince la loro derogabilità da parte dell'autonomia privata. Sulla dimensione sanzionatoria nel diritto privato in generale cfr. S. PATTI, *Pene private*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., XIII, Torino, 2004, p. 351; M.G. BARATELLA, *Le pene private*, Milano, 2006, *passim*. Per un contributo più recente e focalizzato sull'ambito della responsabilità civile v. F. QUARTA, *Risarcimento e sanzione nell'illecito civile*, Napoli, 2013 (ma sul tema già P. GALLO, *Pene private e responsabilità civile*, Milano, 1996).

<sup>74</sup> Cfr. A. DELL'AQUILA, *La ratio della risoluzione del contratto per inadempimento*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, II, p. 836. Nello stesso senso, già G. GORLA, *Del rischio e pericolo nelle obbligazioni*, Padova, 1934, p. 138 e p. 143 ss.

<sup>75</sup> Sul punto si veda soprattutto A. BELFIORE, *Risoluzione per inadempimento e obbligazioni restitutorie*, in *Scritti in onore di G. Auletta*, II, Milano, 1988, p. 276 ss. L'orientamento qui esposto si può accostare ad un altro che ravvisa il fondamento della risoluzione in un principio di equità per cui essa ha la funzione di prevenire «la possibilità che il contraente non inadempiente, oltre all'*iniuria* dell'inadempimento, incorra pure nell'*iniquità* che la prestazione che egli, in ipotesi, abbia già eseguito, resti nel patrimonio dell'inadempiente». In questo senso A. DELL'AQUILA, *Op. cit.*, p. 858 ss. Questa posizione viene tacciata di eccessiva genericità e le si ribatte che, se per equità s'intende una regola che risolve un conflitto facendo prevalere l'in-

la bontà dell'affermazione per cui il risarcimento si rivela talvolta inadeguato a soddisfare gli interessi del creditore, si può muovere l'obiezione assorbente per cui tale rimedio è autonomo e indipendente rispetto alla risoluzione, e viceversa<sup>76</sup>.

Vi è poi chi sostiene che la disciplina della risoluzione per inadempimento sia preordinata allo scopo di prevenire un ingiustificato arricchimento da parte del contraente infedele<sup>77</sup>. Al riguardo si controbatte che, se l'ordinamento accogliesse tale impostazione, allora al debitore inadempiente dovrebbe essere riconosciuto il diritto a trattenere la controprestazione a fronte dell'obbligo, però, di corrispondere al creditore una somma pari al suo arricchimento, soluzione di cui non c'è traccia nel diritto positivo<sup>78</sup>.

Vista la residualità del rimedio dell'arricchimento ingiustificato, pare più corretto ricondurre il problema alla causa del contratto<sup>79</sup>.

teresse più meritevole di tutela apprestandogli strumenti atti a tale fine, allora tutte le norme di legge sono eque, senza che quella in tema di risoluzione sia in posizione sovraordinata. Di tale avviso è G. SICCHIERO, *Op. ult. cit.*, p. 48.

<sup>76</sup> Così G. SICCHIERO, *Op. ult. cit.*, p. 46, il quale ritiene inconferente il richiamo agli artt. 1223-1225 cod. civ., poiché «evidentemente se la legge pone un argine alle pretese del contraente fedele, ciò significa che al di là del confine così segnato non esiste una posizione giuridicamente rilevante e quindi un diritto da tutelare. È infatti l'ordinamento a dettare le misure delle tutele da apprestare alle pretese dei singoli, sicché salvo il controllo di razionalità costituzionale i criteri di protezione accordata rappresentano la consistenza ontologica del singolo diritto accordato». Conclude l'Autore rilevando che comunque anche la risoluzione rischia di scontare i medesimi limiti che secondo la teoria in esame essa sarebbe deputata a superare: infatti, nel caso in cui il debitore abbia alienato il bene da consegnare a terzi i quali abbiano trascritto il loro acquisto prima della domanda giudiziale di risoluzione e restituzione, oppure l'abbia perso o consumato, la risoluzione non è di alcuna utilità al creditore, mentre il rimedio più idoneo non può che essere il risarcimento.

<sup>77</sup> Ha formulato la tesi in esame G. GORLA, *Op. ult. cit.*, pp. 138-143, p. 172 ss. e p. 194 ss.

<sup>78</sup> A. AULETTA, *Op. ult. cit.*, pp. 125-127. Accoglie la critica G. SICCHIERO, *Op. ult. cit.*, p. 47.

<sup>79</sup> Vi è chi ritiene che, se davvero la questione fosse prospettabile in termini di difetto di causa, il rimedio dovrebbe essere non già lo scioglimento del contratto, bensì la nullità del medesimo, in conformità con il combinato disposto degli artt. 1325 e 1418 c.c. Si vedano in proposito A. AULETTA, *Op. ult. cit.*, pp. 15-20 e p. 173 ss.; E. DELL'AQUILA, *Op. ult. cit.*, pp. 848-849; e G. GORLA, *Op. ult. cit.*, pp. 111-113. La predetta impostazione è ormai pacificamente disattesa dalla dottrina, la quale eleva a pilastro del sistema rimediabile la distinzione tra rimedi che attengono al sinallagma genetico e rimedi che attengono, invece, al sinallagma funzionale. Sul punto, con specifico riferimento alla questione in esame, cfr. ancora una volta G. SICCHIERO, *Op. ult. cit.*, p. 49.

Precisamente, si ritiene piú persuasivo, anche in conformità con l'ultimo orientamento della dottrina e della giurisprudenza, individuare il fondamento della risoluzione per inadempimento nell'esigenza di porre rimedio all'alterazione del sinallagma funzionale del contratto<sup>80</sup>.

Se cosí è, l'interprete potrebbe essere indotto ad aderire alle posizioni sin qui citate e ritenere che la risoluzione per inadempimento non sia suscettibile di rinuncia preventiva, altrimenti si consentirebbe alle parti di alterare la causa del contratto realizzando uno scambio senza corrispettivo<sup>81</sup>. Ma, a ben vedere, non è tanto la risoluzione quanto piuttosto l'azione di esatto adempimento a tutelare davvero il sinallagma funzionale; e, da un lato, tale azione non è di per sé preclusa dal patto d'irrisolubilità, dall'altro, essa è suscettibile di esclu-

<sup>80</sup> Un'indicazione in tal senso proviene, anzitutto, dalla *Relazione al Codice civile*, n. 660. In dottrina si vedano le considerazioni di G. GORLA, *Op. ult. cit.*, p. 97 ss. e 127 ss. (soprattutto con riguardo alla distinzione tra sinallagma genetico e sinallagma funzionale sotto l'egida del codice previgente); E. REDENTI, *Dei contratti nella pratica commerciale*, I, Padova, 1931; E. ENRIETTI, *La risoluzione del contratto in generale*, in *Comm. c.c.* D'Amelio e Finzi, Firenze, 1948, p. 784 ss. e p. 796; F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, Milano, 1959, p. 681 (il quale, però, precisa che la rottura del sinallagma attiene alla causa dell'obbligazione e non alla causa del contratto); F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1985, p. 183 ss.; L. BARASSI, *Teoria generale delle obbligazioni*, cit., pp. 382-404; A. DALMARTELLO, *Risoluzione del contratto*, in *Nov. Dig. it.*, 1969, XVI, pp. 127-128. La tesi è accolta innanzitutto dalla dottrina piú recente (*ex multis*, A. BELFIORE, *Risoluzione*, cit., p. 1309; A. CATAUDELLA, *I contratti*, Torino, 2002, p. 188 ss.; G. CRISCUOLI, *Il contratto*, Padova, 2002, p. 473 ss.; F. GALGANO, *Op. ult. cit.*, p. 560; A. LUMINOSO, *Op. ult. cit.*, p. 2 ss.; M. TAMPONI, *La risoluzione per inadempimento*, in AA.VV., *I contratti in generale*, in *Tratt. contr.* Rescigno, Torino, 1999, II, p. 1477). Gli ultimi due Autori citati, per la verità, non facevano riferimento alla nozione di causa, ma elevavano nondimeno a fondamento della risoluzione la rottura del sinallagma. Nello stesso senso in giurisprudenza cfr., ad esempio, dalla piú recente, Cass., 1° giugno 2004, n. 10477, in *Mass. Giust. civ.*, 2004, p. 6, in *Leggi d'Italia* online; Cass., 4 novembre 2003, n. 16530, in *Rep. Foro it.*, 2003, voce *Contratto in genere*, n. 545, in *Orient. giur. lav.*, 2003, I, p. 966; Cass., 4 gennaio 2002, n. 59, in *Giust. civ.*, 2002, I, 1261; Cass., 23 giugno 2001, n. 8621, in *Riv. giur. lav.*, 2002, II, p. 15, con nota di M.L. SERRANO, *Trasferimento coattivo d'azienda e tutela dei lavoratori*; Cass., 7 febbraio 2001, n. 1773, in *Mass. Giust. civ.*, 2001, p. 224, il cui testo integrale è reperibile in *Juris Data* online; e Cass., 21 dicembre 1998, n. 12769, in *Vita not.*, 1999, p. 208. Per un'analisi delle critiche alla tesi in esame, si rinvia a G. SICCHIERO, *Op. ult. cit.*, pp. 43-45.

<sup>81</sup> Lo riconosce lo stesso G. SICCHIERO, *Op. ult. cit.*, p. 72, il quale pure, nel prosieguo della disamina, conclude nel senso dell'ammissibilità della clausola d'irrisolubilità per inadempimento.

sione per espressa previsione della legge stessa, pur costituendo tale deroga una menomazione ben più grave del sinallagma.

E in ogni caso non è riscontrabile nel codice alcuna indicazione da cui si possa desumere che la tutela del sinallagma funzionale è un valore sovraordinato rispetto a quello dell'autonomia privata, posto a presidio d'interessi di natura pubblicistica, o comunque diversi da quelli delle parti. In altre parole, non vi sono elementi per affermare l'indisponibilità dell'interesse in questione, ma semmai si possono individuare indizi in senso contrario.

In primo luogo, il codice del consumo inserisce la clausola volta ad «escludere o limitare le azioni o i diritti del consumatore nei confronti del professionista o di un'altra parte in caso di inadempimento totale o parziale o di adempimento inesatto da parte del professionista» nel novero delle clausole vessatorie (sia quelle *ex art. 33* che quelle *ex art. 36*). Ora, postulando la coerenza del sistema ordinamentale, se il legislatore del codice del consumo avesse reputato tali clausole già nulle ai sensi del del codice civile, non avrebbe avuto alcun bisogno di sancirne la vessatorietà ai sensi della disciplina consumeristica<sup>82</sup>.

<sup>82</sup> L'argomento può essere taciato d'ingenuità, nella misura in cui presuppone un perfetto coordinamento tra il codice del consumo e il codice civile che, in realtà, probabilmente è lungi dall'essere raggiunto. In effetti, non si può negare che il legislatore del codice del consumo, nell'elaborare la "lista grigia" e la "lista nera" non abbia tenuto conto della considerazione che tali clausole avrebbero avuto ai sensi della parte generale sul contratto (e soprattutto dell'art. 1218 c.c.), ma sia almeno consentito replicare che talvolta per analizzare una fattispecie è necessario presupporre un certo grado di coerenza interna del sistema, altrimenti s'incorre nel rischio che la confusione paralizzi la ricerca. Per una riflessione sui rapporti tra codice del consumo e codice civile si vedano, per tutti, N. IRTI, "Codici di settore": *compimento della "decodificazione"*, in *Dir. soc.*, 2005, p. 131 ss., spec. p. 134, ove si legge che «il codice civile sopravvive soltanto come *disciplina residuale*, a cui l'interprete ricorre dopo aver utilizzato, anche con i metodi dell'analogia, tutte le energie espansive dei codici di settore»; A. GENTILI, *Codice del consumo ed esprit de géométrie*, in *Contratti*, 2006, p. 159; F. ADDIS, *Il «codice» del consumo, il codice civile e la parte generale del contratto*, in *Obbl. contr.*, 2007, p. 872 ss.; G. DE CRISTOFARO, *Le disposizioni «generaliste» e «finali» del Codice del consumo: profili problematici*, in *Contr. impr./Eur.*, 2006, spec. pp. 48-50; ID., *Il «codice del consumo»*, in *Leggi civ. comm.*, 2006, p. 765, secondo cui «l'estrapolazione dal cod. civ. delle relative disposizioni ed il loro inserimento in un cod. di settore dedicato al solo diritto dei consumi renderanno d'ora in poi assai più difficile elaborare ed argomentare un adeguato fondamento giustificativo ad un'eventuale applicazione analogica di dette discipline a negozi conclusi da professionisti con enti collettivi o persone fisiche che

In secondo luogo, come condivisibilmente osserva autorevole dottrina, è lo stesso art. 1453 cod. civ. a consentire alla parte insoddisfatta di scegliere tra risoluzione ed esecuzione in forma specifica, salva sempre la possibilità di domandare il risarcimento<sup>83</sup>. A ciò si aggiunge, quale altro profilo di disponibilità del rimedio risolutorio, il fatto che la parte fedele è libera di escludere implicitamente il rimedio in questione non solo non agendo in giudizio per farlo valere (in via diretta o riconvenzionale), ma anche non eccependo il suo verificarsi in via stragiudiziale, posto che la risoluzione di diritto non è rilevabile d'ufficio<sup>84</sup>. Si argomenta, inoltre, dalla riconosciuta liceità

abbiano agito per scopi inerenti alla propria attività professionale o imprenditoriale»; e M.G. FALZONE CALVISI, *Il «taglia e incolla» non si addice al legislatore*, in *Contr. impr./Eur.*, 2006, p. 104 ss.

<sup>83</sup> Risulta ormai pacifico, anche in giurisprudenza, che l'azione risarcitoria possa essere esperita in via autonoma rispetto a quella di risoluzione. Per tutte, si veda Cass., 24 novembre 2010, n. 23820, in *Mass. Giust. civ.*, 2010, in *Leggi d'Italia*, ove si legge che «la domanda di risarcimento dei danni per inadempimento contrattuale può essere proposta congiuntamente o separatamente da quella di risoluzione, giacché l'art. 1453 c.c., facendo salvo in ogni caso il risarcimento del danno, esclude che l'azione risarcitoria presupponga il necessario esperimento dell'azione di risoluzione del contratto, con la conseguenza che non può ritenersi implicita nella proposizione della domanda risarcitoria quella, autonoma, di risoluzione del contratto». Per una riflessione più ampia cfr. G. SICCHIERO, *La risoluzione per inadempimento*, cit., p. 448 ss.

<sup>84</sup> Così L. BARASSI, *Teoria generale delle obbligazioni*, III, cit., p. 402; E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, III, 2-IV, cit., p. 616. La medesima considerazione si legge in R. SACCO, *Il contratto*, II, cit., p. 616, il quale, però, nelle edizioni precedenti, dubitava dell'ammissibilità di una clausola sul modello della *sole remedy*. Una simile clausola, rendendo incerta la possibilità di ottenere la controprestazione, avrebbe rischiato di trasformare il contratto in un gioco o in un arricchimento ingiustificato della parte inadempiente. L'A. sottolinea l'immoralità della speculazione di una parte sul proprio futuro inadempimento e fonda su tale elemento, come meglio si dirà, la tesi per cui l'inammissibilità del patto vale solo con riguardo alla risoluzione per inadempimento e non relativamente alle altre due figure di risoluzione giudiziale. Sacco muta opinione, come lui stesso dichiara, nell'edizione del *Contratto* del 2004, ove afferma: «una riflessione esaustiva sul tema ha potuto concludere a favore della validità della clausola, purché rimangano operanti i rimedi rivolti all'adempimento e al risarcimento del danno, e venga rispettato l'art. 1229, nei confini suoi propri» (ID., *Il contratto*, cit., 2, Torino, 2004, p. 617). Nel senso della non rilevanza d'ufficio della risoluzione cfr., per tutti, G. AMADIO, *Inattuazione e risoluzione: la fattispecie*, in *Tratt. contr.* Roppo, V, 2, Milano, 2006, p. 8. In senso contrario, M. PROTO, *Termine essenziale e adempimento tardivo*, Milano, 2004, p. 104 ss., il quale prende le mosse proprio dalla convinzione che invece l'avvenuta risoluzione stragiudiziale sia rilevabile d'ufficio per sostenere l'indisponibilità del rimedio risolutorio.

del *pactum de non exequendo*: se si ammette tale patto, il quale impedisce di agire *tout court*, non si vede per quale ragione dovrebbe negarsi l'ammissibilità di un accordo che impedisce semplicemente di agire in risoluzione<sup>85</sup>.

Ulteriore considerazione a sostegno della tesi – pur con qualche riserva sul fatto che da lí si possa trarre un principio generale – è la previsione nella disciplina di alcuni contratti speciali di un'irrisolubilità *ex lege*<sup>86</sup>. Si pensi al contratto di rendita vitalizia per il quale l'art. 1878 cod. civ. prevede che, in caso di mancato pagamento delle rate scadute, il creditore non possa domandare la risoluzione, ma solo il sequestro e la vendita dei beni del debitore fino a concorrenza dell'ammontare dovuto; oppure l'art. 1976 cod. civ., ai sensi del quale non può domandarsi, salva deroga espressa delle parti, la risoluzione della transazione per inadempimento se il rapporto preesistente è stato estinto per novazione<sup>87</sup>.

Cosí argomentata la liceità del patto in esame, si pone il problema dell'assoggettabilità all'art. 1229 cod. civ. Parte della dottrina propende per la risposta affermativa e dunque ritiene il patto valido soltanto nei limiti della colpa lieve<sup>88</sup>. Osserva tale dottrina che il codice civile

<sup>85</sup> In questo senso F. CARRESI, *Il contratto*, in *Tratt. dir. civ. comm.* Cicu-Mes-sineo, Milano, 1987, p. 906, nt. 539. Nel senso della natura dispositiva delle norme sulla risoluzione per inadempimento cfr. L. BARASSI, *Op. ult. cit.*, p. 399. Più recentemente, condivide l'ammissibilità del patto in questione G. SICCHIERO, *Op. ult. cit.*, p. 393 ss.

<sup>86</sup> Esprime tale riserva G. SICCHIERO, *Op. ult. cit.*, p. 395.

<sup>87</sup> Risulta evidente la *ratio legis* della seconda disposizione citata: quando la transazione è novativa, essa estingue il rapporto controverso facendo sorgere un nuovo rapporto, il quale «assume una configurazione inconciliabile con quella del rapporto originario». La riviviscenza delle obbligazioni nascenti da quest'ultimo rapporto è giustificata solo da un'espressa volontà negoziale delle parti. In questi termini si esprime la *Relazione del Guardasigilli al Progetto Ministeriale - Libro delle Obbligazioni*, 1941, n. 637. Riguardo a quest'ultima norma è interessante notare, in linea con le riserve sopra espresse, che la giurisprudenza tende ad accoglierne un'interpretazione restrittiva riferendola, da un lato, alla sola transazione novativa, dall'altro, alla sola risoluzione per inadempimento e non a quella per impossibilità sopravvenuta. Cfr., ad esempio, Cass., 28 agosto 1993, n. 9125, in *Contratti*, 1993, p. 677.

<sup>88</sup> Nella dottrina contemporanea questa tesi è sostenuta con particolare vigore da F. DELFINI, *I patti sulla risoluzione per inadempimento*, Milano, 1998, p. 76 ss. Altri Autori giungono a un risultato sostanzialmente analogo citando, in luogo dell'art. 1229 cod. civ., gli artt. 1487 e 1490 cod. civ. Da tali norme – le quali consentono alle parti di restringere o escludere le garanzie della vendita salvo quando il verificarsi dei presupposti per far valere le garanzie medesime sia dipeso dal fatto proprio del venditore – si ricaverebbe che il patto d'irrisolubilità è ammissibile solo nel

nell'utilizzare il termine «responsabilità» non farebbe riferimento soltanto all'obbligo risarcitorio, ma anche a tutte le altre conseguenze dell'inadempimento, inteso nella sua dimensione fattuale, tra cui non può che essere ricompresa la risoluzione. Pertanto, sarebbe idonea a limitare o escludere la responsabilità del debitore anche una clausola con cui si sottrae il suo inadempimento rispettivamente a uno solo tra i rimedi previsti dall'art. 1453 cod. civ. o a tutti in blocco<sup>89</sup>.

La tesi, a quanto risulta, non è mai stata impiegata dalla giurisprudenza per fondare la nullità di un patto di rinuncia preventiva alla risoluzione, ma è stata nondimeno sostenuta da alcune pronunce della Cassazione in *obiter*<sup>90</sup>. In particolare, la più volte citata sentenza delle Sezioni Unite sulle clausole di tetto massimo ha affermato che l'art. 1229 cod. civ. disciplina non solo le clausole che limitano il grado di diligenza cui è tenuto il debitore, ma anche quelle che incidono sugli effetti dell'inadempimento imputabile, vuoi escludendo la risolubilità del contratto per certi tipi d'inadempimento, vuoi limitando il risarcimento del danno derivante dall'inadempimento medesimo<sup>91</sup>.

caso d'inadempimento non imputabile. In questo senso V. ROPPO, *Il contratto*, 2<sup>a</sup> ed., in *Tratt. dir. priv.* Iudica e Zatti, Milano, 2011, p. 882.

<sup>89</sup> Così A. AULETTA, *La risoluzione per inadempimento*, cit., p. 490; e Francesco BENATTI, *Contributo allo studio delle clausole di esonero da responsabilità*, Milano, 1971, p. 67. In senso contrario, già U. CARNEVALI, *Della risoluzione per inadempimento*, in *Comm. c.c.* Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1990, p. 110. Più recentemente, si veda sin d'ora G. STICCHIERO, *La risoluzione per inadempimento*, cit., p. 395; nonché L. BERTINO, *Sulla validità di una clausola di irresolubilità del contratto per inadempimento*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2013, p. 536 ss. Più di recente, F. LONGBUCCO, *Op. cit.*, *passim*.

<sup>90</sup> Cass. 18 giugno 1980, n. 3866, in *Mass. Foro it.*, 1980, c. 975, il cui testo integrale non è purtroppo reperibile, ove si legge che «il patto con cui uno dei contraenti rinuncia preventivamente al diritto potestativo di chiedere la risoluzione del contratto per inadempimento della controparte deve risultare (a parte la questione della validità di una intesa siffatta in relazione all'art. 1229, Codice civile) da un'esplicita manifestazione di volontà o da elementi concludenti, univoci ed incompatibili con l'intento di conservare il potere anzidetto...». Il richiamo all'art. 1229 cod. civ. è contenuto, sempre in *obiter*, anche in una sentenza recente. Si fa riferimento a Cass., 9 maggio 2012, n. 7054, in *Giur. it.*, 2012, p. 2255, con nota critica di G. STICCHIERO, *Nullità della clausola di rinuncia alla risoluzione e massime mentitorie*. Chiarisce l'Autore che dalla massima della sentenza presenta l'applicabilità dell'art. 1229 cod. civ. al patto d'irrisolubilità come un principio generale, là dove, in realtà, il caso di specie era stato risolto nel senso che la clausola contenuta nel contratto stipulato dalle parti non conteneva «alcun patto di esclusione del diritto alla risoluzione per inadempimento».

<sup>91</sup> Cass., Sez. Un., 1 luglio 1994, n. 6225, cit.

Qualunque sia la rilevanza che si ritiene di assegnare agli *obiter*, non essendo essi sorretti da una motivazione, non paiono di grande utilità ai fini della presente indagine<sup>92</sup>. In ogni caso, le pronunce di legittimità successive alla giurisprudenza appena citata non si sono poste il problema della riconduzione del patto all'art. 1229 cod. civ. Tra queste, anzi, una ha confermato il rigetto della domanda di risoluzione del contratto senza però fare menzione della circostanza che questo conteneva un espresso patto di irrisolubilità, quasi lo ritenesse non solo non assorbente ma addirittura irrilevante ai fini della decisione<sup>93</sup>.

La tesi dell'applicabilità dell'art. 1229 cod. civ. al patto di cui si sta discorrendo, cioè il patto di esclusione del solo rimedio risolutivo, non pare condivisibile per una serie di ragioni. In primo luogo, il patto non preclude il risarcimento del danno e dunque lascia im-

<sup>92</sup> Per un'ampia riflessione sul valore degli *obiter* cfr. G. GORLA, *Precedente giudiziale*, in *Enc. giur. Treccani*, XXIII; Roma, 1990; e M. BIN, *Il precedente giudiziario. Valore e interpretazione*, Padova, 1995.

<sup>93</sup> Il caso cui si fa riferimento è quello sottoposto a Cass., 2 ottobre 2014, n. 20842, il cui testo è reperibile nella banca dati (*online*) *Leggi d'Italia*. La clausola era contenuta nel contratto di vendita tra una società e un consumatore (tant'è che si fa menzione nella sentenza della specifica approvazione della medesima) di un autoveicolo, poi rivelatosi difettoso, ed era formulata in modo da escludere l'esperibilità della risoluzione o della riduzione del prezzo. Se la sentenza di primo grado ha rigettato la domanda di risoluzione accogliendo l'eccezione della società convenuta, fondata sulla clausola di rinuncia preventiva alla risoluzione, la sentenza della Corte d'Appello ha motivato sulla base di argomentazioni diverse. Più precisamente, la Corte ha osservato quanto segue: «a) che il D.G. non aveva fornito alcuna prova per dimostrare, da un punto di vista tecnico, che gli asseriti vizi potessero rientrare nella previsione degli artt. 1490 e 1497 c.c., non avendo depositato alcuna perizia tecnica né chiesto disporsi consulenza tecnica d'ufficio, e non potendo sopperire a tale carenza le dichiarazioni dei testi, ai quali non è consentito esprimere valutazioni di ordine tecnico; b) che dagli atti risultava che la vettura in un anno aveva percorso quasi 20.000 km., e dalle tre fatture esibite dalla [omissis], relative ai tagliandi periodici, risultavano eseguiti dell'officina della [omissis] solo interventi di manutenzione ordinaria (cambio lubrificanti, filtri, cinghie, materiali di consumo), mentre non risultava descritto alcun intervento relativo al cambio o alle turbolenze, né era stata prodotta altra documentazione relativa ai difetti denunciati; c) che, in considerazione delle circostanze innanzi indicate, da cui si evinceva che l'auto era stata usata con regolarità, doveva sicuramente escludersi che i difetti lamentati dall'attore fossero tali da rendere il veicolo inidoneo all'uso o da diminuirne in modo apprezzabile il valore, ovvero da renderlo carente delle qualità promesse o essenziali per l'uso cui era destinato; d) che, in ogni caso, avendo il D.G. utilizzato regolarmente la vettura per circa un anno (così trasformandola per l'inevitabile usura dovuta all'uso quotidiano) l'azione di risoluzione gli era preclusa, ai sensi dell'art. 1492 c.c., comma 3».

pregiudicata la responsabilità integrale del debitore, intesa in senso tecnico<sup>94</sup>. In secondo luogo, il patto non preclude l'azione di esatto adempimento. Allora, se è vero che la *ratio* dell'art. 1229 cod. civ. è quella di garantire un minimo di serietà dell'impegno all'adempimento o un minimo di tutela al creditore o di preservare intatta la causa del contratto, il patto in questione non vi ricade.

A queste considerazioni si aggiunga che i criteri del dolo e della colpa grave sono propri della responsabilità ma estranei al giudizio di risoluzione: sebbene la dottrina maggioritaria ritenga che presupposto implicito della risoluzione in questione sia un inadempimento imputabile (altrimenti si verterebbe nella risoluzione per impossibilità), il giudice valuterà detto elemento soltanto ai fini della decisione in merito alla condanna risarcitoria, mentre ai fini dello scioglimento del contratto valuterà essenzialmente la non scarsa importanza dell'inadempimento<sup>95</sup>.

##### 5. *La clausola di esclusione di tutti i rimedi contro l'inadempimento o patto di irrisolubilità in senso lato*

La conclusione che si è raggiunta nel paragrafo precedente in merito al patto con il quale le parti escludono il rimedio risolutorio (c.d. patto di irrisolubilità in senso stretto) potrebbe mutare nel caso in cui il patto escluda in blocco tutti i rimedi previsti dall'art. 1453 cod. civ. (c.d. patto di irrisolubilità in senso lato).

Non a caso la giurisprudenza, che per il primo patto aveva prospettato la nullità *ex art.* 1229 cod. civ. soltanto in *obiter*, ha invece fondato sulla norma la decisione di dichiarare nullo oltre i limiti della colpa lieve il secondo patto, con cui il compratore di un autoveicolo aveva rinunciato preventivamente e incondizionatamente alle azioni di risoluzione e di risarcimento dei danni per ogni ipotesi di ina-

<sup>94</sup> Ancora una volta cfr. G. SICCHIERO, *La risoluzione per inadempimento*, cit., p. 395, il quale rileva quanto segue: «una volta rilevato che il risarcimento del danno è scollegato dalla necessità di una pronuncia risolutoria, la rinuncia a questa non trova più alcun referente in quel divieto, giacché la parte danneggiata ben potrebbe trovare ristoro proprio nel solo risarcimento, a prescindere da ogni altra tutela quale quella di esecuzione coattiva, ove praticabile».

<sup>95</sup> Sull'inclusione della colpa o dell'imputabilità tra i presupposti della risoluzione per inadempimento, cfr. ampiamente G. SICCHIERO, *La risoluzione per inadempimento*, cit., p. 160 ss.

dempimento del venditore<sup>96</sup>. La pronuncia merita attenzione sotto diversi profili. Anzitutto, la Cassazione sembra dare per presupposta l'ammissibilità del patto in esame. Quale sarebbe, infatti, l'utilità d'interrogarsi sui limiti di qualcosa che non è neppure lecito concepire? Ma l'ammissibilità di una clausola di portata così ampia è lungi dall'essere pacifica.

Le perplessità espresse dalla dottrina già con riferimento all'esclusione della sola risoluzione diventano ancor più pregnanti e giustificate: in sostanza, pattuire una simile clausola significa far sopportare al creditore sin dal momento della stipula del contratto il rischio di effettuare un'attribuzione irripetibile e priva di qualunque corrispettivo, tanto in forma specifica, quanto per equivalente. In altre parole, l'irrisolubilità in senso lato, com'è stato osservato, trasforma il negozio in una scommessa, vanificando il sinallagma funzionale e procurando un ingiustificato arricchimento in capo alla parte inadempiente<sup>97</sup>.

Alcuni, in particolare una risalente sentenza, concludono che tanto basta ad affermare la nullità della clausola o dell'intero contratto, appunto per mancanza di causa<sup>98</sup>. In realtà questa conclusione pare eccessivamente generalizzata. Ai fini di una maggior accuratezza dell'analisi, bisognerebbe distinguere tra l'ipotesi in cui la clausola è bilaterale e quella in cui essa è invece unilaterale.

Nel caso in cui il patto sia a favore di entrambe le parti non si pone tanto un problema di causa quanto piuttosto di esclusione di

<sup>96</sup> Cass., 30 ottobre 1965, n. 2324, cit.

<sup>97</sup> Sottolinea questo aspetto A. D'ANGELO, *Le promesse unilaterali*, in *Comm. c.c.* Schlesinger, Milano, 1996, p. 504. Come osservava R. SACCO, *Il contratto*, cit., loc. ult. cit., la clausola trasforma il contratto in una donazione (però senza spirito di liberalità) o in una pura scommessa. In questo senso cfr. anche C.M. BIANCA, *Op. ult. cit.*, p. 477. *Contra*, F. DELFINI, *Autonomia privata e risoluzione del contratto per inadempimento*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2014, p. 569 ss., il quale osserva quanto segue: «non sarebbe neppure certo che, pur negandosi validità alla clausola di irresolubilità, il contraente fedele sia sempre e indefettibilmente posto al riparo dalla possibilità che il negozio concluso si risolva in un ingiustificato arricchimento della controparte per la impossibilità di ottenere la restituzione della propria prestazione. Si pensi al caso in cui la prestazione del contraente fedele consista in un *facere*, da adempiere per primo: qualor' l'obbligazione sia stata adempiuta, anche il rimedio risolutorio, in ipotesi non escluso, non gli garantirebbe alcunché».

<sup>98</sup> La sentenza è Cass., 30 ottobre 1965, n. 2324, in *Foro it.*, 1996, I, c. 1459, la quale afferma la nullità della clausola in quanto «elide la stessa causa del contratto». In dottrina si v. U. CARNEVALI, *Op. ult. cit.*, p. 110, e G. SICCHIERO, *La risoluzione per inadempimento*, cit., *passim*, e p. 403.

quella «forza di legge» che l'art. 1372 cod. civ. attribuisce al contratto. Per alcuni la conseguenza sarebbe comunque la nullità – vuoi della sola clausola, vuoi dell'intero contratto – in quanto la volontà delle parti di non creare un impegno giuridicamente vincolante si traduce nella volontà di non creare un'obbligazione<sup>99</sup>. Se ciò è vero, però, la questione dovrebbe spostarsi dal piano della nullità al piano della qualificazione dell'accordo: non potrà parlarsi di contratto, ma, semmai, di *gentlemen's agreement* e il patto in esame assumerebbe la funzione di una *honourable pledge clause*<sup>100</sup>.

A chi obietta che la sussunzione in questa categoria non salva comunque il patto da nullità, in quanto, se una delle parti ha eseguito la sua prestazione, si realizza comunque uno spostamento patrimoniale privo di causa, si può replicare che quest'ultima è elemento essenziale dei soli accordi qualificabili come contratti e non di qualun-

<sup>99</sup> L'osservazione è di C.M. BIANCA, *Op. ult. cit.*, pp. 475-476, il quale sostiene la caducazione della sola clausola e non dell'intero contratto.

<sup>100</sup> Per una panoramica sull'istituto nei suoi ordinamenti d'origine cfr. D. ALLEN, *The Gentleman's Agreement in Legal Theory and in Modern Practice*, in *Anglo-Am. L. Rev.*, 29, 2000, p. 204. Per quanto riguarda l'ordinamento italiano, se qualche tempo fa la dottrina era restia ad accogliere il concetto di *gentlemen's agreement* (per tutti, B. GARDELLA TEDESCHI, *Gentlemen's agreement*, in *Riv. dir. civ.*, 1990, II, p. 731 ss.), più di recente si è riscontrata una maggiore apertura, tanto che in alcune pagine si legge che la nozione in esame «è ormai entrata nel nostro linguaggio comune ad indicare, genericamente, un accordo, un'intesa, un impegno assunto esclusivamente sul piano dell'onore, della lealtà e della correttezza». Così si esprime R. MARTINI, *Gentlemen's agreement*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, VIII, Torino, 1992, p. 639 ss. In giurisprudenza si vedano Trib. Roma, 10 ottobre 1955, in *Temi romani*, 1956, p. 150 ss., il quale però ha qualificato l'accordo come un contratto in cui la vincolatività giuridica è rafforzata da quella morale; e Trib. Crotone, 5 luglio 1999, in *Giust. civ.*, 2000, I, p. 1175 ss., con nota di F. DI MARZIO, *Gentlemen's agreement e contratto*, nella cui massima si legge che «l'espressa qualificazione di un accordo come *gentlemen's agreement* contenuta in una scrittura stipulata fra soggetti legati da una relazione sociale intensiva (nella specie, appartenenti ad un'unica organizzazione economica) induce a ritenere che le parti abbiano consapevolmente inteso assumere un impegno rilevante non sul piano giuridico, ma esclusivamente su quello d'onore, della lealtà e della correttezza e quindi, come tale, un impegno connotato dalla mancanza di forza giuridicamente vincolante e insuscettibile di esecuzione per legge». La sentenza è commentata anche da S. UGOLINI, *I gentlemen's agreements sono giuridicamente vincolanti?*, in *Contr. impr.*, 2001, p. 1050 ss., nonché da S. SICA, *Gentlemen's agreements e intento giuridico negativo: elaborazione dottrinale e «risveglio» giurisprudenziale*, in *Contratti*, 2001, p. 621. Più ampiamente si veda ID., *Gentlemen's agreement e intento giuridico*, Napoli, 1995, *passim*.

que accordo<sup>101</sup>. Una “contrattualizzazione” del *gentleman’s agreement* – o comunque un’estensione al medesimo delle categorie tipiche del contratto – appare giustificata solo nel caso in cui l’accordo presenti un oggetto o una causa illecita<sup>102</sup>. In tali ipotesi, infatti, la mancata equiparazione dell’accordo al contratto varrebbe a legittimare l’autonomia privata a ottenere i medesimi risultati pratici che otterrebbe dando veste giuridica al patto, eludendo però la disciplina inderogabile di legge<sup>103</sup>.

A quanti, invece, come si è detto, sostengono la nullità del patto d’irrisolubilità in senso lato e bilaterale, indipendentemente dalla qualifica come *gentleman’s agreement*, perché esso denota una volontà non seria delle parti, si può ribattere che ciò non è sempre vero. Potrà esserlo tutte le volte in cui la scelta di ricorrere a un accordo non giuridico non sia dettata da alcun interesse, o quantomeno da alcun interesse meritevole di tutela, oppure sia determinata da una specie di riserva mentale incrociata per cui ciascuna parte, nel suo foro interno, è già consapevole che non adempirà ma confida nell’adempimento dell’altra<sup>104</sup>. Non lo sarà invece ogniqualvolta emerga, da un’ana-

<sup>101</sup> L’obiezione è di G. SICCHIERO, *Op. ult. cit.*, p. 399, il quale ammonisce che anche in questo caso l’*accipiens* non potrebbe trattenere la prestazione già ricevuta, in quanto la stessa è priva di causa.

<sup>102</sup> Parte della dottrina aggiunge l’ipotesi in cui l’accordo non giuridico sia utilizzato per compiere un trasferimento immobiliare. In questo senso si veda, innanzitutto, F. GAZZONI, *Atipicità del contratto, giuridicità del vincolo e funzionalizzazione degli interessi*, in *Riv. dir. civ.*, 1978, I, p. 52, il quale afferma che «la costituzione o il trasferimento di diritti reali (art. 1376 c.c.), in quanto fenomeni prettamente giuridici, non possono essere realizzati a titolo convenzionale e derivativo se non per mezzo di atti negoziali». Conformemente, cfr. F. DI MARZIO, *Illiceità delle clausole abusive*, in *Giust. civ.*, 1999, II, p. 1185; e G. MARINI, *Promessa ed affidamento nel diritto dei contratti*, Napoli, 1995, p. 326.

<sup>103</sup> Cfr. P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Gratuità, liberalità e solidarietà. Contributo allo studio della prestazione non onerosa*, Milano 1998, p. 89 ss., il quale cita a titolo di esempio la disciplina che regola i rapporti tra locatore e conduttore, tra datore di lavoro e dipendente, tra banca e cliente, produttore e consumatore, e in generale. Quando le parti trasformano tali contratti in accordi non giuridici inserendovi la c.d. *honourable pledge clause*, gli stessi devono essere ricondotti nell’alveo contrattuale cosicché le pattuizioni elusive possano essere sostituite di diritto con le norme imperative pertinenti.

<sup>104</sup> La riflessione – che si ritrova in F. DI MARZIO, *Op. cit.*, p. 1185; e G. MARINI, *Op. cit.*, p. 335 – s’inserisce nel più ampio dibattito sulla rilevanza dell’interesse giuridico allo stato puro e sulla dialettica tra *deliberate no-law* e *contextual no-law*. Senza voler in questa sede approfondire la questione, ci si limita a rammentare in merito ad essa vige in dottrina una dicotomia tra una concezione volontaristica

lisi del caso concreto, che le parti hanno davvero inteso impegnarsi sul piano dell'onore e che sussiste in capo alle medesime un interesse a prestare fede al patto, indipendentemente dalla sua coercibilità, ad esempio per ragioni di reputazione<sup>105</sup>.

Stabilito che l'argomento della nullità per mancanza di causa del contratto irrisolvibile è applicabile al solo caso in cui la clausola d'irrisolvibilità sia stata pattuita in favore di una sola parte, si può provare a confutarlo. In dottrina si è replicato che la nullità per difetto di causa deriva dalla mancanza della promessa di una contropresta-

del contratto e una concezione precettiva. Secondo la prima, perché possa esistere un contratto le parti devono manifestare la volontà di considerarsi vincolate ad esso e di realizzarne gli effetti. Tra i principali esponenti di questa concezione si possono citare, dai più risalenti, B. WINDSHEID, *Diritto delle Pandette*, trad. it. di Fadda e Bensa, Torino, 1925, I, p. 202; F.K. VON SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale*, trad. it. di Scialoja, Torino, 1889, III, p. 123; C. GRASSETTI, *Rilevanza dell'intento giuridico in caso di divergenza dall'intento empirico*, Milano, 1936; G. GORLA, *Il contratto. Problemi fondamentali trattati con il metodo comparativo e casistico*, Milano, 1955, I, p. 163; V. PIETROBON, *L'errore nella dottrina del negozio giuridico*, Padova, 1963, p. 283 ss.; G. CHECCHINI, *Rapporti non vincolanti e regola di correttezza*, Padova, 1977, p. 153; e F. CARRESI, *Il contratto*, I, Milano, 1987, p. 20 ss. Secondo la concezione precettiva, invece, non valorizzano l'intento giuridico positivo delle parti, ma l'accordo nella sua dimensione oggettiva: una volta che le parti ne hanno determinato il contenuto secondo uno dei tipi apprestati dalla legge, è automatica la sua "giuridicizzazione" e la sua efficacia si spiega indipendentemente dall'*habitus* psicologico delle parti stesse. Fattori di questa posizione sono, tra gli altri, R. SCOGNAMIGLIO, *Negozio giuridico*, in *Enc. giur.* Treccani, XX, 1990, p. 13; G. MARINI, *Op. cit.*; G. MESSINA, *Negozi fiduciari*, 1910, ora in *Scritti giuridici*, I, Milano, 1948, p. 42 ss.; L. CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, 1949, p. 64; R. MARTINI, *Gentlemen's Agreement*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., VIII, Torino, 1992, p. 649; ed E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, 1960, p. 96.

<sup>105</sup> Del resto, l'elemento essenziale del *gentleman's agreement* è proprio l'onore delle parti; senza di esso, senza questo vincolo morale simile a quello che giustifica la *soluti retentio* nelle obbligazioni naturali, non potrebbe forse neppure immaginarsi «un accordo che non è accordo, stipulato tra due persone, nessuna delle quali è un gentiluomo e ciascuna delle quali si aspetta che l'altra sia strettamente vincolata sapendo in realtà di non esserlo». Così si possono tradurre le parole di Lord Vaisly «*an agreement which is not an agreement, made between two persons, neither of whom is a gentleman, whereby each expects the others to be strictly bound without himself being bound at all*», che si leggono in *An unreported interlocutory observation, Bloom v. Kinder*, 1958, T.R., p. 91. Sottolinea bene il fatto che l'accordo è vincolante per le "sanzioni sociali" cui rischierebbe di andare incontro la parte infedele S. MACAULAY, *Non contractual relations in business: a preliminary study*, in *Am. Soc. Rev.*, 1963, XXVIII, p. 55 ss.

zione e non dall'incertezza di ottenere poi in concreto la controprestazione medesima, salvo nel caso in cui si accerti che il negozio dissimula una donazione<sup>106</sup>.

In effetti, se così non fosse, si dovrebbe concludere per la non deducibilità in condizione dell'adempimento o dell'inadempimento, nonché per l'invalidità dell'intera categoria dei contratti aleatori non rientranti tra quelli espressamente previsti dalla legge, laddove non solo ciò non sarebbe corretto, ma sarebbe anche contrario all'impostazione del codice, il quale, all'art. 1469 cod. civ. consente alle parti vuoi di estendere l'alea normale di un contratto commutativo, vuoi di trasformare quest'ultimo in un vero e proprio contratto aleatorio, come come si è chiarito in altra sede<sup>107</sup>.

Vero è che il contratto irrisolvibile e ineseguibile in forma specifica non è completamente assimilabile al contratto aleatorio. Se in quest'ultimo il rischio sopportato dal creditore è quello dell'impossibilità della prestazione, nel primo il rischio è quello dell'inadempimento; se nel contratto aleatorio il rischio di non ottenere la prestazione dipende da un evento esterno al creditore e quindi, in certa misura, casuale, per usare un termine proprio del lessico della condizione, nel contratto irrisolvibile e incoercibile detto rischio dipende – se non in tutto, almeno in parte – dalla volontà del debitore. E non può negarsi che, non temendo il debitore di soggiacere ad alcuna conseguenza negativa se non adempie, il sinallagma rischi di essere rimesso alla sua mera volontà.

Questo avvicina la funzione del patto a quella di una condizione meramente potestativa. Sennonché, quest'ultima, come si evince chiaramente dalla lettera dell'art. 1355 cod. civ., rende nullo il contratto cui è apposta quando è sospensiva, mentre il patto d'irrisolvibilità non sospende l'efficacia del contratto, non posticipa il sorgere dell'obbligazione di eseguire le reciproche prestazioni, tant'è che la parte poi rivelatasi infedele potrebbe aver già ricevuto la sua e perciò potrebbe porsi un problema d'ingiustificato arricchimento<sup>108</sup>. L'obiezione po-

<sup>106</sup> In questo senso, per tutti, G. GORLA, *Del rischio e pericolo nelle obbligazioni*, cit., p. 153, secondo il quale la causa del contratto sinallagmatico deve ravvisarsi nello scambio dei diritti di obbligazione e non nello scambio dell'effettiva esecuzione dei medesimi.

<sup>107</sup> Si rinvia al paragrafo dedicato al potere delle parti di escludere la risoluzione per impossibilità e per eccessiva onerosità sopravvenuta. Si veda, comunque, sin d'ora R. NICOLÒ, *Alea*, in *Enc. dir.*, I, Milano, s.d. (ma 1958), pp. 1027-1028.

<sup>108</sup> Sull'applicabilità della nullità alla sola condizione meramente potestativa so-

trebbe però – e forse non a torto – essere tacciata di eccessivo formalismo e dunque non pare di per sé sola sufficiente a legittimare sotto questo profilo il patto in esame.

Vi è nondimeno un altro rilievo che può forse riuscire, almeno in certa misura, nell'intento. La giurisprudenza consolidata tende a interpretare in maniera restrittiva la nozione di condizione meramente potestativa, escludendo la nullità *ex art. 1355 cod. civ.* ogniqualvolta la scelta di eseguire o meno la prestazione oggetto del contratto non sia rimessa al mero arbitrio del debitore ma sia comunque dettata da qualche interesse, per quanto poco significativo, o implichi almeno una riflessione ponderata sui pro e i contro<sup>109</sup>.

Ora, in primo luogo, la parte in favore della quale è stata pattuita la clausola potrebbe avere interesse ad adempiere per ricevere la controprestazione, giacché, se si rende inadempiente quando non l'ha an-

spensiva cfr., a titolo di esempio, Cass., 15 settembre 1999, n. 9840, in *Giur. it.*, 2000, p. 1161 ss. A rigore, non si tratta neppure di una condizione risolutiva meramente potestativa: la condizione risolutiva, infatti, comporterebbe comunque al suo verificarsi gli effetti restitutori propri della risoluzione, ancorché assistiti da una retroattività reale, effetti che invece le parti mirano a escludere. L'osservazione è di G. SICHIERO, *Op. ult. cit.*, pp. 397-398.

<sup>109</sup> Sul punto cfr., innanzitutto, Cass., 16 gennaio 2006, n. 728, in *Guida dir.*, 2006, 13, p. 85 ss., nella cui motivazione si legge che la condizione «è meramente potestativa, con conseguente sanzione di nullità *ex art. 1355 cod. civ.*, quando l'efficacia del negozio è collegata non già ad una ponderata valutazione di seri od apprezzabili motivi e delinea un'alternativa capace di soddisfare anche l'interesse del soggetto obbligato – sicché l'evento dedotto dipende anche dal concorso di fattori estrinseci che possono influire sulla determinazione della volontà pur se la relativa valutazione è attribuita all'esclusivo apprezzamento dell'interessato –, ma è viceversa rimessa al suo mero arbitrio, così da presentarsi come effettiva negazione di ogni vincolo obbligatorio». Cfr., inoltre, a titolo di esempio, Cass., 31 marzo 2014, n. 7509, in *Leggi d'Italia* online, e Cass., 23 settembre 2009, n. 20444, *ivi*, secondo cui «se è vero che il verificarsi di essa dipende dalla volontà e dall'attività di una sola delle parti, è anche vero che tale accadimento non è indifferente per la parte in questione, alla stregua di un mero “*si voluero*”, non potendosi dubitare della piena funzionabilità della pattuizione ad uno specifico interesse dedotto come tale nel contratto e perciò oggetto del medesimo» (nel caso di specie in realtà la condizione non era affetta da nullità anche perché era qualificabile come mista piuttosto che come potestativa, consistendo l'evento *ivi* dedotto nell'ottenimento da parte del professionista di un finanziamento per la costruzione dell'opera oggetto del contratto); nonché Cass., 26 settembre 2008, n. 24235, *ivi*, secondo cui «l'evento futuro e incerto non dipende esclusivamente dal mero arbitrio del soggetto obbligato, ma anche dal concorso di fattori estrinseci che possono influire sulla determinazione della volontà della parte».

cora ricevuta, potrà vedere la sua pretesa paralizzata in giudizio da un'eccezione d'inadempimento *ex art. 1460 cod. civ.* Questo rimedio, infatti, al pari dell'eccezione di mutamento delle condizioni patrimoniali del debitore *ex art. 1461 cod. civ.*, non può ritenersi implicitamente escluso dal patto d'irrisolubilità; all'uopo sarebbe pur sempre necessaria una clausola *solve et repete* ai sensi dell'art. 1462 cod. civ.<sup>110</sup>. Se una simile clausola fosse presente nel contratto irrisolubile in senso lato, allora il giudice si troverebbe di fronte all'alternativa se dichiarare nullo il contratto in quanto rimesso al mero arbitrio di una parte, oppure, come forse appare più corretto, dichiarare inefficace la *solve et repete* per contrarietà alla buona fede esecutiva<sup>111</sup>.

In secondo luogo, è vero che, al di fuori dell'ipotesi appena citata, si sarebbe propensi a negare in capo alla parte a favore della quale è stata pattuita la clausola la sussistenza di un qualche interesse, visto che essa è consapevole di non correre il rischio di sanzioni giuridiche; ma non è men vero che, in realtà, come già si accennava, in ambito meta o extra giuridico, esistono altre sanzioni suscettibili di essere altrettanto deterrenti, segnatamente quelle di natura sociale-reputazionale. Anche in questo caso, dunque, l'ammissibilità della clausola dipende dai risultati di un'analisi delle singole fattispecie concrete: essa dovrà essere riconosciuta ogniqualvolta risulti che la scelta di adempiere o meno non sia indifferente per il debitore.

Alla luce di quanto esposto, e con le eccezioni che si sono delineate, pur continuando il patto in esame a suscitare dubbi e perplessità, si ritiene che non vi siano – lo si ribadisce, in astratto – ostacoli normativi o di ordine pubblico alla sua ammissibilità, se non l'esigenza di tutelare un minimo di serietà dell'impegno negoziale. Detta esigenza – che è, in fondo, il nucleo comune di tutte le posizioni

<sup>110</sup> In questo senso G. SICCHIERO, *Op. ult. cit.*, pp. 401-402. L'Autore cita Cass., 30 ottobre 1965, n. 2324, in *Foro it.*, 1966, I, c. 1459, osservando che la clausola con cui le parti escludono l'azione per vizi della cosa venduta non è necessariamente incompatibile con il diritto di rifiutare il pagamento del prezzo in caso di mancata consegna del bene venduto.

<sup>111</sup> In dottrina e in giurisprudenza si ammette, quale rimedio contro l'invocazione in mala fede del patto da parte del contraente infedele, l'*exceptio doli generalis*. Così, in dottrina, in particolare L. NANNI, *L'uso giurisprudenziale dell'"exceptio doli generalis"*, in *Contr. impr.*, 1986, p. 187. Quanto alla giurisprudenza di legittimità, cfr., per tutte, Cass., 19 giugno 2001, n. 8324, in *Banca borsa tit. cred.*, 2002, II, p. 654; e Cass., 29 marzo 1996, n. 2909, in *Foro it.*, 1996, c. 1621.

contrarie ai patti d'irrisolubilità in senso lato ed è veicolata tanto dal divieto di condizioni meramente potestative quanto dalla nozione di causa o di forza di legge del contratto – campeggia in tutta la sua portata applicativa quale *ratio* del divieto di un esonero da responsabilità del debitore per dolo o colpa grave. Questo è ancora più evidente nella formula con cui il legislatore francese ha espresso il divieto: come già detto, l'attuale art. 1170 *code civil* sancisce la nullità di qualunque patto che produca l'effetto di svuotare della sua sostanza un'obbligazione essenziale<sup>112</sup>.

Ecco che riprende corpo la tesi per cui il patto di irrisolubilità incontra il limite dell'art. 1229 cod. civ. Questa volta, però, si parla del patto in senso lato, quello con cui le parti escludono anche il rimedio risarcitorio, quindi non possono sollevarsi le obiezioni mosse a proposito del patto in senso stretto nel paragrafo precedente. Così, il patto in esame è ammissibile solo in quanto lasci intatta in concreto la possibilità per il creditore di ottenere qualche forma di tutela nei confronti dell'inadempimento doloso o gravemente colposo del debitore<sup>113</sup>.

Volendo cogliere lo spunto offerto dall'ordinamento francese, si potrebbe immaginare di distinguere il caso in cui la clausola di irrisolubilità sia solo parziale, cioè non riguardi l'intero contratto ma solo alcuni dei patti in esso contenuti, e sia apposta a un'obbligazione accessoria rispetto all'oggetto e alla causa del contratto.

Sotto il profilo dell'esclusione del rimedio risolutorio, una simile clausola equivale a un patto con cui le parti stabiliscono che l'adempimento di una determinata obbligazione è di scarsa importanza, compiendo sostanzialmente un'operazione inversa rispetto a quella di una clausola risolutiva espressa. Ove l'obbligazione risulti accessoria già da un punto di vista oggettivo, allora la clausola sarà superflua, in quanto non fa che assecondare la regola generale sancita dall'art. 1455 cod. civ.; ove, invece, l'accessorietà non sia così evidente, la clausola avrà la funzione di fugare ogni dubbio a riguardo. Tale possibilità è concessa, senza particolari limiti, dallo stesso art. 1455 cod. civ., il quale ancora la valutazione circa l'importanza dell'inadempimento a

<sup>112</sup> Sul punto si rinvia alle riflessioni proposte nell'ultimo capitolo circa l'uniformazione in chiave transnazionale alle clausole di esonero da responsabilità.

<sup>113</sup> Cfr. F. DELFINI, *I patti sulla risoluzione per inadempimento*, cit., pp. 76-79, il quale, però, come si è già chiarito, sostiene l'applicabilità dell'art. 1229 c.c. anche al patto d'irrisolubilità in senso stretto.

un dato – come si è detto, almeno in parte – soggettivo là dove specifica che essa si attua «avuto riguardo all'interesse» dell'altro contraente<sup>114</sup>.

Si potrebbe anche argomentare dalla disciplina della clausola risolutiva espressa: se è consentito alle parti stabilire quali specifici inadempimenti sono rilevanti ai fini risolutori, allora non si vede perché non debba essere consentito loro stabilire il contrario<sup>115</sup>. Così, alla luce di quanto si è appena detto, si profila una “zona franca” sottratta ai parametri dell'art. 1229 cod. civ. Ciò salvo a voler ritenere comunque sussistente il limite del dolo del debitore; il che però non discenderebbe dalla norma appena citata, ma semmai da un'applicazione analogica dell'art. 1487 cod. civ., nella parte in cui vieta i patti volti a escludere la garanzia dovuta dal venditore in caso di evizione per fatto proprio di quest'ultimo<sup>116</sup>.

Puntualizzando gli approdi della riflessione sin qui sviluppata si può concludere quanto segue: il patto di irrisolubilità che escluda la sola risoluzione è sempre valido al pari di quello che lasci comunque intatto almeno uno dei rimedi previsti dall'art. 1453 cod. civ.; il patto d'irrisolubilità in senso lato, cioè quello che esclude tutti i rimedi di cui alla predetta norma, è valido *tout court* – sebbene non qualificabile come contratto ma come *gentleman's agreement* – quando è stipulato in favore di entrambe le parti; nonché quando è stipulato a favore di una sola ma riguarda un'obbligazione accessoria, salvo che si ritenga analogicamente applicabile il disposto dell'art. 1487 cod. civ.; mentre è valido solo nei limiti dell'art. 1229 cod. civ. quando è sti-

<sup>114</sup> Sul punto si veda G. SICCHIERO, *La risoluzione per inadempimento*, cit., p. 410.

<sup>115</sup> Cfr. le considerazioni di G. SICCHIERO, *La risoluzione per inadempimento*, cit., p. 555, secondo cui la determinazione dell'interesse violato riguarda «la verifica del prodotto dell'autonomia contrattuale, sicché non vi è limite alla individuazione degli inadempimenti rilevanti secondo la volontà delle parti, avvenga ciò mediante clausola che li enunci chiaramente, anche nelle premesse del contratto o anche in altro modo, ad es. mediante clausola di inscindibilità delle prestazioni dovute che denoti la necessità di un adempimento completo».

<sup>116</sup> Così G. SICCHIERO, *Op. ult. cit.*, p. 410, il quale trae un argomento nel senso della legittimazione del patto d'irrisolubilità (però solo in senso stretto) di un'obbligazione accessoria dal fatto che lo stesso codice, all'art. 1487 c.c., consente alle parti di escludere totalmente una prestazione non essenziale della vendita quale è quella della garanzia. Avverte però l'A. che anche nel caso del patto in esame occorre rispettare i limiti previsti dalla norma succitata.

pulato in favore di una sola parte e riguarda un'obbligazione principale dedotta nel contratto.

Nel quadro appena delineato manca un'ipotesi in cui il patto di irresolubilità in senso stretto si avvicina – o, per meglio dire, si trasforma – in quello in senso lato. Può darsi, infatti, che le parti abbiano escluso convenzionalmente tanto il rimedio risolutorio quanto quello risarcitorio mantenendo in vita la sola azione di esatto adempimento e che quest'ultima sia divenuta impossibile in un momento successivo alla stipula del contratto perché è diventata ineseguibile la prestazione dovuta. La dottrina si è domandata se, di fronte a una simile sopravvenienza, la parte a danno della quale è stata pattuita la clausola abbia a disposizione un qualche rimedio.

Quanti ritengono che il patto d'irresolubilità in senso lato renda il contratto nullo per mancanza di causa osservano che anche nel caso in esame si ha un'elisione di tale elemento essenziale, questa volta inteso nella sua dimensione concreta<sup>117</sup>. Non essendo il difetto di causa originario, dovrebbe applicarsi l'istituto della nullità sopravvenuta, sennonché, com'è stato correttamente osservato, da un lato si tratta di un rimedio discusso e comunque ammesso dalla giurisprudenza solo quando l'invalidità consegue all'introduzione di una norma imperativa prima non prevista (*jus superveniens*); dall'altro lato, comunque, anche a voler individuare la "norma" imperativa nel divieto di escludere qualunque rimedio, non si può dire che questa sia sopravvenuta. Il divieto sussiste sin dal principio; quello che invece sopravviene è il verificarsi dei presupposti oggettivi della sua violazione<sup>118</sup>.

Alla luce di tali considerazioni, si è suggerito di qualificare la fattispecie in termini di impossibilità sopravvenuta della prestazione dedotta nel patto d'irresolubilità<sup>119</sup>. La tesi si spiega se si configura il patto come uno scambio tra la rinuncia di una parte al rimedio risolutorio, da un lato, e la possibilità di agire con l'azione di esatto adempimento, dall'altro. Divenuta inespugnabile quest'ultima azione, il

<sup>117</sup> G. SICCHIERO, *La risoluzione per inadempimento*, cit., p. 405.

<sup>118</sup> *Ivi*, pp. 405-406. In giurisprudenza cfr., per tutte, Cass., 18 settembre 2003, n. 13739, in *Contratti*, 2004, p. 156 ss., con nota di M. CARNEVALE, *Illegittimità della capitalizzazione trimestrale degli interessi passivi*; e in *Arch. civ.*, 2004, p. 945 ss.; e in *Gius.*, 2004, p. 817 ss.; nonché Cass., 5 aprile 2001, n. 5052, in *Foro it.*, 2001, I, c. 2185.

<sup>119</sup> La soluzione in esame è prospettata da G. SICCHIERO, *Op. ult. cit.*, p. 407.

patto d'irrisolubilità si risolve esso stesso, lasciando invece in piedi il resto del contratto.

Questa ricostruzione non convince del tutto. Se la rinuncia può essere qualificata come una prestazione, altrettanto non può dirsi per la possibilità di domandare l'esatto adempimento, così come non potrebbe dirsi per una clausola di scelta del foro. Non si tratta, poi, di un diritto che la controparte attribuisce al rinunciatario a titolo di corrispettivo, ma di un diritto che è già nella titolarità di quest'ultimo in virtù della legge. Conseguentemente, a rigore, non si può parlare d'impossibilità e non si può applicare il rimedio della risoluzione parziale, come si ricava *a contrario* dall'art. 1464 cod. civ.<sup>120</sup>

Non meno controverso appare il ricorso alla presupposizione<sup>121</sup>. Anche a voler riconoscere cittadinanza all'istituto, in linea con la più recente giurisprudenza – e sempreché emerga dall'interpretazione del contratto che le parti hanno inteso pattuire l'irrisolubilità e l'irrisarcibilità sul comune implicito presupposto della concreta possibilità dell'azione di esatto adempimento – si pone di nuovo il problema dell'ammissibilità di una risoluzione riguardante la sola clausola in esame<sup>122</sup>. Per altro verso, non è nemmeno agevole ammettere la risolubilità dell'intero contratto: innanzitutto, ciò realizzerebbe proprio

<sup>120</sup> Come si vedrà meglio in apposito paragrafo, da qualche tempo la giurisprudenza ammette la risoluzione parziale anche quando derivi non dall'impossibilità sopravvenuta ma dall'inadempimento; l'ammette però pur sempre con riguardo ad obbligazioni principali delle parti e non relativamente a clausole accessorie, che peraltro non rappresentano neppure prestazioni in senso tecnico. Per un esempio recente cfr. Cass., 2 luglio 2013, n. 16556, in *Notariato*, 2013, p. 620 ss.

<sup>121</sup> Anche questa soluzione è prospettata da G. SICCHIERO, *Op. ult. cit.*, pp. 407-409, il quale precisa che la fattispecie in esame rispetta il requisito, stabilito dalla giurisprudenza in materia di presupposizione, per cui l'evento che ne è oggetto deve essere esterno al contratto. Osserva, infatti, l'A. che qui «assume rilievo non tanto la prestazione in sé, che certamente non è come tale esterna al contratto, rappresentandone anzi l'oggetto, quanto la possibilità di utilizzare in concreto la manutenzione del contratto in alternativa alla risoluzione, cui si era rinunciato preventivamente. In altre parole la possibilità della manutenzione è la ragione della validità della rinuncia alla risoluzione: venuta meno l'una, cade anche l'altra».

<sup>122</sup> Senza avere la pretesa di fornire una bibliografia completa sulla presupposizione, si vedano A. BELFIORE, *La presupposizione*, in *Tratt. dir. priv.* Bessone, Torino, 2003; C. CAMARDI, *Economie individuali e connessione contrattuale saggio sulla presupposizione*, Milano, 1997, *passim*; R. PENNAZIO, *La presupposizione tra sopravvenienze ed equilibrio contrattuale*, Milano, 2006, *passim*. In giurisprudenza cfr., *ex multis*, Cass., 23 settembre 2004, n. 19144, in *Contratti*, 2005, p. 329 ss.; e Cass., 10 febbraio 2003, n. 1952, in *Giust. civ.*, 2003, I, p. 1536 ss.

gli effetti che il patto di irrisolubilità ha inteso evitare; in secondo luogo, la presupposizione qui non attiene alle prestazioni principali dedotte nel contratto, ma al solo patto in esame.

Se così è, l'unica conclusione sostenibile consiste, ancora una volta, nel ritenere che la validità della clausola di irrisolubilità rimanga impregiudicata, ma il giudice possa nondimeno dichiararla inefficace per contrarietà alla buona fede esecutiva. Così come la giurisprudenza ha inibito l'invocazione, in presenza di un contratto irrisolubile, di una clausola *solve et repete*, oppure, in altre circostanze, di un patto di rinuncia agli effetti risolutivi o di una clausola risolutiva espressa, è verosimile che essa possa considerare il comportamento della parte che fa valere l'irrisolubilità e l'irrisarcibilità, quando è divenuta impossibile l'azione di esatto adempimento, alla stregua di un abuso del diritto; ma di questo si dirà più compiutamente in un paragrafo *ad hoc*.

#### 6. *L'eccezione di irrisolubilità per inadempimento e il suo potenziale contrasto con la buona fede esecutiva*

Il patto d'irrisolubilità ritenuto valido all'esito del sindacato di compatibilità con i limiti generali dell'ordinamento e con l'art. 1229 cod. civ. potrebbe non essere ancora immune da valutazioni che portino a inibirne l'operatività nel caso concreto. Si fa riferimento, in particolare, al giudizio di conformità con il canone della buona fede esecutiva previsto dall'art. 1375 cod. civ. Se tale declinazione della buona fede, come più volte ribadito, non può fondare la caducazione del contratto, in quanto non attiene alla sua fase genetica ma assurge a regola di comportamento per le parti, essa può nondimeno impedire alle medesime, in certi casi, di avvalersi di una determinata clausola, per il tramite della c.d. *exceptio doli generalis*<sup>123</sup>.

Non si riscontrano al riguardo precedenti incentrati sulle clausole

<sup>123</sup> Esprime efficacemente il concetto F. PIRAINO, *Il controllo giudiziale di buona fede sulla clausola risolutiva espressa - Il commento* (nota a Cass., 23 novembre 2015, n. 23868), in *Contratti*, 2016, 7, p. 659 ss., là dove osserva che l'eccezione di dolo generale «non intacca la validità della clausola e neppure ne conforma il contenuto, limitandosi a paralizzare *quel particolare* atto di esercizio della risoluzione stragiudiziale. In tal modo, la buona fede presiede al passaggio dalla previsione convenzionale astratta alla sua specifica applicazione, inserendosi in quello iato – che a volte può divenire assai consistente – che separa fattispecie ipotetica e fattispecie concreta».

analizzate nel corso del lavoro, ma l'esautorazione dell'autonomia privata – e quindi l'inibitoria dell'efficacia delle pattuizioni – per abuso del diritto non è ignota alla giurisprudenza in altri ambiti, pur sempre attinenti ai rimedi<sup>124</sup>. Da qui conviene prendere le mosse per trarre alcune conclusioni suscettibili di una portata applicativa più generale e verificarne l'estensibilità in via analogica al tema oggetto della presente disamina. Per evidente affinità con il medesimo, ci si concentrerà sulle sentenze in materia di clausola risolutiva espressa.

La questione affrontata riguarda la conformità a buona fede dell'invocazione della risoluzione di diritto in alcune ipotesi e, cioè, nel caso in cui l'inadempimento dedotto nella clausola fosse di scarsa importanza, nel caso in cui lo stesso risultasse non imputabile al debitore e nel caso in cui il creditore avesse reiteratamente dimostrato di tollerare il comportamento del debitore che avrebbe dovuto comportare la risoluzione<sup>125</sup>.

<sup>124</sup> Oltre alle sentenze in tema di clausola risolutiva espressa – che si citeranno tra poco – meritano di essere ricordate quelle in materia di esercizio abusivo del diritto di recesso *ad nutum* e, per tutte, Cass., 18 settembre 2009, n. 20106, in *Contratti*, 2010, con nota di G. D'AMICO, *Recesso ad nutum, buona fede e abuso del diritto*; in *Foro it.*, 2010, I, c. 95 ss., con nota di C. PALMIERI e R. PARDOLESI, *Della serie "a volte ritornano": l'abuso del diritto alla riscossa*; in *Obbl. contr.*, 2010, p. 172 ss., con nota di M. ORLANDI, *Contro l'abuso del diritto*; in *Giust. civ.*, 2009, I, p. 2671 ss.; e *ivi*, 2001, p. 2547 ss., con nota di C.A. NIGRO, *Brevi note in tema di abuso del diritto (anche per un tentativo di emancipazione dalla nozione di buona fede)*; in *Giur. comm.*, 2011, II, p. 286 ss., con commento di E. BARCELLONA, *Buona fede e abuso del diritto di recesso ad nutum tra autonomia privata e sindacato giurisdizionale*. Per una riflessione più ampia sulla sentenza in oggetto cfr., in particolare, A. GENTILI, *Abuso del diritto e uso dell'argomentazione*, in *Resp. civ. prev.*, 2010, p. 354 ss.; e C. RESTIVO, *Abuso del diritto e autonomia privata. Considerazioni critiche su una sentenza eterodossa*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2010, p. 341 ss.; nonché quelle in materia di eccezione d'inadempimento e, precisamente, per limitarsi alla più recente giurisprudenza di legittimità, Cass., 27 marzo 2013, n. 7759, in *Notariato*, 2013, 3, p. 248 ss.; e in *Contratti*, 2013, 12, p. 1097 ss., con nota di F. TOSCHI VESPASIANI, *Difformità urbanistica dell'immobile ed inadempimento del preliminare di vendita*; Cass., 5 luglio 2012, n. 11304, in *Leggi d'Italia* (online); Cass., 3 novembre 2010, n. 22353, in *Contratti*, 2011, p. 180 ss.; Cass., 6 luglio 2009, n. 15796, *ivi*, 2009, p. 1012 ss.; Cass., 4 febbraio 2009, n. 2720, in *Mass. Giur. it.*, 2009; Cass., 26 gennaio 2006, n. 1690, in *Impresa*, 2006, p. 1177 ss., la quale sottolinea la differenza tra l'applicazione del canone di buona fede all'accertamento della fondatezza dell'eccezione d'inadempimento e la sua applicazione all'accertamento della gravità di quest'ultimo.

<sup>125</sup> Con particolare riferimento all'ultima ipotesi citata cfr. in dottrina R. SACCO, in R. SACCO e G. DE NOVA, *Il contratto*, II, cit., p. 658.

Cominciando dal primo caso, la giurisprudenza, salvo una voce contraria, è nel senso di negare un sindacato giudiziale sulla gravità dell'inadempimento<sup>126</sup>. A favore della tesi militano innanzitutto la stessa natura e la *ratio* dell'istituto: la caratteristica principale della clausola è proprio quella di consentire all'autonomia privata una valutazione di quali sono gli inadempimenti rilevanti rispetto agli interessi delle parti, di soggettivizzare la valutazione circa l'entità dell'inadempimento, e la funzione è quella, da un lato, di rendere più rapido lo scioglimento del contratto, dall'altro, di esercitare sul debitore una pressione psicologica tale da indurlo ad adempiere<sup>127</sup>. Con-

<sup>126</sup> La voce contraria è rappresentata da Cass., 1° marzo 1974, n. 578, in *Foro it.*, 1974, I, c. 1700. In senso opposto Cass., 1° agosto 2007, n. 16993, in *Leggi d'Italia* (online); Cass. 27 ottobre 2005, n. 20880, in *Obbl. contr.*, 2006, p. 362 ss.; Cass., 14 luglio 2000, n. 9356, in *Contratti*, 2000, p. 1108 ss.; Cass., 17 ottobre 1995, n. 10815, in *Leggi d'Italia* online; Cass., 26 novembre 1994, n. 10102, in *Contratti*, 1995, 2, p. 145 ss., con nota di G.F. BASINI, *Termine essenziale e clausola risolutiva espressa per il ritardo nell'adempimento*; Cass., Sez. lavoro, 16 aprile 1992, n. 4659, in *Mass. Giur. it.*, 1992; Cass., 8 gennaio 1992, n. 126, *ivi*; Cass., 4 dicembre 1991, n. 13044, *ivi*, 1991; Cass., Sez. Lav., 27 agosto 1987, n. 7063, in *Foro it.*, 1988, I, c. 444; Cass., 11 agosto 1987, n. 6886, in *Mass. Giur. it.*, 1987; Cass., 27 giugno 1987, n. 5710, *ivi*; Cass., 11 giugno 1983, n. 4023, *ivi*, 1983; Cass., 9 luglio 1982, n. 4102, *ivi*, 1982; Cass., 15 gennaio 1981, n. 351, *ivi*, 1981; Cass., 28 luglio 1956, n. 2915, *ivi*, 1956; Trib. Roma, 24 ottobre 2013, il cui testo integrale è reperibile nella banca dati *Leggi d'Italia* (online); Trib. Milano 9 ottobre 2013, *ivi*; Trib. Bari, 17 marzo 2009, *ivi*; Trib. Salerno, 30 gennaio 2009, *ivi*; App. Bari, 14 febbraio 2005, *ivi*; Trib. Roma, 24 maggio 2001, in *Giur. rom.*, 2001, p. 392 ss. La tesi dell'insindacabilità dell'importanza dell'adempimento si ricava anche, a contrario, da quelle pronunce che impongono al giudice siffatta valutazione solo quando la clausola risolutiva espressa è formulata in modo generico e indeterminato e risulta dunque riferita indistintamente a tutte le obbligazioni del contratto. Così, *ex multis*, Cass. (ord.), 11 marzo 2016, n. 4796, in *Leggi d'Italia* online; Cass., 27 gennaio 2009, n. 1950, in *Contratti*, 2009, p. 485 ss.; e *ivi*, p. 547 ss., con nota di M. DELLA CHIESA, *Contenuto, effetti e funzione della clausola risolutiva espressa*; Cass., 26 luglio 2002, n. 11055, in *Contratti*, 2002, p. 1115 ss.; e in *Arch. civ.*, 2003, p. 531 ss.; e in *Arch. loc.*, 2003, p. 203 ss.; Cass., 6 aprile 2001, n. 5147, in *Mass. Giur. it.*, 2001, in *Leggi d'Italia* online; Cass., 2 giugno 1990, n. 5169, *ivi*; Cass., 23 maggio 1985, n. 3119, in *Mass. Giur. it.*, 1985; Cass., 12 novembre 1981, n. 5990, *ivi*, 1981.

<sup>127</sup> Così argomenta la dottrina favorevole all'inapplicabilità dell'art. 1455 c.c. alla clausola risolutiva espressa. In questo senso, A. GIORDANO, *Sugli effetti della clausola risolutiva espressa*, in *Giur. civ. comm.*, II, 1946, p. 198 ss.; D. BARBERO, *La "clausola risolutiva espressa" in rapporto alla disciplina eccezionale degli alloggi*, in *Temi*, 1948, p. 371 ss.; L. MOSCO, *La risoluzione del contratto per inadempimento*, Napoli, 1950, p. 203; F.D. BUSNELLI, *Clausola risolutiva*, in *Enc. dir.*, Milano, 1960, VII, p. 198; A. DALMARTELLO, *Risoluzione del contratto*, in *Nov. Dig. it.*, XVI, To-

sentire al giudice di vagliare ed eventualmente sconfessare la valutazione delle parti significa vanificare la portata e l'utilità della clausola e contraddire la scelta del legislatore che è, invece, stata quella di prevedere un istituto specificamente disegnato per tali esigenze<sup>128</sup>. A ciò

rino, 1969, p. 143; R. SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, in *Tratt. dir. civ.* Grosso e Santoro-Passarelli, IV, 2, Milano, 1972, p. 279; N. DISTASO, *La risoluzione del contratto*, in *Giur. sist. civ. comm.*, fondata da Bigiavi, *I contratti in generale*, III, Torino, 1980, p. 2166; A. SMIROLDO, *Profili della risoluzione per inadempimento*, Milano, 1982, p. 177 ss.; M. COSTANZA, *Clausola risolutiva espressa*, in *Enc. giur.*, VI, Roma, 1988, p. 1; G. COLLURA, *Importanza dell'inadempimento e teoria del contratto*, Milano, 1992, p. 135; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 5. *La responsabilità*, Milano, 1995, p. 344; C. CUBEDDU, *L'importanza dell'inadempimento*, Torino, 1995, pp. 167-168; R. SACCO, in R. SACCO e G. DE NOVA, *Il contratto*, II, Torino, 2004, pp. 657-658; F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, II, 1, Padova, 2004; M. DELLACASA, *La clausola risolutiva espressa*, in *Tratt. contr.* Roppo, V, *Rimedi-2*, a cura di Roppo, Milano, 2006, p. 303 ss.; G. SICCHIERO, *La risoluzione per inadempimento*, cit., p. 594 ss.; P. TRIMARCHI, *Il contratto: inadempimento e rimedi*, Milano, 2010, pp. 69-70; M. TAMPONI, *La clausola risolutiva espressa*, in U. CARNEVALI, E. GABRIELLI e M. TAMPONI, *La risoluzione*, in *Tratt. dir. priv.* Bessone, *Il contratto in generale*, VIII<sup>\*\*</sup>, Torino, 2011, p. 165 ss.; F. PIRAINO, *Il controllo giudiziale di buona fede sulla clausola risolutiva espressa - Il commento*, cit., *passim*. Sulla clausola risolutiva espressa come strumento per ottenere un *commodus discessus* dal rapporto contrattuale cfr., in particolare, F. SARTORI, *Contributo allo studio della clausola risolutiva espressa*, Napoli, 2012, p. 75 ss. Sull'effetto coercitivo della clausola si veda, invece, G.F. BASINI, *Risoluzione del contratto e sanzione dell'inadempiente*, Milano, 2001, p. 199 ss.

<sup>128</sup> La tesi è contrastata da una parte della dottrina. Si veda innanzitutto C. TURCO, *L'imputabilità e l'importanza dell'inadempimento nella clausola risolutiva espressa*, Torino, 1997, p. 153 ss., il cui argomento principale si fonda sulla portata generale della norma che richiede quale presupposto della risoluzione la non scarsa importanza dell'inadempimento (art. 1455 c.c.) e sul fatto che, invece, la norma in tema di clausola risolutiva espressa (art. 1456 c.c.), da un lato ha portata speciale, dall'altro non esclude espressamente dai suoi requisiti di operatività detto presupposto. Aggiunge l'A. che l'inclusione del presupposto nell'art. 1456 c.c. non comprometterebbe il meccanismo della clausola risolutiva espressa trasformandola in una risoluzione giudiziale. Per le critiche agli argomenti di carattere sistematico e storico-evolutivo addotte dalla tesi che sostiene l'insindacabilità dell'importanza dell'inadempimento dedotto in una clausola risolutiva espressa cfr. *Ivi*, p. 156 ss. Si veda poi M. GRONDONA, *La clausola risolutiva espressa*, Milano, 1998, p. 43 ss., spec. p. 51 ss., il quale sottolinea che l'autonomia negoziale di cui la clausola in esame è espressione non deve essere valutata in termini assoluti e astratti, ma alla luce della buona fede esecutiva, che è stata concretizzata dal legislatore nell'art. 1455 c.c. Con tale operazione il legislatore stesso ha selezionato gli interessi negoziali meritevoli di tutela e idonei a evitare che il rimedio risolutorio assurga a «strumento di vantaggio del contraente che intende liberarsi dal vincolo contrattuale e che sfrutti, a tal fine, un qualunque inadempimento di controparte». La medesima *ratio*, e dunque la medesima esigenza

si aggiunge che l'automatismo della clausola in esame è comunque mediato dalla volontà del creditore: se questi riterrà che l'inadempimento del debitore non pregiudichi i suoi interessi, potrà sempre non avvalersi della clausola<sup>129</sup>.

Nell'ambito della tesi appena illustrata, si riscontra in dottrina una divergenza di opinione sul significato da attribuire all'importanza dell'inadempimento. Secondo alcuni con l'espressione s'intende la rilevanza che la prestazione ha nell'economia del contratto, mentre secondo altri si fa riferimento altresì alla «entità della lesione che l'obbligazione abbia ricevuto», cioè alla distanza tra la prestazione effettivamente eseguita e la prestazione dovuta. Quanti accolgono questa polisemia sostengono che il controllo giudiziale sia precluso nel primo caso ma sia necessario nel secondo, poiché sarebbe contrario a buona fede invocare la clausola quando la prestazione resa si discosti in misura non significativa da quella pattuita<sup>130</sup>.

In realtà anche quest'ultima posizione non sembra immune dalle obiezioni sopra prospettate, mentre non coglie il vero problema che, come acutamente osservato, è quello di capire, a fronte di una clausola risolutiva espressa riferita a un'obbligazione le cui modalità di adempimento siano solo sommariamente descritte, quando il giudice possa ritenere integrati gli estremi per far valere la clausola<sup>131</sup>.

La questione si sposta così dall'importanza dell'inadempimento alla

di un parametro che svolga una funzione riequilibratoria dell'autonomia privata, ricorre tanto nella risoluzione giudiziale, tanto in quella stragiudiziale operata mediante l'avvalimento della clausola risolutiva espressa. Nella stessa direzione cfr. anche R. MONGILLO, *Inadempimento e risoluzione di diritto*, Napoli, 2012, p. 124 ss., spec. p. 192 ss.; e A. VILLELLA, *Sull'importanza dell'inadempimento nella clausola risolutiva espressa*, Soveria Mannelli, 2013, p. 85 ss., spec. p. 108 ss. (le quali incentrano le loro argomentazioni sul principio di proporzionalità); nonché I.M. GONNELLI, *La clausola risolutiva espressa tra principio di buona fede e importanza dell'inadempimento*, in *Obbl. contr.*, 2009, p. 719.

<sup>129</sup> Così G. SICCHIERO, *Op. ult. cit.*, p. 595.

<sup>130</sup> Sottolineano la duplicità di significato, per sostenere che solo nei limiti della seconda accezione sia possibile un sindacato giudiziale V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 905; e M. DELLACASA, *La clausola risolutiva espressa*, in *Tratt. sul contratto* Roppo, V, *Rimedi-2*, a cura di Roppo, Milano, 2006, p. 305.

<sup>131</sup> Così G. SICCHIERO, *La risoluzione per inadempimento*, cit., pp. 596-597, il quale osserva che se il «requisito della determinatezza dell'obbligazione ritenuta essenziale debba individuarsi nella predeterminazione della prestazione che ne costituisce oggetto, una clausola che non consenta un riferimento immediato al comportamento del contraente infedele appare essere allora del tutto inutile, nel senso di non potersi qualificare tale».

sussistenza (e poi all'imputabilità) del medesimo. Come si è già detto in altra sede, ad eccezione di un precedente, la giurisprudenza è costante nell'affermare che la sussistenza di un inadempimento in senso tecnico è presupposto indefettibile anche della risoluzione in esame<sup>132</sup>.

Fin qui nulla di nuovo, senonché una pronuncia di legittimità piuttosto recente ha confuso i piani, adottando quale parametro per accertare l'inadempimento dedotto nella clausola risolutiva espressa la buona fede esecutiva. Più precisamente, la pronuncia ha sancito il principio per cui se risulta che la condotta del debitore «pur realizzando sotto il profilo materiale il fatto contemplato dalla clausola risolutiva espressa» è conforme a buona fede, il giudice deve escludere in radice la sussistenza dell'inadempimento; e ha poi aggiunto che la valutazione di compatibilità con la buona fede non investe il requisito soggettivo della colpa, ma quello oggettivo della violazione del vincolo contrattuale, imponendone l'effettività<sup>133</sup>.

Così decidendo, la Cassazione, ha praticamente reintrodotta il controllo sulla rilevanza dell'inadempimento delle obbligazioni dedotte nella clausola risolutiva espressa che si è appena criticato. Valgono dunque le medesime obiezioni già esposte con riferimento ad esso<sup>134</sup>.

<sup>132</sup> Sulla necessità che l'inadempimento sia imputabile cfr., tra le tante e dalla più recente, Cass., 30 aprile 2012, n. 6634, in *Guida dir.*, 2012, 27, p. 54; Cass. 24 giugno 2008 n. 17181, in *Mass. Giust. civ.*, 2008, p. 6; Cass., 6 febbraio 2007, n. 2553, in *Contratti*, 2007, p. 965, con nota di M. FONTANELLA, *Imputabilità dell'inadempimento e clausola risolutiva espressa*; Cass., 2 maggio 2006, n. 10127, in *Rep. Foro it.*, 2006, voce *Contratto in genere*, n. 620; Cass., 11 febbraio 2005, n. 2853, in *Contratti*, 2006, I, p. 33; Cass., 27 ottobre 2003, n. 16096, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2004, I, p. 687 ss., con nota di M. DELLACASA; Cass., 3 luglio 2000, n. 8881, in *Rep. Foro it.*, 2000, voce *Contratto in genere*, n. 577; Cass., 17 novembre 1999, n. 12760, in *Rass. loc. condom.*, 2000, p. 119.

<sup>133</sup> Cass., 23 novembre 2015, n. 23868, in *Contratti*, 2016, 7, p. 659 ss., con nota critica di F. PIRAINO, *Il controllo giudiziale di buona fede sulla clausola risolutiva espressa - Il commento*.

<sup>134</sup> Così F. PIRAINO, *Op. ult. cit.*, *passim*, il quale ha sottolineato nel commento alla pronuncia che la pretesa insussistenza dell'inadempimento addotta dalla Corte è soltanto un pretesto per sindacare la valutazione compiuta dalle parti in sede di redazione della clausola risolutiva espressa. Per usare le parole dell'Autore «pur con tutte le possibili cautele linguistiche, in un'applicazione del genere la buona fede dà luogo a una valutazione sull'importanza dell'inadempimento, attuando una forma di controllo del contenuto della clausola risolutiva espressa. In definitiva, qui come già in molte altre occasioni la giurisprudenza ha imbracciato la buona fede per realizzare un giudizio di equità, inteso come valutazione altamente discrezionale, se non addirittura arbitraria, ossia come valutazione genuina dell'interprete».

A queste si aggiunge il rilievo per cui la buona fede – come già si è osservato nel corso del primo capitolo e senza voler rientrare qui nel merito del complesso dibattito sulla responsabilità contrattuale – è estranea all'accertamento tanto dell'inadempimento quanto della sua imputabilità al debitore. L'inadempimento è un fatto materiale e oggettivo (almeno secondo la tesi oggi prevalente), l'imputabilità è stabilita mediante un confronto con il canone di diligenza, non con la buona fede. In questa dinamica il ruolo che le spetta è semmai quello di estendere il concetto d'inadempimento attraverso l'integrazione del contenuto contrattuale con una pluralità di obbligazioni accessorie<sup>135</sup>.

Ecco che si giunge a un primo approdo della riflessione: la buona fede capace di paralizzare l'efficacia di una clausola rimediale non ha nulla a che vedere con l'importanza dell'inadempimento e, di conseguenza, neppure con i valori che sono reputati il fondamento di detto requisito, cioè il principio di proporzionalità o l'equilibrio del sinalagma. Avvalersi di una clausola significa esercitare un diritto e l'esercizio di un diritto può essere impedito dal giudice solo quando è meramente strumentale al perseguimento d'interessi ulteriori e diversi rispetto a quelli che l'esercizio stesso mira a tutelare<sup>136</sup>. In altre parole, la declinazione di buona fede che rileva qui è quella in termini di abuso del diritto. E tale abuso, nel caso della clausola risolutiva espressa, si traduce in un avvalimento pretestuoso, animato dal solo

<sup>135</sup> Oltre alle fonti già citate nel corso del primo capitolo, si veda qui F. PIRAINO, *Op. ult. cit., passim*. Come avverte l'Autore, occorre tenere presente, da un lato, che parte della dottrina e della giurisprudenza utilizza intercambiabilmente i concetti di "inadempimento" e "colpa" e fa dunque riferimento alla buona fede come criterio di determinazione del primo; dall'altro, che la buona fede fa ingresso nella dinamica della responsabilità civile, sotto forma d'inesigibilità della prestazione, come ponte tra l'inadempimento e l'impossibilità sopravvenuta.

<sup>136</sup> Particolarmente illuminanti sono le parole di G. SICCHIERO, *La risoluzione per inadempimento*, cit., p. 319, là dove rileva che la buona fede contrattuale potrà trovare applicazione nei confronti della domanda di risoluzione «se ed in quanto risulti diretta a colpire non la richiesta di liberarsi da un contratto non eseguito, ma un comportamento opportunistico e sleale. Quindi ogni volta che risulti l'intenzione di danneggiare la controparte o di liberarsi dal vincolo con modalità censurabili secondo l'*id quod plerumque accidit* perché sleali e scorrette, il giudice potrà paralizzare la domanda respingendola». Aggiunge l'Autore che quando si tratta invece «solo di valutare una pretesa miglior rispondenza della scelta dell'attore agli interessi della controparte, la buona fede nulla avrà a che vedere e la decisione non sarà in alcun modo sanzionabile, perché il contraente infedele non vanta alcuna protezione a tutela della pretesa che il proprio inadempimento sia in qualche modo salvaguardato».

scopo di liberarsi da un vincolo cui non si ha più interesse per motivi diversi dal suo inadempimento<sup>137</sup>.

Appurato che può integrare un abuso del diritto l'invocazione della clausola risolutiva espressa meramente strumentale alla liberazione dal vincolo contrattuale, è legittimo domandarsi se possa integrarlo anche il comportamento della parte che eccipisce la clausola d'irrisolubilità solo per mantenere in vita il vincolo medesimo e lasciare la controparte priva di rimedi contro il proprio inadempimento.

Si considerino i casi seguenti: a) nel contratto le parti pattuiscono che una di esse non possa, a fronte dell'inadempimento dell'altra, esperire l'azione di risoluzione; si verifica detto inadempimento e la prestazione diviene contestualmente impossibile; b) si verifica l'inadempimento ma la prestazione rimane possibile; la parte agisce per l'esatto adempimento; nelle more del giudizio la prestazione diventa impossibile<sup>138</sup>. La questione è se in questi casi il contraente deluso possa, invocando la buona fede esecutiva, paralizzare l'eccezione della controparte e domandare la risoluzione del contratto nonostante la clausola.

Il problema non è stato affrontato direttamente né dalla giurisprudenza né dalla dottrina. Vero è che quest'ultima si è preoccupata di stabilire se e quando fosse sindacabile alla luce del canone di buona fede esecutiva la scelta del contraente deluso tra risoluzione e azione

<sup>137</sup> Quali esempi di un avvalimento abusivo della clausola risolutiva espressa si possono citare i seguenti: il venditore che, per liberarsi da un vincolo non più gradito, approfitta delle temporanee difficoltà economiche del compratore per esigere il pagamento del prezzo, sapendo che questi in quel momento non potrà adempiere se non sacrificando interessi superiori afferenti alla sua persona (cfr. F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, II, 1, cit., pp. 640-641); la parte che dichiara di avvalersi della clausola per estorcere all'altra utilità ulteriori come ad esempio una rinegoziazione del contratto o l'accettazione di un accordo diverso; la parte che si avvale della clausola a fronte di un inadempimento che l'altra parte si offre tempestivamente di correggere; oppure la parte che si avvale della clausola dopo aver tollerato per certo tempo l'inesattezza della prestazione della controparte.

<sup>138</sup> Per un'illustrazione della casistica in materia d'impossibilità dell'esecuzione coattiva della prestazione, con particolare riferimento alla sentenza *ex art.* 2932 cod. civ., cfr. G. SICCHIERO, *Op. ult. cit.*, p. 295 ss. L'Autore ricorda che l'impossibilità di eseguire coattivamente la prestazione è cosa diversa dall'impossibilità materiale e giuridica della prestazione stessa. In particolare, il contraente deluso può avere comunque interesse alla pronuncia di condanna anche se questa non dovesse essere eseguibile (ad esempio perché tale possibilità è esclusa dal titolo). Si pensi al caso in cui esista una garanzia collegata all'inadempimento o al caso in cui l'assicurato possa far valere un rapporto assicurativo (*Ivi*, p. 301).

di esatto adempimento, ma l'ha fatto da tutt'altra prospettiva. Più precisamente, la dottrina si è chiesta se il contraente inadempiente potesse in qualche modo contestare ex art. 1375 cod. civ. la scelta del contraente deluso ove questa fosse caduta su un rimedio per lui eccessivamente gravoso<sup>139</sup>. Sarebbe stato superfluo, invece, domandarsi se il contraente deluso, una volta effettuata la scelta, potesse tornare sui suoi passi, visto che l'art. 1453 cod. civ., comma secondo, consente espressamente di mutare, all'occorrenza, la domanda di esatto adempimento in una di risoluzione.

Meno scontato è l'esito in presenza di una clausola di irresolubilità nel caso sopra prospettato. Innanzitutto, la clausola, ai fini che qui interessano, è suscettibile di due diverse interpretazioni: si può ritenere che la stessa escluda solo il potere di scelta del rimedio in sede di atto di citazione, lasciando invece impregiudicato lo *jus variandi* previsto dall'art. 1453, secondo comma, cod. civ.; oppure si può ritenere che la clausola escluda anche la facoltà di modificare la scelta originaria. Se si segue la prima interpretazione, allora si depoziona significativamente la portata della clausola, poiché la si rende operativa solo quando l'azione di esatto adempimento è possibile e rimane tale sino al momento dell'esecuzione. Qui la questione della buona fede non ha ragion d'essere.

La questione diviene invece rilevante se si segue la seconda interpretazione, la quale peraltro sembra più corretta, in quanto più aderente alla funzione pratica della clausola. Anche in questo caso, se è vero che la buona fede può inibire l'invocazione di una clausola solo quando è declinata in termini di abuso del diritto, sarebbe erroneo ritenere la clausola d'irresolubilità contraria al canone dell'art. 1375 cod. civ. per il semplice fatto che essa crea un notevole squilibrio tra

<sup>139</sup> Si tratta qui, in altre parole, di verificare se la parte infedele abbia diritto di pretendere che l'altra nella scelta del rimedio tenga in conto anche i suoi interessi, non soltanto i propri, optando per la soluzione che meglio ne realizza il bilanciamento. La conclusione della dottrina è stata nel senso dell'insindacabilità della scelta. Così, per tutti, G. SICCHIERO, *Op. ult. cit.*, pp. 315-316. Tra gli altri argomenti a sostegno della tesi, spiccano quello letterale e quello della *ratio legis*. Sotto il primo profilo, la formulazione dell'art. 1455 c.c. è inequivocabilmente orientata nel senso di una libertà di scelta senza limiti; sotto il secondo profilo, la stessa Relazione preliminare agli artt. 1453 ss. del Codice – la n. 661 – sottolinea tale libertà, là dove richiama l'attenzione sul fatto che il legislatore ha voluto garantirla anche al contraente deluso che avesse pattuito una clausola risolutiva espressa o l'essenzialità del termine, evitando un assoluto automatismo dell'effetto risolutorio, e giustifica tale posizione con l'esigenza di bilanciare l'interesse del creditore e quello del debitore.

le parti, privando una di esse di qualsiasi rimedio contro l'inadempimento dell'altra, salvo il risarcimento del danno. All'uopo, occorre distinguere a seconda che l'impossibilità sia o non sia imputabile e che sia intervenuta prima del giudizio o nelle more del medesimo.

Qualora la natura della prestazione sia tale per cui il suo inadempimento non può che coincidere con l'impossibilità di eseguirla, allora non ha senso porsi il problema della buona fede perché non sussiste, a monte, una facoltà di scelta tra i rimedi. Qui una clausola d'irrisolubilità esclude in concreto tutti i rimedi previsti dall'art. 1453 cod. civ., eccetto il risarcimento del danno. Nel caso in cui l'impossibilità della prestazione sia stata una conseguenza immediata solo eventuale dell'inadempimento e sia stata frutto del caso fortuito o della forza maggiore, allora l'invocazione della clausola non presenta profili di abusività, ma costituisce semplicemente un comportamento conforme al contratto e all'affidamento che il quest'ultimo ha generato.

La scelta di escludere il rimedio risolutorio non è qui stata esercitata al momento della domanda con la citazione, e quindi per atto unilaterale, ma è stata oggetto di un accordo con la controparte, la quale legittimamente ha confidato nel fatto che non avrebbe potuto essere chiamata in nessun caso a restituire la prestazione ricevuta. Sotto altra angolazione, il contraente deluso, nel momento in cui ha rinunciato preventivamente alla risoluzione, si è assunto il rischio dell'impossibilità di altri rimedi, salvo quello risarcitorio.

Il mero fatto che detto rischio si sia in concreto verificato non può condurre a sacrificare l'affidamento della controparte, neppure là dove l'inadempimento sia stato così grave da neutralizzare l'interesse del creditore a ottenere il risarcimento del danno non accompagnato da altri rimedi<sup>140</sup>. Quest'ultima ipotesi dà luogo alle medesime conseguenze pratiche che discendono dalla clausola con cui si escludono già originariamente, in blocco, tutti i rimedi previsti dall'art. 1453 cod. civ.

Una simile clausola, che si è definita come patto d'irrisolubilità in senso lato, è stata però reputata, per le ragioni che si è cercato di

<sup>140</sup> Ritiene invece che quest'ipotesi legittimi una valutazione secondo buona fede dell'invocazione della clausola d'irrisolubilità U. CARNEVALI, *La risoluzione per inadempimento. Premesse generali*, in U. CARNEVALI, E. GABRIELLI e M. TAMPONI, *Il contratto in generale, La risoluzione*, in *Tratt. dir. priv.* Bessone, VIII, Torino, 2011, p. 29 ss.

esporre, pur entro certi limiti, valida e ammissibile. E comunque, anche a voler sostenere la tesi opposta, le due ipotesi in esame sono equiparabili solo ai fini del risultato, mentre differiscono sotto il profilo del momento in cui si verifica il preteso profilo d'inammissibilità: nel caso del patto d'irrisolubilità in senso lato, esso è genetico, mentre nel caso del patto d'irrisolubilità in senso stretto che per caso fortuito o forza maggiore spiega i medesimi effetti di uno in senso lato, esso è funzionale e dunque non potrebbe implicare la nullità.

Il discorso cambia quando l'impossibilità sopravvenuta dell'azione di esatto adempimento è imputabile al contraente inadempiente, cioè quando la parte in favore della quale è stata pattuita la clausola d'irrisolubilità non si è solo resa inadempiente ma ha anche reso definitivamente impossibile la prestazione, prima o dopo essere convenuta in un'azione di esatto adempimento. Qui la consapevolezza dell'inadempiente che l'azione di esatto adempimento è l'unico rimedio disponibile alla controparte induce a presumere che questi non si sia comportato secondo buona fede, ma abbia sfruttato la clausola per poter ottenere dal contratto solo vantaggi senza sopportare alcun sacrificio patrimoniale. A nulla vale in questo caso addurre la circostanza per cui la parte che ha rinunciato preventivamente alla risoluzione si è assunta il rischio di un simile esito: quando il verificarsi o meno di un certo risultato dipende dalla condotta di una delle parti, infatti, si passa dalla sfera del rischio a quella della responsabilità.

Volendo fondare quest'affermazione su un principio di più ampia portata si può pensare all'art. 1356 cod. civ. che impone alle parti di comportarsi secondo buona fede in pendenza di condizione. Evidentemente nel caso di specie non ricorre in senso tecnico la situazione descritta dalla norma, mancando una condizione, ma può nondimeno farsi discendere dall'art. 1375 cod. civ. un dovere di mantenere integre le ragioni della controparte, pur trattandosi di ragioni che attonano non tanto al sinallagma in senso proprio quanto piuttosto al sinallagma "rovesciato".

### *7. Clausole d'irrisolubilità per inadempimento e abuso di dipendenza economica*

I limiti alle clausole di esclusione delle impugnative contrattuali individuati e analizzati sino ad ora sono tutti esterni al contratto e indipendenti dai rapporti di forza che intercorrono tra le parti del

medesimo. Il quadro si arricchisce di problemi ulteriori quando si prende in considerazione quest'ultimo piano e si collocano i patti in esame in rapporti caratterizzati dalla sussistenza di uno squilibrio tra le imprese parte del contratto<sup>141</sup>. Tali problemi derivano dal fatto che l'art. 9 della legge 18 giugno 1998 n. 192, in materia di subfornitura, sancisce la nullità dei patti con cui un'impresa abusa della dipendenza economica che un'altra impresa ha nei suoi confronti, ad esempio imponendole condizioni contrattuali «eccessivamente gravose o discriminatorie». Si tratta qui di verificare se, e a quali condizioni, le clausole esaminate nel corso del presente capitolo, ove inserite in un contratto tra imprese in rapporto di dipendenza economica, possano ricadere nella previsione e, conseguentemente, essere affette da nullità<sup>142</sup>.

La questione è di notevole rilievo, atteso che è ormai pacifica in seno alla dottrina e alla giurisprudenza italiana l'applicazione estensiva della predetta disciplina, ricorrendone i presupposti, a tutti i contratti, indipendentemente dalla loro sussumibilità nella fattispecie della subfornitura<sup>143</sup>. E siffatta importanza è lungi dal subire un arresto,

<sup>141</sup> Sul tema delle relazioni contrattuali caratterizzate da un'asimmetria di potere cfr., in questa sede, per tutti, G. VETTORI, *Libertà di contratto e disparità di potere*, in *Riv. dir. priv.*, 2005, p. 756 ss.; e F. VOLPE, *La rilevanza dello squilibrio contrattuale nel diritto dei contratti*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, p. 303 ss.

<sup>142</sup> Accenna al problema F. PADOVINI, *Le clausole limitative delle impugnazioni contrattuali*, cit., p. 199.

<sup>143</sup> L'estensione della disciplina è stata confermata anche, seppur in *obiter*, da una pronuncia delle Sezioni Unite, e precisamente Cass., Sez. Un., 25 novembre 2011, n. 24906, in *Giur. it.*, 2012, p. 2054 ss. Nello stesso senso, in dottrina, cfr. per tutti R. SACCO, *Il contratto*, in *Tratt. dir. civ.* Sacco, tomo I, Torino, 1993, p. 14; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, 2<sup>a</sup> ed., Milano, 2000, p. 405; R. LECCESE, *Subfornitura*, in *Nov. Dig. it.*, XV, Torino, 1998, p. 241; V. ROPPO, *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppi di un nuovo paradigma*, in *Riv. dir. priv.*, 2001, p. 777; D. MAFFEIS, *Abuso di dipendenza economica*, in G. DE NOVA, A. CHIESA, F. DELFINI, D. MAFFEIS, A. SALVADÈ (a cura di), *La subfornitura. L. 18 giugno 1998, n. 192*, Milano, 1998, p. 78; G. NICOLINI, *Subfornitura e attività produttive. Commento alla l. 18 giugno 1998, n. 192*, Milano, 1999, p. 122 ss.; A. PALMIERI, *Rifiuto (tardivo) di fornitura, vessazione del proponente ed eliminazione delle alternative: un caso limite di dipendenza economica*, in *Foro it.*, 2002, c. 2178; S. BASTIANON, *Rifiuto di contrarre, interruzione arbitraria delle relazioni commerciali e abuso di dipendenza economica*, in *Corr. giur.*, 2002, p. 1066; B. TASSONE, *Non solo moda (ma anche rewriting contrattuale): commento alla prima decisione in materia di abuso di dipendenza economica*, in *Danno resp.*, 2002, p. 770 ss.; G. COLANGELO, *L'abuso di dipendenza economica tra disciplina della concorrenza e diritto dei contratti*, Torino, 2004, p. 50 ss. In particolare, osservano R. PARDOLESI e R. CASO, *La nuova*

come dimostra la sua conferma in ambito europeo. Emblematico è il caso della Francia, ove la recente riforma del diritto delle obbligazioni e dei contratti ha trasferito la tutela contro l'abuso di dipendenza economica dal *code de commerce* al *code civil*, così generalizzandola a tutti i contratti, a prescindere dal tipo, dalla qualità d'imprenditori delle parti e dall'incisione dell'abuso sulla libertà di concorrenza<sup>144</sup>.

Per esigenze di sintesi, non ci si occuperà in questa sede dell'individuazione – inevitabilmente legata a un approccio casistico – dei criteri per valutare la sussistenza del rapporto sopra descritto, indagini per la quale si rinvia alla letteratura in tema di subfornitura<sup>145</sup>.

*disciplina del contratto di subfornitura (industriale): scampolo di fine millennio o prodromo di tempi migliori*, in *Riv. dir. priv.*, 1998, p. 712, che la subfornitura è «un istituto, quindi, che, nel solco interpretativo tracciato dall'affermazione del centrale ruolo svolto dalla buona fede nella gestione dei rapporti speciali, precontrattuali e contrattuali, si inserisce quale clausola generale di abuso di potere contrattuale delle relazioni negoziali tra imprese». In senso contrario, G. CASELLI, *Osservazioni sulla legge 18 giugno 1998, n. 192, in materia di subfornitura con particolare riferimento al suo ambito di applicazione*, in *Contr. impr.*, 1998, p. 1311; R. RINALDI, F. TURITTO, *L'abuso di dipendenza economica*, in P. SPOSATO, M. COCCIA (a cura di), *La disciplina del contratto di subfornitura nella l. n. 192 del 1998*, Torino, 1999, p. 121; A. MUSSO, *La subfornitura*, in *Comm. c.c.* Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 2003, p. 466.

<sup>144</sup> Sia consentito rinviare alle considerazioni svolte da L. COPPO, *Gli ultimi sviluppi della riforma del Code civil*, cit., p. 311 ss., spec. p. 327 ss. Risulta interessante notare che il codice francese qualifica l'abuso di dipendenza economica come un'ipotesi speciale di violenza e precisamente una violenza tale da comportare la nullità relativa del contratto ove abbia indotto la vittima a contrarre un vincolo che altrimenti non avrebbe assunto e da procurare a chi l'ha posta in essere un vantaggio manifestamente eccessivo.

<sup>145</sup> La bibliografia in tema di subfornitura e di abuso di dipendenza economica è molto vasta e dunque difficilmente riproducibile in modo esaustivo in questa sede: cfr., in questa sede, *supra* n. 625. Ci si limiti a citare, tra i contributi più significativi, i seguenti: A.R. ADIUTORI, *Interessi protetti nella subfornitura*, Milano, 2010; S. MONTICELLI, *Dall'abuso del diritto all'abuso di dipendenza economica. Un'indagine sulla dipendenza economica tra modello francese ed italiano*, Roma, 2006; R. NATOLI, *L'abuso di dipendenza economica. Il contratto e il mercato*, Napoli, 2004; M. MAUGERI, *Abuso di dipendenza economica e autonomia privata*, Milano, 2003; F. PROSPERI, *Il contratto di subfornitura e l'abuso di dipendenza economica. Profili ricostruttivi e sistematici*, Napoli, 2002; A. MUSSO, *La subfornitura*, cit., p. 484 ss.; A. ALBANESE, *Abuso di dipendenza economica: nullità del contratto e riequilibrio del rapporto*, in *Eur. dir. priv.*, 1999, p. 1182 ss.; T. LONGU, *Il divieto dell'abuso di dipendenza economica nei rapporti tra le imprese*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, p. 347 ss.; F. MACARIO, *Equilibrio delle posizioni contrattuali ed autonomia privata nella subfor-*

Ci si limiterà, invece, a dare per assunto che il rapporto ricorre quando una delle due imprese è in grado di determinare, nelle relazioni commerciali con l'altra, un eccessivo squilibrio di diritti e obblighi, e che per accertarne la sussistenza occorre considerare le reali possibilità a disposizione dell'impresa "debole" per procurarsi sul mercato risorse alternative rispetto a quelle fornite dall'impresa "forte"<sup>146</sup>.

Per usare il linguaggio dell'analisi economica, è indice della dipendenza il fatto che un'impresa abbia effettuato investimenti mirati in vista della specifica domanda o offerta di un'altra impresa e non possa riconvertirli sul mercato perché quest'ultima è in posizione di monopolio o monopsonio, oppure perché i costi da sostenere e i benefici cui rinunciare per cambiare fornitore o compratore (c.d. *switching costs* o costi di commutazione) sarebbero troppo elevati rispetto al netto dei risultati dello scambio<sup>147</sup>. I passaggi logici della valuta-

*natura*, in L. FERRONI (a cura di), *Equilibrio delle posizioni contrattuali ed autonomia privata*, Napoli, 2002, p. 162 ss.; D. MAFFEIS, *Op. ult. cit.*, p. 78 ss.; ID., *Il contraente e la disparità di trattamento delle controparti*, in *Riv. dir. priv.*, 2006, p. 336 ss.; A. MAURIZI, *L'individuazione del mercato in un caso di abuso di posizione dominante*, in *Riv. dir. comm.*, 1992, I, p. 412 ss.; S. PAGLIANTINI, *L'abuso di dipendenza economica tra legge speciale e disciplina generale del contratto*, in G. VETTORI (a cura di), *Squilibrio e usura nei contratti*, Milano, 2002.

<sup>146</sup> Cfr. le considerazioni svolte nel corso del capitolo.

<sup>147</sup> A partire da tale fattispecie generale di dipendenza economica, la dottrina, soprattutto tedesca, ha elaborato una serie di figure specifiche. Quattro sono in particolare quelle elencate in un parere del *Bundestagsausschuss für Wirtschaft* risalente al 1973 e ricomprese nell'ambito di applicazione del § 20 II, Abs. 1, della *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen* (GWB): la dipendenza da assortimento, che si ha quando un'impresa ha necessità per soddisfare la propria clientela di fornire un certo prodotto, normalmente un articolo di marca, commercializzato da un'altra impresa (per un'eshaustiva disamina sul tema si veda P. FABBIO, *L'abuso di dipendenza economica*, in *Saggi di diritto commerciale*, Milano, 2006, pp. 171-255); la dipendenza da penuria, che si ha quando l'impresa è privata di una fonte di rifornimento e non può sostituirla in un tempo ragionevole e in misura idonea a causa di un improvviso e imprevedibile calo dell'offerta o aumento della domanda; la dipendenza dell'impresa, che si ha quando un'impresa, in seguito a stabili e durature relazioni commerciali instaurate con un'altra, ha adattato la propria organizzazione aziendale alla domanda o all'offerta di quest'ultima, in modo tale da non potersi effettivamente rivolgere ad altri sul mercato senza subire uno svantaggio nella concorrenza; la dipendenza del fornitore, che ricorre quando questi ha come cliente unicamente o principalmente un'altra impresa. Per un'ampia riflessione sulle predette figure cfr. G. CERIDONO, *Commento all'art. 9*, in *Commentario alla disciplina della subfornitura nelle attività produttive (l. 18 giugno 1998, n. 192)*, a cura di Lipari, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2000, p. 437; e V. PINTO, *L'abuso di dipendenza economica «fuori dal contratto» tra diritto civile e diritto antitrust*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, p. 407.

zione sono dunque, in sintesi, la verifica dell'esistenza, nella parte di mercato in cui opera l'impresa presunta indipendente, di alternative oggettive nel reperimento o collocamento delle risorse, e l'effettività delle medesime, anche tenuto conto delle sue condizioni soggettive individuali<sup>148</sup>.

L'esito positivo della valutazione impone un'indagine volta a verificare – ed è questo il punto di maggior interesse ai fini della presente disamina – se i contratti stipulati dopo l'instaurazione della dipendenza economica contengano clausole che consentono all'impresa dominante di abusare di quest'ultima situazione. In questa prospettiva si rivela in primo luogo cruciale ricostruire la nozione di abuso. All'uopo, soccorre ancora una volta l'analisi economica del diritto, in base alla quale detto concetto si può definire come un ricatto o un'estorsione (c.d. *hold up*): l'impresa dominante sfrutta la posizione di debolezza che si è creata in un'altra impresa per costringerla a scegliere se interrompere il rapporto commerciale o accettare l'imposizione *ex novo* di determinate condizioni particolarmente gravose o la modifica in senso sfavorevole di un precedente regolamento contrattuale<sup>149</sup>.

L'abuso non risiede, dunque, tanto nel tipo di clausola imposta all'impresa dipendente – una simile clausola potrebbe anche essere, per quanto gravosa, espressione di una lecita manifestazione dell'autonomia privata – quanto piuttosto nella minaccia di una rottura arbitraria del rapporto contrattuale, rottura che peraltro costituisce essa stessa una delle fattispecie di abuso esemplificativamente elencate dall'art. 9 della legge succitata.

Proprio questo è l'elemento caratterizzante della condotta estorsiva e consente un collegamento con le clausole d'irrisolubilità. Quando nel contratto sono presenti tali clausole e sono pattuite a favore di entrambe le parti, nel senso che nessuna delle due ha il diritto potestativo di sciogliere il contratto, allora manca l'oggetto della minac-

<sup>148</sup> In questo senso P. FABBIO, *Op. cit.*, p. 131; e V. PINTO, *Op. cit.*, p. 406.

<sup>149</sup> Così, sempre per utilizzare il linguaggio dell'analisi economica del diritto, l'impresa dominante si appropria delle c.d. quasi rendite, o *quasi-rents*, cioè del risultato ottenuto dalla differenza tra il valore del bene e il suo valore di recupero (*salvage value*), cioè quello che sarebbe derivato da un miglior uso alternativo del medesimo. Al riguardo cfr. R. NATOLI, *Brevi note sull'abuso di dipendenza economica "contrattuale"*, in *Giur. it.*, 2003, p. 725. Sul concetto di quasi rendite si veda, più ampiamente, B. KLEIN, R.G. CRAWFORD, A. ALCHIAN, *Vertical Integration, Appropriate Rents, and the Competitive Contracting Process*, in *J. Pol. Econ.*, 1978, p. 297.

cia, manca l'alternativa cui porre di fronte l'impresa dipendente qualora non accetti le condizioni imposte dall'impresa dominante. Ciò non esclude naturalmente che residuino nella dinamica concreta del rapporto altri meccanismi di prevaricazione, ma aumenta la probabilità che i medesimi siano semplicemente il frutto di un maggiore potere contrattuale dell'impresa dominante e non di un abuso.

Se il patto d'irrisolubilità a favore di entrambe le parti può essere uno strumento utile all'impresa dipendente per evitare condotte abusive o, sotto altra angolazione, un indice dell'assenza di abuso di dipendenza economica, altrettanto non vale per il patto d'irrisolubilità a favore di una parte soltanto, a meno che questa parte – *ça va sans dire* – non sia l'impresa dipendente. Per valutare se il patto in esame a beneficio dell'impresa dominante si traduca in un abuso di dipendenza economica occorre a questo punto aggiungere un ulteriore tassello alla ricostruzione della fattispecie e capire quali connotati deve possedere una clausola contrattuale per essere discriminatoria o eccessivamente gravosa, e quindi abusiva, ai sensi dell'art. 9 della legge sulla subfornitura.

Cominciando dal primo termine, non è chiaro cosa volesse intendere il legislatore alludendo al carattere discriminatorio della clausola<sup>150</sup>. Per far luce sul punto la dottrina ha adottato un approccio sistematico e collazionato le definizioni di condotta discriminatoria presenti nei diversi testi normativi che se ne occupano in altri ambiti, ad esempio lo statuto dei lavoratori e la disciplina *antitrust*<sup>151</sup>.

Tale lettura comparata ha consentito d'individuare quale nucleo essenziale della discriminazione il trattamento difforme di situazioni ragionevolmente analoghe o il trattamento uniforme di situazioni ragionevolmente diverse. Nulla d'innovativo se si pensa che la formula corrisponde alla sintesi interpretativa dell'art. 3 della Costituzione, il quale associa indissolubilmente la parità di trattamento al principio di ragionevolezza<sup>152</sup>.

<sup>150</sup> Cfr. A. GENTILI, *Il principio di non discriminazione nei rapporti civili*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2009, p. 228. Sul divieto di discriminazione in generale v., più ampiamente, P. FEMIA, *Discriminazione (divieto di)*, in *Enc. dir.*, Tematici, I, Milano, 2021, p. 499 ss.; e G. CARAPEZZA FIGLIA, *Divieto di discriminazione e autonomia contrattuale*, Napoli, 2013.

<sup>151</sup> Per un elenco delle norme considerate nell'accertamento del significato del termine «discriminatorie», cfr. G. DI LORENZO, *Contratto e divieto di discriminazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, p. 567 ss.

<sup>152</sup> Sul tema della ragionevolezza si vedano, in una prospettiva costituzionalistica,

Alla luce di quanto appena osservato, si possono considerare discriminatorie le condizioni contrattuali che, senza alcuna giustificazione ragionevole, pongono a carico dell'impresa dipendente prestazioni diverse da quelle richieste in situazioni omogenee ad altri operatori economici o uguali a quelle richieste a questi ultimi in situazioni disomogenee<sup>153</sup>. Di nuovo si tratta di un presupposto la cui sussistenza deve accertarsi caso per caso e che quindi non si presta a una piú approfondita riflessione generale rispetto alle clausole d'irrisolubilità. Non ha, infatti, senso domandarsi se queste clausole, in sé e per sé considerate, siano discriminatorie, perché il giudizio di ragionevolezza non può prescindere da una comparazione tra situazioni che sono esterne alla clausola, non attengono alla medesima ma alle parti<sup>154</sup>.

Piú interessante ai fini della presente indagine sulle clausole d'irrisolubilità – ma parimenti poco chiaro – risulta, invece, il significato dell'espressione «eccessivamente gravose». La formula rievoca quella dell'eccessiva onerosità e dunque sembra rimandare, pur estrapolata dal contesto della dipendenza economica, all'idea di un sindacato sull'equilibrio contrattuale riferito non alle parti ma alle prestazioni. Facendo un ragionamento di sistema, si può affermare che questo squilibrio assume nel codice una connotazione economica, concretandosi

L. PALADIN, *Ragionevolezza (principio di)*, in *Enc. dir.*, agg. I, Milano 1997, p. 899 ss.; J. LUTHER, *Ragionevolezza (delle leggi)*, in *Dig. disc. pub.*, XII, 1977, p. 341 ss.; A. MOSCARINI, *Ratio legis e valutazioni di ragionevolezza della legge*, Torino, 1996; G. SCACCIA, *Gli "strumenti" della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Milano, 2000; A. MORRONE, *Il custode della ragionevolezza*, Milano, 2001; F. MODUGNO, *La ragionevolezza nella giustizia costituzionale*, Napoli 2007; ID., *Ragione e ragionevolezza*, Napoli, 2009. Per un contributo piú recente cfr. A. CERRI, *Spunti di riflessione sulla ragionevolezza nel diritto*, in *Dir. pub.*, 2016, p. 625 ss. In una prospettiva civilistica si vedano, innanzitutto, G. PERLINGIERI, *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, Napoli, 2015; S. PATTI, *Ragionevolezza e clausole generali*, Milano, 2013; A. RICCI, *Il criterio di ragionevolezza nel diritto privato*, Padova, 2007; ID., *Eguaglianza, ragionevolezza e logica giuridica*, Milano, 2006; e S. TROIANO, *La ragionevolezza nel diritto dei contratti*, Padova, 2005. Si veda, inoltre, E. DEL PRATO, *Ragionevolezza e bilanciamento*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, 1, p. 23 ss. Analizza il concetto di ragionevolezza dal punto di vista della filosofia del diritto S. ZORZETTO, *La ragionevolezza dei privati: saggio di metagiurisprudenza esplicativa*, Milano, 2008.

<sup>153</sup> Così anche G. DI LORENZO, *Op. cit.*, *passim*.

<sup>154</sup> Motiva la non assoggettabilità del contratto a un controllo giudiziale di ragionevolezza adducendo l'esteriorità di tale parametro rispetto all'accordo R. SACCO, *Il contratto*, I, nel *Tratt. dir. civ.* Sacco e De Nova, Torino, 2004, p. 22 ss.

in una significativa differenza di valore tra una prestazione e il suo corrispettivo, come si ricava dalla disciplina della rescissione per lesione e della stessa eccessiva onerosità.

Di squilibrio non si può, invece, parlare quando manca un corrispettivo, atteso che qui interviene la nullità per mancanza di causa. Questo è sicuramente vero se l'obbligazione senza corrispettivo è principale; se a difettare del corrispettivo sono tutta una serie di obbligazioni "accessorie" o comunque atipiche rispetto al contratto in cui sono contenute, il discorso potrebbe spostarsi dal piano causale a quello dell'equilibrio. Nemmeno si pone il problema dell'equilibrio contrattuale, come specifica una pronuncia in materia di eccessiva onerosità sopravvenuta, quando il verificarsi di eventi straordinari e imprevedibili ha semplicemente prodotto l'effetto di procurare al creditore vantaggi insperati<sup>155</sup>.

Purtroppo, a far luce sulla questione non contribuisce la giurisprudenza in materia di abuso di dipendenza economica, la quale, già di per sé piuttosto scarna, è ancora più rara circa l'abuso perpetrato attraverso l'imposizione di condizioni eccessivamente gravose. A quanto risulta, consta solo un precedente di legittimità, in cui il ruolo dell'impresa dominante era stato assunto dalla nota casa automobilistica Mazda. Nel caso di specie la Cassazione ha confermato l'abusività della condotta della predetta impresa giudicando eccessivamente gravose condizioni contrattuali con cui si richiedevano all'impresa dipendente obiettivi e *target* di vendita più elevati rispetto a prima, s'introduceva un obbligo di esclusiva, s'imponeva il sostanziale ampliamento dei locali adibiti alla vendita, nonché un incremento del numero di addetti alle vendite, e si pretendeva il rilascio di una ingente fidejussione bancaria<sup>156</sup>.

La sentenza non precisa se la valutazione di abusività sia scaturita da una lettura coordinata e complessiva delle clausole o se la decisione sarebbe stata la medesima anche con riferimento ad ognuna delle singole pattuizioni. Appare più probabile la prima opzione, posto che patti come quello di esclusiva o altri sono di per sé leciti e, anzi, consentiti espressamente dallo stesso codice.

Dalla decisione in commento si può dunque trarre un duplice insegnamento: da un lato, la valutazione dell'eccessiva gravosità deve compiersi, in linea di massima, non tanto con riguardo alla singola

<sup>155</sup> Cass., Sez. Lav., 7 marzo 2002, n. 3296, in *Studium juris*, 2002, p. 1004 ss.

<sup>156</sup> Cass., 23 luglio 2014, n. 16787, in *Leggi d'Italia* online.

clausola, ma piuttosto a fronte di un'interpretazione sistematica delle pattuizioni contenute nel regolamento contrattuale; dall'altro, detta valutazione deve essere effettuata sia dal punto di vista quantitativo che dal punto di vista qualitativo. Così si può aggiungere a quelle già prospettate un'ulteriore accezione di squilibrio: la significativa differenza tra le obbligazioni imposte su un contraente e quelle imposte sull'altro sul piano della complessità, la quantità e il grado d'incidenza sulla sfera organizzativa.

Così ricostruito sinteticamente il quadro, si può con una certa sicurezza escludere, in linea di principio, la nullità di una clausola con cui l'impresa dipendente rinuncia alla risoluzione per impossibilità o per eccessiva onerosità sopravvenuta, a fronte della pattuizione di rimedi manutentivi del contratto, quale ad esempio la rinegoziazione. Vero è che l'impresa dominante continua a essere titolare del diritto potestativo di risolvere il contratto, ma è parimenti vero che abusivo potrebbe essere semmai, a certe condizioni, l'esercizio di tale diritto, non il patto con cui si esclude che possa esercitarlo l'impresa dipendente. E comunque quest'ultima potrebbe contare su gli altri rimedi previsti dal contratto stesso proprio per ristabilire l'equilibrio contrattuale.

La prima parte del ragionamento appena sviluppato vale anche quando la clausola d'irrisolubilità di cui sopra non prevede rimedi alternativi in capo all'impresa dipendente. La mancata previsione di tali rimedi non sembra di per sé sufficiente a giustificare l'abusività della clausola. Qui si apre però un problema ulteriore. Come si è detto nei paragrafi precedenti, il contratto che contiene una simile pattuizione non è più qualificabile come commutativo (*tout court* o limitatamente agli eventi per i quali si esclude la risoluzione), bensì come aleatorio. Posto che il codice civile sottrae i contratti aleatori dal sindacato sull'equilibrio contrattuale in tutte le ipotesi in cui questo è previsto, cioè in materia di eccessiva onerosità sopravvenuta e in materia di rescissione, ci si può domandare se l'abuso di dipendenza economica possa riguardarli. Nulla dice sul punto la legge sulla subfornitura e, come sempre accade, a tale silenzio si possono attribuire significati diametralmente opposti.

Si può sostenere che il legislatore ha consapevolmente scelto di applicare la disciplina in questione ai contratti aleatori, interpretazione plausibile perché qui il sindacato sull'equilibrio tra le prestazioni è giustificato dall'esigenza di mitigare uno squilibrio tra le parti; si può tuttavia replicare che anche nella rescissione tale squilibrio sussiste e

ricorre una situazione di approfittamento, ma tali circostanze non hanno indotto il codice ad applicare la disciplina ai contratti aleatori. Allora in quest'ultima prospettiva, il silenzio del legislatore altro non sarebbe che il frutto di una svista, una lacuna da colmare con i principi generali della materia contrattuale, tra cui, appunto, quello in virtù del quale l'aleatorietà del contratto inibisce qualunque valutazione sull'equilibrio del sinallagma. Allo stato non si può dare una risposta univoca, anche perché, a quanto consta, la giurisprudenza non si è mai pronunciata sul punto.

Si può solo fare una considerazione: difficilmente verrà reputata eccessivamente gravosa la mera imposizione di un contratto aleatorio. Quanto alle clausole in esso contenute, in virtù del dilemma appena prospettato, il giudice dovrà quantomeno adottare qualche cautela in più nel valutare la loro idoneità a provocare uno squilibrio contrattuale rilevante. Vale in sostanza quello che già si era detto nei paragrafi precedenti in relazione alla meritevolezza del patto che rende aleatorio un contratto tipicamente commutativo: il carattere aleatorio del contratto impedisce il giudizio sul sinallagma solo quando lo squilibrio di quest'ultimo è determinato da un evento connesso all'alea stessa; non è invece precluso tale giudizio quando lo squilibrio è determinato da circostanze di cui la parte non si è assunta il rischio.

Resta da esaminare la validità della clausola d'irrisolubilità per inadempimento e di quella che, oltre alla risoluzione, esclude anche il risarcimento del danno e l'azione di esatto adempimento. Occorre premettere che qui risulta più agevole ravvisare gli estremi dell'abusività, imponendosi la prosecuzione del rapporto contrattuale e l'esecuzione della prestazione pur a fronte di un comportamento colposo o doloso della controparte.

Quando viene escluso il solo rimedio risolutorio, ma rimangono in piedi l'azione di esatto adempimento e, soprattutto, l'azione di risarcimento, allora la clausola non risulta di per sé eccessivamente gravosa, atteso che l'impresa dipendente può comunque ottenere la prestazione stessa o il suo equivalente in denaro. Lo stesso vale quando viene esclusa la sola azione di esatto adempimento. Quando invece la parte si obbliga a rinunciare in blocco a tutti e tre i rimedi previsti dall'art. 1453 cod. civ., allora, in mancanza della pattuizione di strumenti di tutela alternativi o di un corrispettivo adeguato, vige una forte presunzione che la clausola sia eccessivamente gravosa nel senso poc'anzi specificato.



## CAPITOLO V

# Il controllo sulle clausole di esonero nella prospettiva del diritto comparato

SOMMARIO: 1. Il controllo sui patti di esonero da responsabilità come problema trans-ordinamentale. – 2. L'approccio del diritto internazionale privato uniforme e del diritto europeo. – 3. Il controllo interpretativo sulle clausole di esonero: la *strict interpretation* e la *contra proferentem rule*. – 4. Dal concetto di responsabilità al concetto di essenza del contratto: *fundamental breach*, *Kardinalpflichten* e *obligation essentielle*. – 5. Il controllo sulle clausole di esonero nei contratti asimmetrici: tra *unangemessene Benachteiligung*, *déséquilibre significatif* e *un-conscionability*. – 6. Segue: il giudizio di ragionevolezza previsto dal *Restatement of English Contract Law*.

### 1. *Il controllo sui patti di esonero da responsabilità come problema trans-ordinamentale*

La necessità di regolamentare il fenomeno dei patti di limitazione o esclusione preventiva della responsabilità non è stata avvertita soltanto dall'ordinamento italiano, ma, pur con sfumature diverse, in tutti i sistemi giuridici e, con maggior o minor vigore in ogni epoca storica. Un'analisi diacronica rivela che, da un certo momento in poi, nel decidere quale approccio adottare nei confronti dei patti in questione, gli ordinamenti si sono influenzati a vicenda per poi seguire una linea evolutiva sostanzialmente convergente, a dispetto delle formali divergenze delle singole discipline anche all'interno della medesima tradizione giuridica<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Sul difetto di convergenza in merito alle clausole di esonero da responsabilità tra gli ordinamenti di *common law*, cfr. T. CANUEL, *Comparing exculpatory clauses under Anglo-American law: testing total legal convergence*, in G. CORDERO-MOSS (a cura di), *Boilerplate Clauses, International Commercial Contracts and the Applicable Law*, New York, 2011, p. 80 ss. Più in generale, cfr., sin dagli anni ottanta, P. LARÈRE, *Les clauses limitatives et exonératoires de responsabilité en droit français*, in

Si possono rintracciare come costante nella storia moderna comparata del divieto di esonero da responsabilità almeno tre macro-fasi: la prima è quella della diffusione delle clausole nella prassi; la seconda è quella di un generale favore degli ordinamenti nei confronti delle clausole e quindi di una lettura meno rigorosa del divieto; la terza è quella di una reazione degli ordinamenti nei confronti degli “effetti collaterali” provocati dalla diffusione incontrollata delle clausole.

La prima fase coincide con il periodo che va dall’illuminismo all’età napoleonica, un’epoca di transizione, di «mistica individualista»<sup>2</sup>, segnata, sul piano giuridico, dal graduale passaggio da una concezione del contratto come atto tra persone libere e uguali alla convinzione che il bene sociale si raggiungesse attraverso la libertà negoziale dei singoli individui, quali migliori conoscitori e difensori dei propri interessi<sup>3</sup>; sul piano economico, dall’avvento della prima rivoluzione industriale in Inghilterra e da un significativo sviluppo del commercio marittimo.

Proprio in quest’ultimo ambito si ravvisano le origini delle clausole di esonero da responsabilità. Qui più che in altri settori, infatti, era frequente nella pratica che il debitore, nella specie il vettore, non portasse a compimento la prestazione dovuta anche a causa di eventi sopravvenuti ascrivibili al caso fortuito o alla forza maggiore e, conseguentemente, si avvertiva l’esigenza di evitare che le imperfezioni dello sviluppo tecnologico e il correlato timore di un’incontrollabile responsabilità incentivassero comportamenti *risk-averse* da parte de-

*Int. Bus. L.J.*, 1985, pp. 479-481; X. MALENGREAU, *La clause d'exonération de responsabilité en droit belge*, *ivi*, 1985, pp. 483-486; O. BOSCHETTI, *Notes on Exemption Clauses under Italian Law*, *ivi*, 1985, pp. 487-490; R. PELLETIER, *Les clauses d'exonération et de limitation de responsabilité en droit mexicain*, *ivi*, 1985, pp. 491-493; STRAUCH, *La loi allemande sur les conditions générales et les clauses limitatives de responsabilité*, *ivi*, 1985, pp. 495-507; L. ARENTZ-HANSEN, *The Wingull Arbitration Award of 1978*, *ivi*, 1985, pp. 509-511; P. ELLINGTON, *Exclusion Clauses in English Law*, *ivi*, 1985, pp. 513-515; B. HANOTIAU, *Les clauses d'exclusion et de limitation de garantie et de responsabilité en droit américain*, *ivi*, 1985, pp. 517-523; P.J. THYS e M.J. GOLUB, *Limiting a Seller's Liability under United States Law in Commercial and Government Contracts*, *ivi*, 1985, p. 523; E. VON HIPPEL, *The Control of Exemption Clauses. A Comparative Study*, in *Int. Comp. L.Q.*, 16, 1967, pp. 591-612; G. EÖRSI, *The Validity of Clauses Excluding or Limiting Liability*, in *Am. J. Comp. L.*, 23, 1975, pp. 215-235. Si vedano inoltre gli atti del colloquio organizzato a Parigi nel 1990, J. GHESTIN (a cura di), *Les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité en Europe*, Paris, 1990.

<sup>2</sup> Così M. WALINE, *L'individualisme et le droit*, Montchrestien, 1949, p. 176.

<sup>3</sup> *Ibidem*.

gli imprenditori così rallentando o frenando il progresso di industrializzazione<sup>4</sup>.

Tale esigenza si era percepita con maggior vigore in Inghilterra, ove, come sancito dal noto caso *Paradine v. Jane* nel 1647<sup>5</sup>, la responsabilità del debitore sussisteva per il semplice fatto della mancata esecuzione della prestazione, anche se questa era dipesa da caso fortuito o forza maggiore (c.d. *absolute obligations*), sicché il debitore assumeva in sostanza il ruolo di garante dell'esatto adempimento, al punto da essere considerato, di fatto, alla stregua di un assicuratore<sup>6</sup>.

<sup>4</sup> P. ROBINO, *Les conventions d'irresponsabilité dans la jurisprudence contemporaine*, in *Rev. Trim. dr. civ.*, 1951, p. 1 ss. La dottrina italiana che ha riflettuto sulle ragioni del divieto di esonero da responsabilità nell'era moderna ha ravvisato uno stretto collegamento tra l'emersione del tema della possibilità per l'autonomia privata di attuare pattiziamente una *governance* della fase patologica del rapporto contrattuale lo sviluppo del commercio marittimo, in quanto settore caratterizzato da un'emersione più vigorosa di quei «motivi di libera iniziativa e di quelle più moderne strutture finanziarie che poi operarono nel diritto commerciale» (cfr. T. ASCARELLI, *Corso di diritto commerciale*, Milano, 1962, p. 79). Così A. LEFEBVRE D'OVIDIO e G. PESCATORE, *Manuale di diritto della navigazione*, Milano, 1964, pp. 366-67; A. LEFEBVRE D'OVIDIO, *Studi sulle clausole di irresponsabilità*, in *Riv. dir. nav.*, I, 1938, p. 305 ss. (I parte), p. 403 ss. (II parte), spec., p. 317 ss.; A. LEFEBVRE D'OVIDIO, *La disciplina convenzionale della responsabilità del vettore marittimo*, Roma, 1939, p. 31; A. LORDI, *Sulla responsabilità del vettore per la colpa nautica del capitano secondo il diritto inglese*, commento alla sentenza della Corte D'Appello di Genova del 1° marzo 1935, in *Riv. dir. nav.*, 1938, p. 274 ss. Le origini "economiche" del dibattito sulle clausole di esonero da responsabilità sono ribadite anche dalla giurisprudenza anteriore all'entrata in vigore dell'attuale codice: per tutte, Cass., 9 aprile 1927, in *Giur. it.*, 1927, I, c. 815 ss.

<sup>5</sup> *Paradine v. Jane* (1647, Aleyn, 26). Nel caso di specie si discuteva se l'affittuario di fondi fosse tenuto egualmente a pagare il canone al proprietario nonostante essi fossero state occupate nel corso della invasione militare di un principe tedesco, e non avessero quindi dato reddito alcuno. Al riguardo, la corte ha distinto tra obblighi di fonte legale, che possono essere inadempiti a causa di eventi esterni, quali guerre, tempeste o inondazioni, e obblighi di fonte contrattuale. Poiché le parti sono in principio libere di includere nel contratto tutte le clausole che vogliono, il convenuto avrebbe potuto escludere la propria responsabilità per il caso di invasione delle terre, ma, visto che non lo aveva fatto, doveva adempiere ugualmente. Nella sentenza si legge, testualmente, che «*when the party by his own contract creates a duty or charge upon himself, he is bound to make it good, if he may, notwithstanding any accident by inevitable necessity, because he might have provided against it by his contract*».

<sup>6</sup> Sul tema v., in generale, G. TREITEL, *Frustration and Force Majeure*, London, 1994, pp. 13-35; A.W.B. SIMPSON, *A History of the Common Law of Contract*, Oxford, 1975, pp. 530-532; D.J. IBBETSON, *Absolute Liability in Contract*, in F.D. ROSE (a cura di), *Consensus ad Idem*, London, 1996, pp. 30-37; J.D. WLADIS, *The Deve-*

Non è un caso che, in origine, le clausole di esonero si fossero diffuse nella prassi proprio per realizzare una diversa allocazione del rischio dell'impossibilità non imputabile e che ciò avesse dato impulso allo sviluppo di un sistema di assicurazioni private che offriva agli spedizionieri una copertura per il rischio della perdita del carico<sup>7</sup>.

Se, inizialmente, le clausole di esonero contemplavano eventi estranei alla sfera di controllo del debitore (c.d. *acts of God*), gradualmente le compagnie marittime cominciarono ad elencare nelle polizze di carico i singoli rischi che avrebbero dovuto essere sopportati dallo spedizioniere (c.d. *excepted clauses*, antesignane delle clausole di *force majeure* illustrate nel capitolo terzo) o a prevedere le c.d. *insurance clauses*, in cui si escludeva la responsabilità del vettore per tutti i danni che potevano essere coperti da assicurazione, indipendentemente dal fatto che essi fossero stati cagionati da eventi imputabili al debitore o da eventi estranei alla sua sfera di controllo<sup>8</sup>.

Patti di esonero e assicurazione erano dunque divenuti gli strumenti principali per tutelare le imprese contro il pericolo di dover sopportare, da un lato, i costi e le difficoltà connessi alla messa in opera di sistemi produttivi particolarmente onerosi, spesso incompatibili con i ritmi frenetici del processo d'industrializzazione e con la complessità del commercio, dall'altro, i costi derivanti dalla responsabilità per danni la cui causa era spesso ignota, o comunque di non semplice individuazione, e provocati da attività che non avevano ancora raggiunto un livello di perfezione tecnologica tale da ridurre il margine di rischio ad esse connaturato<sup>9</sup>. Infondo, *mutatis mutandis*,

*lopment of the Doctrine of Impossibility of Performance in English Contract Law*, in *Georgetown L.J.*, 1987, 75, pp. 1579-1593; W.R. WADE, *The Principle of Impossibility in Contract*, in *L.Q. Rev.*, 1940, 56, p. 519, p. 524; e, in prospettiva storico-comparatistica, A. KIRALFY, *Absolute Liability in Contract*, in *J. Legal Hist.*, 1, 1, 1980, pp. 89-93. Per il punto di vista italiano cfr. A. LORDI, *Sulla responsabilità del vettore per colpa nautica del capitano secondo il diritto inglese*, cit., p. 277 ss. Da qui l'esigenza della prassi di elaborare clausole determinative del contegno di volta in volta richiesto al debitore coniano formule quali "best efforts" o "reasonable efforts" o "due diligence" per attenuare il carattere assoluto dell'obbligazione.

<sup>7</sup> Cfr. le osservazioni di A. ASQUINI, *Del contratto di trasporto*, cit., p. 348, n. 2.

<sup>8</sup> Osserva questo P. GRECO, *Appunti sulle clausole di irresponsabilità nei trasporti marittimi*, cit., p. 749. Sull'evoluzione delle clausole di esonero nella prassi inglese, cfr. per le linee essenziali di P. ASCOLI, *Del commercio marittimo e della navigazione*, in *Comm. cod. comm.* Bolaffio e Vivante, VII, Torino, 1909, p. 101 ss.

<sup>9</sup> Il vantaggio per le compagnie marittime si sarebbe tradotto in un beneficio anche per gli utenti, per i quali il contenimento dei costi dell'attività offerta si sarebbe

è il medesimo problema cui la società contemporanea si trova di fronte in ambiti come quello della ricerca di terapie sperimentali.

Ben presto, la circolazione delle polizze di carico inglesi e la preoccupazione di trovarsi in una posizione giuridica deteriore rispetto a quella delle imprese concorrenti straniere, indusse anche le compagnie marittime di altre bandiere, tra cui quelle italiane, ad inserire nelle loro polizze di carico i medesimi elenchi di rischi esclusi previsti da quelle inglesi, anche quand'erano comprensivi di fatti che nei loro ordinamenti d'origine avrebbero comunque liberato il vettore anche in assenza delle clausole, in quanto estranei alla sfera di controllo del debitore<sup>10</sup>.

Il problema è che, mentre negli ordinamenti di *common law* la possibilità per le parti di pattuire clausole di allocazione del rischio o di esclusione della responsabilità non incontrava in origine alcun limite, essendo mancato il riferimento ad un sistema codificato di regole come quello rappresentato per lungo tempo dal *corpus juris civilis*, nei principali ordinamenti di *civil law*, segnatamente Italia, Francia, Germania, Spagna e Olanda, continuava ad applicarsi la massima *ulpiana* per cui il debitore non poteva essere esonerato da una responsabilità per dolo o colpa grave.

Di fronte al problema della concorrenza con l'Inghilterra e all'obiettivo di assecondare il progresso tecnico-scientifico, gli ordinamenti di *civil law* dovettero prendere coscienza del fatto che le clausole in esame erano ormai divenute necessarie<sup>11</sup>. Il primo passo in

tradotto in una generale riduzione del prezzo. Così, sempre in tema di trasporto marittimo, P. ASCOLI, *Op. ult. cit.*, p. 101; P. GRECO, *Appunti sulla clausola di irresponsabilità nei trasporti marittimi*, in *Annuario dir. comp.*, 1931, VI, 1, p. 747; e T. ASCARELLI, in *Riv. dir. nav.*, 1950, I, p. 157. Sulle finalità positive inizialmente perseguite dalle clausole di esonero, cfr. R. BERNABAI, *Clausola di limitazione della responsabilità e «fundamental breach» del contratto*, in *Foro it.*, 1970, IV, c. 154.

<sup>10</sup> Cfr. R. FRANCESCHELLI, *Le clausole di irresponsabilità nei trasporti marittimi ed il problema della protezione del contraente più debole nei contratti a serie*, cit., p. 251, n. 3; e le repliche di A. LEFEBVRE D'OVIDIO, *Studi sulle clausole di irresponsabilità*, I parte, cit., p. 309, n. 1.

<sup>11</sup> Così FRANCESCO BENATTI, *Contributo alle clausole di esonero da responsabilità*, cit., p. 10; ma già P. ASCOLI, *Del commercio marittimo e della navigazione*, cit., p. 101; E. SPASIANO, *Il fondamento logico del principio limitativo della responsabilità armatoriale*, in *Riv. dir. nav.*, 1943-1948, I, p. 124 ss., spec. p. 157; nonché A. LEFEBVRE D'OVIDIO, *Studi sulle clausole di irresponsabilità*, I parte, cit., p. 305. In giurisprudenza, nello stesso senso, per tutte, Cass. Torino, 18 marzo 1908, in *Riv. dir. comm.*, 1908, p. 241 ss., spec. p. 244.

questa direzione fu compiuto, in un certo senso, dall'ordinamento francese, là dove la commissione incaricata da Napoleone della redazione del *code civil* decise significativamente, come avrebbe poi fatto il codice civile italiano del 1865, di non cristallizzare il divieto ulpiano in alcuna norma, rimettendone così l'applicazione al diritto vivente, salvo però prevedere all'art. 6 del *Titre préliminaire* la clausola di salvaguardia per cui le convenzioni dei privati non possono derogare «alle leggi che interessano l'ordine pubblico e i buoni costumi»<sup>12</sup>.

Nel silenzio del *Code Napoléon*, la giurisprudenza francese, che agli inizi dell'ottocento applicava con rigore la citata massima di Ulpiano<sup>13</sup>, verso la metà dell'ottocento cominciò a rilevare che le clausole in questione non potevano reputarsi immorali perché comunque rispondevano a esigenze concrete dell'autonomia privata; dall'altro, non poteva ravvisarsi alcuna contrarietà all'ordine pubblico, in quanto la responsabilità contrattuale era posta ad esclusivo presidio delle parti<sup>14</sup>. La conseguenza di questa affermazione fu il riconoscimento della validità delle clausole e della loro efficacia, seppur circoscritta al piano probatorio: in sostanza, in presenza delle clausole il creditore doveva provare non solo l'inadempimento dell'obbligazione ai sensi dell'art. 1147 *Code Napoléon*, ma anche che tale inadempimento era imputabile alla colpa grave o al dolo del debitore<sup>15</sup>.

Favorevole alle clausole in esame fu anche, in questa fase, l'ordi-

<sup>12</sup> La dottrina dell'epoca osservava però che la norma non era applicabile ai patti di esonero, in quanto essendo la fonte della responsabilità del debitore il contratto, il fondamento di tale responsabilità non è di ordine pubblico: così come alle parti è concesso determinare liberamente il contenuto del contratto, deve ritenersi loro consentito escludere o limitare la responsabilità. Così G. RIPERT, *Droit maritime*, II, Paris, 1952, n. 1737, p. 615. Peraltro, la norma, pur nel dettare un limite generale all'autonomia privata, veniva concepita anch'essa come uno strumento per assecondare la politica del "laissez-faire". È tale pensiero è del tutto in linea con l'idea dominante per cui «*La liberté impliquant le respect de la liberté d'autrui, implique, par conséquent, l'ordre public*» (P. MALAURIE, *L'ordre public et le contrat*, Reims, 1953, p. 13). Nell'ottica del giurista italiano, riflette sul contenuto dell'art. 6, *Titre préliminaire*, del *Code Napoléon*, in particolare M. GIORGIANNI, *Il diritto privato e i suoi attuali confini*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1961, p. 391 ss.

<sup>13</sup> Sul punto v. G. RIPERT, *Droit maritime*, cit., n. 1735, p. 608; e R. RODIÈRE, *Une notion menacée: la faute ordinaire dans les contrats*, in *Rev. trim. dr. civ.*, 1954, p. 315.

<sup>14</sup> Così G. RIPERT, *Op. ult. cit.*, n. 1737, p. 615.

<sup>15</sup> Per una panoramica dell'evoluzione della giurisprudenza francese in materia di clausole di esonero da responsabilità cfr. P. ESMEIN, *Les clauses de non responsabilité*, in *Rev. trim. dr. civ.*, 1926, p. 315 ss.

namento tedesco, seppur in termini diversi rispetto all'ordinamento francese. Il legislatore tedesco del 1896 decise di codificare il divieto di esonero, ma per mitigarne la portata, anziché restringerne l'efficacia su un piano meramente probatorio come aveva fatto la giurisprudenza francese, sancì l'invalidità dei soli patti di esclusione della responsabilità per dolo e non anche quella dei patti di esclusione della responsabilità per colpa grave (§ 276, comma 2, BGB). Nella relazione al codice si legge che l'estensione del divieto alla responsabilità per colpa grave avrebbe costituito un inammissibile limite all'autonomia privata, non giustificato da alcuna rilevante esigenza pratica<sup>16</sup>.

Il favore degli ordinamenti nei confronti delle clausole di esonero condusse ben presto ad una diffusione incontrollata delle medesime e ad un loro utilizzo abusivo: le compagnie marittime cominciarono ad esonerarsi sistematicamente da responsabilità per una serie di eventi che normalmente sarebbero stati a loro imputabili, anche a titolo di dolo o colpa grave, e quindi a traslare, di fatto, tutti i costi dell'attività sugli spedizionieri<sup>17</sup>. La circostanza che tale effetto fosse in qualche modo controbilanciato da una generale riduzione dei costi delle attività interessate, anche a beneficio degli utenti, non fu più reputata dagli ordinamenti una ragione sufficiente per non adottare un approccio più rigido nei confronti del fenomeno. Così, all'inizio del novecento, nacque un vero e proprio movimento di reazione contro le clausole in esame.

Le ragioni profonde di tale movimento sembrano doversi ravvisare, più ampiamente, nell'abbandono dell'idea per cui l'individuo è adeguatamente tutelato se gli viene concessa la più completa ed illimitata libertà di azione. Si prese atto, in sostanza, che la sede principale delle clausole di esonero erano i contratti conclusi mediante condizioni generali da imprese in una posizione economicamente dominante rispetto ad altre e dunque le clausole medesime non erano frutto del libero e consapevole accordo delle parti, ma risultavano, il

<sup>16</sup> *Motive zu dem Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Recht*<sup>3</sup>, II, Berlin, 1896, § 225, p. 31.

<sup>17</sup> R. BERNABAI, *Clausola di limitazione della responsabilità e «fundamental breach» del contratto*, in *Foro it.*, 1970, IV, c. 154. La situazione di privilegio che si era creata per le compagnie marittime inglesi aveva danneggiato la concorrenza delle compagnie di altri Stati europei quali la Francia, ove invece vigeva, pur entro certi limiti, il divieto di limitazione o esclusione di responsabilità per dolo o colpa grave. Questa circostanza aveva per l'appunto indotto tali ordinamenti a un approccio meno rigido nei confronti della regola in questione.

più delle volte, imposte da un contraente “forte” ad un contraente “debole” che si trovava di fronte all’alternativa se accettare le condizioni proposte oppure rinunciare del tutto all’affare<sup>18</sup>.

I primi ad intervenire furono proprio gli ordinamenti di *common law*, ove il fenomeno aveva avuto origine. La giurisprudenza inglese – formalmente ligia al principio della *sanctity of contract* e quindi, per natura, restia ad interferire con il regolamento contrattuale con controlli invasivi come quello di validità – impiegò il rimedio dell’interpretazione restrittiva (*strict interpretation*) delle clausole, che come si vedrà a breve è ancora il più accreditato: quando una di esse finiva per tradursi in un’esclusione della responsabilità del vettore per fatti dolosi o gravemente colposi, la sua efficacia veniva circoscritta alle ipotesi in cui la mancata esecuzione della prestazione era dipesa da caso fortuito o forza maggiore<sup>19</sup>.

Dal canto loro, le corti statunitensi cominciarono invece a dichiarare nulle molte clausole contenute nelle polizze di carico per contrarietà all’ordine pubblico. L’intento della giurisprudenza appena citata era probabilmente quello di proteggere gli spedizionieri statunitensi, che all’epoca, in assenza di una vera e propria flotta mercantile americana, erano per lo più costretti a rivolgersi a vettori stranieri<sup>20</sup>. Questi ultimi reagirono all’atteggiamento della giurisprudenza sottoponendo i contratti di trasporto alla disciplina di bandiera della nave, così inducendo gli ordinamenti nordamericani ad emanare, nel 1893, una legge *ad hoc*, il c.d. *Harter Act*, per sancire espressamente la nullità delle clausole in questione<sup>21</sup>.

In Francia, la dottrina non tardò a constatare che le clausole di esonero favorivano la negligenza e l’imprudenza dei vettori marittimi, incrementando la possibilità del verificarsi di danni e quindi lo spreco di ricchezza, laddove le regole sulla responsabilità sono state scritte proprio con la finalità di imporre a ciascuno di osservare una condotta tale da non arrecare pregiudizi<sup>22</sup>.

<sup>18</sup> Osservava in proposito G. VENZI, in E. PACIFICI-MAZZONI, *Istituzioni di diritto civile*, 5, IV, Firenze, 1920, p. 475, che argomentare sulla base dell’autonomia della volontà non è, in buona sostanza, che una crudele ironia.

<sup>19</sup> Così riferisce A. LORDI, *Op. ult. cit.*, p. 287.

<sup>20</sup> Lo osserva G. RIPERT, *Droit maritime*, II, cit., n. 1742-bis, p. 625.

<sup>21</sup> Sul tema v. F. GREEN, *Harter Act*, in *Harvard L. Rev.*, 16, 3, pp. 157-177.

<sup>22</sup> Così, in particolare, J. BONNECASE, *Traité de droit commercial maritime*, Paris, 1923, n. 512-bis, p. 516; G. RIPERT, *Droit maritime*, II, cit., n. 1741, p. 622; P. ROBINO, *Les conventions d’irresponsabilité dans la jurisprudence contemporaine*, cit.;

Si cominciò, così, a criticare quella giurisprudenza che reputava le clausole di esonero valide e idonee a determinare un'inversione dell'onere probatorio a beneficio del vettore. Si osservò in particolare che tale effetto sarebbe stato inutile, posto che l'onere della prova gravante sul debitore è già attenuato di per sé quando l'obbligazione da lui dovuta è di mezzi<sup>23</sup>. Non potendosi riconoscere alle clausole neppure questo effetto, la giurisprudenza ne affermò la radicale nullità, salvo che fossero contenute entro i limiti della colpa lieve<sup>24</sup>.

Analoga reazione si ebbe anche nell'ordinamento tedesco, ove il *Reichsgericht* cominciò ad affermare che la mancata estensione del divieto di esonero alla responsabilità per colpa grave non poteva essere ammessa ogniqualvolta il patto di esonero fosse contenuto nelle condizioni generali di contratto predisposte da imprese in posizione di monopolio o comunque in una situazione di prevalente forza economica. Secondo la giurisprudenza, i patti in questione, essendo stati imposti dal predisponente all'aderente senza che questi avesse la possibilità di negoziarli, dovevano reputarsi nulli per contrarietà ai buoni costumi *ex* § 138 BGB, intesi come «*sittliches Empfinden des billig und gerecht gedenken Teiles des Volkes*»<sup>25</sup>.

L'orientamento fu poi criticato e superato dalla dottrina e dalla giurisprudenza successive alla seconda guerra mondiale. Da un lato, la dottrina osservò che in realtà le clausole di esonero non violano i buoni costumi, nel significato di cui sopra, ma piuttosto minano la libertà di concorrenza delle imprese, quindi la loro validità dovrebbe valutarsi non sulla base di un criterio etico, bensì sulla base della con-

R. RODIÈRE, *Une notion menacée: la faute ordinaire dans les contrats*, *ivi*, 1954, p. 214 ss.; H e L. MAZEAUD e A. TUNC, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile*, cit., p. 663.

<sup>23</sup> Lo osserva efficacemente L. MENGONI, *Obbligazioni di «risultato» e obbligazioni di «mezzi»*, cit., p. 375.

<sup>24</sup> In questa direzione, App. Parigi, 23 novembre 1949, in *Rec. Dalloz*, 1950, J., 165; Cass., 2 aprile 1950, *ivi*, 1951, J., p. 581, con nota di MIMIN; Cass., 15 giugno 1959, *ivi*, J., p. 97, con nota di RODIÈRE.

<sup>25</sup> Così Reichsgericht, 8 novembre 1926, in *RGZE*, 115 (1927), p. 218 ss.; Reichsgericht, 26 ottobre 1921, in *Jur. Wochenschr.*, 1922, p. 575; Reichsgericht, 21 marzo 1923, in *RGZE*, 106, 1923, p. 388; Reichsgericht, 8 luglio 1931, in *Jur. Wochenschr.*, 1931, p. 2719. In dottrina, nel medesimo senso, H. COING, in *Staudingers Kommentar zum BGB*, 11, Berlin, 1957, p. 798; W. FLUME, *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts*, II, *Das Rechtsgeschäft*, Berlin-Heidelberg-New York, 1965, p. 371; ed W. HEFERMEHL, in T. SORDEL e W. SIEBERT, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 10, I, Stuttgart, 1967, p. 534.

venienza economica<sup>26</sup>; dall'altro lato, la giurisprudenza rilevò che le clausole in esame producono conseguenze dannose anche quando sono predisposte da imprese che non si trovano in posizione di monopolio.

Pertanto, invocare l'esonero da responsabilità doveva reputarsi comunque contrario a buona fede, ai sensi del § 242 BGB, ogniqualvolta l'applicazione della clausola fosse tale da determinare un'irragionevole ripartizione dei diritti e degli obblighi tra le parti, riversando di fatto l'intero rischio dell'operazione economica su una sola di esse<sup>27</sup>. In seguito, tale impostazione fu criticata, sulla scorta dell'osservazione per cui la clausola generale di buona fede prevista dal § 242 BGB è fonte di obblighi accessori alla prestazione e integrativi del contenuto contrattuale, oppure un parametro di valutazione della condotta debitoria, ma non è una regola di validità né si pone come limite alla libertà delle parti di determinare le singole clausole del contratto<sup>28</sup>.

Piú conferente sembrò richiamare il § 315 BGB, ai sensi del quale, quando la determinazione della prestazione è affidata a una parte, questa deve compierla secondo equità («*nach billigem Ermessen*»). La regola sancita dalla predetta norma è in realtà meramente interpretativa ed è riferita non alla formazione del contratto, ma alla fattispecie del contratto già concluso in cui la successiva determinazione dell'oggetto sia rimessa ad una delle parti, tuttavia da essa si ricavò il principio per cui ogniqualvolta l'intero regolamento contrattuale o parte di esso siano unilateralmente predisposti, l'esercizio di tale potere è sindacabile alla stregua dell'equo apprezzamento<sup>29</sup>.

All'esito di tali riflessioni, il divieto di esonero da responsabilità per dolo sancito dal § 276, comma 2, BGB fu integrato con la regola non scritta ma sviluppata dall'elaborazione giurisprudenziale e

<sup>26</sup> In questo senso L. RAISER, *Das Recht der allgemeinen Geschäftsbedingungen*, Bad Homburg, 1961, p. 280; R. LUKES, *Gedanken zur Begrenzung des Inhalts allgemeiner Geschäftsbedingungen*, in *Festschr. Hueck*, p. 70. Geburtstag, München und Berlin, 1959, p. 466 ss.; e K. SIMITIS, *Gute Sitten und ordre public*, Marburg, 1960, p. 26.

<sup>27</sup> BGH, 29 settembre 1960, in *Neue jur. Wochenschr.*, 1961, p. 212; BGH, 23 ottobre 1956, *ivi*, 1957, p. 17; BGH, 29 ottobre 1962, *ivi*, 1963, p. 99; BGH, 18 settembre 1967, *ivi*, 1968, p. 44 ss.

<sup>28</sup> Cfr. R. LUKES, *Op. cit.*, p. 467 ss.; e G. RAISER, *Die gerichtliche Kontrolle von Formularbedingungen im amerikanischen und deutschen Recht*, Karlsruhe, 1966, p. 31.

<sup>29</sup> R. LUKES, *Op. cit.*, p. 1898 ss.

dottrinale, per cui le clausole di esclusione o limitazione della responsabilità contenute in condizioni generali di contratto o comunque in contratti per adesione devono essere valutate, in sede di applicazione, alla stregua dei canoni del buon costume, della buona fede o dell'equo apprezzamento<sup>30</sup>.

Dal quadro qui sinteticamente delineato si possono trarre almeno tre considerazioni. La prima è una conferma che la disciplina delle limitazioni o esclusioni della responsabilità dipende in larga misura da valutazioni di politica del diritto, per l'attitudine dei patti di esonero ad incoraggiare o scoraggiare a livello di sistema lo svolgimento di determinate attività cui è strutturalmente connaturato un certo grado di rischio. Si pensi, a titolo di esempio, ai recenti interventi del legislatore in materia di responsabilità medica, ove con la c.d. legge Balduzzi<sup>31</sup>, prima, e la c.d. legge Gelli-Bianco<sup>32</sup>, poi.

La seconda considerazione è che, come si prospettava all'inizio, il problema del controllo sui patti di esclusione o limitazione della responsabilità, nell'era moderna, è intimamente legato, per nascita, a quello del controllo sulle condizioni generali di contratto, s'intreccia con il problema di tutelare l'autonomia contrattuale dalle asimmetrie di potere e dalla degradazione del consenso a mera adesione. Tale esigenza è ciò che giustifica la limitazione della libertà delle parti di determinare il contenuto contrattuale quando queste ricoprono la qualità di imprenditori o di professionisti.

La terza considerazione è che il problema del controllo sui patti di esclusione o limitazione della responsabilità è nato, sempre in epoca moderna, come problema globale, sicché, qui ancor più che in altri ambiti del diritto, un approccio meramente domestico alla questione rischierebbe di essere miope. La comparazione con altri ordinamenti e l'analisi di eventuali tentativi di uniformazione della disciplina a livello europeo potrebbero, da un lato, rivelarsi utili nell'ottica dell'ar-

<sup>30</sup> Riferisce di questa evoluzione FRANCESCO BENATTI, *Contributo allo studio delle clausole di esonero da responsabilità*, cit., p. 25.

<sup>31</sup> Si fa riferimento alla l. 8 novembre 2012, n. 189, Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 13 settembre 2012, n. 158, recante disposizioni urgenti per promuovere lo sviluppo del Paese mediante un più alto livello di tutela della salute in G.U. n. 263 del 10 novembre 2012 - Suppl. Ordinario n. 201.

<sup>32</sup> Si fa riferimento alla l. 8 marzo 2017, n. 24, Disposizioni in materia di sicurezza delle cure e della persona assistita, nonché in materia di responsabilità professionale degli esercenti le professioni sanitarie, GU Serie Generale n. 64 del 17-03-2017.

monizzazione del diritto contrattuale, dall'altro, offrire spunti interessanti per risolvere alcune delle criticità che i patti di esonero hanno sollevato nell'ordinamento italiano, e su cui si è cercato di far luce nei capitoli precedenti, e proporre quell'interpretazione evolutiva del divieto di esonero che si è prospettata all'esordio del libro.

## 2. *L'approccio del diritto internazionale privato uniforme e del diritto europeo*

Sebbene tutti gli ordinamenti abbiano in passato avvertito più o meno contestualmente l'esigenza di regolamentare il divieto di esonero da responsabilità, né l'ordinamento internazionale né quello europeo sono mai giunti all'elaborazione di una disciplina uniforme e cogente applicabile al divieto in via generale.

Con riguardo all'ordinamento internazionale, il dato, infondo non stupisce più di tanto, se si considera che, di norma, la disciplina in materia di clausole di esclusione e limitazione della responsabilità si risolve nell'identificazione dei requisiti di validità delle medesime e la validità è la tipica lacuna esterna dei testi di diritto uniforme, laddove invece l'autonomia contrattuale è riconosciuta come principio fondamentale<sup>33</sup>. Con riguardo all'ordinamento europeo, l'autonomia contrattuale è parimenti fondamentale e l'istituto della nullità è impiegato soltanto quando è strumentale alla protezione di categorie deboli<sup>34</sup>.

Così l'unica disciplina di *hard law* che contempla le clausole di esonero è quella consumeristica, ove però la scelta del legislatore è stata in prima battuta nel senso dell'armonizzazione minima<sup>35</sup> e il controllo di validità delle clausole, come si è visto, si riduce sostanzialmente al giudizio di vessatorietà delle medesime, cioè all'accertamento della loro capacità di creare uno squilibrio tra i diritti e gli

<sup>33</sup> Per una riflessione più ampia, anche se focalizzata sulla CISG, cfr. E. FERRANTE, *Validity of contract terms*, in L. DI MATTEO, U. MAGNUS, A. JANSSEN, R. SCHULZE (a cura di), *International Sales Law - Contract, Principles & Practice*, Oxford, 2016, p. 285 ss.

<sup>34</sup> Si v. in proposito, con particolare riguardo alle basi giuridiche europee del principio in questione, J. BASEDOW, *Freedom of Contract in the European Union*, in *Eur. Rev. Priv. L.*, 2008, 6, pp. 901-923, p. 907 ss.

<sup>35</sup> Sul punto si rimanda alle osservazioni svolte nel par. 9 del capitolo II.

obblighi delle parti<sup>36</sup>. La dottrina Europea aveva caldeggiato un intervento *ad hoc* delle istituzioni anche sulle clausole di esonero contenute nei contratti tra imprese e piattaforme *online*<sup>37</sup>, ma l'auspicio non è stato accolto né dal Regolamento sulla vessatorietà delle condizioni generali predisposte dalle piattaforme<sup>38</sup>, né, almeno ad oggi, dalle due proposte di Regolamento per il Mercato Digitale e per i Servizi Digitali<sup>39</sup>.

Un tentativo di fornire una soluzione comune si intravede, invece, nella *soft law*<sup>40</sup>. In tale ambito le riflessioni della dottrina internazionale hanno portato a individuare come limite all'efficacia dei patti di limitazione o esclusione della responsabilità la manifesta iniquità dei medesimi. Più precisamente, i principi Unidroit dispongono all'art. 7.1.6 che una clausola pattuita con lo scopo di esonerare il debitore da responsabilità per inadempimento, o consentirgli un adempimento sostanzialmente diverso da quello che la controparte è ragionevolmente legittimata ad attendersi, non deve essere invocata ogniqualvolta ciò sia manifestamente iniquo (*grossly unfair*), avuto riguardo allo scopo del contratto<sup>41</sup>.

<sup>36</sup> L'unico spazio di autonomia del controllo sulle clausole di esclusione e limitazione della responsabilità è costituito dalla Direttiva 771/2019 del Parlamento europeo e del Consiglio «*on certain aspects concerning contracts for the sale of goods, amending Regulation (EU) 2017/2394 and Directive 2009/22/EC, and repealing Directive 1999/44/EC*», la quale vieta alle parti di restringere i rimedi contro il venditore per la consegna di beni non conformi. Sulla direttiva cfr. E. FERRANTE, *La nuova dir. 19/771/UE in materia di vendita al consumo: primi appunti*, in *Annuario contr.*, 2018, p. 23 ss.

<sup>37</sup> Così European Commission, *Study on contractual relationships between online platforms and their professional users*, FWC JUST/2015/PR/01/0003/Lot1-02 Final Report, April 23<sup>rd</sup>, 2018, spec. p. 67 ss.

<sup>38</sup> Regulation (EU) 2019/1150 of the European Parliament and of the Council of 20 June 2019, *on promoting fairness and transparency for business users of online intermediation services*, OJ C 440, 6.12.2018, p. 177.

<sup>39</sup> Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council *on a Single Market for Digital Services (Digital Services Act)* and amending Directive 2000/31/EC, Brussels, 15.12.2020, COM(2020) 825 final; Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council *on contestable and fair markets in the digital sector (Digital Markets Act)*, Brussels, 15.12.2020, COM(2020) 842 final.

<sup>40</sup> Tra i contributi più significativi in tema di *soft law* si può citare D. SHELTON, *Introduction: Law, Non-Law and the Problem of "Soft Law"*, in ID. (a cura di), *Commitment and Compliance: The Role of Non Binding Norms in the International Legal System*, Oxford-New York, 2000.

<sup>41</sup> La soluzione è stata ampiamente criticata dalla dottrina facente capo ai diversi ordinamenti europei. Cfr., ad esempio, M. FONTAINE, *Les clauses exonératoires et les*

Ora, il collegamento tra l'iniquità e la funzione del contratto che le disposizioni citate tracciano rimanda, almeno nella mentalità di un giurista di *civil law*, a un controllo di tipo causale basato sulla causa concreta. E tale idea emerge anche dalla definizione di clausola di limitazione o esclusione di responsabilità in termini di patto che consente un adempimento sostanzialmente diverso da quello che la controparte è ragionevolmente legittimata ad attendersi. Su questa falsariga si pone la soluzione prospettata da un Autore italiano in un recente contributo, il quale suggerisce di sottoporre il patto di limitazione o esclusione della responsabilità a un giudizio di meritevolezza anche quando abbia superato il vaglio di compatibilità con i limiti imposti dall'art. 1229 cod. civ.<sup>42</sup>

Criteri formalmente diversi – a scapito dell'intento armonizzatore – sono stati previsti dai *Principles of European Contract Law*, ove all'art. 8:109 si dispone, sul modello tedesco *post* seconda guerra mondiale, l'inefficacia dei patti di limitazione o esclusione della responsabilità ogniqualvolta invocarli sia contrario a buona fede o a una contrattazione equa (*fair dealing*). Qui non vi è traccia dell'idea di cui sopra; non c'è alcun richiamo al concetto di causa e il controllo delle clausole si sposta dal piano delle regole di validità a quello delle regole di comportamento<sup>43</sup>. Nessuna disciplina è invece prevista dal *Draft Common Frame of Reference*, ove però, com'è noto, vi sono disposizioni specifiche sulle clausole abusive (II-9:403), tra le quali rientrano con ogni probabilità i patti di esclusione o limitazione di responsabilità.

*indemnités contractuelles dans les Principes d'Unidroit: Observations critiques*, in *Uniform Studies in Memory of Malcolm Evans*, in *Int. Unif. L. Rev.*, 1998, pp. 405-417. Risulta interessante notare che la prima versione degli Unidroit fissava quale limite alle clausole di esonero una condotta intenzionale o "spericolata" oppure un inadempimento doloso («*intentional or reckless conduct*» oppure «*deliberate breach*»). La versione definitiva ha modificato la formulazione a causa della difficoltà di accertare l'intenzionalità dell'inadempimento. Per un approfondimento sul punto e su altre questioni cfr. H. SCHELHAAS, *Art. 7.1.6 (Exemption clauses)*, in S. VOGENAUER (a cura di), *Commentary on the Unidroit Principles of International Commercial Contracts (PICC)*, 2<sup>a</sup> ed., Oxford, 2015, pp. 858-863.

<sup>42</sup> Si fa riferimento al contributo di F. LONGOBUCCO, *Mutamenti convenzionali del regime legale dell'inadempimento: profili sistematici e ricostruttivi*, in *Cont. impr.*, 2017, p. 270, *passim*.

<sup>43</sup> Ma sul tema v. sin d'ora in chiave critica G. PERLINGIERI, *L'inesistenza della distinzione tra regole di comportamento e di validità nel diritto italo-europeo*, Napoli, 2013.

Né la formulazione dei principi Unidroit né quella dei PECL sembra capace di riflettere adeguatamente la complessità e varietà delle tesi sostenute dalla dottrina e la realtà dei diversi ordinamenti di cui si parlerà nei prossimi paragrafi. Uno sforzo più proficuo si nota invece in un'altra iniziativa legata al diritto internazionale uniforme e priva di valore vincolante: quella de *CISG Advisory Council*, un gruppo di accademici provenienti da diversi ordinamenti, esperti della Convenzione di Vienna sulla vendita internazionale di beni mobili (CISG), costituito con l'obiettivo di promuoverne l'interpretazione e l'applicazione uniforme, in particolare attraverso l'emissione di pareri su singole questioni controverse<sup>44</sup>.

Il testo della Convenzione disciplina la responsabilità del venditore per il difetto di conformità del bene ed i casi in cui questi ne è esonerato *ex lege* (art. 79), ma non stabilisce alcunché in merito all'esclusione convenzionale di tale responsabilità; per altro verso, l'art. 4 della Convenzione esclude espressamente dal suo ambito applicativo la validità del contratto o delle sue clausole, salvo diversa previsione. Pertanto, ove si ritenga che il problema delle clausole di esonero si ponga in termini di validità, alle medesime dovrà applicarsi la disciplina prevista dalla legge individuata secondo le regole del diritto internazionale uniforme di conflitto.

Come sempre quando viene in gioco il diritto internazionale privato, si pone un problema di qualificazione della fattispecie; nel caso in esame, di stabilire se il concetto stesso di validità debba ricostruirsi alla luce della Convenzione o della legge applicabile. La risposta deve trarsi dall'art. 7 CISG che, al comma 1, impone l'obbligo di interpretare la Convenzione autonomamente, in modo tale da preservarne il carattere internazionale e garantirne l'uniforme applicazione, e al comma 2, prevede che le questioni non espressamente affrontate dalla Convenzione ma relative a materie regolate da questa siano in prima

<sup>44</sup> L'idea di fondare l'*Advisory Council* è nata e si è sviluppata nel corso di una serie di incontri tra esponenti della dottrina internazionale, ed in particolare nel corso delle riunioni dell'UNCITRAL. Sponsor del Consiglio sono stati sin dall'inizio l'*Institute of International Commercial Law* presso la *Pace University School of Law* e il *Centre for Commercial Law Studies* presso la *Queen Mary University* di Londra, mentre attualmente al Consiglio è stato concesso lo *status* di osservatore sia con riguardo alle riunioni dell'UNCITRAL che del gruppo UNIDROIT. Cfr. L. MISTELIS, *CISG-AC Publishes First Opinion*, in *Pace Int. L. Rev.*, 15, 2003, p. 453. Sulla composizione del Consiglio v., più in generale, J.D.H. KARTON, L. DE GERMINY, *Has the CISG Advisory Council Come of Age?*, in *Berkeley J. Int. L.*, 27, 2009, pp. 448-495, p. 452 ss.

battuta risolte facendo ricorso ai principi generali in essa contenuti e, solo in assenza di questi, al diritto applicabile<sup>45</sup>.

Su questo presupposto normativo, il citato CISG-*Advisory Council*, temendo che l'ampia diffusione delle clausole di esonero nei contratti di vendita transfrontalieri costituisca una minaccia al carattere internazionale della CISG e un pretesto per applicare invece il diritto nazionale, ha emesso un parere nel quale si è interrogata sui problemi sopra illustrati, e cioè se il controllo sulle clausole in esame potesse annoverarsi tra le «*questions concerning matters governed by this Convention which are not expressly settled in*» e, in caso affermativo, se nella Convenzione fossero rinvenibili principi generali idonei<sup>46</sup>.

Sulla base della predetta analisi, il Consiglio è giunto a formulare il seguente parere: 1) la Convenzione regola l'incorporazione e l'interpretazione delle clausole che limitano o escludono la responsabilità del venditore nella vendita internazionale di beni mobili; 2) in virtù del principio di libertà contrattuale sancito dall'art. 6 CISG, le parti possono derogare alle norme della Convenzione includendo nel contratto clausole di limitazione o esclusione della responsabilità; 3) posto che l'art. 11 CISG sancisce il principio della libertà delle forme, le clausole di esonero non possono essere soggette a requisiti formali; 4) la Convenzione non preclude l'operatività delle norme previste dalla legge applicabile che siano fondate su criteri quali l'inadempimento internazionale, la colpa grave, la violazione di una pattuizione essenziale, la manifesta iniquità, l'irragionevolezza o l'abuso di potere contrattuale<sup>47</sup>; 5) in ogni caso, nell'applicazione di tali norme, si dovrà avere riguardo del carattere internazionale del contratto e si dovranno osservare i principi generali sottesi alla Convenzione, inclusi il principio di libertà del contratto e il principio di ragionevolezza<sup>48</sup>.

<sup>45</sup> Sul problema delle lacune interne ed esterne alla Convenzione v. ad esempio S. KRÖLL, *Selected Problems Concerning the CISG's Scope of Application*, in *J. L. Comm.*, 25, 2005-2006, p. 39.

<sup>46</sup> Così CISG-AC *Opinion* No. 17, *Limitation and Exclusion Clauses in CISG Contracts*, Rapporteur: Prof. Lauro Gama Jr., Pontifical Catholic University of Rio de Janeiro, Brazil. Adopted by the CISG-AC following its 21<sup>st</sup> meeting in Bogotá, Colombia, on 16 October 2015.

<sup>47</sup> Il termine utilizzato nell'*Opinion* è «*unconscionability*», che non può trovare in realtà esatta corrispondenza nel vocabolario giuridico italiano. Il significato dell'espressione si chiarirà comunque meglio nei prossimi paragrafi, discutendo degli strumenti di controllo sulle clausole di esonero adottati dalla giurisprudenza inglese.

<sup>48</sup> CISG-AC *Opinion* No. 17, cit.: «1. *The Convention governs the incorpora-*

In estrema sintesi il ragionamento è stato il seguente: la Convenzione disciplina soltanto le circostanze in presenza delle quali la responsabilità per inadempimento del debitore è esclusa “*ex lege*” (art. 79 CISG), mentre non contiene alcuna regola sull’esonero convenzionale da responsabilità; parimenti la Convenzione non si occupa di invalidità, salvo diversa previsione (art. 4 CISG); nondimeno i patti in questione sono strettamente connessi con due materie governate dalla Convenzione, cioè i diritti e le obbligazioni del compratore e del venditore (art. 4, comma primo, CISG) e i rimedi accordati alle parti contro l’inadempimento di una di esse (artt. 45, 46, 49 e 61 CISG), cioè il risarcimento dei danni, l’azione di esatto adempimento sotto forma di sostituzione o riparazione della cosa, la riduzione del prezzo e la risoluzione.

Se così è, se le clausole di esonero sono una questione non espressamente affrontata dalla Convenzione ma riguardante materie regolate dalla medesima, allora la loro disciplina deve in primo luogo ricercarsi nella Convenzione stessa e, solo in caso di lacune residue, nel diritto applicabile. In sostanza, la disciplina delle clausole di esonero, secondo il *CISG-Advisory Council*, sarebbe una lacuna di carattere “misto”, in parte una lacuna interna della Convenzione, cioè colmabile attraverso le norme e i principi della Convenzione, in parte una lacuna esterna, cioè colmabile attraverso il diritto nazionale applicabile<sup>49</sup>.

*tion and interpretation of clauses providing for the limitation and exclusion of liability of the obligor for failure to perform a contract for the international sale of goods (“limitation and exclusion clauses”). 2. According to the principle of freedom of contract laid down in Article 6 CISG the parties may derogate from the provisions of the Convention by including limitation and exclusion clauses. 3. Article 11 CISG preempts the application of form requirements for limitation and exclusion clauses provided for in the otherwise applicable law or rules of law. 4. (a) The Convention does not preempt provisions for the protection of the obligee under the applicable law or rules of law, relying on notions such as intentional or willful breach, gross negligence, breach of an essential term, gross unfairness, unreasonableness, or unconscionability. (b) However, in the application of these provisions, the international character of the contract and the general principles underlying the CISG are to be observed, including the principles of freedom of contract and reasonableness».*

<sup>49</sup> Per un’analisi più approfondita sui possibili approcci alla questione delle lacune cfr., oltre a E. FERRANTE, *Op. ult. cit.*, p. 285 ss., U.G. SCHROETER, *The Validity of International Sales Contracts: The Irrelevance of the ‘Validity Exception’ in Article 4 Vienna Sales Convention and a Novel Approach to Determining the Convention’s Scope*, in I. SCHWENZER, L. SPAGNOLO (a cura di), *Boundaries and Inter-*

Piú precisamente, sarebbero lacune meramente interne la forma delle clausole (art. 11 CISG), il loro modo di incorporazione nel contratto (artt. 14-24 CISG, sulla «*formation of contract*»), nonché la loro interpretazione ed integrazione (artt. 8-9 CISG); mentre sarebbe una lacuna ibrida il giudizio di validità delle medesime, giacché la previsione dei singoli criteri alla stregua dei quali il giudizio deve essere compiuto è rimessa al diritto applicabile di volta in volta sulla base delle regole di conflitto del foro, mentre i principi generali che devono animare tale giudizio sono tratti dalla Convenzione.

La cornice della Convenzione impone in sostanza un bilanciamento tra il principio di libertà contrattuale e il principio di ragionevolezza, che pare qui non solo imporre il requisito per cui ogni limitazione a tale libertà deve essere ragionevole, ma anche suggerire l'idea che i limiti previsti dai singoli ordinamenti devono essere interpretati in modo ragionevole nell'ottica del carattere internazionale del contratto.

Che la conclusione del Consiglio si condivida o meno – risposta che dipende in gran parte dall'approccio piú coraggioso o piú timido che si voglia adottare nei confronti delle istanze di armonizzazione del diritto<sup>50</sup> – è interessante constatare come il citato parere, per sua espressa ammissione, si fondi sull'esistenza di un bagaglio comune a tutti gli Stati aderenti alla Convenzione nell'approccio al problema delle clausole di esonero. Vero è che gli ordinamenti impiegano strumenti di controllo diversi – il Consiglio ha citato l'inadempimento intenzionale, la colpa grave, la violazione di una pattuizione essenziale, la manifesta iniquità, l'irragionevolezza o l'abuso di potere contrattuale – ma tali strumenti possono essere ricondotti, nella loro essenza, a due idee di fondo.

La prima idea è che non si può rimettere il rispetto del vincolo contrattuale o del vincolo obbligatorio al mero arbitrio del debitore e correlativamente lasciare il creditore privo di tutela di fronte all'inadempimento; la seconda è che non si può consentire alle parti di privare a monte il contratto di quell'essenza che gli consente di svolgere la funzione economica cui è deputato. Si tratta di idee certa-

*sections: The 5th Annual MAA Schlechtriem CISG Conference, The Hague, 2014, pp. 95-117.*

<sup>50</sup> Una lucida riflessione sul metodo dell'armonizzazione si legge in P. PERLINGIERI, *Quella di Hugh Collins sul "codice civile europeo" non è la via da seguire*, in *Rass. dir. civ.*, 2014, pp. 1205-1222.

mente non identiche tra loro, neppure sul piano del *nomen juris* che ciascun ordinamento attribuisce a questi problemi, ma il divieto di limitazione o esclusione di responsabilità, con i limiti stabiliti da ciascun ordinamento, come si era già avuto modo di intuire quando nel primo capitolo di questo lavoro si sono illustrate le varie *rationes* concorrenti che la dottrina italiana ha nel corso degli anni individuato per fondarlo, le raccoglie e racchiude tutte in sé.

Il Consiglio non chiarisce cosa debba intendersi per ragionevolezza, né quale sia il contesto cui il relativo giudizio va parametrato, ma sembra plausibile che proprio queste idee di fondo siano la risposta. Il senso della *Opinion* sembra essere che i singoli ordinamenti non devono rimanere rigidamente ancorati ai limiti previsti dalle rispettive discipline positive, ma applicare il principio cui sono sottese, che è comune a tutti. Il proposito è senza dubbio affascinante e conferma l'esigenza di un approccio globale al problema del controllo sulle clausole in esame, ma si tratta di verificare se le applicazioni concrete dell'art. 1229 cod. civ. da parte dei giudici nazionali vadano in quella direzione o invece non lascino spazio a simili interpretazioni.

All'uopo, pare più utile, anziché intraprendere un'analisi comparativa dei principali ordinamenti, singolarmente considerati, identificare i principali problemi sottesi alle clausole di esonero che sono emersi dalla disamina effettuata nei capitoli precedenti con riguardo al diritto italiano ed esaminare gli approcci, i metodi e le soluzioni elaborate dai vari ordinamenti per affrontarli.

### *3. Il controllo interpretativo sulle clausole di esonero: la strict interpretation e la contra proferentem rule*

Come si è anticipato nell'analisi storico-comparatistica condotta nel primo paragrafo, in Inghilterra il problema delle clausole di esonero è stato affrontato per la prima volta dalla giurisprudenza, in assenza di un quadro normativo che sancisse un divieto di pattuire le clausole e ne stabilisse precisi limiti di operatività. In questo contesto, almeno in origine, non esisteva neppure una nozione prestabilita di clausole di limitazione o esclusione della responsabilità.

La categoria che il giurista italiano denomina in tal modo, sulla scorta della formulazione dell'art. 1229 cod. civ., per la dottrina inglese include tre categorie di clausole: quelle che mirano a limitare o

ridurre il “normale” contenuto della prestazione dovuta, vale a dire dell’obbligazione sostanziale cui il debitore sarebbe soggetto in quel tipo di contratto, ad esempio escludendone i doveri tipici o doveri integrativi, oppure limitando la responsabilità ai casi di «*wilful neglect*» o «*default*», oppure ancora imponendo al compratore di accettare il bene venduto, malgrado la presenza di eventuali vizi o errori nella descrizione; quelle che mirano ad escludere o limitare la responsabilità per inadempimento di una delle obbligazioni dedotte nel contratto e quelle che sottraggono alla controparte il diritto di risolvere il contratto o di considerarlo risoluto; e quelle che limitano o escludono le conseguenze risarcitorie o indennitarie della responsabilità<sup>51</sup>.

L’origine giurisprudenziale della disciplina sul controllo delle clausole di esonero si riflette nell’approccio spiccatamente casistico ed esperienziale al problema. Sin dalle autorità più risalenti, le corti hanno cercato non tanto di stabilire rigorosi e aprioristici requisiti di validità delle clausole, come dolo o colpa grave, ma di prevedere criteri flessibili e linee guida per orientare in ogni singolo passaggio logico la valutazione dei giudici.

Anche in casi nei quali si discute espressamente della possibilità o meno per il debitore di esonerarsi da una responsabilità per dolo o colpa grave, i giudici rifiutano dichiaratamente di aderire a regole e categorie prestabilite come quelle appena menzionate, salvo poi giungere in molti casi al medesimo risultato pratico che sarebbe derivato dalla loro applicazione per altre vie, segnatamente per via interpretativa<sup>52</sup>.

<sup>51</sup> La classificazione si legge in A.G. GUEST, *Exemption clauses*, in *Chitty on Contracts*, 31<sup>st</sup> ed., I, London, 2012, 14-003, pp. 1012-1013.

<sup>52</sup> Nel senso della convergenza unanime degli ordinamenti sul limite del dolo, cfr. P. LARÈRE, *Op. cit.*, p. 479; X. MALENGREAU, *Op. cit.*, p. 484; O. BOSCHETTI, *Op. cit.*, p. 487; M. STRAUCH, *Op. cit.*, p. 504; R. PELLETIER, *Op. cit.*, p. 492; P. ELLINGTON, *Op. cit.*, p. 513; B. HANOTIAU, *Op. cit.*, p. 517. Di contro, però, cfr. A.G. GUEST, *Op. ult. cit.*, Section 14-016, pp. 1025-1026, il quale osserva che, se talvolta la giurisprudenza ha affermato che una violazione intenzionale (*deliberate disregard*) delle obbligazioni dedotte nel contratto non è coperta dalla clausola di esonero, in realtà non vi è nell’ordinamento inglese alcuna regola simile. Tuttavia, più innanzi (14-138, p. 1087), il medesimo Autore esclude chiaramente che una clausola di esonero possa scriminare il beneficiario da una responsabilità per *fraud*. Peraltro, come meglio si vedrà *infra*, altri sono i limiti alle *exemption clauses* individuati dal sistema inglese. Se, come si è appena osservato, il limite del dolo non è mai stato messo in dubbio, quello della colpa grave non è altrettanto incontrovertito. Esso vige, oltre che

Emblematico di questa tendenza è un caso della fine degli anni novanta in cui si controverteva di una clausola di esonero, inserita nell'atto costitutivo di un *trust*, con la quale si stabiliva che il *trustee* non sarebbe stato responsabile per alcuna perdita o danno che potesse derivare ai beni del *trust* o a parte di essi o al reddito da essi prodotto in qualunque momento o per qualsiasi causa salvo che la perdita o il danno fossero stati cagionati da una sua condotta dolosa, o, per tradurre con maggiore accuratezza l'espressione inglese, dal suo intento fraudolento («*his own actual fraud*»)<sup>53</sup>.

Nel caso di specie si discuteva se il dolo cui la clausola faceva riferimento fosse solo l'intento fraudolento (l'*actual fraud* menzionato nella lettera della clausola) o anche le altre accezioni di dolo note al diritto inglese (*constructive fraud* ed *equitable fraud*). In particolare, si discuteva se, visto che la clausola escludeva espressamente dalla copertura la sola responsabilità per l'inadempimento posto in essere con l'intenzione di arrecare un danno al creditore, il debitore fosse o meno esonerato da responsabilità nel caso in cui la condotta lesiva fosse stata intenzionale, ma posta in essere senza la predetta intenzione, oppure nel caso in cui il debitore fosse stato in colpa grave.

Per quel che interessa in questa sede, la beneficiaria del *trust* aveva dedotto la nullità della clausola, in quanto un patto che escluda ogni responsabilità del *trustee* con la sola eccezione di quella derivante dall'intento fraudolento ripugna alla morale o è contraria all'ordine pubblico. Secondo la corte, il *common law*, a differenza del *civil law*, non riconosce la distinzione tra colpa lieve e colpa grave, né tantomeno la massima *lata culpa dolo aequiparetur*<sup>54</sup>. Nessun precedente

in Italia, in Francia (almeno anteriforma), in Germania e negli Stati Uniti, ma non, ad esempio, in Belgio, in Messico o in Inghilterra. Per il diritto nordamericano cfr. A. CORBIN, *Corbin on Contracts*, vol. XV, *Section* 85.18, p. 455, e in giurisprudenza il caso *Hormel Foods Corporation v. Chr. Hansen, Inc.*, 2001 WL 1636490 (D. Minn.), nel quale si è affermato che «*if the liability results from that party's own gross negligence, recklessness or intentional misconduct*».

<sup>53</sup> Il caso è *Armitage v Nurse & Ors* [1997] 3 WLR 1046, [1997] EWCA Civ 1279, [1997] Pens LR 51, [1998] Ch 241, [1997] 2 All ER 705, in [www.bailii.org](http://www.bailii.org). La clausola citata era del seguente tenore letterale: «*No Trustee shall be liable for any loss or damage which may happen to Paula's fund or any part thereof or the income thereof at any time or from any cause whatsoever unless such loss or damage shall be caused by his own actual fraud*».

<sup>54</sup> *Ibidem*: «*But while we regard the difference between fraud on the one hand and mere negligence, however gross, on the other as a difference in kind, we regard the difference between negligence and gross negligence as merely one of degree. En-*

l'ha accolta per sancire l'invalidità di una clausola di esonero e neppure la sentenza in commento<sup>55</sup>. La questione non è comunque pacifica. Basti pensare che diverse pronunce delle corti scozzesi hanno affermato che un'interpretazione della clausola così ampia da includere anche la responsabilità per negligenza grave non sarebbe ammissibile<sup>56</sup>.

La portata di tale affermazione deve però essere ridimensionata alla luce di due considerazioni: la prima è che in tutte le sentenze si trattava di *obiter dicta*; la seconda è che, almeno formalmente, i giudici sono giunti a pronunciarla per via interpretativa. In sostanza, i giudici scozzesi non hanno affermato che sono nulle, in quanto contrarie all'ordine pubblico, le clausole di esonero da responsabilità per

*glish lawyers have always had a healthy disrespect for the latter distinction. In Hinton v Dibber (1842) 2 QB 646 Lord Denman doubted whether any intelligible distinction exists; while in Grill v General Iron Screw Collier Co. (1866), 35 LJCP 321,330 Willes J famously observed that gross negligence is ordinary negligence with a vituperative epithet. But civilian systems draw the line in a different place. The doctrine is culpa lata dolo aequiparetur; and although the maxim itself is not Roman the principle is classical. There is no room for the maxim in the common law; it is not mentioned in Broom's Legal Maxims. The submission that it is contrary to public policy to exclude the liability of a trustee for gross negligence is not supported by any English or Scottish authority».*

<sup>55</sup> La quale però ha comunque auspicato un intervento legislativo per arginare la diffusione di clausole di esonero sempre più ampie nel settore dei trusts: «*it must be acknowledged that the view is widely held that these clauses have gone too far, and that trustees who charge for their services and who, as professional men, would not dream of excluding liability for ordinary professional negligence, should not be able to rely on a trustee exemption clause excluding liability for gross negligence. Jersey introduced a law in 1989 which denies effect to a trustee exemption clause which purports to absolve a trustee from liability for his own "fraud, wilful misconduct or gross negligence."* The subject is presently under consideration in this country by the Trust Law Committee under the chairmanship of Sir John Vinelott. If clauses such as Clause 15 of the Settlement are to be denied effect, then in my opinion this should be done by Parliament which will have the advantage of wide consultation with interested bodies and the advice of the Trust Law Committee» (*Ibidem*).

<sup>56</sup> Cfr., per tutti, *Knox v Mackinnon* (1888), 13 App. CAS. 753, in cui Lord Watson afferma che per il diritto scozzese è pacifico che una clausola come quella sottoposta alla corte non avrebbe potuto produrre l'effetto di proteggere il trustee dalle conseguenze di una *culpa lata* o di una negligenza grave; *Seton v Dawson* (1841) 4 D 310 13; *Rae v Meek* (1889), 14 App. Cas 558; *Carruthers v Carruthers* [1896]AC. 659; *Wyman v Paterson* [1900] AC 271; and *Clarke v Clarke's Trustees* [1925] SC 693, ove Lord President Clyde ha rilevato che è difficile concepire una clausola di un trust che possa essere interpretata nel senso di consentire al trustee di trascurare impunemente di adempiere ai suoi doveri.

colpa grave, ma che, in assenza di una previsione espressa e inequivoca in tal senso, la clausole non devono interpretarsi come se esonerassero il debitore anche da una responsabilità per colpa grave.

Da quanto appena illustrato si evince che il controllo sulle clausole di esonero è concepito dalla giurisprudenza inglese innanzitutto come un problema interpretativo (*a matter of construction*). La prima operazione che i giudici sono chiamati a compiere è quella di ricostruire l'ampiezza della sfera di immunità garantita al debitore dalla clausola. A questo proposito la giurisprudenza ha elaborato sostanzialmente due regole: l'interpretazione strettamente letterale della clausola e l'interpretazione contro il predisponente nel caso in cui la clausola non sia stata negoziata ma sia incorporata in formulari o condizioni generali di contratto.

Secondo la prima regola, tutto ciò che non è indicato nella clausola in modo espresso e con un linguaggio chiaro ed inequivoco deve ritenersi escluso dal suo ambito applicativo<sup>57</sup>. L'approccio si coglie

<sup>57</sup> Oltre ad *Armitage v Nurse*, cit., cfr., tra i *leading cases*, il precedente *Canada Steamship Lines v R* [1952] AC 192, 208. Nel caso di specie, che riguardava una clausola di esonero da responsabilità per fatto degli ausiliari (c.d. *vicarious liability*), il collegio giudicante del *Privy Council* aveva elaborato le seguenti regole: 1) se una clausola è scritta in modo da escludere espressamente le conseguenze della negligenza degli ausiliari del debitore predisponente, si deve attribuirle efficacia; 2) se la clausola non contiene alcun espresso riferimento alla negligenza, la corte deve valutare se la formulazione impiegata è sufficientemente ampia, nel suo significato ordinario, da coprire la negligenza degli ausiliari del predisponente e, in caso di dubbio, interpretare la clausola in senso sfavorevole a quest'ultimo; 3) se la formulazione impiegata è sufficientemente ampia, la corte deve valutare se il danno è imputabile a titolo diverso dalla negligenza e se la fonte del danno non fosse così remota e difficile da prevedere che il predisponente non potrebbe aver voluto tutelarla da essa. Nel caso in cui il danno sia effettivamente dipeso da una causa diversa dalla condotta negligente e tale causa non fosse così remota, allora, anche se la formulazione della clausola ricomprende la negligenza degli ausiliari, il predisponente non potrebbe giovare della clausola. Le regole sono state confermate dalla giurisprudenza successiva: per tutte, *Canadian Pacific Forest Products Ltd. v. Belships (Far East) Shipping (PTE.) Ltd.* (1999), 175 D.L.R. (4th) 449, [1999] 4 F.C. 320, [1999] F.C.J. No. 938 (Fed. C.A.), leave to appeal refused (2000), 258 N.R. 196 (note), 2000 Carswell Nat 875 (S.C.C.), para. 18 per Stone J.A.; *Kinnear v. Canadian Recreation Excellence (Vernon) Corp.*, 2010 BCSC 1899, 198 A.C.W.S. (3d) 204, [2010] B.C.J. No. 2675 (B.C. S.C.) par. 10, per A.J. Beames J., affirmed 2012 BCCA 291, 352 D.L.R. (4th) 57, 5 B.L.R. (5th) 35 (B.C. C.A.); *Shelton-Johnson v. Delta School District No. 37*, 2012 BCCA 439, 5 B.L.R. (5th) 197, 39 B.C.L.R. (5th) 217 (B.C. C.A.) par. 10-15 per Tysoe J.A. (writing for the court).

bene nelle parole di Lord Bingham<sup>58</sup>: posto che è per natura improbabile che una delle parti di un contratto voglia assolvere l'altra dalle conseguenze della sua negligenza, la Corte presumerà che la clausola non abbia effetto, a meno che la lettera della clausola o l'interpretazione (ma, per essere precisi, il termine utilizzato è «*implication*») della medesima non provino il contrario; quando la formulazione della clausola è ampia e risulti che in concreto essa non avrebbe significato se non fosse estesa anche alle condotte negligenti, allora la Corte può in alcuni casi desumere che l'intenzione delle parti fosse quella di riferirsi anche alla negligenza.

Volendo passare dalla prospettiva del giudice a quella delle parti, l'approccio alle clausole di esonero si potrebbe descrivere così: in primo luogo, sulla parte che invoca la clausola grava l'onere di provare che il caso di specie rientra nell'ambito di applicazione della clausola; in secondo luogo, qualsiasi ambiguità o dubbio relativo alla formulazione della clausola verrà interpretato contro di lui, in applicazione della *contra proferentem rule*<sup>59</sup>. Questo non solo quando la clausola è contenuta in un contratto unilateralmente predisposto, non perché la clausola non è stata negoziata, ma perché la clausola è nell'interesse di una sola delle parti e quindi si presume che sia solo questa ad averla voluta nel contratto.

Come si può notare, nell'ambito delle clausole di esonero la regola dell'interpretazione *contra proferentem* assume connotati peculiari rispetto a quella familiare al giurista di *civil law*<sup>60</sup>. In sostanza, la regola ricomprende due principi diversi, ancorché strettamente connessi tra loro: uno è che, in caso di dubbio, il testo contrattuale deve essere interpretato contro la parte che cerca di avvalersi della clausola per alleggerire o escludere una sua obbligazione fondamentale o un dovere che discende dal *common law*; l'altro è che, sempre in caso di dubbio, il testo contrattuale deve interpretarsi contro la parte che ne ha voluto l'incorporazione nel contratto<sup>61</sup>.

In questo senso, la regola in esame si avvicina più a un rimedio che a un canone interpretativo; un rimedio volto a evitare che le clau-

<sup>58</sup> Così Lord Bingham in *The Emmanuel 'C'* [1983] 1 Ll.R. 310.

<sup>59</sup> Cfr. *Chitty on contracts*, cit., 27<sup>a</sup> ed., vol. 1, §§ 14-009.

<sup>60</sup> Sul punto v. ampiamente le considerazioni di E. PEEL, *Whither Contra Proferentem?*, in A. BURROWS, E. PEEL (a cura di), *Contract Terms*, Oxford, 2007, p. 53 ss.

<sup>61</sup> Così J. CHITTY, *Chitty on contracts*, cit., para 14-009. Nello stesso senso Lord Justice Staughton nel caso *Youell v. Bland Welch & Co Ltd* [1992] 2 Lloyd's Rep 127, 134.

sole di esonero da responsabilità consentano a una parte di «prendere con una mano ciò che ha dato con l'altra»<sup>62</sup>, di deviare da una «*basic obligation*» del contratto<sup>63</sup>. In queste espressioni, sicuramente atecniche ma molto evocative del significato piú profondo del divieto di esonero da responsabilità, si coglie un riferimento alla piú volte citata idea dell'essenza del contratto, cioè di quelle obbligazioni – direbbe il giurista italiano – che caratterizzano la causa del contratto.

Non è un caso che proprio tale idea, ora sotto il nome di *fundamental breach doctrine* ora dietro l'espressione *minimum decencies of the contract*, costituisca uno dei criteri che la giurisprudenza inglese ha impiegato per affrontare il problema delle clausole di esonero e del loro rapporto con le clausole che restringono l'oggetto del contratto. Di questo si parlerà nel paragrafo che segue.

#### 4. Dal concetto di responsabilità al concetto di essenza del contratto: *fundamental breach*, *Kardinalpflichten* e *obligation essentielle*

Per la verità, nell'ordinamento inglese non si è mai posto espressamente il problema della distinzione tra mere clausole sull'oggetto del contratto e clausole limitative o esclusive della responsabilità, o almeno non nei termini in cui è abituato a concepirlo il giurista di *civil law*<sup>64</sup>. Non si leggono, in altre parole, massime come quelle su

<sup>62</sup> Queste, nella traduzione italiana, le parole metaforiche ma efficaci di L. Hoffmann, nel caso *Investors Compensation Scheme Ltd v. West Bromwich Building Society*, [2001] UKHL, 8; e nel caso *Banck of Credit and Commerce International SA v. Ali*, [2002] 1 AC 251 (HL), il quale ha rilevato che lo scopo della regola non era quello di promuovere la certezza interpretativa, bensí quello di porre rimedio all'iniquità della clausola.

<sup>63</sup> L'espressione è di Lord Staughton nel caso *Youell v. Bland Welsh & Co Ltd*, cit. Per una critica all'approccio che accosta il problema delle clausole di esclusione o limitazione di responsabilità a quello della distinzione tra essenza e natura del contratto cfr. B. COOTE, *Exemption clauses: some aspects of the law relating to exception clauses in contracts for the carriage, bailment and sale of goods*, London, 1964.

<sup>64</sup> Cfr. però le osservazioni di B. COOTE, *Exception Clauses*, cit., pp. 139-140, il quale osserva: «*So long as exception clauses are seen as devices by which injured people are deprived of their remedies for breaches of duty, they must be regarded with disfavour. But if they are once seen as helping to determine whether duty or obligation was assumed in the first place, there is no need for any automatic condemnation [...] it is not assumption of risk as such which causes difficulty, but rather the prevailing belief that by the use of exception clauses a wrong doer is escaping the consequences of a liability he has actually assumed.*».

cui ci si è interrogati nel terzo capitolo, nelle quali si ripete che i due tipi di clausole devono tenersi distinti, giacché intervengono su aspetti diversi del regolamento contrattuale e le clausole sull'oggetto sono sottoposte ad un controllo di natura diversa rispetto a quello previsto per le clausole sulla responsabilità.

La lettura delle sentenze, però, dimostra che i giudici hanno in realtà, seppur forse inconsapevolmente o implicitamente, affrontato il problema interrogandosi sulla distinzione tra *naturalia* ed *essentialia negotii* e sviluppando teorie come quella degli *implied terms* e del *fundamental breach*. Del resto, come già si accennava con riguardo al diritto romano, l'identificazione di un "tipo" contrattuale cui ascrivere determinate caratteristiche essenziali risponde ad un'esigenza – quella di proteggere nel ricostruire il contenuto del regolamento contrattuale, anche per quanto riguarda le eventuali lacune, l'affidamento delle parti e la certezza dei traffici – che è in qualche misura propria di ogni ordinamento.

Ecco che allora, *a fortiori* in un sistema come quello inglese nel quale manca una tipizzazione normativa dei contratti, sono rimesse alla giurisprudenza sia l'individuazione del contenuto connaturato a quel contratto ma dispositivo – il contenuto "socialmente tipico", si potrebbe dire – sia quella del contenuto parimenti connaturato al contratto ma al punto da essere essenziale e inderogabile, perché ove mancasse il contratto medesimo perderebbe appunto la propria natura.

In particolare, alle corti spetta il compito di accertare qual è il contenuto minimo – ma rende molto meglio l'espressione inglese «*the minimum decencies*» – essenziale perché si abbia un accordo appartenente a un determinato tipo azionabile in giudizio<sup>65</sup>. L'impressione però è che qui si confondano i piani dell'integrazione cogente e di quella dispositiva e sfumino i confini tra *essentialia* e *naturalia*: la giurisprudenza inglese, infatti, ha precisato in più occasioni che l'operazione sopra descritta non deve condursi alla stregua di un mero criterio di necessità di una certa clausola rispetto al tipo contrattuale, ma anche in base a parametri quali la ragionevolezza, l'equità e il bilanciamento di *policies* confliggenti<sup>66</sup>.

<sup>65</sup> Così K. LLEWELLING, *Book review*, in *Harvard L. Rev.*, 52, 1938-1939, p. 701 ss., p. 703, illustrando la "*implication of terms doctrine*".

<sup>66</sup> Sul punto cfr. E. PEDEN, *Policy Concerns Behind Implication of Terms in Law*, in *L.Q. Rev.*, 111, 2001, p. 459 ss., pp. 467-475. Più in generale, sull'ermeneutica nel

In ogni caso è interessante notare che la giurisprudenza inglese ricollega l'operazione ermeneutica all'esigenza di evitare, all'esito, la soggezione di una parte al mero arbitrio dell'altra, in quanto un simile contratto sarebbe «*a commercial and practical absurdity*»<sup>67</sup>, monito che un giurista italiano ricondurrebbe al divieto di condizioni meramente potestative<sup>68</sup>. Una pattuizione capace di realizzare tale effetto verrebbe trattata come una clausola sulla responsabilità.

Per arginare tale rischio, la giurisprudenza inglese ha coniato il concetto di inadempimento fondamentale. Secondo la c.d. *fundamental breach doctrine*, la clausola che priva una delle obbligazioni principali del contratto del suo contenuto essenziale è inefficace al pari della clausola che giustifica l'inadempimento di una delle prestazioni caratterizzanti<sup>69</sup>. La teoria ha ricevuto non poche critiche, sulla base del fatto che troppo spesso essa veniva utilizzata per caducare qualsiasi clausola di esonero indipendentemente da una sua effettiva iniquità o irragionevolezza, non essendo, di per sé sola, in

diritto inglese cfr. A. BURROWS ed E. PEEL (a cura di), *Contract Terms*, cit., pp. 27-150. La confusione emerge, ad esempio, nel noto caso *Photo Production Ltd v. Securicor Transport Ltd* [1980] AC, 850, ove Lord Diplock afferma che sono clausole di esonero da responsabilità quelle che escludono o limitano un'obbligazione che altrimenti deriverebbe dal contratto per via d'integrazione, così ignorando la distinzione tra essenza e natura del contratto. Più precisamente, secondo Lord Diplock, la clausola di esonero è quella che «*excludes or modifies an obligation, whether primary, general secondary or anticipatory secondary, that would otherwise arise under the contract by implication of law [...] Since the presumption is that the parties by entering into the contract intended to accept the implied obligations exclusion clauses are to be construed strictly and the degree of strictness appropriate to be applied to their construction may properly depend upon the extent to which they involve departure from the implied obligations*».

<sup>67</sup> Così Mr Recorder Havelock-Allan QC, in qualità di giudice di primo grado nel caso *Paragon Finance plc v. Nash* [2001] EWCA Civ, 1466, [2002] 1 WLR 685, citato da Lord Dyson al par. 26.

<sup>68</sup> Cfr., per tutti il contributo risalente ma sempre attuale di P. RESCIGNO, *Condizione (dir. vigente)*, in *Enc. dir.*, VIII, Milano, 1961.

<sup>69</sup> Uno dei primi casi in materia risale agli anni cinquanta: *Karsales (Harrow) Ltd. v. Wallis*, [1956] 1 W.L.R. 936 (C.A.). La dottrina in questione è stata applicata per la prima volta quale regola generale del diritto dei contratti dal caso *Alexander v. Railway Executive* [1951] 2 K.B. 882. Tra i casi più importanti e noti in materia nell'ordinamento inglese si possono citare *Suisse Atlantique Société d'Armement Maritime SA v. N.V. Rotterdamsche Kolen Centrale*, cit.; *Photo Production Ltd. v. Securicor Transport Ltd.*, [1980] A.C. 827; *George Mitchell (Chesterball) Ltd. v. Finney Lock Seeds Ltd.* [1983] 2 A.C. 803.

grado di fornire un criterio discretivo tra le fattispecie lecite e quelle illecite<sup>70</sup>.

In ragione di tali critiche, la giurisprudenza ha ben presto circoscritto l'operatività della regola a un piano meramente interpretativo, applicandola soltanto ai casi di ambiguità del testo contrattuale<sup>71</sup>. In altre parole, per la citata giurisprudenza, la regola si applica solo quando le parti non hanno chiarito il grado d'importanza di una determinata obbligazione oggetto del contratto, ad esempio definendola in termini di *condition* o di *warranty*, oppure non hanno specificato la portata della clausola<sup>72</sup>.

In mancanza di un'inequivoca volontà delle parti, ricavabile dalla

<sup>70</sup> In questo senso, già R.C.B. RISK, *Recent Developments in Contracts*, *Law Society of Upper Canada Special Lectures*, 1966, p. 253, il quale definiva la dottrina in esame «*an awkward tool*». Più recentemente, S.M. WADDAMS, *Contracts - Exemption Clauses - Fundamental Breach - Unconscionability*, in *Univ. W. Ontario L. Rev.*, 17, 1978-1979, p. 295; e A.W. MEYER, *Contracts of Adhesion and the Doctrine of Fundamental Breach*, in *Virginia L. Rev.*, 50, 1964, p. 1178, il quale osserva, a proposito dei contratti per adesione, che «*“Back-door” and “semi-covert” judicial techniques of misinterpretation and misconstruction still abound as the principal source of protection for adhering parties*».

<sup>71</sup> In particolare, la regola per cui l'operatività della dottrina dell'inadempimento essenziale deve essere circoscritta al piano interpretativo è stata sancita dal caso *Suisse Atlantique Société d'Armement Maritime SA v. N.V. Rotterdamsche Kolen Centrale*, cit. Pur dichiarando di aderire a tale limitazione dell'ambito dell'inadempimento fondamentale, però, la maggior parte delle sentenze la disattende nella sostanza. Per un esempio di sentenza che ha disatteso la regola appena enunciata, si veda il caso *Hefron v. Imperial Parking Co.*(1974), 46 D.L.R. (3d) 642 (Ont. C.A.), nel quale è significativa l'affermazione per cui «*Whether this result [striking down the clause] is obtained by applying the doctrine of fundamental breach as a matter of contract construction or as an independent principle of law, it is clear that the phenomenon is alive and prospering in the law of this Province*».

<sup>72</sup> Cfr. anche Pearson L.J. in *UGS Finance v. National Mortgage Bank of Greece* [1964] 1 Lloyd's Rep. 446 (Eng. C.A.) p. 453: «*As to the question of “fundamental breach”, I think there is a rule of construction that normally an exception or exclusion clause or similar provision in a contract should be construed as not applying to a situation created by a fundamental breach of contract. This is not an independent rule of law imposed by the court on the parties willy-nilly in disregard of their contractual intention. On the contrary it is a rule of construction based on the presumed intention of the contracting parties. It involves the implication of a term to give to the contract that business efficacy which the parties as reasonable men must have intended it to have. This rule of construction is not new in principle but it has become prominent in recent years in consequence of the tendency to have standard forms of contract containing exceptions clauses drawn in extravagantly wide terms, which would produce absurd results if applied literally*».

lettera del contratto, il giudice deve rifiutarsi di attribuire alla clausola di limitazione o esclusione un significato così ampio da legittimare un inadempimento fondamentale<sup>73</sup>.

A tal proposito vengono individuate alcune regole precise nelle quali il principio della trasparenza s'intreccia con quello dell'accordo e si traduce in un vincolo per il giudice a interpretare restrittivamente la clausola che vale anche nel diritto americano<sup>74</sup>. Da un lato, come già si accennava nel paragrafo precedente, la clausola deve prevedere dettagliatamente il proprio ambito di applicazione, altrimenti le fattispecie non espressamente previste ne verranno considerate escluse; dall'altro, essa non deve includere così tante ipotesi da neutralizzare, di fatto, il carattere vincolante dell'impegno assunto, altrimenti verrà attribuito un significato meno ampio di quello suggerito dalla lettera<sup>75</sup>.

Su cosa significhi esattamente inadempimento fondamentale non

<sup>73</sup> Si vedano, *ex multis*, *Ailsa Craig Fishing Co. Ltd v. Malvern Fishing Co. Ltd* [1983] 1 W.L.R. 964, 966, 970; e *J. Gordon Alison & Co. Ltd. v. Wallsend Shipway and Engineering Co. Ltd.* (1927) 43 T.L.R. 323. Più recentemente, cfr. *Seadrill Management Services Ltd. v. OAO Gazprom (The "Ekba")* [2010] EWHC 1530 (Comm) [2010] 1 Lloyd's Rep. 543, at [184], [217]-[218] (affirmed [2010] EWCA Civ. 691). Per ulteriori riferimenti giurisprudenziali si veda A.G. GUEST, *Exemption Clauses*, in *Chitty on Contracts*, cit., 14-005, p. 1014, nt. 20.

<sup>74</sup> Per il diritto americano cfr. *Standard Ins. Co. v. Ashland Oil & Ref. Co.*, 186 F.2d 44 (10th Cir. 1950); 6 Williston, *Contracts* § 1825 n. 8 (Williston & Thompson ed. 1938); Annot., 175 A.L.R. 8, 19 (1948). In senso contrario, *Independent School Dist. No. 877 v. Loberg Plumbing & Heating Co.*, 266 Minn. 426, 123 N.W.2d 793 (1963). La regola dell'interpretazione restrittiva è stata respinta nel caso *Northern Pac. Ry. v. Thornton Bros. Co.*, 206 Minn. 193, 196, 288 N.W. 226, 227 (1939), in cui si è affermato che «*If a contract transgresses the law or contravenes public policy, it is void. If it does neither, the parties are within their rights and the contract should have not an arbitrary, that is, an unduly liberal or harshly strict, construction, but a fair construction that will accomplish its stated purpose*».

<sup>75</sup> Sulla prima regola, cfr., per tutte, *Cavendish-Woodhouse v. Mancey* (1984) 82 L.G.R. 376; *Henry Kendall & Sons v. William Lillico & Sons Ltd.* [1969] 2 A.C. 31; *Baldry v. Marshall* [1925] 1 K.B. 260; *Andrews Bros Ltd. v. Singer & Co. Ltd.* [1934] 1 K.B. 17; *Milar's Machinery Co. Ltd. v. David Way & Son* (1935) 40 Com. Cas. 204; *Beck & Co. v. Szymanowsky & Co.* [1924] A.C. 43. In merito alla seconda regola, il *leading case* è forse *Suisse Atlantique Société d'Armement Maritime SA v. N.V. Rotterdamsche Kolen Centrale* [1967] 1 A.C. 361, 482, in cui si legge «*One may safely say that the parties cannot, in a contract, have contemplated that the clause should have so wide an ambit as in effect to deprive one party's stipulations of all contractual force: to do so would be to reduce the contract to a mere declaration of intent*».

vi è certezza né in dottrina né in giurisprudenza. La definizione più accreditata sembra essere quella che qualifica come fondamentali le pattuizioni talmente sottese all'intero contratto che il loro inadempimento trasformerebbe la prestazione in qualcosa di radicalmente diverso da quanto concordato tra le parti<sup>76</sup>. Secondo altra, parimenti illustre formulazione, "fondamentale" è quell'inadempimento che, a un'analisi sistematica delle altre clausole, mina il contratto alla radice<sup>77</sup>.

Dalle due definizioni appena prospettate si ricava che la qualifica di "fondamentale" ha un duplice referente: da un lato, attiene all'obbligazione e all'importanza che questa ricopre rispetto alla funzione economica del contratto, dall'altro, attiene all'inadempimento in sé considerato e alla capacità di quest'ultimo di frustrare gli interessi

<sup>76</sup> Così *Smeaton Hanscomb & Co. v. Sassoon I. Setty, Son & Co.*, [1953], 1, Weekly L.R. 1468 (Q.B.), at 1470, in cui Lord Devlin afferma: «*I do not think that what is a fundamental term has ever been closely defined. It must be something, I think, narrower than a condition of the contract, for it would be limiting the exceptions too much to say that they applied only to breaches of warranty. It is, I think, something which underlies the whole contract so that, if it is not complied with, the performance becomes something totally different from that which the contract contemplates. If, for example, instead of delivering mahogany logs the sellers delivered pine logs, and the buyers inadvertently omitted to have them examined for 14 days, it might well be that the sellers could not rely on the time clause.*».

<sup>77</sup> La definizione è di Lord Denning, il quale, nel caso *Karsales Ltd. v. Wallis* [1956] 1 Weekly L.R. 936 (C.A.) – chiamato a pronunciarsi su una clausola, contenuta in un contratto di locazione a scopo di vendita avente ad oggetto un'auto usata, formulata nel senso che «*No condition or warranty that the vehicle is roadworthy, or as to its age, condition or fitness for any purpose is given by the owner or implied herein*» – ha affermato «*The principle is sometimes said to be that the party cannot rely on an exempting clause when he delivers something «different in kind» from that contracted for, or has broken a «fundamental term» or a «fundamental contractual obligation», but these are, I think, all comprehended by the general principle that a breach which goes to the root of the contract disentitles the party from relying on the exempting clause.*» L'opinione è stata ribadita e sviluppata in un'altra pronuncia resa nel corso dello stesso anno, ove Lord Denning ha statuito «*Exempting clauses are nowadays all held to be subject to the overriding proviso that they only avail to exempt a party when he is carrying out his contract, not when he is deviating from it or is guilty of a breach which goes to the root of it.*» La pronuncia in questione è *J. Spurling Ltd. v. Bradshaw*, [1956] 1 Weekly L.R. 461, 465 (C.A.). Per una critica a questa impostazione cfr. K.W. WEDDERBURN, *Contract - Exemption Clauses - Fundamental Breach - Main Objects of Contract*, in *Cambridge L.J.*, 16, 1957, p. 20, il quale sottolinea che la questione controversa non è tanto se una parte possa esimersi dalla responsabilità per un inadempimento essenziale, quanto piuttosto se le sia consentito pattuire delle eccezioni che non derogano *in toto* alle obbligazioni principali del contratto, bensì le limitano.

delle parti dedotti nel regolamento contrattuale. La prima accezione ha indotto parte della dottrina ad affermare che sarebbe più appropriato parlare di «*fundamental obligation*», perché esprime meglio l'idea di un dovere essenziale irriducibile che deriva dal rapporto instaurato con il contratto piuttosto che da specifiche pattuizioni<sup>78</sup>. Nella seconda accezione, l'inadempimento fondamentale pare coincidere con l'inadempimento di non scarsa importanza cui fa riferimento l'art. 1455 cod. civ. it.

I due significati sono tecnicamente diversi e operano su due piani altrettanto diversi: non è detto che l'inadempimento di un'obbligazione principale sia di rilevante importanza, ad esempio potrebbe essersi verificata solo una lieve difformità quantitativa o qualitativa tra la prestazione richiesta e quella resa, entro la soglia della normale tollerabilità; e per converso non è detto che l'inadempimento di un'obbligazione secondaria sia di scarsa importanza. La giurisprudenza inglese non chiarisce il rapporto tra i due significati, ma si potrebbe ragionevolmente ritenere che il senso sia questo.

Il concetto di inadempimento fondamentale è presente anche, pur con risvolti applicativi diversi, nella Convenzione di Vienna sulla vendita internazionale di beni mobili, di cui si è parlato nel secondo paragrafo del presente capitolo<sup>79</sup>. Nelle prime bozze del testo in que-

<sup>78</sup> Così A.W. MEYER, *Contracts of Adhesion and the Doctrine of Fundamental Breach*, cit., pp. 1188-1189, il quale aggiunge che l'obbligazione fondamentale, in quanto dovere essenziale («*core duty*»), limita l'autonomia delle parti alle pattuizioni che riguardano tutto ciò che si colloca al di fuori di tale nucleo e invalida qualsiasi tentativo di esonerare dalla responsabilità derivante dalla violazione di tale nucleo.

<sup>79</sup> L'art. 25 della Convenzione fa dell'inadempimento fondamentale il requisito per la domanda di risoluzione (il termine però è *avoidance*) del contratto di vendita internazionale, mentre non contiene alcun riferimento alle clausole di esonero da responsabilità. Per una critica all'utilizzo del concetto in questione nella CISG, cfr. B. ZELLER, *Fundamental Breach and the CISG: A Unique Treatment or Failed Experiment*, in *Vindobona J. Int. Comm. L. Arb.*, 8, 2004, p. 81 e 82; F. FERRARI, *Fundamental Breach of Contract under the UN Sales Convention: 25 Years of Article 25 CISG*, in *J. L. Comm.*, 25, 2006, p. 489 ss.; U.G. SCHROETER, *Article 25*, in I. SCHWENZER (a cura di), *Schwenzler&Schlechtriem Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, 3<sup>rd</sup> ed., Oxford, 2010, p. 398, par. 6, p. 402; A. BJØRKLUND, *Article 25*, in S. KRÖLL, L.A. MISTELIS, M.P. VISCACILLAS (a cura di), *The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, Munich, 2011, p. 333, para 2, p. 334. Sul tema, in generale, cfr. inoltre M. WILL, *Article 25*, in C.M. BIANCA, M.J. BONELL (a cura di), *Commentary on the International Sales Law: The 1980 Vienna Sales Convention*, Milano, 1987, p. 205 e p. 206 ss.; R. KOCH, *The Concept of Fundamental Breach of Con-*

stione non vi si faceva riferimento, ma si prevedeva che il contratto potesse essere risolto soltanto quando violava una pattuizione essenziale, cioè tale per cui senza la medesima il compratore non avrebbe concluso il contratto<sup>80</sup>.

La versione immediatamente successiva aveva mutato formulazione, prevedendo invece che un inadempimento deve reputarsi fondamentale quando la parte sapeva o avrebbe dovuto sapere, al tempo della stipula del contratto, che l'altra non vi sarebbe mai addivenuta se fosse stata in grado di prevedere tale inadempimento<sup>81</sup>. A seguito della conferenza dell'Aja del 1964, il riferimento alla «parte» è stato sostituito con quello a «un uomo ragionevole nella medesima situazione dell'altra parte»<sup>82</sup>.

La formulazione è stata ulteriormente modificata dalla bozza CISG del 1978: in base all'art. 23, l'inadempimento di una delle parti è fondamentale se si traduce in un sostanziale danno per l'altra parte, salvo nel caso in cui l'inadempiente non avesse previsto o non avesse avuto ragione di prevedere un simile risultato<sup>83</sup>. Da ulteriori emendamenti è scaturita la versione attuale: l'art. 25 CISG prevede che un inadempimento sia fondamentale quando si traduce in un pregiudizio tale per l'altra parte da privarla sostanzialmente di ciò che è legittimata ad attendersi dal contratto, sempreché l'inadempiente non abbia previsto tale risultato e una persona ragionevole nelle medesime circostanze non potesse prevederlo<sup>84</sup>.

*tract under the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)*, in *Rev. of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)*, 1999, p. 177 e p. 343; D. PEACOCK, *Avoidance and the Notion of Fundamental Breach Under the CISG: An English Perspective*, in *Int. Trade Bus. L. Rev.*, 8, 2003, p. 95 ss., p. 98.

<sup>80</sup> Così disponeva l'art. 55(3) della bozza del 1939 (n. 4). Sul punto cfr. R. KOCH, *Op. cit.*, n. 306.

<sup>81</sup> Così l'art. 15 della bozza *Uniform Law on the International Sale of Goods (ULIS)* del 1956, The Hague, 2-25 April 1964 (The Hague 1966) doc V, 1, 9. Sul punto R. KOCH, *Op. cit.*, n. 397.

<sup>82</sup> Art. 10 ULIS (n 4).

<sup>83</sup> Cfr. J. HONNOLD, *Documentary History Of The Uniform Law For International Sales: The Studies, Deliberations, And Decisions That Led To The 1980 United Nations Convention With Introductions And Explanations Documentary*, L'Aja, 1989, p. 741.

<sup>84</sup> I commentatori hanno chiarito che il termine «pregiudizio» (*detriment*) deve interpretarsi in senso lato, come inclusivo di qualsiasi conseguenza negativa dell'inadempimento. Cfr., ad esempio, C. LIU, *The Concept of Fundamental Breach: Per-*

Analoga idea emerge da altri testi di diritto uniforme, segnatamente i *Principles of European Contract Law*, i principi Unidroit e la CESL: l'inadempimento fondamentale s'identifica con una sostanziale e prevedibile privazione dell'aspettativa contrattuale di una parte<sup>85</sup>. Come si può notare, in tutti i testi citati, la qualifica di fon-

*spectives from the CISG, UNIDROIT Principles and PECL and case law*, 2005, par. 2.2, in *CISG Database*. La dottrina sembra però essere divisa in merito al livello minimo di pregiudizio richiesto affinché l'inadempimento possa qualificarsi come fondamentale. Taluni per rispondere al quesito hanno applicato i criteri elaborati dalla giurisprudenza anglo-americana nell'applicare la *fundamental breach doctrine* alle clausole di esonero da responsabilità: ad esempio B.K. LEISINGER, *Fundamental Breach Considering Non-Conformity of the Goods*, Munich, 2007, p. 39. Altri rigettano tale impostazione tacciandola di *homeward trend*: Y. LI, *Remedies for breach of contract in the international sale of goods: a comparative study between the CISG, Chinese Law and English law with reference to Chinese cases*, Southampton, p. 23. Parte della dottrina suggerisce di basare la valutazione dell'importanza dell'inadempimento su un dato quantitativo, cioè di effettuare una comparazione tra il valore complessivo dell'utilità che si ricaverebbe dal contratto e il valore dell'inadempimento: U. MAGNUS, *UN-Kaufrecht*, in J. VON STAUDINGERS, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, 13<sup>a</sup> ed., Berlino, 1995. Altra parte della dottrina propende invece per un approccio teleologico, cioè per una valutazione di quanto l'inadempimento in questione incide sull'interesse della controparte: P. SCHLECHTRIEM, *Uniform Sales Law: The UN-Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, Vienna, 1986, p. 59.

<sup>85</sup> Così l'art. 8:103 PECL, secondo cui un inadempimento è qualificabile come fondamentale quando: «(b) *the non-performance substantially deprives the aggrieved party of what it was entitled to expect under the contract, unless the other party did not foresee and could not reasonably have foreseen that result*»; l'art. 7.3.1 PICC, ai sensi del quale «*In determining whether a failure to perform an obligation amounts to a fundamental non-performance regard shall be had, in particular, to whether (a) the non-performance substantially deprives the aggrieved party of what it was entitled to expect under the contract unless the other party did not foresee and could not reasonably have foreseen such result; (b) strict compliance with the obligation which has not been performed is of essence under the contract; (c) the non-performance is intentional or reckless; (d) the non-performance gives the aggrieved party reason to believe that it cannot rely on the other party's future performance; (e) the non-performing party will suffer disproportionate loss as a result of the preparation or performance if the contract is terminated*»; e l'art. 87(2) CESL, ai sensi del quale l'inadempimento è fondamentale se «(a) *it substantially deprives the other party of what that party was entitled to expect under the contract, unless at the time of conclusion of the contract the nonperforming party did not foresee and could not be expected to have foreseen that result...*». Per una comparazione tra le diverse versioni cfr., in particolare, R. KOCH, *Commentary on Whether the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts May Be Used to Interpret or Supplement Article 25 CISG*, in *www.CISG.law.pace.edu*, novembre 2014.

damentale è priva della duplicità di significato che essa assume invece nell'ordinamento inglese, essendo riferita soltanto all'importanza dell'inadempimento e non anche all'importanza della singola obbligazione rispetto alla funzione economica del contratto.

Diversa impostazione adottano invece l'ordinamento tedesco e l'ordinamento francese, giacché, in luogo del concetto di inadempimento fondamentale, adottano quello di obbligazione fondamentale o essenziale, rispettivamente, *Kardinalpflicht* e *obligation essentielle*, rievocando così la piú volte richiamata distinzione tra *naturalia* ed *essentialia negotii*.

Nell'ordinamento tedesco, il controllo contenutistico sui contratti unilateralmente predisposti, c.d. *Inhaltskontrolle*, previsto dal § 307 del BGB, impone al giudice di dichiarare l'inefficacia delle clausole capaci di produrre, in contrasto con la buona fede, un irragionevole svantaggio per l'aderente; ai sensi della medesima norma l'irragionevole svantaggio si presume ogniqualvolta la clausola predisposta limiti obblighi o diritti essenziali connaturati al contratto al punto da frustrare il raggiungimento della finalità che esso ha di mira<sup>86</sup>.

Quanto all'ordinamento francese, il richiamo al concetto di obbligazione essenziale è stato introdotto con la riforma del diritto delle obbligazioni e dei contratti attuata nel 2016. Se, come si è detto piú volte, prima di allora non esisteva in Francia una norma che proibisse espressamente i patti di esonero da responsabilità, ma l'applicazione del divieto derivante dalla massima di Ulpiano era interamente rimessa alla giurisprudenza, con la *réforme* il legislatore ha codificato, nella sotto-sezione relativa al contenuto del contratto, la regola per cui qualunque clausola che privi della propria sostanza

<sup>86</sup> Nella versione in lingua originale, il § 307, rubricato *Inhaltskontrolle*, prevede quanto segue: «(1) *Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen sind unwirksam, wenn sie den Vertragspartner des Verwenders entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen. Eine unangemessene Benachteiligung kann sich auch daraus ergeben, dass die Bestimmung nicht klar und verständlich ist.* (2) *Eine unangemessene Benachteiligung ist im Zweifel anzunehmen, wenn eine Bestimmung 1. mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen wird, nicht zu vereinbaren ist oder 2. wesentliche Rechte oder Pflichten, die sich aus der Natur des Vertrags ergeben, so einschränkt, dass die Erreichung des Vertragszwecks gefährdet ist.*». Sul punto v. BGH, 15 settembre 2005, I ZR 58/03, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 2006, p. 267; e W. WURMNEST, *Inhaltskontrolle*, in *Münchener Kommentar zum BGB*, 2, 7ª ed., 2016, § 309 no. 7, nos. 20.

l'obbligazione essenziale del debitore si ha per non apposta (art. 1170 *code civil*)<sup>87</sup>.

La teoria dell'obbligazione essenziale è però ben piú risalente della riforma: essa, infatti, è stata elaborata dalla dottrina nei primi anni ottanta ed è stata poi accolta dalla giurisprudenza per fondare una serie di arresti che neutralizzavano clausole con cui le parti avevano pattuito un "alleggerimento" dell'obbligazione oppure un esonero o una limitazione della responsabilità, consentendo al debitore di sfuggire alle conseguenze pregiudizievoli del suo inadempimento<sup>88</sup>.

Dunque, scompare dalla formulazione del divieto qualsiasi riferimento al dolo e alla colpa grave, anche se un patto che travalichi tali limiti potrebbe continuare a ritenersi vietato in quanto presumibilmente idoneo ad alterare l'essenza del contratto. Il controllo sulle clausole di esonero si sposta dal piano, almeno formalmente, soggettivo dell'elemento psicologico proprio della parte beneficiaria al piano oggettivo del contenuto del contratto o degli effetti del patto medesimo.

Dalla formulazione del divieto scompare altresí qualsiasi riferimento alla responsabilità, con almeno due importanti conseguenze. In primo luogo, non sorgerà il dilemma dell'applicabilità del divieto del patto di esonero anche alle clausole che limitano o escludono rimedi diversi dal risarcimento del danno. In secondo luogo, verosimilmente non si porrà piú il problema di individuare un criterio distintivo tra le clausole meramente restrittive dell'oggetto del contratto e le clausole limitative o esclusive della responsabilità, giacché il criterio è quello fornito dalla nuova norma. Si porrà semmai il problema, non meno agevole, di stabilire cosa sia l'essenza del contratto e quando la clausola sia idonea a snaturarla.

<sup>87</sup> La formula originale recita: «*Toute clause qui prive de sa substance l'obligation essentielle du débiteur est réputée non écrite*».

<sup>88</sup> La nozione di «obbligazione essenziale» deriva dalla tesi di P. DELEBECQUE, *Les clauses allégeant les obligations dans les contrats, thèse ronéotypée*, Aix-Marseille, III, 1981. Quanto alla giurisprudenza, si fa riferimento in particolare al noto caso *Chronopost* (Cass. Com., 22 octobre 1996, in *Contr. concurr. consom.*, 1997, n. 24, con osservazioni di LEVENEUR; in *Rec. Dalloz*, 1997, p. 121, con nota di SÉRIAUX; e p. 175, con osservazioni di DELEBECQUE; in *Defrénois*, 1997, p. 333, con osservazioni di MAZEAUD; in *Sem. jur.*, 1997, 1, 4002, con osservazioni di FABRE-MAGNAN; e 4025, con osservazioni di VINEY; e 11, 22881, con osservazioni di COHEN; ed infine in *Rev. trim. dr. civ.*, 1997, p. 418, con osservazioni di MESTRE). Per osservazioni sul punto cfr. B. FAUVARQUE-COSSON, D. MAZEAUD, *Op. cit.*, p. 114.

Su questi interrogativi la dottrina francese si è arrovellata sin dalla prima elaborazione del concetto di *obligation essentielle*, incontrando non poche difficoltà<sup>89</sup>. Secondo alcuni, l'obbligazione essenziale è quella la cui esistenza si rivela necessaria alla formazione del contratto, quella che, in correlazione con la sua prestazione corrispettiva, costituisce la causa del contratto<sup>90</sup>. Altra dottrina si limita a specificare che un contratto deve necessariamente contenere almeno un'obbligazione essenziale<sup>91</sup>. Tale dottrina ritiene che l'obbligazione possa essere essenziale non soltanto "per natura", ma anche per volontà delle parti, avvicinandosi così alle citate teorie inglesi sull'inadempimento fondamentale, che distinguono le clausole, secondo la loro importanza per i contraenti, in *warranties* and *conditions*<sup>92</sup>.

Un'autrice ha suggerito per la valutazione dell'essentialità tre criteri: il carattere oggettivo dell'obbligazione, cioè il fatto che la stessa sia imposta dalla natura del contratto; il suo carattere astratto, cioè il fatto che essa rimanga invariata indipendentemente dalle parti e dalle circostanze del caso; e il suo carattere "multiplo", per cui l'essentialità di un'obbligazione non è esclusa dalla presenza di altre obbligazioni essenziali nel medesimo contratto<sup>93</sup>. Secondo l'autrice, l'*obligation essentielle* sarebbe l'obbligazione indispensabile per l'esistenza del

<sup>89</sup> Cfr. P. JESTAZ, *L'obligation et la sanction. À la recherche de l'obligation fondamentale*, in *Mélanges Pierre Raynaud*, Paris, 1985, p. 273; C. LAVABRE, *Éléments essentiels et obligation fondamentale du contrat*, in *Rev. jur. dr. affaires*, 1997, 4, p. 291; J. ROCHFELD, *Cause et type de contrat*, Paris, 1999; R. SEFTON-GREEN, *La notion d'obligation fondamentale: comparaison franco-anglaise*, Paris, 2000; M.É. ANCEL, *La prestation caractéristique du contrat*, Paris, 2002; M.P. BAUDIN-MAURIN, *Pour une approche empirique de la notion d'obligation essentielle du contrat. (À partir de l'exemple du contrat Chronopost)*, in *Rev. rech. jur.*, 2002, 4, p. 1859; X. THUNIS, *Une notion fuyante: l'obligation essentielle du contrat*, in *Mélanges Marcel Fontaine*, Bruxelles, 2003, p. 521; A. SANOGO, *L'obligation essentielle dans le contrat*, mémoire de maîtrise, master I, Dijon, Université de Bourgogne, 2005; N. CARDOSO-ROULOT, *Les obligations essentielles en droit privé des contrats*, Paris, 2008.

<sup>90</sup> Così M. PICARD, A. PRUDHOMME, *De la résolution judiciaire pour inexécution des obligations*, in *Rev. trim. dr. civ.*, 1912, p. 66. Nella stessa direzione, C. LARROUMET (a cura di), *Droit civil*, 6<sup>a</sup> ed., III, *Les obligations. Le contrat*, II, Paris, 2007, n. 635, il quale osserva che «certaines obligations font partie de l'essence même du contrat et lui donnent tout son sens. Il est évident qu'on ne saurait les supprimer sans atteindre la raison d'être du contrat».

<sup>91</sup> P. JESTAZ, *Op. cit.*, p. 279.

<sup>92</sup> *Ivi*, p. 279 e p. 289. Nella stessa direzione, J. FLOUR, J.L. AUBERT ed É. SAUVAUX, *Les obligations*, 7<sup>a</sup> ed., III, *Le rapport d'obligation*, Paris, 2011, n. 227, p. 210.

<sup>93</sup> N. CARDOSO-ROULOT, *Op. cit.*, pp. 33-36.

contratto e per la sua definizione, qualificazione o classificazione, cioè l'obbligazione senza la quale non potrebbe esserci un contratto o si avrebbe un altro contratto<sup>94</sup>.

Più in generale, si leggono quali sinonimi di *obligation essentielle* espressioni, il più delle volte atecniche, come il nocciolo duro del contratto, la base obbligatoria del contratto, l'essenza, l'obbligazione contrattuale minima, la prestazione o l'obbligazione principale del contratto, il cuore del contratto, l'obbligazione fondamentale, l'obbligazione elementare, la prestazione essenziale al cuore dell'accordo, la vera *consideration*, l'oggetto principale del contratto, la prestazione caratteristica<sup>95</sup>.

Indipendentemente dall'espressione impiegata, il punto fermo sembra essere, almeno agli occhi del giurista italiano, la riconduzione dell'idea – più fluida e intuitiva, in un certo senso anche primitiva, ma anche più atecnica – di essenza del contratto al concetto di causa. Questo assunto non è contraddetto, ma anzi rafforzato, dal fatto che il legislatore francese della riforma abbia deciso di eliminare la causa dal novero degli elementi essenziali del contratto: in un sistema nel quale la validità degli accordi non è più formalmente ricollegata alla presenza dell'elemento causale, l'art. 1170 *code civil* diventa la principale forma di controllo causale.

Un'ulteriore conferma proviene dal confronto con il diritto italiano: lì il termine *essenza*, pur essendo radicato nella tradizione civilistica sin dal diritto romano, è rimasto inedito nel codice civile, se non in ambiti diversi da quello della responsabilità, segnatamente nei vizi del consenso, ove l'essentialità è requisito che l'errore deve possedere per condurre all'annullamento del contratto (art. 1429 cod. civ.), nella risoluzione, ove si richiede che l'inadempimento sia di non scarsa importanza (art. 1455 cod. civ.) e nella nullità, ogniqualevolta si pone il problema di stabilire se questa colpisca solo la singola clausola o l'intero contratto (artt. 1354, 1355 e 1418 cod. civ.). Eppure,

<sup>94</sup> *Ivi*, p. 34.

<sup>95</sup> Al riguardo si leggono in dottrina, quali sinonimi, espressioni come *le noyau dur du contrat*, *le socle obligationnel*, *l'essence du contrat*, *l'obligation contractuelle minimale*, *la prestation principale du contrat*, *l'obligation principale*, *le cour du contrat*, *l'obligation fondamentale*, *l'obligation élémentaire*, *la prestation essentielle au cour de l'entente*, *la véritable considération*, *l'objet principal du contrat*, *la prestation caractéristique*. L'elenco è tratto da C. DELAURIERS-GOULET, *Obligation Essentielle dans le Contrat*, in *Cahiers Droit*, 55 n. 4, décembre 2014, pp. 923-950, p. 931.

non si potrebbe negare che l'idea di essenza del contratto sia confluita in quella di «causa».

Del resto, sarebbe stato illusorio pensare che fosse sufficiente un colpo di spugna del legislatore francese per cancellare un istituto così radicato in un ordinamento e dalle applicazioni così pregnanti<sup>96</sup>. Come spesso accade, si è voluto eliminare il *nomen*, per scongiurare l'accusa di fondare il proprio diritto su istituti desueti, poco intelleggibili e non condivisi a livello internazionale, ma si sono per altro verso rafforzati gli strumenti con i quali il sistema era solito risolvere i problemi sottostanti all'istituto<sup>97</sup>.

##### 5. *Il controllo sulle clausole di esonero nei contratti asimmetrici: tra unangemessene Benachteiligung, déséquilibre significatif e unconscionability*

Nei contratti asimmetrici, perché conclusi da due parti il cui potere contrattuale non è equilibrato o semplicemente perché predisposti unilateralmente, come si è già avuto modo di osservare in relazione all'ordinamento italiano, il problema delle clausole di esonero si pone in maniera diversa rispetto ai contratti negoziati da parti dotate della medesima forza. Nel caso dei contratti asimmetrici, infatti, l'inserimento delle clausole in questione ed il loro contenuto rischiano di essere non il frutto di un compromesso raggiunto dalle parti, ma il frutto dell'imposizione unilaterale della parte nel cui interesse l'esonero è pattuito. Se nei contratti negoziati, la previsione di clausole di

<sup>96</sup> Per una riflessione di più ampio respiro sulle esigenze di semplificazione della legislazione e sui progetti di codificazione, si v. G. PERLINGIERI, *Portalis e i «miti» della certezza del diritto e della c.d. «crisi» della fattispecie*, Napoli, 2018, *passim*.

<sup>97</sup> Come osserva D. MAZEAUD, *Prime note sulla riforma del diritto dei contratti nell'ordinamento francese*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, p. 440, si ricava dalla lettura dei testi che «la parola 'causa' non appare più, ciò tuttavia non permette di concludere che questa sia puramente e semplicemente scomparsa nel nostro *droit positif*, e ciò nella misura in cui alcune delle sue funzioni, quelle tradizionali ovvero alcune più moderne, sono conservate o consacrate». Nella medesima direzione si esprimono anche G. CHANTEPIE, M. LATINA, *La réforme du droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code Civil*, 2<sup>a</sup> ed., Paris, 2018, p. 232 ss.; A. FUSARO, *Gli effetti del contratto nella riforma del Code civil francese*, in *Riv. dir. priv.*, 2017, p. 13, secondo cui a fronte della soppressione della causa, «si registra l'introduzione degli artt. 1169 e 1170, i quali avrebbero attitudine a vicariare alcune funzioni del concetto abbandonato».

esonero è espressione dell'autonomia delle parti, nei contratti asimmetrici essa rischia di essere il frutto dell'autonomia di una sola delle parti ed una violazione di quella dell'altra.

Per ovviare a tale inconveniente, alcuni ordinamenti hanno previsto un controllo meramente formale o "procedurale" sulle clausole, ne è un esempio l'ordinamento italiano là dove all'art. 1341 cod. civ. ha previsto che ai fini dell'incorporazione nel contratto delle clausole suscettibili di creare un significativo squilibrio tra i diritti e gli obblighi delle parti non fosse sufficiente la mera conoscibilità, ma fosse necessaria la specifica sottoscrizione da parte dell'aderente; altri ordinamenti hanno previsto un controllo contenutistico, sul modello di quello contemplato dalla Direttiva sulle clausole vessatorie nei contratti con i consumatori; altri ordinamenti ancora hanno previsto un controllo, in un certo senso, misto. In questo quadro, alcuni ordinamenti hanno previsto una disciplina diversa per i contratti B2C, mentre altri hanno generalizzato il controllo contenutistico a tutti i contratti per adesione, indipendentemente dalla qualità ricoperta dalle parti.

Un controllo di tipo contenutistico e generalizzato a tutti i contratti per adesione è stato previsto dall'ordinamento francese a seguito della citata riforma del 2016. Se prima della riforma, la protezione nei confronti delle clausole abusive era prevista nel codice del consumo e dunque applicabile ai soli contratti B2C, con la riforma il legislatore francese, ha introdotto nel *code civil* l'art. 1171, a norma del quale «in un contratto per adesione, qualunque clausola che crei uno squilibrio significativo tra i diritti e le obbligazioni delle parti del contratto si reputa non scritta»<sup>98</sup>.

Il comma secondo tempera la regola precisando che la valutazione di tale squilibrio non deve vertere né sull'oggetto principale del contratto, né sull'adeguatezza del prezzo pattuito per la prestazione. In quest'ultimo inciso si legge un tentativo di arginare il rischio che il sindacato sull'abusività delle clausole si trasformi in una valutazione sull'equilibrio contrattuale. La norma, però, va letta in combinato disposto con la norma immediatamente precedente, cioè il già esami-

<sup>98</sup> Nella formulazione in lingua originale: «*Dans un contrat d'adhésion, toute clause non négociable, déterminée à l'avance par l'une des parties, qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite. L'appréciation du déséquilibre significatif ne porte ni sur l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix à la prestation*».

nato art. 1170 cod. civ. fr., secondo cui si dà altresí per non apposta qualunque clausola che privi della propria sostanza l'obbligazione essenziale del debitore.

Nella medesima direzione dell'art. 1171 cod. civ. fr. si colloca un'altra novità introdotta dalla riforma: l'introduzione nel *code civil* di un divieto generale di abusare della situazione di dipendenza economica o anche soltanto morale in cui versa l'altro contraente<sup>99</sup>. Se prima della riforma il divieto era previsto soltanto nel *code de commerce* (art. 420-2) – ed era, da un lato, applicabile ai soli contratti tra imprenditori, dall'altro soggetto al presupposto che l'abuso fosse idoneo a minare la libera concorrenza – il nuovo art. 1143 cod. civ. fr. lo estende a tutti i contratti e qualifica lo sfruttamento della situazione di dipendenza come un'ipotesi di violenza suscettibile di comportare la nullità relativa del contratto, quando sia stata tale indurre la vittima a contrarre un vincolo che altrimenti non avrebbe assunto e da procurare all'autore un vantaggio manifestamente eccessivo<sup>100</sup>.

Nell'ordinamento tedesco, come si è già illustrato, il controllo sulle clausole di esonero è parimenti di tipo contenutistico e generalizzato a tutti i contratti per adesione, con le precisazioni di cui si dirà a breve. Il § 307 BGB, rubricato *Inhaltskontrolle*, prevede che siano inefficaci quelle clausole che, in contrasto con il canone della buona fede, producono uno svantaggio irragionevole a danno dell'aderente a causa della loro intrasparenza, o perché violano prin-

<sup>99</sup> La norma fa riferimento alla dipendenza in generale, senza richiamare espressamente la dipendenza economica. Così il rapporto del Presidente della Repubblica sulla riforma ha chiarito che la nuova fattispecie di violenza non è limitata all'abuso di dipendenza economica, ma mira, piú in generale, alla tutela delle «persone vulnerabili». Cfr. A. CHÉNÉDÉ, *La réforme du droit des contrats*, in *Actual. jur. fam.*, 2016, p. 129. Per un approfondimento sulla casistica in tema di violenza economica, cfr. M. MEKKI, *Droit des contrats*, gennaio 2015-gennaio 2016, in *Rec. Dalloz*, 2016, p. 570.

<sup>100</sup> L'introduzione del divieto è frutto del recepimento di un orientamento giurisprudenziale consolidato, che già da tempo riconosceva quale ipotesi di violenza l'abuso di dipendenza economica. Cfr., in particolare, Cass., 30 maggio 2000, n. 98-15.242, in *Bull. civ.*, I, n. 169; e Cass., 3 aprile 2002, n. 00-12.932, *ivi*, I, n. 108, le quali hanno affermato che «solo lo sfruttamento abusivo di una situazione di dipendenza economica posto in essere per trarre profitto dal timore di un male che minaccia direttamente gli interessi legittimi della persona può viziare il contratto di violenza economica». Da qui la giurisprudenza ha ricavato il requisito del profitto eccessivo.

cípi essenziali contenuti in norme di legge, rispetto alle quali costituiscono una deroga, o perché limitano i diritti e gli obblighi essenziali inerenti alla natura del contratto in modo tale da alterarne la funzione<sup>101</sup>.

Aggiunge poi il § 309 del BGB che sono inefficaci indipendentemente dal giudizio di ragionevolezza, tra le altre, le clausole che limitano o escludono la responsabilità per colpa grave, per morte, lesione della salute o dell'integrità fisica o privano l'obbligato del rimedio risolutorio o dell'azione di esatto adempimento. Ai sensi del § 310 BGB, la predetta norma non si applica ai contratti *standard* conclusi tra due imprenditori, ma la giurisprudenza l'ha di fatto estesa anche a questi affermando che l'esonero da responsabilità per colpa grave, intesa come un inusualmente significativo discostamento dal livello di diligenza richiesto<sup>102</sup>, e per gli altri danni indicati nel § 309 è di per sé indice di irragionevolezza della clausola ai sensi del § 307 BGB<sup>103</sup>.

Un controllo di tipo misto è invece quello applicato dalla giurisprudenza inglese e da quella americana<sup>104</sup>, di norma indicato con il nome di *unconscionability doctrine*. In uno dei casi piú significativi in materia la giurisprudenza inglese ha affermato che, in mancanza di ambiguità, si può ugualmente dichiarare nulla la clausola di esonero solo se oltre all'essenzialità dell'inadempimento ricorre un altro presupposto: la realizzazione mediante la clausola di un abuso del-

<sup>101</sup> BGB, § 307. *Inhaltskontrolle*. (1) *Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen sind unwirksam, wenn sie den Vertragspartner des Verwenders entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen. Eine unangemessene Benachteiligung kann sich auch daraus ergeben, dass die Bestimmung nicht klar und verständlich ist.* (2) *Eine unangemessene Benachteiligung ist im Zweifel anzunehmen, wenn eine Bestimmung 1. mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen wird, nicht zu vereinbaren ist oder 2. wesentliche Rechte oder Pflichten, die sich aus der Natur des Vertrags ergeben, so einschränkt, dass die Erreichung des Vertragszwecks gefährdet ist.*

<sup>102</sup> W. WURMNEST, *Inhaltskontrolle*, in *Münchener Kommentar zum BGB*, 2, cit., § 309, 7, 20.

<sup>103</sup> Così, ad esempio, BGH, 19 giugno 2013, VIII ZR 183/12, in *Neue jur. Wochenschr.*, 2014, p. 211; BGH, 19 settembre 2007, VIII ZR 141/06, *ivi*, 2007, p. 3774; W. WURMNEST, *Op. ult. cit.*, § 309, 7, 33.

<sup>104</sup> Per una panoramica, invece della legislazione speciale si veda, con riguardo al diritto inglese, A.G. GUEST, *Exemption clauses*, cit., 14-059 ss., p. 1051 ss.; e con riguardo al diritto nordamericano, A. CORBIN, *Corbin on Contracts*, cit., *passim*; e A. FARNSWORTH, *Farnsworth on Contracts*, vol. II, 4.26, New York, 1998), p. 533 ss.

l'autonomia contrattuale, cioè della c.d. *unconscionable exemption*<sup>105</sup>. L'accertamento di tale presupposto deve avvenire attraverso la soluzione di una serie d'interrogativi.

Il giudice deve domandarsi: se il contratto consiste in un formulario *standard* redatto unilateralmente dalla parte in favore della quale è stato previsto l'esonero; se ha avuto luogo una trattativa sulle singole clausole; se l'attenzione dell'altra parte è stata sufficiente richiamata sulla clausola di esonero; se la clausola è di natura "inusuale"; se la parte esonerata ha reso all'altra dichiarazioni tali da indurla incolpevolmente in affidamento circa la non applicabilità della clausola; se da una lettura sistematica risulta che la clausola di esonero è tale da neutralizzare l'implicita promessa della parte beneficiaria di usare l'ordinaria diligenza per proteggere gli interessi dell'altra; e infine se – considerate le predette circostanze e le "rappresentazioni" fatte dalla parte beneficiaria all'altra – l'applicazione della clausola equivalga ad un'approvazione tacita da parte della corte di pratiche commerciali inaccettabili<sup>106</sup>.

Nella giurisprudenza americana si leggono spesso affermazioni come quella per cui le clausole di esonero sono efficaci quando non ci sia una notevole disparità di potere contrattuale tra le parti e l'intento esonerativo sia stato espresso in un linguaggio chiaro e inequivoco<sup>107</sup>. Più precisamente, in nome della *unconscionability doctrine*, il giudice non darà esecuzione al contratto ogniqualvolta si sia verifi-

<sup>105</sup> Il caso di riferimento è *Davidson v The Three Spruces Realty Ltd.* (1977), 79 D.L.R. (3d) 481. I fatti sono i seguenti: il convenuto aveva dato in locazione all'attore uno spazio di stoccaggio all'interno di un locale denominato "safety deposit vault". L'attore aveva sottoscritto un documento nel quale esonerava il convenuto da qualsiasi responsabilità per la perdita dei beni depositati. All'atto della sottoscrizione, il convenuto aveva indotto l'attore a credere che non ci sarebbe stato alcun bisogno di stipulare un'assicurazione per le cose depositate. In realtà, il convenuto non aveva adottato neppure le più elementari precauzioni per custodire le cose (ad esempio, aveva ripetutamente lasciato entrare nell'area di stoccaggio, senza alcuna sorveglianza, persone non identificate), con la conseguenza che i beni dell'attore erano stati rubati. La Corte ha statuito per la responsabilità del depositario nonostante la presenza della clausola di esclusione. Al medesimo risultato si sarebbe, con ogni probabilità, giunti anche dinanzi alla giurisdizione italiana, seppur con la diversa motivazione che la clausola costituiva un'illegittima esenzione dalla responsabilità per colpa grave.

<sup>106</sup> *Ivi*, spec. p. 493.

<sup>107</sup> Tra le altre, si veda *Hormel Foods Corporation v. Chr. Hansen, Inc.*, 2001 WL 1636490 (D. Minn.).

cata la concomitanza di due fattori: l'assenza di una scelta ponderata da parte di uno dei contraenti e la presenza di clausole irragionevolmente favorevoli all'altro<sup>108</sup>.

La definizione generale di *unconscionability* si declina in due componenti: una "procedurale" (c.d. *procedural unconscionability*), che ha per oggetto la formazione del contratto e la cui valutazione include fattori quali il senso degli affari, l'esperienza professionale delle parti, il potere contrattuale e l'intelligibilità del linguaggio; ed una "sostanziale" (c.d. *substantive unconscionability*), che riguarda le clausole contrattuali in sé, il loro scopo e i loro effetti, la loro ragionevolezza dal punto di vista commerciale, e la proporzione nella quale sono allocati i rischi<sup>109</sup>.

Strettamente connesso ai limiti appena illustrati è un altro limite individuato dalla giurisprudenza americana: il "consenso informato" dell'aderente alla clausola di limitazione o esclusione della responsabilità. Come regola generale, le parti hanno l'onere di leggere il contratto (*duty to read*) e tale onere dà luogo a una presunzione assoluta di assenso al medesimo, eccetto in alcune ipotesi, vale a dire il caso in cui il documento contrattuale risulti illeggibile, il caso in cui la clausola incriminata non sia stata adeguatamente portata all'attenzione di una parte, e nel caso di *misrepresentation*, cioè sostanzialmente nel caso in cui la parte sia stata indotta in errore circa la clausola.

Il carattere assoluto della presunzione è attenuato dalla giurisprudenza quando si tratta di un contratto *standard*: in tale ipotesi, da un lato, la parte contro la quale la presunzione opera può vincerla provando che in realtà non aveva prestato alcun assenso alla clausola, o invocando l'*unconscionability* – a quel punto sarà ribaltato sulla parte che intende far valere la clausola l'onere di dimostrare la presenza di un effettivo accordo e non di un incontro delle volontà meramente formale –, dall'altro, il giudice può ignorarla rilevando la contrarietà all'ordine pubblico della clausola e dichiarandola ineffi-

<sup>108</sup> La definizione risale al caso *Williams v. Walker-Thomas Furniture, Co.*, 350 F.2d 445, 449 (D.C. Circ. 1965), il quale si esprime in questi termini: «*absence of meaningful choice on the part of one of the parties together with contract terms which are unreasonably favourable to the other party*». In dottrina cfr. A. FARNSWORTH, *Farnsworth on Contracts*, cit., vol. I, 4.28, p. 555.

<sup>109</sup> Cfr. il caso *NEC Technologies, Inc. v. Nelson*, 478 S.E. 2<sup>nd</sup>, 771-772 (1996).

cate<sup>110</sup>. L'ordine pubblico, dunque, costituisce in definitiva anche per il diritto anglo-americano un limite alle clausole di esonero<sup>111</sup>.

#### 6. Segue: *il giudizio di ragionevolezza previsto dal Restatement of English Contract Law*

Una sintesi dei criteri illustrati nel paragrafo precedente si coglie nei tre testi normativi che il legislatore inglese ha promulgato per disciplinare il controllo sulle condizioni generali di contratto: il *Misrepresentation Act* del 1967, in tema di false rappresentazioni compiute da una parte a danno dell'altra in sede precontrattuale; l'*Unfair Contract Terms Act* del 1977, in tema di clausole vessatorie nei contratti tra imprese o tra professionisti; e il Regolamento n. 2083 del 1999 sugli *Unfair Terms in Consumer Contracts*, poi modificato sulla base della normativa europea dal *Consumer Rights Act* del 2015.

Dalla lettura della predetta disciplina si evince che l'ordinamento inglese ha formalmente eletto a criterio principe per il controllo delle clausole di limitazione o esclusione della responsabilità nei contratti B2B la ragionevolezza, e nei contratti con i consumatori la vessatorietà. Nell'affrontare il problema delle clausole di esonero, però, la giurisprudenza continua ad applicare i criteri esaminati nei paragrafi precedenti, il più delle volte senza neppure richiamare la normativa contenuta nell'*Unfair Contract Terms Act*.

D'altra parte, a ben guardare, il giudizio di ragionevolezza ivi previsto viene ricostruito dalla normativa stessa in modo così ampio da inglobare un ventaglio eterogeneo di criteri, sicché costituisce in qualche modo una sintesi di tutto il "sapere" delle corti nella materia delle clausole di esonero. Anche la tecnica legislativa utilizzata nella redazione dei testi normativi in esame rispecchia quelle caratteristiche tipiche della mentalità dei giuristi di *common law*, di cui si è detto all'inizio del capitolo: dalla lettera dei testi integrata con l'opera di sistematizzazione della dottrina emerge un quadro composto da criteri flessibili e linee guida, piuttosto che da regole rigide. Ancora

<sup>110</sup> *Ivi*, Sections 29.7-29.8, pp. 392-393 e 404-415. In giurisprudenza si veda, per tutti, il caso *Weaver v. American Oil Co.*, 276 NE2d 144 (1971).

<sup>111</sup> Per quanto riguarda la casistica americana, cfr., ad esempio, *Metz v. Medford Fur Foods Inc.*, 4 Wis. 2d 96, 90 N.W.2d 106 (1958), chiamata a pronunciarsi su una clausola la quale prevedeva un esonero da responsabilità civile per un illecito penale.

una volta, l'obiettivo è quello di elencare gli elementi di fatto e di diritto di cui il giudice deve tener conto nell'effettuare il controllo sulle clausole di esonero.

Della normativa in esame è stata di recente proposta dalla dottrina inglese una sistematizzazione, sotto l'ambiziosa intitolazione di "Restatement of the English Law of Contract"<sup>112</sup>, in cui sostanzialmente la normativa viene integrata con gli orientamenti della giurisprudenza e i commenti della dottrina medesima, sul modello di quanto avvenuto per il diritto americano ad opera dell'*American Law Institute*<sup>113</sup>.

Il primo dato significativo della disciplina sistematizzata nel *Restatement* è che essa risulta esclusa per alcuni tipi di contratti, mentre si applica, per espressa previsione, tanto all'esonero da responsabilità contrattuale quanto all'esonero da responsabilità aquiliana e da responsabilità precontrattuale per *misrepresentation*, dato significativo in considerazione delle perplessità che si sono sollevate nel corso del lavoro con riguardo a tali fattispecie. In secondo luogo, occorre tenere a mente che si prevede una disciplina diversa a seconda che la responsabilità derivi dall'esercizio di un'attività d'impresa, cioè si tratti di una *business liability*.

Ciò premesso, l'art. 16, sottosezione 3 (a) del *Restatement* vieta innanzitutto alle parti di pattuire una limitazione o un'esclusione dalla responsabilità per morte o danni alla persona cagionati nell'esercizio di un'attività professionale. Per gli altri danni è consentita una limitazione o esclusione, purché però superi il citato giudizio di ragionevolezza, di cui si dirà a breve. Quest'ultima regola si applica anche quando il contratto è stato unilateralmente predisposto dalla parte in favore della quale la clausola è stata pattuita. Qui, più specificamente, si prevede che se la clausola non supera il *reasonableness test*, il predisponente non potrà né invocare la limitazione o l'esclusione di responsabilità ivi contenuta, né vantare un titolo per non adempiere o per eseguire la prestazione in modo diverso da quello originariamente pattuito (c.d. *variation clause*).

<sup>112</sup> A. BURROWS, *A Restatement of the English Law of Contract*, cit., p. 95 ss. Benché tale opera non abbia valore *stricto sensu* normativo, appare nondimeno un punto di riferimento importante per cogliere lo spirito del diritto contrattuale inglese e le sue tendenze evolutive.

<sup>113</sup> *Restatement of the Law - Contracts*, American Law Institute, 1932-2021. Sul tema v., più ampiamente, le riflessioni di R. DAVID, *The Methods of Unification*, in *Am. J. Comp. L.*, 13, 1968, p. 27 ss.

In cosa consista questo giudizio e quali siano gli elementi che devono essere presi in considerazione lo enuncia la sottosezione 7 dell'art. 16 *Restatement*, mettendo insieme i principi affermati dalla giurisprudenza e le linee guida contenute nell'allegato due all'*Unfair Contract Terms Act*. Si precisa prima di tutto che il giudizio mira a valutare se, alla luce delle circostanze che erano (o avrebbero dovuto ragionevolmente essere) note alle parti al momento della stipula del contratto, sarebbe stato equo e ragionevole, dal punto di vista commerciale, prevedere una clausola di esonero. L'onere di provare la ragionevolezza della clausola è in capo a chi intende farla valere.

Nel compiere la valutazione, il giudice potrà tener conto di una serie di fattori. In primo luogo, il giudice dovrà verificare se tra le parti esiste una disparità di potere contrattuale. In rapporto a questo parametro, il giudizio di ragionevolezza deve tener conto di due elementi: del fatto che la controparte abbia ricevuto un vantaggio per controbilanciare la previsione della clausola di esonero, quindi del fatto che la clausola abbia o non abbia comportato un'alterazione dell'equilibrio contrattuale; e del fatto che la controparte avesse o meno un'alternativa, cioè avesse la possibilità di concludere con altri il medesimo contratto, anche ad un prezzo maggiore ma senza la clausola di esonero. Quest'ultima regola rievoca uno dei parametri alla stregua dei quali viene condotto nell'ordinamento italiano l'accertamento dell'abuso di dipendenza economica<sup>114</sup>.

In secondo luogo, il giudice dovrà valutare: se la parte cui l'esonero è sfavorevole conosceva o avrebbe dovuto ragionevolmente conoscere la clausola; qualora l'esonero riguardi la responsabilità nel caso in cui la parte non si conformi a un determinato requisito, se al tempo della stipula del contratto fosse ragionevole attendersi che tale conformità fosse in concreto possibile; se i beni o servizi erano stati venduti o somministrati su speciale ordine della parte cui l'esonero è sfavorevole.

Ancora una volta si rivela un criterio cruciale l'affidamento della controparte, che qui è duplice: affidamento nell'assenza di quella specifica clausola di esonero, generato dal fatto che la clausola non è stata portata adeguatamente a conoscenza della controparte o non era conoscibile<sup>115</sup>; e affidamento nel fatto che normalmente in quel con-

<sup>114</sup> Cfr., *supra*, capitolo IV, par. 7.

<sup>115</sup> Qui, a livello internazionale, si aprirebbe il problema di verificare quali sono i requisiti che ciascun ordinamento adotta per l'incorporazione delle condizioni ge-

tratto la responsabilità è regolata in un certo modo. Sotto quest'ultimo profilo, il giudice dovrà in sostanza valutare se la clausola fosse ragionevolmente inusuale in quel segmento della contrattualistica sì da creare una sorta di "effetto sorpresa". In questo senso si spiega l'ulteriore elemento preso in considerazione dal *Restatement*, e cioè la valutazione se la clausola viene normalmente ritenuta efficace dalla prassi.

Alla medesima esigenza risponde, infondo, la regola di incorporazione delle condizioni generali sancita dal § 305, lett. c), del BGB, ove stabilisce che non entrano a far parte del regolamento contrattuale quelle clausole contenute in contratti *standard* che nelle circostanze del caso concreto, con particolare riguardo all'apparenza esteriore del contratto, sono così inusuali che la controparte non avrebbe potuto [ragionevolmente] aspettarsele («*Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die nach den Umständen, insbesondere nach dem äußeren Erscheinungsbild des Vertrags, so ungewöhnlich sind, dass der Vertragspartner des Verwenders mit ihnen nicht zu rechnen braucht, werden nicht Vertragsbestandteil*»).

In terzo luogo, il *Restatement* prevede che, nel valutare la ragionevolezza della clausola di esonero, il giudice tenga conto del fatto che fosse o meno possibile per le parti stipulare un'assicurazione specifica per l'evento contemplato dalla clausola, il che rievoca la prassi delle *insurance clauses* che si era sviluppata in origine parallelamente al diffondersi delle clausole di esonero nei commerci marittimi, di cui si è detto nel primo paragrafo del presente capitolo; nonché, più in generale, dell'impatto economico della clausola, che è elemento ancor più cruciale vista la capacità dei contratti per adesione di regolare una pluralità potenzialmente indefinita di rapporti e quindi di influire su interi settori della contrattualistica. Infondo, una simile valutazione si coglie anche nella giurisprudenza italiana, soprattutto con riguardo al settore delle assicurazioni e in particolare al problema delle clausole *claims made*, di cui si è detto nel terzo capitolo.

nerali, se sia sufficiente perché queste si applichino al rapporto contrattuale la loro mera conoscibilità, come prescrive l'art. 1341 cod. civ. it., oppure se debbano essere portate a conoscenza della controparte, secondo la c.d. *sending rule*, e se, all'uopo, siano richieste modalità specifiche. Una riflessione sul tema in questa prospettiva, seppur strumentale alla soluzione di un problema di lacune nella Convenzione di Vienna sulla vendita internazionale di beni mobili, è offerta da U. MAGNUS, *Incorporation of Standard Terms*, in L. DI MATTEO, A. JANSSEN, U. MAGNUS, R. SCHULZE (a cura di), *International Sales Law*, Baden Baden, 2016, p. 243 ss.

In ultimo, nel valutare la ragionevolezza della clausola di esonero, il giudice deve tener conto della natura dell'inadempimento e considerare anche se questo è dipeso dal dolo o dalla colpa del debitore. Qui l'autore del *Restatement* ha inteso probabilmente creare un'apertura nei confronti degli ordinamenti di *civil law* richiamando i criteri a loro familiari, ma anche dar voce a quegli *obiter dicta* pronunciati dalle corti scozzesi a proposito dell'esonero da responsabilità per dolo o colpa grave, di cui si è dato conto nel terzo paragrafo. Inoltre, pare evidente, seppur in certa misura velato, il riferimento alla valutazione circa l'importanza dell'inadempimento in sé e l'importanza dell'obbligazione inadempita o esclusa dal contratto su cui si fonda la citata *fundamental breach doctrine*.

Come si accennava, il giudizio di ragionevolezza che emerge dal *Restatement* include in sé una serie di valutazioni eterogenee, ove s'intrecciano regole di forma e regole di sostanza, *procedural unfairness* e *substantive unfairness* finiscono per confondersi. Si tratta di una ragionevolezza che ha per referente non tanto l'uomo medio, dotato di ordinaria diligenza e ordinarie capacità intellettive (che, comunque, non a caso nell'ordinamento inglese non è il «buon padre di famiglia» ma il «reasonable man»<sup>116</sup>), quanto piuttosto il *business man* medio in quel determinato settore commerciale. Si tratta di una ragionevolezza che, da un lato, esclude l'arbitrio dei contraenti, dall'altro rievoca il concetto di efficienza e certezza dei traffici e forse, in quella misura, anche quello tipicamente italiano di meritevolezza degli interessi perseguiti<sup>117</sup>.

A conclusione dell'*excursus* comparatistico, si può osservare che la collazione dei frammenti di disciplina provenienti dagli ordinamenti esaminati conferma l'impressione per cui esiste un nucleo, o, se si preferisce, una *ratio* comune a tutti. In particolare, concetti quali «dolo o colpa grave», *Kardinalpflichten*, *fundamental breach* e *unconscionability*, letti attraverso la lente della ragionevolezza, sembrano tutti

<sup>116</sup> Cfr. A.L. EPSTEIN, *The Reasonable Man Revisited: Some Problems in the Anthropology of Law*, in *L. Soc. Rev.*, 1973, 7, pp. 643-666.

<sup>117</sup> Per una riflessione di ampio respiro sul concetto di ragionevolezza, muovendo dalla prospettiva del giurista italiano, v. G. PERLINGIERI, *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, Napoli, 2015; nonché, più di recente, G. PERLINGIERI, A. FACHECHI (a cura di), *Ragionevolezza e proporzionalità nel diritto contemporaneo*, Napoli, 2017; e G. PERLINGIERI, *Ragionevolezza e bilanciamento nell'interpretazione recente della corte costituzionale*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, pp. 716-753.

esprimere, a dispetto della diversa formulazione, la medesima esigenza, e cioè quella che al creditore sia garantito un *minimum* di impegno da parte del debitore, una base inderogabile di rispetto del vincolo contrattuale, così come configurato nella sua essenza o nella sua funzione economica.



## CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

### Verso un'interpretazione evolutiva del divieto

Ampliata la visione oltre gli orizzonti del diritto italiano, la riflessione pare matura per provare a suggerire qualche spunto *de jure condendo* e a delineare i tratti di quell'interpretazione evolutiva che si era prospettata all'inizio del lavoro. Cominciando dalla prospettiva *de jure condendo*, alla luce dell'analisi svolta sarebbe opportuno che il legislatore prevedesse un controllo contenutistico sulle clausole di esonero alla stregua del criterio della vessatorietà, da affiancare al giudizio di compatibilità con i limiti imposti dall'art. 1229 cod. civ., unitario, cioè esteso all'intera categoria dei contratti per adesione, indipendentemente dalla qualità ricoperta dalle parti, sul modello francese e sul modello tedesco.

Una simile soluzione, oltre che avere l'utilità di semplificare il quadro e di renderlo più compatibile con il divieto di trattare situazioni ragionevolmente uguali in modo diverso, sancito dall'art. 3 Cost., si porrebbe in linea con il *trend* europeo, che da qualche tempo è nel senso di spostare il *focus* della disciplina protettiva dalla categoria del consumatore a quella dell'aderente<sup>1</sup>.

*De jure condito*, in primo luogo, il concetto di responsabilità richiamato dall'art. 1229 cod. civ. dovrebbe leggersi alla luce delle più condivisibili teorie sul concetto di impossibilità sopravvenuta, che vi includono anche l'inesigibilità e l'impedimento morale all'esecuzione della prestazione. Posto che tali teorie discendono dal principio di solidarietà riconosciuto dall'art. 2 Cost., un'interpretazione evolutiva e costituzionalmente orientata dell'art. 1229 cod. civ. imporrebbe di

<sup>1</sup> Così, in particolare, V. ROPPO, *Prospettive del diritto contrattuale europeo. Dal contratto del consumatore al contratto asimmetrico*, in *Corr. giur.*, 2009, p. 267. V. inoltre ID., *Ancora su contratto asimmetrico e terzo contratto: le coordinate del dibattito, con qualche elemento di novità*, in G. ALPA, V. ROPPO (a cura di), *La vocazione civile del giurista: saggi dedicati a Stefano Rodotà*, Roma-Bari, 2013.

escludere, a monte, dalla nozione di inadempimento imputabile la mancata o inesatta esecuzione che sia volontaria ma dettata dall'esigenza di non sacrificare un interesse costituzionalmente protetto di rango superiore. In questo modo, si sottrae all'ambito applicativo dell'art. 1229 cod. civ. quello che altrimenti sarebbe stato un inadempimento doloso, interpretando il dolo come semplice volontà della condotta.

In secondo luogo, dall'art. 1229 cod. civ. dovrebbe ricavarsi il principio per cui è nullo non soltanto qualunque patto che abbia per oggetto la limitazione o l'esclusione preventiva della responsabilità del debitore per dolo, colpa grave o violazione di norme di ordine pubblico, ma anche qualunque patto che abbia per effetto indiretto tale esclusione o limitazione, compreso il patto che escludendo o limitando una o più obbligazioni derivanti dal contratto ne alteri la causa o la funzione economica senza perseguire interessi meritevoli di tutela.

Non si tratta di eliminare dall'art. 1229 cod. civ. i criteri del dolo e della colpa grave, ma di considerarli come meramente esemplificativi, come applicazioni del più ampio principio di tutela dell'essenza o della causa del contratto o del vincolo contrattuale, al pari di quelle previste da altre norme che sono emerse nel corso della disamina e in particolare l'art. 1355 cod. civ. che vieta le condizioni sospensive meramente potestative, l'art. 2965 cod. civ. che sancisce la nullità dei patti con cui si stabiliscono termini di decadenza tali da rendere eccessivamente difficile a una delle parti l'esercizio di un diritto, o l'art. 2698 cod. civ. che sancisce i limiti di validità dei patti sull'onere della prova.

Una simile interpretazione dell'art. 1229 cod. civ., oltre che avvicinare l'ordinamento italiano agli altri ordinamenti di cui si è dato conto, consente di estendere il controllo previsto dalla norma a tutte quelle clausole in astratto capaci di alterare la causa del contratto, indipendentemente dal loro *nomen juris* o dal loro oggetto diretto. In quest'ottica, diventerà più agevole e meno rilevante la distinzione tra clausole sull'oggetto del contratto e clausole sulla responsabilità, giacché le prime saranno soggette al controllo previsto per le altre ogniqualvolta le parti hanno modificato quelle obbligazioni che possono definirsi essenziali in quanto fanno parte della causa; e il giudizio di meritevolezza confluirà nel giudizio di essenzialità dell'obbligazione rispetto alla causa.

In ultimo, il termine «responsabilità» impiegato dall'art. 1229 cod.

civ., in nome anche di un'interpretazione armonizzatrice, dovrebbe leggersi nel suo significato piú ampio di soggezione da parte del debitore ad una qualsiasi delle conseguenze sfavorevoli che la legge ricollega all'inadempimento di un'obbligazione. Ciò, come si è detto a suo tempo, non comporta l'automatica inclusione nella categoria delineata dall'art. 1229 cod. civ. delle clausole che inibiscono l'operatività dei rimedi diversi dal risarcimento, ma comporta che in presenza di simili clausole l'interprete debba porsi il problema e domandarsi se la portata delle medesime sia tale da farle ricadere nell'ambito dell'art. 1229 cod. civ.

Questa è in sintesi l'interpretazione evolutiva proposta. Con due accorgimenti. In primo luogo, la lettura suggerita non intende impoverire, trascurare o snaturare l'idea racchiusa nella formula adoperata dal legislatore<sup>2</sup>. Proprio in questo nucleo ideale, infatti, quasi un seme o un embrione, sono già presenti tutte le potenzialità di una vita nascente, che pur recando in sé un certo *imprinting* è disposta ad accogliere e subire innumerevoli trasformazioni secondo il sistema valoriale di riferimento. Nel caso di specie, detto sistema è costituito dai principi con vocazione costituzionale a livello italiano ed europeo, in particolare il rispetto della persona in quanto tale, a prescindere dallo *status* che ricopre.

In secondo luogo, si condivide il monito di chi diffida dal ridurre i valori ad una mera funzione della norma<sup>3</sup>. Non ci si propone qui

<sup>2</sup> Scriveva F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, Roma, 1940, p. 388, che piú l'interprete si allontana temporalmente dal legislatore, piú si «impoverisce» la formula utilizzata da quest'ultimo, e piú l'idea di cui essa è espressione giace senza riprodursi nella mente dell'interprete, piú rischia di subire alterazioni. Se come già osservava autorevole dottrina (per tutti SANTI ROMANO, *Interpretazione evolutiva*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1994, p. 122) non necessariamente ha luogo il paventato impoverimento, ma anzi la formula può essere arricchita, occorre pur sempre indagarne l'essenza, farla riemergere per non tradirne il senso pur adattandolo alle trasformazioni del sistema ordinamentale. Questo pur con la consapevolezza che tale riemersione non è priva di rischi, come insegnava uno dei piú noti filosofi francesi del '500, «*Les lois prennent leur auctorité de la possession et de l'usage; il est dangereux de les ramener à leur naissance: elles grossissent et s'annoblissent en roulant, comme nos rivières; suyez le contremont jusque à leur source, ce n'est qu'un petit source d'eau à peine recognoissable, qui s'enorgueillit ainsin et se fortifie en vieillissant*» (M. DE MONTAIGNE, *Essais*, 1565).

<sup>3</sup> Così P. FEMIA, *Segni di valore*, in *civilistica.com*, a. 3. n. 1. 2014, p. 14, il «sempre così delle norme è un sempre così muteremo» e quelli che l'A. definisce, con un'espressione molto efficace, i «tessitori delle norme» cercano di ridurre i valori a

di reinterpretare l'art. 1229 cod. civ. per suggerirne una nuova veste positiva, per imbrigliarlo nell'ennesima formula, inevitabilmente foriera di limiti, ma piuttosto – almeno in attesa di un ripensamento della materia contrattuale, verso il quale comincia a registrarsi un certo fermento anche in seno alla dottrina italiana, e in nome del principio di sussidiarietà<sup>4</sup> – di estrapolarne un principio generale che funga da limite ultimo e invalicabile al potere dell'autonomia privata di conformare il rapporto obbligatorio e i rimedi contrattuali.

mera funzione della norma, cristallizzandone la potenza dissolutrice in ulteriori formule.

<sup>4</sup> Sottolinea P. FEMIA, *Sussidiarietà e principi nel diritto contrattuale europeo*, in P. PERLINGIERI, F. CASUCCI (a cura di), *Fondamenti e tecniche legislative per un diritto contrattuale europeo*, Napoli, 2014, p. 145, che la sussidiarietà attribuisce anche all'autonomia contrattuale la funzione di fonte del diritto piú adeguata alla regolamentazione di determinate materie. Sul tema v., piú in generale, P. PERLINGIERI, *La sussidiarietà nel diritto privato*, in *Rass. dir. civ.*, 2016, p. 687 ss.; e F. RICCI, *Potere "normativo" dei privati, clausole generali e disciplina dei contratti*, in MAR. NUZZO (a cura di), *Il principio di sussidiarietà nel diritto privato*, I, Torino, 2014, p. 593 ss., e in particolare pp. 610-612, nonché gli altri contributi raccolti nel volume. L'idea per cui la sussidiarietà sarebbe un criterio ordinatore delle fonti improntato alla maggiore idoneità di un determinato potere normativo a far fronte alle specifiche esigenze in gioco era già presente in D. DE FELICE, *Principio di sussidiarietà ed autonomia negoziale*, Napoli, 2008. Per un inquadramento del principio di sussidiarietà nel piú ampio problema del sistema multi-livello delle fonti del diritto, cfr. il saggio di P. PERLINGIERI, *Fonti del diritto e "ordinamento del caso concreto"*, in *Riv. dir. priv.*, 2010, p. 21.

## Bibliografia

- ADAMS K.A., *Understanding “Best Efforts” and its variants*, in *The Practical Lawyer*, agosto 2004, p. 12.
- ADDIS F., *Il «codice» del consumo, il codice civile e la parte generale del contratto*, in *Obbl. contr.*, 2007, p. 872.
- ADIUTORI A.R., *Interessi protetti nella subfornitura*, Milano, 2010;
- ADRIANO G.C., *Patti di manleva e circolazione del costo del danno*, As-sago, 2012.
- ALBANESE A., *Abuso di dipendenza economica: nullità del contratto e riequilibrio del rapporto*, in *Eur. dir. priv.*, 1999, p. 1182.
- ALLEN D., *The Gentleman’s Agreement in Legal Theory and in Modern Practice*, in *Anglo-Am. L. Rev.*, 29, 2000, p. 204.
- ALPA G., *Costruzione di autoveicoli, clausole di esonero e responsabilità dell’impresa. Per una diversa lettura dell’art. 2054, ultimo comma, codice civile*, nota a Cass., 2 marzo 1973, n. 577, in *Giur. it.*, 1975, I, 1, p. 750.
- ALPA G., *La cultura delle regole. Storia del diritto civile italiano*, Roma-Bari, 2009.
- ALPA G., *La responsabilità del vettore nel trasporto di cose su strada: problemi attuali e profili di una riforma*, in *Giur. it.*, 1981, I, p. 1737.
- ALPA G., *Le stagioni del contratto*, Bologna, 2012.
- ALPA G., *Responsabilità dell’impresa e tutela del consumatore*, Milano 1975.
- ALPA G., *Rischio (dir. vig.)*, in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989.
- ALPA G., *Rischio contrattuale*, in *Noviss. Dig. it.*, appendice, VI, Torino, 1986.
- ALPA G., BESSONE M., ROPPO V., *Rischio contrattuale e autonomia privata*, Napoli, 1982.
- ALPA G., BESSONE M., ZENO ZENCOVICH V., *I fatti illeciti*, in *Tratt. dir. priv.* Rescigno, VI, 14, *Obbligazioni e contratti*, 2<sup>a</sup> ed., Torino, 1995.
- ALPA G., BESSONE M., ZENO ZENCOVICH V., *Le clausole di esonero da*

- responsabilità, in VI, *Obbligazioni e contratti*, VI, in *Tratt. dir. priv. Rescigno*, 2<sup>a</sup> ed., 1995.
- ALTERINI A.A., *Teoria dell'imprevidenza e clausola di Hardship*, in *Roma e America - Diritto romano comune*, 2002, 13, p. 53.
- AMADIO G., *Inattuazione e risoluzione: la fattispecie*, in *Tratt. contr. Roppo*, V, 2, Milano, 2006.
- AMBROSOLI M., *Le clausole che regolano l'onere della prova*, in G. DE NOVA (a cura di), *Clausole a rischio di nullità*, Padova, 2009.
- ANCEL M.E., *La prestation caractéristique du contrat*, Paris, 2002.
- ANDERSON M., WARNER V., *A-Z Guide to Boilerplate and Commercial Clauses*, Haywards Heath, West Sussex, 2006.
- ANDREOLI M., *Le disposizioni testamentarie a titolo di pena*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1949, p. 337.
- ANDREOLI M., *Revisione delle dottrine sulla sopravvenienza contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 1938, p. 309.
- ANDRIOLI A., *Commento al codice di procedura civile*, 3, I, sub art. 96, Napoli, 1957.
- ANELLI F., *Caso fortuito e rischio d'impresa nella responsabilità del vet-tore*, Milano, 1990.
- ANGELONE M., *La conversione d'ufficio del contratto nullo tra (interpretazione di) buona fede e "giusto rimedio"*, in *Rass. dir. civ.*, 2014, p. 1008.
- ANGELONI F., *Fede di deposito*, in *Nov. Dig. it.*, VII, Torino, 1964.
- ANTONELLI V., *Dal contatto sociale al rapporto amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2005, p. 601.
- ARANGIO-RUIZ V., *Lata culpa dolus est*, in *Diz. prat. dir. priv.*, III, 2, Milano, 1932-1934.
- ARANGIO-RUIZ V., *Responsabilità contrattuale in diritto romano*, Napoli, 1960.
- ARENZT-HANSEN L., *The Wingull Arbitration Award of 1978*, *Int. Bus. L.J.*, 1985, p. 509.
- ARNONE G., CALCAGNO N., MONATERI P.G., *Il dolo, la colpa e i risarcimenti aggravati dalla condotta*, Torino, 2014.
- ASCARELLI T., *Clausole di esonero da responsabilità nel trasporto marittimo e inversione convenzionale dell'onere della prova*, in *Foro it.*, 1936, c. 1013.
- ASCARELLI T., *Corso di diritto commerciale*, Milano, 1962.
- ASCARELLI T., *Ordinamento giuridico e realtà sociale*, in S. RODOTÀ (a cura di), *Il diritto privato nella società moderna*, Bologna, 1971.
- ASCARELLI T., *Proprietà e controllo della ricchezza*, in *Studi dir. comp. e in tema di interpret.*, Milano, 1952.
- ASCOLI P., *Del commercio marittimo e della navigazione*, in *Comm. cod. comm.* Bolaffio e Vivante, VII, Torino, 1909.

- ASQUINI A., *Del contratto di trasporto* (Artt. 388-416 cod. comm.), in *Comm. cod. comm.* Bolaffio, Rocco e Vivante, VII, II, Torino, 1935.
- ASQUINI A., *Trasporto di cose (contratto di)*, in *Nov. Dig. it.*, XIX, Torino, 1973.
- ASTONE F., *Le clausole generali tra diritto civile e filosofia analitica*, in *Giur. it.*, 2011, p. 1713.
- ASTUTI G., *I contratti obbligatori nella storia del diritto italiano*, I, Milano, 1952.
- AULETTA A., *La risoluzione per inadempimento*, Milano, 1942.
- AULETTA G., *Limitazione di responsabilità del vettore marittimo*, in *Riv. dir. nav.*, 1952, I, p. 180.
- AULETTA T., *Limitazione di responsabilità del vettore marittimo*, in *Riv. dir. nav.*, 1952, I, p. 200.
- AZZALINI M., *Obbligazioni di mezzi e obbligazioni di risultati. Categorie giuridiche travisate*, Padova, 2012.
- AZZARITI G., *Le successioni e le donazioni*, Napoli, 1990.
- AZZARITI G., SCARPELLO G., *Della prescrizione e della decadenza*, in *Comm. c.c.*, diretto da Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1972.
- AZZARRI F., *La prestazione penale unilateralmente determinata*, in *Riv. dir. civ.*, 2020, II, p. 160.
- BACCARANI P., *Entire agreement, XXIV, Clausole ricorrenti. Accordi e discipline*, in *Il diritto privato nella giurisprudenza*, a cura di Cendon, Torino, 2004.
- BAGNOLI W., *La clausola di esonero da responsabilità nella giurisprudenza francese*, in *Riv. dir. comm.*, 1921, I, p. 94.
- BALBI G., *L'obbligazione di custodire*, Milano, 1940.
- BALBI G., *La donazione*, in *Tratt. dir. civ.* Grosso e Santoro Passarelli, Milano, 1964.
- BARASSI L., *La teoria generale delle obbligazioni*, III, *L'attuazione*, 2<sup>a</sup> ed., Milano, 1964.
- BARASSI L., *Se e quando lo sciopero sia forza maggiore a' sensi dell'art. 1226 cod. civ.*, Addizione in G. BAUDRY-LACANTINERIE e A. WAHL, *Del contratto di locazione*, II, 2, in G. BAUDRY-LACANTINERIE (a cura di), *Tratt. teorico-pratico dir. civ.*, Milano, 1905.
- BARATELLA M.G., *Le pene private*, Milano, 2006.
- BARBER M., *The Limits of Merger clauses*, in *J. Bus. L.*, 6, 2012, p. 486.
- BARBERO D., *La "clausola risolutiva espressa" in rapporto alla disciplina eccezionale degli alloggi*, in *Temi*, 1948, p. 371.
- BARBERO D., *Sistema del diritto privato italiano*, II, Torino, 1960.
- BARBERO D., *Sistema istituzionale del diritto privato*, II, Torino, 3<sup>a</sup> ed., 1951.

- BARCELLONA M., *Condizioni generali di contratto e tutela del contraente debole*, Milano, 1970.
- BARCELLONA M., *Della causa. Il contratto e la circolazione della ricchezza*, Milano 2015.
- BARCELLONA M., *L'ingiustizia del danno e il doppio regime della responsabilità*, in *Comm. c.c. Gabrielli, Dei fatti illeciti*, I, a cura di Carnevali, *sub artt.* 2043 c.c. e 96 c.p.c., Milano, 2011.
- BARCELLONA M., *La causa del contratto e il "prezzo vile": giudizio causale e trasparenza negoziale*, nota a Cass., 4 novembre 2015, n. 22567, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, p. 504.
- BARCELLONA M., *Sul senso delle clausole "generali". Il dibattito tra giudice e legge*, in *Dem. dir.*, 2009, p. 261.
- BARCELLONA P., *In tema di errore riconosciuto e di errore bilaterale*, in *Riv. dir. civ.*, 1961, I, p. 57.
- BARCELLONA P., *Profili della teoria dell'errore nel negozio giuridico*, Milano, 1962.
- BARENGHI A., *I contratti dei consumatori*, in *Diritto civile*, diretto da Lipari e Rescigno, III, 2, Milano, 2009.
- BASEDOW J., *Freedom of Contract in the European Union*, in *Eur. Rev. Priv. L.*, 2008, 6, p. 901.
- BASINI G.F., *Risoluzione del contratto e sanzione dell'inadempiente*, Milano, 2001.
- BASTIANON S., *Rifiuto di contrarre, interruzione arbitraria delle relazioni commerciali e abuso di dipendenza economica*, in *Corr. giur.*, 2002, p. 1066.
- BAUDIN-MAURIN M.P., *Pour une approche empirique de la notion d'obligation essentielle du contrat. (AA partir de l'exemple du contrat Chronopost)*, in *Rev. recherche jur.*, 2002, 4, p. 1859.
- BELFIORE A., *La colpa come criterio di responsabilità contrattuale: la nozione*, in *Studium iuris*, 2007, p. 3.
- BELFIORE A., *La presupposizione*, in *Tratt. dir. priv.* Bessone, Torino, 2003.
- BELFIORE A., *Risoluzione per inadempimento e obbligazioni restitutorie*, in *Scritti in onore di G. Auletta*, II, Milano, 1988.
- BELLINI L., *L'oggetto della prevedibilità del danno ai fini dell'art. 1225 cod. civ.*, in *Riv. dir. comm.*, 1954, II, p. 367.
- BELLOMO M., *Diligenza (dir. interm.)*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964.
- BENATTI FRANCESCO, *Clausole di esonero dalla responsabilità*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., II, Torino, 1988.
- BENATTI FRANCESCO, *Contributo allo studio delle clausole di esonero da responsabilità*, Milano, 1971.
- BENATTI FRANCESCO, *Doveri di protezione*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., VII, Torino, 1991.

- BENATTI FRANCESCO, *Le clausole di esonero della responsabilità nella prassi bancaria*, in G.B. PORTALE (a cura di), *Le operazioni bancarie*, I, Milano, 1928.
- BENATTI FRANCESCO, *Osservazioni in tema di «doveri di protezione»*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1960, p. 1342.
- BERLIOZ G., *Le contrat d'adhésion*, Paris, 1976.
- BERNABAI R., *Clausola di limitazione della responsabilità e «fundamental breach» del contratto*, in *Foro it.*, 1970, IV, c. 154.
- BERTINO L., *Sulla validità di una clausola di irrisolvibilità del contratto per inadempimento*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2013, p. 536.
- BESSONE M., *Adempimento e rischio contrattuale*, Milano, 1975.
- BESSONE M., *Contratti di adesione, «potere normativo d'impresa» e problemi di democratic control*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 1973, p. 2028.
- BESSONE M., *Le clausole di esonero e di limitazione della responsabilità. Controllo legislativo e orientamenti della giurisprudenza*, in *Riv. dir. comm. dir. gen. obbl.*, 1974, I, p. 335.
- BESSONE M., *Le clausole di esonero e di limitazione della responsabilità*, in *Riv. dir. comm.*, 1974, p. 323.
- BESSONE M., *tipicità e atipicità dell'illecito, «colpa» e «negligence» come formule di politica del diritto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1979, p. 425.
- BETTI E., *Il concetto dell'obbligazione costruito dal punto di vista dell'azione*, in *Studi dell'istituto di esercitazione per la facoltà di giurisprudenza di Pavia*, V, 1920.
- BETTI E., *Imputabilità dell'inadempimento dell'obbligazione in diritto romano*, Roma, 1958.
- BETTI E., *Istituzioni di diritto romano*, Padova, 2<sup>a</sup> ed., 1942.
- BETTI E., *La tipicità dei negozi giuridici romani e la cosiddetta atipicità del diritto odierno*, in *Annali della Facoltà Giuridica dell'Università di Macerata*, n.s. I, 1966.
- BETTI E., *Periculum: problemi del rischio contrattuale in diritto romano classico e giustiniano*, Milano, 1954, p. 134, e in *Jus*, 1954, p. 335; nonché in *Studi De Francisci*, I, Milano, 1956.
- BETTI E., *Teoria generale delle obbligazioni*, I, *Prolegomeni: funzione economico-sociale dei rapporti d'obbligazione*, Milano, 1953.
- BIANCA C.M., *Alla ricerca del fondamento della responsabilità contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 2019, p. 1277.
- BIANCA C.M., *Causa concreta del contratto e diritto effettivo*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, p. 251.
- BIANCA C.M., *Dell'inadempimento delle obbligazioni. Artt. 1218-1229*, in *Comm. c.c. Scialoja e Branca*, Bologna-Roma, 1982.
- BIANCA C.M., *Diritto civile*, 3. *Il contratto*, Milano, 2000.
- BIANCA C.M., *Diritto civile*, 4. *L'obbligazione*, Milano, rist. 2015.

- BIANCA C.M., *Diritto civile*, 5. *La responsabilità*, Milano, 1994, rist. 2012.
- BIANCA C.M., *La vendita e la permuta*, in *Tratt. dir. civ. it.* Vassalli, VII, 1, Torino, 1972.
- BIANCA C.M., *Le autorità private*, Napoli, 1977.
- BIGLIAZZI GERI L., *Buona fede nel diritto civile*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., II, Torino, 1988.
- BIGLIAZZI GERI L., *Contributo ad una teoria dell'interesse legittimo nel diritto privato*, Milano, 1967.
- BIGLIAZZI GERI L., *Note in tema di interpretazione secondo buona fede*, Pisa, 1970.
- BIN M., *Clausole vessatorie: una svolta storica (ma si attuano così le direttive comunitarie?)*, in *Contr. impr./Eur.*, 1996, p. 444.
- BIN M., *Il precedente giudiziario. Valore e interpretazione*, Padova, 1995.
- BIONDI B., *Le donazioni*, in *Tratt. dir. civ.* Vassalli, Torino, 1961.
- BIROCCHI I., *Causa e categoria generale del contratto. Un problema dogmatico nella cultura privatistica dell'età moderna. I. Il cinquecento*, Torino, 1997.
- BIROCCHI I., *Rischio contrattuale (dir. interm.)*, *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989.
- BIROCCHI I., *Tra elaborazioni nuove e dottrine tradizionali*, in *Quad. fiorentini*, 1990, 19, p. 243.
- BIROCCHI I., PETRONIO U., *Responsabilità contrattuale (dir. interm.)*, *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988.
- BJØRKLUND A., *Article 25*, in S. KRÖLL, L.A. MISTELIS e M.P. VISCACILLAS (a cura di), *The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, Munich, 2011.
- BOLGAR V., *The Contract of Adhesion*, in *Am. J. Comp. L.*, 20, 1972, p. 53.
- BONELLI F., *Acquisizioni di società e di pacchetti azionari di riferimento: le garanzie del venditore*, in *Dir. comm. int.*, 2007, p. 293.
- BONELLI F., *Criteri per l'individuazione dei casi di eccessiva onerosità sopravvenuta*, in C. VACCÀ (a cura di), *Inadempimento, adattamento, arbitrato*, Milano, 1992.
- BONIFACIO F., *Ricerche sul deposito irregolare in diritto romano*, Torino, 1952.
- BONILINI G., *Responsabilità degli albergatori. Modifiche al codice civile*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1979, p. 127.
- BONNECASE J., *Traité de droit commercial maritime*, Paris, 1923.
- BOSCHETTI O., *Notes on Exemption Clauses under Italian Law*, *Int. Bus. L.J.*, 1985, p. 487.
- BOZZI G., *Magazzini generali*, in *Enc. dir.*, XXV, Milano, 1975.

- BRECCIA U., *Diligenza e buona fede nell'attuazione del rapporto obbligatorio*, Milano, 1968.
- BRECCIA U., *Il contratto in generale*, III, in *Tratt. dir. priv.* Bessone, Torino, XIII, 1999.
- BRECCIA U., *Le obbligazioni*, in *Tratt. dir. priv.* Iudica e Zatti, Milano, 1991.
- BRECCIA U., *Morte e risurrezione della causa: la tutela*, in S. MAZZAMUTO (a cura di), *Il contratto e le tutele. Prospettive di Diritto europeo*, Torino, 2002.
- BRECCIA U., *Usi e abusi dei significati di «diligenza nell'adempimento». La regola della diligenza dal modello del buon padre di famiglia ai nuovi criteri della diligenza specifica e professionale*, in *Tratt. resp. contr.* Visintini, I, *Inadempimento e rimedi*, Milano, 2009.
- BRUNETTI A., *Dei limiti di validità delle clausole di esonero nei trasporti marittimi*, commento a Cass. Torino, 4 maggio 1917, in *Riv. dir. comm.*, 1918, II, p. 133.
- BRUNETTI A., in *Comm. cod. comm.* Bensa, Bonelli e Brunetti, VI, *Del commercio marittimo e della navigazione*, Milano, 1920.
- BRUSCHETTINI A., *Del contratto di trasporto*, in *Comm. cod. comm.* Bruschetтини, IV, Milano, 1902.
- BURROWS A., *A Restatement of the English Law of Contract*, Oxford, 2016.
- BURROWS A., PEEL E. (a cura di), *Contract Terms*, Oxford, 2007.
- BUSNELLI F.D., *Clausola risolutiva*, in *Enc. dir.*, VII, Milano, 1960.
- BUSNELLI F.D., *La lesione del credito da parte di terzi*, Milano, 1964.
- BUSNELLI F.D., *Nuove frontiere della responsabilità civile*, in *Jus*, 1976, p. 41.
- BUSSANI M., *La colpa soggettiva. Modelli di valutazione della condotta nella responsabilità extracontrattuale*, Padova, 1991.
- CABELLA PISU L., *Le clausole di esonero da responsabilità*, in *Tratt. dir. priv.* Rescigno, IX, Torino, 1984.
- CABELLA PISU L., NANNI L. (a cura di), *Clausole e principi generali nell'argomentazione giurisprudenziale degli anni novanta*, Padova, 1998.
- CAFAGGI F., *Profili di relazionalità della colpa. Contributo ad una teoria della responsabilità extracontrattuale*, Padova, 1996.
- CAGNASSO O., *Appalto nel diritto privato*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. comm., I, Torino, 1987.
- CAMARDI C., *Economie individuali e connessione contrattuale saggio sulla presupposizione*, Milano, 1997.
- CANCELLI F., *Diligenza (dir. rom.)*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964.
- CANDIAN A., *Caso fortuito e forza maggiore (dir. civ.)*, in *Nov. Dig. it.*, II, Torino, 1957.
- CANDIAN A., *La funzione sanzionatoria nel testamento*, Milano, 1988.

- CANDIAN A., *Nozioni istituzionali di diritto privato*, Milano, 1953.
- CANNATA C.A., *Dai giuristi ai codici, dai codici ai giuristi (Le regole sulla responsabilità contrattuale da Pothier al codice civile italiano del 1942)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1981, p. 1009.
- CANNATA C.A., *L'inadempimento delle obbligazioni*, Padova, 2008.
- CANNATA C.A., *Ricerche sulla responsabilità contrattuale nel diritto romano*, Milano, 1966-1968.
- CANNATA C.A., *Su alcuni problemi relativi alla locatio horrei*, in *Studia et documenta historiae et juris*, 30, 1964, p. 244.
- CANNATA C.A., *Sul problema della responsabilità nel diritto privato romano: materiali per un corso di diritto romano*, Catania, 1996.
- CANTILLO M., *Le obbligazioni*, II, in *Giur. sist. dir. civ. comm.*, fondata da Bigiavi, Torino, 1992.
- CANUEL T., *Comparing exculpatory clauses under Anglo-American law: testing total legal convergence*, in G. CORDERO-MOSS (a cura di), *Boilerplate Clauses, International Commercial Contracts and the Applicable Law*, New York, 2011.
- CAPOBIANCO E., *La determinazione del regolamento*, in *Tratt. contr. Roppo*, II, *Regolamento*, a cura di Vettori, Milano, 2006.
- CAPPELLINI P., SORDI B. (a cura di), *Codici. Una riflessione di fine millennio*, Atti dell'incontro di studio, Firenze, 26-28 ottobre 2000, Milano, 2002.
- CARAPEZZA FIGLIA G., *Diritto all'immagine e "giusto rimedio" civile. Tre esperienze di "civil law" a confronto: Italia, Spagna e Francia*, in *Rass. dir. civ.*, 2013, p. 859.
- CARAPEZZA FIGLIA G., *Divieto di discriminazione e autonomia contrattuale*, Napoli, 2013.
- CARBONE E., *Diligenza e risultato nella teoria dell'obbligazione*, Torino, 2007.
- CARDILLI R., *Bona fides tra storia e sistema*, Milano, 1954.
- CARDILLI R., *Il problema della resistenza del tipo contrattuale nel diritto romano tra natura contractus e forma iuris*, in R. FIORI (a cura di), *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato*, Napoli, 2008.
- CARDILLI R., *L'obbligazione di prestare e la responsabilità contrattuale in diritto romano: 2. sec. a.C.-2. sec. d.C.*, Milano, 1995.
- CARDILLI R., *Un diritto comune in materia di responsabilità contrattuale nel sistema giuridico romanistico*, in *Riv. dir. civ.*, 1998, p. 315.
- CARINGELLA F., *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione: un istituto dal sesso incerto*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).
- CARIOTA FERRARA L., *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, 1949.

- CARNELUTTI F., *Appunti sulle obbligazioni*, in *Riv. dir. comm.*, 1915, p. 617.
- CARNELUTTI F., *Diritto e processo nella teoria delle obbligazioni*, in *Studi dir. proc. in onore di Chiovenda*, 1927, 225-341, rist. in *Studi dir. proc.*, II, 191.
- CARNELUTTI F., *L'interpretazione dei contratti e il ricorso in cassazione*, in *Riv. dir. comm.*, 1922, I, p. 151.
- CARNELUTTI F., *Teoria generale del diritto*, Roma, 1940.
- CARNEVALI U., *Alea*, in *Nuovo Dig. it.*, Torino, 1937.
- CARNEVALI U., *Della risoluzione per inadempimento*, in *Comm. c.c. Scialoja e Branca*, Bologna-Roma, 1990.
- CARNEVALI U., *La risoluzione per inadempimento. Premesse generali*, in U. CARNEVALI, E. GABRIELLI e M. TAMPONI, *Il contratto in generale, La risoluzione*, in *Tratt. dir. priv.* Bessone, VIII, Torino, 2011.
- CARNEVALI U., *Le donazioni*, in *Tratt. dir. priv.* Rescigno, 6, II, 2<sup>a</sup> ed., Torino, 1997.
- CARONI P., *Saggi sulla storia della codificazione*, Milano, 1998.
- CARPONI SCHITTAR D., *Il buon padre di famiglia: un parametro in via di soppressione*, in *Temi*, 1976, p. 450.
- CARRABBA A.A., *Donazioni*, in *Tratt. dir. civ. CNN*, diretto da P. Perlingieri, Napoli, 2009.
- CARRARO E., *Il negozio in frode alla legge*, Padova, 1943, rist. con introd. di M. Maggiolo, Napoli-Roma, 2014.
- CARRESI F., *Il contratto*, 1, in *Tratt. dir. civ. comm.* Cicu e Messineo, Milano, 1987.
- CARUSI D., *Clausole generali, analogia, paradigma della legge*, in *Giur. it.*, 2011, p. 1690.
- CASELLA M., *Nullità parziale del contratto e inserzione automatica di clausole*, Milano, 1974.
- CASELLI G., *Osservazioni sulla legge 18 giugno 1998, n. 192, in materia di subfornitura con particolare riferimento al suo ambito di applicazione*, in *Contr. impr.*, 1998, p. 1311.
- CASTRONOVO C., *La nuova responsabilità civile*, Milano, 2006.
- CASTRONOVO C., *La responsabilità per inadempimento da Osti a Mengoni*, in *Eur. dir. priv.*, 2008, p. 1.
- CASTRONOVO C., *Obblighi di protezione e tutela del terzo*, in *Jus*, 1976, p. 143.
- CASTRONOVO C., *Tra rischio e caso fortuito. La responsabilità da cassette di sicurezza*, in G.B. PORTALE (a cura di), *Le operazioni bancarie*, I, Milano, 1978.
- CATAUDELLA A., *I contratti*, Torino, 2002.
- CATAUDELLA A., *Il richiamo all'ordine pubblico ed il controllo di meri-*

- tevolezza come strumenti per l'incidenza della programmazione economica sull'autonomia privata, in *Scritti sui contratti*, Padova, 1998.
- CATTANEO G., *La responsabilità del professionista*, Milano, 1958.
- CATURANI G., SENSALÉ A., *Il trasporto*, Napoli, 1960.
- CENDON P., *Danno imprevedibile e illecito doloso*, in G. VISINTINI (a cura di), *Risarcimento del danno contrattuale ed extracontrattuale*, 1984.
- CENDON P. e DEVESCOVI F., *Le clausole di esonero dalla responsabilità*, in G. ALPA, M. BIN e P. CENDON (a cura di), *La responsabilità del produttore*, in *Tratt. dir. comm. e dir. pubbl. economia* Galgano, Padova, 1989.
- CERDONIO CHIAROMONTE G., *L'obbligazione del professionista intellettuale tra regole deontologiche, negoziali e legali*, Padova, 2008.
- CERIDONO G., *Commento all'art. 9*, in *Commentario alla disciplina della subfornitura nelle attività produttive (l. 18 giugno 1998, n. 192)*, a cura di Lipari, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2000, p. 437.
- CERRI A., *Spunti di riflessione sulla ragionevolezza nel diritto*, in *Dir. pub.*, 2016, p. 625.
- CESÀRO E. (a cura di), *Le condizioni generali di contratto nella giurisprudenza*, I, Padova, 1989.
- CESÀRO M., *Clausola di rinegoziazione e conservazione dell'equilibrio contrattuale*, Napoli, 2000.
- CHANTEPIE G., LATINA M., *La réforme du droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code Civil*, 2<sup>a</sup> ed., Paris, 2018.
- CHAPPUIS C., *Les clauses de best efforts, reasonable care, due diligence et les règles de l'art dans les contrats internationaux*, in *Rev. droit des affaires int.*, 2001, p. 281.
- CHECCHINI G., *Rapporti non vincolanti e regola di correttezza*, Padova, 1977.
- CHÉNEDÉ A., *La réforme du droit des contrats*, in *Actual. jur. fam.*, 2016, p. 129.
- CHIASSONI P., *Le clausole generali tra teoria analitica e dogmatica giuridica*, in *Giur. it.*, 2011, p. 1694.
- CHIRONI P., *La colpa nel diritto civile odierno*, I. *Colpa contrattuale*, 1897, rist., Napoli, 2012.
- CHIRONI P., *La colpa nel diritto civile odierno*. II. *Colpa extracontrattuale*, Torino, 1906.
- J. CHITTY, *Chitty on contracts*, 29<sup>a</sup> ed., London, 2004.
- CIAN G., "Lata culpa dolo aequiparatur", in *Riv. dir. civ.*, 1963, I, p. 148.
- CIANCI A.G., *Sub. art. 1225*, in *Comm. c.c. Gabrielli*, Torino, 2013.

- CICCARELLO S., *Dovere di protezione e valore della persona*, Milano, 1988.
- CICERO C., *La responsabilità (pre)contrattuale come responsabilità da contatto sociale*, in *Corr. giur.*, 2016, p. 1504.
- CIMMINO N.A., *L'an ed il quantum nel risarcimento del danno per omessa effettuazione delle visure ipotecarie*, in *Vita not.*, 2011, p. 1301.
- CIRIELLI S.E., *Clausola di hardship e adattamento nel contratto commerciale internazionale*, in *Contr. impr./Eur.*, 1998, p. 758.
- CLARIZIA O., *Sopravvenienze non patrimoniali e inesigibilità nelle obbligazioni*, Napoli, 2012.
- COETZE J., *The Interplay between Incoterms and the CISG*, in *J.L. Comm.*, 32, 2013, p. 1.
- COGLIOLO P., *Scritti vari di diritto privato*, Torino, 1913, p. 361.
- COING H., in *Staudingers Kommentar zum BGB*, 11, Berlin, 1957, p. 798.
- COING H., *Zum Einfluss der Philosophie des Aristoteles auf die Entwicklung des römischen Rechts*, in *Zeitschr. der Savigny-Stiftung für Rechtsge*, LXIX, 1952, p. 24.
- COLAGROSSO E., *Il libro delle obbligazioni (Parte generale)*, in *Commento al nuovo codice civile italiano*, Milano, 1943.
- COLANGELO G., *L'abuso di dipendenza economica tra disciplina della concorrenza e diritto dei contratti*, Torino, 2004.
- COLLURA G., *Importanza dell'inadempimento e teoria del contratto*, Milano, 1992.
- CONZATTI C., *I Best efforts nell'adempimento delle obbligazioni contrattuali: note brevi di giurisprudenza negli Stati Uniti ed in Italia*, in *Contr. impr.*, 2010, p. 144.
- COOTE B., *Exception Clauses: Some Aspects of the Law Relating to Exception Clauses in Contracts for the Carriage, Bailment and Sale of Goods*, London, 1964.
- COPPO L., *Contract As a Tool for Getting-To-Yes: A Civil Law Perspective*, Napoli, 2018.
- COPPO L., *Gli ultimi sviluppi della riforma del Code civil: l'Ordonnance n. 131 del 2016 e il nuovo diritto francese delle obbligazioni e dei contratti*, in *Contr. impr./Eur.*, 2016, p. 311.
- COPPOLA C., *La rinunzia ai diritti futuri*, Milano, 2005.
- CORRIAS P.E., *Garanzia pura e contratti di rischio*, Milano, 2006.
- COSTANZA M., *Clausola risolutiva espressa*, in *Enc. giur.*, VI, Roma, 1988.
- COSTANZA M., *Clausole abusive e atto notarile: che cosa potrebbe cambiare con l'applicazione della direttiva CEE del 5 aprile 1993*, in *Vita not.*, 1995, p. 569.
- COSTANZA M., *Clausole di rinegoziazione e determinazione unilaterale*

- del prezzo, in C. VACCÀ (a cura di), *Inadempimento, adattamento, arbitrato. Patologie dei contratti e rimedi*, Milano, 1992.
- COSTANZA M., *Integrazione del contratto mediante inserimenti automatici di clausole e limiti dell'autonomia privata*, in *Giust. civ.*, 1995, I, p. 1238.
- COSTANZA M., *Perimento e deterioramento dell'opera*, in *Enc. dir.*, XXXIII, Milano, 1983.
- COTTINO G., *L'impossibilità di ricevere o di cooperare del creditore e l'impossibilità della prestazione*, in *Riv. dir. comm.*, 1948, I, p. 446.
- COTTINO G., *L'impossibilità sopravvenuta della prestazione e la responsabilità del debitore: problemi generali*, Milano, 1955.
- COVIELLO N., *Del caso fortuito in rapporto alla estinzione delle obbligazioni*, Lanciano, 1895.
- COVIELLO N., *L'obbligazione negativa*, Napoli, 1968, rist. 2010.
- CRISCUOLI G., *Il contratto*, Padova, 2002.
- CUBEDDU C., *L'importanza dell'inadempimento*, Torino, 1995.
- CURSI M.F., *Alle origini degli accidentalia negotii. Le premesse teoriche della categoria moderna nelle sistematiche dei giuristi romani*, in *Index*, XXIX, 2001.
- DALMARTELLO A., *Risoluzione del contratto*, in *Nov. Dig. it.*, Torino, XVI, 1969.
- DALMARTELLO A., PORTALE G.B., *Deposito (dir. vig.)*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964.
- D'ALTILIA A., *Validità ed effetti delle clausole esonerative da responsabilità*, Napoli, 1937.
- D'AMICO G., *Clausole generali e controllo del giudice*, in *Giur. it.*, 2011, p. 1704.
- D'AMICO G., *La responsabilità contrattuale: attualità del pensiero di Giuseppe Osti*, in *Riv. dir. civ.*, 2019, p. 1.
- D'AMICO G., *La responsabilità ex recepto e la distinzione tra obbligazioni "di mezzi" e "di risultato". Contributo alla teoria della responsabilità contrattuale*, Napoli, 1999.
- D'AMICO G., *Libertà di scelta del tipo contrattuale e frode alla legge*, Milano, 1993.
- D'AMICO G., *Negligenza*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, XII, Torino, 1995.
- D'AMICO G., *Recesso ad nutum, buona fede e abuso del diritto*, nota a Cass., 18 settembre 2009, n. 20106, in *Contratti*, 2010, p. 5.
- D'ANGELO A., *La buona fede*, in *Tratt. dir. priv.* Bessone, XIII, Torino, 2004.
- D'ANGELO A., *Le promesse unilaterali*, in *Comm. c.c.* Schlesinger, Milano, 1996.

- D'ANTONIO A., *La modificazione legislativa del regolamento negoziale*, Padova, 1974.
- D'AVANZO W., *Commento all'art. 1229 c.c.*, in *Comm. c.c. D'Amelio e Finzi, Libro delle obbligazioni*, I, Firenze, 1948.
- D'AVANZO W., *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, artt. 1218-1229 cod. civ., in *Comm. c.c. D'Amelio e Finzi*, I, Firenze, 1948.
- D'AVANZO W., *Sub art. 1176 c.c.*, *Comm. c.c. D'Amelio e Finzi*, Firenze, 1948.
- DAVID R., *The Methods of Unification*, in *Am. J. Comp. L.*, 13, 1968, p. 27.
- DE CRISTOFARO G., *Il «codice del consumo»*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2006, p. 765.
- DE CRISTOFARO G., *Le disposizioni «generali» e «finali» del Codice del consumo: profili problematici*, in *Contr. impr./Eur.*, 2006, p. 43.
- DE CUPIS A., *Il danno, Teoria generale della responsabilità civile*, I e II, 3<sup>a</sup> ed., Milano 1979.
- DE CUPIS A., *Tradizione e rinnovamento nella responsabilità civile*, in *Riv. dir. civ.*, 1979, II, p. 320.
- DE FELICE D., *Principio di sussidiarietà ed autonomia negoziale*, Napoli, 2008.
- DE GENNARO G., *Del deposito*, in *Comm. c.c. D'Amelio e Finzi*, IV, *Delle obbligazioni*, II, 1, Firenze, 1947.
- DELAURIERS-GOULET C., *Obligation Essentielle dans le Contrat*, in *Cahiers Droit*, 55 n. 4, décembre 2014, p. 923.
- DELEBECQUE P., *Les clauses allégeant les obligations dans les contrats, thèse ronéotypée*, Aix-Marseille, III, 1981.
- DELFINI F., *Autonomia privata e rischio contrattuale*, Milano, 1999.
- DELFINI F., *Controllo di meritevolezza ex art. 1322 c.c. e clausole claims made nella assicurazione r.c. professionale*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2017, p. 893.
- DELFINI F., *Dell'impossibilità sopravvenuta*, Artt. 1463-1466, in *Comm. c.c. Schlesinger*, Milano, 2003.
- DELFINI F., *I patti sulla risoluzione per inadempimento*, Milano, 1998.
- DELLACASA M., *Il recesso arbitrario tra principi e rimedi*, in *Riv. dir. priv.*, 2012, p. 13.
- DELLACASA M., *La clausola risolutiva espressa*, in *Tratt. contr. Roppo*, V, *Rimedi-2*, a cura di Roppo, Milano, 2006.
- DELL'AQUILA E., *La ratio della risoluzione del contratto per inadempimento*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, II, p. 836.
- DELOGU L., *Le modificazioni convenzionali della responsabilità civile*, Padova, 2000.
- DE LORENZI V., *Inadempimento doloso*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, Torino, 1993.

- DEL PRATO E., *Ragionevolezza e bilanciamento*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, p. 23.
- DE MARCO C., *La responsabilità civile nel trasporto di persone e cose*, Milano, 1985.
- DE MARTINI A., *Deposito (dir. civ.)*, in *Nov. Dig. it.*, V, Torino, 1960.
- DE MARTINI A., *Evizione (dir. civ.)*, in *Nov. Dig. it.*, VI, Torino, 1960.
- DE MARTINI A., *Responsabilità civile del medico*, in *Giust. civ.*, 1954, I, p. 1256.
- DE MEDIO A., *Sulla validità del patto di non prestare la colpa grave*, in *Foro it.*, 1905, I, c. 1361.
- DE MENECH C., *Le prestazioni pecuniarie sanzionatorie. Studio per una teoria dei «danni punitivi»*, Milano, 2019.
- DEMOGUE R., *Traité des obligations en général*, V, Paris, 1925, n. 1237.
- DE NOVA G., *Il contratto ha forza di legge*, in P. CENDON (a cura di), *Scritti Sacco*, II, Milano, 1994.
- DE NOVA G., *Le clausole penali*, in R. SACCO e G. DE NOVA, *Il contratto*, 4<sup>a</sup> ed., Torino, 2016.
- DE NOVA G., *Le clausole vessatorie*, Milano, 1996.
- DE NOVA G., *Nullità relativa, nullità parziale e clausole vessatorie non specificamente approvate per iscritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1976, II, p. 480.
- DENSON SMITH J., *Impossibility of Performance as an Excuse in French Law: the Doctrine of Force Majeure*, in *Yale L.J.*, 45, 1935-1936, p. 452.
- DEPETRO G., *La prevedibilità come criterio d'individuazione del danno risarcibile*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1991, p. 63.
- DEREUX M.G., *De la nature juridique des «contrats d'adhésion»*, in *Rev. trim. droit civ.*, 1910, p. 503.
- DE ROBERTIS F.M., *«Culpa et diligentia» nella compilazione giustiniana*, in *Studi in onore di E. Betti*, II, Milano, 1962.
- DE ROBERTIS F.M., *La responsabilità contrattuale nel diritto romano: dalle origini a tutta l'età postclassica*, Bari, 1994.
- DI GIANDOMENICO G., *Il contratto e l'alea*, Padova, 1987.
- DI GRAVIO V., *Prevedibilità del danno e inadempimento doloso*, Milano, 1999.
- DI LORENZO G., *Contratto e divieto di discriminazione*, in *Nuova giur. civ.*, 2014, p. 567.
- DI MAJO A., *Adempimento e risarcimento nella prospettiva dei rimedi*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, I, p. 72.
- DI MAJO A., *Dell'adempimento in generale: art. 1177-1200*, in *Comm. c.c. Scialoja e Branca*, Bologna-Roma, 1994.

- DI MAJO A., *Delle obbligazioni in generale*, in *Comm. c.c.* Scialoja e Branca, *sub* art. 1176, Bologna-Roma, 1988.
- DI MAJO A., *Forme e tecniche di tutela*, in *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, a cura di Mazzamuto, I, Napoli, 1989.
- DI MAJO A., *Il linguaggio dei rimedi*, in *Eur. dir. priv.*, 2005, p. 341.
- DI MAJO A., *La protezione del terzo tra contratto e torto*, in *Eur. dir. priv.*, 2000, p. 1.
- DI MAJO A., *La tutela civile dei diritti*, 4<sup>a</sup> ed. riv. agg., Milano, 2003.
- DI MARZIO F., *Illiceità delle clausole abusive*, in *Giust. civ.*, 1999, II, p. 1185.
- DI MATTEO L., *Contractual Excuse Under the CISG: Impediment, Hardship, and the Excuse Doctrines*, in *Pace Int. L. Rev.*, 27, 2015, p. 258.
- DI MATTEO L., *Excuse: Impossibility and Hardship*, in L. DI MATTEO, A. JANSSEN, U. MAGNUS e R. SCHULZE, *International Sales Law - Contract, Principles & Practice*, Baden Baden, 2016.
- DI MAURO N., *Collazione volontaria e condizione di non impugnare il testamento*, in *Giust. civ.*, 1997, I, p. 1322.
- DI MAURO N., *Condizioni illecite e testamento*, Napoli, 1995.
- DI NOLA A., *Le agenzie di informazioni commerciali e la loro responsabilità civile*, in *Riv. dir. comm.*, 1904, I, p. 345.
- DI STASO N., “*Surrogazione Bersani*” e nullità - *Le responsabilità del notaio*, in *Resp. civ.*, 2012, p. 377.
- DISTASO N., *La risoluzione del contratto*, in *Giur. sist. civ. comm.*, fondata da Bigiavi, *I contratti in generale*, III, Torino, 1980.
- DOMINEDÒ F., *Sui limiti di validità delle clausole di irresponsabilità nel caso di dolo o colpa grave*, nota a Cass., 18 dicembre 1942, n. 2700, in *Riv. dir. comm.*, 1994, I, p. 1.
- DOMINEDÒ F.M., *Mandato (dir. civ.)*, in *Nov. Dig. it.*, X, Torino, 1964.
- DONATI A., *Buona fede, solidarietà, esercizio parziale del credito (ancora intorno a Cass., sez. un., 15 novembre 2007, n. 23726)*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, II, p. 347.
- DONATIVI G., *Il dolo tra vizi del consenso ed elemento soggettivo della responsabilità per inadempimento (nota a Cass. 24-1-1996, n. 3001)*, in *Giur. it.*, 1997, I, c. 501.
- DRAETTA U., *Force Majeure Clauses in International Trade Practice*, in *Int. Bus. L.J.*, 1996, p. 547.
- DUBOUT H., *Les clauses d'entire agreement (accord complet) dans les contrats internationaux: intérêt et précautions d'utilisation*, in *Cahiers juridiques et fiscaux de l'exportation*, 1989, n. 1, p. 193.
- DURAND P., *La tendance à la stabilité du rapport contractuel*, Paris, 1960.

- ECKSTEIN E., *Der Untergang der Obligation durch Unmöglichkeit, Leistungser schwerung und verwandte Umstände und das Schicksal der Gegenleistung*, in *Arch. bürg. Recht*, 1912, p. 37.
- ECKSTEIN E., *Studien zur Lehre von den unsittlichen Handlungen, Rechtshandlungen und Rechtsgeschäften, insbesondere Verträgen*, in *Arch. bürg. Recht*, 41, 1915, p. 178.
- ELLINGTON P., *Exclusion Clauses in English Law*, *Int. Bus. L.J.*, 1985, p. 513.
- ENRIETTI E., *Della risoluzione per eccessiva onerosità*, in *Comm. c.c.* D'Amelio e Finzi, Firenze, 1948.
- EÖRSI G., *The Validity of Clauses Excluding or Limiting Liability*, in *Am. J. Comp. L.*, 23, 1975, p. 215.
- EPSTEIN A.L., *The Reasonable Man Revisited: Some Problems in the Anthropology of Law*, in *L. Soc. Rev.*, 1973, 7, p. 643.
- ESMEIN P., *Les clauses de non responsabilité*, in *Rev. trim. droit civ.*, 1926, p. 315.
- ESSER J., *BGB Schuldrecht, Allgemeiner und besonderer Teil*, Karlsruhe, 1949, p. 136.
- FABBIO P., *L'abuso di dipendenza economica*, in *Saggi di diritto commerciale*, Milano, 2006.
- FACCIOLI M., *Vecchi e nuovi orientamenti giurisprudenziali in tema di responsabilità medica in una sentenza "scolare" della Cassazione*, in *Resp. civ.*, 2007, p. 967.
- FALZEA A., *Gli standards valutativi e la loro applicazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1987, I, p. 1.
- FALZONE CALVISI M.G., *Il «taglia e incolla» non si addice al legislatore*, in *Contr. impr./Eur.*, 2006, p. 104.
- FARNSWORTH A., *Farnsworth on Contracts*, II, 4.26, New York, 1998.
- FARNSWORTH A., *On Trying to Keep One's Promises: The Duty of Best Efforts in Contract Law*, in *Univ. Pittsburgh L. Rev.*, 46, 1984, p. 4.
- FARNSWORTH A., *Review of Standard Forms or Terms Under The Vienna Convention*, in *Cornell Int. L.J.*, 21, 1988, p. 441.
- FAUVARQUE-COSSON B., MAZEAUD D., *L'avant-projet français de réforme du droit des obligations et de la prescription*, in *Rev. droit Eur.*, 11, 103, 2006, p. 125.
- FAVALE R., LATINI C. (a cura di), *La codificazione nell'Italia postunitaria 1865-2015*, Atti del workshop Camerino, 29 ottobre 2015, Camerino, 2016.
- FEBBRAIO T., *La riducibilità d'ufficio della penale manifestamente eccessiva*, in *Rass. dir. civ.*, 2001, p. 613.
- FEDELE A., *Il problema della responsabilità del terzo per pregiudizio al diritto di credito*, Milano, 1954.

- FEDERICO A., *L'ordine pubblico economico e il contratto*, in F. DI MARZIO (a cura di), *Illiceità, immeritevolezza, nullità*, Napoli, 2004.
- FEMIA P., *Discriminazione (divieto di)*, in *Enc. dir.*, Tematici, I, Milano, 2021.
- FEMIA P., *Nomenclatura del contratto o istituzione del contrarre? Per una teoria giuridica della contrattazione*, in G. GITTI, G. VILLA (a cura di), *Il terzo contratto*, Bologna, 2008.
- FEMIA P., *Segni di valore*, in *civilistica.com*, a. 3. n. 1. 2014, p. 14.
- FEMIA P., *Sussidiarietà e principi nel diritto contrattuale europeo*, in P. PERLINGIERI e F. CASUCCI (a cura di), *Fondamenti e tecniche legislative per un diritto contrattuale europeo*, Napoli, 2014.
- FERCIA R., *Dovere di diligenza e «rischi funzionali»*, Napoli, 2005.
- FERCIA R., *La responsabilità per fatto di ausiliari nel diritto romano*, Padova, 2008.
- FERRANDO G., *Impossibilità sopravvenuta, diligenza del “buon padre di famiglia” e valutazioni di buona fede*, in *Giur. merito*, 1974, I, p. 936.
- FERRANTE E., *Causa concreta ed impossibilità della prestazione nei contratti di scambio*, in *Contr. impr.*, 2009, p. 151.
- FERRANTE E., *Consensualismo e trascrizione*, Padova, 2008.
- FERRANTE E., *Diritto privato europeo e Common European Sales Law (CESL). Aurora o crepuscolo del codice europeo dei contratti?*, in *Contr. impr./Eur.*, 2012, p. 461.
- FERRANTE E., *Il consenso contrattuale e le sue gradazioni: l'esempio dell'interpretazione contro l'autore della clausola*, in P. SIRENA e A. ZOPPINI (a cura di), *I poteri privati e il diritto della regolazione*, Roma, 2018.
- FERRANTE E., *La nuova dir. 19/771/UE in materia di vendita al consumo: primi appunti*, in *Annuario contr.*, 2018.
- FERRANTE E., *La vendita nell'unità del sistema ordinamentale*, Napoli, 2018.
- FERRANTE E., *Validity of contract terms*, in L. DI MATTEO, U. MAGNUS, A. JANSSEN e R. SCHULZE (a cura di), *International Sales Law - Contract, Principles & Practice*, Oxford, 2016.
- FERRARA F., *Responsabilità contrattuale per fatto altrui*, in *Scritti giuridici*, II, Milano, 1954.
- FERRARI F., *Fundamental Breach of Contract under the UN Sales Convention: 25 Years of Article 25 CISG*, in *J. L. Comm.*, 25, 2006, p. 489.
- FERRARINI S., nota a Cass. 12 aprile 1946, n. 428, in *Foro it.*, 1946, I, c. 693.
- FERRI G.B., *Ancora in tema di meritevolezza dell'interesse*, in *Riv. dir. comm.*, 1979, I, p. 1.

- FERRI G.B., *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966.
- FERRI G.B., *L'ordine pubblico*, in *Riv. dir. comm.*, 1963.
- FERRI G.B., *L'ordine pubblico economico*, in *Saggi dir. civ.*, Rimini, 1983.
- FERRI G.B., *Meritevolezza dell'interesse e utilità sociale*, in *Riv. dir. comm.*, 1971, II, p. 81.
- FERRI G.B., *Nullità parziale e clausole vessatorie*, in *Saggi di diritto civile*, Rimini, 1984.
- FERRI G.B., *Ordine pubblico*, in *Enc. dir.*, XXX, Milano, 1980.
- FERRI G.B., *Ordine pubblico e buon costume nel sistema del diritto privato attuale*, Milano, 1967.
- FERRINI C., *Danni (azione di)*, in *Enc. giur. it.*, IV, parte I, II, III, Milano, 1911.
- FERRINI C., *Diritto penale romano*, in *Enc. dir. pen. it.*, a cura di Pesina, I, Milano, 1905.
- FIorentino A., *Del deposito*, in *Comm. c.c. Scialoja e Branca, sub artt. 1754-1812*, Bologna-Roma, 1970.
- FIORI R., *La definizione della locatio conductio*, Napoli, 1999.
- FLAMINI A., RUGGERI L. (a cura di), *Contratto e reato*, Napoli, 2014.
- FLOUR J., AUBERT J.L., SAVAUX É., *Les obligations*, 7<sup>a</sup> ed., III, *Le rapport d'obligation*, Paris, 2011.
- FLUME W., *Algemeiner Teil des bürgerliches Rechts*, II, *Das Rechtsgeschäft*, Berlin-Heidelberg-New York, 1965.
- FOGLIA M., *Il contratto autoregolato: le merger clauses*, Torino, 2015.
- FOGLIA M., *Merger clauses*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., Agg. XI, Milano, 2018.
- FONTAINE M., *Best efforts, reasonable care, due diligence et règles de l'art. dans les contrats internationaux*, 1988, in *Int. Bus. L.J.*, 1988, p. 983.
- FONTAINE M., *Les clauses exonératoires et les indemnités contractuelles dans les Principes d'Unidroit: Observations critiques*, in *Uniform Studies in Memory of Malcolm Evans*, in *Int. Unif. L. Rev.*, 1998, p. 405.
- FORCHIELLI P., *Colpa I) Diritto civile*, in *Enc. giur. Treccani*, VI, Roma, 1988.
- FORCHIELLI P., *Difendiamo il "buon padre di famiglia"*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1989, p. 531.
- FORCHIELLI P., *La colpa lievissima*, in *Riv. dir. civ.*, 1963, I, p. 185.
- FORCHIELLI P., *Responsabilità civile*, I, Padova, 1968.
- FORTI G., *Colpa ed evento nel diritto penale*, Milano, 1990.
- FRANCESCHELLI R., *Le clausole di irresponsabilità nei trasporti marittimi ed il problema della protezione del contraente più debole nei contratti a serie*, in *Riv. dir. nav.*, I, 1938, p. 265.

- FRANZONI M., *Colpa presunta e responsabilità del debitore*, Padova, 1988.
- FRANZONI M., *Degli effetti del contratto. Artt. 1374-1381, II, Integrazione del contratto. Suoi effetti reali e obbligatori*, in *Comm. c.c.*, Milano, 2013.
- FRANZONI M., *Efficacia del contratto e recesso unilaterale: [artt. 1372-1373]*, in *Comm. c.c.*, I, 2<sup>a</sup> ed, Milano, 2013.
- FRANZONI M., *L'illecito*, in *Tratt. resp. civ.* Franzoni, Milano, 2<sup>a</sup> ed., 2010.
- FRANZONI M., *La clausola penale*, in *Diritto civile*, diretto da Lipari e Rescigno, coordinato da A. Zoppini, III, *Obbligazioni*, II, *Il contratto in generale*, Milano 2009.
- FREZZA P., *L'influsso del diritto romano giustiniano nelle formule e nella prassi in Italia*, in *Ius Romanum Medii Aevi*, 1974.
- FRIGNANI A., *Arbitrato ed hardship clause: una prassi internazionale per una diversa allocazione e gestione del rischio contrattuale*, in *Rass. arb.*, 1980, p. 76.
- FRIGNANI A., *Hardship clause*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. comm., VI, Torino, 1991.
- FRIGNANI A., *La hardship clause nei contratti internazionali e le tecniche di allocazione dei rischi negli ordinamenti di Civil e Common law*, in *Riv. dir. civ.*, 1979, I, p. 680.
- FUCHS E., *Vertragstreue und Shylockismus*, in *Leipziger Zeitschr. für Deutsches Recht*, 1921, p. 485.
- FUNAIOLI C.A., *Deposito, sequestro convenzionale, cessione dei beni ai creditori*, in *Tratt. dir. civ.* Grosso e Santoro-Passarelli, Milano, 1961.
- FUNAIOLI C.A., *Dolo (dir. civ.)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1964.
- FUSARO A., *Gli effetti del contratto nella riforma del Code civil francese*, in *Riv. dir. priv.*, 2017, p. 13.
- GABRIELLI E., *Alea e rischio nel contratto: studi*, Napoli, 1997.
- GABRIELLI G., *Norme imperative ed integrazione del contratto*, in *Contr. impr.*, 1993, p. 499.
- GABRIELLI G., PADOVINI F., *Recesso (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988.
- GABRIELLI G., *Vincolo contrattuale e recesso unilaterale*, Milano, 1985.
- GALASSO A. e G., *Deposito*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., V, Torino, 1989.
- GALGANO F., *Degli effetti del contratto*, in *Comm. c.c.* Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1993.
- GALGANO F., *Diritto civile e commerciale*, II, 1, Padova, 2004.
- GALGANO F., *L'imprenditore*, Bologna, 1970.
- GALGANO F., *La forza di legge del contratto*, in P. CENDON (a cura di), *Scritti Sacco*, II, Milano, 1994.
- GALGANO F., *Le obbligazioni e i contratti*, II, 1973.
- GALGANO F., *Trattato di diritto civile*, II, 2<sup>a</sup> ed., Padova, 2010.

- GALLARATI A., *Il contratto irrisolvibile o quasi. Profili di sostenibilità della clausola «exclusive remedy» nell'economia delle parti*, in *Contr. impr.*, 2016, p. 1022.
- GALLO M., *Colpa penale (dir. vig.)*, in *Enc. dir.*, VII, Milano, 1960.
- GALLO P., *Pene private e responsabilità civile*, Milano, 1996.
- GALLO P., *Revisione del contratto*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., XVII, Torino, 1998.
- GALLO P., *Sopravvenienza contrattuale e problemi di gestione del contratto*, Milano, 1992.
- GALLO P., *Tratt. contr.*, I. *La formazione*, Torino 2010.
- GAMBINI M., *Fondamento e limiti dello ius variandi*, Napoli, 2000.
- GAMBINO A., *L'assicurazione nella teoria dei contratti aleatori*, Milano, 1964.
- GARDANI CONTURSI LISI L., *Delle donazioni*, in *Comm. c.c.* Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1976.
- GARDELLA TEDESCHI B., *Gentlemen's agreement*, in *Riv. dir. civ.*, 1990, II, p. 731.
- GAROFALO A.M., *La causa del contratto tra meritevolezza degli interessi ed equilibrio dello scambio*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, p. 573.
- GASPERONI N., *La clausola d'incontestabilità inserita nelle polizze di assicurazione in relazione alla nuova disciplina legislativa delle dichiarazioni inesatte o reticenti del contraente*, nota a Trib. Roma, 11 febbraio 1944, in *Assicurazioni*, 1944, II, p. 98.
- GASPERONI N., *Le assicurazioni*, in *Tratt. dir. civ.* Grosso e Santoro Passarelli, Milano, 1966.
- GATTI S., *Deposito nei magazzini generali*, in *Enc. giur.*, X, Roma, 1988.
- GAZZONI F., *Atipicità del contratto, giuridicità del vincolo e funzionalizzazione degli interessi*, in *Riv. dir. civ.*, 1978, I, p. 62.
- GAZZONI F., *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2015.
- GENOVESE A., *Le condizioni generali di contratto*, Padova, 1954.
- GENTILE G., *Danno alla persona*, in *Enc. dir.*, XI, Milano, 1962.
- GENTILI A., *Codice del consumo ed esprit de géométrie*, in *Contratti*, 2006, p. 159.
- GENTILI A., *Disinformazione e invalidità: i contratti di intermediazione dopo le Sezioni Unite*, in *Contratti*, 2008, p. 393.
- GENTILI A., *Il principio di non discriminazione nei rapporti civili*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2009, p. 228.
- GENTILI A., in *Tratt. dei contratti* Rescigno e Gabrielli, 2006.
- GENTILI A., *Merito e metodo nella giurisprudenza sulle cassette di sicurezza: a proposito della meritevolezza di tutela del contratto atipico*, in *Riv. dir. comm.*, 1989, I, p. 221.
- GENTILI A., *Senso e consenso. Storia, teoria e tecnica dell'interpretazione dei contratti*, II, Torino, 2015.

- GENTILI A., sub art. 1362, in *Dei contratti in generale*, II, a cura di Navarretta e Orestano, in *Comm. c.c. Gabrielli*, Torino, 2011.
- GERBO F., *Clausola penale e danno*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, II, p. 207.
- GERI V., *Albergatore (responsabilità dell')*, in *Nov. Dig. it., app.*, I, Torino, 1980.
- GHESTIN J. (a cura di), *Les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité en Europe*, Paris, 1990.
- GHIDONI L., sub art. 789, in *Comm. c.c. Gabrielli*, Torino, 2014.
- GIACOBBE G., *La frode alla legge*, Milano, 1968.
- GIANNATTASIO C., *L'appalto*, in *Tratt. dir. civ. comm.* Cicu e Messineo, Milano, 1967.
- GIARDINA F., *La distinzione tra responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale*, in *Tratt. resp. contr.* Visintini, I, *Inadempimento e rimedi*, Padova, 2009.
- GIARDINA F., *Responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale. Significato attuale di una distinzione tradizionale*, Milano, 1993.
- GIORDANO A., *Sugli effetti della clausola risolutiva espressa*, in *Giur. civ. comm.*, II, 1946, p. 198.
- GIORGI G., *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*, II, Firenze, 1907.
- GIORGIANNI M., *Il diritto privato e i suoi attuali confini*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1961, p. 391.
- GIOVENE A., *La dottrina dell'impossibilità susseguente della prestazione*, in *Riv. dir. comm.*, 1919, I, p. 302.
- GIOVENE A., *Sulla impossibilità della prestazione*, in *Riv. dir. comm.*, 1918, I, p. 675.
- GIUNTA E., *La legalità della colpa*, in *Criminalia*, 2008, p. 149.
- GIUNTA E., *La normatività della colpa penale. Lineamenti di una teoria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, p. 86.
- GNANI A., *Sistema di responsabilità e prevedibilità del danno*, Torino, 2008.
- GONNELLI I.M., *La clausola risolutiva espressa tra principio di buona fede e importanza dell'inadempimento*, in *Obbl. contr.*, 2009, p. 719.
- GORDLEY J., *Natural Law Origins of the Common Law of Contract*, in J. BARTON (a cura di), *Towards a general law of contract*, Berlin, 1990.
- GORLA G., *Del rischio e pericolo nelle obbligazioni*, Padova, 1934.
- GORLA G., *Il contratto*, I, *Lineamenti generali*, Milano, 1955.
- GORLA G., *Il contratto. Problemi fondamentali trattati con il metodo comparativo e casistico*, Milano, I, 1955.
- GORLA G., *Precedente giudiziale*, in *Enc. giur. Treccani*, XXIII, Roma, 1990.
- GORNI A., *Le clausole di rinegoziazione*, in AA.VV., *Il conflitto del golfo e i contratti di impresa*, a cura di Vaccà, Milano, 1992.

- GRASSETTI C., FRANCESCHELLI R., LEFEBVRE D'OVIDIO A., DE MARTINO F., NICOLÒ R., *Discussione intorno al principio di conservazione dei contratti nei riguardi delle clausole di irresponsabilità*, in *Riv. dir. nav.*, 1939, I, p. 345.
- GRASSETTI C., *Intorno al principio di gerarchia delle norme d'interpretazione*, in *Foro it.*, 1941, I, c. 512.
- GRASSETTI C., *L'interpretazione del negozio giuridico con particolare riguardo ai contratti*, Padova, 1938.
- GRASSETTI C., *Rilevanza dell'intento giuridico in caso di divergenza dall'intento empirico*, Milano, 1936.
- GRASSO B., *Eccezione d'inadempimento e risoluzione del contratto*, Napoli, 1973.
- GRECO P., *Appunti sulle clausole di irresponsabilità nei trasporti marittimi*, in *Ann. dir. comp. stud. legisl.*, 1931, IV, p. 747.
- GRECO P., *Appunti sulle clausole di irresponsabilità nei trasporti marittimi*, commento a Cass. Regno, 15 novembre 1928, in *Annuario dir. comp.*, 1931, p. 746.
- GRECO P., COTTINO G., *Della vendita*, in *Comm. c.c. Scialoja e Branca, sub artt. 1470-1547*, Bologna-Roma, 1981.
- GREEN F., *Harter Act*, in *Harvard L. Rev.*, 16, 3, p. 157.
- GREINER S., *Ideelle Unzumutbarkeit: Dogmatik und Praxis der Leistungsverweigerung bei Rechtsgüter- und Pflichtenkollisionen im Zivilrecht*, Berlino, 2004.
- GRISI G., *L'inadempimento dipendente da dolo*, in *Liber amicorum Pietro Rescigno*, V.I, Napoli, 2018.
- GRONDONA M., *Buona fede e solidarietà; giustizia contrattuale e poteri del giudice sul contratto: annotazioni a margine di un obiter dictum della Corte di Cassazione*, in *Riv. dir. comm.*, 2003, II, p. 242.
- GRONDONA M., *Diritto dispositivo contrattuale*, Torino, 2011.
- GRONDONA M., *La clausola risolutiva espressa*, Milano, 1998.
- GRONDONA M., *Solidarietà e contratto: una lettura costituzionale della clausola di buona fede*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2004, p. 733.
- GROSSI P., *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Milano, 1998.
- GROSSI P., *L'ordine giuridico medievale*, Roma-Bari, 2001.
- GROSSI P., *Sulla 'natura' del contratto*, in *Quad. fiorentini*, XV, 1986, p. 593.
- GROSSO G., *Il Sistema Romano dei Contratti*, Torino, 1963.
- GROSSO G., *Obbligazioni. Contenuto e requisiti della prestazione. Obbligazioni alternative e generiche*, Torino, 1966.
- GUARNIERI A., *Meritevolezza dell'interesse*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, XI, Torino, 1994.

- GUARNIERI A., *Ordine pubblico*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., XIII, Torino, 1995.
- GUERINONI E., MANIACI A., *Clausola di hardship e compatibilità con l'ordinamento italiano*, in *Dir. prat. soc.*, 1999, p. 25.
- GUEST A.G., *Exemption clauses*, in *Chitty on Contracts*, 31<sup>st</sup> ed., I, London, 2012.
- HANOTIAU B., *Les clauses d'exclusion et de limitation de garantie et de responsabilité en droit américain*, *Int. Bus. L.J.*, 1985, p. 517.
- HARTMANN G., *Die Obligation: Untersuchungen über ihren Zweck und Bau*, Erlagen, 1875.
- HAYMANN F., *Textkritische Studien zum römischen Obligationenrecht*, I, *über Haftung für custodia*, II, *periculum est emptoris*, in *Zeitschr. der Savignystiftung für Rechtsgeschichte*, XL, 1919, p. 167; XLI, 1920, p. 44.
- HEFERMEHL W., in T. SORGEL e W. SIEBERT, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 10, I, Stuttgart, 1967.
- HESSELINK M., *Unfair Terms in Contracts between Businesses*, in J. STUYCH e R. SCHULZE (a cura di), *Towards a European Contract Law*, München, 2011.
- HONNOLD J., *Documentary History Of The Uniform Law For International Sales: The Studies, Deliberations, And Decisions That Led To The 1980 United Nations Convention With Introductions And Explanations Documentary*, L'Aja, 1989.
- IANNUZZI M., *Del trasporto*, 2<sup>a</sup> ed., in *Comm. c.c.* Scialoja e Branca, *sub artt. 1678-1702*, Bologna-Roma, 1970.
- IBBETSON D.J., *Absolute Liability in Contract*, in F.D. ROSE (a cura di), *Consensus ad Idem*, London, 1996.
- IRTI N., "Codici di settore": compimento della "decodificazione", in *Dir. soc.*, 2005, p. 131.
- IRTI N., *Scambi senza accordo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998, p. 347.
- JAMBU-MERLIN R., *Dol et faute lourde*, in *Dalloz*, 1955, *Chr.*, p. 92.
- JESTAZ P., *L'obligation et la sanction. À la recherche de l'obligation fondamentale*, in *Meïlanges Pierre Raynaud*, Paris, 1985.
- JOHNSON W.P., *Analysis of Incoterms as Usage under Article 9 of the CISG*, in *Univ. Pennsylvania J. Int. L.*, 35, 2, 2013, p. 379.
- JORIO G., *Le clausole attributive dello ius variandi*, Milano, 2008.
- JOSSERAND L., *Le contrat dirigé*, in *Rec. Hebd. Dalloz*, *Chr.*, 1933, p. 89.
- KARTON J.D.H., DE GERMINY L., *Has the CISG Advisory Council Come of Age?*, in *Berkeley J. Int. L.*, 27, 2009, p. 448.
- KATSIVELA M., *Contracts: Force Majeure concept or Force Majeure Clauses?*, in *Uniform L. Rev.*, 12, 2007, p. 101.

- KESSLER F., *Contracts of Adhesion. Some Thoughts about Freedom of Contract*, in *Columbia L. Rev.*, 43, 5, p. 629.
- KIRALFY A., *Absolute Liability in Contract*, in *J. Legal Hist.*, 1, I, 1980, p. 89.
- KLEIN B., CRAWFORD R.G., ALCHIAN A., *Vertical Integration, Appropriate Rents, and the Competitive Contracting Process*, in *J. Pol. Econ.*, 1978, p. 297.
- KOCH R., *The Concept of Fundamental Breach of Contract under the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)*, in *Rev. of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)*, 1999, p. 177.
- KREITNER R., *Calculating Promises - The Emergence of Modern American Contract Doctrine*, Stanford, 2007.
- KRÖLL S., *Selected Problems Concerning the CISG's Scope of Application*, in *Journal of Law and Commerce*, 25, 2005-2006, p. 39.
- KRÜCKMANN P., *Der Fortfall des Interesses und der Untergang des Schuldverhältnisse*, in *Arch. civ. Praxis*, 90, 1900, p. 111.
- KRÜCKMANN P., *Unmöglichkeit und Unmöglichkeitprozeß. Zugleich eine Kritik der Entwürfe Russlands, Ungarns und der Schweiz*, in *Arch. civ. Praxis*, 101, 1907, p. 1.
- LABAND P., *Zum zweiten Buch des Entwurfes eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, 1. Abschnitt. Titel 1-3*, in *Arch. civ. Praxis*, LXXIII, 1888, p. 161.
- LAMBO L., *Obblighi di protezione*, Padova, 2007.
- LAMBO L., *Willful breach e inadempimento doloso*, Torino, 2012.
- LANDINI S., *Vincolatività dell'accordo e clausole di rinegoziazione. L'importanza della resilienza delle relazioni contrattuali*, in *Contr. impr.*, 2016, p. 179.
- LARÈRE P., *Les clauses limitatives et exonératoires de responsabilité en droit français*, in *Int. Bus. L.J.*, 1985, p. 479.
- LARROUMET C. (a cura di), *Droit civil*, 6<sup>a</sup> ed., III, *Les obligations. Le contrat*, II, Paris, 2007.
- LA TORRE A., *Responsabilità ed autoreponsabilità nell'assicurazione*, in *Scritti dir. assic.*, Milano, 1979, p. 421.
- LAVABRE C., *Éléments essentiels et obligation fondamentale du contrat*, in *Rev. jur. droit des affaires*, 1997, 4, p. 291.
- LECCESE R., *Subfornitura*, in *Nov. Dig. it.*, XV, Torino, 1998.
- LEFEBVRE D'OVIDIO A., *La disciplina convenzionale della responsabilità del vettore marittimo*, Roma, 1939.
- LEFEBVRE D'OVIDIO A., *Studi sulle clausole di irresponsabilità*, in *Riv. dir. nav.*, I, 1938, p. 305 (I parte), p. 403 (II parte).

- LEFEBVRE D'OVIDIO A., PESCATORE G., *Manuale di diritto della navigazione*, Milano, 1964.
- LEHMANN H., *Über die civilrechtlichen Wirkungen des Nothstandes*, in *Jherings Jahrb.*, 13, 1874, p. 244.
- LEISINGER B.K., *Fundamental Breach Considering Non-Conformity of the Goods*, Munich, 2007.
- LENHOFF A., ALBANESE A., *Abuso di dipendenza economica: nullità del contratto e riequilibrio del rapporto*, in *Eur. dir. priv.*, 1999, p. 1182.
- LEONE F., *La negligenza nella colpa contrattuale ed extracontrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 1915, p. 100.
- LEPORE A., *Prescrizione e decadenza. Contributo alla teoria del "giusto rimedio"*, Napoli, 2012.
- LIPARI N., *Note in tema di compravendita di cosa futura*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1960, p. 832.
- LIU C., *The Concept of Fundamental Breach: Perspectives from the CISG, UNIDROIT Principles and PECL and case law*, 2005, par. 2.2, in *CISG Database*.
- LLEWELLING K., *Book review*, in *Harvard L. Rev.*, 52, 1938-1939, p. 701.
- LOMBARDI R., *Force Majeure in European Union Law*, in *Int. trade Bus. L.*, 3, 1997, p. 81.
- LOMBARDI R., *La risoluzione per impossibilità sopravvenuta*, Milano, 2007.
- LONGO F., *Del caso fortuito e del rischio e pericolo in materia di obbligazioni*, Napoli, 1893.
- LONGOBUCCO F., *Circolazione di immobili abusivi e giusto rimedio civile*, in *Riv. giur. ed.*, 2015, p. 243.
- LONGOBUCCO F., *Mutamenti convenzionali del regime legale dell'indebitamento: profili sistematici e ricostruttivi*, in *Contr. impr.*, 2017, p. 170.
- LONGOBUCCO F., *Sulla frode alla legge. L'attualità del pensiero di Luigi Carraro in occasione della ristampa de "Il negozio in frode alla legge"*, in *Rass. dir. civ.*, 2016, p. 314.
- LONGU T., *Il divieto dell'abuso di dipendenza economica nei rapporti tra le imprese*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, p. 347.
- LORDI A., *Sulla responsabilità del vettore per la colpa nautica del capitano secondo il diritto inglese*, commento alla sentenza della Corte D'Appello di Genova del 1° marzo 1935, in *Riv. dir. nav.*, 1938, p. 274.
- LOTMAR P., *Der Arbeitsvertrag nach dem Privatrecht des deutschen Reiches*, II, Leipzig, 1908.

- LUKES R., *Gedanken zur Begrenzung des Inhalts allgemeiner Geschäftsbedingungen*, in *Festschr. A. Hueck* 70, Monaco-Berlino, 1959.
- LUMINOSO A., *Della risoluzione per inadempimento*, in A. LUMINOSO, U. CARNEVALI e M. COSTANZA, *Risoluzione per inadempimento*, nel *Comm. c.c. Scialoja e Branca*, Bologna-Roma, 1990.
- LUMINOSO A., *I contratti tipici e atipici*, in *Tratt. dir. priv.* Iudica e Zatti, Milano, 1995.
- LUMINOSO A., *Il mandato e la commissione*, in *Tratt. dir. priv.* Rescigno, 12, Torino, 1985.
- LUMINOSO A., *Vendita*, in *Dig. civ.*, XIX, Torino, 1999.
- LUPOI M., *Il dolo del debitore nel diritto italiano e francese*, Milano, 1969.
- LUSIGNANI L., *La responsabilità per custodia secondo il diritto romano*, Modena, 1900.
- LUTHER J., *Ragionevolezza (delle leggi)*, in *Dig. disc. pub.*, XII, 1977.
- LUZZATTO G., *Recensione a Maffei, Caso fortuito e responsabilità contrattuale nell'età dei glossatori. Saggi*, in *Iura*, 1958, IX, p. 169.
- MACARIO F., *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996.
- MACARIO F., *Determinazione giudiziale del corrispettivo nei contratti di durata e tutela cautelare atipica*, in *Foro it.*, 1996, I, c. 710.
- MACARIO F., *Equilibrio delle posizioni contrattuali ed autonomia privata nella subfornitura*, in L. FERRONI (a cura di), *Equilibrio delle posizioni contrattuali ed autonomia privata* Napoli, 2002.
- MACAULAY S., *Non contractual relations in business: a preliminary study*, in *Am. Soc. Rev.*, 1963, XXVIII, p. 55.
- MACIOCE F., *Ordine pubblico e autodeterminazione*, Torino, 2010.
- MAFFEI D., *Caso fortuito e responsabilità contrattuale nell'età dei glossatori. Saggi*, Milano, 1957.
- MAFFEIS D., *Abuso di dipendenza economica*, in G. DE NOVA, A. CHIESA, F. DELFINI, D. MAFFEIS, A. SALVADÈ (a cura di), *La Subfornitura*, Milano, 1998.
- MAFFEIS D., *Discipline preventive nei servizi di investimento: le Sezioni Unite e la notte (degli investitori) in cui tutte le vacche sono nere*, in *Contratti*, 2008, p. 403.
- MAFFEIS D., *Il contraente e la disparità di trattamento delle controparti*, in *Riv. dir. priv.*, 2006, p. 336.
- MAGAZZÙ A., *Clausola penale*, in *Enc. dir.*, VII, Milano 1960.
- MAGNUS U., *Incorporation of Standard Terms*, in L. DI MATTEO, A. JANSSEN, U. MAGNUS, R. SCHULZE (a cura di), *International Sales Law*, Baden Baden, 2016.
- MAGNUS U., *UN-Kaufrecht*, in J. VON STAUDINGERS, *Kommentar zum*

- Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, 13<sup>a</sup> ed., Berlino, 1995.
- MAIORCA C., *Colpa civile (teoria gen.)*, in *Enc. dir.*, VII, Milano, 1960.
- MAIORCA C., *I fondamenti della responsabilità*, Milano, 1990.
- MAIORCA C., *Responsabilità (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988.
- MALAURIE P., *L'ordre public et le contrat*, Reims, 1953.
- MALENGREAU X., *La clause d'exonération de responsabilité en droit belge*, *Int. Bus. LJ*, 1985, p. 483.
- MANDRIOLI D., *Le conseguenze immediate e dirette dell'inadempimento doloso*, in *Riv. dir. comm.*, 1921, p. 34.
- MANIACI A., *La clausola d'incontestabilità nei contratti di assicurazione*, in G. DE NOVA (a cura di), *Clausole a rischio di nullità*, Padova, 2009.
- MARASCO G., *La rinegoziazione del contratto: strumenti legali e convenzionali a tutela dell'equilibrio negoziale*, Padova, 2006.
- MARESCA G., *Alea contrattuale e contratto di assicurazione*, Napoli, 1979.
- MARINELLI F., *La responsabilità dell'appaltatore ex art. 1669 c.c.: un'ipotesi di responsabilità oggettiva*, in *Giust. civ.*, 1983, I, p. 948.
- MARINI G., *Promessa ed affidamento nel diritto dei contratti*, Napoli, 1995.
- MARINUCCI G., *La colpa per inosservanza di leggi*, Milano, 1965.
- MARTINI R., *Gentlemen's agreement*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., VIII, Torino, 1992.
- MASCHI C.A., *La concezione naturalistica del diritto e degli istituti giuridici romani*, Milano, 1937.
- MASSERA A., *Contratto e pubblica amministrazione*, in *Tratt. contr.* Roppo, VI, Milano, 2006.
- MASTROPAOLO F., *Deposito (in generale)*, in *Enc. giur.*, X, Roma, 1988.
- MAUGERI M., *Abuso di dipendenza economica e autonomia privata*, Milano, 2003.
- MAURIZI A., *L'individuazione del mercato in un caso di abuso di posizione dominante*, in *Riv. dir. comm.*, 1992, I, p. 412.
- MAZEAUD D., *Prime note sulla riforma del diritto dei contratti nell'ordinamento francese*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, p. 440.
- MAZEAUD D., TUNC A., *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile*<sup>6</sup>, Paris, 1965.
- MAZEAUD H., *Essai de classification des obligations*, in *Rev. trim. droit civ.*, 1936, p. 4.
- MAZZA F., *Merger clause o clausola di completezza*, in *I contratti in generale*, IV, II, *Clausole abusive*, in *Il diritto privato nella giurisprudenza*, a cura di Cendon, Torino, 2004.
- MAZZAMUTO S., *Il contratto di diritto europeo*, Torino, 2012.

- MAZZAMUTO S., *Il rapporto tra clausole generali e valori*, in *Giur. it.*, 2011, p. 1697.
- MAZZAMUTO S., *La prospettiva dei rimedi in un sistema di civil law: il caso italiano*, in *Contr. impr.*, 2019, p. 831.
- MAZZAMUTO S., *Una rilettura del mobbing: obbligo di protezione e condotte plurime d'inadempimento*, in *Eur. dir. priv.*, 2003, p. 668.
- MAZZARESE S., *Clausola penale*, Artt. 1382-1384, in *Comm. c.c.* Schlesinger e Busnelli, Milano, 1999.
- MAZZONI A., *Lettere di patronage, mandato di credito e promessa del fatto del terzo*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1984, II, p. 308.
- McKENDRICK E., *Art. 6.2.2. (Definition of hardship)*, in S. VOGENAUER (a cura di), *Commentary on the Unidroit Principles of International Commercial Contracts (PICC)*, 2<sup>a</sup> ed., Oxford, 2015.
- MEKKI M., *Droit des contrats*, gennaio 2015-gennaio 2016, in *Rec. Dalloz*, 2016, p. 570.
- MENGONI L., *Obbligazioni «di risultato» e «obbligazioni di mezzi» (Studio critico)*, in *Riv. dir. comm.*, 1954, I, p. 184.
- MENGONI L., *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, p. 5.
- MENICHINO C., *Clausole di irresponsabilità contrattuale*, Milano, 2008.
- MERUZZI G., *La trattativa maliziosa*, Padova, 2002.
- MESSINA G., *Negozi fiduciari*, 1910, ora in *Scritti giuridici*, I, Milano, 1948.
- MESSINEO F., *Contratto (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, IX, Milano, 1961.
- MESSINEO F., *Dottrina generale del contratto*, Milano, 1952.
- MESSINEO F., *Manuale di diritto civile e commerciale*, II, 2, Milano, 1950.
- MESSINEO F., *Manuale di diritto civile e commerciale*, III, Milano, 1959.
- MESSINETTI D., *Sapere complesso e tecniche giuridiche rimediali*, in *Eur. dir. priv.*, 2005, p. 605.
- MEYER A.W., *Contracts of Adhesion and the Doctrine of Fundamental Breach*, in *Virginia L. Rev.*, 50, 1964, p. 1178.
- MICCIO R., *Delle obbligazioni in generale*, in *Comm. c.c.*, libro IV, vol. I, *sub artt.* 1173-1320, Torino, 1982, p. 395.
- MILLET P.C. (a cura di), *«Entire agreement» clauses*, in *The Encyclopaedia of Forms and Precedents*, 5<sup>a</sup> ed., rist. 2008.
- MINERVINI E., *Dei contratti del consumatore in generale*, 2<sup>a</sup> ed., Torino, 2010.
- MINERVINI E., *I contratti dei consumatori*, in *Tratt. contr.* Roppo, IV, *Rimedi-1*, a cura di Gentili, Milano, 2006.
- MINERVINI E., *Il mandato, la commissione, la spedizione*, in *Tratt. dir. civ.* Vassalli, Torino, 1952.
- MINERVINI E., *Tutela del consumatore e clausole vessatorie*, Napoli, 1999.

- MIRABELLI G., *Dei contratti in generale*, in *Comm. c.c. Gabrielli*, Torino, 1980.
- MIRABELLI G., *Dei singoli contratti. Del trasporto*, in *Comm. c.c.*, IV, 3, Torino, 1968.
- MISTELIS L., *CISG-AC Publishes First Opinion*, in *Pace Int. L. Rev.*, 15, 2003, p. 453.
- MODUGNO F., *La ragionevolezza nella giustizia costituzionale*, Napoli, 2007.
- MODUGNO F., *Ragione e ragionevolezza*, Napoli, 2009.
- MONATERI P.G., *La delibabilità delle sentenze straniere comminatorie di danni punitivi finalmente al vaglio delle Sezioni Unite - Il commento*, in *Danno resp.*, 2016, p. 827.
- MONATERI P.G., *La responsabilità civile*, in *Tratt. dir. civ.* Sacco, Torino, 1998.
- MONGILLO R., *Inadempimento e risoluzione di diritto*, Napoli, 2012.
- MONTEL A., *Ancora in tema di diritto dell'imprenditore contro chi gli ha provocato la morte del suo dipendente*, in *Riv. dir. sport.*, 1954, p. 236.
- MONTEL A., *Casi pratici in materia di responsabilità e di danno*, Padova, 1955.
- MONTICELLI S., *Dall'abuso del diritto all'abuso di dipendenza economica. Un'indagine sulla dipendenza economica tra modello francese ed italiano*, Roma, 2006.
- MORELLO U., *Frode alla legge*, Milano, 1969.
- MORELLO U., *La condizione di non impugnazione del testamento*, in *Riv. not.*, 1965, I, p. 981.
- MOROZZO DELLA ROCCA P., *Gratuità, liberalità e solidarietà. Contributo allo studio della prestazione non onerosa*, Milano 1998.
- MORRONE A., *Il custode della ragionevolezza*, Milano, 2001.
- MOSCARINI A., *Ratio legis e valutazioni di ragionevolezza della legge*, Torino, 1996.
- MOSCARINI L.V., *Rinunzia*, in *Enc. giur.*, XXVII, Roma, 1991.
- MOSCATI E., *Clausole generali e ruolo delle obbligazioni naturali nel diritto vigente*, in *Giur. it.*, 2011, p. 1718.
- MOSCATI E., *Pena privata e autonomia privata*, in *Riv. dir. civ.*, 1985, I, p. 513.
- MOSCO L., *La risoluzione del contratto per inadempimento*, Napoli, 1950.
- MUSOLINO G., *Contratto d'opera professionale*, in *Comm. c.c. Schlesinger*, Milano, 2014.
- MUSOLINO G., *Responsabilità notarile per visure errate e risarcimento del danno in forma specifica*, in *Resp. civ.*, 2011, p. 1800.
- MUSSO A., *La subfornitura*, in *Comm. c.c. Scialoja e Branca*, Bologna-Roma, 2003.

- N. CARDOSO-ROULOT, *Les obligations essentielles en droit privé des contrats*, Paris, 2008.
- NANNI L., *L'uso giurisprudenziale dell'“exceptio doli generalis”*, in *Contr. impr.*, 1986, p. 187.
- NATOLI R., *Brevi note sull'abuso di dipendenza economica “contrattuale”*, in *Giur. it.*, 2003, p. 725.
- NATOLI R., *Consenso informato e obbligazioni di risultato tra esigenze di compensation ed esigenze di deterrence*, nota a Cass., 10 settembre 1999, n. 9617, in *Danno resp.*, 2000, p. 730.
- NATOLI R., *I rimedi per la violazione delle regole di condotta degli intermediari finanziari (oltre la distinzione tra regole di validità e regole di responsabilità)*, in S. PAGLIANTINI (a cura di), *Abuso del diritto e buona fede nei contratti*, Torino, 2010.
- NATOLI R., *L'abuso di dipendenza economica. Il contratto e il mercato*, Napoli, 2004.
- NATOLI U., *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, II, *Il comportamento del debitore*, in *Tratt. dir. civ. comm.* Cicu e Messineo, XVI, 2, Milano, 1984.
- NICHOLAS B., *Force Majeure and Frustration*, in *Am. J. Comp. L.*, 27, 1979, p. 231.
- NICKLISCH F., *Funktion und Bedeutung technischer Standards in der Rechtsordnung*, in *Betriebs-Berater*, 38, 1983, p. 261.
- NICOLINI G., *Subfornitura e attività produttive. Commento alla l. 18 giugno 1998, n. 192*, Milano, 1999.
- NICOLÒ R., *Alea*, in *Enc. dir.*, I, Milano, s.d. (ma 1958).
- NICOLÒ R. (a cura di), *Rassegna di giurisprudenza sul codice civile*, IV, Milano, 1954.
- NICOLUSSI A., *Obblighi di protezione*, in *Enc. dir.*, Ann. VIII, Milano, 2015.
- NIPPERDEY H.C., *Vertragstreue und Nichtzumutbarkeit der Leistung*, Mannheim-Berlin-Leipzig, 1921.
- NUZZO MAR., *Il diritto europeo dei contratti e l'evoluzione del diritto interno*, in P. PERLINGIERI, A. TARTAGLIA POLICINI (a cura di), *Novecento Giuridico: i civilisti*, Napoli, 2013.
- NUZZO MAR., in C.M. BIANCA, F.D. BUSNELLI (a cura di), *Commentario al capo XIV bis c.c.: dei contratti del consumatore*, Padova, 1999.
- NUZZO MAR., *Utilità sociale e autonomia privata*, Milano, 1974.
- OERTMANN P., *Die Geschäftsgrundlage. Ein neuer Rechtsbegriff*, Leipzig-Erlangen, 1921.
- ORLANDO CASCIO S., *Teoria della responsabilità per colpa. Osservazioni critiche*, Milano, 1938.

- OSTI G., *Deviazioni dottrinali in tema di responsabilità per inadempimento delle obbligazioni*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1954, p. 593.
- OSTI G., *Revisione critica della teoria sull'impossibilità sopravvenuta della prestazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1918, p. 209.
- OSTI G., *Scritti giuridici*, con presentazione di P. Rescigno, I, Milano, 1973.
- PACCHIONI G., *Aggravamento e attenuamento convenzionali in tema di responsabilità contrattuale*, commento a Cass. Torino, 8 giugno 1912, in *Riv. dir. comm.*, 1913, p. 417.
- PACCHIONI G., *Diritto civile italiano*, parte seconda, IV, *Dei delitti e quasi delitti*, Padova, 1940.
- PADOVINI F., *Il recesso*, in E. GABRIELLI (a cura di), *I contratti in generale*, II, 2<sup>a</sup> ed., Torino, 2006.
- PADOVINI F., *Le clausole limitative delle impugnazioni contrattuali*, in G. VETTORI (a cura di), *Remedies in Contract. The Common Rules for a European Law*, Padova, 2008.
- PAGLIANTINI S., *Diritto giurisprudenziale, riconcettualizzazione del contratto e principio di effettività*, in *Pers. Merc.*, 2015, p. 112.
- PAGLIANTINI S., *L'abuso di dipendenza economica tra legge speciale e disciplina generale del contratto*, in G. VETTORI (a cura di), *Squilibrio e usura nei contratti*, Milano, 2002.
- PAGLIARA B., *La responsabilità per rovina e difetti di cose immobili*, in *Dir. prat. assicur.*, 1980, p. 221.
- PALADIN L., *Ragionevolezza (principio di)*, in *Enc. dir.*, agg. I, Milano, 1997.
- PALAZZO F., *Responsabilità medica, "disagio" professionale e riforme penali*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, p. 1064.
- PALERMO G., *Funzione illecita e autonomia privata*, Milano, 1970.
- PALMIERI A., *Rifiuto (tardivo) di fornitura, vessazione del proponente ed eliminazione delle alternative: un caso limite di dipendenza economica*, in *Foro it.*, 2002, c. 2178.
- PANDOLFELLI G., SCARPELLO G., STELLA RICHTER M., DALLARI G., *Codice civile. Libro delle obbligazioni. Illustrato con i lavori preparatori e disposizioni di attuazione e transitorie*, Milano, 1<sup>a</sup> ed., 1942.
- PARDOLESI R., CASO R., *La nuova disciplina del contratto di subfornitura (industriale): scampolo di fine millennio o prodromo di tempi migliori*, in *Riv. dir. priv.*, 1998, p. 712.
- PARTISANI R., *La clausola di diligenza ex art. 1176 c.c.*, in M. FRANZONI (a cura di), *Le obbligazioni in generale*, I, Torino, 2004.
- PASTORI F., *Il comodato nel diritto romano: con contributi allo studio della responsabilità contrattuale*, Milano, 1954.
- PATTI F.P., *La determinazione convenzionale del danno*, Napoli, 2015.

- PATTI S., *L'interpretazione delle clausole generali*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, II, p. 263.
- PATTI S., *Pene private*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., XIII, Torino, 2004.
- PATTI S., *Ragionevolezza e clausole generali*, Milano, 2013.
- PEACOCK D., *Avoidance and the Notion of Fundamental Breach Under the CISG: An English Perspective*, in *Int. Trade Bus. L. Rev.*, 8, 2003, p. 95.
- PEDEN E., *Policy Concerns Behind Implication of Terms in Law*, in *L.Q. Rev.*, 111, 2001, p. 459.
- PEEL E., *Whither Contra Proferentem?*, in A. BURROWS, E. PEEL (a cura di), *Contract Terms*, Oxford, 2007.
- PELLEGRINI T., *Interesse alla prestazione e prevedibilità del danno*, Torino, 2018.
- PELLETIER R., *Les clauses d'exonération et de limitation de responsabilité en droit mexicain*, *Int. Bus. L.J.*, 1985, p. 491.
- PENNASILICO M., *Il principio di conservazione dei «valori giuridici»*, ed. provv. Napoli, 2002.
- PENNAZIO R., *La presupposizione tra sopravvenienze ed equilibrio contrattuale*, Milano, 2006.
- PERILLO J., *Force Majeure and Hardship under the Unidroit Principles of International Commercial Contracts*, in *Tulane J. Int. Comp. L.*, 1997, p. 5.
- PERLINGIERI G., *Alla ricerca del "giusto rimedio" in tema di certificazione energetica. A margine di un libro di Karl Salomo Zachariae*, in *Rass. dir. civ.*, 2011, p. 665.
- PERLINGIERI G., *Il controllo di «meritevolezza» degli atti di destinazione ex art. 2645 ter cod. civ.*, in *Foro nap.*, 2014, p. 54; e in *Notariato*, 2014, p. 11; e in *Studi in onore di Giorgio De Nova*, Milano, 2015.
- PERLINGIERI G., *L'inesistenza della distinzione tra regole di comportamento e di validità nel diritto italo-europeo*, Napoli, 2013.
- PERLINGIERI G., *Portalis e i «miti» della certezza del diritto e della c.d. «crisi» della fattispecie*, Napoli, 2018.
- PERLINGIERI G., *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, Napoli, 2015.
- PERLINGIERI G., *Ragionevolezza e bilanciamento nell'interpretazione recente della corte costituzionale*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, p. 716.
- PERLINGIERI G., FACHECHI A. (a cura di), *Ragionevolezza e proporzionalità nel diritto contemporaneo*, Napoli, 2017.
- PERLINGIERI P., *Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'inadempimento*, artt. 1230-1259, in *Comm. c.c. Scialoja e Branca, Libro quarto - delle obbligazioni*, Bologna-Roma, 1975.

- PERLINGIERI P., *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*, in *Rass. dir. civ.*, 2001, p. 341.
- PERLINGIERI P., *Fonti del diritto e "ordinamento del caso concreto"*, in *Riv. dir. priv.*, 2010, p. 21.
- PERLINGIERI P., *I negozi su beni futuri*, I, *La compravendita di "cosa futura"*, Napoli, 1962.
- PERLINGIERI P., *Il "giusto rimedio" nel diritto civile*, in *Giusto processo civile*, 2011, p. 1.
- PERLINGIERI P., *Il diritto dei contratti fra persona e mercato. Problemi del diritto civile*, Napoli, 2003.
- PERLINGIERI P., *L'incidenza dell'interesse pubblico sulla negoziazione privata*, in *Rass. dir. civ.*, 1986, p. 933.
- PERLINGIERI P., *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Camerino-Napoli, 1972.
- PERLINGIERI P., *La sussidiarietà nel diritto privato*, in *Rass. dir. civ.*, 2016, p. 687.
- PERLINGIERI P., *Le obbligazioni tra vecchi e nuovi dogmi*, Napoli, 1990.
- PERLINGIERI P., *Nuovi profili del contratto*, in *Rass. dir. civ.*, 2000, XXI, pp. 545-571; in *Riv. crit. dir. priv.*, 2001, p. 226 ss.; e in F. DI MARZIO (a cura di), *Il nuovo diritto dei contratti. Problemi e prospettive*, Milano, 2004, pp. 455-468.
- PERLINGIERI P., *Quella di Hugh Collins sul "codice civile europeo" non è la via da seguire*, in *Rass. dir. civ.*, 2014, p. 1205.
- PERREAU E.H., *Clauses manuscrites et clauses imprimées*, in *Rev. trim. droit civ.*, 1927, p. 303.
- PERTILE A., *Storia del diritto italiano dalla caduta dell'Impero romano alla codificazione*, 2, 1892-1903, rist. anastatica, Bologna, 1965-66, IV.
- PERULLI A., *Il lavoro autonomo*, in *Tratt. dir. civ. comm.* Cicu e Mes-sineo, Milano, 1996.
- PESCATORE G., *In tema di limitazione di responsabilità del vettore marittimo*, in *Foro pad.*, 1950, p. 186.
- PHILIPPE D., *Les clauses de Best Efforts*, in *Liber amicorum Guy Hor-smans*, Bruxelles, 2004.
- PICARD M., PRUDHOMME A., *De la résolution judiciaire pour inexécution des obligations*, in *Rev. trim. droit civ.*, 1912, p. 66.
- PIETROBON V., *Errore, volontà e affidamento nel negozio giuridico*, Padova, 1990.
- PIETROBON V., *L'errore nella teoria del negozio giuridico*, Padova, 1963.
- PIGNALOSA M.P., *Clausole di rinegoziazione e gestione delle sopravvenienze*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, II, p. 411 ss.
- PINO A., *Il contratto a prestazioni corrispettive*, Padova, 1963.

- PINORI A., *Il principio generale della riparazione integrale dei danni*, in *Contr. impr.*, 1998, p. 1945.
- PINTO V., *L'abuso di dipendenza economica «fuori dal contratto» tra diritto civile e diritto antitrust*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, p. 407.
- PIRAINO F., *Adempimento e responsabilità contrattuale*, Napoli, 2011.
- PIRAINO F., *Critica della causa al servizio dell'adeguatezza in concreto del contratto. Il caso dell'assicurazione della responsabilità civile con copertura claims made*, in *Eur. dir. priv.*, 2019, p. 1045.
- PIRAINO F., *Il controllo giudiziale di buona fede sulla clausola risolutiva espressa - Il commento* (nota a Cass., 23 novembre 2015, n. 23868), in *Contratti*, 2016, p. 659.
- PIRAINO F., *Il diritto europeo e la «giustizia contrattuale»*, in *Eur. dir. priv.*, 2015, p. 248.
- PIRAINO F., *La buona fede in senso oggettivo*, Torino, 2015.
- PIRAINO F., *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi» ovvero dell'inadempimento incontrovertibile e dell'inadempimento controvertibile*, in *Eur. dir. priv.*, 2008, p. 83.
- PIRAINO F., *Sulla natura non colposa della responsabilità contrattuale*, in *Eur. dir. priv.*, 2011, p. 1019.
- PISU A., *L'adeguamento dei contratti tra ius variandi e rinegoziazione*, Napoli, 2017.
- PLAIA A., *Ambito operativo dell'art. 1229 c.c. e responsabilità ex recepto*, in *Obbl. contr.*, 2012, p. 839.
- POLACCO V., *Le obbligazioni nel diritto civile italiano*, I, Roma, 1915.
- POLIDORI S., *L'incidenza della dottrina sulla giurisprudenza nell'appalto: proporzionalità, ragionevolezza e «giusto rimedio» nella soluzione dei problemi applicativi*, in *Rass. dir. civ.*, 2016, p. 569.
- POLIDORI S., *Ragionevolezza, proporzionalità e «giusto rimedio»*, in G. PERLINGIERI, A. FACHECHI (a cura di), *Ragionevolezza e proporzionalità nel diritto contemporaneo*, Napoli, 2017.
- POMATA G., *La promessa di guarigione. Malati e curatori in antico regime*, Roma-Bari, 1994.
- PONTECORVO A., *L'impossibilità sopravvenuta della prestazione per fatto imputabile al creditore*, Milano, 2007.
- PONZANELLI G., *Le clausole di esonero dalla responsabilità civile*, Milano, 1984.
- PONZANELLI G., *Responsabilità civile. Profili di diritto comparato*, Bologna, 1992.
- POTHIER R.J., *Traité des donations*, in *Œuvres complètes de Pothier*, XIV, nouv. éd., Paris, 1821-1824.
- PRADO M.C.A., *La teoria dell'hardship nei principi dell'Unidroit relativi ai contratti del commercio internazionale (Un approccio comparativo*

- dei principi e le soluzioni adottate dal diritto francese e dal diritto americano), in *Dir. comm. int.*, 1997, p. 323.
- PREDELLA C., *La figura dell'uomo medio nella storia del diritto e nel sistema giuridico privato*, Torino, 1934.
- PRESTI G., *La rinegoziazione dei mutui ipotecari. Qualificazione e disciplina*, in *Riv. dir. priv.*, 1999, p. 267.
- PROSPERI F., *Il contratto di subfornitura e l'abuso di dipendenza economica. Profili ricostruttivi e sistematici*, Napoli, 2002.
- PROTO M., *Termine essenziale e adempimento tardivo*, Milano, 2004.
- PRUSSIANI C., *Il dolo nell'inadempimento*, in *Contr. impr.*, 2016, p. 961.
- PUCCELLA R., *I difficili assetti della responsabilità medica*, in *Nuova giur. civ. comm.*, II, 2007, p. 445.
- PULITANÒ D., *Colpa ed evoluzione del sapere scientifico*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, p. 648.
- QUARTA F., *Risarcimento e sanzione nell'illecito civile*, Napoli, 2013.
- RACCA G.M., *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione tra autonomia e correttezza*, Napoli, 2000.
- RAISER G., *Die gerichtliche Kontrolle von Formularbedingungen im amerikanischen und deutschen Recht*, Karlsruhe, 1966, p. 31.
- RAISER L., *Das Recht der allgemeinen Geschäftsbedingungen*, Bad Homburg, 1961.
- RAMBERG J., *Incoterms 2010*, in *Eur. J.L. Reform*, 13, 3-4, 2011, p. 380.
- REALMONTE F., *Caso fortuito e forza maggiore*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., II, Torino, 1988.
- REDENTI E., *Dei contratti nella pratica commerciale*, I, Padova, 1931.
- RESCIGNO P., *Condizione (dir. vigente)*, in *Enc. dir.*, VIII, Milano, 1961.
- RESCIGNO P., *L'autonomia dei privati*, in A.A. V.V., *Studi in onore di G. Scaduto*, Padova, 1968.
- RESCIGNO P., *Una nuova stagione per le clausole generali*, in *Giur. it.*, 2011, p. 1689.
- RESCIO G., *La traslazione del rischio contrattuale nel leasing*, Milano, 1989.
- RESTIVO C., *Contributo ad una teoria dell'abuso del diritto*, Milano, 2007.
- RICCI A., *Eguaglianza, ragionevolezza e logica giuridica*, Milano, 2006.
- RICCI A., *Il criterio di ragionevolezza nel diritto privato*, Padova, 2007.
- RICCI F., *I contratti del consumatore in generale*, in L. ROSSI CARLEO (a cura di), *Diritto dei consumi: soggetti, contratti, rimedi*, Torino, 2012.
- RICCI F., *Potere "normativo" dei privati, clausole generali e disciplina dei contratti*, in MAR. NUZZO (a cura di), *Il principio di sussidiarietà nel diritto privato*, I, Torino, 2014.

- RICCIO A., *Dell'eccessiva onerosità*, artt. 1467-1469, in *Comm. c.c. Scialoja e Branca, Libro quarto - Delle obbligazioni*, Bologna-Roma, 2010.
- RIDDLER P., WELLER M.P., *Unforeseen Circumstances, Hardship, Impossibility and Force Majeure under German Contract Law*, in *Eur. Rev. Priv. L.*, 22, 3, 2014, p. 371.
- RIMKE J., *Force majeure and hardship: Application in international trade practice with specific regard to the CISG and the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*, in *Pace Rev. of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, 1999-2000, p. 197.
- RINALDI R., TURITTO F., *L'abuso di dipendenza economica*, in P. SPoSATO, M. COCCIA (a cura di), *La disciplina del contratto di subfornitura nella l. n. 192 del 1998*, Torino, 1999.
- RINALDO M., *Il contatto sociale qualificato nella controversa natura della responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione*, in *Riv. not.*, 2017, p. 787.
- RIPERT G., *Droit maritime*, II, Paris, 1952.
- RISK R.C.B., *Recent Developments in Contracts*, *Law Society of Upper Canada Special Lectures*, 1966, p. 253.
- RIVA I., *Le clausole claims made nell'assicurazione della responsabilità civile, tra resistenze giudiziali e coperture obbligatorie*, in *Contr. impr.*, 2018, p. 1061.
- RIVA I., *Limitazione della responsabilità e definizione dell'oggetto: due modi per un sindacato giudiziale sull'equilibrio del contratto di assicurazione*, in *Assicurazioni*, 2014, p. 581.
- RIZZO F., *Recesso unilaterale*, in P. PERLINGIERI, *Il codice civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, Napoli, 2010.
- RIZZO V., *Interpretazione dei contratti e relatività delle sue regole*, Napoli, 1985.
- RIZZUTI M., *Nullità per mancanza di causa - ancora in tema di nullità ed equilibrio contrattuale* (nota a Cass., 4 novembre 2015, n. 22567), in *Giur. it.*, 2016, p. 835.
- ROBINO P., *Les conventions d'irresponsabilité dans la jurisprudence contemporaine*, in *Rev. trim. droit civ.*, 1951, p. 1.
- ROBLOT R., *De la faute lourde en droit privé français*, in *Rev. trim. droit civ.*, 1943, p. 5.
- ROCHFELD J., *Cause et type de contrat*, Paris, 1999.
- RODIÈRE R., *Une notion menacée: la faute ordinaire dans les contrats*, in *Rev. trim. droit civ.*, 1954, p. 315.
- RODOTÀ S., *Diligenza (dir. civ.)*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964.
- RODOTÀ S., *Il controllo sulle condizioni generali di contratto*, in G. AMATO,

- S. CASSESE, S. RODOTÀ (a cura di), *Il controllo sociale delle attività private*, Genova, 1972.
- RODOTÀ S., *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1964.
- RODOTÀ S., *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 2004.
- ROLLI R., *L'impossibilità sopravvenuta della prestazione imputabile al creditore*, Padova, 2000.
- ROMANO SALV., *Vendita. Contratto estimatorio*, in *Tratt. dir. civ.* Grosso, Santoro-Passarelli, Milano, 1960.
- ROMANO SANTI, *Interpretazione evolutiva*, in ID., *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1994.
- ROMEO C., *Inadempimento doloso e risarcimento del danno imprevedibile*, in *Resp. civ. prev.*, 2004, p. 972.
- ROPPO V., *Ancora su contratto asimmetrico e terzo contratto: le coordinate del dibattito, con qualche elemento di novità*, in G. ALPA, V. ROPPO (a cura di), *La vocazione civile del giurista: saggi dedicati a Stefano Rodotà*, Roma-Bari, 2013.
- ROPPO V., *Autonomia privata e poteri unilaterali di conformazione del contratto*, in A. BELVEDERE, C. GRANELLI (a cura di), *Confini attuali dell'autonomia privata*, Padova, 2001.
- ROPPO V., *Clausole vessatorie (nuova normativa)*, in *Enc. giur.*, VI, Roma, 1996.
- ROPPO V., *Contratti standard. Autonomia e controlli nella disciplina delle attività negoziali di impresa*, 1975, rist. integr., Milano, 2017.
- ROPPO V., *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppi di un nuovo paradigma*, in *Riv. dir. priv.*, 2001, p. 777.
- ROPPO V., *Il contratto del duemila*, 3<sup>a</sup> ed., Torino, 2011.
- ROPPO V., *Il contratto*, in *Tratt. dir. priv.* Iudica e Zatti, 2<sup>a</sup> ed., Milano, 2011.
- ROPPO V., *Prospettive del diritto contrattuale europeo. Dal contratto del consumatore al contratto asimmetrico*, in *Corr. giur.*, 2009, p. 267.
- ROPPO V., *Responsabilità contrattuale: funzioni di deterrenza?*, in *Lav. dir.*, 2017, p. 410.
- ROSELLI F., *Clausole generali. Iura novit curia. Contraddittorio*, in *Giur. it.*, 2011, p. 1701.
- ROSSELLO C., *Sopravvenienze impreviste e adattamento del contratto nel diritto inglese e statunitense*, in *Studi urbinati*, 1987, 38-40, p. 225.
- ROSSI F., *Prevedibilità del danno*, in M. COSTANZA (a cura di), *Il danno contrattuale*, Torino, 2014.
- ROSSI S., *Contatto sociale (Fonte di obbligazione)*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., Agg. V, Torino, 2010.

- ROWAN S., *Remedies for Breach of Contract: A Comparative Analysis of the Protection of Performance*, Oxford, 2012.
- RUBINO D., *La compravendita*, in *Tratt. dir. civ. comm.* Cicu e Messineo, 2<sup>a</sup> ed., Milano, 1971.
- RUBINO D., *Libertà contrattuale e inserzione automatica di clausole*, in *Moneta e credito*, 1948, p. 530.
- RUBINO D., IUDICA G., *Dell'appalto*, in *Comm. c.c.* Scialoja e Branca, *sub artt.* 1655-1677, Bologna-Roma, 1992.
- RUBINO D., MOSCATI E., *L'appalto*, in *Tratt. dir. civ. it.* Vassalli, Torino, 1980.
- RUFFOLO U., *Colpa e responsabilità, La responsabilità e il danno, Attuazione e tutela dei diritti*, III, *Diritto civile*, diretto da N. Lipari e P. Rescigno, coordinato da A. Zoppini, IV, Milano, 2009.
- RUPERTO C., *Prescrizione e decadenza*, in *Giur. sist. civ. comm.*, diretta da W. Bigiavi, Torino, 1985.
- RUSSO D., *Il patto penale tra funzione novativa e principio di equità*, Napoli, 2010.
- SACCO R., *Il concetto di interpretazione del diritto*, Torino, 1947.
- SACCO R., *Il contratto*, in *Tratt. dir. civ.* Sacco e De Nova, II, Torino, 1993.
- SACCO R., in R. SACCO e G. DE NOVA, *Il contratto*, II, Torino, 2004.
- SACCO R., *Interesse meritevole di tutela*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, Agg. V, Torino, 2010.
- SACCO R., *La buona fede nella teoria dei fatti giuridici di diritto privato*, Milano, 1949.
- SACCO R., *Volontà, intento, vizi del consenso*, in *Tratt. dir. priv.* Rescigno, in *Obbl. contr.*, Torino, 1982.
- SALEILLES R., *De la déclaration de volonté. Contribution à l'étude de l'acte juridique dans le code civil allemand*, Paris, 1901.
- SANOGO A., *L'obligation essentielle dans le contrat*, mémoire de maîtrise, master I, Dijon, Université de Bourgogne, 2005.
- SANTAGATA C., *Del mandato. Delle obbligazioni del mandatario. Delle obbligazioni del mandante*, in *Comm. c.c.* Scialoja e Branca, *sub artt.* 1710-1721, Bologna-Roma, 1998.
- SANTARELLI U., *La categoria dei contratti irregolari*, Torino, 1984.
- SANTORO PASSARELLI F., *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1985.
- SANTORO PASSARELLI F., *Prescrizione e decadenza*, in *Riv. dir. civ.*, 1926, p. 556.
- SANTUCCI G., "Diligentia quam in suis" e valutazione della responsabilità per colpa "con minor rigore" nel codice civile italiano, in *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato*, II, Napoli, 2006.

- SARACENO P., *Della decadenza*, in *Comm. c.c. d'Amelio e Finzi, Della tutela dei diritti*, Firenze, 1943.
- SARACINI E., *Nullità e sostituzione di clausole contrattuali*, Milano, 1971.
- SARGENTI M., *Rischio contrattuale (dir. rom.)*, in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989.
- SARTORI F., *Contributo allo studio della clausola risolutiva espressa*, Napoli, 2012.
- SCACCIA G., *Gli "strumenti" della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Milano, 2000.
- SCALAMOGNA M., *La ripartizione dell'onere probatorio nella responsabilità medica: l'ultimo (?) «revirement» giurisprudenziale*, in *Riv. dir. priv.*, 2005, p. 368.
- SCALISI V., *Lineamenti di una teoria assiologica dei rimedi giuridici*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, p. 1045.
- SCARANO L.A., sub art. 1469-ter, IV comma, in G. ALPA, S. PATTI (a cura di), *Le clausole vessatorie nei contratti con i consumatori*, Milano, 1997.
- SCARPA D., *Ricostruzione ermeneutica della hardship clause nel diritto positivo italiano*, in *Contr. impr.*, 2013, p. 951.
- SCHELHAAS H., Art. 7.1.6 (*Exemption clauses*), in S. VOGENAUER (a cura di), *Commentary on the Unidroit Principles of International Commercial Contracts (PICC)*, 2<sup>a</sup> ed., Oxford, 2015.
- SCHLECHTRIEM P., *Uniform Sales Law: The UN-Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, Vienna, 1986.
- SCHROETER U.G., Article 25, in I. SCHWENZER (a cura di), *Schwenzler&Schlechtriem Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, 3<sup>rd</sup> ed., Oxford, 2010.
- SCHROETER U.G., *The Validity of International Sales Contracts: The Irrelevance of the 'Validity Exception' in Article 4 Vienna Sales Convention and a Novel Approach to Determining the Convention's Scope*, in I. SCHWENZER e L. SPAGNOLO (a cura di), *Boundaries and Intersections: The 5<sup>th</sup> Annual MAA Schlechtriem CISG Conference*, The Hague, 2014.
- SCHUPFER F., *Il diritto delle obbligazioni in Italia nell'età del risorgimento*, I, Torino, 1921, p. 259 ss.
- SCHUPFER F., *Il diritto privato dei popoli germanici con speciale riguardo all'Italia*, III, Città di Castello e Roma-Torino-Firenze, 1909.
- SCIALOJA V., *Lezioni sul diritto delle obbligazioni*, Roma, 1988.
- SCIANCELEPORE G., Art. 33, in *Comm. cod. cons.* Stanzone e Sciancalepore, Milano, 2006.
- SCOGNAMIGLIO C., *L'integrazione*, in *Tratt. dei contratti* Rescigno e Gabrielli, I *contratti in generale*, a cura di Gabrielli, II, Torino, 2006.

- SCOGNAMIGLIO C., *Problemi della causa e del tipo*, in *Tratt. contr.* Roppo, II, *Regolamento*, a cura di Vettori, Milano, 2006.
- SCOGNAMIGLIO C., *Responsabilità precontrattuale e “contatto sociale qualificato”*, in *Resp. civ. prev.*, 2016, p. 195.
- SCOGNAMIGLIO R., *Contratti in generale*, in *Tratt. dir. civ.* Grosso e Santoro-Passarelli, IV, 2, Milano, 1972.
- SCOGNAMIGLIO R., *Negoziio giuridico*, in *Enc. giur. Treccani*, XX, 1990.
- SCOGNAMIGLIO R., *Rischio e impresa*, in *Riv. dir. comm.*, 1967, I, p. 417.
- SCORZA B., *La clausola di assicurazione nella polizza di carico*, in *Riv. dir. nav.*, 1935, II, p. 257.
- SCUTO S., *Istituzioni di diritto privato*, II, 1, Napoli, 1952.
- SEFTON-GREEN R., *La notion d'obligation fondamentale: comparaison franco-anglaise*, Paris, 2000.
- SEGRÈ G., *Sul deposito irregolare in diritto romano*, in *Boll. ist. dir. rom.*, XIX, 1907, p. 197 ss.
- SEGRÈ G., *Sulla teoria della impossibilità della prestazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1919, p. 760.
- SHELTON D., *Introduction: Law, Non-Law and the Problem of “Soft Law”*, in ID. (a cura di), *Commitment and Compliance: The Role of Non Binding Norms in the International Legal System*, Oxford-New York, 2000.
- SHINE D., *“Best efforts” Standards Under New York Law: Legal and Practical Issues*, in *The M&A Lawyer*, 7, 9, 2004, p. 15.
- SICA S., *Gentlemen's agreement e intento giuridico*, Napoli, 1995.
- SICA S., *Gentlemen's agreements e intento giuridico negativo: elaborazione dottrinale e «risveglio» giurisprudenziale*, in *Contratti*, 2001, p. 621.
- SICCHIERO G., *Buona fede e rischio contrattuale*, in *Contr. impr.*, 2006, p. 919.
- SICCHIERO G., *Come si valuta il merito della diligenza professionale?*, nota a Cass., 20 agosto 2015, n. 17016, in *Giur. it.*, 2016, p. 337.
- SICCHIERO G., *Dalle obbligazioni “di mezzi e di risultato” alle “obbligazioni governabili o non governabili”*, in *Contr. impr.*, 2016, p. 1391.
- SICCHIERO G., *Dell'adempimento (artt. 1176-1179)*, in *Comm. c.c.* Schlesinger, Milano, 2016.
- SICCHIERO G., *La rinegoziazione*, in *Contr. impr.*, 2002, p. 774.
- SILIQVINI CINELLI L., *Responsabilità civile del notaio - Criteri di configurabilità e casistica nel mercato delle regole*, Milano, 2011.
- SIMITIS K., *Gute Sitten und ordre public*, Marburg, 1960.
- SIMPSON A.W.B., *A History of the Common Law of Contract*, Oxford, 1975.

- SIRENA P., *L'obbligo di protezione a carico di chi si ingerisce nell'altrui sfera giuridica e la restituzione del profitto ingiustificato*, in *Contr. impr./Eur.*, 2010, p. 9.
- SMIROLODO A., *Profili della risoluzione per inadempimento*, Milano, 1982.
- SPASIANO E., *Il fondamento logico del principio limitativo della responsabilità armatoriale*, in *Riv. dir. nav.*, 1943-1948, I, p. 124.
- SPOTO G., *Risarcimento e sanzione*, in *Eur. dir. priv.*, 2018, p. 489.
- STELLA G., *Impossibilità della prestazione per fatto imputabile al creditore*, Milano, 1995.
- STELLA G., *L'inadempimento del contratto di donazione*, in *Tratt. succ. don.* Bonilini, VI, Milano, 2009.
- STOLFI G., *Appalto-Trasporto*, in *Tratt. dir. civ.* Grosso e Santoro Passarelli, Milano, 1961.
- STOLFI G., *Il principio di buona fede*, in *Riv. dir. comm.*, 1964, I, p. 176.
- STOLFI G., *Teoria del negozio giuridico*, Padova, 1947.
- STOLL H., *Abschied von der Lehre von der positiven Vertragsverletzung*, in *Arch. ziv. Praxis*, 136, 1932, p. 298.
- STRAUCH M., *La loi allemande sur les conditions générales et les clauses limitatives de responsabilité*, *Int. Bus. L.J.*, 1985, p. 495.
- TALAMANCA M., *Colpa civile (storia)*, in *Enc. dir.*, VII, Milano, 1960.
- TALAMANCA M., *Contratto e patto nel diritto Romano*, in *Estratto dal Digesto*, IV, Torino, 1989.
- TALAMANCA M., *La tipicità dei contratti romani fra "conventio" e "stipulatio" fino a Labeone*, in A.A. V.V., *Contractus e pactum. Tipicità e libertà negoziale nell'esperienza tardo-repubblicana*, Atti del convegno di Copanello, 1988, Napoli, 1992.
- TAMPONI M., *Contributo all'esegesi dell'art. 1419 c.c.*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1978, p. 105.
- TAMPONI M., *La clausola risolutiva espressa*, in U. CARNEVALI, E. GABRIELLI e M. TAMPONI, *La risoluzione*, in *Tratt. dir. priv.* Bessone, *Il contratto in generale*, VIII\*\*, Torino, 2011.
- TAMPONI M., *La risoluzione per inadempimento*, in A.A.Vv., *I contratti in generale*, in *Tratt. contr.* Rescigno, II, Torino, 1999.
- TARELLO G., *L'interpretazione della legge*, Milano, 1955.
- TARELLO G., *Storia della cultura giuridica moderna. Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna, 1976.
- TARTAGLIA P., *L'adeguamento del contratto alle oscillazioni monetarie*, Milano, 1987.
- TARTANO M., *La rinegoziazione nei finanziamenti bancari*, Napoli, 2003.
- TASSONE B., *Non solo moda (ma anche rewriting contrattuale): commento alla prima decisione in materia di abuso di dipendenza economica*, in *Danno resp.*, 2002, p. 770.

- TEDESCHI V., *Decadenza, a) Diritto e procedura civile*, in *Enc. dir.*, XI, 1962.
- TERRÉ F., SIMLER P., LEQUETTE Y., *Droit civil, Les obligations*, 2005.
- TESCARO M., *La prevedibilità del danno tra Codice civile e Convenzione di Vienna*, in *Contr. impr./Eur.*, 2014, p. 710.
- THUNIS X., *Une notion fuyante: l'obligation essentielle du contrat*, in *Mélanges Marcel Fontaine*, Bruxelles, 2003.
- THYS P.J., GOLUB M.J., *Limiting a Seller's Liability under United States Law in Commercial and Government Contracts*, *Int. Bus. L.J.*, 1985, p. 523.
- TOMMASINI R., *Revisione del rapporto (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989.
- TORRENTE A., *La donazione*, a cura di Carnevali e Mora, in *Tratt. dir. civ. comm.* Cicu e Messineo, 2ª ed., Milano, 2006.
- TORRENTE A., *Le clausole di esonero e le clausole limitative della responsabilità*, in *Giust. civ.*, 1951, I, p. 247.
- TORRENTE A., *Manuale di diritto privato*, Milano, 1952.
- TOTI B., *Condizione testamentaria e libertà personale*, Milano, 2004.
- TRABUCCHI A., *Errore (dir. civ.)*, in *Nov. Dig. it.*, VI, Torino, 1960.
- TRABUCCHI A., *Istituzioni di Diritto civile*, Padova, 2ª ed., 1954.
- TRAISCI F.P., *Sopravvenienze contrattuali e rinegoziazione nei sistemi di civil e di common law*, Napoli, 2003.
- TREITEL G., *Frustration and Force Majeure*, London, 2014.
- TRIMARCHI P., *Il contratto: inadempimento e rimedi*, Milano, 2010.
- TRIMARCHI P., *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milano, 1961.
- TRIMARCHI P., *Sul significato economico dei criteri di responsabilità contrattuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1970, p. 512.
- TRIMARCHI V.M., *La clausola penale*, Milano, 1954.
- TRIVELLONI S., *Obbligazioni di mezzi e di risultato*, in *Enc. giur.*, Roma, 2006.
- TROIANO S., *La ragionevolezza nel diritto dei contratti*, Padova, 2005.
- TUCCARI E., *La prevedibilità del danno come criterio di equilibrio contrattuale*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2012, p. 565.
- TUCCI G., *Garanzia*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., VIII, Torino, 1992.
- TUNC A., *Distinzione delle obbligazioni di risultato e di diligenza*, in *Nuova riv. dir. comm. dir. ec. dir. sociale*, 1947/48, p. 126.
- TURCO C., *L'imputabilità e l'importanza dell'inadempimento nella clausola risolutiva espressa*, Torino, 1997.
- UGOLINI S., *I gentlemen's agreements sono giuridicamente vincolanti?*, in *Contr. impr.*, 2001, p. 1050.
- VALCAVI G., *Sulla prevedibilità del danno da inadempimento contrattuale*, in *Foro it.*, 1990, I, c. 1948.

- VELLUZZI V., *Le clausole generali. Semantica e politica del diritto*, Milano, 2010.
- VENEZIAN G., *Clausola di irresponsabilità in contratti e in ispecie nel mandato*, in *Opere giuridiche, Studi delle obbligazioni*, II, *Scritti minori*, Roma, 1929.
- VENEZIAN G., *Del danno e del risarcimento fuori dei contratti*, in *Studi sulle obbligazioni*, I, Roma, 1919.
- VENOSTA F., *Prestazione non dovute, "contatto sociale" e doveri di protezione "autonomi"*, in *Eur. dir. priv.*, 2014, p. 113.
- VENOSTA F., *Profili della disciplina dei doveri di protezione*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, I, p. 841.
- VENZI G., in E. PACIFICI-MAZZONI, *Istituzioni di diritto civile*, 5, IV, Firenze, 1920.
- VERGA A., *Colpa aquiliana e prevedibilità del danno*, in *Scritti in memoria di Ageo Arcangeli*, 2, Padova, 1939.
- VERGA A., *Errore e responsabilità nei contratti*, Milano, 1941.
- VERNETTI U., *Sulla invalidità della "insurance clause"*, commento a App. Genova, 7 dicembre 1934, in *Foro it.*, 1939, I, c. 1110.
- VETTORI G., *Contratto giusto e rimedi effettivi*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2015, p. 787.
- VETTORI G., *Controllo giudiziale del contratto ed effettività delle tutele*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, p. 151.
- VETTORI G., *Effettività delle tutele (dir. civ.)*, in *Enc. dir.*, Ann., X, Milano, 2017.
- VETTORI G., *Libertà di contratto e disparità di potere*, in *Riv. dir. priv.*, 2005, p. 756.
- VIGLIONE F., *Prevedibilità del danno e dolo del debitore*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, p. 1180.
- VILLA G., *Danno e risarcimento contrattuale*, in *Tratt. contr. Roppo*, V, *Rimedi-2*, Milano, 2006.
- VILLELLA A., *Sull'importanza dell'inadempimento nella clausola risolutiva espressa*, Soveria Mannelli, 2013.
- VISENTINI G., *Tratt. breve resp. civ., Fatti illeciti. Inadempimento. Danno risarcibile*, Padova 1996.
- VISINTINI G., *Inadempimento e mora del debitore (artt. 1218-1222)*, in *Comm. c.c. Schlesinger*, Milano, 1987.
- VISINTINI G., *L'imputabilità e la colpa in rapporto agli altri criteri di imputazione della responsabilità*, 2<sup>a</sup> ed., Padova, 1998.
- VISINTINI G., *La colpa in rapporto agli altri criteri di imputazione della responsabilità*, Padova, 1990.
- VISINTINI G., *La responsabilità contrattuale per fatto degli ausiliari*, Padova, 1965.

- VISINTINI G., *Osservazioni critiche sulla supposta esistenza di un principio di equiparazione della colpa grave al dolo*, in *Dir. mar.*, 1981, p. 217.
- VISINTINI G., *Risarcimento del danno*, in *Tratt. dir. priv.* Rescigno, IX, Milano, 1984.
- VISMARA G., *La prassi giuridica altomedievale*, in *Labeo*, XXII, 1976.
- VITUCCI P., "Ogni ritardo sarà considerato di scarsa importanza" (*Ipotesi sul patto di evitando risoluzione*), in *Riv. dir. civ.*, 1988, II, p. 577.
- VOGENAUER S., *Art. 4.5 (All terms to be given effect)*, in S. VOGENAUER (a cura di), *Commentary on the Unidroit Principles of International Commercial Contracts (PICC)*, 2<sup>nd</sup> ed., Oxford, 2015.
- VOLPE F., *La rilevanza dello squilibrio contrattuale nel diritto dei contratti*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, p. 303.
- VOLPE PUTZOLU G., *L'assicurazione*, in *Tratt. dir. priv.* Rescigno, 13, Torino, 1985.
- VON HIPPEL E., *The Control of Exemption Clauses. A Comparative Study*, in *Int. Comp. L.Q.*, 16, 1967, p. 591.
- VON JHERING R., *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, II, Lipsia, 1858.
- VON SAVIGNY F.K., *Sistema del diritto romano attuale*, trad. it. di Scialoja, III, Torino, 1889.
- WADDAMS S.M., *Contracts - Exemption Clauses - Fundamental Breach - Unconscionability*, in *Univ. W. Ontario L. Rev.*, 17, 1978, p. 295.
- WADE W.R., *The Principle of Impossibility in Contract*, in *Law Quart. Rev.*, 1940, 56, p. 519.
- WALINE M., *L'individualisme et le droit*, Montchrestien, 1949.
- WEDDERBURN K.W., *Contract - Exemption Clauses - Fundamental Breach - Main Objects of Contract*, in *Cambridge L.J.*, 16, 1957, p. 20.
- WIEACKER F., *Leistungshandlung und Leistungserfolg im bürgerlichen Schuldrecht*, in *Festschr. Nipperdey*, I, München-Berlin, 1965.
- WILL M., *Article 25*, in C.M. BIANCA, M.J. BONELL (a cura di), *Commentary on the International Sales Law: The 1980 Vienna Sales Convention*, Milano, 1987.
- WILSON N.S., *Freedom of Contract and Adhesion Contracts*, in *Int. Comp. L.Q.*, 14, 180, 1965, p. 172.
- WINDSHEID B., *Diritto delle Pandette*, trad. it. di Fadda e Bensa, I, Torino, 1925.
- WITZ C., BOPP T., *Best Efforts, Reasonable Care: considérations de droit allemand*, in *Rev. droit aff. int.*, 1988, p. 1036.
- WLADIS J.D., *The Development of the Doctrine of Impossibility of Performance in English Contract Law*, in *Georgetown L.J.*, 1987, 75, p. 1579.

- WURMNEST W., *Inhaltskontrolle*, in *Münchener Kommentar zum BGB*, 2, 7<sup>a</sup> ed., München, 2016.
- ZACCHEO M., *Patti sul rischio e sopravvenienza*, Roma, 1994.
- ZANA M., *Valutazione con «minor rigore» della responsabilità per colpa*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1974, p. 23.
- ZELLER B., *Fundamental Breach and the CISG: A Unique Treatment or Failed Experiment*, in *Vindobona J. Int. Comm. L. Arb.*, 8, 2004, p. 81.
- ZENO ZENCOVICH V., *Responsabilità civile da reato*, Padova, 1989.
- ZICCARDI F., *Le norme interpretative speciali*, Milano, 1972.
- ZOPPINI A., *La donazione «ha forza di legge tra le parti» (per una rilettura della riserva di disporre del bene donato)*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, p. 223.
- ZOPPINI A., *La pena contrattuale*, Milano, 1991.
- ZORZETTO S., *La ragionevolezza dei privati: saggio di metagiurisprudenza esplicativa*, Milano, 2008.





LA BUONA STAMPA

Questo volume è stato impresso  
nel mese di settembre dell'anno 2021  
per le Edizioni Scientifiche Italiane s.p.a., Napoli  
Stampato in Italia / Printed in Italy  
red.nignat - ftc.intpie

*Per informazioni ed acquisti*

Edizioni Scientifiche Italiane - via Chiatamone, 7 - 80121 Napoli

Tel. 0817645443 - Fax 0817646477

Internet: [www.edizioniesi.it](http://www.edizioniesi.it)



Memorie del Dipartimento di Giurisprudenza  
dell'Università di Torino  
18/2021

7421133210



Questo volume, sprovvisto del taloncino a fronte, è da considerarsi copia saggio gratuito esente da IVA (art. 2, c. 3, lett. d, DPR 633/1972)

€ 58,00

ISBN 978-88-495-4693-4



LETIZIA COPPO  
L'esperto da responsabilità  
ESI