

CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

IL CONTRATTO ALL'INIZIO DEL XXI SECOLO

Introduzione

Del Primo Presidente della Corte di Cassazione

Ernesto Lupo

Roma

9 maggio 2013

L'ampissimo volume curato da Pasquale Fava, che si presenta nel corso dell'odierno incontro di studi, costituisce la più evidente dimostrazione di quanto e come sia cambiato l'istituto del contratto rispetto a quello che studiai quando, poco più di mezzo secolo fa, feci il corso di studi universitari.

Innanzitutto è mutato il metodo di studio dell'istituto, in coerenza con il mutamento che, in generale, hanno subito gli studi giuridici.

Il primo capitolo del volume, diviso in sette sezioni per un totale di ben 230 pagine tutte scritte dal coordinatore Fava, reca il titolo: *Lineamenti storici, comparati e costituzionali del sistema contrattuale verso la European private law*. Vi si esamina il contratto, oltre che nella storia, negli attuali ordinamenti della Francia, della Germania e dell'Inghilterra, per concludere con le iniziative comunitarie in materia.

La storia degli istituti giuridici trattati e, soprattutto, la comparazione con gli ordinamenti stranieri erano, notoriamente, assenti in opere di diritto privato fondamentali per la formazione della mia generazione: le *Dottrine generali* di Santoro Passatelli, il *Manuale* (in sei volumi) del Messineo. Ed erano assenti anche in successive monografie dello scorso secolo dedicate specificamente al contratto, come *Il Contratto* di Massimo Bianca del 1984 (costituente il vol. III del *Diritto civile*) o l'omonima opera di Franco Carresi (in due tomi) del 1987. Quindi tutta la materia trattata nel primo, ampio capitolo dell'opera del Fava era considerata estranea allo studio giuridico dell'istituto e non rientrante nel metodo di analisi dello stesso.

Questa diversità di approccio allo studio degli istituti giuridici, che emerge in modo evidente dalla impostazione dell'opera curata da Pasquale Fava, esprime, a mia

avviso, una profonda novità nel concetto di diritto e di legge e nel rapporto tra l'interprete e le disposizioni di legge.

Inizialmente la Costituzione repubblicana e, successivamente, l'affermarsi e l'estendersi del diritto dell'Unione europea hanno oggi determinato nell'interprete della legge un atteggiamento che non è più di supina accettazione delle sue disposizioni, considerate come punti fermi ed imm modificabili che ci si deve limitare ad analizzare con gli strumenti logici interni all'esame degli enunciati legislativi. L'interprete è ora chiamato essenzialmente a valutare i disposti normativi e le scelte compiute dal legislatore, per stabilire se esse siano o meno conformi alla Costituzione ed al diritto europeo. Queste valutazioni rendono opportuna la conoscenza degli altri ordinamenti, almeno dei Paesi europei, e conferiscono perciò una particolare attualità all'analisi comparata dei fenomeni giuridici considerati.

Ma le novità che si percepiscono attraverso il volume curato dal Fava non concernono soltanto il metodo. Esse riguardano soprattutto la materia studiata e cioè il contratto, che è oggi un istituto sensibilmente diverso da quello studiato fino a buona parte del secolo scorso.

Significativo è già il linguaggio che si legge nelle prime pagine scritte dal Fava: "primo", "secondo", "terzo" contratto.

Il "primo contratto" è quello disciplinato dal codice civile, la cui disciplina, in linea generale, presuppone che i contraenti siano in posizione di parità. Tra le eccezioni importante è quella delle norme dettate dagli artt. 1341 e 1342.

Il "secondo contratto" nasce dalla esigenza di tutelare il consumatore, che non ha una posizione paritaria con il "professionista". La disciplina di questo nuovo tipo di contratto, inizialmente inserita nel codice civile (capo XIV-*bis*, aggiunto nel 1996), è oggi contenuta nel codice del consumo, emanato con il d. lgs. 6 settembre 2005 n.206 e varie volte modificato. Si rinvengono qui diverse novità rispetto alla disciplina codicistica, come la nullità di protezione, che opera soltanto a vantaggio del consumatore, e può anche essere rilevata d'ufficio dal giudice (art.36 del codice del consumo), ma solo se la parte debole non vi si opponga (Corte Giustizia CE, 4 giugno 2009). Trova spazio, nel "secondo contratto", la possibilità per il giudice di sindacare l'equilibrio normativo (non però quello economico) delle parti.

Il tema della tutela dei consumatori è in accelerata evoluzione. Basti pensare alla direttiva comunitaria sui diritti del consumatore (dir. 2011/83/UE del 25 ottobre 2011), che dovrà essere recepita nel nostro ordinamento entro il 13 dicembre 2013.

Più recente è il "terzo contratto", che è quello stipulato tra imprese, una delle quali presenta maggiore debolezza economica. Possono qui menzionarsi la legge 18 giugno 1998 n.192, sulla subfornitura nelle attività produttive, il d. lgs. 9 ottobre 2002 n.231, relativo alla lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali.

Le novità costituite dal "secondo" e "terzo" contratto sono il frutto evidente di spinte che vengono dall'Unione europea. Oggi l'Unione sta creando una disciplina comune a tutti gli Stati che ne fanno parte. Mi riferisco alla proposta di regolamento per l'introduzione di un diritto comune europeo della vendita, presentata dalla Commissione europea l'11 ottobre 2011, ampiamente considerata dal Fava. Si tratta

di una disciplina che i contraenti possono facoltativamente adottare, quindi non obbligatoria, e limitata ai contratti transfrontalieri stipulati tra una impresa ed un consumatore ovvero tra imprese, se una di esse è piccola o media. Si è nell'orbita, pertanto, del "secondo" e "terzo" contratto, come definiti poco fa.

Va sottolineato che i nuovi indirizzi europei espressi al riguardo, prima ancora della proposta presentata di recente dalla Commissione, hanno prodotti effetti anche sulla interpretazione delle norme codicistiche sul contratto, e quindi sulla disciplina del "primo" contratto. Specificamente, si è affermato un indirizzo giurisprudenziale tendente ad ampliare il sindacato giudiziario sul regolamento contrattuale. Mi sembra utile in proposito richiamare la relazione tematica dell'ufficio del massimario della Cassazione n.116 del 10 settembre 2010 (consultabile sul sito della Corte), avente un titolo già di per sé significativo: *buona fede come fonte di integrazione dello statuto negoziale: il ruolo del giudice nel governo del contratto*.

Mi limito a segnalare sinteticamente alcune applicazioni di questo nuovo orientamento giurisprudenziale espressivo del diverso significato del contratto nel XXI secolo:

a) l'operatività dei principi di correttezza e di buona fede oggettiva, in guisa idonea a modificare ed integrare il contenuto del contratto, con funzione di garanzia del giusto equilibrio degli interessi delle parti. Francesco Galgano, nel commentare la discussa sentenza della Terza sezione civile della Cassazione 18 settembre 2009 n.20106 (relativa al famoso caso dei concessionari della *Renault*), ha parlato di "governo giudiziario della discrezionalità contrattuale";

b) la riducibilità *ex officio* della clausola penale nel caso in cui il suo ammontare sia manifestamente eccessivo (art.1384 c.c.). Le Sezioni unite 13 settembre 2005 n.18128, confermando l'innovativa sentenza della Sezione Prima, 24 settembre 1999 n.10511, hanno ribaltato il precedente costante orientamento sulla necessità della istanza di parte per l'esercizio del potere riduttivo del giudice;

c) la nozione di causa concreta del contratto, esposta in sede dottrinale e condivisa dalla Cassazione a partire dalla sentenza della Sezione Terza, 8 maggio 2006 n.10490. Il riferimento alla funzione economico-individuale del singolo contratto rende operante l'elemento essenziale della causa anche rispetto ai contratti tipici, e non solo ai contratti atipici, come la nozione di causa quale funzione economico-sociale. Il significato concreto dell'elemento causale consente al giudice di verificare la funzione di ogni singolo contratto, sia esso tipico o atipico, al fine di accertare la sussistenza dell'equilibrio normativo nel regolamento posto in essere dalle parti del contratto;

d) il rilievo officioso della nullità da parte del giudice in ogni tipo di azione contrattuale, e non solo nelle azioni di adempimento, con l'esclusione delle azioni di risoluzione, come si riteneva prima delle Sezioni unite 4 settembre 2012 n.14828 (la cui pronuncia si fonda anche sulla giurisprudenza della Corte di giustizia dell'U.E.).

Anche nel contratto si rivela la "dimensione europea" del diritto e della giustizia nazionali che, nelle mie due più recenti relazioni inaugurali dell'anno giudiziario, ho segnalato come fenomeno di maggiore novità del nostro ordinamento.

E' una vera e propria rivoluzione del nostro diritto che si sta verificando sotto i nostri occhi e che non mi sembra sempre percepita dagli operatori del nostro mondo.

L'opera che oggi presentiamo mi appare pienamente consapevole di questa dimensione europea, come credo che sarà confermato dal dibattito che mi sono limitato ad introdurre, con considerazioni senz'altro generiche rispetto alla profondità della tematica e della analisi ad essa dedicata da tutti gli autori che hanno collaborato alla utilissima fatica di Pasquale Fava.