

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TORINO
Scuola di Dottorato in Scienze Umane e Sociali
Dottorato in “Diritto, Persona e Mercato”
XXIX ciclo
(a.a. 2016/2017)

“La governance contrattuale dei rimedi”

Relatore: chiar.mo Prof. Edoardo Ferrante

Tutor: chiar.ma Prof.ssa Carrie Menkel-Meadow

Dottoranda:
Letizia Coppo

INDICE SOMMARIO

INTRODUZIONE.....	IV
-------------------	----

CAPITOLO PRIMO IL POTERE DI ESTENDERE L'INADEMPIMENTO E RESTRINGERE L'IMPOSSIBILITÀ

1. Le clausole di <i>efforts</i> : genesi e applicazioni nel diritto anglo-americano.	1
2. Segue: il significato nel diritto italiano.	15
3. Il problema della graduabilità della diligenza.	20
4. Il potere delle parti di aggravare una responsabilità già aggravata o attenuata dalla legge.	29
5. Patti che trasformano gli obblighi “di mezzi” in obblighi “di risultato”: l’attualità della distinzione.	38
6. Le clausole di risultato come patti sull’oggetto della prova.....	45
7. Le clausole di risultato come patti sull’oggetto dell’obbligazione: i possibili modelli.....	53
8. Segue: un mutamento di prospettiva e di limiti.....	58
9. In particolare: il limite dell’impossibilità originaria della prestazione.	61
10. Segue: il limite dell’impossibilità sopravvenuta e le clausole di assunzione del fortuito da parte del debitore.	72
11. Il limite dell’impossibilità ripensato in chiave evolutiva: l’inesigibilità, l’eccessiva sproporzione e la mancanza di causa concreta.	80
12. Diligenza e interpretazione del contratto: il valore dei preamboli sulle qualità professionali delle parti.	91

CAPITOLO SECONDO IL POTERE DI RESTRINGERE L'INADEMPIMENTO ED ESTENDERE L'IMPOSSIBILITÀ

1. Il problema della qualificazione dei patti che restringono l’ambito dell’inadempimento.....	102
2. I limiti oggettivi e soggettivi alle clausole di esonero da responsabilità.....	108
3. Spunti da altri ordinamenti per un ripensamento dei limiti.....	116
4. L’applicabilità dei limiti ad alcune ipotesi speciali di responsabilità.	125
5. I rimedi contro le clausole che violano i limiti: l’interpretazione conservativa e la nullità parziale.	134

6. L'ammissibilità di un esonero da responsabilità per "inadempimento efficiente".....	141
7. L'ammissibilità di un esonero da responsabilità precontrattuale.....	147
8. Clausole di esonero, concorso di responsabilità contrattuale e aquiliana e danno non patrimoniale da inadempimento.....	158
9. Il potere delle parti di escludere l'integrazione del contratto: spunti dalle clausole di <i>entire agreement</i> e <i>no-supplementation</i>	165
10. Il potere delle parti di derogare ai presupposti dell'eccessiva onerosità e dell'impossibilità: le clausole di <i>hardship</i> e di <i>force majeure</i>	174

CAPITOLO TERZO

IL POTERE DI ESCLUDERE I RIMEDI PREVISTI DALLA LEGGE

1. Le clausole di <i>sole</i> o <i>exclusive remedy</i> : riflessioni preliminari.	185
2. Il patto d'irrisolubilità per inadempimento in senso stretto.	192
3. Il patto d'irrisolubilità per inadempimento in senso lato.	202
4. L'eccezione d'irrisolubilità per inadempimento e il suo potenziale contrasto con la buona fede esecutiva.	210
5. Il potere di escludere la risoluzione per impossibilità sopravvenuta e per eccessiva onerosità sopravvenuta: i limiti generali.....	218
6. Segue: l'estensione convenzionale dell'alea del contratto e il controllo di meritevolezza.	226
7. Segue: peculiarità della questione nei contratti che programmano l'effetto traslativo.....	234
8. Clausole d'irrisolubilità e abuso di dipendenza economica.	240
BIBLIOGRAFIA	248

INTRODUZIONE

Nel corso degli ultimi secoli il diritto contrattuale ha attraversato fasi di profonda metamorfosi. L'avvento di un'economia basata sulle catene produttive, che ha catapultato l'accordo in una dimensione finanziaria e transnazionale, la sempre più libera circolazione nello spazio europeo dei modelli negoziali anglo-americani, pensati per essere impermeabili a qualunque diritto altro da quello che essi stessi stabiliscono, e la crescente relazionalità dei contratti (almeno quelli tra imprese non piccole), che li trasforma da semplici rapporti "a doppio senso" in vere e proprie reti hanno gradualmente messo sotto processo il sistema dei rimedi contrattuali di parte generale ⁽¹⁾. Soprattutto la risoluzione nelle sue tre forme, come concepita dal codice civile, si rivela incapace di far fronte ai problemi sollevati da rapporti contrattuali così complessi.

Tale inadeguatezza si manifesta, tanto nella descrizione delle fattispecie che legittimano l'esperimento del rimedio, quanto nell'applicazione a dette fattispecie di rimedi ablativi anziché manutentivi. In pendenza del rapporto contrattuale potrebbe verificarsi un fatto che non è per l'ordinamento rilevante ai fini dell'applicazione di alcun rimedio ma fa comunque venir meno l'interesse di una parte alla manutenzione del contratto; oppure all'opposto potrebbe verificarsi un fatto cui la legge appresta quale unico rimedio la risoluzione, laddove sarebbe preferibile la conservazione del rapporto, in quanto il sinallagma è suscettibile di essere efficacemente riequilibrato con uno strumento alternativo come la rinegoziazione o altri meccanismi concepiti dall'immaginazione rimediale dei contraenti ⁽²⁾.

⁽¹⁾ Cfr. ROPPO, *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato* a cura di Iudica e Zatti, Milano, 2011, pp. 973-975. Sulla circolazione di modelli contrattuali pensati e redatti alla luce di altri ordinamenti cfr., sin d'ora, DE NOVA, *Il contratto alieno*, Torino, 2008, p. 89; ID., voce «*Contratto alieno*», in *Digesto delle discipline privatistiche* (sezione civile), 2009; ID., *Il contratto alieno e le norme materiali*, in *Rivista di diritto privato*, 2009; ID., *Il contratto: dal contratto atipico al contratto alieno*, Padova, 2011; e ID., *The Alien Contract – Il contratto «alieno»*, *ivi*, 2011, p. 487 ss. Da un punto di vista più strettamente legato al problema dell'interpretazione del contratto internazionale da parte del giudice italiano, cfr. FERRERI, *Il giudice italiano e l'interpretazione del contratto internazionale*, Padova, 2000. In chiave comparatistica si veda ID., *Canoni inglesi di interpretazione del contratto: un colloquio tra civil law e common law*, in *Studi G. Gorla*, Milano, 1994, p. 585 ss.

⁽²⁾ L'espressione "remedial imagination" si legge in MENKEL-MEADOW, *Toward Another View of Legal Negotiation: The Structure of Problem-Solving*, in *Ucla Law Review*, 31, 754, 1984, p. 789. In tema di rinegoziazione fondamentale è l'opera di MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996. Quali ulteriori contributi monografici si vedano MARASCO, *La rinegoziazione del contratto: strumenti legali e convenzionali a tutela dell'equilibrio negoziale*, Padova, 2006; CESÀRO, *Clausola di rinegoziazione e conservazione dell'equilibrio contrattuale*, Napoli, 2000; e in chiave comparatistica TRASCIA, *Sopravvenienze contrattuali e rinegoziazione nei sistemi di civil e di common law*, Napoli, 2003. Tra i numerosi saggi, particolarmente rilevanti sono MACARIO, *Regole e prassi della rinegoziazione al tempo della crisi – [Rules and practices of the renegotiation at the time of the crisis]*, in *Giustizia civile*, 2014, 3, pp. 825-865; BARCELLONA, *Appunti a proposito di obbligo di rinegoziazione e gestione delle sopravvenienze*, in *Europa e diritto privato*, 2003, 3, pp. 467-501; GENTILI, *La replica della stipula: riproduzione, rinnovazione, rinegoziazione del contratto*, in *Contratto e impresa*, 2003, 2,

In questo nuovo contesto, dove la prassi del commercio internazionale diventa la principale fonte del diritto dei contratti e il legislatore nazionale rimane inerte, il compito di “rivoluzionare” i rimedi spetta all’autonomia privata. All’interprete spetta, invece, il ruolo di percepire le tendenze evolutive in tema di rimedi e cogliere gli spunti offerti da altri ordinamenti per suggerire all’autonomia privata gli strumenti con cui attuare il cambiamento, di capire la portata dell’operazione, il ventaglio delle finalità e dei valori verso i quali può essere orientata e, soprattutto, i confini entro i quali essa deve essere irrinunciabilmente contenuta, giacché in un sistema potenzialmente dinamico e polifunzionale, come quello dei rimedi contrattuali, di fronte alla globalizzazione degli ordinamenti, la frammentazione delle regole giuridiche si rivela controproducente, vitale è invece la loro circolazione⁽³⁾.

Espressione di una delle tendenze evolutive del diritto europeo è lo stesso utilizzo del termine rimedio, parola pre-giuridica il cui etimo rimanda ai concetti di cura, medicina, antidoto, aiuto, riparo, ora tacciata di vaghezza, ora di semplice polisemia⁽⁴⁾. Talvolta si allude al rimedio come forma di tutela, cioè come schema di risposta sostanziale ad una determinata lesione, o, per dirla in modo più semplice, come quello che il danneggiato ha diritto di pretendere a fronte di una determinata lesione (ad esempio il risarcimento, la restituzione, l’esatto adempimento, ecc.); talaltra per rimedio s’intende la tecnica di tutela, cioè il

pp. 667-724; SICCHIERO, *La rinegoziazione*, *ivi*, 2002, 2, pp. 774-815. Cfr., inoltre, DEL PRATO, *Sulle clausole di rinegoziazione del contratto*, in *Rivista di diritto civile*, 2016, 3, pp. 801-809; LANDINI, *Vincolatività dell’accordo e clausole di rinegoziazione. L’importanza della “resilienza” delle relazioni contrattuali*, in *Contratto e impresa*, 2016, 1, pp. 179-204; e PATTI F.P., *Collegamento negoziale e obbligo di rinegoziazione*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2013, 2, I, pp. 120-127. Per una panoramica di alcune delle nuove frontiere rimediali “importate” dagli ordinamenti anglo-americani cfr. BITETTO, *Inadempimento contrattuale danni e rimedi opzionali*, Milano, 2013.

⁽³⁾ L’idea che la circolazione delle regole sia la risposta più idonea alla globalizzazione del diritto civile si fa sempre più strada nella giurisprudenza. In particolare essa è affermata a chiare lettere dalla ben nota ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite sulla questione della riconoscibilità dei danni punitivi nell’ordinamento italiano, e dunque con riguardo al sistema della responsabilità civile, ma ben può adattarsi al sistema dei rimedi contrattuali. Si tratta di Cass. (ord.), 16 maggio 2016, n. 9978, in *Giurisprudenza italiana*, 2016, p. 1854 ss., con nota di DI MAJO, *Riparazione e punizione nella responsabilità civile*; in *Diritto civile contemporaneo*, 30 gennaio 2017, con nota di NIVARRA, *Brevi considerazioni a margine dell’ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite sui “danni punitivi”*; *ivi*, 31 luglio 2016, con nota di GRONDONA, *L’auspicabile “via libera” ai danni punitivi, il dubbio limite dell’ordine pubblico e la politica del diritto di matrice giurisprudenziale (a proposito del dialogo tra ordinamenti e giurisdizioni)*; e *ivi*, 2 febbraio 2017, con commento di MONTANARI, *La resistibile ascesa del risarcimento punitivo nell’ordinamento italiano (a proposito dell’ordinanza n. 9978/2016 della Corte di Cassazione)*.

⁽⁴⁾ Sul tema non si può prescindere dall’opera di MAZZAMUTO S., *La nozione di rimedio nel diritto continentale*, in VETTORI (cur.), *Remedies in contract – The Common Rules for a European Law*, Padova, 2008, pp. 149-160. Per un dibattito sulle tendenze evolutive dei rimedi in una dimensione anche europea cfr. anche, *ivi*, i contributi di PERLINGIERI, *Rimedi e modello sociale europeo*, p. 203 ss.; PADOVINI, *Le clausole limitative delle impugnazioni contrattuali*, p. 179 ss.; NAVARRETTA, *La complessità del rapporto fra interessi e rimedi nel diritto europeo dei contratti*, p. 161 ss.; e SOMMA, *Prospettiva rimediale e diritto europeo dei contratti*, p. 257 ss. Di approccio rimediale parla anche, con riguardo alle ultime tendenze in materia di tutela specifica del credito, PIRAINO, *Alcune osservazioni in tema di rimedi*, in *Rivista di diritto dell’economia, dei trasporti e dell’ambiente*, VIII, 2010, p. 35. Rendono efficacemente l’idea della vaghezza della nozione le parole di DOBBS, *Law of Remedies. Damages-Equity-Restitution*, 2, St. Paul, 1993, p. 20: «*In a broad sense, almost any solution to any kind of problem can be regarded as a remedy*».

singolo strumento processuale (ad esempio l'esecuzione) attraverso si attua la pretesa sostanziale della parte ⁽⁵⁾).

Forme e tecniche di tutela assumono disparate sfumature e declinazioni là dove il sistema dei rimedi e dei diritti non è stato imposto, almeno in origine, da una codificazione, ma si è sviluppato progressivamente grazie all'opera della giurisprudenza e alla prassi ⁽⁶⁾. Così il *common law*, ancor prima di conoscere un catalogo di diritti, era avvezzo ad apprestare strumenti di tutela – le c.d. *forms of action* – contro le lesioni che di volta in volta si verificavano nei rapporti tra le parti ⁽⁷⁾. Da sempre, vige il principio per cui *ubi remedium ibi jus* e questo fa sì che il sistema mostri, rispetto a quello continentale, una maggior propensione a cogliere nuove esigenze di tutela ⁽⁸⁾. Si è parlato al riguardo di approccio rimediale, per contrapporlo a quella visione del diritto privato che concepisce la tutela come mero strumento per attuare diritti già enunciati preventivamente sul piano sostanziale ⁽⁹⁾.

Non stupisce allora che sia stata la contrattualistica anglo-americana ad aver dato i natali a un'ampia varietà di clausole sui rimedi, in un primo momento per l'esigenza di garantire tra le parti il rispetto del principio *pacta sunt servanda*, poi, a seguito dell'acquisizione di una certa egemonia nell'ambito dei traffici

⁽⁵⁾ Sulla distinzione tra i due profili in esame si veda, nell'ambito di quella scuola di pensiero della civilistica moderna che ha portato a reinterpretare il diritto privato attraverso la lente dei mezzi di attuazione dei diritti e degli interessi, anziché attraverso quella della loro enunciazione sul piano sostanziale, DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, 4° ed. riveduta e aggiornata, Milano, 2003, *passim*; e ID., *Forme e tecniche di tutela*, in MAZZAMUTO S. (cur.), *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, I, Napoli, 1989, p. 11 (ora ID., *Il linguaggio dei rimedi*, in *Europa e diritto privato*, 2005, p. 341 ss.). Più di recente cfr. MAZZAMUTO S. (cur.), *Le tutele contrattuali e il diritto europeo: scritti per Adolfo di Majo*, Napoli, 2012.

⁽⁶⁾ In questo senso anche DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, cit., p. 72 ss.

⁽⁷⁾ Cfr. LAWSON, *Remedies of English Law*, 2nd ed., London, 1980, *passim*.

⁽⁸⁾ Il dibattito sul rimedio inteso come “forma di tutela” è presente nella dottrina italiana sin dagli anni settanta. Già in quel periodo era diffusa l'idea che si dovesse rileggere il sistema del diritto privato dalla prospettiva dell'attuazione dei diritti e degli interessi, anziché da quella della loro enunciazione sul piano sostanziale. Centrale nel dibattito è l'opera di DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, cit. A livello intuitivo i connotati essenziali della nozione di rimedio, nell'ottica appena citata, sono i seguenti: «1) il rimedio è espressione di un potere di reazione del singolo (o comunque presuppone l'impulso di parte); 2) il bisogno di tutela si raccorda ad interessi che non sono necessariamente formalizzati in diritti soggettivi; 3) i rimedi costituiscono dispositivi tecnici immediatamente a ridosso del bisogno di tutela, che vengono distillati dall'intero armamentario concettuale del diritto sostanziale e processuale ed aspirano oramai ad una nuova tassonomia; 4) i rimedi vengono per lo più somministrati dal giudice sulla scorta di valutazioni che toccano persino l'adeguatezza, la proporzionalità, la ragionevolezza del rimedio medesimo». Così MAZZAMUTO, *Op. ult. cit.*, p. 152.

⁽⁹⁾ Descrive l'approccio rimediale come una «prospettiva radicalmente nuova di studio del diritto, una vera e propria *nova methodus discendae docendaeque iurisprudentiae*» NIVARRA, *Rimedi: un nuovo ordine del discorso civilistico?*, in *Europa e diritto privato*, 3, 2015, p. 583. Più ampiamente sul punto cfr. MAZZAMUTO, *Op. ult. cit.*, *passim*, secondo il quale osserva sono attualmente identificabili due concezioni diverse di rimedio: una più ampia per cui il rimedio è assunto come prospettiva metodologica, anziché come figura delimitata nei suoi confini; e una improntata al moderno concettualismo. Secondo quest'ultima visione, il rimedio «esprime la progressiva attualizzazione di un principio normativo di formulazione generale». In tal senso MESSINETTI, *Processi di formazione della norma e tecniche «rimediali» della tutela giuridica*, in *Scienza e insegnamento del diritto civile in Italia*, a cura di Scalisi, *Convegno di studio in onore del Prof. Angelo Falzea*, Milano, 2004, p. 209 ss.; e ID., *Sapere complesso e tecniche giuridiche rimediali*, in *Europa e diritto privato*, 2005, p. 605 ss.

commerciali su scala internazionale, per la necessità di dar vita a contratti in sé privi di lacune, autarchici e autosufficienti anche nella loro eventuale fase patologica e dunque immuni all'interferenza di qualunque legge⁽¹⁰⁾.

Da queste clausole conviene prendere le mosse per cercare una risposta alla domanda se esista anche nell'ordinamento italiano lo spazio per «organizzare un sistema di tutela attorno alla idea del “rimedio”, avente valenza sostanziale, anziché a quella del diritto soggettivo»⁽¹¹⁾. Da qui conviene cominciare per mappare le esigenze concrete delle parti e individuare gli strumenti a loro disposizione, con un'avvertenza però: l'iniziale efficienza di dette clausole ha condotto a un uso indiscriminato e traluzio delle medesime in qualunque relazione contrattuale, quasi fossero mere clausole di stile non degne di essere oggetto di trattativa, tanto che sono state definite *boilerplate*⁽¹²⁾. La stessa prassi che aveva elaborato le clausole ha finito per dimenticarne l'origine e la *ratio*, per abdicare alla sostanza in favore di una standardizzazione esasperata, la quale ha indotto talvolta la dottrina americana a parlare di “tirannia delle forme”, incorrendo in quei difetti cui aveva inteso rimediare⁽¹³⁾.

⁽¹⁰⁾ Si parla di contratti autosufficienti o di contratti “senza legge” (c.d. *self regulatory contracts*). Sul punto cfr. CARBONE S.M., *Il «contratto senza legge» e la convenzione di Roma del 1980*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 1983, p. 279 ss. Quanto alla dottrina straniera cfr. BÉRAUDO, *Faut-il avoir peur du contrat sans loi?*, in *Le droit international privé: esprit et méthodes. Mélanges P. Lagarde*, Paris, 2005, p. 93 ss.; e KASSIR, *Étude critique du contrat sans loi : réflexion sur le droit des relations contractuelles*, Lille, 1992. Il fenomeno in esame induce a interrogarsi, in una prospettiva più ampia, sul reale margine di azione delle parti nell'ambito delle norme dispositive di legge e quindi, correlativamente, sul potere del giudice di censurare gli interventi derogatori delle parti. Affronta il tema GRONDONA, *L'ordine giuridico dei privati: premesse teorico-generalì per uno studio sul diritto positivo in ambito contrattuale*, Soveria Mannelli, 2008.

⁽¹¹⁾ Così DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, cit., p. XVIII. Dalle clausole della prassi contrattuale anglo-americana si possono prendere solo le mosse, mentre alla risposta concorreranno altri fattori, giacché come osserva lo stesso Autore «il carattere più o meno “aperto” ed elastico di un sistema (di tutela) rispetto ad un altro dipende poi, in ultima analisi, dalle concrete politiche con le quali, come si dice, si provvedono ad attuare le scelte ordinamentali, più che dal diverso “armamentario” tecnico di cui ciascun sistema è dotato. Il *transfert* tra diritto soggettivo e “rimedio” è contrassegnato da un confine mobile, lungo il quale, si può dire, i diversi sistemi (di *Civil Law* e di *Common Law*) si rincorrono».

⁽¹²⁾ Si ritiene che il termine *boilerplate* derivi o dalla placatura delle caldaie a vapore diffuse in ogni dove all'epoca della rivoluzione industriale (in questo senso KASTNER, *The Persisting Ideal of Agreement in an Age of Boilerplate*, in *Law & Social Inquiry*, 35, 793, 2010, p. 802), o dalle placche di metallo, fisse e imm modificabili, che servivano per stampare i giornali (così PEEL, *The common law tradition: application of boilerplate clauses under English law*, in CORDERO-MOSS (ed.), *Boilerplate Clauses, International Commercial Contracts and the Applicable Law*, Cambridge University Press, 2011, p. 131). Quale ulteriore bibliografia sulle clausole in esame si vedano STARK (ed.), *Negotiating and drafting contract boilerplate*, New York, 2003; CHRISTOU, *Boilerplate: Practical Clauses*, 4° ed., London, 2005; GILO-PORAT, *The Hidden Roles of Boilerplate and Standard-Form Contracts: Strategic Imposition of Transaction Costs, Segmentation of Consumers, and Anticompetitive Effects*, in *Michigan Law Review*, 104, 983, 2005-2006; AHDIEH, *The Strategy of Boilerplate*, *ivi*, p. 1033; GIBSON, *Vertical Boilerplate*, in *Washington & Lee Law Review*, 70, 161, 2013.

⁽¹³⁾ Un'indagine più approfondita del rapporto tra forma e formalismo non può non prendere le mosse dalle riflessioni di IRTI N., *Studi sul formalismo negoziale*, Padova, 1997, naturale prosecuzione, riveduta e arricchita, di ID., *Idola libertatis: tre esercizi sul formalismo giuridico*, Milano, 1985, prima, e poi di ID., *Formalismo e attività giuridica*, in *Rivista di diritto civile*, 1990, 1, pp. 1-10. Le opere citate s'inseriscono nel contesto di un vivace dibattito dottrinale – i cui embrioni si rintracciano già nel volume di CAMMARATA, *Limiti tra formalismo e dommatica nelle*

Memore di ciò, l'autonomia privata deve compiere un passo ulteriore e trasformare una gestione occasionale della fase patologica del contratto in una vera e propria *contract governance*, elaborando tante strategie di tutela quante sono le lesioni dei singoli valori che in concreto si verificano ⁽¹⁴⁾. Anche “governo contrattuale” è un'espressione di gran moda nel dibattito attuale e anche questa reca in sé una pluralità di significati ⁽¹⁵⁾.

Tanto nel diritto interno quanto nel diritto europeo, si suole parlare di *governance* nel senso di regolamentazione imposta dall'alto e conformativa del contratto ai nuovi valori che di volta in volta l'ordinamento accoglie interpretando in senso evolutivo ora la Costituzione, ora la Carta di Nizza, ora la Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Qui si vuole, invece, intendere l'espressione nell'altra accezione che le è stata attribuita, quella forse meno indagata ⁽¹⁶⁾, vale a

figure di qualificazione giuridica, Catania, 1936 – sfociato nelle opere monografiche di FERRI, *Persona e formalismo giuridico: saggi di diritto civile*, Rimini, 1985 (dello stesso Autore cfr. anche *La cultura del civilista tra formalismo e antiformalismo*, in *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 1993, 3-4, pp. 157-192); e di PERLINGIERI P., *Forma dei negozi e formalismo degli interpreti*, Napoli, 1987. Le radici del predetto dibattito risalgono alla filosofia del diritto. Si possono citare, in particolare, KELSEN, *Formalismo giuridico e realtà sociale*, scritti di Hans Kelsen, Renato Treves, a cura di Paulson, Napoli, 1992; JORI, *Il formalismo giuridico*, Milano, 1980; CORRADINI, *Formalismo, costruzione giuridica e valori*, Milano, 1965; CAMMARATA, *Formalismo e sapere giuridico*, Bologna, 1962; NEGRI, *Alle origini del formalismo giuridico: studio sul problema della forma in Kant e nei giuristi kantiani tra il 1789 e il 1802*, Padova, 1962; BOBBIO, *Sul formalismo giuridico*, Milano, 1958 (e ID., *Formalismo giuridico e formalismo etico*, Modena, 1954; MARCHELLO, *Dal formalismo giuridico alla dialettica dell'azione*, Milano, 1948; SCHELER, *Il formalismo nell'etica e l'etica materiale dei valori*, trad. e introd. di Alliney, Milano, 1944; RENSI, *Formalismo e amoralismo giuridico*, Verona, 1914; e TREVES R., *Giudizi di valore e formalismo giuridico*, Torino, 1952. Sempre in chiave filosofica, ma nella dottrina americana WHITE, *La rivolta contro il formalismo*, Bologna, 1956. In una prospettiva più storica cfr., invece, AJELLO, *Formalismo e storia del diritto moderno*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 1972. Per un contributo monografico più recente sul tema e proiettato verso una dimensione sovranazionale si veda PAGLIANTINI, *Forma e formalismo nel diritto europeo dei contratti*, Pisa, 2009. Interessante è poi, in un'ottica di comparazione con il diritto francese e quello americano, ALPA, *La rinascita del formalismo. Aspetti di diritto contrattuale*, in *Rivista di diritto civile*, 1984, 5, pp. 461-476. Volgendo lo sguardo alla letteratura americana, sulla “tirannia delle forme” cfr., per tutti, MENKEL-MEADOW, *Toward Another View of Legal Negotiation: The Structure of Problem Solving*, cit., p. 789. Con specifico riguardo alle *boilerplate clauses*, si veda KAHAN-KLAUSNER, *Standardization and Innovation in Corporate Contracting (Or "The Economics of Boilerplate")*, in *Virginia Law Review*, 83, 713, 1997, p. 41. Di particolare interesse ai fini del presente lavoro è, inoltre, SCOTT, *The Case for Formalism in Relational Contract*, in *Northwestern Law Review*, 94, 847, 2000, pp. 853-856.

⁽¹⁴⁾ Come osserva MAZZAMUTO, *Op. ult. cit.*, p. 156, «la specificità del rimedio risiede, in definitiva, nella duttilità delle soluzioni rispetto alla rigidità e all'astrattezza della tutela incentrata sulla tipizzazione degli interessi nelle forme del diritto soggettivo».

⁽¹⁵⁾ Sul tema si veda, per tutti, GRUNDMANN-MÖSLEIN-RIESENHUBER, *Contract Governance. Dimensions in Law and Interdisciplinary Research*, Oxford, 2015. Il concetto nasce in materia societaria, ove si parla di *corporate governance* per alludere, in estrema sintesi, alla gestione delle dinamiche interne all'ordinamento delle società e segnatamente al conflitto tra assetti proprietari e assetti azionari, vale a dire tra *shareholders* e *stakeholders*, nonché tra maggioranza e minoranza. Per un approfondimento cfr. WILLIAMSON, *Corporate Governance*, in *Yale Law Journal*, 93, 1197 pp. 1983-1984.

⁽¹⁶⁾ Sottolinea ROPPO, *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato* a cura di Iudica e Zatti, Milano, 2011, pp. 973-975, che l'espressione “governo contrattuale” può assumere due significati: dal punto di vista della legge essa è intesa come “governo sul contratto”, cioè come «l'insieme

dire un governo che, pur nel rispetto di tali valori, sappia rendere il contratto più flessibile, rispondente alle esigenze concrete delle parti e soprattutto aperto alle sfide della globalizzazione, per non farlo morire come preconizzava Gilmore nel suo celebre volume ⁽¹⁷⁾.

Può apparire un paradosso, ma proprio questa flessibilizzazione “dal basso”, che dilata il sistema portandolo fino ai suoi limiti interni, è l’unica strada per mantenerne viva l’identità culturale e giuridica. Consentire alle parti di derogare all’assetto rimediabile stabilito dal legislatore rischia sì, da un lato, di alterare i connotati del sistema e uniformarlo ad altri, dall’altro lato, però, trasmette il messaggio per cui autonomia non significa cieco recepimento di modelli “alieni”, spesso incentrati sull’idea per cui tutto è disponibile, bensì comprensione dei loro punti di forza e creazione di strumenti altrettanto efficaci ma conformi a quel nucleo fondamentale di principi e tutele che costituiscono le radici comuni dell’Europa continentale ⁽¹⁸⁾. Acquisire familiarità con questi meccanismi

degli strumenti normativi con cui l’ordinamento regola e amministra le relazioni contrattuali tenendo conto della loro nuova complessità e delle inedite esigenze di razionalità, efficienza e giustizia che ne emergono», dal punto di vista dell’autonomia privata la formula è intesa come “governo del contratto”, cioè come «schema per cui il contratto si fa esso stesso strumento di regolazione e amministrazione dei rapporti economico-sociali (assumendo così un sempre più marcato valore normativo)». Nella visione dell’Autore, l’elemento che accomuna le due prospettive è la «predisposizione e attivazione – ora per via di legge, ora per via di autonomia privata – dei meccanismi più idonei a gestire le criticità che abbiano a manifestarsi nello sviluppo del rapporto fra le parti». Così, “governo contrattuale” significa, in sostanza, rimedi contrattuali.

⁽¹⁷⁾ GILMORE, *The Death of Contract*, Columbus, 1974. Se nel presente lavoro si paventa la “morte del contratto” di *civil law* per la sua incapacità di flessibilizzarsi e adeguarsi alle metamorfosi indotte dalla globalizzazione del diritto, Gilmore, con questa espressione indubbiamente suggestiva, allude ad altro. Allude in particolare a quel lavoro progressivo di disintegrazione che la dottrina ha iniziato nel XXI secolo e ha condotto al declino e alla caduta della teoria generale del contratto. Numerose sono state le recensioni del volume; tra le tante si possono citare quelle ad opera di VON MEHREN, *Review: The Death of Contract by Grant Gilmore*, apparsa nella *Columbia Law Review*, 75, 7, 1975, pp. 1404-1412; MARSTON, *Id.*, in *The Cambridge Law Journal*, 34, 2, 1975, pp. 325-326; SPEIDEL, *An Essay on the Reported Death and Continued Vitality of Contract*, in *Stanford Law Review*, 27, 4, 1975, pp. 1161-1183; MILSOM, *A Pageant in Modern Dress*, in *The Yale Law Journal*, 84, 7, 1975, pp. 1585-1590; GORDLEY, *Review: The Death of Contract by Grant Gilmore*, in *Harvard Law Review*, 89, 2, 1975, pp. 452-467; ATIYAH, *Id.*, in *The American Political Science Review*, 71, 2, 1977, pp. 636-637; REITZ, *Id.*, in *University of Pennsylvania Law Review*, 123, 3, 1975, pp. 697-700; EPSTEIN, *Id.*, in *The American Journal of Legal History*, 20, 1, 1976, pp. 68-72; ADAMS J., in *The Modern Law Review*, 39, 1976, pp. 229-230; HORWITZ, *Id.*, in *The University of Chicago Law Review*, 42, 4, 1975, pp. 787-797. Hanno proposto varianti della teoria anche SCOTT, *The Death of Contract Law*, in *The University of Toronto Law Journal*, 54, 4, 2004, pp. 369-390; DANZIG, *The Death of Contract and the Life of the Profession: Observations on the Intellectual State of Legal Academia*, in *Stanford Law Review*, 29, 6, 1977, pp. 1125-1134; O’CONNELL, *The Interlocking Death and Rebirth of Contract and Tort*, in *Michigan Law Review*, 75, 4, 1977, pp. 659-685; e BORK, *Death of Contract and the Rise of Torts*, in *Cornell Law Review*, 77, pp. 1021-1021.

⁽¹⁸⁾ Si riprende qui l’espressione coniata da DE NOVA, *Il contratto alieno*, cit. L’Autore sottolinea la sempre maggiore ricorrenza del fenomeno per cui le parti concludono un contratto pensato e scritto sulla base di un modello anglo-americano, pur precisando che la legge applicabile è quella italiana («*The law which governs this Agreement is the Law of the Republic of Italy*»). Detto fenomeno si verifica quando il contraente italiano è la parte “forte del rapporto” e dunque utilizza sì un modello alieno – vuoi perché il tipo contrattuale scelto è ancora sconosciuto all’ordinamento italiano, vuoi perché ha l’impressione che esso gli garantisca maggiori spazi – ma ha potere sufficiente per imporre l’adizione del diritto italiano alla controparte (*Ibidem*, p. 48). Quest’ultima, come rileva l’Autore, può essere già individuata al momento della stipula del

permette di elaborare delle contro-cautele e proporre modelli alternativi ma non completamente sregolati e svincolati da una dimensione valoriale ⁽¹⁹⁾. Così si potrebbe evitare che il paradigma anglo-americano diventi prevalente anche nei paesi di *civil law* solo perché i contraenti ritengono che rappresenti la massima espressione di un'autonomia privata incondizionata.

In quest'ottica il governo del contratto non si pone tanto (o non necessariamente) come l'ennesimo strumento d'imposizione della volontà più forte, ma come strumento per aumentare la trasparenza del rapporto e ridurre l'imprevedibilità degli esiti della contrattazione e, con essi, le potenziali cause di contenzioso tra le parti. Tale effetto positivo di una gestione del rischio contrattuale anticipata alla fase fisiologica del rapporto, ove la disponibilità delle parti al dialogo e alle soluzioni condivise non è ancora compromessa dal risentimento e da un atteggiamento strumentale alle proprie pretese litigiose, è stato già dimostrato da alcune correnti di pensiero sviluppatesi in seno alla dottrina americana, che all'uopo ha coniato la locuzione "*Deal-Making Negotiation*" ⁽²⁰⁾.

La prospettiva di un *joint gain* – e, a ben guardare, della stessa *governance* come sopra intesa – presuppone che le condizioni contrattuali siano state oggetto di trattativa tra le parti. Senza un dialogo, infatti, il riassetto del sistema rimediabile si risolverebbe in uno strumento di "oppressione" della controparte, che già si trova in una posizione di debolezza, e sarebbe appannaggio di una strategia unilaterale d'impresa. Le clausole sarebbero con ogni probabilità le medesime, ma altre sarebbero qui le dinamiche, altri gli scopi perseguiti e altri – come si dirà fra poco, ben più stringenti – i limiti.

Diventa allora indispensabile intendersi sul significato da attribuire ai termini "dialogo" e "trattativa". La prassi e la stessa legge insegnano, infatti, che esistono diverse gradazioni del consenso negoziale. Non è questa la sede per approfondire il discorso, ma si potrebbero individuare, sulla base del predetto criterio, quattro gruppi di contratti: a) quelli in cui il consenso implica una vera e propria dialettica tra le parti ed è il frutto di una composizione tra le rispettive volontà; b) quelli in cui il consenso presuppone in astratto un dialogo che è in realtà soltanto apparente o comunque ridotto al minimo, a causa della posizione di debolezza, economica o informativa, in cui versa una delle due parti; c) quelli in cui il consenso è un misto tra l'adesione a condizioni unilateralmente predisposte dall'altra parte e un dialogo su alcune clausole "mobili"; d) e quelli in cui il consenso è previsto come mero assoggettamento al programma negoziale della controparte (c.d. atti di

contratto, oppure essere solo determinabile (ad esempio individuabile nel soggetto che vincerà una determinata gara internazionale), può essere straniera oppure italiana ma controllata da un soggetto straniero (si pensi al caso di una multinazionale statunitense che impone alla società italiana figlia d'impiegare nella contrattazione modelli *standard* predisposti secondo il modello anglo-americano, spesso neppure tradotti in italiano).

⁽¹⁹⁾ Per citare le parole di DE NOVA, *Op. ult. cit.*, p. 49, «non significa che il giurista italiano debba mettere in agenda la voce "adozione cieca di modelli contrattuali alieni". Al contrario, il giurista italiano deve mettere in agenda la voce "confronto critico, alla luce del diritto italiano, con i modelli contrattuali alieni": nessuna "*no action letter*" deve essere consegnata a priori nelle mani del redattore di un contratto alieno».

⁽²⁰⁾ Per tutti, SANDER-RUBIN, *The Janus Quality of Negotiation: Dealmaking and Dispute Settlement*, in MENKEL-MEADOW, SCHNEIDER, LOVE, *Negotiation – Processes for Problem Solving*, 2nd ed., New York, 2014, pp. 28-30.

consumo “puro e semplice”), si pensi ai contratti conclusi con i distributori automatici ⁽²¹⁾.

Da questo quadro emerge una duplice contrapposizione: da un lato, quella tra contratti *tout court* e contratti per adesione, cioè tra contratti che presuppongono strutturalmente una trattativa e contratti che strutturalmente la escludono; dall’altro, quella tra contratti equilibrati e contratti squilibrati, cioè tra contratti in cui la trattativa, ove strutturalmente prevista, è anche reale e quelli in cui tale trattativa, sempre ove strutturalmente prevista, è solo fittizia.

Ogniquale è astrattamente preclusa ogni forma di trattativa – si pensi anche solo ai contratti in serie predisposti dalle imprese per il *day-to-day business*, quali ad esempio le vendite a catena – non ha senso parlare di clausole sui rimedi ⁽²²⁾. Si tratta, infatti, normalmente, di contratti dal contenuto ripetitivo e di scarso rilievo economico, spesso negoziati da agenti commerciali senza l’assistenza tecnica di un legale, che sono incompatibili, per mancanza di tempo e spesso anche di risorse, con trattative lunghe e complesse, le quali peraltro rischierebbero di compromettere più in generale la rapidità dei traffici. In tale ambito non c’è ragione per attuare una *contract governance* che non sia ridotta al minimo indispensabile, perché gli accordi in esame sono forse la forma più primitiva di negozio e dunque sono influenzati in misura pregnante dagli usi commerciali. Nella maggior parte dei casi proprio a quest’ultima spetta il compito di colmare le eventuali lacune lasciate dalle parti, il che rende il governo del contratto ancora più superfluo ⁽²³⁾.

Neppure ha senso porsi il problema nei contratti in serie predisposti da una sola parte e in suo esclusivo favore. Quando i contratti sono stipulati tra parti dotate della medesima qualità (entrambi imprenditori o entrambi consumatori), le clausole in esame saranno inefficaci ai sensi dell’art. 1341 c.c., salva specifica approvazione dell’aderente; quando sono stipulati tra un professionista e un consumatore, dette clausole saranno, con ogni probabilità, nulle, salvo a dimostrare che non hanno comportato in concreto «un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto» ex art. 33 cod. cons., se rientrano nella c.d. “lista nera” di cui all’art. 36, comma 2, cod. cons., o che sono state oggetto di trattativa, se rientrano nella c.d. “lista grigia” ⁽²⁴⁾.

⁽²¹⁾ Si vedano le osservazioni di ROPPO, *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppi di un nuovo paradigma*, in *Rivista di diritto privato*, 2001, p. 772 ss.; e CAMARDI, *Contratti di consumo e contratti tra imprese. Riflessioni sull’asimmetria contrattuale nei rapporti di scambio e nei rapporti “reticolari”*, in *Rivista critica di diritto privato*, 2005, p. 549.

⁽²²⁾ Cfr. VETTESE, *Multinational companies and national contracts*, in CORDERO-MOSS (ed.), *Boilerplate Clauses, International Commercial Contracts and the Applicable Law*, cit., p. 22; ed ECHENBERG, *Negotiating international contracts: does the process invite a review of standard contracts from the point of view of national legal requirements?*, *ivi*, p. 12 ss.

⁽²³⁾ Queste osservazioni si leggono in una sentenza pronunciata da Lord Diplock, e precisamente *Schroeder Music Publishing Co. Ltd. V. Macaulay*, [1974] 3 All ER 616, *House of Lords*, il quale afferma che gli usi di cui si è detto, ricompresi nella *lex mercatoria*, sono il risultato di un processo di negoziazione e su di essi si è formato un ampio consenso in seno alla comunità dei mercanti perché l’esperienza ha dimostrato che agevolavano il commercio. Proprio questa così ampia accettazione da parte d’individui che godono tutti del medesimo potere contrattuale solleva una forte presunzione nel senso della correttezza e ragionevolezza di detti usi.

⁽²⁴⁾ La questione dell’ammissibilità di una prova contraria in presenza di clausole che rientrano nella c.d. “black list” è dibattuta. Ritengono che le clausole della “lista nera” possano

Nella prima ipotesi manca il contenuto minimo della trattativa, nella seconda, il fatto che il legislatore abbia stabilito una presunzione di vessatorietà e abbia ricompreso nell'elenco delle clausole a rischio di nullità i tipi più rilevanti di patti sui rimedi, non consente di prospettare in via generale e preventiva una "lista bianca" di accordi sottratti alla disciplina. La presunzione in esame, infatti, non è legata agli effetti astratti che una certa clausola può produrre ma alla portata della medesima alla luce del regolamento negoziale complessivo (la sua capacità concreta di produrre un significativo squilibrio) e alle circostanze concrete in cui è avvenuta la stipula del contratto (la trattativa individuale).

Diverso è il discorso nel caso del contratto concluso tra imprenditori dotati di diverso potere contrattuale ⁽²⁵⁾. Vero è che anche qui manca una reale trattativa e dunque sarebbe improprio utilizzare il termine "governance", ma è altrettanto vero che i limiti previsti dalla legge in materia di subfornitura sono meno delineati nei loro contorni, meno evidenti e più incerti. Il codice del consumo contiene comunque un elenco di clausole vietate, mentre l'art. 9 della legge in questione utilizza formule più ampie e indefinite, sicché il problema principale diventa quello di capire quali siano le pattuizioni inammissibili.

Il terreno d'elezione delle clausole rimediali è dunque quello dei contratti tra imprese, soprattutto medio-grandi e attive in una pluralità di paesi, tendenzialmente – ma non necessariamente – dotate dello stesso potere contrattuale ⁽²⁶⁾.

sottrarsi alla nullità se il professionista riesce a provare che esse non hanno comportato un significativo squilibrio di diritti e obblighi a carico del consumatore, per tutti, MINERVINI, *Dei contratti del consumatore in generale*, 3° ed., Torino, 2014, p. 97. Nello stesso senso, ma prima dell'entrata in vigore del codice del consumo, cfr. ROPPO, *La recezione della disciplina europea delle clausole abusive ("vessatorie") nei contratti fra professionisti e consumatori: art. 1469-bis e ss. c.c.*, in *Europa e diritto privato*, 1996, II, p. 99 ss., spec. pp. 128-129; DE NOVA, *Le clausole vessatorie*, Milano 1996, p. 228; BENEDETTI, *Autonomia privata procedimentale. La formazione del contratto tra legge e volontà delle parti*, Torino, 2002, p. 178. In senso contrario cfr. LENER, *La nuova disciplina delle clausole vessatorie nei contratti dei consumatori*, in *Foro italiano*, V, 1996, c. 159 e ss. e c. 155; BARENGHI, *I contratti per adesione e le clausole vessatorie*, in *Diritto privato europeo*, a cura di Lipari, vol. II, Padova, 1997, p. 630.

⁽²⁵⁾ Si tratta di quello che la dottrina suole definire "terzo contratto", per distinguerlo dai contratti tra imprenditori dotati della stessa forza (B2B) e tra professionisti e consumatori (B2C). Per una raccolta di contributi sul tema cfr. GITTI-VILLA (cur.), *Il terzo contratto: l'abuso di potere contrattuale nei rapporti tra imprese*, Bologna, 2008. Più recentemente, ROPPO, *Ancora su contratto asimmetrico e terzo contratto: le coordinate del dibattito, con qualche elemento di novità*, in *La vocazione civile del giurista: saggi dedicati a Stefano Rodotà*, a cura di Guido Alpa e Vincenzo Roppo, Roma-Bari, 2013. Cfr., inoltre, NAVARRA, *Il terzo contratto: evoluzione e sviluppo delle forme contrattuali: analisi comparata con l'ordinamento tedesco*, Napoli, 2014; ROSARIO, *Il terzo contratto da ipotesi di studio a formula problematica: profili ermeneutici e prospettive assiologiche*, Assago, 2010; RUSSO, *Imprenditore debole, imprenditore-persona, abuso di dipendenza economica, «terzo contratto»*, in *Contratto e impresa*, 2009, p. 120 ss.; MINERVINI, *Il "terzo contratto"*, in *Contratti*, 2009, 5, p. 493 ss.; GIANOLA, *Autonomia privata e terzo contratto*, in *Autonomia privata individuale e collettiva*, a cura di P. Rescigno, Napoli, 2006, p. 131 ss.

⁽²⁶⁾ Si tratta del contratto comunemente detto B2B, acronimo di *Business-to-Business*, cioè, quel contratto il quale «interviene tra soggetti sofisticati, consapevoli del fatto che, nell'agire contrattuale, *quisque faber fortunae suae*, e pienamente avvertiti della necessità di azzerare il "rischio giudice", di evitare, dunque, che al loro convergere su un programma sia fatto dire, in sede di contenzioso, qualcosa di diverso da quello che essi intendevano perseguire». La definizione si legge in MINERVINI, *Il "terzo contratto"*, cit., p. 493 ss. Come correttamente osservato dalla dottrina, la definizione non è esaustiva in quanto lascia fuori quell'area grigia di

Assumendo la prospettiva dell'analisi economica del diritto, risulta più agevole comprenderne le ragioni. Innanzitutto, simili imprese dispongono delle risorse necessarie, da un lato, per sostenere i c.d. costi transattivi e informativi, cioè, sostanzialmente, tutte le spese legate all'analisi dei rischi contrattuali, alla elaborazione e redazione delle clausole, alla negoziazione delle medesime sia con i vari organi della società stessa (*behind the table negotiations*), sia con la controparte (*across the table negotiations*), dall'altro lato per avvalersi della migliore assistenza tecnico-giuridica⁽²⁷⁾.

In secondo luogo, dette imprese stipulano, di norma, contratti di grande valore economico, di notevole durata e suscettibili di essere sottoposti per il loro *enforcement* al vaglio di giurisdizioni e diritti stranieri. Questo crea almeno due problemi, le cui conseguenze possono essere mitigate attraverso un buon governo del contratto e l'impiego di clausole sui rimedi: l'enorme complessità del quadro restitutorio che si presenterebbe in caso di risoluzione, accentuata, non di rado, dalle ripercussioni di una cessazione radicale del rapporto sul piano occupazionale; e l'imprevedibilità dell'esito di una lite, dovuta, tra gli altri fattori, anche ad una maggiore incisività in alcuni sistemi del controllo giudiziale del contratto attraverso l'integrazione e l'interpretazione *contra proferentem*⁽²⁸⁾.

In terzo luogo, a quanto risulta dagli studi di *behavioural economics*, i contratti appena descritti possiedono spesso la caratteristica di non esaurirsi in un fascio di diritto e obblighi, ma di essere inseriti in una cornice di relazioni parallele vincolanti non sul piano giuridico ma su quello della fiducia o della reputazione, basate sulla reciprocità e sulla solidarietà. Si tratta di quei "contratti relazionali" cui si accennava in epigrafe, che sono connotati, nella definizione proposta dalla dottrina americana, dalla presenza di relazioni personali nelle quali giocano un ruolo fondamentale una sorta di moralità e interdipendenza; dal coinvolgimento di una pluralità di poli d'interesse individuali e collettivi; da una durata significativa; da un oggetto che include tanto entità misurabili quanto entità

rapporti che intercorrono tra imprese di cui una versa in posizione di debolezza rispetto all'altra e abbisogna quindi di una tutela contro gli abusi di quest'ultima, ovvero il c.d. "terzo contratto".

⁽²⁷⁾ Per un'analisi dei costi che le imprese devono affrontare in sede di contrattazione cfr., GILSON, *Value Creation by Business Lawyers: Legal Skills and Asset Pricing*, in *94 Yale Law Journal*, 94, 239, 1984; PEPPET, *Contract Formation in Imperfect Markets: Should We Use Mediators in Deals?*, in *Ohio State Journal of Dispute Resolution*, 19, 283, 2004; e SCOTT-TRIANI, *Incomplete Contracts and the Theory of Contract Design*, in *Case Western Law Review*, 56, 187, 2005, p. 195.

⁽²⁸⁾ Sull'interpretazione contro l'autore della clausola cfr. GENTILI, *Senso e consenso: storia, teoria e tecnica dell'interpretazione dei contratti*, cit., p. 601 ss.; e GENOVESE, *L'interpretazione del contratto standard*, Milano, 2008. Per un contributo recente sull'interpretazione *contra proferentem* e, più in generale sulla trasparenza delle condizioni contrattuali, cfr., in una prospettiva anche europea, FERRANTE, *Transparency of Standard Terms as a Fundamental Right of European Law*, in HEIDERHOFF-LOHSSE-SCHULZE (Hrsg.), *EU-Grundrechte und Privatrecht*, 1, 2016, pp. 115-132. In un'ottica più strettamente nazionale, BATTELLI, *Interpretatio contra proferentem e trasparenza contrattuale*, in *Contratto e impresa*, 2017, 1, p. 194 ss. Sull'interpretazione in generale si vedano, tra gli altri, BIGLIAZZI-GERI, *L'interpretazione del contratto: artt. 1362-1371*, ristampa con prefazione, note di aggiornamento e bibliografia a cura di Calderai, Milano, 2013; IRTI N., *L'interpretazione del contratto nella dottrina italiana*, Padova, 2000; CARRESI, *Dell'interpretazione del contratto: art. 1362-1371*, Bologna-Roma, 1992; SCOGNAMIGLIO, *Interpretazione del contratto e interessi dei contraenti*, Padova, 1992; SCHLESINGER, *Interpretazione del contratto e principio dispositivo*, Milano, 1963. Si veda, inoltre, D'AURIA, *L'interpretazione del contratto nel diritto privato europeo*, Milano, 2012.

non misurabili; da una maggiore condivisione anziché un'allocazione delle responsabilità relazionali, dei rischi e dei benefici; e da una vincolatività giuridica limitata ⁽²⁹⁾.

⁽²⁹⁾ Ricostruisce così le caratteristiche dei contratti relazionali MACNEIL, *Restatement (Second) of Contracts and Presentation*, in *Virginia Law Review*, 60, 589, 1974, p. 595. Per una più ampia riflessione sul tema si vedano ID., *Contracts: Adjustment of Long-Term Economic Relations under Classical, Neoclassical and Relational Contract Law*, in *Northwestern University Law Review*, 72, 854, 1978; ID., *The New Social Contract*, New Haven, Conn. USA: Yale UP, 1980; ID., *The Many Futures of Contracts*, 47, in *Southern California Law Review* (1974), pp. 691-816; ID., *Relational Contract: What We Do and Do not Know*, in *Wisconsin Law Review*, 483, 1985; CAMPBELL, *The Social Theory of Relational Contract: Macneil as the Modern Proudhon*, in *International Journal of the Sociology of Law*, 18, 1990, pp. 75-95; ID. (eds.), *The Relational Theory of Contract: Selected Works of Ian Macneil*, London, 2001; ID., *The Relational Constitution of Remedy: Co-operation as the Implicit Second Principle of Remedies for Breach of Contract*, in *Texas Wesleyan Law Review*, 11, 455, 2005; AUSTEN-BAKER, *A Relational Law of Contract?*, in *Journal of Contract Law*, 20, 125, 2004; EISENBERG, *Relational Contracts*, in BEATSON-FRIEDMANN (eds.), *Good Faith and Fault in Contract Law*, Oxford, 1995; GOETZ-SCOTT, *Principles of Relational Contracts*, in *Virginia Law Review*, 67, 1089, 1981; SCHWARTZ, *Relational Contracts in the Courts: An Analysis of Incomplete Agreements and Judicial Strategies*, 92, in *The Journal of Legal Studies* (1992), pp. 271-318; NASSAR, *Sanctity of Contracts Revisited – A Study in the Theory and Practice of Long-Term International Commercial Transactions*, Martinus Nijhoff, 1995, p. 297 ss. Sull'applicazione della teoria in esame nel diritto tedesco cfr. OECHSLER, *Wille und Vertrauen im privaten Austauschvertrag – Die Rezeption des Theorie des Relational Contract im deutschen Vertragsrecht in rechtsvergleichender Kritik*, in *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 1996, pp. 91-124.

CAPITOLO PRIMO

IL POTERE DI ESTENDERE L'INADEMPIMENTO E RESTRINGERE L'IMPOSSIBILITÀ

SOMMARIO: 1. Le clausole di *efforts*: genesi e applicazioni nel diritto anglo-americano. – 2. Segue: il significato nel diritto italiano. 3 – Il problema della graduabilità della diligenza. – 4. Il potere delle parti di aggravare una responsabilità già aggravata o attenuata dalla legge. – 5. Patti che trasformano gli obblighi di mezzi in obblighi di risultato: l'attualità della distinzione. – 6. Le clausole di risultato come patti sull'oggetto della prova. – 7. Le clausole di risultato come patti sull'oggetto dell'obbligazione: i possibili modelli. – 8. Segue: un mutamento di prospettiva e di limiti. – 9. In particolare: il limite dell'impossibilità originaria della prestazione. – 10. Segue: il limite dell'impossibilità sopravvenuta e le clausole di assunzione del fortuito da parte del debitore. – 11. Il limite dell'impossibilità ripensato in chiave evolutiva: l'inesigibilità, l'eccessiva sproporzione e la mancanza di causa concreta. – 12. Diligenza e interpretazione del contratto: il valore dei *recitals* sulle qualità professionali delle parti.

1. Le clausole di *efforts*: genesi e applicazioni nel diritto anglo-americano.

Forse perché rappresenta la linea di confine tra inadempimento e impossibilità sopravvenuta della prestazione, la diligenza merita di essere il punto di partenza per una riflessione sul potere dell'autonomia privata di attuare una propria *contract governance* attraverso clausole che derogano al sistema dei rimedi sinallagmatici previsto dal codice.

Storicamente, il dibattito dottrinale sulla diligenza si è focalizzato – oltre che sul suo significato ⁽¹⁾ – sulla questione di stabilire il ruolo di tale parametro nella teoria della responsabilità per inadempimento, e, più nel dettaglio, di comprendere se e in quale misura la condotta diligente del debitore valesse a escluderne la predetta responsabilità anche quando la prestazione dovuta non fosse diventata

⁽¹⁾ Il carattere di formula aperta proprio della «diligenza del buon padre di famiglia» ha indotto gli interpreti ad attribuirle una pluralità di contenuti e sfumature di significato, tanto che un Autore vi fa riferimento come a una figura astratta e teorica, un «fantasma che tutti credono di vedere ma che non ha consistenza» (così SICCHIERO, *Dell'adempimento – Artt. 1176-1179*, in *Il Codice Civile. Commentario*, fondato da Schlesinger e diretto da Busnelli, Milano, 2016, p. 15). La Relazione preliminare al codice n. 559 ha precisato che la diligenza in questione «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». Un'altra lettura rimanda a tempi più risalenti paragonando la figura del buon padre di famiglia a quella del «genuino rappresentante, non astratto, ma concreto e vivente, della società romana antica e classica» (così PREDELLA, *La figura dell'uomo medio nella storia del diritto e nel sistema giuridico privato*, Torino, 1934, p. 5).

impossibile⁽²⁾. Dal canto suo, la giurisprudenza si è preoccupata di individuare di volta in volta, nel silenzio delle parti, i comportamenti concreti che un debitore operante in un determinato settore di attività deve tenere per conformarsi al canone in questione. Scarsa attenzione è, invece, stata dedicata, tanto dalla dottrina quanto dalla giurisprudenza, alla possibilità per le parti del rapporto obbligatorio di prevedere in via pattizia il livello di diligenza che esse si attendono l'una dall'altra nell'adempimento delle prestazioni dovute.

Lo spunto per interrogarsi sul tema è offerto dalla constatazione che nei contratti commerciali internazionali, con cui l'ordinamento italiano entra sempre più spesso in contatto, clausole sulla diligenza sono ormai divenute *standard*⁽³⁾.

⁽²⁾ Tra i protagonisti più significativi del dibattito, si vedano, dal più risalente, SAVIGNY, *Das Obligationenrecht*, I, Berlin, 1851 (traduzione italiana, I, Torino, 1912); MOMMSEN, *Beiträge zum Obligationenrecht, I. Die Unmöglichkeit der Leistung in ihrem Einfluss auf obligatorische Verhältnisse*, Braunschweig, 1853; HARTMANN, *Die Obligation: Untersuchungen über ihren Zweck und Bau*, Erlangen, 1875; SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, III, Berlin, 1840 (traduzione italiana, *Sistema del diritto romano attuale*, III, Torino, 1895); KLEINEIDAM, *Unmöglichkeit und Unvermögen nach dem bürgerl. Gesetzbuche für das deutsche Reich*, Jena, 1900; WINDSCHEID, *Lehrbuch der Pandekten*⁹, a cura di Kripp, II, Frankfurt, 1906 (*Diritto delle Pandette*, trad. it. di Fadda e Bensa, Torino, 1925, I, p. 202); BRECHT, *System der Vertragshaftung*, in *Jherings Jahrbücher*, 1908, p. 213 ss.; OSTI, *Revisione critica della teoria sull'impossibilità della prestazione*, in *Rivista di diritto civile*, 1918, p. 209 ss.; BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*, III, L'attuazione, Milano, 1948; BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, I, Milano, 1953; OSTI, *Deviazioni dottrinali in tema di responsabilità per inadempimento delle obbligazioni*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1954, p. 593 ss.; WIEACKER, *Leistungshandlung und Leistungserfolg im bürgerlichen Schuldrecht*, in *Festschrift für Nipperdey*, I, München-Berlin, 1965; BIANCA C.M., *Dell'inadempimento delle obbligazioni*², in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, Libro quarto. Delle obbligazioni (Artt. 1218-1229), 1979; VISINTINI, *La responsabilità contrattuale*, Napoli, 1979; NATOLI U., *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, in *Trattato di diritto civile e commerciale Cicu-Messineo*, XVI, 2, Milano, 1984; DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, Libro quarto. Delle obbligazioni (Artt. 1173-1176), Bologna-Roma, 1988; MENGONI, voce «Responsabilità contrattuale (diritto vigente)», in *Enciclopedia del diritto*, XXXIX, Reazione-Responsabilità, Milano, 1988. Per una ricostruzione recente delle linee essenziali del dibattito, cfr. SICCHIERO, *Dalle obbligazioni "di mezzi e di risultato" alle "obbligazioni governabili o non governabili"* in *Contratto e impresa*, 6, 2016, pp. 1391-1421.

⁽³⁾ 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 FONTAINE-DE LY, *Drafting international contracts. An analysis of contract clauses*, New York, 2006, 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 FONTAINE-DE LY, *Op. ult. cit.*, p. 201 ss., si vedano CHAPPUIS, *Les clauses de best efforts, reasonable care, due diligence et les règles de l'art dans les contrats internationaux*, in *Revue de droit des affaires internationales*, 2001, pp. 281-301; PHILIPPE, *Les clauses de Best Efforts*, in *Liber amicorum Guy Horsmans*, Bruxelles, 2004, pp. 905-942; WITZ-BOPP, *Best Efforts, Reasonable Care: considérations de droit allemand*, in *Revue de droit des affaires internationales*, 1988, p. 1036.

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*)⁽⁴⁾; e clausole con cui il debitore s'impegna a 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⁽⁵⁾.

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 c.c., 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”.

In sistemi, come quelli appena menzionati, per cui la responsabilità contrattuale è rigidamente oggettiva (si parla di *strict liability*), infatti, la mancata o inesatta esecuzione di una determinata prestazione cui il debitore si è impegnato senza null'altro specificare (c.d. *absolute obligation*), tendenzialmente, costituisce di per sé inadempimento, senza che venga in rilievo alcuna valutazione della condotta debitoria. Di conseguenza fa sorgere l'obbligo risarcitorio, salva la prova di un evento non imputabile che ha reso impossibile la prestazione⁽⁶⁾. Così le

⁽⁴⁾ Si leggono anche espressioni quali *every effort*, *everything in its power*, *to the best of its ability*, *to the best of its experience*, *the best it can*. Cfr. ancora FONTAINE-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 ANDERSON-WARNER, *A-Z Guide to Boilerplate and Commercial Clauses*, 2006, Haywards Heath, West Sussex, p. 93 ss.

⁽⁵⁾ 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 FONTAINE-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. ANDERSON-WARNER, *Op. ult. cit.*, *passim*.

⁽⁶⁾ Sulla responsabilità oggettiva nel diritto inglese cfr., innanzitutto, MCKENDRICK, *Discharge by breach*, in *Chitty on Contracts*, vol. I, 31st ed., London, 2015, 24-001. Si vedano, inoltre, SMITH, *Contract Theory*, Oxford, 1993, spec. p. 376 ss.; e NICHOLAS, *Fault and Breach of Contract*, in BEATSON-FRIEDMAN (eds.), *Good Faith and Fault in Contract Law*, Oxford, 1997, p. 337 ss. Nel diritto americano è il *Second Restatement of Contracts* ad affermare a chiare lettere che la responsabilità contrattuale è oggettiva (sul punto cfr. ampiamente FARNSWORTH, *Contracts*, 4th ed., 737, Aspen Publishers, 2004, 761). In dottrina si è però osservato che, in realtà, nel diritto dei contratti valutazioni in termini di colpa vengono spesso in rilievo. Così COHEN, *The Fault Lines in Contract Damages*, in *Virginia Law Review*, 80, 1994, p. 1225, ID., *The Fault That Lies Within Our Contract Law*, in *Michigan Law Review*, 107, 2009, p. 1445; e ID., *The Negligence-Opportunism Trade-off in Contract Law*, in *Hofstra Law Review*, 20, 1992, p. 941. Alla questione è stato dedicato un Simposio dal titolo *Fault in American Contract Law*, nel numero 107 della

obbligazioni di *efforts* o *endeavours* hanno, in sostanza, la funzione di delineare la categoria degli obblighi che il giurista italiano avrebbe definito tradizionalmente “di mezzi” o “di diligenza” ⁽⁷⁾.

Per il vero, 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 ⁽⁸⁾. Siffatto accostamento,

Michigan Law Review del 2009, p. 1341 ss. Tra i contributi più rilevanti si possono citare BEN-SHAHAR e PORAT, *Foreword: Fault in American Contract Law*, *ivi*, p. 1341 ss.; SCOTT, *In (Partial) Defense of Strict Liability in Contract*, *ivi*, p. 1381 ss.; POSNER, *Let Us Never Blame a Contract Breaker*, *ivi*, p. 1349 ss.; e EISENBERG, *The Role of Fault in Contract Law: Unconscionability, Unexpected Circumstances, Interpretation, Mistake, and Nonperformance*, *ivi*, p. 1413 ss. Il carattere rigidamente oggettivo della responsabilità contrattuale si fonda su una concezione di impossibilità sopravvenuta della prestazione analoga a quella romanistica, la quale considerava liberatorio per il debitore solo un *impedimentum* naturale. Significativo in tal senso è un precedente americano del 1874 in cui la Corte Suprema del Minnesota – chiamata a pronunciarsi sul caso di un costruttore che si era obbligato a realizzare una costruzione su un terreno ed aveva ripetutamente fallito, in quanto tale terreno per la sua composizione era inidoneo a sorreggere l'edificio così com'era stato progettato – aveva affermato: «*if a man bind himself, by a positive, express contract, to do an act in itself possible, he must perform his engagement, unless prevented by the act of God, the law, or the other party to the contract. No hardship, no unforeseen hindrance, no difficulty short of absolute impossibility, will excuse him from doing what he has expressly agreed to do. This doctrine may sometimes seem to bear heavily upon contractors; but, in such cases, the hardship is attributable, not to the law, but to the contractor himself, who has improvidently assumed an absolute, when he might have undertaken only a qualified liability*». Il caso è *Stees v. Leonard*, 20 Minn. 448, 451 (1874). Si è detto, però, che tale automatismo tra mancato raggiungimento del risultato e responsabilità è solo tendenziale: in realtà anche negli ordinamenti anglo-americani si avvertito che un approccio così rigido non risponde alla realtà della contrattazione, ove le parti talvolta pattuiscono obbligazioni le quali, per loro natura, implicano un grado di difficoltà nell'esecuzione e di incertezza nel risultato (sul punto cfr. FONTAINE-DE LY, *Op. ult. cit.*, p. 221). In giurisprudenza, tra le altre, *Mounds View v. Waljarvi*, 263 N.W. 2d 420, 424 (Minn. 1978). Sulla distinzione tra *strict liability* e *liability based on fault* cfr., inoltre, TREITEL, *Frustration and Force majeure*, London, 2014, pp. 5-6.

⁽⁷⁾ L'opinione è condivisa da FARNSWORTH, *On Trying to Keep One's Promises: The Duty of Best Efforts in Contract Law*, in *University of Pittsburgh Law Review*, 46, 1984, p. 4. Nella dottrina italiana riconduce – seppur in talune ipotesi e senza dilungarsi sul punto – l'obbligo di ‘migliori sforzi’ a un obbligo di mezzi, CONZATTI, *I Best efforts nell'adempimento delle obbligazioni contrattuali: note brevi di giurisprudenza negli Stati Uniti ed in Italia*, in *Contratto e impresa*, 2010, p. 144 ss. In senso contrario, 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'Autore 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, 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».

⁽⁸⁾ 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 (1st 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*

significativo in quanto denota una progressiva diffusione negli ordinamenti anglo-americani di valori che prima sembravano appannaggio di quelli continentali e si può annoverare tra i segni della crescente convergenza tra le diverse tradizioni giuridiche, non pare condivisibile ⁽⁹⁾. 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 ⁽¹⁰⁾.

E si tratta in linea teorica di una distanza non da poco. Sotto il profilo dell'ambito di applicazione, la diligenza, come si ricava dalla collocazione sistematica dell'art. 1176 c.c., riguarda l'adempimento delle obbligazioni, qualunque ne sia la fonte, mentre la buona fede riguarda l'esecuzione delle sole prestazioni che hanno origine contrattuale. I due concetti si collocano dunque in un rapporto di genere a specie ⁽¹¹⁾. La diligenza, poi, è richiesta al solo debitore, mentre il dovere di buona fede è posto a carico di entrambe le parti ⁽¹²⁾.

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).

⁽⁹⁾ L'opportunità di abbandonare una concezione della distinzione tra *common law* e *civil law* in termini meramente antitetici è stata teorizzata per la prima volta da BERMAN, *Law and Revolution: the Formation of the Western Legal Tradition*, Boston, 1983. Da allora la questione della convergenza tra i sistemi in questione è stata oggetto di un vivace dibattito su scala tanto nazionale quanto internazionale. Tra i contributi più significativi della dottrina italiana si può senz'altro citare il saggio di SACCO, *Diversity and Uniformity in the Law*, in *American Journal of Comparative Law*, 49, 2001, p. 171. Più di recente cfr. MATTEI, *Civil Law e Common Law. Verso una convergenza?*, in VOGLIOTTI (cur.), *Il tramonto della Modernità Giuridica. Un Percorso Interdisciplinare*, Torino, 2008. Il dibattito è stato oggetto di un Seminario i cui atti sono raccolti nel volume di CARPI (coord.), *Due iceberg a confronto: le derive del common law e civil law*, in *Quaderni della rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 12, 2009. All'interno del volume, particolarmente rilevanti sono i contributi di GAMBARO, *Common law e civil law: evoluzione e metodi di confronto*, *ivi*, p. 7 ss.; VARANO, *Civil law e common law: tentativi di riflessione su comparazione e cultura giuridica*, *ivi*, p. 39 ss. Nella dottrina straniera si vedano, per tutti, GORDLEY, *Common law v. Civil law: una distinzione che va scomparendo?*, in *Scritti in onore di Rodolfo Sacco: la comparazione giuridica alle soglie del 3° millennio*, Milano, 1994, I, p. 559 (e ID., *Common law und civil law: Eine überholte Unterscheidung*, in *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 2003, p. 11); LAWSON, *A Common Lawyer Looks at Codification: Further Reflections on Codification*, in *Selected Essays*, Oxford, 1997; MARKESINIS (cur.), *The Coming Together of the Common Law and the Civil Law*, in *The Clifford Chance Millennium Lectures*, V, Oxford, 2000. Sottolineano che rimangono tra i due sistemi alcune visioni diametralmente opposte REIMANN (cur.), *The Reception of Continental Ideas in the Common Law World 1820-1920*, Berlin, 1993; MERRYMAN, *On the Convergence (and Divergence) of the Civil Law and the Common Law*, in *Stanford Journal of International Law*, 17, 1981, p. 357. Per una riflessione più ampia e recente, cfr. PARGENDLER, *The Rise and Decline of Legal Families*, in *The American Journal of Comparative Law*, 60, 2012, p. 1043 ss.

⁽¹⁰⁾ Condivide questa posizione, nella dottrina americana, tra gli altri, FARNSWORTH, *Op. ult. cit.*, p. 8. Secondo l'Autore la buona fede ha quale nucleo l'onestà e l'equità ed è una clausola che le parti di qualsivoglia contratto sono tenute a rispettare, mentre i “migliori sforzi” hanno per fondamento la diligenza e sono imposti solo a quelle parti contrattuali che hanno pattuito uno specifico obbligo in tal senso.

⁽¹¹⁾ Descrive in questi termini il rapporto tra i due concetti in esame ad esempio SICCHIERO, *Dell'adempimento (artt. 1176-1179)*, cit., p. 93.

⁽¹²⁾ In questo senso RODOTÀ, *Le fonti d'integrazione del contratto*, Milano, 1969, p. 132 (la tesi verrà ripresa nell'edizione del 2004); DI MAJO, *Dell'adempimento in generale: art. 1177-1200*, in *Commentario del codice civile* a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1994, p. 295. Diversamente, COTTINO, *L'impossibilità sopravvenuta della prestazione e la responsabilità del*

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⁽¹³⁾, un fondamento deontologico, ha per essenza la conformità alle regole che scandiscono una determinata attività o comunque alla ragionevolezza nell'agire⁽¹⁴⁾. Sotto il profilo funzionale, sempre in linea teorica, la buona fede non coincide con la diligenza ma la integra: la diligenza, così come gli "sforzi", 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⁽¹⁵⁾.

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⁽¹⁶⁾. L' indefinitzza di una formula, infatti, non è condizione sufficiente per la sua

debitore: problemi generali, Milano, 1955, p. 146, sostiene che il dovere di buona fede gravi essenzialmente sul debitore.

⁽¹³⁾ Sulla diligenza come concetto deontologico cfr. PREDELLA, *La figura dell'uomo medio nella storia del diritto e nel sistema giuridico privato*, Torino, 1934, 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 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 CARPONI SCHITTAR, *Il buon padre di famiglia: un parametro in via di soppressione*, in *Temì*, 1976, p. 450 ss. Propone la sostituzione del criterio della "bonitas" con quello della "mediocritas" NATOLI U., *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, II, Il comportamento del debitore, in *Trattato di diritto civile e commerciale* Cicu-Messineo, XVI, 2, Milano, 1984, p. 93 ss.

⁽¹⁴⁾ Sottolineano la difficoltà di effettuare una distinzione in base al criterio semantico BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, cit., I, p. 81; RODOTÀ, *Op. ult. cit.*, p. 119, p. 123 ss., e p. 132 ss.; DI MAJO, *Op. ult. cit.*, p. 287; NATOLI U., *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, cit., I, p. 9. Suggestisce di valutare la diligenza attraverso la lente della ragionevolezza SICCHIERO, *Dell'adempimento (artt. 1176-1179)*, in *Il codice civile. Commentario*, fondato da Schlesinger e diretto da Busnelli, Milano, 2016, pp. 38-51.

⁽¹⁵⁾ 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 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. Ritene che in certe ipotesi i concetti di diligenza, buona fede e correttezza si confondano in un unico parametro valutativo 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».

⁽¹⁶⁾ Sulle formule legali che descrivono modelli di comportamento cfr. BRECCIA, *Le obbligazioni*, in *Trattato di diritto privato* a cura di Iuduca 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 MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Rivista critica di diritto privato*, 1986, *passim*. Nella medesima direzione si veda anche PARTISANI, *La clausola di diligenza ex art. 1176 c.c.*, in *Le obbligazioni in generale*, I, a cura di

qualifica in termini di clausola generale, anziché di semplice formula a trama aperta ⁽¹⁷⁾. Entrambi i concetti 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 ⁽¹⁸⁾.

In quest'ottica non è tanto rilevante indagare il senso dell'espressione "sforzi", in sé e per sé considerata, ma piuttosto occorre interrogarsi su quale sia nel sistema d'origine il rapporto tra i "migliori" sforzi e quelli "ragionevoli"; se le due formule valgano semplicemente la prima a dettare un criterio soggettivo di valutazione dell'adempimento e l'altra un criterio oggettivo, oppure se stabiliscano diversi gradi di diligenza nell'esecuzione delle prestazioni.

L'analisi non può che cominciare con una constatazione di fondo: se tra i legali – inglesi e soprattutto americani – esperti di contrattualistica internazionale è opinione diffusa che i migliori sforzi siano un *quid pluris* rispetto agli sforzi

Franzoni, Torino, 2004, pp. 169-172. Nel senso che la diligenza non è una clausola generale cfr., per tutti, 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 *Trattato della responsabilità contrattuale*, diretto da Visintini, I, *Inadempimento e rimedi*, Padova, 2009, p. 165. In senso contrario, per tutti, PERLINGIERI P., *Le obbligazioni tra vecchi e nuovi dogmi*, Napoli, 1990, p. 38; SICCHIERO, *Op. ult. cit.*, p. 29 ss.; e GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2015, p. 579.

⁽¹⁷⁾ 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. PATTI S., *L'interpretazione delle clausole generali*, in *Rivista di diritto civile*, 2013, II, p. 263 ss. L'occasione per una riapertura del dibattito è stata offerta dalla pubblicazione della monografia di VELLUZZI, *Le clausole generali. Semantica e politica del diritto*, Milano, 2010. Per comprendere i termini del dibattito cfr. ASTONE, *Le clausole generali tra diritto civile e filosofia analitica*, in *Giurisprudenza italiana*, 2011, p. 1713 ss.; CARUSI, *Clausole generali, analogia, paradigma della legge*, *ivi*, p. 1690 ss.; CHIASSONI, *Le clausole generali tra teoria analitica e dogmatica giuridica*, *Ivi*, p. 1694 ss.; D'AMICO, *Clausole generali e controllo del giudice*, *Ivi*, p. 1704 ss.; MAZZAMUTO, *Il rapporto tra clausole generali e valori*, *ivi*, p. 1697 ss.; MOSCATI, *Clausole generali e ruolo delle obbligazioni naturali nel diritto vigente*, *ivi*, p. 1718 ss.; RESCIGNO, *Una nuova stagione per le clausole generali*, *ivi*, p. 1689 ss.; ROSELLI, *Clausole generali. Iura novit curia. Contraddittorio*, *ivi*, p. 1701 ss. In ultimo, con riferimento più specificamente alla diligenza, cfr. FALZEA, *Gli standards valutativi e la loro applicazione*, in *Rivista di diritto civile*, 1987, I, p. 1 ss. Prima di allora cfr. A.A. V.V., *Clausole e principi generali nell'argomentazione giurisprudenziale* degli anni novanta, a cura di Cabella Pisu e Nanni, Padova, 1998; nonché il volume di BARCELLONA, *Sul senso delle clausole "generali". Il dibattito tra giudice e legge*, in *Democrazia e diritto*, 1, 2009, p. 261 ss.

⁽¹⁸⁾ Tra gli altri, 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 CARBONE E., *Diligenza e risultato nella teoria dell'obbligazione*, Torino, 2007, p. 103 ss.

ragionevoli ⁽¹⁹⁾, le oscillazioni della giurisprudenza di *common law* dimostrano che i confini tra i due concetti sono in realtà tutt'altro che nitidi, rendendo così quasi impossibile alle parti prevedere quali saranno gli esiti interpretativi delle clausole da loro redatte in un eventuale giudizio di responsabilità ⁽²⁰⁾.

Come ci si accinge a illustrare, vi sono pronunce che, aderendo alla tesi dei pratici, hanno ritenuto che l'obbligazione di migliori sforzi fosse per il debitore più gravosa rispetto a quella di sforzi ragionevoli e altre (forse la maggior parte) che hanno invece reputato coincidenti le due espressioni. Tra queste ultime pronunce ve ne sono alcune che hanno ricondotto ai migliori sforzi un livello di diligenza superiore all'ordinario, altre che vi hanno ricondotto un livello intermedio e altre ancora che vi hanno ricondotto un livello inferiore, simile a quello di cui sono stati ritenuti, in qualche caso, espressione i *reasonable efforts* ⁽²¹⁾.

La prima sfumatura di significato che si legge nella giurisprudenza americana è quella per cui i migliori sforzi impongono all'obbligato di compiere tutto il possibile per perseguire e ottenere il risultato cui mira la prestazione, anche se l'impatto di tale attività dovesse rivelarsi a lui sfavorevole o comportare un certo dispendio economico ⁽²²⁾, oppure, secondo altra formula, tutto ciò che è in suo potere per adempiere, anche a costo di trovarsi sulla soglia del fallimento o comunque di ledere il proprio interesse ⁽²³⁾.

⁽¹⁹⁾ Cfr. ADAMS, *Understanding "Best Efforts" and its variants*, in *The Practical Lawyer*, agosto 2004, p. 12 ss.; SHINE, *"Best efforts" Standards Under New York Law: Legal and Practical Issues*, in *The M&A Lawyer*, 7, 9, 2004, p. 15.

⁽²⁰⁾ 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, CONZATTI, *I Best Efforts nell'adempimento delle obbligazioni contrattuali: note brevi di giurisprudenza negli Stati Uniti ed in Italia*, cit., p. 144 ss.; FONTAINE, *Best efforts, reasonable care, due diligence et règles de l'art. dans les contrats internationaux*, 1988, in *International Business Law Journal*, 983, 1988; FONTAINE-DE LY, *Op. ult. cit.*, p. 187 ss.

⁽²¹⁾ Sulla flessibilità delle formule in esame si vedano le considerazioni tratte dal caso *Triple-A Baseball Club Assocs. v. Northeastern Baseball, Inc.*, cit., nel quale oggetto del contratto era l'obbligo del debitore d'impiegare i propri migliori sforzi per ottenere l'approvazione da parte della competente *Eastern League* in merito all'acquisizione di una *franchise* di *baseball*. Nello stesso senso altre due pronunce, peraltro richiamate dalla stessa Corte nel caso sopra esposto: *Gestetner Corporation v. Case Equipment Company*, 815 F. 2d 806, 811 (1st Circ. 1987), e *Western Geophysical Co. of America, Inc. v. Bolt Associates, Inc.*, 584 F.2d 1164, 1171 (2nd Circ. 1978).

⁽²²⁾ Letteralmente «*all that can possibly be done to seek and obtain an end, even if the impact would be materially adverse to the seeking party and even if there is a material monetary cost to the action*». La formula si legge in SHINE, *Op. ult. cit.*, p. 15. Cfr. inoltre il caso *Lou R. Kling & Eileen T. Simon, Negotiated Acquisitions of Companies, Subsidiaries and Divisions* §13.06 n. 3.2 (2003).

⁽²³⁾ La definizione è di ADAMS, *Op. ult. cit.*, p. 13. In giurisprudenza cfr. *Carteret Bancorp., Inc. and Carteret Savings Bank, FA v. Home Group, Inc.*, 1988 WL 3010. (Del. Ch.). In questo caso le parti avevano sottoscritto un accordo di ristrutturazione il quale prevedeva che una delle parti impiegasse i propri migliori sforzi al fine di ottenere dalla *Federal Home Loan Bank Board* le autorizzazioni necessarie per procedere ad una fusione entro un certo termine. La Corte ha statuito

Quest'interpretazione sembra ricorrere ogniqualvolta la clausola di migliori sforzi è, implicitamente o esplicitamente, contenuta in un contratto caratterizzato da una componente "fiduciaria", tanto che la dottrina americana equipara in questi casi l'obbligo di *best efforts* a un *fiduciary duty* ⁽²⁴⁾. Si tenga presente che qui il termine fiducia viene utilizzato in un'accezione diversa rispetto a quella accolta dal diritto italiano ⁽²⁵⁾. Nel diritto anglo-americano il rapporto fiduciario non ricorre soltanto quando le parti stipulano un negozio fiduciario in senso tecnico o un contratto *intuitus personae*, ma anche ogniqualvolta il debitore ricopre, per il suo particolare ruolo di affidatario degli interessi del creditore, una posizione "di garanzia" ⁽²⁶⁾.

In quest'ottica, per essere adempiente all'obbligo di *best efforts* il debitore deve comportarsi con lealtà e fedeltà nei confronti del creditore e subordinare il proprio interesse a quello di quest'ultimo ⁽²⁷⁾. Il parametro rievoca quello della

che qualora una parte si obblighi ad impiegare i propri *best efforts* per rendere possibile un'operazione di fusione, da essa si può legittimamente pretendere che disinvesta le risorse collocate in una delle società controllate, ove ciò si riveli necessario ai fini di ottenere le dovute autorizzazioni; *Days Medical Aids Ltd v. Phisiang Machinery Manufacturing Co Ltd and others*, [2004] EWHC 44 (Comm.), [2004] 1 All ER (Comm) 991, la quale, chiamata a statuire sull'inadempimento di un contratto di distribuzione in cui una società si era obbligata a promuovere le vendite «to the best of its abilities» nel Regno Unito e in tutti gli altri paesi elencati nel capitolato, ha affermato, seppur *obiter*, che la clausola avrebbe implicato per la società debitrice l'obbligo di effettuare investimenti anche se comportanti il rischio di fallimento, purché da questi ultimi ci si potesse ragionevolmente attendere un profitto.

⁽²⁴⁾ Sostiene questa tesi LONG L.S., *Best Efforts and Diligence Insurance: in Defence of «Profit Über Alles»*, in *Columbia Law Review*, 86, 1986, pp. 1728-1740.

⁽²⁵⁾—Sul tema si vedano innanzitutto GRASSETTI, *Trust anglosassone, proprietà fiduciaria e negozio fiduciario*, Milano, 1936 (già pubblicato in *Rivista del diritto commerciale*, a. 34., 1936, pt. I); PUGLIATTI, «Fiducia e rappresentanza indiretta», in *Diritto civile. Saggi*, Milano, 1951; LIPARI, *Il negozio fiduciario*, Milano, 1964 (nonché, più di recente, ID., *Fiducia statica e trusts*, in *Rassegna di diritto civile*, 1996, 3, pp. 483-496); NITTI, voce «Negozio fiduciario», in *Novissimo Digesto italiano*, XI, Torino, 1965, p. 205 ss.; CARIOTA-FERRARA, *I negozi fiduciari: trasferimento, cessione e girata a scopo di mandato e di garanzia, processo fiduciario*, Napoli, 1978; GENTILI, *Società fiduciarie e negozio fiduciario*, Milano, 1978; CARNEVALI, voce «Negozio giuridico – III) Negozio fiduciario», in *Enciclopedia giuridica Treccani*, XX, Roma, 1990; TRIMARCHI V.M., voce «Negozio fiduciario», in *Enciclopedia del diritto*, XXI, Milano, 1994. Cfr. inoltre BIANCA M., *La fiducia attributiva*, Torino, 2002; SANTORO, *Il negozio fiduciario*, Torino, 2002; CRISCUOLI, *Fiducia e fiducie in diritto privato: dai negozi fiduciari ai contratti uberrimae fidei*, in *Rivista di diritto civile*, 1983, 2, pp. 136-168; GRONDONA, *Agency e trust; mandato e fiducia: istituti a confronto*, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2000, 3, p. 347 ss. Interessante la questione posta da IACCARINO, *L'opportunità di un contratto di fiducia tipico*, in *Notariato*, 2014, 1, pp. 35-49.

⁽²⁶⁾ Il termine è probabilmente nato per descrivere il dovere del *trustee* di servire gli interessi dei beneficiari con lealtà e con la stessa dedizione che egli impiegherebbe per curare i propri interessi. In seguito, il termine è stato utilizzato dal *Restatement (2d) of Agency*, § 1, 1958, per qualificare il rapporto tra mandante e mandatario. Da lì, l'obbligo in questione è stato applicato a tutta una serie di relazioni fiduciarie in senso lato, per esempio al rapporto tra il tutore e il tutelato, tra l'avvocato e il cliente e tra la banca e il mutuatario. Sul punto si veda SEALY, *Fiduciary Relationships*, in *Cambridge Law Journal*, 69, 1962, pp. 71-72. Dette ipotesi sono così eterogenee da rendere difficile individuare la regola che le accomuna. In questo senso, tra gli altri, EASTERBROOK-FISCHEL, *Contract and Fiduciary Duty*, in *Journal of Law & Economics*, 36, 1993, pp. 425-446.

⁽²⁷⁾ Il termine ha nel diritto anglo-americano un significato più ampio rispetto a quello che assume nel diritto italiano. Esso è probabilmente nato per descrivere il dovere del *trustee* di servire gli interessi dei beneficiari con lealtà e con la stessa dedizione che egli impiegherebbe per curare i

diligentia quam in suis rebus di romanistica memoria: si tratta di domandarsi quale sforzo un soggetto potrebbe ragionevolmente compiere in quella determinata situazione se dovesse eseguire la prestazione dedotta in obbligazione nel proprio interesse, anziché in quello del creditore⁽²⁸⁾. Precisa la giurisprudenza che, in concreto, per stabilire la misura dei *best efforts* bisogna considerare il tipo e il livello di sforzi richiesti al debitore in altri accordi «paralleli» sottoscritti dal medesimo con terzi, la cui esecuzione non fosse stata sospesa a seguito di alcuna eccezione d'inadempimento⁽²⁹⁾.

Un simile parametro suscita qualche perplessità se si considera la dilatazione, poc'anzi accennata, dell'ambito della fiduciarità e quindi dei rapporti cui si esso applica. Il parametro, infatti, non pare potersi applicare in uno spettro così ampio d'ipotesi ma solo quando il tipo di contratto concluso implica una convergenza degli interessi delle parti, una possibilità di considerarli come un *unicum*. Si pensi, ad esempio, al mandato – ove, per l'appunto, il conflitto d'interessi, almeno per il codice civile italiano, è previsto quale specifica causa di annullamento del contratto stipulato dal rappresentante, ai sensi dell'art. 1394 c.c. –, oppure al contratto di agenzia⁽³⁰⁾.

Agli antipodi vi è una seconda sfumatura di significato dei migliori sforzi, per cui questi non potrebbero spingersi sino a imporre al debitore il fallimento piuttosto che l'inadempimento⁽³¹⁾. I migliori sforzi sarebbero qui espressione di

propri interessi. In seguito, il termine è stato utilizzato dal *Restatement (2d) of Agency*, § 1, 1958, per qualificare il rapporto tra mandante e mandatario. Da lì, l'obbligo in questione è stato applicato a tutta una serie di relazioni fiduciarie in senso lato, per esempio al rapporto tra il tutore e il tutelato, tra l'avvocato e il cliente e tra la banca e il mutuatario. Sul punto si veda SEALY, *Fiduciary Relationships*, in *Cambridge Law Journal*, 69, 1962, pp. 71-72. Dette ipotesi sono così eterogenee da rendere difficile individuare la regola che le accomuna. In questo senso, tra gli altri, EASTERBROOK-FISCHEL, *Contract and Fiduciary Duty*, in *Journal of Law & Economics*, 36, 1993, pp. 425-446. Sul tema, in diritto italiano, si vedano innanzitutto GRASSETTI, *Trust anglosassone, proprietà fiduciaria e negozio fiduciario*, Milano, 1936 (già pubblicato in *Rivista del diritto commerciale*, a. 34., 1936, pt. I); PUGLIATTI, «*Fiducia e rappresentanza indiretta*», in *Diritto civile. Saggi*, Milano, 1951; LIPARI, *Il negozio fiduciario*, Milano, 1964 (nonché, più di recente, ID., *Fiducia statica e trusts*, in *Rassegna di diritto civile*, 1996, 3, pp. 483-496); NITTI, voce «*Negozio fiduciario*», in *Novissimo Digesto italiano*, XI, Torino, 1965, p. 205 ss.; CARIOTA-FERRARA, *I negozi fiduciari: trasferimento, cessione e girata a scopo di mandato e di garanzia, processo fiduciario*, Napoli, 1978; GENTILI, *Società fiduciarie e negozio fiduciario*, Milano, 1978; CARNEVALI, voce «*Negozio giuridico – III) Negozio fiduciario*», in *Enciclopedia giuridica Treccani*, XX, Roma, 1990; TRIMARCHI V.M., voce «*Negozio fiduciario*», in *Enciclopedia del diritto*, XXI, Milano, 1994. Cfr. inoltre BIANCA M., *La fiducia attributiva*, Torino, 2002; SANTORO, *Il negozio fiduciario*, Torino, 2002; CRISCUOLI, *Fiducia e fiducie in diritto privato: dai negozi fiduciari ai contratti uberrimae fidei*, in *Rivista di diritto civile*, 1983, 2, pp. 136-168; GRONDONA, *Agency e trust; mandato e fiducia: istituti a confronto*, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2000, 3, p. 347 ss. Interessante la questione posta da IACCARINO, *L'opportunità di un contratto di fiducia tipico*, in *Notariato*, 2014, 1, pp. 35-49.

⁽²⁸⁾ Cfr. *Petroleum Mktg. Corp. v. Metropolitan Petroleum Corp.*, 151 A.2d 616, 619 (Pa. 1959).

⁽²⁹⁾ In tal senso, *Olympia Hotels Corp. v. Johnson Wax Development Corp.*, 908 F.2d 1363, 1372 (7th Cir. 1990). L'accordo che ha dato origine alla controversia prevedeva che l'Olympia Hotels Corp. ottenesse per una durata di venticinque anni la completa gestione di un albergo di prima classe, obbligandosi in cambio ad impiegare i propri migliori sforzi per fare in modo che il predetto albergo avesse successo.

⁽³⁰⁾ FARNSWORTH, *Op. ult. cit.*, pp. 9-13.

⁽³¹⁾ Secondo *Pips (Leisure Productions) Ud v. Walton*, (1980) 43 P & CR 415, i migliori sforzi sono qualcosa di meno di sforzi che oltrepassano i confini della ragione, ma sono

quello che parte della dottrina anglo-americana definisce un obbligo di «*diligence insurance*»⁽³²⁾. Non risulta del tutto chiara la ragione dell'uso del termine *insurance*, ma il significato dell'espressione pare essere il seguente: al debitore cui è stato imposto un obbligo di migliori sforzi è richiesto l'esercizio della dovuta diligenza nei limiti però di una valutazione in termini di *ordinary business prudence*⁽³³⁾.

Secondo questa concezione il debitore sarebbe (paradossalmente) inadempiente non tanto quanto pregiudica l'interesse della controparte, ma quando nel tentativo di evitare tale pregiudizio compie atti che rischiano di danneggiare la sua attività e dunque sarebbero espressione di una scelta irragionevole dal punto di vista commerciale⁽³⁴⁾. In altre parole, la *diligence-insurance* si collocherebbe al polo opposto rispetto a quel «*fiduciary duty*» di cui si diceva poc'anzi: se quest'ultimo parametro richiedeva al debitore di avere riguardo nell'adempimento all'esclusivo interesse del creditore, nel primo si richiede al debitore di avere quale punto di riferimento la propria situazione finanziaria e commerciale⁽³⁵⁾.

Un esempio può forse agevolare la comprensione della tesi appena illustrata. Si tratta del noto caso *Zilg*, nel quale uno scrittore aveva stipulato con un editore un contratto per la pubblicazione del suo libro⁽³⁶⁾. Il contratto prevedeva

significativamente di più rispetto ad attività intermittenti e casuali. Perché il livello di sforzo richiesto possa dirsi raggiunto, è necessario che il debitore faccia almeno tutto ciò che una persona ragionevole potrebbe fare nelle medesime circostanze («*Best endeavors' are something less than efforts which go beyond the bounds of reason, but are considerably more than casual and intermittent activities. There must at least be the doing of all that reasonable persons reasonably could do in the circumstances*»). Così anche il *leading case* in materia, quantomeno con riferimento allo stato di New York, *Bloor v. Falstaff Brewing Corp.*, 601 F.2d 609 (2d Cir. 1979), la quale ha chiarito che comunque l'utilizzo della clausola *best efforts* non impedisce al debitore di tenere in «ragionevole considerazione i propri interessi». Per una critica della sentenza appena citata cfr. GOLDBERG, *In search of best efforts: reinterpreting Bloor v. Falstaff*, in *Saint Louis University Law Journal*, 44, 2000, p. 1465 ss. Nello stesso senso *Triple-A Baseball Club Assocs. v. Northeastern Baseball, Inc.*, cit., la quale ha addirittura affermato di non aver trovato precedenti che attribuiscono ai migliori sforzi il significato di «tutti gli sforzi concepibili» (*every conceivable effort*). Nel caso *US Airways Group, Inc. v. British Airways PLC*, 989 F. Supp. 482 (S.D.N.Y. 1997), la Corte afferma che un'obbligazione di migliori sforzi impone al debitore di adoperare «*all reasonable means*» per ottenere il risultato sperato e che il suo significato, al pari di quello della sua violazione, è una *questio facti*. Cfr. anche *ILLM Curf v. General Foods Corp.*, 365 F.2d 77 (3d Cir. 1966); *Wood v. Lucy, Lady Duff Gordon*, 222 N.Y. 88, 118 N.E. 214 (1917). Cfr., inoltre, *Stewart v. O'Neill*, 225 F. Supp. 2d 6, 14 (D.D.C. 2002); *Permanence Corp. v. Kennametal, Inc.*, 908 F.2d 98, 100 n.2 (6th Cir. 1990) e *Trecom Bus. Sys. v. Prasad*, 980 F. Supp. 770, 774 n.1 (D.N.J. 1997), secondo cui utilizzare il termine «migliori sforzi» o «sforzi ragionevoli» è solo una questione di semantica e le sentenze che distinguono i due *standards* non motivano a sufficienza il fondamento di tale distinzione.

⁽³²⁾ Così LONG L.S., *Op. ult. cit.*, pp. 1728-1740.

⁽³³⁾ Cfr. GOETZ-SCOTT, *Principles of Relational Contracts*, 67, in *Virginia Law Review* 1981, pp. 1089-1150, p. 1117.

⁽³⁴⁾ *Ibidem*, p. 1118.

⁽³⁵⁾ Così LONG L.S., *Op. ult. cit.*, p. 1732, il quale osserva che «*Diligence insurance is the standard at the opposite pole from fiduciary duty: the sole point of reference for the level of effort required is the promisor's own situation. Liability would attach only when the promisor, through incompetence or spite, fails to serve even his own interests*».

⁽³⁶⁾ Caso *Zilg v. Prentice-Hall*, 717 F.2d 671 (2d Cir. 1983), *cert. denied*, 466 U.S. 938 (1984). Posto che attribuire alla *Prentice* il diritto di determinare le modalità di esecuzione del contratto significa affidare esclusivamente a lei il potere di influire sulla buona riuscita

l'attribuzione all'editore, in via esclusiva, del diritto di determinare le forme e i mezzi della promozione, pubblicazione e vendita dell'opera, nonché tutti gli altri aspetti editoriali, incluso il numero di copie da stampare. Nel corso dell'esecuzione l'editore, stimando basse le probabilità di successo del libro, aveva deciso di diminuire il numero di copie della prima stampa e di tagliare il *budget* destinato alla campagna pubblicitaria. In conseguenza di tale decisione, l'editore veniva convenuto in giudizio dallo scrittore per inadempimento.

La Corte, da un lato, ha ritenuto implicito nell'obbligo di pubblicazione un dovere di migliori sforzi nel promuovere il libro, al fine di assicurargli una potenziale *chance* di successo, dall'altro ha statuito che detto obbligo non può spingersi oltre a quanto ragionevole. Se in una fase iniziale il debitore ha posto in essere gli sforzi adeguati senza riscuotere successo, allora è legittimato a considerare i propri interessi, quantunque gli prescrivano di sacrificare quelli della controparte⁽³⁷⁾.

Sorge spontaneo domandarsi se la valutazione della convenienza finanziaria o commerciale dell'operazione possa spingersi fino a legittimare il c.d. inadempimento efficiente – istituto di cui si tratterà più compiutamente in seguito –, cioè la scelta della mancata esecuzione del contratto, ogniqualevolta questa si riveli meno costosa rispetto al suo opposto. Una risposta affermativa proviene da quella giurisprudenza che ha ritenuto gli sforzi ragionevoli una categoria autonoma. *Ivi* si è affermato che questi consentirebbero al debitore di non adempiere tutte le volte in cui questa scelta si rivela più conveniente, da un punto

dell'operazione di *marketing*, la Corte ha osservato che il predetto diritto era una vera e propria *royalty* e, come tale, risultava giuridicamente idoneo a far sorgere in capo a quest'ultima un obbligo di migliori sforzi nell'adempimento. Ciò implica che la *Prentice* avrebbe dovuto compiere "sforzi promozionali ragionevoli", incluso quello di destinare risorse adeguate alla pubblicizzazione, onde consentire al libro di avere probabilità di successo sul mercato, anch'esse ragionevoli in rapporto al tema trattato e al possibile *target* di pubblico. Ricavare implicitamente tale obbligazione accessoria dall'obbligo di pubblicare il volume avrebbe però portato, per ammissione della stessa Corte, a contraddire la lettera del contratto, la quale non solo non menzionava, neppure nel riferimento alle trattative intercorse tra le parti, l'assunzione di alcuno specifico obbligo di compiere qualsivoglia sforzo promozionale, ma per giunta attribuiva espressamente all'editore il potere discrezionale di decidere il numero di copie e il livello di spesa della pubblicizzazione. La previsione di una simile discrezionalità, dal canto suo, si rivelava inidonea a far sorgere un obbligo di *best efforts*, comportando invece il solo obbligo di agire secondo buona fede, di compiere nell'esecuzione del contratto un «*good faith business judgment*». La Corte ha allora deciso di combinare i due approcci, compiendo un'operazione insieme integrativa e interpretativa del contratto, per la verità, piuttosto oscura: nella fase iniziale dell'esecuzione del contratto ha ravvisato in capo all'editore un'obbligazione implicita di migliori sforzi, nel senso sopra specificato; nella fase successiva (e non è ben chiaro quale sia), ha dato rilievo al solo canone della buona fede nell'adempimento.

(³⁷) Osserva LONG L.S., *Op. ult. cit.*, p. 1739, che «*To the extent that it tentatively articulated a performance test based on the distributor's self-interest, Zilg displays the advantages of diligence insurance over the traditional intermediate standard. Prentice-Hall had every interest in publishing and fully promoting a marketable book, and the concomitant expertise to decide whether it was in fact marketable. Zilg, on the other hand, was an author who, one would imagine, had anything but an objective opinion of his own book and who in any event had no interest in limiting its publication. The diligence standard prevented Zilg from behaving strategically or irrationally when Prentice-Hall discovered the lack of readership for his book. At the same time, Zilg was not exceptionally vulnerable to Prentice-Hall since, if the book were marketable and Prentice-Hall wanted to avoid liability for lack of diligence, they would not have been able or willing to privish*».

di vista commerciale o finanziario, rispetto all'esecuzione della prestazione⁽³⁸⁾. Si è addirittura adombrata la possibilità che ad un livello intermedio tra *best* e *reasonable endeavours* si collochi la clausola “*all reasonable endeavours*”⁽³⁹⁾.

Una posizione intermedia occupa la tesi per cui i migliori sforzi impongono al debitore un comportamento tale da bilanciare il proprio interesse con quello del creditore. Qui, affinché possa dirsi raggiunto il livello dei *best efforts*, occorre la realizzazione del risultato che contempera in modo più equo gli interessi di entrambe le parti. Se nella concezione dell'obbligo di migliori sforzi come dovere di *fiduciary duty* si presupponeva la possibilità di considerare tali interessi come un *unicum*, qui si presuppone la presenza d'interessi che, su certi profili convergono, mentre su altri confliggono⁽⁴⁰⁾.

Ai fini di una migliore comprensione del concetto può, ancora una volta, farsi l'esempio di un contratto tra uno scrittore sconosciuto e un editore. Sebbene quest'ultimo sia di per sé titolare del diritto di agire nel proprio interesse, anche ove questo cagioni un'eventuale diminuzione dei diritti dell'autore, egli incontra un limite quando il suo comportamento sia così manifestamente – e consapevolmente – pregiudizievole da risolversi nella mancata esecuzione della prestazione dovuta⁽⁴¹⁾.

Nell'ipotesi in esame il contenuto dei *best efforts* non è più riferito alla sfera soggettiva del debitore, bensì a quella di entrambi i contraenti. Occorre, in altre parole, considerare l'intenzione dei contraenti quale risulta non solo dalla lettera

⁽³⁸⁾ Il caso è *UBH (Mechanical Services) Ltd v. Standard Life Assurance Co (1986)*, in *The Times Law Reports*, 13 November. Vi è poi un altro caso, *Phillips Petroleum Co (UK) Ltd v. ENRON (Europe) Ltd [1997] CLC 329, CA*, nel quale la Corte ha ritenuto non sussistere l'inadempimento di un'obbligazione “*under reasonable endeavors*”, in quanto per il debitore tenere il comportamento dovuto sarebbe risultato svantaggioso sotto il profilo finanziario, a causa del mutamento delle condizioni di mercato. L'opinione maggioritaria del collegio giudicante, alla luce di una lettura sistematica delle clausole contrattuali, ha constatato che non c'era alcuna espressa pattuizione volta ad imporre al debitore l'obbligo di adempiere indipendentemente dalle condizioni finanziarie ed ha ritenuto di non poterla neppure considerare implicita nel contratto, anche perché le parti si erano obbligate ad utilizzare solo gli sforzi ragionevoli per adempiere. Nel caso di specie si trattava di un contratto di somministrazione di petrolio in cui le parti si obbligavano “usando sforzi ragionevoli” a raggiungere un accordo entro una certa data, in relazione alla quale sarebbero poi state determinate la data di messa in servizio dell'impianto necessario per la fornitura e quella per effettuare il test di funzionamento dell'impianto stesso. Le parti avevano effettivamente raggiunto un accordo nel termine stabilito, ma al momento di fissare la data di messa in servizio dell'impianto, il somministrato aveva opposto il suo rifiuto, adducendo il fatto che, stante il crollo del prezzo del petrolio, adempiere al contratto avrebbe per lui significato pagare un prezzo superiore rispetto a quello di mercato.

⁽³⁹⁾ Si tratta di un inciso in *obiter* che si legge nella sopraccitata *UBH (Mechanical Services) Ltd v. Standard Life Assurance Co*. Lo spunto è interessante, ma la sentenza non lo sviluppa oltre e non fornisce spiegazioni su questa ulteriore sfumatura di significato.

⁽⁴⁰⁾ Cfr. FARNSWORTH, *Op. ult. cit.*, pp. 9-13; cfr. anche, ID., *Contracts*, 2nd ed., vol. II, 1998, pp. 381-388.

⁽⁴¹⁾ Cfr. il caso *Van Valkenburgh, Nooger & Neville, Inc. v. Hayden Publishing Co.*, 30 N.Y.2d 34, 46, 281 N.E.2d 142, 145, 330 N.Y.S.2d 329, 334 (1972), ove la Corte ha affermato che «*Although a publisher has a general right to act on its own interests in a way that may incidentally lessen an author's royalties, there may be a point where that activity is so manifestly harmful to the author and must have been seen by the publisher so to be harmful, as to justify the court in saying there was a breach of the covenant to promote the author's works*».

del contratto, ma anche dalle dichiarazioni eventualmente rese dalle parti medesime nel corso di trattative o di altri accordi ⁽⁴²⁾.

Il *leading-case* in materia è *Bloor v. Falstaff*, nel quale la controversia aveva ad oggetto la responsabilità di un *trustee* in bancarotta ⁽⁴³⁾. La *Ballantine*, impresa produttrice di birre a basso costo, versando in gravi difficoltà, aveva ceduto le proprie quote alla *Falstaff* dietro un certo corrispettivo e il pagamento di diritto pari al cinque per cento su ogni unità di prodotto venduta. In cambio della cessione, la *Falstaff* si era obbligata a impiegare i suoi migliori sforzi per promuovere e mantenere un elevato volume delle vendite delle birre *Ballantine*. Inizialmente, la *Falstaff* aveva mantenuto la promessa, ma in seguito, a causa delle ingenti perdite registrate, il nuovo amministratore aveva deciso di privilegiare nella vendita i propri prodotti anziché quelli del marchio *Ballantine*. Detta strategia si era rivelata vincente per la *Falstaff*, tanto da riportarla *in bonis*, ma devastante per la *Ballantine*.

Chiamata a decidere sulla responsabilità per inadempimento della *Falstaff*, la Corte distrettuale aveva accolto la domanda della *Ballantine*: l'obbligazione di migliori sforzi non imponeva alla debitrice di fallire pur di promuovere i prodotti della società creditrice, ma le imponeva nondimeno di prediligere a una logica di "profitto sopra ogni cosa" gli interessi di quest'ultima. La Corte ha precisato che, sotto il profilo probatorio, gravava sulla creditrice il solo onere di dimostrare che la debitrice non si era curata del volume delle vendite dei propri prodotti, non anche quello di provare quali atti essa avrebbe dovuto compiere per adempiere alla propria obbligazione.

Quest'ultima interpretazione è stata rielaborata da altra dottrina in uno studio dedicato ai c.d. contratti relazionali, vale a dire, come si è anticipato, quei contratti che vincolano le parti, per un lasso di tempo significativo, in una data relazione i cui sviluppi e la cui portata non sono *ab initio* prevedibili ⁽⁴⁴⁾. In particolare, la predetta dottrina, dopo aver considerato che l'allocazione del rischio tra le parti non può essere stabilita in modo preciso al momento della conclusione del contratto e che, proprio per tale motivo, quest'ultimo conterrà clausole, come quella in esame, provviste di un certo grado d'indeterminatezza, ha suggerito di rappresentare graficamente il livello dei *best efforts* come quel punto di una curva dei costi e dei profitti marginali che indica la massimizzazione dei combinati profitti delle parti. Presupposto per il raggiungimento di tale soglia è che il creditore abbia fornito al debitore tutta una serie d'informazioni sulla sua situazione economica e commerciale ⁽⁴⁵⁾.

⁽⁴²⁾ Cfr. *Pegula Agency, Inc. v. Monumental Life Ins. Co.*, 1999 U.S. Dist. LEXIS 23196, *17 (M.D. Pa. March 9, 1999). Qui si apre la questione dell'ammissibilità di una *relatio* nei contratti formali. Sul tema sia consentito in questa sede rinviare innanzitutto a NICOLÒ, *La relatio nei negozi formali*, in *Rivista di diritto civile*, 1972, 2, I, pp. 117-129. Più in generale, cfr., per tutti, GIORGIANNI, voce «*Forma degli atti*», in *Enciclopedia del Diritto*, Milano, 1968, p. 988 ss.; PALAZZO, *Forme del negozio giuridico*, in *Digesto delle discipline privatistiche (sezione civile)*, VIII, Torino, 1992, p. 442 ss.; e ORMANI, *Forma del negozio giuridico*, in *Novissimo Digesto italiano*, VII, Torino, 1961, p. 555 ss.

⁽⁴³⁾ *Bloor v. Falstaff Brewing Corp.*, 454 F. Supp. 258, 266-67 (S.D.N.Y. 1978), *aff'd*, 601 F.2d 609 (2d Cir. 1979) (Friendly, J.).

⁽⁴⁴⁾ Si fa riferimento a GOETZ-SCOTT, *Principles of Relational Contracts*, cit., pp. 1089-1150. Per ulteriori riferimenti sul tema si rinvia all'introduzione del presente lavoro.

⁽⁴⁵⁾ GOETZ-SCOTT, *Op. ult. cit.*, loc. ult. cit.

L'accezione intermedia di migliori sforzi sembra quella che più si avvicina al criterio della diligenza adottato dal codice civile italiano. Per i motivi che si esporranno nel paragrafo successivo e perché le altre ricostruzioni prospettate non sono suscettibili di un'applicazione generalizzata e indipendente dal tipo di contratto concluso dalle parti, questa pare l'opinione preferibile. Il concetto di migliori sforzi, analogamente a quanto prescritto dall'art. 1176 c.c., dovrà dunque essere parametrato non all'interesse di una o di entrambe le parti bensì alla *industry practice* di riferimento per quel determinato settore cui afferisce l'obbligazione⁽⁴⁶⁾. Senza dubbio, questa è l'unica soluzione plausibile quando oggetto del contratto è una prestazione professionale: qui, infatti, l'immedesimazione tra creditore e debitore prospettata dalle tesi soggettive sarebbe inconcepibile, in considerazione delle specifiche abilità che ogni professione richiede⁽⁴⁷⁾.

2. Segue: il significato nel diritto italiano.

Delineato il ventaglio di ricostruzioni che delle clausole di *efforts* propongono la dottrina e la giurisprudenza degli ordinamenti d'origine, è tempo di compiere un passo ulteriore e verificare quale potrebbe essere l'approccio ermeneutico di un giudice italiano, chiamato ad applicare al contratto provvisto delle clausole in esame il diritto nazionale⁽⁴⁸⁾.

⁽⁴⁶⁾ In tal senso, *Zilg v. Prentice-Hall*, cit.; *Joyce Beverages of New York v. Royal Crown Cola Co.*, 555 F. Supp. 271, Bus. Franchise Guide (CCH) 1 7922 (S.D.N.Y. 1983) 234 n. 88, chiamata a pronunciarsi su un caso che può riassumersi come segue: una società produttrice e venditrice di bevande analcoliche, la *Joyce*, aveva stipulato con la *Royal* una serie di contratti di *franchising* e licenza. Questi ultimi prevedevano la cessione da parte della *Royal* alla *Joyce* dei diritti di esclusiva di lungo periodo per la produzione e la vendita dei suoi prodotti in un dato territorio all'interno degli Stati Uniti, e l'impiego da parte della *Joyce* dei propri 'sforzi migliori' nella vendita e promozione delle bevande suddette. La clausola di *best efforts* era corredata da una clausola di *exclusive efforts*, con la quale la *Joyce* si obbligava a non distribuire alcuna bevanda «*substantially or reasonably similar*». Qualche tempo dopo il predetto accordo, la *Joyce* stipulava con una terza società un contratto con cui si obbligava ad imbottigliare e distribuire i prodotti di quest'ultima, in coesistenza con quelli della *Royal*, che già stava distribuendo. La Corte ha stabilito che «*At any event, the credible evidence demonstrates that the clause should be interpreted in the present facts and circumstances to mean that best efforts are exclusive efforts. The entire pattern of industry practice since the beginning of the soft drink industry has been for distributors to distribute only one cola. This best efforts clause is properly read in terms of the trade practice and usage*».

⁽⁴⁷⁾ Così FARNSWORTH, *Op. ult. cit.*, p. 9 ss.

⁽⁴⁸⁾ Si è preferito tralasciare in questa sede, per evidenti ragioni, il problema di quali sarebbero gli esiti interpretativi ove il giudice italiano dovesse applicare, in base alle regole di conflitto del foro, al contratto con obbligazioni di *best efforts* il diritto inglese. Basti qui tenere a mente che il rinvio al diritto alieno deve intendersi, ai sensi dell'art. 15 della legge n. 218/1995, nella sua dimensione dinamica, e quindi come comprensivo delle elaborazioni dottrinali e giurisprudenziali. Sul punto cfr. Cass., 26 febbraio 2002, n. 2791, in *Corriere giuridico*, 2003, 3, p. 396 ss.; e in *International Lis*, 2003, 2, p. 75 ss., con nota di CORBETTA, *La Cassazione e l'interpretazione del diritto straniero richiamato dalle norme di conflitto*; in *Foro italiano*, 2002, I, c. 1712, con nota adesiva di ANDREONI; in *Giurisprudenza italiana*, 2003, p. 3 ss., con nota di DI MURO, *La ricerca e l'interpretazione del diritto straniero. La Cassazione di fronte agli artt. 14 e 15 della legge n. 218/1995*; e in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2002, p. 726, con commento di PITTALUGA. La pronuncia, forse l'unica nota in materia nell'ordinamento

L'assunto fondamentale da tenere a mente è che entrambe le clausole sono, come si è detto, espressione di un obbligo "di mezzi", in cui il livello di diligenza è parametrato al tipo di prestazione dedotta nel contratto e alla professionalità del debitore. Rimane però aperta una serie d'interrogativi: se le clausole di *efforts* debbano essere interpretate secondo un criterio soggettivo – quasi fossero espressione di una diligenza *quam in suis rebus* – oppure oggettivo; se i migliori sforzi e quelli ragionevoli esprimano un diverso livello di diligenza e fino a che punto possa spingersi la loro intensità.

Cominciando dal primo interrogativo, giova osservare che la diligenza soggettiva, talvolta definita anche diligenza in concreto, è retaggio di una concezione del rapporto obbligatorio e della responsabilità contrattuale ormai superata⁽⁴⁹⁾. 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⁽⁵⁰⁾. Il codice attuale, invece, ha espunto ogni riferimento a un criterio soggettivo e individuale, preferendovi un parametro obiettivo e generale⁽⁵¹⁾.

italiano, ribadisce il superamento della tesi in passato sostenuta da una parte della dottrina, c.d. del "rinvio recettizio", secondo cui le norme straniere, una volta richiamate nell'ordinamento italiano, perderebbero la loro originaria estraneità, si nazionalizzerebbero, divenendo enunciati di completamento della disposizione in bianco costituita dalla stessa norma interna di rinvio e pertanto dovrebbero interpretarsi e applicarsi secondo i criteri ermeneutici propri del diritto italiano. Per una puntuale ricostruzione della tradizionale teoria del rinvio recettizio, si veda BERNARDINI, *Produzione di norme giuridiche mediante rinvio*, Milano, 1966, *passim*.

⁽⁴⁹⁾ Si precisa sin d'ora che qui il concetto di diligenza in senso soggettivo è utilizzato per indicare la *diligentia quam in suis*. Non si allude, invece, alla concezione soggettiva di diligenza, impiegata da Mengoni per sostenere la polisemia della nozione di diligenza tra comma primo e comma secondo dell'art. 1176 c.c., secondo la quale la diligenza del buon padre di famiglia avrebbe il significato di "tensione dello spirito attento" (PIRAINO, *Adempimento e responsabilità contrattuale*, Napoli, 2011, p. 431), cioè di «cura, sollecitudine, sforzo, studio, attenzione al fine». Così MENGONI, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi»* (Studio critico), in *Rivista di diritto commerciale*, 1954, pp. 193-194. Secondo tale impostazione, correlativamente, la colpa costituirebbe «errato atteggiamento psicologico dell'agente che non si renderebbe perciò conto della fattispecie (illecita) che realizza» (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).

⁽⁵⁰⁾ Cfr. 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. FORCHIELLI, *La colpa lievissima*, in *Rivista di diritto civile*, 1963, I, p. 185.

⁽⁵¹⁾ 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

Questa scelta ha incontrato il favore della dottrina prevalente, in quanto ha contribuito ad attenuare l'incertezza che regnava nel sistema della responsabilità contrattuale⁽⁵²⁾. Parametrare la diligenza del 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 – già emersa peraltro, come si è detto, nella giurisprudenza americana – di valutare in concreto con quanta diligenza il debitore gestisce i propri affari al di fuori del rapporto con il creditore. A questa 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 sì, 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.

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. RODOTÀ, voce «Diligenza (diritto civile)», in *Enciclopedia del diritto*, XII, Milano, 1964, 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 la *Rassegna di giurisprudenza sul codice civile*, a cura di Nicolò, IV, Milano, 1954, I, pp. 8-9.

⁽⁵²⁾ In questo senso MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, III, Milano, 1959, pp. 290-292; SACCO, *La buona fede nella teoria dei fatti giuridici di diritto privato*, Milano, 1949, p. 26 ss.; BRECCIA, *Diligenza e buona fede nell'attuazione del rapporto obbligatorio*, Milano, 1968, p. 14 e p. 52 ss.; BIANCA C.M., *Diritto civile*, 4. L'obbligazione, Milano, rist. 2015, p. 91; DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, in *Commentario del codice civile* diretto da Scialoja-Branca, Libro quarto. Delle obbligazioni (Artt. 1173-1176), Bologna-Roma, 1988, p. 424; D'AVANZO, Sub art. 1176 c.c., in *Codice civile. Commentario*, a cura di D'Amelio-Finzi, Firenze, 1948, pp. 18-19; D'AMICO, voce «Negligenza», in *Digesto delle discipline privatistiche*, sezione civile, XII, Torino, 1995, p. 24 ss. Aderiscono alla tesi anche CERDONIO CHIAROMONTE, *L'obbligazione del professionista intellettuale tra regole deontologiche, negoziali e legali*, Padova, 2008, p. 112 ss.; e FERRANDO, *Impossibilità sopravvenuta, diligenza del "buon padre di famiglia" e valutazioni di buona fede*, in *Giurisprudenza di merito*, 1974, I, p. 936; Sposa, invece, la teoria soggettiva, *inter alios*, MAIORCA, voce «Colpa civile», in *Enciclopedia del diritto*, VII, Milano, 1960, p. 569 ss.

Volendo a questo punto trarre una prima conclusione dalle riflessioni sin qui esposte, si può affermare che un'interpretazione soggettiva della diligenza, nel senso sopra spiegato, pur non violando alcuna norma imperativa né alcun principio fondamentale dell'ordinamento, si porrebbe in netto contrasto con lo spirito che ha animato l'adozione del codice civile del 1942 – la quale, peraltro, non rappresenta un caso isolato, ma si inserisce in una tendenza anti-soggettivistica di più ampio respiro rispetto ai confini nazionali, inaugurata dal *code civil* ⁽⁵³⁾ –, e comunque condurrebbe ad esiti irragionevoli e per ciò stesso inammissibili ⁽⁵⁴⁾.

Il discorso cambia se la proposta è quella d'interpretare le clausole in esame come espressione di una diligenza concreta – ma pur sempre oggettiva – anziché astratta. Qui si tratterebbe di comparare il 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 ⁽⁵⁵⁾. A fronte dell'assenza di regole di dettaglio, di metodi statistici di

⁽⁵³⁾ Nonostante l'ispiratore del *code Napoléon*, Pothier, avesse accolto, ancorché limitatamente alle fattispecie negoziali stipulate nell'interesse di entrambe le parti, la teoria soggettiva, per cui debitore e creditore sono obbligati ad osservare nella conservazione del bene «*le soin ordinaire que les personnes prudentes apportent à leurs affaires*» (POTHIER, *Traité des obligations*, I, cap. II, art. 1, § 1, n. 142 ss., in *Oeuvres complètes*, I, Paris, 1821, pp. 121-125), la *loi* 1804-02-07 ha introdotto, all'art. 1337 c.c., un parametro oggettivo per misurare la diligenza dovuta dal debitore, suscettibile di applicazione all'obbligo di conservare la cosa oggetto dell'obbligo di dare, contenuto in qualunque contratto, sia esso stipulato nell'interesse di una sola parte o di entrambe le parti. Il parametro era quello del buon padre di famiglia. Con la *loi* n. 2014-873 il predetto criterio è stato sostituito dall'obbligo di «*apporter tous les soins raisonnables*» ai fini della conservazione della cosa. Il quadro è ulteriormente mutato con la riforma del *code civil* del 2016, la quale dedica più disposizioni alle obbligazioni di dare, di fare, eccetera, né al loro adempimento e quindi alla diligenza.

⁽⁵⁴⁾ L'opzione opposta è stata prospettata da alcuni esponenti della dottrina tedesca, chiamati ad analizzare la portata delle clausole in esame nel proprio ordinamento. In particolare, essi hanno sostenuto che l'uso dell'espressione “migliori sforzi” (*nach besten Kräften*) implica una deroga delle parti ai paragrafi 276 e 347 del BGB, trasformando la valutazione della diligenza da oggettiva a soggettiva e così aggravando o attenuando, a seconda dei casi, la posizione del debitore. Cfr. WITZ-BOPP, *Best efforts, Reasonable care: considérations de droit allemand*, in *Revue de droit des affaires internationales*, 8, 1988, pp. 1036-1037. Dello stesso avviso, con specifico riferimento alle clausole di “migliori sforzi” contenute nei contratti di ricerca, ULLRICH, *Privatrechtsfragen der Forschungsförderung in der Bundesrepublik Deutschland*, Weinheim, 1984, p. 211.

⁽⁵⁵⁾ Così SICCHIERO, *Come si valuta il merito della diligenza professionale?*, nota a Cass., 20 agosto 2015, n. 17016, in *Giurisprudenza italiana*, 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 *Il Codice Civile. Commentario*,

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⁽⁵⁶⁾.

Alla luce di quest'impostazione, il merito 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.

Passando al secondo interrogativo, che attiene in sostanza al significato delle clausole di *efforts* e al rapporto tra le stesse, prima di tutto è opportuno escludere l'interpretazione in base alla quale i migliori sforzi si spingono sino a imporre al debitore il fallimento per evitare l'inadempimento. Seguendo questa interpretazione, infatti, la clausola sarebbe con ogni probabilità nulla: se è vero, come sostiene la dottrina più moderna, che il fondamento della diligenza risiede nell'esigenza di tutelare la sicurezza e la rapidità dei traffici, l'imposizione al debitore di uno sforzo d'intensità tale da pregiudicare fino all'estremo la sua attività economica sarebbe contraria all'ordine pubblico. Lo sarebbe, tra l'altro, in considerazione della gravità degli effetti prodotti dal fallimento non solo nei confronti del fallito, ma anche nei confronti dei suoi creditori.

Anche a voler sostenere il contrario, per imporre un simile aggravio alla posizione debitoria non sarebbe sufficiente la generica espressione *best efforts*. Innanzitutto, stante il disposto dell'art. 1367 c.c. – su cui si ritornerà nel prosieguo della trattazione – all'interpretazione della clausola in esame nel senso che la rende nulla ne verrà preferita dal giudice un'altra, e precisamente quella idonea ad attribuirle qualche effetto⁽⁵⁷⁾.

In secondo luogo, una clausola formulata in termini così generici, che non contenga una previsione espressa e inequivoca di un effetto di simile gravità,

fondato da Schlesinger e diretto da Busnelli, Milano, 2016, pp. 38-51. Per un'esposizione degli argomenti a favore della tipizzazione si rinvia a *Ibidem*, pp. 53-54. Ogniquale volta 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 *Ibidem*, p. 58.

⁽⁵⁶⁾ *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'Autore 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».

⁽⁵⁷⁾ Sul principio di conservazione si vedano in particolare CARRESI, *Interpretazione del contratto e principio di conservazione*, in *Il contratto. Silloge in onore di Giorgio Oppo*, Padova, 1992, p. 351 ss.; GRASSETTI, voce «Conservazione (Principio di)», in *Enciclopedia del diritto*, IX, Milano, 1961, p. 174; GENTILI, *Senso e consenso. Storia, teoria e tecnica dell'interpretazione dei contratti*, II, Torino, 2015, p. 584 ss.; PENNASILICO, *Il principio di conservazione dei «valori giuridici»*, in A.A. V.V., *Colloqui in onore di Michele Giorgianni*, Napoli, 2007; e ID., *La regola ermeneutica di conservazione nei «Principi di diritto europeo dei contratti»*, in *Rassegna di diritto civile*, 2003, p. 268 ss.; STELLA RICHTER, *Il principio di conservazione del negozio giuridico*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1967, p. 428 ss.

rischierebbe di essere nulla per violazione del principio dell'accordo. In terzo luogo – ma la considerazione è prematura in questa sede –, spostando la prospettiva dal piano genetico al piano funzionale del sinallagma, se il debitore convenuto in giudizio dal creditore che invoca la clausola per fondarne la responsabilità eccepisse di essersi reso inadempiente per evitare il fallimento, il giudice probabilmente rigetterebbe la domanda motivando con l'inesigibilità della prestazione⁽⁵⁸⁾.

Parimenti, non sembra potersi seguire la tesi per cui gli sforzi ragionevoli consentono al debitore di non adempiere ogniqualvolta l'adempimento non sia economicamente conveniente. Secondo questa lettura, infatti, i *reasonable efforts* costituirebbero con ogni probabilità – per le ragioni che meglio si esporranno in un paragrafo *ad hoc* – una clausola di esonero dalla responsabilità del debitore per dolo e quindi nulla ai sensi dell'art. 1229 c.c., salvo ritenere che l'ordinamento legittimi un inadempimento “efficiente”⁽⁵⁹⁾.

Rimane aperto il problema se si possa comunque, pur senza giungere agli estremi del fallimento e dell'*efficient breach*, attribuire una qualche rilevanza alla distinzione tra migliori e ragionevoli sforzi; in altre parole, occorre domandarsi (ancora una volta) se siano compatibili con il concetto di diligenza che il codice civile ha accolto – e forse anche con il concetto di diligenza *tout court* – diversi gradi d'intensità dello sforzo richiesto al debitore. Per fornire una risposta quanto più esauriente al quesito si renderà opportuno qualche, pur fugace, richiamo all'evoluzione storica della diligenza, sin dalla sua genesi.

3. Il problema della graduabilità della diligenza.

La questione della graduabilità della diligenza è inscindibilmente legata al significato stesso del termine. L'espressione *diligentia* (in greco ἐπιμέλεια o, talvolta, φιλοπονία) compare per la prima volta nelle fonti del periodo romano classico. Già la sua etimologia, composta da *dis* e *lego*, le radici del discernimento e della scelta, ne preannuncia 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”⁽⁶⁰⁾.

⁽⁵⁸⁾ Sul tema si rinvia al paragrafo del presente capitolo dedicato all'inesigibilità come limite alle clausole che aggravano la posizione del debitore.

⁽⁵⁹⁾ Cfr. il paragrafo del capitolo secondo dedicato all'ammissibilità di un esonero da responsabilità per inadempimento efficiente.

⁽⁶⁰⁾ Sulla diligenza del buon padre di famiglia si vedano, ancora una volta, CANCELLI, voce «Diligenza (dir. rom.)», cit.; FORCHIELLI, *Difendiamo il “buon padre di famiglia”*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1989; 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*, cit.; RODOTÀ, voce «Diligenza» (dir. civ.), cit.; e PREDELLA, *La figura dell'uomo medio nella storia del diritto e nel sistema giuridico privato*, Torino, 1934. Significative 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”,

A dispetto del suo carattere polisemico, però, la nozione di diligenza era unitaria, nel senso che essa non era articolata in diversi livelli. Si prospettava solo la netta alternativa tra le obbligazioni il cui adempimento doveva essere valutato alla stregua della diligenza così intesa e quelle in cui, per contro, quest'ultimo coincideva con il raggiungimento del risultato pattuito ⁽⁶¹⁾. In tale contesto, il problema della derogabilità della diligenza – almeno a quanto è noto – non veniva neppure avvertito.

Della questione si comincia a parlare, pur senza farne oggetto di un vero e proprio dibattito, nel periodo postclassico e giustiniano. Non è un caso che proprio a quell'epoca risalgano le prime teorizzazioni sui diversi gradi che la diligenza (e la colpa) possono assumere. Già a quei tempi, la regola generale in materia di adempimento delle obbligazioni contrattuali 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 ⁽⁶²⁾.

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 ⁽⁶³⁾. Così era stato elaborato dai giustiniani il già

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, 150.

⁽⁶¹⁾ 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, BETTI, «Periculum». *Problema del rischio contrattuale in diritto romano classico e giustiniano*, in *Studi in onore di Pietro de Francisci*, I, Milano, 1956, p. 134; CANNATA, *Sul problema della responsabilità nel diritto privato romano*, Catania, 1996, p. 42, in particolare le note 57 e 77; e GROSSO, *Obbligazioni. Contenuto e requisiti della prestazione. Obbligazioni alternative e generiche*, Torino, 1966, p. 12 ss. Tuttavia – ammonisce 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.

⁽⁶²⁾ Cfr. CANCELLI, voce «*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 diligens 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.

⁽⁶³⁾ Sul punto cfr. 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

citato 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* ⁽⁶⁴⁾.

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 ⁽⁶⁵⁾, sul depositario e sul comodatario a titolo oneroso, sul gestore di affari altrui, sul vettore di cose fragili ⁽⁶⁶⁾ e, secondo alcuni, sull'erede nei confronti del legatario ⁽⁶⁷⁾, 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 l'hanno riferita al concetto di prevedibilità dell'evento impossibilitante: la diligenza esattissima richiedeva al debitore di prevedere quegli accadimenti che un padre di famiglia diligentissimo avrebbe previsto e quindi di porre in essere le dovute cautele per

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.

⁽⁶⁴⁾ Per un approfondimento sulla nozione di diligenza minima ed un riferimento puntuale ai frammenti nei quali se ne discorre si veda BELLOMO, voce «Diligenza (diritto intermedio)», in *Enciclopedia del diritto*, XII, Milano, 1964, p. 530 ss.

⁽⁶⁵⁾ 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 modicam, 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, 35, 13, *mandati*, il mandatario era tenuto ad adempiere secondo una "diligenza esattissima" 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. 1. a procuratore*, n. 1.; BARTOLOMEO DA SALICETO, *Comm.*, in *Dig.* 13, 6, 18 *pr., commodati. 1. in rebus. in pr.* n. 3.).

⁽⁶⁶⁾ 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".

⁽⁶⁷⁾ Sostiene questa tesi, in particolare, Ugolino de' Presbiteri. Cfr. 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*.

scongiurarli ⁽⁶⁸⁾. 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 ad un soggetto non degno di fiducia, non anche il debitore che l'avesse affidata ad un terzo la cui reputazione non avrebbe fatto presagire la sua inaffidabilità ⁽⁶⁹⁾.

In questo quadro, le parti godevano di un certo margine di manovra: di norma, infatti, era loro consentito agire sui gradi di diligenza sopra descritti, vuoi spostando l'obbligazione da un livello inferiore ad un livello superiore, vuoi spostandola da un livello superiore ad un livello inferiore ⁽⁷⁰⁾. 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 ⁽⁷¹⁾.

Se la formula del codice del 1865 poteva ancora suscitare qualche dubbio, nella misura in cui, all'art. 1224, prescriveva che la regola generale della diligenza del buon padre di famiglia venisse applicata «con maggiore o minor rigore» in base alle norme speciali contenute per certi casi nel codice stesso, il codice attuale ha abbandonato siffatta impostazione, espungendo dall'art. 1176 c.c. qualsiasi riferimento alle valutazioni suddette ⁽⁷²⁾. Si legge chiaramente nella Relazione preliminare che esse non erano idonee a conferire alla responsabilità del debitore «una base certa, come la dà la diligenza in astratto», laddove la figura della diligenza del buon padre di famiglia, in considerazione della sua «adattabilità alle

⁽⁶⁸⁾ 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)*».

⁽⁶⁹⁾ 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 persona 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*».

⁽⁷⁰⁾ Così *Summa trecensis*, C. 4, 23, *de comodato*, n. 6; ACCURSIO, gl. *convenit*, ad Dig. 13, 6, 5, 10, *commodati. l. si ut certo. §. interdum*: «*scilicet per pactum. Sed in dote hoc pactum non valet, ut ff. de pactis dotalibus*».

⁽⁷¹⁾ Si veda, per tutti, CHIRONI, *La colpa nel diritto civile odierno, Colpa contrattuale*, Torino, 1897, *passim*.

⁽⁷²⁾ 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, 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 POLACCO, *Le obbligazioni nel diritto civile italiano*, I, Roma, 1915, p. 434 ss.

situazioni di fatto» sarebbe dovuta risultare più rispondente «ai bisogni vari della vita di relazione»⁽⁷³⁾.

È pur vero che tracce della *ratio* che ha ispirato la teoria dei gradi permangono nel libro quarto, nella misura in cui alcune norme – proprio in tema di mandato, deposito, comodato e gestione di affari altrui – prevedono, apparentemente, ora un’attenuazione, ora un’aggravamento dello sforzo richiesto al debitore. Tuttavia tali norme sono state (condivisibilmente) interpretate da prevalente dottrina e giurisprudenza come semplice espressione del principio di relatività della diligenza del buon padre di famiglia⁽⁷⁴⁾. Essendo la diligenza 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 c.c., comma secondo⁽⁷⁵⁾.

Vi sono, innanzitutto, le previsioni di cui agli artt. 1693 c.c., in tema di responsabilità del vettore per il trasporto di cose, e 1784, 1787 c.c., in tema di

⁽⁷³⁾ Relazione al codice n. 559, cit. Sul punto cfr. ZANA, *Valutazione con «minor rigore» della responsabilità per colpa*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1974, p. 22. La dottrina, salvo qualche voce contraria (per tutti BARBERO, *Sistema del diritto privato italiano*⁶, II, Torino, 1962, p. 60 ss. e p. 833 ss.. il quale attribuisce rilevanza autonoma al concetto di colpa lievissima), ha accolto con favore tale impostazione 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. FORCHIELLI, *Responsabilità civile*, I, Padova, 1968, p. 92 ss.; MAIORCA, voce «*Colpa civile (Teoria generale)*», in *Enciclopedia del diritto*, VII, Milano, 1960, p. 581 ss.; NATOLI, *L’attuazione del rapporto obbligatorio*, II, Il comportamento del debitore, in *Trattato di diritto civile e commerciale* Cicu-Messineo, XVI, 2, Milano, 1984, p. 114 ss. Per la posizione di giuristi stranieri sul punto cfr. MAZEAUD e TUNC, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile*⁶, Paris, 1965, pp. 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 c.c. Cfr. BARASSI, *Teoria generale delle obbligazioni*², ristampa, III, Milano, 1964, p. 23; FORCHIELLI, *La colpa lievissima*, in *Rivista di diritto civile*, 1963, I, p. 179 ss.; ORLANDO CASCIO, *Teoria della responsabilità per colpa*, Milano, 1938, p. 21.

⁽⁷⁴⁾ Secondo CARBONE E., *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 ZANA, *Op. ult. cit.*, pp. 19 ss., e NATOLI, *Op. ult. cit.*, p. 92. In giurisprudenza cfr. Cass., 4 gennaio 1969, n. 11, in *Foro italiano* (Repertorio), 1969, voce «Mandato», n. 21; Cass., 12 febbraio 1952, n. 348, in *Foro italiano*, 1952, I, c. 1009; App. Torino, 3 maggio 1958, in *Giustizia civile* (Repertorio), 1958, voce «Deposito (Contratto di)», n. 17. Sul punto, a quanto noto, non è reperibile giurisprudenza più recente.

⁽⁷⁵⁾ Questo risulta evidente, ad esempio, se si confrontano l’art. 1681 e l’art. 1693 c.c., 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, ZANA, *Op. ult. cit.*, pp. 23 ss. Sul fatto che l’esigenza di un comportamento più o meno qualificato discende dalla natura stessa dell’attività cfr., inoltre, NATOLI, *Op. ult. cit.*, p. 92.

responsabilità, rispettivamente, dell'albergatore e dei magazzini generali, le quali richiedono ai fini della prova liberatoria la dimostrazione della causa specifica che ha cagionato il danno ⁽⁷⁶⁾. Esse non costituiscono 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 ⁽⁷⁷⁾. Dette previsioni, infatti, non modificano il contenuto dell'obbligazione, ma piuttosto incidono sull'oggetto dell'onere probatorio gravante sul debitore, trasformandolo dal fatto della propria condotta diligente al fatto a lui non imputabile che ha reso impossibile la prestazione.

Vi sono poi gli artt. 1710 e 1768, comma 2, c.c., che impongono di valutare la colpa del mandatario e del depositario a titolo gratuito «con minor rigore» ⁽⁷⁸⁾. 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

⁽⁷⁶⁾ Sul contratto di trasporto cfr., per tutti, IANNUZZI, *Del trasporto*, 2° ed., in *Commentario del codice civile* diretto da Scialoja e Branca, sub artt. 1678-1702, Bologna-Roma, 1970; ASQUINI, voce «Trasporto di cose (contratto di)», in *Novissimo Digesto italiano*, XIX, Torino, 1973; CATURANI-SENSALE, *Il trasporto*, Napoli, 1960; ALPA, *La responsabilità del vettore nel trasporto di cose su strada: problemi attuali e profili di una riforma*, in *Giurisprudenza italiana*, 1981, I, 1, p. 1737 ss.; DE MARCO, *La responsabilità civile nel trasporto di persone e cose*, Milano, 1985; STOLFI, *Appalto-Trasporto*, in *Trattato di diritto civile* diretto da Grosso e Santoro Passarelli, Milano, 1961. Sulla responsabilità dell'albergatore si vedano BONILINI, *Responsabilità degli albergatori. Modifiche al codice civile*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 1979; e GERI, voce «Albergatore (responsabilità dell'»)», in *Novissimo Digesto italiano*, app., I, Torino, 1980. Sulla responsabilità dei magazzini generali cfr. ANGELONI, voce «Fede di deposito», in *Novissimo Digesto italiano*, VII, Torino, 1964; BOZZI, voce «Magazzini generali», in *Enciclopedia del diritto*, XXV, Milano, 1975; FIORENTINO, *Del deposito*, in *Commentario del codice civile* diretto da Scialoja e Branca, sub artt. 1754-1812, Bologna-Roma, 1970; e GATTI, voce «Deposito nei magazzini generali», in *Enciclopedia giuridica*, X, Roma, 1988.

⁽⁷⁷⁾ Parte della dottrina non valuta il confronto in termini di obbligazioni “di mezzi” e obbligazioni “di risultato”, ma assume diversa prospettiva, ritenendo che il disposto dell'art. 1681 semplicemente contempra un'attenuazione della responsabilità rispetto al parametro dell'art. 1693 c.c. Così ASQUINI, *Del trasporto*, in *Commentario del codice civile*, a cura di D'Amelio e Finzi, II, I, Firenze, 1974, sub art. 1681, p. 424, e MIRABELLI, *Dei singoli contratti*², in *Commentario del codice civile*, IV, 3, Torino, 1968, p. 502.

⁽⁷⁸⁾ Si veda, in particolare, 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. DOMINEDÒ, voce «Mandato (diritto civile)», in *Novissimo Digesto italiano*, X, Torino, 1964; LUMINOSO, *Il mandato e la commissione*, in *Trattato di diritto privato* diretto da Rescigno, 12, Torino, 1985; MINERVINI, *Il mandato, la commissione, la spedizione*, in *Trattato di diritto civile* diretto da Vassalli, Torino, 1952; MIRABELLI, *Dei singoli contratti. Del trasporto*, in *Commentario del codice civile*, IV, 3, Torino, 1968; SANTAGATA, *Del mandato. Delle obbligazioni del mandatario. Delle obbligazioni del mandante*, in *Commentario del codice civile* diretto da Scialoja e Branca, sub artt. 1710-1721, Bologna-Roma, 1998. Sulla diligenza del depositario si vedano, invece, BALBI, *L'obbligazione di custodire*, Milano, 1940; DALMARTELLO-PORTALE, voce «Deposito (diritto vigente)», in *Enciclopedia del diritto*, XII, Milano, 1964; DE GENNARO, *Del deposito*, in *Codice civile. Commentario* a cura di D'Amelio-Finzi, IV, *Delle obbligazioni*, II, 1, Firenze, 1947; DE MARTINI, voce «Deposito (diritto civile)», in *Novissimo Digesto italiano*, V, Torino, 1960; GALASSO A e G., voce «Deposito», in *Digesto delle discipline privatistiche (sezione civile)*, V, Torino, 1989; MASTROPAOLO, voce «Deposito (in generale)», in *Enciclopedia giuridica*, X, Roma, 1988.

di *negotiorum gestio* all'art. 2030 del codice ⁽⁷⁹⁾. 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 del codice ⁽⁸⁰⁾.

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 ⁽⁸¹⁾. A tale conclusione qualcuno potrebbe obiettare che limitare la responsabilità in questo caso significa

⁽⁷⁹⁾ La tesi è sostenuta da 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 c.c. 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 DE MARTINI, voce «*Deposito (Diritto civile)*», in *Novissimo Digesto italiano*, V, Torino, 1960, p. 513; NATOLI, *Op. ult. cit.*, pp. 123-124.

⁽⁸⁰⁾ In tal senso, tra le altre, Cass., 3 marzo 1980, n. 2200, in *Giurisprudenza italiana* (Massimario), 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 *Foro italiano (Repertorio)*, 1959, voce «Mandato», n. 40; Cass., 12 febbraio 1952, n. 348, cit. In dottrina cfr. BIANCA C.M., *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, in *Commentario al codice civile*, a cura di Scialoja e Branca, II edizione, Bologna-Roma, 1979, pp. 146-147, il quale osserva che nell'ordinamento non si trovano altre norme, eccezion 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*, PINORI, *Il principio generale della riparazione integrale dei danni*, in *Contratto e impresa*, 1998, p. 1945 ss., e VISINTINI, *Risarcimento del danno*, in *Trattato di diritto privato* diretto da Rescigno, Milano, 1984, IX, p. 203 ss.

⁽⁸¹⁾ A sostegno della tesi qui esposta si può citare la Relazione al codice n. 559, la quale ha chiarito che il minor rigore può anche essere stabilito convenzionalmente, come ammesso dall'art. 1229 c.c., pur entro i limiti *ivi* previsti. Rovescia l'impostazione del problema MENICHINO, *Clausole di irresponsabilità contrattuale*, Milano, 2008, pp. 69-70. Sostiene l'Autrice 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'Autrice 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 c.c. L'argomento su cui si basa la tesi non convince del tutto: l'Autrice 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'Autrice 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 c.c. a far propendere per l'identificazione del contenuto dell'obbligo con la diligenza del buon padre di famiglia.

richiedere un grado inferiore di colpa e, correlativamente, di diligenza⁽⁸²⁾. La replica è che il concetto di colpa e quello di diligenza non sono perfettamente coincidenti⁽⁸³⁾: la diligenza, almeno nelle prestazioni di *facere*, non ha solo in sé la natura di criterio di imputazione dell'inadempimento, ma anche quella di misura del contenuto dell'obbligazione, estranea, invece, alla colpa⁽⁸⁴⁾. Se così è,

(⁸²) 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 BARASSI, *Teoria generale dell'obbligazione*, cit., III, p. 25; DE CUPIS, *Il danno*², I, Milano, 1966, p. 164; DOMINEDÒ, voce «Mandato (diritto civile)», in *Novissimo digesto italiano*, X, Torino, 1964, p. 125; MIRABELLI, *Dei singoli contratti*, cit., p. 576. Nello stesso senso, in giurisprudenza, Cass., 4 gennaio 1969, n. 11, in *Giustizia civile* (Repertorio), 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 *Giurisprudenza completa della Cassazione civile*, 1952, II, 1, p. 603, con nota di 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 FUNAIOLI, *Deposito, sequestro convenzionale, cessione dei beni ai creditori*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da Grosso e Santoro-Passarelli, Milano, 1961, p. 63, n. 20.

(⁸³) 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 diligentissimus 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 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 ARANGIO-RUIZ, *Responsabilità contrattuale in diritto romano*² (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 giustinianeî interpolando nelle fonti anche il parametro della diligenza. D'altronde, come osserva attenta dottrina, se essi si fossero davvero stati antitetivamente equivalenti, i compilatori ne avrebbero probabilmente eliminato uno dei due. In tal senso CANCELLI, voce «Diligenza (diritto romano)», cit., p. 525; DE ROBERTIS, «*Culpa et diligentia*» nella compilazione giustiniana, in *Studi in onore di E. Betti*, II, Milano, 1962, pp. 349-362.

(⁸⁴) Sulla doppia natura della diligenza si aderisce alla tesi sostenuta da autorevole dottrina e dalla prevalente giurisprudenza. In dottrina cfr. BIANCA C.M., *Diritto civile*, 4. L'obbligazione, cit., p. 90; BRECCIA, *Le obbligazioni*, in *Trattato di diritto privato* a cura di Iudica-Zatti, Milano, 1991, p. 238 ss.; D'AMICO, voce «Negligenza», cit., p. 25 ss.; CATTANEO, *La responsabilità del professionista*, Milano, 1958, p. 51. *Contra* cfr., tra gli altri, NATOLI U., *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, cit., p. 47 e RODOTÀ, voce «Diligenza (diritto civile)», 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, il cui testo integrale si può reperire nella banca dati *Leggi d'Italia* (online); Cass., 29 luglio 2004, n. 14488, in *Corriere giuridico*, 2004, 1437, con nota di LISERRE, *Mancata interruzione della gravidanza e danno da procreazione*; in *Danno e responsabilità*, 2004, p. 379, con nota di FEOLA; in *Diritto e giustizia*, 2004, n. 33, p. 9, con nota di ROSSETTI, *Danno da nascita indesiderata: la Suprema Corte mette i paletti*; in *Famiglia e diritto*, 2004, p. 559, con nota di FACCI, *Wrongful life: a chi spetta il risarcimento del danno?*, in *Foro italiano*, 2004, I, c. 3327, con nota di BITETTO; in *Giustizia civile*, I, 2403; in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2005, p. 418; e in *Responsabilità civile e previdenza*, 2004, p. 1348; Cass., 4 novembre 2003, n. 16525, in *Foro italiano*, 2004, I, c. 779; Cass., 28 gennaio 2003, n. 1228, in *Rivista del notariato*, 2003, p. 1234 ss.; Cass., 16 febbraio

il mandatario 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⁽⁸⁵⁾.

Lo stesso discorso vale, *mutatis mutandis*, per l'art. 789 c.c., 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 c.c., il quale limita la responsabilità del professionista chiamato ad affrontare problemi tecnici di speciale difficoltà al dolo o alla colpa grave⁽⁸⁶⁾. Anche qui si tratta di clausole legali di esonero da responsabilità, nella specie per colpa lieve. Rinviando per ulteriori considerazioni al prosieguo della disamina, si osservi che la colpa grave non sembra potersi considerare il *pendant* di una diligenza esattissima e il contrario di una diligenza minima. La colpa è grave nella misura in cui si è verificato uno scarto significativo e grossolano dalle regole proprie della *lex artis* di riferimento: non a caso è proprio attorno all'individuazione di tale scarto – ed alla definizione di

2001, n. 2335, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2001, p. 580 ss.; Cass., 10 maggio 2000, n. 5945, in *Diritto e giustizia*, 2000, p. 19 ss.; Cass., 15 giugno 1999, n. 5946, in *Rivista del notariato*, 1999, p. 136 ss.; Cass., 19 maggio 1999, n. 4852, in *Responsabilità civile e previdenza*, 1999, p. 995 ss.; Cass., 22 gennaio 1999, n. 589, in *Corriere giuridico*, 1999, p. 441 ss., con nota di DI MAJO, *L'obbligazione senza prestazione approda in Cassazione*; e in *Responsabilità civile e previdenza*, 1999, p. 652 con nota di FORZIATI, *La responsabilità contrattuale del medico dipendente: il "contratto sociale" conquista la Cassazione*; Cass., 27 luglio 1998, n. 7336, in *Responsabilità civile e previdenza*, 1999, p. 996 ss.

⁽⁸⁵⁾ 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 *Giustizia civile* (Repertorio), 1959, voce «Mandato e rappresentanza», n. 23 e Cass., 7 agosto 1962, n. 2437, in *Giustizia civile* (Massimario), 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 *Giustizia civile*, 1957, I, p. 2003, secondo la quale «il minore rigore, previsto nell'art. 1768 c.c. 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».

⁽⁸⁶⁾ Sulla responsabilità del donante cfr., tra gli altri, BIONDI, *Le donazioni*, in *Trattato di diritto civile* diretto da Vassalli, Torino, 1961; BALBI, *La donazione*, in *Trattato di diritto civile* diretto da Grosso e Santoro Passarelli, Milano, 1964; GARDANI CONTURSI LISI, *Delle donazioni*, in *Commentario del codice civile* diretto da Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1976; AZZARITI, *Le successioni e le donazioni*, Napoli, 1990; CARNEVALI, *Le donazioni*, in *Trattato di diritto privato* diretto da Rescigno, 6, II, 2° ed., Torino, 1997; TORRENTE, *La donazione*, a cura di Carnevali e Mora, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da Cicu e Messineo, 2° ed., Milano, 2006; STELLA, *L'inadempimento del contratto di donazione*, in *Trattato delle successioni e delle donazioni* diretto da Bonilini, VI, Milano, 2009; e GHIDONI, *sub art. 789*, in *Commentario del codice civile* diretto da Gabrielli, Torino, 2014.

speciale difficoltà – che ruotano le controversie in cui entra in gioco la norma in esame ⁽⁸⁷⁾.

Allora, se è vero che non esistono gradi di diligenza e che la regola dell'art. 1176 c.c., già di per sé, non esprime un parametro rigido, ma uno *standard* di condotta rapportato alle diverse categorie di prestazioni, non avrebbe senso parlare di derogabilità. Del resto, 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, come hanno ampiamente dimostrato le incertezze dei giuristi postclassici e le incostanti affermazioni della giurisprudenza anglo-americana in merito alle clausole di *best e reasonable efforts*.

A questo punto è tempo porre un primo tassello alla presente riflessione: le clausole sulla diligenza o quelle di *efforts* non esistono come categoria autonoma. Proprio in virtù della duplicità di funzioni in cui si risolve la diligenza – criterio d'imputazione della responsabilità e misura del contenuto dell'obbligazione –, pare corretto concludere che le parti non possono raggiungere l'effetto di aumentarne o diminuirne il livello richiesto al debitore se non in via indiretta, attraverso pattuizioni diverse che incidano, appunto, su quei due elementi. Salvi i limiti che si diranno, tali pattuizioni possono suddividersi in due categorie principali: le clausole sulla responsabilità del debitore e le clausole sull'oggetto dell'obbligazione. Accanto a esse, vi è poi una costellazione di clausole che afferiscono ad altri tipi – patti sulla prova dell'inadempimento e dichiarazioni sulle qualità delle parti – ma sono strumentali alla specificazione delle due categorie in esame.

4. Il potere delle parti di aggravare una responsabilità già aggravata o attenuata dalla legge.

La possibilità di aggravare la responsabilità debitoria non è espressamente prevista né dall'art. 1229 c.c. – che, al contrario, disciplina l'attenuazione della responsabilità – né da altre norme, ma è ritenuta, in linea di principio, ammissibile dalla dottrina e non ha incontrato obiezioni da parte della giurisprudenza ⁽⁸⁸⁾. Non

⁽⁸⁷⁾ 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 *Rivista 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 *Foro italiano* (Repertorio), 1977, voce «Danni in materia civile», n. 54; Cass., 29 ottobre 1970, n. 2260, in *Giustizia civile* (Massimario), 1970, p. 1177. Cfr. inoltre BIANCA C.M., *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, cit., p. 410, e FORCHIELLI, voce «Colpa», in *Enciclopedia giuridica 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 MONATERI, *La responsabilità civile*, in *Trattato di diritto civile* diretto da Sacco, Torino, 1998, p. 103; e POLACCO, *Le obbligazioni*, cit., p. 403.

⁽⁸⁸⁾ Con la precisazione che gli Autori scrivono nella vigenza del “vecchio” codice, cfr. CHIRONI, *La colpa nel diritto civile odierno. Colpa contrattuale*, ed. 1897, rist. Napoli, 2012, p. 176 ss., il quale afferma che nulla impedisce alle parti di non accogliere la misura della colpa

bisogna, però, dimenticare che l'opinione favorevole della maggior parte degli esponenti di tale dottrina è retaggio di una *forma mentis* improntata a un sistema – quello del codice previgente – ormai, come si è detto, dichiaratamente abbandonato. In particolare, essa muove da una concezione volontaristica della diligenza, che vede 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 ⁽⁸⁹⁾. 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 se stesso, sarà propenso a contrarre ⁽⁹⁰⁾.

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 c.c. 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 ⁽⁹¹⁾.

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); BRUSCHETTINI, *Del contratto di trasporto*, in *Commentario al codice del commercio* a cura di Bruschetti *et al.*, IV, Milano, 1902, p. 330; POLACCO, *Le obbligazioni nel diritto civile italiano*, Roma, 1915, p. 456; PACCHIONI, *Aggravamento e attenuamento convenzionali in tema di responsabilità contrattuale*, commento a Cass. Torino, 8 giugno 1912 (il cui testo è reperibile in *Foro Italiano*, 37, 1912, cc. 1479-1488), in *Rivista di diritto commerciale*, 1913, p. 417 ss.; ASQUINI, *Del contratto di trasporto*, in *Commentario al codice del commercio* a cura di Bolaffio-Rocco-Vivante, VI, pt. II, Torino, 1935, pp. 346-347, e p. 385; e MANCA, *Pactum de dolo non praestando, de culpa lata non praestanda*, in *Dizionario pratico di diritto privato*, V, 1, Milano, 1937, p. 11 ss. Sotto l'egida del codice del 1942 cfr. MAIORCA, voce «Colpa civile (teoria generale)», in *Enciclopedia del diritto*, VII, Milano, 1960, p. 535 ss., spec. p. 564; DE CUPIS, *Il danno*, I, Milano, 1979, p. 198; BIANCA C.M., *Diritto civile*, V. *La responsabilità*, Milano, 1994, p. 57. Aderisce all'orientamento DELOGU, *Le modificazioni convenzionali della responsabilità civile*, Padova, 2000, p. 67.

⁽⁸⁹⁾ Sul fondamento della diligenza del buon padre di famiglia cfr., per tutti, DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, in *Commentario del Codice civile Scialoja-Branca*, a cura di Galgano, Bologna-Roma, 1988, p. 422.

⁽⁹⁰⁾ 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» FORCHIELLI, voce «Colpa», cit., p. 3.

⁽⁹¹⁾ Sul fondamento della diligenza professionale e sul rischio di paralisi delle attività per timore della responsabilità riflettono PONZANELLI, *La responsabilità civile. Profili di diritto comparato*, Bologna, 1992, p. 198 ss. e 281 ss.; e NATOLI R., *Consenso informato e obbligazioni di risultato tra esigenze di compensation ed esigenze di deterrence*, nota a Cass., 10 settembre

Pertanto, occorre tenere presente, ancor prima di addentrarsi nell'analisi delle specifiche pattuizioni derogatorie, che le norme in materia di diligenza e di responsabilità godono di un certo grado d'imperatività. Si tratta di un'imperatività che si potrebbe quasi definire come “di scopo”: le pattuizioni che vi derogano sono ammissibili solo in quanto non pregiudichino gli interessi che le norme mirano a tutelare, cioè solo quando non risultino – alla luce di un'analisi caso per caso – contrarie all'ordine pubblico, come sopra inteso. Fatta questa premessa, si può procedere alla disamina delle singole disposizioni di cui si vaglia la derogabilità.

In primo luogo, ragioni di ordine pubblico, ma soprattutto di semplice buon senso, fanno propendere per l'inammissibilità di clausole che impongano la diligenza professionale, cioè la “diligenza-perizia”, al debitore comune⁽⁹²⁾. Non possedendo quest'ultimo, per definizione, qualità professionali, richiedergli un simile livello di diligenza equivarrebbe quasi a imporgli l'esecuzione di una prestazione, se non impossibile, eccessivamente difficile, con evidente compromissione della rapidità dei traffici⁽⁹³⁾. Diverso sarebbe, naturalmente, se il debitore avesse garantito di possedere determinate qualità professionali pur non esercitando o non essendo abilitato alla professione; ma di questo si dirà più compiutamente nel paragrafo dedicato ai c.d. *recitals*. Basti qui ritenere che, in assenza di tale espressa e inequivoca garanzia, la pattuizione in questione non è consentita.

E questo rimane un punto fermo, malgrado il *trend* giurisprudenziale sia nel senso di espandere l'ambito di applicazione del parametro *ex art.* 1176, comma secondo, c.c. verso settori nei quali la condotta del debitore era un tempo valutata alla stregua del meno rigoroso criterio della diligenza del buon padre di famiglia⁽⁹⁴⁾. Secondo la giurisprudenza, la diligenza professionale costituisce ora il canone cui devono uniformarsi anche quei professionisti che non sono tenuti all'iscrizione a un albo e individua una serie di regole di riferimento, la cui applicazione prescinde persino dal titolo sul quale si fonda la pretesa responsabilità del professionista⁽⁹⁵⁾. Eppure quella medesima giurisprudenza non

1999, n. 9617, in *Danno e responsabilità*, 2000, 7, p. 730 ss. Cfr. anche 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 [...]».

⁽⁹²⁾ In senso contrario cfr., seppur risalente, CHIRONI, *La colpa contrattuale*, cit., p. 178, nt. 1, il quale ritiene che sia consentito alle parti parametrare la diligenza ad una condizione intellettuale diversa da quella propria del debitore.

⁽⁹³⁾ Sulla stessa linea sembra collocarsi FRANZONI, *Dalla colpa grave alla responsabilità professionale*, Torino, 2011, p. 48, là dove afferma che la natura stessa di professionista è inscindibilmente legata alla conoscenza delle regole della propria arte e che gli altri (i non professionisti) non sono tenuti a conoscerle. Interessante si rivela, inoltre, l'osservazione di THIENE, *Nuovi percorsi della responsabilità civile*, Padova, 2006, p. 168, secondo cui i professionisti rispondono in base all'affidamento creato dal loro *status*.

⁽⁹⁴⁾ Cfr. FRANZONI, *Op. ult. cit.*, p. 49.

⁽⁹⁵⁾ Per tutte, Cass., 29 novembre 1984, n. 6257, in *Archivio civile*, 1985, p. 791; e in *Giustizia civile*, 1985, I, p. 3150, secondo la quale «in ordine alla responsabilità dell'artigiano che esercita l'attività professionale di lavatura a secco resta applicabile l'art. 1176, secondo comma, cod. civ., con la conseguenza che la diligenza nell'eseguire il lavoro a regola d'arte e secondo le

è mai, in nessun caso, giunta a imporre tale canone al debitore comune.

Non sembra, invece, che siano improntate a ragioni di tutela dei traffici le norme che prescrivono un'attenuazione della responsabilità quando il contratto è a titolo gratuito – vale a dire gli artt. 789, 1710 e 1768 c.c., in tema d'inadempimento, rispettivamente, del donante, del mandatario e del depositario non remunerati ⁽⁹⁶⁾. La *ratio* che ha indotto il legislatore a differenziare la disciplina non ha nulla a che vedere con tali valori, ma risiede nel fatto che appare iniquo porre a carico del contraente il quale non riceve alcun vantaggio patrimoniale dal negozio il medesimo livello d'impegno richiesto a un debitore remunerato. In altre parole, la *ratio* risiede nell'assenza stessa di corrispettività ⁽⁹⁷⁾.

Forse è proprio in considerazione del carattere eccezionale delle norme in esame e del fatto che essa non è giustificata da ragioni di natura pubblicistica che dottrina e giurisprudenza tendono a limitarne il più possibile l'ambito di applicazione. Così parte della dottrina sostiene che la limitazione di responsabilità del donante non si applichi alle donazioni remuneratorie o modali ed è controverso se lo stesso non valga anche con riguardo alle liberalità d'uso e alle liberalità indirette ⁽⁹⁸⁾; mentre la giurisprudenza, in una delle rare pronunce sul punto, ha ritenuto doveroso precisare che le obbligazioni del depositario a titolo gratuito sono le stesse del depositario a titolo oneroso e che perciò anche nell'ipotesi di deposito a titolo gratuito il depositario deve provare, per liberarsi da ogni responsabilità, l'imprevedibilità e l'inevitabilità dell'evento che ha provocato la perdita della cosa ⁽⁹⁹⁾. Alla luce di queste considerazioni, un aggravamento convenzionale della responsabilità può ritenersi in queste ipotesi lecito, in quanto

tecniche proprie di quell'attività a lui richiesta non è solo quella generica del buon padre di famiglia, bensì la diligenza più intensa e concreta che incombe al lavoratore qualificato ed esperto in una certa attività professionale e con riferimento al risultato specifico che comporta l'obbligazione da lui assunta, senza che al riguardo possa trovare applicazione la disposizione esclusiva della detta responsabilità contenuta negli usi locali, trattandosi di inammissibile uso "*contra legem*". (nella specie è stata reputata colpevole la condotta dell'esercente la lavanderia per non avere saputo distinguere le fibre tessili dei vari indumenti consegnatigli per il lavaggio ed avere ignorato gli eventuali effetti negativi di certi trattamenti)». In dottrina, per una riflessione sul tema, si vedano ALPA, *La responsabilità civile*, in *Trattato di diritto civile*, IV, p. 715; DE MATTEIS, *La responsabilità medica – Un sottoinsieme della responsabilità civile*, Padova, 1995, pp. 20 ss.; MONATERI, *La responsabilità civile*, in *Trattato di diritto civile Sacco-De Nova*, Torino, 1998, p. 745.

⁽⁹⁶⁾ Nel senso che debba considerarsi lecita la clausola con cui il donante si assume una responsabilità maggiore, tale da ricomprendervi anche la colpa lieve, GARDANI CONTURSI LISI, *Delle donazioni*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1976, p. 331.

⁽⁹⁷⁾ Parla di un vero e proprio principio di limitazione della responsabilità negli atti a titolo gratuito, a proposito della donazione, BALBI, *La donazione*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da Grosso e Santoro Passarelli, Milano, 1964, p. 48. Sul punto cfr., più ampiamente, GAROFALO L. *Gratuità e responsabilità contrattuale*, in *Scambio e gratuità: confini e contenuti dell'area contrattuale*, a cura di Garofalo, Padova, 2011, p. 1 ss., spec. p. 24 ss.

⁽⁹⁸⁾ Per tutti, TORRENTE, *La donazione*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da Cicu-Messineo, 2° ed., Milano, 2006, p. 511, il quale ritiene che le donazioni remuneratorie e quelle modali siano soggette alle regole generali in materia di responsabilità per inadempimento argomentando dall'art. 797 c.c., nella parte in cui pone a carico del donante la garanzia per evizione. *Contra* cfr. BIONDI, *Le donazioni*, in *Trattato di diritto civile Vassalli*, Torino, 1961, p. 536. Sulla controversa applicazione alle liberalità indirette cfr., invece, GHIDONI, *sub* art. 789, in *Commentario del codice civile Gabrielli*, Torino, 2014, p. 322.

⁽⁹⁹⁾ Così Cass., 11 giugno 1979, n. 3292, in *Giurisprudenza italiana*, 1980, I, 1, p. 905.

tale deroga non contrasta con alcuna norma imperativa né con l'ordine pubblico, e anzi in linea con la tendenza all'interpretazione restrittiva manifestata dalla giurisprudenza.

Passando a esaminare eventuali pattuizioni con cui le parti impongano al professionista, in deroga al disposto dell'art. 2236 c.c., una responsabilità per colpa lieve anche quando dovesse trovarsi di fronte a problemi tecnici di speciale difficoltà, la questione dell'ammissibilità impone una riflessione più ponderata, per la delicatezza degli interessi coinvolti.

Anche in questo caso la tendenza della giurisprudenza è nel senso di ridurre l'ambito di applicazione della norma: essa, infatti, per un verso è costante nel precisare che ai sensi dell'art. 2236 c.c. la colpa deve essere prevalentemente intesa come errore determinato da ignoranza di cognizioni tecniche o da inesperienza professionale, cioè come imperizia e non come negligenza⁽¹⁰⁰⁾; per altro verso, dimostra di accogliere un'interpretazione alquanto rigorosa della nozione di «speciale difficoltà», circoscrivendola alle ipotesi in cui si presentino problemi che davvero trascendono la preparazione media ovvero che esulano dalla prassi o dalla comune esperienza⁽¹⁰¹⁾. A ciò si aggiunge il superamento

⁽¹⁰⁰⁾ Nel senso che la limitazione di responsabilità prevista dall'art. 2236 c.c. non è riferita alla diligenza, ma alla sola perizia, per cui il professionista risponde comunque anche qualora la sua condotta sia stata 'minimamente' negligente cfr. Cass., 12 marzo 2013, n. 6093, in *Giurisprudenza italiana*, 2013, pp. 2590 ss.; Cass., 13 marzo 2007, n. 5846, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2007, pp. 467 ss.; Cass., 19 aprile 2006, n. 9085, in *Corriere giuridico*, 2006, 914; Cass., 4 novembre 2003, n. 16525, in *Foro italiano*, 2004, I, 779 ss.; Cass., 16 febbraio 2001, n. 2335, in *La responsabilità civile*, 2001, pp. 580 ss., con nota di GUERINONI, «Vecchio» e «nuovo» nella responsabilità del medico: un campionario di questioni e soluzioni; e in *Diritto e giustizia*, 2001, 8, pp. 33 ss., con nota di ROSSETTI; Cass. 19 maggio 1999, n. 4852, in *Danno e responsabilità*, 2000, 2, pp. 157 ss., con nota di GRONDONA, in *Giurisprudenza italiana*, 2000, pp. 479 ss., con nota di PATARNELLO; e in *La nuova giurisprudenza civile*, 2000, I, pp. 226 ss., con nota di PARODI; Cass., 26 marzo 1990, n. 2428, in *Giurisprudenza italiana*, 1991, I, 1, pp. 600 ss., con nota di CARUSI, *Responsabilità del medico, prestazione professionale di speciale difficoltà e danno alla persona*. L'orientamento qui citato si è formato sulla scia di Corte Cost., 28 novembre 1973, n. 166, in *Foro italiano*, 1974, I, pp. 19 ss., la quale era stata investita della questione di legittimità degli artt. 589 e 42 c.p. rispetto all'art. 3 Cost., nella parte in cui essi non consentono di attribuire rilevanza ai diversi gradi della colpa professionale conformemente all'art. 2236 c.c. La Corte, nel dichiarare la questione infondata, ha chiarito che l'ambito applicativo di quest'ultima norma è limitato alla perizia.

⁽¹⁰¹⁾ Definiscono in questi termini la nozione di problemi tecnici di speciale difficoltà Cass., 2 febbraio 2005, n. 2042, in *Danno e responsabilità*, 2005, pp. 441 ss., e in *Foro italiano* (Repertorio), 2005, *Professioni intellettuali*, n. 210, e Cass., 16 novembre 1988, n. 6220, in *Foro italiano* (Massimario), 1988. Per alcuni esempi di come la giurisprudenza tende a mitigare l'attenuazione di responsabilità di cui all'art. 2236 c.c. attraverso un'interpretazione restrittiva del concetto di 'speciale difficoltà' cfr. Cass., 28 maggio 2004, n. 10297, in *Giurisprudenza italiana*, 2005, pp. 1413 ss., la quale ritiene che non sia sufficiente ai fini dell'applicazione dell'art. 2236 c.c. l'elevato tasso di esiti negativi di un determinato intervento. Nello stesso senso, Cass., 21 giugno 2004, n. 11488, in *Corriere giuridico*, 2005, p. 39, con nota di DI MAJO, *Mezzi e risultato nelle prestazioni mediche: una storia infinita*, e in *Giurisprudenza italiana*, 2005, pp. 1413 ss., la quale motiva che può ben accadere che una prestazione sia agevole, ma che il risultato sia comunque incerto. Quanto al concetto di colpa grave, Cass., 21 aprile 1977, n. 1476, in *Archivio civile*, 1977, p. 747, e in *Foro italiano* (Repertorio), 1977, *Professioni intellettuali*, n. 43, afferma che essa «in campo professionale comprende sia gli errori che non sono scusabili per la loro grossolanità, sia le ignoranze incompatibili con il grado di addestramento o di preparazione che una data professione richiede o che la reputazione di un professionista dà motivo di ritenere esistenti, sia la temerarietà sperimentale e ogni altra imprudenza che dimostri superficialità

dell'orientamento per cui l'applicazione dell'art. 2236 c.c. comporterebbe un'inversione dell'onere probatorio ⁽¹⁰²⁾.

Se da un lato, quindi, si assiste a un'espansione applicativa della diligenza professionale, dall'altro si constata un depotenziamento dell'attenuazione legale di responsabilità che per essa era stata concepita dall'art. 2236 c.c.: a quanto risulta, non constano precedenti tra quelli editi – eccetto uno molto recente ⁽¹⁰³⁾ –

disinteresse per i beni primari che il cliente affida alle cure di un prestatore d'opera intellettuale».

⁽¹⁰²⁾ Secondo l'indirizzo giurisprudenziale più risalente, nelle controversie in cui viene in rilievo l'art. 2236 c.c. al professionista è richiesta la sola prova della speciale difficoltà della prestazione, mentre sul cliente grava l'onere di dimostrare gli specifici atti neglienti ed imperiti che gli imputa. In questo senso cfr., a titolo di esempio, Cass., 16 febbraio 2001, n. 2335, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2001, p. 580; Cass., 19 maggio 1999, n. 4852, in *Danno e responsabilità*, 1999, p. 104; in *Foro italiano*, 1999, I, cc. 2874 ss.; e in *Responsabilità civile e previdenza*, 1999, 995; Cass., 22 gennaio 1999, n. 589, in *Contratti*, 1999, 11, 999, con nota di GUERINONI, *Obbligazione da "contatto sociale" e responsabilità contrattuale nei confronti dei terzi*; in *Corriere giuridico*, 1999, p. 441, con nota di DI MAJO, *L'obbligazione senza prestazione approda in Cassazione*; in *Danno e responsabilità*, 1999, p. 294, con nota di CARBONE V., *La responsabilità del medico ospedaliero come responsabilità da contatto*; in *Foro italiano*, 1999, I, c. 3332, con nota di DI CIOMMO, *Note critiche sui recenti orientamenti giurisprudenziali in tema di responsabilità del medico ospedaliero*, e di LANOTTE, *L'obbligazione del medico dipendente è una obbligazione senza prestazione o una prestazione senza obbligazione?*; in *Giustizia civile*, 1999, 4, I, p. 99; in *La Responsabilità civile*, 1999, p. 652, con nota di FORZIATI, *La responsabilità contrattuale del medico dipendente: il "contatto sociale" conquista la Cassazione*; Cass., 4 febbraio 1998, n. 1127, in *Giurisprudenza italiana*, 1998, p. 1800; Cass., 16 novembre 1988, n. 6220, il cui testo integrale è reperibile in www.dejure.giuffrè.it, e la cui massima si legge in *Giustizia civile* (Massimario), 1988, 11. L'orientamento è stato superato, anche per effetto dell'intervenuta unificazione per via giurisprudenziale del regime probatorio nell'azione di responsabilità e nell'azione di adempimento. Così, ad oggi, al creditore spetta l'onere di allegare, ma non di provare, l'inesatto adempimento. Dunque spetta al debitore dimostrare che non versa in colpa o in colpa grave. Per tutte cfr. Cass. Sez. Un., 30 ottobre 2001, n. 13533, in *Corriere giuridico*, 2001, 1565 con nota di MARICONDA, *Inadempimento e onere della prova: le Sezioni Unite compongono un contrasto e ne aprono un altro*.

⁽¹⁰³⁾ Il precedente è costituito da Cass., 22 dicembre 2015, n. 25746, in *Banca dati online Leggi d'Italia*, la quale ha confermato il rigetto della domanda di condanna del professionista deciso dalle corti di merito sulla base della sussistenza di problemi tecnici di speciale difficoltà. Il caso riguarda un avvocato cui era stato conferito mandato professionale, in qualità di amministratore di un complesso residenziale, per il recupero di spese nei confronti dei partecipanti alla comunione. In adempimento del predetto mandato, l'avvocato aveva chiesto e ottenuto, nella qualità di cui sopra ed in nome del mandante, decreti ingiuntivi di pagamento, che però erano stati successivamente opposti e quindi revocati a motivo dell'assenza della qualifica di amministratore in capo al mandante, con condanna di quest'ultimo al pagamento di spese processuali. Le corti di merito avevano riscontrato problemi tecnici di speciale difficoltà *ex art.* 2236 c.c. con riguardo alla natura del complesso residenziale (era controverso se si trattasse di condominio, super-condominio o comunione ordinaria) e alla difficoltà d'individuare sul piano giuridico il titolo in base al quale il mandante rivestiva la qualità di amministratore del complesso. Nel formare tale convincimento, le corti avevano anche tenuto in considerazione il fatto che la stessa sentenza di revoca dei decreti ingiuntivi avesse espressamente sottolineato la complessità della questione e che la risoluzione del quesito non fosse affatto agevole per un giovane professionista, quale era all'epoca l'avvocato mandatario. Al di là dell'importanza rivestita dalla sentenza per essere l'unico – o almeno uno dei pochi – esempi di applicazione dell'art. 2236 c.c. in senso favorevole al professionista, la sentenza si segnala anche per un altro aspetto: essa, infatti, ha sostenuto per la prima volta che la difficoltà della prestazione non è un'eccezione in senso stretto – poiché tali sono solo quelle per le quali la legge espressamente riserva il potere di rilevazione alla parte o quelle in cui il fatto integratore dell'eccezione corrisponde all'esercizio di un diritto potestativo azionabile in giudizio ad opera del titolare – e dunque è rilevabile d'ufficio. La conseguenza è che il giudice può accertare la sussistenza o meno, in concreto, di tale presupposto anche senza l'istanza di parte, in base alle

in cui la norma abbia condotto all'assolvimento del professionista (¹⁰⁴). Il rovescio della medaglia è il progressivo e costante innalzamento degli *standard* con cui viene valutata la condotta di quest'ultimo, al punto che egli risponde anche per colpa lieve di errori per i quali un tempo avrebbe risposto solo se aveva agito con dolo o colpa grave (¹⁰⁵).

Dal canto suo la dottrina, o almeno buona parte di essa, giudica la norma negativamente, talvolta perché la taccia di corporativismo (¹⁰⁶), talaltra perché ne asserisce l'incompatibilità con i principi comunitari in tema di libera concorrenza (¹⁰⁷), o semplicemente perché formulata in modo inadeguato ed equivoco (¹⁰⁸). Alcuni Autori ritengono poi che si tratti di una norma inutile, in quanto sarebbe già sufficiente l'art. 1176 c.c., nella sua elasticità, ad assicurare una corretta valutazione dell'impegno debitorio anche ove si presentino problemi di speciale difficoltà (¹⁰⁹). Altri osservano che le origini della norma sono frutto di un

risultanze ritualmente acquisite. La motivazione è la seguente: «il principio dell'onere della prova va coordinato con quello di acquisizione processuale, per cui, quando la parte è gravata di un certo onere probatorio, non è necessario che l'onere venga assolto necessariamente dalla stessa, dovendo essa solo sopportare le conseguenze negative del mancato assolvimento, dal momento che le risultanze istruttorie, comunque, ottenute, e quale che sia la parte ad iniziativa o ad istanza della quale siano formate, concorrono tutte indistintamente alla formazione del convincimento del giudice (*ex plurimis* cfr. Cass. 12 luglio 2011, n. 15300)».

(¹⁰⁴) Faceva questa considerazione già FRANZONI, *Dalla colpa grave alla responsabilità professionale*, Torino, 2011, p. 49, secondo cui tutte le sentenze in materia di responsabilità professionale citano l'art. 2236 c.c., ma in nessuna di esse il ragionamento che si deduce dalla norma ('sussiste un problema tecnico di speciale difficoltà, il comportamento del professionista è stato colposo, ma non gravemente colposo, quindi non c'è responsabilità') ha condotto all'assoluzione del professionista medesimo.

(¹⁰⁵) Lo afferma, seppur indirettamente, Cass., 7 agosto 1982, n. 4437, in *Responsabilità civile e previdenza*, 1984, pp. 78 ss. In sostanza, com'è stato osservato, sono aumentati i mezzi di divulgazione dei risultati scientifici e della relativa letteratura, cosicché è carico del professionista l'obbligo di aggiornarsi. L'osservazione si deve, tra gli altri, a FRANZONI, *Op. ult. cit.*, p. 16.

(¹⁰⁶) Così, per tutti, BRECCIA, *Le obbligazioni*, cit., pp. 233 ss.

(¹⁰⁷) Si veda, ad esempio, OLIVIERI, *La responsabilità del professionista-imprenditore tra concorrenza e regolamentazione*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 2005, n. 1, pp. 81 ss.

(¹⁰⁸) Così D'AMICO, *La responsabilità ex recepto*, cit., p. 176; DE MATTEIS, *La responsabilità medica. Un sottosistema della responsabilità civile*, Padova, 1995, pp. 123 ss., la quale obietta che la formulazione della norma sovrappone il concetto di colpa aquiliana con quello di imperizia; PRINCIGALLI, *La responsabilità del medico*, Napoli, 1983, pp. 138 ss.; VISINTINI, *Trattato breve della responsabilità civile. Fatti illeciti, Inadempimento. Danno risarcibile*, Padova, 2005, p. 275. Come osservano alcuni, la formulazione della norma si presta almeno a due interpretazioni opposte: la prima, estensiva, conduce ad applicare la regola a tutte le prestazioni professionali che presentino un certo grado di difficoltà e dunque a creare un'area di immunità per il professionista, eccezionale rispetto a quanto si ricava dal combinato disposto degli artt. 1176 e 1218 c.c.; la seconda, restrittiva o persino abrogativa, porta a considerare la disposizione non come precettiva, ma come meramente esemplificativa del comma secondo dell'art. 1176 c.c. La prima opzione è stata seguita da parte della giurisprudenza in alcune pronunce risalenti (per tutte, Cass., 3 ottobre 1957, n. 3589, in *Giurisprudenza italiana*, 1957, I, 1, pp. 1343 ss.). Per una critica a detto orientamento cfr. ALPA, BESSONE, ZENO-ZENCOVICH, *I fatti illeciti*, in *Trattato di diritto privato Rescigno*, XIV, *Obbligazioni e contratti*, VI, Torino, 1995, p. 85. La seconda opzione è quella accolta dalla dottrina e giurisprudenza unanime. A tal proposito, cfr. gli Autori e le pronunce citate *infra*.

(¹⁰⁹) La considerazione di fondo è la seguente: posto che ai sensi dell'art. 1176, comma secondo, c.c. 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

equivoco, cioè di un orientamento giurisprudenziale formatosi sulla base di una massima errata rispetto al contenuto della relativa sentenza (¹¹⁰).

A dispetto degli approcci giurisprudenziali e dottrinali sopra descritti, però, non si è mai giunti a negare, a monte, l'operatività dell'art. 2236 c.c., né si è disconosciuta l'importanza – peraltro affermata a chiare lettere dalla stessa relazione al codice civile – della sua funzione di bilanciamento tra l'esigenza di tutela del creditore e il rischio che il professionista assume nell'intraprendere una determinata attività (¹¹¹). Questo ruolo appare idoneo a conferire imperatività alla norma, in quanto è posto a presidio di interessi che sono senza dubbio di ordine pubblico, giacché attengono a un diritto costituzionalmente garantito quale quello alla salute (¹¹²).

Resta da comprendere, a fronte di un'esautorazione della norma come quella appena descritta, quale sia il nucleo inderogabile della medesima. La risposta può forse provenire da una lettura più moderna della norma stessa: se s'interpreta quest'ultima nel senso di punire soltanto le condotte affette da un'imperizia straordinaria o inescusabile, dipesa dall'omissione di quel grado minimo di diligenza che tutti osservano, allora, dalla lettera dell'art. 2236 c.c. si deve

massime. In tal senso CATTANEO, *La responsabilità del professionista*, Milano, 1958, pp. 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»; DE MARTINI, *La responsabilità civile del medico*, in *Giustizia civile*, 1954, I, pp. 1256 ss.; DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, cit., pp. 434 ss.; MENGONI, *Obbligazioni "di risultato" e obbligazioni "di mezzi"*, cit., p. 206. Nello stesso senso, ma con un diverso approccio CARBONE E., *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, CIAN, «*Lata culpa dolo aequiparatur*», in *Rivista di diritto civile*, 1963, I, p. 177.

(¹¹⁰) La massima, diffusa dalla *Rivista di diritto commerciale* II del 1941, è errata in quanto riporta come principio di diritto quello che in realtà, dalla lettura integrale della sentenza (cioè di Cass., 27 marzo 1941, n. 879), risulta essere un mero *obiter dictum*. Il testo della massima era il seguente: «Responsabile contrattualmente è il medico per grossolano errore professionale, attesa la maggiore o minore incertezza od imperfezione dell'arte». Sul punto cfr. innanzitutto BRECCIA, *Colpa professionale*, in *La giurisprudenza per massime ed il valore del precedente*, a cura di Visintini, Padova, 1988, pp. 320 ss. Si vedano inoltre DE MATTEIS, *Op. ult. cit.*, pp. 135 ss.; e VISINTINI, *Op. ult. cit.*, p. 275.

(¹¹¹) La Relazione al codice n. 917, con riguardo all'art. 2236 c.c., afferma quanto segue: «ci si trova di fronte a due opposte esigenze, quella di non mortificare l'iniziativa del professionista, col timore di ingiuste rappresaglie da parte del cliente in caso di insuccesso, e quella inversa di non indulgere verso non ponderate decisioni o riprovevoli inerzie del professionista. Il codice ha ritenuto che il punto di equilibrio si trovi nell'applicazione delle normali regole di responsabilità, stabilendo, per i soli casi in cui ricorrono problemi tecnici di speciale difficoltà, l'esenzione del professionista da responsabilità per colpa lieve». Si esprimono in questi termini, in dottrina, tra gli altri, FRANZONI, *Op. ult. cit.*, p. 16; e MONATERI, *La responsabilità civile*, cit., pp. 104 ss., il quale, prendendo le mosse da una lettura della colpa grave come deviazione dal parametro del professionista ragionevole avveduto, descrive il contenuto sostanziale dell'art. 2236 c.c. nei termini di una direttiva di fondo rivolta ai giudici affinché essi non costituiscano l'insieme di doveri di comportamento imposti a determinate classi di soggetti in modo tale da paralizzare o disincentivare l'esecuzione di tali opere.

(¹¹²) In questo senso SICCHIERO, *Come si valuta nel merito la diligenza professionale?*, cit., p. 341, il quale dà atto che la regola espressa dall'art. 2236 c.c. «è stata scritta, innanzitutto, per consentire che il professionista assuma l'incarico anche se è difficile, laddove una responsabilità illimitata lo spingerebbe a rifiutarlo».

individuare, *a contrario*, un riferimento a un modello ideale costituito da una figura minima – e non media – di uomo ragionevole o di buon professionista⁽¹¹³⁾. In altre parole, dal combinato disposto degli artt. 1176, 1218 e 2236 c.c. si dovrebbero desumere due soglie: una soglia media, che ha sopra di sé la diligenza e sotto la colpa; una soglia minima, che ha invece sopra di sé la colpa e sotto la colpa grave⁽¹¹⁴⁾.

Volendo rendere il concetto in termini ancori più semplici, la norma è in grado di spiegare la sua funzione se applicata «agli errori professionali di portata ridotta che si possano ragionevolmente giustificare nella complessità del caso di specie»; nei casi difficili «l'assorbimento del massimo impegno per il risultato principale può comportare senza volerlo una minore attenzione per i dettagli; l'attenzione per i dettagli minimi potrebbe invece compromettere l'esito fondamentale»⁽¹¹⁵⁾. Proprio in questo *minimum* sembra potersi ravvisare l'essenza imperativa della norma.

Se le parti non possono derogare a tale contenuto essenziale, rimane loro, nondimeno, aperta la possibilità di delimitare meglio la nozione di «problemi tecnici di speciale difficoltà», magari stabilendo parametri più puntuali per valutarne la ricorrenza. Le regole adottate dalla giurisprudenza a riguardo sono spesso disomogenee: si pensi, in tema di responsabilità medica, al contrasto 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⁽¹¹⁶⁾.

In questo quadro si può affermare che una definizione pattizia del parametro

⁽¹¹³⁾ Il ragionamento è di MONATERI, *Op. ult. cit.*, p. 108 e pp. 105 ss. L'Autore mostra come siano possibili almeno due approcci interpretativi alla colpa grave dell'art. 2236 c.c.: essa potrebbe intendersi vuoi come riferimento ad uno *standard* di diligenza diverso dallo *standard* medio di riferimento generale (cfr. CIAN, *Lata culpa dolo aequiparatur*, cit., p. 175); vuoi come scarto tra il modello astratto di professionista diligente e il comportamento concreto tenuto dal singolo professionista. Quest'ultima lettura, prediletta dall'Autore, comporta uno spostamento del parametro del buon padre di famiglia dal concetto di "uomo medio" a quello di "*reasonable man*", inteso come «figura mutevole a seconda delle circostanze, cioè uomo medio ragionevole, mandatario ragionevole, amministratore ragionevole [...]». L'Autore sottolinea come si ponga tanto un problema di applicazione del criterio della colpa soggettiva, quanto un problema di riconoscere una pluralità di modelli di riferimento in ordine all'apprezzamento della colpa. La conclusione è che «rispetto alla colpa normale, quella che fa riferimento all'uomo medio, sussistono una serie di colpe speciali, socialmente tipizzabili, che attengono a categorie diverse di soggetti nel loro concreto operare».

⁽¹¹⁴⁾ Così MONATERI, *Op. ult. cit.*, loc. ult. cit.

⁽¹¹⁵⁾ Sono parole di SICCHIERO, *Come si valuta il merito della diligenza professionale?*, cit., p. 342. Per agevolare la comprensione del concetto giova richiamare qui gli esempi riportati dall'Autore. Il primo è quello della ferita non perfettamente suturata su un paziente che è giunto al pronto soccorso in fin di vita, perché travolto da un tram; il secondo riguarda un cliente che si è presentato all'ultimo giorno utile dall'avvocato per commissionargli un complicatissimo ricorso per Cassazione che, pur confezionato validamente, avrebbe consentito, ad una maggior riflessione, un più puntuale ed efficace sviluppo delle argomentazioni difensive.

⁽¹¹⁶⁾ Nel primo senso, ad esempio, Cass., 2 agosto 2001, n. 10610, in *Corriere giuridico*, 2001, p. 1274; Cass., 16 febbraio 2001, n. 2335, in *La responsabilità civile*, 2001, p. 580, con nota di GUERINONI, «Vecchio» e «nuovo» nella responsabilità del medico: un campionario di questioni e soluzioni; e Cass., 12 agosto 1995, n. 8845, in *Archivio civile*, 1996, p. 693. Nel secondo senso, per tutte, Cass., 14 giugno 2005, n. 12747, in *Ragiusan*, 2006, 265, p. 305.

di cui all'art. 2236 c.c. sarebbe, non solo, ammissibile nella misura in cui non incontra alcun ostacolo a livello normativo o di principio, ma per di più opportuna. Essa avrebbe, infatti, il merito di rendere maggiormente prevedibili gli esiti di un eventuale giudizio di responsabilità professionale.

5. Patti che trasformano gli obblighi “di mezzi” in obblighi “di risultato”: l'attualità della distinzione.

Al di fuori dei casi previsti dalla legge, che si è avuto modo di esaminare nel precedente paragrafo, l'ordinamento conosce un'ulteriore ipotesi nella quale, per la particolare natura della prestazione dedotta nel contratto, la responsabilità del debitore si atteggia in maniera diversa rispetto alla regola generale di cui all'art. 1218 c.c. Si tratta delle c.d. obbligazioni di mezzi, in presenza delle quali, come meglio si vedrà, la giurisprudenza ha da sempre ritenuto opportuno rendere più agevole la prova liberatoria richiesta al debitore.

L'assunto di partenza è che, sul piano della fenomenologia, esistono alcune prestazioni – segnatamente quelle del professionista intellettuale – nelle quali 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. Sul piano giuridico tale constatazione 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 ⁽¹¹⁷⁾. Da ciò si sono fatte discendere, negli anni, importanti conseguenze che rendono opportuno interrogarsi sulla possibilità per le parti di contrastarle in via pattizia.

⁽¹¹⁷⁾ Per ragioni di pertinenza al tema oggetto del paragrafo e di spazio 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 MENGONI, *Obbligazioni «di risultato» e «obbligazioni di mezzi»* (*Studio critico*), in *Rivista di diritto commerciale*, 1954, I, p. 305 ss.; e TRIVELLONI, voce «*Obbligazioni di mezzi e di risultato*», in *Enciclopedia giuridica*, Roma, 2006, I, p. 4 – e, in forma ancor più embrionale, al diritto romano (cfr., di recente, MUSOLINO, *Contratto d'opera professionale*, in *Il Codice civile Commentario*, fondato da Schlesinger e diretto da Busnelli, Milano, 2014 p. 162), la paternità del binomio “mezzi-risultato” viene tradizionalmente attribuita a due giuristi francesi: DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, V, Parigi, 1925, n. 1237; e MAZEAUD H., *Essai de classification des obligations*, in *Revue trimestrielle de droit civil*, 1936, 4 (ma cfr. anche MAZEAUD H. e L., *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile*, I Parigi, 1947). La sua divulgazione e diffusione nell'ambiente accademico italiano sono dovute, rispettivamente, agli scritti di TUNC, *Distinzione delle obbligazioni di risultato e di diligenza*, in *La nuova rivista di diritto commerciale, diritto economico, diritto sociale*, 1947/48, p. 126; e MENGONI, *Op. ult. cit.*, p. 305 ss. Per una ricostruzione dei primi dibattiti suscitati dagli scritti appena citati cfr. CASTRONOVO, *La responsabilità per inadempimento da Osti a Mengoni*, in *Europa e diritto privato*, 2008, 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. LEONE, *La negligenza nella colpa contrattuale ed extracontrattuale*, in *Rivista di diritto civile*, 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 WIEACKER, *Leistungshandlung und Leistungserfolg im bürgerlichen Schuldrecht*, in *Festschrift für Nipperdey*, I, München-Berlin, 1965.

In un primo momento – complici la lettera ambigua dell'art. 1218 c.c., 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 c.c. – si è giunti a imporre al creditore l'onere di provare la negligenza del debitore⁽¹¹⁸⁾. 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 ribaltato l'onere in capo al debitore, modificando però l'oggetto della prova: non è più richiesta la dimostrazione della causa specifica, ma è sufficiente la dimostrazione di aver tenuto un comportamento diligente⁽¹¹⁹⁾.

⁽¹¹⁸⁾ Così, per tutte, Cass., 25 novembre 1994, n. 10014, in *Foro italiano*, 1995, I, c. 2913, con nota di SCODITTI, *Chirurgia estetica e responsabilità contrattuale*; e in *Nuova giurisprudenza civile*, 1995, I, p. 937 con nota di 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».

⁽¹¹⁹⁾ L'irrelevanza della distinzione sul piano probatorio è stata affermata, in un caso di responsabilità dell'appaltatore, da Cass. Sez. Un., 28 luglio 2005, n. 15781, in *Diritto e formazione*, 2005, 10, p. 1290; in *Vita notarile*, 2005, 3, I, p. 1530; in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2006, 7-8, I, p. 828, con nota di VIGLIONE, *Prestazione d'opera intellettuale e disciplina applicabile, tra obbligazioni di mezzi e di risultato*; in *Europa e diritto privato*, 2006, 2, p. 781, con nota di NICOLUSSI, *Il commiato della giurisprudenza dalla distinzione tra obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi*; in *I contratti: rivista di dottrina e giurisprudenza*, con commento di TOSCHI-TADDEI, *Il contratto d'appalto e la responsabilità del progettista-direttore dei lavori per i vizi e le difformità dell'opera*; in *Diritto e pratica del lavoro* 2006, 7, p. 404, con nota di PALMIERI, *Opera intellettuale e prescrizione*; in *Rivista trimestrale degli appalti*, 2007, 1, 275, con nota di TECCE, *La prestazione del progettista tra locazione d'opera manuale e prestazione d'opera intellettuale*. Il principio è poi stato applicato alla responsabilità medica da Cass., 13 aprile 2007, n. 8826, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2007, p. 1824 ss. con nota di GORGONI, *Le conseguenze di un intervento chirurgico rivelatosi inutile*; in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2007, I, p. 1428 ss. Sul punto si vedano anche FACCIOLI, *Vecchi e nuovi orientamenti giurisprudenziali in tema di responsabilità medica in una sentenza "scolare" della Cassazione*, in *La responsabilità civile*, 2007, pp. 967 ss.; PUCCELLA, *I difficili assetti della responsabilità medica*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 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, D'AMICO, *La responsabilità ex recepto*, cit., p. 152 ss.; e SCALAMOGNA, *La ripartizione dell'onere probatorio nella responsabilità medica: l'ultimo (?) «revirement» giurisprudenziale*, in *Rivista di diritto privato*, 2005, p. 368-369. La sentenza sopraccitata è Cass., 21 giugno 2004, n. 11488, in *Corriere giuridico*, 2005, p. 33 ss., con nota di DI MAJO, *Mezzi e risultato nelle prestazioni mediche: una storia infinita*; in *Danno e responsabilità*, 2005, p. 23 ss., con nota di DE MATTEIS, *La responsabilità medica ad una svolta?*; in *Giurisprudenza italiana*, 2005, I, p. 1412 ss., con nota di PERUGINI, *La fattispecie prevista dall'art. 2236 c.c. e la ripartizione dell'onere della prova*. Concorda con l'attribuzione di un valore meramente descrittivo alla distinzione in esame anche NICOLUSSI, *Il commiato della giurisprudenza dalla distinzione tra obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi*, in *Europa e diritto privato*, 2006, p. 797 ss.

La distinzione in esame con le sue applicazioni pratiche, oggetto sin dalle origini di aspre critiche da parte della dottrina (¹²⁰), è stata, almeno apparentemente, abbandonata dalla giurisprudenza, che con la ben nota pronuncia delle Sezioni Unite del 2008 ne ha confinato la rilevanza a un piano meramente descrittivo anziché dogmatico (¹²¹). Alla luce di tale circostanza, ancor prima d'indagare l'ammissibilità e i limiti di una clausola con cui le parti trasformano un'obbligazione tipicamente di mezzi in una di risultato (d'ora innanzi "clausola di risultato"), è indispensabile domandarsi se essa possa avere una qualche utilità. Più nel dettaglio, occorre chiedersi se le Sezioni Unite abbiano davvero cancellato la distinzione; se, indipendentemente da tale circostanza, essa possa ancora avere qualche rilievo pratico; e in quale modo debba costruirsi la clausola di risultato per spiegare la sua funzione.

Cominciando dalla prima questione, trattandosi di un problema complesso e articolato, conviene anticipare sin d'ora, almeno parzialmente, la conclusione. Pare corretto ritenere che le Sezioni Unite non abbiano annullato la distinzione in parola, ma abbiano semplicemente prescritto all'interprete di leggerla in modo flessibile. La Corte nel sancire, come meglio si vedrà, l'irrelevanza della distinzione sul piano probatorio e sul piano dell'oggetto del contratto non ha precisato in quale delle due categorie essa dovesse ritenersi assorbita. Non è chiaro dunque se alle obbligazioni si applichino le regole proprie di quelle di mezzi o le regole proprie di quelle di risultato. Tale omissione, letta insieme all'affermazione della Corte per cui in tutte le obbligazioni vi è la compresenza tra diligenza e risultato ma «in proporzione variabile», suggerisce una risposta nei

(¹²⁰) Già prima che la distinzione in parola fosse espressamente messa in dubbio dalla giurisprudenza (per la quale si rinvia al prosieguo della disamina), CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, 2a ed., Milano, 1997; e ID., *Profili della responsabilità medica*, in *Vita notarile*, 1997, p. 1225 ss. (nonché ID., *Le due specie di responsabilità civile e il problema del concorso*, in *Europa e diritto privato*, 2004, p. 69 ss., p. 74 ss.); 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 e responsabilità*, 2000, 7, p. 730 ss.; NIVARRA, *La responsabilità civile dei professionisti (medici, avvocati, notai)*, *ivi*, 2000, p. 513 ss., p. 518 ss.; QUADRI, *La responsabilità medica tra obbligazioni di mezzi e di risultato*, *ivi*, 1999, p. 1165 ss., p. 1170. Dopo le Sezioni Unite del 2008 (per le quali si veda *infra*), DI MAJO, *Le obbligazioni nel pensiero di Luigi Mengoni*, in *Europa e diritto privato*, 2012, p. 119 ss.; NICOLUSSI, *Il commiato della giurisprudenza dalla distinzione tra obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi*, *ivi*, 2006, p. 799 ss. (e ID., *Sezioni sempre più unite contro la distinzione fra obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi. La responsabilità del medico*, in *Danno e responsabilità*, 2008, p. 872 ss.; CASTRONOVO, *La responsabilità per inadempimento da Osti a Mengoni*, in *Europa e diritto privato*, 2008, p. 4 ss.; ID., *Il significato di Luigi Mengoni nei suoi scritti*, *ivi*, 2012, p. 203 ss.; e CIATTI, *Il crepuscolo della distinzione tra le obbligazioni di mezzi e le obbligazioni di risultato*, in *Giurisprudenza italiana*, 2008, I, 1, p. 1653.

(¹²¹) La pronuncia è Cass., Sez. Un., 11 gennaio 2008, n. 577, in *Giurisprudenza italiana*, 2008, 10, p. 2197, con nota di CURSI, *Responsabilità della struttura sanitaria e riparto dell'onere probatorio*; in *Giurisprudenza italiana*, 2008, 7, p. 1653, con nota di CIATTI, *Crepuscolo della distinzione tra obbligazioni di mezzi e le obbligazioni di risultato*; in *Danno e responsabilità*, 2008, 10, p. 1002, con nota di GAZZARA, *Le S.U. "fanno il punto" in tema di onere della prova della responsabilità sanitaria*; in *Danno e responsabilità*, 2008, 7, p. 788, con nota di VINCIGUERRA, *Nuovi (ma provvisori?) assetti della responsabilità medica*; in *Danno e responsabilità*, 2008, 8-9, 871, con nota di NICOLUSSI, *Sezioni sempre più unite contro la distinzione fra obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi. La responsabilità del medico*; in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2008, 5, 612, con nota di DE MATTEIS, *La responsabilità della struttura sanitaria per danno da emotrasfusione*.

termini che seguono. Non è dato stabilire *a priori* se un'obbligazione è di mezzi o di risultato; la sussunzione nell'una o nell'altra categoria si può solo presumere in base a un criterio di regolarità statistica; occorrerà poi in concreto verificare se tale presunzione è confermata o vinta.

La Corte tace anche sul parametro rispetto al quale debba valutarsi detta variabilità. Per rispondere occorre tornare alle origini e far riaffiorare la *ratio* della distinzione in parola. Come si è già accennato, l'esigenza che ha portato alla bipartizione delle obbligazioni nelle due categorie è stata quella di non accollare sul debitore la responsabilità di un risultato la cui realizzazione egli non è materialmente in grado di garantire.

Per capire cosa significa questo conviene spostare l'angolo visuale dall'oggetto dell'obbligazione al nesso di causalità tra condotta debitoria e risultato finale: esistono obbligazioni nelle quali quest'ultimo può essere eziologicamente ascritto alla prima con una probabilità prossima al cento per cento e obbligazioni nelle quali così non è; esistono obbligazioni in cui, statisticamente, è più facile individuare la concausa esterna che ha reso impossibile il risultato, altre in cui questo è praticamente impossibile. L'inadempimento 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 ⁽¹²²⁾.

Ecco che allora la variabilità del risultato dipende dalla probabilità con cui questo è causalmente collegato alla condotta del debitore e quella con cui lo è a concause esterne, nonché alla concreta individuabilità di queste ultime. Proprio sul piano del nesso pare giocare la lettura della dicotomia mezzi-risultato in termini di obbligazioni “governabili” e “non governabili” recentemente proposta dalla dottrina ⁽¹²³⁾.

L'obbligazione è governabile ogniqualvolta la realizzazione del risultato finale possa dipendere interamente dall'operato del debitore e, di contro, la mancata realizzazione possa essere eziologicamente imputata a quest'ultimo. Qui si può sempre contemplare tanto l'errore tecnico del debitore, dipeso dalla violazione di qualche «regola di misura», quanto il caso fortuito ⁽¹²⁴⁾. Al

⁽¹²²⁾ Di comparazione tra risultato concreto e risultato astratto parla 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 PIRAINO, *Obbligazioni “di risultato” e obbligazioni “di mezzi” ovvero dell'inadempimento incontrovertibile e dell'inadempimento controvertibile*, in *Europa e diritto privato*, 2008, p. 139.

⁽¹²³⁾ Suggestisce questo criterio SICCHIERO, *Dalle obbligazioni “di mezzi e di risultato” alle “obbligazioni governabili o non governabili”*, cit., *passim* (la tesi è stata ulteriormente sviluppata in ID., *Dell'adempimento – Artt. 1176-1179*, in *Il Codice civile. Commentario*, fondato da Schlesinger e diretto da Busnelli, Milano, 2016, p. 127 ss. e, soprattutto, p. 148 ss.). Per la verità, già TUNC, *Distinzione delle obbligazioni di risultato e di diligenza*, cit., p. 126, sottolineava che, secondo la percezione generale, «sono obbligazioni di diligenza soltanto quelle nelle quali il risultato voluto dalle parti era troppo aleatorio per poter essere preso da esse come oggetto dell'obbligazione».

⁽¹²⁴⁾ Di «regola di misura» parla SICCHIERO, *Dalle obbligazioni “di mezzi e di risultato” alle “obbligazioni governabili o non governabili”*, cit., p. 1416. Per usare le parole dell'Autore, l'obbligazione si qualifica come governabile quando si ha una prestazione per cui «la scienza

contrario, l'obbligazione non è governabile quando la realizzazione del risultato finale dipenda inevitabilmente, per la natura stessa della prestazione, anche da fattori esterni alla sfera di controllo del debitore e non identificabili. Qui mancano, in linea di principio, delle regole di comportamento che dettaglino *a priori* i binari entro i quali l'attività del debitore deve svolgersi e manca altresì il «rapporto accertabile di causa ed effetto tra attività svolta ed esito raggiunto»⁽¹²⁵⁾.

Tanto più una prestazione si rivelerà in concreto governabile, quanto più verrà trattata come un'obbligazione di mezzi; tanto più si rivelerà ingovernabile, quanto più si avvicinerà a un'obbligazione di risultato. Delle conseguenze che questo comporta si dirà più compiutamente nei prossimi paragrafi, quando ci si concentrerà sulla natura e sugli aspetti redazionali delle clausole di risultato. Qui è sufficiente anticipare che la distinzione in esame non è priva, oltre che di fondamenti fenomenologici, di risvolti pratici sia sotto il profilo sostanziale sia sotto il profilo processuale⁽¹²⁶⁾.

In primis, la distinzione si gioca sul piano dell'onere della prova: meno il risultato finale è governabile, meno si tenderà a pretendere dal debitore la dimostrazione della causa specifica, e più si riterrà sufficiente quella della diligenza. In secondo luogo, la distinzione si gioca sull'oggetto dell'obbligazione: meno il risultato finale è governabile, prima si arresterà la serie di risultati richiesti al debitore. In terzo luogo – ma questo aspetto non è emerso dalla pronuncia delle Sezioni Unite – meno è governabile il risultato, meno sarà prospettabile il risarcimento del c.d. danno da perdita di *chance* lamentato dal creditore⁽¹²⁷⁾.

Si pensi a un avvocato chiamato a patrocinare una causa di responsabilità per nascita indesiderata che venga convenuto in giudizio dai suoi assistiti per non aver domandato il risarcimento del danno anche a favore dei fratelli del bambino affetto da *handicap*. In questo caso la *chance* consisterebbe nell'opportunità di conseguire a titolo di risarcimento un ammontare più elevato e il relativo danno sarebbe liquidato in una percentuale pari alla probabilità di accoglimento della domanda. Stabilire che all'attore è sufficiente allegare la *chance*, mentre grava sul debitore l'onere di provare che se anche avesse proposto la domanda, questa con ogni probabilità non avrebbe trovato accoglimento sarebbe un controsenso rispetto ai ragionamenti sin qui svolti.

attuale consente di dire che il debitore sia in grado di eseguire la prestazione, senza quell'aleatorietà che impedisce di promettere il raggiungimento del risultato».

⁽¹²⁵⁾ *Ibidem*.

⁽¹²⁶⁾ Per un contributo recente a favore del mantenimento della distinzione cfr. FRANZONI, *Il professionista e i criteri per l'accertamento della responsabilità*, in *Contratto e impresa*, 2015, p. 587 ss.

⁽¹²⁷⁾ Così SICCHIERO, *Dell'adempimento (artt. 1176-1179)*, cit., p. 169, il quale osserva che «laddove la prestazione non sia governabile o si accetta di definire la *chance* come diritto a lottare e, agli effetti risarcitori, la si sgancia totalmente da qualsiasi collegamento con la valutazione economica del risultato per cui si combatta oppure la questione si pone a monte: perché [e qui cita PUCCELLA, *La causalità incerta*, Torino, 2007, p. 3] “la relazione causale non appartiene ... al mondo degli eventi, quanto a quello dei giudizi”?». Pare utile rammentare che il danno in esame è stato definito dalla dottrina come la «perdita attuale di un miglioramento patrimoniale futuro e possibile». Così MONATERI, *La responsabilità civile*, cit., p. 283.

Secondo alcuni, i riflessi pratici appena citati non sono idonei di per sé a legittimare l'elaborazione di una costruzione teorica vera e propria⁽¹²⁸⁾. Tuttavia, nel presente lavoro – pur non negandosi che la distinzione è stata spesso travisata e rammentandosi che essa non ha confini rigidi⁽¹²⁹⁾ – si è preferito mantenerla, anche a motivo della familiarità che con essa hanno i giuristi di *civil law*, della sua adozione in alcuni testi di diritto uniforme e dei più recenti sviluppi giurisprudenziali⁽¹³⁰⁾. E, infatti, le pronunce successive alle Sezioni Unite

⁽¹²⁸⁾ Così PIRAINO, *Op. ult. cit.*, pp. 583 e 593 ss. L'Autore, a scanso di equivoci, dichiara di rifiutare la distinzione tra obbligazioni di mezzi e obbligazioni di risultato, in quanto priva di qualunque fondamento dogmatico, ma non il presupposto fenomenologico sul quale la medesima poggia. E tale presupposto va ravvisato, secondo l'Autore, nella diversità tra le forme di inadempimento facenti capo all'una e all'altra "specie" di obbligazioni. Più precisamente, l'antitesi che meglio rappresenta il presupposto di cui si è appena parlato è la seguente: inadempimento verificabile soltanto in concreto (e dunque sempre controvertibile) e inadempimento già definito in astratto (e dunque incontrovertibile nella sua mera oggettività). Non predica invece un vero e proprio abbandono della distinzione ma piuttosto una sua conversione nel binomio obbligazioni governabili-obbligazioni non governabili, come si è più volte ribadito, SICCHIERO, *Dalle obbligazioni di mezzi e di risultato alle obbligazioni governabili e non governabili*, cit.; ID., *Dalle obbligazioni "di mezzi e di risultato" alle "obbligazioni governabili o non governabili"*, cit.; e, da ultimo, ID., *Dell'adempimento (artt. 1176-1179)*, cit. In senso contrario all'abbandono della distinzione in parola, di recente, DE LORENZI, *Diligenza, obbligazioni di mezzi e di risultato*, in *Contratto e impresa*, 2016, 2, p. 456 ss.

⁽¹²⁹⁾ In particolare, secondo PIRAINO, *Op. ult. cit.*, pp. 583 e 593 ss., la distinzione ha dato luogo «ad una sovrastruttura concettuale eccessiva e fuorviante rispetto al fine della migliore definizione dei temi di prova in relazione alla specifica tipologia di inadempimento». Lo stesso Autore (p. 575) osserva che non è corretto assumere l'esistenza di obbligazioni 'ontologicamente di mezzi', poiché la qualificazione in tali termini è inscindibilmente legata al contenuto concreto della prestazione e alle condizioni materiali della sua attuazione. Lo dimostra il fatto che la giurisprudenza abbia talvolta ritagliato all'interno delle prestazioni professionali, tipicamente di mezzi, alcuni settori in cui rileva il risultato finale della prestazioni. Si pensi ad esempio agli interventi di chirurgia estetica o all'esempio, fornito dall'Autore, della prestazione dell'ingegnere finalizzata a stilare un progetto.

⁽¹³⁰⁾ Giova, inoltre, ricordare che la distinzione permane nel dibattito sul diritto contrattuale europeo ed internazionale. Essa era stata accolta dall'art. 148 del *Common European Sales Law*, significativamente rubricato «*Obligation to achieve result and obligation of care and skill*»; ed è stata accolta, seppur non espressamente, dai PECL, nella misura in cui, attraverso il concetto di *implied terms*, essi recuperano i criteri dettati dall'art. 5 dei Principi *Unidroit*. Per un'analisi più approfondita cfr. DI MAJO, *I «Principles» dei contratti commerciali internazionali tra civil law e common law*, in *Rivista di diritto civile*, 1995, I, p. 622. La distinzione è stata inoltre fatta propria dall'art. 5 dei Principi *Unidroit*, nella misura in cui fa dipendere dalla natura dell'obbligazione il grado di diligenza richiesto. Secondo il commento ufficiale, la norma è modellata sul codice civile francese (nella sua versione anteriore alla riforma del 2016), ove la distinzione in parola rileva nella misura in cui nelle prestazioni di risultato incombe sul creditore il solo onere di provare il mancato raggiungimento del risultato pattuito (sul modello dell'art. 1147 cod. civ. fr.), mentre nelle prestazioni di mezzi il creditore deve dimostrare che la condotta del debitore non è stata diligente (art. 1137 cod. civ. fr.). L'art. 5, al punto 1.4, distingue espressamente tra «*duty to achieve a specific result*» e «*duty of best efforts*», mentre al punto 1.5, elenca, in via non tassativa, una serie di criteri guida per la sussunzione delle obbligazioni in una o nell'altra categoria, che attengono all'espressione contrattuale, al prezzo e ad altre clausole materiali, al livello di rischio insito nel raggiungimento del risultato atteso ed alla capacità del creditore di influire sull'esecuzione. Siffatta elencazione ha sollevato molti dubbi in dottrina: in particolare si è sostenuto che alcuni dei criteri non fossero in realtà pertinenti alla distinzione tra obbligazioni di mezzi e obbligazioni di risultato e quindi finissero per attribuirle un valore meramente dogmatico. Per una riflessione sul punto si veda ALPA, *Prime note di raffronto tra i principi dell'UNIDROIT e il sistema contrattuale italiano*, in *Contratto e impresa/Europa*, 1996, pp. 327 ss. Il dubbio circa

dimostrano che la dicotomia mezzi-risultato non è mai scomparsa dalla valigia dell'interprete ⁽¹³¹⁾. Semplicemente, essa viene letta, appunto, in modo più flessibile ⁽¹³²⁾. In particolare, una pronuncia di legittimità, chiamata a statuire

l'utilità della distinzione è stato smentito da alcune applicazioni giurisprudenziali della norma in esame. A titolo di esempio, si può citare il c.d. lodo *Andersen*, nel quale si è utilizzato il concetto di *duty of best efforts* per valutare secondo il parametro della diligenza l'inadempimento da parte di un'impresa del gruppo *Andersen* all'obbligo di assicurare la cooperazione tra le affiliate (Corte arbitrale internazionale della Camera di commercio internazionale, Ginevra, 28 luglio 2000, in *Diritto commerciale internazionale*, 2001, pp. 211 ss., con nota di BONELL, *Un arbitrato "globale" deciso sulla base dei principi UNIDROIT*).

⁽¹³¹⁾ Cfr., tra le altre, a cominciare dalla più recente, Cass. (Ord.), 28 febbraio 2014, n. 4790, il cui testo integrale è reperibile nella Banca dati *online* di *Leggi d'Italia*, 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. Nella specie, la Corte ha ritenuto che gravasse sull'avvocato l'obbligo di tener conto nella sua linea difensiva di un orientamento giurisprudenziale in materia di invalidità della notifica, pur da lui non condiviso ma riaffermato dalle Sezioni Unite, ai fini di scongiurare conseguenze sfavorevoli per il proprio assistito; Cass. 28 febbraio 2014, n. 4876, in *Contratti*, 2014, 10, p. 888 ss., con nota di 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 *infra*; Cass., 9 gennaio 2014, n. 320, in *Urbanistica e appalti*, 2014, 4, pp. 409 ss., con nota di PAGANI, *Riparto dell'onere probatorio in materia di inadempimento*, la quale 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 e responsabilità*, 2013, 11, p. 1089 ss., con nota di 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, e ne ha fatto discendere la rilevanza nel giudizio di responsabilità contrattuale del criterio della diligenza professionale di cui all'art. 1176, comma secondo, c.c., ha sancito che rientra nell'ordinaria diligenza dell'avvocato il compimento di atti interruttivi della prescrizione del diritto del suo cliente, salvo che tali atti, in relazione alle particolari circostanze del caso, non comportino una speciale difficoltà tecnica ai sensi dell'art. 2236 c.c.; Cass., 11 dicembre 2012, n. 22619, in *Contratti*, 2013, p. 667 ss., con nota di ROMEO, *Pacchetto turistico "all inclusive" e responsabilità del tour operator per i danni causati al turista dal terzo prestatore di servizi*, e in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2013, I, p. 538 ss., con commento di 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 *Diritto e giustizia*, 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, c.c.; Cass., 18 maggio 2011, n. 10927, il cui testo integrale è reperibile in *Banca dati online Leggi d'Italia*, 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, 11, pp. 984 ss., con nota di 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.

⁽¹³²⁾ Una lettura più flessibile non si pone in conflitto con l'intento delle Sezioni Unite. Come osserva, infatti, D'AMICO, *Responsabilità per inadempimento e distinzione tra obbligazioni di*

sulla responsabilità di un appaltatore, ha qualificato la sua obbligazione – tipicamente considerata di risultato – come di mezzi, in quanto, nella specie, l'esito finale della prestazione dipendeva da fattori ulteriori e concomitanti rispetto alla condotta del debitore ⁽¹³³⁾. Siffatta lettura flessibile emerge, pur a livello embrionale, nella stessa Relazione al codice civile vigente; ma di questo si dirà più avanti.

Alla luce di questi approdi, si può rispondere al quesito proposto all'inizio della disamina che la pattuizione di una clausola di risultato non è affatto priva di utilità, anzi, ricopre una funzione significativa in quanto consente di sottrarre al giudice la valutazione circa la misura in cui il debitore e il creditore devono sopportare il rischio della mancata prova del caso fortuito.

6. Le clausole di risultato come patti sull'oggetto della prova.

Si è detto che il primo rilievo pratico della distinzione tra obblighi di mezzi e di risultato si spiega sul piano probatorio. Ciò è confermato dalla Relazione al codice civile vigente *sub* art. 1218 c.c., ove si legge: «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» ⁽¹³⁴⁾.

In questo brano si ritrovano l'essenza e la reale portata della distinzione tra mezzi e risultato. Tanto più ampio è il potere del debitore di influire sul risultato finale, di governarlo, quanto più si tenderà a imporgli la prova della causa specifica, a lui non imputabile, che ne ha impedito il raggiungimento; quanto minore è l'incidenza causale del debitore su detto risultato, tanto più si tenderà a ritenere sufficiente la sola dimostrazione di una condotta diligente o della causa

mezzi e di risultato, in *Rivista di diritto civile*, 2006, pp. 148 ss., in particolare p. 152, queste ultime non hanno superato la distinzione per ragioni dogmatiche, come l'impossibilità di scindere l'obbligazione e quindi il concetto di responsabilità contrattuale, ma solo in virtù della presa d'atto per cui ormai, grazie ai precedenti interventi della Cassazione, la distinzione diviene inutile sotto il profilo del riparto dell'onere probatorio.

⁽¹³³⁾ Cass. 28 febbraio 2014, n. 4876, in *Contratti*, 2014, 10, p. 888 ss., con nota di Piraino, *Corsi e ricorsi delle obbligazioni "di risultato" e delle obbligazioni "di mezzi": la distinzione e la dogmatica della sua irrilevanza*. 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.

⁽¹³⁴⁾ Così si esprime la *Relazione al codice civile*, Libro quarto: delle obbligazioni, n. 571.

specifica non imputabile che ha impedito di porla in essere ⁽¹³⁵⁾. La ragione è che tanto meno una prestazione è governabile, quanto meno il debitore sarà nelle condizioni d'individuare la causa specifica non imputabile e quindi di provarla.

Il problema è stabilire, nel silenzio della legge, quale sia la percentuale d'influenzabilità del risultato da parte del debitore idonea a spostare l'ago della bilancia verso l'una o l'altra categoria; questione di non poco conto se si considera che il progresso scientifico ha reso possibile, anche all'interno delle professioni intellettuali come quella medica, la governabilità di alcune prestazioni prima d'ora reputate ingovernabili.

Per sottrarre al giudice la valutazione circa il grado di governabilità della prestazione e quindi l'applicazione di uno piuttosto che dell'altro regime probatorio, le parti potrebbero pattuire una clausola sull'oggetto della prova. Per individuarne la formulazione e i limiti è indispensabile analizzare più nel dettaglio l'assetto probatorio appena illustrato, così come ricostruito dalle Sezioni Unite ⁽¹³⁶⁾. Il debitore di risultato può liberarsi dalla responsabilità solo provando la causa specifica, a lui non imputabile, che ha reso impossibile raggiungere il risultato finale avuto di mira dal creditore. Diversamente, il debitore di mezzi per paralizzare la domanda avversaria ha a disposizione l'alternativa che ci si accinge a esporre.

Egli può, *in primis*, confutare l'inadempimento allegato dalla controparte provando la propria condotta diligente, cioè provando di aver raggiunto i risultati intermedi che era ragionevole attendersi secondo le regole della *lex artis*, – e tanto basterà a rendere superflua la prova della causa specifica, posto che non sussistendo un inadempimento, manca il presupposto stesso per discutere di impossibilità della prestazione. Sarà, tutt'al più, interesse – ma non onere – del creditore dimostrare che, invece, il debitore avrebbe dovuto prevedere ed evitare secondo diligenza l'evento impossibilitante ⁽¹³⁷⁾. Oppure, il debitore può scegliere di non contestare l'inadempimento, ma eccepire la causa specifica a lui non imputabile che ha reso impossibile il raggiungimento del risultato; però anche qui si tratta del solo risultato intermedio della prestazione e non di quello finale ⁽¹³⁸⁾.

⁽¹³⁵⁾ Il principio è stato enunciato da Cass. 28 febbraio 2014, n. 4876, *cit.* La Corte, chiamata a statuire sulla responsabilità di un appaltatore incaricato di effettuare un determinato trattamento sugli alberi da frutto del committente, ha qualificato tale obbligazione come di mezzi e ritenuto il debitore liberato a fronte della semplice prova di aver agito con diligenza e perizia. La Corte ha 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.

⁽¹³⁶⁾ Si fa sempre riferimento a Cass., Sez. Un., 11 gennaio 2008, n. 577, *cit.*

⁽¹³⁷⁾ La possibilità per il debitore di paralizzare la domanda creditoria fornendo la controprova del proprio adempimento, come osserva PIRAINO, *Op. ult. cit.*, p. 586, attiene all'individuazione dei temi di prova che le parti possono in concreto articolare, mentre non ha nulla a che vedere con la ripartizione dell'onere della prova. La prova contraria interviene nel procedimento di formazione del convincimento del giudice, serve a consentire al giudice di stabilire se la prova di un determinato fatto può dirsi raggiunta; mentre le regole sulla distribuzione dell'onere probatorio intervengono in una fase successiva, consentono al giudice di stabilire su chi gravano le conseguenze negative dell'insufficienza della prova.

⁽¹³⁸⁾ Così PIRAINO, *Op. ult. cit.*, p. 585. L'Autore descrive il giudizio di inadempimento come un "modello teleologico *a posteriori*", in quanto «presuppone l'individuazione di una modificazione o di un atto di conservazione della sfera giuridica del creditore o di terzi (risultato in

Richiedere, all'opposto, al debitore la prova della causa specifica determinante dell'insuccesso finale della prestazione, sarebbe innanzitutto incoerente: non si può, infatti, sostenere l'estraneità del pieno soddisfacimento dell'interesse creditorio dal contenuto dell'obbligo di mezzi senza riconoscerne anche l'estraneità al giudizio di responsabilità. Sarebbe poi iniquo, nella misura in cui significherebbe addossare al creditore il rischio delle cause ignote, senza considerare che alcune prestazioni professionali – terreno di elezione delle obbligazioni di mezzi – non consentono, per loro natura, una tipizzazione aprioristica dei rischi in grado di influire sul risultato, delle cause estranee alla sfera del professionista che possono determinarne il mancato raggiungimento. In alcuni casi è persino impossibile individuare puntualmente tali cause *ex post* ⁽¹³⁹⁾.

In senso favorevole alla differenza in tema di oggetto della prova tra le obbligazioni di mezzi e quelle di risultato, si può spendere anche un argomento "normativo". A dispetto di quanto indurrebbero a ritenere la collocazione sistematica e la rubrica dell'art. 1218 c.c., la portata applicativa della regola *ivi* enunciata è sì generale ma subisce una serie di deroghe in numerosi contratti tipici, ove sono previste singole norme che specificano quali sono i criteri di imputabilità al debitore dell'impossibilità della prestazione, o quali sono i rischi di cui il debitore non risponde ⁽¹⁴⁰⁾. Tra queste, ve ne sono due, già in parte

concreto) da assumere come oggetto di un raffronto in cui il termine di comparazione è costituito dal risultato cui si sarebbe dovuti pervenire ove si fossero adottati contegni diversi e più adeguati rispetto a quelli posti in essere dal debitore (risultato in astratto). Quale sia questo risultato-modello (risultato in astratto) che il debitore diligente avrebbe dovuto realizzare è questione non sempre risolvibile *a priori* [...]. Qui risiede la diversità morfologica delle obbligazioni di mezzi rispetto alle obbligazioni di risultato: la natura mobile del risultato dovuto e, dunque, la possibilità di farne oggetto di una valutazione caso per caso, rendendolo un elemento controvertibile». Tale approccio *a posteriori* è ben evidente in giurisprudenza, tra le altre, da una sentenza in tema di responsabilità medica: Cass., 22 gennaio 1999, n. 589, in *Corriere giuridico*, 1999, pp. 441 ss., con nota di DI MAJO, *L'obbligazione senza prestazione approda in Cassazione*; in *Danno e responsabilità*, 1999, p. 294 ss., con nota di CARBONE V., *La responsabilità del medico ospedaliero come responsabilità da contatto*; e *Ivi*, pp. 781 ss., con nota di DE MATTEIS, *La responsabilità medica tra scientia iuris e regole di formazione giurisprudenziale*; in *Foro italiano*, 1999, I, c. 3332; in *Giustizia civile*, 1999, p. 99 ss., con nota di GIANCALONE, *La responsabilità del medico dipendente dal servizio sanitario nazionale: contrattuale, extracontrattuale o transtipica?*

⁽¹³⁹⁾ A titolo di esempio osserva SICCHIERO, *Come si valuta il merito della diligenza professionale?*, nota a Cass., 20 agosto 2015, n. 17016, in *Giurisprudenza italiana*, novembre 2015, p. 2322 ss., spec. p. 2325, che «l'avvocato non può essere certo dell'esito della lite che instaura per conto del cliente, in quanto dipende dalla struttura propria della prestazione, resa nel processo quale *actum triarum personarum*, mentre è sempre nella sua capacità il rispetto dei termini processuali per il deposito di un atto, salvo ovviamente il fortuito che però (si dirà meglio poi) è esimente in ogni ipotesi di adempimento».

⁽¹⁴⁰⁾ Un primo gruppo di norme, in considerazione del carattere professionale della prestazione e del grado di rischio che comporta, limita la responsabilità del professionista al dolo o alla colpa grave (l'art. 1836 c.c., in tema di deposito bancario e l'art. 2236 c.c.). Altro gruppo impone sempre al giudice un'attenuazione della responsabilità, ma questa volta in considerazione del carattere gratuito del contratto (l'art. 1710 c.c. in tema di mandato; l'art. 1768 c.c., in tema di deposito; gli artt. 1812 e 1821 c.c., in tema di responsabilità del comodatario o del mutuatario a titolo gratuito per danni derivanti dai vizi della cosa; l'art. 789 c.c., in tema di donazione). 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 c.c., in tema di vendita; l'art. 1578 c.c., in tema di locazione, l'art. 1821 c.c., in tema di mutuo). Vi è poi un gruppo di norme che richiama, più o meno espressamente, il canone della diligenza (l'art. 1587 c.c. in tema

esaminate nei paragrafi precedenti, che possono costituire l'una l'archetipo normativo delle obbligazioni di mezzi, l'altra delle obbligazioni di risultato: l'art. 1681 e l'art. 1683 c.c.

La prima 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⁽¹⁴¹⁾. *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 assenza di una previsione specifica analoga a quelle appena illustrate, un diverso trattamento probatorio.

Resta da confutare la possibile obiezione per cui un simile assetto probatorio postula comunque che il risultato finale rilevi anche nella dinamica delle obbligazioni di mezzi. Se è vero che il fatto costitutivo della pretesa del creditore di mezzi è la negligenza del debitore o comunque il mancato raggiungimento di risultati intermedi e strumentali a quello finale, allora non dovrebbe ritenersi sufficiente a far gravare sul debitore la prova liberatoria il mero fatto che il creditore adduca il mancato raggiungimento di quest'ultimo. L'obiezione è condivisibile, ma non può condurre a ribaltare sul creditore l'onere di dimostrare l'inadempimento, per le medesime ragioni esposte dalle Sezioni Unite⁽¹⁴²⁾.

di locazione; l'art. 1681 c.c. in tema di trasporto di persone; gli artt. 1719, 1768, 1804 c.c. in tema di mandato, deposito e comodato). Un ultimo gruppo di norme impone al debitore la prova della causa specifica che ha determinato l'impossibilità o comunque cagionato il danno (l'art. 1611 c.c. in tema d'incendio di casa abitata da più inquilini; l'art. 1693 c.c. in tema di trasporto di cose; gli artt. 1785 e 1785-bis c.c. in tema di deposito in albergo; l'art. 1787 c.c. in tema di deposito nei magazzini generali; art. 1805 c.c. in tema di perimento della cosa data in comodato). In linea con quanto detto, osserva PIRAINO, *Adempimento e responsabilità contrattuale*, cit., p. 589, che l'art. 1218 c.c. non rappresenta l'unico meccanismo generale di dislocazione del rischio della causa ignota. L'Autore fa l'esempio delle norme che disciplinano l'effetto traslativo – segnatamente degli artt. 1465 e 1523 c.c. – nonché delle diverse disposizioni in tema di garanzia pura.

⁽¹⁴¹⁾ Svolge le considerazioni appena riportate ZANA, *Op. ult. cit.*, pp. 23 ss.

⁽¹⁴²⁾ Le argomentazioni richiamate da Cass., Sez. Un., 11 gennaio 2008, n. 577, cit., possono sintetizzarsi come segue. L'adozione di un diverso riparto dell'onere si tradurrebbe in un trattamento difforme del creditore che esperisce l'azione di responsabilità *ex art.* 1218 c.c. rispetto a quello che agisce per l'esatto adempimento *ex art.* 1453 c.c., laddove non vi è alcuna norma che giustifichi la difformità, né valutazione in termini di ragionevolezza, atteso che le due situazioni

L'obiezione va invece risolta sulla base dell'onere di allegazione specifica. Non bisogna dimenticare, infatti, che, in conformità con un orientamento giurisprudenziale consolidato e condiviso dalle stesse Sezioni Unite, il creditore non può limitarsi ad allegare un inadempimento qualsiasi ma deve allegare un inadempimento astrattamente idoneo dal punto di vista eziologico a cagionare il danno lamentato⁽¹⁴³⁾.

Alla luce del quadro probatorio delineato, la clausola di risultato potrebbe essere formulata nel modo seguente: “le parti convengono che il Tizio potrà liberarsi dalla responsabilità per inadempimento dell’obbligazione di cui all’art. ... del presente contratto, solo provando la causa specifica a lui non imputabile che ha determinato il mancato raggiungimento del risultato finale avuto di mira da Caio”, oppure “solo provando che [ad esempio] la mancata adesione della vernice alla superficie è dipesa da un vizio di fabbrica del materiale da cui quest’ultima è composta, non prevedibile e accertabile al momento della stipula del contratto”.

La seconda formulazione ha, rispetto alla prima, il merito di delimitare la nozione di causa non imputabile, così restringendo le possibilità probatorie del debitore. Questo non è di poco conto se si considera che le stesse nozioni d'impossibilità e di caso fortuito variano in base al grado di 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 del risultato intermedio come sopra definito, cioè all'impossibilità di tenere il dovuto grado di diligenza⁽¹⁴⁴⁾. E la causa specifica di tale impossibilità s'identifica con il fatto, esterno alla condotta del debitore, che gli ha impedito di porre in essere l'attività strumentale al raggiungimento del risultato finale, non con la causa

sono identiche sul piano in esame per la riferibilità in concreto della prova dell'inadempimento alla sfera d'azione del debitore e per la qualifica in termini di responsabilità contrattuale, anziché aquiliana.

⁽¹⁴³⁾ In questo senso, oltre a Cass., Sez. Un., 11 gennaio 2008, n. 577, cit., si vedano Cass., 21 luglio 2011, n. 15993, in *Giustizia civile*, 2013, I, p. 1180 ss.; e in *Responsabilità civile e previdenza*, 2012, p. 641 ss.; Cass., 12 settembre 2013, n. 20904, nella banca dati online *Leggi d'Italia*; Cass., 12 dicembre 2013, n. 27855, *ivi*; Cass. 30 settembre 2014, n. 20547, *ivi*; Cass. 14 luglio 2015, n. 14642, *ivi*; e Cass., 4 aprile 2017, n. 8664, *ivi*.

⁽¹⁴⁴⁾ Osserva 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 LOTMAR, *Der Arbeitsvertrag nach dem Privatrecht des deutschen Reiches*, II, Leipzig, 1908, pp. 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 CERDONIO CHIAROMONTE, *L'obbligazione del professionista intellettuale*, cit., pp. 131-132, il quale 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 PIRAINO, *Adempimento e responsabilità contrattuale*, cit., p. 552 ss.

esterna che ha impedito direttamente la realizzazione del risultato finale stesso⁽¹⁴⁵⁾.

Detta causa è ontologicamente diversa da quella rilevante nelle obbligazioni di risultato: consiste in un evento che è dipeso da fattori non eziologicamente collegabili alla condotta del debitore, ma comunque su di essa influenti in via diretta e quindi più agevolmente accertabili⁽¹⁴⁶⁾. La diversa “sfera d’influenza” delle cause – le quali in un caso si rapportano al risultato intermedio, nell’altro al risultato finale – fa sì che, *a contrario*, sul piano sostanziale, diversa sia l’ampiezza del novero di eventi imputabili al debitore⁽¹⁴⁷⁾. Il debitore di mezzi

⁽¹⁴⁵⁾ Nelle obbligazioni di risultato il ricorrere di un caso fortuito non esime da responsabilità il debitore che abbia violato regole di comportamento e protocolli, sicché proprio l’errore tecnico rappresenta la soglia entro la quale l’inadempimento non è imputabile e oltre la quale, invece, lo è. Diversamente, nelle obbligazioni di mezzi tale soglia s’identifica con il c.d. *error scientiae*, cioè quel difetto che rappresenta una «conseguenza inevitabile dell’imperfezione delle scienze o delle arti». In questo senso, GIORGI, *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*, V, Firenze, 1904, p. 246. Particolarmente efficace ai fini della comprensione del concetto è l’esempio di SICCHIERO, *Op. ult. cit.*, loc. ult. cit.: «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». SICCHIERO, *Dell’adempimento – Artt. 1176-1179*, cit., p. 15.

⁽¹⁴⁶⁾ L’omessa percezione di tale differenza ha condotto all’equivoco di ritenere che negli obblighi di mezzi il risultato (finale) fosse sì estraneo alla prestazione, ma fosse pur sempre il limite ultimo della responsabilità, in quanto il suo mancato raggiungimento determina l’impossibilità della prestazione medesima. Sulla base di tale equivoco il giudizio di responsabilità è stato così ricostruito: in capo all’obligato di mezzi sussiste l’onere di provare che la sua condotta è stata diligente; tale prova istituisce la presunzione che il mancato raggiungimento del risultato sia dipeso da causa a lui non imputabile; se il creditore non riesce a ribaltare la presunzione provando la causa specifica dell’insuccesso e la sua imputabilità al debitore, quest’ultimo sarà liberato dalla responsabilità. Principale sostenitore della tesi è D’AMICO, *La responsabilità ex recepto e la distinzione tra obbligazioni “di mezzi” e “di risultato”*, cit., pp. 127 ss. Siffatta ricostruzione non appare condivisibile per due ragioni. La prima è che non sembra coerente predicare l’estraneità del risultato finale al contenuto dell’obbligo di mezzi e poi però affermarne l’incidenza nel giudizio di responsabilità. La seconda è che accogliere quest’impostazione significherebbe ribaltare sul creditore l’onere di provare l’impossibilità imputabile della prestazione, cioè il comportamento negligente del debitore. Le medesime osservazioni si leggono in PIRAINO, *Op. ult. cit.*, pp. 551 ss.

⁽¹⁴⁷⁾ L’espressione “sfere d’influenza” non viene qui utilizzata per alludere all’omonima tesi, sostenuta da parte della dottrina, secondo la quale l’art. 1176 c.c. si limita a disciplinare l’adempimento, mentre l’art. 1218 c.c. si applica al solo giudizio di responsabilità. Sulla base di questo presupposto, la tesi predica una scissione di tale giudizio: nelle obbligazioni di mezzi l’art. 1218 c.c. viene integrato dall’art. 1176 c.c. e colora di soggettività il fondamento della responsabilità, nella misura in cui la prova che la prestazione è divenuta impossibile per causa non imputabile al debitore coincide con la prova della diligenza; nelle obbligazioni di risultato, entra in gioco il solo art. 1218 c.c. e dunque il fondamento della responsabilità resta oggettivo, in quanto la causa di esonero dalla stessa va ravvisata nel solo caso oggettivamente inteso. Si vedano a tal proposito DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, cit., pp. 465 ss. e MENGONI, *Responsabilità contrattuale*, cit., p. 1091. In senso contrario, OSTI, *Revisione critica della teoria sulla impossibilità della prestazione*, cit., p. 350 e ID., *Deviazioni dottrinali in tema di responsabilità per inadempimento delle obbligazioni*, cit., pp. 606 ss. e nt. 36.

risponde solo degli eventi legati alla sua persona o alla sua sfera d'influenza, ad esempio alla sua organizzazione aziendale; il debitore di risultato risponde anche di eventi che non dipendono in senso stretto dalla sua condotta, ma che sono nondimeno considerati a lui imputabili siccome rientranti nel "rischio d'impresa" ⁽¹⁴⁸⁾.

Si pensi alla prestazione del medico consistente nell'esecuzione di un intervento chirurgico: qui il caso fortuito può essere un malore improvviso che gli ha fatto tremare la mano per una frazione di secondo rivelatasi fatale. In un'eventuale azione di responsabilità sarà richiesto al medico di provare l'evento impossibilitante – che non è dipeso da lui, ma è pur sempre da lui individuabile essendosi verificato nella sua sfera – e di dimostrarne la non imputabilità a sé (potrebbe essersi anche trattato di un chirurgo che aveva già avuto ripetuti malori e aveva imprudentemente deciso d'ignorarli, oppure aveva operato in stato di ebbrezza).

Al contrario, non può considerarsi caso fortuito una sopravvenuta complicanza legata alla conformazione fisica del paziente. Questa circostanza, non solo, non ricade nella sfera di controllo del medico, ma non si verifica neppure in questa, dunque non è da lui immediatamente individuabile. Del resto, lo stesso significato della parola fortuito rimanda a qualcosa di causale, che può esserci o non esserci, laddove nelle obbligazioni di mezzi il concorso di fattori esterni alla condotta del debitore nella realizzazione del risultato finale non è qualcosa di meramente eventuale bensì qualcosa di certo. Allora, al medico basterà provare di aver agito diligentemente.

Si pensi ora alla prestazione dell'imbianchino che deve dipingere una parete. Statisticamente, si tratta di un'obbligazione di risultato, nel senso che, salvo casi fortuiti intervenuti nel corso del procedimento (un malore improvviso dell'imbianchino), di norma nulla si frappone tra il buon esito di questo e la

⁽¹⁴⁸⁾ Si prende qui spunto, pur non aderendovi *in toto*, dalla tesi di TRIMARCHI, *Il contratto: inadempimento e rimedi*, Milano, 2010, p. 5 ss., secondo il quale per alcune prestazioni il criterio di imputazione dell'impossibilità sopravvenuta è soggettivo e consiste nella mancanza di diligenza (cioè, per l'Autore, nella colpa); per altre il criterio è oggettivo e consiste nel rischio (sotto questo profilo cfr. inoltre ANELLI, *Caso fortuito e rischio d'impresa nella responsabilità del vettore*, Milano, 1990, *passim*; CABELLA PISU, *La causa non imputabile*, in *Inadempimento e rimedi*, in *Trattato della responsabilità contrattuale*, diretto da Visintini, I, Padova, 2009, p. 233 ss.; CASTRONOVO, *Tra rischio e caso fortuito. La responsabilità da cassette di sicurezza*, in *Le operazioni bancarie*, a cura di Portale, I, Milano, 1978, pp. 479 ss.; sul rapporto tra caso fortuito e forza maggiore cfr. MENGONI, *Responsabilità contrattuale*, cit., pp. 1093 ss.; e REALMONTE, *Caso fortuito e forza maggiore*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, sez. civ., II, Torino, 1988, p. 248 ss.). Il ragionamento, che probabilmente è stato concepito con riferimento alle ipotesi presenti nel codice di responsabilità *ex recepto*, si ritiene valido anche per le obbligazioni di mezzi e di risultato, con due precisazioni. Innanzitutto, si preferisce non parlare di responsabilità "soggettiva" oppure "oggettiva", in quanto tale qualifica risulta ambigua, per essere stata impiegata ora con riferimento alla concezione dell'inadempimento, ora con riferimento all'impossibilità, ora al caso fortuito. In secondo luogo, non si pretende qui, in alcun modo, di affermare che il fondamento della responsabilità differisce nelle obbligazioni di mezzi rispetto a quelle di risultato. Tale fondamento risiede comunque nell'inadempimento, oggettivamente inteso nella sua materialità (cfr., diffusamente, PIRAINO, *Adempimento e responsabilità contrattuale*, cit.). Quello che assume una connotazione più o meno soggettiva è solo il criterio d'imputazione della responsabilità. Ma qui la colpa è comunque intesa non tanto come mera omissione di diligenza, quanto piuttosto come sussistenza del nesso causale tra la condotta del debitore e l'inadempimento. Sul punto cfr. VISINTINI, *Inadempimento e mora del debitore*, cit., pp. 408-413.

condotta e, se ciò si verifica, si tratta di una circostanza comunque verificabile e individuabile dal debitore. Ove la statistica fosse smentita, secondo la lettura delle Sezioni Unite, il debitore potrà liberarsi semplicemente provando la sua diligenza.

Tornando alla formulazione della clausola di risultato, il modello che si è proposto presenta alcune criticità. La prima è quella della natura della clausola: poiché ciò che incide sul *thema probandum* produce inevitabilmente, seppur in via mediata, effetti sul contenuto dell'onere probatorio, aggravando o attenuando il rischio di non fornire la prova e quindi risultare soccombenti nella lite, la clausola potrebbe rientrare fra i patti previsti dall'art. 2698 del codice⁽¹⁴⁹⁾. Se così fosse, occorrerebbe verificare la compatibilità della clausola con tale disposizione, il quale sancisce la nullità dei patti sull'onere della prova, oltre che quando coinvolgono diritti indisponibili, quando rendono eccessivamente difficile per una delle parti l'esercizio di un diritto.

L'art. 2698 c.c., secondo l'interpretazione che ne ha accolto la dottrina, consente una deroga convenzionale al regime probatorio ordinario solo nei casi in cui essa risulti «finalizzata ad attribuire rilevanza all'*id quod plerumque accidit*» o nei casi in cui la diversa allocazione dell'onere sia giustificata da un principio di vicinanza della prova⁽¹⁵⁰⁾. Si tratta dunque d'interrogarsi non solo, o non tanto, sull'entità delle conseguenze del patto, ma piuttosto sul fatto che il medesimo sia giustificato da «razionali esigenze di corretta allocazione dell'onere probatorio» o sia, invece, un mero pretesto per «assicurare posizioni di vantaggio a una parte nell'eventualità di una lite, in modo da incrementare la probabilità di vittoria»⁽¹⁵¹⁾.

Nel patto di risultato sopra prospettato siffatta giustificazione razionale manca e gli effetti sono di entità tale non solo da aggravare ma, in alcuni casi, addirittura da rendere impossibile l'inadempimento dell'onere probatorio: non si può infatti provare una circostanza che non è individuabile neppure *a posteriori*. Si pensi ad esempio a un patto con cui si pone a carico dell'avvocato l'obbligo di vincere la causa: ora, posto che comunque l'esito della lite dipende dal fatto di un terzo, il giudice, imporre al professionista la dimostrazione della causa specifica che ha reso impossibile la prestazione, indipendentemente da ogni valutazione della sua condotta in termini di diligenza, significa in sostanza escludere la prova liberatoria e quindi, come si chiarirà meglio *infra*, trasformare l'obbligazione in una garanzia⁽¹⁵²⁾.

⁽¹⁴⁹⁾ Include le clausole sull'oggetto della prova tra i patti sull'onere probatorio *ex art. 2698 c.c.*, purtroppo senza poi affrontare la questione, PATTI S., *Delle prove: art. 2697-2739*, in *Commentario del codice civile* diretto da Scialoja-Branca-Galgano, Bologna, 2015, p. 280. Sui poteri dell'autonomia privata nel disciplinare aspetti probatori si vedano MARINONI, *Clausole probatorie nella pratica commerciale e civile*, in *Rivista di diritto processuale civile*, 1938, I, p. 15 ss.; PEZZANI, *Il regime convenzionale delle prove*, Milano, 2009; SACCO, *Presunzione e natura costitutiva o impeditiva del fatto, onere della prova*, in *Rivista di diritto civile*, 1957, I, p. 412.

⁽¹⁵⁰⁾ Cfr. AMBROSOLI, *Le clausole che regolano l'onere della prova*, in DE NOVA (cur.), *Clausole a rischio di nullità*, Padova, 2009, pp. 169-186, p. 179.

⁽¹⁵¹⁾ *Ibidem*, p. 180.

⁽¹⁵²⁾ Sul punto è interessante la riflessione di TARUFFO, *Presunzioni, inversioni, prova del fatto*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1992, p. 733 ss., p. 750. Essa, per il vero, è riferita al diverso caso dell'inversione convenzionale dell'onere della prova, ma offre lo spunto per interrogarsi su quale sia la portata pratica di un patto che grava una delle parti di una prova impossibile. Osserva l'Autore che «quanto più è difficile fornire la prova del fatto negativo, tanto più la ripartizione degli oneri probatori cessa di essere un meccanismo di prova, e diventa in realtà

Dunque, ove si reputasse applicabile l'art. 2698 c.c. si dovrebbe concludere per la nullità della clausola di risultato per contrarietà al suo disposto. Senonché, a favore dell'applicabilità milita soltanto la formulazione del patto nella parte in cui fa riferimento alla prova, e tale riferimento potrebbe valere come nulla più di un *nomen juris*. Più forti sono invece gli argomenti in senso contrario.

Il primo si fonda sulla lettera dell'art. 2698 c.c. Questa fa riferimento ai patti che rendono eccessivamente gravoso l'esercizio di un diritto, laddove nel caso di specie la clausola non impedisce di far valere una determinata pretesa, ma semmai di sollevare un'eccezione idonea a paralizzare le pretese della controparte. Si tratta però di un approccio alquanto formalista, considerato che, se l'eccezione non veicola una pretesa, essa è nondimeno strumentale a far valere un diritto, e precisamente il diritto del debitore di ottenere la liberazione dalla responsabilità e dal dovere di controprestazione. Inoltre, i fatti costitutivi dell'eccezione sono oggetto di onere probatorio al pari dei fatti costitutivi della domanda.

Più convincente, se non dirimente, appare un'altra obiezione: mentre i patti sull'onere probatorio incidono sulla prova in via immediata e diretta e non producono effetti sul piano sostanziale, le clausole di risultato non riguardano soltanto la prova e non la riguardano direttamente, ma influiscono prima di tutto sulla fattispecie sostanziale. Mutare l'oggetto della prova significa, infatti, almeno in questo caso, mutare ancor prima l'oggetto della pretesa creditoria e della prestazione, deducendo in quest'ultima un risultato che altrimenti non sarebbe stato richiesto. Questa priorità temporale e logica è idonea a sottrarre il patto all'alveo della norma succitata. Meglio sembra allora volgersi su un altro piano e precisamente su quello dell'oggetto dell'obbligazione.

7. Le clausole di risultato come patti sull'oggetto dell'obbligazione: i possibili modelli.

Il secondo (ma in realtà primo in ordine logico) rilievo pratico della distinzione tra prestazioni di mezzi e di risultato si spiega sull'oggetto dell'obbligazione. Non ha senso per le parti disciplinare pattiziamente il contenuto della prova liberatoria dalla responsabilità senza regolare anche il contenuto della prestazione dovuta dal debitore. Questo è divenuto ancora più evidente dopo l'intervento delle più volte citate Sezioni Unite ⁽¹⁵³⁾.

La Corte non ha affrontato la questione di cosa debba intendersi per risultato e di cosa significhi che esso è presente in tutte le obbligazioni, seppur in misura variabile rispetto alla diligenza. Il riferimento alla variabilità lascia però supporre che in alcuni casi il risultato dovuto sia comunque un *quid minoris* rispetto all'esito finale cui tende la prestazione. Questo induce ad applicare la lettura che

un meccanismo di predeterminazione della soccombenza. Se infatti: a) si elimina l'onere della prova in capo alla parte che dovrebbe provare il fatto positivo; b) si trasferisce l'onere della prova sull'altra parte, che soccombe se non prova il fatto negativo, ma c) questa prova è tendenzialmente o effettivamente impossibile, pare evidente che in questo modo non si tende a stabilire "chi deve provare cosa", ma a prestabilire che la parte alla quale si attribuisce l'onere della prova è destinata a soccombere». Sulla possibilità di pattuire l'assunzione del caso fortuito in capo al debitore e sulla qualificazione di tale patto in termini di garanzia cfr. *infra* il paragrafo dedicato alla questione.

⁽¹⁵³⁾ Cass., Sez. Un., 11 gennaio 2008, n. 577, cit.

della distinzione suggeriva Mengoni: in entrambe le categorie di obbligazioni è dedotto un risultato, ma esso assume un significato diverso nell'una e nell'altra⁽¹⁵⁴⁾. Nelle obbligazioni di risultato esso è rappresentato da un'esecuzione della prestazione che ha raggiunto l'esito finale avuto di mira dal creditore; nelle obbligazioni di mezzi esso è invece rappresentato dal compimento di tutti quei passaggi che, eseguiti diligentemente, sono idonei secondo l'*id quod plerumque accidit* a raggiungere l'esito finale⁽¹⁵⁵⁾.

In altre parole, nelle obbligazioni di mezzi si accentua l'inesatta corrispondenza tra debito e credito⁽¹⁵⁶⁾. L'interesse del creditore, infatti, ha di mira il raggiungimento del risultato finale (la guarigione, la vittoria della causa, ecc.), ma egli ha diritto di pretendere dal debitore soltanto il raggiungimento di una serie di risultati intermedi. Dove debba arrestarsi questa serie, quanto prossimo al risultato finale debba essere l'ultimo risultato intermedio richiesto è difficile – se non, in alcuni casi, impossibile – stabilirlo *a priori*. Di conseguenza, si può affermare che l'inadempimento delle obbligazioni “di mezzi” presenta un minor grado di tipizzazione rispetto a quello delle obbligazioni “di risultato”⁽¹⁵⁷⁾.

Se è vero che debito e credito non coincidono, ma sono complementari nella sintesi del rapporto obbligatorio, spetta alle parti attenuare la discrasia tra prestazione promessa dal debitore, prestazione dovuta e prestazione attesa dal creditore attraverso una configurazione in maggior dettaglio del contenuto dell'obbligo. Quanto più è dettagliata la prestazione, tanto più dovrebbe essere possibile anticipare l'individuazione del risultato dovuto dal debitore e, di conseguenza, ridurre il margine di discrezionalità tecnica del giudice nel valutare l'inadempimento⁽¹⁵⁸⁾.

Modulare l'oggetto dell'obbligazione non è solo uno strumento per concretare il canone di diligenza previsto dall'art. 1176 c.c., non ha solo la funzione di dettare linee-guida ermeneutiche per il giudice chiamato a pronunciarsi sull'inattuazione del vincolo contrattuale; esso può anche assumere la funzione di innalzare o viceversa diminuire il livello di diligenza richiesto nell'adempimento. A seconda che l'intento delle parti sia ottenere l'uno o l'altro effetto, la pattuizione in esame può assumere sfumature e modalità diverse. Ci si occuperà qui soltanto del primo effetto, rinviando la trattazione delle clausole che alleggeriscono l'oggetto del contratto al capitolo successivo.

⁽¹⁵⁴⁾ MENGONI, *L'oggetto dell'obbligazione*, in *Jus*, 1952, p. 178 ss.; e ID., *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi» (Studio critico)*, cit.; nonché da COTTINO, *L'impossibilità sopravvenuta della prestazione e la responsabilità del debitore: problemi generali*, Milano, 1955, p. 43 ss. e p. 65 ss.

⁽¹⁵⁵⁾ Così MENGONI, *Op. ult. cit.*, loc. ult. cit. Per una critica all'approccio dottrinale che propone di valutare la diligenza sulla base di quanto è reputato conforme a tale parametro in base all'*id quod plerumque accidit* cfr. SICCHIERO, *Dell'adempimento (artt. 1176-1179)*, cit., pp. 19-24.

⁽¹⁵⁶⁾ Ammoniva MENGONI, *Op. ult. cit.*, loc. ult. cit., che il risultato dovuto dal debitore “di mezzi” (o, come l'Autore preferiva definirlo, “di comportamento”) non consiste nell'ottenimento del bene della vita avuto di mira dal creditore – fine che nessuno potrebbe garantire di raggiungere –, bensì nella prestazione dell'attività idonea all'ottenimento del fine medesimo. Postula invece l'identità di contenuto tra debito e credito la c.d. “teoria personale” dell'obbligazione, per la quale si vedano, in particolare, BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*, I. *La struttura*, Milano, 1946, p. 45; BIANCA C.M., *Diritto civile*, 4. *L'obbligazione*, Milano, 1993, p. 38 ss.; GIORGIANNI, *L'obbligazione (La parte generale delle obbligazioni)*, Milano, 1968, p. 213 ss.

⁽¹⁵⁷⁾ PIRAINO, *Adempimento e responsabilità contrattuale*, cit., p. 558.

⁽¹⁵⁸⁾ *Ibidem*.

Sull'ammissibilità di una clausola con cui le parti prevedono, uno a uno, i risultati intermedi che il debitore è tenuto a raggiungere nell'iter esecutivo della prestazione, non sorgono dubbi. Quel che risulta importante è predisporre la clausola in modo che sia idonea a raggiungere l'intento dei contraenti. All'uopo giova distinguere due piani: quello del singolo risultato in sé e quello della diligenza che il debitore deve impiegare per ottenerlo. Può apparire una sottigliezza, ma una clausola che si limiti a elencare i passaggi pretendibili dal debitore serve solo a fissare la soglia della governabilità, mentre non è sufficiente a sottrarre al giudice la valutazione della diligenza. Stabilire che i risultati cui è tenuto il debitore sono solo quelli menzionati nel contratto, non esime dal valutare se detti risultati siano stati esattamente raggiunti o meno.

Allora il patto sull'oggetto dell'obbligazione, per essere più efficace, dovrebbe abbinare a una clausola sui risultati intermedi una clausola sul contenuto della diligenza. Il compito di quest'ultima è concretizzare la formula elastica prevista dall'art. 1176 c.c. mediante una serie di regole di comportamento tratte dalle linee guida e le buone pratiche vigenti in un determinato settore di attività. Così le parti potrebbero, ad esempio, stabilire quali tecnologie è tenuto a impiegare il debitore, solo le più all'avanguardia in Italia o le migliori disponibili sul mercato europeo, o a quali protocolli deve attenersi, o quanto deve essere autorevole un orientamento dottrinale perché il debitore possa seguirlo, oppure quanto debba essere collaudato un certo tipo d'intervento perché il debitore sia legittimato a sceglierlo ⁽¹⁵⁹⁾.

In simili pattuizioni può essere utile, soprattutto quando sono contenute in contratti di durata, specificare quale sia l'arco temporale cui si fa riferimento per individuare lo stato dell'arte: se sia il momento della stipula del contratto, oppure l'inizio dell'esecuzione, oppure ancora se siano necessari aggiornamenti periodici dei parametri, rimessi all'accordo delle parti, o alla valutazione di un terzo qualificato o alla formazione individuale del debitore.

Ulteriore aspetto da considerare nella redazione di una clausola sull'oggetto è la possibilità di pattuire una serie di obbligazioni accessorie a quella principale, vuoi semplicemente esplicitando quelle che discendono di norma dal canone della

⁽¹⁵⁹⁾ Affronta, seppur sinteticamente la questione, CHAPPUIS, *Les clauses de best efforts, reasonable care, due diligence et les règles de l'art dans les contrats internationaux*, cit., p. 297. Per un'analisi più approfondita si veda NICKLISCH, *Funktion und Bedeutung technischer Standards in der Rechtsordnung*, in *Betriebsberater*, 38, 1983, p. 261 ss. Interessanti per cogliere l'opportunità delle clausole in esame si rivelano, inoltre, le riflessioni di WITZ-BOPP, *Best efforts, reasonable care: considérations de droit allemand*, cit., p. 1038 ss. Gli Autori, nell'interrogarsi sul significato di clausole che fanno riferimento alle regole tecniche ammesse «*anerkannte Regeln der Technik*», allo stato attuale della tecnica «*Stand der Technik*» e allo stato attuale della scienza e della tecnica «*Stand von Wissenschaft und Technik*», riportano una decisione del *Bundesverfassungsgericht* che ha stabilito una gerarchia di significato tra alcune espressioni analoghe a quelle appena citate, contenute in una legge del 1976 sull'energia nucleare. In particolare, la Corte ha stabilito che l'espressione «*allgemein anerkannten Regeln der Technik*» (regole tecniche generalmente ammesse) è la meno stringente e fa riferimento all'orientamento dominante tra i professionisti; in un livello intermedio si colloca l'espressione «*Stand der Technik*», che impone al giudice di tenere in considerazione anche le tesi minoritarie e quindi a prendere una posizione in merito; in ultimo, vi è l'espressione «*Stand von Wissenschaft und Technik*», che richiede un livello di diligenza ancora più elevato, imponendo l'impiego anche delle tecnologie più recenti. La sentenza in questione è B.V.G., 8 agosto 1978, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 1979, p. 359.

buona fede esecutiva, vuoi prevedendone altre superiori per qualità o quantità rispetto a quelle che potrebbero ritenersi ragionevolmente integrative del contratto.

Per quanto attiene alle clausole sui risultati intermedi e alle clausole sugli obblighi accessori non è superfluo riflettere sulla loro diversa operatività nei contratti da adempiere con la diligenza del buon padre di famiglia rispetto ai contratti da adempiere con la diligenza professionale. Soltanto nel primo caso entrambe le parti avranno a disposizione, almeno in teoria, le capacità medie necessarie per concorrere a una più puntuale determinazione dell'oggetto; mentre nel secondo caso si porrà il problema dell'asimmetria conoscitiva tra i contraenti, la quale può rendere la determinazione dell'oggetto appannaggio di uno solo di essi, cioè del debitore professionista. Del resto, nemmeno la previsione di speciali obblighi informativi per alcune categorie di professionisti, pur mirando ad attenuare tale divario, appare idonea a eliminare il problema.

Oltre alle forme sin qui descritte, il patto sull'oggetto dell'obbligazione potrebbe assumere quella di una clausola di risultato in senso proprio, cioè una clausola con cui il debitore di un'obbligazione non governabile non si obbliga a raggiungere una serie di risultati intermedi, ma promette di ottenere il risultato finale avuto di mira dal creditore, anche se è consapevole che questo dipenderà in parte da fattori estranei alla sua sfera di controllo. Simile clausola è sicuramente la più favorevole per il creditore, purché sia redatta secondo una serie di accorgimenti. In particolare, essa deve combinare una clausola sull'interesse del creditore – cioè una clausola che chiarisca qual è il risultato finale da lui avuto di mira – e una clausola sull'oggetto della prova, cioè un patto che imponga al debitore di dimostrare la causa specifica, anziché la diligenza.

Alcuni Autori hanno espresso vive perplessità circa l'ammissibilità della clausola in esame, giungendo sino a negarla: il contratto in cui il debitore promette un risultato che non può governare dovrebbe considerarsi nullo per impossibilità dell'oggetto, oppure convenzionalmente aleatorio, oppure, ancora, soggetto a condizione⁽¹⁶⁰⁾. La questione della nullità è complessa e richiederebbe di anticipare temi che meritano uno spazio *ad hoc*, pertanto pare opportuno rinviarne la trattazione ai paragrafi sui limiti dell'impossibilità originaria e sopravvenuta.

Si può, invece, prendere in esame in questa sede la tesi per cui la clausola di risultato rappresenterebbe una condizione o comunque trasformerebbe il contratto in aleatorio. Al riguardo, bisogna subito precisare che l'assunto prende le mosse da una concezione di clausola di risultato diversa da quella accolta nel presente lavoro. Lì per clausola di risultato s'intende "onorario di risultato", cioè quel patto con cui si subordina al buon esito finale della prestazione il diritto a ricevere la controprestazione; qui, invece, per clausola di risultato s'intende il patto con cui si pretende dal debitore la prova liberatoria della causa specifica a fronte di un'obbligazione non governabile. Solo quando è stato pattuito un "onorario di risultato" esiste un'alea in senso tecnico, intesa come il rischio di eseguire la

⁽¹⁶⁰⁾ Sembra sostenere la tesi dell'impossibilità dell'oggetto FRANZONI, *Le obbligazioni di mezzi e di risultato*, in *Le obbligazioni in generale*, II, a cura di Franzoni, Torino, 2004, p. 1343, là dove osserva che «il risultato deducibile in obbligazione dipende dalla concreta possibilità di conseguirlo». Prospetta la triplice soluzione cui si fa riferimento nel testo SICCHIERO, *Dell'adempimento (artt. 1176-1179)*, cit., p. 142.

propria prestazione senza essere certi di ottenere il corrispettivo; mentre nella clausola di risultato vera e propria il rischio è di non liberarsi dalla responsabilità in quanto non si riesce a provare la causa ignota che ha reso impossibile la prestazione ⁽¹⁶¹⁾.

Sulla possibilità per le parti di trasformare il contratto da commutativo ad aleatorio si discorrerà più ampiamente in apposita sede. Basti qui rilevare che l'ammissibilità di una condizione o di altra pattuizione con cui si produca l'effetto di subordinare il compenso del professionista al raggiungimento del risultato finale è pacificamente riconosciuta tanto dalla dottrina quanto dalla giurisprudenza ⁽¹⁶²⁾. Questo sia perché l'art. 2233 c.c. attribuisce rilievo prioritario nella determinazione del corrispettivo all'accordo tra le parti e non si applica l'art. 36 della Costituzione, sia perché nulla vieta al professionista di svolgere in taluni casi la propria prestazione gratuitamente e dunque *a fortiori* nulla dovrebbe vietargli di assumersi il rischio di non ottenere la controprestazione ⁽¹⁶³⁾.

⁽¹⁶¹⁾ Sul concetto di alea si vedano sin d'ora DI GIANDOMENICO, *Il contratto e l'alea*, Padova, 1987; NICOLÒ, voce «Alea», in *Enciclopedia del diritto*, I, Milano, s.d. (ma 1958), pp. 1027-1028; SCALFI, *Corrispettività e alea nei contratti*, Milano, 1960 (recensito da SCHLESINGER, *Corrispettività e alea nei contratti [di] Gianguido Scalfi*, 1962); GABRIELLI, *Alea e rischio nel contratto: studi*, Napoli, 1997; e BALESTRA, *Il contratto aleatorio e l'alea normale*, Padova, 2000. Cfr., inoltre, GAMBINO, *Normalità dell'alea e fatti di conoscenza*, Milano, 2001; FERRARI, *Il problema dell'alea contrattuale*, Napoli, 2001; CAPALDO, *Contratto aleatorio e alea*, Milano, 2004. Oltre ai contributi monografici si possono citare BESSONE, *Il tipo negoziale e l'alea normale del contratto, la sua "causa" e il dogma della irrilevanza dei "motivi"*, nota a Cass., 2 agosto 1977, n. 3384, in *Giurisprudenza italiana*, 1979, 6, pp. 1035-1042; e più di recente PIERAZZI, *L'alea nei contratti*, in *Contratto e impresa*, 2011, 1, pp. 251-262.

⁽¹⁶²⁾ In dottrina cfr., per tutti, SICCHIERO, *Dell'adempimento (artt. 1176-1179)*, cit., p. 143. In giurisprudenza cfr., innanzi tutto, Cass., Sez. Un., 19 settembre 2005, n. 18450, in *Giurisprudenza italiana*, 2006, 6, p. 1141, con nota di RESTIVO; in *Guida al diritto*, 2005, 39, p. 32 nota di ATELLI; in *Corriere giuridico*, 2006, 2, p. 212, con nota di MOTTOLA, *Remunerazione del professionista e comportamento delle parti in pendenza di condizione mista*; in *Obbligazioni e contratti*, 2007, 1, p. 42, con nota di FANELLI; in *Urbanistica e appalti*, 2006, 1, p. 49, con nota di TOSCHI VESPASIANI, *Il rapporto tra ente pubblico e ingegnere incaricato della progettazione di opere pubbliche*; e in *Vita notarile*, 2006, 1, p. 289; la quale ammette la subordinazione del compenso al risultato qualificando tale condizione come potestativa e non come meramente potestativa. Cfr., poi, Cass., 23 maggio 2001, n. 7003, in *Foro italiano* (Massimario), 2001, c. 609, il cui testo integrale è reperibile nella banca dati (*online*) *Leggi d'Italia*; Cass., 27 settembre 2007, n. 20319, *ivi* e in *Foro italiano* (Repertorio), 2007, voce «Professioni intellettuali», n. 153; e Cass., 30 dicembre 2011, n. 30590, in *CED Cassazione*, 2011.

⁽¹⁶³⁾ Sull'applicazione dell'art. 2233 c.c. e l'irrilevanza dell'art. 36 Cost., cfr., per tutte, Cass., 17 ottobre 2011, n. 21430, in *Diritto & Lavoro*, 2012, 1, p. 197. Sull'ammissibilità di un contratto di prestazione d'opera professionale gratuito cfr., ad esempio, CATTANEO, *La responsabilità del professionista*, cit., p. 28; e in giurisprudenza Cass., 17 agosto 2005, n. 16966, in *Giurisprudenza italiana* (Massimario), 2005, il cui testo integrale è reperibile nella banca dati (*online*) *Leggi d'Italia*, ove si legge che: «al professionista è consentita la prestazione gratuita della sua attività professionale per i motivi più vari che possono consistere nell' *affectio*, nella *benevolentia*, o in considerazioni di ordine sociale o di convenienza, anche con riguardo ad un personale ed indiretto vantaggio».

8. Segue: un mutamento di prospettiva e di limiti.

Terminata la ricostruzione dei principali modelli di clausole sull'oggetto, occorre prendere atto che simili pattuizioni incontrano almeno tre limiti di ordine generale, uno esterno e due interni alla struttura stessa dell'obbligazione. Il primo limite è quello dell'ordine pubblico. Quest'ultimo concetto, come meglio spiegato nei paragrafi precedenti, va probabilmente inteso, con riguardo alla diligenza del buon padre di famiglia, come rispetto della libertà dei traffici, con riguardo alla diligenza professionale, come rispetto della libertà d'iniziativa economica e dei beni costituzionalmente garantiti che le singole professioni mirano a tutelare⁽¹⁶⁴⁾. Consentire al creditore, soprattutto quando è la parte "forte" del rapporto, d'imporre al debitore livelli di diligenza e di responsabilità troppo elevati significa indurre quest'ultimo a una sempre più marcata tendenza difensiva nella sua attività e a tenere in maggiore considerazione il proprio interesse a non subire le conseguenze pregiudizievoli di un inadempimento, rispetto all'interesse del creditore stesso⁽¹⁶⁵⁾.

Il secondo limite consiste nel rispetto di quello che in prima battuta si potrebbe qualificare come il principio dell'accordo. Detto limite sembra scontato, atteso il combinato disposto degli artt. 1321, 1345 e 1418 c.c., ma in realtà nasconde un'insidia tutt'altro che banale: non è sempre agevole capire se sia stata raggiunta la soglia minima dell'accordo, cioè se le volontà delle parti si siano davvero incontrate o se vi sia stata una discrasia tra quello che il debitore intendeva per risultato e la concezione che, invece, ne aveva il creditore⁽¹⁶⁶⁾. Del

⁽¹⁶⁴⁾ Sull'ordine pubblico in generale cfr. FERRI, *Ordine pubblico, buon costume e la teoria del contratto*, Milano, 1967; ID., voce «Ordine pubblico», in *Enciclopedia del diritto*, XXX, Milano, 1980; ID., *L'ordine pubblico economico*, in *Saggi di diritto civile*, Rimini, 1983; ID., *L'ordine pubblico*, in *Rivista di diritto commerciale*, 1963; CATAUDELLA, *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; GUARNIERI, voce «Ordine pubblico», in *Digesto delle discipline privatistiche* (sezione civile), XIII, Torino, 1995; e MACIOCE, *Ordine pubblico e autodeterminazione*, Torino, 2010.

⁽¹⁶⁵⁾ Sul problema della c.d. medicina difensiva si veda MAZZAMUTO, *Note in tema di responsabilità civile del medico*, in *Europa e diritto privato*, 2000, p. 509 ss.; nonché BREDI, *Responsabilità medica tra regole giurisprudenziali e recenti interventi normativi*, in *Contratto e impresa*, 2014, p. 769 ss. In una prospettiva più ampia, riflettono sul rischio prospettato PONZANELLI, *La responsabilità civile. Profili di diritto comparato*, Bologna, 1992, p. 198 ss. e p. 281 ss.; e, condividendo l'intervento della c.d. "Legge Balduzzi", SICCHIERO, *Come si valuta il merito della diligenza?*, cit., p. 339. Sempre in un'ottica di tutela della professione medica sembra porsi la recente legge n. 24 del 2017 (c.d. legge Gelli), pubblicata in *Gazzetta Ufficiale* il 17 marzo 2017, al n. 64, la quale prospetta al paziente danneggiato l'alternativa di convenire in giudizio, a titolo di responsabilità contrattuale, la struttura sanitaria, oppure convenire, questa volta a titolo di responsabilità aquiliana, il medico. Cfr., poi, 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 e responsabilità*, 2000, 7, p. 730 ss. In un'ottica penalistica, cfr. ROIATI, *Medicina difensiva e colpa professionale medica in diritto penale. Tra teoria e prassi giurisprudenziale*, Milano, 2012; e MANNA, *Medicina difensiva e diritto penale tra legalità e tutela della salute*, Pisa, 2013.

⁽¹⁶⁶⁾ Questa discrasia viene ricondotta da ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 737, non ad una mancanza di accordo, bensì ad un errore sull'oggetto del contratto ex art. 1429 n. 1 c.c., vale a dire un errore sull'insieme delle prestazioni dedotte nel contratto o su quelle più qualificanti di esso o sul modo in cui s'interrelano tra loro. L'Autore ritiene che si abbia mancanza di accordo quando la volontà esiste solo in apparenza, o solo in apparenza è riferibile alle parti. Un esempio è quello del

pari, non è facile distinguere l'imperfetto incontro di volontà dall'inesatta individuazione dell'oggetto: il profilo della carenza di accordo s'intreccia infatti spesso con quello dell'indeterminatezza del contenuto dell'obbligo.

Il problema non è di poco conto e lo dimostrano le diverse applicazioni del principio che ne hanno fatto alcune sentenze in materia di responsabilità medica, le quali hanno, in via più o meno diretta, affrontato la questione della determinazione dell'oggetto dell'obbligazione. Si va da un'interpretazione rigorosa dell'accordo, ad una lettura intermedia, ad una "estrema".

L'interpretazione rigorosa dell'accordo ha portato ad affermare che esso sussiste solo nel caso in cui il debitore abbia manifestato in modo espresso e inequivoco la sua accettazione dell'assunzione di un determinato risultato attraverso la promessa o la garanzia del medesimo, non essendo invece sufficiente la semplice indicazione da parte del paziente che la prestazione era finalizzata a quel risultato⁽¹⁶⁷⁾. La lettura intermedia ha indotto a stabilire che vale come accettazione del medico libero professionista la prospettazione da parte di quest'ultimo al paziente, durante il colloquio informativo, di un determinato risultato anche solo come altamente probabile⁽¹⁶⁸⁾. La lettura estrema, infine, è giunta a sostenere che ai fini dell'accordo è sufficiente una richiesta del paziente formulata in modo tale da lasciar intendere che egli ha interesse alla prestazione siccome finalizzata ad un certo risultato⁽¹⁶⁹⁾.

dissenso occulto, in cui le dichiarazioni delle parti sono apparentemente conformi, ma ciascuna parte intende la propria in un senso diverso da quello inteso dall'altra, senza che sia possibile identificare un significato oggettivo del contratto. Sul tema si veda più ampiamente la monografia di FERRERO, *Il dissenso occulto nella teoria generale del contratto*, Milano, 1970.

⁽¹⁶⁷⁾ Di particolare interesse è Trib. Bologna, 2 febbraio 2006, il cui testo integrale è reperibile in www.juraemilia.it. Nel caso di specie, i pazienti imputavano al medico il mancato raggiungimento del risultato contrattualmente pattuito, cioè il trasferimento nell'utero della paziente dei soli embrioni euploidi e quindi normali, così da garantire la nascita di un figlio geneticamente sano. La sentenza aveva affermato il principio per cui la volontà delle parti può modificare la struttura del vincolo obbligatorio, configurando il risultato quale oggetto dello stesso, ma non aveva ravvisato tale ipotesi nel caso di specie. La valutazione e l'interpretazione dei documenti prodotti in atti, e le risultanze dell'istruttoria espletata, infatti, smentivano l'assunto difensivo di parte attrice in ordine al fatto che il medico avrebbe garantito il buon esito della propria prestazione promettendo ai coniugi la salute del concepito».

⁽¹⁶⁸⁾ App. Roma, 21 dicembre 2010, in *Nuova giurisprudenza civile*, 2011, 9, 1, p. 896, con nota di CALDERAI. L'informazione attenua la distanza tra il risultato che ci si può ragionevolmente attendere dalla prestazione e il risultato che il creditore si attende, determinando quindi quella «maggiore corrispondenza del termine finale dell'obbligazione (risultato dovuto) al termine iniziale, cioè all'interesse da cui l'obbligazione trae origine» di cui parla MENGONI, *Obbligazioni di «risultato» e obbligazioni di «mezzi»*, cit., p. 188. Più è articolata l'informazione, più viene specificato e delimitato il contenuto dell'obbligo del professionista. Le prescrizioni dei codici deontologici, dei pareri del Comitato Nazionale di Bioetica, nonché delle linee guida di settore e della stessa giurisprudenza, nell'imporre al medico di fornire un'informazione quanto più dettagliata in ordine ai rischi di esiti negativi, o anche solo neutri, degli interventi innalzano il livello di diligenza richiesto al medico nella sua intera prestazione, trascendendo la fase dell'acquisizione del consenso. Riflette sul punto 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 e responsabilità*, 2000, 7, p. 730.

⁽¹⁶⁹⁾ Cass., 2 ottobre 2012, n. 16754, in *Corriere giuridico*, 2013, 1, p. 45, con nota di MONATERI, *Il danno al nascituro e la lesione della maternità cosciente e responsabile*; in *Danno e responsabilità*, 2013, p. 139 ss., con nota di CACACE, *Il Giudice "rottamatore" e l'enfant préjudice*; *Ivi*, pp. 492 ss., con nota di MASTRORILLI, *To be or not to be: comparare l'incomparabile*; in *Diritto di famiglia e delle persone*, 2013, p. 79 ss., con nota di GIACOBBE,

Quest'ultima soluzione è stata accolta da quella pronuncia di legittimità meglio nota per aver operato un *revirement* della giurisprudenza in materia di nascita indesiderata, prima d'ora consolidata nel negare la risarcibilità del danno lamentato *jure proprio* dal neonato. La notorietà della sentenza non rende meno opportuno un sintetico richiamo ai fatti di causa: una gestante chiedeva al medico (ospedaliero) di verificare se il nascituro era affetto da malformazioni, onde, in caso affermativo, poter eventualmente interrompere la gravidanza; il medico optava per un esame che non era *stricto sensu* idoneo a rilevare con certezza le malformazioni, ma compensava tale difetto con una minore invasività, ragione per cui era prescritto dai protocolli e dalla *lex artis* dell'epoca; pur non mostrando le risultanze dell'esame condotto alcuna anomalia, il bambino nasceva affetto dalla sindrome di Down⁽¹⁷⁰⁾.

Qualificando l'obbligo del medico come di mezzi, si dovrebbe sposare la tesi accolta dalle sentenze di merito e concludere per il rigetto della domanda risarcitoria, in quanto il mancato risultato diagnostico non è dipeso da negligenza o imperizia del medico⁽¹⁷¹⁾. La Corte di legittimità ha invece aderito alla soluzione opposta, argomentando che la richiesta della paziente, così come formulata, ha determinato il contenuto del "contratto" (*rectius*, contatto sociale) nel senso d'imporre al medico non l'obbligo di effettuare un «accertamento "qual che esso fosse", compiuto all'esito di una incondizionata ed incomunicata discrezionalità da parte del sanitario», bensì l'obbligo di un «accertamento doppiamente funzionale alla diagnosi di malformazioni fetali e (condizionatamente al suo risultato positivo) all'esercizio del diritto di aborto»⁽¹⁷²⁾.

A prescindere dalle perplessità suscitate dal fatto che la Corte abbia riconosciuto possibile determinare pattiziamente il contenuto di un rapporto che non ha fonte in un contratto ma in un "contatto sociale", la soluzione non è condivisibile, proprio in quanto non sembra potersi ritenere raggiunta la soglia minima dell'accordo tra il paziente e il medico o comunque la soglia minima di determinatezza dell'oggetto⁽¹⁷³⁾. Il medico, infatti, era convinto che la sua

"Sul miserabile ruolo del diritto...non altro. Non oltre". Ovvero degli itinerari della giurisprudenza normativa; in Foro italiano, 2013, 1, 1, c. 181 ss.; in Giurisprudenza italiana, 2013, p. 796 ss., con nota di CARUSI, Revirement in alto mare: il "danno da procreazione" si "propaga" al procreato?; Ivi, con nota di CRICENTI, Il concepito e il diritto di non nascere; ivi, p. 1502 ss., con nota di COPPO, Doveri informativi e obbligo di diagnosi prenatale; e in Nuova giurisprudenza civile commentata, 2013, p. 175 ss., con nota di PALMERINI, Nascite indesiderate e responsabilità civile: il ripensamento della Cassazione.

⁽¹⁷⁰⁾ Cass., 2 ottobre 2012, n. 16754, cit.

⁽¹⁷¹⁾ Si rammenti che queste ultime sono state definite dalla giurisprudenza costante di legittimità, rispettivamente, come la conoscenza e l'attuazione di tutte le regole e degli accorgimenti che nel loro insieme costituiscono l'arte medica. Cfr., *ex multis*, Cass. 13 gennaio 2005, n. 583, in *Responsabilità e risarcimento*, 2005, 2, p. 44 ss.

⁽¹⁷²⁾ Al contrario, le sentenze di merito avevano ritenuto che l'oggetto del contratto consistesse in un «generico» obbligo di approfondimento diagnostico, da adempiere con qualunque mezzo apparisse più appropriato a fronte di una valutazione diligente, prudente e perita.

⁽¹⁷³⁾ Riflessioni sul problema in esame si leggono già in contributi risalenti a un'epoca anteriore rispetto alla citata sentenza. Tra questi cfr. NICOLUSSI, *Sezioni sempre più unite contro la distinzione fra obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi. La responsabilità del medico*, in *Danno e responsabilità*, 2008, pp. 874-875, il quale ammonisce sul fatto che «il risultato dovuto deve essere [...] sempre precisato nello specifico rapporto obbligatorio in modo da non gravare il medico di un vincolo di garanzia qualora il risultato dovuto fosse troppo distante eziologicamente

diligenza gli imponesse l'obbligo di scegliere lo strumento diagnostico più idoneo al risultato ma pur sempre nel rispetto dello stato dell'arte, non l'obbligo di scegliere lo strumento più idoneo in assoluto. E tale convinzione non era meramente soggettiva, posto che hanno dimostrato di dividerla sia i giudici dei primi due gradi, sia i rispettivi consulenti tecnici.

Proprio perché la soluzione non è condivisibile, l'insegnamento da trarre è che ai fini della conformità al principio dell'accordo, o meglio, di determinatezza dell'oggetto, e dunque della validità, non è sufficiente che i patti in questione siano stati accettati da entrambe le parti, ma bisogna anche che siano sufficientemente chiari, in modo tale che il debitore sia consapevole del contenuto e della portata dei rischi che si sta assumendo.

Il terzo e ultimo limite che incontrano le clausole sull'oggetto dell'obbligazione è quello dell'impossibilità originaria della prestazione. Che non si possa pretendere dal debitore uno sforzo sin dal principio irrealizzabile, non suscita alcuno stupore, sancendo il combinato disposto degli artt. 1325 e 1346 c.c. la nullità del contratto avente un oggetto impossibile, in omaggio al brocardo "*impossibilium nulla obligatio est*"⁽¹⁷⁴⁾. Ciò che risulta meno pacifico sono i contorni del concetto e il grado d'impossibilità richiesto ai fini della nullità. Vista la complessità del tema, è opportuno rinviarne la trattazione al paragrafo seguente.

9. In particolare: il limite dell'impossibilità originaria della prestazione.

Nel diritto romano classico l'impossibilità tale da rendere nullo il contratto era solo quella oggettiva ed assoluta: se il debitore si obbligava a una prestazione che lui non era in grado di compiere in prima persona, ma che sarebbe stata alla

dai mezzi che è tenuto a impiegare». Aggiunge l'Autore che «la flessibilità del rapporto obbligatorio si gioca non già escludendo da esso il risultato utile al creditore, ma determinandolo, in base alla buona fede e al contratto, nei singoli casi o tipi di rapporti». In tema di contatto sociale si veda innanzitutto CASTRONOVO, *L'obbligazione senza prestazione ai confini tra contratto e torto*, negli *Scritti in onore di Mengoni*, Milano, 1995, p. 147 ss. Si vedano, inoltre, FRANZONI, *Il contatto sociale non vale solo per il medico*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2009, p. 1693 ss.; e ROPPO, *Il contatto sociale ed i rapporti contrattuali di fatto*, in *Casi e questioni di diritto privato*, a cura di Bessone, V., *Obbligazioni e contratti*, Milano, 1993, p. 2 ss. Per una critica recente e articolata alla teoria in questione cfr. ZACCARIA, *Der aufhaltsame Aufstieg des sozialen Kontakts* (la irresistibile ascesa del "contatto sociale"), in *Rivista di diritto civile*, 2013, p. 77 ss. In chiave comparatistica cfr. CANARIS, *Il "contatto sociale" nell'ordinamento giuridico tedesco*, in *Rivista di diritto civile*, 2017, 1, p. 1 ss. Vale la pena ricordare in questa sede che la giurisprudenza più recente ha applicato la teoria del contatto sociale alla responsabilità precontrattuale. In questo senso Cass., 12 luglio 2016, n. 14188, in *Giurisprudenza italiana*, 2016, 12, p. 2565 ss., con nota di DI MAJO, *Il contatto sociale – la culpa in contrahendo tra contratto e torto*; commentata anche da CICERO, *La responsabilità (pre)contrattuale come responsabilità da contatto sociale* (commento a Cass., 12 luglio 2016, n. 14188), in *Corriere giuridico*, 2016, 12, p. 1504 ss. Sul punto si veda TAGLIASACCHI, *Dialogo con la giurisprudenza in tema di responsabilità precontrattuale e contatto sociale: «looking back, thinking forward»*, in *Contratto e impresa*, 2017, 1, p. 233 ss.

⁽¹⁷⁴⁾ La formula si legge in D. 50, 17, 185. Per le origini e gli sviluppi del principio in questione si vedano RABEL, *Origine de la règle. Impossibilium nulla obligatio*, Paris, 1907 (ora in *Gesammelte Aufsätze*, 4, Tübingen, 1971, p. 126 ss.); ID., *Unmöglichkeit der Leistung. Eine Kritische Studie zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, in *Aus römischem und bürgerlichem Recht*, Weimar, 1907.

portata di altri, l'obbligazione restava valida (¹⁷⁵). Parimenti essa restava valida se l'adempimento non era impossibile, ma soltanto "difficile": a tal proposito i giuristi dell'epoca avevano tracciato una distinzione netta tra i casi di *impedimentum* naturale e quelli in cui ad essere compromessa era semplicemente la *facultas dandi* (¹⁷⁶).

Diverso approccio adottavano i giusnaturalisti, i quali prendevano le mosse dall'idea per cui il contenuto di un'obbligazione contrattuale può vincolare l'obbligato solo nella misura in cui sia il prodotto della libera volontà di quest'ultimo (¹⁷⁷). In tale ottica, l'impossibilità iniziale era trattata alla stregua di un vizio del consenso: essa comportava l'invalidità del contratto, anche se era meramente soggettiva, in quanto per diritto naturale nessun uomo può obbligarsi a prestazioni che sono impossibili, lo siano esse per la collettività o solo per lui medesimo (¹⁷⁸).

Il codice civile attuale ha disatteso quest'ultima impostazione per accogliere invece quella del diritto romano. Stante il combinato disposto degli artt. 1346 e 1418 c.c., le parti non possono dedurre in obbligazione una prestazione materialmente e assolutamente e obiettivamente impossibile sin dalla stipula del contratto, pena la nullità del medesimo (¹⁷⁹). La regola appare molto *tranchante*, ma in realtà subisce, sia sul piano normativo che su quello applicativo, alcuni temperamenti.

Il primo è rappresentato dall'art. 1348 c.c., il quale, com'è noto, consente alle parti di dedurre nel contratto una prestazione suscettibile di diventare possibile in un determinato arco di tempo. Qualora la sopravvenuta possibilità sia stata fatta oggetto di una condizione, in caso del suo mancato verificarsi si applicherà la disciplina prevista per quest'ultima; qualora invece le parti abbiano inteso concludere un negozio su cosa futura, ai sensi dell'art. 1348 c.c., per parte della dottrina il contratto si risolverà per inadempimento o per impossibilità sopravvenuta della prestazione, a seconda che la mancata esistenza del bene sia o

(¹⁷⁵) La regola generale era la seguente: «*causa difficultatis ad incommodum promissoris, non ad impedimentum stipulatoris pertinet*». La formula si legge in Ven. D. 45, 1, 137, 4.

(¹⁷⁶) *Ibidem*. Il principio enunciato è affermato in Ven. D. 45, 1, 137, 5: «*Si ab eo stipulatus sim, qui efficere non possit, cum alio possibile sit, iure factam obligationem Sabinus scribit*».

(¹⁷⁷) Cfr. ZIMMERMANN, *The law of obligations. Roman foundations of the Civilian Tradition*, Oxford, 1996, p. 692, il quale cita le parole di Grozio: «*De verbintnisse is een gebruick van eens mensche vrije macht*».

(¹⁷⁸) Sull'impossibilità originaria nel diritto romano cfr. LONGO, *Casi d'impossibilità della prestazione nel diritto giustiniano*, Tolentino, 1935; GROSSO, *Dies impossibilis e impossibilità della prestazione*, Napoli, 1955.

(¹⁷⁹) Sul punto si registrano in giurisprudenza una serie di pronunce: Cass., 18 giugno 1967, n. 1995, in *Foro italiano*, 1968, I, p. 2795; Cass., 6 marzo 1970, n. 588, in *Giustizia civile* (Repertorio), 1970, voce «Obbligazioni e contratti», n. 290; Cass., 2 dicembre 1992, n. 12860, *ivi*, 1992, voce «Locazione di cose», n. 12; Cass., 5 ottobre 2000, n. 13270; in *Giustizia civile*, 2001, p. 182; Cass., 1 settembre 2011, n. 18002, in *Foro italiano* (Repertorio), voce «Contratti pubblici», n. 407. Aggiungono ai requisiti della materialità e dell'assolutezza quello dell'obiettività Cass., 22 febbraio 1961, n. 413, in *Foro italiano* (Massimario), 1961, c. 92; Cass., 21 agosto 1962, n. 2608, in *Giustizia civile* (Repertorio), 1962, voce «Obbligazioni e contratti», n. 285; Cass., 6 giugno 1968, n. 1712, *ivi*, voce cit., n. 56 e n. 400; Cass., 15 febbraio 1971, n. 369, in *Foro italiano* (Massimario), 1971, c. 121; Cass., 10 novembre 1976, n. 4145, in *Giustizia civile* (Repertorio), 1976, voce «Successione testamentaria», n. 14; Cass., 20 aprile 1998, n. 4013, in *Gius*, 1998, p. 1957; e Cass., 17 luglio 2002, n. 10341, in *Giustizia civile*, 2003, I, p. 1594.

non sia imputabile al debitore; mentre, per altra parte della dottrina, il contratto sarà in ogni caso nullo, conformemente alle lettera della norma ⁽¹⁸⁰⁾.

Il secondo temperamento è quello contemplato dall'art. 1347 c.c., che salva il contratto dalla nullità quando la prestazione diviene possibile prima che si avveri la condizione o scada il termine cui è sottoposto. La lettera della norma sembra circoscritta, ma in realtà reca in sé una portata più ampia: affinché il contratto sia valido, non è necessario che la possibilità dell'oggetto sussista sin dal momento della stipula, ma è sufficiente che ci sia al momento in cui il contratto produrrà i suoi effetti finali ⁽¹⁸¹⁾. In altre parole, causa di nullità è solo l'impossibilità originaria definitiva, non anche quella temporanea ⁽¹⁸²⁾. Dunque alle parti non è precluso pattuire un'obbligazione per allora impossibile nella prospettiva che divenga possibile ⁽¹⁸³⁾. Per altro verso, la norma non vieta alle parti di pretendere che la possibilità dell'oggetto sussista sin dall'inizio anche quando gli effetti del contratto sono differiti ad un momento successivo alla stipula ⁽¹⁸⁴⁾.

Il terzo (e forse più significativo) temperamento è frutto dell'interpretazione restrittiva dell'art. 1346 c.c. da parte della giurisprudenza costante: l'impossibilità tale da rendere nullo il contratto è solo quella obiettiva e assoluta, mentre non comportano la nullità né la mera difficoltà di adempiere del debitore, per quanto estrema, né l'impossibilità di adempiere che riguardi il solo debitore e non qualunque individuo ⁽¹⁸⁵⁾. Concorde con questa impostazione è la dottrina

⁽¹⁸⁰⁾ Nel primo senso, ALPA, *Oggetto e contenuto*, in ALPA-BRECCIA-LISERRE, *Il contratto in generale*, in *Trattato di diritto privato* diretto da Bessone, XIII, 3, Torino, 1999, p. 367; BIANCA C.M., *Diritto civile*, III, *Il contratto*, 2^a ed., Milano, 2000, p. 325; ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 344. Chi sostiene la seconda tesi motiva la nullità talora in base alla considerazione per cui il contratto avente ad oggetto beni futuri è inefficace per quanto concerne le vicende relative al bene stesso e dunque l'accertata impossibilità che il bene venga ad esistenza non risolverebbe un rapporto già costituito ma impedirebbe definitivamente allo stesso di sorgere; talora in virtù di un'applicazione analogica della disciplina prevista dall'art. 1472 c.c. in tema di vendita. La tesi della nullità è sostenuta da FICI, *Contratto (oggetto del)*, in *Il Diritto. Enciclopedia il Sole 24 Ore*, IV, Milano, 2007, p. 226. Secondo alcuni Autori meglio sarebbe parlare di sopravvenuta inutilità del contratto (GABRIELLI, *Il contenuto e l'oggetto*, in GABRIELLI (cur.), *I contratti in generale*, I, 2^a ed., in *Trattato dei contratti*, a cura di Rescigno-Gabrielli, Torino, 2006, p. 768; ID., *L'oggetto del contratto*, in *Commentario del codice civile Schlesinger*, Milano, 2001, p. 163; SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale*, in *Commentario del codice civile* a cura di Scialoja-Branca, Bologna-Roma, 1970, p. 375), analogamente a quanto accade in caso di mancata verifica di una condizione sospensiva. Così PERLINGIERI P., *I negozi su beni futuri*, I, *La compravendita «di cosa futura»*, Napoli, 1962, p. 179.

⁽¹⁸¹⁾ Così SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale*, sub artt. 1321-1352 c.c., in *Commentario del codice civile* a cura di Scialoja e Branca, cit., p. 363. L'Autore rileva che questa impostazione segna l'abbandono della c.d. "legge della simultaneità", vale a dire di quella risalente tesi per cui i requisiti essenziali del contratto devono sussistere integralmente al momento della conclusione del contratto ed in quell'istante se ne spiega l'efficacia.

⁽¹⁸²⁾ Cfr. Cass., 12 giugno 1973, n. 1706, in *Giurisprudenza italiana*, 1974, I, 1, p. 773, secondo cui «la semplice eventualità, ancorché prevedibile, che la prestazione dedotta in contratto diventi impossibile, non determina la nullità del contratto stesso».

⁽¹⁸³⁾ In questo senso SCOGNAMIGLIO, *Op. ult. cit.*, p. 364.

⁽¹⁸⁴⁾ Si veda GABRIELLI, *L'oggetto del contratto. Artt. 1346-1349*, in *Il codice civile. Commentario*, fondato da Schlesinger e diretto da Busnelli, Milano, 2015, p. 73. L'Autore propone questa tesi commentando l'affermazione di SCOGNAMIGLIO, *Op. ult. cit.*, p. 363, per cui, di fronte all'art. 1347 c.c., «si dovrebbe di volta in volta accertare se l'impossibilità attuale dell'oggetto (prestazione) non si riverberi parimenti e senz'altro su quella del contratto (suo oggetto)».

⁽¹⁸⁵⁾ Cass., 20 aprile 1998, n. 4013, in *Annali italiani del diritto d'autore, della cultura e dello spettacolo*, 1998, p. 511; e in *Foro italiano* (Repertorio), 1998, voce «Contratto in genere»,

moderna, principalmente sulla base dell'osservazione per cui sarebbe eccessivo sanzionare con la nullità un'impossibilità che dipende soltanto da una mancanza di qualità soggettive o di mezzi del debitore, la quale ben poteva, tra l'altro essere ignota al creditore (¹⁸⁶).

Una precisazione è però doverosa: quanto detto subisce un'eccezione nel caso in cui oggetto dell'obbligo sia una prestazione infungibile. Qui, secondo autorevole dottrina, l'impossibilità relativa è equiparata all'impossibilità assoluta e dunque comporta la nullità del contratto (¹⁸⁷). Fatta salva quest'ipotesi, l'impossibilità originaria meramente soggettiva non opera quale limite all'innalzamento della diligenza richiesta al debitore. Le parti ben potranno, senza inficiare la validità del contratto, pattuire un impegno che il debitore non è concretamente in grado di assolvere, ma che in astratto sarebbe realizzabile, seppur con una diligenza superiore al normale (¹⁸⁸).

Sempre nell'ottica dei temperamenti alla rigidità della regola in esame merita di essere citato un filone giurisprudenziale piuttosto risalente, il quale ha ritenuto sproporzionata la sanzione della nullità anche in presenza di un'impossibilità materiale obiettiva e assoluta nei casi in cui questa fosse (o dovesse essere) nota al

n. 462; Cass., 6 dicembre 1984, n. 6407, in *Foro italiano* (Massimario), 1984; e Cass., 16 luglio 1976, n. 2834, *ivi*, 1976, secondo le quali l'impossibilità originaria dell'oggetto è quella derivante da impedimenti di carattere materiale o giuridico che ostacolano in modo assoluto il risultato cui la prestazione era diretta, mentre non si ha impossibilità quando insorgano ostacoli più o meno gravi nell'esecuzione della prestazione stessa. Cfr., inoltre, Cass., 21 aprile 1978, n. 1910, in *Archivio civile*, 1979, p. 185; Cass., 10 novembre 1976, n. 4145, in *Foro italiano* (Repertorio), 1976, voce «Successione ereditaria», n. 82, c. 2914; Cass., 15 febbraio 1971, n. 369, in *Giustizia civile* (Massimario), 1971, n. 209; Cass., 6 giugno 1968, n. 1712, in *Giustizia civile* (Repertorio), 1968, voce «Obbligazioni e contratti», n. 56 e n. 400; Cass., 17 ottobre 1962, n. 2608, in *Giustizia civile*, 1962, I, p. 209 ss.; Cass., 22 febbraio 1961, n. 413, in *Diritto fallimentare*, 1961, II, p. 766.

(¹⁸⁶) Così BIANCA C.M., *Diritto civile*, III, *Il contratto*, 2° ed., Milano, 2000, pp. 322-324; CARRESI, *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da Cicu-Messineo, continuato da Mengoni, XXI, 2, Milano, 1987, p. 238 e p. 240; GABRIELLI, *Il contenuto e l'oggetto*, in *I contratti in generale*, a cura di Gabrielli, I, 2ª ed., in *Trattato dei contratti*, diretto da Rescigno e Gabrielli, Torino, 2006, p. 738; ID., *L'oggetto del contratto*, in *Commentario al codice civile* diretto da Schlesinger, Milano, 2001, p. 64, i quali osservano che quando l'impegno è astrattamente possibile, il contratto sarebbe valido, a nulla rilevando che la parte concretamente non sia nelle condizioni di adempiere perché in tal caso la sua inettitudine si tradurrebbe nell'inadempimento della prestazione; GALGANO, *Il contratto*, Padova, 2007, p. 170; OSTI, *Contratto*, in *Nuovissimo digesto italiano*, IV, Torino, 1957, p. 504 e in *Scritti giuridici*, II, Milano, 1973, p. 814; ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 340. In senso contrario, parte della dottrina sottolinea che quello che conta, ai fini del giudizio sulla possibilità dell'oggetto, è l'astratta realizzabilità di quanto le parti hanno fissato nella regola contrattuale. Così SACCO, *Op. ult. cit.*, p. 51; SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1970, p. 354. In quest'ottica, può essere impossibile anche un oggetto che non risulti concretamente realizzabile solo in ragione del tipo contrattuale prescelto dalle parti. A tal proposito, cfr. GALGANO, *Della simulazione. Della nullità del contratto. Dell'annullabilità del contratto*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1998, p. 118; DE NOVA, *Il tipo contrattuale*, Padova, 1974, p. 105; e COSTANZA, *Il contratto atipico*, Milano, 1981, p. 196.

(¹⁸⁷) Sostiene questa tesi SACCO, *Il contratto*, II, *Il contenuto del contratto*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da Rodolfo Sacco, Torino, 2004, p. 50.

(¹⁸⁸) Osserva BIANCA C.M., *Diritto civile*, 3. *Il contratto*, cit. p. 323, che l'inattitudine del debitore a tener fede a quanto promesso in questo caso non rileva ai fini dell'impossibilità della prestazione, bensì ai fini dell'inadempimento.

debitore al momento della stipula del contratto ⁽¹⁸⁹⁾. Si è affermato in particolare che detta sanzione si può evitare in quanto «il promittente può accollarsi il rischio dell'impossibilità, e garantire allo stipulante, anche nel caso di impossibilità della prestazione, tutto l'interesse positivo» ⁽¹⁹⁰⁾. Sull'ammissibilità di una clausola con cui il debitore garantisce la possibilità della prestazione si può concludere – lo si spiegherà tra poco – in senso positivo; qui però la questione è diversa: la predetta giurisprudenza, infatti, si è spinta oltre configurando un'implicita garanzia in tal senso tutte le volte che il debitore sapeva dell'impossibilità o versava in colpa per non averla prevista.

Si è così posto a carico del promittente un vero e proprio obbligo di accertare se la prestazione sia davvero possibile, il mancato assolvimento del quale costituisce inadempimento e quindi legittima il creditore a domandare un risarcimento non limitato al solo interesse contrattuale negativo ⁽¹⁹¹⁾. Ciò deriva, secondo autorevole dottrina, dal fatto che la valutazione in merito alla possibilità della prestazione attiene alla sfera del debitore, e non a quella del creditore il quale in alcuni casi non può neppure pretendere che durante le trattative il primo gli riveli come intende superare gli ostacoli concreti che si frappongono al risultato pattuito, ad esempio perché detta informazione fa parte del *know-how* dell'impresa e costituisce dunque un segreto ⁽¹⁹²⁾.

L'intento che ha animato la predetta giurisprudenza è probabilmente quello d'imporre al debitore che abbia dimostrato eccessiva leggerezza o malizia nel contrarre un obbligo impossibile un risarcimento più elevato. L'utilità concreta del sottrarre l'impossibilità originaria alla sfera dell'invalidità è infatti quella di trasformare la responsabilità del debitore da precontrattuale a contrattuale e quindi, se non altro, di ammettere la risarcibilità non solo dell'interesse negativo ma anche di quello positivo.

⁽¹⁸⁹⁾ Così Cass., 5 giugno 1948, n. 851, in *Foro italiano* (Repertorio), 1948, voce «Obbligazioni e contratti», n. 200; e Cass., 29 maggio 1942, n. 1474, in *Giurisprudenza italiana* (Massimario), 1942, secondo le quali «La diligenza da usarsi nel contrarre un'obbligazione non è diversa da quella che si deve usare nell'adempimento: cioè è sempre quella normale del buon padre di famiglia. Nella compravendita attiene alla normale diligenza del venditore l'obbligo di accertarsi della possibilità della prestazione da lui dovuta». Fanno riferimento non tanto all'impossibilità oggettiva e originaria della prestazione, quanto piuttosto all'impossibilità originaria soggettiva o all'impossibilità sopravvenuta, Cass., 10 febbraio 1984, n. 1024, cit.; Cass., 4 aprile 1979, n. 1950, cit.; Cass., 29 maggio 1978, n. 2708, cit.; Cass., 7 gennaio 1970, n. 26, cit.; Cass., 23 giugno 1967, n. 1555, cit.; Cass., 7 agosto 1962, n. 2430, cit.; Cass., 18 aprile 1958, n. 1277, cit.; Trib. Ferrara, 13 febbraio 2006, cit. Si tenga però presente che, almeno all'epoca cui risale l'orientamento in parola, l'identità di considerazione giuridica fra colpa per non aver previsto la futura impossibilità e colpa per non aver conosciuto l'impossibilità presente era condivisa da tutti i livelli del pensiero giuridico (cfr. SACCO, *Op. ult. cit.*, p. 52, nt. 10), tant'è che lo stesso Massimario in cui si commenta la seconda delle pronunce succitate etichetta la massima come «pacifica».

⁽¹⁹⁰⁾ *Ibidem*.

⁽¹⁹¹⁾ *Ibidem*. Proprio questa prospettiva, in un certo senso rovesciata poiché s'interroga su un obbligo ancor prima di stabilire se esso sia validamente sorto, costituisce la peculiarità dell'impostazione in esame. Ad una più attenta lettura delle citate sentenze ci si accorge che nei casi concreti la questione dell'impossibilità si era posta non perché il debitore aveva agito in giudizio invocando la nullità del contratto, ma perché il creditore aveva agito per l'adempimento e il debitore aveva eccepito l'ineseguibilità materiale della prestazione. Cfr. GABRIELLI, *L'oggetto del contratto. Artt. 1346-1349*, cit., p. 78.

⁽¹⁹²⁾ In questo senso SACCO, *Op. ult. cit.*, p. 51 ss.

Se detto intento è condivisibile, la tesi della giurisprudenza non pare sostenibile, *in primis* per la sua anti-letteralità. Si può inoltre osservare che sarebbe incompatibile con la stessa natura della nullità in questione farla dipendere dal fatto che l'impossibilità fosse o meno conoscibile o imputabile a una delle parti. Trattandosi di una nullità strutturale, il dubbio circa la sua sussistenza deve emergere, anche ai fini della rilevabilità officiosa, dal regolamento contrattuale e non può essere rimesso a un presupposto ulteriore ad esso estraneo, non richiesto dalla disciplina positiva.

Ciò non toglie che il risultato pratico avuto di mira dalle succitate sentenze possa essere raggiunto in altro modo. E così è stato: escludendo dalla nullità l'impossibilità relativa e quella meramente soggettiva la giurisprudenza ha ridotto il rischio di comportamenti negligenti o fraudolenti delle parti ⁽¹⁹³⁾. Su questo punto si assiste ad un'evoluzione divergente rispetto a quella che ha riguardato l'impossibilità sopravvenuta, ove, come meglio si dirà nel prossimo paragrafo, il requisito dell'assolutezza è stato significativamente mitigato ⁽¹⁹⁴⁾.

Allora l'impressione è che l'impossibilità idonea a rendere nullo il contratto sia una categoria residuale, in cui vengono confinate quelle figure di difficile collocazione e ai confini con gli esempi di scuola, come il contratto concluso con un sedicente mago che, dietro corrispettivo, promette alla cliente, utilizzando le sue doti soprannaturali, di procurarle il riavvicinamento con il proprio ex-

⁽¹⁹³⁾ Così, per limitarsi alla più recente, Cass., 1 settembre 2011, n. 18002, il cui testo integrale è reperibile nella banca dati (*online*) *Leggi d'Italia*, nella quale si legge che «la nullità del contratto o della singola clausola contrattuale, per l'impossibilità della cosa o del comportamento che ne forma oggetto, richiede che tale impossibilità, oltre che oggettiva e presente fin dal momento della stipulazione, sia anche assoluta e definitiva, rimanendo ininfluenti a tal fine le difficoltà, più o meno gravi, di carattere materiale o giuridico, che ostacolano in maniera non irrimediabile il risultato a cui la prestazione è diretta. Ne consegue che tale impossibilità nel contratto di appalto di opera pubblica non sussiste, qualora vi sia un mero impedimento tecnico, riconducibile al comportamento non collaborativo di una delle parti del rapporto che ometta quanto necessario per rendere possibile la prestazione ostacolando in maniera non oggettivamente irrimediabile il risultato cui essa è diretta».

⁽¹⁹⁴⁾ ROPPO, *Op. ult. cit.*, pp. 320-323, confronta il regime probatorio dell'impossibilità originaria descritto nel corpo del testo con quello dell'impossibilità sopravvenuta. In particolare, osserva l'Autore che se in quest'ultima è sufficiente, ai fini della prova liberatoria, che il debitore dimostri che per porre rimedio all'impossibilità avrebbe dovuto compiere uno sforzo eccedente quello che secondo ragionevolezza e buona fede si poteva esigere da lui, nella prima il metro dovrà necessariamente essere più severo poiché il debitore ha assunto l'impegno sapendo, o dovendo sapere, di non avere qualità e risorse sufficienti per attuare la prestazione. In giurisprudenza cfr. Cass., 25 gennaio 2007, n. 1623, in *Foro italiano*, voce «Vendita», n. 39, la quale ha precisato che è irrilevante l'eventualità, al momento della stipulazione, che la prestazione dedotta in contratto diventi impossibile, anche se ciò risulti prevedibile. Cfr. però anche Cass., 10 febbraio 1984, n. 1024, in *Giustizia civile*, 1984, I, p. 3383; Cass., 4 aprile 1979, n. 1950, inedita, la quale consente la proposizione di un'eccezione di inadempimento a fronte dell'impossibilità della prestazione della controparte; Cass., 29 maggio 1978, n. 2708, in *Rassegna dell'avvocatura dello Stato*, 1979, I, 13, con nota di ROSSI; Cass., Cass., 7 gennaio 1970, n. 26, in *Giurisprudenza italiana*, 1971, I, 1, p. 890; Cass., 23 giugno 1967, n. 1555, in *Foro padano*, 1968, I, p. 195; Cass., 7 agosto 1962, n. 2430, in *Foro italiano*, 1963, I, c. 319; Cass., 18 aprile 1958, n. 1277, in *www.italgiure.giustizia.it*; Trib. Ferrara, 13 febbraio 2006, in *Immobili e diritto*, 2007, 2, p. 52, con nota di FRIZIONE, secondo le quali non può invocare l'esonero da responsabilità per forza maggiore il contraente che versa in colpa per avere contratto l'obbligazione senza avere la consapevolezza, in base alle norme di comune diligenza, di poterla adempiere. Onde non può lo stesso contraente assumere, come causa di forza maggiore, l'evento di cui si era data la prevedibilità all'atto della stipulazione.

compagno nonché il consenso del marito alla separazione e di porre sotto protezione astrale la figlia, minacciata da imprecisati pericoli ⁽¹⁹⁵⁾.

In linea con queste osservazioni, si tenga presente che l'impossibilità originaria non è causa d'invalidità del contratto per alcuni ordinamenti diversi da quello italiano e, come meglio s'illustrerà a breve, per i testi di diritto internazionale privato uniforme rilevanti in materia contrattuale ⁽¹⁹⁶⁾. Dunque il limite dell'impossibilità originaria potrà atteggiarsi in maniera diversa a seconda del diritto applicabile al rapporto contrattuale o di quello scelto dalle parti.

Merita di essere esaminata, in particolare, l'ipotesi in cui le parti abbiano inserito una clausola sull'oggetto dell'obbligazione in un contratto regolato dalla Convenzione di Vienna sulla vendita internazionale di beni mobili senza effettuare l'*opt out*. La comprensione di come si atteggia in questo caso il limite dell'impossibilità originaria passa attraverso un ragionamento complesso che richiederebbe ben altri approfondimenti ⁽¹⁹⁷⁾. Per evidenti limiti di spazio e di tempo, ci si limiterà qui a ricostruirne le linee essenziali.

L'art. 4 CISG afferma che la Convenzione regola solo la formazione del contratto di vendita e i diritti e le obbligazioni da esso nascenti, mentre non si occupa, salvo espressa previsione in senso contrario contenuta in altre norme della medesima, dell'invalidità del contratto o di alcune delle sue clausole. Detta materia, tradizionalmente ritenuta esclusivo appannaggio della sovranità

⁽¹⁹⁵⁾ SACCO, *Op. ult. cit.*, loc. ult. cit. L'esempio del mago è tratto da App. Genova, 19 gennaio 1996, in *Giurisprudenza italiana*, 1998, 6, p. 1173, con nota di LONGO, *Prestazioni di maghi, occultisti e cartomanti: generale liceità, ipotesi di invalidità e principio di buona fede oggettiva*. La sentenza di primo grado (Trib. Sanremo, 13 dicembre 1993, in *Giustizia civile*, 1994, I, p. 1401) aveva invece dichiarato la nullità del contratto per mancanza di causa, erroneamente basandosi sull'assunto per cui, a fronte dell'impossibilità della prestazione del mago, il pagamento del corrispettivo da parte della cliente risultava privo di giustificazione.

⁽¹⁹⁶⁾ Non qualificano l'impossibilità originaria come causa di nullità del contratto, oltre all'ordinamento tedesco dopo la riforma dello *Schuldrecht* del 2001, gli ordinamenti di *common law*. Qui la giurisprudenza, sin da epoche più risalenti, ha reiteratamente disapplicato il brocardo latino "*impossibilium nulla obligatio*", affermando che «*when a man will for a valuable consideration undertake to do an impossible thing, though it cannot be performed, yet he shall answer in damages*». Le sentenze sono citate da TREITEL, *Frustration and force majeure*, III ed., London, 2014, p. 2. L'Autore ravvisa le ragioni di una simile impostazione nel diverso approccio che adottano in merito ai rimedi contrattuali i sistemi di *common law* rispetto alla maggior parte dei sistemi di *civil law*: per i primi il rimedio principe non è, come per gli altri, l'esatto adempimento, bensì il risarcimento per equivalente. Se nei sistemi di *civil law* stride l'idea di considerare efficace l'obbligo di rendere una prestazione impossibile, proprio perché l'ordinamento non è in grado di apprestarvi la tutela primaria dell'azione di esatto adempimento, in quelli di *common law* il problema non si pone. Si applicherà semplicemente la regola di *equity* per cui «*the court does not compel a person to do what is impossible*», ma resterà salva la responsabilità contrattuale del debitore. Sul punto cfr. anche TREITEL, *Remedies for Breach of Contract: a Comparative Account*, Oxford, 1988, pp. 51-56. La motivazione dell'Autore non è condivisibile alla luce dell'assetto rimediario adottato dal codice civile italiano vigente: l'art. 1453 c.c., infatti, non stabilisce alcuna gerarchia tra il rimedio dell'esatto adempimento e la tutela per equivalente, rimettendo la scelta dello strumento più adeguato alla discrezione del creditore. L'idea di un'obbligazione incoercibile può stridere, ma non incontra ostacoli nel diritto positivo, al punto che, come si vedrà in apposito paragrafo, è consentito in linea di principio all'autonomia privata pattuire un'esclusione preventiva dell'azione di esatto adempimento in favore di una mera tutela risarcitoria.

⁽¹⁹⁷⁾ Per tali approfondimenti si rinvia sin d'ora al contributo di FERRANTE, *Validity of contract terms*, in DI MATTEO-MAGNUS-JANSSEN-SCHULZE (ed.), *International Sales Law – Contract, Principles & Practice*, Oxford, 2016, p. 285 ss.

nazionale, è dunque rimessa alla legge di volta in volta applicabile secondo le regole di diritto internazionale privato ⁽¹⁹⁸⁾.

Senonché, l'art. 7 CISG impone di risolvere le questioni insolte dalla Convenzione ma concernenti materie da essa regolate (c.d. lacune interne) in conformità con i principi generali che la ispirano e, solo in mancanza di questi, alla luce della legge applicabile. La disciplina dell'invalidità, per quanto attiene alle cause, agli effetti e alla valutazione, è espressamente esclusa dall'ambito della Convenzione e rappresenta pertanto una vera e propria lacuna esterna. Diversamente, il significato d'invalidità riguarda una materia da essa regolata, seppur ai soli fini del rinvio alle leggi nazionali, e dunque deve essere sottoposto all'interpretazione autonoma di cui alla norma succitata ⁽¹⁹⁹⁾.

In altre parole, la menzione dell'invalidità tra le materie escluse è sufficiente a rendere il concetto una lacuna interna, cioè – *ex art. 7 § 1, CISG* – una questione irrisolta dalla Convenzione ma connessa a una materia da essa regolata: infatti, capire se qualcosa è o non è invalidità significa capire se quel qualcosa soggiace alla Convenzione o al diritto nazionale. Pertanto, occorre cercare all'interno del testo della Convenzione indizi di cosa essa intenda per invalidità.

L'indizio rilevante ai fini della presente disamina è rappresentato dall'art. 79 § 1, CISG, ai sensi del quale «una parte non è responsabile per l'inadempimento di una delle sue obbligazioni se prova che l'inadempimento era dovuto ad un impedimento derivante da circostanze estranee alla sua sfera di controllo, e che non era ragionevolmente tenuto a prevedere al momento della conclusione del contratto o ad evitare o a superarne le conseguenze». Come si può notare, la norma esonera il debitore da responsabilità per inadempimento ogniqualvolta si verifichi un'impossibilità non imputabile della prestazione, senza distinguere a seconda che questa sia originaria o sopravvenuta. Dunque, *a contrario*, anche quando la prestazione è già impossibile al momento della stipula del contratto il debitore risponde per inadempimento. Posto che una responsabilità di siffatta natura presuppone necessariamente l'effettiva esistenza di un'obbligazione, si deve concludere che la Convenzione ritiene valido il contratto con oggetto impossibile.

In base a questo ragionamento, per tornare al problema da cui si erano prese le mosse, le clausole sull'oggetto dell'obbligazione contenute in un contratto regolato dalla Convenzione non sconteranno il limite dell'impossibilità originaria, nel senso che saranno valide anche qualora richiedano al debitore, nell'adempimento, uno sforzo che risulta impossibile già al momento della

⁽¹⁹⁸⁾ Sulle ragioni “tecnico-giuridiche” che hanno indotto i redattori della Convenzione a disciplinare solo alcuni aspetti del contratto di vendita internazionale cfr. MEYER, *The CISG: Divergences between Success-Scarcity and Theory-Practice*, in DI MATTEO (ed.), *International Sales Law – A Global Challenge*, Cambridge University Press, 2014, p. 23 ss. Sottolinea che la scelta di non disciplinare alcuni aspetti è dipesa non solo dalla loro minore rilevanza rispetto al commercio internazionale, ma anche da ragioni di «*Realpolitik*» e dalla convinzione che determinati istituti siano per natura prerogativa dei diritti nazionali, FERRANTE, *Op. ult. cit.*, pp. 293-294.

⁽¹⁹⁹⁾ In questo senso, cfr. ampiamente FERRANTE, *Validity of contract terms*, cit., spec. pp. 294-295. Osserva condivisibilmente l'Autore che alla medesima conclusione si giungerebbe anche in base alla teoria generale del diritto internazionale privato, per cui una determinata norma di conflitto deve essere interpretata attraverso una doppia qualificazione: il significato della norma va dapprima ricostruito alla luce dell'ordinamento che opera il rinvio (nel caso di specie la CISG), poi alla luce dell'ordinamento cui la norma fa rinvio.

conclusione del contratto. La stessa conclusione vale quando le parti abbiano scelto di applicare al contratto i principi Unidroit o il *Draft Common Frame of Reference*, atteso che, per espressa previsione, rispettivamente dell'art. 3.1.3 e dell'art. 7:102, l'impossibilità originaria della prestazione non inficia la validità del contratto.

Le parti, però, potrebbero avere interesse a salvare dalla nullità anche un contratto non suscettibile di essere regolato dalla citata Convenzione o dai predetti principi. E un simile interesse risulterebbe meritevole di tutela per almeno due ordini di ragioni. Innanzitutto, la nullità è prevista solo per l'impossibilità originaria, mentre per quella sopravvenuta (non imputabile) è prevista la risoluzione di diritto del contratto a seguito dell'estinzione dell'obbligazione. Tale disparità di trattamento risulta ingiustificata non appena si considera che le due ipotesi in esame differiscono solo per un dato casuale – com'è il fatto che l'evento impossibilitante si sia verificato prima o dopo il raggiungimento dell'accordo – e che detta differenza è ancorata ad un dato critico quale è l'individuazione del momento in cui il contratto si è concluso ⁽²⁰⁰⁾.

A ciò si può aggiungere un'ulteriore considerazione. Quando ci s'interroga sulla *ratio* della nullità per impossibilità dell'oggetto, la risposta più plausibile è che essa risieda nell'esigenza di sanzionare la mancanza di una seria volontà di contrarre. Se così è, allora bisognerebbe circoscrivere la nullità ai casi in cui l'impegno è talmente assurdo da essere palesemente inattuabile. Viceversa, bisognerebbe escluderla in quei casi in cui l'impossibilità, pur oggettiva, dell'impegno è ignota a entrambe le parti, oppure è nota al solo obbligato, mentre non è, almeno immediatamente, conoscibile al creditore ⁽²⁰¹⁾.

Se le parti vogliono essere certe di evitare la nullità del contratto, hanno facoltà di pattuire espressamente una garanzia della possibilità della prestazione, cioè di prevedere che, nel caso in cui la prestazione non divenga eseguibile, il debitore sarà obbligato a corrispondere allo stipulante una determinata somma a titolo di risarcimento del danno, comprensivo dell'interesse positivo, o

⁽²⁰⁰⁾ Di questo avviso è FERRANTE, *L'impossibilità della prestazione: alcune variazioni sul tema della concordanza fra BGB e codice civile italiano*, in *Contratto e impresa / Europa*, 2, 2004, p. 723 ss., p. 760, il quale ha salutato con favore l'equiparazione degli effetti dell'impossibilità originaria a quelli dell'impossibilità sopravvenuta realizzata con la riforma tedesca delle obbligazioni nel 2002, osservando che tale soluzione «tende a privare di rilevanza un dato per lo più casuale, qual è il momento di verifica dell'impedimento. Sotto altro aspetto, non meno significativo, tende a privare di rilevanza un dato per lo più critico, qual è il momento di conclusione del contratto. La circostanza per cui l'impedimento intervenga prima, contestualmente o dopo il raggiungimento dell'accordo, quand'ancora si dialoga per stringere il patto o quand'ormai si agisce per darvi attuazione, dipende da fattori per lo più fortuiti e che comunque non legittimano un differente trattamento normativo».

⁽²⁰¹⁾ Prevede che l'impossibilità originaria della prestazione non osti alla validità del contratto il codice civile tedesco al paragrafo 311 a), come modificato dalla riforma dello *Schuldrecht* del 2001. Per un commento puntuale cfr. FERRANTE, *Op. ult. cit.*, loc. ult. cit.; e ID., *Validity of contract terms*, p. 285 ss., in DI MATTEO-MAGNUS-JANSSEN-SCHULZE (ed.), *International Sales Law – Contract, Principles & Practice*, Oxford, 2016, p. 285 ss., p. 296. Indipendentemente dal fatto che l'impossibilità fosse (o dovesse essere nota) al debitore, essa, ai sensi dell'art. 275 BGB, preclude al creditore l'azione di esatto adempimento. A tale effetto la norma non distingue tra impossibilità assoluta e relativa, né tra impossibilità originaria e sopravvenuta. Cfr. ZIMMERMANN, *The New German Law of Obligations*, Oxford, 2005, cap. II, p. 44.

d'indennizzo, senza possibilità di prova liberatoria ⁽²⁰²⁾. Vero è che quando il risultato promesso è impossibile, non sorge neppure l'obbligazione di procurare il medesimo, ma è parimenti vero che nulla – né l'ordine pubblico né norme imperative – impedisce alla promessa di generare effetti diversi da quelli dell'obbligazione e cioè quelli propri di una garanzia ⁽²⁰³⁾. Risultano evidenti i punti di contatto dell'istituto con la promessa del fatto del terzo; ma di quest'ultima si parlerà più compiutamente nel prossimo paragrafo.

L'ammissibilità della garanzia appena ipotizzata trova conferma nell'art. 1266 c.c., il quale prevede che il cedente di un credito a titolo oneroso sia tenuto a prestare garanzia dell'esistenza del medesimo, almeno per quanti interpretano il concetto di esistenza come equivalente a quello di possibilità materiale ⁽²⁰⁴⁾. Chi segue questa tesi ritiene che la funzione della norma sia proprio quella di assicurare il ristoro dell'interesse positivo del cessionario alla cessione nei casi in cui non dovesse verificarsi l'effetto traslativo del contratto a causa dell'inesistenza del credito oggetto di trasferimento ⁽²⁰⁵⁾.

⁽²⁰²⁾ Secondo parte della dottrina, il contratto dovrebbe dirsi valido anche in presenza di una prestazione materialmente impossibile purché il promittente abbia garantito in ordine alla sua esistenza e alla sua realizzabilità. In tal senso, GITTI, *Problemi dell'oggetto*, in *Trattato del contratto*, a cura di Roppo, II, Milano, 2006, p. 79; SACCO, *Il contratto*, II, 3^o ed., in *Trattato di diritto civile*, diretto da Sacco, Torino, 2004, p. 51 e p. 63. Secondo quest'ultimo Autore «molte volte, giustizia vuole che spetti non allo stipulante, ma al promittente, accertare se la prestazione (ossia: se una data soluzione di un problema tecnico) sia possibile. Spesso, lo stipulante non può nemmeno pretendere che il promittente, durante le trattative, gli sveli come supererà le difficoltà che si frappongono al conseguimento del risultato, perché i mezzi del promittente costituiscono un segreto». In giurisprudenza cfr. Cass., 18 aprile 1958, n. 1277, il cui testo è reperibile su www.italgiure.giustizia.it, in cui si legge che «non può invocare l'esonero da responsabilità per forza maggiore il contraente che versa in colpa per aver contratto l'obbligazione senza avere la consapevolezza, in base alle norme di comune diligenza, di poterla adempiere».

⁽²⁰³⁾ SACCO, *Op. ult. cit.*, p. 51.

⁽²⁰⁴⁾ Secondo diversa lettura, si qualifica come inesistente il credito altrui (così BIANCA C.M., *Diritto civile*, IV, Milano, 1993, p. 595; CAPPUCCIO, *La cessione dei crediti*, in FAVA (cur.), *Le obbligazioni*, II, Milano, 2008, p. 1052; DOLMETTA, *Cessione dei crediti*, in *Digesto civ.*, II, Torino, 1988, p. 292; FINAZZI, *La cessione del credito*, in ALESSI-MANNINO (cur.), *La circolazione del credito*, I, in *Trattato delle obbligazioni* diretto da Garofalo e Talamanca, Padova, 2008, p. 677); il credito estinto al momento della cessione (così, tra gli altri, FINAZZI, *Op. cit.*, p. 679; PERLINGERI P., *Della cessione dei crediti*, in *Commentario del codice civile* a cura di Scialoja-Branca, sub artt. 1260-1267, Bologna-Roma, 1982, p. 272); il credito derivante da titolo inesistente o nullo (in questo senso BIANCA C.M., *Op. ult. cit.*, p. 596; FINAZZI, *Op. cit.*, loc. ult. cit.; PRELINGIERI P., *Op. ult. cit.*, loc. ult. cit.; altra parte della dottrina nega invece che la nullità del titolo sia coperta dalla garanzia in esame: MANCINI, *La cessione dei crediti*, in *Trattato di diritto privato* diretto da Rescigno, 9, I, 2^a ed., Torino, 1999, p. 478; e PANUCCIO, voce «Cessione dei crediti», in *Enciclopedia del diritto*, VI, Milano, 1960, p. 871); il credito derivante da contratto successivamente risolto o rescisso (BIANCA C.M., *Op. ult. cit.*, loc. ult. cit.; FINAZZI, *Op. cit.*, p. 683; e MICCIO, *Delle obbligazioni in generale*, in *Commentario del codice civile*, IV, 1, Torino, 1982, p. 521); il credito derivante da titolo annullabile (così, per tutti, FINAZZI, *Op. cit.*, p. 681; ma v. contra PANUCCIO, *La cessione volontaria dei crediti nella teoria del trasferimento*, Milano, 1955, p. 162); il credito per il quale è stata eccepita la compensazione (FINAZZI, *Op. cit.*, p. 684 e p. 689); e, infine, il credito prescritto (così Cass., 5 febbraio 1988, n. 1257, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 1989, I, p. 295).

⁽²⁰⁵⁾ Nel senso che la garanzia ha il potere di sostituire l'impegno del debitore con l'obbligo risarcitorio cfr. ZACCARIA, *La garanzia dell'esistenza del credito*, in *Rivista di diritto civile*, 1982, I, p. 355. Del medesimo avviso è Cass., 18 dicembre 1987, n. 9428, in *Giustizia civile*, 1988, I, p. 974.

Se la garanzia non ci fosse, il contratto di trasferimento di un credito inesistente sarebbe nullo per impossibilità materiale dell'oggetto, come nulla è la vendita di una cosa che non esiste in natura, salva l'ipotesi in cui sia dedotto nel contratto un bene futuro. La presenza della garanzia, invece, sottrae il contratto alla nullità: essa ha il potere di sostituire l'impegno (inattuabile) del cedente a trasferire la titolarità del credito con l'obbligo risarcitorio ⁽²⁰⁶⁾. Pertanto, al cessionario spetta la scelta se far valere la garanzia – e quindi domandare il risarcimento dell'intero interesse positivo – oppure chiedere la risoluzione del contratto e ottenere una somma di denaro pari alla differenza tra il proprio interesse positivo e il valore della controprestazione ⁽²⁰⁷⁾.

Il limite dell'impossibilità originaria, come si accennava nel paragrafo dedicato alle clausole sull'oggetto dell'obbligazione, è stato addotto da alcuni Autori per sostenere la nullità delle clausole di risultato, intese come patti con i quali il debitore promette un esito che non può governare ⁽²⁰⁸⁾. La tesi parte dal presupposto per cui nelle obbligazioni di mezzi, o meglio in quelle non governabili, come si è più volte sottolineato, concorrono al raggiungimento del risultato fattori estranei alla condotta del debitore.

Tale presupposto è sicuramente condivisibile; quello che suscita perplessità sono le conseguenze che se ne fanno discendere. Quando ci si obbliga a una prestazione materialmente impossibile, nel senso classico del termine, come andare sulla luna o volare, l'impossibilità è certa sin dal momento della stipula del contratto; quando invece ci si obbliga a una prestazione il cui esito dipende anche da altri fattori tale impossibilità è soltanto probabile, è soltanto un rischio. E per di più un rischio la cui percentuale è spesso difficile da individuare *a priori*.

Se non fosse consentito obbligarsi a una prestazione dipendente in parte da fattori estranei alla propria sfera di controllo, allora dovrebbe concludersi che, in mancanza dell'art. 1381 c.c., la promessa del fatto del terzo sarebbe nulla per impossibilità dell'oggetto. Se l'ordinamento ammette la promessa del fatto altrui, ove il promittente è tenuto a indennizzare il promissario senza possibilità di prova liberatoria, *a fortiori* dovrebbe ammettere la clausola di risultato, ove tale prova

⁽²⁰⁶⁾ *Ibidem*. Diversa posizione assume altra parte della dottrina, nella misura in cui sostiene che il cedente debba rispondere nei confronti del cessionario, ex art. 1266, nei soli casi in cui il credito da quest'ultimo acquistato sia oggetto di rivendicazione da parte di un terzo; mentre nei casi in cui il credito sia materialmente inesistente la cessione sarebbe nulla per impossibilità dell'oggetto e il cedente sarebbe obbligato a risarcire i danni al cessionario a titolo di responsabilità precontrattuale. Così, per tutti, PERLINGIERI P., *Op. ult. cit.*, p. 262. Chi sposa questa tesi qualifica la garanzia in parola come garanzia per evizione. Così GALGANO, *Trattato di diritto civile*, II, Padova, 2009, p. 113; MICCIO, *Op. cit.*, p. 521; PERLINGIERI P., *Op. ult. cit.*, p. 275; PITTALIS, *La cessione del credito*, in *Le obbligazioni*, a cura di Franzoni, I, 1, Torino, 2004, p. 651; VALENTINO, *La circolazione del credito*, in *Trattato di diritto civile del consiglio nazionale del notariato*, diretto da Pietro Perlingieri, III, 13, Napoli, 2007, p. 107. Diversamente, qualificano la garanzia come "garanzia di legittimazione" FINAZZI, *Op. cit.*, p. 695; PANUCCIO, voce «Cessione dei crediti», cit., p. 870; e ID., *La cessione volontaria dei crediti nella teoria del trasferimento*, cit., p. 127, secondo i quali la responsabilità di cui all'art. 1266 c.c. troverebbe, cioè, la propria giustificazione nella circostanza che oggetto di trasferimento è un diritto di credito di cui il cedente non può validamente disporre.

⁽²⁰⁷⁾ Così ZACCARIA, *Op. ult. cit.*, loc. ult. cit.

⁽²⁰⁸⁾ Cfr. FRANZONI, *Le obbligazioni di mezzi e di risultato*, cit., p. 1343; e SICCHIERO, *Dell'adempimento (artt. 1176-1179)*, cit., p. 142.

può essere più ardua di quella della semplice condotta diligente ma è pur sempre consentita.

Qualora sia in concreto possibile provare la causa specifica, la clausola di risultato rimarrà tale, qualora, per la natura della prestazione, tale prova si riveli impossibile, la clausola di risultato sarà in realtà qualificabile come un patto di assunzione del fortuito⁽²⁰⁹⁾. La clausola di risultato porrà a carico del debitore un'obbligazione fino al punto in cui l'esito finale della prestazione dipende da lui, oltre tale soglia una garanzia. Ai rapporti tra assunzione del fortuito, promessa del fatto altrui e garanzia sarà dedicato il paragrafo successivo. Qui è sufficiente considerare che, per le ragioni esposte, l'impossibilità dell'oggetto non pare un ostacolo all'ammissibilità della clausola in esame⁽²¹⁰⁾.

10. Segue: il limite dell'impossibilità sopravvenuta e le clausole di assunzione del fortuito da parte del debitore.

Analizzata la sorte delle clausole sull'oggetto dell'obbligazione nel caso in cui la prestazione in essa dedotta sia impossibile sin dalla stipula del contratto, è opportuno domandarsi se si atteggi come limite alle clausole medesime anche l'impossibilità sopravvenuta. Qui non si tratta di verificare se un giudice condannerebbe il debitore anche ove il risultato dedotto nella clausola sull'oggetto dell'obbligazione divenisse raggiungibile solo con uno sforzo sproporzionato, tanto rispetto alla prestazione stessa quanto rispetto all'interesse del creditore, nel senso che si chiarirà *infra*⁽²¹¹⁾. Si tratta, invece, di capire se le parti, nel disegnare

⁽²⁰⁹⁾ Nel senso che la “clausola di risultato” si traduce in una “clausola di assunzione del fortuito”, AZZALINI, *Obbligazioni di mezzi e obbligazioni di risultati. Categorie giuridiche travisate*, Padova, 2012, pp. 106-110.

⁽²¹⁰⁾ 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 *Foro italiano* (Repertorio), voce «Responsabilità civile», n. 75. Del patto parla, citando la predetta sentenza, anche PERULLI, *Il lavoro autonomo*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da Cicu e Messineo, Milano, 1996, pp. 447-448. Per una prospettiva storica cfr. sul tema POMATA, *La promessa di guarigione. Malati e curatori in antico regime*, Roma-Bari, 1994.

⁽²¹¹⁾ Il tema verrà più compiutamente trattato nel paragrafo seguente. Si consideri, però, sin d'ora che vi sono ordinamenti che estendono testualmente, *quoad effecta*, la disciplina dell'impossibilità ai casi di eccessiva sproporzione dello sforzo del debitore e d'inesigibilità della prestazione. In particolare, l'ordinamento tedesco accomuna i tre istituti sotto il profilo delle conseguenze, prevedendo che essi legittimano il debitore a rifiutarsi di adempiere. Più precisamente, ai sensi del paragrafo 275 nn. 2 e 3, BGB, così come modificato dalla riforma del 2001, «(2) il debitore può rifiutare la prestazione, qualora 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 creditore. Nel determinare lo sforzo richiesto al debitore si deve anche valutare se l'impedimento a prestare gli sia imputabile. (3) Il debitore può inoltre 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'ampia riflessione sulla portata della norma si veda FERRANTE, *L'impossibilità della prestazione: alcune variazioni sul tema della concordanza fra BGB e codice civile italiano*, cit., pp. 745-755. Precisa la dottrina tedesca che l'impossibilità cui si fa riferimento in questo caso è quella che sotto l'egida del BGB *ante* riforma era definita “impossibilità fattuale” (*faktische*

i confini tra inadempimento e impossibilità possano spingersi sino al punto di cancellarli, cioè se possano pattuire che la responsabilità per inadempimento operi anche in presenza di un'impossibilità non imputabile della prestazione, escludendo la prova liberatoria del caso fortuito o della forza maggiore.

Simili pattuizioni non sono ignote alla prassi, la quale suole etichettarle come clausole di assunzione del fortuito o del *factum principis*. Nella contrattualistica italiana l'assunzione del fortuito è sempre riferita al debitore, mentre nella contrattualistica internazionale emerge che quella citata è solo una delle possibili prospettive e dunque le clausole in esame rientrano in una vera e propria categoria, più ampia ed eterogenea, denominata "*force majeure*". Atteso che connaturata all'impossibilità è la doppia anima di vicenda estintiva dell'obbligazione e di limite alla responsabilità, queste ultime clausole possono declinarsi in vario modo e produrre diversi effetti, appunto a seconda che ad assumere il fortuito sia il creditore o il debitore⁽²¹²⁾.

Lo stesso significato di assunzione del fortuito è diverso nell'uno e nell'altro caso. Per il creditore assumere il fortuito può significare obbligarsi a mantenere ferma la propria prestazione anche a fronte della sopravvenuta impossibilità di quella della controparte, oppure, se il fortuito assunto non è in realtà un vero fortuito, rinunciare a ottenere il risarcimento del danno per un determinato inadempimento della controparte. Nel primo caso l'intento delle parti sarà raggiunto pattuendo l'irrisolubilità del contratto per impossibilità sopravvenuta della prestazione, nel secondo caso prevedendo una clausola di esonero da responsabilità. Se e in quale misura simili patti siano validi, si dirà nei prossimi capitoli, posto che, in sostanza, l'effetto dei medesimi è, rispettivamente, quello di escludere un rimedio previsto dalla legge e quello di applicare la disciplina dell'impossibilità a un fatto integrante inadempimento, dunque di restringere l'ambito di quest'ultimo.

Per il debitore, invece, assumere il fortuito significa rispondere per inadempimento anche in presenza di un'impossibilità non imputabile della

Unmöglichkeit) e opposta alla c.d. "impossibilità economica" (*wirtschaftliche Unmöglichkeit*). Così ZIMMERMANN, *The New German Law of Obligations*, cit., p. 45.

⁽²¹²⁾ Illuminante sul punto la riflessione di PERLINGIERI P., *Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'inadempimento*, art. 1230-1259, in *Commentario del codice civile* a cura di Scialoja-Branca, Libro quarto – delle obbligazioni, Bologna-Roma, 1975, 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. *contra* 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 mancanza dell'adempimento e ad un tempo con la possibile nascita di nuovi poteri e doveri giuridicamente rilevanti» (PERLINGIERI, *Op. ult. cit.*, loc. ult. cit.).

prestazione. Questa è la declinazione della clausola di *force majeure* che qui interessa ⁽²¹³⁾.

Sull'ammissibilità di un intervento dell'autonomia privata che giunga sino a tal punto concordano la dottrina e la giurisprudenza prevalenti ⁽²¹⁴⁾. Ciò innanzitutto perché «nel nostro ordinamento giuridico non contravviene ad alcuna ragione di ordine pubblico la pattuizione di obbligarsi alla responsabilità per caso fortuito» ⁽²¹⁵⁾. Neppure ostano norme imperative, sicché il debitore non è legittimato a invocare l'impossibilità della prestazione, pur dovuta a *factum principis*, al fine dell'esonero da responsabilità, ogniqualvolta nel contratto sia stata prevista la possibilità del verificarsi di un evento impeditivo della prestazione e l'obbligato ne abbia assunto volontariamente il rischio ⁽²¹⁶⁾.

Inoltre, nel codice stesso è presente una serie d'ipotesi in cui il debitore assume il fortuito, senza possibilità – a differenza di quanto è previsto in materia di responsabilità *ex recepto* – di prova liberatoria ⁽²¹⁷⁾. La prima riguarda l'affitto

⁽²¹³⁾ Individua espressamente quale tipo autonomo di clausola quella con cui «in previsione che una delle parti non adempia le obbligazioni assunte, si stabilisce che ne debba rispondere anche quando il mancato adempimento sia dipeso da un fatto a lei non imputabile (patto di assunzione del *factum principis* e patto di assunzione del fortuito», CARRESI, *Il contratto*, 1, in *Trattato di diritto civile e commerciale* già diretto da Cicu-Messineo, Milano, 1987, pp. 287-288.

⁽²¹⁴⁾ Ammette tale possibilità *in primis* la teoria classica (per tutti, GIORGI, *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*, II, Firenze, 1885, p. 44 ss.). Nello stesso senso, CARRESI, *Op. ult. cit.*, p. 288; SACCO, *Il contratto*, 2, in *Trattato di diritto civile*, diretto da Sacco, Torino, 1993, p. 653; e 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. MAZZONI A., *Lettere di patronage, mandato di credito e promessa del fatto del terzo*, in *Banca, Borsa, titoli di credito*, 1984, II, pp. 308-309. In giurisprudenza cfr. Cass., 18 febbraio 1961, n. 349, in *Foro italiano*, 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 *Foro italiano* (Massimario), 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 *Foro italiano* (Repertorio), c. 1950, *Obbligazioni e contratti*, n. 559.

⁽²¹⁵⁾ L'affermazione si legge in Cass., 18 febbraio 1961, n. 349, in *Foro italiano*, 1, c. 1153. La sentenza si occupa di un patto con cui «la risoluzione di un contratto di locazione è fatta dipendere dal ritardo del pagamento del canone, indipendentemente da qualsiasi comportamento volontario, colpevole o incolpevole, del conduttore». Simile patto, come osserva DELFINI, *Autonomia privata e rischio contrattuale*, cit., p. 76, nt. 42, in realtà ha lo scopo di consentire alla parte di risolvere il contratto – e correlativamente di domandare il risarcimento – anche in presenza di una mera impossibilità temporanea, in deroga all'art. 1256, comma secondo, c.c., che prevede l'esclusione della responsabilità del debitore per ritardo nell'adempimento quando l'impossibilità è solo temporanea. La stessa Cassazione osserva che «a ben vedere, la clausola si risolve nella apposizione di una condizione risolutiva propria, cioè di un avvenimento futuro e incerto da cui le parti fanno derivare l'estinzione del rapporto giuridico, cosicché non è da meravigliarsi che, a differenza della clausola risolutiva espressa, si debba prescindere dall'accertarsi se una delle parti abbia o no determinato, con sua condotta colposa, l'evento».

⁽²¹⁶⁾ Così Cass., 9 novembre 1960, n. 2979, in *Foro italiano* (Massimario), 1960, c. 669.

⁽²¹⁷⁾ La responsabilità *ex recepto*, come si è sottolineato nel paragrafo 4, rappresenta un'ipotesi di responsabilità aggravata del debitore, ma non fino al punto di trasformarsi in una garanzia del fortuito. Come si evince dalle norme che disciplinano tale figura, tra cui l'art. 1839 c.c. in tema di responsabilità della banca per il servizio delle cassette di sicurezza, qui è infatti

di fondo rustico: gli artt. 1637 e 1648 c.c. prevedono la possibilità che l'affittuario, anche ove rivesta la qualità di coltivatore diretto, si accoli i fortuiti ordinari. Per tale accollo è però previsto un limite: sono nulli i patti che pongono a carico dell'affittuario «i casi fortuiti straordinari»⁽²¹⁸⁾. Detto limite ricorre solo in questa ipotesi e, collocandosi all'interno di una disciplina speciale che sancisce un'eccezionale restrizione dell'autonomia privata, non pare suscettibile d'interpretazione estensiva né di applicazione analogica.

La seconda ipotesi di assunzione del fortuito prevista dal codice è quella dell'art. 1806 c.c., il quale stabilisce che, quando il bene è stato stimato al tempo del contratto, il rischio del fortuito grava sul comodatario anche nel caso in cui sia dipeso da causa a lui non imputabile. Si ritiene che la norma appena citata detti una presunzione *juris tantum* per cui ogniquale volta è stata effettuata la stima del bene vige un implicito patto di accollo del rischio in capo al comodatario⁽²¹⁹⁾. La prova contraria consisterebbe nel dimostrare la diversa finalità che le parti si riproponevano con la stima della cosa, ad esempio quella di stabilire una base di calcolo per i danni derivanti dall'eventuale perimento del bene⁽²²⁰⁾.

L'ammissibilità del patto di assunzione del fortuito appare in sé divisibile, salve le riserve di cui si è già detto a proposito delle clausole di risultato che riguardino prestazioni come quella medica. Quel che non convince è la riconduzione del patto alle clausole che aggravano la responsabilità del debitore, a meno d'intendere quest'ultimo termine in senso atecnico. L'impossibilità non imputabile appare, infatti, ontologicamente incompatibile con il concetto di responsabilità⁽²²¹⁾. Come si evince dall'art. 1218 c.c., l'uno esclude l'altro. Se il raggiungimento dell'esito promesso dipende – in tutto, come nel patto qui in

sempre consentita la prova liberatoria del caso fortuito. Sul punto si veda più ampiamente PLAIA, *Ambito operativo dell'art. 1229 c.c. e responsabilità ex recepto*, in *Obbligazioni e contratti*, 2012, 12, p. 838 ss.

⁽²¹⁸⁾ Il limite si fa comunemente risalire al diritto intermedio. Così PETRONIO, voce «Responsabilità contrattuale (diritto intermedio)», in *Enciclopedia del diritto*, XXXIX, Milano, 1988, p. 1060 ss. Sul punto cfr. anche CORRIAS, *Garanzia pura e contratti di rischio*, Milano, 2006, p. 291. Sulla responsabilità del comodatario a titolo gratuito si veda MENGONI, *Brevi note in tema di responsabilità del comodatario*, in *Temì*, 1948, p. 530 ss.

⁽²¹⁹⁾ Così LUMINOSO, voce «Comodato (dir. civ.)», in *Enciclopedia giuridica Treccani*, VII, Roma, 1988, p. 5.

⁽²²⁰⁾ Cfr. FRAGALI, *Del comodato (Artt. 1754-1812)*, in *Commentario del codice civile* a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1966, p. 301; e TAMBURRINO, voce «Comodato», in *Enciclopedia del diritto*, VII, Milano, 1960, p. 1003.

⁽²²¹⁾ Autorevole dottrina ha osservato che il discrimen tra garanzia e responsabilità risiede nel fatto che la prima comporta il trasferimento a carico del debitore di un rischio la cui sopportazione dovrebbe essere a carico del creditore, in base alle regole generali; la seconda impone una sanzione a chi contravvenga un obbligo di legge. Così BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, II, cit., p. 28 ss.; SCALFI, *La promessa del fatto altrui*, Milano-Varese, 1955, p. 41 ss.; e CARNELUTTI, *Diritto e processo nella teoria generale delle obbligazioni*, in *Studi di diritto processuale in onore di Chiovenda*, Padova, 1927, pp. 334-335. La responsabilità è prevista da una «norma di secondo grado, il cui presupposto è dato dalla violazione di una norma primaria, cioè di un precedente dovere giuridico al contrario», mentre la garanzia è «essa stessa una norma primaria, o meglio un particolare comando della norma primaria collegata alla fattispecie contrattuale». La citazione è tratta da MENGONI, *Profili di una revisione della teoria sulla garanzia per vizi nella vendita*, in *Rivista di diritto commerciale*, I, 1953, p. 17. Analoga osservazione si legge già in GORLA, *La compravendita e la permuta*, ivi, VII, 1, Torino, 1937, p. 88 ss. Nella stessa direzione cfr. inoltre RUBINO, *L'appalto*, in *Trattato di diritto civile italiano* diretto da Vassalli, Torino, 1980, p. 476.

esame, o solo in parte, come nelle clausole di risultato – da fattori non governabili dal debitore, non si può parlare in senso tecnico né di obbligazione né di responsabilità, perché manca l'imputabilità⁽²²²⁾.

Una conferma dell'assunto si trova già nel codice: come si è visto, esso conosce nell'ambito dei contratti speciali alcune ipotesi di aggravamento della responsabilità debitoria, ma in tali ipotesi è sempre consentita una prova liberatoria. L'aggravamento consiste nella maggior difficoltà di detta prova, non nella sua esclusione. Per altro verso, nei casi in cui il codice consente di escludere la prova liberatoria – cioè quelli, poc'anzi citati, dell'affitto di fondi rustici e del comodato con preventiva stima del bene – non utilizza né il concetto di responsabilità, né quello di obbligazione, ma fa semplicemente riferimento ad un accollo del fortuito.

A supporto della tesi si possono richiamare alcune pronunce le quali affermano, in maniera quasi tralatizia, che è connotato essenziale della clausola penale la sua connessione con l'inadempimento colpevole di una delle parti, dunque non può definirsi penale la clausola con cui si predetermina l'ammontare del risarcimento per il caso di un evento non imputabile all'obbligato⁽²²³⁾. Particolarmente significativo all'uopo è un caso in cui la Cassazione ha prospettato la qualifica del patto in termini di condizione atipica e la dottrina ha corretto tale lettura optando per una clausola di assunzione del rischio⁽²²⁴⁾.

⁽²²²⁾ Nel senso che non sia concepibile dedurre in obbligazione un risultato totalmente estraneo alla sfera di controllo del debitore, PIRAINO, *Adempimento e responsabilità contrattuale*, cit., p. 481.

⁽²²³⁾ Così innanzitutto Cass., 10 maggio 2012, n. 7180, in *Notariato*, 2012, 4, p. 367 ss., la quale afferma che «la pattuizione di una clausola penale non sottrae il rapporto alla disciplina generale delle obbligazioni, per cui deve escludersi la responsabilità del debitore quando costui prova che l'inadempimento o il ritardo nell'adempimento dell'obbligazione, sia determinato dall'impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile, essendo connotato essenziale di tale clausola la sua connessione con l'inadempimento colpevole di una delle parti e non potendo, pertanto, essa configurarsi allorché sia collegata all'avverarsi di un fatto fortuito o, comunque, non imputabile alla parte obbligata». La medesima affermazione si legge in App. Palermo, 6 novembre 2013; e in Trib. Nocera Inferiore, 10 giugno 2013, entrambi reperibili nella loro versione integrale sulla banca dati *Leggi d'Italia* online. Riportano solo la prima parte del periodo, omettendo invece quella relativa all'essenzialità della connessione tra penale e inadempimento, Cass., 20 dicembre 2012, n. 23621, il cui testo integrale è reperibile nella banca dati *Leggi d'Italia* online; App. Catania, 11 ottobre 2007, *ivi*; Cass., 30 gennaio 1995, n. 1097, in *Giurisprudenza italiana*, 1996, I, 1, p. 403 ss.; Cass., 17 dicembre 1976, n. 4664, *ivi* (Massimario), p. 1976 ss. Concorda con la tesi parte della dottrina: BIANCA C.M., *Diritto civile*, V, cit., p. 229, nt. 31 e 32; GALGANO, *Della clausola penale e della caparra*, in *Commentario del codice civile* a cura di Scialoja-Branca, *Degli effetti del contratto*, sub artt. 1382-1384 c.c., Bologna-Roma, 1993, p. 164; MARINI, *La clausola penale*, Napoli, 1984, pp. 117-118; e MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, in *Commentario del codice civile* diretto da Gabrielli, Torino, 1980, p. 336. Diversamente, TRIMARCHI V.M., *La clausola penale*, Milano, 1954, pp. 38-39, ritiene che oggetto della penale possa essere anche un inadempimento non imputabile, soprattutto se la clausola è pattuita per il ritardo. Per un contributo recente sulla clausola penale cfr. PATTI F.P., *La determinazione convenzionale del danno, Clausole tipizzate e prassi del mercato. Autonomia privata e intervento del giudice*, Napoli, 2015.

⁽²²⁴⁾ La sentenza è Cass., 2 agosto 1984, n. 4603, in *Foro italiano* (Massimario), 1984. Il caso di specie riguarda un contratto d'appalto in cui figurava che «la ditta appaltatrice avrebbe potuto riscuotere immediatamente, anziché quarantacinque giorni dopo la consegna dell'opera [come stabilito dal contratto], il prezzo concernente la parte dei lavori eseguiti ed il costo dei materiali a piè d'opera, qualora i lavori stessi avessero subito un ritardo superiore a trenta giorni per causa non imputabile all'appaltatrice o per causa di forza maggiore». La dottrina cui si fa riferimento è

Da tale affermazione si potrebbe inferire, appunto, l'incompatibilità ontologica tra responsabilità e impossibilità cui si accennava. La forza dell'argomento è però minata dal fatto che quanto sopra esposto viene presentato dalle pronunce citate come un principio generale, ma in concreto entra nella *ratio decidendi* solo per escludere che una parte possa invocare una clausola penale a fronte di un'impossibilità non imputabile, mai per sancire l'invalidità di una penale pattuita espressamente per tale eventualità.

E comunque, dall'eventuale invalidità della clausola con cui il debitore si obbliga a corrispondere una determinata somma in caso di sopravvenuta impossibilità non sarebbe consentito inferire automaticamente anche l'invalidità della clausola con cui la parte si obbliga a corrispondere non una somma predeterminata, ma una somma la cui liquidazione avverrà in sede giudiziale.

Le due ipotesi non sono perfettamente coincidenti: una penale espressamente prevista per il caso d'impossibilità consentirebbe al creditore di ottenere una somma di entità eventualmente pari o superiore a quella di un risarcimento indipendentemente dalla responsabilità del debitore e dalla prova di un danno effettivo; una clausola che si limita a prevedere un obbligo "risarcitorio", consente al giudice di quantificare la somma eventualmente dovuta dal debitore alla stregua di un indennizzo, anziché di un risarcimento, e subordina pur sempre la condanna alla prova di un danno effettivo. Le ragioni che potrebbero indurre a ritenere invalida la prima clausola non ricorrono dunque nella seconda.

Il cuore del problema risiede proprio nel *quantum*, come dimostra la riflessione di un'altra pronuncia, questa volta di merito ⁽²²⁵⁾. Nel caso di specie una parte aveva promesso di procurare all'altra la sostituzione di un terzo nelle garanzie che quest'ultima aveva prestato a favore dei suoi creditori, pena la corresponsione di una determinata somma di denaro, qualificata come penale. La corte di legittimità ha ravvisato nella predetta pattuizione una promessa del fatto del terzo, accompagnata da una clausola di liquidazione anticipata dell'indennizzo dovuto.

Secondo la Corte, la responsabilità del debitore finisce nel momento in cui ha fatto tutto il possibile ma il terzo non ha comunque compiuto quanto promesso. In tale momento sul debitore non graverà più l'obbligo risarcitorio ma quello d'indennizzo. I due obblighi sono diversi, in quanto il primo ha funzione riparatoria del danno, il secondo mira a ristorare il sacrificio dell'interesse altrui. Dunque la liquidazione preventiva non può qualificarsi come penale, ma deve essere ritenuta una pattuizione atipica volta a predeterminare l'ammontare dell'indennizzo contemplato dall'art. 1381 c.c. ⁽²²⁶⁾. Per semplicità si potrebbe

DE NOVA, voce «Clausola penale», in *Digesto delle discipline privatistiche*, 4a ed., Torino, 1988, p. 302.

⁽²²⁵⁾ Trib. Bologna, 13 febbraio 2012, il cui testo integrale è reperibile sulla banca dati *Leggi d'Italia* online.

⁽²²⁶⁾ Così *Ibidem*. Il Tribunale ribadisce che, secondo l'orientamento consolidato della giurisprudenza, la promessa del fatto del terzo è una fattispecie complessa nella quale coesistono, da un lato, un obbligo di *facere* – consistente nell'adoperarsi con diligenza per ottenere la prestazione promessa – il cui inadempimento può essere fatto valere con i rimedi ordinari; dall'altro, un obbligo di *dare* – consistente nel corrispondere l'indennizzo – che deve essere adempiuto ogniqualvolta il terzo rifiuti di compiere la prestazione o di obbligarsi. La prima parte della fattispecie rimane nell'ambito delle obbligazioni, mentre la seconda è riconducibile alla categoria della garanzia.

attribuire alla predetta pattuizione il nome di “clausola penale indennitaria” o “clausola di liquidazione anticipata dell’indennizzo”.

Quanto appena esposto offre lo spunto per una serie di considerazioni. Dalla pronuncia emerge che la promessa del fatto del terzo può qualificarsi come una specie di clausola di assunzione del rischio⁽²²⁷⁾. Se così è, si può stabilire un’equivalenza tra assunzione del rischio e indennizzo, anziché tra assunzione del rischio e risarcimento. La differenza tra indennizzo e risarcimento non è priva di rilievo pratico, ma incide sul *quantum*: in sintesi, l’indennizzo deve necessariamente essere parametrato al solo equivalente monetario del valore della prestazione, laddove, invece, il risarcimento non incontra tale limite⁽²²⁸⁾.

Allora perché non qualificare la clausola di assunzione del fortuito come una promessa del fatto del terzo? In fondo nulla vieta d’intendere il concetto di terzo come qualunque entità, umana o naturale, diversa dalle parti. Nel contemplare la promessa di un «fatto» l’art. 1383 c.c. sembra aprire la strada a questa interpretazione. In quest’ottica, la promessa del fatto altrui equivale alla garanzia che nessuna entità estranea alla sfera di controllo del debitore pregiudicherà il diritto del creditore di ottenere l’equivalente della prestazione.

La qualificazione appare giustificata anche sul piano degli effetti: la clausola di assunzione del fortuito, al pari della promessa del fatto del terzo, fa sorgere in capo al debitore sia un’obbligazione di *facere*, cioè di agire per minimizzare il rischio del fortuito, sia una garanzia⁽²²⁹⁾. Il debitore risponderà per

⁽²²⁷⁾ Sulla qualifica della promessa del fatto del terzo come garanzia cfr. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 550; GIORGIANNI, *L’inadempimento. Corso di diritto civile*, 3^a ed., Milano, 1975, p. 274; CHERUBINI, *La promessa del fatto del terzo*, Milano, 1983, p. 44; MASTROPAOLO, *Promessa del fatto altrui, garanzie personali e sindacato di voto*, in *Il contratto, Silloge in onore di G. Oppo*, I, Padova, 1992, p. 747; e BRIGANTI, *La fideiussione e la promessa del fatto del terzo*, Napoli, 1981, *passim*. Attribuivano alla promessa la natura di mera obbligazione di *facere*, in epoca più risalente, PACCHIONI, *La promessa del fatto di un terzo*, in *Rivista di diritto commerciale*, 1911, II, p. 549; e ALLARA, *Natura giuridica dell’obbligazione del fatto altrui*, *ivi*, 1929, I, p. 416.

⁽²²⁸⁾ Così MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, III, Milano, 1954, p. 512 ss. (tesi ripresa in seguito nell’edizione del 1959), per cui l’indennizzo, nella misura in cui opera al di fuori di un danno antiggiuridico, si calcola in rapporto al valore del bene colpito e, in ogni caso, è inferiore all’ammontare del risarcimento. Sostiene, poi, SCOGNAMIGLIO, voce «*Indennità*», in *Novissimo Digesto italiano*, VIII, Torino, 1962, p. 594 ss., che le ipotesi di indennità previste dalla legge non costituiscono la reazione dell’ordinamento a un danno da risarcire, bensì la risposta alla modifica della sfera giuridica di un soggetto a vantaggio dell’altro. In quest’ottica, l’indennizzo garantisce un equo corrispettivo al soggetto che ha subito una restrizione della sua sfera giuridica. Sul tema si vedano, inoltre, FRANZONI, *Il contratto e i terzi*, in *I contratti in generale*, II, a cura di Gabrielli, Torino, 1999, p. 1062; PONZANELLI, *Indennizzo è e indennizzo deve rimanere: l’ipotesi dell’art. 1381 c.c.*, in *Foro italiano*, 1992, I, c. 1248; ONOFRI, *Indennizzo da promessa del fatto del terzo*, in *Corriere giuridico*, 1992, p. 563; CHERUBINI, *Indennità e risarcimento nella promessa del fatto del terzo*, in *Danno e responsabilità*, 2003, p. 731. Sottolinea che l’art. 1381 c.c. rappresenta una limitazione di responsabilità, in quanto riduce ad un indennizzo il danno che possa liquidarsi nel caso in cui il terzo non accetti di obbligarsi o non compia quanto promesso, SICCHIERO, *La clausola contrattuale*, Padova, 2003, p. 213.

⁽²²⁹⁾ Parla di «garanzia pura» CORRIAS, *Op. ult. cit.*, *passim*. Sul tema vedi anche ROCCHIO, *La promessa con funzione di garanzia*, Napoli, 2009, *passim*; TUCCI, *Garanzia*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, sezione civile, VIII, Torino, 1992, pp. 586 ss. Per un esempio di garanzia pura si vedano gli artt. 1667 e 1668 c.c. in tema di appalto. In questa fattispecie – osserva PIRAINO, *Corsi e ricorsi delle obbligazioni "di risultato" e delle obbligazioni "di mezzi": la distinzione e la dogmatica della sua irrilevanza*, nota a Cass., 28 febbraio 2014, n. 4876, in *Contratti*, 2014, 10, p. 888 ss. – qualità e requisiti del bene e del servizio dipendono dal comportamento del debitore, ma

inadempimento – e quindi sarà tenuto a risarcire il danno – se non si è adoperato per rendere la prestazione possibile; sarà invece tenuto a indennizzare il creditore se la mancata realizzazione di quanto promesso è dipesa da cause a lui non imputabili, siano esse umane o naturali.

In altre parole, se ricorrerà un'impossibilità imputabile, il creditore potrà domandare il risarcimento dei danni (o esperire gli altri rimedi previsti dall'art. 1453 c.c.), se invece ricorrerà un'impossibilità non imputabile, il creditore dovrà accontentarsi dell'indennizzo – il cui ammontare, peraltro, come si è visto poc'anzi, può essere predeterminato dalle parti medesime con una “clausola penale indennitaria”.

Appurata l'ammissibilità dei patti di assunzione del fortuito, è opportuno spendere qualche parola sui profili redazionali che li riguardano. Innanzitutto si presenta alle parti la scelta se pattuire l'accollo del rischio di eventi specifici elencati nel contratto, oppure l'accollo di qualsiasi fortuito, limitandosi a garantire il risultato finale cui mira la prestazione.

Il primo modello di clausola – forse il più ricorrente nella pratica – solleva maggiori problemi, in quanto impone di prestare attenzione al tipo di evento di cui il debitore si è assunto il rischio e alla descrizione che ne viene eventualmente fornita nella clausola. Non è per nulla scontato, infatti, che l'evento sia sempre per sua natura estraneo alla sfera di controllo del debitore. Solo se lo è, il patto di assunzione comporta davvero la previsione di una garanzia.

Diverso invece è il caso in cui la natura dell'evento non sia di per sé indicativa della sua imputabilità al debitore. Si pensi a una clausola con cui l'obligato si assume la responsabilità del perimento della cosa a causa di incendio: l'incendio può essersi innescato tanto per colpa del debitore quanto per colpa della natura o di un terzo; e, anche in quest'ultimo caso, la colpa del debitore può sussistere se non ha posto in essere le misure idonee per custodire la cosa. A fronte di una simile clausola non si capisce se la parte si è assunta il rischio di qualsiasi incendio, imputabile o meno, oppure del solo incendio dipeso da caso fortuito.

L'interpretazione più plausibile – ma suscettibile di essere smentita dalla comune intenzione delle parti – è la prima, giacché la seconda renderebbe inutile la clausola. Se le parti avessero voluto riferirsi al solo incendio non imputabile, non avrebbero avuto bisogno di prevederlo in un'apposita clausola, in quanto provvede l'art. 1218 c.c. dispone già in tal senso. L'onere di provare la non imputabilità grava sempre sul debitore, il quale avrà interesse a sollevare tale eccezione per essere condannato alla mera corresponsione dell'indennizzo a fronte della pretesa risarcitoria della controparte.

Più cristallina è invece l'altra formulazione prospettata, in cui una parte si limita a garantire la prestazione, senza specificare alcun rischio. Una volta scelta questa modalità occorre, però, per massimizzare l'efficacia della clausola, adottare alcuni accorgimenti. Fondamentale è in primo luogo prevedere espressamente un obbligo d'indennizzo, onde evitare che la qualifica in termini di garanzia venga

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.

reputata un mero *nomen juris* attribuito dalle parti, una facciata dietro la quale si nasconde in realtà un obbligo risarcitorio. Pare poi opportuno prevedere una clausola penale indennitaria, con l'avvertenza che, qualora l'ammontare pattuito sia eccessivo, si porrà il problema della sua riducibilità in sede giudiziale. Per scongiurare questo rischio sarà importante specificare a che cosa si è parametrato il valore dell'indennizzo, nonché, in un'ottica diversa, stabilire i modi e i tempi della corresponsione. Ulteriore accorgimento è quello di accompagnare il patto a una clausola sull'interesse del creditore, onde delimitare in modo inequivoco, sotto il profilo qualitativo, quantitativo e temporale, l'oggetto della garanzia, cioè il risultato garantito ⁽²³⁰⁾.

11. Il limite dell'impossibilità ripensato in chiave evolutiva: l'inesigibilità, l'eccessiva sproporzione e la mancanza di causa concreta.

In linea di principio – si è detto – il fatto che l'impossibilità costituisca un limite alla responsabilità non impedisce a una parte di accollarsi il relativo rischio, garantendo la prestazione e obbligandosi a corrispondere un indennizzo nel caso in cui questa si verifichi. Questa conclusione però dev'essere rimeditata alla luce di alcune tendenze evolutive manifestate, soprattutto nell'ultimo decennio, dalla giurisprudenza italiana e dai legislatori di altri paesi europei, le quali inducono a un ripensamento della categoria dell'impossibilità ⁽²³¹⁾.

Al tradizionale concetto granitico dell'impossibilità oggettiva e assoluta – il quale peraltro incontra ancora il favore di parte della dottrina ⁽²³²⁾ – ha cominciato ad affiancarsene uno più attenuato e, per certi versi, più sfumato nei contorni.

⁽²³⁰⁾ Volendo tradurre in pratica i predetti suggerimenti, la clausola potrebbe essere formulata nel modo seguente: “Tizio garantisce l'adempimento dell'obbligazione di cui all'art. ... del presente contratto, obbligandosi in caso di mancato raggiungimento del risultato pattuito, come sopra descritto, a corrispondere a Caio un indennizzo pari a Euro ...”. Danno atto le parti che l'ammontare di tale indennizzo è stato calcolato sulla base del valore della prestazione al momento della stipula del contratto. Le parti si obbligano a deferire a un terzo imparziale, scelto di comune accordo dalle medesime, la stima del valore della prestazione al momento in cui si verifica l'impossibilità, affinché provveda all'aggiornamento dell'importo dovuto a titolo d'indennizzo. Il predetto indennizzo dovrà essere corrisposto nei seguenti tempi e modi [...]”.

⁽²³¹⁾ Quanto alla giurisprudenza cfr. le note seguenti. Quanto agli spunti provenienti da altri paesi europei, si fa riferimento in particolare alla riforma dello *Schuldrecht* del 2001. Con essa 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. FERRANTE, *L'impossibilità della prestazione: alcune variazioni sul tema della concordanza fra BGB e codice civile italiano*, 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. *Ibidem*, pp. 750-755. La proposta di un ripensamento della categoria dell'impossibilità si legge già in FERRANTE, *Causa concreta ed impossibilità della prestazione nei contratti di scambio*, in *Contratto e impresa*, 2009, 1, p. 156 ss.

⁽²³²⁾ Così COTTINO, *L'impossibilità sopravvenuta della prestazione e la responsabilità del debitore: problemi generali*, cit., p. 145 ss.

Così, complice l'espansione applicativa della buona fede, è (ri)emersa, accanto all'impossibilità in senso tecnico, una pluralità di concetti, talvolta accomunati dall'etichetta di "inesigibilità" ⁽²³³⁾, talaltra singolarmente declinati nell'eccessiva sproporzione tra il valore della prestazione e lo sforzo richiesto ⁽²³⁴⁾, oppure, sotto le spoglie della mancanza della causa in concreto, nell'impossibilità di fruire della prestazione ⁽²³⁵⁾.

⁽²³³⁾ Parlano d'inesigibilità Corte Cost., 1 aprile 1992, n. 149, in *Foro italiano*, 1992, I, c. 1329; e in *Giurisprudenza costituzionale*, 1992, p. 1204; e in *Giurisprudenza italiana*, 1992, I, p. 1602; Corte Cost., 3 febbraio 1994, n. 19, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1994, p. 136 ss.; Cass., Sez. Un., 13 settembre 2005, n. 18128, in *Foro italiano*, 2006, I, p. 106 ss., con nota di PALMIERI, *Supervisione sistematica delle clausole penali: riequilibrio (coatto ed unidirezionale) a scapito dell'efficienza?*; p. 432 ss., con nota di BITETTO, *Riduzione ex officio della penale: equità a tutti i costi?*; in *Corriere giuridico*, 2005, p. 1534 ss., con nota di DI MAJO, *La riduzione della penale ex officio*; in *Europa e diritto privato*, 2006, p. 353 ss., con nota di SPOTO, *La clausola penale eccessiva tra riducibilità di ufficio ed eccezione di usura*; in *Rivista di diritto privato*, 2006, p. 683 ss., con nota di CICALA, *La riducibilità d'ufficio della penale*; in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2006, I, p. 364 ss., con commento di PERFETTI, *Riducibilità d'ufficio della clausola penale ed interesse oggettivo dell'ordinamento: un rapporto da chiarire*, *ivi*, II, p. 1871 ss.; in *Danno e responsabilità*, 2006, p. 411 ss., con nota di MEDICI, *Controllo sulla penale «manifestamente eccessiva» ed equilibrio degli scambi contrattuali* e di RICCIO, *Il generale intervento correttivo del giudice sugli atti di autonomia privata*; in *Responsabilità civile e previdenza*, 2006, p. 61 ss., con nota di SCHIAVONE, *Funzione della clausola penale e potere di riduzione da parte del giudice*; nonché in *Obbligazioni e contratti*, 2006, p. 415 ss., con nota di PESCATORE, *Riduzione d'ufficio della penale e ordine pubblico economico*; Cass., 24 luglio 2007, n. 16315, in *Contratti*, 2008, p. 241; in *Foro italiano*, 2009, p. 214; in *Giurisprudenza italiana*, 2008, p. 857 ss.; in *Giustizia civile*, 2008, p. 699; e in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2008, p. 531 ss., con nota di NARDI; e più recentemente Cass., 6 dicembre 2012, n. 21994, in *Foro italiano*, 2013, I, c. 1205 ss., con osservazioni di PALMIERI, *Art. 1384 c.c. e sopravvenienze: ulteriore arretramento della funzione sanzionatoria della clausola penale*.

⁽²³⁴⁾ Così il citato paragrafo 272, comma 2, del BGB. Nella dottrina italiana, già prima dell'entrata in vigore dell'attuale codice, BARASSI, *Se e quando lo sciopero sia forza maggiore a' sensi dell'art. 1226 cod. civ.*, Addizione in BAUDRY-LACANTINERIE e WAHL, *Del contratto di locazione*, II, 2, in BAUDRY-LACANTINERIE (cur.), *Trattato teorico-pratico di Diritto Civile*, 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. 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, 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 SICCHIERO, *Dell'adempimento (artt. 1176-1179)*, cit., p. 83 ss.

⁽²³⁵⁾ 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 BARBIERA, *Risoluzione per impossibilità sopravvenuta e causa concreta del contratto a confronto*; in *Corriere giuridico*, 2008, p. 921, con nota di 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, FERRANTE, *Causa concreta ed impossibilità della prestazione nei contratti di scambio*, in *Contratto e impresa*, 2009, I, p. 156 ss.

La complessità del quadro così sinteticamente delineato arricchisce la disamina sulle clausole di assunzione del fortuito di nuove questioni: se i concetti succitati siano altro dall'impossibilità o rientrino in tale categoria; se la garanzia del fortuito comprenda implicitamente anche tali impedimenti; in caso negativo, se possa espressamente includerli; e quale sia la loro portata, cioè quando possano dirsi liberatori – o diano diritto all'indennizzo pattuito – e quando costituiscano invece inadempimento.

L'idea che esista un limite non scritto, distinto dall'impossibilità non superabile con le forze umane, al dovere di prestazione è tutt'altro che nuova. A titolo di esempio si soleva citare il caso del comodatario che trascura le cose affidategli in custodia per salvare la propria persona o quella dei propri cari e il caso del conduttore che non rilascia l'immobile perché, gravemente infermo, uscire di casa potrebbe rivelarsi fatale ⁽²³⁶⁾. Per fare un esempio in cui vengono in gioco interessi di natura patrimoniale, si può citare il caso del corriere che, bloccato da una nevicata, non può consegnare il pacco se non noleggiando uno spazzaneve, oppure del medico libero professionista che non può curare il paziente nel modo più efficace se non acquistando un macchinario costosissimo e non ancora in commercio al tempo del contratto ⁽²³⁷⁾.

Già sotto il codice previgente si erano sviluppate in dottrina varie correnti di pensiero – poi riprese in epoca più recente –, ciascuna delle quali rispondeva in modo diverso ai quesiti circa il fondamento di detto limite e la sua ampiezza. Un'accurata ricostruzione delle medesime richiederebbe un volume *ad hoc* e dunque ci si limiterà qui a richiamarle nelle loro linee essenziali, cercando piuttosto di offrirne una visione di sintesi.

Quanto al fondamento del limite in questione, esso è stato ravvisato dalla dottrina, vuoi nello stato di necessità previsto all'art. 2045 c.c., ritenuto applicabile anche alla responsabilità contrattuale ⁽²³⁸⁾; vuoi nella diligenza,

⁽²³⁶⁾ Gli esempi sono riferiti da COVIELLO N., *Del caso fortuito in rapporto alla estinzione delle obbligazioni*, Lanciano, 1895, p. 95 ss. Con riguardo al caso dell'inquilino cfr. anche 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 LEHMANN, *Über die civilrechtlichen Wirkungen des Nothstandes*, in *Jherings Jahrbücher*, 13, 1874, p. 244 ss.).

⁽²³⁷⁾ Il primo esempio è stato di recente proposto da SICCHIERO, *Op. ult. cit.*, p. 85. Il secondo esempio, anch'esso ripreso dall'Autore (*Ibidem*, p. 89), risale a COTTINO, *L'impossibilità sopravvenuta della prestazione e la responsabilità del debitore: problemi generali*, cit., il quale conclude che il medico si libererà da responsabilità solo provando di non essersi potuto procurare il macchinario (ma, a ben guardare, i costi proibitivi del medesimo potrebbero essere prova sufficiente), oppure di non aver potuto altrimenti ovviare alla sua mancanza.

⁽²³⁸⁾ Secondo questa visione, l'art. 2045 c.c. sarebbe espressione di un principio generale per cui la violazione di un diritto è legittimata quando è finalizzata a evitare una lesione di entità maggiore ad un diritto fondamentale della persona. L'elaborazione in parola risale a COVIELLO N., *Op. ult. cit.*, spec. pp. 94-95. In quest'ottica, il debitore sarebbe liberato – salvo l'obbligo di corrispondere un equo indennizzo – ogniqualvolta la mancata esecuzione della prestazione sia stata imposta dall'esigenza di evitare la lesione di un diritto fondamentale della persona e dunque di astenersi da una condotta contraria ai principi generali dell'ordinamento (*Ibidem*). Per una ricostruzione più completa del pensiero dell'Autore si veda ID., *La responsabilità senza colpa*, in *Rivista italiana di scienze giuridiche*, XXIII, 1897, *passim*, spec. p. 197 e p. 209, il quale individua l'essenza dell'obbligazione nella necessità di evitare o riparare alla lesione di un diritto

colorata da buona fede ed equità⁽²³⁹⁾; vuoi nello stesso concetto d'impossibilità⁽²⁴⁰⁾; vuoi nella buona fede⁽²⁴¹⁾; vuoi, ancora, direttamente nel principio

patrimoniale altrui. Proprio dall'intrinseca "relazionalità" dell'obbligazione deriva l'esigenza che, ogniqualvolta la lesione del diritto altrui sia indispensabile e strumentale alla tutela di un proprio diritto prevalente, il pregiudizio da essa cagionato sia mitigato dal riconoscimento di un indennizzo. La sussunzione nella categoria dello stato di necessità delle fattispecie in cui, da un lato, si rende necessario, da un lato, assicurare la prevalenza d'interessi non patrimoniali, dall'altro, evitare il sacrificio totale dell'interesse del creditore che si avrebbe applicando la disciplina dell'impossibilità sopravvenuta, risale ancora una volta al pensiero tedesco e, in particolare, a VON TUHR, *Der Nothstand im Civilrecht*, Heidelberg, 1888, *passim*, spec. p. 25.

⁽²³⁹⁾ In questo quadro viene meno il riferimento ai diritti fondamentali della persona e il debitore può liberarsi ogniqualvolta lo sforzo richiestogli diventi sproporzionato rispetto alla diligenza, all'equità e alla buona fede. Così BARASSI, *Se e quando lo sciopero sia forza maggiore a' sensi dell'art. 1226 cod. civ.*, Addizione in Baudry-Lacantinerie e Wahl, *Del contratto di locazione*, II, 2, in BAUDRY-LACANTINERIE (cur.), *Trattato teorico-pratico di Diritto Civile*, Milano, 1905, *passim*. L'assunto si basava sull'interpretazione sistematica degli artt. 1224-1226 del codice previgente. Dal combinato disposto delle predette norme si ricava che il debitore era liberato da responsabilità solo se l'inadempimento era dipeso da una causa estranea al medesimo e a lui non imputabile, e se si era verificato un impedimento derivato da caso fortuito o forza maggiore. La formulazione poco felice della norma è stata ripudiata dal codice attuale, ma questo non è stato sufficiente a spegnere il dibattito sul rapporto tra il concetto di causa non imputabile, da un lato, e i concetti di caso fortuito e forza maggiore, dall'altro. La risposta prevalente della civilistica è stata nel senso della tendenziale coincidenza. Così innanzitutto CANDIAN, *Caso fortuito e forza maggiore (dir. civ.)*, in *Novissimo digesto italiano*, II, Torino, 1958, p. 988 ss.; COTTINO, voce «Caso fortuito e forza maggiore (diritto civile)», in *Enciclopedia del diritto*, VI, Milano, 1960, p. 384. Più recentemente, VISINTINI, *Inadempimento e mora del debitore*, sub artt. 1218-1222, in *Il Codice civile. Commentario*, diretto da Schlesinger, 2° ed., Milano, 2006, p. 95; e PERLINGIERI P., *Dei modi di estinzione dell'obbligazione diversi dall'adempimento*, sub artt. 1230-1259, in *Commentario del codice civile* a cura di Scialoja-Branca, Bologna-Roma, 1975, p. 462 ss. Pur non condividendo la lettura soggettivistica della responsabilità, riconduce il fondamento dell'inesigibilità alla diligenza SICCHIERO, *Dell'adempimento (artt. 1176-1179)*, cit., p. 83 ss.

⁽²⁴⁰⁾ Chi invece propendeva per una visione oggettiva – oggi prevalente – della responsabilità, non individuava per il dovere di prestare alcun limite ulteriore rispetto all'impossibilità, ma sosteneva una lettura più mite di quest'ultima categoria. Si ha impossibilità assoluta anche quando sopravviene un impedimento che non è invincibile, ma implica pur sempre, per essere superato, una condotta illecita o un pregiudizio all'integrità fisica o alla personalità del debitore. Nel senso che all'inadempimento non superabile dalle forze umane debba equipararsi anche l'inadempimento non superabile senza il sacrificio «dell'integrità personale o di altro diritto della personalità» cfr. ASCOLI, *La guerra come causa di forza maggiore*, in *Rivista di diritto civile*, 1916, p. 243, il quale fa riferimento a OSTI, *L'impossibilità sopravvenuta della prestazione obbligatoria*, Imola, 1914, p. 9 ss. (la tesi verrà poi ripresa successivamente: OSTI, voce «impossibilità sopravvenuta», in *Novissimo Digesto italiano*, VIII, Torino, 1962, p. 287 ss.). Concorda con questa lettura, in particolare, GIOVENE, *Sull'impossibilità della prestazione*, in *Rivista di diritto commerciale*, 1918, I, p. 675 ss. Un'impostazione parzialmente diversa è invece adottata da un altro illustre Autore, il quale ravvisa il fondamento generale della responsabilità nella colpa del debitore, ma reputa necessario distinguere tra fattispecie in cui è l'assenza di quest'ultima, di per sé sola, a liberare il debitore (poiché l'attività del debitore è principalmente volta a soddisfare l'interesse creditorio e non a evitare l'impossibilità) e fattispecie in cui, invece, unico elemento idoneo a produrre l'effetto liberatorio è l'impossibilità della prestazione. GIORGIANNI, *L'inadempimento. Corso di diritto civile*, Milano, 1975, p. 228 ss. Sulla lettura in chiave oggettivistica della responsabilità non si può che prendere le mosse da OSTI, *Revisione critica della teoria sull'impossibilità*, cit., p. 111 ss.

⁽²⁴¹⁾ Così MENGONI, *La parte generale delle obbligazioni*, in *Rivista critica di diritto privato*, 1984, p. 294. L'attribuzione di un ruolo preminente alla buona fede nel fondare l'inesigibilità ha portato l'Autore a ricomprendervi soltanto i casi in cui la mancata esecuzione della prestazione sia

costituzionale di solidarietà ⁽²⁴²⁾. La posizione più convincente pare quella di combinare i diversi approcci; ma prima di spiegarne il merito e le ragioni, occorre dar brevemente conto delle varie tesi sul contenuto e la portata dei limiti alla prestazione diversi dall'impossibilità insuperabile con le forze umane.

Allo stato, il panorama dottrinale è diviso tra chi ritiene che il debitore sia liberato quando la prestazione richiederebbe il sacrificio d'interessi prevalenti di natura non patrimoniale ⁽²⁴³⁾; chi invece ritiene che la liberazione avvenga anche quando la prestazione richiederebbe un sacrificio sproporzionato rispetto al valore della medesima ⁽²⁴⁴⁾; e chi ritiene che, pur in presenza di sopravvenienze non

dipesa dalla necessità di evitare un pregiudizio a interessi superiori e prevalenti del debitore. L'opera citata segna un mutamento di prospettiva dell'Autore, il quale, in una prima fase, fondava l'inesigibilità su un concetto più mite d'impossibilità e vi faceva rientrare anche il caso dell'eccessiva sproporzione dello sforzo richiesto al debitore rispetto al valore della prestazione (così ID., *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi» (Studio critico)*, cit., *passim*). Nella posizione appena citata finisce per sfumare la distinzione tra impossibilità assoluta e impossibilità relativa della prestazione (distinzione peraltro considerata inconsistente da BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, I, cit., p. 48 e p. 112 ss.) in favore della seconda, già di per sé sufficiente ai fini della liberazione del debitore. L'approdo ultimo della teoria dell'Autore è nel senso di un distacco dell'inesigibilità dall'impossibilità sopravvenuta: la prima sarebbe semplicemente imposta dall'esigenza di evitare un abuso del diritto nell'esercizio di quest'ultima. Così MENGONI, voce «*Responsabilità contrattuale*», cit., *passim*, spec. p. 334. Tale qualificazione non ha però impedito l'equiparazione dell'inesigibilità all'impossibilità *quoad effectum*: anche qui dunque il debitore sarà liberato dalla responsabilità e dall'obbligo di prestare (*Ibidem*, p. 333). In chiave critica cfr. VISINTINI, *Inadempimento e mora del creditore*, cit., p. 333 ss. (e ID., *La responsabilità contrattuale*, Napoli, 1979, p. 89). Prima ancora riflette sull'applicazione dell'abuso del diritto in materia contrattuale RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, Bologna, 1998, p. 11 ss., spec. p. 120 ss. (già ID., *L'abuso del diritto*, in *Rivista di diritto civile*, 1965, I, p. 205 ss.), il quale accostava l'istituto a quello dell'inesigibilità.

⁽²⁴²⁾ Sembra suggerire questa lettura CLARIZIA, *Sopraavvenienze non patrimoniali e inesigibilità nelle obbligazioni*, Napoli, 2012, *passim*, spec. pp. 226-227, là dove afferma che l'inesigibilità è una categoria autonoma rispetto all'impossibilità, alla buona fede, alla diligenza e allo stato di necessità. Per una critica alla tesi in esame si rinvia al prosieguo della trattazione. Avverte l'Autrice che l'inesigibilità deve essere tenuta separata dall'impossibilità soggettiva. Lo stretto riferimento alla sfera esistenziale distingue l'inesigibilità dall'impossibilità soggettiva, poiché in quest'ultima sopravvengono circostanze attinenti sì alla sfera del debitore, ma non attinenti alla persona umana; nonché dall'eccessiva difficoltà della prestazione e sproporzione economica tra il valore della prestazione e quello della spesa che il debitore dovrebbe compiere per adempiere (cfr. pp. 34-35). Parimenti, l'inesigibilità sarebbe categoria diversa rispetto alla c.d. nullità sopravvenuta, la quale, osserva l'Autrice, si avrebbe quando le sopravvenienze rendono la prestazione non soltanto lesiva dei valori della persona del debitore, ma oggettivamente e direttamente contraria a norme imperative, all'ordine pubblico oppure al buon costume. La nullità sopravvenuta – espressione che pare già di per sé un ossimoro – è, per il vero, una categoria molto controversa. In dottrina si suole definirla come quel «fenomeno per cui il contratto, valido alla luce della situazione fattuale e normativa esistente al tempo della conclusione, sia reso successivamente nullo da fatti o norme sopraggiunti dopo la conclusione». Così ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 704. Come sottolinea condivisibilmente l'Autore (*Ibidem*), due sono principalmente i rilievi che portano a dubitare dell'istituto: il primo è quello per cui il problema della sopravvenienza dipende in molti casi dalla retroattività delle norme (si pensi ad esempio al “nuovo” art. 1938 c.c. che dal 1992 vieta le fidejussioni per debiti futuri) e quindi attiene, più che all'invalidità, all'efficacia della legge nel tempo; il secondo è quello per cui la nullità sopravvenuta non incide sul contratto come atto, sul profilo genetico, bensì sul contratto come rapporto, cioè sul profilo effettuale.

⁽²⁴³⁾ Per tutti, COVIELLO N., *Del caso fortuito in rapporto alla estinzione delle obbligazioni*, cit.

⁽²⁴⁴⁾ In questo senso, BARASSI, *Se e quando lo sciopero sia forza maggiore a' sensi dell'art. 1226 cod. civ.*, cit., *passim*; MENGONI, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi»*

patrimoniali nel senso sopra indicato, non si abbia la liberazione del debitore, ma sorga in capo alle parti un obbligo di rinegoziare l'obbligazione, in modo da addivenire a un altro accordo, ad esempio una dilazione o una *datio in solutum* ⁽²⁴⁵⁾.

Suscita perplessità la tesi da ultimo riportata. Innanzitutto, non si vede come l'inesigibilità – che non è menzionata dal diritto positivo italiano, tanto meno tra le fonti integrative del contratto – possa fondare un obbligo di rinegoziazione al pari della buona fede. In secondo luogo, non convince la qualificazione dell'inesigibilità come vicenda solo modificativa dell'obbligazione. Una modifica, infatti, non è sempre possibile e utile, ma lo è solo nel caso in cui la prestazione inesigibile sia di durata e l'inesigibilità sia temporanea, requisiti che peraltro non ricorrono negli esempi che si sogliono addurre per illustrare l'istituto (si pensi alla cantante che rifiuta di esibirsi perché ha perso il figlio quello stesso giorno). Se la rinegoziazione fallisce o la modifica è inutile in radice, si ripropone il medesimo problema: il debitore sarà liberato o dovrà risarcire il danno?

Più sostenibile appare invece la tesi per cui il debitore sia liberato dal dovere di prestare tanto in caso di sopravvenienze non patrimoniali quanto in caso di sproporzione economica. Vero è che la lettura della giurisprudenza in tema d'inesigibilità induce a limitarla agli impedimenti di natura morale, ma ciò non significa necessariamente escludere che esistano anche limiti patrimoniali al dovere di prestazione: semplicemente, questi rientreranno in un'altra categoria, costituiranno il temperamento di una lettura troppo rigida dell'impossibilità ⁽²⁴⁶⁾.

(*Studio critico*), cit., *passim*; FRANZONI, *Colpa presunta e responsabilità del debitore*, Padova, 1988, pp. 355, 365 e 380 ss.; ANELLI, *Caso fortuito e rischio d'impresa nella responsabilità del vettore*, cit., pp. 121-122; CABELLA PISU, *La nozione di impossibilità come limite della responsabilità del debitore*, in *Trattato della responsabilità contrattuale*, a cura di Visintini, Padova, 2009, p. 207; D'ANGELO, *Buona fede-correttezza nell'esecuzione del contratto*, *ivi*, p. 109; SICCHIERO, *Op. ult. cit.*, p. 83 ss.

⁽²⁴⁵⁾ CLARIZIA, *Op. ult. cit.*, *passim*, ma spec. pp. 226-227. Nella visione dell'Autrice, l'inesigibilità, quasi si atteggiasse come surrogato della buona fede, fa sorgere in capo alle parti una serie di obblighi e, segnatamente quello di comunicare tempestivamente alla controparte il verificarsi della sopravvenienza e quello di rinegoziare la prestazione.

⁽²⁴⁶⁾ La giurisprudenza cui si fa riferimento è rappresentata da Corte Cost., 1 aprile 1992, n. 149, cit.; Corte Cost., 3 febbraio 1994, n. 19, cit.; e Cass., 24 luglio 2007, n. 16315, cit. Siffatta lettura tradisce le origini dell'inesigibilità, che era nata per nel diritto tedesco per porre rimedio a sopravvenienze anche di carattere patrimoniale. Tali origini risalgono alla pubblicazione, nel primo novecento, del volume di 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 eccependo 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. FUCHS, *Vertragstreue und Shylockismus*, in *Leipziger Zeitschrift 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. KRÜCKMANN, *Der Fortfall des Interesses und der Untergang des Schuldverhältnisse*, in *Archiv für die civilistische Praxis*, 90, 1900, p. 111; ID., *Unmöglichkeit und Unmöglichkeitprozess. Zugleich eine Kritik der Entwürfe Russlands, Ungarns und der Schweiz*, *ivi*, 101, 1907, p. 1 ss.; nonché ECKSTEIN, *Der Untergang der Obligation durch Unmöglichkeit, Leistungerschwerung und verwandte Umstände und das Schicksal der Gegenleistung*, in *Archiv für bürgerliches Recht*, 37, 1912. Nello stesso periodo storico altra parte della dottrina, con riferimento alla medesima fattispecie, fa ricorso al diverso istituto della presupposizione. Così

Che il fondamento di questa tesi sia la diligenza o la buona fede o altro, non rileva ai fini degli effetti. L'inesigibilità – o comunque la si voglia denominare, sia essa economica o morale – estingue l'obbligazione al pari dell'impossibilità in senso tecnico. L'utilità d'impiegare la parola inesigibilità pare allora essere soltanto quella di rammentare che, a fronte d'impedimenti diversi dall'impossibilità oggettiva e assoluta, l'interprete dovrà valutare con maggiore scrupolo quale delle due parti dovrà sopportarne le conseguenze.

Di questo avviso sembra una sentenza della Corte Costituzionale degli anni novanta, forse la prima ad aver parlato d'inesigibilità⁽²⁴⁷⁾. Detta sentenza ha qualificato come inesigibilità temporanea l'ipotesi contemplata da una norma in materia di locazioni ad uso non abitativo che esonerava il conduttore da responsabilità per i danni da ritardata restituzione dell'immobile verificatisi in un determinato arco di tempo⁽²⁴⁸⁾. Alla luce di tale qualificazione, la Corte ha dichiarato l'illegittimità della norma, nella parte in cui non subordinava la sua applicazione a un accertamento in concreto dell'inesigibilità⁽²⁴⁹⁾. Così facendo, la Corte ha implicitamente riconosciuto che l'inesigibilità comporta un bilanciamento tra gli interessi delle parti del rapporto obbligatorio, il quale non è predeterminabile in assoluto, ma deve essere rimesso al giudice caso per caso, oppure ancorato dalla legge ad alcune condizioni tipiche⁽²⁵⁰⁾.

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, ECKSTEIN, *Studien zur Lehre von den unsittlichen Handlungen, Rechtshandlungen und Rechtsgeschäften, insbesondere Verträgen*, in *Archiv für bürgerliches Recht*, 41, 1915, p. 178 ss.; ed 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.

⁽²⁴⁷⁾ Corte Cost., 1 aprile 1992, n. 149, cit.

⁽²⁴⁸⁾ *Ibidem*. Più precisamente, la Consulta è stata chiamata dalla Corte d'Appello di Milano a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale, con riferimento all'art. 42 Cost., dell'art. 2, D.L. 25 settembre 1987, n. 393 (norme in materia di locazione di immobili ad uso non abitativo, nonché di cessione e di assegnazione di alloggi di edilizia agevolata-convenzionata), convertito nella legge 25 novembre 1987, n. 478, nella parte in cui esonera il conduttore da responsabilità per i danni cagionati al locatore dal ritardo della restituzione dell'immobile senza eccettuare l'ipotesi di comprovata insussistenza della difficoltà per il conduttore di reperire altro immobile idoneo. Nel caso di specie il conduttore aveva continuato a occupare l'immobile per sei anni dopo la scadenza del contratto non riuscendo a trovare un'altra sede per la propria attività commerciale. Il Tribunale aveva ordinato il rilascio dell'immobile ma aveva respinto la domanda del locatore volta al risarcimento dei danni derivanti dal ritardo nella restituzione.

⁽²⁴⁹⁾ *Ibidem*. La Consulta ha reputato illegittima la norma, in quanto non limitava l'esonero *ivi* previsto al caso di comprovate difficoltà del conduttore di reperire un altro immobile idoneo all'esercizio della sua attività d'impresa.

⁽²⁵⁰⁾ *Ibidem*. Secondo la Consulta, l'illegittimità costituzionale della norma in questione deriva «dalla sua natura di norma espressiva di un giudizio di valore risultante dalla ponderazione di due interessi in conflitto, entrambi costituzionalmente rilevanti. Caratteristica dei valori (o principi) costituzionali soggetti a bilanciamento è la non predeterminabilità in assoluto, una volta per tutte, dei loro rapporti reciproci di sovra o sottordinazione. La prevalenza dell'uno sull'altro, quando il bilanciamento non sia rimesso caso per caso al giudice, ma sia operato dalla legge nella forma di una norma astratta, deve essere collegata a determinate condizioni tipiche, come effetto giuridico alla propria fattispecie. In assenza di tali condizioni l'esito della valutazione comparativa non può essere il medesimo. Perciò una norma di questo tipo è costituzionalmente illegittima se e in quanto non riserva al portatore dell'interesse postergato la prova dell'inesistenza nel caso concreto delle condizioni che, secondo il bilanciamento sotteso alla norma stessa, giustificano la precedenza attribuita all'interesse antagonista. Tale è la norma denunciata, la quale preclude al

Si è spinta oltre una successiva sentenza della Consulta ⁽²⁵¹⁾. Innanzitutto, essa ha riconosciuto che esiste nell'ordinamento «un principio di inesigibilità come limite superiore alle pretese creditorie» e che esso, coinvolgendo categorie e valori di rilevanza costituzionale ⁽²⁵²⁾ – tra cui anche l'interesse all'adempimento – è un principio generale in materia di rapporti obbligatori, suscettibile di ricevere «applicazione universale nell'ordinamento giuridico» ⁽²⁵³⁾. In secondo luogo, la Corte ha affermato che l'inadempimento è giustificato ogniqualvolta l'interesse del creditore entra in conflitto con «un interesse del debitore tutelato dall'ordinamento giuridico o, addirittura, dalla Costituzione come valore preminente o, comunque, superiore a quello sotteso alla pretesa creditoria» ⁽²⁵⁴⁾.

Il giudizio di bilanciamento prescritto dalle suesposte sentenze con riguardo all'inesigibilità morale non pare una valutazione sufficiente per scongiurare il rischio di un'espansione ipertrofica delle sopravvenienze che giustificano l'inadempimento. Ed è a questo punto che viene in rilievo l'approccio misto cui si accennava qualche periodo fa prospettando le varie ricostruzioni del fondamento dell'istituto in esame: i criteri ulteriori per valutare se far ricadere il rischio della mancata prestazione sul debitore o sul creditore dovrebbero essere la buona fede e la diligenza.

Il ricorso alla buona fede porterà a ritenere il debitore liberato solo quando ciò che egli rischia adempiendo è così obiettivamente grave da ledere in modo significativo un diritto costituzionalmente protetto, solo quando pretendere la prestazione ripugnerebbe alla coscienza sociale. La cantante non dovrà risarcire il danno se il suo rifiuto di esibirsi è stato dettato dalla morte del figlio, dovrà invece

locatore ogni prova contraria, senza tenere conto che la compressione inflitta al suo diritto è fondata solo nella misura in cui risponde effettivamente a una funzione di sostegno dell'attività economica del conduttore, bisognoso di un lasso di tempo per trovare un altro immobile idoneo all'esercizio dell'impresa. Se questa condizione non sussiste, cioè se e dal momento in cui il conduttore acquisisce la disponibilità di un altro immobile o potrebbe acquisirla con l'ordinaria diligenza, il diniego al locatore del risarcimento del danno per l'ulteriore ritardo della restituzione dell'immobile locato viola la garanzia costituzionale del diritto di proprietà». Forse proprio da qui ha tratto ispirazione CLARIZIA, *Op. ult. cit.*, pp. 20-21 e 27-28, là dove definisce l'inesigibilità come la vicenda modificativa – e su questo punto si tornerà *infra* – dell'obbligazione «derivante dalle operazioni di bilanciamento, rese necessarie dal verificarsi di sopravvenienze non patrimoniali», tali da ledere o minacciare di ledere interessi essenziali del debitore leciti e costituzionalmente meritevoli di tutela

⁽²⁵¹⁾ Corte Cost., 3 febbraio 1994, n. 19, cit. Con questa sentenza la Consulta ha dichiarato l'illegittimità costituzionale di una legge della Provincia autonoma di Bolzano nella parte in cui prevedeva l'esclusione dalle agevolazioni per l'edilizia popolare di chi non avesse una residenza stabile in un comune della provincia di Bolzano e la revoca dalle agevolazioni medesime nel caso in cui l'abitazione non venisse continuativamente occupata.

⁽²⁵²⁾ In questo senso *Ibidem*. Nella sentenza si legge chiaramente che l'interesse del creditore all'adempimento delle obbligazioni pattuite «deve essere inquadrato nell'ambito della gerarchia dei valori comportata dalle norme, di rango costituzionale e ordinario, che regolano la materia».

⁽²⁵³⁾ L'affermazione della copertura costituzionale del principio d'inesigibilità si legge anche in Cass., Sez. Un., 13 settembre 2005, n. 18128, cit., la quale ha affermato che la penale di ammontare manifestamente eccessivo è inesigibile e visto che l'inesigibilità ha copertura costituzionale per il tramite del principio di solidarietà, il giudice è legittimato a rilevarla d'ufficio. Nella medesima direzione, Cass., 6 dicembre 2012, n. 21994, cit., la quale ha aggiunto che in nome dell'inesigibilità il giudice può ridurre la penale perché manifestamente eccessiva rispetto all'interesse che il creditore aveva non al momento della stipula del contratto, come vorrebbe la lettera dell'art. 1384 c.c., ma al momento dell'inadempimento.

⁽²⁵⁴⁾ *Ibidem*.

risarcirlo quando è stato dettato dal fatto che ha dovuto recarsi all'estero per raggiungere il fidanzato che minacciava di lasciarla, pur potendo anche questa lesione incidere sulla sua persona.

Il ricorso alla diligenza porterà a escludere la liberazione del debitore in tutte quelle ipotesi in cui l'impedimento sopravvenuto fosse oggettivamente controllabile con l'impiego delle accortezze normalmente richieste per una determinata attività. Per dirla in altro modo, il debitore risponderà per inadempimento ogniqualvolta risulti che la sopravvenienza avrebbe potuto essere evitata se lui avesse adottato scelte organizzative adeguate⁽²⁵⁵⁾.

Infondo, un tentativo di oggettivare i criteri di valutazione dei limiti alla responsabilità si può forse intravedere anche nel richiamo alla causa concreta che la Cassazione ha operato in due ben note pronunce per decidere su chi allocare le conseguenze dell'impossibilità di utilizzare la prestazione⁽²⁵⁶⁾. Solo nella preoccupazione di scongiurare la degradazione dell'interesse creditorio alla prestazione ad un mero motivo si potrebbero cogliere le ragioni di un simile travisamento⁽²⁵⁷⁾. Ma, in realtà, neppure questo è sufficiente a giustificare la tesi. Per evitare una soggettivazione dell'interesse creditorio sarebbe bastato il riferimento alla prestazione e all'impossibilità di utilizzarla. Onde comprendere meglio il ragionamento conviene distinguere tra il caso affrontato dalla prima pronuncia e quello affrontato dalla seconda.

⁽²⁵⁵⁾ SICCHIERO, *Op. ult. cit.*, p. 92. L'Autore prende spunto da un caso affrontato dalla giurisprudenza (Cass., 14 aprile 1975, n. 1409, in *Giurisprudenza italiana*, 1976, I, 1, p. 1820 ss.), in cui debitore si trovava all'estero per assistere il figlio malato e non era rientrato in tempo per pagare il canone di locazione. La Cassazione non ha ritenuto il debitore liberato perché ha qualificato il suo impedimento come una mera difficoltà di prestare, ma secondo l'Autore più corretto sarebbe stato motivare sulla base del fatto che il debitore non avrebbe dovuto optare per la modalità di pagamento a mani del locatore, ma per una modalità che consentisse l'adempimento anche a distanza, e ridursi all'ultimo giorno utile. Probabilmente la Corte fa riferimento alla difficoltà e non all'impossibilità proprio alla luce delle alternative che il debitore avrebbe avuto a disposizione.

⁽²⁵⁶⁾ Cass., 24 luglio 2007, n. 16315, cit.; e Cass., 20 dicembre 2007, n. 26958, cit. Sulla causa in concreto cfr. innanzitutto FERRI G.B., *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966, spec. p. 355 ss. Cfr., inoltre, ALPA, *La causa e il tipo*, in GABRIELLI (cur.), *I contratti in generale*, in *Trattato dei contratti*, diretto da Rescigno, Torino, 1999, p. 492 ss. Più di recente, BIANCA C.M., *Causa concreta del contratto e diritto effettivo*, in *Rivista di diritto civile*, 2014, p. 251 ss.; e ROPPO, *Causa concreta: una storia di successo? Dialogo (non reticente, né compiacente) con la giurisprudenza di legittimità e di merito*, *ivi*, 2013, 4, p. 957 ss.

⁽²⁵⁷⁾ Critica, condivisibilmente, il «travisamento dell'impossibilità liberatoria per il tramite della causa concreta e dell'inesigibilità» FERRANTE, *Causa concreta ed impossibilità della prestazione nei contratti di scambio*, cit., *passim*. Scrive l'Autore che «ciò che la Corte qualifica come sopravvenuto impedimento del creditore ad "utilizzare la prestazione" non ha di per sé nulla a che vedere con la funzione economico-individuale del contratto, che esprime sì una lettura innovativa del fattore causale, ma non ne determina in alcun modo la trasformazione da elemento genetico (dell'atto) ad elemento funzionale (del rapporto). In contrapposizione alle versioni "astratte", inclini a fare della causa un momento di controllo statico ed eteronomo dell'autonomia privata, la nuova concezione vaglia la funzione del contratto nella singolarità e concretezza del contenuto assegnatovi dalle parti: la causa s'individualizza, aderisce al patto uno ed irripetibile e sola ne giustifica il riconoscimento legale, al di là della sua tipicità od atipicità. Non se ne disconosce però la natura d'elemento essenziale e genetico, la cui mancanza è sinonimo di nullità».

Il primo caso è quello del decesso di uno dei due coniugi prima di un soggiorno alberghiero del quale avrebbero dovuto usufruire entrambi ⁽²⁵⁸⁾. Che il coniuge defunto si trovi nella materiale impossibilità di ricevere la prestazione alberghiera risulta evidente. A rigore, lo stesso non può dirsi per il coniuge superstite, ed ecco il bisogno di giustificarne la liberazione sulla base dell'inesigibilità morale. A ben guardare, però, il risultato cui tende la prestazione (o prestazione-risultato) è quello di far trascorrere ai coniugi una vacanza insieme ⁽²⁵⁹⁾. A questi fini, i coniugi rappresentano un'unica parte del rapporto e la prestazione è indivisibile. Ecco che allora, se viene meno un componente della parte, la prestazione non può più essere utilizzata. Non è contemplabile, in altre parole, un'impossibilità parziale.

Nel secondo caso la sopravvenienza è consistita nello scoppio di un'epidemia di febbre *dengue* nella destinazione per la quale due coniugi avevano sottoscritto un contratto di pacchetto turistico “*all inclusive*”. Qui l'impossibilità della prestazione è ancora più evidente e non riguarda neppure il creditore, cioè non riguarda la prestazione-risultato, bensì il debitore, cioè la prestazione-attività. Tutto dipende dalla determinazione del contenuto della prestazione: se la prestazione consiste, come ha affermato la corte, non semplicemente nel provvedere al trasporto e all'alloggio del turista, ma anche nel fargli trascorrere un soggiorno in condizioni di sicurezza e serenità, come si addice a una vacanza, allora nel caso di specie è il debitore che non può eseguirla.

Se così non fosse, dovremmo concludere che l'agenzia non potrebbe rifiutarsi di fornire il soggiorno ai coniugi, qualora questi decidessero di recarsi ugualmente nella destinazione prescelta pur consapevoli di rischiare il contagio. E questo sarebbe paradossale. Diverso sarebbe ove il creditore non fosse un turista, ma un biologo che studia la febbre *dengue*. In quel caso l'agenzia sarebbe liberata ove l'epidemia inaspettatamente cessasse prima della data prevista per il soggiorno.

Gli elementi emersi dalla ricostruzione sin qui compiuta consentono di tornare ai quesiti posti nell'esordio sul rapporto tra la “rinnovata” concezione di impossibilità e le clausole di assunzione del fortuito in capo al debitore. In primo luogo ci si era chiesti se la garanzia del fortuito incontrasse un limite nell'inesigibilità o nell'eccessiva sproporzione dello sforzo richiesto rispetto al valore della prestazione o nella mancanza di causa concreta. Posto che, come si è cercato di dimostrare, gli istituti rientrano tutti nella più ampia categoria dell'impossibilità, essi dovrebbero in linea di principio essere coperti dalla

⁽²⁵⁸⁾ Cass., 24 luglio 2007, n. 16315, cit.

⁽²⁵⁹⁾ Della doppia anima insita nel rapporto obbligatorio – sintesi tra attività del debitore e interesse del creditore – si è già detto in precedenza parlando di prestazioni di mezzi e di risultato. Cfr. WIEACKER, *Leistungshandlung und Leistungserfolg im bürgerlichen Schuldrecht*, in *Festschrift für Nipperdey*, I, München-Berlin, 1965, p. 783. Nella dottrina italiana si veda MENGONI, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi» (Studio critico)*, cit. Qui il dualismo tra *Leistungserfolg* e *Leistungshandlung* torna utile per sostenere che l'impossibilità liberatoria, in quanto riferita genericamente alla prestazione, può attenersi tanto alla condotta debitoria quanto all'interesse creditorio. Cfr., in proposito, le considerazioni di FERRANTE, *Op. ult. cit.*, *passim*. Alcuni Autori preferiscono utilizzare i concetti di prestazione in senso soggettivo e prestazione in senso oggettivo. Così BETTI, *Il concetto dell'obbligazione costruito dal punto di vista dell'azione*, Pavia, 1920, p. 158 ss. e p. 226 ss.; NICOLÒ, *L'adempimento dell'obbligo altrui*, Milano, 1936, p. 60 ss.; e MENGONI, *L'oggetto dell'obbligazione*, in *Jus*, 1952, p. 156 ss., spec. p. 175, nt. 1.

garanzia e quindi, al loro verificarsi, il debitore dovrebbe essere tenuto all'indennizzo.

La conclusione deve però essere modulata: se essa è piuttosto pacifica nel caso di sproporzione e di impossibilità di utilizzare la prestazione, suscita maggiori dubbi nel caso d'inesigibilità morale. Qui non è poi così remota la possibilità che un giudice rifiuti d'imporre al debitore l'indennizzo in nome del principio di solidarietà. Lo farebbe probabilmente sulla base di un'interpretazione conservativa della clausola di garanzia *ex art. 1367 c.c.*: attribuirle il significato d'imporre al debitore uno sforzo umanamente inesigibile la renderebbe incompatibile con la Costituzione e quindi nulla per contrarietà all'ordine pubblico. Su questo punto si tornerà fra pochissimo.

Sarebbe comunque buona prassi redazionale estendere espressamente la garanzia alla sopravvenuta sproporzione economica e all'impossibilità di utilizzare la prestazione. Non pare prudente, invece, estendere la garanzia all'inesigibilità morale. In realtà, la teoria che riconduceva il fondamento dell'istituto allo stato di necessità sosteneva conseguentemente che gravasse sul debitore l'obbligo d'indennizzare il creditore. Del resto, lo stesso art. 2045 c.c. lo prevede, pur trattandosi di un'ipotesi in cui è stato compiuto un atto illecito per tutelare un bene primario quale l'incolumità personale. Tanto basterebbe a salvare a rendere lecita la garanzia. Tuttavia l'argomento potrebbe non essere percepito dalla giurisprudenza, sempre più incline a ingigantire il ruolo dei precetti costituzionali, come decisivo.

Per aggirare l'inconveniente, si potrebbe allora utilizzare una formula più generica ma omnicomprensiva come la seguente: "Tizio garantisce l'adempimento dell'obbligazione di cui all'art. ... del presente contratto, obbligandosi a corrispondere a Caio, nei tempi e con le modalità meglio specificati *infra*, la somma di euro ... a titolo d'indennizzo nel caso in cui dovesse sopravvenire alla stipula del presente contratto un qualsiasi evento idoneo a determinare l'estinzione dell'obbligazione medesima e la liberazione del debitore".

In questo modo, si adotta un approccio funzionale e si dà rilievo all'elemento che davvero accomuna i concetti esaminati nel corso della trattazione, cioè gli effetti prodotti sull'obbligazione. Questo consente di evitare il problema qualificatorio – quindi di rendere la clausola immune alle oscillazioni della giurisprudenza – e di estendere la clausola a qualsiasi evento sia reputato liberatorio senza esporsi al rischio della nullità. Come si può notare, nella clausola di assunzione del fortuito si è prevista anche una clausola penale indennitaria, onde sottrarre al giudice la valutazione in merito al *quantum*.

Qualora le parti, invece, vogliano includere nella garanzia soltanto alcune figure d'impossibilità, risulterà utile accompagnare al *nomen juris* una definizione delle medesime, onde evitare, ad esempio, che l'interprete legga l'inesigibilità come impossibilità solo morale laddove s'intendeva ricomprendervi anche l'eccessiva sproporzione, e viceversa. Una clausola formulata con le definizioni degli eventi impossibilitanti di cui ci si assume il rischio potrebbe risultare utile nel caso in cui le parti volessero differenziare gli effetti in base al tipo di sopravvenienza.

Nulla vieta di prevedere, ad esempio, che nel caso d'impossibilità assoluta e oggettiva il debitore sia tenuto a indennizzare il creditore, mentre nel caso di

eccessiva sproporzione tra lo sforzo richiesto e il valore della prestazione le parti siano obbligate a rinegoziare. Ma per la clausola di rinegoziazione si rinvia ad apposito paragrafo.

12. Diligenza e interpretazione del contratto: il valore dei preamboli sulle qualità professionali delle parti.

Un altro aspetto degno di riflessione con riguardo al potere delle parti di ampliare la sfera dell'inadempimento a danno di quella dell'impossibilità liberatoria è quello del ruolo giocato nella valutazione della diligenza dall'ermeneutica. Che la concretizzazione della diligenza sia in larga misura una questione d'interpretazione della volontà delle parti e del contesto e cotesto negoziale, oltre che di ricostruzione di un modello astratto di condotta, non stupisce affatto. Ciò che, però, viene forse sovente trascurato è il profilo del margine di cui gode l'autonomia privata nel guidare l'operazione ermeneutica verso un determinato senso, mediante l'inserimento nel contratto di clausole "interpretative".

Anche qui lo spunto proviene dai contratti di matrice anglo-americana, nei quali sono ampiamente diffusi i c.d. *recitals* – termine che si potrebbe tradurre, utilizzando un'espressione un po' meno colorita, con "preamboli" – ma il discorso si può estendere a qualsiasi tipo di contratto, indipendentemente dal suo ordinamento d'origine ⁽²⁶⁰⁾. Tali preamboli, in quanto sezione iniziale del contratto, presentano una certa affinità con la "premessa" che la prassi notarile suole porre ad *incipit* degli atti. Però constano, rispetto ad essa, di un contenuto più vario, arrivando ad includere non solo la descrizione di eventuali vicende

⁽²⁶⁰⁾ Anche se il maggiore ambito di diffusione dei *recitals* è quello dei contratti tra multinazionali di paesi diversi o imprese dello stesso paese che intendano concludere affari di particolare rilevanza (SCOGNAMIGLIO, *L'interpretazione*, in *I contratti in generale*, a cura di Gabrielli, II, in *Trattato dei contratti*, diretto da Rescigno-Gabrielli, Torino, 2006, 2° ed., p. 1044), essi trovano applicazione in qualunque tipo di contratto, in quanto «l'esigenza di preservare il testo da oscillazioni semantiche è logicamente e fenomenologicamente presente in ogni specie di contrattazione». Così ONORATO, *L'accordo di interpretazione*, Milano, 2009, p. 4. Una precisazione è però doverosa: certi tipi di preamboli, secondo alcuni Autori, postulano l'equivalenza o quantomeno l'omogeneità di potere contrattuale tra le parti. Così le clausole che contengono definizioni convenzionali di termini del contratto o convenzioni linguistiche. Questo perché simili pattuizioni implicherebbero necessariamente una trattativa ed una negoziazione non solo circa l'an del loro inserimento, ma anche circa il significato da attribuire loro. In tal senso, CRIVELLARO, *La rilevanza dei preamboli nell'interpretazione dei contratti*, in *Diritto del commercio internazionale*, 2001, p. 779. La rilevanza del fenomeno non è trascurabile, visto che numerosi testi della prassi negoziale se ne occupano. La U.N. *Economic Commission for Europe Guide for Use in Drawing Up Contracts Relating to the International Transfer of Know-How in the Engineering Industry*, 1970, No. 24, afferma che i preamboli costituiscono un ausilio nell'interpretazione delle obbligazioni delle parti in eventuali dispute; la guida WIPO (*Licensing Guide for Developing Countries*, 1977, N. 124-127), disponibile sul sito ftp.wipo.int, descrive la prassi di includere nel contratto i preamboli, la loro importanza e il loro contenuto, con specifico riguardo agli accordi che hanno ad oggetto la licenza o il trasferimento di tecnologie; le guide UNICTRAL "on International Contracts for Construction of Industrial Works" (New York, 1988, p. 49) e "on International Countertrade Transactions" (New York, 1993, p. 47), disponibili sul sito www.uncitral.org, affermano che i *recitals* possono contenere alcune dichiarazioni strumentali alla stipula del contratto, le quali ne definiscono lo scopo e precisano il contesto in cui è avvenuta la sua conclusione.

pregresse rilevanti, ma anche i motivi che hanno indotto le parti ad addivenire all'accordo o il catalogo delle loro qualità professionali o personali, oppure della loro esperienza in quel determinato settore di attività ⁽²⁶¹⁾.

In generale, la funzione dei preamboli è, almeno agli occhi di chi si occupa di redazione dei contratti, da un lato, quella di rendere nota all'interprete la comune intenzione delle parti in tempi non ancora sospetti, quando, cioè, non è sorta ancora alcuna lite tale da indurle a letture distorsive finalizzate al sostegno della propria pretesa; dall'altro quella di dettagliare meglio l'oggetto del contratto ⁽²⁶²⁾.

Con specifico riguardo ai preamboli sulle qualità delle parti, gli obiettivi possono essere almeno due, a seconda dell'angolazione da cui li si guarda: quando il *recital* è nell'interesse della parte tenuta ad una determinata prestazione, la sua funzione sarà probabilmente quella di inibire aspettative troppo elevate del creditore e quindi prevenire doglianze nell'eventualità in cui l'adempimento non rispetti un certo *standard* di diligenza; all'opposto, quando il *recital* è nell'interesse della parte destinataria di una determinata prestazione, allora la funzione sarà quella di chiarire che le proprie aspettative circa il livello della prestazione sono alte e che dunque ogni divergenza dalle medesime costituirà inadempimento ⁽²⁶³⁾.

Simili interessi non sembrano affatto immeritevoli di tutela; ciò che occorre invece domandarsi è se i medesimi, così espressi, in questa forma e in questa sede, abbiano un qualche valore oltre la sfera soggettiva delle parti, se, cioè, i preamboli siano suscettibili di produrre nell'ordinamento effetti conformi alla loro funzione oppure siano semplicemente clausole di stile. Alla ricerca di una risposta occorre premettere un'osservazione: la scelta di inserire le dichiarazioni in esame prima e fuori dall'accordo, anziché nel corpo del medesimo, può essere semplicemente indice del fatto che le parti erano incerte circa la loro natura e dunque la collocazione da attribuire loro tra le clausole contrattuali; oppure indice

⁽²⁶¹⁾ Cfr. FONTAINE-DE LY, *Op. cit.*, pp. 59 ss. Quale esempio di *recitals* in cui le parti descrivono le proprie qualità professionali si può citare il seguente: «- *whereas, A, through the operation of its subsidiaries and affiliates located in 22 countries in the world, has accumulated and is accumulating valuable experience and know-how in the business of, among other things, renting various kinds of television, video tape recorders and other similar and related merchandises to individuals, hotels and other customers;* - *whereas, Band C each possess valuable information regarding the market situation relating to television, videotape recorders and similar and related merchandises and the rental business related thereto: ...;* - *whereas, A is in the business of selling food products to end consumers in ... and wishes to establish facilities for the production and bottling and/or canning of fruit and similar drinks (herein after referred to as the Facilities);* - *B is in the business of manufacturing and selling fruit juices, soft drinks, fruit concentrates and syrups in Europe and in other countries but is not in a position to market its finished products in Arabian countries;* - *C is in the business in the Middle East and Africa of developing and managing complete industrial projects including the provision of technical and general management assistance to such projects and wishes to cooperate closely with above mentioned partners with respect to the construction of, and the transfer of technology to, the Facilities;* [...]» (*Ibidem*, pp. 63, 64). Sulla definizione di *recitals* cfr. inoltre FARNSWORTH, *Contracts*, 3rd ed., New York, 1999, 89, § 2.17.

⁽²⁶²⁾ Cfr. SICCHIERO, *La clausola contrattuale*, Padova, 2003, p. 201. Nella dottrina straniera cfr. RAY, *Legal Effect of Preambles and Recitals-Contract, Deeds, and Wills*, in *Drafting Contracts and Commercial Instruments*, New York, 1971, pp. 73-81.

⁽²⁶³⁾ FONTAINE-DE LY, *Op. cit.*, loc. ult. cit., aggiungono l'interesse di una parte ad inserire un elogio delle proprie qualità personali, il quale può essere dettato dall'esigenza di giustificare alcune condizioni particolarmente gravose che si sono imposte alla controparte.

del fatto che le parti volevano conferire loro rilevanza autonoma, quale *fil rouge* nella lettura del testo seguente o quale presupposto alla stessa stipula del successivo contratto⁽²⁶⁴⁾.

Questa collocazione extra-testuale pone il problema di stabilire in via pregiudiziale quale sia la natura giuridica dei preamboli, cioè se essi siano vere e proprie clausole contrattuali o se, invece, essi siano un mero resoconto del comportamento prenegoziale delle parti; se siano un vero e proprio atto, oppure un fatto⁽²⁶⁵⁾. Dall'accoglimento dell'una o dell'altra tesi discende la sussunzione della fattispecie nell'art. 1363 c.c. – ai sensi del quale le clausole del contratto devono interpretarsi le une per mezzo delle altre, attribuendo il senso che risulta dal complesso dell'atto – oppure nell'art. 1362 c.c., nella parte in cui prevede, ai fini della ricostruzione del comune intento dei contraenti, la valutazione del loro comportamento complessivo⁽²⁶⁶⁾.

Ai fini dell'indagine occorre distinguere in primo luogo tra preamboli a contenuto negoziale e preamboli privi di contenuto negoziale; in secondo luogo, nell'ambito di questi ultimi, tra quelli che sono espressamente richiamati dal contratto come parte integrante di esso, quelli che se ne autoproclamano parte integrante, e quelli che nulla dicono a riguardo⁽²⁶⁷⁾. Si può affermare che hanno contenuto negoziale quei *recitals* in cui le parti pongono in essere una dichiarazione con la volontà di produrre determinati effetti giuridici⁽²⁶⁸⁾. In altre parole, un preambolo può dirsi negoziale quando, idealmente separato dal

⁽²⁶⁴⁾ A tal proposito cfr. Cass., Sez. Un., 23 luglio 1948, n. 1228, in *Giurisprudenza completa della Cassazione civile*, 1948, III, p. 163. La Corte era chiamata a statuire su un contratto di locazione nelle cui premesse – autoproclamantesi parte integrante dell'atto – si stabiliva la relativa durata alla luce dei provvedimenti di requisizione emanati nel periodo successivo alla seconda guerra mondiale. Rilevava la Corte che senza dette premesse le parti non sarebbero addivenute al contratto e che la durata del medesimo era stata fissata proprio sul presupposto di una determinata efficacia prodotta dai succitati provvedimenti. *Indi*, la Corte decideva che tale presupposto aveva concorso a formare la dichiarazione di volontà di entrambi i contraenti e il suo venir meno imponeva la riduzione della durata del contratto per il periodo eccedente l'efficacia dei provvedimenti in questione. La Corte ha in sostanza considerato quanto inserito in premessa come presupposizione.

⁽²⁶⁵⁾ Cfr. SICCHIERO, *Op. ult. cit.*, p. 208, il quale riferisce la distinzione tra valore “fattuale” o “attuale” non ai preamboli in generale, ma agli eventi futuri rispetto alla stipula del contratto cui le parti conferiscono *ivi* rilevanza. Secondo l'Autore «la descrizione di un avvenimento futuro può imporre di valutare l'oggetto della premessa come fatto rilevante nell'economia dell'intero atto, subordinandone la stabilità nella sua interezza alla realizzazione di quell'evento. Ma consentirà anche di ritenere quella premessa come parte integrante del contenuto precettivo dell'atto ove l'evento descritto assuma funzionalmente natura di termine per l'adempimento, per quanto non riprodotto nella parte dispositiva dell'atto o comunque di evento rispetto al quale la realizzazione risulti oggetto di obbligazione di uno dei contraenti».

⁽²⁶⁶⁾ Per queste osservazioni cfr. FERRO-LUZZI, *Del preambolo del contratto. Valore ed efficacia del “premesse che” nel documento negoziale*, Milano, 2004, p. 6.

⁽²⁶⁷⁾ *Ibidem*, p. 7 ss.

⁽²⁶⁸⁾ Cfr. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1962, rist. 2012, p. 206. Per maggiori approfondimenti sul tema del negozio giuridico si vedano BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit.; FERRI, *Il negozio giuridico*, Padova, 2001; STOLFI, *Teoria del negozio giuridico*, Padova, 1947; SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, Napoli, 1950. Cfr., inoltre, BENEDETTI, *Negozio giuridico e iniziativa economica privata*, ora in *Il diritto comune dei contratti e degli atti unilaterali tra vivi a contenuto patrimoniale*, Napoli, 1991; GALGANO, *Teorie ed ideologie del negozio giuridico*, in AA. VV., *Categorie giuridiche e rapporti sociali*, Milano, 1978; IRTI, *Il negozio giuridico come categoria storiografica*, in *Lecture bettiane sul negozio giuridico*, Milano, 1991.

successivo contratto, è suscettibile di vita propria come atto unilaterale di volontà appartenente a uno dei tipi previsti dall'ordinamento, o come contratto. Si tratterà, in genere, vista la collocazione preliminare, di un contratto di accertamento oppure di una transazione ⁽²⁶⁹⁾.

Ma non solo: devono essere considerarsi negoziali – cosa tutt'altro che scontata – anche contenuti per i quali tale carattere è meno evidente, ad esempio perché manca una tipizzazione ad opera del codice, se non, forse, nella misura in cui l'art. 1321 menziona i contratti conclusi dalle parti per «regolare», tra loro, rapporti giuridici patrimoniali. Così le parti potrebbero inserire nelle premesse accordi con i quali dettano regole per l'interpretazione del redigendo contratto ⁽²⁷⁰⁾, oppure patti sulla forma che dovranno ricoprire eventuali atti modificativi del contratto medesimo ⁽²⁷¹⁾, oppure ancora accordi con cui stabiliscono il

⁽²⁶⁹⁾ Afferma FERRO-LUZZI, *Op. cit.*, p. 85, che questo è il contenuto negoziale statisticamente più diffuso nei preamboli. Per il vero la compatibilità dell'accertamento con la natura negoziale è stata oggetto di un aspro dibattito in dottrina. Nel senso dell'incompatibilità cfr. LIEBMAN, *Risoluzione convenzionale del processo*, in *Rivista di diritto processuale*, 1933, p. 274 ss.; SANTORO-PASSARELLI, *L'accertamento negoziale e la transazione*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1956, p. 1 ss.; e ID., voce «Atto giuridico», in *Enciclopedia del diritto*, IV, Milano, 1959, p. 208; nonché ID., *Dottrine generali del diritto civile*, cit., in cui afferma che «solo eccezionalmente compete al privato un potere d'accertamento del fatto in senso proprio, ma l'atto compiuto nell'esercizio di questo potere è per l'appunto un atto non negoziale». In senso contrario cfr. CARNELUTTI, *Documento e negozio*, in *Rivista di diritto processuale*, 1926, p. 180 ss.; CORRADO, *Il negozio di accertamento*, Torino 1942, p. 94; FALZEA, voce «Accertamento», in *Enciclopedia del diritto*, I, Milano, 1958, p. 205 ss.; GIORGIANNI, *Accertamento (negozio di)*, ora in *Scritti minori*, Napoli, 1988, p. 336; NICOLÒ, *Il riconoscimento e la transazione nel problema della rinnovazione del negozio e della novazione dell'obbligazione*, ora in *Raccolta di scritti*, I, Milano, 1980, p. 383 ss., secondo cui il riconoscimento bilaterale consiste nell'obbligo di «riconoscere come decisiva per l'avvenire la configurazione che le parti hanno dato al rapporto originario»; STOLFI, *Natura giuridica del negozio di accertamento*, in *Rivista di diritto processuale*, 1933, p. 132 ss. La giurisprudenza, invece, è da sempre stata piuttosto unita nell'ammettere senza troppe riserve il negozio di accertamento. Cfr., per tutte, dalla più risalente, Cass., 10 maggio 1950, n. 1196, in *Giurisprudenza completa della cassazione civile*, 1950, III, p. 445, con nota di SCOGNAMIGLIO, *Sulla rinnovazione del negozio giuridico*; Cass., 20 giugno 1958, n. 2164, in *Giustizia civile*, 1958, I, p. 1893, con nota di GIACOBBE, *Note brevi in tema di accertamento negoziale*; Cass., 11 gennaio 1962, n. 20, *ivi*, 1962, I, p. 2241, con nota di LA TORRE, *Accertamento negoziale, enunciative di contratto e riconoscimento unilaterale*; Cass., 4 luglio 1962, n. 1701, *ivi*, 1963, I, con nota di LAZZARO, *La causa del negozio di accertamento*; Cass., 27 maggio 1971, n. 1572, in *Foro italiano*, 1971, I, c. 2236, con nota di ROVELLI; Cass., 11 ottobre 1979, n. 5292, in *Rivista del notariato*, 1980, p. 200; Cass., 29 ottobre 1979, n. 5663, *ivi*, p. 566; Cass., 6 maggio 1980, n. 2976, in *Giurisprudenza italiana*, 1981, I, 1, p. 253, con nota di NOBILI; Cass., 6 dicembre 1979, n. 6332, in *Archivio civile*, 1980, p. 465; Cass., 6 dicembre 1983, n. 7274, in *Rivista del notariato*, 1985, p. 424; Trib. Messina, 19 gennaio 1991, in *Giustizia civile*, 1992, I, p. 1611, con nota di SAMPERI, *Negozio di accertamento e trasferimento di diritti reali*; Trib. Roma, 19 giugno 1991, in *Giurisprudenza di merito*, 1992, p. 1111, con nota di GIANMARIA, *Rilevanza dell'atto ricognitivo del diritto reale e negozio di accertamento*; Cass., 5 giugno 1997, n. 4994, in *Foro italiano*, 1997, I, c. 2456, con nota di BRUNETTI.

⁽²⁷⁰⁾ Controversa è la qualificazione di simili accordi, c.d. interpretativi, in termini di contratto. Sul tema si veda innanzitutto ONORATO, *L'accordo d'interpretazione*, Milano, 2009. Per un contributo più recente, cfr. GRANELLI, *L'interpretazione come oggetto del contratto: gli accordi di interpretazione e gli accordi sull'interpretazione del contratto*, in *Obbligazioni e contratti*, 2012, 10, p. 647 ss.

⁽²⁷¹⁾ In tema di patti sulla forma la letteratura è vastissima. Tra i classici si vedano, per tutti, ALLARA, *La teoria generale del contratto*, 2° ed., Torino, 1955, spec. p. 218; BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., in particolare p. 289 e 356; GIORGIANNI, voce «Forma degli

contenuto dei futuri rapporti tra esse intercorrenti o, più probabilmente, del rapporto che stanno per instaurare ⁽²⁷²⁾.

Nell'ipotesi appena prospettata il rapporto tra i *recitals* e il contratto che segue potrebbe descriversi in termini di collegamento negoziale ⁽²⁷³⁾. Sorgerebbe allora il problema di stabilire come le patologie degli uni influenzano l'altro e viceversa. La soluzione più accettabile è forse quella di applicare una regola analoga a quella sancita dall'art. 1419 c.c. in tema di nullità parziale: le patologie di un contratto inficeranno l'altro qualora risulti che le parti non avrebbero concluso il primo, se non ci fosse stato il secondo ⁽²⁷⁴⁾. La lettura in termini di collegamento non sarebbe, invece, possibile qualora il preambolo mancasse di una

atti (diritto privato)», in *Enciclopedia del diritto*, XVII, Milano, 1968; IRTI N., *La ripetizione del negozio giuridico*, Milano, 1970, p. 41; PERLINGIERI P., *Forma dei negozi e formalismo degli interpreti*, cit., p. 147; BRECCIA, *La forma*, in *Trattato del contratto*, a cura di Roppo, I, *Formazione*, a cura di Granelli, Milano, 2006, spec. p. 635. Cfr., inoltre, per tutti, BENEDETTI, *Autonomia privata procedimentale. La formazione del contratto fra legge e volontà delle parti*, Torino, 2002; ADDIS (cur.), *Le clausole di forma nelle condizioni generali di contratto*, Atti del Convegno di Brescia, 26 maggio 2006, Milano, 2008; ID., *Il paradosso delle forme convenzionali*, in *Studi in onore di Nicolò Lipari*, I, Milano, 2008; DI GIOVANNI, *Accordi sulla forma e accordi sulla «documentazione» del futuro negozio*, in AA.VV., *La forma degli atti nel diritto privato. Studi in onore di Michele Giorgianni*, Napoli, 1988. Da ultimo, cfr. CERDONIO CHIAROMONTE, *Questioni irrisolte intorno ai patti sulla forma di futuri contratti*, in *Rivista di diritto civile*, 2004, II, p. 209 ss.

⁽²⁷²⁾ Si tratterebbe di un contratto normativo *sui generis*, nel senso che non è tanto volto a regolare una pluralità indefinita di rapporti futuri, quanto piuttosto quel preciso rapporto contrattuale che ci si accinge ad instaurare lì di seguito. Per un approfondimento sui contratti normativi cfr. in dottrina BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, 1960, p. 114 ss.; CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, 1946-1948, p. 287; DOSSETTO, *Contratto normativo*, in *Nuovo Digesto italiano*, IV, Torino, 1959, p. 663 ss.; GITTI, *Contratti regolamentari e normativi*, Padova, 1994; GUGLIELMINETTI, *I contratti normativi*, Padova, 1969, *passim*; ID., voce «Contratto normativo», in *Enciclopedia giuridica*, VIII, Roma, 1988, p. 1 ss.; MESSINEO, voce «Contratto normativo e contratto tipo», in *Enciclopedia del diritto*, X, Milano, 1962, p. 116 ss.; SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale, sub artt. 1321-1352 c.c.*, in *Commentario del codice civile* a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1970, p. 18 ss.

⁽²⁷³⁾ FERRO-LUZZI, *Op. cit.*, p. 7 ss. Specifica SICCHIERO, *Op. ult. cit.*, p. 209, che in presenza del collegamento negoziale il valore da attribuire ai preamboli deve necessariamente tener conto del relativo oggetto. Nel caso in cui le parti abbiano dedotto un fatto estraneo alla loro sfera giuridica, se questo è futuro rispetto alla stipula del contratto, allora può rilevare come presupposizione o come termine di adempimento; se invece è passato, allora può rilevare ai fini dell'errore o addirittura ai fini della nullità del contratto (l'Autore fa l'esempio di una vendita d'immobile abusivo non sanata perché non oggetto dei provvedimenti urbanistici che le parti avevano reputato vigenti). Diversamente, nel caso in cui le parti facciano riferimento a obblighi inerenti le loro qualità, capacità e requisiti, allora la rilevanza di tali circostanze si potrà spiegare anche sul piano della valutazione dell'inadempimento, vuoi con riguardo alla sua sussistenza, vuoi con riguardo alla sua entità.

⁽²⁷⁴⁾ Riconosce l'applicabilità della nullità parziale ai negozi collegati, per tutte, Cass., 18 gennaio 1988 n. 321 in *Giustizia civile*, 1988, I, p. 1214 ss. In senso contrario, cfr. SCHIZZEROTTO, *Il collegamento negoziale*, Napoli, 1983, p. 197. Analogamente, taluni autori sostengono che le vicende di un negozio si trasmettono all'altro solo mediamente, qualora quest'ultimo sia divenuto «inutile» per la constatata impossibilità di conseguire l'effetto voluto dalle parti (così DI NANNI, *Collegamento negoziale e funzione complessa*, in *Rivista di diritto commerciale*, 1977, p. 331 ss.; SCHIZZEROTTO, *Op. ult. cit.*, p. 196).

propria causa, autonoma rispetto a quella del negozio dispositivo che segue, o degli altri elementi essenziali richiesti dall'art. 1325 del codice civile ⁽²⁷⁵⁾.

Passando all'ipotesi in cui non sia individuabile un contenuto negoziale, l'eventuale rinvio del contratto ai preamboli come parte integrante ed essenziale di sé equivale a una *relatio* ad una fonte esterna per determinare parte del proprio oggetto ⁽²⁷⁶⁾. Qui le dichiarazioni contenute nei *recitals* non sono idonee a costituire un negozio autonomo, ma sono nondimeno clausole contrattuali a tutti gli effetti; entrano a far parte del contratto proprio mediante il rinvio che quest'ultimo opera ad esse. La conseguenza principale è che, qualora dovessero sorgere conflitti interpretativi tra quanto espresso dai preamboli e quanto espresso dal corpo del contratto, non prevarrà automaticamente il senso veicolato da quest'ultimo, ma dovrà applicarsi la regola di cui all'art. 1363 del codice.

Diverso è il discorso nella terza ipotesi, quella, cioè, in cui sono gli stessi *recitals* ad autoproclamarsi parte integrante del contratto che segue. Qui non si può parlare di *relatio*, in quanto il rinvio è contenuto nella fonte stessa cui esso è diretto, quasi fosse un "auto-rinvio". Poiché il *recital* precede logicamente e, a rigore, anche cronologicamente il contratto, esso si traduce in un tentativo di integrazione del regolamento negoziale prima che questo venga stipulato, il quale non trova espresso riconoscimento in alcun istituto giuridico ⁽²⁷⁷⁾.

⁽²⁷⁵⁾ Proprio il permanere dell'autonomia – soprattutto causale – tra le singole fattispecie negoziali è il tratto distintivo del collegamento negoziale e consente di differenziare tale ipotesi, ad esempio, da quella del contratto misto, nella quale più contratti nominati si fondono fra loro, dando luogo ad una figura unitaria assistita da una causa unica. Così RAPPAZZO, *I contratti collegati*, Milano, 1998, p. 13, il quale sottolinea che nei contratti collegati, diversamente da quelli misti, la disciplina di ciascun tipo non viene meno. Sul rapporto fra contratto complesso, misto e collegamento negoziale cfr. in particolare FERRANDO, *I contratti collegati*, I requisiti del contratto, III, in *I contratti in generale*, diretto da Alpa-Bessone, Torino, 1991 p. 597 ss. Sostengono la tesi c.d. della "doppia causa", per tutti, DI SABATO, *Unità e pluralità di negozi*, in *Rivista di diritto civile*, 1959, I, p. 412; GASPERONI, *Collegamento e connessione tra i negozi*, in *Rivista di diritto commerciale*, 1955, I, p. 357; GIORGIANNI, *Negozi giuridici collegati*, in *Rivista italiana di scienze giuridiche*, 1937, p. 1 ss.; NATOLI U., *In tema di collegamento funzionale tra contratti*, in *Giurisprudenza completa della cassazione civile*, 1946, II, p. 328; ID., *In tema di negozi collegati*, ivi, 1951, III, p. 320; SENOFONTE, *In tema di negozi collegati*, in *Diritto e giurisprudenza*, 1960, p. 273; SCOGNAMIGLIO, voce «Collegamento negoziale», in *Enciclopedia del diritto*, VII, Milano, 1960, p. 375; VENDITTI, *Appunti in tema di negozi giuridici collegati*, in *Giustizia civile*, 1954, I, p. 259.

⁽²⁷⁶⁾ Rileva FERRO-LUZZI, *Op. cit.*, p. 18 ss., che nel caso in esame non si pone neppure il problema dell'ammissibilità di una *relatio* in presenza di un negozio formale, in quanto la circostanza che le premesse si trovino all'interno del documento contenente il contratto fa sì che la forma della fonte cui si rinvia sia necessariamente la medesima di quella del testo da integrare. Sull'ammissibilità della determinazione del contenuto contrattuale *per relationem* si vedano in particolare CARIOTA-FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, 1945, rist. 2011, p. 177, il quale distingue tra *relatio* formale, che si ha quando «l'indeterminatezza attuale e la possibilità della determinazione in base ad elementi estranei alla manifestazione di volontà concernono la manifestazione», e *relatio* sostanziale, che si ha, invece, quando l'indeterminatezza e la possibilità riguardano, anziché la manifestazione di volontà, la volontà stessa; DI PACE, *Il negozio per relationem*, Torino, 1940, pp. 27-31; FERRI, *In tema di formazione progressiva del contratto e di negozio formale "per relationem"*, in *Rivista di diritto commerciale*, I, p. 1964, e ora in *Saggi di diritto civile*, Rimini, ed. 1994, p. 294 ss. Sul negozio *per relationem* cfr. poi NICOLÒ, *La relatio nei negozi formali*, cit.

⁽²⁷⁷⁾ La definizione in termini di tentativo di integrazione del contratto prima della sua stipulazione è, ancora un volta, di FERRO-LUZZI, *Op. cit.*, loc. ult. cit.

L'unico rilievo che sembra dunque possibile attribuirgli è quello di elemento fattuale utile all'interpretazione o, tutt'al più, di circostanza di fatto presupposta alla manifestazione della volontà negoziale. Il corollario principale è che in caso di conflitto tra il contenuto del preambolo e il contenuto del contratto prevarrà quest'ultimo ⁽²⁷⁸⁾. Analoga conclusione vale per l'ipotesi in cui non sono specificati in alcuna sede i rapporti tra i preamboli e il contratto.

Fatte queste precisazioni, si può procedere all'esame degli effetti riconducibili più specificamente ai *recitals* sulle qualità delle parti. Come già accennato, il primo effetto è proprio quello di guidare il giudice nel riempire di contenuto lo *standard* di diligenza richiesto al debitore nell'adempimento delle obbligazioni su di lui gravanti. Da un lato, se il contratto non fa espresso rinvio ai *recitals*, il ricorso a questi ultimi quale criterio ermeneutico è sussidiario, in quanto subordinato alla condizione che il testo contrattuale presenti una lettera oscura o ambigua, ai sensi dell'art. 1362 c.c.; dall'altro, se il contratto effettua il predetto rinvio, al giudice non sono comunque precluse, nel perdurare di difficoltà interpretative anche dopo l'applicazione dell'art. 1363 c.c., ulteriori indagini secondo le regole previste dagli artt. 1362 ss. del codice, salvo che le parti abbiano previsto una specifica pattuizione in tal senso ⁽²⁷⁹⁾.

Ancora, i *recitals* sulle qualità delle parti, salvo quanto si dirà *infra* per il caso in cui contengano la promessa di acquistare una determinata qualità, sono privi di un contenuto negoziale nel senso specificato e dunque non sono idonee a vincolare il giudice a una determinata interpretazione ⁽²⁸⁰⁾. Neppure valgono, come si potrebbe pensare, a sostituire la diligenza oggettiva con una soggettiva, cioè parametrata alle parti di quel determinato contratto. Il contenuto della diligenza, infatti, come già si è rilevato in altra sede, deve sempre essere parametrato a un modello oggettivo di agente. Proprio nell'individuazione di tale modello risiede l'utilità dei *recitals*.

Si pensi alle seguenti premesse: «*licensee is among the world leaders in the business of licensing know-how and patent rights for the design, construction and operation of [...] plants [...]*», oppure «*A, constructeur de matériel textile, d'une part possède un réseau commercial important dans le monde entier et est donc, de ce fait, bien placé pour recueillir des demandes d'installations de fils ou fibres chimiques, [...]*» ⁽²⁸¹⁾. In presenza di simili dichiarazioni rese dal debitore, il giudice sarà portato a considerare inesatto l'adempimento che riveli anche solo lievi difformità rispetto a quanto pattuito o a quanto è ragionevole attendersi da un debitore che vanta una pluriennale esperienza.

Viceversa, in presenza di dichiarazioni ove il debitore fa presente all'altra parte di disporre di mezzi limitati – «*considérant que la société X n'est pas initiée à la technique informatique [...]*» – o di aver appena avviato l'attività e quindi avere poca esperienza nel settore, il giudice sarà più incline a ritenere raggiunta la

⁽²⁷⁸⁾ *Ibidem*. Osserva l'Autore che una simile divergenza tra dichiarazioni non è infrequente nella pratica, posto che (soprattutto) nella contrattazione d'impresa i soggetti deputati a redigere il documento negoziale coincidono raramente con quelli che hanno il potere di sottoscriverlo.

⁽²⁷⁹⁾ Una clausola in tal senso potrebbe essere la c.d. *merger clause* o *entire agreement clause*, della quale si tratterà *infra* in apposito paragrafo del capitolo secondo.

⁽²⁸⁰⁾ I preamboli possono contenere la promessa, e quindi l'obbligazione, di un fatto proprio, sebbene formulata in maniera descrittiva, oppure di un fatto del terzo. Così SICCHIERO, *Op. ult. cit.*, p. 213.

⁽²⁸¹⁾ Gli esempi provengono dall'esperienza pratica di FONTAINE-DE LY, *Op. cit.*, p. 64.

soglia dell'adempimento anche a fronte di difformità più significative, non perché entri in gioco una diligenza soggettiva, ma perché il livello di prestazione che può raggiungere una società leader nel settore è oggettivamente diverso da quello che può raggiungere una piccola impresa ⁽²⁸²⁾. La soluzione può anche giustificarsi sulla base dell'osservazione per cui il creditore, scegliendo di rivolgersi al debitore, malgrado questi l'avesse informato dei propri limiti, ha accettato di sopportare tale rischio.

Per altro verso, la presenza di dichiarazioni in cui le parti danno atto che la parte tenuta a una determinata prestazione non possiede qualità eccezionali in quel settore di attività, potrebbe compromettere l'esito di un eventuale giudizio di annullamento del contratto. Tale elemento potrebbe, infatti, rendere più ardua (se non impossibile) per il creditore la prova del proprio errore circa le qualità essenziali dell'altro contraente o circa l'oggetto del contratto (salvo che per aspetti diversi da quelli dedotti nei preamboli), oppure del dolo del debitore nell'averlo convinto a stipulare adducendo un alto livello di competenza rivelatosi poi inesistente ⁽²⁸³⁾. Negli ordinamenti di *common law*, ricorrendo ulteriori presupposti, la presenza delle predette dichiarazioni potrebbe inibire *in nuce* al creditore di avvalersi del rimedio fondato su un fatto che le contraddice, in applicazione dell'*estoppel doctrine* ⁽²⁸⁴⁾.

All'opposto, la presenza di dichiarazioni nelle quali le parti danno atto della sussistenza in capo al debitore di particolari qualità, poi rivelatesi carenti, agevola il creditore nel fornire le prove di cui sopra, nonché quella dell'inadempimento, nella misura in cui il debitore si è chiaramente assunto un impegno con la consapevolezza di non poterlo rispettare ⁽²⁸⁵⁾. A ciò si aggiunga la considerazione per cui talune dichiarazioni contenute nei *recitals* potrebbero costituire la prova di quanto un determinato pregiudizio derivante dall'inadempimento fosse prevedibile all'epoca della stipulazione del contratto, aspetto che si rivela particolarmente significativo nel caso in cui il diritto applicabile al contratto escluda il risarcimento dei danni imprevedibili ⁽²⁸⁶⁾.

⁽²⁸²⁾ *Ibidem*, p. 65.

⁽²⁸³⁾ *Ibidem*, p. 210. L'Autore fa l'esempio del venditore che dichiara di essere in possesso di una determinata licenza, sapendo – o ignorando, ma in questo caso la dichiarazione sarebbe soltanto indice della riconoscibilità dell'errore – di non possederla, oppure del venditore che dichiara falsamente o erroneamente di essere proprietario del bene. Secondo l'Autore, il contraente deluso potrà domandare, in alternativa all'annullamento del contratto, la risoluzione, senza che gli si possa opporre la natura genetica del vizio, ove la dichiarazione riguardi un evento suscettibile di realizzarsi se il dichiarante si fosse attivato in tal senso.

⁽²⁸⁴⁾ Sull'istituto dell'*estoppel* si vedano ODGERS, *Construction of Deeds and Statutes*, 5th ed, 1967, pp. 154-158; LEWISON, *The interpretation of contracts*, 2nd ed., London, Sweet & Maxwell, 1997, pp. 275-276; GAILLARD, *L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui comme principe général du droit du commerce international*, in *Revue de l'Arbitrage*, 1985, pp. 241-258; FAUVARQUE-COSSON, *L'estoppel du droit anglais*, in BEHAR-TOUCHAIS (ed.), *L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui*, Paris, 2000, pp. 3-25.

⁽²⁸⁵⁾ Sul rapporto tra i preamboli contrattuali e la riconoscibilità e la rilevanza dell'errore di una parte si veda ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 460.

⁽²⁸⁶⁾ Lo rileva FONTAINE-DE LY, *Op. cit.*, p. 94, il quale riporta l'esempio del caso *Hadley v. Baxendale* [9 Ex. 341, 156 Eng. Rep. 145 (1854)], in cui il proprietario del mulino non ha visto accolta la sua pretesa di ottenere il risarcimento dei danni derivanti dall'interruzione dell'attività del predetto mulino, cagionata dal ritardo nella consegna, proprio perché il vettore non era a conoscenza dell'importanza che il pezzo fosse tempestivamente recapitato. L'Autore sostiene che il caso sarebbe stato deciso diversamente se il contratto di trasporto concluso tra le parti avesse

In ultimo – ma solo perché un approfondimento sul punto richiederebbe un lavoro *ad hoc* – i *recitals* sulle qualità delle parti possono assurgere a presupposizione. Per il vero, è più frequente che si applichi l'istituto in esame a dichiarazione preliminari riguardanti aspetti diversi dalle qualità delle parti, e segnatamente riguardanti a circostanze e fatti futuri influenti sulla causa o sull'oggetto del contratto ⁽²⁸⁷⁾. Nulla impedisce, però, che le parti concludano il contratto sul comune presupposto di una determinata caratteristica del debitore. Si pensi ad esempio al caso in cui il creditore avesse stipulato il contratto sul presupposto della chiara fama del debitore e questi abbia in seguito perso la propria ottima reputazione agli occhi di tutti. Se emergesse in via interpretativa che detto presupposto era nell'intento delle parti condizione obiettiva di efficacia del contratto, il giudice potrebbe concedere al creditore un rimedio per la caduta della presupposizione ⁽²⁸⁸⁾.

Su quale sia questo rimedio non vi è stata nel corso degli anni uniformità di opinioni. Senza poter qui entrare nel merito dell'annosa questione, si consideri che detto rimedio è stato individuato ora nell'inefficacia, ora nell'annullabilità o in una generica invalidità, ora nella nullità per mancanza di causa, ora nell'inesistenza, ora nella risoluzione, ora nel risarcimento del danno, ora nella rideterminazione giudiziale del contenuto dell'accordo ⁽²⁸⁹⁾. Più recentemente,

contenuto un *recital* in cui si dava atto della particolare importanza della merce trasportata e del fatto che di essa la controparte aveva necessità per consentire al suo mulino di riprendere l'attività. Circa la limitazione del risarcimento ai danni prevedibili nel diritto inglese cfr. ELLAND-GOLDSMITH, *Les principes généraux du droit anglais et les opérations internationales*, in *Droit et pratique du commerce international*, 1980, pp. 465-466.

⁽²⁸⁷⁾ Così Cass., 25 maggio 2007, n. 12235, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2007, I, p. 1177 ss., con nota (parzialmente adesiva) di AZZARRI, *Difetto di presupposizione e rimedi esperibili: il revirement della Suprema Corte*, anche commentata da RICCIO, *La presupposizione è, dunque, causa di recesso dal contratto*, in *Contratto e impresa*, 2008, I, p. 11 ss. La sentenza, aderendo ad autorevole dottrina (per tutti, BIANCA C.M., *Il contratto*, III, Milano, 2000, p. 463 ss.), si è discostata dal tradizionale orientamento che considerava la presupposizione una condizione inespressa, oppure la riferiva alla causa del contratto o all'oggetto. In questo senso Cass., 24 marzo 2006, n. 6631, in *Contratti*, 2006, p. 1085, con nota di AMBROSOLI, *La presupposizione in due recenti pronunce della Suprema Corte*; Cass., 11 marzo 2006, n. 5390, in *Contratti*, 2006, p. 1079, con nota di AMBROSOLI; Cass., 23 settembre 2004, n. 19144, in *Contratti*, 2005, p. 329, con nota di SCARDIGNO; Cass., 21 novembre 2001, n. 14629, in *Società*, 2002, p. 1246, con nota di PROVERBIO; Cass., 9 novembre 1994, n. 9304, in *Contratti*, 1995, p. 170.

⁽²⁸⁸⁾ Sulla rilevanza dei preamboli ai fini della presupposizione cfr. SICCHIERO, *Op. ult. cit.*, p. 203 e pp. 206-207, il quale però non cita in questo senso le dichiarazioni sulle qualità delle parti, bensì i riferimenti a un determinato evento futuro.

⁽²⁸⁹⁾ Per le diverse soluzioni cfr. NICOLUSSI, *Presupposizione e risoluzione*, in *Europa e diritto privato*, 2001, p. 843. Per un approfondimento sulla questione della presupposizione – al di là dei classici della dottrina tedesca (WINDSCHEID, *Die Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung*, Düsseldorf, 1850; FADDA e BENSA, note al Windscheid, *Diritto delle pandette*, IV, Torino, 1930, p. 560; OERTMANN, *Die Geschäftsgrundlage*, Leipzig, 1921; LOCHER, *Geschäftsgrundlage und Geschäftszweck*, in *Archiv für die zivilistische Praxis*, 1923 (121°), p. 72; KRUCKMANN, *Die Voraussetzung als virtueller Vorbehalt*, Ivi, 131, 1929, p. 1; LARENZ, *Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung*, München u. Leipzig, 1951; MENGONI, *In relazione alla monografia di Larenz*, in *Rivista di diritto commerciale*, 1953, I, p. 255) si segnalano in particolare BELFIORE, *La presupposizione*, in *Il contratto in generale*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Bessone, vol. XIII, Torino, 2003; BESSONE-D'ANGELO, voce «Presupposizione», in *Enciclopedia del diritto*, XXXV, Milano, 1986, p. 338; CACCAVALE, *Giustizia del contratto e presupposizione*, Torino, 2005; PENNAZIO, *La presupposizione tra sopravvenienza ed equilibrio*

un'importante pronuncia della corte di legittimità ha prospettato l'innovativa soluzione di attribuire al creditore, anziché il rimedio risolutorio, la possibilità di esercitare il diritto di recesso e dunque di sciogliere unilateralmente ed in via stragiudiziale il rapporto ⁽²⁹⁰⁾. Ancor più di recente, si è assistito ad un *revirement*, per cui la Cassazione è ritornata sui suoi passi ripristinando il rimedio della risoluzione, senza tuttavia chiarire se si tratta di quella per impossibilità sopravvenuta della prestazione o di altra ⁽²⁹¹⁾.

Tenuto conto dei diverse conseguenze che l'interprete può trarre dai *recitals*, nella redazione dei contratti sarebbe saggio contenerle al minimo indispensabile o pattuire una clausola interpretativa, sul modello della *entire agreement* di cui si tratterà nel prossimo capitolo, che ne escluda espressamente l'utilizzo per la ricostruzione della volontà delle parti. Questo "minimo indispensabile" dovrebbe includere solo dati quali la menzione degli atti pregressi compiuti dalle parti rilevanti ai fini dello stipulando contratto o la provenienza dei beni immobili eventualmente oggetto dell'atto, mentre dovrebbe lasciare fuori le dichiarazioni circa le qualità delle parti.

Una prassi corretta sarebbe quella d'inserire dette dichiarazioni nelle clausole sull'oggetto dell'obbligazione e confezionarle in modo diverso a seconda della funzione che s'intende attribuire loro.

Cominciando dalla prima funzione, cioè quella di riempire di contenuto il livello di sforzo che preteso o pretendibile dal debitore, la dichiarazione può risolversi, appunto, in una clausola sulla diligenza oppure in una clausola sull'interesse del creditore, sul modello di quelle proposte nei paragrafi precedenti. La collocazione ideale è immediatamente dopo la descrizione dei risultati intermedi richiesti al debitore ⁽²⁹²⁾.

Nella redazione della clausola occorre prestare attenzione al soggetto nel cui interesse s'intende porla: nel caso in cui tale soggetto sia il debitore sarebbe opportuno aggiungere una dichiarazione del creditore con cui egli attesti di essere stato sufficiente informato – e quindi di essere consapevole – dei limiti del debitore stesso ⁽²⁹³⁾. Così formulata, la clausola proposta dovrebbe anche assolvere alla funzione di scongiurare un'azione di annullamento da parte del

contrattuale, Milano, 2006; SEGRETO, *Presupposizione nella dottrina e nella giurisprudenza*, in *Giustizia civile*, 1996, II, p. 57 ss.

⁽²⁹⁰⁾ La sentenza che ha prospettato la soluzione del recesso è la già citata Cass., 25 maggio 2007, n. 12235.

⁽²⁹¹⁾ Così Cass., 5 maggio 2010, n. 10899, in *Banca dati* (online) *Leggi d'Italia*, commentata da AIELLO, *L'applicabilità del rimedio risolutorio al difetto sopravvenuto della presupposizione in un recente revirement della Cassazione*, in *Nuova giurisprudenza civile*, 2011, 6, p. 305.

⁽²⁹²⁾ Come modello di clausola si potrebbe assumere il seguente: "La prestazione di Tizio consisterà in ... Detta prestazione si considererà esattamente adempiuta se Tizio avrà raggiunto i seguenti risultati ... [segue una puntuale descrizione nella quale il creditore esplicita le proprie aspettative]. All'uopo, Tizio dichiara a Caio, il quale ne prende atto, di possedere un'esperienza di ... anni nel settore, nonché di essere in possesso dei macchinari più all'avanguardia sul mercato europeo, e si obbliga ad eseguire la prestazione in modo adeguato a tali qualità".

⁽²⁹³⁾ Volendo proporre un modello nell'interesse del debitore si potrebbe pensare al seguente: "Tizio dichiara a Caio, il quale ne prende atto e a sua volta si dichiara sufficientemente informato, di esercitare la professione di ... da due anni e di aver iniziato da ... il corso per ottenere la specializzazione in ... [Eventualmente] Con riguardo alla predetta specializzazione, Tizio si obbliga nei confronti di Caio ad ottenere il relativo titolo entro ... In caso d'inadempimento a tale obbligazione, le parti pattuiscono che ...".

creditore per dolo o errore sulle qualità personali dell'altro contraente, impedendo il sorgere di un affidamento su circostanze non corrispondenti a verità. Nel caso in cui le parti decidano di pattuire per una di esse l'obbligo di acquistare una determinata qualità, risulterà importante disciplinare accuratamente le conseguenze dell'inadempimento, così da chiarire anche se si tratta di una prestazione principale o accessoria.

Venendo all'ultima funzione dei *recitals* sulle qualità delle parti, cioè quella legata alla presupposizione, vista la tormentata storia dell'istituto nell'ordinamento italiano e visto che il codice appresta già uno strumento per dare rilievo ai motivi che spingono le parti a contrarre, pare più corretto avvalersi di una condizione risolutiva, o sospensiva se si tratta di una qualità che il debitore non possiede ancora ma intende acquistare⁽²⁹⁴⁾.

Potrebbe essere opportuno, ove l'esigenza che il debitore mantenga le qualità promesse sopravviva per un certo periodo al contratto, ad esempio per ragioni legate alla reputazione del contraente, prevedere espressamente l'ultrattività dell'obbligo e la corresponsione di una determinata somma a titolo di penale per il caso d'inadempimento⁽²⁹⁵⁾. In questo caso sarebbe buona prassi, onde prevenire eventuali liti future, pattuire il deferimento della valutazione circa il mantenimento o meno della qualità richiesta a un terzo imparziale quale un arbitratore o un arbitro.

Valida alternativa alla condizione è costituita dalla clausola risolutiva espressa. Qui però non basterà una semplice dichiarazione di qualità resa dalla parte, ma bisognerà prevedere un vero e proprio obbligo di mantenere la qualità per tutta la durata del contratto, altrimenti manca l'inadempimento da dedurre nella clausola.

⁽²⁹⁴⁾ La struttura della clausola potrebbe adattarsi in questo modo "Tizio dichiara ... Le parti sottopongono l'efficacia del presente contratto alla condizione risolutiva che le qualità dichiarate permangano in capo al debitore fino al giorno in cui la prestazione sarà eseguita".

⁽²⁹⁵⁾ La clausola potrebbe essere formulata nel modo seguente: "Tizio si obbliga a mantenere le predette qualità fino a che non siano decorsi ... anni dall'esecuzione di tutte le prestazioni dedotte nel presente contratto. In caso d'inadempimento a detto obbligo, Tizio si obbliga a corrispondere a Caio la somma di euro ...".

CAPITOLO SECONDO

IL POTERE DI RESTRINGERE L'INADEMPIMENTO ED ESTENDERE L'IMPOSSIBILITÀ

SOMMARIO: 1. Il problema della qualificazione dei patti che restringono l'ambito dell'inadempimento. – 2. I limiti oggettivi e soggettivi alle clausole di esonero da responsabilità. – 3. Spunti da altri ordinamenti per un ripensamento dei limiti. – 4. L'applicabilità dei limiti ad alcune ipotesi speciali di responsabilità. – 5. I rimedi contro le clausole che violano i limiti: l'interpretazione conservativa e la nullità parziale. – 6. L'ammissibilità di un esonero da responsabilità per inadempimento efficiente. – 7. L'ammissibilità di un esonero da responsabilità precontrattuale. – 8. Clausole di esonero, concorso di responsabilità contrattuale e aquiliana e danno non patrimoniale da inadempimento. – 9. Il potere delle parti di escludere l'integrazione del contratto: spunti dalle clausole di *entire agreement* e *no-supplementation*. – 10. Il potere delle parti di derogare ai presupposti dell'eccessiva onerosità e dell'impossibilità: le clausole di *hardship* e *force majeure*.

1. Il problema della qualificazione dei patti che restringono l'ambito dell'inadempimento.

Mentre, come si è detto, non esiste nel codice vigente alcuna norma generale che stabilisca un tetto massimo al potere delle parti di ampliare l'ambito dell'inadempimento, chi si accinge allo studio del potere delle parti di produrre l'effetto contrario è costretto, innanzitutto, a fare i conti con i limiti previsti dall'art. 1229 c.c. La norma, le cui radici affondano nel diritto romano, sancisce la nullità di «qualsiasi patto che esclude o limita preventivamente la responsabilità del debitore per dolo o colpa grave» e di «qualsiasi patto preventivo di esonero o di limitazione 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»⁽¹⁾.

A questi limiti generali si aggiungono due limiti che si possono definire speciali in quanto si applicano solo a determinate categorie di contratti: si tratta dell'inefficacia e della nullità relativa. La clausola è inefficace quando è contenuta in un contratto concluso mediante condizioni generali, è pattuita in favore del predisponente, e difetta della specifica approvazione per iscritto prevista dall'art. 1341 c.c.; la clausola è affetta da nullità relativa quando è contenuta in un contratto tra un professionista e un consumatore e ricorrono le condizioni che ci si accinge a riportare.

Se la clausola produce l'effetto di «limitare la responsabilità del professionista rispetto alle obbligazioni derivanti dai contratti stipulati in suo

⁽¹⁾ Il fondamento della norma viene comunemente fatto risalire al frammento 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.*

nome dai mandatari [...]» ex art. 33, lett. q), cod. cons., è nulla in quanto presuntivamente vessatoria salva la prova o che essa è stata oggetto di trattativa individuale (art. 34, comma 4, cod. cons.) o che essa non ha in concreto determinato «un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto» (art. 33, comma 1, cod. cons.); se la clausola è tale da «escludere o limitare la responsabilità del professionista in caso di morte o danno alla persona del consumatore, risultante da un fatto o da un'omissione del professionista» ex art. 33, comma 2, lett. a), cod. cons., oppure da «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» ai sensi della lett. e) della medesima norma, essa è nulla quantunque negoziata (art. 36, comma 2, cod. cons.).

In questo quadro, la prima operazione che l'interprete deve compiere quando si trova di fronte a un patto suscettibile d'incidere sull'inadempimento (la formula è qui volutamente generica) è l'accertamento dell'applicabilità dell'art. 1229 c.c. L'interprete deve in altre parole domandarsi, in via pregiudiziale a qualunque altra valutazione, se il patto stipulato dalle parti sia qualificabile in concreto come una clausola di esonero da responsabilità ⁽²⁾. Qualora la risposta sia positiva, si procederà a un giudizio di compatibilità del patto con i limiti dettati dalla norma; in caso contrario, e solo allora, ci s'interrogherà sulla sussistenza di limiti ulteriori al patto, ricavabili questa volta dall'ordinamento nel suo complesso.

La ricerca del *discrimen* tra clausole che riducono l'ambito dell'inadempimento e clausole di esonero da responsabilità non può che cominciare con la ricostruzione di entrambe le categorie. Cominciando dalla prima categoria, in essa sono sostanzialmente ricomprese le stesse clausole di cui si è trattato nel capitolo precedente, cioè clausole sull'oggetto dell'obbligazione, sulla responsabilità del debitore e clausole sull'impossibilità o l'eccessiva onerosità sopravvenuta della prestazione. La differenza non risiede nella natura o nel tipo di clausola, ma nei suoi effetti: qui le clausole non sono utilizzate per aggravare la posizione del debitore, ma per alleggerirla.

Ovviamente le clausole sulla responsabilità – note alla prassi commerciale internazionale come *exemption clauses* o *clauses exonératoires* o

⁽²⁾ Si fa riferimento qui alle sole clausole di esonero da responsabilità e non a quelle limitative della medesima, poiché le pattuizioni oggetto della presente disamina, afferendo al potere delle parti di restringere l'ambito dell'inadempimento, afferiscono all'*an* della responsabilità, come le prime, mentre non mirano ad attenuare le conseguenze di una responsabilità già sorta, come fanno invece le clausole di limitazione. Sul punto si veda FERRARINI, nota a Cass. 12 aprile 1946, n. 428, in *Foro italiano*, 1946, I, 694, il quale definisce clausole di esonero «sono quelle che attengono 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 TORRENTE, *Le clausole di esonero e le clausole limitative della responsabilità*, in *Giustizia civile*, 1951, p. 249. Si veda inoltre PESCATORE, *In tema di limitazione di responsabilità del vettore marittimo*, in *Foro padano*, 1950, 186. La distinzione tra clausole di esonero e clausole di limitazione della responsabilità è in ogni caso priva di rilevanza pratica, atteso che l'art. 1229 c.c. tratta entrambe le fattispecie allo stesso modo.

Haftungsausschlussklauseln – si collocano sempre all’intersezione tra l’insieme delle clausole che restringono l’inadempimento e quello delle clausole di esonero. Posto che sono clausole con cui le parti stabiliscono espressamente che il debitore non risponde *tout court* dell’inadempimento di alcune obbligazioni o non risponde di determinati eventi a lui imputabili che hanno reso impossibile la prestazione, esse rappresentano il vero e proprio paradigma dei patti contemplati dall’art. 1229 c.c. ⁽³⁾.

Più arduo è invece cogliere l’intersezione con le altre clausole della prima categoria, cioè quelle sull’oggetto del contratto, sull’impossibilità liberatoria e sull’eccessiva onerosità, perché non incidono sulla responsabilità direttamente, ma potrebbero incidervi in via mediata. L’art. 1229 c.c. utilizza una formula diversa da quella dell’art. 33 cod. cons., dove si parla espressamente di clausole aventi «per oggetto, o per effetto» un’esclusione di responsabilità, ma adotta comunque un approccio “funzionale”: la lettera, infatti, ai fini dell’applicazione della disciplina, non fa alcun riferimento al *quomodo* della clausola né all’immediatezza o meno del risultato esonerativo. Essendo la formulazione così ampia, non vi sono dubbi che per clausola di esonero *ex art.* 1229 c.c. debba intendersi anche quella che ha natura diversa ma produce indirettamente gli effetti vietati dal codice ⁽⁴⁾.

Una diversa interpretazione si porrebbe in contrasto con la *ratio* di tale disciplina, che è senza dubbio di ordine pubblico. In epoca più risalente, detta *ratio* veniva individuata nella necessità d’impedire che l’equilibrio economico del singolo contratto fosse alterato a vantaggio di una sola delle parti, in quanto il codice del commercio consentiva l’esonero di una parte solo se bilanciato da una diminuzione del prezzo a favore dell’altra ⁽⁵⁾. La dottrina più recente, invece, individua la *ratio* nell’esigenza di «assicurare comunque un minimo e

⁽³⁾ La pattuizione con cui si esclude il risarcimento se l’inadempimento è dipeso da determinate cause ricorre spesso nei contratti di trasporto marittimo, ove assume la forma di una clausola di esclusione della responsabilità per batteria del capitano o di una *negligence clause* (più specificamente, quest’ultima è la clausola con cui il vettore viene esonerato dalla responsabilità per danni derivanti da colpa, negligenza, imperizia del capitano della nave o del pilota). Sul punto cfr. FRANCESCHELLI, *Le clausole di irresponsabilità nei trasporti marittimi ed il problema della protezione del contraente più debole nei contratti a serie*, in *Rivista della navigazione*, 1938, I, p. 283, LEFEBVRE D’OVIDIO, *La disciplina convenzionale della responsabilità del vettore marittimo*, Roma, 1939, pp. 24-25; VIDALI, voce «*Negligence clause*», in *Novissimo digesto italiano*, Torino, 1965, p. 187. Un esempio della seconda pattuizione citata nel corpo del testo è la clausola con cui il vettore nel trasporto marittimo è esonerato dalla responsabilità per perdita o avaria della merce, difettoso stivaggio, vizio occulto della nave, incendio ecc. Anche qui si veda FRANCESCHELLI, *Op. ult. cit.*, p. 277. Si potrebbero naturalmente citare molti altri esempi di clausole di esonero o limitazione, ma per quello che ci interessa in questa sede, cioè le clausole che incidono sull’*an* della responsabilità, pare più opportuno limitarsi a quelle menzionate nel corpo del testo.

⁽⁴⁾ Estende l’ambito dell’art. 1229 c.c. a «tutti i patti concernenti l’*an*, il *quantum*, il *quando*, il *quomodo respondeatur*» LONGOBUCCO, *Mutamenti convenzionali del regime legale dell’inadempimento: profili sistematici e ricostruttivi*, in *Contratto e impresa*, 2017, 1, p. 170 ss., *passim*.

⁽⁵⁾ Così 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. La tesi dell’Autore si basa sull’abrogato art. 416 del codice del commercio, il quale consentiva al vettore nei trasporti su strada ferrata di pattuire una limitazione di responsabilità, a condizione, però, che fosse stabilita anche una diminuzione del prezzo del servizio a favore del creditore.

inderogabile impegno diligente da parte del debitore» in una più ampia ottica di tutela del credito, dell'ordinato svolgimento dell'attività economica ⁽⁶⁾.

Ad *abundantiam*, si può poi osservare che un'interpretazione restrittiva, nel senso sopra esposto, dell'art. 1229 c.c. si rivelerebbe contraria all'insegnamento generale che si può trarre dall'art. 1344 c.c., 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.

Ora, se quanto detto è vero, le coordinate da seguire nella qualificazione dei patti che restringono l'inadempimento si risolvono in un interrogativo: esistono davvero clausole sull'oggetto dell'obbligazione, sull'onere della prova e sull'impossibilità o l'eccessiva onerosità sopravvenuta che non producono, neppure indirettamente, gli effetti previsti dall'art. 1229 c.c., cioè che non incidono in alcun modo sulla responsabilità? Il quesito è stato sollevato, forse per la prima volta, con riguardo alle clausole sull'oggetto del contratto e continua a essere oggetto di aspro dibattito, soprattutto per la rilevanza della casistica in materia (i filoni principali riguardano la responsabilità da custodia della banca nei contratti di deposito nelle cassette di sicurezza e la delimitazione del rischio nei contratti assicurativi) e degli interessi sottostanti ⁽⁷⁾.

Ci si limiti a osservare che la giurisprudenza non è stata in grado di fissare un criterio discrezionale certo. Ne è un esempio emblematico la recentissima pronuncia delle Sezioni Unite sulla c.d. clausola *claims-made* mista o impura nei contratti di assicurazione ⁽⁸⁾. Si tratta del patto con cui l'assicurazione limita il proprio

⁽⁶⁾ Si vedano in particolare BENATTI FRANCESCO, *Contributo allo studio sulle clausole di esonero dalla responsabilità*, Milano, 1971, pp. 39 ss.; BIANCA C.M., *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, cit., p. 475; CIAN, *Lata culpa dolo aequiparatur*, in *Rivista di diritto civile*, 1963, p. 177, il quale afferma che la *ratio* del divieto si fonda sull'«interesse pubblico a che nel traffico sociale si osservi sempre un minimo di diligenza»; DI GRAVIO, *Prevedibilità del danno e inadempimento doloso*, Milano, 1999, pp. 60-61. Nel diritto romano il fondamento del divieto veniva ravvisato nella contrarietà alla buona fede e ai *boni mores*, come si legge nel famoso passo di Ulpiano (Dig., XVI, tit. III, 1, § 7) «*Illud non probabis, dolum non esse prestandum, si convenerit: nam haec conventio contra bonam fidem, contraque bonos mores est: et ideo nec sequenda est*». Per un commento cfr. POLACCO, *Le obbligazioni nel diritto civile italiano*, cit., p. 289. Nella vigenza del codice del 1865 il divieto del patto non era previsto, ma era nondimeno pacifica in dottrina la sua nullità, vuoi perché immorale (così CHIRONI, *La colpa contrattuale*, cit., p. 502; FERRARA, *Teoria del negozio illecito*, Milano, 1914, p. 216), vuoi perché antitetico al concetto stesso di obbligazione, nella misura in cui faceva dipendere l'adempimento dall'arbitrio del debitore (così, per tutti, GIORGI, *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*, II, VII ed., rist., Firenze, 1924, pp. 67 ss.). Aderiscono alla tesi DI MAJO, *Adempimento e risarcimento nella prospettiva dei rimedi*, in *Rivista di diritto civile*, 2006, I, p. 72; MAIORCA, voce «*Colpa civile (teoria generale)*», in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1960, pp. 563-564; TORRENTE, *Le clausole di esonero e le clausole limitative di responsabilità*, in *Giustizia civile*, 1951, p. 249. A quest'ultimo orientamento replica POLACCO, *Op. ult. cit.*, p. 239, che in realtà la minaccia alla serietà e integrità al vincolo giuridico si ha solo nel caso in cui venga esclusa la responsabilità per dolo.

⁽⁷⁾ Cfr., tra le altre, Cass., 27 luglio 2001, n. 10290, in *Giustizia civile*, 2001, p. 2590; Cass., 1° dicembre 1998, n. 12190 e Cass., 8 gennaio 1999, n. 102, entrambe in *Danno e responsabilità*, 1999, p. 642, con nota di PEDRAZZI, *Clausole limitative di responsabilità ed oggetto del contratto: due recenti pronunce della Cassazione in materia assicurativa*. Si veda inoltre Trib. Venezia, 24 maggio 2004, in *Danno e responsabilità*, 2005, p. 558.

⁽⁸⁾ Cass., Sez. Un., 6 maggio 2016, n. 9140, in *Contratti*, 2016, 8-9, p. 753 ss., con commento di CARNEVALI; in *Corriere giuridico*, 2016, 7, p. 921 ss., con nota di CALVO, *Clausole claims made fra meritevolezza e abuso secondo le Sezioni Unite*; in *Danno e responsabilità*, 2016, 10, p.

obbligo di manleva dell'assicurato ai soli sinistri per i quali l'istanza risarcitoria sia stata presentata durante la vigenza della polizza e che si siano verificati in quel periodo (oppure nel triennio precedente, ove sia presente la c.d. *sunset clause*). Detto patto rappresenta una deroga al modello codicistico (c.d. *loss occurrence*), il quale invece prevede che siano coperti dalla polizza tutti i sinistri verificatisi nella sua vigenza, quindi anche quelli denunciati in un momento successivo.

La Cassazione ha qualificato la clausola in esame come pattuizione sull'oggetto del contratto e non sulla responsabilità, posto che riguarda il contenuto e i limiti della garanzia assicurativa e, dunque, specifica il rischio garantito, mentre non limita le conseguenze della colpa o dell'inadempimento, né esclude il rischio garantito. Siffatta soluzione non è immune da critiche. Se è vero che la clausola non prevede una limitazione della responsabilità, si potrebbe nondimeno sostenere che essa ne contempla un esonero: grazie alla sua presenza, infatti, la compagnia assicuratrice, in concreto, non risponde di tutta una classe di rischi che in un normale contratto sarebbe, invece, tenuta a coprire.

Al di là delle obiezioni, su cui non è possibile indugiare, il punto è un altro: la peculiarità del contratto di assicurazione – segnatamente il polimorfismo del rischio, che ora si atteggia a misura della responsabilità, ora compenetra l'oggetto e la causa del negozio – fa sì che le pronunce in merito non si prestino a generalizzazioni. La dottrina non ha mancato di dare il suo contributo, ma le sue proposte, da un lato, sono state per lo più pensate, ancora una volta, per risolvere casi specifici e relativi a clausole di limitazione della responsabilità, anziché di esonero, dall'altro, non si sono rivelate comunque idonee a rischiarare le zone grigie tra le categorie in esame ⁽⁹⁾. Il problema rimane dunque aperto.

929 ss., con note di GAZZARA, *La meritevolezza della clausola claims made al vaglio delle Sezioni Unite*; di ALLAVENA, *Meritevolezza delle claims made: il difficile compito dei giudici di merito dopo le Sezioni Unite*; e HAZAN, *La singolare vicenda della claims made, prima e dopo le Sezioni Unite* (“*Piacere figlio d'affanno; Gioia vana...*”); in *Foro italiano*, 2016, 6, 1, c. 2014 ss.; in *Giurisprudenza italiana*, 2016, 12, p. 2602 ss., con nota di 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 giurisprudenza civile*, 2016, 11, p. 1434 ss. La tesi delle Sezioni Unite è stata confermata dalla giurisprudenza successiva. Così Trib. Livorno, 27 luglio 2016, in *La nuova giurisprudenza civile*, 2016, 11, p. 1440; e Trib. Udine, 3 maggio 2017, in banca dati (*online*) *Leggi d'Italia*.

⁽⁹⁾ Sulla distinzione tra clausole sull'oggetto e clausole di esonero si veda in particolare BIANCA C.M., *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, in *Commentario al codice civile*, a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1979, p. 479 e p. 485, il quale ha proposto di ritenere determinative dell'oggetto le clausole con le quali si esclude la responsabilità per determinate parti dell'opera o del servizio, a condizione che la prestazione sia suscettibile di esecuzione senza la parte esclusa, ovvero risulti che la parte esclusa debba essere eseguita in proprio o affidata a terzi dallo stesso creditore. Il criterio è stato applicato al caso delle cassette di sicurezza: si è affermato che il divieto per il cliente di introdurre nella cassetta beni per un valore superiore a un dato ammontare costituisce una violazione dell'art. 1229 c.c., in quanto la banca assume pur sempre l'obbligo di custodia, ma tende con ciò a limitare la propria responsabilità. Condivide la tesi DELFINI, *Clausole di esonero da responsabilità e di determinazione dell'oggetto*, nota a Cass., 24 gennaio 1997, n. 750, in *Contratti*, 1997, 3, p. 255 ss., il quale sottolinea l'indivisibilità ontologica dell'obbligazione di custodia gravante sulla banca e, per converso, la divisibilità dell'obbligo risarcitorio, il quale ha carattere secondario (le medesime considerazioni si leggono in Cass. Sez. Un., 1 luglio 1994, n. 6225, in *Foro italiano*, 1994, I, c. 3422 ss.). Più nel dettaglio, Delfini qualifica la pattuizione come clausola di determinazione dell'oggetto se attiene alla conformazione di un obbligo primario della parte, ossia se incide sulle prestazioni oggetto diretto del sinallagma contrattuale; come clausola di esonero o limitazione della responsabilità se, invece, incide

Fermo restando che le clausole sull'oggetto dell'obbligazione si possono definire come quei patti con cui le parti specificano il contenuto della prestazione in modo da alleggerirlo rispetto a determinati *standard*, onde scongiurare il rischio di assumere a modello ipotesi troppo specifiche, conviene qui considerare come paradigmatiche della categoria le clausole con cui si circoscrive la *lex artis* cui il debitore è tenuto a conformarsi, 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⁽¹⁰⁾.

All'interrogativo se e quando simili clausole rientrino nell'ambito di applicazione dell'art. 1229 c.c. si può rispondere, per quanto interessa in questa sede, 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 – e dunque soggiacciono all'art. 1129 c.c. – le clausole che prevedono un contenuto “di livello inferiore” rispetto a quello ordinariamente richiesto in quel determinato tipo di attività. In quest'ottica, la qualificazione della fattispecie concreta deve articolarsi in due passaggi successivi: in un primo momento si determina 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 si stabilisce se tale soglia coincide o è superiore a quella fissata mediante la clausola.

Il procedimento appena descritto si può applicare anche alle clausole sull'impossibilità o sull'eccessiva onerosità della prestazione, meglio note alla prassi, rispettivamente, come clausole di *force majeure* e di *hardship*. Come meglio si dirà in apposita sede, le prime, almeno nella loro variante più ricorrente, elencano e definiscono una serie di eventi, normalmente non imputabili al debitore, il cui verificarsi lo libera dalla responsabilità per la mancata esecuzione della prestazione; le altre elencano e definiscono una serie di eventi che costituiscono eccessiva onerosità sopravvenuta della prestazione, oppure derogano ai requisiti di straordinarietà e imprevedibilità richiesti dalla relativa disciplina.

Simili clausole si tradurrebbero inevitabilmente in clausole di esonero in un sistema basato su una concezione rigorosamente oggettiva della responsabilità, cioè in un sistema ove neppure l'impossibilità non imputabile costituisce un limite alla responsabilità medesima. Il discorso cambia negli ordinamenti in cui la

sull'obbligo secondario di risarcimento, a seguito della colpevole inattuazione dello scambio. Sulla distinzione in questione si vedano inoltre DELFINI, *Autonomia privata e rischio contrattuale*, Milano, 1999, pp. 26-30; DELOGU, *Le modificazioni convenzionali della responsabilità civile*, Padova, 2000, p. 208 ss.; MARTORANO, *Delimitazione dell'oggetto e limitazioni della responsabilità della banca*, in *Banca, borsa, titoli di credito*, 1981, p. 129 ss.; SACCOMANNI, *In margine alla validità di clausole di delimitazione del rischio contenute nei formulari delle polizze assicurative*, in *Giurisprudenza di merito*, 1976, I, p. 256. Sull'oggetto del contratto cfr. GITTI, *L'oggetto del contratto e le fonti di determinazione dell'oggetto dei contratti d'impresa*, in *Rivista di diritto civile*, 2005, I, pp. 11-25.

⁽¹⁰⁾ Cfr. CHAPPUIS, *Les clauses de best efforts, reasonable care, due diligence et les règles de l'art dans les contrats internationaux*, cit., p. 297; e NICKLISCH, *Funktion und Bedeutung technischer Standards in der Rechtsordnung*, cit., 38, 1983, p. 261 ss.

responsabilità presuppone comunque l'imputabilità dell'evento che ha reso impossibile la prestazione. Qui tre sono i possibili scenari: o la clausola si limita a includere nel suo ambito fatti che non sarebbero imputabili al debitore neppure in assenza della medesima; o la clausola elenca fatti che, in sua assenza, sarebbero imputabili al debitore; oppure ancora la clausola elenca in parte fatti imputabili, in parte fatti non imputabili. Nel primo caso la clausola produrrà altri effetti (di cui meglio si dirà), ma non sarà qualificabile alla stregua dell'art. 1229 c.c., mentre negli altri due casi la clausola sarà qualificabile come un esonero, rispettivamente, parziale o totale, da responsabilità ai sensi della norma appena citata.

Da quanto sin qui illustrato emerge che la categoria delle clausole di esonero da responsabilità è potenzialmente ampia quanto quella delle clausole che riducono l'ambito dell'inadempimento. Per citarne solo alcuni, ci sono patti con cui le parti prevedono che il debitore non risponda per specifici rischi o eventi; clausole in cui si stabilisce che se l'inadempimento dipende da ragioni di convenienza economica, il debitore è esonerato da responsabilità; clausole con cui si pattuisce che il debitore non risponde per inadempimento qualora l'esecuzione della prestazione sia divenuta moralmente impossibile.

Come si può notare già da questo elenco – che pure è ristretto, in quanto non comprende, ad esempio, le clausole sugli effetti della responsabilità –, le pattuizioni in esame possono assumere molte forme ed hanno un ambito di applicazione significativamente più vasto e indefinito rispetto a quelle volte ad aggravare la responsabilità stessa ⁽¹¹⁾.

2. I limiti oggettivi e soggettivi alle clausole di esonero da responsabilità.

Come si è detto, l'art. 1229 c.c. sanziona con la nullità il patto con cui si esonera il debitore da una responsabilità per dolo o colpa grave (comma primo) oppure da una responsabilità che deriva dalla violazione di norme di ordine pubblico, sia questa per fatto proprio o per fatto degli ausiliari (comma secondo). Costituiscono dunque i limiti oggettivi alla clausola di esonero il dolo, la colpa grave e l'ordine pubblico.

⁽¹¹⁾ La pratica commerciale conosce molte altre clausole capaci di influenzare il sistema della responsabilità contrattuale, alcune delle quali trovano espressa previsione nel codice come figure autonome rispetto alla categoria dei patti di esonero previsti dall'art. 1229 c.c. Nel presente lavoro non si affronterà la questione di delimitare i confini di tali figure ed individuare le interferenze e i necessari coordinamenti tra queste e la fattispecie di cui alla norma da ultimo citata, in quanto tale indagine attiene non all'*an* della responsabilità – oggetto principe della trattazione – bensì alle sue conseguenze. Basti in questa sede un elenco, senza alcuna pretesa di tassatività, delle principali clausole cui si fa riferimento. Così DELOGU, *Op. cit.*, pp. 155 ss., si riferisce alla clausola penale, ai patti che limitano la proponibilità di eccezioni, tra cui la clausola *solve et repete*, e alle clausole di manleva. Per un'analisi approfondita della questione si veda PATTI F. P., *La determinazione convenzionale del danno. Clausole tipizzate e prassi del mercato. Autonomia privata e intervento del giudice*, Napoli, 2015, *passim*, il quale all'elenco poc'anzi citato aggiunge la caparra confirmatoria, la clausola di liquidazione anticipata del danno, le clausole che determinano una riduzione della controprestazione; le clausole «premiali», le *acceleration clauses*, le clausole *take or pay*, le *indemnity clauses*, la clausola di acquisizione delle rate pagate, le *indemnités d'immobilisation*, e, infine, le clausole relative a indennità connesse in particolari ipotesi di recesso.

Con riferimento ai limiti contemplati dal primo comma, si può innanzitutto osservare che, nella sua concezione più moderna, il termine dolo, ove accostato all'inadempimento, non reca nel suo significato alcuna sfumatura di "illiceità" o "riprovevolezza", ma allude semplicemente alla coscienza e volontarietà della violazione dell'impegno contrattuale, oppure alla 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⁽¹²⁾. In altre parole, non è più richiesta, ai fini della ricorrenza del dolo, l'intenzione del debitore di cagionare un danno al creditore per mezzo dell'inadempimento⁽¹³⁾.

Diversa concettualmente dal dolo – ancorché ad esso equiparata dalla norma *quoad effectum* – è la colpa grave⁽¹⁴⁾. Quest'ultima si può, ancora una volta,

(12) Così 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; FUNAIOLI, voce «*Dolo (diritto civile)*», in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1964, p. 742. In senso contrario, 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. A proposito della riconduzione all'inadempimento doloso dell'ipotesi in cui il debitore assume un'obbligazione malgrado la consapevolezza di non possedere la perizia o i mezzi necessari per l'adempimento, o di non poter disporre del bene alienato, si veda BIANCA C.M., *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, cit., p. 376. Sul punto cfr. inoltre ROMEO C., *Inadempimento doloso e risarcimento del danno imprevedibile*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2004, pp. 990-992.

(13) Cfr. BARASSI, *Teoria generale delle obbligazioni*, III, 2° ed., Milano, 1964, p. 301; DE LORENZI, voce «*Inadempimento doloso*», in *Digesto delle discipline privatistiche* (sez. civ.), Torino, 1993, p. 363. In giurisprudenza cfr., nello stesso senso, Cass., 25 marzo 1987, n. 2899, in *La settimana giuridica*, 1987, II, p. 1361. In senso contrario, per tutti, DE CUPIS, *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*, II, 3° ed., Milano, 1979, p. 141, secondo cui il dolo comprende anche la volontà di provocare un danno. Per un approfondimento sulla questione del dolo nell'inadempimento si rinvia al paragrafo relativo ai patti sull'inadempimento efficiente.

(14) 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, MONATERI, *La responsabilità civile*, cit., p. 130; e VISINTINI, *Osservazioni critiche sulla supposta esistenza di un principio di equiparazione della colpa grave al dolo*, in *Diritto marittimo*, 1981, p. 217 ss. In giurisprudenza cfr., innanzitutto, Cass., 10 dicembre 1956, n. 4398, in *Foro italiano*, 1957, I, c. 389, con nota critica di 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 *Diritto dei trasporti*, 2007, 3, p. 833, con nota di FIORE, 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, ALPA-BESSONE-ZENO ZENCOVICH, *Le clausole di esonero da responsabilità*, in *Obbligazioni e contratti*, VI, in *Trattato di diritto privato* diretto da Rescigno, 2° ed., 1995, p. 314 ss. In giurisprudenza sostengono l'equiparazione Cass., 24 marzo 2004, n. 5910, in *Rivista di giurisprudenza del lavoro*, II, p. 744, con nota di FRONTINI; Cass., 16 settembre 1980, n. 5269, in *Diritto marittimo*, 1981, p. 217 ss., con nota di 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

definire non come un grado di negligenza superiore alla “negligenza media”, bensì come uno scarto significativo rispetto alla dovuta diligenza⁽¹⁵⁾.

Quanto al limite della violazione di obblighi derivanti da norme di ordine pubblico, di cui all’art. 1229 c.c., comma secondo, l’accertamento del suo rispetto è pregiudiziale a qualsiasi indagine circa il superamento o meno della soglia del dolo o della colpa grave prevista dall’art. 1229 c.c., comma primo: se la clausola di esonero viola direttamente l’ordine pubblico, essa è nulla in radice, senza che vi sia spazio per ulteriori valutazioni. Ma l’accertamento di cui si è detto può venire in considerazione anche in un momento successivo, quando, stabilita la validità della clausola, si tratta di valutare se l’inadempimento del debitore è coperto dalla medesima o risponde. Se il debitore non adempiendo ha violato norme di ordine pubblico, egli risponderà quand’anche avesse agito con colpa lieve⁽¹⁶⁾.

Ferma la definizione di ordine pubblico in generale come l’insieme dei principi fondamentali etico-sociali di cui la comunità avverte l’esigenza in un dato periodo storico⁽¹⁷⁾, sono certamente da considerarsi contrari all’art. 1229 c.c., comma secondo, e pertanto nulli senza possibilità di salvezza, eventuali patti d’irresponsabilità relativi a prestazioni professionali come quelle sanitarie, o, più in generale, a prestazioni in cui la persona del creditore deve subire una significativa ingerenza da parte dell’obligato⁽¹⁸⁾. Parimenti, sono ritenuti – in linea di principio e salvo quanto si dirà nel paragrafo dedicato al concorso tra la responsabilità contrattuale e quella aquiliana – contrari all’ordine pubblico eventuali esoneri o limitazioni della responsabilità dell’appaltatore per rovina di edificio ai sensi dell’art. 1669 del codice⁽¹⁹⁾.

ordinamenti giuridici»; Cass., 27 agosto 1966, n. 2285, in *Giurisprudenza italiana* (Massimario), 1966, c. 1019; Cass., 29 marzo 1985, n. 2204, in *Diritto marittimo*, 1986, p. 402.

⁽¹⁵⁾ Per un’analisi della casistica in materia cfr. DELOGU, *Op. cit.*, pp. 129-131. L’Autrice osserva che, a un rapido esame della giurisprudenza, possono dirsi praticamente inesistenti le pronunce fondate sul dolo del debitore. Fanno eccezione alcune sentenze, che, però, sono state chiamate a decidere di ipotesi in cui il fatto dannoso cagionato a mezzo dell’inadempimento costituiva anche reato ed, anzi, era stata accertata giudizialmente la penale responsabilità del debitore.

⁽¹⁶⁾ Cfr. DELOGU, *Op. cit.*, pp. 87-89.

⁽¹⁷⁾ Cfr. FERRI, *Ordine pubblico, buon costume e la teoria del contratto*, cit.; ID., voce «Ordine pubblico», cit.; ID., *L’ordine pubblico economico*, cit.; ID., *L’ordine pubblico*, cit.; CATAUDELLA, *Il richiamo all’ordine pubblico ed il controllo di meritevolezza come strumenti per l’incidenza della programmazione economica sull’autonomia privata*, cit.; GUARNIERI, voce «Ordine pubblico», cit.; e MACIOCE, *Ordine pubblico e autodeterminazione*, cit.

⁽¹⁸⁾ Cfr. DELOGU, *Op. cit.*, loc. ult. cit.

⁽¹⁹⁾ L’orientamento consolidato della Cassazione motiva l’assunto argomentando che tale figura di responsabilità presuppone sì un rapporto contrattuale, ma presenta natura extra-contrattuale, 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 italiano*, 2014, I, c. 2178; Cass., 31 gennaio 2008, n. 2313, *ivi*; Cass., 10 settembre 2002, n. 13158, in *Diritto e giustizia*, 2002, 36, p. 73; Cass., 2 ottobre 2000, n. 13003, in *Urbanistica e appalti*, 2000, p. 1305; Cass., 7 gennaio 2000, n. 81, in *Giurisprudenza italiana*, 2000, p. 977; e in *Giustizia civile*, 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 *Corriere giuridico*, 1999, 1, p. 36; Cass., 15 luglio 1996, n. 6393, in *Archivio civile*, 1997, p. 169 ss.; e in *Appalti urbanistica edilizia*, 1997, p. 173 ss.; Cass., 27 agosto 1994, n. 7550, in *Giurisprudenza italiana*, 1995, I, 1, p. 375, con nota di

L'affermazione va però precisata: il fatto che il giudice pronunci effettivamente una declaratoria di nullità dipende dalla formulazione concreta della clausola. Se essa è confezionata in modo da prevedere singole ipotesi di esonero che violano direttamente norme di ordine pubblico – ma questo è il caso più raro nella pratica – allora sarà sicuramente affetta da nullità; se, invece, come spesso accade, è redatta in termini tanto ampi da ricomprendere una serie indeterminata di fattispecie, tra cui solo alcune illecite, il discorso cambia. In questo caso probabilmente il giudice opterà per un'interpretazione restrittiva della clausola, tale da includervi solo le fattispecie lecite, in modo da salvarla dalla nullità, come prescritto dall'art. 1367 c.c. ⁽²⁰⁾.

Così tratteggiati nelle loro linee essenziali i limiti oggettivi, si può passare a una riflessione su quelli soggettivi e cioè sull'incidenza delle clausole di esonero su soggetti terzi rispetto al contratto. La questione si articola in due profili: da un lato, quello della possibilità per i terzi di eccepire in un eventuale giudizio di responsabilità instaurato nei loro confronti la presenza di una clausola di esonero pattuita a favore di una delle parti del contratto, dall'altro, quello dell'opponibilità ai terzi delle clausole in esame.

Quanto al primo aspetto, l'interrogativo se il terzo possa avvalersi di un'eccezione che ha fonte in un contratto stipulato tra altri soggetti è già stato in passato oggetto di un vivace dibattito, con particolare riguardo ai contratti di trasporto, nell'ordinamento tedesco e soprattutto in quello inglese, il quale vanta

GIORDANO; Cass., 9 gennaio 1990, n. 8, in *Settimana giuridica*, 1990, II, p. 286; Cass., 23 dicembre 1987, n. 9635, in *Rivista giuridica dell'edilizia*, 1988, I, p. 325; Cass., 11 novembre 1986, in *Archivio civile*, 1987, p. 146 ss.; Cass., 8 novembre 1985, n. 5463, in *Settimana giuridica*, 1986, II, p. 110; Cass., 6 novembre 1981, n. 5861, in *Foro italiano* (Massimario), 1981. 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 COSTANZA, voce «*Perimento e deterioramento dell'opera*», in *Enciclopedia del diritto*, XXXIII, Milano, 1983, p. 69; GIANNATTASIO, *L'appalto*, in *Trattato di diritto civile e commerciale Cicu-Messineo*, Milano, 1967, p. 212; MARINELLI, *La responsabilità dell'appaltatore ex art. 1669 c.c.: un'ipotesi di responsabilità oggettiva*, in *Giustizia civile*, 1983, I, p. 948; RUBINO-IUDICA, *Dell'appalto*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, sub art. 1655-1677, Bologna-Roma, 1992, p. 424; RUBINO-MOSCATI, *L'appalto*, in *Trattato Vassalli*, Torino, 1980, p. 579. *Contra*, cfr. CAGNASSO, *Appalto nel diritto privato*, in *Digesto commerciale*, 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 PAGLIARA, *La responsabilità per rovina e difetti di cose immobili*, in *Diritto e pratica dell'assicurazione*, 1980, p. 221.

⁽²⁰⁾ Dell'interpretazione conservativa si dirà meglio nel prosieguo del lavoro. In questa sede, cfr. DELOGU, *Op. cit.*, loc. ult. cit., la quale propone l'esempio di una pronuncia del Tribunale di Firenze, risalente al 1965, in cui si controverteva circa una clausola così formulata: «nessuna responsabilità fa carico alle Ferrovie per danni che comunque possano derivare, in dipendenza dell'esercizio ferroviario, al personale dell'appaltatore, nonché al macchinario e alle attrezzature [...]». Nel caso di specie, l'appaltatore aveva esperito un'azione contro le Ferrovie dello Stato per la morte di un suo dipendente, in ordine alla quale era stata accertata la responsabilità penale dei macchinisti di un treno in transito. Chiamati a definire la portata della clausola, i giudici ne hanno accolto un'interpretazione restrittiva, nella misura in cui hanno escluso che essa comprendesse l'esonero da responsabilità in ipotesi di inosservanza di norme regolamentari e di conseguente violazione dell'art. 589 del codice penale. Nel compiere quest'operazione i giudici hanno chiarito che, là dove avessero adottato un'interpretazione più ampia, avrebbero dovuto dichiarare la nullità della clausola in questione.

alcuni dei *leading cases* in materia ⁽²¹⁾. Tra questi il più significativo è forse *Adler v. Dickson* a proposito di quelle che, poco dopo, sarebbero diventate famose con il nome di “*Himalaya clauses*”, dal nome della nave incaricata del trasporto oggetto del contratto ⁽²²⁾.

Nel caso di specie era stata pattuita, in un contratto di trasporto marittimo, una clausola con cui il passeggero esonerava l’armatore della nave dalla responsabilità per eventuali danni cagionati in esecuzione del contratto. Essendosi verificata tale eventualità, il passeggero aveva convenuto in giudizio il capitano della nave e il nostromo per sentirli condannare al risarcimento. I due convenuti si erano difesi eccependo la medesima clausola di esonero pattuita a favore dell’armatore. La Corte, in omaggio al principio della *privity of contract*, aveva respinto l’eccezione proprio sulla base del fatto che il capitano e il nostromo erano terzi rispetto alla clausola e al contratto nella quale essa era stata prevista.

Per ovviare a questa regola, la giurisprudenza inglese ha sviluppato la dottrina della c.d. *vicarious immunity*, in base alla quale quando una parte utilizza un agente per adempiere alla prestazione pattuita, detto agente può valersi delle eventuali immunità che il contratto attribuisce alla parte principale. Pertanto è legittimo un esonero da responsabilità a favore di una terza persona che rivesta la qualità di agente o dipendente del debitore ⁽²³⁾. Ben presto, però, la dottrina in esame è stata disattesa da alcune pronunce e non ha dunque più avuto seguito ⁽²⁴⁾. La stessa giurisprudenza che ha decretato la fine dell’immunità vicaria ha però offerto vie alternative per giungere al medesimo esito. Tra queste si può citare la predisposizione di una clausola espressamente comprensiva dei dipendenti, configurata come una proposta contrattuale implicita nei confronti del terzo, quale agente della parte contraente, e dal terzo accettata per fatti concludenti ⁽²⁵⁾.

Nell’ordinamento italiano una simile clausola non avrebbe ragion d’essere posto che, ai sensi dell’art. 1228 c.c., è il debitore a rispondere del fatto degli ausiliari e per tale ultima espressione s’intende il comportamento degli ausiliari imputabile a questi ultimi, non quello dipendente da una “cattiva scelta” del debitore; il creditore non può dunque avanzare alcuna pretesa nei confronti di questi ultimi ⁽²⁶⁾. Lo stesso art. 1228 c.c. prevede espressamente la possibilità di un patto contrario, ma tale patto può solo comportare un’irresponsabilità del debitore, non anche il trasferimento della responsabilità da quest’ultimo

⁽²¹⁾ Cfr. KORTMANN-FABER, *Contract and Third Parties*, in *Towards a European Civil Code*, a cura di Hartkamp e altri, 1994, p. 247 ss.; KÖTZ-FLESSNER, *European Contract Law*, Oxford, 1997, p. 257 ss.

⁽²²⁾ *Adler v. Dickson*, in 1 *Queen’s Bench*, 1955, p. 158.

⁽²³⁾ Il caso di riferimento è *Elden Dempsters & Co. v. Paterson, Zochonis & Co.*, in *A.C.*, 1924, p. 522 ss. Per una più ampia trattazione del tema si veda PONZANELLI, *Le clausole di esonero dalla responsabilità civile*, Milano, 1984, pp. 146-153.

⁽²⁴⁾ Cfr., per tutti, il caso *Midland Silicones v. Scrutton*, in *A.C.*, 1962, p. 446.

⁽²⁵⁾ Questa la via indicata da Lord Denning nella sua *dissenting opinion* al caso *Midland Silicones v. Scrutton*, cit. Sul punto cfr., in dottrina straniera, KÖTZ-FLESSNER, *European Contract Law*, cit., p. 258; e KORTMANN-FABER, *Contract and Third Parties*, cit., p. 252; in dottrina italiana cfr., ancora una volta, PONZANELLI, *Op. ult. cit.*, loc. ult. cit.

⁽²⁶⁾ L’ausiliario può definirsi come chiunque – sia esso un lavoratore dipendente oppure un collaboratore esterno e autonomo – concorra all’esecuzione della prestazione cui si è obbligato il debitore. Per un approfondimento sul punto cfr. VISINTINI, *La responsabilità contrattuale per fatto degli ausiliari*, Padova, 1965, *passim*.

all'ausiliario. Una simile conseguenza è senz'altro da escludersi, quantomeno perché tra l'ausiliario e il creditore non intercorre alcun rapporto contrattuale.

Quello di cui si può discutere è, semmai, se i limiti del dolo e della colpa grave valgano anche per la clausola con cui il debitore si esonera dalla responsabilità per fatto dell'ausiliario, visto che la formulazione dell'art. 1229 c.c. menziona la fattispecie solo quando detta il limite dell'ordine pubblico e nulla dice neppure lo stesso art. 1228 del codice. Ma di questo si dirà più avanti, trattando delle clausole di esonero in alcune ipotesi particolari di responsabilità.

Analizzato il problema della possibilità per i terzi di giovare di clausole d'irresponsabilità pattuite dalle parti nel contratto, resta da affrontare la questione della possibilità che le clausole in esame incidano sfavorevolmente sulla sfera dei terzi, cioè dell'opponibilità di queste ai terzi. Si ritrovano spesso nei contratti, soprattutto in quelli dotati di un certo grado di standardizzazione, clausole di esonero c.d. "omnicomprensive" con le quali le parti escludono la responsabilità del debitore per qualunque danno derivante dal contratto (o dal suo inadempimento), indipendentemente dal fatto che sia cagionato a esse stesse o a un soggetto estraneo rispetto al rapporto.

A prescindere dalla validità o invalidità di siffatte clausole – problema che verrà affrontato in apposita sede – la loro efficacia, com'è scontato, non può in alcun modo estendersi alla sfera giuridica di soggetti diversi rispetto alle parti, sicché il terzo danneggiato manterrà intatte le sue pretese nei confronti del dante causa o della parte che gli ha arrecato pregiudizio senza che tra di loro incorresse alcun rapporto contrattuale, in omaggio al principio di relatività degli effetti contrattuali e d'intangibilità della sfera giuridica⁽²⁷⁾.

Meno banale è forse interrogarsi sull'opponibilità della clausola al terzo destinatario degli effetti del contratto ai sensi dell'art. 1411 c.c., soprattutto alla luce di alcune sentenze che inducono, se non a un cambiamento di prospettiva, quantomeno a una rimediazione del problema. Com'è noto, il diritto acquistato dal terzo è autonomo e originario, ma nondimeno conformato nella portata e nel contenuto dalla sua fonte, cioè dal contratto tra stipulante e promittente. Tale diritto – è stato efficacemente osservato – «porta con sé le impronte della sua nascita contrattuale, i germi di vita e di morte che sono propri del contratto generatore»⁽²⁸⁾.

⁽²⁷⁾ Affronta il tema PONZANELLI, *Le clausole di esonero dalla responsabilità civile*, Milano, 1984, p. 248-249. In giurisprudenza cfr. innanzitutto Cass., Sez. Un., 14 ottobre 1980, n. 5496, in *Giustizia civile*, 1981, p. 537, con nota di ZUDDAS, *Sul cosiddetto principio di relatività nel negozio*. Nello stesso senso, cfr. Cass., 17 febbraio 2012, n. 2363, in *Archivio locazioni*, 2012, 4, p. 398; e in *Diritto e giustizia*, 22 febbraio 2012, con nota di 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».

⁽²⁸⁾ Così FOLCO, *Il diritto del terzo nei contratti a favore di terzi*, in *Rivista di diritto civile*, 1934, p. 43. In giurisprudenza cfr., per tutte, Cass. 4 aprile 1975, n. 1205, in *Foro italiano*, 1976, I,

Se ciò è vero, anche per coerenza con il disposto dell'art. 1413 c.c., in virtù del quale il promittente può opporre al terzo tutte le eccezioni fondate sul suo rapporto con lo stipulante, allora si deve concludere che il terzo acquista anche quegli effetti del contratto che, pur senza comportare il sorgere di un'obbligazione, producono riflessi sfavorevoli sulla sua sfera giuridica. Così, ad esempio si considerano apponibili al contratto condizioni, termini, oneri modali e non modali⁽²⁹⁾; e si tende ormai ad ammettere che il contratto possa costituire una servitù a favore del fondo del terzo⁽³⁰⁾.

Il discorso vale parzialmente anche con riguardo a quelle che si potrebbero definire "clausole sfavorevoli" al terzo, pattuite tra lo stipulante e il promittente, quale ad esempio una clausola compromissoria. Si è detto "parzialmente", perché qui la giurisprudenza, in tutte le pronunce rinvenute sulla questione, fa discendere l'estensione al terzo dell'efficacia delle clausole in esame non dalla semplice stipulazione – momento con il quale, invece, coincide l'acquisto del diritto da parte di quest'ultimo, secondo la lettera dell'art. 1411 c.c. – bensì dalla sua adesione al contratto concluso tra stipulante e promittente⁽³¹⁾. In sostanza, è come

c. 789 ss., secondo la quale «trovando il diritto del terzo la sua fonte nel contratto, necessariamente il suo contenuto, la sua estensione e le modalità di esercizio sono fissati e determinati dal contratto, per cui se in questo sono previste alcune limitazioni ad esso, tali limitazioni si riverberano nei confronti del terzo»; e Cass. (ord.), 27 maggio 2005, n. 11261, in *Foro italiano* (Repertorio), 2005, voce «Fideiussione e mandato di credito», n. 23).

⁽²⁹⁾ Si prenda l'esempio di un contratto di assicurazione fideiussoria stipulato tra il garante e il debitore principale in favore del creditore, in cui il diritto al pagamento da parte del garante sorge solo se e quando il terzo-creditore allegli l'inadempimento del promittente e viene posto a carico del predetto terzo l'onere di preventiva escussione dello stipulante, pena la perdita del beneficio o la sua mancata acquisizione. Il caso è tratto da App. Milano, 14 maggio 2004, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 2004, II, p. 623 ss. Ammette esplicitamente la possibilità di prevedere in capo al terzo un onere di preventiva escussione, in dottrina, COSTANZA, *L'assicurazione fideiussoria non è una fideiussione*, in *Giustizia civile*, 1995, I, p. 2420. Per ulteriori esempi e riflessioni cfr. MANIACI, *Il contratto a favore di terzi può comportare effetti sfavorevoli per il terzo?*, in *Contratti*, 2006, pp. 1151-1155.

⁽³⁰⁾ Per limitarsi alla giurisprudenza, cfr. Cass., 27 giugno 2011, n. 14180, in *Giustizia civile* (Massimario), 2011, 6, p. 963, il cui testo integrale è reperibile in *Banche dati online Leggi d'Italia*, la quale afferma: «secondo la costante giurisprudenza di questa Corte [...] e l'opinione della dottrina prevalente, la stipulazione a favore del terzo non incontra limiti nell'effetto reale e, in particolare, consente la costituzione di una servitù in favore del terzo. Di riflesso, è da ritenere efficiente oltre la sfera giuridica degli stipulanti anche il contratto ex art. 1411 c.c. estintivo di una servitù che gravi sul fondo di un terzo»; Cass., 1 dicembre 2003, n. 18321, in *Vita notarile*, 2004, p. 1437, con nota di LEO; e in *Foro italiano*, 2004, 1, c. 1464; e in *Notariato*, 2005, p. 147 ss., con commento di DI LORENZO, la quale afferma quanto segue: «è ormai risalente l'affermazione di questo giudice di legittimità [...], secondo cui deve ritenersi ammissibile il contratto preliminare di compravendita a favore di un terzo, trattandosi, in tal caso, di una particolare forma di "facere", che si realizza con la prestazione di consenso alla stipulazione del futuro negozio traslativo della proprietà. Allo stesso modo, e a maggior ragione, deve ritenersi ammissibile il contratto di opzione a favore di un terzo, nel caso in cui il soggetto promittente, piuttosto che obbligarsi soltanto (nella forma del contratto preliminare bilaterale o unilaterale) con l'altro stipulante a prestare il suo consenso alla definitiva vendita di un suo bene a favore di un terzo, resti già vincolato, per effetto del negozio bilaterale di opzione, alla propria dichiarazione di irrevocabile proposta contrattuale, sicché al terzo beneficiario, libero o meno di accettarla, basta la semplice accettazione perché a suo favore si producano gli effetti del contratto, per la conclusione del quale l'opzione è stata accordata».

⁽³¹⁾ In questo senso, in tema di clausola compromissoria, Cass., 10 ottobre 2000, n. 13474, in *Contratti*, 2004, 1, p. 23; e Cass. 18 marzo 1997, n. 2384, in *Contratti*, 1997, 4, p. 360, con nota di BORRELLO, *L'operatività della clausola compromissoria*, secondo cui «La clausola

se la giurisprudenza in parola scindesse l'efficacia del contratto in due momenti: con la stipulazione si verifica l'acquisto del diritto; con la manifestazione della volontà di profittare del beneficio – che, a rigore, non dovrebbe produrre altro risultato se non quello di rendere irrevocabile la stipulazione – si verifica la trasmissione delle clausole sfavorevoli.

La giurisprudenza si è spinta oltre in tema di deroga convenzionale alla competenza per territorio, là dove ha affermato in una serie di casi che dette clausole non operano nei confronti di chi sia rimasto estraneo all'accordo, neppure qualora sussista un'ipotesi di litisconsorzio necessario. Alcune sentenze si sono limitate a sostenere quanto appena esposto senza circostanziare l'affermazione⁽³²⁾; una pronuncia, invece – la quale merita di essere esaminata più attentamente – ha motivato che il terzo non aveva espressamente aderito alla pattuizione e che il contratto in questione apparteneva a un tipo diverso rispetto a quelli nei quali la giurisprudenza aveva riconosciuto la trasmissibilità al terzo degli effetti “sfavorevoli”⁽³³⁾.

Sotto il primo profilo, la Cassazione sembra richiedere un'adesione specifica alla clausola: il contratto constava di una prima proposta, contenente la clausola derogatoria, e di una seconda proposta che modificava alcune condizioni della precedente; la sottoscrizione da parte del terzo della sola ultima proposta non è stata considerata sufficiente ai fini dell'opponibilità della clausola predetta. Sotto il secondo profilo, la motivazione della Corte risulta troppo ermetica e piuttosto incoerente, posto che i tipi contrattuali delle sentenze cui fa riferimento sono diversi tra loro e tra essi vi è anche il tipo su cui si è pronunciata la sentenza, vale a dire il contratto di assicurazione per conto di chi spetta.

Dall'analisi delle sentenze citate si ricava che per la pronuncia in esame si trasmettono al terzo la clausola di deroga alla competenza territoriale contenuta in un contratto di assicurazione contro gli infortuni a favore del terzo⁽³⁴⁾, la clausola compromissoria contenuta in un contratto di assicurazione per conto di chi spetta⁽³⁵⁾, la clausola compromissoria contenuta in un contratto di assicurazione fideiussoria⁽³⁶⁾, e quella contenuta in un contratto di cessione di partecipazioni

compromissoria contenuta in un contratto di assicurazione per conto di chi spetta - che è un contratto a favore di terzo - è opponibile all'assicurato, che abbia manifestato la volontà di voler profittare della stipulazione in suo favore, poiché, una volta intervenuta la manifestazione di volontà, essa non può riguardare che tutte le clausole contrattuali nella loro totalità, prescindendo dalla natura autonoma e non accessoria della clausola compromissoria ed essendogli opponibili ai sensi del comma 3 dell'art. 1891 c.c. tutte le eccezioni che si possono opporre al contraente in dipendenza del contratto».

⁽³²⁾ Cfr. Cass., 19 novembre 2004, n. 21875, in *Archivio giuridico della circolazione*, 2004, 50, p. 53, in tema di assicurazione per conto di chi spetta.

⁽³³⁾ La pronuncia cui si fa riferimento è Cass. (Ord.), 29 ottobre 2013, n. 24415, in *Contratti*, 2014, 4, p. 333, con nota di TAFUNI.

⁽³⁴⁾ Cass., 4 aprile 1975, n. 1205, in *Giustizia civile*, 1975, I, p. 1727; e in *Archivio civile*, 1975, p. 1001.

⁽³⁵⁾ Cass., 18 marzo 1997, n. 2384, in *Contratti*, 1997, 4, p. 360, con nota di BORRELLO, *L'operatività della clausola compromissoria*.

⁽³⁶⁾ Cass. (Ord.), 27 maggio 2005, n. 11261, in *Giurisprudenza italiana* (Massimario), 2005; e in *CED Cassazione*, 2005; il cui testo integrale è reperibile in *Banca dati online Leggi d'Italia*, di cui si riporta, per comodità, parte della massima: «[...] qualora la causa del contratto di assicurazione fideiussoria sia quella di una fideiussione, il terzo che manifesti la volontà di profittare della stipulazione del contratto predisposto dalle parti stipulanti accetta implicitamente l'intero contenuto del contratto da esse predisposto, ivi compresa la clausola derogativa della

sociali e garanzia ⁽³⁷⁾; mentre non si trasmette la clausola derogatoria contenuta in un contratto di assicurazione per conto di chi spetta.

Le indicazioni tratte dalla citata giurisprudenza possono essere applicate alle clausole di esonero. Nell'impossibilità di stabilire un criterio discretivo basato sul tipo di clausola e sul tipo di contratto a favore del terzo di cui si parla, sembra ragionevole preferire la soluzione per cui il promittente può opporre l'esonero al terzo solo ove quest'ultimo abbia aderito espressamente alla stipulazione. Nulla vieta, naturalmente, alle parti di rimediare all'incertezza con un'espressa pattuizione. In particolare, si potrebbe una clausola di manleva, cioè una clausola con cui, nel caso di inopponibilità dell'esonero al terzo, lo stipulante sia obbligato a tenere indenne il promittente dalle conseguenze responsabilità ⁽³⁸⁾.

3. Spunti da altri ordinamenti per un ripensamento dei limiti.

In considerazione dell'importanza che le clausole di esonero dalla responsabilità ricoprono nella contrattualistica interna e internazionale l'uniformazione dei loro limiti, almeno a livello europeo, sarebbe quanto mai auspicabile e proposte *de jure condendo* in tale direzione potrebbero beneficiare anche l'ordinamento interno, nel quale, come meglio si dirà, i tradizionali concetti di dolo e colpa grave previsti dall'art. 1229 c.c. si rivelano criteri sempre più inadeguati.

I vantaggi di una simile armonizzazione sono particolarmente evidenti nella prospettiva del diritto internazionale privato, ove si pone la questione di stabilire se il giudice italiano debba accertare la validità delle clausole di esonero alla luce del diritto applicabile al contratto, oppure se l'art. 1229 c.c. sia una norma di applicazione necessaria e quindi imponga di compiere la predetta valutazione sempre sulla base del diritto italiano, in quanto *lex fori* ⁽³⁹⁾. Si tenga presente che il problema non è necessariamente risolto neppure ove le parti siano soggette a trattati internazionali: questi, infatti, tendono a lasciare la disciplina dell'invalidità alla sovranità dei vari Stati aderenti. Si pensi all'art. 4 della Convenzione di Vienna sulla vendita internazionale di beni mobili (CISG), il quale esclude dal proprio ambito di applicazione la materia dell'invalidità del contratto o delle sue clausole ⁽⁴⁰⁾.

competenza territoriale, senza che possa configurarsi una accettazione soltanto parziale. (Nella specie la S. C. ha ritenuto che un'amministrazione locale, con la proposizione di ricorso per decreto ingiuntivo, aveva manifestato di voler profittare della polizza fideiussoria stipulata in suo favore dal contraente e dal garante, accettando anche la clausola derogativa della competenza territoriale fatta valere dal garante per opporsi all'ingiunzione)».

⁽³⁷⁾ Cass., 10 ottobre 2000, n. 13474, in *Contratti*, 2004, 1, p. 23.

⁽³⁸⁾ Sui patti di manleva cfr. CAPUTO, *La validità del patto di manleva inserito in un contratto di pubblico appalto*, in *Giustizia civile*, 1977, I, p. 1344 ss.; e MENICHINO, *Il patto di manleva con particolare riguardo al contratto di appalto e di acquisizione di pacchetti azionari*, in *Il Nuovo diritto delle società*, 2012, n. 20, p. 117.

⁽³⁹⁾ Per una riflessione sul punto si veda TOUBIANA, *Le domaine de la loi du contrat en droit international privé*, Paris, 1972, pp. 44-46; LAGARDE, *Droit international privé*, in *Les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité en Europe*, J. Ghestin, (ed.), Paris, 1990, pp. 17-41.

⁽⁴⁰⁾ Cfr. LAGARDE, *Op. cit.*, pp. 20-21; RAWACH, *La validité des clauses exonératoires de responsabilité et la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises*, in *Revue Internationale de Droit Comparé*, 2001, pp. 141-157.

Allo stato attuale, tale processo di armonizzazione è lungi dall'essere anche solo avviato, persino all'interno della tradizione giuridica anglo-americana, per le ragioni che si cercherà di porre in luce qui di seguito ⁽⁴¹⁾. Cominciando da una sintetica comparazione tra alcuni dei principali ordinamenti di *civil law* e di *common law*, il primo dato da considerarsi è che, almeno fino a poco tempo fa, non in tutti era prevista un'espressa regolamentazione dell'istituto in esame. Se già esisteva una disciplina codicistica in Italia (art. 1229 c.c.), Germania (par. 276, comma 3, *BGB*) e Spagna (art. 1102 *código civil*), in Francia l'ambito di applicazione e i limiti del patto "*ne dolum praestetur*" era interamente rimessa all'elaborazione giurisprudenziale. Nel 2016, con la riforma del diritto francese delle obbligazioni, il divieto è stato codificato da una norma, l'art. 1170 *code civil*, per cui qualunque clausola che privi della propria sostanza l'obbligazione essenziale del debitore si ha per non apposta ⁽⁴²⁾.

Qui si riscontra un primo profilo di criticità: la norma appena riportata non fa alcun riferimento al dolo o alla colpa grave, ma ad un inedito (almeno nell'ordinamento italiano) concetto di "essenzialità dell'obbligazione" e di "sostanza" della stessa. Per il diritto francese, dunque, il sindacato sulla liceità della clausola si sposta dall'elemento psicologico della parte nel cui interesse il patto di esonero è previsto, al contenuto o agli effetti del patto medesimo. Questo potrebbe incrinare leggermente la verità dell'assunto per cui si riscontra

⁽⁴¹⁾ Sul difetto di convergenza in merito alle clausole di esonero da responsabilità tra gli ordinamenti di *common law*, cfr. CANUEL, *Comparing exculpatory clauses under Anglo-American law: testing total legal convergence*, in CORDERO-MOSS (ed.), *Boilerplate Clauses, International Commercial Contracts and the Applicable Law*, Cambridge University Press, New York, 2011, p. 80 ss. Più in generale, cfr., sin dagli anni ottanta, LARÈRE, *Les clauses limitatives et exonératoires de responsabilité en droit français*, in *International Business Law Journal*, 1985, pp. 479-481; MALENGREAU, *La clause d'exonération de responsabilité en droit belge*, *ivi*, 1985, pp. 483-486; BOSCHETTI, *Notes on Exemption Clauses under Italian Law*, *ivi*, 1985, pp. 487-490; 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; ARENTZ-HANSEN, *The Wingull Arbitration Award of 1978*, *ivi*, 1985, pp. 509-511; ELLINGTON, *Exclusion Clauses in English Law*, *ivi*, 1985, pp. 513-515; HANOTIAU, *Les clauses d'exclusion et de limitation de garantie et de responsabilité en droit américain*, *ivi*, 1985, pp. 517-523; THYS-GOLUB, *Limiting a Seller's Liability under United States Law in Commercial and Government Contracts*, *ivi*, 1985, pp. 523-528; VON HIPPEL, *The Control of Exemption Clauses. A Comparative Study*, in *International Comparative Law Quarterly*, 16 1967, pp. 591-612; EÖRSI, *The Validity of Clauses Excluding or Limiting Liability*, in *American Journal of Comparative Law*, 23, 1975, pp. 215-235. Si vedano inoltre gli atti del colloquio organizzato a Parigi nel 1990, GHESTIN (ed.), *Les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité en Europe*, Paris, 1990.

⁽⁴²⁾ La nozione di «obbligazione essenziale» deriva dalla tesi di DELEBECQUE, *Les clauses allégeant les obligations dans les contrats, thèse ronéotypée*, Aix-Marseille, III, 1981, ed è stata 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. Un esempio è fornito dal celebre caso *Chronopost* (Cass. Com., 22 octobre 1996, in *Contrats, concurrence, consommation*, 1997, n. 24, con osservazioni di LEVENEUR; in *Recueil 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 *Juris-classeur périodique (La Semaine juridique)*, 1997, 1, 4002, con osservazioni di FABRE-MAGNAN; e 4025, con osservazioni di VINEY; e 11, 22881, con osservazioni di COHEN; ed infine in *Revue trimestrielle de droit civil*, 1997, p. 418, con osservazioni di MESTRE). Per osservazioni sul punto cfr. FAUVARQUE-COSSON E MAZEAUD, *Op. cit.*, p. 114.

convergenza unanime dei vari sistemi sulla previsione del dolo quale limite al patto⁽⁴³⁾. Ma, prima di giungere a conclusioni affrettate, è necessario proseguire nell'analisi comparata dei limiti individuati dagli altri ordinamenti e dai testi di *soft law* e lasciare momentaneamente da parte la soluzione francese, che, nella sua originalità, tornerà utile in uno stadio più avanzato della disamina.

All'uopo, particolare interesse rivestono i limiti individuati negli ordinamenti di *common law*. Cominciando dall'ordinamento americano, i limiti più interessanti non sono tanto quelli previsti dalla disciplina consumeristica o da altra legislazione speciale – il cui resoconto dettagliato peraltro costituirebbe in questa sede una digressione eccessiva –, quanto piuttosto quelli ricavati dalla giurisprudenza⁽⁴⁴⁾. Il primo che emerge dalla casistica è quello della presenza di una parte che versa in una situazione di debolezza rispetto all'altra. Non è raro leggere nelle sentenze affermazioni come quella per cui la clausola di esonero è efficace 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⁽⁴⁵⁾.

Il secondo limite, strettamente connesso al primo, discende dalla c.d. *unconscionability doctrine*, in nome della quale il giudice non darà esecuzione al

⁽⁴³⁾ Nel senso della convergenza unanime degli ordinamenti sul limite del dolo, cfr. LARERE, *Op. cit.*, p. 479; MALENGREAU, *Op. cit.*, p. 484; BOSCHETTI, *Op. cit.*, p. 487; STRAUCH, *Op. cit.*, p. 504; PELLETIER, *Op. cit.*, p. 492; ELLINGTON, *Op. cit.*, p. 513; HANOTIAU, *Op. cit.*, p. 517; RAVILLON, *Op. cit.*, pp. 255-256. Di contro, però, cfr. GUEST, *Exemption clauses*, in *Chitty on Contracts*, 31st ed., I, London, 2012, *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 incontroverso. Esso vige, oltre che in Italia, in Francia (almeno ante-riforma), in Germania e negli Stati Uniti, ma non, ad esempio, in Belgio, in Messico o in Inghilterra. In questo senso, cfr. BOSCHETTI, *Op. cit.*, p. 487; STRAUCH, *Op. cit.*, p. 504; LARERE, *Op. cit.*, p. 479; RAVILLON, *Op. cit.*, pp. 256-258; MALENGREAU, *Op. cit.*, pp. 484-485. Per il diritto nord americano cfr. 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*».

⁽⁴⁴⁾ Per una panoramica della legislazione speciale si veda, con riguardo al diritto inglese, GUEST, *Exemption clauses*, cit., 14-059 ss., p. 1051 ss.; e con riguardo al diritto nord americano, CORBIN, *Corbin on Contracts*, cit., *passim*; e FARNSWORTH, *Farnsworth on Contracts*, vol. II, *Section* 4.26, New York, 1998), p. 533 ss. Si rammenti che la dottrina inglese suole distinguere le clausole di esonero in tre categorie: nella prima rientrano 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; nella seconda categoria rientrano sia quelle che mirano ad escludere o limitare la responsabilità per inadempimento di una delle obbligazioni dedotte nel contratto (sfuma così la linea di *discrimen* tra la prima e la seconda categoria), sia quelle che sottraggono alla controparte il diritto di risolvere il contratto o di considerarlo risolto; infine, nella terza categoria rientrano le clausole che limitano o escludono le conseguenze risarcitorie o indennitarie della responsabilità. La classificazione si legge in GUEST, *Op. ult. cit.*, 14-003, pp. 1012-1013.

⁽⁴⁵⁾ Tra le altre, si veda *Hormel Foods Corporation v. Chr. Hansen, Inc.*, 2001 WL 1636490 (D. Minn.).

contratto ogniqualvolta si sia verificata 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⁽⁴⁶⁾. La definizione generale si declina in due componenti: una "procedurale" (c.d. *procedural unconscionability*), che ha ad 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; una "sostanziale" (c.d. *substantive unconscionability*), che riguarda le clausole contrattuali in sé, il loro scopo e i loro effetti, la ragionevolezza dal punto di vista commerciale, e l'allocazione dei rischi⁽⁴⁷⁾. Se prima l'istituto era confinato nello *Uniform Commercial Code*, ora è ricompreso nel diritto comune e viene applicato a tutti i rapporti affetti da una significativa disparità, siano le parti un professionista e un consumatore o entrambe imprenditori⁽⁴⁸⁾.

Il terzo limite individuato dalla giurisprudenza americana è quello del "consenso informato" alla clausola di esonero. Quale regola generale le parti hanno l'onere di leggere il contratto (*duty to read*) e tale onere implica che, se esse hanno dato esecuzione al contratto, vige una presunzione di assenso al medesimo, salvo nel caso di illeggibilità del documento contrattuale, o nel caso in cui la clausola non sia stata adeguatamente portata all'attenzione di una parte, o nel caso di *misrepresentation*.

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 inefficace⁽⁴⁹⁾. L'ordine pubblico dunque costituisce, in definitiva anche per il diritto anglo-americano, un terzo limite alle clausole di esonero⁽⁵⁰⁾.

Quanto all'ordinamento inglese, una specifica disciplina delle *exemption clauses* – distinte in *exclusions* e *limitations of liability* – è prevista nell'*Unfair Contract Terms Act* del 1977, in parte nel *Misrepresentation Act* del 1967, e per quanto riguarda i consumatori (di cui però non si tratterà in questa sede) nel *Consumer Rights Act* del 2015. Detta disciplina è stata recentemente oggetto di una sistematizzazione ad opera di un gruppo di giuristi inglesi etichettata, sul

⁽⁴⁶⁾ 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. FARNSWORTH, *Farnsworth on Contracts*, cit., vol. I, Section 4.28, p. 555.

⁽⁴⁷⁾ Cfr. il caso *NEC Technologies, Inc. v. Nelson*, 478 S.E. 2nd, 771-772 (1996).

⁽⁴⁸⁾ Così CORBIN, *Corbin on Contracts*, vol. VII, Section 29.3, pp. 382-383.

⁽⁴⁹⁾ *Ibidem*, 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).

⁽⁵⁰⁾ 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.

modello americano, come *Restatement of Contract Law* (⁵¹). Benché tale opera non abbia valore normativo, appare nondimeno un punto di riferimento importante per cogliere lo spirito del diritto contrattuale inglese e le sue tendenze evolutive.

All'esame dei criteri di valutazione delle clausole di esonero proposti dalla legislazione inglese, giova premettere alcune considerazioni di carattere generale. Il primo elemento degno di nota è che la disciplina si applica espressamente tanto all'esonero da responsabilità contrattuale quanto all'esonero da responsabilità aquiliana e da responsabilità precontrattuale per *misrepresentation*. Dunque l'ordinamento inglese risolve positivamente la questione dell'ammissibilità di un'esclusione convenzionale della responsabilità aquiliana.

Ancora in merito all'ambito di applicazione occorre rilevare che i limiti previsti dalla normativa per le clausole di esonero non si applicano a tutta una serie di contratti, indipendentemente dal fatto che siano conclusi tra un professionista e un consumatore, e precisamente: ai contratti di somministrazione internazionale, ai contratti di assicurazione, ai contratti con effetti reali, ai contratti costitutivi, modificativi o estintivi di società, ai contratti che costituiscono o trasferiscono diritto di proprietà intellettuale, e infine ai contratti che costituiscono o trasferiscono diritti di garanzia (⁵²).

Un altro elemento significativo è che si prevede una disciplina diversa a seconda che la parte beneficiaria della clausola di esonero abbia cagionato all'altra danni nell'esercizio della sua attività professionale (c.d. *business liability*) o al di fuori di tale contesto. La differenza risiede nel fatto che nel secondo caso le clausole di esonero incontrano soltanto due dei limiti previsti per il primo caso: nei contratti di vendita le clausole non possono escludere la responsabilità derivante dalla violazione delle norme di legge relative alla titolarità dei beni venduti e possono escludere quella derivante dalle norme di legge in tema di conformità dei beni solo se l'esclusione supera il giudizio di ragionevolezza di cui si dirà tra breve.

Ciò premesso, l'art. 16, sottosezione 3 (a) dell'ultimo *Restatement of English Contract Law* vieta innanzitutto alle parti, quando si verificano danni nell'esercizio di un'attività professionale, di pattuire un esonero da responsabilità per lesioni alla vita o alla persona.

Al di fuori del predetto limite, la norma consente una clausola di esonero nel solo caso in cui essa superi il vaglio di un giudizio di ragionevolezza. La stessa regola si applica, per espressa previsione, anche nel caso in cui il contratto sia stato concluso sulla base delle condizioni generali unilateralmente predisposte dalla parte che beneficia dell'esonero. Questa non potrà invocare una limitazione o un'esclusione di responsabilità, né vantare un titolo per non adempiere o per porre in essere un adempimento essenzialmente diverso da quello pattuito (c.d. *variation clause*), a meno che la clausola non superi il *test* di ragionevolezza.

In cosa consista detto *test* 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 per l'applicazione del giudizio di ragionevolezza contenute nell'allegato due

⁽⁵¹⁾ BURROWS, *A Restatement of the English Law of Contract*, Oxford, 2016, p. 95 ss.

⁽⁵²⁾ Una lista completa delle eccezioni è reperibile nella *Schedule 1* dell'*Unfair Contract Terms Act*.

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 prevedere una clausola di esonero. L'onere di provare la ragionevolezza della clausola è in capo a chi intende farla valere.

In secondo luogo, si stabilisce che il giudice potrà tener conto di una serie di fattori, e precisamente potrà valutare: (i) il potere contrattuale delle parti; (ii) se alla parte cui l'esonero è sfavorevole sia stato promesso un beneficio in cambio del consenso alla clausola o se, al tempo in cui ha acconsentito, aveva la possibilità di concludere con altri un contratto simile ma privo della clausola (anche se a un prezzo maggiore); (iii) se la parte cui l'esonero è sfavorevole conosceva o avrebbe dovuto ragionevolmente conoscere la clausola; (iv) 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; (v) se i beni o servizi erano stati venduti o somministrati su speciale ordine della parte cui l'esonero è sfavorevole; (vi) se la clausola in questione viene normalmente ritenuta efficace nella prassi; (vii) se le parti hanno (o avrebbero potuto) stipulare un'assicurazione per l'evento contemplato dalla clausola; (viii) la natura dell'inadempimento, ad esempio con riguardo alla presenza della colpa o del dolo del debitore; (ix) l'impatto economico della clausola di esonero.

Al requisito della ragionevolezza la giurisprudenza inglese ha aggiunto il seguente: la clausola deve essere espressa in modo chiaro e non ambiguo, così da veicolare in modo inequivocabile l'intento esonerativo, pena la sua inefficacia⁽⁵³⁾. A tal proposito vengono individuate alcune regole precise nelle quali la regola della trasparenza s'intreccia con il principio dell'accordo e si traduce in un vincolo per il giudice a interpretazione restrittivamente la clausola che vale anche nel diritto americano⁽⁵⁴⁾. Da un lato 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 le verrà attribuito un significato meno ampio di quello suggerito dalla lettera⁽⁵⁵⁾.

⁽⁵³⁾ 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 "Ekha")* [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 GUEST, *Exemption Clauses*, in *Chitty on Contracts*, cit., 14-005, p. 1014, nt. 20.

⁽⁵⁴⁾ 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). *Contra*, *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*».

⁽⁵⁵⁾ 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*

Siffatta regola interpretativa si traduce sul piano sostanziale in un ultimo limite: la clausola di esonero non può privare la singola obbligazione del suo contenuto essenziale né, tanto meno, giustificare l'inadempimento delle prestazioni caratterizzanti il contratto, pena l'inefficacia, in applicazione di quella che è nota come “*fundamental breach doctrine*”⁽⁵⁶⁾. E qui si nota subito la convergenza del diritto anglo-americano con il diritto francese, come modificato dalla riforma del 2016. Ritorna il concetto del patto che priva un'obbligazione essenziale della sua sostanza.

Su cosa significhi esattamente “inadempimento fondamentale” non 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⁽⁵⁷⁾. Secondo altra, parimenti illustre formulazione, “fondamentale” è quell'inadempimento che, a un'analisi sistematica delle altre clausole, mina il contratto alla radice⁽⁵⁸⁾.

[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*».

⁽⁵⁶⁾ La dottrina dell'inadempimento essenziale viene utilizzata già da molti anni per consentire un controllo giudiziale sulle clausole di esonero da responsabilità, al punto che 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.

⁽⁵⁷⁾ 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*».

⁽⁵⁸⁾ 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

La dottrina in esame ha ricevuto non poche critiche, sulla base del fatto che troppo spesso essa viene utilizzata per caducare qualsiasi clausola di esonero indipendentemente da una sua effettiva iniquità o irragionevolezza, non essendo, di per sé sola, in grado di fornire un criterio discretivo tra le fattispecie lecite e quelle illecite⁽⁵⁹⁾.

Alcune storiche pronunce hanno circoscritto l'operatività della regola del *fundamental breach* ai casi di ambiguità del testo contrattuale⁽⁶⁰⁾. Solo quando le parti non hanno espressamente chiarito il grado d'importanza di una determinata obbligazione oggetto del contratto, ad esempio definendola in termini di *condition* o di *warranty*, o la portata della clausola di esonero, il giudice potrà valutare in base alla regola dell'inadempimento fondamentale se tale clausola si applica o meno. La risposta sarà negativa ogniqualvolta risulti, dall'intenzione delle parti e dalle circostanze del caso, che l'inadempimento ha riguardato un'obbligazione essenziale del contratto⁽⁶¹⁾. Per dirla con formula diversa, in mancanza di un'inequivoca volontà delle parti, il giudice rifiuterà di attribuire alla clausola di esonero un significato così ampio da tradursi nell'assoluzione del debitore da ogni dovere e responsabilità.

Pur dichiarando di aderire a tale limitazione dell'ambito dell'inadempimento fondamentale, la maggior parte delle sentenze la disattende nella sostanza, con un atteggiamento analogo a quello della Corte di Giustizia dell'Unione Europea nei confronti della trasparenza delle condizioni generali di contratto⁽⁶²⁾.

Un passo importante nella direzione tracciata dalle critiche appena esposte è stato compiuto da una sentenza inglese, la quale ha affermato che, in mancanza di

questa impostazione cfr. WEDDERBURN, *Contract – Exemption Clauses – Fundamental Breach – Main Objects of Contract*, in *Cambridge Law Journal*, 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.

⁽⁵⁹⁾ In questo senso, già 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, WADDAMS, *Contracts – Exemption Clauses – Fundamental Breach – Unconscionability*, in 17 *U. W. Ontario L. Rev.*, 295, 1978-1979; e MEYER, *Contracts of Adhesion and the Doctrine of Fundamental Breach*, in 50 *Va. L. Rev.*, 1178 (1964), 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».

⁽⁶⁰⁾ 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.

⁽⁶¹⁾ *Ibidem*. Per usare le parole di Lord Upjohn «a fundamental term of a contract is a stipulation which the parties have agreed either expressly or by necessary implication or which the general law regards as a condition which goes to the root of the contract so that any breach of that term may at once and without further reference to the facts and circumstances be regarded as a fundamental breach [...]».

⁽⁶²⁾ Per un esempio di sentenza che ha disatteso la regola appena enunciata, si veda il caso *Heffron 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». Sul concetto di trasparenza nella giurisprudenza della Corte di Giustizia si veda FERRANTE, *Transparency of Standard Terms as a Fundamental Right of European Law*, in HEIDERHOFF-LOHSSE-SCHULZE (Hrsg.), *EU-Grundrechte und Privatrecht*, 1, 2016, pp. 115-132.

ambiguità, si può ugualmente dichiarare nulla la clausola di esonero solo se oltre all'essenzialità dell'inadempimento ricorrono un altro presupposto: la realizzazione mediante la clausola di un abuso dell'autonomia contrattuale, cioè della c.d. *unconscionable exemption* ⁽⁶³⁾. 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 parte 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 costituirebbe l'approvazione tacita da parte della corte di pratiche commerciali inaccettabili ⁽⁶⁴⁾.

Criteri ancora diversi da quelli sin qui esaminati sono previsti da alcuni testi di *soft law*. Segnatamente, 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 però essere invocata ogniqualvolta ciò sia manifestamente iniquo (*grossly unfair*), avuto riguardo allo scopo del contratto. Il medesimo criterio viene adottato dall'art. 8.109 dei *Principles of European Contract Law* ⁽⁶⁵⁾.

⁽⁶³⁾ 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 dinnanzi alla giurisdizione italiana, seppur con la diversa motivazione che la clausola costituiva un'illegittima esenzione dalla responsabilità per colpa grave.

⁽⁶⁴⁾ *Ibidem*, specialmente p. 493.

⁽⁶⁵⁾ La soluzione è stata ampiamente criticata dalla dottrina facente capo ai diversi ordinamenti europei. Cfr., ad esempio, FONTAINE, *Les clauses exonératoires et les indemnités contractuelles dans les Principes d'Unidroit: Observations critiques*, in *Uniform Studies in Memory of Malcolm Evans*, in *International Uniform Law Review*, Roma 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. SCHELHAAS, *Art. 7.1.6 (Exemption clauses)*, in VOGENAUER (ed.), *Commentary on the Unidroit Principles of International Commercial Contracts (PICC)*, 2nd ed., Oxford, 2015, pp. 858-863.

Su questa falsariga si pone anche la soluzione prospettata da un Autore in un recente contributo ⁽⁶⁶⁾. Si suggerisce di sottoporre il patto di esonero, anche quando abbia superato il vaglio di compatibilità con i limiti imposti dall'art. 1229 c.c., a un giudizio di meritevolezza. In base a detto giudizio, il patto dovrebbe soccombere ogniqualvolta sia tale da alterare la funzione concreta del rapporto ⁽⁶⁷⁾.

Terminato questo breve *excursus*, il discorso è maturo per qualche riflessione conclusiva sulle prospettive in materia di limiti alle clausole di esonero. In assenza di una disciplina condivisa, occorre collazionare i frammenti del *puzzle* europeo per identificare almeno un nucleo, o se si preferisce una *ratio*, comune ai diversi ordinamenti. Concetti quali «dolo o colpa grave», *Kardinalpflichten*, *fundamental breach* e *unconscionability* sembrano tutti 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.

In fondo, questo è l'insegnamento che si è tratto anche dall'analisi della giurisprudenza italiana sulle clausole di esonero. Malgrado vengano espressamente i limiti del dolo e della colpa grave, i giudicanti non esplicitano quasi mai il ragionamento utilizzato per accertare la sussistenza di tali elementi, ma si limitano ad affermare apoditticamente che la clausola è nulla perché li viola. Così, si è indotti a pensare che altre siano le ragioni sulle quali si fonda intimamente la pronuncia di invalidità.

In quest'ottica, traslare il giudizio di validità delle clausole di esonero dalla sfera soggettiva dei contraenti al piano oggettivo del contenuto del contratto appare tutt'altro che inopportuno. Tanto più che, come ha dimostrato la casistica italiana, soprattutto quella in materia di responsabilità precontrattuale, discorrere di gradi della colpa si rivela spesso arduo o comunque privo di senso. Si pensi ai problemi – di cui si è già detto – sollevati dall'applicazione del disposto dell'art. 2236 c.c. o dall'interpretazione delle altre norme che sanciscono una valutazione più o meno rigorosa della colpa contrattuale. Se qualche indicazione sui criteri da impiegare può già provenire dalle linee guida tracciate dall'ordinamento inglese, ulteriori spunti potranno trarsi quando si assisterà alle prime applicazioni giurisprudenziali della regola consacrata dalla citata riforma del *code civil* ⁽⁶⁸⁾.

4. L'applicabilità dei limiti ad alcune ipotesi speciali di responsabilità.

Sotto il profilo della portata dell'art. 1229 c.c., occorre domandarsi, a monte, se patti di esonero siano ammissibili, ancorché contenuti entro i limiti *ivi* previsti,

⁽⁶⁶⁾ Si fa riferimento al contributo di LONGOBUCCO, *Mutamenti convenzionali del regime legale dell'inadempimento: profili sistematici e ricostruttivi*, cit., *passim*.

⁽⁶⁷⁾ Sul punto cfr. PASQUINO, *Le clausole di esonero da responsabilità nei contratti di fornitura dei servizi telematici*, in *La responsabilità civile*, 2006, p. 783, il quale giunge ad affermare la nullità della clausola di esonero che, pur contenuta entro i limiti della colpa lieve, oltrepassi «il limite della tutela minima del credito, vanificando la stessa essenza del vincolo obbligatorio che con quel regolamento la parte predisponente dovrebbe assumere».

⁽⁶⁸⁾ Nel frattempo, per una riflessione sul significato di “obbligazione essenziale” nell'ordinamento francese, si veda DESLAURIERS-GOULET, *L'obligation essentielle dans le contrat*, in *Les Cahiers de Droit*, vol. 55, n. 4, décembre 2014, pp. 923-950.

in ogni caso oppure debbano escludersi a monte in alcune ipotesi di responsabilità “speciali” quanto alla disciplina dettata dal legislatore o quanto alle caratteristiche funzionali del contratto.

La prima che si può prendere in considerazione è quella del *leasing*. Con riguardo a detto contratto, almeno in una prima fase e salve le precisazioni e le obiezioni che si muoveranno in apposita sede, la totale esclusione di ogni responsabilità del concedente per i vizi del bene è stata considerata dalla giurisprudenza non solo pienamente compatibile con la funzione del contratto in questione, ma addirittura un «elemento naturale del negozio»⁽⁶⁹⁾.

Una seconda ipotesi riguarda quel gruppo di casi (già più volte citati) in cui il legislatore ha già previsto un’attenuazione della responsabilità del debitore rispetto alle regole comuni. Si fa riferimento, in particolare, agli artt. 1710 e 1768, comma secondo, c.c., che impongono di valutare la colpa del mandatario e del depositario a titolo gratuito «con minor rigore», e all’art. 2236 c.c., che esonera il professionista dalla responsabilità per colpa lieve quando ricorrano problemi tecnici di speciale difficoltà. La questione è se le parti possano attenuare per via convenzionale una responsabilità che è già stata attenuata dalla legge e, in caso di risposta affermativa, entro quali limiti.

Sul punto si rinvengono in giurisprudenza alcune pronunce le quali hanno sostenuto l’applicazione delle esclusioni legali della responsabilità anche nel caso in cui il debitore abbia posto in essere l’inadempimento con dolo o colpa grave⁽⁷⁰⁾. L’affermazione può sembrare a prima vista calzante, ma non bisogna lasciarsi

⁽⁶⁹⁾ Così Cass., 30 giugno 1998, n. 6412, in *Giurisprudenza italiana*, 1999, p. 1234 ss., secondo la quale «in tema di adempimento di obbligazioni derivanti da contratto di *leasing*, qualora l'utilizzatore scelga, oltre al bene, anche il fornitore e sia stabilito che il fornitore consegnerà il bene direttamente all'utilizzatore, l'acquisto, ad opera del concedente, è effettuato per conto dell'utilizzatore, con la previsione - quale elemento naturale del negozio - dell'esonero del primo da ogni responsabilità in ordine alle condizioni del bene acquistato per l'utilizzatore, essendo quest'ultimo a prendere contatti con il fornitore, a scegliere il bene che sarà oggetto del contratto e a stabilire le condizioni di acquisto per il concedente, il quale non assume né l'obbligo di consegna, né rimane tenuto alla garanzia per evizione; ne consegue che un'eventuale clausola, inserita nel contratto di *leasing* di esonero del concedente da responsabilità per inadempimento del fornitore (*ivi* compresa per mancata consegna) non presenta tecnicamente la funzione di determinare e convenire un esonero da responsabilità e non è soggetta all'applicazione della relativa disciplina, giacché grava sul concedente solo l'obbligazione di determinare in capo al fornitore l'obbligo di consegnare il bene all'utilizzatore». In senso conforme, tra le tante, Cass., 11 febbraio 1997, n. 1266, in *Contratti*, 1997, p. 585 ss., con nota di MATTEO, *Il rischio del perimento della cosa*; e in *Giurisprudenza italiana*, 1998, p. 656 ss., con nota di BELLARDINI, *In tema di clausole di esonero del concedente per il rischio di perimento del bene oggetto del contratto di leasing*; Cass., 11 luglio 1995, n. 7595, in *Vita notarile*, 1995, p. 1372 ss.; Cass., 21 giugno 1993, n. 6862, in *Foro italiano*, 1993, I, c. 2144 ss., con note di MASTRORILLI e di CASO; e in *Giurisprudenza italiana*, 1994, I, 1, p. 1364 nota di GORGONI, *Ancora sulla rilevanza della clausola di esonero da responsabilità del concedente il leasing per inadempimento del fornitore*.

⁽⁷⁰⁾ In questo senso, Cass., 27 aprile 1984, n. 2643, in *Assicurazioni*, 1985, II, 2, p. 10 ss., con nota di FERRARINI, *Alcune considerazioni sulla limitazione del debito del vettore marittimo*; e in *Diritto marittimo*, 1984, p. 864 ss.; e in *Giurisprudenza italiana*, 1985, I, 1, p. 182 ss., con nota di INZITARI, *Conversione della sterlina-oro e limitazione della responsabilità del vettore secondo le regole dell'Aja*; e in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 1985, p. 5 ss.; Cass., 26 novembre 1979, n. 6197, in *Giustizia civile*, 1980, I, p. 305 ss.; e in *Foro italiano*, 1982, I, c. 810 ss., con note di LENER e MOCCIA; Cass., 23 aprile 1975, n. 1582, in *Giustizia civile*, 1975, I, p. 1290 ss.; Cass., 23 aprile 1969, n. 1278, in *Diritto marittimo*, 1969, p. 72 ss. Un Autore rileva però che vi sono sentenze (di merito) sull’attenuazione di responsabilità prevista dall’art. 423, cod. nav.,

fuorviare. Prima di tutto, le pronunce sono state rese in merito all'art. 423 del codice della navigazione, norma che contiene non un esonero da responsabilità ma una limitazione del *quantum* risarcitorio. Un conto è chiedersi se il debitore abbia diritto a una riduzione del risarcimento anche quando versava in dolo o colpa grave, altro conto è chiedersi se, ad esempio, una valutazione della colpa in termini meno rigorosi possa spingersi fino a giustificare una condotta gravemente colposa.

In secondo luogo, il punto di partenza delle pronunce è diverso da quello della presente disamina. Lì ci si domandava se l'art. 1229 c.c. fosse applicabile o meno alle ipotesi in cui è la legge stessa ad aver previsto un'attenuazione della responsabilità; qui ci si domanda, invece, se l'art. 1229 c.c. consenta alle parti di attenuare ancora di più una responsabilità che è già legalmente attenuata. Il fatto che l'attenuazione legale di responsabilità non incontri limiti, sia esso vero o falso, non implica che sia esente da limiti anche l'attenuazione convenzionale dell'attenuazione legale ⁽⁷¹⁾.

Ciò detto, l'interprete si trova di fronte a un'alternativa: può escludere a monte l'ammissibilità di un patto di esonero da una responsabilità già legalmente attenuata; può ritenere che il patto sia ammissibile ma si sostituisca all'attenuazione legale, così risolvendo il problema della duplicazione del vantaggio ottenuto dal debitore; oppure può reputare ammissibile il cumulo tra il patto e l'attenuazione legale di responsabilità, non potendo però, in questo caso, sfuggire ai limiti dell'art. 1229 c.c. La scelta tra le soluzioni prospettate dipende dalla norma cui s'intende derogare e dalle modalità del patto.

Certamente non è ammissibile un patto con cui si cumuli l'art. 1229 c.c. all'art. 2236 c.c., posto che esonerare da responsabilità un professionista che già risponde solo per colpa lieve sarebbe, di per sé e inevitabilmente, contrario alla prima norma. Ammissibile ma inutile si rivelerebbe il patto di esonero che sostituisca l'art. 1229 c.c. all'art. 2236 c.c., a meno che non sia riferito anche all'inadempimento di obbligazioni la cui esecuzione non comporta problemi tecnici di speciale difficoltà. L'art. 2236 c.c. esonera già da responsabilità per colpa lieve – quindi, sotto questo profilo, un patto *ex art.* 1229 c.c. costituirebbe una mera replica della disciplina legale –, ma lo fa solo quando la prestazione implica la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà.

Possono le parti estendere l'esonero al di fuori di quest'ultimo presupposto? In linea di principio, non vi sono ragioni per negarlo: si tratterebbe di un normale patto *ex art.* 1229 c.c., atteso che i limiti previsti dall'art. 2236 c.c. sono i medesimi previsti dalla norma in questione. Un'avvertenza è però doverosa: il patto potrebbe essere inammissibile se fosse applicato a una prestazione che coinvolge interessi costituzionalmente protetti come la vita o la salute.

le quali sostengono che essa non opera in caso di colpa grave del vettore. L'Autore cui si fa riferimento è TULLIO, *L'agevole esplicazione della dichiarazione di valore come presupposto della valutazione di costituzionalità dell'art. 423 c. nav.*, in *Diritto marittimo*, 1952, p. 486, nt. 2. Le sentenze sono: Trib. Genova, 11 giugno 1986, in *Diritto marittimo*, 1987, p. 357 ss.; App. Cagliari, 6 settembre 1985, in *Rivista giuridica sarda*, 1986, p. 743 ss., con nota di TULLIO, *Sull'applicabilità della limitazione del debito del vettore marittimo in caso di colpa grave*; Trib. Napoli, 18 novembre 1983, in *Diritto marittimo*, 1985, p. 358 ss.

⁽⁷¹⁾ La stessa Corte Costituzionale, 22 novembre 1991, n. 420, cit., ha affermato sì, da un lato, che il principio non ha copertura costituzionale, ma dall'altro lato ha precisato che proprio per tale ragione esso non vincola il legislatore, bensì l'autonomia privata.

Ogniqualevolta l'inadempimento dipenda dall'inosservanza di regole poste a presidio di tali beni, infatti, il patto verrà probabilmente considerato un esonero da responsabilità per violazione di norme di ordine pubblico e dunque dichiarato nullo, ai sensi dell'art. 1229 c.c., comma secondo, anche se il debitore era in colpa lieve.

Quanto alla valutazione meno rigorosa della colpa del mandatario e del depositario a titolo gratuito, vista l'incertezza sul significato del minor rigore, un patto di esonero potrebbe risultare utile. La conseguenza del patto sarebbe una responsabilità del debitore ristretta al solo caso in cui l'inadempimento sia stato doloso o gravemente colposo. Se così è, ove si consentisse il cumulo tra l'art. 1229 c.c. e le norme speciali previste per i succitati contratti, la valutazione meno rigorosa dovrebbe applicarsi alla colpa grave. Un simile esito non pare ammissibile, perché in contrasto con la *ratio* dell'art. 1229 c.c., il quale, come già più volte ribadito, esprime il principio generale per cui «l'ordinamento giuridico vuole assicurare in ogni caso la persecuzione di chi viola la diligenza minima»⁽⁷²⁾. La stessa Corte Costituzionale ha in più occasioni attestato che il principio è conforme alla tradizione giuridica europea ed emerge da un insieme di norme disseminate nel codice civile, nel codice della navigazione e in leggi speciali⁽⁷³⁾.

La terza ipotesi speciale di responsabilità da esaminare riguarda i casi in cui il legislatore ha sancito la nullità di qualsiasi limitazione della responsabilità per determinati tipi di danni. Si fa riferimento, in particolare, all'art. 1681 c.c., che commina la nullità di qualsiasi limitazione di responsabilità del vettore per danni alla persona del viaggiatore, ed all'art. 1785-*quater* c.c., che sancisce la nullità di qualsiasi patto di esonero o limitazione preventiva della responsabilità

⁽⁷²⁾ Le parole sono di CIAN, "*Lata culpa dolo aequiparatur*", in *Rivista di diritto civile*, 1963, I, pp. 148 ss., soprattutto p. 177. Ritengono che, in assenza di una specifica ed espressa volontà del legislatore di derogare ai limiti dell'art. 1229 c.c., questi ultimi trovino applicazione anche ALPABESSONE-ZENO ZENCOVICH, *I fatti illeciti*, cit., pp. 332-333; AULETTA, *Limitazione di responsabilità del vettore marittimo*, cit., pp. 188-190; BENATTI, *Contributo allo studio delle clausole di esonero da responsabilità*, cit., pp. 46-47 e p. 68 ss.; DE CUPIS, *Il danno*, cit., p. 420 e p. 539, nt. 144; in certa misura TORRENTE, *Le clausole di esonero e le clausole limitative di responsabilità*, cit., p. 251.

⁽⁷³⁾ Cfr., innanzitutto, Corte Cost., 22 novembre 1991, n. 420, in *Foro italiano*, 1992, I, c. 642 ss., in particolare c. 646, con note di PONZANELLI, *Limitazione di responsabilità, analisi economica del diritto e giudizio di costituzionalità*; e di COSENTINO, *Trasporto di merci su strada e limitazione della responsabilità: osservazioni in chiave di analisi economica del diritto*, la quale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 1, comma 1, legge 22 agosto 1985, n. 450, in materia di risarcimento dovuto dal vettore stradale per perdita o avaria delle cose trasportate, nella parte in cui non eccettuava dalla limitazione della responsabilità il caso in cui la perdita fosse dovuta a dolo o colpa grave e in cui non prevedeva un meccanismo di aggiornamento del massimale prescritto per l'ammontare del risarcimento. Per una panoramica sulla questione se il principio enunciato dall'art. 1229 c.c. goda, o meno, di copertura costituzionale cfr. DELOGU, *Op. cit.*, pp. 230-246. In epoca più recente la Consulta ha impiegato il nucleo essenziale dell'art. 1229 c.c. come parametro per valutare la legittimità delle limitazioni di responsabilità introdotte dal legislatore stesso. Così Corte Cost., 26 maggio 2005, n. 199, in *Danno e responsabilità*, 2005, p. 1061 ss., con nota di CECCHERINI, *Salta il limite di responsabilità del vettore marittimo per le cose trasportate*, la quale ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 423, comma 1, cod. nav., nella parte in cui disciplina come irrilevante, ai fini del limite del risarcimento, l'ipotesi del dolo e colpa grave del vettore o preposti; e Corte Cost., 30 marzo 2012, n. 75, in *I contratti*, 2013, p. 357 ss., con nota di RUFFO, *Pacchetti turistici all inclusive: addio al vecchio limite per il risarcimento dei danni alla persona*.

dell'albergatore ⁽⁷⁴⁾. La questione è se simili disposizioni debbano essere interpretate nel senso di vietare solo quei patti che non rispettano i limiti dell'art. 1229 c.c., oppure anche i patti di esonero per colpa lieve.

La risposta più plausibile è che le norme in esame vietino qualunque patto di esonero, anche per colpa lieve. A favore di questa tesi milita in primo luogo un argomento letterale: la formulazione delle norme è *tranchante* nel sancire la nullità *tout court* dei patti di esonero indipendentemente dal grado di colpa del debitore. Questo lascia pochi dubbi circa il loro carattere imperativo. Tale carattere, almeno nell'art. 1681 c.c., deriva anche dalla natura di ordine pubblico degli interessi tutelati, vale a dire la vita e l'incolumità fisica del creditore ⁽⁷⁵⁾. 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 c.c.

Ulteriore ipotesi riguarda i casi in cui il legislatore ha stabilito espressamente per le clausole di esonero da responsabilità limiti diversi da quelli previsti dall'art. 1229 c.c. Il riferimento interessa le norme in tema di garanzia per evizione nella vendita (art. 1487 c.c.) e nella cessione del credito (art. 1266, comma primo, c.c.), le quali fissano come limite all'esonero o alla limitazione di responsabilità quello del «fatto proprio» del venditore o cedente; e le norme in tema di garanzia per vizi nella vendita (art. 1490, comma secondo, c.c.) e nella locazione (art. 1579 c.c.), le quali individuano il limite nel fatto che il venditore o il locatore abbiano «in mala fede taciuto» alla controparte i vizi della cosa. Qui il discorso è più complesso: si tratta di stabilire se l'applicazione dei limiti speciali appena enunciati concorra con quella dei limiti generali *ex art.* 1229 c.c. oppure la sostituisca.

In primis, non bisogna trascurare il fatto che la garanzia per vizi e quella per evizione, a differenza dell'art. 1229 c.c., attengono a una responsabilità in senso atecnico, posto che l'obbligo risarcitorio non ha titolo in un inadempimento e prescinde dall'elemento soggettivo della colpa del venditore ⁽⁷⁶⁾. Questo comporta che un patto esclusivo o limitativo delle garanzie in esame non si traduce automaticamente in un patto esclusivo o limitativo della responsabilità: quest'ultimo sussisterà qualora emerga, in via interpretativa, che l'esclusione o limitazione della garanzia ha salvato dalla responsabilità un venditore che, in assenza della clausola, avrebbe risposto per dolo o colpa grave ⁽⁷⁷⁾.

⁽⁷⁴⁾ A questo elenco DELOGU, *Op. cit.*, pp. 104-105, aggiunge l'art. 1838, comma quarto, c.c., 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 c.c., i quali prevedono la possibilità di un patto che obblighi l'assicuratore anche per i sinistri causati da colpa grave dell'assicurato.

⁽⁷⁵⁾ Cfr. MIRABELLI, *Dei singoli contratti. Del trasporto*, in *Commentario del codice civile*, IV, 3, 3^a ed., Torino, 1991, 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 IANNUZZI, *Del trasporto*, in *Commentario Scialoja, Branca*, sub artt. 1678-1702, 2^a ed., Bologna-Roma, 1970, p. 105. Naturalmente, l'art. 1681 c.c. non inficia l'ammissibilità di pattuizioni che offrano maggiori garanzie al viaggiatore. In questo senso, ASQUINI, *Trasporto di persone (contratto di)*, in *Nuovissimo Digesto italiano*, XIX, Torino, 1973, p. 616.

⁽⁷⁶⁾ Cfr. sul punto DE MARTINI, voce «Evizione (diritto civile)», in *Novissimo Digesto italiano*, VI, Torino, 1960, p. 1069.

⁽⁷⁷⁾ Stabilire le ipotesi in cui si riscontra un patto *ex art.* 1229 c.c. è una questione interpretativa. A tal fine, secondo parte della dottrina, possono ritenersi sufficienti la mera

Con specifico riguardo alla garanzia per evizione, la dottrina prevalente considera i limiti di cui all'art. 1229 c.c. compatibili con il patto relativo alla diminuzione o esclusione degli effetti della garanzia ⁽⁷⁸⁾. Il concetto di «fatto proprio» è diverso rispetto a quello di «dolo o colpa grave», attiene ad un'altra sfera e non lo elide ⁽⁷⁹⁾.

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 c.c. al principio di cui all'art. 1229 c.c., equiparando, con un'interpretazione antiletterale, il concetto di «mala fede» a quello di «dolo o colpa grave» ⁽⁸⁰⁾; 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 ⁽⁸¹⁾; e chi considera il secondo comma dell'art. 1490 c.c. come un'eccezione alla regola di cui all'art. 1229 c.c., intendendo per mala fede la mera conoscenza del vizio da parte dell'alienante, unita al silenzio preordinato ad ingannare il compratore ⁽⁸²⁾. Quest'ultima è l'impostazione seguita dalla giurisprudenza, la quale su tale base è

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 GRECO-COTTINO, *Della vendita*, in *Commentario del codice civile Scialoja-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 LUMINOSO, *I contratti tipici e atipici*, in *Trattato di diritto privato Iudica-Zatti*, Milano, 1995, p. 131.

⁽⁷⁸⁾ 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, BIANCA, *La vendita e la permuta*, in *Trattato Vassalli*, VII, 1, Torino, 1972, p. 787; LUMINOSO, *Vendita*, in *Digesto civile*, XIX, Torino, 1999, p. 642; RUBINO, *La compravendita*, in *Trattato Cicu-Messineo*, 2° ed., Milano, 1971, p. 736. *Contra*, DE MARTINI, *Op. ult. cit.*, p. 1068).

⁽⁷⁹⁾ 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 c.c. Cfr. BIANCA, *Op. ult. cit.*, p. 791; 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 (RUBINO, *Op. ult. cit.*, p. 747). Secondo GRECO-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.

⁽⁸⁰⁾ Così ROMANO, *Vendita. Contratto estimatorio*, in *Trattato 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 (GRECO-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 *Giustizia civile* (Massimario), 2004, p. 3, il cui testo integrale è reperibile in *Gius.*, 2004, p. 3043 ss.

⁽⁸¹⁾ 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 BIANCA C.M., *Op. ult. cit.*, p. 822.

⁽⁸²⁾ In questo senso RUBINO, *Op. ult. cit.*, p. 865.

giunta ad affermare la validità del patto di esclusione della garanzia per colpa grave del venditore ⁽⁸³⁾.

Tale impostazione appare corretta in relazione alla lettera dell'art. 1490 c.c., posto che il termine mala fede presuppone comunque una consapevolezza dell'agire la quale manca invece nella colpa grave. Le conseguenze che ne discendono sotto il profilo redazionale sono le seguenti: il patto di esclusione della garanzia nei limiti della mala fede, sarebbe di per sé sufficiente a impedire che il venditore risponda per colpa grave; considerando che al riguardo sono presenti altre tesi, sarebbe bene prevedere espressamente che l'esclusione è estesa alla colpa grave, avendo cura però di non utilizzare la parola responsabilità, ma la parola garanzia. Questo per evitare che la clausola venga interpretata come un patto vietato ai sensi dell'art. 1229 c.c. e quindi nullo.

L'ultima ipotesi da considerare nella presente trattazione attiene alla responsabilità del debitore per fatto degli ausiliari, prevista dall'art. 1228 del codice ⁽⁸⁴⁾. La norma, 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. Si tratta di stabilire, ancora una volta, se siano o meno applicabili i limiti di cui all'art. 1229 c.c. 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 ⁽⁸⁵⁾. 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

⁽⁸³⁾ Cass., 3 luglio 1979, n. 3741, in *Giurisprudenza italiana*, 1979, p. 543 ss.

⁽⁸⁴⁾ Sulla definizione di ausiliari cfr. la risalente ma esaustiva monografia di VISINTINI, *La responsabilità contrattuale per fatto degli ausiliari*, Padova, 1965, p. 136. In generale, per quanto interessa in questa sede, si possono qualificare come ausiliari tutti coloro che concorrono all'esecuzione delle prestazioni promesse al debitore, siano essi dipendenti o collaboratori autonomi ed esterni.

⁽⁸⁵⁾ Si veda innanzitutto ASQUINI, *Del contratto di trasporto*, cit., p. 350. Nello stesso senso, BRUNETTI, *Dei limiti di validità delle clausole di esonero nei trasporti marittimi*, commento a Cass. Torino, 4 maggio 1917, in *Rivista di diritto commerciale*, 1918, II, p. 133 ss., spec. pp. 138-141; BRUSCHETTINI, *Op. cit.*, p. 345 ss.; CHIRONI, *La colpa nel diritto civile odierno. Colpa contrattuale*, cit., pp. 668-670; DI NOLA, *Le agenzie di informazioni commerciali e la loro responsabilità civile*, in *Rivista di diritto commerciale*, 1904, I, p. 345 ss., spec. pp. 363-364; FRANCESCHELLI, *Le clausole di irresponsabilità nei trasporti marittimi ed il problema della protezione del contraente più debole nei contratti in serie*, in *Rivista di diritto della navigazione*, 1938, I, p. 298; GRECO, *Appunti sulle clausole di irresponsabilità nei trasporti marittimi*, commento a Cass., 15 novembre 1928, in *Annuario di diritto comparato e studi legislativi*, 1931, IV, pp. 752-753; POLACCO, *Le obbligazioni nel diritto civile odierno*, cit., pp. 390-392. Contra cfr. FERRARA, *Responsabilità contrattuale per fatto altrui*, in *Scritti giuridici*, II, Milano, 1954, p. 3 ss., spec. p. 137; LEFEBVRE D'OVIDIO, *Studi sulle clausole di irresponsabilità*, in *Rivista di diritto della navigazione*, I, 1938, p. 305 ss.; PACCHIONI, *Diritto civile italiano*, parte seconda, IV, *Dei delitti e quasi delitti*, Padova, 1940, p. 181 ss.

ausiliari fosse integralmente determinato dal creditore della prestazione ⁽⁸⁶⁾. Il medesimo orientamento era sostenuto dalla giurisprudenza ⁽⁸⁷⁾.

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 c.c. Secondo parte della dottrina, i limiti in questione non si applicano per una ragione formale ed una sostanziale. Sotto il profilo formale, da un lato, la lettera dell'art. 1228 c.c. nel legittimare il patto non rinvia ai limiti previsti dall'art. 1229 c.c., dall'altro la lettera dell'art. 1229 c.c. 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 c.c., nella misura in cui garantirebbe comunque il rispetto del vincolo obbligatorio principale, cioè quello tra il debitore in persona e il creditore ⁽⁸⁸⁾. In particolare, il patto non inciderebbe sulla responsabilità, ma costituirebbe, semmai, una limitazione della sfera di rischio del debitore ⁽⁸⁹⁾.

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 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 ⁽⁹⁰⁾. Da tali obiezioni prende le mosse la tesi che ritiene applicabili all'art. 1228 c.c. i limiti di cui all'art. 1229 c.c. 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 ⁽⁹¹⁾.

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

⁽⁸⁶⁾ Su questo aspetto si vedano CHIRONI, *Op. ult. cit.*, p. 670; FRANCESCHELLI, *Op. ult. cit.*, p. 298; GRECO, *Op. ult. cit.*, pp. 9-10; e POLACCO, *Op. ult. cit.*, loc. ult. cit.

⁽⁸⁷⁾ Si veda, per tutte, Cass., Sez. Un., 24 aprile 1936, n. 1385, in *Foro italiano*, 1936, I, c. 775 ss.

⁽⁸⁸⁾ In questo senso VISINTINI, *La responsabilità contrattuale per fatto degli ausiliari*, cit., p. 136. Osserva l'Autrice 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.

⁽⁸⁹⁾ FERRARINI, nota a Cass., 12 aprile 1946, n. 428, in *Foro italiano*, 1946, I, c. 693 ss. Nello stesso senso AULETTA, *Limitazione di responsabilità del vettore marittimo*, in *Rivista di diritto della navigazione*, 1952, I, p. 200; DE CUPIS, *Il danno*, vol. II, Milano, 1979, pp. 152-153; 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 *Rivista di diritto commerciale*, 1994, I, p. 1 ss., spec. p. 4; TORRENTE, *Le clausole di esonero e le clausole limitative della responsabilità*, in *Giustizia civile*, 1951, p. 253.

⁽⁹⁰⁾ Cfr., in particolare, le osservazioni di DELOGU, *Le modificazioni convenzionali della responsabilità civile*, cit., pp. 92-93.

⁽⁹¹⁾ Si vedano in proposito le considerazioni di DELOGU, *Op. ult. cit.*, pp. 93-94.

dell'art. 1229 c.c.: escludendo la responsabilità dell'ausiliario, si elimina il fatto di cui, ai sensi dell'art. 1228 c.c., risponde il debitore⁽⁹²⁾. 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⁽⁹³⁾.

Questa è la tesi accolta dalla giurisprudenza più recente, la quale vi fa riferimento come a un orientamento consolidato⁽⁹⁴⁾. La giurisprudenza, 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 c.c., 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⁽⁹⁵⁾.

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 c.c. assurge 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⁽⁹⁶⁾. 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.

⁽⁹²⁾ In questo senso, per tutti, ALPA-BESSONE-ZENO ZENCOVICH, *I fatti illeciti*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Rescigno, XIV, Torino, 1995, p. 324; BARASSI, *Teoria generale delle obbligazioni*, III, L'attuazione, cit., pp. 380-381, nt. 4; BENATTI, *Contributo allo studio delle clausole di esonero da responsabilità*, Milano, 1971, p. 80 ss.; BESSONE, *Le clausole di esonero e di limitazione della responsabilità*, in *Rivista di diritto commerciale*, 1974, pp. 323 ss.; BIANCA C.M., *Diritto civile*, V, La responsabilità, Milano, 1994, p. 69 e ID., *Inadempimento delle obbligazioni*, in *Commentario del codice civile*, a cura di Scialoja-Branca, Libro IV, Delle obbligazioni, artt. 1218-1229, sub art. 1229, Bologna-Roma, 1979, pp. 486-489; CANTILLO, *Le obbligazioni*, II, in *Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale*, fondata da Bigiavi, Torino, 1992, p. 864; MICCIO, *Delle obbligazioni in generale*, in *Commentario al codice civile*, libro IV, vol. I, sub artt. 1173-1320, Torino, 1982, p. 395; PONZANELLI, *Le clausole di esonero da responsabilità civile*, cit., p. 275.

⁽⁹³⁾ Cfr. SCOGNAMIGLIO, *Rischio e impresa*, in *Rivista di diritto commerciale*, 1967, I, p. 417 ss., spec. pp. 430-431; e TRIMARCHI, *Sul significato economico dei criteri di responsabilità contrattuale*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1970, p. 513 ss., spec. p. 423.

⁽⁹⁴⁾ Per tutte, Cass., 7 ottobre 2010, n. 20808, in *Urbanistica e appalti*, 2010, p. 1426, la quale definisce l'applicazione dei limiti del dolo e della colpa grave al patto di esonero da responsabilità per fatto degli ausiliari come un principio consolidato nella giurisprudenza di legittimità; Cass., 15 febbraio 2000, n. 1682, in *Danno e responsabilità*, 2000, 748 ss. Per una disamina completa e ragionata delle sentenze più risalenti sul tema cfr. 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, BIANCA C.M., *Diritto civile*, V, *La responsabilità*, cit., p. 69; e BENATTI, *Contributo allo studio delle clausole di esonero da responsabilità*, cit., p. 83.

⁽⁹⁵⁾ Si vedano in proposito le riflessioni di VISINTINI, *La responsabilità contrattuale per fatto degli ausiliari*, cit., p. 132.

⁽⁹⁶⁾ Si condividono qui le osservazioni di DELOGU, *Op. ult. cit.*, p. 101.

5. I rimedi contro le clausole che violano i limiti: l'interpretazione conservativa e la nullità parziale.

La decisione in merito all'invalidità o la validità di una clausola può dipendere in prima battuta dalla sua interpretazione. Se il patto di esonero è formulato in modo ambiguo, il giudice dovrà prediligere, in conformità con l'art. 1367 c.c., l'interpretazione nel senso che può attribuirgli qualche effetto. Proprio questa caratteristica di consentire alla parte interessata dalla clausola di salvarla almeno in parte avvicina la funzione della norma a quella di un rimedio⁽⁹⁷⁾.

L'esigenza di mantenere in vita il contratto non è prerogativa esclusiva del diritto interno: non appena si allargano gli orizzonti verso la *soft law*, ci si accorge che esistono norme analoghe a quella poc'anzi citata. Così 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⁽⁹⁸⁾.

La lettera dell'art. 1367 c.c., diversamente da quella delle norme appena citate, richiede quale presupposto applicativo la sussistenza di un dubbio sul significato delle clausole. Come si vedrà tra poco, tale presupposto è criticato da parte della dottrina⁽⁹⁹⁾; per ora è sufficiente considerare che l'interpretazione conservativa può certamente applicarsi per risolvere un'ambiguità del testo. Si è discusso, invece, intorno all'ipotesi in cui il dato testuale non sia semplicemente polisemico ma oscuro. Qui, infatti, non si presenta all'interprete la scelta tra un significato che può attribuire qualche effetto al contratto e un significato che non può attribuirgliene alcuno. Si rischia dunque di conferire al contratto un senso proveniente non, per così dire, dal suo interno, ma dalla mente del giudice e quindi di travalicare i limiti dell'interpretazione per entrare nella sfera dell'integrazione, laddove questo effetto è dichiaratamente respinto dalla giurisprudenza, oltre che dall'ordinamento stesso⁽¹⁰⁰⁾.

⁽⁹⁷⁾ Sul fondamento dell'interpretazione conservativa cfr. GENTILI, *Senso e consenso. Storia, teoria e tecnica dell'interpretazione dei contratti*, cit., pp. 585-588.

⁽⁹⁸⁾ Per un commento cfr. VOGENAUER, *Art. 4.5 (All terms to be given effect)*, in VOGENAUER (ed.), *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.

⁽⁹⁹⁾ Si veda innanzitutto 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. Per le ragioni di tale affermazione cfr. *infra*. Si vedano inoltre RIZZO, *Interpretazione dei contratti e relatività delle sue regole*, Napoli, 1985, p. 338; CAPOBIANCO, *La determinazione del regolamento*, in *Trattato del contratto*, a cura di Roppo, II, *Regolamento*, a cura di Vettori, Milano, 2006, p. 347; PENNASILICO, *Il principio di conservazione dei «valori giuridici»*, cit., p. 853 ss.

⁽¹⁰⁰⁾ In questo senso, dalla più recente, Cass., 27 marzo 2013, n. 7791, in *Contratti*, 2013, 5, p. 482 ss., ove si legge che il criterio in esame «va inteso non già nel senso che è sufficiente il conseguimento di qualsiasi effetto utile per una clausola, per legittimarne una qualsiasi interpretazione pur contraria alle locuzioni impiegate dai contraenti, ma che, nei casi dubbi, tra

La stessa giurisprudenza ha però recentemente rimeditato la sua posizione precisando che, di fronte a una clausola oscura, in quanto «estremamente generica ed indeterminata», il giudice (di merito) non può dichiararne *de plano* l'inefficacia; egli dovrà invece leggerla in relazione al contesto come prescritto dall'art. 1363 c.c. in modo da consentirle di produrre qualche effetto ai sensi dell'art. 1367 c.c. Solo qualora da tale indagine risulti che la pattuizione 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», il giudice può dichiararla inefficace come mera clausola di stile ⁽¹⁰¹⁾.

Altrettanto dibattuto è il problema di cosa significhi la locuzione «qualche effetto» e quali criteri debba utilizzare il giudice per selezionare la misura di tali effetti. In parole più semplici, si tratta di capire se, in presenza di una pluralità di effetti tutti egualmente utili, il giudice debba scegliere quello che ha maggior portata, cioè quello che si pone appena al di sotto della soglia di nullità. Secondo una pronuncia giurisprudenziale e l'opinione di parte della dottrina, l'interrogativo deve trovare risposta affermativa ⁽¹⁰²⁾. Sarebbe lo stesso principio di conservazione, nella sua funzione protettiva dell'autonomia privata, a richiedere che il contratto non sia «neppure in parte frustrato e che la sua efficacia potenziale non subisca alcuna limitazione» ⁽¹⁰³⁾.

L'opinione appena illustrata ha il difetto di rendere l'interpretazione *ex art.* 1367 c.c. un canone ermeneutico soggettivo e storico, al pari della ricerca della

possibili interpretazioni, deve tenersi conto degli inconvenienti cui può portare una o più di esse e, perciò, evitando di adottare una soluzione che la renda improduttiva di effetti», e altresì che la conservazione del contratto «non può essere autorizzata attraverso una interpretazione sostitutiva della volontà delle parti, dovendo in tal caso il Giudice evitarla e dichiarare, ove ne ricorrano gli estremi, la nullità del contratto»; Cass., 26 novembre 2012, n. 20893, in *Diritto e giustizia*, 2012; Cass., 22 dicembre 2011, n. 28357, il cui testo integrale è reperibile nella banca dati *Leggi d'Italia (online)*; Cass., 8 ottobre 2008, n. 24866, in *Foro italiano*, 2008, I, c. 3072 ss., con nota di BARONE; e in *Rivista di diritto processuale*, 2009, p. 1401 ss., con nota di PEZZANI; Cass., 19 novembre 2004, n. 21893, in *Guida al diritto*, 2004, 50, p. 53 ss.; Cass., 1 settembre 1997, n. 8301, in *Giustizia civile* (Massimario), 1997, p. 1587 ss., il cui testo integrale è reperibile nella banca dati *Leggi d'Italia (online)*; Cass., 16 dicembre 1982, n. 6935, in *Giustizia civile*, 1983, I, p. 1530 ss.; e in *Giurisprudenza italiana*, 1984, I, 1, p. 366 ss.

⁽¹⁰¹⁾ Cass., 31 maggio 2013, n. 13839, in *Giustizia civile* (Massimario), 2013, p. 89, il cui testo integrale è reperibile nella banca dati *Leggi d'Italia (online)*. Si veda sul punto quanto detto parlando dell'indeterminatezza dell'oggetto quale limite alle clausole che specificano le obbligazioni dedotte nel contratto.

⁽¹⁰²⁾ In dottrina, tra i maggiori esponenti della tesi del “maggior effetto”, si possono citare BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, 2a ed., nel *Trattato di diritto civile italiano* diretto da Vassalli, XV, 2, Torino, 1950, p. 363; FRANCESCHELLI, *Intorno al principio di conservazione dei contratti*, in *Scritti civilistici e di teoria generale del diritto*, Milano, 1975, p. 229; GRASSETTI, *L'interpretazione del negozio giuridico con particolare riguardo ai contratti*, rist., Padova, 1983, p. 179 ss.; e ID., voce «Conservazione (principio di)», in *Enciclopedia del diritto*, IX, Milano, 1961, p. 173 ss. In giurisprudenza, cfr. Cass., 4 maggio 2005, n. 9275, in *Obbligazioni e contratti*, 2006, 12, p. 996 ss., con nota di DELLA CORTIGLIA, *Principio di conservazione e interpretazione del contratto*. Secondo l'Autrice, la soluzione in esame sarebbe coerente con la «ratio di valorizzazione, fino al limite del possibile, dell'intento di privata autonomia, oltre che conforme all'esigenza di conferire completezza disciplinare alla prescrizione normativa di cui all'art. 1367 c.c., che ne sarebbe certo priva qualora tacesse sul criterio selettivo da adottare in presenza di più significati utili».

⁽¹⁰³⁾ Sono queste le parole di Cass., 4 maggio 2005, n. 9275, cit.

comune intenzione delle parti, laddove una serie di fattori ne dimostra il carattere oggettivo ⁽¹⁰⁴⁾. *In primis*, la lettera della norma impone quale requisito preliminare all'interpretazione conservativa la presenza di un dubbio. Ora, di dubbio si può parlare solo quando il testo risulti ancora ambiguo dopo che si è indagata la comune intenzione delle parti *ex art.* 1362 c.c. e si è provveduto a un'interpretazione complessiva delle clausole *ex art.* 1363 c.c. ⁽¹⁰⁵⁾. Dunque nell'intento del legislatore, come confermato dalla stessa Relazione al codice, il criterio della conservazione è sussidiario e vige una gerarchia tra i canoni soggettivi e quelli oggettivi ⁽¹⁰⁶⁾.

In subordine all'argomento letterale e a quello *ex autoritate*, si può osservare sotto il profilo pratico che far produrre il massimo effetto alla pattuizione significa, come rovescio della medaglia, imporre alla parte che ha interesse a invocare la nullità il massimo sacrificio e quindi rischiare di andare oltre a quanto realmente voluto dalle parti. Questa lettura, oltre che tradire la *ratio* dell'interpretazione conservativa, violerebbe l'art. 1370 c.c., là dove impone al giudice d'interpretare il contratto ancora oscuro o ambiguo nel senso più idoneo a realizzare l'equo contemperamento degli interessi delle parti ⁽¹⁰⁷⁾.

⁽¹⁰⁴⁾ La tesi è sostenuta, *inter alios*, da OPPO, *Profili dell'interpretazione oggettiva del negozio giuridico*, Padova, 1943, p. 15 ss.; OSTI, *Contratto*, in *Novissimo Digesto italiano*, IV, Torino, 1959, p. 523; SACCO, *Il contratto*, nel *Trattato di diritto civile italiano* diretto da Vassalli, VI, 2, Torino, 1975, p. 782; MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, 3° ed., in *Commentario del codice civile*, Torino, 1980, p. 249; CARRESI, *L'interpretazione del contratto*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1964, p. 562; CASELLA, *Il contratto e l'interpretazione (Contributo ad una ricerca di diritto positivo)*, Milano, 1969, p. 203; e BIGLIAZZI GERI, *L'interpretazione del contratto – Art. 1362-1371*, ristampa con prefazione, note di aggiornamento e bibliografia a cura di Valentina Calderai, in *Il codice civile – Commentario*, diretto da Busnelli, Milano, 2013.

⁽¹⁰⁵⁾ Si osserva, in particolare, che «la determinazione oggettiva del significato da attribuire alla dichiarazione non ha ragion d'essere quando la ricerca soggettiva conduca ad un utile risultato ovvero escluda da sola che le parti abbiano posto in essere un determinato rapporto giuridico». Così, per tutte, Cass., 8 novembre 2013, n. 25243, in *La nuova giurisprudenza civile*, 2014, 4, 1, p. 296 ss., con nota di FOGLIA, *Interpretazione negoziale e principio di gerarchia*. Prosegue la sentenza affermando che «l'adozione dei predetti criteri integrativi non può portare alla dilatazione del contenuto negoziale mediante l'individuazione di diritti ed obblighi diversi da quelli contemplati nel contratto o mediante l'eterointegrazione dell'assetto negoziale previsto dai contraenti, neppure se tale adeguamento si presenti, in astratto, idoneo a ben contemperare il loro interessi». In dottrina cfr., *ex multis*, GRASSETTI, *L'interpretazione del negozio giuridico con particolare riguardo ai contratti*, Padova, 1983, p. 225 ss.; nonché IRTI, *Testo e contesto. Una lettura dell'art. 1362 c.c.*, Padova, 1996, p. 139 ss.

⁽¹⁰⁶⁾ Relazione al codice civile, n. 622, nella quale si legge che «la disciplina dettata per l'interpretazione del contratto distingue nettamente tra il gruppo di disposizioni già contenute negli artt. 1131, 1136, 1138 e 1139 cod. civ., e le rimanenti norme della medesima sezione del codice del 1865. Così, negli articoli 1362 e 1365 si è regolato il primo momento del processo interpretativo, che ha riguardo alla ricerca in concreto della volontà dei contraenti; negli articoli [da] 1367 a 1371 si è invece disciplinato il secondo momento dell'interpretazione, e le norme poste presuppongono, a differenza delle prime, il persistere di un dubbio sul preciso contenuto della dichiarazione contrattuale, dubbio che appunto l'interprete è chiamato a sciogliere mediante l'applicazione di principi legislativamente fissati. Punto di sutura tra questi due momenti dell'interpretazione è la norma collocata nell'art. 1366, che li domina entrambi, e che fissa il principio dell'interpretazione secondo buona fede».

⁽¹⁰⁷⁾ Secondo parte della dottrina la ricerca «del contenuto rilevante della manifestazione di volontà» costituisce l'essenza stessa dell'attività ermeneutica. Così GRASSETTI, *Op. ult. cit.*, p. 20. Si veda inoltre SCOGNAMIGLIO, *Interpretazione del contratto e interessi dei contraenti*, Padova, 1992, p. 1 ss. Sul fondamento volontaristico dell'interpretazione conservativa cfr. OPPO, *Profili*

Alla luce della predetta gerarchia – peraltro criticata da autorevole dottrina⁽¹⁰⁸⁾ – la giurisprudenza maggioritaria in tema d'interpretazione conservativa ne consente l'impegno solo una volta che si sono infruttuosamente esauriti tutti i possibili mezzi d'interpretazione soggettiva⁽¹⁰⁹⁾. Da siffatta impostazione discende quale naturale corollario il divieto per il giudice di colmare attraverso un intervento interpretativo-integrativo le lacune della volontà negoziale.

Per il vero, non sono mancate sentenze che, almeno all'apparenza – a quanto risulta purtroppo solo dalla massima – hanno sposato una conclusione diversa. Una prima sentenza, di merito, ha salvato un patto di non concorrenza dalla nullità per mancanza del corrispettivo imperativamente previsto dall'art. 2125 c.c. La clausola con cui il datore di lavoro di riservava la facoltà di avvalersi o meno del patto «al momento della risoluzione del contratto» è stata interpretata dalla sentenza nel senso che la decisione doveva intervenire al più tardi al momento della comunicazione del recesso⁽¹¹⁰⁾. Qui è evidente che la clausola non era formulata in modo ambiguo e che per giungere al significato utile si è dovuta adottare un'interpretazione antitetica sia rispetto alla lettera dell'art. 1367 c.c., sia rispetto alla probabile volontà delle parti.

Una seconda sentenza ha qualificato la vendita con patto di riscatto di un alloggio di edilizia residenziale pubblica come preliminare da eseguirsi in seguito all'assegnazione dell'immobile, onde salvare il contratto dalla nullità *ex art.* 26 del d.p.r. n. 1256/1956⁽¹¹¹⁾.

dell'interpretazione oggettiva del negozio giuridico, cit., p. 12, p. 15 ss.; OSTI, voce «Contratto», in *Novissimo Digesto italiano*, IV, Torino, 1957, p. 462 ss.; SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da Grosso e Santoro-Passarelli, IV, 2, Milano, 1972, p. 187; CARRESI, *Il contratto*, cit., p. 479; e ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 479.

⁽¹⁰⁸⁾ Ritene GENTILI, *Senso e consenso. Storia, teoria e tecnica dell'interpretazione dei contratti*, II, Torino, 2015, pp. 584-585, che attribuire al criterio in esame natura oggettiva sia irrazionale, in quanto «l'interprete non può non indagare l'utilità della clausola quando interpreta le clausole le une per mezzo delle altre, dunque nella messa a punto del o dei sensi del testo. Di considerarla dopo accade solo (ma è conseguenza di casualità non di tecnica ermeneutica) quando il dubbio nasce soltanto dalla considerazione del contesto, che unico rivela la vacuità». Chiarisce, ancora, l'Autore che «il problema non è tanto legale quanto logico: se tutto considerato emerge un unico significato del contratto o della clausola, non c'è ragione di ricorrere al principio di conservazione solo perché è un significato inutile. Il punto è che per poter dire che emerge un unico significato non basta il testo: co-testo e contesto possono rendere plurivoco e ambiguo quel che è testualmente univoco».

⁽¹⁰⁹⁾ Cfr., per tutte, Cass., 8 ottobre 2008, n. 24866, cit.

⁽¹¹⁰⁾ Trib. Milano, 15 dicembre 2001, in *Foro italiano* (Repertorio), 2003, voce «Lavoro (rapporto)», n. 1429, il cui testo integrale non è purtroppo reperibile. Così recita la massima: «Imponendosi, alla luce dei problemi ermeneutici (art. 1367 c.c.), l'interpretazione che consenta la conservazione del contratto, la clausola inserita in un patto di non concorrenza con la quale il datore si riserva la facoltà di utilizzo o meno del patto “al momento della risoluzione del contratto” deve essere interpretata nel senso che la dichiarazione di non utilizzo del patto deve intervenire, al più tardi, al momento della comunicazione del recesso, dovendosi, diversamente, ritenere la clausola viziata da nullità per contrarietà a norma imperativa di legge, mirando alla elusione dell'obbligo di corrispettività imposto dall'art. 2125 c.c.».

⁽¹¹¹⁾ Cass., 13 marzo 1982, n. 1654, in *Giurisprudenza italiana* (Massimario), 1982; e in *Giustizia civile* (Repertorio), 1982, *Edilizia popolare ed economica*, n. 65. Anche qui il riferimento va trattato con le dovute riserve, posto che è inedito il testo integrale della sentenza. Nella massima si legge: «Mentre è nulla, se stipulata senza l'osservanza delle norme di cui all'art. 26 d. p. r. 9 aprile 1956, n. 1265, la cessione di un alloggio dell'IACP da parte dell'assegnatario con patto di riscatto, è, viceversa, valido il contratto preliminare di vendita dell'alloggio stesso il quale, pur se effettuato in pendenza del termine di assegnazione, richiede l'ulteriore manifestazione della

Le decisioni appena riportate, tra loro significativamente diverse con riguardo alla portata integrativa della regola in esame, non sono però sufficienti a fondare un principio generale del sistema. Ciò innanzitutto perché si tratta di due pronunce isolate ed edite solo in massima, dunque molto probabilmente incomplete, se non fuorvianti; poi perché le decisioni, sì come intervenute in materie “delicate” quali il lavoro subordinato e l’edilizia residenziale pubblica, sono state influenzate da logiche equitative e valutazioni palesemente “politiche”.

Più significative (e condivisibili) sono invece le decisioni di segno opposto. In un caso nel quale alcuni soggetti avevano costituito una società verbalmente pur essendo necessaria la forma scritta *ad substantiam* perché tra i conferimenti vi era un contratto di locazione ultra-novennale (artt. 2251 e 1350 n. 9 c.c.). Alla richiesta in giudizio di una delle parti d’interpretare conservativamente il contratto sociale nel senso di fargli prevedere l’obbligo di conferire un contratto di locazione infra-novennale, e quindi privo del requisito di forma scritta, la Cassazione rispondeva che un’operazione ermeneutica come quella invocata non è praticabile, risolvendosi essa in un’arbitraria sostituzione dell’intento effettivo delle parti (¹¹²).

Analoga risposta veniva data dalla Corte di legittimità con riguardo a una clausola compromissoria mediante la quale le parti avevano rimesso la nomina dell’arbitro a un organo, denominato «collegio degli ingegneri e degli architetti», rivelatosi inesistente. Censurava la Corte la decisione del giudice di merito di aver sottratto la clausola a nullità interpretandola come riferita al «Consiglio dell’Ordine degli Architetti della provincia di Trapani», pur essendo dichiaratamente consapevole che si trattava di ente diverso da quello avuto di mira dalle parti (¹¹³).

volontà negoziale dopo l’acquisto della proprietà per produrre effetti traslativi, senza che possa rilevare in senso negativo l’anticipata attribuzione del possesso dell’immobile ed il rilascio al promissario acquirente di una procura diretta ad esplicitare gli atti occorrenti per il perfezionamento degli effetti traslativi della proprietà, qualora il giudice del merito, nel suo istituzionale potere di interpretare la volontà negoziale delle parti, abbia ritenuto la stessa, anche in relazione al principio di conservazione del negozio di cui all’art. 1367 c.c., diretta ad operare in tempo successivo».

(¹¹²) Cass., 19 gennaio 1995, n. 565, in *Foro italiano*, 1997, I, c. 924; e in *Giurisprudenza italiana*, 1995, I, 1, p. 1165 ss., con nota di COTTINO; e in *Rivista di diritto commerciale*, 1996, II, p. 35 ss.; e in *Rivista del notariato*, 1995, p. 1530 ss. In senso conforme, Cass., 2 aprile 1999, n. 3166, in *Foro italiano* (Repertorio), 1999, *Società*, n. 563.

(¹¹³) Cass., 7 ottobre 2004, n. 19994, in *Foro italiano* (Repertorio), 2004, voce «Arbitrato», n. 240, il cui testo integrale è reperibile nella banca dati *Leggi d’Italia* (online). Particolarmente significativo è il seguente passaggio della sentenza: «anche l’indagine sulla comune intenzione delle parti deve essere condotta muovendo dal testo delle espressioni adoperate, perciò in funzione di ciò che nella clausola contrattuale appare oggettivamente voluto; e senza possibilità di una ricostruzione soggettiva dei motivi che l’hanno determinata, né a maggior ragione di adeguare in via equitativa il risultato dell’attività ermeneutica alla situazione di fatto da detta clausola creata; perché l’una o l’altra finalità condurrebbero il giudice a sostituire la propria soggettiva opinione all’effettiva volontà dei contraenti, come è avvenuto nel caso concreto in cui l’organo indicato dal disciplinare è stato tanto dal collegio arbitrale, quanto dalla sentenza impugnata sostituito dall’ente pubblico che tutela gli iscritti alla categoria di appartenente dell’Aron, Sciacca. E ciò in base alla tautologica supposizione che le parti nel predisporre la clausola avessero avvertito siffatta esigenza, non fondata su alcun dato o elemento dell’accordo, né su comportamenti tenuti da costoro: e che ha anzi disatteso il riferimento oggettivo ed inequivoco dei contraenti anche alla categoria “degli ingegneri” del tutto pretermessa nella scelta: perciò compiuta in base a criteri extratestuali, seppur giustificata dall’asserita necessità di applicare il principio della conservazione del contratto di cui all’art. 1367 cod. civ.».

Applicando quanto sin qui osservato alle clausole di esonero, si può concludere che un patto formulato in modo così ampio e generico da ricomprendere nella sua portata la condotta gravemente colposa e dolosa del debitore sarà salvo qualora dal testo medesimo emergano elementi tali da indurre a ritenere che le parti abbiano voluto in realtà circoscrivere la clausola entro i limiti del dolo o della colpa grave, conformemente all'art. 1229 c.c.; sarà, invece, irrimediabilmente nullo se risulterà, a seguito di attenta applicazione di tutti i criteri ermeneutici soggettivi previsti dal codice, che le parti, al momento della stipula del contratto e non *ex post*, non hanno inteso attribuirle un significato diverso da quello che suggerisce il dato letterale.

In quest'ultimo caso, vista la generale tendenza del codice a considerare il rimedio della nullità come *extrema ratio* e comunque a contenerne il più possibile gli effetti, opererà con ogni probabilità la regola della nullità parziale di cui all'art. 1419 c.c. ⁽¹¹⁴⁾. Se così non fosse, si giungerebbe a frustrare in radice le finalità dell'art. 1229 c.c. ed esautorarne 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 ⁽¹¹⁵⁾.

A ciò si aggiunga che, 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 ⁽¹¹⁶⁾. Orbene, è di tutta evidenza che la clausola di esonero non ha di per sé un potere tale da condizionare gli effetti essenziali del contratto, presupponendo, anzi, che questi si siano prodotti: come potrebbe, infatti, essa spiegare la propria funzione, se non fosse sorta un'obbligazione da adempiere? In più la lettera dell'art. 1419 c.c. richiede la prova che «le parti», e non una sola di esse, non avrebbero concluso il contratto senza la clausola.

Stabilito che la soluzione preferibile consiste nell'applicare la regola della nullità parziale, si deve ora esaminare il secondo problema giuridico prospettato poc'anzi, cioè quello di capire quale sia la sorte della clausola di esonero: se essa debba essere eliminata *tout court* o se possa sopravvivere pur "corretta" in modo

⁽¹¹⁴⁾ Sul punto cfr. SACCO, *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile Sacco-De Nova*, II, Torino, 1993, pp. 500-501, il quale osserva che solo raramente la legge 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. Esempio di questo secondo atteggiamento è, per l'Autore – oltre agli artt. 1261, 1341, 1342, 1354, 1355 e 1462 c.c. – l'art. 1229 c.c. In giurisprudenza, sul carattere eccezionale dell'estensione della nullità all'intero contratto, cfr. Cass., 25 marzo 1998, n. 3155, in *Rivista del notariato*, 1999, p. 185 ss.; e in *Studium juris*, 1998, p. 833 ss.; Cass., 13 novembre 1997, n. 11248, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 1998, II, p. 392 ss.; Cass., 20 ottobre 1997, n. 19248, in *Archivio locazioni*, 1998, p. 214 ss.; e in *Giurisprudenza italiana*, 1998, p. 1812 ss.; e in *Urbanistica e appalti*, 1998, p. 268 ss.; Cass., 7 febbraio 1997, n. 1151, in *Diritto del lavoro*, 1998, II, p. 218 ss., con nota di RIGANÒ, *Il lavoro a tempo parziale e la distinzione dell'orario di lavoro*.

⁽¹¹⁵⁾ Così BIANCA C.M., *Inadempimento delle obbligazioni*, cit., pp. 485-486. Nello stesso senso, DELOGU, *Op. cit.*, p. 132.

⁽¹¹⁶⁾ Così, per tutte, sia pur non recente, Cass., 26 giugno 1987, n. 5675, in *Foro italiano*, 1988, I, c. 170 ss.

da rientrare nei limiti dell'art. 1229 c.c., comma primo. Posto che trovano cittadinanza nell'ordinamento entrambe le soluzioni, per rispondere a esigenze differenti, si tratta di individuare quali ne siano i presupposti e, prima ancora, quali siano gli istituti in grado di produrne gli effetti. Nel corso degli anni la dottrina ha proposto di applicare alla fattispecie ora la conversione del contratto nullo, ora la "riduzione" della clausola, ora la sua sostituzione automatica mediante integrazione cogente ⁽¹¹⁷⁾.

Dal canto suo, la giurisprudenza si è dimostrata oscillante. Vi è qualche (rara) pronuncia che è giunta a dichiarare la nullità dell'intero contratto viziato dalla clausola di esonero invalida, sulla base della gravità dei caratteri concretamente assunti dall'inadempimento e della presenza di altre e più pregnanti cause di nullità ⁽¹¹⁸⁾. Al di là dell'isolata giurisprudenza appena citata, si ritrovano sia pronunce che hanno semplicemente eliminato dal contratto la clausola in esame, sia pronunce che ne hanno ridotto il contenuto. Per la prima soluzione si è optato in casi nei quali dalla formulazione letterale del patto si evinceva un'elisione della causa o comunque un'incompatibilità con il vincolo obbligatorio assunto ⁽¹¹⁹⁾. Per la seconda soluzione – che è quella maggioritaria –, invece, si è optato nei casi in cui il contenuto della clausola era agevolmente divisibile e dunque se ne poteva salvare una parte; ciò in linea con l'imperante tendenza a impiegare il criterio della buona fede e gli strumenti d'interpretazione oggettiva, a scapito delle dottrine volontaristiche ⁽¹²⁰⁾.

⁽¹¹⁷⁾ Nel senso dell'applicabilità della conversione, BIANCA C.M., *Inadempimento delle obbligazioni*, cit., p. 486. Sulle varie posizioni di quanti fanno riferimento all'istituto della riduzione cfr. GRASSETTI, *Discussione intorno al principio di conservazione dei contratti nei riguardi delle clausole di irresponsabilità*, in *Rivista di diritto della navigazione*, 1939, I, p. 346. Propone, invece, di applicare la sostituzione automatica DE NOVA, *Nullità relativa, nullità parziale e clausole vessatorie non specificamente approvate per iscritto*, in *Rivista di diritto civile*, 1976, II, p. 480 ss., spec. pp. 487-489. Vi aderisce, tra gli altri, DELFINI, *Clausole di esonero da responsabilità e determinazione dell'oggetto*, commento a Cass., 24 gennaio 1997, n. 750, in *Contratti*, 1997, p. 255 ss., spec. p. 261. Per una visione d'insieme cfr. DELOGU, *Le modificazioni convenzionali della responsabilità civile*, cit., pp. 136-146.

⁽¹¹⁸⁾ Così App. Roma, 17 luglio 1979, in *Foro italiano*, 1980, I, c. 1447 ss., in cui la Corte è chiamata a statuire su una clausola, presente in un contratto di vendita da parte di un istituto di credito, che esonera il venditore da «ogni garanzia sullo stato, qualità ed autenticità dell'oggetto venduto». Il patto, a rigore, sarebbe stato affetto da nullità anche per contrasto con il comma secondo dell'art. 1229 c.c., in quanto violava gli obblighi posti a carico del venditore e dell'espositore professionale dagli artt. 2 e 3 della legge 1062 del 1971.

⁽¹¹⁹⁾ Cfr. Cass., Sezione speciale nuove province, 9 aprile 1927, in *Giurisprudenza italiana*, 1927, I, 1, c. p. 815 ss. Per un approfondimento sul punto ed un'analisi più capillare della giurisprudenza si veda DELOGU, *Le modificazioni convenzionali della responsabilità civile*, cit., pp. 144-146.

⁽¹²⁰⁾ Sul punto cfr. POLI, *Appunti in tema di nullità parziale e di clausole di non concorrenza*, in *Giurisprudenza italiana*, I, 2, 1994, p. 39 ss. Il dibattito sulla riduzione della clausola era già acceso nella vigenza del "vecchio" codice: si vedano, in particolare FRANCESCHELLI, *Le clausole di irresponsabilità nei trasporti marittimi ed il problema della protezione del contraente più debole nei contratti a serie*, in *Rivista di diritto della navigazione*, 1938, I, pp. 277-279; e GRASSETTI, *L'interpretazione del negozio giuridico con particolare riguardo ai contratti*, Padova, 1938, p. 162 ss. Adottano la soluzione in esame, in giurisprudenza, senza però fornire una motivazione puntuale della scelta, una serie di pronunce in tema di cassette di sicurezza. Per tutte cfr. Cass., 24 gennaio 1997, n. 750, in *Contratti*, 1997, p. 255 ss., con nota di DELFINI, *Clausole di esonero da responsabilità e determinazione dell'oggetto*. In materia di obbligazioni in generale cfr., tra le pronunce di legittimità, Cass., 29 maggio 1984, n. 3288, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 1985, I, p. 1 ss.; Cass., 21 marzo 1981, n. 1656, in *Foro italiano*, 1981, c. 1585 ss.;

Quest'idea di graduare le conseguenze della nullità parziale in base alla gravità dell'impatto che la clausola produce sulla portata dell'obbligazione, pare condivisibile e si pone in linea con i criteri di valutazione del patto di esonero adottati da altri ordinamenti, primo fra tutti quello proposto dalla riforma del *code civil* ⁽¹²¹⁾. Così quando il patto risulterà contenuto entro la colpa lieve ma tale da privare di sostanza un'obbligazione essenziale, la clausola verrà semplicemente elisa, in caso contrario, la clausola verrà ricondotta nei limiti dell'art. 1229 c.c.

Per sottrarre al giudice tale valutazione sarebbe opportuno, a livello redazionale, prevedere una clausola di nullità parziale sul modello della c.d. *severability* o *severance*, oppure una clausola d'inscindibilità ⁽¹²²⁾.

Nel primo caso le parti potrebbero pattuire che l'eventuale nullità della clausola di esonero non si estenderà all'intero contratto. Una simile pattuizione, però, è rischiosa in quanto con essa le parti dispongono delle conseguenze di una patologia del contratto che è considerata dall'ordinamento come indisponibile (cfr. ad esempio l'art. 1462 c.c.). Più prudente sarà dare atto, in linea con la lettera dell'art. 1419 c.c., che in mancanza di tale clausola le parti avrebbero comunque concluso il contratto. Onde evitare che detta dichiarazione venga considerata come una clausola di stile, sarà opportuno motivare, seppur in sintesi, le ragioni che si pongono a fondamento della medesima. Lo stesso discorso vale nel secondo caso. Le parti dovranno convenire espressamente che senza la clausola di esonero esse non avrebbero concluso il contratto e motivarne le ragioni.

6. L'ammissibilità di un esonero da responsabilità per "inadempimento efficiente".

Agli esordi del capitolo precedente, discorrendo delle clausole di "*reasonable efforts*", si è detto che, secondo una certa interpretazione, esse legittimerebbero il debitore a rendersi inadempiente ogniqualvolta l'esecuzione della prestazione sia suscettibile di arrecare maggiori pregiudizi rispetto all'inadempimento stesso, cioè ogniqualvolta l'inadempimento sia imposto da ragioni di efficienza economica. Si tratta ora di valutare se un simile patto, che equivale a una clausola di esonero da responsabilità per inadempimento efficiente, sia ammissibile nell'ordinamento italiano e, in caso negativo, quali siano le alternative che consentano alle parti di approssimarsi al risultato avuto di mira.

Secondo la teoria dell'*efficient breach*, in alcune circostanze l'inadempimento risulta per la parte inadempiente più proficuo dell'adempimento: da un lato la parte può mantenere inalterata la posizione economica dell'altra compensandola

Cass., 5 ottobre 1955, n. 2824, in *Rivista di diritto commerciale*, 1956, II, p. 270 ss. Quali pronunce di merito cfr., per citare le più significative, Trib. Milano, 14 luglio 1994, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 1996, II, p. 353 ss.; Trib. Teramo, 31 marzo 1992, in *Giurisprudenza di merito*, 1992, p. 633 ss.

⁽¹²¹⁾ Sul punto si rinvia al paragrafo terzo del presente capitolo.

⁽¹²²⁾ In merito alla clausola d'inscindibilità cfr. LENER, *Note minime intorno alla clausola d'inscindibilità*, in *Danno e responsabilità*, 2011, 11, p. 1104; RICCIO, *Clausola di responsabilità e clausola di inscindibilità: previsioni, anomalie e suggestioni* – Liability Clause and Clause of Inseparability: Predictions, Anomalies and Suggestions, in *Diritti lavori mercati*, 2012, 1, pp. 115-134. Sulla clausola di *severability* cfr. nella dottrina straniera cfr. MOVSESIAN, *Severability in Statutes and Contracts*, in *Faculty Publications*, 1995, 113.

con l'equivalente monetario della prestazione che quest'ultima avrebbe ricevuto in esecuzione del contratto; dall'altro la parte inadempiente può trarre un profitto maggiore di quello discendente dal contratto allocando le proprie risorse in un altro affare. In quest'ottica il diritto dovrebbe non punire ma incentivare la parte inadempiente, consentendole di sostituire l'esecuzione della prestazione dovuta con il pagamento dei danni da inadempimento ⁽¹²³⁾.

Dalla definizione stessa dell'*efficient breach* nei termini suddetti si comprende come un esonero dalla responsabilità che ne consegue sarebbe innanzitutto un non senso: eliminando le conseguenze risarcitorie dell'inadempimento – per quanto efficiente – si otterrebbe un risultato in netto contrasto con la teoria. La *ratio* della medesima, infatti, è quella di consentire al debitore una migliore allocazione delle proprie risorse senza alterare l'equilibrio del sinallagma, dunque senza porre la parte che subisce l'inadempimento in una condizione peggiore rispetto a prima della stipula del contratto.

Al di là di questa considerazione, una clausola che esoneri totalmente dalla responsabilità per inadempimento efficiente è senza dubbio da qualificarsi nulla ai sensi dell'art. 1229, comma primo, c.c., in quanto produce l'effetto di esonerare il debitore da responsabilità per un inadempimento doloso ⁽¹²⁴⁾. Se è vero, infatti, come insegna la dottrina più moderna ⁽¹²⁵⁾, che deve qualificarsi come dolo non solo la volontà di arrecare un pregiudizio alla controparte, ma anche la mera intenzionalità nel non eseguire la prestazione, non vi è dubbio che nella fattispecie rientri anche il rifiuto di adempiere, pur dettato dallo scopo di conseguire maggiori profitti. D'altra parte – sebbene si abbia talvolta l'impressione che alcune decisioni giurisprudenziali siano dettate da ragioni di efficienza economica piuttosto che di stretto diritto ⁽¹²⁶⁾ – siffatto scopo non è considerato meritevole di

⁽¹²³⁾ L'espressione "inadempimento efficiente" è stata introdotta nella materia contrattuale da GOETZ-SCOTT, *Liquidated Damages, Penalties and the Just Compensation Principle: Some Notes on an Enforcement Model and a Theory of Efficient Breach*, in *Columbia Law Review*, 77, 1977, p. 554, ma l'omonima teoria viene fatta risalire a BIRMINGHAM, *Breach of Contract, Damage Measures, and Economic Efficiency*, in *Rutgers Law Review*, 24, 1970, p. 273 ss. In questo senso, MACNEIL, *Efficient Breach of Contract: Circles in the Sky*, in *Virginia Law Review*, 68, p. 947 ss., 1982. Alcuni autori, tuttavia, preferiscono attribuire, se non la paternità, almeno la messa in opera dell'idea a HOLMES (Jr.), *The Path of the Law*, in *Harvard Law Review*, 10, 1987, p. 457 ss., spec. p. 462, il quale aveva colto l'interscambiabilità tra l'adempimento e i danni da inadempimento, osservando che «*the duty to keep a contract at common law means a prediction that you must pay damages if you do not keep it and nothing else*». In questo senso, ad esempio, SCALISE (Jr.), *Why No "Efficient Breach" in the Civil Law?: A Comparative Assessment of the Doctrine of Efficient Breach of Contract*, in *American Journal of Comparative Law*, 55, 2007, p. 721. Per una prospettiva più focalizzata sull'analisi economica del diritto si vedano POSNER, *Economic Analysis of Law*, Boston-Toronto-Londra, 1992, p. 117; e COOTER (e altri), *Il mercato delle regole (analisi economica del diritto civile)*, Bologna, 1999, p. 335 ss. Per una panoramica sull'inadempimento efficiente nella dottrina italiana, cfr. COSENTINO, *Efficienza economica dell'inadempimento e diritto delle obbligazioni: una verifica delle norme sull'inadempimento del contratto*, in *Quadrimestre*, 1988, spec. p. 484 ss.; GALLO, *Pene private e responsabilità civile*, Milano, 1996, spec. p. 164.

⁽¹²⁴⁾ Così ZOPPINI, *La pena contrattuale*, Milano, 1991, p. 129.

⁽¹²⁵⁾ Si rinvia al paragrafo 2 del presente capitolo.

⁽¹²⁶⁾ Come meglio si vedrà nel prosieguo del lavoro, un esempio di tale atteggiamento della giurisprudenza si può trovare in una recente sentenza che affronta la questione di un'altra teoria ben nota al mondo anglo-americano, vale a dire quella dell'*anticipatory breach*. La sentenza è Cass., 22 maggio 2015, n. 10546, in *Corriere giuridico*, 2015, 12, p. 1518 ss., con nota di ASTONE,

tutela dall'ordinamento italiano, essendo comunque destinato a soccombere dinanzi alla regola *pacta sunt servanda* e alla forza di legge del contratto o al canone di buona fede esecutiva⁽¹²⁷⁾.

Non si tratta semplicemente di una questione di principio, ma vi è tutta una serie di disposizioni nel codice che sono – vuoi formalmente, vuoi anche sostanzialmente – incompatibili, o comunque ostative, rispetto alla teoria dell'inadempimento efficiente. La prima è l'art. 1225 c.c., da cui si ricava *a contrario* che se l'inadempimento dipende dal dolo del debitore, il risarcimento non è limitato al danno che poteva prevedersi nel tempo in cui è sorta l'obbligazione⁽¹²⁸⁾. Posto che, dal punto di vista rimediabile, l'efficienza può sussistere solo nel caso in cui l'ammontare dei danni ad esso conseguenti sia inferiore rispetto a quello dei profitti ottenuti dalla parte inadempiente, la norma pone, almeno in astratto, una serie di problemi. Non a caso, pilastro del diritto anglo-americano, in seno al quale ha avuto origine la teoria in esame, è la regola della risarcibilità dei soli danni ragionevolmente prevedibili al momento della conclusione del contratto, indipendentemente dalla colpa o dal dolo del debitore⁽¹²⁹⁾.

Per la verità, l'applicazione della norma in esame non è così frequente nella pratica – anche, probabilmente, per la difficoltà di fornire la prova del dolo del debitore – e vi è un orientamento che ne attenua ulteriormente la portata, adottando un'interpretazione restrittiva del dolo: non sarebbe sufficiente l'intenzionalità dell'inadempimento da parte del debitore, ma sarebbe richiesta la consapevolezza, da un lato, di violare il vincolo obbligatorio, dall'altro, di arrecare al creditore un danno ingiusto⁽¹³⁰⁾. Non mancano tuttavia pronunce le quali hanno condannato il debitore al risarcimento dei danni imprevedibili dopo

Anticipatory breach e termini di pagamento della parte non inadempiente, tra clausole generali e interpretazione letterale del contratto.

⁽¹²⁷⁾ Per una discussione sulle critiche di natura morale che la dottrina americana muove alla teoria dell'inadempimento efficiente cfr. AL-TAWIL, *The Efficient Breach Theory. The Moral Objection*, in *Griffith Law Review*, 20, 2, 2011, p. 449 ss. Individua la buona fede esecutiva come limite all'ammissibilità dell'inadempimento efficiente SICCHIERO, *La risoluzione per inadempimento, Artt. 1453-1459*, cit., p. 324 e p. 326. Taluni criticano l'istituto in esame anche sotto diverso profilo, rilevando che non si può sostenere aprioristicamente l'equivalenza perfetta tra il risarcimento del danno e la prestazione. Così ZOPPINI, *La pena contrattuale*, cit., p. 128.

⁽¹²⁸⁾ Sul punto cfr. BASINI, *Risoluzione del contratto e sanzione dell'inadempiente*, Milano, 2001, p. 72 ss.

⁽¹²⁹⁾ La regola è stata enunciata, forse per la prima volta, nell'ordinamento inglese dallo storico precedente *Hadley v. Baxendale*, (1854) 156 Eng. Rep. 145 (Ex), in cui si è affermato che i danni conseguenti all'inadempimento di un contratto possono essere risarciti solo se «*[they] may reasonably be supposed to have been in the contemplation of both parties, at the time they made the contract, as the probable result of the breach of it*». Per una critica alla regola cfr. GILMORE, *The death of contract*, cit., pp. 49-53. Nel diritto americano la regola è stata incorporata nel *Restatement of Contracts*, § 330 (1932), con la formula «*in awarding damages, compensation is given for only those injuries that the defendant had reason to foresee as a probable result of his breach when the contract was made*» ed è definita dalla dottrina come «*hornbook law*». Così SCALISE (Jr.), *Why No "Efficient Breach" in the Civil Law?: A Comparative Assessment of the Doctrine of Efficient Breach of Contract*, cit., 55 p. 721 ss., spec. p. 739.

⁽¹³⁰⁾ In questo senso, BIANCA C.M., *Diritto civile*, V, Milano, 1994, p. 155. In considerazione della difficoltà di fornire la prova del dolo – il cui onere grava sul creditore – si ammette l'impiego di presunzioni, o, in altre parole, il riferimento a quegli elementi di fatto che, coordinati con le altre circostanze e valutati alla luce della comune esperienza, fanno ragionevolmente propendere per la sussistenza del dolo. Così BIANCA C.M., *Op. ult. cit.*, p. 156.

aver accertato la sussistenza del dolo, includendo in quest'ultimo concetto un semplice inadempimento cosciente e volontario dell'obbligazione ed estendendo la disciplina anche alla colpa grave ⁽¹³¹⁾.

All'inconveniente si potrebbe ovviare pattuendo una clausola, sul modello di quelle diffuse nella contrattualistica internazionale, con cui si limita il risarcimento dei danni a quelli prevedibili e immediatamente consequenziali all'inadempimento. Senonché, una simile clausola, incidendo in qualche modo sul dolo del debitore, sarebbe, ancora una volta, soccombente al sindacato di compatibilità con l'art. 1229, comma primo, c.c. ⁽¹³²⁾.

Altro istituto antagonista all'inadempimento efficiente è quello della responsabilità del terzo che ha indotto o cooperato alla violazione del vincolo contrattuale ⁽¹³³⁾. Assumendo come modello la fattispecie della doppia alienazione immobiliare, si può osservare che – pur non mancando in dottrina opinioni sfavorevoli a una punizione del secondo avente causa, privilegiato invece

⁽¹³¹⁾ Così, innanzitutto, Cass., Sez. Lav., 24 marzo 2004, n. 5910, in *Gius*, 2004, p. 3156, la quale ha confermato la condanna al risarcimento dei danni cagionati al lavoratore da un datore di lavoro che aveva inadempito l'obbligo, assunto nei confronti delle organizzazioni sindacali, di trasformare, dopo un certo tempo, in contratti a tempo indeterminato tutti i rapporti pendenti, comprendendovi anche i pregiudizi relativi alla mancata assunzione dello stesso da parte di altro datore di lavoro subentrato nell'esercizio di concessioni di linee automobilistiche. La pronuncia ha argomentato l'equiparazione del dolo alla colpa grave dal fatto che nell'ordinamento vige il principio per cui, in tema di inadempimento contrattuale, le conseguenze giuridiche della colpa grave sono trattate allo stesso modo di quelle proprie della condotta dolosa. In senso contrario BIANCA C.M., *Diritto civile*, cit., p. 156; e BRECCIA, *Le obbligazioni*, in *Trattato Iudica-Zatti*, Milano, 1991, p. 645. Nel senso del dolo come sinonimo di intenzionalità dell'inadempimento, si vedano, inoltre, Cass., 26 novembre 1998, n. 11992, in *Giurisprudenza italiana (Massimario)*, 1998; Cass., 25 marzo 1987, n. 2899, *ivi*, 1987; Cass., 30 ottobre 1984, n. 5566, in *Giurisprudenza italiana*, 1985, I, 1, p. 276; e in *Giustizia civile*, 1985, I, p. 3171; e in *Archivio locazioni*, 1985, p. 57. In dottrina, cfr. BRECCIA, *Op. ult. cit.*, p. 645. *Contra*, cfr. Cass., 7 dicembre 1978, n. 5811, in *Giurisprudenza italiana (Massimario)*, 1978.

⁽¹³²⁾ Sulle clausole che escludono la responsabilità per gli “unforeseeable damages” o la limitano ai “consequential damages” si veda FONTAINE-DE LY, *Drafting International Contracts: an Analysis of Contract Clauses*, cit., pp. 373-378. A titolo di esempio, si riportano le seguenti clausole, tratte dall'opera appena citata: «*in no event shall either party be liable for special, indirect or consequential damages*»; «*to the maximum extent permitted by applicable law, in no event shall the Lead X Company or any X group company or X's suppliers be liable for any indirect damages (including, without limitation, consequential damages, damages for loss of profits or revenues, business interruption, loss of business information, or other loss) arising under or in connection with this Master Agreement, and Enrolment Agreement, or the products licensed hereunder, even if advised of the possibility of such damages. The limitation of liability set forth in this section is not applicable to the extent damages are shown to be caused by intentional misconduct or gross negligence of the Lead X Company or any X group company or any of their senior management personnel*».

⁽¹³³⁾ Per usare le parole di SICCHIERO, *La risoluzione per inadempimento*, cit., p. 325, «una volta escluso che il contraente infedele possa opporsi alla domanda di esecuzione sulla scorta delle regole della buona fede contrattuale, è chiaro che a maggior ragione non può farlo sulla base della convenienza propria e del terzo che concorra con il suo inadempimento, comportamento questo che ormai da anni viene ritenuto illecito e sanzionato come tale». Per una riflessione più ampia cfr. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, cit., II, 2, p. 376 ss.; VISINTINI, *Trattato breve della responsabilità civile. Fatti illeciti, Inadempimento*, cit., p. 581 ss.; FRANZONI, *L'illecito*, in *Trattato della responsabilità civile* diretto da Franzoni, 2° ed., Milano, 2010; e MARINO, *La responsabilità da induzione all'inadempimento (il caso Penzoil-Texaco)*, in *Rivista critica di diritto privato*, 1987, p. 849 ss. Per un contributo specifico sul tema si veda la monografia di GARDELLA TEDESCHI, *L'interferenza del terzo nei rapporti contrattuali*, Milano, 2008.

sul piano dell'acquisto della proprietà dall'art. 2644 c.c. – la giurisprudenza, seguita dalla maggior parte dell'accademia, è consolidata nell'affermarne la responsabilità aquiliana (¹³⁴). Il rischio di siffatta responsabilità dovrebbe rappresentare un disincentivo per il terzo a compiere questo tipo di operazioni.

Ai confini tra il piano risarcitorio e quello restitutorio (tanto che per descrivere la categoria si utilizza l'ossimoro “*restitutionary damages*”) si profila un altro istituto potenzialmente incompatibile con la dottrina dell'inadempimento efficiente: il c.d. *disgorgement of profits*, comunemente tradotto in italiano con l'espressione “retroversione degli utili”. Si tratta, così come concepito dal diritto anglo-americano, di uno strumento in virtù del quale la parte vittima di un illecito può ottenere un risarcimento di ammontare pari (o quasi) all'intero profitto ingiustificatamente realizzato dall'autore dell'illecito (¹³⁵).

A queste ipotesi viene assimilata quella dell'inadempimento doloso del contratto, grazie al quale la parte inadempiente abbia tratto un'utilità superiore rispetto al danno arrecato alla controparte. Anche qui l'esempio classico è la doppia alienazione immobiliare: una parte vende un determinato bene a un'altra per il prezzo di cento, trova un terzo che offre centocinquanta e decide di vendere il bene anche a quest'ultimo, onde realizzare un profitto di cinquanta. Trascrivendo per primo l'acquisto, il secondo compratore ottiene la proprietà del bene e il primo compratore è legittimato a domandare il risarcimento dei danni al venditore. Ora, se il *quantum* corrispondesse, anziché al solo valore del bene al tempo della stipula del contratto, alla somma di quest'ultimo e del profitto ottenuto dal venditore, allora l'inadempimento non potrebbe dirsi efficiente (¹³⁶).

L'istituto non è stato accolto come rimedio generale dall'ordinamento italiano, come dimostrano l'assenza di una norma sul punto e le applicazioni giurisprudenziali in materia di arricchimento senza causa derivante da fatto illecito, le quali, nel calcolare il *quantum* dell'indennizzo dovuto all'impovertito, optano tendenzialmente per la minor somma tra il profitto realizzato da quest'ultimo e la diminuzione patrimoniale subita dalla vittima, anziché per l'intero profitto, conformemente alla lettera dell'art. 2041 c.c. (¹³⁷). Nondimeno, i

(¹³⁴) Tra coloro che non condividono l'affermazione della responsabilità in capo al secondo avente causa e primo trascrivente dell'acquisto, si veda in particolare FERRANTE, *Consensualismo e trascrizione*, Padova, 2008, p. 306 ss. All'Autore si rinvia, oltre che per le argomentazioni e le obiezioni alla tesi della responsabilità, per una completa ed esaustiva analisi della casistica giurisprudenziale in materia.

(¹³⁵) Parte della dottrina inglese critica l'istituto in esame proprio prendendo le mosse dalla appena sottolineata confusione che esso esprime tra piano risarcitorio e piano restitutorio. In questo senso cfr. MC GREGOR, *Restitutionary Damages*, in *Wrongs and Remedies in the Twenty-First Century*, Oxford 1996, p. 203 ss.

(¹³⁶) Sul rapporto tra inadempimento efficiente e *disgorgement*, in dottrina americana cfr., innanzitutto, FARNSWORTH, *Your Loss or My Gain? The Dilemma of the Disgorgement Principle in Breach of Contract*, in 94 *Yale Law Journal*, 1339, spec. pp. 1380-81 (1985). Cfr., inoltre, BARNES, *The Anatomy of Contract Damages and Efficient Breach Theory*, in 6 *Southern California Interdisciplinary Law Journal*, 397 (1997-1998). In dottrina italiana si veda, per tutti, PARDOLESI, *Contratto e nuove frontiere remediali. Disgorgement v. punitive damages*, Bari, 2012, *passim*; ID., voce «*Disgorgement*», in *Enciclopedia giuridica* (sezione Aggiornamenti), vol. XIV, Roma, 2006. Per un contributo recente, più in generale, sul tema della restituzione del profitto ingiusto, cfr. JANSSEN, *Präventive Gewinnabschöpfung*, Tübingen, 2017.

(¹³⁷) Così, per tutte, Cass., 22 aprile 1970, n. 1151, in *Giurisprudenza italiana*, 1971, I, p. 1242. Del medesimo avviso, in dottrina, sono SACCO, *L'arricchimento ottenuto mediante fatto ingiusto*, Torino 1959, p. 129 ss.; e TRIMARCHI, *L'arricchimento senza causa*, Milano 1962, p. 53.

vantaggi connaturati all'applicazione del rimedio in esame – segnatamente la funzione di deterrente rispetto a inadempimenti dettati dalla volontà di trovare il miglior offerente, il ruolo di garante della sicurezza dei traffici e di promotore dello scambio d'informazioni tra le parti o di soluzioni rinegoziate, nonché la finalità deflattiva del contenzioso – hanno indotto il legislatore a prevederlo, o comunque a prevedere un sistema di disincentivi al profitto derivante da fatto illecito, in alcune ipotesi speciali ⁽¹³⁸⁾.

Tra queste, meritano di essere citate – ma l'elenco non è tassativo – l'art. 1284 c.c., quarto comma, introdotto nel 2014, il quale ponendo a carico della parte inadempiente, a decorrere dalla domanda giudiziale e in assenza di un patto contrario, un saggio degli interessi legali significativamente più elevato rispetto alla misura legale, corrispondente a quello previsto dalla legislazione speciale relativa ai ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali, disincentiva l'inadempimento efficiente; gli artt. 535, 1776 e 2038 c.c., i quali gravano colui che ha alienato, rispettivamente, un bene dell'eredità di cui era possessore in buona fede, la cosa che ignorava essere tenuta in deposito, e la cosa ricevuta indebitamente, dell'obbligo di restituire il prezzo o il corrispettivo conseguito dall'alienazione; e soprattutto l'art. 125 del codice della proprietà industriale, il quale consente al danneggiato di domandare gli utili realizzati in violazione del proprio diritto ⁽¹³⁹⁾.

In senso contrario si vedano, innanzitutto, ALBANESE, *Ingiustizia del profitto e arricchimento senza causa*, Padova 2005, p. 354 ss.; CASTRONOVO, *La responsabilità e altre forme di tutela civile*, in ID., *La nuova responsabilità civile*, 3° ed., Milano 2006, p. 637 ss.; NICOLUSSI, *Proprietà intellettuale e arricchimento ingiustificato: la restituzione dei profitti nell'art. 45 TRIPS*, in *Europa e diritto privato*, 2002, p. 1003 ss., spec. p. 1030; e PLAIA, *La violazione della proprietà intellettuale tra risarcimento e restituzione*, in *Rivista di diritto commerciale*, 2003, I, p. 1035. Si vedano, inoltre, le considerazioni di GALLO, *Arricchimento senza causa e quasi contratti (i rimedi restitutori)*, in *Trattato di diritto civile* diretto da Sacco, 2^a ed., Milano, 2008, p. 73, il quale critica l'impostazione tradizionale che emerge dall'art. 2041 c.c., fondata sull'idea per cui l'arricchimento comporta uno spostamento patrimoniale e sull'idea dell'unicità tra il fatto produttivo dell'arricchimento stesso e quello produttivo della perdita economica, nella misura in cui quantifica l'indennizzo nel minor valore tra lucro conseguito e perdita subita rivelandosi così inidonea a svolgere una funzione deterrente. Se, infatti, l'arricchimento conseguito mediante fatto illecito è superiore alla perdita patrimoniale subita dalla vittima, l'arricchito conserva comunque, anche dopo aver corrisposto l'indennizzo dovuto, un *surplus* di ricchezza.

⁽¹³⁸⁾ In questo senso PARDOLESI, *Rimedi all'inadempimento contrattuale: un ruolo per il disgorgement?*, in *Rivista di diritto civile*, 2003, 6, p. 717 ss., il quale precisa che il vantaggio sul nell'ottica deflattiva di contenzioso è duplice: da un lato, verrebbero evitati i costi legati alle controversie giudiziarie, dall'altro, in caso di controversia, verrebbero attenuate le difficoltà legate alla quantificazione giudiziale dell'*expectation interest* riferibile alla parte inutilmente fedele. Sul rapporto tra inadempimento efficiente e rinegoziazione si veda in particolare CRASWELL, *Contract Remedies, Renegotiation and the Theory of Efficient Breach*, in *Southern California law review*, 61, 1987-1988, p. 629 ss.

⁽¹³⁹⁾ Gli artt. 535, 1776 e 2038 c.c. sono citati da SIRENA, *La restituzione dell'arricchimento e il risarcimento del danno*, in *Rivista di diritto civile*, 2009, 1, pp. 65-87, come esempi di parziale deroga all'asserito principio generale del diritto privato europeo in virtù del quale «l'autore di un'iniziativa economica anti-giuridica è obbligato a restituire il profitto netto nel solo caso in cui l'abbia intrapresa in mala fede; in caso contrario, viceversa, l'ordinamento giuridico gli consente di lucrare l'eventuale plus-valore da lui creato». Le norme in esame, infatti, estendono la retroversione integrale degli utili conseguiti anche al caso di buona fede dell'autore. A proposito del codice di proprietà industriale cfr. PARDOLESI, *La retroversione degli utili nel nuovo codice dei diritti di proprietà industriale*, in *Diritto industriale*, 2005. L'Autore, nel già citato saggio *Rimedi all'inadempimento contrattuale: un ruolo per il disgorgement?*, aggiunge agli esempi sopra

A questo punto, esclusa la possibilità di configurare un esonero da responsabilità per inadempimento efficiente, e messa, anzi, in luce l'esigenza di prevedere qualche forma di deterrente per la violazione del vincolo contrattuale dettata da mere ragioni di convenienza, è tempo di verificare se l'istituto in esame possa comunque assumere una qualche, pur limitata rilevanza, attraverso pattuizioni diverse da quella sin qui esaminata. Ad un'attenta analisi, l'unico ambito in cui una clausola sull'inadempimento efficiente potrebbe giocare un ruolo significativo e lecito è quello della scelta tra la risoluzione e l'azione di esatto adempimento. L'*efficient breach*, infatti, così come concepito dalla dottrina anglo-americana, non ha ragion d'essere se chi lo subisce può comunque ottenere la prestazione dovuta, vanificando così ogni prospettiva di maggior guadagno della controparte inadempiente.

Dunque – ferme restando le regole sfavorevoli all'istituto in esame, presenti nell'ordinamento, di cui si è detto poc'anzi –, in linea di principio non sarebbe privo di utilità un patto con cui le parti convengono che in caso d'inadempimento efficiente di una delle due, l'altra si obbliga a esperire la risoluzione o comunque rinuncia all'azione di esatto adempimento. Onde verificare se una simile clausola sia ammissibile, occorre spostare l'attenzione dalle clausole di esonero da responsabilità alle clausole di rinuncia preventiva ai rimedi o clausole di *sole remedy*, secondo la terminologia anglo-americana. Poiché la questione è complessa e involge anche rimedi diversi dall'azione di esatto adempimento, ad essa verrà dedicato il prossimo capitolo.

7. L'ammissibilità di un esonero da responsabilità precontrattuale.

Un'altra ipotesi di responsabilità in cui è controversa l'ammissibilità di un patto di esonero ai sensi dell'art. 1229 c.c. è la violazione degli obblighi precontrattuali. Anche qui si possono rintracciare nella prassi commerciale internazionale diverse clausole potenzialmente suscettibili di ricoprire detta funzione. Vi sono quelle 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 (si tratta di quelle dichiarazioni – di cui si è già parlato discorrendo del valore dei *recitals* – che vengono spesso definite *acknowledgements*); vi sono le già analizzate *entire agreement* o *no merger*, unite ad una pattuizione con cui si esclude la rilevanza (interpretativa) di quanto avvenuto in sede precontrattuale e talvolta si specifica che nessuna responsabilità potrà fondarsi sul comportamento delle parti nelle trattative ⁽¹⁴⁰⁾.

proposti l'art. 4 della legge n. 108 del 1996 in materia di usura, il quale dispone che, in presenza di una clausola che fissa interessi eccedenti la soglia d'illiceità prevista, oltre a poter invocare la nullità della clausola stessa, la vittima dell'usura sarà esonerata dal pagamento di interessi e dunque non dovrà neppure restituire gli interessi stabiliti per legge.

⁽¹⁴⁰⁾ Cfr. FONTAINE-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*».

In particolare, nei contratti di assicurazione ricorrono spesso le c.d. “*incontestability clauses*”, con le quali l’assicuratore, a determinate condizioni, si obbliga a non far valere alcuna omessa informazione o falsa rappresentazione dell’assicurato: «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»⁽¹⁴¹⁾.

Tali clausole non sembrano trovare alcuno spazio in altri ordinamenti di *civil law* e, segnatamente, in quello francese, così come modificato dalla recente riforma. L’art. 1112 del *code civil* definisce, infatti, espressamente come «imperativo» l’obbligo di buona fede cui devono attenersi le parti in fase precontrattuale, e l’art. 1112-1, *code civil*, – dopo aver sancito in capo alla parte che conosca un’informazione d’importanza 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. Altrettanto non può dirsi, invece, per l’ordinamento italiano⁽¹⁴²⁾.

Al riguardo, le questioni da affrontare sono molteplici e intrecciate tra loro, così come molteplici sono le variabili che occorre considerare ai fini dell’ammissibilità di tali clausole. Tra queste, a dispetto di quel che si potrebbe pensare, non rileva la questione dell’appartenenza della responsabilità precontrattuale al *genus* di quella contrattuale o di quella aquiliana. Ove si optasse, aderendo alla giurisprudenza più recente, per la prima soluzione, il patto di esonero sarebbe in linea di principio ammissibile, poiché rientrerebbe nel

Änderungen der Vereinbarung einschließlich der ihm beigefügten Anlagen bedürfen zu ihrer Wirksamkeit der Schriftform».

⁽¹⁴¹⁾ La clausola è tratta da FONTAINE-DE LY, *Drafting International Commercial Contracts – An Analysis of Contract Clauses*, cit., p. 354, e nella sua versione originale è formulata come segue: «*Le contrat est incontestable des 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’assure s’oblige à payer les augmentations de primes qui en résulteraient*». Un riferimento alle clausole d’incontestabilità si ritrova anche in PADOVINI, *Le clausole limitative delle impugnazioni contrattuali*, in VETTORI (cur.), *Remedies in Contract. The Common Rules for a European Law*, Padova, 2008, pp. 185-186; e in MANIACI, *La clausola d’incontestabilità nei contratti di assicurazione*, in DE NOVA (cur.), *Clausole a rischio di nullità*, cit., p. 79 ss. Per un contributo italiano sul tema, risalente ma approfondito, cfr. 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 *Trattato di diritto civile* diretto da Grosso e Santoro Passarelli, Milano, 1966, p. 174 ss.

⁽¹⁴²⁾ Per ulteriori osservazioni sulla norma introdotta dalla riforma del *code civil*, sia consentito rinviare a 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 *Contratto e Impresa/Europa*, 1, 2016, p. 311 ss., p. 329.

paradigma dell'art. 1229 c.c. ⁽¹⁴³⁾; ove si optasse per la seconda, la conclusione non cambierebbe comunque, in quanto, se per un certo periodo di tempo vi è stata incertezza circa la configurabilità di clausole di esonero per fatto illecito, ormai dottrina e giurisprudenza prevalenti sono concordi nell'ammetterla, come meglio si dirà nel prossimo paragrafo.

Preso atto di ciò, occorre concentrarsi sulle sole peculiarità che costituiscono il *proprium* della responsabilità precontrattuale. La prima è che la responsabilità in esame, diversamente da quella *stricto sensu* aquiliana e, in alcuni casi, da quella contrattuale, è posta a tutela d'interessi essenzialmente patrimoniali; pertanto non si pone, neppure in astratto, alcun problema di limiti alle clausole di esonero legati all'indisponibilità dei diritti. La seconda, sempre per quanto interessa in questa sede, è costituita dal riferimento dell'art. 1337 c.c. alla buona fede, principio che, come s'illustrerà a breve, considerato nella sua unitarietà, è di ordine pubblico ⁽¹⁴⁴⁾.

Siffatta natura porta a escludere che sia lecita una clausola formulata in bianco, con cui le parti si esonerino in generale dal dovere di tenere nel corso delle trattative un comportamento improntato al canone in esame. Clausole come quelle riportate all'inizio del paragrafo, con cui si stabilisce che nessuna responsabilità potrà fondarsi sul comportamento delle parti nelle trattative o che il contratto è incontestabile dal momento della sua sottoscrizione con riguardo a ciò che si è verificato prima di allora, sarebbero con ogni probabilità nulle per

⁽¹⁴³⁾ Per limitarsi alla pronuncia più recente, cfr. Cass., 12 luglio 2016, n. 14188, in *Giurisprudenza italiana*, 2016, 12, p. 2565 ss., con nota di DI MAJO, *La culpa in contrahendo tra contratto e torto*; in *Contratti*, 2017, 1, p. 35, con nota di PIRAINO, *La natura contrattuale della responsabilità precontrattuale (ipotesi sull'immunità)*; in *Foro italiano*, 2016, I, c. 2695 con nota di PALMIERI, *Trattative, contatto sociale qualificato e «culpa in contrahendo»: verso la tesi contrattualistica*; in *Danno e responsabilità*, 2016, 11, p. 1051 ss., con nota di CARBONE V., *Responsabilità precontrattuale della p.a. che non adempie l'obbligazione ex lege di comportarsi secondo buona fede – Il commento*; in *Corriere giuridico*, 2016, 12, p. 1504 ss., con nota di CICERO, *La responsabilità (pre)contrattuale come responsabilità da contatto sociale*; in *La nuova giurisprudenza civile*, 2016, 11, p. 1451, con nota di IULIANI; e in *Notariato*, 2016, 5, p. 477, la quale ha optato per la riconduzione della responsabilità precontrattuale – nel caso di specie, quella della pubblica amministrazione – alla responsabilità da contatto sociale. In senso difforme cfr., *ex multis*, dalla più risalente, Cass., 11 maggio 1990, n.4051, in *Giustizia civile*, I, p. 113 ss.; Cass., 30 agosto 1995, n.9157, *ivi*, 1995, I, p. 1568 ss.; Cass., Sez. Un., 26 maggio 1997, n. 4673, in *Giurisprudenza italiana*, 1998, p. 569 ss.; Cass., 14 giugno 1999, n. 5830, *ivi*, 2000, 6, p. 1178 ss.; Cass., Sez. Un., 16 luglio 2001, n. 9645, in *Foro italiano*, 2002, I, c. 806 ss.; Cass., 10 ottobre 2003, n.15172, in *Contratti*, 2004, p. 356 ss.; Cass., 5 agosto 2004, n. 15040, in *Giustizia civile*, 2005, I, p. 669 ss.; Cass., 10 giugno 2005, n.12313, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2006, I, p. 349 ss.; Cass., 20 marzo 2012, n. 4382, in *Foro italiano*, 2012, I, c. 1754 ss.; Cass., 10 gennaio 2013, n. 477, in *Danno e responsabilità*, 2013, p. 754 ss.; Cass., 23 marzo 2016, n. 5762, in *Foro italiano*, 2016, I, c. 1703 ss.

⁽¹⁴⁴⁾ 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 e responsabilità*, 2008, p. 996, con nota di FESTI, *Buona fede e frazionamento del credito in più azioni giudiziarie*; in *Foro italiano*, 2008, I, c. 1514; in *Guida al diritto*, 2007, 47, p. 28, con nota di FINOCCHIARO, *Una soluzione difficile da applicare nei futuri procedimenti di merito*; in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2008, I, p. 458 ss.; in *Responsabilità civile e previdenza*, 2008, p. 1183; in *Rivista di diritto civile*, 2008, II, p. 335, con nota di DALLA MASSARA, *La domanda frazionata e il suo contrasto con i con i principi di buona fede e correttezza: il «ripensamento» delle Sezioni Unite*.

indeterminatezza dell'oggetto o comunque per violazione dell'art. 1229, comma secondo, c.c., il quale, come si è detto, vieta in radice qualsiasi esonero da responsabilità che dipenda dalla violazione di norme di ordine pubblico⁽¹⁴⁵⁾.

A sostegno di questo assunto si può citare una pronuncia del giudice amministrativo che ha sancito la nullità della clausola, contenuta in un bando di gara per l'affidamento di lavori straordinari di manutenzione di una strada regionale, il quale 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». La motivazione si basa su due profili: una simile clausola – escludendo la responsabilità dell'Amministrazione per le conseguenze riferibili ad eventuali incompletezze o inadeguatezze progettuali – si pone in contrasto con i limiti del dolo o della colpa grave sanciti dall'art. 1229 c.c., comma primo; comunque la clausola viola il secondo comma della norma, in quanto esonera da obblighi posti a tutela dell'ordine pubblico; nella specie, dell'interesse generale alla buona esecuzione dell'opera⁽¹⁴⁶⁾.

Il discorso è più complesso quando la clausola di esonero è rivolta a singole declinazioni della buona fede precontrattuale. Se l'interesse sotteso alla buona fede è unitario, esso si articola variamente a seconda dell'oggetto su cui verte: così la responsabilità in esame tutela l'affidamento, vuoi nella conclusione di un contratto, vuoi nella validità del contratto stipulando (art. 1338 c.c.), vuoi nella veridicità delle informazioni sul contratto fornite dall'altra parte (artt. 1439, 1440 c.c.), vuoi nella riservatezza della trattativa.

Per capire se sia ammissibile un'esclusione della responsabilità nelle singole ipotesi appena menzionate, è opportuno trattarle separatamente. Cominciando dalla rottura ingiustificata delle trattative, la questione è affrontata da un filone di sentenze amministrative in tema di responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione.

Una prima pronuncia è stata chiamata a statuire in merito alla validità o meno 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

⁽¹⁴⁵⁾ Del resto, un'esclusione totale degli obblighi precontrattuali di 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 KREITNER, *Calculating Promises – The Emergence of Modern American Contract Doctrine*, Stanford University Press, Stanford (California), 2007, p. 176. Per quanto riguarda la casistica giurisprudenziale, si veda, per tutti, *Mac Dougald Construction Co. v. State Highway Department*, 188 S.E. 2nd 405, 407 (Ga. App. 1972).

⁽¹⁴⁶⁾ Si fa riferimento a T.A.R. Sicilia Catania, 6 giugno 2002, n. 980, in *Foro amministrativo TAR*, 2002, p. 2197.

facoltà di non procedere all'aggiudicazione dell'appalto in tutto o in parte ovvero di procedervi anche nel caso di una sola offerta»⁽¹⁴⁷⁾.

Un'altra pronuncia si è trovata di fronte ad una clausola, contenuta nell'avviso pubblico di una procedura di *project financing*, del seguente tenore: «la presentazione della proposta, peraltro, non vincola in alcun modo l'Amministrazione, nemmeno sotto il profilo della responsabilità precontrattuale ex art. 1337 c.c.; essa quindi resterà libera di decidere 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»⁽¹⁴⁸⁾.

La prima pronuncia osserva che, se la clausola venisse interpretata come attributiva all'amministrazione di una piena libertà di decisione senza dovere di rendere conto delle proprie scelte, allora essa sarebbe qualificabile come una condizione meramente potestativa – dunque affetta da nullità ex art. 1355 c.c. – e sarebbe altresì contraria, oltre che al principio pubblicistico di imparzialità e buon andamento, al principio di buona fede sancito dall'art. 1337 c.c. La clausola sarebbe invece valida ove venisse interpretata come attributiva del diritto non già di decidere arbitrariamente, bensì di operare scelte discrezionali e, in quanto tali, soggette all'obbligo di motivazione. Sulla base di quest'ultima lettura e del combinato disposto degli artt. 1366 e 1367 c.c., il T.A.R. respingeva la domanda di nullità.

Diametralmente opposto è l'esito della seconda pronuncia: qui il tribunale accoglieva la domanda di nullità senza prospettare alcuna soluzione ermeneutica alternativa. La motivazione si basa ancora una volta sulla qualifica della clausola in termini di condizione meramente potestativa nella misura in cui essa subordina la responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione alla sua mera volontà.

In entrambi i casi, piuttosto sorprendentemente, il giudice amministrativo non fa menzione alcuna nell'*iter* argomentativo dell'art. 1229 c.c., quasi non lo ritenesse pertinente. L'omissione, all'apparenza ingiustificata, può non essere, in realtà, priva di fondamento: quando si tratta di accertare la sussistenza in capo ad una parte di una responsabilità per aver interrotto le trattative la giurisprudenza non discute mai sull'elemento soggettivo, non si chiede mai se il presunto responsabile abbia violato la buona fede con dolo, con colpa grave o con colpa lieve, ma piuttosto se la violazione sia o meno giustificata. Può sembrare una differenza banale, ma non lo è affatto, nella misura in cui rende difficile applicare i criteri dettati dall'art. 1229 c.c. e quindi la norma stessa. Nel requisito della giustificazione risiede forse il richiamo all'obbligo di motivazione fatto dalla prima pronuncia citata.

⁽¹⁴⁷⁾ T.A.R. Lazio Roma, 14 ottobre 2004, n. 10952, in *Contratti dello stato e degli enti pubblici*, 2005, 1, p. 59, con nota di TONON; e in *Diritto e Giustizia*, 2005, 1, p. 94, con nota di 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.*

⁽¹⁴⁸⁾ Si fa riferimento a Cons. Stato, 6 ottobre 2010, n. 7334, in *Foro amministrativo Consiglio di Stato*, 2011, p. 488.

Del resto, non consta neppure una sola sentenza, tra le poche sul punto e le poche che applicano l'art. 1229 c.c., la quale non abbia ritenuto la clausola di esonero da responsabilità precontrattuale nulla, ora per contrarietà al comma primo, ora per contrarietà al comma secondo ⁽¹⁴⁹⁾. Questo perché, come meglio si vedrà nel prosieguo, è difficile, sebbene non impossibile, immaginare una violazione della buona fede che dipenda da colpa lieve; più spesso la lesione sarà intenzionale e si tratterà di valutare se la scelta risponde ad un qualche interesse meritevole di tutela oppure integra un mero abuso ⁽¹⁵⁰⁾.

Le considerazioni sin qui svolte valgono anche, *mutatis mutandis*, con riguardo alle ipotesi di responsabilità precontrattuale derivanti dall'omissione di alcune informazioni che una parte era tenuta a fornire all'altra ai sensi di norme contenute in leggi speciali (quali ad esempio il Testo Unico Bancario), oppure d'informazioni circa le cause di invalidità del contratto (art. 1338 c.c.), oppure ancora d'informazioni che non erano oggetto di uno specifico obbligo ma erano nondimeno imposte dalla buona fede ex art. 1337 c.c., in quanto capaci di determinare il consenso negoziale della controparte o comunque di influire sul medesimo ai sensi degli artt. 1439, 1440 del codice ⁽¹⁵¹⁾.

Una clausola di esonero che escluda in generale la responsabilità di una parte per l'omissione delle informazioni suddette sarebbe, ancora una volta, certamente

⁽¹⁴⁹⁾ Cfr. ad esempio T.A.R. Sicilia Catania, 6 giugno 2002, n. 980, cit.

⁽¹⁵⁰⁾ Si veda in proposito ROPPO, *Il contratto*, cit., pp. 173-174. Precisa l'Autore che la violazione dell'affidamento della controparte è requisito necessario ma non sufficiente ai fini della responsabilità contrattuale; all'uopo occorre altresì che la rottura della trattativa sia ingiustificata. Lo dimostra il fatto che nel codice è presente un'ipotesi in cui la delusione dell'affidamento non dà luogo al risarcimento del danno, ma a un semplice indennizzo, in quanto atto dannoso ma lecito: si tratta dell'art. 1226 c.c., là dove disciplina consente alla revoca della proposta di precludere la conclusione del contratto anche nel caso la controparte ne avesse già iniziato l'esecuzione. L'Autore riferisce che per giusta causa della rottura la giurisprudenza intende «una circostanza esterna alla sfera del recedente, sopravvenuta nel corso della trattativa oppure preesistente ma da lui ignorata senza colpa idonea a modificare la valutazione di convenienza del contratto» e sottolinea che il vero nodo da sciogliere è quello di definire i contorni della sfera del recedente. Al riguardo conclude l'Autore che sicuramente, a dispetto di quanto traspare da certe massime, il carattere ingiustificato della rottura non richiede il dolo o la mala fede del recedente.

⁽¹⁵¹⁾ 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 PERLINGIERI G., *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 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 *Abuso del diritto e buona fede nei contratti*, a cura di S. Pagliantini, Torino, 2010, p. 303 ss., in part. p. 317 ss. Nello stesso senso, 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 *Ibidem*, p. 321 ss.

nulla, vuoi per indeterminatezza dell'oggetto, vuoi per contrarietà all'art. 1229, comma secondo, c.c. Dall'altro lato, però, una clausola formulata in modo così specifico da escludere singoli obblighi informativi rischierebbe di essere comunque nulla, questa volta per contrarietà all'art. 1229, comma primo, c.c. Infatti, nel momento in cui la parte riesce a individuare *ex ante* una serie di obblighi informativi e a percepirne la cogenza o comunque la rilevanza per la formazione della volontà negoziale dell'altra, al punto da avvertire l'esigenza di tutelarsi, allora, con ogni probabilità, sta ponendo in essere un esonero da responsabilità che travalica i limiti del dolo o della colpa grave.

Peraltro, ove la clausola di esonero riguardi obblighi informativi *ex lege* previsti da una disciplina che sia di ordine pubblico o si autoproclami imperativa, la clausola di esonero sarebbe nulla anche entro i predetti limiti, per contrarietà con l'art. 1229 c.c., comma secondo. A ciò si potrebbe, forse, obiettare che una simile pattuizione è valsa a far venir meno l'affidamento della controparte con riguardo alle informazioni *ivi* considerate.

Quid juris, invece, se la clausola di esonero fosse confezionata in modo da escludere la responsabilità per l'eventuale omissione d'informazioni che la parte non sapeva (o non avrebbe dovuto sapere secondo l'ordinaria diligenza) di essere tenuta a fornire? *Prima facie*, se non si andasse oltre la lettera delle norme, bisognerebbe rispondere che una clausola del genere sarebbe inutile, in quanto l'art. 1338 c.c. esclude già la responsabilità della parte che non conosceva e non avrebbe dovuto conoscere la causa di invalidità – o d'inefficacia ⁽¹⁵²⁾ – del contratto, e similmente gli artt. 1439 e 1440 c.c. presuppongono il dolo o la mala fede della parte reticente. Senonché, la proliferazione delle leggi speciali aumenta significativamente lo scarto tra ciò che può essere ritenuto conoscibile in base a una valutazione giudiziale *ex post* e ciò che lo è davvero al momento della stipula del contratto. Così si dilata sempre più la sfera dell'omissione informativa colposa.

Sotto altro angolo visuale, la giurisprudenza in materia di responsabilità della pubblica amministrazione si è mostrata da qualche tempo incline a “rovesciare” la prospettiva dell'art. 1338 c.c. stabilendo un'ingiustificata presunzione di conoscibilità delle norme sull'invalidità da parte del contraente medio. La motivazione è stata la seguente: posto che la disciplina dell'invalidità è imperativa, l'ignoranza della medesima non scusa il contraente, il quale, perciò non può invocare la responsabilità della controparte nell'aver omesso la relativa informazione ⁽¹⁵³⁾.

⁽¹⁵²⁾ Nel senso che l'art. 1338 c.c. si applichi anche alle cause d'inefficacia del contratto cfr. BENATTI FRANCESCO, *Culpa in contrahendo*, in *Contratto e impresa*, 1987, p. 293; ID., voce «*Responsabilità precontrattuale*», in *Enciclopedia giuridica*, XXVII, Roma, 1991 p. 3 (e più di recente ID., *La responsabilità precontrattuale*, Napoli-Roma, 2012); nonché CARRESI, *Il contratto*, cit., p. 715.

⁽¹⁵³⁾ Cass., 11 febbraio 1982, n. 835, in *Giustizia civile*, 1982, I, p. 1238; Cass., 14 marzo 1985, n. 1987, in *Giurisprudenza italiana* (Massimario), 1985; Cass., 26 giugno 1998, n. 6337, in *Giurisprudenza italiana*, 1999, p. 924; Cass., 7 marzo 2001, n. 3272, in *Giustizia civile*, 2001, I, p. 2109; Cass., Sez. Lav., 21 agosto 2004, n. 16508, in *Foro italiano* (Repertorio), 2004, p. 146, il cui testo integrale è reperibile nella banca dati *Leggi d'Italia* (online); Cass., 2 marzo 2006, n. 4635, in *Foro amministrativo – Consiglio di Stato*, 2006, p. 1723; Cass., 8 luglio 2010, n. 16149, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2011, p. 1069 ss., con nota (adesiva) di MATTIONI, *Ignoranza della legge e responsabilità precontrattuale*; e in *Famiglia e diritto*, 2011, 2, p. 137, ove si legge testualmente che «non si configura responsabilità per "culpa in contrahendo" nell'eventualità in cui

Un simile esito, come osserva pressoché unanime dottrina, pare assurdo nel suo apriorismo e dettato soltanto dall'intento di alleggerire la posizione della pubblica amministrazione⁽¹⁵⁴⁾. La disciplina dell'invalidità è sì imperativa, ma tale carattere non ne implica affatto la conoscibilità. Inoltre l'invalidità è ormai categoria così ampia, frammentaria e settoriale – essendo le norme imperative disseminate in una miriade di leggi speciali – da essere difficilmente ricostruibile anche per i giuristi. Senza contare che dette leggi speciali sono spesso mal coordinate con la disciplina comune, spesso dense di rinvii e oscure o ambigue nella descrizione delle fattispecie, e quindi non agevolmente intelleggibili anche agli esperti. Il discorso cambia parzialmente per le invalidità codicistiche: qui l'individuazione della causa d'invalidità è più immediata, ma può restarne nondimeno arduo l'accertamento. Non è corretto dunque adottare una posizione indiscriminata come quella fatta propria dalla succitata giurisprudenza, senza tener conto delle singole ipotesi d'invalidità⁽¹⁵⁵⁾.

Una recente pronuncia ha ritenuto che tale impostazione dovesse essere rimeditata, sulla base del fatto che la funzione dell'art. 1338 c.c. è anche quella di rimediare in certa misura alle asimmetrie informative tra soggetti qualificati, come la pubblica amministrazione oppure i professionisti⁽¹⁵⁶⁾. Allora, secondo la

la causa di invalidità del negozio, conosciuta da uno dei contraenti, e da questi in ipotesi taciuta, derivi da una norma di legge che per presunzione assoluta deve essere nota alla generalità dei cittadini. Le norme di cui agli artt. 1337 e 1338 c.c. sono finalizzate, difatti, a tutelare nella fase precontrattuale il contraente di buona fede ingannato o fuorviato da una situazione apparente, non conforme a quella vera, e, comunque, dall'ignoranza della causa d'invalidità del contratto che gli è stata sottaciuta; tuttavia se vi è colpa da parte sua, potendo con l'ordinaria diligenza venire a conoscenza della reale situazione o della causa di invalidità del contratto, le norme predette non sono più applicabili»; Cass., 24 agosto 2012, n. 14626, il cui testo integrale è reperibile nella banca dati *Leggi d'Italia (online)*. Ancora, di recente, Cass., 18 maggio 2016, n. 10156, il cui testo integrale è reperibile nella Banca dati *Leggi d'Italia (online)*.

⁽¹⁵⁴⁾ Criticano l'esito al quale giunge la giurisprudenza per cui, in sostanza, una parte non sarebbe mai tenuta a comunicare all'altra l'esistenza di cause d'invalidità derivanti da norme imperative, *ex multis*, CUFFARO, voce «*Responsabilità precontrattuale*», in *Enciclopedia del diritto*, XXXIX, 1988, p. 1271; CRISCUOLI, *Riflessi civilistici della costituzionalizzazione del principio generale di colpevolezza in tema di 'error juris'*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1994, I, p. 727 ss.; e BENATTI FRANCESCO, *La responsabilità precontrattuale*, cit., p. 60, secondo cui generalizzare la regola *ignorantia legis non excusat* significherebbe riaffermare una concezione del tutto superata del diritto quale è quella imperativistica, la quale «è costretta a superare l'insanabile contraddizione tra l'irrelevanza dell'*ignorantia juris* e il carattere precettivo delle norme, configurando l'esistenza di un dovere di conoscenza delle stesse a carico dei destinatari e, in conseguenza, ritenendo la loro ignoranza sempre inescusabile». Nella stessa direzione, NANNI, *La buona fede contrattuale*, Padova, 1988, p. 136; GRISI, *L'obbligo precontrattuale d'informazione*, Napoli, 1990, p. 184 ss.; TURCO, *Interesse negativo e responsabilità precontrattuale*, Milano, 1990, p. 27 ss. e 136 ss.; PATTI G., Sub. art. 1338, in *Responsabilità contrattuale e contratti standard (artt. 1337-1342)*, a cura di Patti G. e Patti S., in *Il codice civile. Commentario*, diretto da Schlesinger, Milano, 1993, p. 171 ss.

⁽¹⁵⁵⁾ Per una riflessione più ampia sul tema risulta è fondamentale il volume di MERUZZI, *La trattativa maliziosa*, Padova, 2002; ma, già prima, PESCARA, *Il problema dell'error juris nei contratti*, in *Rivista di diritto civile*, 1983, I, p. 769 ss.; CUFFARO, voce «*Responsabilità precontrattuale*», cit.; e CRISCUOLI, *Riflessi civilistici della costituzionalizzazione del principio generale di colpevolezza in tema di 'error juris'*, cit.

⁽¹⁵⁶⁾ Cass., 12 maggio 2015, n. 9636, in *Corriere giuridico*, 2016, 1, p. 56, con nota di AGNELLO, *Le zone d'ombra della responsabilità precontrattuale: il rapporto tra norme di relazione e di azione nella configurabilità della culpa in contrahendo nella Pubblica*

pronuncia, la parte che ha omesso l'informazione circa la causa d'invalidità del contratto può liberarsi da responsabilità solo se prova la colpa della controparte deducendo fatti e circostanze specifiche idonei a dimostrare l'effettiva conoscenza – non solo la conoscibilità – di tale causa da parte sua ⁽¹⁵⁷⁾.

A fronte di simile tendenza espansiva, la clausola appena prospettata appare tutt'altro che superflua: è innegabile, infatti, che possa essere quanto mai utile per le parti, soprattutto nell'ambito di relazioni contrattuali articolate e caratterizzate da una notevole complessità informativa, porsi al riparo da una responsabilità i cui presupposti non sono perfettamente individuabili *a priori* o lo sarebbero a prezzo di costi elevatissimi, in termini di tempo e di denaro ⁽¹⁵⁸⁾. La meritevolezza di questo interesse – ancor più evidente quando l'esclusione da responsabilità è corrispettiva, cioè pattuita dalle parti reciprocamente – dovrebbe impedire di ritenere la clausola contraria al canone della buona fede. Sotto altro punto di vista, la clausola non viola neppure il disposto dell'art. 1229 c.c., poiché rispetta tanto i limiti del dolo e della colpa grave quanto l'ordine pubblico.

In ogni caso, nell'attesa di una pronuncia sul punto, la soluzione più sicura per realizzare un esonero da responsabilità precontrattuale, almeno in rapporto all'ordinamento italiano, è quella di prevedere una clausola sul modello degli *acknowledgements* prospettati all'inizio del paragrafo. Infatti, la dichiarazione di una parte di essere stata messa, informativamente parlando, nelle condizioni di formarsi una volontà libera e consapevole e di non rappresentarsi circostanze ulteriori rispetto a quelle contenute nel contratto, esclude l'affidamento, facendo così venir meno il presupposto della responsabilità.

Siffatta opzione è stata avvalorata dalla giurisprudenza in un caso di rottura ingiustificata delle trattative, su cui vale la pena soffermarsi ⁽¹⁵⁹⁾. In breve, una

amministrazione; e in *Giurisprudenza italiana*, 2015, 8-9, p. 1963, con nota di RACCA-PONZIO, *Evoluzioni sulla responsabilità precontrattuale delle pubbliche amministrazioni*.

⁽¹⁵⁷⁾ *Ibidem*: «non si esclude la possibilità di desumere tale conoscenza dal tipo di invalidità o inefficacia e, in definitiva, dalla natura della norma violata, ma non è possibile riconoscerla automaticamente rispetto a qualunque norma [...]. Altrimenti, l'art. 1338 c.c. verrebbe privato della sua principale funzione che è di compensare l'asimmetria informativa nelle contrattazioni tra parti che non sono su un piano di parità, come avviene nei rapporti con la Pubblica Amministrazione [...]. Pertanto, il principio *ignorantia legis non excusat*, in materia contrattuale, non ha un valore generale e assoluto dal quale si possa desumere in modo incondizionato e aprioristico l'inescusabilità dell'ignoranza dell'invalidità contrattuale che trovi fondamento (come di regola) in norme di legge, dovendosi piuttosto indagare caso per caso sulla diligenza e, quindi, sulla scusabilità dell'affidamento del contraente, avendo riguardo non solo (e non tanto) alla conoscibilità astratta della norma, ma anche all'esistenza di interpretazioni univoche della stessa e, soprattutto, alla conoscibilità delle circostanze di fatto cui la legge ricollega l'invalidità».

⁽¹⁵⁸⁾ Un esempio concreto di tale interesse è offerto da Cass., Sez. Lav., 5 febbraio 2016 n. 2327, in *Banche Dati* online *Leggi d'Italia*. La vicenda affrontata dalla pronuncia riguardava la responsabilità dell'INPS per aver ricevuto e poi annullato la contribuzione da subordinazione versata per il socio di maggioranza e membro del consiglio di amministrazione di una società. Quest'ultimo si era scoperto privo dei requisiti di anzianità e avrebbe dovuto essere consapevole dell'invalidità della contribuzione, in quanto nel corso di un precedente processo era stato accertato il suo difetto di subordinazione. La Cassazione ha affermato che, ai fini dell'accertamento in merito all'affidamento incolpevole del contraente, occorre verificare in concreto se l'invalidità o inefficacia del contratto fossero conoscibili al medesimo, tenuto conto dell'univocità dell'interpretazione delle norme e della conoscenza o conoscibilità delle circostanze di fatto cui la legge ricollega l'invalidità o inefficacia.

⁽¹⁵⁹⁾ La pronuncia è Cass., 6 marzo 1992, n. 2704, in *Giurisprudenza italiana*, 1993, I, 1, p. 1560.

società aveva incaricato un'agenzia immobiliare di vendere una serie di appartamenti di sua proprietà, autorizzandola all'uopo a compilare e far sottoscrivere agli interessati proposte d'acquisto espressamente soggette a riserva della sua approvazione. Un privato aveva sottoscritto alcune proposte e si era obbligato a mantenerle ferme per un certo periodo. Dopo qualche tempo, l'agenzia gli aveva comunicato la mancata accettazione delle stesse da parte della società venditrice e la conseguente rottura delle trattative. A seguito di tale comunicazione, il privato aveva convenuto in giudizio la società venditrice per sentirla condannare al pagamento di una somma di denaro a titolo di responsabilità precontrattuale.

In primo grado la predetta domanda era stata respinta, mentre in secondo grado la decisione era stata ribaltata. Dirimente ai fini della decisione era la questione di quale valore attribuire alla riserva di approvazione del venditore contenuta nella proposta d'acquisto. La Corte d'Appello aveva disatteso la tesi del tribunale secondo cui tale riserva rappresentava l'esercizio di un diritto del proponente e valeva ad escludere l'affidamento della controparte, fornendo una motivazione del tutto apodittica e piuttosto stravagante: ammettere che il proponente si riservi la facoltà di recedere in qualunque momento dalle trattative equivarrebbe ad abolire il principio stesso della *culpa in contrahendo*.

Dal canto suo, la Cassazione ha sposato la tesi del giudice di prime cure argomentando che le parti sono libere di recedere *ad nutum* dalle trattative, in nome del diritto all'autodeterminazione, purché rispettino il canone dell'art. 1337 c.c., norma che tutela non l'interesse di una parte ad ottenere quanto gli deriverebbe dalla conclusione dell'affare, bensì l'affidamento o la legittima aspettativa che le trattative siano improntate a lealtà e correttezza. Precisa la Corte che siffatto affidamento (o aspettativa) non è invocabile ogniqualvolta la controparte, come nel caso di specie, sia debitamente informata delle altrui possibilità di recesso e dunque sia dissuasa da ogni certezza in merito alla conclusione del contratto (¹⁶⁰).

Come si è detto, il ragionamento è riferito a un'ipotesi di rottura ingiustificata delle trattative, ma non è escluso che possa applicarsi in via analogica anche alle altre fattispecie, posto che hanno tutte in comune la *ratio*, vale a dire, appunto, quella di tutelare l'affidamento delle parti. Certo è che in alcuni casi potrebbe risultare difficile – in virtù di un principio di “vicinanza dell'informazione” – per la controparte prefigurarsi dal momento della stipula del contratto tutte le informazioni suscettibili di essere determinanti del proprio consenso; dunque esiste un rischio, seppur limitato, che la sua volontà sia in qualche misura viziata.

All'inconveniente la contrattualistica anglo-americana talvolta ovvia con pattuizioni che garantiscono a una parte il diritto di ispezione dei documenti dell'altra (ad esempio bilanci) o il diritto di accesso ai locali dell'impresa o la

(¹⁶⁰) *Ibidem*. Si legge nella motivazione che «Tale affidamento o legittima aspettativa non è invocabile, quando la parte è debitamente informata delle possibilità di recesso. Non può invero aversi responsabilità precontrattuale quando il comportamento di una parte escluda qualsiasi certezza sulla conclusione del contratto, come nel caso in cui l'interruzione delle trattative o la mancata conclusione del contratto siano state esplicitamente previste. In tali situazioni non può aversi violazione del principio di buona fede, proprio perché la rottura delle trattative o la mancata conclusione del contratto sono state in anticipo programmate e costituiscono pertanto esercizio di una facoltà legittima (sent. 26 gennaio 1985, n. 399)».

verifica dello stato dei luoghi, di impianti, di prodotti, eccetera ⁽¹⁶¹⁾. Queste pattuizioni – comunemente denominate *audits rights, inspections, records e access clauses* – sono esportabili anche nel diritto italiano, posto che non incontrano limiti nell'ordine pubblico o in norme imperative e perseguono interessi meritevoli di tutela. Esse, infatti, possono svolgere una duplice funzione: da un lato, quella d'instaurare un rapporto di fiducia reciproca tra le parti e incoraggiarle alla *disclosure*; dall'altro, quella di attenuare le asimmetrie informative e distribuire, in modo più o meno omogeneo, il compito (e la responsabilità) di verificare che la volontà contrattuale si sia correttamente formata.

Assumendo dunque che una deroga alla responsabilità precontrattuale come quella da ultimo descritta sia ammissibile, resta da verificare quali siano le conseguenze processuali della dichiarazione di una parte (o di entrambi) volta ad attestare l'avvenuta ricezione di tutte le informazioni necessarie o l'assenza di *misrepresentations* relativamente a circostanze non incluse nel contratto. Una risposta condivisibile proviene dalla sentenza poc'anzi citata a proposito della rottura ingiustificata delle trattative: la parte che ha compiuto la dichiarazione ha in tal modo escluso il proprio affidamento e pertanto non può invocare il rimedio della responsabilità precontrattuale, almeno con riguardo ai fatti oggetto della dichiarazione ⁽¹⁶²⁾.

La Corte non esplicita l'*iter* logico sottostante a tale soluzione, ma è ragionevole ritenere che la domanda sia stata rigettata perché la parte attrice non ha raggiunto la prova di uno dei presupposti per invocare la responsabilità precontrattuale, cioè del proprio affidamento. Si tratta dunque di un rigetto nel merito, mentre non sarebbe configurabile una pronuncia d'inammissibilità della domanda, posto che l'autonomia privata non ha, in linea di principio, il potere di introdurre condizioni dell'azione diverse e ulteriori rispetto a quelle previste dalla legge ⁽¹⁶³⁾. Resta da verificare se la clausola sopra esaminata possa produrre

⁽¹⁶¹⁾ Cfr. ECHENBERG, *Negotiating international contracts: does the process invite a review of standard contracts from the point of view of national legal requirements?*, in Cordero-Moss (ed.), *Boilerplate Clauses, International Commercial Contracts and the Applicable Law*, Cambridge University Press, 2011, p. 12 ss., spec. p. 14.

⁽¹⁶²⁾ Cass., 6 marzo 1992, n. 2704, cit.

⁽¹⁶³⁾ Peraltro, nella contrattualistica internazionale, non mancano clausole che hanno proprio lo scopo di subordinare l'esercizio dell'azione a determinati presupposti formali. Si prendano gli esempi seguenti: «*Any claim made under the guarantee should be submitted to us without delay in writing, enclosing all grounds for the complaint. Handing will then occur in accordance with the procedure determined by us. Goods for which a claim under guarantee has been made, should be sent carriage paid to us, only following our specific request for their return*»; «*L'acheteur ou le client est tenu de dénoncer par écrit les vices de la marchandise livrée dans un délai de 14 jours à compter de l'arrivée de celle-ci au lieu de destination ...*»; «*To qualify for indemnity of the damages covered by this Guarantee, the following terms and conditions have to be fulfilled: a) the storage of the roofing membrane has been done as instructed in the Products Information Sheet issued by ...; b) the total amount of the invoice of ... has been settled; c) the registration form has been submitted to ... at least fourteen days before the beginning of the works; d) every departure from the installation instructions is previously reported in writing to and approved by ...; e) after issuing the certificate of Guarantee neither the contractor nor a third party is allowed to carry out any repair work without the prior written consent of ..., save as of the repair mentioned in following paragraph; f) the owner of the object is obliged to make regular inspections on the roof and make all necessary arrangements in case of damage, in order to protect the property from*

anche l'effetto di escludere l'esperibilità dell'azione di annullamento del contratto per errore; ma di questo problema si tratterà nel capitolo terzo e, più precisamente, nel paragrafo dedicato ai limiti generali che le parti incontrano nel pattuire l'impossibilità di ricorrere a un dato rimedio.

8. Clausole di esonero, concorso di responsabilità contrattuale e aquiliana e danno non patrimoniale da inadempimento.

Ogniquale volta il debitore nell'eseguire in modo inesatto la prestazione dovuta lede una posizione soggettiva della controparte diversa dal mero diritto di credito, la sua condotta è suscettibile d'integrare tanto un inadempimento quanto un fatto illecito ai sensi dell'art. 2043 c.c., di tal che si configura un concorso tra responsabilità contrattuale e responsabilità aquiliana. Proseguendo nella trattazione dei problemi sollevati dall'art. 1229 c.c., ci si potrebbe domandare quale impatto avrebbe una clausola di esonero da responsabilità nell'ipotesi appena prospettata.

Più precisamente, le questioni su cui occorre soffermarsi sono le seguenti: se una clausola di esonero da responsabilità contrattuale possa interpretarsi come estesa anche al caso in cui il debitore agisca per via aquiliana; in caso negativo, se sia consentito alle parti pattuire espressamente un esonero dalla concorrente responsabilità extracontrattuale e quale sia l'utilità di una simile operazione; se sia ammissibile, prevedere, non un'esclusione di responsabilità ma un'attenuazione della medesima, mediante la pattuizione di una clausola penale *omnibus*.

Interrogativo preliminare alle questioni prospettate è se sia ammissibile un esonero da responsabilità extracontrattuale. Il problema si era posto già prima del 1942, quando il codice civile non prevedeva espressamente la possibilità di pattuire un esonero da responsabilità nei limiti della colpa lieve. Parte della dottrina riteneva che fosse contrario alla morale pubblica qualsiasi patto volto a garantire a un soggetto l'immunità dalle conseguenze di un'offesa che avrebbe potuto in futuro commettere. I fautori di questo orientamento assegnavano alla responsabilità extracontrattuale sempre natura imperativa, facendo leva sul fatto che sarebbe stato contraddittorio per l'ordinamento 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»⁽¹⁶⁴⁾.

Viceversa, si reputava ammissibile il patto con cui, una volta verificatosi un danno ingiusto, la vittima rinuncia alla pretesa risarcitoria. Questo perché l'indisponibilità riguarda soltanto l'interesse tutelato dall'ordinamento con la disciplina del fatto illecito, non anche il diritto a ricevere una somma di denaro a

further damage». Gli esempi sono tratti da FONTAINE-DE LY, *Drafting International Commercial Contracts – An Analysis of Contract Clauses*, cit., p. 368.

⁽¹⁶⁴⁾ In questo senso CHIRONI, *La colpa nel diritto civile odierno. Colpa extracontrattuale*, II, Torino, 1906, p. 588; 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 D'ALTILIA, *Validità ed effetti delle clausole esonerative da responsabilità*, Napoli, 1937, pp. 48-51.

titolo di risarcimento; l'irrinunciabilità viene meno non appena l'interesse si patrimonializza convertendosi nel diritto a un equivalente monetario ⁽¹⁶⁵⁾.

Altra parte della dottrina adottava un approccio in certa misura meno rigido là dove ammetteva la validità dei patti con cui si esonera un soggetto da responsabilità per fatto altrui o degli animali, o per fatto dipendente dalla natura delle cose. In queste fattispecie, si osservava, mancherebbe la colpa dell'agente e dunque verrebbe meno il carattere imperativo della responsabilità, in quanto il fine perseguito dalla legge sarebbe soltanto la «rispondenza o garanzia pura e semplice, senza obbligo o garanzia del responsabile» ⁽¹⁶⁶⁾.

Con l'avvento del codice attuale, i fautori della natura imperativa della responsabilità aquiliana, e della conseguente nullità del patto di esonero ad essa relativo, hanno trovato un appiglio normativo nell'art. 1229 c.c., comma secondo, il quale, come si è più volte detto, vieta *tout court* tale patto ogniqualvolta riguardi una responsabilità che involge norme di ordine pubblico. Prevalente è risultato, però, col tempo, tanto in dottrina quanto in giurisprudenza, l'orientamento per cui il patto in esame non può giudicarsi aprioristicamente inammissibile ⁽¹⁶⁷⁾. Uno degli argomenti più recenti addotti a sostegno della tesi viene ricavato *a contrario* dall'art. 124 cod. cons.: se *ivi* il legislatore ha avvertito la necessità di prevedere espressamente la nullità incondizionata dell'esonero da responsabilità per danno da prodotti difettosi – ipotesi di responsabilità aquiliana –, significa che detta nullità non è affatto implicita nelle altre ipotesi ⁽¹⁶⁸⁾.

⁽¹⁶⁵⁾ Cfr. CHIRONI, *Op. ult. cit.*, p. 588. Conferma questa tesi la giurisprudenza più recente, secondo la quale anche il diritto di credito derivante dal risarcimento del danno morale o biologico terminale e del danno catastrofale è trasmissibile, non solo *jure hereditatis* ma altresì *inter vivos*, senza che si ricada nel divieto di cui all'art. 1260 c.c. Così Cass., 3 ottobre 2013, n. 22601, in *Contratti*, 2014, 1, p. 64; in *Corriere giuridico*, 2014, 10, p. 1232, con nota di GENOVESI, *La cessione del credito risarcitorio del danno non patrimoniale*; in *Foro italiano*, 2014, 3, 1, p. 876; e in *Vita notarile*, 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».

⁽¹⁶⁶⁾ PACCHIONI, *Op. ult. cit.*, pp. 184-185.

⁽¹⁶⁷⁾ Nel senso che l'ammissibilità del patto risulta ormai pacifica tanto in dottrina quanto in giurisprudenza, DELOGU, *Le modificazioni convenzionali della responsabilità civile*, cit., p. 106. Per una rassegna degli orientamenti in materia sia consentito rinviare all'opera appena citata (p. 106 ss.).

⁽¹⁶⁸⁾ In questo senso, per esempio, GIARDINA, *La distinzione tra responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale*, in *Trattato della responsabilità contrattuale* diretto da Visintini, vol. I, *Inadempimento e rimedi*, p. 93. Altra dottrina ha ribaltato l'argomento, 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, CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, Milano, 2006, p. 57.

L'ammissibilità del patto non è comunque priva di limiti, da valutarsi in funzione degli interessi dei quali con esso si escluda o si riduca la tutela ⁽¹⁶⁹⁾. Il primo riguarda le modalità del patto: questo deve specificare con precisione la situazione su cui incide (segnatamente la lesione e il danno); mentre dovrebbe necessariamente affermarsi la nullità di un patto con cui due soggetti non legati da alcun rapporto obbligatorio escludono genericamente che eventuali danni cagionati dall'uno nei confronti dell'altro facciano sorgere l'obbligazione risarcitoria. Tale limite viene desunto dalla dottrina dalla disciplina della clausola risolutiva espressa (art. 1456 c.c.) e dal concetto di clausole di stile.

La clausola risolutiva espressa, per non essere considerata inefficace in quanto mera clausola di stile, deve contenere l'indicazione specifica degli inadempimenti rilevanti ai fini dello scioglimento del contratto ⁽¹⁷⁰⁾. Il legislatore avrebbe imposto all'autonomia privata tale requisito perché la clausola risolutiva costituisce un'eccezione rispetto alla regola prevista dall'art. 1455 c.c., secondo cui per dar luogo alla risoluzione del contratto l'inadempimento deve essere di non scarsa importanza. Da qui si desumerebbe, ad opinione della citata dottrina, un principio generale per cui i patti che introducono un'eccezionale deviazione rispetto alle comuni regole di attuazione del rapporto obbligatorio devono riferirsi in modo preciso e determinato a tale deviazione, pena l'inefficacia ⁽¹⁷¹⁾. Siccome la clausola di esonero da responsabilità costituisce una deviazione rispetto alle regole sull'inadempimento, allora ad essa si applicherebbe il predetto principio.

Il secondo limite riguarda la natura degli interessi tutelati: è nullo per contrarietà all'ordine pubblico il patto in cui sono coinvolti interessi di carattere non patrimoniale considerati indisponibili ⁽¹⁷²⁾. Una clausola di esonero "omnicomprensiva", la quale escluda la responsabilità di una parte per qualunque fatto dannoso derivante dal rapporto senza null'altro specificare, ricomprende certamente in sé l'esonero per la lesione d'interessi indisponibili e quindi rischia la nullità. E qui l'eccessiva genericità della norma renderebbe difficile il salvataggio della clausola tramite l'interpretazione conservativa *ex art. 1367 c.c.*

Analogamente a quanto si è detto per l'esclusione in blocco dell'obbligo di buona fede nelle trattative, un esonero dalla responsabilità aquiliana nel suo

⁽¹⁶⁹⁾ Propone quest'approccio GIARDINA, *Op. ult. cit.*, loc. ult. cit. Per un riferimento alle sentenze che affrontano la questione dei limiti, cfr., ancora una volta, DELOGU, *Op. cit.*, p. 106 ss.

⁽¹⁷⁰⁾ Così PONZANELLI, *Le clausole di esonero dalla responsabilità civile*, Milano, 1984, p. 250.

⁽¹⁷¹⁾ *Ibidem.*

⁽¹⁷²⁾ In tal senso già POLACCO, *Le obbligazioni nel diritto civile odierno*, cit., p. 471 ss.; FERRINI, voce «Danni (azione di)», in *Enciclopedia giuridica italiana*, IV, parte I, II, III, Milano, 1911, pp. 71-72. Più recentemente, BRECCIA, *Le obbligazioni*, cit., p. 620; CABELLA PISU, *Le clausole di esonero da responsabilità*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Rescigno, IX, Torino, 1984, p. 227; e PONZANELLI, *Le clausole di esonero dalla responsabilità civile*, Milano, 1984, 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. Un esempio può essere la clausola accessoria ad un contratto di vendita con cui si esoneri il venditore dalla responsabilità relativa alla circolazione di un prodotto difettoso. L'esempio è tratto da 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 *Giurisprudenza italiana*, 1975, I, 1, p. 750 ss. Per altri esempi cfr. FERRINI, *Op. ult. cit.*, pp. 71-72; e PACCHIONI, *Op. ult. cit.*, p. 184.

complesso sarebbe contrario all'ordine pubblico perché tale responsabilità è anche improntata a ragioni di tale natura. Diversamente, un'esclusione di singole declinazioni della responsabilità sarebbe da valutarsi alla stregua di un criterio quantitativo e qualitativo. Se risulta che le parti hanno escluso così tante fattispecie da esautorare, di fatto, la responsabilità, allora la clausola non potrà che essere nulla, questa volta ai sensi dell'art. 1229 c.c., comma secondo; parimenti dovrà concludersi per la nullità ogniqualvolta le parti abbiano escluso la responsabilità per la lesione anche di un solo interesse che sia però di ordine pubblico.

Ove la clausola sia espressamente riferita alla responsabilità contrattuale, nulla prevedendo in merito alla responsabilità aquiliana concorrente, occorre una riflessione più attenta per stabilire se la parte che agisce ai sensi dell'art. 2043 c.c., anziché dell'art. 1218 c.c., o in cumulo con esso, possa domandare la condanna della controparte anche per colpa lieve o debba rispettare il patto di esonero. Al riguardo occorre premettere che non si registrano pronunce giurisprudenziali sul punto. Vi è solo una sentenza di legittimità che dirime la questione della validità di una clausola di esonero non in un'ipotesi di concorso, ma comunque in un'ipotesi in cui è dibattuta la natura contrattuale o aquiliana della responsabilità: si tratta dei gravi difetti dell'opera cagionati dall'appaltatore ai sensi dell'art. 1669 c.c. ⁽¹⁷³⁾.

Nel caso di specie, l'appaltatore si era obbligato nei confronti dei committenti a realizzare un ampliamento del locale taverna, affinché questo potesse essere adibito a ripostiglio, e, attese le difficoltà tecniche dell'opera, egli era stato espressamente esonerato da responsabilità per danni, inclusi vizi, cagionati dall'esecuzione della predetta variante. La Cassazione sembra aver dato per presupposto che l'esonero pattuito dalle parti fosse contrattuale e potesse operare solo in detto ambito, ma non nell'azione *ex art.* 1669 c.c., in quanto quest'ultima è un'ipotesi di responsabilità aquiliana. Tralasciando il fatto che la qualifica in questi ultimi termini è lungi dall'essere pacifica, non risulta per nulla chiaro il ragionamento impiegato dalla Corte.

In assenza di motivazione sul punto, è incerto se la Corte abbia inteso negare in radice l'ammissibilità di un esonero da responsabilità aquiliana o negare che un esonero da responsabilità pattuito in termini generici possa esplicare i suoi effetti al di fuori della responsabilità contrattuale. Peraltro, la Corte non ha specificato se la clausola fosse affetta da nullità o quale fosse la sua sorte. Anzi, ha concluso precisando che comunque la decisione della Corte d'Appello è in linea con il disposto dell'art. 1229 c.c.: essendo stato accertato che i danni sono diipesi da «gravi difetti di costruzione» (che poi è semplicemente la formula utilizzata dall'art. 1669 c.c. e non dovrebbe essere, *de plano*, sinonimo di «colpa grave»), la clausola non si applica ⁽¹⁷⁴⁾.

⁽¹⁷³⁾ Si tratta di Cass., 6 novembre 2008, n. 26, in *Banca dati online Leggi d'Italia*.

⁽¹⁷⁴⁾ Queste le parole della Corte: «Si osserva che il motivo non tiene conto anzitutto del fatto che la responsabilità si fonda sull'art. 1669 c.c., in relazione al quale trattandosi di responsabilità extracontrattuale non può operare la clausola di esonero di responsabilità. In ogni caso la conclusione alla quale è pervenuta la Corte è in linea con il principio dell'art. 1229 c.c., posto che la clausola di esonero da responsabilità non può operare per gli inadempimenti imputabili a colpa grave e che nel caso in esame la Corte ha invece accertato che le infiltrazioni sono dovute a gravi difetti di costruzione».

La conclusione non è per nulla condivisibile. Consentire alle parti di prevedere un esonero da responsabilità contrattuale, per poi ammettere che tale esonero possa essere aggirato proponendo la medesima azione in via aquiliana è un controsenso. Una simile soluzione rappresenterebbe una frode all'art. 1229 c.c., con la particolarità che qui non si raggiunge un risultato illecito e non si aggira la norma per sottrarsi al divieto *ivi* previsto e quindi per aumentare il potere dell'autonomia privata, ma per sottrarsi a ciò che la norma consente espressamente e così limitare tale potere. Se fosse sufficiente agire *ex art.* 2043 c.c. per vanificare il patto di esonero, allora la portata di quest'ultimo sarebbe infinitesimale.

Dal canto suo, la dottrina si è, pur incidentalmente, interrogata sul problema con riguardo a un'ipotesi particolare, che ben si presta a chiarirne la rilevanza non esclusivamente teorica. Si tratta dell'ipotesi in cui il debitore è stato esonerato da responsabilità per fatto degli ausiliari *ex art.* 1228 c.c., ma può essere chiamato a rispondere anche in via aquiliana, ai sensi dell'art. 2049 c.c., in quanto parte di un rapporto di preposizione⁽¹⁷⁵⁾. Ci si domanda in sostanza se il debitore, convenuto in un'azione di responsabilità ai sensi di quest'ultima norma, possa eccepire la clausola di esonero pattuita ai sensi del combinato disposto tra gli artt. 1228 e 1229 del codice. Al quesito non si è tuttora avanzata alcuna risposta.

A fronte di simili incertezze, il buon senso sembra suggerire un approccio flessibile alla questione. Innanzitutto, il patto di esonero costituisce una deroga rispetto alle regole generali contenute all'art. 1218 c.c. e 2043 c.c., dunque dovrebbe essere interpretato restrittivamente e non esteso in via implicita alla concorrente responsabilità aquiliana. In secondo luogo, la responsabilità contrattuale e quella aquiliana sono fondate su un titolo diverso e disciplinate da regole probatorie diverse, dunque un'esclusione della prima non comporta automaticamente un'esclusione della seconda.

Ove però un medesimo fatto integri insieme un inadempimento e un illecito, oppure la qualificazione della responsabilità sia dubbia come lo è stata per un certo periodo nel caso dell'azione *ex art.* 1669 c.c., interpretare il patto di esonero come limitato alla sfera contrattuale sarebbe contrario alla buona fede prevista dall'art. 1366 c.c., poiché consentirebbe appunto al creditore di aggirare la clausola.

Si pensi al caso di un tecnico chiamato a montare una caldaia, s'immagini che il contratto contenga una clausola di esonero da responsabilità per gli eventuali danni verificatisi durante il montaggio e che nell'eseguire la prestazione il tecnico rompa, con colpa lieve, un vaso Ming. Se non ci fosse il patto, per il creditore sarebbe più conveniente agire in via contrattuale, stanti la presunzione di colpa del debitore *ex art.* 1218 c.c. e il termine di prescrizione più lungo. La scelta di agire invece in via aquiliana sarebbe dettata dal mero intento di ottenere un risarcimento cui altrimenti non si avrebbe avuto diritto, così aggirando lo stesso patto cui si era consentito al momento della stipula del contratto. Allora, se il ricorso alle regole dell'interpretazione soggettiva non consente di accertare che le parti avevano voluto un esonero limitato alla responsabilità contrattuale, il patto dovrà reputarsi esteso anche alla responsabilità aquiliana in nome dell'interpretazione di buona fede.

⁽¹⁷⁵⁾ Solleva l'interrogativo GIARDINA, *La distinzione tra responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale*, cit., pp. 95-96.

Per essere certe di raggiungere quest'ultimo esito le parti dovrebbero pattuire espressamente un esonero esteso anche alla concorrente responsabilità aquiliana, avendo cura di limitarlo ad alcuni tipi di danni (ad esempio danni alle cose presenti nell'area interessata dalla prestazione) e ad alcuni specifici eventi lesivi (ad esempio danni derivanti dalla posa dei materiali o dal collaudo dell'opera), in modo tale da non rischiare una declaratoria d'inefficacia per l'eccessiva genericità della clausola. Una simile pattuizione è ammessa per le stesse ragioni – già illustrate – in virtù delle quali può ritenersi lecito un patto di esonero da responsabilità aquiliana. Il punto è verificare l'utilità dell'operazione alla luce dell'evoluzione giurisprudenziale.

Un tempo il cumulo tra i due titoli di responsabilità in questione era consentito per una ragione ben precisa: il danno non patrimoniale eventualmente cagionato dall'inadempimento, com'è noto, non poteva essere fatto valere attraverso l'art. 1218 c.c., ma soltanto invocando una concorrente responsabilità ai sensi del combinato disposto degli artt. 2043 e 2059 c.c. Altrettanto noto è che il quadro è mutato nel 2008 con l'intervento delle Sezioni Unite, le quali hanno consentito di domandare il risarcimento del danno non patrimoniale da inadempimento con l'azione contrattuale⁽¹⁷⁶⁾. In altre parole, la regola prevista dall'art. 2059 c.c. è stata ritenuta estensivamente applicabile alla responsabilità *ex* art. 1218 c.c., in virtù di un'interpretazione costituzionalmente orientata⁽¹⁷⁷⁾.

In quest'ottica, l'intento delle parti nel pattuire una clausola di esonero da responsabilità aquiliana potrebbe essere proprio quello di escludere la risarcibilità del danno non patrimoniale da inadempimento. Ai fini della valutazione di ammissibilità di un simile risultato il problema più rilevante – e anche più dibattuto – è quello di stabilire se l'art. 2059 c.c., traslato alla materia contrattuale, mantenga la medesima portata applicativa e comporti la risarcibilità dei soli danni non patrimoniali conseguenti alla lesione d'interessi costituzionalmente protetti.

Se la risposta è affermativa, la clausola di esonero sarà senza dubbio nulla per contrarietà all'art. 1229 c.c., comma secondo, in quanto coinvolge posizioni

⁽¹⁷⁶⁾ Cass., Sez. Un., 11 novembre 2008, nn. 26972, 26973, 26974 e 26975, in *Corriere giuridico*, 2009, p. 48 ss., con commento di FRANZONI, *Il danno non patrimoniale del diritto vivente*; in *Giurisprudenza italiana*, 2009, pp. 61-72; con nota di CASSANO, *Danno non patrimoniale ed esistenziale: primissime note critiche a Cassazione civile, Sezioni unite, 11 novembre 2008, n. 26972*, *ivi*, pp. 259-261, con commento di TOMARCHIO, *L'unitarietà del danno non patrimoniale nella prospettiva delle Sezioni Unite*, *ivi*, pp. 318-325; in *Foro italiano*, 2009, cc. 120 ss., con note di NAVARRETTA, *Il valore della persona nei diritti inviolabili e la complessità dei danni non patrimoniali*; di PALMIERI, *La rifondazione del danno non patrimoniale, all'insegna della tipicità dell'interesse leso (con qualche attenuazione) e dell'unitarietà*; di PARDOLESI-SIMONE, *Danno esistenziale (e sistema fragile): "die hard"*; e di PONZANELLI, *Sezioni unite: il "nuovo statuto" del danno non patrimoniale*.

⁽¹⁷⁷⁾ Accolgono un'impostazione del problema in termini di interpretazione estensiva dell'art. 2059 c.c., tra gli altri, NAVARRETTA-POLETTI, *I danni non patrimoniali nella responsabilità contrattuale*, in *I danni non patrimoniali. Lineamenti sistematici e guida alla liquidazione*, a cura di Navarretta, Milano, 2004, p. 65; DELLE MONACHE, *Il danno non patrimoniale contrattuale*, in *Contratti*, 2010, 7, p. 720 ss. All'opposto, vi sono Autori che applicano direttamente l'art. 2059 c.c. alla luce di un'interpretazione estensiva dell'art. 1223 c.c. Quest'ultima norma – si osserva –, nel fare riferimento ai concetti di «mancato guadagno» e di «perdita subita», ben potrebbe includere i pregiudizi di natura non patrimoniale subiti dal creditore. In questo senso cfr. innanzitutto BONILINI, *Il danno non patrimoniale*, Milano, 1983, p. 227 ss., spec. 232. Si veda inoltre TESCIONE, *Il danno non patrimoniale da contratto*, Napoli, 2008, p. 54 ss., spec. p. 91, p. 113 e p. 117 ss.

soggettive di rango costituzionale e dunque di ordine pubblico, nonché, sotto altra angolazione, diritti totalmente, o talvolta parzialmente, indisponibili. Non vi è neppure bisogno di richiamare a sostegno della tesi l'art. 1681 c.c. che, in tema di trasporto, sancisce la radicale nullità delle clausole di esonero da responsabilità per danni alla persona del viaggiatore⁽¹⁷⁸⁾. Senonché, si comincia in dottrina ad avanzare la possibilità di un'estensione degli interessi non patrimoniali tutelabili con la responsabilità contrattuale a quelli che, pur non essendo fondamentali nel senso sopra specificato, assumono all'interno del contratto il valore di un elemento oggettivo, arrivando a permeare la causa concreta, sino a fondersi talvolta con il fine tipico che tale contratto persegue⁽¹⁷⁹⁾.

Oltre all'esempio del danno c.d. "da vacanza rovinata", sulla cui risarcibilità non vi sono più dubbi essendo stato normativamente previsto, si può pensare – ma l'elenco non è certo tassativo – al danno conseguente alla perdita o alla distruzione o alterazione di un bene dotato di particolare valore affettivo, oppure al danno "da festa di nozze rovinata" per un abito da sposa mal cucito o un *catering* di basso livello. Di fronte a queste ipotesi sorge spontaneo domandarsi se l'ordinamento debba concedere al creditore il risarcimento esteso anche al danno non patrimoniale e se su tale decisione possa avere una qualche influenza il fatto che il creditore abbia prospettato in termini inequivoci al debitore l'interesse non patrimoniale in questione e la sua importanza nella dinamica negoziale⁽¹⁸⁰⁾.

Stanti le considerazioni sin qui svolte, la possibilità per le parti di pattuire qualcosa in merito è non solo lecita, venendo meno il limite dell'ordine pubblico di cui all'art. 1229 c.c., comma secondo, ma anche rispondente ad un interesse meritevole di tutela, cioè quello del debitore a cautelarsi da una responsabilità per la lesione di una posizione di cui non si potevano, quantomeno con l'ordinaria diligenza, prevedere l'esistenza e l'estensione. Vero è che resta pur sempre fermo il limite del dolo o della colpa grave, il quale riduce significativamente gli effetti

⁽¹⁷⁸⁾ Sul contratto di trasporto si vedano qui, per tutti, ASQUINI, *Del contratto di trasporto*, cit.; ID., *Del trasporto*, cit.; ID., voce «Trasporto di cose (contratto di)», cit.; IANNUZZI, *Del trasporto*, in *Commentario Scialoja, Branca*, sub artt. 1678-1702, cit.; e MIRABELLI, *Dei singoli contratti. Del trasporto*, cit.

⁽¹⁷⁹⁾ In questo senso già CIAN, *Interesse del creditore e patrimonialità della prestazione (Valore normativo dell'art. 1174 c.c.)*, in *Rivista di diritto civile*, 1968, I, p. 197 ss., spec. p. 230 ss.; DE CUPIS, *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*, I, Milano, 1979, p. 133 ss. In senso contrario, osservano NAVARRETTA, *Il valore della persona nei diritti inviolabili e la complessità dei danni non patrimoniali*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2009, p. 63 ss., nel commentare le Sezioni Unite del 2008, e DELLE MONACHE, *Il danno non patrimoniale contrattuale*, cit., che il disposto dell'art. 2059 c.c. è espressione di una scelta del legislatore «nitidamente inclinata verso la tipicità quale principio di fondo del sistema del danno non patrimoniale». Ulteriore argomento che si adduce in opposizione alla tesi in esame è che non risulta corretto individuare nella causa concreta del contratto il criterio di selezione degli interessi non patrimoniali suscettibili di risarcimento, in caso di inesatta o mancata esecuzione della prestazione. Così già COSTANZA, *Danno non patrimoniale e responsabilità contrattuale*, in *Rivista critica di diritto privato*, 1987, I, p. 127 ss., ed *ivi* p. 131 ss. Più recentemente, AMATO, *Nozione unitaria di danno non patrimoniale e autonomia negoziale*, in AA.VV., *Il danno non patrimoniale*, Milano, 2009, p. 19 ss. e *ivi* p. 24 ss.; MAGGIOLIO, *Il danno non patrimoniale da inadempimento*, in *Responsabilità civile. Danno non patrimoniale*, a cura di Delle Monache, Torino, 2010, p. 659 ss., e *ivi* p. 666 ss., nonché p. 668 ss.; e FRANCISSETTI-BROLIN, *Danno non patrimoniale e inadempimento: logiche patrimonialistiche e valori della persona*, Napoli-Roma, 2014.

⁽¹⁸⁰⁾ Questi ed altri esempi si leggono in DELLE MONACHE, *Op. ult. cit., passim*.

benefici della clausola di esonero, ma è altrettanto vero che anche un'esclusione della responsabilità per colpa lieve può rivelarsi molto utile, soprattutto in caso di prestazioni la cui esecuzione implica un certo grado di complessità. Limiti ulteriori rispetto a quelli appena enunciati non sembrano potersi rinvenire.

La dottrina e la giurisprudenza non hanno sino ad ora avuto occasione di pronunciarsi sul punto, ma la prima ha nondimeno espresso parere favorevole all'ammissibilità di clausole che, all'opposto di quelle in esame, stabiliscono la risarcibilità dei danni non patrimoniali da inadempimento⁽¹⁸¹⁾. All'uopo alcuni autori hanno suggerito il ricorso a una clausola penale che faccia espresso riferimento anche ai danni in questione⁽¹⁸²⁾. Siffatta clausola assumerà in questo caso un duplice significato: da un lato, servirà a qualificare come risarcibile un determinato danno non patrimoniale derivante dall'inadempimento, dall'altro, servirà, come ogni penale, a limitare entro un certo ammontare il *quantum* del risarcimento⁽¹⁸³⁾.

9. Il potere delle parti di escludere l'integrazione del contratto: spunti dalle clausole di *entire agreement* e *no-supplementation*.

Si sono analizzate sino ad ora le diverse modalità che l'autonomia privata ha a disposizione per spostare in avanti il confine dell'inadempimento sino a fargli assorbire completamente l'ambito dell'impossibilità sopravvenuta della prestazione.

Ferma la duplicità funzionale della diligenza – insieme parametro per determinare il contenuto dell'obbligazione e criterio d'imputazione dell'impossibilità sopravvenuta – si è constatato che detti strumenti sono, in via principale, rappresentati dalle clausole sull'oggetto della prestazione e sulla responsabilità. Utilizzati in senso speculare, i medesimi strumenti consentono alle parti anche di raggiungere l'effetto opposto, ovvero di erodere l'ambito dell'inadempimento correlativamente ampliando il dominio di quei fatti – che la dottrina straniera suole chiamare *excuses* – in presenza dei quali la mancata

⁽¹⁸¹⁾ Cfr., per tutti, NAVARRETTA-POLETTI, *I danni non patrimoniali nella responsabilità contrattuale*, cit., p. 65.; DELLE MONACHE, *Op. ult. cit., passim*, il quale prospetta anche la possibilità di clausole implicite di risarcibilità del danno non patrimoniale da inadempimento, le quali dovranno essere riportate alla luce attraverso le operazioni ermeneutiche. Come clausola implicita (ma neanche troppo) si potrebbe pensare alla dichiarazione inserita da una parte nel contratto con cui si specifica l'elevato valore d'affezione del bene che ne forma oggetto mediato.

⁽¹⁸²⁾ In questo senso, NAVARRETTA-POLETTI, *I danni non patrimoniali nella responsabilità contrattuale*, in *I danni non patrimoniali. Lineamenti sistematici e guida alla liquidazione*, a cura di E. Navarretta, Milano, 2004, p. 71; ZENO-ZENCOVICH, *Interesse del creditore e danno contrattuale non patrimoniale*, in *Rivista di diritto commerciale*, I, 1987, p. 77 ss., p. 87 ss. Per una riflessione sulla funzione della clausola penale cfr. FRANZONI, *La clausola penale*, in AA.VV., *Diritto Civile*, diretto da N. Lipari-P. Rescigno, coordinato da A. Zoppini, III, 2, *Il contratto in generale*, Milano, 2009, p. 671 ss. Per un contributo più recente cfr. PATTI F.P., *La determinazione convenzionale del danno. Clausole tipizzate e prassi del mercato. Autonomia privata e intervento del giudice*, cit., p. 101 ss.

⁽¹⁸³⁾ Così DELLE MONACHE, *Op. ult. cit.*, p. 728, il quale precisa che «è quasi superfluo osservare, quando questo sia il modo di atteggiarsi della penale, che il giudice, nell'esercizio del potere di riduzione *ex art. 1384 c.c.*, dovrà tenere conto, per valutare se essa sia manifestamente eccessiva, anche dell'interesse non patrimoniale del creditore all'adempimento».

esecuzione della prestazione da parte del debitore non comporta responsabilità: l'impossibilità sopravvenuta non imputabile e l'eccessiva onerosità.

L'identità dei mezzi non implica anche identità di limiti: le clausole che ampliano la sfera dell'inadempimento, siano esse sull'oggetto o sulla responsabilità, incontrano ostacoli diversi da quelle che la restringono; nell'ambito di queste ultime clausole quelle che "alleggeriscono" il contenuto dell'obbligazione pongono problemi diversi da quelle che attenuano la responsabilità.

Cominciando dalle clausole che "alleggeriscono" il contenuto dell'obbligazione, si deve innanzitutto prendere atto della loro varietà. A voler ricostruire sinteticamente la categoria, vi si potrebbero includere, almeno in astratto, le pattuizioni che si riportano qui di seguito. Innanzitutto, le parti potrebbero escludere dall'oggetto del contratto le obbligazioni che vi derivano secondo buona fede o secondo le altre fonti integrative previste dall'art. 1374 c.c. Sul piano pratico l'utilità di una simile pattuizione appare tutt'altro che trascurabile: essa, infatti, ove ritenuta ammissibile, contribuirebbe a restituire certezza al contenuto del contratto, la cui imprevedibilità cresce all'aumentare del potere integrativo del giudice. Per quanto lo studio dei 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⁽¹⁸⁴⁾.

Proprio questa incertezza, ancor più amplificata nei rapporti che presentano elementi di estraneità, ha spinto la prassi commerciale internazionale a inserire nei contratti clausole *ad hoc*. Tra esse si può citare, in prima battuta, la *entire agreement* o *merger clause*, con cui le parti, in generale, pattuiscono che oggetto del contratto è solo quanto espressamente incorporato nel testo del medesimo⁽¹⁸⁵⁾. Per il vero, la clausola in parola è nata nei sistemi di *common law* con uno

⁽¹⁸⁴⁾ 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. BIGLIAZZI GERI, *Buona fede nel diritto civile*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, 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.; BRECCIA, *Diligenza e buona fede nell'attuazione del rapporto obbligatorio*, Milano, 1968, pp. 85 ss.; NATOLI U., *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, cit., pp. 14 ss. Si preferisce, invece, la posizione di PIRAINO, *La buona fede in senso oggettivo*, Torino, 2015, p. 248 ss., il quale – dopo aver sottolineato 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.

⁽¹⁸⁵⁾ Quali sinonimi di *entire agreement* ricorrono nei contratti internazionali anche le seguenti espressioni: *intégralité des conventions*, *accord complet*, *Vollständigkeitsklauseln*, *previous agreements*, *former agreements*, *entire contract*, *whole agreement*, *complete agreement*, *four corner clauses*, *integration clauses*. Sul punto cfr. FONTAINE-DE LY, *Op cit.*, pp. 129-130. Per una riflessione sulle clausole in esame ad opera della dottrina italiana cfr. BACCARANI, *Entire*

scopo diverso, precisamente quello di precludere alle parti la prova dell'esistenza di patti aggiunti o contrari al contenuto del contratto; nondimeno, vista la sua formulazione generale, le viene attribuita da alcuni giuristi di *civil law* l'ulteriore finalità di escludere l'integrazione del medesimo o la sua interpretazione secondo criteri diversi da quello letterale ⁽¹⁸⁶⁾.

In effetti, all'uopo, talvolta ricorre nei contratti internazionali, ancorché con frequenza non così rilevante, una combinazione tra clausole di *entire agreement* e pattuizioni che si potrebbero raggruppare sotto il nome di *no-supplementation* o *implementation clauses* ⁽¹⁸⁷⁾. Si prenda ad esempio la seguente: «*Entire agreement*. Le parti dichiarano che il presente contratto riproduce l'integralità degli intendimenti e degli accordi tra loro intercorsi. Non potrà ritenersi

agreement, XXIV, *Clausole ricorrenti. Accordi e discipline*, in, *Il diritto privato nella giurisprudenza*, a cura di Cendon, Torino, 2004, p. 425; 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. MILLET (ed.), «*Entire agreement*» *clauses*, in *The Encyclopaedia of Forms and Precedents*, 5° ed., rist. 2008, 4, *Boilerplate and Commercial Clauses*, cap. 27, pp. 181-186; BARBER, *The Limits of Merger clauses*, in *The Journal of Business Law*, 6, 2012, p. 486 ss.; 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*, C.F.C.E., 1989, n. 1, pp. 193-209.

⁽¹⁸⁶⁾ Lo sostengono FONTAINE-DE LY, *Op. cit.*, pp. 131 e 135. Un riferimento alla funzione anti-integrativa delle clausole in esame si ritrova anche in 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 trascurato, 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 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, CARNELUTTI, *L'interpretazione dei contratti e il ricorso in cassazione*, in *Rivista di diritto commerciale*, 1922, I, p. 151; VERGA, *Errore e responsabilità nei contratti*, Milano, 1941, p. 240, nt. 5; GRASSETTI, *Intorno al principio di gerarchia delle norme d'interpretazione*, in *Foro italiano*, 1941, I, c. 512; e OPPO, *Profili dell'interpretazione oggettiva del negozio giuridico*, *cit.*, p. 88, nt. 1; nella vigenza del codice attuale, ZICCARDI, *Le norme interpretative speciali*, Milano, 1972, p. 25 e nt. 51.

⁽¹⁸⁷⁾ 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 FONTAINE-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.

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»⁽¹⁸⁸⁾.

Per capire se una simile clausola sia lecita bisogna *in primis* spostarsi dal piano dell'oggetto dell'obbligazione a quello dell'integrazione del contratto; per individuarne i limiti bisogna poi spostarsi sul piano dell'esonero da responsabilità. In tema di integrazione i problemi giuridici sono essenzialmente due, concatenati tra loro: quello di stabilire se l'integrazione prevista dagli artt. 1374, 1375 c.c. abbia natura suppletiva o cogente; e quello di stabilire se, indipendentemente dalla qualificazione nell'uno o nell'altro senso, le regole della predetta integrazione siano, o meno, derogabili ed in quale misura⁽¹⁸⁹⁾.

Parte della dottrina propende per restringere il campo dell'integrazione cogente alle sole norme imperative, all'ordine pubblico e al buon costume, nelle forme previste dagli artt. 1339 e dalle altre norme cui fa implicitamente rinvio l'art. 1419 c.c., là dove al comma secondo specifica che la nullità di singole clausole non importa la nullità del contratto quando le clausole nulle sono sostituite di diritto da norme imperative. *A contrario*, gli usi, l'equità e la stessa

⁽¹⁸⁸⁾ 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 fulfilment 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 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 FONTAINE-DE LY, *Op. cit.*, p. 179. Altri esempi si leggono in DE NOVA, *Il contratto alieno*, cit., pp. 95-96.

⁽¹⁸⁹⁾ Sulla bipartizione dell'integrazione in suppletiva e cogente si vedano, per citare i lavori più recenti, FRANZONI, *Degli effetti del contratto*. Artt. 1374-1381, II, *Integrazione del contratto. Suoi effetti reali e obbligatori*, in *Il Codice civile. Commentario*, Milano, 2013, p. 3 ss.; GENTILI, sub art. 1362, in *Dei contratti in generale*, II, a cura di Navarretta e Orestano, in *Commentario al codice civile* diretto da Gabrielli, Torino, 2011, p. 383 ss.; SCOGNAMIGLIO, *L'integrazione*, in *Trattato dei contratti*, diretto da 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. CASELLA, *Nullità parziale del contratto e inserzione automatica di clausole*, Milano, 1974, *passim*; COSTANZA, *Integrazione del contratto mediante inserimenti automatici di clausole e limiti dell'autonomia privata*, in *Giustizia civile*, 1995, I, p. 1238 ss.; D'ANTONIO, *La modificazione legislativa del regolamento negoziale*, Padova, 1974, *passim*; GABRIELLI, *Norme imperative ed integrazione del contratto*, in *Contratto e impresa*, 1993, p. 499 ss.; RUBINO, *Libertà contrattuale e inserzione automatica di clausole*, in *Moneta e credito*, 1948, p. 530 ss.; SARACINI, *Nullità e sostituzione di clausole contrattuali*, Milano, 1971, *passim*.

legge, cui fa riferimento l'art. 1374 c.c. sarebbero fonti d'integrazione suppletiva ed, in quanto tali, si limiterebbero ad aggiungersi al regolamento contrattuale che nulla abbia previsto in materia, senza eliderlo o conformarlo⁽¹⁹⁰⁾. La medesima natura andrebbe assegnata all'integrazione secondo buona fede, prevista dal combinato disposto degli artt. 1374 (nella parte in cui annovera tra le fonti la legge) e 1375 c.c., per analogia con le altre fonti – cui è legata dalla storia delle idee e dall'evoluzione legislativa.

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 c.c., 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 se stesso⁽¹⁹¹⁾. 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⁽¹⁹²⁾.

Circa la natura suppletiva della legge, degli usi e dell'equità non sembrano porsi particolari dubbi: se si considerano le concrete applicazioni dell'integrazione mediante tali fonti previste dal codice, infatti, si capisce che la loro operatività è necessariamente subordinata alla presenza di lacune lasciate dalle parti. Si prenda ad esempio l'art. 1183 c.c., il quale, nel suo primo comma, dispone che «se non è determinato il tempo in cui la prestazione deve essere eseguita», il creditore può esigerla immediatamente; l'art. 1226, comma 2, c.c., ai sensi del quale se le parti non hanno stabilito un termine entro cui l'accettazione deve giungere al proponente, tale termine va individuato in quello ordinariamente necessario secondo la natura dell'affare «o secondo gli usi»; oppure l'art. 1733 c.c., il quale

⁽¹⁹⁰⁾ Per tutti, D'ANGELO, *La buona fede*, in *Trattato di diritto privato* diretto da Bessone, XIII, Torino, 2004, p. 50 ss., spec. p. 242 ss., il quale osserva che la tradizione continentale plurisecolare assegna al buona fede, equità e natura del contratto il ruolo di strumento di risoluzione di conflitti non disciplinati dal regolamento convenzionale; RESTIVO, *Contributo ad una teoria dell'abuso del diritto*, Milano, 2007, p. 165; ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 497; e STOLFI, *Il principio di buona fede*, in *Rivista di diritto commerciale*, 1964, I, p. 176. Sul retroterra culturale della tesi in esame cfr. le considerazioni di D'ANGELO, *Op. ult. cit.*, p. 155 ss. e di 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 dominî fisiologicamente indipendenti, il cui punto di intersezione è rappresentato dalle sole patologie o disfunzioni contrattuali, le quali sollecitano l'intervento dell'ordine giuridico statale».

⁽¹⁹¹⁾ Così D'ANGELO, *Op. ult. cit.*, pp. 49-50.

⁽¹⁹²⁾ *Ibidem*, p. 53. Sulla fedeltà al vincolo contrattuale come fondamento della buona fede integrativa, cfr., prima di tutto, BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, I, cit., p. 77. Sulla stessa linea anche BRECCIA, *Diligenza e buona fede nell'attuazione del rapporto obbligatorio*, Milano, 1968, p. 6. Con questo, precisa 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.

stabilisce che la misura della provvigione, in mancanza di usi, deve essere determinata dal giudice secondo equità «se non è stabilita dalle parti».

La formulazione delle norme appena citate è *ictu oculi* diversa da quella propria delle disposizioni tradizionalmente ascritte all'integrazione cogente, in cui non si fa riferimento a lacune, ma semmai si fanno operare le norme imperative, l'ordine pubblico e il buon costume in contrasto con la volontà delle parti. D'altronde, là dove il codice ha voluto rendere cogente una fonte di per sé suppletiva l'ha specificamente previsto: si pensi – ma gli esempi possono essere anche altri – all'equità che diventa correttiva dell'autonomia privata nella misura in cui il giudice ha il potere di ridurre d'ufficio la penale manifestamente eccessiva.

Maggiori perplessità suscita il carattere suppletivo della buona fede, in quanto essa presenta indubbiamente delle peculiarità rispetto alle altre fonti, dovute alla sua copertura costituzionale per il tramite del dovere di solidarietà⁽¹⁹³⁾. In quest'ottica, autorevole dottrina sostiene la natura cogente dell'integrazione secondo buona fede⁽¹⁹⁴⁾.

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⁽¹⁹⁵⁾. La medesima dottrina adduce poi il rischio di privare di utilità l'art. 1375 c.c., rendendolo una mera replica dell'art. 1366 c.c.: sostenere che la buona fede integra il contratto solo nei limiti delle lacune lasciate dalle parti porta a sovrapporre il piano dell'integrazione con quello dell'interpretazione estensiva⁽¹⁹⁶⁾.

⁽¹⁹³⁾ 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 PIRAINO, *La buona fede in senso oggettivo*, cit., pp. 147-170.

⁽¹⁹⁴⁾ L'esponente forse più convinto di questa tesi è RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 2004, p. 98 ss., spec. pp. 177-180. Si vedano inoltre BIANCA C.M., *Diritto civile*, III, cit., pp. 501, 520; DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, cit., 334 ss.; FRANZONI, *Degli effetti del contratto*, II, cit., pp. 12 ss., spec. pp. 175-176; PIRAINO, *La buona fede in senso oggettivo*, cit., in particolare pp. 285-286; MESSINEO, voce «Contratto (diritto privato)», in *Enciclopedia del diritto*, IX, Milano, 1961, p. 937, nt. 641.

⁽¹⁹⁵⁾ Cfr. in particolare 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 dalla norme costituzionali, che sono sovraordinate rispetto a quelle contenute nelle leggi ordinarie. Nel senso dell'inderogabilità della buona fede integrativa anche NATOLI U., *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, I, cit., pp. 41-45.

⁽¹⁹⁶⁾ La difficoltà della distinzione tra integrazione e interpretazione secondo buona fede è sottolineata da PIRAINO, *La buona fede in senso oggettivo*, cit., pp. 285-286. Una linea di demarcazione è stata proposta da 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

L'inutilità di un'integrazione *ex fide bona* suppletiva si manifesta anche sotto un altro profilo: può risultare in concreto difficile accertare se le lacune del regolamento contrattuale lasciate dalle parti sono frutto di un semplice difetto di riflessione aprioristica circa il novero degli obblighi che possono discendere dalla fonte in esame, oppure di una vera e propria intenzione di escludere il ricorso alla stessa. Assodata tale difficoltà, l'integrazione finirà per essere applicata anche quando non avrebbe dovuto, cioè anche al caso di lacuna intenzionale, come se fosse cogente, e non suppletiva⁽¹⁹⁷⁾.

In realtà, neppure la tesi della natura cogente convince appieno. Mentre nel codice le ipotesi d'integrazione cogente sono caratterizzate dalla presenza di un divieto a pena di nullità, accompagnato dalla sostituzione automatica con la disciplina di legge della 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 ed 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 può integrare il contratto ora per il tramite della legge cui fa riferimento l'art. 1374 c.c., ora per il tramite dell'ordine pubblico, 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. A questo punto, però, si pone un duplice problema: quello di stabilire quando il predetto limite può dirsi superato e quello di individuare le conseguenze di tale violazione.

Cominciando dall'ultima questione, che si presenta meno complessa, pare doversi innanzitutto escludere la possibilità di una sostituzione automatica della clausola contraria con la disciplina legale sul modello dell'art. 1339 c.c., atteso che quest'ultima norma si applica a ipotesi specifiche tra cui non rientra quella in esame e considerato che la buona fede non rinvia ad una disciplina legale in senso proprio. La soluzione più corretta sembra dunque essere la semplice nullità della clausola, che probabilmente, ai sensi dell'art. 1419, comma 1, c.c. non travolgerà l'intero contratto, in quanto essendo gli obblighi di buona fede, in qualche modo, accessori rispetto alla prestazione principale si può presumere che le parti avrebbero concluso il contratto anche in assenza della pattuizione volta ad escluderli.

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».

⁽¹⁹⁷⁾ D'ANGELO, *La buona fede*, cit., p. 58.

Passando all'altra questione, 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 ⁽¹⁹⁸⁾. Indubitatamente contraria all'ordine pubblico è una deroga generalizzata o in bianco alla buona fede. Impone invece una valutazione più attenta una clausola formulata in modo tale da escluderne singole declinazioni. La valutazione deve effettuarsi caso per caso e vertere sia su un piano quantitativo che su un piano qualitativo, nel senso che ci si accinge a spiegare.

Riprendendo l'esempio che si è prospettato all'inizio del paragrafo – «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» – e sostituendo il riferimento agli usi con quello alla buona fede, si può concludere quanto segue. Se la clausola non avesse recato l'inciso «che non sia *ivi* contenuto», sarebbe stata con ogni probabilità nulla. Così come formulata, invece, la clausola potrebbe salvarsi dalla nullità se il contratto contenesse declinazioni della buona fede sufficienti a garantire un *quid* di applicazione del principio.

Dunque si ha nullità dal punto di vista quantitativo quando risulta da una lettura sistematica delle clausole contenute nel regolamento negoziale che le parti hanno escluso così tanti doveri derivanti dalla buona fede da esautorarne di fatto la portata. Si ha parimenti nullità, questa volta dal punto di vista qualitativo, quando le parti escludono un obbligo che si ricava dalla buona fede per tutelare in concreto un interesse indisponibile ⁽¹⁹⁹⁾. 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, del codice, 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 ⁽²⁰⁰⁾. 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 categoria dei c.d. obblighi di protezione o *Schutzpflichten* ⁽²⁰¹⁾. Essi,

⁽¹⁹⁸⁾ In questo senso D'ANGELO, *La buona fede*, cit., pp. 231-232; e ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 495.

⁽¹⁹⁹⁾ Così PIRAINO, *Buona fede in senso oggettivo*, cit., p. 285, nt. 618, il quale utilizza il ragionamento riportato nel corpo del testo per criticare la tesi di quanti sostengono che sia illecita solo la pattuizione che escluda *in toto* la buona fede come fonte integrativa. In particolare, osserva l'Autore che il carattere imperativo di una norma dipende dall'indisponibilità dell'interesse da essa protetto in concreto: limitare l'inammissibilità ai casi di deroghe in bianco significa non tener conto che anche l'esclusione di singole declinazioni della buona fede può essere illecita, in quanto contraria all'interesse pubblico.

⁽²⁰⁰⁾ Trae la conseguenza opposta PIRAINO, *Op. ult. cit.*, loc. ult. cit., nt. 619.

⁽²⁰¹⁾ Sugli obblighi di protezione, per citare i principali contributi della dottrina italiana specificamente dedicati al tema, cfr. BENATTI, *Osservazioni in tema di «doveri di protezione»*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1960, p. 1342 ss.; ID., *Doveri di protezione*, in *Digesto delle discipline privatistiche, sez. civ.*, VII, Torino, 1991, 22, p. 1 ss.; CASTRONOVO,

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⁽²⁰²⁾.

La questione della validità della clausola con cui le parti escludono gli obblighi di protezione e, più in generale, gli obblighi integrativi del contratto potrebbe venire in considerazione anche in relazione ad un'altra norma, che non attiene alla materia dell'integrazione bensì a quella della responsabilità contrattuale: l'art. 1229 c.c., il quale sancisce la nullità di qualsiasi patto che esoneri preventivamente il debitore da responsabilità per dolo o colpa grave oppure per una condotta, propria o dei suoi ausiliari, che costituisca violazione di obblighi derivanti da norme di ordine pubblico. Per capire se il collegamento con tale norma è fondato, bisogna stabilire se la clausola che esclude gli obblighi integrativi incida davvero sulla responsabilità. All'uopo due sono gli interrogativi rilevanti: la violazione degli obblighi integrativi dà luogo a conseguenze risarcitorie al pari dell'inadempimento delle obbligazioni principali? In caso affermativo, tale circostanza è sufficiente ai fini dell'applicazione dell'art. 1229 c.c.?

Quanto alla prima questione, gli obblighi integrativi *ex fide bona*, in particolare quelli di protezione, nascono, per lo più, proprio in funzione

Obblighi di protezione e tutela del terzo, in Jus, 1976, p. 143 ss.; DI MAJO, *La protezione del terzo tra contratto e torto*, in *Europa e diritto privato*, 2000, p. 1 ss.; CICCARELLO, *Dovere di protezione e valore della persona*, Milano, 1988, *passim*, spec. p. 155 ss.; MAZZAMUTO, *Una rilettura del mobbing: obbligo di protezione e condotte plurime d'inadempimento*, in *Europa e diritto privato*, 2003, p. 668 ss.; LAMBO, *Obblighi di protezione*, Padova, 2007, p. 66 ss.; VENOSTA, *Profili della disciplina dei doveri di protezione*, in *Rivista di diritto civile*, 2011, I, p. 841 ss.; ID., *Prestazione non dovute, "contatto sociale" e doveri di protezione "autonomi"*, in *Europa e diritto privato*, 2014, p. 113 ss.; NICOLUSSI, *Obblighi di protezione*, in *Enciclopedia del diritto*, Ann. VIII, Milano, 2015, p. 659 ss.; SIRENA, *L'obbligo di protezione a carico di chi si ingerisce nell'altrui sfera giuridica e la restituzione del profitto ingiustificato*, in *Contratto e impresa/Europa*, 2010, p. 9 ss. In giurisprudenza cfr., per limitarsi alle pronunce più recenti, Cass., 10 novembre 2010, n. 22819, in *La responsabilità civile*, 2011, p. 752 ss., con nota di 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 e titoli di credito*, 2008, p. 586 ss., con nota di CIOCCA, *Responsabilità della banca girataria per l'incasso per il pagamento di assegno (di traenza) non trasferibile*; in *Corriere giuridico*, 2007, con nota di DI MAJO, *Contratto e torto: la responsabilità per il pagamento di assegni non trasferibili*; in *Danno e responsabilità*, 2008, p. 160 ss., con note di BENEDETTI, *Assegno non trasferibile, banca girataria e contatto sociale: responsabilità contrattuale?*, di FABRIZIO-SALVATORE, *Responsabilità della banca trattaria per l'assegno non trasferibile incassato da persona diversa dal beneficiario*, di GRECO, *Confini che svaporano: responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*; in *Foro italiano*, 2008, I, c. 2968; in *Giurisprudenza italiana*, 2008, p. 1152 ss., con nota di 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 BUFFONI, *Cronaca di una morte annunciata (ma che stenta a sopraggiungere): le strane sorti dell'obbligazione senza prestazione*; in *Responsabilità civile e previdenza*, 2009, p. 161 ss., con commento di MUCCIOLI, *La disciplina dell'assegno non trasferibile tra responsabilità e indebito*.

⁽²⁰²⁾ Così già il teorizzatore della categoria degli obblighi di protezione STOLL, *Abschied von der Lehre von der positiven Vertragsverletzungen*, in *Archiv für die zivilistische 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 PIRAINO, *La buona fede in senso oggettivo*, *cit.*, pp. 206-224.

dell'imputazione della responsabilità contrattuale a carico del danneggiante ⁽²⁰³⁾. Anzi, 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 ⁽²⁰⁴⁾.

Quanto alla seconda questione, il discorso si fa più complicato. Anche qui non si può prescindere da un'analisi caso per caso, prendendo le mosse dall'assunto per cui la *ratio* dell'art. 1229 c.c., come meglio si dirà tra poco, è quella di assicurare un minimo inderogabile d'impegno delle parti nel rispetto del vincolo contrattuale. Se così è, non pare scorretto concludere quanto segue: ogniqualvolta le parti escludono un obbligo meramente accessorio, tale per cui la sua presenza o assenza è irrilevante rispetto alla prestazione principale (ad esempio l'obbligo di tollerare una lieve difformità nell'adempimento), non pongono in essere un esonero da responsabilità, ma una clausola sull'oggetto, per così dire "secondario", del contratto; mentre ogniqualvolta le parti escludono un obbligo di protezione – che per la sua intrinseca importanza anche rispetto alla finalità della prestazione non può dirsi accessorio nel senso di cui sopra – si rientra nell'ipotesi contemplata dall'art. 1229 c.c. In quest'ultimo caso, la clausola sarà con ogni probabilità nulla, ai sensi del secondo comma, poiché esonera la parte dalla responsabilità per una condotta contraria all'ordine pubblico.

10. Il potere delle parti di derogare ai presupposti dell'eccessiva onerosità e dell'impossibilità: le clausole di *hardship* e di *force majeure*.

Di clausole sull'eccessiva onerosità e sull'impossibilità sopravvenuta – note alla contrattualistica internazionale come clausole di *hardship* e di *force majeure* (o *unabwendbare Gewalt*) – si è già parlato nel capitolo precedente a proposito dei limiti che l'autonomia privata incontra nell'aggravare la posizione del debitore. In quella sede si era anticipato che le pattuizioni in esame possono essere utilizzate a doppio senso, cioè sia per restringere i confini delle sopravvenienze in esame e ampliare quelli dell'inadempimento, sia per compiere l'operazione opposta.

Il secondo utilizzo è, in effetti, il più frequente nella prassi commerciale ed è quello che qui interessa. Si tratta, in particolare, di domandarsi se sottrarre qualcosa all'inadempimento significhi automaticamente far transitare quel *quid* nella sfera dell'eccessiva onerosità o dell'impossibilità sopravvenuta non imputabile; e, capovolgendo la questione, se ampliare l'ambito di questi ultimi due istituti significhi necessariamente restringere quello dell'inadempimento. L'interrogativo, che può sembrare a prima vista banale, si rivela in realtà tutt'altro che superfluo: come già sottolineato, esso fornisce all'interprete un criterio di valutazione preliminare e generale, giacché dalla risposta dipende l'ammissibilità incondizionata o limitata di una definizione pattizia degli istituti sopraccitati e dei loro presupposti.

⁽²⁰³⁾ In questo senso PIRAINO, *Op. ult. cit.*, p. 248.

⁽²⁰⁴⁾ Cfr. in particolare DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, cit., pp. 126-127. Aderisce a tale opinione PIRAINO, *La buona fede in senso oggettivo*, cit., p. 249.

Per risolvere il problema conviene prendere le mosse dagli esempi offerti dalla prassi. Quanto alla clausola di *hardship* si consideri il seguente: «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»; quanto alla clausola di *force majeure*, il seguente: «sono reputati casi di forza maggiore o simili, oltre ai casi comunemente ammessi dalla giurisprudenza belga e francese, ... [elenco] 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»⁽²⁰⁵⁾.

Le predette clausole, anch'esse di provenienza anglo-americana, a non voler considerare le ben più risalenti origini della locuzione «forza maggiore», nascono dall'esigenza non di derogare a una disciplina di legge prestabilita, bensì di sopperire alla sua assenza. Più precisamente, entrambe le clausole hanno la funzione di mitigare il regime di responsabilità assoluta e quindi di consentire al debitore, al ricorrere di determinate circostanze, di non adempiere senza incorrere nell'obbligo risarcitorio⁽²⁰⁶⁾. In particolare, le clausole di *hardship*, almeno nella loro accezione più comune, obbligano le parti a sospendere il rapporto e rinegoziare le condizioni del contratto ogni volta che si siano verificate circostanze tali da alterare l'equilibrio del sinallagma⁽²⁰⁷⁾.

⁽²⁰⁵⁾ Gli esempi sono entrambi tratti da FONTAINE-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*».

⁽²⁰⁶⁾ Cfr. BURROWS, *A Restatement of the English Law of Contract*, Oxford, 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*».

⁽²⁰⁷⁾ 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 SCARPA, *Ricostruzione ermeneutica della hardship clause nel*

Tutto questo spiega perché il dibattito della letteratura anglo-americana è quasi esclusivamente incentrato sulla portata delle nozioni in questione, come delineata dalla giurisprudenza, sui rapporti tra *impossibility*, *unpredictability*, *frustration* e *hardship*, e sui rimedi applicabili alla fattispecie, non sui poteri e i limiti dell'autonomia privata in questo ambito ⁽²⁰⁸⁾. Quest'ultima, invece, è questione parimenti fondamentale nella prospettiva dell'interprete italiano; ma l'individuazione dei limiti non può prescindere da un'analisi dei caratteri essenziali dell'eccessiva onerosità sopravvenuta e da una ricostruzione della categoria dell'impossibilità, la quale, da un lato, consideri (inevitabilmente) come *acquis* gli approdi dell'annoso dibattito sul ruolo di questo istituto nel sistema della responsabilità contrattuale, dall'altro cerchi, sempre nella misura necessaria alla trattazione, una risposta alle questioni irrisolte.

Cominciando dall'eccessiva onerosità sopravvenuta, è opportuno considerare che l'espressione *hardship* viene utilizzata nella rubrica dell'art. 6.2.2. dei principi Unidroit, ai sensi dei quali 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.

Il termine non compare nel DCFR (art. III-1:110) e nei PECL (art. 6:111), ove però si utilizza l'analogo concetto di «*change of circumstances*». In entrambe le disposizioni è contenuta un'importante distinzione tra la semplice onerosità della prestazione e l'eccessiva onerosità della stessa. Ricorrendo la prima, il debitore rimane obbligato ad adempiere la sua prestazione; ricorrendo la seconda,

diritto positivo italiano, in *Contratto e Impresa*, 2013, 4-5, p. 951 ss., nt. 5. Quali ulteriori riferimenti bibliografici sulle clausole in esame cfr. CIRIELLI, *Clausola di hardship e adattamento nel contratto commerciale internazionale*, in *Contratto e Impresa/Europa*, 1998, p. 758 ss.; FRIGNANI, *La hardship clause nei contratti internazionali e le tecniche di allocazione dei rischi negli ordinamenti di Civil e Common law*, in *Rivista di diritto civile*, 1979, I, p. 680 ss.; ID., *Arbitrato ed hardship clause: una prassi internazionale per una diversa allocazione e gestione del rischio contrattuale*, in *Rassegna dell'arbitrato*, 1980, p. 76 ss.

⁽²⁰⁸⁾ Sul tema delle sopravvenienze (*change of circumstances*) che assurgono a *frustration* o forza maggiore si vedano anzitutto TREITEL, *Frustration and Force Majeure*, London, 2014; RIDDLER-WELLER, *Unforeseen Circumstances, Hardship, Impossibility and Force Majeure under German Contract Law*, in *European Review of Private Law*, 22, 3, 2014, pp. 371-392; 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; PRADO, *La théorie du hardship dans les principes de l'Unidroit relatifs aux contrats du commerce international (Une approche comparative des principes et les solutions adoptées par le droit français et par le droit américain) – 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 *Diritto del commercio internazionale*, 1997, 2, pp. 323-373; ROSSELLO, *Sopraevenienze impreviste e adattamento del contratto nel diritto inglese e statunitense*, in *Studi urbinati*, 1987, 38-40, pp. 225-246. Ancor più recentemente, cfr. BARROWS, *Op. ult. cit.* Per un contributo più risalente in prospettiva comparatistica si veda DENSON SMITH J., *Impossibility of Performance as an Excuse in French Law: the Doctrine of Force Majeure*, in *Yale Law Journal*, 45, 1935-1936, p. 452. A sostegno di quanto si è affermato, si vedano poi, a titolo di esempio, DRAETTA, *Force Majeure Clauses in International Trade Practice – La force majeure dans la pratique du commerce international*, in *1996 International Business Law Journal*, 547, 1996; KATSIVELA, *Contracts: Force Majeure concept or Force Majeure Clauses?*, in *Uniform Law Review*, 12, 2007, p. 101; NICHOLAS, *Force Majeure and Frustration*, in *27 American Journal of Comparative Law*, 27, 1979, p. 231.

per il DCFR il giudice può scegliere se ricondurre il contratto ad equità oppure pronunciarne la risoluzione ⁽²⁰⁹⁾, 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*» ⁽²¹⁰⁾.

Le citate disposizioni dettano alcuni presupposti che avvicinano l'istituto a quello dell'eccessiva onerosità, come intesa dal codice civile italiano ⁽²¹¹⁾. In particolare, si richiede che il mutamento delle circostanze 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* ⁽²¹²⁾. La più chiara

⁽²⁰⁹⁾ 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.*

⁽²¹⁰⁾ 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.*

⁽²¹¹⁾ L'attuale versione dei principi Unidroit non fa più riferimento al fatto che l'evento sopravvenuto deve, ai fini dell'applicazione della disciplina prevista in tema di *hardship*, rendere sostanzialmente più 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 dell'equilibrio del sinallagma sia giuridicamente rilevante. Sul punto cfr. MCKENDRICK, *Art. 6.2.2. (Definition of hardship)*, in VOGENAUER (ed.), *Commentary on the Unidroit Principles of International Commercial Contracts (PICC)*, cit., p. 816.

⁽²¹²⁾ 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

formulazione dell'art. 6.2.2. 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 nella 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 nel Regolamento europeo sulla vendita (c.d. CESL) è prevista una norma in tema di mutamento delle circostanze che ricalca la disciplina del DCFR e dei PECL, mentre non è disciplinato alcun istituto almeno testualmente assimilabile all'*hardship* nella Convenzione di Vienna sulla vendita internazionale di beni mobili⁽²¹³⁾.

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, anche fondandosi sul canone di buona fede nell'interpretazione della Convenzione predicato dall'art. 7 CISG, avesse auspicato la sua applicazione anche all'*hardship*⁽²¹⁴⁾.

Fatta questa premessa di sistema, si può procedere all'analisi delle singole declinazioni che le clausole di *hardship* assumono nella prassi contrattuale, onde vagliarne la compatibilità con l'ordinamento, sempre alla luce dell'interrogativo posto nell'*incipit* del paragrafo.

Sotto il profilo strutturale, la clausola può presentarsi in diverse formulazioni e prevedere: che determinati eventi in essa elencati siano equiparabili, *quoad effectum*, all'eccessiva onerosità sopravvenuta; oppure che il contratto si possa risolvere per eccessiva onerosità in presenza di qualunque evento sopravvenuto – senza richiedere che sia straordinario e imprevedibile – capace di alterare l'equilibrio del sinallagma; che in presenza di determinati eventi le parti abbiano

controparte la fornitura per un anno con patto di esclusiva. L'obligato 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».

⁽²¹³⁾ Sulla CESL cfr. FERRANTE, *Diritto privato europeo e Common European Sales Law (CESL). Aurora o crepuscolo del codice europeo dei contratti?*, in *Contratto e impresa / Europa*, 1, 2012, p. 461 ss.

⁽²¹⁴⁾ 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. DI MATTEO, *Contractual Excuse Under the CISG: Impediment, Hardship, and the Excuse Doctrines*, in *27 Pace International Law Review* 258 (2015), 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 DI MATTEO-JANSSEN-MAGNUS-SCHULZE, *International Sales Law – Contract, Principles & Practice*, Baden Baden, 2016, p. 665 ss.

l'obbligo di procedere a una rinegoziazione delle condizioni contrattuali; oppure ancora che il verificarsi di eventi i quali integrino, ai sensi di legge, eccessiva onerosità sopravvenuta obblighi le parti a rinegoziare.

Con riguardo alla prima declinazione della clausola, bisogna innanzitutto considerare che gli eventi in essa elencati potrebbero essere i medesimi che normalmente rendono eccessivamente onerosa la prestazione e dunque legittimano la relativa domanda di risoluzione. In questo caso si sarebbe indotti a ritenere la clausola inutile. Ma, a ben guardare, la clausola rischia di essere non semplicemente superflua, bensì controproducente: il solo fatto che le parti siano state in grado di produrre un elenco degli eventi suscettibili di rendere eccessivamente onerosa la prestazione, denota la loro prevedibilità e dunque la loro sottrazione all'ambito di applicazione del rimedio in esame⁽²¹⁵⁾.

Legittimare una parte a domandare lo scioglimento del contratto senza incorrere in alcun obbligo risarcitorio in presenza di fatti che non integrano né impossibilità né eccessiva onerosità significa consentirle di non adempiere senza però sopportare le conseguenze dell'inadempimento. La clausola, in altre parole, si traduce in un esonero da responsabilità e dunque, per essere valida ai sensi dell'art. 1229 c.c., non deve travalicare i limiti del dolo e della colpa grave. È pur vero che le parti potrebbero aggirare la disposizione deducendo gli eventi contemplati dalla clausola in una condizione risolutiva.

Con riguardo alla seconda declinazione della clausola, il discorso è sostanzialmente analogo: derogare ai presupposti richiesti dall'art. 1467 c.c. significa legittimare un inadempimento senza conseguenze. In questo caso però si potrebbe aggiungere un ulteriore problema: il patto, infatti, mina la portata dell'art. 1372 c.c. nella parte in cui afferma che il contratto non può essere sciolto, se non, oltre che per mutuo consenso, per cause ammesse dalla legge⁽²¹⁶⁾. La risoluzione per eccessiva onerosità rientra indubbiamente fra queste, ma vi rientra solo quando ricorrono i presupposti indicati dalla legge stessa. In realtà, si tratta di un falso problema: visto che l'ordinamento ammette clausole come quelle di recesso *ad nutum* e la condizione risolutiva, le parti ben potranno utilizzare questi strumenti per sciogliere il vincolo contrattuale anche in assenza dei presupposti previsti in tema di eccessiva onerosità.

Il discorso potrebbe cambiare parzialmente ove il contratto fosse regolato dalla Convenzione di Vienna sulla vendita internazionale di beni mobili. Come si è già chiarito, la generica lettera dell'art. 79 CISG viene attualmente interpretata in modo restrittivo dalla giurisprudenza degli Stati aderenti, come riferita al solo caso di impossibilità sopravvenuta e non alla *hardship*, ma se detta interpretazione subisse un *revirement*, si potrebbe giungere a un concetto di eccessiva onerosità sganciato dal requisito dell'imprevedibilità. L'art. 79 CISG, infatti, cita piuttosto

⁽²¹⁵⁾ In questo senso, BONELLI, *Criteri per l'individuazione dei casi di eccessiva onerosità sopravvenuta*, in AA.VV., *Inadempimento, adattamento, arbitrato*, Milano, p. 284. Nello stesso senso, PIGNALOSA, *Clausole di rinegoziazione e gestione delle sopravvenienze*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2015, II, p. 411 ss.

⁽²¹⁶⁾ La riflessione si ritrova anche nella dottrina straniera, ove si afferma che l'eccezione di *hardship* mina la forza di legge del contratto. Così BERMAN, *Excuse for Non-performance in the Light of contract Practices in International Trade*, in *Columbia Law Review*, 1963, p. 1420 ss.

– secondo alcuni – il diverso concetto della mancata concreta previsione dell'evento⁽²¹⁷⁾.

Con riguardo alla terza declinazione, cioè quella in cui le clausole elaborate dalle parti prevedono che al verificarsi di determinati eventi non integranti in senso tecnico gli estremi dell'eccessiva onerosità sorga un obbligo di rinegoziazione o comunque di revisione delle condizioni del contratto, si deve giungere a conclusioni diverse da quelle prospettate per le prime due declinazioni. Qui le clausole non collegano il verificarsi di eventi che rendono eccessivamente onerosa la prestazione o simili alla risoluzione, bensì ad un rimedio manutentivo.

Non si pone dunque il problema dell'interferenza con la disciplina dell'inadempimento: la parte a danno della quale si verifica l'evento non è facoltizzata a non eseguirla, ma semplicemente a sospenderla fino a che non sia avvenuta una rinegoziazione delle condizioni del contratto, oppure le parti non abbiano pattuito preventivamente una *datio in solutum* o un altro rimedio riequilibrativo del sinallagma. Detta soluzione non sembra porsi in contrasto con alcuna norma imperativa – in quanto interviene in fattispecie non contemplate dalla legge – né con principi di ordine pubblico, ma anzi risponde all'interesse di entrambe le parti a prevenire eventuali liti future o l'aggravamento delle condizioni del rapporto con lo strumento del consenso.

Lo stesso vale per la quarta e ultima declinazione prospettata, cioè quella in cui le clausole prevedono l'obbligo di rinegoziazione (o simili) nel caso in cui si verifichi un evento che comporta effettivamente eccessiva onerosità, così come definita dal codice. Qui però si pone un problema in più: se nel caso poc'anzi esaminato la pattuizione delle parti si limita a colmare una "lacuna" del sistema, nel caso che si sta affrontando la pattuizione si sovrappone con la disciplina legale e si pone in contrasto con essa. La mera ricorrenza delle condizioni contemplate nella clausola, infatti, legittima ai sensi dell'art. 1467 c.c. il debitore della prestazione divenuta eccessivamente onerosa a domandare la risoluzione e consente tale facoltà anche quando l'altra parte, per evitare il rimedio ablativo, si è offerta di ricondurre il contratto ad equità. La clausola in esame, invece, implica una rinuncia a domandare, almeno in prima battuta, la risoluzione.

In quest'ottica, la clausola in esame implica un'esclusione della risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta. Dell'ammissibilità di una simile esclusione si tratterà nell'ambito del prossimo capitolo.

Passando all'impossibilità sopravvenuta, giova innanzitutto ricollegarsi a quanto illustrato nel capitolo precedente e ricordare, a soli fini sistematici, che là si parlava di clausole di forza maggiore con cui era il debitore ad assumersi il rischio dell'impossibilità; qui, invece, si tratterà di clausole di forza maggiore con cui il creditore si assume detto rischio. Se le prime piegano la disciplina dell'impossibilità – che è sostanzialmente neutra – a favore del creditore, queste fanno pendere la disciplina a favore del debitore, nel senso che fra poco si spiegherà.

⁽²¹⁷⁾ In favore di un'interpretazione estensiva della norma in esame si veda CISG-AC Opinion No. 7, *Exemption of Liability for Damages under Article 79 of the CISG* (Rapporteur: Alejandro Garro), Opinion 3.1. Riflette sulla distinzione tra il requisito dell'imprevedibilità e quello dettato dall'art. 79 CISG DAVIES, *Excuse of Impediment and Its Usefulness*, in DI MATTEO (ed.), *International Sales Law: a Global Challenge*, Cambridge, 2014, p. 300.

Ciò detto, visto che le clausole in esame incidono sulla stessa nozione di forza maggiore, appare necessario, nell'ottica della circolazione dei modelli contrattuali, verificare se esistano testi di diritto privato uniforme o norme di altri ordinamenti che ne apprestano una definizione. In effetti, volgendo lo sguardo oltre il diritto nazionale, si noterà che l'espressione *force majeure* è stata fatta propria da alcune fonti normative, in particolare il *code civil* (art. 1218) e la Convenzione di Vienna sulla vendita internazionale di beni mobili (art. 79, par. 1), e da alcune fonti di *soft law*, segnatamente i principi Unidroit (art. 7.1.7.)⁽²¹⁸⁾.

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⁽²¹⁹⁾. Talvolta è proprio a questi requisiti che le parti intendono derogare.

La notevole varietà di modelli elaborati dalla prassi conosce – oltre a clausole, come quella riportata a titolo di esempio all'inizio del paragrafo, con cui le parti si limitano a elencare (espressamente o *per relationem*) gli eventi impossibilitanti oppure a definire il significato di forza maggiore ricalcando sulla concezione romanistica classica – clausole con cui le parti attenuano quest'ultima sino a non richiedere l'imprevedibilità dell'evento impossibilitante o (più raramente) la sua inevitabilità o l'assolutezza dell'impossibilità⁽²²⁰⁾.

Dei predetti 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 c.c. fa riferimento a eventi «straordinari» e «imprevedibili». Nondimeno, gli stessi requisiti possono considerarsi componenti implicite del giudizio di imputabilità al debitore dell'evento impossibilitante: tendenzialmente, quando il fatto che ha reso

⁽²¹⁸⁾ 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 LOMBARDI R., *Force Majeure in European Union Law*, in *International Trade & Business Law*, 3, 81, 1997.

⁽²¹⁹⁾ Per un commento approfondito all'art. 79 della Convenzione si veda DI MATTEO, *Excuse: Impossibility and Hardship*, in DI MATTEO-JANSSEN-MAGNUS-SCHULZE, *International Sales Law – Contract, Principles & Practice*, 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, 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 Review of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, 1999-2000, pp. 197-243. Con particolare riferimento ai principi Unidroit cfr. anche PERILLO, *Force Majeure and Hardship under the Unidroit Principles of International Commercial Contracts*, in *Tulane Journal of International & Comparative Law*, 1997, pp. 5-28.

⁽²²⁰⁾ Per gli esempi dei tipi di clausole citati si rinvia a FONTAINE-DE LY, *Op. cit.*, pp. 403-408. Per un'elencazione degli eventi impossibilitanti più ricorrenti nella contrattualistica internazionale cfr. pp. 409-413.

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 ⁽²²¹⁾.

Se così è, si può sviluppare e comprendere la riflessione delineata in premessa: derogare pattiziamente ai requisiti d'imprevedibilità e inevitabilità dell'evento significa ampliare l'ambito dell'impossibilità e correlativamente restringere quello dell'inadempimento; poiché in tal caso l'operazione produce l'effetto di liberare il debitore dalla responsabilità per condotte delle quali avrebbe altrimenti risposto, la clausola di forza maggiore così configurata dovrà essere trattata alla stregua di una clausola di esonero e dunque soggiacere al vaglio di compatibilità con l'art. 1229 c.c.

In quest'ottica, di fronte a una clausola di *force majeure* che si limita ad elencare una serie di eventi qualificati dalle parti come impossibilitanti senza ulteriori specificazioni, l'interprete è chiamato in via preliminare a indagare se tali eventi sarebbero stati liberatori anche in assenza di un'espressa pattuizione in tal senso, oppure no.

Nel primo caso, la clausola potrebbe apparire superflua, in quanto mera replica dell'art. 1218 c.c., ma in realtà lo è davvero solo se viene interpretata come una mera replica dell'art. 1218 c.c., mentre è suscettibile di acquistare una sua utilità se viene interpretata in un altro senso. In particolare, quando l'*id quod plerumque accidit* non è in grado di qualificare aprioristicamente come imputabile o non imputabile l'evento dedotto nella clausola, lo spostamento del relativo rischio dal debitore al creditore può essere interpretato come un'implicita presunzione di fortuito ⁽²²²⁾.

La presunzione sarà invece esplicita quando la clausola sarà formulata, ad esempio, nel modo seguente: «avvenimenti che non siano causati dal vettore, ma

⁽²²¹⁾ 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 OSTI, *Revisione critica della teoria sull'impossibilità*, cit., p. 10 ss. Sul punto cfr. anche GIOVENE, *Sulla impossibilità della prestazione*, in *Rivista di diritto commerciale*, 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 CLARIZIA, *Sopravvenienze non patrimoniali e inesigibilità nelle obbligazioni*, Napoli, 2012, 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.

⁽²²²⁾ In questo senso 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 (*Ibidem*, nt. 75). Ancor prima si vedano ALPA-BESSONE-ZENO ZENCOVICH, *I fatti illeciti*, cit., p. 322 e nt. 465; BIANCA C.M., *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, cit., p. 48; CABELLA PISU, *Le clausole di esonero da responsabilità*, cit., p. 227 ss.; VISINTINI, *La responsabilità contrattuale*, cit., p. 378.

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»⁽²²³⁾.

In virtù di detta presunzione si ribalta sul creditore, in deroga all'art. 1218 c.c., 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⁽²²⁴⁾. 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 c.c., di cui si è già discusso⁽²²⁵⁾. 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»⁽²²⁶⁾.

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 dal codice stesso, là dove all'art. 1694 c.c. 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⁽²²⁷⁾.

Diversamente, nel caso in cui risulti che il patto alloca sul creditore eventi dei quali, di norma, dovrebbe rispondere il debitore, allora esso sarà valido solo se contenuto entro i limiti dell'art. 1229 c.c.⁽²²⁸⁾. Incomberà sul debitore l'onere di provare che, secondo i dati della comune esperienza, l'evento dedotto nella clausola non è riconducibile a una condotta dolosa o gravemente colposa, mentre

⁽²²³⁾ La clausola, incorporata nelle condizioni generali di trasporto dei vettori terrestri di cose, è citata da VISINTINI, *Op. ult. cit.*, pp. 377-378.

⁽²²⁴⁾ Cfr., ad esempio, 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.

⁽²²⁵⁾ Annovera le presunzioni di fortuito tra i patti che (apparentemente) regolano l'onere della prova AMBROSOLI, *Le clausole che regolano l'onere della prova*, cit., p. 172.

⁽²²⁶⁾ *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 DELOGU, *Op. ult. cit.*, p. 195. Quanto alle esigenze sottese al patto sul fortuito, rileva 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».

⁽²²⁷⁾ Riferisce questa tesi come unanimemente condivisa DELOGU, *Le modificazioni convenzionali della responsabilità civile*, cit., p. 191.

⁽²²⁸⁾ Osserva però 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».

il creditore potrà fornire la prova contraria dimostrando che nel caso concreto l'impossibilità è stata causata dal dolo o dalla colpa grave della controparte ⁽²²⁹⁾.

⁽²²⁹⁾ Si veda in proposito ASCARELLI, *Clausole di esonero da responsabilità nel trasporto marittimo e inversione convenzionale dell'onere della prova*, in *Foro italiano*, 1936, c. 1013.

CAPITOLO TERZO

IL POTERE DI ESCLUDERE I RIMEDI PREVISTI DALLA LEGGE

SOMMARIO: 1. Le clausole di *sole o exclusive remedy*: riflessioni preliminari. – 2. Il patto d'irrisolubilità per inadempimento in senso stretto. – 3. Il patto d'irrisolubilità per inadempimento in senso lato. – 4. L'eccezione d'irrisolubilità per inadempimento e il suo potenziale contrasto con la buona fede esecutiva. – 5. Il potere di escludere la risoluzione per impossibilità sopravvenuta e per eccessiva onerosità sopravvenuta: i limiti generali. – 6. Segue: l'estensione convenzionale dell'alea del contratto e il controllo di meritevolezza. – 7. Segue: peculiarità della questione nei contratti che programmano l'effetto traslativo. – 8. Clausole d'irrisolubilità e abuso di dipendenza economica.

1. Le clausole di *sole o exclusive remedy*: riflessioni preliminari.

Nella misura in cui la *governance* contrattuale è inscindibilmente legata ai rimedi, essa non può essere un concetto monolitico: se, come si è accennato in esordio, la parola rimedio è polisemica e allude sia alle situazioni patologiche per le quali la legge appresta una tutela, sia agli strumenti che il legislatore ha predisposto per attuarla, allora anche il suo governo si svilupperà in diverse direzioni. Più precisamente, il concetto in esame è almeno *double-face*: da un lato, esso implica l'intervento delle parti sulle fattispecie oggetto di tutela, dall'altro, comporta una deroga alle combinazioni tra fattispecie e rimedio scelte dal legislatore, cioè, in altre parole, agli effetti che la legge ricollega a una determinata patologia contrattuale. Del primo profilo si è già discusso nei capitoli precedenti; sarà invece l'ultimo a costituire d'ora innanzi l'oggetto dell'indagine.

Una visione flessibile e funzionale del sistema dei rimedi è tendenzialmente estranea alla *forma mentis* del giurista di *civil law*. Egli è avvezzo a concepire i rimedi come la necessaria corrispondenza tra un "vizio" del contratto e la conseguente risposta dell'ordinamento ⁽¹⁾. 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.

Diversamente, negli ordinamenti di *common law*, ove le istanze di codificazione non sono ignote ma neppure così pregnanti e onnicomprehensive, l'interprete compie il procedimento logico inverso. L'interrogativo primario è duplice: 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.

⁽¹⁾ Su questi temi si veda 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.

Pur a parità di fattispecie, i responsi possono essere opposti, a seconda della natura del contratto concluso o delle qualità delle parti: a fronte del medesimo inadempimento queste potrebbero avere interesse tanto a risolvere il più rapidamente e con il minor sacrificio economico, in modo da potersi rivolgere altrove sul mercato e cercare un *partner* commerciale più stabile, quanto ad assicurarsi comunque la stabilità dell'accordo onde evitare l'esposizione a conseguenze restitutorie rovinose.

Un simile approccio "creativo" – e in un certo senso funzionale – al 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 e a monte, 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 rimediabile 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 una specifica clausola in tal senso, in virtù della clausola generale di buona fede ⁽²⁾. Tutt'al più potranno verificarsi, in relazione ai nuovi rimedi o alle nuove costellazioni di rimedi, problemi a valle, nella fase esecutiva (si pensi al dibattito sull'eseguibilità in forma specifica dell'obbligo di rinegoziazione), ma questo è ininfluenza ai fini della questione qui prospettata.

⁽²⁾ Sul punto cfr. SICCHIERO, *La rinegoziazione*, in *Contratto e impresa*, 2002, 2, p. 774 ss. In tema di rinegoziazione è fondamentale il contributo di 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 italiano*, 1996, I, c. 710). Cfr., inoltre, MARASCO, *La rinegoziazione del contratto: strumenti legali e convenzionali a tutela dell'equilibrio negoziale*, Padova, 2006; ROPPO, *Autonomia privata e poteri unilaterali di conformazione del contratto*, in *Confini attuali dell'autonomia privata*, a cura di Belvedere e Granelli, Padova, 2001, p. 147 ss.; CESÀRO, *Clausola di rinegoziazione e conservazione dell'equilibrio contrattuale*, Napoli, 2000; TRAI SCI, *Sopravvenienze contrattuali e rinegoziazione nei sistemi di civil e di common law*, Napoli, 2003; TARTANO, *La rinegoziazione nei finanziamenti bancari*, Napoli, 2003; GORNI, *Le clausole di rinegoziazione*, in AA.VV., *Il conflitto del golfo e i contratti di impresa*, a cura di Vaccà, Milano, 1992; COSTANZA, *Clausole di rinegoziazione e determinazione unilaterale del prezzo*, in AA.VV., *Inadempimento, adattamento, arbitrato. Patologie dei contratti e rimedi*, Milano, 1992, p. 311; TARTAGLIA, *L'adeguamento del contratto alle oscillazioni monetarie*, Milano, 1987; TOMMASINI, voce «Revisione del rapporto (diritto privato)», in *Enciclopedia del diritto*, XL, Milano, 1989, p. 104 ss.; GALLO, *Sopravvenienza contrattuale e problemi di gestione del contratto*, Milano, 1992; ID., voce «Revisione del contratto», in *Digesto delle discipline privatistiche (sezione civile)*, XVII, Torino, 1998, p. 431 ss.; PRESTI, *La rinegoziazione dei mutui ipotecari Qualificazione e disciplina*, in *Rivista di diritto privato*, 1999, p. 267; LANDINI, *Vincolatività dell'accordo e clausole di rinegoziazione. L'importanza della resilienza delle relazioni contrattuali*, in *Contratto e impresa*, 2016, 1, p. 179 ss. Per un punto di vista anteriore all'entrata in vigore dell'attuale codice cfr. ANDREOLI, *Revisione delle dottrine sulla sopravvenienza contrattuale*, *Rivista di diritto civile*, 1938, p. 309 ss. Con specifico riferimento alla clausola di *hardship*, cfr. GUERINONI-MANIACI, *Clausola di hardship e compatibilità con l'ordinamento italiano*, in *Diritto e pratica societaria*, 1999, p. 25 ss.; e FRIGNANI, voce «*Hardship clause*», in *Digesto delle discipline privatistiche (sezione commerciale)*, VI, Torino, 1991, p. 446 ss.

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 imperativa.

L'indagine non può che prendere le mosse, ancora una volta, dalla prassi commerciale internazionale nella quale proliferano le c.d. clausole di *sole* o *exclusive remedy* ⁽³⁾. Si tratta, per l'appunto, di pattuizioni con cui le parti stabiliscono che, in presenza di un determinato "vizio" del contratto, l'unico rimedio esperibile sarà quello stabilito nel contratto medesimo, che normalmente è manutentivo anziché ablativo ⁽⁴⁾. Simili pattuizioni, a quanto consta, non sono state oggetto di studi approfonditi da parte della dottrina di *common law*, molto probabilmente perché *ivi*, come si è già avuto modo di sottolineare, il sistema non prevede 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, come si è più volte sottolineato, particolarmente avvertita nei contratti relazionali ⁽⁵⁾ – mediante la previsione di rimedi manutentivi come l'obbligo di rinegoziare le condizioni contrattuali ⁽⁶⁾. Il

⁽³⁾ 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 96 *Harvard Law Review*, 1641, pp. 1982-1983.

⁽⁴⁾ Alcuni esempi della clausola, tratti dalla prassi, possono essere i seguenti: «*Exclusive Remedy – The indemnification provisions contained in this Article 10 shall 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 FONTAINE-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 DE NOVA, *Il contratto alieno*, Torino, 2008, p. 89.

⁽⁵⁾ Sui contratti relazionali cfr. la nota 29 dell'Introduzione.

⁽⁶⁾ Così, innanzitutto, PADOVINI, *Le clausole limitative delle impugnazioni contrattuali*, in VETTORI (cur.), *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 DURAND, *La tendance à la stabilité du rapport contractuel*, Parigi, 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 in esame perseguono

carattere meritevole di tale interesse trova un riscontro diretto nel codice, ove molteplici sono le testimonianze del *favor* dell'ordinamento nei confronti della conservazione del contratto, e più in generale di tutti gli atti di volontà, va da sé, a patto che questa non si traduca nella creazione di un vincolo potenzialmente perpetuo tale da limitare *sine die* l'autonomia privata ⁽⁷⁾.

All'uopo si possono citare il già esaminato art. 1367 c.c., 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 ⁽⁸⁾.

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 testare – il divieto d'impugnare il testamento imposto dal *de cuius* agli eredi ⁽⁹⁾.

l'interesse alla stabilizzazione del contratto cfr. anche 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 clause 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 c.c.; 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.

⁽⁷⁾ In quest'ottica deve essere letta la disciplina del recesso *ad nutum* nei contratti a tempo indeterminato. Sul punto si veda PADOVINI, *Il recesso*, in GABRIELLI (cur.), *I contratti in generale*, II, 2°ed., Torino, 2006, p. 1383 ss.

⁽⁸⁾ Per una riflessione più ampia e un elenco più esaustivo d'istituti che esprimono la tendenza conservativa dell'ordinamento cfr. PADOVINI, *Le clausole limitative delle impugnazioni contrattuali*, cit., p. 179 ss.

⁽⁹⁾ Per un elenco dettagliato delle disposizioni lecite e illecite cfr. in giurisprudenza Cass., 19 maggio 1947, n. 769, in *Foro italiano*, 1947, I, c. 971 ss.; Cass., 10 marzo 1961, n. 543, *ivi*, 1961, I, c. 1510 ss.; Cass., 13 giugno 1961, n. 1375, in *Giustizia civile*, 1961, I, p. 913 ss.; Cass., 5 maggio 1964, n. 1068, in *Foro italiano*, 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 *Foro italiano* (Repertorio), 1972, Successione ereditaria, c. 2826, n. 77; Cass., 12 dicembre 1991, n. 12340, in *Nuova giurisprudenza commentata*, 1993, I, p. 481 ss.; Cass., 29 dicembre 1993, n. 12936, in *Foro italiano* (Repertorio), 1993, Successione ereditaria, c. 3140, n. 107; Cass., 2 gennaio 1997, n. 1, in *Giustizia civile*, 1997, I, p. 309 ss., con nota di CIAMBELLA, e p. 1321 ss., con nota di DI MAURO; App. Cagliari, 17 luglio 1947, in *Foro italiano* (Repertorio), 1947, Successione legittima o testamentaria, c. 1242 ss., nn. 108-109; App. Milano, 4 maggio 1951, in *Temi*, 1952, p. 234 ss.; Trib. Brindisi, 21 aprile 1954, in *Foro italiano* (Repertorio), 1954, Successione legittima o testamentaria, c. 2259, n. 150; App. Roma, 28 aprile 1959, in *Foro italiano*, 1960, I, c. 1044 ss.; App. Lecce, 29 luglio 1963, in *Giustizia civile* (Repertorio), 1964, Successione testamentaria, c. 2820, n. 12; Trib. Reggio Calabria, 30 maggio 1977, in *Giurisprudenza italiana*, 1977, I, 2, p. 746 ss. In dottrina si sono occupati specificamente del tema CANDIAN, *La funzione sanzionatoria nel testamento*, Milano, 1988, p. 168 ss.; DI MAURO,

Tra le ipotesi di esclusione convenzionale si possono annoverare – ma l'elenco non è esaustivo – l'art. 2932 c.c., da cui si ricava *a contrario* che il titolo può prevedere la non eseguibilità in forma specifica dell'obbligo di contrarre; gli artt. 1487 e 1491 c.c., 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 c.c., 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 ⁽¹⁰⁾.

Tra le ipotesi di rinuncia preventiva ai rimedi, sono degni di nota l'art. 557 c.c., 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 c.c., 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 c.c., 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 c.c., 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 c.c. in tema di autorizzazione al contratto in conflitto d'interessi; e l'art. 1444 c.c. in tema di 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 c.c., 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

Condizioni illecite e testamento, Napoli, 1995, p. 129 ss. (e ID., *Collazione volontaria e condizione di non impugnare il testamento*, in *Giustizia civile*, 1997, I, p. 1322 ss.); TOTI, *Condizione testamentaria e libertà personale*, Milano, 2004, 439 ss.; ANDREOLI, *Le disposizioni testamentarie a titolo di pena*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1949, 337 ss.; e MORELLO, *La condizione di non impugnazione del testamento*, in *Rivista del notariato*, 1965, I, p. 981 ss.

⁽¹⁰⁾ 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 PADOVINI, *Le clausole limitative delle impugnazioni contrattuali*, cit., p. 193-195, sottolineando che la *ratio* della disposizione è solo quella di evitare l'emanazione di provvedimenti giudiziali 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 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 *Ibidem*, alle note 26 e 27.

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 c.c.; se, viceversa, fossero a conoscenza di una causa di annullamento, la norma sarebbe rispettata, ma difetterebbe il presupposto sostanziale del rimedio, cioè 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⁽¹¹⁾.

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⁽¹²⁾. 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 c.c. 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 predisposti dal legislatore per il verificarsi di patologie funzionali del contratto.

Quanto ai rimedi previsti contro vizi genetici del contratto occorre approfondire l'analisi. In prima battuta si può affermare soltanto che dall'art. 1444 c.c. deriva un divieto di rinuncia preventiva e unilaterale all'annullamento del contratto *tout court* o all'annullamento per uno specifico vizio di cui le parti non hanno conoscenza al tempo della stipula, ma che ipotizzano possa verificarsi in futuro.

⁽¹¹⁾ Osserva in proposito PADOVINI, *Op. ult. cit.*, p. 188, nt. 18, che, a voler considerare l'art. 1444 c.c. 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, FERRI G.B., *L'ordine pubblico*, cit.; ID., voce «Ordine pubblico», cit.; ID., *L'ordine pubblico economico*, cit.; ID., *Ordine pubblico, buon costume e la teoria del contratto*, cit.; GUARNIERI, voce «Ordine pubblico», cit.; MACIOCE, *Ordine pubblico e autodeterminazione*, cit.; CATAUDELLA, *Il richiamo all'ordine pubblico ed il controllo di meritevolezza come strumenti per l'incidenza della programmazione economica sull'autonomia privata*, cit.

⁽¹²⁾ PADOVINI, *Op. ult. cit.*, loc. ult. cit.

Rimane invece aperto il problema dell'ammissibilità di un'esclusione preventiva bilaterale del rimedio in esame. In senso negativo milita l'art. 1462 c.c., nella parte in cui vieta di pattuire una clausola che impedisca di sospendere l'esecuzione della prestazione eccedendo la nullità, l'annullabilità o la rescindibilità del contratto.

Ma se anche una norma analoga mancasse, si potrebbe giungere alla medesima conclusione in virtù del semplice buon senso. La natura contrattuale della rinuncia non ovvierebbe al problema dello scarto temporale cui si è accennato sopra: posto che la clausola è contenuta nel contratto affetto da un vizio della volontà, è anch'essa il prodotto del medesimo vizio e, come tale, non può che essere travolta da quello stesso rimedio che mirava a evitare. La medesima motivazione si legge nella Relazione al Re che accompagna la modifica dell'articolo succitato introdotta con l'avvento del nuovo codice⁽¹³⁾.

Con riguardo alla nullità – sempre che essa si possa includere nella categoria dei rimedi contrattuali – e alla rescindibilità, non sembrano potersi ammettere deroghe; con riguardo invece all'annullabilità, il discorso è più complesso. La *ratio* sopra enunciata, infatti, come acutamente osserva parte della dottrina, ricorre solo in presenza dei vizi del consenso diversi dall'errore. Esso, a differenza degli altri, è un vizio meramente interno alla sfera della parte che v'incorre, pertanto la norma che vi appresta un rimedio tutela un interesse di natura privatistica⁽¹⁴⁾.

Inoltre, il fatto che una parte si sia determinata a stipulare il contratto solo in virtù di alcune convinzioni poi rivelatesi erronee non esclude che avesse invece piena consapevolezza delle clausole che in esso intendeva inserire. In parole più semplici, se è mancata completamente – per incapacità o violenza – la formazione di una volontà in ordine all'*an* del contratto, *a fortiori* sarà mancata anche in ordine al suo contenuto; l'errore, invece, non impedisce la formazione della volontà, ma la inficia con riguardo ad alcuni elementi dai quali dipende solo la scelta se concludere o no il contratto, non anche la scelta del contenuto.

Dunque, una clausola con cui le parti escludono la possibilità, per una di esse o per entrambe, di domandare l'annullamento del contratto per errore, non sembrerebbe incontrare ostacoli particolari. Si ripensi alla clausola – prospettata nel paragrafo dedicato alla derogabilità della responsabilità precontrattuale – con cui una parte dichiara che la sua volontà non è stata viziata da alcun errore né influenzata in qualche modo da “rappresentazioni” ulteriori rispetto a quelle

⁽¹³⁾ *Relazione al Re del Ministro Guardasigilli*, Roma, 1943, n. 662. Qui si legge che l'art. 1462 c.c. «non impedisce di opporre le eccezioni di nullità, di annullabilità o di rescindibilità del contratto, perché tali impugnative investono l'efficacia stessa della clausola, che non può esplicare validamente la sua funzione prescindendo dalla valida esistenza del contratto che la contiene, e quindi in contrasto con ogni principio di buona fede».

⁽¹⁴⁾ Così PADOVINI, *Op. ult. cit.*, loc. ult. cit., nt. 19, il quale sottolinea la differenza tra il problema in esame e la questione della rilevanza dell'errore non riconoscibile in astratto ma riconosciuto in concreto. Su quest'ultima questione cfr. TRABUCCHI, voce «*Errore (diritto civile)*», in *Novissimo digesto italiano*, VI, Torino, 1960, p. 671; PIETROBON, *L'errore nella teoria del negozio giuridico*, Padova, 1963, p. 240 ss. (e ID., *Errore, volontà e affidamento nel negozio giuridico*, Padova, 1990, p. 237 ss.); SACCO, *Volontà, intento, vizi del consenso*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Rescigno, 10, *Obbligazioni e contratti*, Torino, 1982, p. 153 ss., i quali rispondono affermativamente al quesito se l'errore non riconoscibile ma in concreto riconosciuto sia rilevante. In senso contrario cfr. BARCELLONA, *In tema di errore riconosciuto e di errore bilaterale*, in *Rivista di diritto civile*, 1961, I, p. 57 ss.; ID., *Profili della teoria dell'errore nel negozio giuridico*, Milano, 1962, p. 226 ss.; SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, cit., p. 49 ss.

contenute nel contratto, nonché alla clausola – di cui, parimenti, si è già trattato discorrendo del valore dei *recitals* sulle qualità delle parti – con la quale il creditore, su richiesta del debitore, dichiara di prendere atto che quest'ultimo, per esempio, esercita l'attività oggetto del contratto da pochi anni o possiede poca esperienza nel settore e simili ⁽¹⁵⁾.

A suo tempo, si era concluso che entrambe le clausole sono valide e la prima produce l'effetto di escludere la responsabilità precontrattuale nella misura in cui elimina l'affidamento del dichiarante circa la correttezza delle affermazioni della controparte sugli elementi indicati dall'art. 1429 c.c., mentre la seconda vale a mitigare i parametri del giudizio d'inadempimento. Detta conclusione pare potersi estendere anche all'azione di annullamento. Se le clausole non sono idonee a comportare l'irricevibilità della domanda di annullamento – come invece, probabilmente, sarebbe negli ordinamenti anglo-americani in applicazione dell'istituto dell'*estoppel* ⁽¹⁶⁾ –, esse lo sono nondimeno a compromettere l'esito di tale azione, rendendo più ardua la prova dell'errore, nel primo caso in generale, nel secondo con riguardo alle qualità essenziali dell'altro contraente. Questo anche perché le clausole in esame contribuiscono a rendere l'errore meno riconoscibile.

Un altro argomento che viene talvolta addotto dalla dottrina in senso contrario attiene al problema dei diritti futuri: l'ordinamento – si sostiene –, là dove ha previsto all'art. 458 c.c. il divieto di patti successivi e all'art. 2937 c.c. il divieto di rinunciare alla prescrizione quando questa non è ancora compiuta, ha inteso sancire un generale divieto di abdicare a diritti non ancora sorti e talvolta meramente eventuali.

L'argomento non è condivisibile per almeno tre ordini di ragioni. Innanzitutto, i divieti sopra richiamati costituiscono eccezionali limitazioni dell'autonomia privata e, in quanto tali, ricorrono solo quando un determinato atto raggiunge direttamente o indirettamente il risultato vietato dalle norme in questione. In secondo luogo, come si è detto, ci sono diverse norme che consentono l'esclusione di diritti futuri, e quelle che impongono una rinuncia successiva rispondono a *rationes* specifiche, non ricorrenti in altre ipotesi. In terzo luogo, l'ordinamento consente in generale gli atti dispositivi di diritti futuri, come si evince dall'art. 1348 c.c. Tant'è che, quando il legislatore ha inteso prevedere una regola contraria, l'ha fatto espressamente, come nel caso del divieto di donazione di cosa futura, di cui all'art. 771 del codice ⁽¹⁷⁾.

2. Il patto d'irrisolubilità per inadempimento in senso stretto.

La rilevanza delle clausole di *sole* o *exclusive remedy* non è rimasta su un piano teorico, ma, per le sue notevoli applicazioni pratiche, non è sfuggita alla

⁽¹⁵⁾ Si vedano le considerazioni svolte nel paragrafo 12 del capitolo primo.

⁽¹⁶⁾ Sul punto cfr., per tutti, COOKE, *The Modern Law of Estoppel*, Oxford, 2000; FAUVARQUE-COSSON, *L'estoppel du droit anglais*, in *L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui*, cit.

⁽¹⁷⁾ In questo senso già PADOVINI, *Op. ult. cit.*, p. 190. Sul tema della rinuncia ai diritti futuri si veda, oltre ai riferimenti *ivi* contenuti alla nota 21 – e in particolare MACIOCE, *Il negozio di rinuncia nel diritto privato*, I, Napoli, 1992, p. 187 ss. –, BOZZI, *La negoziabilità degli atti di rinuncia*, Milano, 2008, *passim*.

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 d'irrisolubilità⁽¹⁸⁾. Da simili patti conviene prendere le mosse per un discorso più ampio in grado di analizzare tutto il ventaglio di possibilità che si aprono alle parti e i limiti che esse incontrano.

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⁽¹⁹⁾.

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 clausole che escludono la sola esecuzione in forma specifica. 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

⁽¹⁸⁾ 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 COPPOLA, *La rinuncia ai diritti futuri*, Milano, 2005, p. 267 ss., secondo il quale la rinuncia preventiva alla risoluzione giudiziale implica anche rinuncia ad avvalersi dei modi di risoluzione stragiudiziale. Cfr., inoltre, MOSCARINI, voce «*Rinunzia*», in *Enciclopedia giuridica*, XXVII, Roma, 1991, p. 5. A proposito della predetta tesi mostra qualche perplessità SICCHIERO, *La risoluzione per inadempimento*, Artt. 1453-1459, in *Il Codice Civile. Commentario*, 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. BONELLI, *Acquisizioni di società e di pacchetti azionari di riferimento: le garanzie del venditore*, in *Diritto del commercio internazionale*, 2, 2007, p. 293, *passim*. Per un contributo recente sul tema dal punto di vista dell'analisi economica del diritto cfr. GALLARATI, *Il contratto irresolubile o quasi. Profili di sostenibilità della clausola «exclusive remedy» nell'economia delle parti*, in *Contratto e impresa*, 2016, 4-5, p. 1022 ss.

⁽¹⁹⁾ Gli esempi sono tratti, rispettivamente, da VITUCCI, "Ogni ritardo sarà considerato di scarsa importanza" (*Ipotesi sul patto di evitando risoluzione*), in *Rivista di diritto civile*, 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 italiano*, 1966, I, c. 1459; e dall'esperienza professionale di SICCHIERO, *Op. ult. cit.*, p. 393.

riveli in concreto eccessivamente oneroso rispetto al valore economico della prestazione⁽²⁰⁾.

La liceità di dette clausole non è in discussione, visto che la legge stessa la contempla, là dove all'art. 2932 c.c. 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⁽²¹⁾. 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 rimedio risarcitorio, poiché le due forme di tutela non sono alternative⁽²²⁾.

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 la risoluzione sia espressione di una sanzione posta dall'ordinamento a carico della parte infedele e dunque che la sua disciplina sia imperativa⁽²³⁾. Siffatta posizione – la quale non si ritiene condivisibile, anche solo sulla scorta dell'osservazione che, se davvero la disciplina della risoluzione fosse imperativa, l'art. 1453 c.c. non consentirebbe al creditore di preferirle il rimedio dell'esecuzione in forma specifica o del risarcimento del danno – merita nella sua confutazione un'attenzione più scrupolosa. L'indagine sulla natura imperativa o dispositiva della risoluzione, infatti, è pregiudiziale alla questione della sua derogabilità⁽²⁴⁾.

⁽²⁰⁾ Cfr. LUMINOSO, *Della risoluzione per inadempimento*, cit., p. 9. Per quanto attiene all'inadempimento efficiente, si rinvia alle considerazioni già svolte nel paragrafo ad esso dedicato all'interno del secondo capitolo.

⁽²¹⁾ Di questo avviso è SICCHIERO, *La risoluzione per inadempimento*, cit., p. 294.

⁽²²⁾ Così Cass., 16 novembre 1984, n. 5287, inedita, citata da 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» (*Ibidem*, pp. 294-295).

⁽²³⁾ In questo senso, per tutti, AULETTA, *La risoluzione per inadempimento*, Milano, 1942, p. 490; e BIANCA C.M., *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1979, 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. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, cit., p. 131; mentre per un'adesione più recente alla tesi cfr. 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 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 SICCHIERO, *Op. ult. cit.*, pp. 395-396.

⁽²⁴⁾ Sottolinea questo aspetto già SICCHIERO, *La risoluzione per inadempimento*, cit., p. 38, il quale afferma che «solo partendo dalla ricerca della funzione delle regole della risoluzione si può

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 ⁽²⁵⁾.

In contrario non vale addurre che la sanzione non va individuata 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 ⁽²⁶⁾.

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 – orientato all'imposizione di sanzioni alla violazione delle regole che disciplinano i rapporti civilistici ⁽²⁷⁾. Anche a voler sostenere che la risoluzione rientra tra quei casi eccezionali, occorre tener presente che il carattere sanzionatorio non è automaticamente sinonimo

accertare se in essa si rinvengano o meno indici idonei a paralizzare una diversa opzione dei contraenti circa gli effetti dell'inadempimento [...].»

⁽²⁵⁾ Così DELL'AQUILA, *Op. cit.*, pp. 853-854, e GRASSO, *Eccezione d'inadempimento e risoluzione del contratto*, Napoli, 1973, p. 33. Commenta SICCHIERO, *Op. ult. cit.*, p. 41, il quale osserva 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.

⁽²⁶⁾ Lo ribadisce 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 AMADIO, *Inattuazione e risoluzione: la fattispecie*, cit., p. 79, e LUMINOSO, *Della risoluzione per inadempimento*, in LUMINOSO-CARNEVALI-COSTANZA, *Risoluzione per inadempimento*, nel *Commentario del codice civile* Scialoja-Branca, a cura di Galgano, Bologna-Roma, 1990, p. 9 ss. e p. 27 ss.

⁽²⁷⁾ Si veda in proposito BIANCA C.M., *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 (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. SICCHIERO, *Op. ult. cit.*, pp. 39-40. L'Autore 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.

d'imperatività: esso, a ben guardare, è insito in ogni norma giuridica, ma nessuno potrebbe sostenere che tutte le norme giuridiche sono imperative⁽²⁸⁾.

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 c.c.) inidonea a salvaguardare la logica dello scambio e, correlativamente, la funzionalità del mercato in quanto meccanismo di allocazione delle risorse»⁽²⁹⁾. Ma, di nuovo, pur riconoscendosi la bontà dell'affermazione per cui il risarcimento risulta talvolta inidoneo a soddisfare gli interessi del creditore, alla tesi si può muovere l'obiezione assorbente per cui tale rimedio è autonomo e indipendente rispetto alla risoluzione, e viceversa⁽³⁰⁾.

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⁽³¹⁾. 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⁽³²⁾.

Vista l'applicazione residuale nell'ordinamento dell'arricchimento ingiustificato, pare più corretto ricondurre il problema alla causa del contratto⁽³³⁾.

⁽²⁸⁾ Cfr. DELL'AQUILA, *La ratio della risoluzione del contratto per inadempimento*, in *Rivista di diritto civile*, 1983, II, p. 836. Nello stesso senso, già GORLA, *Del rischio e pericolo nelle obbligazioni*, Padova, 1934, p. 138 e p. 143 ss.

⁽²⁹⁾ Sul punto si veda soprattutto 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 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'interesse 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 SICCHIERO, *Op. ult. cit.*, p. 48.

⁽³⁰⁾ Così SICCHIERO, *Op. ult. cit.*, p. 46, il quale ritiene inconferente il richiamo agli artt. 1223-1225 c.c., 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.

⁽³¹⁾ Ha formulato la tesi in esame GORLA, *Op. ult. cit.*, pp. 138-143, p. 172 ss. e p. 194 ss.

⁽³²⁾ AULETTA, *Op. ult. cit.*, pp. 125-127. Accoglie la critica SICCHIERO, *Op. ult. cit.*, p. 47.

⁽³³⁾ 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 AULETTA, *Op. ult. cit.*, pp. 15-20 e p. 173 ss.; DELL'AQUILA, *Op. ult. cit.*, pp. 848-849; e

Precisamente, si ritiene più 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⁽³⁴⁾.

Se così 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⁽³⁵⁾. 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 esclusione per espressa previsione della legge stessa, pur costituendo tale deroga una menomazione ben più grave del sinallagma.

E comunque 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 ammette implicitamente la validità del patto, là dove sancisce, all'art. 33, comma secondo, lettera b), la presunta

GORLA, *Op. ult. cit.*, pp. 111-113. La predetta impostazione è ormai pacificamente disattesa dalla dottrina, la quale eleva a pilastro del sistema rimediale 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 SICCHIERO, *Op. ult. cit.*, p. 49.

⁽³⁴⁾ Un'indicazione in tal senso proviene, anzitutto, dalla *Relazione al codice civile*, n. 660. In dottrina si vedano le considerazioni di 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); REDENTI, *Dei contratti nella pratica commerciale*, I, Padova, 1931; ENRIETTI, *La risoluzione del contratto in generale*, in *Codice civile. Commentario*, a cura di D'Amelio-Finzi, Firenze, 1948, p. 784 ss. e p. 796; 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); SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1985, p. 183 ss.; BARASSI, *Teoria generale delle obbligazioni*, cit., pp. 382-404; DALMARTELLO, voce «*Risoluzione del contratto*», in *Novissimo digesto italiano*, 1969, XVI, pp. 127-128. La tesi è accolta innanzitutto dalla dottrina più recente (*ex multis*, ALESSI, *Op. ult. cit.*, p. 67 ss.; BELFIORE, voce «*Risoluzione*», cit., p. 1309; CATAUDELLA, *I contratti*, Torino, 2002, p. 188 ss.; CRISCUOLI, *Il contratto*, Padova, 2002, p. 473 ss.; GALGANO, *Op. ult. cit.*, p. 560; LUMINOSO, *Op. ult. cit.*, p. 2 ss.; TAMPONI, *La risoluzione per inadempimento*, in AA.VV., *I contratti in generale*, in *Trattato dei contratti*, diretto da 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 più recente, Cass., 1 giugno 2004, n. 10477, in *Giustizia civile* (Massimario), 2004, p. 6, il cui testo integrale è reperibile nella banca dati *Leggi d'Italia* online; Cass., 4 novembre 2003, n. 16530, in *Foro italiano* (Repertorio), 2003, voce «*Contratto in genere*», n. 545, il cui testo integrale si trova in *Orientamenti della giurisprudenza lavoristica*, 2003, I, p. 966; Cass., 4 gennaio 2002, n. 59, in *Giustizia civile*, 2002, I, 1261; Cass., 23 giugno 2001, n. 8621, in *Rivista giuridica del lavoro*, 2002, II, p. 15, con nota di SERRANO; Cass., 7 febbraio 2001, n. 1773, in *Giustizia civile* (Massimario), 2001, p. 224, il cui testo integrale è reperibile in *Juris Data* online; e Cass., 21 dicembre 1998, n. 12769, in *Vita notarile*, 1999, p. 208). Per un'analisi delle critiche alla tesi in esame, si rinvia a SICCHIERO, *Op. ult. cit.*, pp. 43-45.

⁽³⁵⁾ Lo riconosce lo stesso SICCHIERO, *Op. ult. cit.*, p. 72, il quale pure, nel prosieguo della disamina, conclude nel senso dell'ammissibilità della clausola d'irrisolubilità per inadempimento.

vessatorietà della clausola volta a «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». Se il codice del consumo si preoccupa della vessatorietà della clausola, questo, almeno in un sistema coerente, dovrebbe significare che ne presuppone in linea di principio l'ammissibilità: infatti, se la clausola fosse nulla in radice, non vi sarebbe nessun bisogno di ricorrere alla disciplina consumeristica, essendo già sufficiente la nullità di parte generale; né si potrebbe consentire una prova contraria che salvi la clausola ⁽³⁶⁾.

In secondo luogo, come condivisibilmente osserva autorevole dottrina, è lo stesso art. 1453 c.c. a consentire alla parte insoddisfatta di scegliere tra risoluzione ed esecuzione in forma specifica, salva sempre la possibilità di domandare il risarcimento ⁽³⁷⁾.

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 ⁽³⁸⁾. Si argomenta,

⁽³⁶⁾ L'argomento può essere tacciato 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, IRTI N., "Codici di settore": *compimento della "decodificazione"*, in *Diritto e società*, 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»; GENTILI, *Codice del consumo ed esprit de géométrie*, in *Contratti*, 2006, p. 159; ADDIS, *Il «codice» del consumo, il codice civile e la parte generale del contratto*, in *Obbligazioni e contratti*, 2007, 11, p. 872 ss.; DE CRISTOFARO, *Le disposizioni «generali» e «finali» del Codice del consumo: profili problematici*, in *Contratto e impresa/Europa*, 2006, spec. pp. 48-50; ID., *Il «codice del consumo»*, in *Leggi civili commentate*, 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 abbiano agito per scopi inerenti alla propria attività professionale o imprenditoriale»; e FALZONE CALVISI, *Il «taglia e incolla» non si addice al legislatore*, in *Contratto e impresa/Europa*, 2006, p. 104 ss.

⁽³⁷⁾ 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 *Giustizia civile* (Massimario), 2010, il cui testo integrale è reperibile nella banca dati (*online*) *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. SICCHIERO, *La risoluzione per inadempimento*, cit., p. 448 ss.

⁽³⁸⁾ Così BARASSI, *Teoria generale delle obbligazioni*, III, cit., p. 402; BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, III, 2-IV, cit., p. 616. La medesima considerazione si legge in SACCO,

inoltre, dalla riconosciuta liceità 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⁽³⁹⁾.

Ulteriore considerazione a sostegno della tesi – pur con qualche riserva sul fatto che da lì si possa trarre un principio generale – è la previsione nella disciplina di alcuni contratti speciali di un'irrisolubilità *ex lege*⁽⁴⁰⁾. Si pensi al contratto di rendita vitalizia per il quale l'art. 1878 c.c. prevede che, in caso di mancato pagamento delle rate scadute, il creditore non può domandare la risoluzione, ma solo il sequestro e la vendita dei beni del debitore fino a concorrenza dell'ammontare dovuto; oppure l'art. 1976 c.c., 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⁽⁴¹⁾. 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⁽⁴²⁾.

Tra i sostenitori della validità dell'esclusione del rimedio risolutorio ve ne sono alcuni che la circoscrivono entro i limiti dell'art. 1229 c.c., così qualificando il patto come una clausola di esonero dalla responsabilità⁽⁴³⁾. Il codice

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'Autore 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 rilevabilità d'ufficio della risoluzione cfr., per tutti, AMADIO, *Inattuazione e risoluzione: la fattispecie*, in *Trattato del contratto*, a cura di Roppo, V, 2, Milano, 2006, p. 8. In senso contrario, 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.

⁽³⁹⁾ In questo senso CARRESI, *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da Cicu-Messineo, Milano, 1987, p. 906, nt. 539. Nel senso della natura dispositiva delle norme sulla risoluzione per inadempimento cfr. BARASSI, *Op. ult. cit.*, p. 399. Più recentemente, condivide l'ammissibilità del patto in questione SICCHIERO, *Op. ult. cit.*, p. 393 ss.

⁽⁴⁰⁾ Esprime tale riserva SICCHIERO, *Op. ult. cit.*, p. 395.

⁽⁴¹⁾ 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.

⁽⁴²⁾ Cfr., ad esempio, Cass., 28 agosto 1993, n. 9125, in *Contratti*, 1993, p. 677.

⁽⁴³⁾ Nella dottrina contemporanea questa tesi è sostenuta con particolare vigore da 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 c.c., gli artt. 1487 e 1490 c.c. Dai medesimi – i 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

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, ad uno solo tra i rimedi previsti dall'art. 1353 c.c., o a tutti in blocco ⁽⁴⁴⁾.

La tesi, a quanto risulta, non è mai stata impiegata dalla giurisprudenza per vagliare la validità di un patto d'irrisolubilità, ma è nondimeno stata sostenuta da alcune pronunce di legittimità, seppur in meri *obiter dicta* ⁽⁴⁵⁾. Tra questi ve n'è uno nella nota sentenza delle Sezioni Unite sulla riconducibilità all'art. 1229 c.c. delle clausole con cui le Banche limitano a un determinato importo l'obbligo di custodia nelle cassette di sicurezza ⁽⁴⁶⁾. Nell'affrontare il tema, la sentenza ha affermato che la norma in questione 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. 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 ⁽⁴⁷⁾.

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 c.c. Tra queste, ve n'è una che merita di essere citata perché, 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

proprio del venditore – si ricaverebbe che il patto d'irrisolubilità è ammissibile solo nel caso d'inadempimento non imputabile. In questo senso ROPPO, *Il contratto*, 2°ed., in *Trattato di diritto privato*, a cura di Iudica e Zatti, Milano, 2011, p. 882.

⁽⁴⁴⁾ Così AULETTA, *La risoluzione per inadempimento*, cit., p. 490; e BENATTI, *Contributo allo studio delle clausole di esonero da responsabilità*, Milano, 1971, p. 67. In senso contrario, già CARNEVALI, *Della risoluzione per inadempimento*, in *Commentario del codice civile*, diretto da Scialoja-Branca, Bologna-Roma, 1990, p. 110. Più recentemente, si veda sin d'ora SICCHIERO, *La risoluzione per inadempimento*, cit., p. 395; nonché BERTINO, *Sulla validità di una clausola di irresolubilità del contratto per inadempimento*, in *Nuove leggi civili commentate*, 2013, p. 536 ss. Più di recente, LONGOBUCCO, *Op. cit.*, *passim*.

⁽⁴⁵⁾ Cass. 18 giugno 1980, n. 3866, in *Foro italiano* (Massimario), 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 c.c. è contenuto, sempre in *obiter*, anche in una sentenza recente. Si fa riferimento a Cass., 9 maggio 2012, n. 7054, in *Giurisprudenza italiana*, 2012, p. 2255, con nota critica di SICCHIERO, *Nullità della clausola di rinuncia alla risoluzione e massime mentitorie*. Chiarisce l'Autore che dalla massima della sentenza presenta l'applicabilità dell'art. 1229 c.c. 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».

⁽⁴⁶⁾ Cass., Sez. Un., 1 luglio 1994, n. 6225, in *Foro italiano*, 1994, I, c. 3429.

⁽⁴⁷⁾ Per un'ampia riflessione sul valore degli *obiter* cfr. GORLA, voce «*Precedente giudiziale*», in *Enciclopedia giuridica Treccani*, XXIII; Roma, 1990; e BIN, *Il precedente giudiziario. Valore e interpretazione*, Padova, 1995.

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 ⁽⁴⁸⁾.

In questa cornice, comunque, la tesi dell'applicabilità dell'art. 1229 c.c. al patto non sembra condivisibile: per prima cosa, il concetto di responsabilità non ha una portata semantica così ampia, ma nel suo significato tecnico allude esclusivamente alla soggezione all'obbligo risarcitorio, soggezione che non viene meno in virtù del patto ⁽⁴⁹⁾. In secondo luogo, se, come si è cercato di dimostrare nei capitoli precedenti, la *ratio* dell'art. 1229 c.c. risiede nell'esigenza di preservare un minimo sindacale di serietà dell'impegno all'adempimento, allora un patto che non pregiudica la possibilità di ottenere l'adempimento stesso, o l'equivalente del danno per il mancato adempimento, non vi rientra. In terzo luogo, l'art. 1229 c.c. è sì espressione di un principio generale, ma è pur sempre una norma eccezionale in quanto limitativa dell'autonomia privata e, come tale, dovrebbe essere interpretata restrittivamente.

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 forse 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

⁽⁴⁸⁾ 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 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 c.c., comma 3».

⁽⁴⁹⁾ Ancora una volta cfr. 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».

dell'inadempimento⁽⁵⁰⁾. Semmai, la compatibilità con i requisiti dettati in materia di clausole di esonero dalla responsabilità verrà in rilievo ogniqualvolta ci si troverà di fronte ad un patto d'irrisolubilità in senso lato, cioè a un patto che esclude, assieme al rimedio risolutorio, anche quello manutentivo e quello risarcitorio⁽⁵¹⁾.

3. Il patto d'irrisolubilità per inadempimento in senso lato.

Se la giurisprudenza ha prospettato l'applicazione dell'art. 1229 c.c. al patto d'irrisolubilità in senso stretto soltanto in *obiter*, essa invece, chiamata a valutare un patto d'irrisolubilità in senso lato, l'ha dichiarato nullo a motivo della sua incompatibilità con la norma succitata⁽⁵²⁾. Più precisamente, con la clausola – che già si è portata ad esempio all'inizio del precedente paragrafo – il compratore di un autoveicolo aveva rinunciato preventivamente e incondizionatamente alle azioni di risoluzione e di risarcimento dei danni per ogni ipotesi d'inadempimento del venditore.

Il primo elemento che si ricava, pur in via implicita, dalla pronuncia è che la Cassazione ne dà per presupposta l'ammissibilità. Quale sarebbe, infatti, l'utilità d'interrogarsi sui limiti di qualcosa che non è neppure lecito concepire? Questo passaggio, ancorché non abbia goduto della dovuta risonanza, non è per nulla scontato se si pensa che l'ammissibilità di un patto di portata così ampia è lungi dall'essere pacifica.

Qui le perplessità espresse dalla dottrina già con riferimento al patto d'irrisolubilità in senso stretto si fanno ancor più pregnanti e giustificate, posto che, 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⁽⁵³⁾.

⁽⁵⁰⁾ Sull'inclusione della colpa o dell'imputabilità tra i presupposti della risoluzione per inadempimento, cfr. ampiamente SICCHIERO, *La risoluzione per inadempimento*, cit., p. 160 ss.

⁽⁵¹⁾ Così SICCHIERO, *Nullità della clausola di rinuncia alla risoluzione e massime mentitorie*, cit., p. 11 ss. Quest'affermazione è stata confermata da Cass., 30 ottobre 1965, n. 2324, in *Foro italiano*, 1966, I, c. 1459, che sarà oggetto d'analisi nel paragrafo seguente.

⁽⁵²⁾ Cass., 30 ottobre 1965, n. 2324, cit.

⁽⁵³⁾ Sottolinea questo aspetto D'ANGELO, *Le promesse unilaterali*, in *Il Codice Civile Commentario*, fondato da Schlesinger e diretto da Busnelli, 1996, p. 504. Come osservava 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 BIANCA C.M., *Op. ult. cit.*, p. 477. *Contra*, DELFINI, *Autonomia privata e risoluzione del contratto per inadempimento*, in *Nuove leggi civili commentate*, 2014, 3, p. 569 ss., il quale osserva quanto segue: «non sarebbe neppure certo che, pur negandosi validità alla clausola di irrisolubilità, 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: qualora l'obbligazione sia stata adempiuta, anche il rimedio risolutorio, in ipotesi non escluso, non gli garantirebbe alcunché».

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⁽⁵⁴⁾. 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 quella «forza di legge» che l'art. 1372 c.c. 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⁽⁵⁵⁾. 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*⁽⁵⁶⁾.

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 qualunque accordo⁽⁵⁷⁾. Una “contrattualizzazione” del *gentleman's agreement* – o comunque un'estensione al medesimo delle categorie tipiche del

⁽⁵⁴⁾ La sentenza è Cass., 30 ottobre 1965, n. 2324, in *Foro italiano*, 1996, I, c. 1459, la quale afferma la nullità della clausola in quanto «elide la stessa causa del contratto». In dottrina si vedano CARNEVALI, *Op. ult. cit.*, p. 110, e SICCHIERO, *La risoluzione per inadempimento*, cit., *passim*, e p. 403.

⁽⁵⁵⁾ L'osservazione è di BIANCA C.M., *Op. ult. cit.*, pp. 475-476, il quale sostiene la caducazione della sola clausola e non dell'intero contratto.

⁽⁵⁶⁾ Per una panoramica sull'istituto nei suoi ordinamenti d'origine cfr. ALLEN, *The Gentleman's Agreement in Legal Theory and in Modern Practice*, in *29 Anglo-American Law Review*, 204, 2000. Per quanto riguarda l'ordinamento italiano, se qualche tempo fa la dottrina era restia ad accogliere il concetto di *gentlemen's agreement* (per tutti, GARDELLA TEDESCHI, *Gentlemen's agreement*, in *Rivista di diritto civile*, 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 MARTINI, voce «*Gentlemen's agreement*», in *Digesto civile*, 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 *Giustizia civile*, 2000, I, p. 1175 ss., con nota di 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 dell'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 UGOLINI, *I gentlemen's agreements sono giuridicamente vincolanti?*, in *Contratto e Impresa*, 2001, 3, p. 1050 ss., nonché da SICA, *Gentlemen's agreements e intento giuridico negativo: elaborazione dottrinale e «risveglio» giurisprudenziale*. Più ampiamente si veda ID., *Gentlemen's agreement e intento giuridico*, Napoli, 1995, *passim*.

⁽⁵⁷⁾ L'obiezione è di 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.

contratto – appare giustificata solo nel caso in cui l'accordo presenti un oggetto o una causa illecita⁽⁵⁸⁾. 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⁽⁵⁹⁾.

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⁽⁶⁰⁾. Non lo sarà invece ogniqualvolta emerga, da un'analisi del caso concreto, che le parti hanno davvero inteso impegnarsi sul piano dell'onore e che sussiste in capo

⁽⁵⁸⁾ 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, GAZZONI, *Atipicità del contratto, giuridicità del vincolo e funzionalizzazione degli interessi*, in *Rivista di diritto civile*, 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. DI MARZIO, *Illiceità delle clausole abusive*, in *Giustizia civile*, 1999, II, p. 1185; e MARINI, *Promessa ed affidamento nel diritto dei contratti*, Napoli, 1995, p. 326.

⁽⁵⁹⁾ Cfr. 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.

⁽⁶⁰⁾ La riflessione – che si ritrova in DI MARZIO, *Op. cit.*, p. 1185; e 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 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, WINDSHEID, *Diritto delle Pandette*, trad. it. di Fadda e Bensa, Torino, 1925, I, p. 202; SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale*, trad. it. di Scialoja, Torino, 1889, III, p. 123; GRASSETTI, *Rilevanza dell'intento giuridico in caso di divergenza dall'intento empirico*, Milano, 1936; GORLA, *Il contratto. Problemi fondamentali trattati con il metodo comparativo e casistico*, Milano, 1955, I, p. 163; PIETROBON, *L'errore nella dottrina del negozio giuridico*, Padova, 1963, p. 283 ss.; CHECCHINI, *Rapporti non vincolanti e regola di correttezza*, Padova, 1977, p. 153; e 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, SCOGNAMIGLIO, voce «*Negozio giuridico*», in *Enciclopedia giuridica Treccani*, XX, 1990, p. 13; MARINI, *Promessa ed affidamento nel diritto dei contratti*, Napoli, 1995; MESSINA, *Negozi fiduciari*, 1910, ora in *Scritti giuridici*, I, Milano, 1948, p. 42 ss.; CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, 1949, p. 64; MARTINI, voce «*Gentlemen's Agreement*», in *Digesto delle discipline privatistiche (sezione civile)*, VIII, Torino, 1992, p. 649; e BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, 1960, p. 96.

alle medesime un interesse a prestare fede al patto, indipendentemente dalla sua coercibilità, ad esempio per ragioni di reputazione ⁽⁶¹⁾.

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 controprestazione 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 ⁽⁶²⁾.

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 c.c. 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 meglio si chiarirà in apposita sede ⁽⁶³⁾.

Vero è che il contratto irrisolvibile e inesequibile 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 c.c., 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

⁽⁶¹⁾ 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 MACAULAY, *Non contractual relations in business: a preliminary study*, in *American Society Review*, 1963, XXVIII, p. 55 ss.

⁽⁶²⁾ In questo senso, per tutti, 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.

⁽⁶³⁾ 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 NICOLÒ, voce «*Alea*», in *Enciclopedia del diritto*, I, Milano, s.d. (ma 1958), pp. 1027-1028.

potrebbe porsi un problema d'ingiustificato arricchimento⁽⁶⁴⁾. L'obiezione potrebbe 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 c.c. 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⁽⁶⁵⁾.

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 ancora ricevuta, potrà vedere la sua pretesa paralizzata in giudizio da un'eccezione d'inadempimento *ex art.* 1460 c.c. Questo rimedio, infatti, al pari dell'eccezione di mutamento delle condizioni patrimoniali del debitore *ex art.* 1461 c.c., 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 c.c.⁽⁶⁶⁾. 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,

⁽⁶⁴⁾ Sull'applicabilità della nullità alla sola condizione meramente potestativa sospensiva cfr., a titolo di esempio, Cass., 15 settembre 1999, n. 9840, in *Giurisprudenza italiana*, 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 SICCHIERO, *Op. ult. cit.*, pp. 397-398.

⁽⁶⁵⁾ Sul punto cfr., innanzitutto, Cass., 16 gennaio 2006, n. 728, in *Guida al diritto*, 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, nella banca dati *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».

⁽⁶⁶⁾ In questo senso SICCHIERO, *Op. ult. cit.*, pp. 401-402. L'Autore cita Cass., 30 ottobre 1965, n. 2324, in *Foro italiano*, 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.

dichiarare inefficace la *solve et repete* per contrarietà alla buona fede esecutiva⁽⁶⁷⁾.

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 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 la recente riforma del *Code civil* ha espresso il divieto: come già detto, l'art. 1170 c.c.fr. sancisce la nullità di qualunque patto che produca l'effetto di svuotare della sua sostanza un'obbligazione essenziale⁽⁶⁸⁾.

Ecco che riprende corpo la tesi per cui il patto d'irrisolubilità incontra il limite dell'art. 1229 c.c. 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 la possibilità per il creditore di esperire l'azione di risarcimento del danno cagionato dall'inadempimento doloso o gravemente colposo del debitore⁽⁶⁹⁾.

Volendo cogliere lo spunto offerto dall'ordinamento francese, si potrebbe immaginare di distinguere il caso in cui la clausola d'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.

⁽⁶⁷⁾ 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 NANNI, *L'uso giurisprudenziale dell'"exceptio doli generalis"*, in *Contratto e impresa*, 1986, p. 187. Quanto alla giurisprudenza di legittimità, cfr., per tutte, Cass., 19 giugno 2001, n. 8324, in *Banca e borsa*, 2002, II, p. 654; e Cass., 29 marzo 1996, n. 2909, in *Foro italiano*, 1996, c. 1621.

⁽⁶⁸⁾ Sul punto si rinvia alle riflessioni proposte nel paragrafo del capitolo secondo dedicato alle proposte per l'uniformazione in chiave transnazionale alle clausole di esonero da responsabilità.

⁽⁶⁹⁾ Cfr. 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.

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 c.c.; 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 c.c., il quale ancora la valutazione circa l'importanza dell'inadempimento a un dato – come si è detto, almeno in parte – soggettivo là dove specifica che essa si attua «avuto riguardo all'interesse» dell'altro contraente ⁽⁷⁰⁾.

Si potrebbe anche argomentare dalla disciplina della clausola risolutiva espressa: se è consentito alle parti stabilire quali specifici inadempimenti sono rilevanti ai fini risolutivi, allora non si vede perché non debba essere consentito loro stabilire il contrario ⁽⁷¹⁾. Così, alla luce di quanto si è appena detto, si profila una “zona franca” sottratta ai parametri dell'art. 1229 del codice. 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 c.c., 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 ⁽⁷²⁾.

Puntualizzando gli approdi della riflessione sin qui sviluppata si può concludere quanto segue: il patto d'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 c.c.; 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 c.c.; mentre è valido solo nei limiti dell'art. 1229 c.c. quando è stipulato 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 d'irrisolubilità 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

⁽⁷⁰⁾ Sul punto si veda SICCHIERO, *La risoluzione per inadempimento*, cit., p. 410.

⁽⁷¹⁾ Cfr. le considerazioni di 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».

⁽⁷²⁾ Così 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'Autore che anche nel caso del patto in esame occorre rispettare i limiti previsti dalla norma succitata.

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'irrisolubilità 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 ⁽⁷³⁾. Non essendo il difetto di causa originario, dovrebbe applicarsi l'istituto della nullità sopravvenuta, senonché, 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 ⁽⁷⁴⁾.

Alla luce di tali considerazioni, si è suggerito di qualificare la fattispecie in termini di impossibilità sopravvenuta della prestazione dedotta nel patto d'irrisolubilità ⁽⁷⁵⁾. 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 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 c.c. ⁽⁷⁶⁾.

Non meno controverso appare il ricorso alla presupposizione ⁽⁷⁷⁾. Anche a voler riconoscere cittadinanza all'istituto, in linea con la più recente

⁽⁷³⁾ Così SICCHIERO, *La risoluzione per inadempimento*, cit., p. 405.

⁽⁷⁴⁾ *Ibidem*, pp. 405-406. In giurisprudenza cfr., per tutte, Cass., 18 settembre 2003, n. 13739, in *Contratti*, 2004, p. 156 ss., con nota di CARNEVALE M., *Illegittimità della capitalizzazione trimestrale degli interessi passivi*; e in *Archivio civile*, 2004, p. 945 ss.; e in *Gius*, 2004, p. 817 ss.; nonché Cass., 5 aprile 2001, n. 5052, in *Foro italiano*, 2001, I, c. 2185.

⁽⁷⁵⁾ La soluzione in esame è prospettata da SICCHIERO, *Op. ult. cit.*, p. 407.

⁽⁷⁶⁾ 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, 6, p. 620 ss.

⁽⁷⁷⁾ Anche questa soluzione è prospettata da 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'Autore che qui «assume rilievo non tanto la prestazione in sé, che certamente non è come tale

giurisprudenza – e sempreché emerga dall'interpretazione del contratto che le parti hanno inteso pattuire l'irrisolvibilità 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 ⁽⁷⁸⁾. Per altro verso, non è nemmeno agevole ammettere la risolubilità dell'intero contratto: innanzitutto, ciò realizzerebbe proprio gli effetti che il patto d'irrisolvibilità 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 d'irrisolvibilità rimanga impregiudicata, ma il giudice possa nondimeno dichiararla inefficace per contrarietà alla clausola generale di buona fede esecutiva. Così come la giurisprudenza ha inibito l'invocazione, in presenza di un contratto irrisolvibile, 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'irrisolvibilità 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*.

4. L'eccezione d'irrisolvibilità per inadempimento e il suo potenziale contrasto con la buona fede esecutiva.

Il patto d'irrisolvibilità ritenuto valido all'esito del sindacato di compatibilità con i limiti generali dell'ordinamento e con il divieto di abuso di dipendenza economica 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 c.c. 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* ⁽⁷⁹⁾.

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».

⁽⁷⁸⁾ Senza avere la pretesa di fornire una bibliografia completa sulla presupposizione, si vedano BELFIORE, *La presupposizione*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Bessone, Torino, 2003; CAMARDI, *Economie individuali e connessione contrattuale saggio sulla presupposizione*, Milano, 1997, *passim*; 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 *Giustizia civile*, 2003, I, pp. 1536 ss.

⁽⁷⁹⁾ Esprime efficacemente il concetto 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

Non si riscontrano al riguardo precedenti incentrati sulle clausole 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 ⁽⁸⁰⁾. 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 ⁽⁸¹⁾.

Cominciando dal primo caso, la giurisprudenza, salvo una voce contraria, è nel senso di negare un sindacato giudiziale sulla gravità dell'inadempimento ⁽⁸²⁾.

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».

⁽⁸⁰⁾ 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 D'AMICO, *Recesso ad nutum, buona fede e abuso del diritto*; in *Foro italiano*, 2010, I, c. 95 ss., con nota di PALMIERI-PARDOLESI, *Della serie "a volte ritornano": l'abuso del diritto alla riscossa*; in *Obbligazioni e contratti*, 2010, p. 172 ss., con nota di ORLANDI, *Contro l'abuso del diritto*; in *Giustizia civile*, 2009, I, p. 2671 ss.; e *ivi*, 2001, p. 2547 ss., con nota di NIGRO, *Brevi note in tema di abuso del diritto (anche per un tentativo di emancipazione dalla nozione di buona fede)*; in *Giurisprudenza commerciale*, 2011, II, p. 286 ss., con commento di 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, GENTILI, *Abuso del diritto e uso dell'argomentazione*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2010, p. 354 ss.; e RESTIVO, *Abuso del diritto e autonomia privata. Considerazioni critiche su una sentenza eterodossa*, in *Rivista critica di diritto privato*, 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 TOSCHI VESPASIANI, *Difformità urbanistica dell'immobile ed inadempimento del preliminare di vendita*; Cass., 5 luglio 2012, n. 11304, il cui testo integrale è reperibile nella Banca dati *Leggi d'Italia* (online); Cass., 3 novembre 2010, n. 22353, in *Contratti*, 2011, 2, p. 180 ss.; e in *Obbligazioni e Contratti* online, 2011, 1, con nota di SCRIMA; Cass., 6 luglio 2009, n. 15796, in *Contratti*, 2009, 11, p. 1012 ss.; Cass., 4 febbraio 2009, n. 2720, in *Giurisprudenza italiana* (Massimario), 2009; Cass., 26 gennaio 2006, n. 1690, in *Impresa*, 2006, 7-8, 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.

⁽⁸¹⁾ Con particolare riferimento all'ultima ipotesi citata cfr. in dottrina SACCO, in Sacco-De Nova, *Il contratto*, II, cit., p. 658.

⁽⁸²⁾ La voce contraria è rappresentata da Cass., 1 marzo 1974, n. 578, in *Foro italiano*, 1974, I, c. 1700. In senso opposto Cass., 1 agosto 2007, n. 16993, in *Giurisprudenza italiana* (Massimario), 2007, il cui testo integrale è reperibile nella banca dati *Leggi d'Italia* (online); Cass. 27 ottobre 2005, n. 20880, in *Obbligazioni e contratti*, 2006, 3, p. 362 ss., con nota di GENNARI; Cass., 14 luglio 2000, n. 9356, in *Contratti*, 2000, 12, p. 1108 ss.; Cass., 17 ottobre 1995, n. 10815, in banca dati *Leggi d'Italia* (online); Cass., 26 novembre 1994, n. 10102, in *Contratti*, 1995, 2, p. 145 ss., con nota di BASINI, *Termine essenziale e clausola risolutiva espressa per il ritardo nell'adempimento*; Cass., Sez. lavoro, 16 aprile 1992, n. 4659, in *Giurisprudenza italiana*

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⁽⁸³⁾. Consentire 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

(Massimario), 1992; Cass., 8 gennaio 1992, n. 126, *ivi*; Cass., 4 dicembre 1991, n. 13044, *ivi*, 1991; Cass., Sez. lavoro, 27 agosto 1987, n. 7063, in *Foro italiano*, 1988, I; Cass., 11 agosto 1987, n. 6886, in *Giurisprudenza italiana* (Massimario), 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 *Giurisprudenza romana*, 2001, 12, 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 banca dati *Leggi d'Italia* (online); Cass., 27 gennaio 2009, n. 1950, in *Contratti*, 2009, 5, p. 485 ss.; e *ivi*, 6, p. 547 ss., con nota di DELLA CHIESA, *Contenuto, effetti e funzione della clausola risolutiva espressa*; Cass., 26 luglio 2002, n. 11055, in *Contratti*, 2002, 12, p. 1115 ss.; e in *Archivio civile*, 2003, p. 531 ss.; e in *Archivio locazioni*, 2003, p. 203 ss.; Cass., 6 aprile 2001, n. 5147, in *Giurisprudenza italiana* (Massimario), 2001, presente nella sua versione integrale nella banca dati *Leggi d'Italia* (online); Cass., 2 giugno 1990, n. 5169, *ivi*; Cass., 23 maggio 1985, n. 3119, in *Giurisprudenza italiana* (Massimario), 1985; Cass., 12 novembre 1981, n. 5990, *ivi*, 1981.

⁽⁸³⁾ Così argomenta la dottrina favorevole all'inapplicabilità dell'art. 1455 c.c. alla clausola risolutiva espressa. In questo senso, GIORDANO, *Sugli effetti della clausola risolutiva espressa*, in *Giurisprudenza civile commentata*, II, 1946, p. 198 ss.; BARBERO, *La "clausola risolutiva espressa" in rapporto alla disciplina eccezionale degli alloggi*, in *Temi*, 1948, p. 371 ss.; MOSCO, *La risoluzione del contratto per inadempimento*, Napoli, 1950, p. 203; BUSNELLI, voce «Clausola risolutiva», in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1960, VII, p. 198; DALMARTELLO, *Risoluzione del contratto*, in *Novissimo Digesto italiano*, XVI, Torino, 1969, p. 143; SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, in *Trattato di diritto civile* diretto da Grosso e Santoro-Passarelli, IV, 2, Milano, 1972, p. 279; DISTASO, *La risoluzione del contratto*, in *Giurisprudenza sistematica civile e commerciale* fondata da Bigiavi, I contratti in generale, III, Torino, 1980, p. 2166; SMIROLDO, *Profili della risoluzione per inadempimento*, Milano, 1982, p. 177 ss.; COSTANZA, *Clausola risolutiva espressa*, in *Enciclopedia giuridica*, VI, Roma, 1988, p. 1; TRIFIRÒ, *Clausola risolutiva espressa*, in *Quadrimestre*, 1988, p. 690; COLLURA, *Importanza dell'inadempimento e teoria del contratto*, Milano, 1992, p. 135; BIANCA C.M., *Diritto civile. 5. La responsabilità*, Milano, 1995, p. 344; CUBEDDU, *L'importanza dell'inadempimento*, Torino, 1995, pp. 167-168; SACCO, in Sacco-De Nova, *Il contratto*, II, Torino, 2004, pp. 657-658; GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, II, 1, Padova, 2004; DELLACASA, *La clausola risolutiva espressa*, in *Trattato sul contratto*, diretto da Roppo, V, *Rimedi - 2*, a cura di Roppo, Milano, 2006, p. 303 ss.; SICCHIERO, *La risoluzione per inadempimento*, cit., p. 594 ss.; TRIMARCHI, *Il contratto: inadempimento e rimedi*, Milano, 2010, pp. 69-70; TAMPONI, *La clausola risolutiva espressa*, in Carnevali-Gabrielli-Tamponi, *La risoluzione*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Bessone, *Il contratto in generale*, VIII**, Torino, 2011, p. 165 ss.; 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, SARTORI, *Contributo allo studio della clausola risolutiva espressa*, Napoli, 2012, p. 75 ss. Sull'effetto coercitivo della clausola si veda, invece, BASINI, *Risoluzione del contratto e sanzione dell'inadempiente*, Milano, 2001, p. 199 ss.

quella di prevedere un istituto specificamente disegnato per tali esigenze ⁽⁸⁴⁾. A ciò 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 ⁽⁸⁵⁾.

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 ⁽⁸⁶⁾.

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 ⁽⁸⁷⁾.

⁽⁸⁴⁾ La tesi è contrastata da una parte della dottrina. Si veda innanzitutto 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'Autore 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 dedotta in una clausola risolutiva espressa cfr. *Ibidem*, p. 156 ss. Si veda poi 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 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 MONGILLO, *Inadempimento e risoluzione di diritto*, Napoli, 2012, p. 124 ss., spec. p. 192 ss.; e 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 GONNELLI, *La clausola risolutiva espressa tra principio di buona fede e importanza dell'inadempimento*, in *Obbligazioni e contratti*, 2009, p. 719 ss.

⁽⁸⁵⁾ Così SICCHIERO, *Op. ult. cit.*, p. 595.

⁽⁸⁶⁾ Sottolineano la duplicità di significato, per sostenere che solo nei limiti della seconda accezione sia possibile un sindacato giudiziale ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 905; e DELLACASA, *La clausola risolutiva espressa*, in *Trattato sul contratto*, diretto da Roppo, V, *Rimedi - 2*, a cura di Roppo, Milano, 2006, p. 305.

⁽⁸⁷⁾ Così SICCHIERO, *La risoluzione per inadempimento*, cit., pp. 596-597, il quale osserva che se il «requisito della determinatezza dell'obbligazione ritenuta essenziale debba individuarsi

La questione si sposta così dall'importanza dell'inadempimento alla 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⁽⁸⁸⁾.

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⁽⁸⁹⁾.

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⁽⁹⁰⁾.

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

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».

⁽⁸⁸⁾ Sulla necessità che l'inadempimento sia imputabile cfr., tra le tante e dalla più recente, Cass., 30 aprile 2012, n. 6634, in *Guida al diritto*, 2012, 27, p. 54; Cass. 24 giugno 2008 n. 17181, in *Giustizia civile* (Massimario), 2008, p. 6; Cass., 6 febbraio 2007, n. 2553, in *Contratti*, 2007, p. 965, con nota di FONTANELLA; Cass., 2 maggio 2006, n. 10127, in *Foro italiano* (Repertorio), 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 *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2004, I, p. 687 ss., con nota di DELLACASA; Cass., 3 luglio 2000, n. 8881, in *Foro italiano* (Repertorio), 2000, voce *Contratto in genere*, n. 577; Cass., 17 novembre 1999, n. 12760, in *Rassegna delle locazioni e del condominio*, 2000, p. 119.

⁽⁸⁹⁾ Cass., 23 novembre 2015, n. 23868, in *Contratti*, 2016, 7, p. 659 ss., con nota critica di PIRAINO, *Il controllo giudiziale di buona fede sulla clausola risolutiva espressa – Il commento*.

⁽⁹⁰⁾ Così 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 abbracciato la buona fede per realizzare un giudizio di equità, inteso come valutazione altamente discrezionale, se non addirittura arbitraria, ossia come valutazione genuina dell'interprete».

estendere il concetto d'inadempimento attraverso l'integrazione del contenuto contrattuale con una pluralità di obbligazioni accessorie ⁽⁹¹⁾.

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 sinallagma. 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 ⁽⁹²⁾. 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 scopo di liberarsi da un vincolo cui non si ha più interesse per motivi diversi dal suo inadempimento ⁽⁹³⁾.

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

⁽⁹¹⁾ Oltre alle fonti già citate nel corso del primo capitolo, si veda qui 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.

⁽⁹²⁾ Particolarmente illuminanti sono le parole di 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».

⁽⁹³⁾ 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. 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.

la prestazione diventa impossibile⁽⁹⁴⁾. 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 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 c.c.* la scelta del contraente deluso ove questa fosse caduta su un rimedio per lui eccessivamente gravoso⁽⁹⁵⁾. Sarebbe stato superfluo, invece, domandarsi se il contraente deluso, una volta effettuata la scelta, potesse tornare sui suoi passi, visto che l'art. 1453 c.c., 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 d'irrisolubilità 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, c.c.; oppure si può ritenere che la clausola escluda anche la facoltà di modificare la scelta originaria. Se si segue la prima interpretazione, allora si depotenzia 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'irrisolubilità contraria al canone dell'art. 1375 c.c. per il semplice fatto che essa crea un notevole squilibrio tra le parti, privando una di esse di qualsiasi rimedio contro l'inadempimento dell'altra,

⁽⁹⁴⁾ Per un'illustrazione della casistica in materia d'impossibilità dell'esecuzione coattiva della prestazione, con particolare riferimento alla sentenza *ex art. 2932 c.c.*, cfr. 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 (*Ibidem*, p. 301).

⁽⁹⁵⁾ 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, 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.

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 c.c., 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⁽⁹⁶⁾. 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 c.c.

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 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

(⁹⁶) Ritiene invece che quest'ipotesi legittimi una valutazione secondo buona fede dell'invocazione della clausola d'irrisolubilità CARNEVALI, *La risoluzione per inadempimento. Premesse generali*, in CARNEVALI-GABRIELLI-TAMPONI, *Il contratto in generale, La risoluzione*, in *Trattato di diritto privato* a cura di Bessone, VIII, Torino, 2011, p. 29 ss.

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 c.c. 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 c.c. un dovere di mantenere integre le ragioni della controparte, pur trattandosi di ragioni che attengono non tanto al sinallagma in senso proprio quanto piuttosto al sinallagma "rovesciato".

5. Il potere di escludere la risoluzione per impossibilità sopravvenuta e per eccessiva onerosità sopravvenuta: i limiti generali.

Ritenere ammissibile il patto con cui le parti escludono la risoluzione per inadempimento non significa legittimare automaticamente e incondizionatamente quello con cui le parti escludono la risoluzione per impossibilità o eccessiva onerosità sopravvenuta della prestazione. La semplice circostanza che quest'ultimo patto non sia connotato da immoralità, come lo è invece quello con cui si consente al debitore di sottrarsi al suo impegno senza conseguenze, non è indice sufficiente della sua liceità.

I problemi che si pongono qui sono di altra natura e pertanto meritano una trattazione separata. Nel procedervi conviene prendere le mosse dall'esclusione della risoluzione per impossibilità sopravvenuta e poi estendere il ragionamento all'esclusione per eccessiva onerosità, onde prestare maggiore fedeltà all'*iter* seguito dalla giurisprudenza.

Di clausole in deroga alla disciplina dell'impossibilità sopravvenuta si è già discusso parlando dei limiti alle pattuizioni sull'oggetto del contratto, nonché delle c.d. clausole di *force majeure*, e si è detto in quella sede che esse possono declinarsi in vario modo. Talvolta esse assumono la forma di patti con cui si stabilisce l'applicazione della disciplina dell'impossibilità non imputabile – cioè l'estinzione dell'obbligazione e la liberazione da responsabilità – a fatti che invece costituirebbero inadempimento; altre volte si configurano come patti con cui, all'opposto, si stabilisce che il debitore si assuma il rischio dell'impossibilità non imputabile e quindi non sia liberato dalla responsabilità per inadempimento, in deroga all'art. 1218 c.c.; altre volte ancora, si stabilisce che il creditore si assuma il rischio dell'impossibilità e dunque sia tenuto alla sua prestazione pur essendo la controprestazione divenuta impossibile per causa non imputabile al debitore.

Il tratto comune alle predette clausole è che mirano a rimediare alla tendenziale neutralità della disciplina dell'impossibilità sopravvenuta. 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. Le prime due derogano all'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 il diritto 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⁽⁹⁷⁾.

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 sopravvenute, capaci di alterare il sinallagma⁽⁹⁸⁾. Tuttavia, ai fini della presente disamina conviene mantenere ferma la distinzione tradizionale, posto che, come si

⁽⁹⁷⁾ 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), BETTI, *Periculum: problemi del rischio contrattuale in diritto romano classico e giustiniano*, in *Jus*, 1954, 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 SARGENTI, voce «*Rischio contrattuale (diritto romano)*», in *Enciclopedia del diritto*, 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 DELFINI, *Autonomia privata e rischio contrattuale*, Milano, 1999, spec. pp. 1-5.

⁽⁹⁸⁾ In questo senso ALPA, voce «*Rischio (diritto vigente)*», in *Enciclopedia del diritto*, 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. DELFINI, *Autonomia privata e rischio contrattuale*, cit., p. 2., nt. 3.

è già avuto modo di constatare, l'ordinamento tratta le due fattispecie in modo diverso, soprattutto sotto il profilo dei limiti: le clausole sulla responsabilità, infatti, a differenza di quelle sul rischio, devono, a pena di nullità, essere compatibili con il disposto dell'art. 1229 c.c. ⁽⁹⁹⁾.

Fatta questa premessa, in questa sede si prenderà in considerazione l'ultima delle declinazioni prospettate, vale a dire la clausola con cui si esclude la risoluzione per impossibilità, per cui il creditore rimane tenuto a eseguire la prestazione pur non ricevendo nulla in cambio. In merito alla questione dell'ammissibilità di detta clausola emergono, da un'analisi congiunta della dottrina e della giurisprudenza, due diversi approcci: alcuni si limitano ad interrogarsi sulla derogabilità della disciplina dell'impossibilità, altri invece, si spingono oltre domandandosi quali siano gli effetti del patto in esame sulla struttura del contratto – segnatamente sulla sua causa – e se detti effetti siano leciti *tout court* o incontrino dei limiti. In realtà, come meglio si vedrà nel prosieguo, più che di due approcci, si tratta di due fasi logiche complementari e successive di un ragionamento, che è indispensabile coordinare tra loro per ottenere un quadro completo.

La prima fase del ragionamento è inaugurata da due sentenze di legittimità, piuttosto risalenti, chiamate a pronunciarsi sulla clausola contenuta in un contratto tra un genitore e un collegio privato con la quale 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 malattia ⁽¹⁰⁰⁾. La Cassazione ha in entrambi i casi concluso nel senso della validità della clausola, motivando che la disciplina legale del rischio prevista dall'art. 1463 c.c. non è cogente né inderogabile e, di conseguenza, 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 di diritto, bisogna considerare il contesto cui è riferita. Innanzitutto, essa è stata resa in un caso in cui non era impossibile per il debitore eseguire la prestazione, ma era impossibile per il creditore fruirne ⁽¹⁰¹⁾. Sebbene

⁽⁹⁹⁾ Cfr. *Ibidem*, 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 c.c.

⁽¹⁰⁰⁾ Il primo caso è stato deciso da Cass., 29 gennaio 1976, n. 275, in *Foro italiano*, 1976, I, c. 1270; e in *Giurisprudenza italiana*, 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 *Giustizia civile*, 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».

⁽¹⁰¹⁾ 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

parte della dottrina ritenga evidente che le due fattispecie debbano essere equiparate sul piano della disciplina, tale equiparazione non è pacifica 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, ma in via mediata, attraverso l'espedito della carenza di causa in concreto (¹⁰²).

La sussumibilità 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 (¹⁰³). 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 in considerazione del fatto che nel caso di specie ne era messa in dubbio, a monte, la stessa applicabilità.

Oltre alla casistica appena esaminata, la giurisprudenza ha affrontato la questione dell'ammissibilità delle clausole che escludono la risoluzione per impossibilità in una serie di pronunce in tema di *leasing* finanziario (¹⁰⁴). Qui la prassi delle società concedenti è sempre stata solita inserire clausole con cui si esonerava nei confronti dell'utilizzatore dal rischio che il fornitore non gli consegnasse il bene oggetto del contratto, o, per dirla con parole diverse,

controversia, in quanto impossibilità a prestare e impossibilità a ricevere sono tendenzialmente equiparate dalla dottrina, DELFINI, *Autonomia privata e rischio contrattuale*, cit., p. 76. In senso contrario 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».

(¹⁰²) 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 FERRANTE, *Causa concreta ed impossibilità della prestazione nei contratti di scambio*, cit. Sull'equiparazione tra impossibilità a prestare e impossibilità a ricevere cfr. COTTINO, *L'impossibilità di ricevere o di cooperare del creditore e l'impossibilità della prestazione*, in *Rivista di diritto commerciale*, 1948, I, p. 446, secondo il quale la differenza tra le due fattispecie si gioca su un piano meramente ideale.

(¹⁰³) Sull'impossibilità a ricevere imputabile al creditore si vedano PONTECORVO, *L'impossibilità sopravvenuta della prestazione per fatto imputabile al creditore*, Milano, 2007; ROLLI, *L'impossibilità sopravvenuta della prestazione imputabile al creditore*, Padova, 2000; e STELLA, *Impossibilità della prestazione per fatto imputabile al creditore*, Milano, 1995.

(¹⁰⁴) Accosta il tema delle clausole di assunzione del fortuito al *leasing* in particolare 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 notarile*, 1995, p. 1372 ss.; Cass., 2 agosto 1995, n. 8464, in *Foro italiano*, 1996, I, 164, con nota di LENER, *Mancata consegna nel leasing, obbligo di buona fede e causa contrattuale*; Cass., 11 febbraio 1997, n. 1266, in *Diritto e procedura civile*, p. 656 ss., con nota di BELLARDINI, *In tema di clausola di esonero del concedente per il rischio di perimento del bene oggetto del contratto di leasing*.

s'imponesse all'utilizzatore di pagare al concedente il canone di locazione del bene anche se il fornitore non ne aveva effettuato la consegna.

Di fronte a simili clausole la prima criticità è quella di comprenderne la natura giuridica: si tratta in particolare di stabilire se esse siano qualificabili come clausole di esonero da responsabilità – in linea con il *nomen juris* che spesso attribuiscono loro le parti, là dove prevedono che il concedente sia esonerato «da ogni e qualsiasi responsabilità per qualunque inadempimento del fornitore», o clausole derogatorie degli effetti dell'impossibilità⁽¹⁰⁵⁾. La risposta – non agevole visto che il contratto è atipico – dipende dall'individuazione degli obblighi facenti capo al concedente: se quest'ultimo avesse, al pari di un locatore, il dovere di procurare direttamente all'utilizzatore il godimento del bene, allora dovrebbe concludersi che la clausola rientra nell'ambito dell'art. 1229 c.c. e ne sconta i limiti; se, invece, gravasse sul concedente il solo obbligo d'investire il proprio capitale 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, il fornitore.

Una volta qualificata la clausola come derogatoria dell'impossibilità, 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⁽¹⁰⁶⁾.

⁽¹⁰⁵⁾ La clausola è contenuta nelle condizioni generali di contratto della società di *leasing* nel caso affrontato da Cass., 17 maggio 1991, n. 5571, in *Archivio civile*, 1991, p. 907 ss.; in *Giustizia civile*, 1991, I, p. 2973 ss.; e in *Vita notarile*, 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.

⁽¹⁰⁶⁾ *Ibidem*. 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).

La funzione caratterizzante della clausola rispetto al tipo contrattuale in esame viene confermata anche dalla giurisprudenza successiva ⁽¹⁰⁷⁾. La sua operatività, tuttavia, viene limitata quando è presente nel contratto anche un patto con cui le parti stabiliscono che il pagamento del prezzo sia dovuto dal concedente solo dopo la dimostrazione dell'avvenuta consegna del bene da parte del fornitore. Quando il patto sussiste, ragionando *a contrario*, il concedente ha l'obbligo di rifiutare di pagare il fornitore finché quest'ultimo non gli consegna il bene; se non lo fa, si rende inadempiente e quindi non ha diritto alla corresponsione del canone da parte dell'utilizzatore, indipendentemente dalla clausola d'inversione del rischio.

Da qui prende le mosse l'orientamento più recente, per compiere un passo ulteriore e sostenere la nullità della clausola d'inversione del rischio ⁽¹⁰⁸⁾. Nel dettaglio, i profili di nullità sarebbero tre: il difetto della causa concreta del contratto – 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 in realtà potuto godere; e la non meritevolezza degli interessi perseguiti ⁽¹⁰⁹⁾.

A quest'ultimo proposito si osserva che il concedente per evitare il rischio dell'inadempimento del fornitore non ha bisogno di ricorrere alla clausola in

⁽¹⁰⁷⁾ Si ritiene che inauguri questo orientamento Cass., 30 giugno 1998, n. 6412, in *Foro italiano*, 1998, I, p. 3082 ss. In realtà nella medesima direzione si colloca già Cass., 21 giugno 1993, n. 6862, in *Foro italiano*, 1993, I, c. 2144, con nota di MASTRORILLI-CASO R.; in *Giustizia civile*, 1994, I, p. 1623 ss., con nota di PALAMARA; in *Banca, borsa e titoli di credito*, 1994, II, p. 337 ss.; e in *Giurisprudenza italiana*, 1994, I, 1, p. 364 ss., con nota di GORGONI, *Ancora sulla rilevanza della clausola di esonero da responsabilità del concedente il leasing per inadempimento del fornitore*.

⁽¹⁰⁸⁾ Così Cass., 2 ottobre 1998, n. 9785; e Cass., 2 novembre 1998, n. 10296, entrambe in *Foro italiano*, 1998, I, c. 3081 e c. 3100 ss., con nota di 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 ADDANTE, *Dovere di collaborazione tra concedente ed utilizzatore nel leasing e clausole di traslazione del rischio*; e in *Foro italiano*, 2005, I, c. 490 ss.; e in *Giustizia civile*, 2005, I, p. 2745 ss.; Cass., 25 maggio 2004, n. 10032, in *Gius*, 2004, p. 3717 ss.; e in *Obbligazioni e contratti*, 2005, p. 14 ss., con nota di COGNOLATO; Cass., 2 agosto 2004, n. 14786, in *Giurisprudenza italiana* (Massimario), 2004; Cass., 1 ottobre 2004, n. 19657, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 2005, II, p. 611 ss., con commento di PROSPERETTI, *Note di in tema di tutela dell'utilizzatore rispetto ai vizi originari del bene nel leasing finanziario*; e in *Diritto e giustizia*, 2005, p. 65 ss.; e in *Contratti*, 2005, p. 493 ss.; Cass., 29 settembre 2007, n. 20592, in *Foro italiano*, 2007, p. 67 ss.; e in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2008, p. 356 ss.; Cass., 23 maggio 2012, n. 8101, in *Foro italiano*, 2013, I, c. 274 ss.

⁽¹⁰⁹⁾ Così Cass., 2 novembre 1998, n. 10296, 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».

esame, ma 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" ⁽¹¹⁰⁾.

L'orientamento appena esposto si può condividere nei presupposti, ma non nelle conseguenze che se ne fanno derivare. Merita parziale accoglimento la definizione del contenuto dell'obbligo del concedente. Una recente pronuncia delle Sezioni Unite – la 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 ⁽¹¹¹⁾.

Da questa impostazione, però, non discende e non si può far discendere la nullità delle clausole d'irrisolubilità per impossibilità. Da un lato, la buona fede *ex art. 1375 c.c.* è una regola di condotta e non di validità, attiene all'esecuzione del contratto e non al suo contenuto. La sua violazione può dar luogo in alcuni casi al risarcimento del danno, ma non all'ablazione del vincolo contrattuale ⁽¹¹²⁾. Tutt'al più, il giudice, come si è già in parte visto, può reputare contrario a buona fede avvalersi di una determinata clausola in presenza di determinate circostanze sopravvenute alla stipula del contratto ⁽¹¹³⁾. Dall'altro lato, un giudizio sulla meritevolezza delle clausole non risulta giustificato, a meno di non ritenere che le stesse valgano a inserire un elemento di atipicità nel contratto; ma una simile conclusione dovrebbe essere specificamente motivata.

⁽¹¹⁰⁾ 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».

⁽¹¹¹⁾ La pronuncia è Cass., Sez. Un., 5 ottobre 2015, n. 19785, in *Giurisprudenza italiana*, 2016, 1, p. 33 ss., con nota di VITI, *Leasing finanziario - Il collegamento negoziale e la tutela dell'utilizzatore nel leasing finanziario*.

⁽¹¹²⁾ Sul punto, per citare la giurisprudenza più recente, si veda Cass., Sez. Un., 6 maggio 2016, n. 9140, cit., la quale cita 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 più destinato a trovare ristoro sul piano risarcitorio». Alla luce di quanto esposto, conclude la sentenza che «ove non altrimenti stabilito dalla legge, unicamente 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».

⁽¹¹³⁾ Sul punto si vedano le considerazioni svolte nel paragrafo 4 del presente capitolo.

Su quest'ultimo problema si tornerà nel prosieguo della riflessione. Per ora basti considerare che, se le clausole in esame non sono nulle, esse – si badi, limitatamente al contratto di *leasing* – sono nondimeno inutili. Al fine di comprendere l'assunto si considerino tre possibili scenari: a) l'utilizzatore non comunica nulla al concedente; b) l'utilizzatore comunica l'inadempimento del fornitore al concedente e quest'ultimo rimane inerte; c) l'utilizzatore comunica la circostanza e il concedente adempie al proprio obbligo di buona fede.

Nel primo caso, il principio di auto-responsabilità desumibile dall'art. 1227 c.c., 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⁽¹¹⁴⁾. Così sarebbe anche se non ci fosse la clausola di assunzione del fortuito, perché a questo punto la mancata consegna si attergerebbe a impossibilità imputabile al creditore. Peraltro, come precisato incidentalmente dalle Sezioni Unite, l'utilizzatore potrà sempre agire ex art. 2043 c.c. per domandare al fornitore il risarcimento della lesione subita al proprio credito, comprensivo dei canoni pagati.

Nel secondo caso il concedente dovrebbe reputarsi inadempiente, con la conseguenza che l'utilizzatore potrebbe sospendere il pagamento dei canoni ai sensi dell'art. 1460 c.c. o domandare la risoluzione. A nulla varrebbe la clausola di assunzione del rischio in capo all'utilizzatore, posto che qui si è di fronte non all'impossibilità sopravvenuta della prestazione ma all'inadempimento del concedente.

Nel terzo caso il concedente non sopporta alcun sacrificio 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 concedente 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 risolvibile.

Volendo fare il punto di questo primo approccio alla questione dell'ammissibilità delle clausole che escludono la risoluzione per impossibilità

⁽¹¹⁴⁾ Così si esprime chiaramente Cass., 23 maggio 2012, n. 8101, cit.: «in sostanza la scissione tra soggetto destinato a ricevere (dal fornitore) la prestazione di consegna e soggetto destinato ad adempiere (nei confronti del fornitore) l'obbligazione di pagamento del prezzo, non consente al concedente di pagare il prezzo indipendentemente dall'avvenuta consegna, ma giustifica, sulla base dell'art. 1375 cod. civ., che il concedente stesso possa fare affidamento sull'autoresponsabilità dell'utilizzatore nel ricevere la consegna dal fornitore, atteso che utilizzatore e concedente hanno, nei confronti del fornitore, un interesse comune (sicché su entrambi grava un onere di collaborazione); pertanto, se il contratto di compravendita prevede che il fornitore consegni la cosa direttamente all'utilizzatore, ed il contratto di leasing prevede, a sua volta, che l'utilizzatore la riceva, il concedente che resta obbligato al pagamento del prezzo, nell'adempiere, deve far in modo di salvaguardare l'interesse dell'utilizzatore all'esatto adempimento, così come questi è, dal suo canto, gravato, nei confronti del concedente, dell'onere di comportarsi, rispetto al momento della consegna, in modo diligente, sì che non ne risulti sacrificio, per altro verso, l'interesse che anche il concedente ha all'esatto adempimento da parte del fornitore, secondo un modello comportamentale comune improntato alla reciproca cooperazione onde conseguire l'esatto adempimento da parte del fornitore».

sopravvenuta, si possono trarre le seguenti conclusioni: esse risultano inutili nel *leasing* finanziario, in considerazione della particolare natura dell'operazione, ma ciò non esclude l'utilità negli altri contratti; sotto il profilo strutturale, esse non incontrano né il limite dell'ordine pubblico, né quello dell'art. 1229 c.c., né quello delle norme imperative, atteso che la disciplina dell'impossibilità sopravvenuta è, in linea di principio, dispositiva ⁽¹¹⁵⁾.

6. Segue: l'estensione convenzionale dell'alea del contratto e il controllo di meritevolezza.

Le conclusioni appena esposte segnano idealmente l'inizio della seconda fase del ragionamento sull'ammissibilità delle clausole che escludono la risoluzione per impossibilità o per eccessiva onerosità sopravvenuta. Come si è accennato, parte della giurisprudenza e la dottrina hanno affrontato la questione adottando un approccio diverso, il quale può così essere sintetizzato: poiché le clausole in esame obbligano, sostanzialmente, una parte a eseguire la propria prestazione pur a fronte del rischio di non ricevere la controprestazione, esse 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. Si tratta allora, in estrema sintesi, di verificare se l'impatto sia tale da trasformare il contratto da commutativo ad aleatorio e soprattutto fino a che punto questo sia consentito dall'ordinamento.

Cominciando dalla prima parte della questione, taluni, leggendo l'art. 1469 c.c. in combinato disposto con l'art. 1467 c.c., secondo comma, il quale esclude la risoluzione qualora la sopravvenuta onerosità rientri 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 ⁽¹¹⁶⁾. 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 e solo se si verifica quel particolare rischio assunto dalle

⁽¹¹⁵⁾ Concorda con la derogabilità della disciplina relativa all'impossibilità autorevole dottrina. Cfr., per tutti, SACCO, *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile diretto da Sacco*, Torino, 1993, II, p. 978; CARRESI, *Il contratto*, cit., pp. 287-288; MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, in *Commentario del codice civile* diretto da Gabrielli, Torino, 1980, p. 646, nt. 4; LUMINOSO, *I contratti tipici e atipici*, in *Trattato di diritto privato* a cura di Iudica e Zatti, Milano, 1995, p. 77; PINO, *Il contratto a prestazioni corrispettive*, Padova, 1963, p. 162.

⁽¹¹⁶⁾ In questo senso 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, PERLINGIERI, *I negozi su beni futuri*, I, *La compravendita di "cosa futura"*, Jovene, Napoli, 1962, p. 162; LIPARI, *Note in tema di compravendita di cosa futura*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1960, p. 832; PINO, *Il contratto a prestazioni corrispettive*, Padova, 1963, 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, DELFINI, *Dell'impossibilità sopravvenuta*, cit., pp. 80-84, il quale prende comunque le mosse dalla tradizionale distinzione tra *emptio spei* ed *emptio rei speratae*.

parti; se invece si ha una trasformazione nel senso sopra chiarito, allora il contratto sarà immune a tutti i rimedi tipicamente commutativi ⁽¹¹⁷⁾.

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» ⁽¹¹⁸⁾. La restrizione all'aspetto in esame induce a propendere per una sorta di aleatorietà parziale del contratto, che più 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 così come voluta dalle parti ⁽¹¹⁹⁾.

La possibilità per l'autonomia privata d'intervenire sull'alea del contratto è espressamente prevista dalla lettera dell'art. 1469 c.c., ove 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 c.c.

⁽¹¹⁷⁾ Si vedano le considerazioni di ENRIETTI, *Della risoluzione per eccessiva onerosità*, in *Codice civile. Commentario*, a cura di D'Amelio-Finzi, 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 (ricondotto da dottrina e giurisprudenza alla nullità per mancanza di causa), 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 atipici è più rigoroso il controllo di meritevolezza ai sensi dell'art. 1322 c.c.

⁽¹¹⁸⁾ 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 prefigurarsi 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 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 al diritto*, 2012, 31, p. 66; e Cass., 26 gennaio 1993, n. 948, cit.

⁽¹¹⁹⁾ Cfr. Trib. Milano, 30 gennaio 2014, in *Società*, 2014, 4, p. 484 ss., con commento di 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"».

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 ogniqualvolta non sia accompagnata da rimedi alternativi idonei a ripristinare l'equilibrio del sinallagma⁽¹²⁰⁾. Se tali rimedi fossero previsti, non si porrebbe neppure il problema di verificare la persistenza del carattere commutativo del contratto; quando invece essi non sono stabiliti, il contratto non è nullo, ma semplicemente si trasforma in aleatorio⁽¹²¹⁾.

La giurisprudenza ha avallato questa tesi in una serie di ipotesi 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; di una clausola, contenuta in un contratto tra l'amministrazione delle finanze e un'impresa avente ad oggetto la pubblicità, distribuzione e vendita di biglietti delle lotterie nazionali, che prevedeva l'obbligo per l'impresa di garantire all'amministrazione un incasso corrispondente ad un minimo di biglietti venduti ed il pagamento di un minimo di massa premi; 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; del contratto di *domestic currency swap*; e del contratto di *put option*, diffuso nella prassi societaria⁽¹²²⁾.

Se la giurisprudenza riconosce la validità di dette clausole e l'art. 1469 c.c. sottrae i contratti aleatori dalla risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta, allora la stessa giurisprudenza ammette implicitamente la possibilità di escludere

⁽¹²⁰⁾ Sostiene la tesi della nullità ZACCHEO, *Patti sul rischio e sopravvenienza*, Roma, 1994, pp. 97-98. Più moderata la posizione di 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.

⁽¹²¹⁾ Così Trib. Torino, 27 gennaio 2000, in *Giurisprudenza italiana*, 2001, p. 548 ss., ove – con 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. DELFINI, *Dell'impossibilità sopravvenuta*, Artt. 1463-1466, in *Il codice civile Commentario*, fondato da Schlesinger e diretto da Busnelli, Milano, 2003, p. 79, nt. 115.

⁽¹²²⁾ Il primo caso è stato affrontato da Cass., 23 giugno 1984, n. 3694, in *Giustizia civile*, 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; il secondo caso è stato affrontato da Cass., 26 gennaio 1993, n. 948, in *Contratti*, 1993, p. 532 ss., con nota di MENICHINO, e in *Giustizia civile*, 1993, I, p. 3021 ss., con nota di COSTANZA; il terzo caso è stato affrontato da Cass., 10 ottobre 2012, n. 17485, in *Giurisprudenza italiana*, 2013, p. 2476 ss., con nota di 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»; il quarto caso è stato affrontato da Trib. Torino, 27 gennaio 2000, cit.; il quinto caso è stato affrontato da Trib. Milano, 30 gennaio 2014, cit.

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 *ivi* spesso inglobate nelle *hardship clauses*, quali 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⁽¹²³⁾.

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 del codice civile⁽¹²⁴⁾. L'interrogativo sembrerà irrilevante a quanti sostengono che anche i contratti tipici sono sottoposti al giudizio di meritevolezza sotto il profilo della causa concreta⁽¹²⁵⁾. 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 del codice⁽¹²⁶⁾.

⁽¹²³⁾ Per un elenco, non tassativo, di dette clausole cfr., per tutti, RICCIO, *Dell'eccessiva onerosità*, artt. 1467-1469, in *Commentario del codice civile* a cura di Scialoja e Branca, Libro quarto – delle obbligazioni, Bologna-Roma, 2010, 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 MACARIO, con la collaborazione di OREFICE e PATTI F.P., *Clausola di rinegoziazione del prezzo*. Sulle clausole di minimo garantito cfr., più ampiamente, DELFINI, *Autonomia privata e rischio contrattuale*, cit., pp. 239-357.

⁽¹²⁴⁾ Si rammenti che la giurisprudenza più recente considera «approdo pacifico della teoria generale del contratto la possibilità di estendere il sindacato al singolo 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.

⁽¹²⁵⁾ In dottrina comincia a sostenere l'applicazione del giudizio di meritevolezza ai contratti tipici, per tutti, FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966; ID., *Meritevolezza dell'interesse e utilità sociale*, in *Rivista di diritto commerciale*, 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 *Corriere giuridico*, 2010, 1, p. 58 ss., con nota di IZZO.

⁽¹²⁶⁾ 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, 2, p. 157 ss.; e in *Contratti*, 2004, p. 801 ss., con nota di PALMIERI, *Liceità*

Quest'ultima norma, infatti, è prevista per qualunque contratto, laddove l'art. 1322 c.c. impone il controllo in esame solo per i contratti «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. 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⁽¹²⁷⁾.

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 del codice⁽¹²⁸⁾. 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⁽¹²⁹⁾. Una (non recentissima)

della clausola di beneficio di cambio nel contratto di assicurazione; e in Giurisprudenza italiana, 2005, p. 35 ss., con nota di NARDELLI; e in *Guida al diritto*, 2004, 19, p. 54 ss.; nonché Cass., 13 maggio 1980, n. 3142, in *Giurisprudenza italiana* (Massimario), 1980. In dottrina cfr. 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; GORLA, *Il contratto*, I, Milano, 1954, p. 199; GUARNIERI, voce «Meritevolezza dell'interesse», in *Digesto civile*, XI, Torino, 1994, p. 33; MESSINEO, *Dottrina generale del contratto*, Milano, 1952, p. 13; PALERMO, *Funzione illecita e autonomia privata*, Milano, 1970, p. 174; e SACCO, voce «Interesse meritevole di tutela», in *Digesto delle discipline privatistiche - sez. civ.*, Agg. V, 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».

⁽¹²⁷⁾ Sul tema della causa in concreto, si veda, per un contributo recente, FERRANTE, *Causa concreta ed impossibilità della prestazione nei contratti di scambio*, in *Contratto e Impresa*, 2009, I, 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 *Corriere giuridico*, 2008, p. 921 ss., con nota di ROLLI; nonché in *Contratti*, 2008, p. 786 ss., con nota di BARBIERA; e da Cass., 24 luglio 2007, n. 16315, in *Giurisprudenza italiana*, 2008, 5, p. 1133 ss., con nota di IZZI; nonché in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2008, p. 531 ss., con nota di NARDI. Oltre alle sentenze appena citate, accolgono la nozione di causa in concreto, Cass., 4 agosto 1988, n. 4825, in *Giurisprudenza italiana*, 1989, I, p. 67 ss.; Cass., 1 aprile 2011, n. 7557, il cui testo integrale è reperibile nella banca dati *Leggi d'Italia* online; Cass., 18 agosto 2011, n. 17360, in *Giurisprudenza italiana*, 2012, p. 1795 ss.

⁽¹²⁸⁾ In questo senso, 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, 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).

⁽¹²⁹⁾ 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

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⁽¹³⁰⁾.

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 c.c., ma si colora di una componente ulteriore, costituzionalmente orientata: la dimensione sociale dell’interesse perseguito⁽¹³¹⁾. La valutazione deve essere effettuata in concreto e pertanto non è possibile in questa sede giungere ad una conclusione aprioristica sulla meritevolezza delle clausole d’irrisolubilità in esame. Si può solo tentare di

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, il cui testo è reperibile nella banca dati *Leggi d’Italia* online. Sull’applicazione del giudizio di meritevolezza al contratto convenzionalmente aleatorio cfr., innanzitutto, Cass., 22 luglio 2015, n. 15370, *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 italiano*, 1996, I, c. 173 ss.

⁽¹³⁰⁾ 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, 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 DELFINI, *Autonomia privata e rischio contrattuale*, cit., p. 118.

⁽¹³¹⁾ 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 *Giurisprudenza italiana*, 2009, p. 1655, con nota di GALATI, *Brevi osservazioni in tema di c.d. “causa concreta” del contratto*. In dottrina cfr., per tutti, NUZZO, *Utilità sociale e autonomia privata*, Milano 1974, p. 105, il quale promuove un’interpretazione costituzionalmente orientata dell’art. 1322 c.c. in base a cui sarebbero immeritevoli di tutela gli interessi che contrastano con l’utilità sociale. Cfr. anche, per un contributo più recente, BIANCA C.M., *Causa concreta del contratto e diritto effettivo*, in *Rivista di diritto civile*, 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».

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 ⁽¹³²⁾.

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 scontrerebbe il rischio di confondere il controllo causale con quello – dichiaratamente rifuggito dall’ordinamento – sull’adeguatezza del corrispettivo, d’intersecare la meritevolezza dell’interesse perseguito con la giustizia contrattuale ⁽¹³³⁾. La preoccupazione è tutt’altro che infondata, come dimostra qualche (per ora isolata) pronuncia in cui la distinzione in esame si è quasi completamente stemperata aprendo una breccia al potere correttivo del giudice nei confronti del regolamento contrattuale ⁽¹³⁴⁾.

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

⁽¹³²⁾ 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 DELFINI, *Op. ult. cit.*, cit., loc. ult. cit.; l’ultimo da RESCIO, *Op. ult. cit.*, p. 137.

⁽¹³³⁾ Avverte di tale rischio 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’Autore (p. 19) – il problema di fornire, in assenza di parametri oggettivi, la prova del fatto che tale riduzione ha effettivamente avuto luogo.

⁽¹³⁴⁾ Per tutte, Cass., 1 aprile 2011, n. 7557, in *Giurisprudenza italiana*, 2012, p. 543, da cui prende le mosse GAROFALO, *La causa del contratto tra meritevolezza degli interessi ed equilibrio dello scambio*, in *Rivista di diritto civile*, 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 trattenere, a tempo indeterminato e senza alcun corrispettivo, il bene per l’intera durata delle operazioni di bonifica. Più 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 [...]».

giudizio valutativo, intriso di soggettività siccome basato su una clausola generale quale è la buona fede ⁽¹³⁵⁾.

In linea con quanto osserva la dottrina più 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, ancora, in base alla disciplina comunitaria, perché una delle parti – un consumatore o un imprenditore “debole” – versava al momento della stipula del contratto in una posizione d'inferiorità informativa ed economica ⁽¹³⁶⁾.

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 ⁽¹³⁷⁾.

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 c.c. 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 sue possibilità di guadagno», indipendenti dall'utilità che il comportamento

⁽¹³⁵⁾ In questo senso, PIRAINO, *Il diritto europeo e la «giustizia contrattuale»*, in *Europa e diritto privato*, 2, 2015, pp. 248-249. Più ampiamente, si veda SCOGNAMIGLIO, *Problemi della causa e del tipo*, in *Trattato del contratto*, a cura di 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».

⁽¹³⁶⁾ Così BARCELLONA, *Della causa. Il contratto e la circolazione della ricchezza*, Milano 2015, pp. 516-517.

⁽¹³⁷⁾ Si veda sul punto, per tutti, BIANCA C.M., *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, Milano, 2000, p. 643. Come osserva BARCELLONA, *La causa del contratto e il “prezzo vile”: giudizio causale e trasparenza negoziale*, nota a Cass., 4 novembre 2015, n. 22567, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2016, 4, 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».

richiesto al lavoratore rappresenta per il datore di lavoro e al suo ipotetico valore di mercato ⁽¹³⁸⁾.

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 ⁽¹³⁹⁾.

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 ⁽¹⁴⁰⁾. 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» ⁽¹⁴¹⁾.

La complessità e l'ampiezza del dibattito sul punto hanno imposto qui una trattazione sintetica della questione, ma tanto basta per respingere l'idea della nullità del patto d'irrisolubilità 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.

7. Segue: peculiarità della questione nei contratti che programmano l'effetto traslativo.

Il patto d'irrisolubilità per impossibilità sopravvenuta assume particolari connotati nei contratti che producono o programmano l'effetto traslativo. Se negli altri contratti, secondo il modello legale, il rischio dell'impossibilità sopravvenuta – inteso come rischio di prestare senza ottenere in cambio la controprestazione – non grava sostanzialmente né sul debitore né sul creditore, nel senso che la risoluzione ripristina per entrambi la posizione in cui si trovavano prima della stipula, nei contratti da ultimo citati il rischio dell'impossibilità grava su una delle due parti, e precisamente sul proprietario.

Se negli altri contratti l'irrisolubilità per impossibilità dev'essere prevista con un'apposita clausola, nei contratti che producono o programmano l'effetto traslativo detta irrisolubilità è prevista dalla legge stessa ogniqualvolta si sia già verificato il trasferimento della proprietà (o altro fatto previsto dal legislatore in alcune ipotesi specifiche) e a decorrere da quel momento. Qui dunque la disciplina dell'impossibilità non è neutra, o meglio, lo è fino a che non si verifica

⁽¹³⁸⁾ La pronuncia è Cass., Sez. lavoro, 14 maggio 1998, n. 4891, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 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.

⁽¹³⁹⁾ App. Trieste, 9 novembre 2010, in *Giurisprudenza italiana*, 2011, p. 1544 ss., con nota di RIZZUTI, *Nullità ed equilibrio contrattuale*.

⁽¹⁴⁰⁾ In questo senso RIZZUTI, *Nullità per mancanza di causa – ancora in tema di nullità ed equilibrio contrattuale* (nota a Cass., 4 novembre 2015, n. 22567), in *Giurisprudenza italiana*, 2016, 4, p. 835 ss.

⁽¹⁴¹⁾ Cass., 4 novembre 2015, n. 22567, cit.

l'effetto traslativo, dopodiché diviene sfavorevole a una delle parti, cioè al proprietario.

Proprio nel contenuto e nel significato della deroga alla disciplina dell'impossibilità risiede il primo connotato peculiare che assume la questione. Per comprendere il secondo occorre fare prima un'osservazione. La regola, riassunta nel brocardo latino *res perit domino*, detta un criterio – quello della proprietà – che non è d'immediata comprensione, in quanto non fattuale ma normativo ⁽¹⁴²⁾. Mentre individuare il creditore o il debitore della prestazione divenuta impossibile non richiede la mediazione di un ragionamento logico-giuridico ulteriore, identificare il proprietario impone la soluzione di un quesito pregiudiziale: qual è il momento in cui si è trasferita la proprietà.

Questo può apparire scontato, ma vi sono casi in cui l'operazione non è così agevole: si pensi anche solo a tutte le ipotesi nelle quali è incerto se le parti abbiano inteso utilizzare lo schema di conclusione del contratto previsto dall'art. 1326 c.c. o quello previsto dall'art. 1327 c.c. In tale ottica il problema della derogabilità degli effetti dell'impossibilità s'interseca con quello della derogabilità dei modelli traslativi. S'interseca, e non coincide, perché, come si vedrà a breve, le parti non devono necessariamente regolare il trasferimento della proprietà per disciplinare il passaggio del rischio, ma possono scindere i due profili adottando un approccio funzionale analogo a quello scelto dalla Convenzione di Vienna sulla vendita internazionale di beni mobili, la quale, come espressamente dichiarato all'art. 4, non si occupa di stabilire il momento traslativo, ma di normarne le diverse conseguenze.

Si noti che non si è parlato di derogabilità del consensualismo traslativo, ma di derogabilità dei modelli traslativi. Questo, innanzitutto, perché il trasferimento della proprietà attraverso il mero consenso non è l'unico modello accolto dal codice e, anzi, si ritiene che sia recessivo, considerate le numerose eccezioni interne ed esterne che incontra. In secondo luogo perché il contratto, come già si è accennato, potrebbe rientrare nell'ambito di applicazione della Convenzione di Vienna, o comunque presentare elementi di estraneità, e in queste ipotesi difficilmente le parti adotteranno il modello consensualistico, che è recessivo non solo nell'ordinamento italiano ma su scala Europea ⁽¹⁴³⁾.

La recessività del consensualismo traslativo, tanto in una prospettiva interna quanto in una prospettiva europea, legittima ulteriormente l'orientamento maggioritario della dottrina, che, già sotto l'egida del vecchio codice, era favorevole alla sua derogabilità. 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 ⁽¹⁴⁴⁾.

⁽¹⁴²⁾ Si vedano sul punto le riflessioni di DELFINI, *Autonomia privata e rischio contrattuale*, cit., *passim*.

⁽¹⁴³⁾ Per un ampio quadro, anche in una prospettiva diacronica, sui modelli traslativi adottati a livello europeo si veda FERRANTE, *Consensualismo e trascrizione*, cit., pp. 19-50.

⁽¹⁴⁴⁾ *Ibidem*, pp. 19-27. Malgrado le critiche della dottrina francese (cfr. FAUVARQUE-COSSON e MAZEAUD, *L'avant-projet français de réforme du droit des obligations et de la prescription*, in *Uniform Law Review / Revue de droit Européen*, 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

Del medesimo avviso è una giurisprudenza risalente ma, a quanto consta, mai smentita ⁽¹⁴⁵⁾. Allora, se il modello in questione è derogabile, non sussistono limiti generali alla derogabilità della distribuzione del rischio prevista dal codice. Questo non esclude, però, che sorgano limiti particolari con riferimento ad alcune clausole specifiche. Al fine d'individuarli è necessario mappare sinteticamente le possibilità aperte all'autonomia privata.

Tali possibilità si ottengono combinando i modelli traslativi del codice con quelli di altri ordinamenti, oppure quelli adottati nella prassi del commercio internazionale. Alla luce di queste combinazioni, le parti possono innanzitutto stabilire qual è il fatto rilevante per la dinamica traslativa: il consenso, la dichiarazione del compratore che il bene è conforme a quanto pattuito, l'adempimento di alcune formalità, quali quelle pubblicitarie, oppure la consegna. Cosa s'intende per consegna può essere specificato dalle parti utilizzando le clausole elaborate dalla prassi commerciale internazionale e cristallizzate dalle regole *Incoterms*.

Con la clausola EXW (*Ex Works*), o franco fabbrica, si ha consegna quando il venditore mette la merce nei suoi locali a disposizione del compratore, con la FCA (*Free carrier*), o franco vettore, si ha consegna quando il venditore depone la merce nelle mani del vettore o di altra persona indicata dal compratore. La clausola ha due varianti: nella CTP (*Carriage Paid To*) il venditore si accolla le spese del trasporto, mentre nella CIP (*Carriage and Insurance Paid to*) si obbliga anche a stipulare un'assicurazione contro il rischio del perimento del bene durante il trasporto. Con la clausola DAP (*Delivered At Place*) la consegna si ha quando la merce è giunta nel luogo convenuto e pronta per essere scaricata; con la clausola DAT (*Delivered At Terminal*) la consegna si ha quando la merce è stata scaricata nel luogo pattuito, cosicché il venditore si assume non solo il rischio del trasporto,

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 sotto-sezione di quella relativa agli effetti del contratto dedicata all'effetto traslativo, nella quale l'art. 1196 c.c.f. 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 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 *Contratto e impresa / Europa*, 1, 2016, p. 311 ss. Sul fatto che il consensualismo traslativo sia sempre stato un *acquis* del diritto francese pur nell'ambiguità della formulazione del Codice ante riforma cfr. TERRÉ-SIMLER-LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, 2005, spec. n. 266.

⁽¹⁴⁵⁾ Così Cass., 4 marzo 1969, n. 692, in *Giurisprudenza italiana*, 1969, n. 692, I, 1, 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 *Foro italiano* (Repertorio), 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 *Giurisprudenza italiana*, 1989, 1, 2, p. 808 ss., spec. p. 815, ove si legge che «nell'ambito dell'autonomia negoziale 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».

ma anche quello delle operazioni di scarico; infine, con la clausola DDP (*Delivered Duty Paid*), o “reso sdoganato fino a luogo di destinazione convenuto”, la consegna si ha quando la merce è giunta a destinazione, è stata scaricata, e il venditore ha espletato la procedura d’importazione ed esportazione, comprensiva di eventuali licenze (¹⁴⁶).

Nell’ambito delle predette combinazioni le parti possono mantenere la contestualità tra passaggio della proprietà e passaggio del rischio; oppure separare temporalmente i due momenti. In quest’ultima ipotesi si presentano all’autonomia privata le seguenti opzioni: limitarsi a stabilire convenzionalmente quando si trasferisce la proprietà, collegando per implicito a tale momento il passaggio del rischio; concordare che il rischio passi in un momento successivo al trasferimento della proprietà; oppure prevedere che il passaggio del rischio avvenga in un periodo anteriore al trasferimento della proprietà. Si pensi a una clausola con cui le parti stabiliscono in un preliminare a effetti anticipati che il rischio si trasferisce con la consegna del bene al promissario acquirente o ad una clausola con cui le parti condizionano il passaggio della proprietà al pagamento integrale del prezzo da parte del compratore.

Quest’ultima modalità è diffusa nella prassi contrattuale anglo-americana e internazionale sotto il nome di *retention of title*. Con riguardo alla struttura della clausola non si pongono particolari problemi se la legge applicabile è quella italiana: la pattuizione, infatti, qualifica il contratto come una vendita con riserva della proprietà, istituto espressamente disciplinato agli artt. 1523 ss. del codice civile. Anche nel caso in cui le parti avessero configurato il contratto come vendita in cui l’effetto traslativo è condizionato al pagamento del prezzo da parte del compratore, la giurisprudenza si è pronunciata nel senso di una riquilificazione del contratto medesimo in termini di vendita con riserva della proprietà (¹⁴⁷). Peraltro, la dottrina forse prevalente attribuisce alla stessa vendita

(¹⁴⁶) Questi sono gli *Incoterms* applicabili ad ogni tipo di trasporto. Vi sono poi quelli applicabili solo al trasporto marittimo o aereo. Si tratta del FAS (*Free Alongside Ship*), secondo cui la consegna avviene quando la merce è sistemata sul molo o nell’area circostante alla nave indicate dal compratore; del FOB (*Free On Board*) secondo cui la consegna avviene con la deposizione della merce sulla nave indicata dal compratore, con la possibile assunzione da parte del venditore dei costi di trasporto marittimo fino al porto di destinazione e la stipula di un’assicurazione per il caso di perimento del bene durante il viaggio per mare (CFR, *Cost and Freight*). Per un commento sulle regole in esame si veda, per tutti, RAMBERG, *Incoterms 2010*, in *European Journal of Law Reform*, Vol. 13, 3-4 (2011), pp. 380-387. Con specifico riguardo al rapporto tra le regole *Incoterms* e la Convenzione di Vienna sulla vendita internazionale di beni mobili cfr. FARNSWORTH, *Review of Standard Forms or Terms Under The Vienna Convention*, in 21 *Cornell International Law Journal*, (1988), p. 441; COETZEE, *The Interplay between Incoterms and the CISG*, in *Journal of Law and Commerce*, Vol. 32, Issue 1 (Fall 2013), pp. 1-22; WILLIAM P., *Analysis of Incoterms as Usage under Article 9 of the CISG*, in *University of Pennsylvania Journal of International Law*, Vol. 35, Issue 2 (Winter 2013), pp. 379-430.

(¹⁴⁷) Così Cass., 8 aprile 1999, n. 3415, *Notariato*, 1999, 5, p. 407 ss.; e *ivi*, 2001, 5, p. 473 ss., con nota di ZECCHINO, *Vendita condizionata al pagamento del prezzo e vendita con riserva della proprietà*, ove si legge che «La compravendita immobiliare sottoposta alla condizione sospensiva del pagamento del prezzo si inquadra nella figura della compravendita con riserva di proprietà, nella quale il trasferimento di tale diritto si realizza "ex nunc" con il pagamento dell’ultima rata del prezzo. La condizione in esame è una condizione di adempimento mediante la quale le parti sospendono gli effetti del negozio nell’eventualità che una di esse adempia o no tutti o alcuni degli obblighi assunti in contratto».

in esame la natura di contratto sottoposto a condizione sospensiva ⁽¹⁴⁸⁾. Inoltre la giurisprudenza ammette ormai pacificamente la possibilità di dedurre in condizione l'adempimento ⁽¹⁴⁹⁾.

⁽¹⁴⁸⁾ In tal senso, *ex plurimis*, DE MARTINI, *Vendita reale, vendita obbligatoria, e promessa di vendita*, in *Giurisprudenza completa della Corte suprema di cassazione – sezioni civili*, 1947, III, p. 452; GIORDANO, *Obbligazione delle parti nella vendita con riserva della proprietà*, *Ivi.*, 1945, I, p. 198 ss.; GORLA, *La compravendita e la permuta*, in *Trattato di diritto civile* diretto da Vassalli, Torino, 1937, p. 324; RESCIGNO, voce «Condizione», in *Enciclopedia del diritto*, III, Milano, 1961, p. 784. In giurisprudenza cfr., tra le altre, Cass., 13 luglio 1998, n. 6813, in *Rivista giuridica dell'edilizia*, 1998, I. La caratteristica per cui con essa, per espressa previsione del codice, l'effetto traslativo della proprietà si produce non al raggiungimento dell'accordo tra venditore e compratore, né al momento della consegna del bene, ma al pagamento integrale del prezzo, ha indotto autorevole dottrina a qualificarla come una vendita obbligatoria. Plausibile obiezione è che nella vendita obbligatoria, così come configurata dall'art. 1476, secondo comma, del codice, l'effetto traslativo della proprietà è subordinato all'adempimento da parte del venditore dell'obbligo di far acquisire il diritto medesimo al compratore, non già all'adempimento da parte del compratore dell'obbligo di pagare il prezzo (tra gli altri GAZZARA, *La vendita obbligatoria*, Milano, 1957, 214 ss.; RUBINO, *La compravendita*, cit., 428 ss.; in giurisprudenza, per tutte, Cass., 14 giugno 1982, n. 3630, in *Giurisprudenza italiana* Massimario, 1982). Altri autori, a dispetto del tenore letterale dell'art. 1523 c.c., hanno ravvisato nella fattispecie in esame una vendita immediatamente traslativa della proprietà e nel patto di riservato dominio la fonte di una situazione che garantisce al venditore il recupero *ex tunc* del bene (così, ad esempio, BIANCA C.M., *La vendita e la permuta*, cit., p. 585 ss.). Altri ancora hanno sostenuto che la vendita con patto di riservato dominio trasferisca una proprietà risolubile (cfr. PELOSI, *La proprietà risolubile nella teoria del negozio condizionato*, Milano, 1975, p. 189). A quest'ultima tesi si è obiettato che nella fattispecie in esame manca l'automaticità dell'effetto estintivo del rapporto, propria della condizione risolutiva, in quanto qui è comunque necessario che, al verificarsi dell'inadempimento, il venditore proponga dinanzi al giudice la domanda di risoluzione. Vi è poi una teoria secondo la quale sia il venditore che il compratore devono essere considerati proprietari, il primo “a garanzia del prezzo”, il secondo “con riserva di pagamento” (in tal senso COMPORATI, *Contributo allo studio del diritto reale*, Milano, 1977, p. 371 ss.). Un'ulteriore teoria configura l'istituto come una vendita con effetto reale rinviato al pagamento del prezzo, la quale fa sorgere in capo al compratore una posizione giuridica, diversa dalla proprietà, ritenuta ora di natura reale, ora di natura personale, ora finale, ora strumentale. Così, tra gli altri, CATTANEO, *Riserva della proprietà e aspettativa reale*, in *Rivista Trimestrale di diritto e procedura civile*, 1965, p. 945 ss.; GATTI, *Le situazioni soggettive attive del compratore nella vendita con riserva della proprietà*, in *Rivista di diritto commerciale*, 1965, I, p. 467 ss.; MENGONI, *Gli acquisti a non domino*, Milano, 1994, p. 190.

⁽¹⁴⁹⁾ Si è, in particolare, argomentato che: (a) non è l'adempimento a non poter essere dedotto nell'elemento accidentale, ma l'obbligazione: solo quest'ultima, infatti, non anche il suo adempimento, è l'oggetto del contratto, elemento essenziale ai sensi del combinato disposto degli artt. 1325 e 1418, codice civile, tant'è vero che se manca l'obbligo, il contratto è nullo per mancanza dell'oggetto, se manca l'adempimento il contratto resta valido, ancorché risolubile; (b) anche nella condizione di adempimento sussiste l'elemento dell'incertezza, in quanto l'esecuzione forzata non è certo che vada a buon fine, potendo il patrimonio del debitore essere incapiente; (c) trattandosi di condizione unilaterale, il creditore, in caso d'inadempimento, potrà scegliere se avvalersi del meccanismo condizionale, e quindi riottenere o mantenere la proprietà del bene alienato, o rinunciarvi e quindi agire in giudizio per la risoluzione (o per l'adempimento) e per il risarcimento del danno. Si vedano, per tutti, AMADIO, *La condizione di inadempimento. Contributo alla teoria del negozio condizionato*, Padova, 1996, p. 124 ss.; DI MAJO GIAQUINTO, *L'esecuzione del contratto*, Milano, 1967, p. 177 ss.; IANNACCONE, *L'adempimento dedotto in condizione*, nota a Cass., 24 giugno 1993, n. 7007, in *Giurisprudenza italiana*, 1995, I, 1, p. 329 ss.; LENZI, *In tema di adempimento come condizione: ammissibilità, qualificazione e disciplina*, in *Rivista del notariato*, XL, p. 87 ss.; MAIORCA, voce «Condizione», in *Digesto delle discipline privatistiche*, sezione civile, Torino, 1988, III, p. 281 ss.; MARMOCCHI, *Della condizione di adempimento della prestazione*, in *Rivista del notariato*, 1983, p. 482 ss.. In giurisprudenza cfr.

Qualche profilo di criticità può sorgere quando alla vendita si applica la Convenzione di Vienna. Il criterio generale di collegamento previsto dal diritto internazionale privato italiano nel caso in cui oggetto del contratto siano beni mobili è quello del *locus rei sitae*. Se questo è vero, associare il trasferimento della proprietà al pagamento del prezzo rischia di comportare incertezza circa il diritto applicabile: il pagamento, infatti, può avvenire sia quando la cosa si trova ancora nel paese in cui ha sede il venditore, sia quando si trova in transito, sia quando si trova già nel paese in cui ha sede il compratore.

La conseguenza pratica di tale incertezza è che le parti potrebbero porre in essere, confidando sulla legge applicabile al momento della stipula del contratto, atti preparatori al trasferimento della proprietà che poi si rivelano inidonei per la legge applicabile al momento dell'insorgenza di un'eventuale lite⁽¹⁵⁰⁾. A questo inconveniente ovvia la legge di diritto internazionale privato italiana (l. 31 maggio 1995, n. 218), nella misura in cui prevede, all'art. 52, che la legge applicabile alle merci in transito è quella del luogo di destinazione.

Un altro problema che può sorgere quando il contratto è regolato dalla Convenzione succitata e le parti hanno previsto una clausola sul *passing of risk* è quello di capire se dalla medesima si possa desumere il modello traslativo che le parti hanno inteso applicare. Se è vero che la Convenzione non disciplina il passaggio della proprietà, e dunque l'individuazione del momento in cui esso si verifica è rimessa alla legge applicabile in base alle norme del diritto internazionale privato di conflitto, può desumersi dalla clausola sul passaggio del rischio la scelta del diritto applicabile? Si tratta, in altre parole, di domandarsi se si possa ritenere implicita nella scelta del momento di passaggio del rischio quella del momento di passaggio della proprietà.

In ragione dell'assenza di una regola generale che leghi inevitabilmente e indissolubilmente passaggio della proprietà e passaggio del rischio e del fatto che, per espressa previsione dell'art. 4 CISG, la disciplina dell'effetto traslativo costituisce una lacuna esterna, la quale pertanto non può essere colmata attraverso l'interpretazione della Convenzione, la risposta al quesito dovrebbe essere negativa. Ciò non toglie, però, che la disciplina pattizia del trasferimento del rischio non possa essere valutata, in combinato disposto con altri elementi

Cass., 21 aprile 2010, n. 9504, il cui testo integrale è reperibile nella banca dati *Leggi d'Italia* online; Cass. 24 novembre 2003, n. 17859, in *Contratti*, 2004, p. 667 ss.; Cass., 3 marzo 1997, n. 1842, in *Corriere giuridico*, 1997, p. 1102 ss.; Cass., 12 ottobre 1993, n. 10074, in *Giustizia civile* (Massimario), 1993, p. 1461 ss.; Cass., 8 agosto 1990, n. 8051, *ivi*, 1990, p. 1492 ss.

⁽¹⁵⁰⁾ Sul punto si vedano le osservazioni di BONOMI, *La riserva di proprietà nel diritto internazionale privato*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 1992, p. 777; e TORSELLO, *Transfer of Ownership and the 1980 Vienna Convention: a Regretful Lack of Uniform Regulation*, in *2000 International Business Law Journal*, 939 (2000), il quale prospetta il seguente esempio (tratto dalla sentenza della *Cour de Cassation*, 8 juillet 1969, in *Revue critique de droit international privé*, 1979, p. 75 ss.): una banca tedesca concedeva credito a una società parimenti tedesca per l'acquisto di un'autovettura. Al fine di garantire la banca nel caso d'insolvenza la società trasferiva alla banca in garanzia la proprietà dell'automobile, conservandone però la disponibilità materiale. Non essendo intervenuto alcuno spossessamento, un creditore della società pignorava l'automobile quando quest'ultima si trovava in Francia. A quel punto la banca adiva la giurisdizione francese per ottenere la cancellazione del pignoramento. Dopo due gradi di giudizio, la Cassazione individuava quale legge applicabile quella francese, in quanto *lex rei sitae*, e rigettava la domanda motivando che ai sensi della medesima legge il pegno, per essere validamente costituito, richiede lo spossessamento.

risultanti dal complesso del regolamento contrattuale ed eventualmente con le circostanze emerse in sede di trattative, come indice di una comune intenzione delle parti nel senso di cui sopra ⁽¹⁵¹⁾.

8. Clausole d'irrisolubilità 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 ⁽¹⁵²⁾. 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 ⁽¹⁵³⁾.

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 ⁽¹⁵⁴⁾. E siffatta importanza è

⁽¹⁵¹⁾ Cfr. le riflessioni di SAMPSON, *The Title-Passage Rule: Applicable Law under the CISG*, in 16 *International Tax Journal*, 137 (1989-1990), *passim*. Sul tema del rischio si veda, più in generale, ROTH, *The passing of risk*, in 27 *American Journal of Comparative Law*, 291 (1979).

⁽¹⁵²⁾ Sul tema delle relazioni contrattuali caratterizzate da un'asimmetria di potere cfr., in questa sede, per tutti, VETTORI, *Libertà di contratto e disparità di potere*, in *Rivista di diritto privato*, 2005, p. 756 ss.; e VOLPE, *La rilevanza dello squilibrio contrattuale nel diritto dei contratti*, in *Rivista di diritto civile*, 2002, p. 303 ss.

⁽¹⁵³⁾ Accenna al problema PADOVINI, *Le clausole limitative delle impugnazioni contrattuali*, cit., p. 199.

⁽¹⁵⁴⁾ 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 *Giurisprudenza italiana*, 2012, p. 2054 ss. Nello stesso senso, in dottrina, cfr. per tutti SACCO, *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile* diretto da Sacco, tomo I, Torino, 1993, p. 14; BIANCA C.M., *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, 2°ed., Milano, 2000, p. 405; LECCESE, voce «Subfornitura», in *Novissimo Digesto italiano*, XV, Torino, 1998, p. 241; ROPPO, *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppi di un nuovo paradigma*, in *Rivista di diritto privato*, 2001, p. 777; MAFFEIS, *Abuso di dipendenza economica*, in *La subfornitura. L. 18 giugno 1998, n. 192*, a cura di De Nova-Chiesa-Maffeis-Salvadè, Milano, p. 78; NICOLINI, *Subfornitura e attività produttive. Commento alla l. 18 giugno 1998, n. 192*, Milano, 1999, p. 122 ss.; PALMIERI, *Rifiuto (tardivo) di fornitura, vessazione del proponente ed eliminazione delle alternative: un caso limite di dipendenza economica*, in *Foro italiano*, 2002, c. 2178; BASTIANON, *Rifiuto di contrarre, interruzione arbitraria delle relazioni commerciali e abuso di dipendenza economica*, in *Corriere giuridico*, 2002, p. 1066; TASSONE, *Non solo moda (ma anche rewriting contrattuale): commento alla prima decisione in materia di abuso di dipendenza economica*, in *Danno e responsabilità*, 2002, p. 770 ss.; COLANGELO, *L'abuso di dipendenza economica tra disciplina della concorrenza e diritto dei contratti*, Torino, 2004, p. 50 ss. In particolare, osservano PARDOLESI-CASO, *La nuova disciplina del contratto di subfornitura (industriale): scampolo di fine millennio o prodromo di tempi migliori*, in *Rivista di*

lungi dal subire un arresto, come dimostra la sua conferma in ambito europeo. Emblematico è il caso della Francia, ove la recentissima 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 ⁽¹⁵⁵⁾.

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, indagine per la quale si rinvia alla letteratura in tema di subfornitura ⁽¹⁵⁶⁾. 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” ⁽¹⁵⁷⁾.

diritto privato, 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, CASELLI, *Osservazioni sulla legge 18 giugno 1998, n. 192, in materia di subfornitura con particolare riferimento al suo ambito di applicazione*, in *Contratto e impresa*, 1998, p. 1311; RINALDI-TURITTO, *L'abuso di dipendenza economica*, in Sposato-Coccia (cur.), *La disciplina del contratto di subfornitura nella l. n. 192 del 1998*, Torino, 1999, p. 121; MUSSO, *La subfornitura*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca-Galgano*, Bologna-Roma, 2003, p. 466.

⁽¹⁵⁵⁾ Sia consentito rinviare alle considerazioni svolte da COPPO, *Gli ultimi sviluppi della riforma del Code civil: l'Ordonnance n. 131 del 2016 e il nuovo diritto francese delle obbligazioni e dei contratti*, in *Contratto e impresa/Europa*, 1, 2016, 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.

⁽¹⁵⁶⁾ 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. Ci si limiti a citare, tra i contributi più significativi, i seguenti: ADIUTORI, *Interessi protetti nella subfornitura*, Milano, 2010; MONTICELLI, *Dall'abuso del diritto all'abuso di dipendenza economica. Un'indagine sulla dipendenza economica tra modello francese ed italiano*, Roma, 2006; NATOLI R., *L'abuso di dipendenza economica. Il contratto e il mercato*, Napoli, 2004; MAUGERI, *Abuso di dipendenza economica e autonomia privata*, Milano, 2003; PROSPERI, *Il contratto di subfornitura e l'abuso di dipendenza economica. Profili ricostruttivi e sistematici*, Napoli, 2002; MUSSO, *La subfornitura*, in *Commentario al codice civile Scialoja-Branca-Galgano*, libro quarto, Obbligazioni, titolo III, Dei singoli contratti, supplemento legge 18 giugno 1998, n. 192, Bologna-Roma, 2003, p. 484 ss.; ALBANESE, *Abuso di dipendenza economica: nullità del contratto e riequilibrio del rapporto*, in *Europa e diritto privato*, 1999, p. 1182 ss.; LONGU, *Il divieto dell'abuso di dipendenza economica nei rapporti tra le imprese*, in *Rivista di diritto civile*, 2000, p. 347 ss.; MACARIO, *Equilibrio delle posizioni contrattuali ed autonomia privata nella subfornitura*, in Ferroni (cur.), *Equilibrio delle posizioni contrattuali ed autonomia privata* Napoli, 2002, p. 162 ss.; MAFFEIS, *Abuso di dipendenza economica*, in DE NOVA (cur.), *La Subfornitura*, Milano, 1998, p. 78 ss.; ID., *Il contraente e la disparità di trattamento delle controparti*, in *Rivista di diritto privato*, 2006, p. 336 ss.; MAURIZI, *L'individuazione del mercato in un caso di abuso di posizione dominante*, in *Rivista di diritto commerciale*, 1992, I, p. 412 ss.; PAGLIANTINI, *L'abuso di dipendenza economica tra legge speciale e disciplina generale del contratto*, in VETTORI (cur.), *Squilibrio e usura nei contratti*, Milano, 2002.

⁽¹⁵⁷⁾ 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. Ci si limiti a citare,

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⁽¹⁵⁸⁾. I passaggi logici della valutazione 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⁽¹⁵⁹⁾.

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

tra i contributi più significativi, i seguenti: ADIUTORI, *Interessi protetti nella subfornitura*, Milano, 2010; MONTICELLI, *Dall'abuso del diritto all'abuso di dipendenza economica. Un'indagine sulla dipendenza economica tra modello francese ed italiano*, Roma, 2006; NATOLI R., *L'abuso di dipendenza economica. Il contratto e il mercato*, Napoli, 2004; MAUGERI, *Abuso di dipendenza economica e autonomia privata*, Milano, 2003; PROSPERI, *Il contratto di subfornitura e l'abuso di dipendenza economica. Profili ricostruttivi e sistematici*, Napoli, 2002; MUSSO, *La subfornitura*, in *Commentario al codice civile Scialoja-Branca*, a cura di Galgano, libro quarto, obbligazioni, titolo III, Dei singoli contratti, supplemento legge 18 giugno 1998, n. 192, Bologna-Roma, 2003, p. 484 ss.; ALBANESE, *Abuso di dipendenza economica: nullità del contratto e riequilibrio del rapporto*, in *Europa e diritto privato*, 1999, p. 1182 ss.; LONGU, *Il divieto dell'abuso di dipendenza economica nei rapporti tra le imprese*, in *Rivista di diritto civile*, 2000, p. 347 ss.; MACARIO, *Equilibrio delle posizioni contrattuali ed autonomia privata nella subfornitura*, in Ferroni (cur.), *Equilibrio delle posizioni contrattuali ed autonomia privata* Napoli, 2002, p. 162 ss.; MAFFEIS, *Abuso di dipendenza economica*, in De Nova (cur.), *La Subfornitura*, Milano, 1998, p. 78 ss.; ID., *Il contraente e la disparità di trattamento delle controparti*, in *Rivista di diritto privato*, 2006, p. 336 ss.; MAURIZI, *L'individuazione del mercato in un caso di abuso di posizione dominante*, in *Rivista di diritto commerciale*, 1992, I, p. 412 ss.; PAGLIANTINI, *L'abuso di dipendenza economica tra legge speciale e disciplina generale del contratto*, in Vettori (cur.), *Squilibrio e usura nei contratti*, Milano, 2002.

⁽¹⁵⁸⁾ 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'esaustiva disamina sul tema si veda FABBIO, *L'abuso di dipendenza economica*, nella collana *Saggi di diritto commerciale*, fondata da Ascarelli e continuata da Ferri, 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. 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 civili commentate*, 2000, p. 437; e PINTO, *L'abuso di dipendenza economica «fuori dal contratto» tra diritto civile e diritto antitrust*, in *Rivista di diritto civile*, 2000, 3, p. 407.

⁽¹⁵⁹⁾ In questo senso FABBIO, *Op. cit.*, p. 131; e PINTO, *Op. cit.*, p. 406.

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⁽¹⁶⁰⁾.

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 minaccia, 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⁽¹⁶¹⁾. 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

⁽¹⁶⁰⁾ 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. NATOLI R., *Brevi note sull'abuso di dipendenza economica "contrattuale"*, in *Giurisprudenza italiana*, 2003, p. 725. Sul concetto di quasi rendite si veda, più ampiamente, KLEIN-CRAWFORD-ALCHIAN, *Vertical Integration, Appropriable Rents, and the Competitive Contracting Process*, in *Journal of Political Economy*, 1978, p. 297.

⁽¹⁶¹⁾ Cfr. GENTILI, *Il principio di non discriminazione nei rapporti civili*, in *Rivista critica di diritto privato*, 2009, p. 228.

ne occupano in altri ambiti, ad esempio lo statuto dei lavoratori e la disciplina *antitrust* ⁽¹⁶²⁾.

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 ⁽¹⁶³⁾.

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 ⁽¹⁶⁴⁾. Di nuovo si tratta di un presupposto la cui sussistenza deve accertarsi caso per caso e che quindi non si presta a una più 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 ⁽¹⁶⁵⁾.

Più 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 in una significativa differenza di valore tra una prestazione e il suo

⁽¹⁶²⁾ Per un elenco delle norme considerate nell'accertamento del significato del termine «discriminatorie» cfr. DI LORENZO, *Contratto e divieto di discriminazione*, in *La nuova giurisprudenza civile*, 2014, 12, p. 567 ss.

⁽¹⁶³⁾ Sul tema della ragionevolezza si vedano, in una prospettiva costituzionalistica, PALADIN, voce «Ragionevolezza (principio di)», in *Enciclopedia del diritto*, agg. I, Milano 1997, p. 899 ss.; LUTHER, *Ragionevolezza (delle leggi)*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, XII, 1977, p. 341 ss.; MOSCARINI, *Ratio legis e valutazioni di ragionevolezza della legge*, Torino 1996; SCACCIA, *Gli "strumenti" della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Milano 2000; MORRONE, *Il custode della ragionevolezza*, Milano, 2001; MODUGNO, *La ragionevolezza nella giustizia costituzionale*, Napoli 2007; ID., *Ragione e ragionevolezza*, Napoli 2009. Per un contributo più recente cfr. CERRI, *Spunti di riflessione sulla ragionevolezza nel diritto*, in *Diritto pubblico*, 2016, 2, p. 625 ss. In una prospettiva civilistica si vedano, innanzitutto, PERLINGIERI, *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, Napoli, 2015; PATTI S., *Ragionevolezza e clausole generali*, Milano, 2013; RICCI, *Il criterio di ragionevolezza nel diritto privato*, Padova, 2007; ID., *Eguaglianza, ragionevolezza e logica giuridica*, Milano, 2006; e TROIANO, *La ragionevolezza nel diritto dei contratti*, Padova, 2005. Si veda, inoltre, DEL PRATO, *Ragionevolezza e bilanciamento*, in *Rivista di diritto civile*, 2010, 1, p. 23 ss. Analizza il concetto di ragionevolezza dal punto di vista della filosofia del diritto ZORZETTO, *La ragionevolezza dei privati: saggio di metagiurisprudenza esplicativa*, Milano, 2008.

⁽¹⁶⁴⁾ Così anche DI LORENZO, *Op. cit.*, *passim*.

⁽¹⁶⁵⁾ Motiva la non assoggettabilità del contratto a un controllo giudiziale di ragionevolezza adducendo l'esteriorità di tale parametro rispetto all'accordo SACCO, *Il contratto*, I, nel *Trattato di diritto civile* Sacco-De Nova, Torino, 2004, 22 e segg.

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⁽¹⁶⁶⁾.

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⁽¹⁶⁷⁾.

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 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

⁽¹⁶⁶⁾ In questo senso Cass., Sez. lavoro, 7 marzo 2002, n. 3296, in *Studium juris*, 2002, p. 1004 ss.

⁽¹⁶⁷⁾ Cass., 23 luglio 2014, n. 16787, nella banca dati *Leggi d'Italia (online)*.

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 c.c., 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.

BIBLIOGRAFIA

A.A. V.V., *Clausole e principi generali nell'argomentazione giurisprudenziale degli anni novanta*, a cura di Cabella Pisu e Nanni, Padova, 1998.

ADAMS, *Understanding "Best Efforts" and its variants*, in *The Practical Lawyer*, agosto 2004, p. 12 ss.

ADAMS J., *Review: The Death of Contract by Grant Gilmore*, in *The Modern Law Review*, 39, 1976, pp. 229-230.

ADDIS, *Il «codice» del consumo, il codice civile e la parte generale del contratto*, in *Obbligazioni e contratti*, 2007, 11, p. 872 ss.

ADDIS, *Il paradosso delle forme convenzionali*, in *Studi in onore di Nicolò Lipari*, I, Milano, 2008.

ADDIS (CUR.), *Le clausole di forma nelle condizioni generali di contratto*, in *Atti del Convegno di Brescia*, 26 maggio 2006, Milano, 2008.

ADIUTORI, *Interessi protetti nella subfornitura*, Milano, 2010.

AHDIEH, *The Strategy of Boilerplate*, in *Michigan Law Review*, 104, 2005-2006, p. 1033 ss.

AJELLO, *Formalismo e storia del diritto moderno*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 1972.

ALBANESE, *Abuso di dipendenza economica: nullità del contratto e riequilibrio del rapporto*, in *Europa e diritto privato*, 1999, p. 1182 ss.

ALBANESE, *Ingiustizia del profitto e arricchimento senza causa*, Padova 2005.

ALCARO, voce «*Promessa dell'obbligazione del terzo*», in *Enciclopedia del diritto*, XXXVII, Milano, 1988.

ALLARA, *La teoria generale del contratto*, 2° ed., Torino, 1955.

ALLARA, *Natura giuridica dell'obbligazione del fatto altrui*, in *Rivista di diritto commerciale*, 1929, I, p. 416.

ALLEN, *The Gentleman's Agreement in Legal Theory and in Modern Practice*, in *Anglo-American Law Review*, 29, 2000, p. 204 ss.

ALPA-BESSONE-ZENO ZENCOVICH, *I fatti illeciti*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Rescigno, XIV, Torino, 1995, p. 324.

ALPA-BESSONE-ZENO ZENCOVICH, *Le clausole di esonero da responsabilità*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Rescigno, *Obbligazioni e contratti*, VI, 2° ed., 1995.

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 *Giurisprudenza italiana*, 1975, I, p. 750 ss.

ALPA, *La causa e il tipo*, in GABRIELLI (cur.), *I contratti in generale*, in *Trattato dei contratti*, diretto da Rescigno, Torino, 1999.

ALPA, *La responsabilità civile*, in *Trattato di diritto civile*, IV, p. 715.

ALPA, *La responsabilità del vettore nel trasporto di cose su strada: problemi attuali e profili di una riforma*, in *Giurisprudenza italiana*, 1981, I, 1, p. 1737 ss.

ALPA, *La rinascita del formalismo. Aspetti di diritto contrattuale*, in *Rivista di diritto civile*, 1984, 5, pp. 461-476.

ALPA, *Oggetto e contenuto*, in ALPA-BRECCIA-LISERRE, *Il contratto in generale*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Bessone, XIII, 3, Torino, 1999, p. 367 ss.

ALPA, *Prime note di raffronto tra i principi dell'UNIDROIT e il sistema contrattuale italiano*, in *Contratto e impresa/Europa*, 1996, p. 327 ss.

ALPA, voce «*Rischio (diritto vigente)*», in *Enciclopedia del diritto*, XL, Milano, 1989, p. 1146.

AL-TAWIL, *The Efficient Breach Theory. The Moral Objection*, in *Griffith Law Review*, 20, 2, 2011, p. 449 ss.

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, p. 53 ss.

AMADIO, *Inattuazione e risoluzione: la fattispecie*, in *Trattato del contratto*, a cura di Roppo, V, 2, Milano, 2006, p. 8 ss.

AMADIO, *La condizione di inadempimento. Contributo alla teoria del negozio condizionato*, Padova, 1996.

AMATO, *Nozione unitaria di danno non patrimoniale e autonomia negoziale*, in AA.VV., *Il danno non patrimoniale*, Milano, 2009, p. 19 ss.

AMBROSOLI, *Le clausole che regolano l'onere della prova*, in DE NOVA (cur.), *Clausole a rischio di nullità*, Padova, 2009, p. 169 ss.

ANDERSON-WARNER, *A-Z Guide to Boilerplate and Commercial Clauses*, Haywards Heath, West Sussex, 2006.

ANDREOLI, *Le disposizioni testamentarie a titolo di pena*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1949, p. 337 ss.

ANDREOLI, *Revisione delle dottrine sulla sopravvenienza contrattuale*, *Rivista di diritto civile*, 1938, p. 309 ss.

ANELLI, *Caso fortuito e rischio d'impresa nella responsabilità del vettore*, Milano, 1990.

ANGELONI, voce «*Fede di deposito*», in *Novissimo Digesto italiano*, VII, Torino, 1964.

ARANGIO-RUIZ, *Responsabilità contrattuale in diritto romano*², rist., Napoli, 1958.

ARENTZ-HANSEN, *The Wingull Arbitration Award of 1978*, in *International Business Law Journal*, 1985, p. 509 ss.;

ASCARELLI, *Clausole di esonero da responsabilità nel trasporto marittimo e inversione convenzionale dell'onere della prova*, in *Foro italiano*, 1936, c. 1013.

ASCOLI, *La guerra come causa di forza maggiore*, in *Rivista di diritto civile*, 1916, p. 243 ss.

ASQUINI, *Del contratto di trasporto*, in *Commentario al codice del commercio*, a cura di Bolaffio, Rocco e Vivante, VI, II, Torino, 1935.

ASQUINI, *Del trasporto*, in *Codice civile. Commentario*, a cura di D'Amelio-Finzi, *sub art.* 1681, II, I, Firenze, 1974.

ASQUINI, voce «*Trasporto di cose (contratto di)*», in *Novissimo Digesto italiano*, XIX, Torino, 1973.

ASTONE, *Le clausole generali tra diritto civile e filosofia analitica*, in *Giurisprudenza italiana*, 2011, p. 1713 ss.

ATIYAH, *Review: The Death of Contract by Grant Gilmore*, in *The American Political Science Review*, 71, 2, 1977, p. 636 ss.

AULETTA, *La risoluzione per inadempimento*, Milano, 1942, p. 490.

AULETTA, *Limitazione di responsabilità del vettore marittimo*, in *Rivista di diritto della navigazione*, 1952, I, p. 200.

AUSTEN-BAKER, *A Relational Law of Contract?*, in *Journal of Contract Law*, 20, 2004, p. 125 ss.

AZZALINI, *Obbligazioni di mezzi e obbligazioni di risultati. Categorie giuridiche travisate*, Padova, 2012, p. 106 ss.

AZZARITI, *Le successioni e le donazioni*, Napoli, 1990.

BACCARANI, *Entire agreement, XXIV, Clausole ricorrenti. Accordi e discipline*, in *Il diritto privato nella giurisprudenza*, a cura di Cendon, Torino, 2004, p. 425.

BALBI, *La donazione*, in *Trattato di diritto civile* diretto da Grosso e Santoro Passarelli, Milano, 1964, p. 48 ss.

BALBI, *L'obbligazione di custodire*, Milano, 1940.

BALESTRA, *Il contratto aleatorio e l'alea normale*, Padova, 2000.

BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni, I. La struttura*, Milano, 1946.

BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni, III, L'attuazione*, Milano, 1948.

BARASSI, *Se e quando lo sciopero sia forza maggiore a' sensi dell'art. 1226 cod. civ.*, Addizione in Baudry-Lacantinerie e Wahl, *Del contratto di locazione*, II, 2, in BAUDRY-LACANTINERIE (cur.), *Trattato teorico-pratico di Diritto Civile*, Milano, 1905, p. 523.

BARASSI, *Teoria generale delle obbligazioni, III, 2° ed.*, Milano, 1964.

BARBER, *The Limits of Merger clauses*, in *The Journal of Business Law*, 6, 2012, p. 486 ss.

BARBERO, *La "clausola risolutiva espressa" in rapporto alla disciplina eccezionale degli alloggi*, in *Temi*, 1948, p. 371 ss.

BARBERO, *Sistema del diritto privato italiano, II*, Torino, 1962.

BARCELLONA, *Appunti a proposito di obbligo di rinegoziazione e gestione delle sopravvenienze*, in *Europa e diritto privato*, 2003, 3, p. 467 ss.

BARCELLONA, *Della causa. Il contratto e la circolazione della ricchezza*, Milano 2015, p. 516 ss.

BARCELLONA, *In tema di errore riconosciuto e di errore bilaterale*, in *Rivista di diritto civile*, 1961, I, p. 57 ss.

BARCELLONA, *La causa del contratto e il "prezzo vile": giudizio causale e trasparenza negoziale*, nota a Cass., 4 novembre 2015, n. 22567, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2016, 4, p. 504 ss.

BARCELLONA, *Profili della teoria dell'errore nel negozio giuridico*, Milano, 1962, p. 226 ss.

BARCELLONA, *Sul senso delle clausole "generali". Il dibattito tra giudice e legge*, in *Democrazia e diritto*, 1, 2009, p. 261 ss.

BARENGHI, *I contratti per adesione e le clausole vessatorie*, in *Diritto privato europeo*, a cura di Lipari, vol. II, Padova, 1997.

BARNES, *The Anatomy of Contract Damages and Efficient Breach Theory*, in *Southern California Interdisciplinary Law Journal*, 6, 1997-1988, p. 397 ss.

BASINI, *Risoluzione del contratto e sanzione dell'inadempiente*, Milano, 2001.

BASTIANON, *Rifiuto di contrarre, interruzione arbitraria delle relazioni commerciali e abuso di dipendenza economica*, in *Corriere giuridico*, 2002, p. 1066.

BATTELLI, *Interpretatio contra proferentem e trasparenza contrattuale*, in *Contratto e impresa*, 2017, 1, p. 194 ss.

BELFIORE, *La presupposizione*, in *Il contratto in generale*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Bessone, vol. XIII, Torino, 2003.

BELFIORE, *Risoluzione per inadempimento e obbligazioni restitutorie*, in *Scritti in onore di G. Auletta*, II, Milano, 1988, p. 276 ss.

BELLOMO, voce «*Diligenza (diritto intermedio)*», in *Enciclopedia del diritto*, XII, Milano, 1964.

BENATTI FRANCESCO, *Contributo allo studio delle clausole di esonero da responsabilità*, Milano, 1971.

BENATTI FRANCESCO, *Culpa in contrahendo*, in *Contratto e impresa*, 1987, p. 293 ss.

BENATTI FRANCESCO, voce «*Doveri di protezione*», in *Digesto delle discipline privatistiche (sezione civile)*, VII, Torino, 1991, 22.

BENATTI FRANCESCO, *La responsabilità precontrattuale*, Napoli-Roma, 2012.

BENATTI FRANCESCO, *Osservazioni in tema di «doveri di protezione»*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1960, p. 1342 ss.

BENATTI FRANCESCO, voce «*Responsabilità precontrattuale*», in *Enciclopedia giuridica*, XXVII, Roma, 1991.

BENEDETTI, *Autonomia privata procedimentale. La formazione del contratto tra legge e volontà delle parti*, Torino, 2002.

BENEDETTI, *Negoziio giuridico e iniziativa economica privata*, ora in *Il diritto comune dei contratti e degli atti unilaterali tra vivi a contenuto patrimoniale*, Napoli, 1991.

BEN-SHAHAR e PORAT, *Foreword: Fault in American Contract Law*, in *Michigan Law Review*, 107, 2009, p. 1341 ss.

BÉRAUDO, *Faut-il avoir peur du contrat sans loi?*, in *Le droit international privé: esprit et méthodes. Mélanges P. Lagarde*, Paris, 2005.

BERMAN, *Excuse for Non-performance in the Light of contract Practices in International Trade*, in *Columbia Law Review*, 1963, p. 1420 ss.

BERMAN, *Law and Revolution: the Formation of the Western Legal Tradition*, Boston, 1983.

BERNARDINI, *Produzione di norme giuridiche mediante rinvio*, Milano, 1966.

BERTINO, *Sulla validità di una clausola di irrisolvibilità del contratto per inadempimento*, in *Nuove leggi civili commentate*, 2013, p. 536 ss.

BESSONE-D'ANGELO, voce «*Presupposizione*», in *Enciclopedia del diritto*, XXXV, Milano, 1986, p. 338.

BESSONE, *Il tipo negoziale e l'alea normale del contratto, la sua "causa" e il dogma della irrilevanza dei "motivi"*, nota a Cass., 2 agosto 1977, n. 3384, in *Giurisprudenza italiana*, 1979, 6, p. 1035 ss.

BESSONE, *Le clausole di esonero e di limitazione della responsabilità*, in *Rivista di diritto commerciale*, 1974, p. 323 ss.

BETTI, «*Periculum*». *Problema del rischio contrattuale in diritto romano classico e giustiniano*, in *Studi in onore di Pietro de Francisci*, I, Milano, 1956, p. 134 ss.

BETTI, *Il concetto dell'obbligazione costruito dal punto di vista dell'azione*, Pavia, 1920.

BETTI, *Imputabilità dell'inadempimento dell'obbligazione in diritto romano*, Roma, 1958.

BETTI, *Istituzioni di diritto romano*, II, 1, Padova, 1960-1962.

BETTI, *Periculum: problemi del rischio contrattuale in diritto romano classico e giustiniano*, in *Jus*, 1954, p. 335 ss.

BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, 2a ed., nel *Trattato di diritto civile italiano* diretto da Vassalli, XV, 2, Torino, 1950, p. 363 ss.

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

BIANCA C.M., *Causa concreta del contratto e diritto effettivo*, in *Rivista di diritto civile*, 2014, 2, p. 251 ss.

BIANCA C.M., *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, in *Commentario al codice civile*, a cura di Scialoja e Branca, *Delle obbligazioni*, artt. 1218-1229, sub art. 1229, Bologna-Roma, 1979.

BIANCA C.M., *Diritto civile, 2. La proprietà*, Milano, 1999.

BIANCA C.M., *Diritto civile, 3. Il contratto*, Milano, 2000.

BIANCA C.M., *Diritto civile, 4. L'obbligazione*, Milano, 1993.

BIANCA C.M., *Diritto civile, 5. La responsabilità*, Milano, 1995.

BIANCA C.M., *La vendita e la permuta*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da Vassalli, VII, 1, Torino, 1972.

BIANCA M., *La fiducia attributiva*, Torino, 2002.

BIGLIAZZI GERI, *Buona fede nel diritto civile*, in *Digesto delle discipline privatistiche* (sezione civile), II, Torino, 1988, p. 170 ss.

BIGLIAZZI GERI, *Contributo ad una teoria dell'interesse legittimo nel diritto privato*, Milano, 1967.

BIGLIAZZI GERI, *L'interpretazione del contratto – Art. 1362-1371*, ristampa con prefazione, note di aggiornamento e bibliografia a cura di Valentina Calderai, in *Il codice civile – Commentario*, diretto da Busnelli, Milano, 2013.

BIGLIAZZI GERI, *Note in tema di interpretazione secondo buona fede*, Pisa, 1970, p. 14 ss.

BIN, *Il precedente giudiziario. Valore e interpretazione*, Padova, 1995.

BIONDI, *Le donazioni*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da Vassalli, Torino, 1961.

BIRMINGHAM, *Breach of Contract, Damage Measures, and Economic Efficiency*, in *Rutgers Law Review*, 24, 1970, p. 273.

BITETTO, *Inadempimento contrattuale danni e rimedi opzionali*, Milano, 2013.

BOBBIO, *Formalismo giuridico e formalismo etico*, Modena, 1954.

BOBBIO, *Sul formalismo giuridico*, Milano, 1958.

BONELL, *Un arbitrato "globale" deciso sulla base dei principi UNIDROIT*, in *Diritto del commercio internazionale*, 15, 1, 2001, p. ss.

BONELLI, *Acquisizioni di società e di pacchetti azionari di riferimento: le garanzie del venditore*, in *Diritto del commercio internazionale*, 2, 2007, p. 293 ss.

BONELLI, *Criteri per l'individuazione dei casi di eccessiva onerosità sopravvenuta*, in AA.VV., *Inadempimento, adattamento, arbitrato*, Milano, p. 284 ss.

BONILINI, *Il danno non patrimoniale*, Milano, 1983.

BONILINI, *Responsabilità degli albergatori. Modifiche al codice civile*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 1979.

BONOMI, *La riserva di proprietà nel diritto internazionale privato*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 1992, p. 777 ss.

BORK, *Death of Contract and the Rise of Torts*, in *Cornell Law Review*, 77, p. 1021.

BOSCHETTI, *Notes on Exemption Clauses under Italian Law*, in *International Business Law Journal*, 1985, p. 487 ss.;

BOZZI, *La negoziabilità degli atti di rinuncia*, Milano, 2008.

BOZZI, voce «Magazzini generali», in *Enciclopedia del diritto*, XXV, Milano, 1975.

BRECCIA, *Colpa professionale*, in *La giurisprudenza per massime ed il valore del precedente*, a cura di Visintini, Padova, 1988.

BRECCIA, *Diligenza e buona fede nell'attuazione del rapporto obbligatorio*, Milano, 1968.

BRECCIA, *La forma*, in *Trattato del contratto*, a cura di Roppo, I, *Formazione*, a cura di Granelli, Milano, 2006.

BRECCIA, *Le obbligazioni*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di Iudica-Zatti, Milano, 1991.

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 *Trattato della responsabilità contrattuale*, diretto da Visintini, I, *Inadempimento e rimedi*, Padova, 2009.

BRECHT, *System der Vertragshaftung*, in *Jherings Jahrbücher*, 1908, p. 213 ss.

BREDA, *Responsabilità medica tra regole giurisprudenziali e recenti interventi normativi*, in *Contratto e impresa*, 2014, p. 769 ss.

BRIGANTI, *La fideiussione e la promessa del fatto del terzo*, Napoli, 1981.

BRUNETTI, *Dei limiti di validità delle clausole di esonero nei trasporti marittimi*, commento a Cass. Torino, 4 maggio 1917, in *Rivista di diritto commerciale*, 1918, II, p. 133 ss.

BRUSCHETTINI, *Del contratto di trasporto*, in *Commentario al codice del commercio* a cura di Bruschetti *et al.*, IV, Milano, 1902.

BURROWS, *A Restatement of the English Law of Contract*, Oxford, 2016.

BUSNELLI, voce «*Clausola risolutiva*», in *Enciclopedia del diritto*, VII, Milano, 1960.

CABELLA PISU, *La causa non imputabile*, in *Inadempimento e rimedi*, in *Trattato della responsabilità contrattuale*, diretto da Visintini, I, Padova, 2009.

CABELLA PISU, *La nozione di impossibilità come limite della responsabilità del debitore*, in *Trattato della responsabilità contrattuale*, diretto da Visintini, Padova, 2009.

CABELLA PISU, *Le clausole di esonero da responsabilità*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Rescigno, IX, Torino, 1984, p. 227 ss.

CACCAVALE, *Giustizia del contratto e presupposizione*, Torino, 2005.

CAGNASSO, *Appalto nel diritto privato*, in *Digesto delle discipline privatistiche (sezione commerciale)*, I, Torino, 1987.

CAMARDI, *Contratti di consumo e contratti tra imprese. Riflessioni sull'asimmetria contrattuale nei rapporti di scambio e nei rapporti "reticolari"*, in *Rivista critica di diritto privato*, 2005, p. 549.

CAMARDI, *Economie individuali e connessione contrattuale saggio sulla presupposizione*, Milano, 1997.

CAMPBELL (eds.), *The Relational Theory of Contract: Selected Works of Ian Macneil*, London, 2001.

CAMMARATA, *Formalismo e sapere giuridico*, Bologna, 1962.

CAMMARATA, *Limiti tra formalismo e dommatica nelle figure di qualificazione giuridica*, Catania, 1936.

CAMPBELL, *The Relational Constitution of Remedy: Co-operation as the Implicit Second Principle of Remedies for Breach of Contract*, in *Texas Wesleyan Law Review*, 11, 2005, p. 455 ss.

CAMPBELL, *The Social Theory of Relational Contract: Macneil as the Modern Proudhon*, in *International Journal of the Sociology of Law*, 18, 1990, p. 75 ss.

CANARIS, *Il "contatto sociale" nell'ordinamento giuridico tedesco*, in *Rivista di diritto civile*, 2017, I, p. 1 ss.

CANCELLI, voce «*Diligenza (dir. rom.)*», in *Enciclopedia del diritto*, XII, Milano, 1964.

CANDIAN, voce «*Caso fortuito e forza maggiore (dir. civ.)*», in *Novissimo digesto italiano*, II, Torino, 1958.

CANDIAN, *La funzione sanzionatoria nel testamento*, Milano, 1988.

CANNATA, *Sul problema della responsabilità nel diritto privato romano*, Catania, 1996.

CANTILLO, *Le obbligazioni*, II, in *Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale*, fondata da Bigiavi, Torino, 1992, p. 864 ss.

CANUEL, *Comparing exculpatory clauses under Anglo-American law: testing total legal convergence*, in CORDERO-MOSS (ed.), *Boilerplate Clauses, International Commercial Contracts and the Applicable Law*, New York, 2011.

CAPALDO, *Contratto aleatorio e alea*, Milano, 2004.

CAPOBIANCO, *La determinazione del regolamento*, in *Trattato del contratto*, a cura di Roppo, II, *Regolamento*, a cura di Vettori, Milano, 2006.

CAPPUCCIO, *La cessione dei crediti*, in FAVA (cur.), *Le obbligazioni*, II, Milano, 2008.

CAPUTO, *La validità del patto di manleva inserito in un contratto di pubblico appalto*, in *Giustizia civile*, 1977, I, p. 1344 ss.

CARBONE E., *Diligenza e risultato nella teoria dell'obbligazione*, Torino, 2007.

CARIOTA-FERRARA, *I negozi fiduciari: trasferimento, cessione e girata a scopo di mandato e di garanzia, processo fiduciario*, Napoli, 1978.

CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, 1946-1948.

CARNELUTTI, *Diritto e processo nella teoria generale delle obbligazioni*, in *Studi di diritto processuale in onore di Chiovenda*, Padova, 1927.

CARNELUTTI, *Documento e negozio*, in *Rivista di diritto processuale*, 1926, p. 180 ss.

CARNELUTTI, *L'interpretazione dei contratti e il ricorso in cassazione*, in *Rivista di diritto commerciale*, 1922, I, p. 151.

CARNEVALI, *Della risoluzione per inadempimento*, in *Commentario del codice civile*, diretto da Scialoja-Branca, Bologna-Roma, 1990.

CARNEVALI, *Le donazioni*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Rescigno, 6, II, 2° ed., Torino, 1997.

CARNEVALI, voce «*Negozio giuridico – III) Negozio fiduciario*», in *Enciclopedia giuridica Treccani*, XX, Roma, 1990.

CARPI (coord.), *Due iceberg a confronto: le derive del common law e civil law*, in *Quaderni della rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 12, 2009.

CARPONI SCHITTAR, *Il buon padre di famiglia: un parametro in via di soppressione*, in *Temi*, 1976, p. 450 ss.

CARRESI, *Dell'interpretazione del contratto: art. 1362-1371*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, diretto da Galgano, Bologna, 1992.

CARRESI, *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile e commerciale Cicu-Messineo*, continuato da Mengoni, XXI, 2, Milano, 1987.

CARRESI, *Interpretazione del contratto e principio di conservazione*, in *Il contratto. Silloge in onore di Giorgio Oppo*, Padova, 1992.

CARRESI, *L'interpretazione del contratto*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1964, p. 562.

CARUSI, *Clausole generali, analogia, paradigma della legge*, in *Giurisprudenza italiana*, 2011, p. 1690 ss.

CASELLA, *Il contratto e l'interpretazione (Contributo ad una ricerca di diritto positivo)*, Milano, 1969.

CASELLA, *Nullità parziale del contratto e inserzione automatica di clausole*, Milano, 1974.

CASELLI, *Osservazioni sulla legge 18 giugno 1998, n. 192, in materia di subfornitura con particolare riferimento al suo ambito di applicazione*, in *Contratto e impresa*, 1998, p. 1311 ss.

CASTRONOVO, *Il significato di Luigi Mengoni nei suoi scritti*, in *Europa e diritto privato*, 2012, p. 203 ss.

CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, Milano, 2006.

CASTRONOVO, *La responsabilità e altre forme di tutela civile*, in ID., *La nuova responsabilità civile*, 3° ed., Milano 2006.

CASTRONOVO, *La responsabilità per inadempimento da Osti a Mengoni*, in *Europa e diritto privato*, 2008, p. 1 ss.

CASTRONOVO, *Le due specie di responsabilità civile e il problema del concorso*, in *Europa e diritto privato*, 2004, p. 69 ss.

CASTRONOVO, *L'obbligazione senza prestazione ai confini tra contratto e torto*, negli *Scritti in onore di Mengoni*, Milano, 1995, p. 147 ss.

CASTRONOVO, *Obblighi di protezione e tutela del terzo*, in *Jus*, 1976, p. 143 ss.;

CASTRONOVO, *Profili della responsabilità medica*, in *Vita notarile*, 1997, p. 1225 ss.

CASTRONOVO, *Tra rischio e caso fortuito. La responsabilità da cassette di sicurezza*, in *Le operazioni bancarie*, a cura di Portale, I, Milano, 1978.

CATAUDELLA, *I contratti*, Torino, 2002.

CATAUDELLA, *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.

CATTANEO, *La responsabilità del professionista*, Milano, 1958.

CATTANEO, *Riserva della proprietà e aspettativa reale*, in *Rivista Trimestrale di diritto e procedura civile*, 1965, p. 945 ss.

CATURANI-SENSALE, *Il trasporto*, Napoli, 1960.

CERDONIO CHIAROMONTE, *L'obbligazione del professionista intellettuale tra regole deontologiche, negoziali e legali*, Padova, 2008.

CERDONIO CHIAROMONTE, *Questioni irrisolte intorno ai patti sulla forma di futuri contratti*, in *Rivista di diritto civile*, 2004, II, p. 209 ss.

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 civili commentate*, 2000, p. 437.

CERRI, *Spunti di riflessione sulla ragionevolezza nel diritto*, in *Diritto pubblico*, 2016, 2, p. 625 ss.

CESÀRO, *Clausola di rinegoziazione e conservazione dell'equilibrio contrattuale*, Napoli, 2000.

CHAPPUIS, *Les clauses de best efforts, reasonable care, due diligence et les règles de l'art dans les contrats internationaux*, in *Revue de droit des affaires internationales*, 2001, p. 281 ss.

CHECCHINI, *Rapporti non vincolanti e regola di correttezza*, Padova, 1977.

CHERUBINI, *Indennità e risarcimento nella promessa del fatto del terzo*, in *Danno e responsabilità*, 2003, p. 731 ss.

CHERUBINI, *La promessa del fatto del terzo*, Milano, 1983.

CHIASSONI, *Le clausole generali tra teoria analitica e dogmatica giuridica*, in *Giurisprudenza italiana*, p. 1694 ss.

CHIRONI, *La colpa nel diritto civile odierno. Colpa contrattuale*, ed. 1897, rist. Napoli, 2012.

CHIRONI, *La colpa nel diritto civile odierno. Colpa extracontrattuale*, II, Torino, 1906.

CHRISTOU, *Boilerplate: Practical Clauses*, 4° ed., London, 2005.

CIAN, «*Lata culpa dolo aequiparatur*», in *Rivista di diritto civile*, 1963, I, p. 177 ss.

CIAN, *Interesse del creditore e patrimonialità della prestazione (Valore normativo dell'art. 1174 c.c.)*, in *Rivista di diritto civile*, 1968, I, p. 197 ss.

CIATTI, *Il crepuscolo della distinzione tra le obbligazioni di mezzi e le obbligazioni di risultato*, in *Giurisprudenza italiana*, 2008, I, 1, p. 1653.

CICCARELLO, *Dovere di protezione e valore della persona*, Milano, 1988.

CIRIELLI, *Clausola di hardship e adattamento nel contratto commerciale internazionale*, in *Contratto e Impresa / Europa*, 1998, p. 758 ss.

CLARIZIA, *Sopravvenienze non patrimoniali e inesigibilità nelle obbligazioni*, Napoli, 2012.

COETZEE, *The Interplay between Incoterms and the CISG*, in *Journal of Law and Commerce*, 32, 1, 2013, p. ss.

COHEN, *The Fault Lines in Contract Damages*, in *Virginia Law Review*, 80, 1994, p. 1225 ss.

COHEN, *The Negligence-Opportunism Trade-off in Contract Law*, in *Hofstra Law Review*, 20, 1992, p. 941 ss.

COLANGELO, *L'abuso di dipendenza economica tra disciplina della concorrenza e diritto dei contratti*, Torino, 2004.

COLLURA, *Importanza dell'inadempimento e teoria del contratto*, Milano, 1992.

COMPORI, *Contributo allo studio del diritto reale*, Milano, 1977.

CONZATTI, *I Best efforts nell'adempimento delle obbligazioni contrattuali: note brevi di giurisprudenza negli Stati Uniti ed in Italia*, in *Contratto e impresa*, 2010, p. 144 ss.

COOKE, *The Modern Law of Estoppel*, Oxford, 2000.

COOTER (e altri), *Il mercato delle regole (analisi economica del diritto civile)*, Bologna, 1999.

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 *Contratto e impresa / Europa*, 1, 2016, p. 311 ss.

COPPOLA, *La rinuncia ai diritti futuri*, Milano, 2005.

CORBIN, *Corbin on Contracts*, Saint Paul, 1951.

CORRADINI, *Formalismo, costruzione giuridica e valori*, Milano, 1965.

CORRADO, *Il negozio di accertamento*, Torino 1942.

CORRIAS, *Garanzia pura e contratti di rischio*, Milano, 2006.

COSENTINO, *Efficienza economica dell'inadempimento e diritto delle obbligazioni: una verifica delle norme sull'inadempimento del contratto*, in *Quadrimestre*, 1988.

COSTANZA, voce «*Clausola risolutiva espressa*», in *Enciclopedia giuridica*, VI, Roma, 1988.

COSTANZA, *Clausole di rinegoziazione e determinazione unilaterale del prezzo*, in Aa.Vv., *Inadempimento, adattamento, arbitrato. Patologie dei contratti e rimedi*, Milano, 1992.

COSTANZA, *Danno non patrimoniale e responsabilità contrattuale*, in *Rivista critica di diritto privato*, 1987, I, p. 127 ss.

COSTANZA, *Il contratto atipico*, Milano, 1981.

COSTANZA, *Integrazione del contratto mediante inserimenti automatici di clausole e limiti dell'autonomia privata*, in *Giustizia civile*, 1995, I, p. 1238 ss.

COSTANZA, *L'assicurazione fideiussoria non è una fideiussione*, in *Giustizia civile*, 1995, I, p. 2420.

COSTANZA, voce «*Perimento e deterioramento dell'opera*», in *Enciclopedia del diritto*, XXXIII, Milano, 1983, p. 69.

COTTINO, voce «*Caso fortuito e forza maggiore (dir. civ.)*», in *Enciclopedia del diritto*, VI, Milano, 1960.

COTTINO, *L'impossibilità di ricevere o di cooperare del creditore e l'impossibilità della prestazione*, in *Rivista di diritto commerciale*, 1948, I, p. 446.

COTTINO, *L'impossibilità sopravvenuta della prestazione e la responsabilità del debitore: problemi generali*, Milano, 1955.

COVIELLO, *Del caso fortuito in rapporto alla estinzione delle obbligazioni*, Lanciano, 1895.

COVIELLO, *La responsabilità senza colpa*, in *Rivista italiana di scienze giuridiche*, XXIII, 1897.

CRASWELL, *Contract Remedies, Renegotiation and the Theory of Efficient Breach*, in *Southern California law review*, 61, 1987-1988, p. 629 ss.

CRISCUOLI, *Fiducia e fiducie in diritto privato: dai negozi fiduciari ai contratti uberrimae fidei*, in *Rivista di diritto civile*, 1983, 2, p. 136 ss.

CRISCUOLI, *Il contratto*, Padova, 2002.

CRISCUOLI, *Riflessi civilistici della costituzionalizzazione del principio generale di colpevolezza in tema di 'error juris'*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1994, I, p. 727 ss.

CRIVELLARO, *La rilevanza dei preamboli nell'interpretazione dei contratti*, in *Diritto del commercio internazionale*, 2001, p. 779 ss.

CUBEDDU, *L'importanza dell'inadempimento*, Torino, 1995.

CUFFARO, voce «*Responsabilità precontrattuale*», in *Enciclopedia del diritto*, XXXIX, 1988.

D'ALTILIA, *Validità ed effetti delle clausole esonerative da responsabilità*, Napoli, 1937, p. 48 ss.

D'AMICO, *Responsabilità per inadempimento e distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato*, in *Rivista di diritto civile*, 2006, II, p. 141 ss.

D'AMICO, *Clausole generali e controllo del giudice*, in *Giurisprudenza italiana*, p. 1704 ss.

D'AMICO, *La responsabilità ex recepto e la distinzione tra obbligazioni "di mezzi" e "di risultato". Contributo alla teoria della responsabilità contrattuale*, Napoli, 1999.

D'AMICO, voce «*Negligenza*», in *Digesto delle discipline privatistiche (sezione civile) XII*, Torino, 1995.

D'ANGELO, *Buona fede-correttezza nell'esecuzione del contratto*, in *Trattato della responsabilità contrattuale*, a cura di Visintini, Padova, 2009.

D'ANGELO, *La buona fede*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Bessone, XIII, Torino, 2004.

D'ANGELO, *Le promesse unilaterali*, in *Il Codice Civile. Commentario*, fondato da Schlesinger e diretto da Busnelli, 1996.

D'ANTONIO, *La modificazione legislativa del regolamento negoziale*, Padova, 1974.

D'AURIA, *L'interpretazione del contratto nel diritto privato europeo*, Milano, 2012.

D'AVANZO, Sub art. 1176 c.c., in *Codice civile. Commentario*, a cura di D'Amelio-Finzi, Firenze, 1948.

DALMARTELLO, voce «*Risoluzione del contratto*», in *Novissimo digesto italiano*, Torino, 1969, XVI.

DALMARTELLO-PORTALE, voce «*Deposito (diritto vigente)*», in *Enciclopedia del diritto*, XII, Milano, 1964.

DANZIG, *The Death of Contract and the Life of the Profession: Observations on the Intellectual State of Legal Academia*, in *Stanford Law Review*, 29, 6, 1977, p. 1125 ss.

DAVIES, *Excuse of Impediment and Its Usefulness*, in DI MATTEO (ed.), *International Sales Law: a Global Challenge*, Cambridge, 2014.

DE CRISTOFARO, *Il «codice del consumo»*, in *Leggi civili commentate*, 2006, p. 765.

DE CRISTOFARO, *Le disposizioni «generali» e «finali» del Codice del consumo: profili problematici*, in *Contratto e impresa / Europa*, 2006, p. 43 ss.

DE CUPIS, *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*, II, 3° ed., Milano, 1979.

DE GENNARO, *Del deposito*, in *Codice civile. Commentario*, a cura di D'Amelio-Finzi, IV, *Delle obbligazioni*, II, 1, Firenze, 1947.

DE LORENZI, *Diligenza, obbligazioni di mezzi e di risultato*, in *Contratto e impresa*, 2016, 2, p. 456 ss.

DE LORENZI, voce «*Inadempimento doloso*», in *Digesto delle discipline privatistiche* (sezione civile), Torino, 1993.

DE MARCO, *La responsabilità civile nel trasporto di persone e cose*, Milano, 1985.

DE MARTINI, voce «*Evizione (diritto civile)*», in *Novissimo Digesto italiano*, VI, Torino, 1960.

DE MARTINI, *La responsabilità civile del medico*, in *Giustizia civile*, 1954, I, p. 1256 ss.

DE MARTINI, *Vendita reale, vendita obbligatoria, e promessa di vendita*, in *Giurisprudenza completa della Corte suprema di cassazione – sezioni civili*, 1947, III, p. 452.

DE MARTINI, voce «*Deposito (diritto civile)*», in *Novissimo Digesto italiano*, V, Torino, 1960.

DE MATTEIS, *La responsabilità medica – Un sottoinsieme della responsabilità civile*, Padova, 1995.

DE NOVA, *Il contratto alieno*, Torino, 2008.

DE NOVA, *Il contratto alieno e le norme materiali*, in *Rivista di diritto privato*, 2009, p. 25 ss.

DE NOVA, *Il contratto: dal contratto atipico al contratto alieno*, Padova, 2011.

DE NOVA, *Il contratto ha forza di legge*, Milano, 1993.

DE NOVA, *Il tipo contrattuale*, Padova, 1974.

DE NOVA, *Nullità relativa, nullità parziale e clausole vessatorie non specificamente approvate per iscritto*, in *Rivista di diritto civile*, 1976, II, p. 480 ss.

DE NOVA, *The Alien Contract – Il contratto «alieno»*, in *Rivista di diritto privato*, 2011, p. 487 ss.

DE NOVA, *Le clausole vessatorie*, Milano 1996.

DE NOVA, voce «*Clausola penale*», in *Digesto delle discipline privatistiche* (sezione civile), Torino, 1988.

DE NOVA, voce «*Contratto alieno*», in *Digesto delle discipline privatistiche* (sezione civile), Torino, 2009.

DE ROBERTIS, «*Culpa et diligentia*» nella compilazione giustiniana, in *Studi in onore di E. Betti*, II, Milano, 1962, p. 349 ss.

DEL PRATO, *Ragionevolezza e bilanciamento*, in *Rivista di diritto civile*, 2010, I, 1, p. 23 ss.

DEL PRATO, *Sulle clausole di rinegoziazione del contratto*, in *Rivista di diritto civile*, 2016, 3, p. 801 ss.

DELEBECQUE, *Les clauses allégeant les obligations dans les contrats, thèse ronéotypée*, Aix-Marseille, III, 1981.

DELFINI, *Autonomia privata e rischio contrattuale*, Milano, 1999.

DELFINI, *Autonomia privata e risoluzione del contratto per inadempimento*, in *Nuove leggi civili commentate*, 2014, 3, p. 569 ss.

DELFINI, *Clausole di esonero da responsabilità e determinazione dell'oggetto*, commento a Cass., 24 gennaio 1997, n. 750, in *Contratti*, 1997, p. 255 ss.

DELFINI, *Dell'impossibilità sopravvenuta*, Artt. 1463-1466, in *Il codice civile Commentario*, fondato da Schlesinger e diretto da Busnelli, Milano, 2003.

DELFINI, *I patti sulla risoluzione per inadempimento*, Milano, 1998.

DELL'AQUILA, *La ratio della risoluzione del contratto per inadempimento*, in *Rivista di diritto civile*, 1983, II, p. 836 ss.

DELLA CORTIGLIA, *Principio di conservazione e interpretazione del contratto*, nota a Cass., 4 maggio 2005, n. 9275, in *Obbligazioni e contratti*, 2006, 12, p. 996 ss.

DELLACASA, *La clausola risolutiva espressa*, in *Trattato sul contratto*, diretto da Roppo, V, *Rimedi - 2*, a cura di Roppo, Milano, 2006.

DELLE MONACHE, *Il danno non patrimoniale contrattuale*, in *Contratti*, 2010, 7, p. 720 ss.

DELOGU, *Le modificazioni convenzionali della responsabilità civile*, Padova, 2000.

DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, V, Parigi, 1925, n. 1237.

DENSON SMITH J., *Impossibility of Performance as an Excuse in French Law: the Doctrine of Force Majeure*, in *Yale Law Journal*, 45, 1935-1936, p. 452 ss.

DESLAURIERS-GOULET, *L'obligation essentielle dans le contrat*, in *Les Cahiers de Droit*, vol. 55, n. 4, décembre 2014, p. 923 ss.

DI GIANDOMENICO, *Il contratto e l'alea*, Padova, 1987.

DI GIOVANNI, *Accordi sulla forma e accordi sulla «documentazione» del futuro negozio*, in AA.VV., *La forma degli atti nel diritto privato. Studi in onore di Michele Giorgianni*, Napoli, 1988.

DI GRAVIO, *Prevedibilità del danno e inadempimento doloso*, Milano, 1999.

DI LORENZO, *Contratto e divieto di discriminazione*, in *La nuova giurisprudenza civile*, 2014, 12, p. 567 ss.

DI MAJO GIAQUINTO, *L'esecuzione del contratto*, Milano, 1967.

DI MAJO, *Adempimento e risarcimento nella prospettiva dei rimedi*, in *Rivista di diritto civile*, 2006, I, p. 72.

DI MAJO, *Dell'adempimento in generale: art. 1177-1200*, in *Commentario del codice civile* a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1994.

DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, Libro quarto. *Delle obbligazioni* (Artt. 1173-1176), Bologna-Roma, 1988.

DI MAJO, *Forme e tecniche di tutela*, in *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, a cura di Mazzamuto, I, Napoli, 1989, p. 11 ss. (ora ID., *Il linguaggio dei rimedi*, in *Europa e diritto privato*, 2005, p. 341 ss.).

DI MAJO, *I «Principles» dei contratti commerciali internazionali tra civil law e common law*, in *Rivista di diritto civile*, 1995, I, p. 622.

DI MAJO, *La protezione del terzo tra contratto e torto*, in *Europa e diritto privato*, 2000, p. 1 ss.

DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, 4°ed. riveduta e aggiornata, Milano, 2003.

DI MAJO, *Le obbligazioni nel pensiero di Luigi Mengoni*, in *Europa e diritto privato*, 2012, p. 119 ss.

DI MARZIO, *Illiceità delle clausole abusive*, in *Giustizia civile*, 1999, II, p. 1185.

DI MATTEO, *Contractual Excuse Under the CISG: Impediment, Hardship, and the Excuse Doctrines*, in *Pace International Law Review*, 27, 2015, p. 258 ss.

DI MATTEO, *Excuse: Impossibility and Hardship*, in DI MATTEO-JANSSEN-MAGNUS-SCHULZE, *International Sales Law – Contract, Principles & Practice*, Baden-Baden, 2016.

DI MAURO, *Collazione volontaria e condizione di non impugnare il testamento*, in *Giustizia civile*, 1997, I, p. 1322 ss.

DI MAURO, *Condizioni illecite e testamento*, Napoli, 1995.

DI NANNI, *Collegamento negoziale e funzione complessa*, in *Rivista di diritto commerciale*, 1977, p. 331 ss.

DI NOLA, *Le agenzie di informazioni commerciali e la loro responsabilità civile*, in *Rivista di diritto commerciale*, 1904, I, p. 345 ss.

DI PACE, *Il negozio per relationem*, Torino, 1940.

DI SABATO, *Unità e pluralità di negozi*, in *Rivista di diritto civile*, 1959, I, p. 412.

DISTASO, *La risoluzione del contratto*, in *Giurisprudenza sistematica civile e commerciale fondata da Bigiavi, I contratti in generale*, III, Torino, 1980.

DOBBS, *Law of Remedies. Damages-Equity-Restitution*, 2, St. Paul, 1993.

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 *Rivista di diritto commerciale*, 1994, I, p. 1 ss.

DOMINEDÒ, voce «Mandato (diritto civile)», in *Novissimo digesto italiano*, X, Torino, 1964.

DOSSETTO, *Contratto normativo*, in *Nuovo Digesto italiano*, IV, Torino, 1959.

DRAETTA, *Force Majeure Clauses in International Trade Practice – La force majeure dans la pratique du commerce international*, in *International Business Law Journal*, 1996, p. 547 ss.

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*, C.F.C.E., 1989, n. 1, p. 193 ss.

DURAND, *La tendance à la stabilité du rapport contractuel*, Parigi, 1960.

EASTERBROOK-FISCHEL, *Contract and Fiduciary Duty*, in *Journal of Law & Economics*, 36, 1993, p. 425 ss.

ECHENBERG, *Negotiating international contracts: does the process invite a review of standard contracts from the point of view of national legal requirements?*, in CORDERO-MOSS (ed.), *Boilerplate Clauses, International Commercial Contracts and the Applicable Law*, Cambridge, 2011.

ECKSTEIN, *Der Untergang der Obligation durch Unmöglichkeit, Leistungserschwerung und verwandte Umstände und das Schicksal der Gegenleistung*, in *Archiv für bürgerliches Recht*, 37, 1912, p. 415 ss.

ECKSTEIN, *Studien zur Lehre von den unsittlichen Handlungen, Rechtshandlungen und Rechtsgeschäften, insbesondere Verträgen*, in *Archiv für bürgerliches Recht*, 41, 1915, p. 178 ss.

EISENBERG, *Relational Contracts*, in BEATSON-FRIEDMANN (eds.), *Good Faith and Fault in Contract Law*, Oxford, 1995.

EISENBERG, *The Role of Fault in Contract Law: Unconscionability, Unexpected Circumstances, Interpretation, Mistake, and Nonperformance*, in *Michigan Law Review*, 107, 2009, p. 1413 ss.

ELLAND-GOLDSMITH, *Les principes généraux du droit anglais et les opérations internationales*, in *Droit et pratique du commerce international*, 1980, pp. 465-466.

ELLINGTON, *Exclusion Clauses in English Law*, in *International Business Law Journal*, 1985, p. 513 ss.

ENRIETTI, *La risoluzione del contratto in generale*, in *Codice civile. Commentario*, a cura di D'Amelio-Finzi, Firenze, 1948.

EÖRSI, *The Validity of Clauses Excluding or Limiting Liability*, in *American Journal of Comparative Law*, 23, 1975, p. 215 ss.

EPSTEIN, *Review: The Death of Contract by Grant Gilmore*, in *The American Journal of Legal History*, 20, 1, 1976, p. 68 ss.

ESSER, *BGB Schuldrecht, Allgemeiner und besonderer Teil*, 1° ed., Karlsruhe, 1949.

FABBIO, *L'abuso di dipendenza economica*, nella collana *Saggi di diritto commerciale*, fondata da Ascarelli e continuata da Ferri, Milano, 2006, p. 171 ss.

FADDA-BENSA, note al Windscheid, *Diritto delle pandette*, IV, Torino, 1930.

FALZEA, *Gli standards valutativi e la loro applicazione*, in *Rivista di diritto civile*, 1987, I, p. 1 ss.

FALZEA, voce «Accertamento», in *Enciclopedia del diritto*, I, Milano, 1958.

FALZONE CALVISI, *Il «taglia e incolla» non si addice al legislatore*, in *Contratto e impresa / Europa*, 2006, p. 104 ss.

FARNSWORTH, *Contracts*, 3rd ed., New York, 1999.

FARNSWORTH, *On Trying to Keep One's Promises: The Duty of Best Efforts in Contract Law*, in *University of Pittsburgh Law Review*, 46, 1984, p. 4 ss.

FARNSWORTH, *Review of Standard Forms or Terms Under The Vienna Convention*, in *Cornell International Law Journal*, 21, 1988, p. 441.

FARNSWORTH, *The interpretation of international contracts and the use of preambles*, in *Revue de droit des affaires internationales*, 2002, p. 271 ss.

FARNSWORTH, *Your Loss or My Gain? The Dilemma of the Disgorgement Principle in Breach of Contract*, in *Yale Law Journal*, 94, 1985, p. 1339 ss.

FAUVARQUE-COSSON, *L'estoppel du droit anglais*, in BEHAR-THOUCHAIS (ed.), *L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui*, Paris, 2000.

FERRANDO, *I contratti collegati, I requisiti del contratto*, III, in *I contratti in generale*, diretto da Alpa-Bessone, Torino, 1991.

FERRANDO, *Impossibilità sopravvenuta, diligenza del “buon padre di famiglia” e valutazioni di buona fede*, in *Giurisprudenza di merito*, 1974, I, p. 936 ss.

FERRANTE, *Causa concreta ed impossibilità della prestazione nei contratti di scambio*, in *Contratto e impresa*, 2009, 1, p. 151 ss.

FERRANTE, *Consensualismo e trascrizione*, Padova, 2008.

FERRANTE, *Diritto privato europeo e Common European Sales Law (CESL). Aurora o crepuscolo del codice europeo dei contratti?*, in *Contratto e impresa / Europa*, 1, 2012, p. 461 ss.

FERRANTE, *Homeward trend o interpretazioni autonome? Un bilancio della giurisprudenza italiana sulla Convenzione di Vienna*, in *Contratto e Impresa / Europa*, 1, 2016, p. 23 ss.

FERRANTE, *L'impossibilità della prestazione: alcune variazioni sul tema della concordanza fra BGB e codice civile italiano*, in *Contratto e impresa / Europa*, 2, 2004, p. 723 ss.

FERRANTE, *Transparency of Standard Terms as a Fundamental Right of European Law*, in HEIDERHOFF-LOHSSE-SCHULZE (Hrsg.), *EU-Grundrechte und Privatrecht*, 1, 2016, p. 115 ss.

FERRANTE, *Validity of contract terms*, p. 285 ss., in DI MATTEO-MAGNUS-JANSSEN-SCHULZE (ed.), *International Sales Law – Contract, Principles & Practice*, Oxford, 2016.

FERRARA, *Responsabilità contrattuale per fatto altrui*, in *Scritti giuridici*, II, Milano, 1954, p. 3 ss.

FERRARA, *Teoria del negozio illecito*, Milano, 1914.

FERRARI, *Il problema dell'alea contrattuale*, Napoli, 2001.

FERRARINI, nota a Cass. 12 aprile 1946, n. 428, in *Foro italiano*, 1946, I, c. 694.

FERRARINI, *Sulla limitazione di responsabilità del trasporto di pacchi postali a mezzo di concessionario*, nota a Cass., 14 gennaio 1949, n. 25, e a Trib. Genova, 11 dicembre 1948, in *Foro italiano*, 1949, I, c. 230 ss.

FERRERI, *Canoni inglesi di interpretazione del contratto: un colloquio tra civil law e common law*, in *Studi G. Gorla*, Milano, 1994, p. 585 ss.

FERRERI, *Il giudice italiano e l'interpretazione del contratto internazionale*, Padova, 2000.

- FERRERO, *Il dissenso occulto nella teoria generale del contratto*, Milano, 1970.
- FERRI G.B., *Ancora in tema di meritevolezza dell'interesse*, in *Rivista di diritto commerciale*, 1979, I, p. 1 ss.
- FERRI G.B., *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966.
- FERRI G.B., *Il negozio giuridico*, Padova, 2001.
- FERRI G.B., *In tema di formazione progressiva del contratto e di negozio formale "per relationem"*, in *Rivista di diritto commerciale*, I, 1964, e ora in *Saggi di diritto civile*, Rimini, ed. 1994, p. 294 ss.
- FERRI G.B., *La cultura del civilista tra formalismo e antiformalismo*, in *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 1993, 3-4, p. 157 ss.
- FERRI G.B., *L'ordine pubblico*, in *Rivista di diritto commerciale*, 1963.
- FERRI G.B., *L'ordine pubblico economico*, in *Saggi di diritto civile*, Rimini, 1983.
- FERRI G.B., *Meritevolezza dell'interesse e utilità sociale*, in *Rivista di diritto commerciale*, 1971, II, p. 81 ss.
- FERRI G.B., *Ordine pubblico, buon costume e la teoria del contratto*, Milano, 1967.
- FERRI G.B., *Persona e formalismo giuridico: saggi di diritto civile*, Rimini, 1985.
- FERRI G.B., voce «*Ordine pubblico*», in *Enciclopedia del diritto*, XXX, Milano, 1980.
- FERRINI, voce «*Danni (azione di)*», in *Enciclopedia giuridica italiana*, IV, parte I, II, III, Milano, 1911.
- FERRO-LUZZI, *Del preambolo del contratto. Valore ed efficacia del "premeso che" nel documento negoziale*, Milano, 2004.
- FICI, *Contratto (oggetto del)*, in *Il Diritto. Enciclopedia il Sole 24 Ore*, IV, Milano, 2007, p. 226.
- FINAZZI, *La cessione del credito*, in *La circolazione del credito*, a cura di Alessi-Mannino, I, in *Trattato delle obbligazioni* diretto da Garofalo e Talamanca, Padova, 2008.

FIorentino, *Del deposito*, in *Commentario del codice civile* diretto da Scialoja e Branca, *sub artt. 1754-1812*, Bologna-Roma, 1970.

FOLCO, *Il diritto del terzo nei contratti a favore di terzi*, in *Rivista di diritto civile*, 1934, p. 43.

Fontaine-De Ly, *Drafting international contracts. An analysis of contract clauses*, New York, 2006.

Fontaine, *Best efforts, reasonable care, due diligence et règles de l'art. dans les contrats internationaux*, in *International Business Law Journal*, 1988, p. 983 ss.

Fontaine, *Les clauses exonératoires et les indemnités contractuelles dans les Principes d'Unidroit: Observations critiques*, in *Uniform Studies in Memory of Malcolm Evans*, in *International Uniform Law Review*, Roma, 1998, p. 405 ss.

Forchielli, *Difendiamo il "buon padre di famiglia"*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1989.

Forchielli, *La colpa lievissima*, in *Rivista di diritto civile*, 1963, I, p. 185.

Forchielli, *Responsabilità civile*, I, Padova, 1968.

Fragali, *Del comodato (Artt. 1754-1812)*, in *Commentario del codice civile*, a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1966.

Franceschelli, *Intorno al principio di conservazione dei contratti*, in *Scritti civilistici e di teoria generale del diritto*, Milano, 1975, p. 229.

Franceschelli, *Le clausole di irresponsabilità nei trasporti marittimi ed il problema della protezione del contraente più debole nei contratti a serie*, in *Rivista della navigazione*, 1938, I, p. 283.

Francisetti-Brolin, *Danno non patrimoniale e inadempimento: logiche patrimonialistiche e valori della persona*, Napoli-Roma, 2014.

Franzoni, *Colpa presunta e responsabilità del debitore*, Padova, 1988.

Franzoni, *Dalla colpa grave alla responsabilità professionale*, Torino, 2011.

Franzoni, *Degli effetti del contratto. Artt. 1374-1381, II, Integrazione del contratto. Suoi effetti reali e obbligatori*, in *Il Codice civile. Commentario*, Milano, 2013.

Franzoni, *Il contatto sociale non vale solo per il medico*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2009, p. 1693 ss.

FRANZONI, *Il contratto e i terzi*, in *I contratti in generale*, II, a cura di Gabrielli, Torino, 1999.

FRANZONI, *Il professionista e i criteri per l'accertamento della responsabilità*, in *Contratto e impresa*, 2015, p. 587 ss.

FRANZONI, *Le obbligazioni di mezzi e di risultato*, in *Le obbligazioni in generale*, II, a cura di Franzoni, Torino, 2004.

FRANZONI, *L'illecito*, in *Trattato della responsabilità civile* diretto da Franzoni, 2° ed., Milano, 2010.

FRIGNANI, *Arbitrato ed hardship clause: una prassi internazionale per una diversa allocazione e gestione del rischio contrattuale*, in *Rassegna dell'arbitrato*, 1980, p. 76 ss.

FRIGNANI, *La hardship clause nei contratti internazionali e le tecniche di allocazione dei rischi negli ordinamenti di Civil e Common law*, in *Rivista di diritto civile*, 1979, I, p. 680 ss.

FRIGNANI, voce «*Hardship clause*», in *Digesto delle discipline privatistiche* (sez. comm.), VI, Torino, 1991.

FUCHS, *Vertragstreue und Shylockismus*, in *Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht*, 1921, p. 485.

FUNAIOLI, *Deposito, sequestro convenzionale, cessione dei beni ai creditori*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da Grosso e Santoro-Passarelli, Milano, 1961, p. 63.

FUNAIOLI, voce «*Dolo (diritto civile)*», in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1964.

GABRIELLI, *Alea e rischio nel contratto: studi*, Napoli, 1997.

GABRIELLI, *Il contenuto e l'oggetto*, in GABRIELLI (cur.), *I contratti in generale*, I, 2^a ed., in *Trattato dei contratti*, a cura di Rescigno-Gabrielli, Torino, 2006.

GABRIELLI, *L'oggetto del contratto*, in *Commentario al codice civile*, diretto da Schlesinger, Milano, 2001.

GABRIELLI, *L'oggetto del contratto. Artt. 1346-1349*, in *Il codice civile. Commentario*, fondato da Schlesinger e diretto da Busnelli, Milano, 2015.

GABRIELLI, *Norme imperative ed integrazione del contratto*, in *Contratto e impresa*, 1993, p. 499 ss.

GAILLARD, *L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui comme principe général du droit du commerce international*, in *Revue de l'Arbitrage*, 1985, p. 241 ss.

GALASSO A e G., voce «*Deposito*», in *Digesto delle discipline privatistiche* (sezione civile), V, Torino, 1989.

GALGANO, *Della clausola penale e della caparra*, in *Commentario del codice civile* a cura di Scialoja-Branca, *Degli effetti del contratto*, sub artt. 1382-1384 c.c., Bologna-Roma, 1993.

GALGANO, *Della simulazione. Della nullità del contratto. Dell'annullabilità del contratto*, in *Commentario del codice civile* a cura di Scialoja-Branca, Bologna-Roma, 1998.

GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, II, 1, Padova, 2004.

GALGANO, *Il contratto*, Padova, 2007.

GALGANO, *Teorie ed ideologie del negozio giuridico*, in AA.VV., *Categorie giuridiche e rapporti sociali*, Milano, 1978.

GALGANO, *Trattato di diritto civile*, II, Padova, 2009.

GALLARATI, *Il contratto irrisolvibile o quasi. Profili di sostenibilità della clausola «exclusive remedy» nell'economia delle parti*, in *Contratto e impresa*, 2016, 4-5, p. 1022 ss.

GALLO, *Arricchimento senza causa e quasi contratti (i rimedi restitutori)*, in *Trattato di diritto civile* diretto da Sacco, 2^a ed., Milano, 2008.

GALLO, *Pene private e responsabilità civile*, Milano, 1996.

GALLO, *Sopravvenienza contrattuale e problemi di gestione del contratto*, Milano, 1992.

GALLO, voce «*Revisione del contratto*», in *Digesto delle discipline privatistiche* (sezione civile), XVII, Torino, 1998.

GAMBARO, *Common law e civil law: evoluzione e metodi di confronto*, in CARPI (coord.), *Due iceberg a confronto: le derive del common law e civil law*, in *Quaderni della rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 12, 2009, p. 7 ss.

GAMBINO, *Normalità dell'alea e fatti di conoscenza*, Milano, 2001.

GARDANI CONTURSI LISI, *Delle donazioni*, in *Commentario del codice civile* Scialoja-Branca, Bologna-Roma, 1976.

GARDELLA TEDESCHI, *Gentlemen's agreement*, in *Rivista di diritto civile*, 1990, II, p. 731 ss.

GARDELLA TEDESCHI, *L'interferenza del terzo nei rapporti contrattuali*, Milano, 2008.

GAROFALO A.M., *La causa del contratto tra meritevolezza degli interessi ed equilibrio dello scambio*, in *Rivista di diritto civile*, 2012, 6, p. 573.

GAROFALO L. *Gratuità e responsabilità contrattuale*, in *Scambio e gratuità: confini e contenuti dell'area contrattuale*, a cura di Garofalo, Padova, 2011.

GASPERONI, *Collegamento e connessione tra i negozi*, in *Rivista di diritto commerciale*, 1955, I, p. 357 ss.

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.

GASPERONI, *Le assicurazioni*, in *Trattato di diritto civile* diretto da Grosso e Santoro Passarelli, Milano, 1966.

GATTI, *Le situazioni soggettive attive del compratore nella vendita con riserva della proprietà*, in *Rivista di diritto commerciale*, 1965, I, p. 467 ss.

GATTI, voce «*Deposito nei magazzini generali*», in *Enciclopedia giuridica*, X, Roma, 1988.

GAZZARA, *La vendita obbligatoria*, Milano, 1957.

GAZZONI, *Atipicità del contratto, giuridicità del vincolo e funzionalizzazione degli interessi*, in *Rivista di diritto civile*, 1978, I, p. 52 ss.

GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2015.

GENOVESE, *L'interpretazione del contratto standard*, Milano, 2008.

GENTILI, *Codice del consumo ed esprit de géométrie*, in *Contratti*, 2006, p. 159.

GENTILI, *Il principio di non discriminazione nei rapporti civili*, in *Rivista critica di diritto privato*, 2009, p. 228.

GENTILI, *La replica della stipula: riproduzione, rinnovazione, rinegoziazione del contratto*, in *Contratto e impresa*, 2003, 2, p. 667 ss.

GENTILI, *Senso e consenso. Storia, teoria e tecnica dell'interpretazione dei contratti*, II, Torino, 2015.

GENTILI, *Società fiduciarie e negozio fiduciario*, Milano, 1978.

GENTILI, sub art. 1362, in *Dei contratti in generale*, II, a cura di Navarretta e Orestano, in *Commentario al codice civile*, diretto da Gabrielli, Torino, 2011.

GERI, voce «*Albergatore (responsabilità dell')*», in *Novissimo Digesto italiano*, app., I, Torino, 1980.

GHESTIN (ed.), *Les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité en Europe*, Paris, 1990.

GHIDONI, sub art. 789, in *Commentario del codice civile* diretto da Gabrielli, Torino, 2014.

GIANNATTASIO, *L'appalto*, in *Trattato di diritto civile e commerciale Cicu-Messineo*, Milano, 1967.

GIANOLA, *Autonomia privata e terzo contratto*, in *Autonomia privata individuale e collettiva*, a cura di P. Rescigno, Napoli, 2006.

GIARDINA, *La distinzione tra responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale*, in *Trattato della responsabilità contrattuale*, diretto da Visintini, vol. I, *Inadempimento e rimedi*, Padova, 2009.

GIBSON, *Vertical Boilerplate*, in *Washington & Lee Law Review*, 70, 2013, p. 161 ss.

GILMORE, *The Death of Contract*, Columbus, 1974.

GILO-PORAT, *The Hidden Roles of Boilerplate and Standard-Form Contracts: Strategic Imposition of Transaction Costs, Segmentation of Consumers, and Anticompetitive Effects*, in *Michigan Law Review*, 104, 2005-2006, p. 983 ss.

GILSON, *Value Creation by Business Lawyers: Legal Skills and Asset Pricing*, in *Yale Law Journal*, 94, 1984, p. 239.

GIORDANO, *Obbligazione delle parti nella vendita con riserva della proprietà*, in *Giurisprudenza completa della Cassazione civile*, 1945, I, p. 198 ss.

GIORDANO, *Sugli effetti della clausola risolutiva espressa*, in *Giurisprudenza civile commentata*, II, 1946, p. 198 ss.

GIORGI, *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*, II, Firenze, 1885.

- GIORGIANNI, *Accertamento (negozi di)*, in *Scritti minori*, Napoli, 1988.
- GIORGIANNI, *L'inadempimento. Corso di diritto civile*, Milano, 1975.
- GIORGIANNI, *L'obbligazione (La parte generale delle obbligazioni)*, Milano, 1968.
- GIORGIANNI, *Negozi giuridici collegati*, in *Rivista italiana di scienze giuridiche*, 1937, p. 1 ss.
- GIORGIANNI, voce «*Forma degli atti (diritto privato)*», in *Enciclopedia del diritto*, XVII, Milano, 1968.
- GIOVENE, *L'impossibilità della prestazione e la «sopravvenienza» (la dottrina della clausola "rebus sic stantibus")*, Padova, 1941.
- GIOVENE, *La dottrina dell'impossibilità susseguente della prestazione*, in *Rivista di diritto commerciale*, 1919, I, p. 302 ss.
- GIOVENE, *Sull'impossibilità della prestazione*, in *Rivista di diritto commerciale*, 1918, I, p. 675 ss.
- GITTI, *Contratti regolamentari e normativi*, Padova, 1994.
- GITTI, *L'oggetto del contratto e le fonti di determinazione dell'oggetto dei contratti d'impresa*, in *Rivista di diritto civile*, 2005, I, p. 11 ss.
- GITTI, *Problemi dell'oggetto*, in *Trattato del contratto*, a cura di Roppo, II, Milano, 2006.
- GITTI-VILLA (cur.), *Il terzo contratto: l'abuso di potere contrattuale nei rapporti tra imprese*, Bologna, 2008.
- GOETZ-SCOTT, *Liquidated Damages, Penalties and the Just Compensation Principle: Some Notes on an Enforcement Model and a Theory of Efficient Breach*, in *Columbia Law Review*, 77, 1977, p. 554 ss.
- GOETZ-SCOTT, *Principles of Relational Contracts*, in *Virginia Law Review*, 67, 1981, p. 1089 ss.
- GOLDBERG, *In search of best efforts: reinterpreting Bloor v. Falstaff*, in *Saint Louis University Law Journal*, 44, 2000, p. 1465 ss.
- GONNELLI, *La clausola risolutiva espressa tra principio di buona fede e importanza dell'inadempimento*, in *Obbligazioni e contratti*, 2009, p. 719 ss.

GORDLEY, *Common law v. Civil law: una distinzione che va scomparendo?*, in *Scritti in onore di Rodolfo Sacco: la comparazione giuridica alle soglie del 3° millennio*, Milano, 1994, I, p. 559 ss.

GORDLEY, *Common law und civil law: Eine überholte Unterscheidung*, in *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 2003, p. 11 ss.

GORDLEY, *Review: The Death of Contract by Grant Gilmore*, in *Harvard Law Review*, 89, 2, 1975, p. 452 ss.

GORLA, *Del rischio e pericolo nelle obbligazioni*, Padova, 1934.

GORLA, *Il contratto*, I, Milano, 1954.

GORLA, *Il contratto. Problemi fondamentali trattati con il metodo comparativo e casistico*, Milano, 1955.

GORLA, *La compravendita e la permuta*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da Vassalli, VII, 1, Torino, 1937.

GORLA, voce «*Precedente giudiziale*», in *Enciclopedia giuridica Treccani*, XXIII; Roma, 1990.

GORNI, *Le clausole di rinegoziazione*, in AA.VV., *Il conflitto del golfo e i contratti di impresa*, a cura di Vaccà, Milano, 1992.

GRANELLI, *L'interpretazione come oggetto del contratto: gli accordi di interpretazione e gli accordi sull'interpretazione del contratto*, in *Obbligazioni e contratti*, 2012, 10, p. 647 ss.

GRASSETTI, *Conservazione (Principio di)*, in *Enciclopedia del diritto*, IX, Milano, 1961.

GRASSETTI, *Discussione intorno al principio di conservazione dei contratti nei riguardi delle clausole di irresponsabilità*, in *Rivista di diritto della navigazione*, 1939, I, p. 346.

GRASSETTI, *Intorno al principio di gerarchia delle norme d'interpretazione*, in *Foro italiano*, 1941, I, c. 512.

GRASSETTI, *L'interpretazione del negozio giuridico con particolare riguardo ai contratti*, rist., Padova, 1983.

GRASSETTI, *L'interpretazione del negozio giuridico con particolare riguardo ai contratti*, Padova, 1938.

GRASSETTI, *Rilevanza dell'intento giuridico in caso di divergenza dall'intento empirico*, Milano, 1936.

GRASSETTI, *Trust anglosassone, proprietà fiduciaria e negozio fiduciario*, Milano, 1936 (già pubblicato in *Rivista del diritto commerciale*, a. 34., 1936, pt. I).

GRASSETTI, voce «*Conservazione (principio di)*», in *Enciclopedia del diritto*, IX, Milano, 1961.

GRASSO, *Eccezione d'inadempimento e risoluzione del contratto*, Napoli, 1973.

GRECO-COTTINO, *Della vendita*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, sub artt. 1470-1547, Bologna-Roma, 1981.

GRECO, *Appunti sulle clausole di irresponsabilità nei trasporti marittimi*, commento a Cass., 15 novembre 1928, in *Annuario di diritto comparato e studi legislativi*, 1931, IV, p. 752 ss.

GRISI, *L'obbligo precontrattuale d'informazione*, Napoli, 1990.

GRONDONA, *Agency e trust; mandato e fiducia: istituti a confronto*, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2000, 3, p. 347 ss.

GRONDONA, *La clausola risolutiva espressa*, Milano, 1998.

GRONDONA, *L'ordine giuridico dei privati: premesse teorico-generalì per uno studio sul diritto positivo in ambito contrattuale*, Soveria Mannelli, 2008.

GROSSO, *Dies impossibilis e impossibilità della prestazione*, Napoli, 1955.

GROSSO, *Obbligazioni. Contenuto e requisiti della prestazione. Obbligazioni alternative e generiche*, Torino, 1966.

GRUNDMANN-MÖSLEIN-RIESENHUBER, *Contract Governance. Dimensions in Law and Interdisciplinary Research*, Oxford, 2015.

GUARNIERI, voce «*Meritevolezza dell'interesse*», in *Digesto delle discipline privatistiche* (sezione civile), XI, Torino, 1994.

GUARNIERI, voce «*Ordine pubblico*», in *Digesto delle discipline privatistiche* (sezione civile), XIII, Torino, 1995.

GUERINONI-MANIACI, *Clausola di hardship e compatibilità con l'ordinamento italiano*, in *Diritto e pratica societaria*, 1999, p. 25 ss.

GUEST, *Exemption clauses*, in *Chitty on Contracts*, 31st ed., vol. I, London, 2012.

GUGLIELMINETTI, voce «*Contratto normativo*», in *Enciclopedia giuridica*, VIII, Roma, 1988.

GUGLIELMINETTI, *I contratti normativi*, Padova, 1969.

HANOTIAU, *Les clauses d'exclusion et de limitation de garantie et de responsabilité en droit américain*, in *International Business Law Journal*, 1985, pp. 517-523.

HARTMANN, *Die Obligation: Untersuchungen über ihren Zweck und Bau*, Erlangen, 1875.

HOLMES (Jr.), *The Path of the Law*, in *Harvard Law Review*, 10, 1897, p. 457 ss.

HORWITZ, *Review: The Death of Contract by Grant Gilmore*, in *The University of Chicago Law Review*, 42, 4, 1975, pp. 787-797.

IACCARINO, *L'opportunità di un contratto di fiducia tipico*, in *Notariato*, 2014, 1, pp. 35-49.

IANNACCONE, *L'adempimento dedotto in condizione*, nota a Cass., 24 giugno 1993, n. 7007, in *Giurisprudenza italiana*, 1995, I, 1, p. 329 ss.

IANNUZZI, *Del trasporto*, in *Commentario Scialoja, Branca, sub artt. 1678-1702*, 2^a ed., Bologna-Roma, 1970.

IRTI N., *"Codici di settore": compimento della "decodificazione"*, in *Diritto e società*, 2005, p. 131 ss.

IRTI N., *Formalismo e attività giuridica*, in *Rivista di diritto civile*, 1990, 1, pp. 1-10.

IRTI N., *Idola libertatis: tre esercizi sul formalismo giuridico*, Milano, 1985.

IRTI N., *Il negozio giuridico come categoria storiografica*, in *Lecture bettiane sul negozio giuridico*, Milano, 1991.

IRTI N., *La ripetizione del negozio giuridico*, Milano, 1970.

IRTI N., *L'interpretazione del contratto nella dottrina italiana*, Padova, 2000.

IRTI N., *Studi sul formalismo negoziale*, Padova, 1997.

IRTI N., *Testo e contesto. Una lettura dell'art. 1362 c.c.*, Padova, 1996.

JANSSEN, *Präventive Gewinnabschöpfung*, Tübingen, 2017.

JORI, *Il formalismo giuridico*, Milano, 1980.

KAHAN-KLAUSNER, *Standardization and Innovation in Corporate Contracting (Or "The Economics of Boilerplate")*, in *Virginia Law Review*, 83, 1997, p. 713 ss.

KASSIR, *Étude critique du contrat sans loi: réflexion sur le droit des relations contractuelles*, Lille, 1992.

KASTNER, *The Persisting Ideal of Agreement in an Age of Boilerplate*, in *35 Law & Social Inquiry*, 35, 2010, p. 793 ss.

KATSIVELA, *Contracts: Force Majeure concept or Force Majeure Clauses?*, in *Uniform Law Review*, 12, 2007, p. 101 ss.

KELSEN, *Formalismo giuridico e realtà sociale*, scritti di Hans Kelsen, Renato Treves, a cura di Paulson, Napoli, 1992.

KLEIN-CRAWFORD-ALCHIAN, *Vertical Integration, Appropriable Rents, and the Competitive Contracting Process*, in *Journal of Political Economy*, 1978, p. 297.

KLEINEIDAM, *Unmöglichkeit und Unvermögen nach dem bürg. Gesetzbuche für das deutsche Reich*, Jena, 1900.

KORTMANN-FABER, *Contract and Third Parties*, in *Towards a European Civil Code*, a cura di Hartkamp e altri, 1994.

KÖTZ-FLESSNER, *European Contract Law*, Oxford, 1997.

KREITNER, *Calculating Promises – The Emergence of Modern American Contract Doctrine*, Stanford, 2007.

KRÜCKMANN, *Der Fortfall des Interesses und der Untergang des Schuldverhältnisse*, in *Archiv für die civilistische Praxis*, 90, 1900, p. 111 ss.

KRÜCKMANN, *Die Voraussetzung als virtueller Vorbehalt*, in *Archiv für die zivilistische Praxis*, 131, 1929, p. 1 ss.

KRÜCKMANN, *Unmöglichkeit und Unmöglichkeitsprozeß. Zugleich eine Kritik der Entwürfe Russlands, Ungarns und der Schweiz*, in *Archiv für die zivilistische Praxis*, 101, 1907, p. 1 ss.

LAGARDE, *Droit international privé*, in GHESTIN (ed.), *Les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité en Europe*, Paris, 1990.

LAMBO, *Obblighi di protezione*, Padova, 2007.

LANDINI, *Vincolatività dell'accordo e clausole di rinegoziazione. L'importanza della resilienza delle relazioni contrattuali*, in *Contratto e impresa*, 2016, 1, p. 179 ss.

- LARENZ, *Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung*, München-Leipzig, 1951.
- LARÈRE, *Les clauses limitatives et exonératoires de responsabilité en droit français*, in *International Business Law Journal*, 1985, pp. 479-481;
- LAWSON, *A Common Lawyer Looks at Codification: Further Reflections on Codification*, in *Selected Essays*, Oxford, 1997.
- LAWSON, *Remedies of English Law*, 2nd ed., London, 1980.
- LECCESE, voce «*Subfornitura*», in *Novissimo Digesto italiano*, XV, Torino, 1998.
- LEFEBVRE D'OVIDIO, *La disciplina convenzionale della responsabilità del vettore marittimo*, Roma, 1939.
- LEFEBVRE D'OVIDIO, *Studi sulle clausole di irresponsabilità*, in *Rivista di diritto della navigazione*, I, 1938, p. 305 ss.
- LEHMANN, *Über die civilrechtlichen Wirkungen des Nothstandes*, in *Jherings Jahrbücher*, 13, 1874, p. 244 ss.
- LENER, *La nuova disciplina delle clausole vessatorie nei contratti dei consumatori*, in *Foro italiano*, V, 1996, c. 155 ss.
- LENER, *Note minime intorno alla clausola d'inscindibilità*, in *Danno e responsabilità*, 2011, 11, p. 1104.
- LENZI, *In tema di adempimento come condizione: ammissibilità, qualificazione e disciplina*, in *Rivista del notariato*, XL, p. 87 ss.
- LEWISON, *The interpretation of contracts*, 2nd ed., London, 1997.
- LIEBMAN, *Risoluzione convenzionale del processo*, in *Rivista di diritto processuale*, 1933, p. 274 ss.
- LIPARI, *Fiducia statica e trusts*, in *Rassegna di diritto civile*, 3, 1996, pp. 483-496.
- LIPARI, *Il negozio fiduciario*, Milano, 1964.
- LIPARI, *Note in tema di compravendita di cosa futura*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1960, p. 832.
- LOCHER, *Geschäftsgrundlage und Geschäftszweck*, in *Archiv für die zivilistische Praxis*, 1923 (121°), p. 72.

LOMBARDI R., Force Majeure in European Union Law, in *International Trade & Business Law Ann.*, 3, 1997, p. 81 ss.

LOMBARDI, *La risoluzione per impossibilità sopravvenuta*, Milano, 2007.

LONG L.S., *Best Efforts and Diligence Insurance: in Defence of «Profit Über Alles»*, in *Columbia Law Review*, 86, 1986, pp. 1728-1740.

LONGO, *Casi d'impossibilità della prestazione nel diritto giustiniano*, Tolentino, 1935.

LONGO, *Del caso fortuito e del rischio e pericolo in materia di obbligazioni*, Napoli, 1893.

LONGOBUCCO, *Mutamenti convenzionali del regime legale dell'inadempimento: profili sistematici e ricostruttivi*, in *Contratto e impresa*, 2017, 1, p. 170 ss.

LONGU, *Il divieto dell'abuso di dipendenza economica nei rapporti tra le imprese*, in *Rivista di diritto civile*, 2000, p. 347 ss.

LUMINOSO, *Della risoluzione per inadempimento*, in LUMINOSO-CARNEVALI-COSTANZA, *Risoluzione per inadempimento*, nel *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, a cura di Galgano, Bologna-Roma, 1990.

LUMINOSO, *I contratti tipici e atipici*, in *Trattato di diritto privato* a cura di Iudica e Zatti, Milano, 1995.

LUMINOSO, *Il mandato e la commissione*, in *Trattato di diritto privato diretto da Rescigno*, 12, Torino, 1985.

LUMINOSO, voce «Comodato (dir. civ.)», in *Enciclopedia giuridica Treccani*, VII, Roma, 1988.

LUMINOSO, voce «Vendita», in *Digesto delle discipline privatistiche (sezione civile)*, XIX, Torino, 1999.

LUPOI, *Il dolo del debitore nel diritto italiano e francese*, Milano, 1969.

LUTHER, voce «Ragionevolezza (delle leggi)», in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, XII, 1977.

MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996.

MACARIO, *Determinazione giudiziale del corrispettivo nei contratti di durata e tutela cautelare atipica*, in *Foro italiano*, 1996, I, c. 710.

MACARIO, *Equilibrio delle posizioni contrattuali ed autonomia privata nella subfornitura*, in FERRONI (cur.), *Equilibrio delle posizioni contrattuali ed autonomia privata* Napoli, 2002.

MACARIO, *Regole e prassi della rinegoziazione al tempo della crisi – [Rules and practices of the renegotiation at the time of the crisis]*, in *Giustizia civile*, 2014, 3, pp. 825-865.

MACAULAY, *Non contractual relations in business: a preliminary study*, in *American Society Review*, 1963, XXVIII, p. 55 ss.

MACIOCE, *Il negozio di rinuncia nel diritto privato*, I, Napoli, 1992.

MACIOCE, *Ordine pubblico e autodeterminazione*, Torino, 2010.

MACNEIL, *Contracts: Adjustment of Long-Term Economic Relations Under Classical, Neoclassical and Relational Contract Law*, in *North-western University Law Review*, 72, 1978, p. 854-905.

MACNEIL, *Efficient Breach of Contract: Circles in the Sky*, in *Virginia Law Review*, 68, 1982, p. 947 ss.

MACNEIL, *Relational Contract: What We Do and Do not Know*, in *Wisconsin Law Review*, 1985, p. 483 ss.

MACNEIL, *Restatement (Second) of Contracts and Presentation*, in *Virginia Law Review*, 60, 1974, p. 589 ss.

MACNEIL, *The Many Futures of Contracts*, in *Southern California Law Review*, 47, 1974, pp. 691-816.

MACNEIL, *The New Social Contract*, New Haven, 1980.

MAFFEIS, *Abuso di dipendenza economica*, in *La subfornitura. L. 18 giugno 1998, n. 192*, a cura di De Nova-Chiesa-Maffeis-Salvadè, Milano, p. 78.

MAFFEIS, *Il contraente e la disparità di trattamento delle controparti*, in *Rivista di diritto privato*, 2006, p. 336 ss.

MAGGIOLO, *Il danno non patrimoniale da inadempimento*, in *Responsabilità civile. Danno non patrimoniale*, a cura di S. Delle Monache, Torino, 2010, p. 659 ss.

MAIORCA, voce «*Colpa civile (teoria generale)*», in *Enciclopedia del diritto*, VII, Milano, 1960, p. 581 ss.

MAIORCA, voce «*Condizione*», in *Digesto delle discipline privatistiche*, sezione civile, Torino, 1988, III.

MALENGREAU, *La clause d'exonération de responsabilité en droit belge*, in *International Business Law Journal*, 1985, pp. 483-486;

MANCA, *Pactum de dolo non praestando, de culpa lata non praestanda*, in *Dizionario pratico di diritto privato*, V, 1, Milano, 1937.

MANIACI, *Il contratto a favore di terzi può comportare effetti sfavorevoli per il terzo?*, in *Contratti*, 2006, pp. 1151-1155.

MANIACI, *La clausola d'incontestabilità nei contratti di assicurazione*, in DE NOVA (cur.), *Clausole a rischio di nullità*, Padova, 2009.

MANNA, *Medicina difensiva e diritto penale tra legalità e tutela della salute*, Pisa, 2013.

MARASCO, *La rinegoziazione del contratto: strumenti legali e convenzionali a tutela dell'equilibrio negoziale*, Padova, 2006.

MARCELLO, *Dal formalismo giuridico alla dialettica dell'azione*, Milano, 1948.

MARKESINIS (cur.), *The Coming Together of the Common Law and the Civil Law*, in *The Clifford Chance Millennium Lectures*, V, Oxford, 2000.

MARINELLI, *La responsabilità dell'appaltatore ex art. 1669 c.c.: un'ipotesi di responsabilità oggettiva*, in *Giustizia civile*, 1983, I, p. 948.

MARINI, *La clausola penale*, Napoli, 1984.

MARINI, *Promessa ed affidamento nel diritto dei contratti*, Napoli, 1995.

MARINO, *La responsabilità da induzione all'inadempimento (il caso Penzoil- Texaco)*, in *Rivista critica di diritto privato*, 1987, p. 849 ss.

MARINONI, *Clausole probatorie nella pratica commerciale e civile*, in *Rivista di diritto processuale civile*, 1938, I, p. 15 ss.

MARMOCCHI, *Della condizione di adempimento della prestazione*, in *Rivista del notariato*, 1983, p. 482 ss.

MARSTON, *Review: The Death of Contract by Grant Gilmore*, in *The Cambridge Law Journal*, 34, 2, 1975, pp. 325-326.

MARTINI, voce «Gentlemen's Agreement», in *Digesto delle discipline privatistiche (sezione civile)*, VIII, Torino, 1992.

MARTORANO, *Delimitazione dell'oggetto e limitazioni della responsabilità della banca*, in *Banca, borsa, titoli di credito*, 1981, p. 129 ss.

MASTROPAOLO, voce «*Deposito (in generale)*», in *Enciclopedia giuridica*, X, Roma, 1988.

MASTROPAOLO, *Promessa del fatto altrui, garanzie personali e sindacato di voto*, in *Il contratto. Silloge in onore di G. Oppo*, I, Padova, 1992.

MATTEI, *Civil Law e Common Law. Verso una convergenza?*, in VOGLIOTTI (cur.), *Il tramonto della Modernità Giuridica. Un Percorso Interdisciplinare*, Torino, 2008.

MAUGERI, *Abuso di dipendenza economica e autonomia privata*, Milano, 2003.

MAURIZI, *L'individuazione del mercato in un caso di abuso di posizione dominante*, in *Rivista di diritto commerciale*, 1992, I, p. 412 ss.

MAZEAUD H., *Essai de classification des obligations*, in *Revue trimestrielle de droit civil*, 1936, p. 4 ss.

MAZEAUD H. e L., *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile*, I Paris, 1947.

MAZEAUD-TUNC, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile*⁶, Paris, 1965.

MAZZA, *Merger clause o clausola di completezza*, in *I contratti in generale*, IV, Tomo II, *Clausole abusive*, in *Il diritto privato nella giurisprudenza*, a cura di Cendon, Torino, 2001.

MAZZAMUTO, *Il rapporto tra clausole generali e valori*, in *Giurisprudenza italiana*, p. 1697 ss.

MAZZAMUTO, *La nozione di rimedio nel diritto continentale*, in VETTORI (cur.), *Remedies in contract – The Common Rules for a European Law*, Padova, 2008.

MAZZAMUTO, *Note in tema di responsabilità civile del medico*, in *Europa e diritto privato*, 2000, p. 509 ss.

MAZZAMUTO, *Una rilettura del mobbing: obbligo di protezione e condotte plurime d'inadempimento*, in *Europa e diritto privato*, 2003, p. 668 ss.

MAZZONI, *Lettere di patronage, mandato di credito e promessa del fatto del terzo*, in *Banca, Borsa, titoli di credito*, 1984, II, pp. 308-309.

MC GREGOR, *Restitutionary Damages*, in *Wrongs and Remedies in the Twenty-First Century*, Oxford 1996.

MCKENDRICK, *Art. 6.2.2. (Definition of hardship)*, in VOGENAUER (ed.), *Commentary on the Unidroit Principles of International Commercial Contracts (PICC)*, 2nd ed., Oxford, 2015.

MCKENDRICK, *Discharge by breach*, in *Chitty on Contracts*, vol. I, 31st ed., London, 2015.

MENGONI, *Brevi note in tema di responsabilità del comodatario*, in *Temi*, 1948, p. 530 ss.

MENGONI, *Gli acquisti a non domino*, Milano, 1994.

MENGONI, *I principi generali del diritto e la scienza giuridica*, in *Diritto del lavoro*, 1992, 1, p. 3 ss.

MENGONI, *In relazione alla monografia di Larenz*, in *Rivista di diritto commerciale*, 1953, I, p. 255.

MENGONI, *L'oggetto dell'obbligazione*, in *Jus*, 1952, p. 156 ss.

MENGONI, *La parte generale delle obbligazioni*, in *Rivista critica di diritto privato*, 1984, p. 294.

MENGONI, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi» (Studio critico)*, in *Rivista di diritto commerciale*, 1954, pp. 193-194.

MENGONI, *Profili di una revisione della teoria sulla garanzia per vizi nella vendita*, in *Rivista di diritto commerciale*, I, 1953.

MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Rivista critica di diritto privato*, 1986.

MENGONI, voce «*Responsabilità contrattuale (diritto vigente)*», in *Enciclopedia del diritto*, XXXIX, Reazione-Responsabilità, Milano, 1988.

MENICHINO, *Clausole di irresponsabilità contrattuale*, Milano, 2008.

MENICHINO, *Il patto di manleva con particolare riguardo al contratto di appalto e di acquisizione di pacchetti azionari*, in *Il Nuovo diritto delle società*, 2012, n. 20, p. 117.

MENKEL-MEADOW, *Toward Another View of Legal Negotiation: The Structure of Problem Solving*, in *Ucla Law Review*, 31, 1984, p. 754 ss.

MERRYMAN, *On the Convergence (and Divergence) of the Civil Law and the Common Law*, in *Stanford Journal of International Law*, 17, 1981, p. 357.

MERUZZI, *La trattativa maliziosa*, Padova, 2002.

MESSINA, *Negozi fiduciari*, 1910, ora in *Scritti giuridici*, I, Milano, 1948, p. 42 ss.

MESSINEO, *Dottrina generale del contratto*, Milano, 1952.

MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, III, Milano, 1954.

MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, Milano, 1959.

MESSINEO, voce «*Contratto (dir. priv.)*», in *Enciclopedia del diritto*, IX, Milano, 1961.

MESSINEO, voce «*Contratto normativo e contratto tipo*», in *Enciclopedia del diritto*, X, Milano, 1962.

MESSINETTI, *Processi di formazione della norma e tecniche «rimediali» della tutela giuridica*, in *Scienza e insegnamento del diritto civile in Italia*, a cura di Scalisi, *Convegno di studio in onore del Prof. Angelo Falzea*, Milano, 2004.

MESSINETTI, *Sapere complesso e tecniche giuridiche rimediali*, in *Europa e diritto privato*, 2005, p. 605 ss.

MEYER, *Contracts of Adhesion and the Doctrine of Fundamental Breach*, in 50 *Virginia Law Review*, 50, 1964, p. 1178 ss.

MEYER, *The CISG: Divergences between Success-Scarcity and Theory-Practice*, in DI MATTEO (ed.), *International Sales Law – A Global Challenge*, Cambridge, 2014.

MICCIO, *Delle obbligazioni in generale*, in *Commentario al codice civile*, libro IV, vol. I, sub artt. 1173-1320, Torino, 1982.

MILLET (ed.), «*Entire agreement*» clauses, in *The Encyclopaedia of Forms and Precedents*, 5° ed., rist. 2008.

MILSOM, *A Pageant in Modern Dress*, in *The Yale Law Journal*, 84, 7, 1975, pp. 1585-1590.

MINERVINI, *Dei contratti del consumatore in generale*, 3° ed., Torino, 2014.

MINERVINI, *Il mandato, la commissione, la spedizione*, in *Trattato di diritto civile* diretto da Vassalli, Torino, 1952.

MINERVINI, *Il “terzo contratto”*, in *Contratti*, 2009, 5, p. 493 ss.

MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, 3° ed., in *Commentario del codice civile* diretto da Gabrielli, Torino, 1980.

MIRABELLI, *Dei singoli contratti. Del trasporto*, in *Commentario del codice civile*, IV, 3, 3^a ed., Torino, 1991.

MODUGNO, *La ragionevolezza nella giustizia costituzionale*, Napoli 2007.

MODUGNO, *Ragione e ragionevolezza*, Napoli 2009.

MOMMSEN, *Beiträge zum Obligationenrecht, I. Die Unmöglichkeit der Leistung in ihrem Einfluss auf obligatorische Verhältnisse*, Braunschweig, 1853.

MONATERI, *La responsabilità civile*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da Sacco, Torino, 1998.

MONATERI, *La responsabilità civile*, in *Trattato di diritto civile Sacco*, Torino, 1998.

MONGILLO, *Inadempimento e risoluzione di diritto*, Napoli, 2012.

MONTICELLI, *Dall'abuso del diritto all'abuso di dipendenza economica. Un'indagine sulla dipendenza economica tra modello francese ed italiano*, Roma, 2006.

MORELLO, *La condizione di non impugnazione del testamento*, in *Rivista del notariato*, 1965, I, p. 981 ss.

MOROZZO DELLA ROCCA, *Gratuità, liberalità e solidarietà. Contributo allo studio della prestazione non onerosa*, Milano 1998.

MORRONE, *Il custode della ragionevolezza*, Milano, 2001.

MOSCARINI, *Ratio legis e valutazioni di ragionevolezza della legge*, Torino 1996.

MOSCARINI, voce «*Rinunzia*», in *Enciclopedia giuridica*, XXVII, Roma, 1991.

MOSCATI, *Clausole generali e ruolo delle obbligazioni naturali nel diritto vigente*, in *Giurisprudenza italiana*, 2011, p. 1718 ss.

MOSCO, *La risoluzione del contratto per inadempimento*, Napoli, 1950.

MOVSESIAN, *Severability in Statutes and Contracts*, in *Faculty Publications*, 1995, p. 113.

MUSOLINO, *Contratto d'opera professionale*, in *Il Codice civile Commentario*, fondato da Schlesinger e diretto da Busnelli, Milano, 2014.

MUSSO, *La subfornitura*, in *Commentario al codice civile Scialoja-Branca-Galgano*, libro quarto, *Obbligazioni*, titolo III, *Dei singoli contratti*, supplemento legge 18 giugno 1998, n. 192, Bologna-Roma, 2003.

NANNI, *La buona fede contrattuale*, Padova, 1988.

NANNI, *L'uso giurisprudenziale dell'“exceptio doli generalis”*, in *Contratto e impresa*, 1986, p. 187.

NASSAR, *Sanctity of Contracts Revisited – A Study in the Theory and Practice of Long-Term International Commercial Transactions*, Martinus Nijhoff, 1995.

NATOLI R., *Brevi note sull'abuso di dipendenza economica “contrattuale”*, in *Giurisprudenza italiana*, 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 e responsabilità*, 2000, 7, p. 730 ss.

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 *Abuso del diritto e buona fede nei contratti*, a cura di S. Pagliantini, Torino, 2010.

NATOLI R., *L'abuso di dipendenza economica. Il contratto e il mercato*, Napoli, 2004.

NATOLI U., *In tema di collegamento funzionale tra contratti*, in *Giurisprudenza completa della cassazione civile*, 1946, II, p. 328.

NATOLI U., *In tema di negozi collegati*, in *Giurisprudenza completa della cassazione civile*, 1951, III, p. 320.

NATOLI U., *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, II, *Il comportamento del debitore*, in *Trattato di diritto civile e commerciale Cicu-Messineo*, XVI, 2, Milano, 1984.

NAVARRA, *Il terzo contratto: evoluzione e sviluppo delle forme contrattuali: analisi comparata con l'ordinamento tedesco*, Napoli, 2014.

NAVARRETTA, *Il valore della persona nei diritti inviolabili e la complessità dei danni non patrimoniali*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2009, p. 63 ss.

NAVARRETTA, *La complessità del rapporto fra interessi e rimedi nel diritto europeo dei contratti*, in VETTORI (cur.), *Remedies in contract – The Common Rules for a European Law*, Padova, 2008.

NAVARRETTA-POLETTI, *I danni non patrimoniali nella responsabilità contrattuale*, in *I danni non patrimoniali. Lineamenti sistematici e guida alla liquidazione*, a cura di E. Navarretta, Milano, 2004.

NEGRI, *Alle origini del formalismo giuridico: studio sul problema della forma in Kant e nei giuristi kantiani tra il 1789 e il 1802*, Padova, 1962.

NICHOLAS, *Fault and Breach of Contract*, in BEATSON-FRIEDMAN (eds.), *Good Faith and Fault in Contract Law*, Oxford, 1997.

NICHOLAS, *Force Majeure and Frustration*, in *American Journal of Comparative Law*, 27, 1979, p. 231 ss.

NICKLISCH, *Funktion und Bedeutung technischer Standards in der Rechtsordnung*, in *Betriebsberater*, 38, 1983, p. 261 ss.

NICOLINI, *Subfornitura e attività produttive. Commento alla l. 18 giugno 1998, n. 192*, Milano, 1999.

NICOLÒ, *Il riconoscimento e la transazione nel problema della rinnovazione del negozio e della novazione dell'obbligazione*, ora in *Raccolta di scritti*, I, Milano, 1980, p. 383 ss.

NICOLÒ, *L'adempimento dell'obbligo altrui*, Milano, 1978.

NICOLÒ, *La relatio nei negozi formali*, in *Rivista di diritto civile*, 1972, 2, I, pp. 117-129.

NICOLÒ (cur.), *Rassegna di giurisprudenza sul codice civile*, IV, Milano, 1954, I.

NICOLÒ, voce «*Alea*», in *Enciclopedia del diritto*, I, Milano, s.d. (ma 1958).

NICOLUSSI, *Il commiato della giurisprudenza dalla distinzione tra obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi*, in *Europa e diritto privato*, 2006, p. 797 ss.

NICOLUSSI, *Obblighi di protezione*, in *Enciclopedia del diritto*, Ann. VIII, Milano, 2015.

NICOLUSSI, *Presupposizione e risoluzione*, in *Europa e diritto privato*, 2001, p. 843.

NICOLUSSI, *Proprietà intellettuale e arricchimento ingiustificato: la restituzione dei profitti nell'art. 45 TRIPs*, in *Europa e diritto privato*, 2002, p. 1003 ss.

NICOLUSSI, *Sezioni sempre più unite contro la distinzione fra obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi. La responsabilità del medico*, in *Danno e responsabilità*, 2008, pp. 874-875.

NIPPERDEY, *Vertragstreue und Nichtzumutbarkeit der Leistung*, Mannheim-Berlin-Leipzig, 1921.

NITTI, voce «*Negoziio fiduciario*», in *Novissimo Digesto italiano*, XI, Torino, 1965.

NIVARRA, *La responsabilità civile dei professionisti (medici, avvocati, notai)*, in *Danno e responsabilità*, 2000, p. 513 ss.

NIVARRA, *Rimedi: un nuovo ordine del discorso civilistico?*, in *Europa e diritto privato*, 3, 2015, p. 583.

NUZZO, *Utilità sociale e autonomia privata*, Milano, 1974.

O' CONNELL, *The Interlocking Death and Rebirth of Contract and Tort*, in *Michigan Law Review*, 75, 4, 1977, pp. 659-685.

ODGERS, *Construction of Deeds and Statutes*, 5th ed, 1967.

OECHSLER, *Wille und Vertrauen im privaten Austauschvertrag – Die Rezeption des Theorie des Relational Contract im deutschen Vertragsrecht in rechtsvergleichender Kritik*, in *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 1996, pp. 91-124.

OERTMANN, *Die Geschäftsgrundlage. Ein neuer Rechtsbegriff*, Leipzig-Erlangen, 1921.

OLIVIERI, *La responsabilità del professionista-imprenditore tra concorrenza e regolamentazione*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 2005, n. 1, pp. 81 ss.

ONOFRI, *Indennizzo da promessa del fatto del terzo*, in *Corriere giuridico*, 1992, p. 563.

ONORATO, *L'accordo d'interpretazione*, Milano, 2009.

OPPO, *Profili dell'interpretazione oggettiva del negozio giuridico*, Padova, 1943.

ORLANDO CASCIO, *Teoria della responsabilità per colpa*, Milano, 1938.

OSTI, voce «*Contratto*», in *Novissimo Digesto italiano*, IV, Torino, 1957, e in *Scritti giuridici*, II, Milano, 1973, p. 814.

OSTI, *Deviazioni dottrinali in tema di responsabilità per inadempimento delle obbligazioni*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1954, p. 593 ss.

OSTI, *Revisione critica della teoria sull'impossibilità della prestazione*, in *Rivista di diritto civile*, 1918, p. 209 ss.

OSTI, voce «*impossibilità sopravvenuta*», in *Novissimo Digesto italiano*, VIII, Torino, 1962.

PACCHIONI, *Aggravamento e attenuamento convenzionali in tema di responsabilità contrattuale*, commento a Cass. Torino, 8 giugno 1912, in *Rivista di diritto commerciale*, 1913, p. 417 ss.

PACCHIONI, *Diritto civile italiano*, parte seconda, IV, *Dei delitti e quasi delitti*, Padova, 1940.

PACCHIONI, *La promessa del fatto di un terzo*, in *Rivista di diritto commerciale*, 1911, II, p. 549.

PADOVINI, *Il recesso*, in *I contratti in generale*, a cura di Gabrielli, II, 2°ed., Torino, 2006.

PADOVINI, *Le clausole limitative delle impugnazioni contrattuali*, in VETTORI (cur.), *Remedies in contract – The Common Rules for a European Law*, Padova, 2008.

PAGLIANTINI, *Forma e formalismo nel diritto europeo dei contratti*, Pisa, 2009.

PAGLIANTINI, *L'abuso di dipendenza economica tra legge speciale e disciplina generale del contratto*, in VETTORI (cur.), *Squilibrio e usura nei contratti*, Milano, 2002.

PAGLIARA, *La responsabilità per rovina e difetti di cose immobili*, in *Diritto e pratica dell'assicurazione*, 1980, p. 221.

PALADIN, voce «*Ragionevolezza (principio di)*», in *Enciclopedia del diritto*, agg. I, Milano 1997.

PALERMO, *Funzione illecita e autonomia privata*, Milano, 1970, p. 174.

PALMIERI, *Rifiuto (tardivo) di fornitura, vessazione del proponente ed eliminazione delle alternative: un caso limite di dipendenza economica*, in *Foro italiano*, 2002, c. 2178.

PANUCCIO, voce «*Cessione dei crediti*», in *Enciclopedia del diritto*, VI, Milano, 1960.

PANUCCIO, *La cessione volontaria dei crediti nella teoria del trasferimento*, Milano, 1955.

PARDOLESI-CASO, *La nuova disciplina del contratto di subfornitura (industriale): scampolo di fine millennio o prodromo di tempi migliori*, in *Rivista di diritto privato*, 1998, p. 712.

PARDOLESI, *Contratto e nuove frontiere rimediali. Disgorgement v. punitive damages*, Bari, 2012.

PARDOLESI, voce «Disgorgement», in *Enciclopedia giuridica* (sezione Aggiornamenti), XIV, Roma, 2006.

PARDOLESI, *La retroversione degli utili nel nuovo codice dei diritti di proprietà industriale*, in *Diritto industriale*, 2005.

PARDOLESI, *Rimedi all'inadempimento contrattuale: un ruolo per il disgorgement?*, in *Rivista di diritto civile*, 2003, 6, p. 717 ss.

PARGENDLER, *The Rise and Decline of Legal Families*, in *The American Journal of Comparative Law*, 60, 2012, p. 1043 ss.

PARTISANI, *La clausola di diligenza ex art. 1176 c.c.*, in *Le obbligazioni in generale*, I, a cura di Franzoni, Torino, 2004.

PASQUINO, *Le clausole di esonero da responsabilità nei contratti di fornitura dei servizi telematici*, in *La responsabilità civile*, 2006, p. 783.

PATTI F. P., *Collegamento negoziale e obbligo di rinegoziazione*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2013, 2, I, pp. 120-127.

PATTI F. P., *La determinazione convenzionale del danno. Clausole tipizzate e prassi del mercato. Autonomia privata e intervento del giudice*, Napoli, 2015.

PATTI G., Sub. art. 1338, in *Responsabilità contrattuale e contratti standard (artt. 1337-1342)*, a cura di Patti G. e Patti S., in *Il codice civile. Commentario*, diretto da Schlesinger, Milano, 1993.

PATTI S., *Delle prove: art. 2697-2739*, in *Commentario del codice civile*, diretto da Scialoja-Branca-Galgano, Bologna, 2015.

PATTI S., *Ragionevolezza e clausole generali*, Milano, 2013.

PEEL, *The common law tradition: application of boilerplate clauses under English law*, in CORDERO-MOSS (ed.), *Boilerplate Clauses, International Commercial Contracts and the Applicable Law*, Cambridge, 2011.

PELLETIER, *Les clauses d'exonération et de limitation de responsabilité en droit mexicain*, in *International Business Law Review*, 1985, pp. 491-493.

PELOSI, *La proprietà risolvibile nella teoria del negozio condizionato*, Milano, 1975.

PENNASILICO, *Il principio di conservazione dei «valori giuridici»*, in A.A. V.V., *Colloqui in onore di Michele Giorgianni*, Napoli, 2007.

PENNASILICO, *La regola ermeneutica di conservazione nei «Principi di diritto europeo dei contratti»*, in *Rassegna di diritto civile*, 2003, p. 268 ss.

PENNAZIO, *La presupposizione tra sopravvenienza ed equilibrio contrattuale*, Milano, 2006.

PEPPET, *Contract Formation in Imperfect Markets: Should We Use Mediators in Deals?*, in *Ohio State Journal of Dispute Resolution*, 19, 2004, p. 283 ss.

PERILLO, *Force Majeure and Hardship under the Unidroit Principles of International Commercial Contracts*, in *Tulane Journal of International & Comparative Law*, 5, 1997.

PERLINGIERI G., *L'inesistenza della distinzione tra regole di comportamento e di validità nel diritto italo-europeo*, Napoli, 2013.

PERLINGIERI G., *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, Napoli, 2015.

PERLINGIERI P., *Della cessione dei crediti*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, sub artt. 1260-1267, Bologna-Roma, 1982.

PERLINGIERI P., *Dei modi di estinzione dell'obbligazione diversi dall'adempimento*, sub artt. 1230-1259, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1975.

PERLINGIERI P., *Forma dei negozi e formalismo degli interpreti*, Napoli, 1987.

PERLINGIERI P., *I negozi su beni futuri*, I, *La compravendita «di cosa futura»*, Napoli, 1962.

PERLINGIERI P., *Le obbligazioni tra vecchi e nuovi dogmi*, Napoli, 1990.

PERLINGIERI P., *Rimedi e modello sociale europeo*, VETTORI (cur.), *Remedies in contract – The Common Rules for a European Law*, Padova, 2008.

PERULLI, *Il lavoro autonomo*, in *Trattato di diritto civile e commerciale diretto da Cicu e Messineo*, Milano, 1996.

PESCARA, *Il problema dell'error juris nei contratti*, in *Rivista di diritto civile*, 1983, I, p. 769 ss.

PESCATORE, *In tema di limitazione di responsabilità del vettore marittimo*, in *Foro padano*, 1950, p. 186.

PETRONIO, voce «*Responsabilità contrattuale (diritto intermedio)*», in *Enciclopedia del diritto*, XXXIX, Milano, 1988.

PEZZANI, *Il regime convenzionale delle prove*, Milano, 2009.

PHILIPPE, *Les clauses de Best Efforts*, in *Liber amicorum Guy Horsmans*, Bruxelles, 2004.

PIERAZZI, *L'alea nei contratti*, in *Contratto e impresa*, 2011, 1, pp. 251-262.

PIETROBON, *Errore, volontà e affidamento nel negozio giuridico*, Padova, 1990.

PIETROBON, *L'errore nella dottrina del negozio giuridico*, Padova, 1963.

PIGNALOSA, *Clausole di rinegoziazione e gestione delle sopravvenienze*, in *Nuova giurisprudenza civile*, 2015, II, p. 411 ss.

PINO, *Il contratto a prestazioni corrispettive*, Padova, 1963.

PINORI, *Il principio generale della riparazione integrale dei danni*, in *Contratto e impresa*, 1998, p. 1945 ss.

PINTO, *L'abuso di dipendenza economica «fuori dal contratto» tra diritto civile e diritto antitrust*, in *Rivista di diritto civile*, 2000, 3, p. 407.

PIRAINO, *Adempimento e responsabilità contrattuale*, Napoli, 2011.

PIRAINO, *Alcune osservazioni in tema di rimedi*, in *Rivista di diritto dell'economia, dei trasporti e dell'ambiente*, VIII, 2010, p. 35.

PIRAINO, *Corsi e ricorsi delle obbligazioni "di risultato" e delle obbligazioni "di mezzi": la distinzione e la dogmatica della sua irrilevanza*, nota a Cass., 28 febbraio 2014, n. 4876, in *Contratti*, 2014, 10, p. 888 ss.

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.

PIRAINO, *Il diritto europeo e la «giustizia contrattuale»*, in *Europa e diritto privato*, 2, 2015, pp. 248-249.

PIRAINO, *La buona fede in senso oggettivo*, Torino, 2015.

PIRAINO, Obbligazioni “di risultato” e obbligazioni “di mezzi” ovvero dell’inadempimento incontrovertibile e dell’inadempimento controvertibile, in *Europa e diritto privato*, 2008, p. 85.

PITTALIS, *La cessione del credito*, in *Le obbligazioni*, a cura di Franzoni, I, 1, Torino, 2004.

PLAIA, *Ambito operativo dell’art. 1229 c.c. e responsabilità ex recepto*, in *Obbligazioni e contratti*, 2012, 12, p. 838 ss.

PLAIA, *La violazione della proprietà intellettuale tra risarcimento e restituzione*, in *Rivista di diritto commerciale*, 2003, I, p. 1035.

POLACCO, *Le obbligazioni nel diritto civile italiano*, I, Roma, 1915.

POLI, *Appunti in tema di nullità parziale e di clausole di non concorrenza*, in *Giurisprudenza italiana*, I, 2, 1994, p. 39 ss.

POMATA, *La promessa di guarigione. Malati e curatori in antico regime*, Roma-Bari, 1994.

PONTECORVO, *L'impossibilità sopravvenuta della prestazione per fatto imputabile al creditore*, Milano, 2007.

PONZANELLI, *Indennizzo è e indennizzo deve rimanere: l'ipotesi dell’art. 1381 c.c.*, in *Foro italiano*, 1992, I, c. 1248.

PONZANELLI, *La responsabilità civile. Profili di diritto comparato*, Bologna, 1992.

PONZANELLI, *Le clausole di esonero dalla responsabilità civile*, Milano, 1984.

POSNER, *Economic Analysis of Law*, Boston-Toronto-Londra, 1992.

POSNER, *Let Us Never Blame a Contract Breaker*, in *Michigan Law Review*, 107, 2009, p. 1349 ss.

POTHIER, *Traité des obligations*, I, cap. II, art. 1, § 1, nn. 142 ss., in *Oeuvres complètes*, I, Paris, 1821, pp. 121-125

PRADO, *La théorie du hardship dans les principes de l’Unidroit relatifs aux contrats du commerce international (Une approche comparative des principes et les solutions adoptées par le droit français et par le droit américain) – 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 *Diritto del commercio internazionale*, 1997, 2, pp. 323-373.

PREDELLA, *La figura dell'uomo medio nella storia del diritto e nel sistema giuridico privato*, Torino, 1934.

PRESTI, *La rinegoziazione dei mutui ipotecari Qualificazione e disciplina*, in *Rivista di diritto privato*, 1999, p. 267.

PRINCIGALLI, *La responsabilità del medico*, Napoli, 1983.

PROSPERI, *Il contratto di subfornitura e l'abuso di dipendenza economica. Profili ricostruttivi e sistematici*, Napoli, 2002.

PROTO, *Termine essenziale e adempimento tardivo*, Milano, 2004.

PUCELLA, *La causalità incerta*, Torino, 2007.

PUGLIATTI, «*Fiducia e rappresentanza indiretta*», in *Diritto civile. Saggi*, Milano, 1951.

QUADRI, *La responsabilità medica tra obbligazioni di mezzi e di risultato*, in *Danno e responsabilità*, 1999, p. 1165 ss.

RABEL, *Origine de la règle. Impossibilium nulla obligatio*, Paris, 1907 (ora in *Gesammelte Aufsätze*, 4, Tübingen, 1971, p. 126 ss.).

RABEL, *Unmöglichkeit der Leistung. Eine Kritische Studie zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, in *Aus römischem und bürgerlichem Recht*, Weimar, 1907.

RAMBERG, *Incoterms 2010*, in *European Journal of Law Reform*, Vol. 13, 3-4 (2011), pp. 380-387.

RAPPAZZO, *I contratti collegati*, Milano, 1998.

RAWACH, *La validité des clauses exonératoires de responsabilité et la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises*, in *Revue Internationale de Droit Comparé*, 2001, pp. 141-157).

RAY, *Legal Effect of Preambles and Recitals-Contract, Deeds, and Wills*, in *Drafting Contracts and Commercial Instruments*, New York, 1971.

REALMONTE, *Caso fortuito e forza maggiore*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, sez. civ., II, Torino, 1988.

REDENTI, *Dei contratti nella pratica commerciale*, I, Padova, 1931.

REIMANN (cur.), *The Reception of Continental Ideas in the Common Law World 1820-1920*, Berlin, 1993.

REITZ, *Review: The Death of Contract by Grant Gilmore*, in *University of Pennsylvania Law Review*, 123, 3, 1975, pp. 697-700.

RENSI, *Formalismo e amoralismo giuridico*, Verona, 1914.

RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, Bologna, 1998.

RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, in *Rivista di diritto civile*, 1965, I, p. 205 ss.

RESCIGNO, *Una nuova stagione per le clausole generali*, in *Giurisprudenza italiana*, p. 1689 ss.

RESCIGNO, voce «Condizione», in *Enciclopedia del diritto*, III, Milano, 1961.

RESCIO, *La traslazione del rischio contrattuale nel leasing*, Milano, 1989.

RESTIVO, *Contributo ad una teoria dell'abuso del diritto*, Milano, 2007.

RICCI, *Eguaglianza, ragionevolezza e logica giuridica*, Milano, 2006.

RICCI, *Il criterio di ragionevolezza nel diritto privato*, Padova, 2007.

RICCIO, *Clausola di responsabilità e clausola di inscindibilità: previsioni, anomalie e suggestioni – Liability Clause and Clause of Inseparability: Predictions, Anomalies and Suggestions*, in *Diritti lavori mercati*, 2012, 1, pp. 115-134.

RICCIO, *Dell'eccessiva onerosità*, artt. 1467-1469, in *Commentario del codice civile* a cura di Scialoja e Branca, Libro quarto – delle obbligazioni, Bologna-Roma, 2010.

RIDDLER-WELLER, *Unforeseen Circumstances, Hardship, Impossibility and Force Majeure under German Contract Law*, in *European Review of Private Law*, 22, 3, 2014, pp. 371-392.

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 Review of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, 1999-2000, 197-243.

RINALDI-TURITTO, *L'abuso di dipendenza economica*, in SPOSATO-COCCIA (cur.), *La disciplina del contratto di subfornitura nella l. n. 192 del 1998*, Torino, 1999.

RISK, *Recent Developments in Contracts, Law Society of Upper Canada Special Lectures*, 1966.

RIZZO, *Interpretazione dei contratti e relatività delle sue regole*, Napoli, 1985.

RIZZUTI, *Nullità per mancanza di causa – ancora in tema di nullità ed equilibrio contrattuale* (nota a Cass., 4 novembre 2015, n. 22567), in *Giurisprudenza italiana*, 2016, 4, p. 835 ss.

ROCCHIO, *La promessa con funzione di garanzia*, Napoli, 2009.

RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 2004.

RODOTÀ, voce «*Diligenza (dir. civ.)*», in *Enciclopedia del diritto*, XII, Milano, 1964.

ROIATI, *Medicina difensiva e colpa professionale medica in diritto penale. Tra teoria e prassi giurisprudenziale*, Milano, 2012.

ROLLI, *L'impossibilità sopravvenuta della prestazione imputabile al creditore*, Padova, 2000.

ROMANO, *Vendita. Contratto estimatorio*, in *Trattato di diritto civile* diretto da Grosso e Santoro Passarelli, Milano, 1960.

ROMEO C., *Inadempimento doloso e risarcimento del danno imprevedibile*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2004, pp. 990-992.

ROPPO, *Ancora su contratto asimmetrico e terzo contratto: le coordinate del dibattito, con qualche elemento di novità*, in *La vocazione civile del giurista: saggi dedicati a Stefano Rodotà*, a cura di Guido Alpa e Vincenzo Roppo, Roma-Bari, 2013.

ROPPO, *Autonomia privata e poteri unilaterali di conformazione del contratto*, in *Confini attuali dell'autonomia privata*, a cura di Belvedere e Granelli, Padova, 2001.

BIANCA C.M., *Causa concreta del contratto e diritto effettivo*, in *Rivista di diritto civile*, 2014, p. 251 ss.

ROPPO, *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppi di un nuovo paradigma*, in *Rivista di diritto privato*, 2001, p. 777.

ROPPO, *Il contatto sociale ed i rapporti contrattuali di fatto*, in *Casi e questioni di diritto privato*, a cura di Bessone, V, *Obbligazioni e contratti*, Milano, 1993.

ROPPO, *Il contratto*, 2°ed., in *Trattato di diritto privato*, a cura di Iudica e Zatti, Milano, 2011.

ROPPO, *La recezione della disciplina europea delle clausole abusive ("vessatorie") nei contratti fra professionisti e consumatori: art. 1469-bis e ss. c.c.*, in *Europa e diritto privato*, 1996, II, p. 99 ss.

ROSARIO, *Il terzo contratto da ipotesi di studio a formula problematica: profili ermeneutici e prospettive assiologiche*, Assago, 2010.

ROSELLI, *Clausole generali. Iura novit curia. Contraddittorio*, in *Giurisprudenza italiana*, p. 1701 ss.

ROSSELLO, *Soppravvenienze impreviste e adattamento del contratto nel diritto inglese e statunitense*, in *Studi urbinati*, 1987, 38-40, pp. 225-246.

ROTH, *The passing of risk*, in *American Journal of Comparative Law*, 27, 1979, p. 291 ss.

RUBINO-IUDICA, *Dell'appalto*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, sub artt. 1655-1677, Bologna-Roma, 1992.

RUBINO-MOSCATI, *L'appalto*, in *Trattato di diritto civile* diretto da Vassalli, Torino, 1980.

RUBINO, *La compravendita*, in *Trattato Cicu-Messineo*, 2° ed., Milano, 1971.

RUBINO, *Libertà contrattuale e inserzione automatica di clausole*, in *Moneta e credito*, 1948, p. 530 ss.

RUSSO, *Imprenditore debole, imprenditore-persona, abuso di dipendenza economica, «terzo contratto»*, in *Contratto e impresa*, 2009, p. 120 ss.

SACCO, *Diversity and Uniformity in the Law*, in *American Journal of Comparative Law*, 49, 2001, p. 171.

SACCO, *Il contratto*, II, 3° ed., in *Trattato di diritto civile*, diretto da Sacco, Torino, 2004.

SACCO, *L'arricchimento ottenuto mediante fatto ingiusto*, Torino, 1959.

SACCO, *La buona fede nella teoria dei fatti giuridici di diritto privato*, Milano, 1949.

SACCO, *Presunzione e natura costitutiva o impeditiva del fatto, onere della prova*, in *Rivista di diritto civile*, 1957, I, p. 412.

SACCO, voce «*Interesse meritevole di tutela*», in *Digesto delle discipline privatistiche* (sez. civ.), Agg. V, 2010.

SACCO, *Volontà, intento, vizi del consenso*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Rescigno, 10, *Obbligazioni e contratti*, Torino, 1982.

SACCOMANNI, *In margine alla validità di clausole di delimitazione del rischio contenute nei formulari delle polizze assicurative*, in *Giurisprudenza di merito*, 1976, I, p. 256.

SAMPSON, *The Title-Passage Rule: Applicable Law under the CISG*, in *International Tax Journal*, 16, 1989-1990, p. 137 ss.

SANDER-RUBIN, *The Janus Quality of Negotiation: Dealmaking and Dispute Settlement*, in MENKEL-MEADOW, SCHNEIDER, LOVE, *Negotiation – Processes for Problem Solving*, 2nd ed., New York, 2014.

SANGIORGI, *Pagamento e moneta scritturale (Corso di diritto civile)*, Torino, 1998.

SANTAGATA, *Del mandato. Delle obbligazioni del mandatario. Delle obbligazioni del mandante*, in *Commentario del codice civile* diretto da Scialoja e Branca, sub artt. 1710-1721, Bologna-Roma, 1998.

SANTORO, *Il negozio fiduciario*, Torino, 2002.

SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1962, rist. 2012.

SANTORO PASSARELLI, *L'accertamento negoziale e la transazione*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1956, p. 1 ss.

SANTORO PASSARELLI, voce «*Atto giuridico*», in *Enciclopedia del diritto*, IV, Milano, 1959.

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.

SARACINI, *Nullità e sostituzione di clausole contrattuali*, Milano, 1971.

SARGENTI, voce «*Rischio contrattuale (diritto romano)*», in *Enciclopedia del diritto*, XL, Milano, 1989.

SARTORI, *Contributo allo studio della clausola risolutiva espressa*, Napoli, 2012.

SAVIGNY, *Das Obligationenrecht*, I, Berlin, 1851 (traduzione italiana, I, Torino, 1912).

SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, III, Berlin, 1840 (traduzione italiana, *Sistema del diritto romano attuale*, III, Torino, 1895).

SCACCIA, *Gli "strumenti" della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Milano, 2000.

SCALAMOGNA, *La ripartizione dell'onere probatorio nella responsabilità medica: l'ultimo (?) «revirement» giurisprudenziale*, in *Rivista di diritto privato*, 2005, pp. 368-369.

SCALFI, *Corrispettività e alea nei contratti*, Milano, 1960.

SCALFI, *La promessa del fatto altrui*, Milano-Varese, 1955.

SCALISE (Jr.), *Why No "Efficient Breach" in the Civil Law?: A Comparative Assessment of the Doctrine of Efficient Breach of Contract*, in *American Journal of Comparative Law*, 55, p. 721 ss., 2007.

SCARPA, *Ricostruzione ermeneutica della hardship clause nel diritto positivo italiano*, in *Contratto e Impresa*, 2013, 4-5, p. 951 ss.

SCHELER, *Il formalismo nell'etica e l'etica materiale dei valori*, trad. e introd. di Alliney, Milano, 1944.

SCHELHAAS, *Art. 7.1.6 (Exemption clauses)*, in VOGENAUER (ed.), *Commentary on the Unidroit Principles of International Commercial Contracts (PICC)*, 2nd ed., Oxford, 2015.

SCHIZZEROTTO, *Il collegamento negoziale*, Napoli, 1983.

SCHLESINGER, *Corrispettività e alea nei contratti [di] Gianguido Scalfi*, 1962.

SCHLESINGER, *Interpretazione del contratto e principio dispositivo*, Milano, 1963.

SCHUPFER, *Il diritto delle obbligazioni in Italia nell'età del risorgimento*, I, Torino, 1921.

SCHWARTZ, *Relational Contracts in the Courts: An Analysis of Incomplete Agreements and Judicial Strategies*, in *The Journal of Legal Studies* 1992, p. 271-318.

SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, in *Trattato di diritto civile* diretto da Grosso e Santoro-Passarelli, IV, 2, Milano, 1972.

SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, Napoli, 1950.

SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale, sub artt. 1321-1352 c.c.*, in *Commentario del codice civile* a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1970.

SCOGNAMIGLIO, *Interpretazione del contratto e interessi dei contraenti*, Padova, 1992.

SCOGNAMIGLIO, *L'integrazione*, in *Trattato dei contratti*, diretto da Rescigno e Gabrielli, *I contratti in generale*, a cura di Gabrielli, II, Torino, 2006.

SCOGNAMIGLIO, *Problemi della causa e del tipo*, in *Trattato del contratto*, a cura di Roppo, II, *Regolamento*, a cura di Vettori, Milano, 2006.

SCOGNAMIGLIO, *Rischio e impresa*, in *Rivista di diritto commerciale*, 1967, I, p. 417 ss.

SCOGNAMIGLIO, voce «*Collegamento negoziale*», in *Enciclopedia del diritto*, VII, Milano, 1960.

SCOGNAMIGLIO, voce «*Indennità*», in *Novissimo Digesto italiano*, VIII, Torino, 1962.

SCOGNAMIGLIO, voce «*Negozio giuridico*», in *Enciclopedia giuridica Treccani*, XX, 1990.

SCOTT-TRANTIS, *Incomplete Contracts and the Theory of Contract Design*, in *56 Case Western Law Review*, 56, 2005, p. 187 ss.

SCOTT, *In (Partial) Defense of Strict Liability in Contract*, in *Michigan Law Review*, 107, 2009, p. 1381 ss.

SCOTT, *The Case for Formalism in Relational Contract*, in *94 Northwestern Law Review*, 94, 2000, p. 847 ss.

SCOTT, *The Death of Contract Law*, in *The University of Toronto Law Journal*, 54, 4, 2004, pp. 369-390.

SEALY, *Fiduciary Relationships*, in *Cambridge Law Journal*, 69, 1962, pp. 71-72.

SEGRETO, *Presupposizione nella dottrina e nella giurisprudenza*, in *Giustizia civile*, 1996, II, p. 57 ss.

SENOFONTE, *In tema di negozi collegati*, in *Diritto e giurisprudenza*, 1960, p. 273;

SHINE, “Best efforts” Standards Under New York Law: Legal and Practical Issues, in *The M&A Lawyer*, 2004, vol. 7, n. 9, p. 15.

SICA, *Gentlemen's agreement e intento giuridico*, Napoli, 1995.

SICCHIERO, *Buona fede e rischio contrattuale*, in *Contratto e impresa*, 2006, 4-5, p. 919 ss.

SICCHIERO, *Dalle obbligazioni “di mezzi e di risultato” alle “obbligazioni governabili o non governabili”*, in *Contratto e impresa*, 6, 2016, pp. 1391-1421.

SICCHIERO, *Dalle obbligazioni di mezzi e di risultato alle obbligazioni governabili e non governabili*, nota a Cass., 20 maggio 2015, n. 10289, in *Giurisprudenza italiana*, novembre 2015, pp. 2322-2328.

SICCHIERO, *Dell'adempimento (artt. 1176-1179)*, in *Il codice civile. Commentario*, fondato da Schlesinger e diretto da Busnelli, Milano, 2016.

SICCHIERO, *La clausola contrattuale*, Padova, 2003.

SICCHIERO, *La rinegoziazione*, in *Contratto e impresa*, 2002, 2, p. 774 ss.

SICCHIERO, *La risoluzione per inadempimento, Artt. 1453-1459*, in *Il Codice Civile Commentario*, fondato da Schlesinger e diretto da Busnelli, Milano, 2007.

SICCHIERO, *Nullità della clausola di rinuncia alla risoluzione e massime mentitorie* (nota a Cass., 9 maggio 2012, n. 7054), in *Giurisprudenza italiana*, 2012, p. 2255.

SIRENA, *L'obbligo di protezione a carico di chi si ingerisce nell'altrui sfera giuridica e la restituzione del profitto ingiustificato*, in *Contratto e impresa / Europa*, 2010, p. 9 ss.

SIRENA, *La restituzione dell'arricchimento e il risarcimento del danno*, in *Rivista di diritto civile*, 2009, 1, p. 10065.

SMIROLDO, *Profili della risoluzione per inadempimento*, Milano, 1982.

SMITH, *Contract Theory*, Oxford, 1993.

SOMMA, *Prospettiva rimediabile e diritto europeo dei contratti*, in VETTORI (cur.), *Remedies in contract – The Common Rules for a European Law*, Padova, 2008.

SPEIDEL, *An Essay on the Reported Death and Continued Vitality of Contract*, in *Stanford Law Review*, 27, 4, 1975, pp. 1161-1183.

STARK (ed.), *Negotiating and drafting contract boilerplate*, New York, 2003.

STELLA, *Impossibilità della prestazione per fatto imputabile al creditore*, Milano, 1995.

STELLA, *L'inadempimento del contratto di donazione*, in *Trattato delle successioni e delle donazioni* diretto da Bonilini, VI, Milano, 2009.

STELLA RICHTER, *Il principio di conservazione del negozio giuridico*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1967, p. 428 ss.

STOLFI, *Appalto-Trasporto*, in *Trattato di diritto civile* diretto da Grosso e Santoro Passarelli, Milano, 1961.

STOLFI, *Il principio di buona fede*, in *Rivista di diritto commerciale*, 1964, I, p. 176.

STOLFI, *Natura giuridica del negozio di accertamento*, in *Rivista di diritto processuale*, 1933, p. 132 ss.

STOLFI, *Teoria del negozio giuridico*, Padova, 1947.

STOLL, *Abschied von der Lehre von der positiven Vertragsverletzungen*, in *Archiv für die zivilistische Praxis*, 136, 1932, pp. 298-299.

STRAUCH, *La loi allemande sur les conditions générales et les clauses limitatives de responsabilité*, in *International Business Law Review*, 1985, pp. 495-507.

TAGLIASACCHI, *Dialogo con la giurisprudenza in tema di responsabilità precontrattuale e contatto sociale: «looking back, thinking forward»*, in *Contratto e impresa*, 2017, 1, p. 233 ss.

TAMBURRINO, voce «Comodato», in *Enciclopedia del diritto*, VII, Milano, 1960.

TAMPONI, *La clausola risolutiva espressa*, in Carnevali-Gabrielli-Tamponi, *La risoluzione*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Bessone, *Il contratto in generale*, VIII**, Torino, 2011.

TAMPONI, *La risoluzione per inadempimento*, in Aa.Vv., *I contratti in generale*, in *Trattato dei contratti*, diretto da Rescigno, II, Torino, 1999.

TARTAGLIA, *L'adeguamento del contratto alle oscillazioni monetarie*, Milano, 1987.

TARTANO, *La rinegoziazione nei finanziamenti bancari*, Napoli, 2003.

TARUFFO, *Presunzioni, inversioni, prova del fatto*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1992, p. 733 ss.

TASSONE, *Non solo moda (ma anche rewriting contrattuale): commento alla prima decisione in materia di abuso di dipendenza economica*, in *Danno e responsabilità*, 2002, p. 770 ss.

TESCIONE, *Il danno non patrimoniale da contratto*, Napoli, 2008.

THIENE, *Nuovi percorsi della responsabilità civile*, Padova, 2006.

THYS-GOLUB, *Limiting a Seller's Liability under United States Law in Commercial and Government Contracts*, in *International Business Law Review*, 1985, pp. 523-528;

TOMMASINI, voce «*Revisione del rapporto (diritto privato)*», in *Enciclopedia del diritto*, XL, Milano, 1989.

TORRENTE, *La donazione*, in *Trattato di diritto civile e commerciale Cicu-Messineo*, 2° ed., Milano, 2006.

TORRENTE, *Le clausole di esonero e le clausole limitative della responsabilità*, in *Giustizia civile*, 1951, p. 249.

TORSELLO, *Transfer of Ownership and the 1980 Vienna Convention: a Regretful Lack of Uniform Regulation*, in *International Business Law Journal*, 2000, p. 939 ss.

TOTI, *Condizione testamentaria e libertà personale*, Milano, 2004.

TOUBIANA, *Le domaine de la loi du contrat en droit international privé*, Paris, 1972.

TRABUCCHI, voce «*Errore (diritto civile)*», in *Novissimo digesto italiano*, VI, Torino, 1960.

TRAISCI, *Sopravvenienze contrattuali e rinegoziazione nei sistemi di civil e di common law*, Napoli, 2003.

TREITEL, *Frustration and Force majeure*, London, 2014.

TREITEL, *Remedies for Breach of Contract: a Comparative Account*, Oxford, 1988.

TREVES R., *Giudizi di valore e formalismo giuridico*, Torino, 1952.

TRIFIRÒ, *Clausola risolutiva espressa*, in *Quadrimestre*, 1988, p. 690.

TRIMARCHI P., *Il contratto: inadempimento e rimedi*, Milano, 2010.

TRIMARCHI P., *L'arricchimento senza causa*, Milano 1962.

TRIMARCHI P., *Sul significato economico dei criteri di responsabilità contrattuale*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1970, p. 513 ss.

TRIMARCHI V.M., *La clausola penale*, Milano, 1954.

TRIMARCHI V.M., voce «*Negozi fiduciario*», in *Enciclopedia del diritto*, XXI, Milano, 1994.

TRIVELLONI, voce «*Obbligazioni di mezzi e di risultato*», in *Enciclopedia giuridica*, Roma, 2006.

TROIANO, *La ragionevolezza nel diritto dei contratti*, Padova, 2005.

TUCCI, voce «*Garanzia*», in *Digesto delle discipline privatistiche* (sezione civile), VIII, Torino, 1992.

TUNC, *Distinzione delle obbligazioni di risultato e di diligenza*, in *La nuova rivista di diritto commerciale, diritto dell'economia, diritto sociale*, 1947/48, p. 126.

TURCO, *Interesse negativo e responsabilità precontrattuale*, Milano, 1990.

TURCO, *L'imputabilità e l'importanza dell'inadempimento nella clausola risolutiva espressa*, Torino, 1997.

UGOLINI, *I gentlemen's agreements sono giuridicamente vincolanti?*, in *Contratto e Impresa*, 2001, 3, p. 1050 ss.

ULLRICH, *Privatrechtsfragen der Forschungsförderung in der Bundesrepublik Deutschland*, Weinheim, 1984.

VALENTINO, *La circolazione del credito*, in *Trattato di diritto civile del consiglio nazionale del notariato*, diretto da Pietro Perlingieri, III, 13, Napoli, 2007.

VARANO, *Civil law e common law: tentativi di riflessione su comparazione e cultura giuridica*, in CARPI (coord.), *Due iceberg a confronto: le derive del common law e civil law*, in *Quaderni della rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 12, 2009, p. 39 ss.

VELLUZZI, *Le clausole generali. Semantica e politica del diritto*, Milano, 2010.

VENDITTI, *Appunti in tema di negozi giuridici collegati*, in *Giustizia civile*, 1954, I, p. 259.

VENOSTA, *Prestazione non dovute, "contatto sociale" e doveri di protezione "autonomi"*, in *Europa e diritto privato*, 2014, p. 113 ss.

VENOSTA, *Profili della disciplina dei doveri di protezione*, in *Rivista di diritto civile*, 2011, I, p. 841 ss.

VERGA, *Errore e responsabilità nei contratti*, Milano, 1941.

VETTESE, *Multinational companies and national contracts*, in CORDERO-MOSS (ed.), *Boilerplate Clauses, International Commercial Contracts and the Applicable Law*, Cambridge, 2011.

VETTORI (cur.), *Remedies in contract – The Common Rules for a European Law*, Padova, 2008.

VETTORI, *Libertà di contratto e disparità di potere*, in *Rivista di diritto privato*, 2005, p. 756 ss.

VIDALI, voce «*Negligence clause*», in *Novissimo digesto italiano*, Torino, 1965.

VILLELLA, *Sull'importanza dell'inadempimento nella clausola risolutiva espressa*, Soveria Mannelli, 2013.

VISINTINI, *Inadempimento e mora del debitore*, sub artt. 1218-1222, in *Codice civile Commentario Schlesinger*, 2 ed., Milano, 2006.

VISINTINI, *La responsabilità contrattuale per fatto degli ausiliari*, Padova, 1965.

VISINTINI, *La responsabilità contrattuale*, Napoli, 1979.

VISINTINI, *Osservazioni critiche sulla supposta esistenza di un principio di equiparazione della colpa grave al dolo*, in *Diritto marittimo*, 1981, p. 217 ss.

VISINTINI, *Riflessioni sugli scritti di Giuseppe Osti. (L'impossibilità della prestazione e la sopravvenienza nel rapporto obbligatorio)*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1971, p. 213 ss.

VISINTINI, *Risarcimento del danno*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Rescigno, IX, Milano, 1984.

VISINTINI, *Trattato breve della responsabilità civile. Fatti illeciti, Inadempimento. Danno risarcibile*, Padova, 2005.

VITUCCI, "Ogni ritardo sarà considerato di scarsa importanza" (*Ipotesi sul patto di evitando risoluzione*), in *Rivista di diritto civile*, 1988, II, p. 577 ss.

VOGENAUER, Art. 4.5 (*All terms to be given effect*), in VOGENAUER (ed.), *Commentary on the Unidroit Principles of International Commercial Contracts (PICC)*, 2nd ed., Oxford, 2015.

VOLPE, *La rilevanza dello squilibrio contrattuale nel diritto dei contratti*, in *Rivista di diritto civile*, 2002, p. 303 ss.

VON HIPPEL, *The Control of Exemption Clauses. A Comparative Study*, in 16 *International Comparative Law Quarterly*, 1967, pp. 591-612;

VON MEHREN, *Review: The Death of Contract by Grant Gilmore*, in *Columbia Law Review*, 75, 7, 1975, pp. 1404-1412.

WADDAMS, *Contracts – Exemption Clauses – Fundamental Breach – Unconscionability*, in *University of Western Ontario Law Review*, 17, p. 295 ss., 1978-1979.

WEDDERBURN, *Contract – Exemption Clauses – Fundamental Breach – Main Objects of Contract*, in *Cambridge Law Journal*, 16, 1957, p. 20.

WHITE, *La rivolta contro il formalismo*, Bologna, 1956.

WIEACKER, *Leistungshandlung und Leistungserfolg im bürgerlichen Schuldrecht*, in *Festschrift für Nipperdey*, I, München-Berlin, 1965.

WILLIAM P., *Analysis of Incoterms as Usage under Article 9 of the CISG*, in *University of Pennsylvania Journal of International Law*, 35, 2, 2013, pp. 379-430.

WILLIAMSON, *Corporate Governance*, in *Yale Law Journal*, 93, 1983-1984, p. 1197 ss.

WINDSCHEID, *Die Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung*, Düsseldorf, 1850.

WINDSCHEID, *Lehrbuch der Pandekten*⁹, a cura di Kripp II, Frankfurt, 1906 (*Diritto delle Pandette*, trad. it. di Fadda e Bensa, Torino, 1925, I, p. 202).

WITZ-BOPP, *Best Efforts, Reasonable Care: considérations de droit allemand*, in *Revue de droit des affaires internationales*, 1988, p. 1036.

ZACCARIA, *Der aufhaltsame Aufstieg des sozialen Kontakts* (la irresistibile ascesa del “contatto sociale”), in *Rivista di diritto civile*, 2013, p. 77 ss.

ZACCARIA, *La garanzia dell'esistenza del credito*, in *Rivista di diritto civile*, 1982, I, p. 355.

ZACCHEO, *Patti sul rischio e sopravvenienza*, Roma, 1994.

ZANA, *Valutazione con «minor rigore» della responsabilità per colpa*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1974, p. 22.

ZENO-ZENCOVICH, *Interesse del creditore e danno contrattuale non patrimoniale*, in *Rivista di diritto commerciale*, I, 1987, p. 77 ss.

ZICCARDI, *Le norme interpretative speciali*, Milano, 1972.

ZIMMERMANN, *The law of obligations. Roman foundations of the Civilian Tradition*, Oxford, 1996.

ZIMMERMANN, *The New German Law of Obligations*, Oxford, 2005.

ZOPPINI, *La pena contrattuale*, Milano, 1991.

ZORZETTO, *La ragionevolezza dei privati: saggio di metagiurisprudenza esplicativa*, Milano, 2008.

ZWEIGERT-KÖTZ, *An Introduction to Comparative Law*, trad. T. Weir, 3rd ed., Oxford, 1998.