



CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

Roma, 9 maggio 2013, ore 15:00

Aula Magna della Corte di cassazione

Convegno di studi

Il contratto all'inizio del XXI secolo

Presidenza ed introduzione dei lavori

ERNESTO LUPO, Primo Presidente della Corte di cassazione

Relazioni

ALDO CAROSI, Giudice della Corte costituzionale

LUIGI GIAMPAOLINO, Presidente della Corte dei conti

GIANCARLO LAURINI, Presidente del Consiglio Nazionale del Notariato

ANNIBALE MARINI, Consigliere del Consiglio Superiore della Magistratura, Presidente emerito della Corte costituzionale e Professore emerito di diritto civile

LUIGI ROVELLI, Presidente titolare della Sezione II della Corte di cassazione

FRANCESCO TRIFONE, Presidente titolare della Sezione III della Corte di cassazione

*Durante il Convegno sarà presentato il volume **IL CONTRATTO** curato da **Pasquale Fava***



Report del Convegno “Il contratto alle soglie del XXI secolo”

Trascrizione degli interventi dei Presidenti Relatori

a cura dei Dottori Roberto Miraglia e Maria Bianca Punzi

Primo Presidente Ernesto LUPO

Il tema del contratto all’inizio del XXI secolo, quanto mai affascinante, prende spunto da questo volume sul contratto la cui mole qui è ben evidente come può anche constatarsi dalle sue dimensioni. Si tratta di un Volume costituito da 2358 pagine in cui sono contenuti 40 Capitoli; il solo Capitolo I, è composto di sette Sezioni, occupa ben 230 pagine tutte scritte dal coordinatore Pasquale Fava che quindi ha fatto lui un grosso lavoro e poi ha anche coordinato questo insieme di scritti che approfondiscono tutti gli aspetti possibili dell’argomento.

Sono rimasto colpito, debbo dire così subito qualcosa di personale, dalla diversità abissale del metodo di studio, oggi, rispetto a quando ho iniziato io a fare gli studi universitari e a laurearmi circa cinquant’anni fa.

Il Trattato principia con il capitolo di Fava, recante *“lineamenti storici e comparati”*, il quale esamina specificamente, in apposite Sezioni, il sistema contrattuale francese, tedesco ed inglese.

Si tratta di aspetti che, nei volumi che io studiai, erano completamente assenti. Ricordo che all’esame di diritto civile era invece dedicato un volume sul negozio giuridico di Cariota-Ferrara dove tutta questa parte era assolutamente ignorata.

Poi per prepararmi al concorso in magistratura studiai non solo le famose dottrine generali del diritto civile di Francesco Santoro Passarelli che hanno formato tanti giuristi, tra cui me, nell’approccio dogmatico al diritto civile, ma anche alcuni volumi di Francesco Messineo sulla dottrina generale del contratto. In queste opere erano del tutto assenti i lineamenti storici e comparati del diritto civile.

Direi allora innanzitutto che il Trattato di Fava mi ha fatto toccare con mano, come negli ultimi cinquant’anni, la cultura giuridica è profondamente cambiata nel metodo, nel tipo di approccio, nell’oggetto di studio.

Ma accanto al metodo di studio, ha acquisito una fisionomia nuova e diversa, anche, l’istituto oggetto del trattato (ovverosia il contratto) che ha subito rilevanti trasformazioni rispetto a quello studiato da me cinquant’anni fa, tanto che oggi si parla di “secondo” e “terzo” contratto.

Un non addetto ai lavori che si trovi all’inizio delle pagine scritte da Fava, che io ho letto, può subito toccare con mano come il contratto possa ritenersi, oggi, un istituto profondamente rinnovato.

Il “primo contratto” è quello disciplinato dal codice civile, dove si presuppone, in linea generale, salvo alcuni articoli (il 1341 ed il 1342), che i contraenti si pongano in una posizione di parità.

Successivamente è subentrato al Codice civile un nuovo tipo, un nuovo istituto direi, costituito dal “secondo contratto”, che nasce dall’esigenza di tutelare il consumatore che non si trova in una posizione paritaria

rispetto al professionista. Se inizialmente tale contratto era disciplinato dal Codice civile, mediante l'inserimento di alcuni articoli, attualmente è regolato dal Codice del consumo del 2005, varie volte modificato. Questo "secondo contratto" presenta delle particolarità che non esistevano nel Codice civile, come la nullità di protezione ex art. 36 che opera soltanto a vantaggio del consumatore e può essere rilevata anche d'ufficio dal giudice, ma solo se la parte debole non vi si opponga.

Trova infatti spazio nel "secondo contratto", quello appunto che si instaura tra professionista e consumatore, la possibilità per il giudice di sindacare l'equilibrio normativo, non economico, fissato dalle parti.

Il tema sulla tutela dei consumatori è quanto mai in 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 del 2013.

Dopo il "secondo contratto", si è parlato di "terzo contratto", ovvero quello instaurato tra imprese, una delle quali presenti maggiore debolezza economica rispetto all'altra.

Senza entrare nei dettagli, che credo siano ben conosciuti dall'uditorio, si pensi alla disciplina della L. 192 del 1998 sulla subfornitura nelle attività produttive, nonché al D.lgs. n. 231 del 2002 relativo alla lotta contro i ritardi nelle transazioni commerciali.

Le novità del contratto e, in particolare, di questo "secondo" e "terzo" contratto, sono il frutto evidente di una spinta che viene dall'Europa.

Oggi vi è addirittura il tentativo di creare una disciplina comune ai Paesi dell'Unione europea, basti pensare a quella proposta di regolamento relativo ad un diritto comune europeo sulla vendita mobiliare presentata dalla Commissione europea al Parlamento, l'11 ottobre 2011, che costituirà una disciplina da adottarsi in via facoltativa e non obbligatoria. Si tratta di una regolamentazione, in corso di esame, che si prefigge lo scopo di disciplinare le operazioni transfrontaliere, armonizzando i contratti stipulati tra un'impresa ed un consumatore o tra imprese, se una di esse è di piccola o media dimensione, con impatto significativo sugli istituti del "secondo" e del "terzo" contratto, come definiti poco fa.

La cosa importante che intendo sottolineare, proprio all'inizio di questo dibattito che sarà quanto mai interessante, è che questi nuovi indirizzi europei, tradottisi nell'ambizioso progetto di una disciplina comune della vendita, hanno avuto effetti anche sul contratto disciplinato dal Codice civile, cioè sul "primo contratto".

Infatti si è registrato negli ultimi lustri un indirizzo della Cassazione tendente ad ampliare il sindacato giudiziario sul regolamento contrattuale.

Richiamo, ad esempio, la nota relazione del Massimario della Corte di Cassazione (n. 116/2010), consultabile sul sito della Corte, recante un titolo quanto mai significativo ("*Buona fede come fonte di integrazione dello statuto negoziale: il ruolo del giudice nel governo del contratto*"), che evidenzia le profonde novità segnalate in materia contrattuale.

Se pensiamo agli studi sul rispetto dell'autonomia contrattuale, sull'estraneità del giudice rispetto all'autonomia contrattuale, ci rendiamo conto del profondo cambiamento subito dal contratto tanto appunto da poter parlare di un vero e proprio nuovo istituto.

Per non allungare troppo questo intervento, che ha lo scopo, come dice il programma, soltanto di introdurre il tema, poi dovendolo moderarlo, credo che avrò possibilità di intervenire successivamente con maggiore approfondimento. Vorrei, tuttavia, sin d'ora, accennare alcune applicazioni di questo, direi nuovo, orientamento sull'istituto tradizionale, non soltanto, quindi, con riferimento al "secondo" ed al "terzo" contratto, ma anche al c.d. "primo contratto" cioè al contratto quale originariamente disciplinato dal Codice civile del '42.

Mi limiterò ad analizzare sinteticamente tre o quattro aspetti che saranno di seguito approfonditi.

In primo luogo, l'operatività dei principi di correttezza e di buona fede oggettiva idonei a modificare e integrare il contenuto del contratto in funzione di garanzia del giusto equilibrio degli interessi. A tal proposito, intendo richiamare l'espressione "*governo giudiziario della discrezionalità contrattuale*" utilizzata da Francesco Galgano in sede di commento ad una discussa sentenza della Sezione III civile della Cassazione (n. 20106/2009) relativa al famoso caso dei concessionari della Renault.

Pensiamo, poi, alla riducibilità *ex officio* della clausola penale nel caso in cui il suo ammontare sia manifestamente eccessivo; si tratta di un'interpretazione dell'art. 1384 c.c. che attribuisce un potere di ufficio al giudice non più soltanto su richiesta di uno dei contraenti come invece si era per molto tempo pensato.

Ancora più importante, per le implicazioni che ne derivano, è il cambiamento della nozione della causa del contratto dove, in una sentenza abbastanza recente, si è recepita la nozione di causa concreta (c.d. funzione economico-individuale), esposta ed illustrata già in sede dottrinale, in guisa da far operare questo elemento del contratto anche con riferimento ai contratti tipici e non solo ai contratti atipici come quando vigeva la diversa interpretazione della causa quale concetto teorico di funzione del tipo di contratto (c.d. funzione economico-sociale). Oggi, quindi, la causa concreta del contratto consente al giudice di intervenire sul singolo contratto, sia esso tipico o atipico, al fine di operare un accertamento sull'equilibrio normativo del regolamento contrattuale posto in essere dalle parti.

Infine, l'ultimo importante intervento giurisprudenziale è relativo al rilievo officioso della nullità in ordine ad ogni tipo di azione contrattuale non più soltanto limitata alle azioni di adempimento, come prima si riteneva, ma anche all'azione di risoluzione che originariamente non consentiva al giudice di accertare la nullità per una serie di ragioni processuali e sostanziali.

Faccio cenni, essendo la mia un'introduzione, e non intendo entrare nei problemi che esamineremo quando poi il dibattito si approfondirà.

Da ultimo, e con questo chiudo il mio intervento introduttivo, vorrei citare la sentenza delle Sezioni Unite di questa Corte numero 14828 del 2012, la quale si fonda - ed è importante segnalarlo - sulla giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea; questa sentenza dimostra l'incidenza enorme del diritto dell'Unione europea sul nostro ordinamento giuridico, un'incidenza in questo caso in via indiretta poiché operante attraverso una decisione giudiziaria (e quindi diversa da quella diretta che opera attraverso l'intervento legislativo). Tale incidenza, che oggi esaminiamo con riguardo al contratto, esiste in tutte le branche dell'ordinamento.

Non possiamo non considerare come il contratto sia influenzato dalla giurisprudenza dell'Unione europea in ragione di quella dimensione europea nella quale vive il nostro diritto; ho più volte segnalato che si tratta di un fenomeno che contrassegna gli anni in cui viviamo. Nelle mie ultime due relazioni di inaugurazione

dell'anno giudiziario voi vedrete, chi avrà la bontà di consultare la stesura integrale e non già quella ridotta che pronunzio davanti al Capo dello Stato, mi soffermo molto sulla dimensione europea del diritto.

Direi che lo studio del contratto, che ho avuto modo di fare proprio in questa occasione, perché negli ultimi diciotto anni mi sono occupato della Cassazione penale, mi ha consentito di tornare su questi problemi, ragione per cui ringrazio Pasquale Fava.

L'evoluzione legislativa e giurisprudenziale che contrassegna il contratto, è, dunque, la dimostrazione ennesima di come l'Europa stia incidendo sul nostro diritto; è una rivoluzione di cui non credo che tutti gli operatori giuridici che vivono oggi si stiano accorgendo.

Grazie a voi dell'attenzione a questa mia introduzione.

Nel programma sono previsti vari interventi; mi chiedeva il Prof. Annibale Marini, a causa di impegni nel corso del pomeriggio, di poter parlare per primo.

Sono onorato di dare la parola al Prof. Annibale Marini, componente del CSM, Presidente emerito della Corte costituzionale e Professore emerito di diritto civile.

Prof. Annibale Marini

Grazie caro illustre Presidente di avere anticipato il mio intervento che era programmato a metà del convegno, consentendomi di assolvere a degli impegni purtroppo programmati da tempo e non dilazionabili.

Cercherò di ricambiare la Sua cortesia con la brevità del mio dire.

Parlando nella Sua Cassazione, non posso non rinnovarLe il saluto grato e devoto indirizzatoLe ieri da tutto il Consiglio Superiore della Magistratura. Intervento applaudito, cosa veramente rara da chi conosce la Persona, dal Presidente della Repubblica.

Debbo infine scusarmi se non potrò ascoltare, come sarebbe stato mio vivo desiderio, gli altri interventi sperando di poterli leggere, e per non esaurire il tempo a mia disposizione passo subito a parlare di questo libro di Pasquale Fava.

Se dovessi dare una definizione di Pasquale Fava, prendendo spunto non solo dal lavoro sul contratto che oggi presentiamo ma anche da quelli precedenti dedicati alle obbligazioni e alla responsabilità civile, direi che è uno studioso che organizza e dirige il lavoro di altri studiosi. Ciò spiega perché il contratto è un'opera collettanea, che risulta tuttavia contenutisticamente unitaria assumendo, al di là delle sue stesse dimensioni, il carattere e il pregio di una monografia rappresentando, e lo dico senza alcuna enfasi, un prezioso riferimento per il giurista sia pratico che teorico.

Per intuitive ragioni non posso neppure provare a sintetizzare il contenuto del libro, ricco di oltre duemila pagine; mi limiterò pertanto ad accennare, ed uso il verbo accennare nel suo significato letterale, a taluni profili sistematici che mi sembrano di particolare interesse.

Desidero, in primo luogo, richiamare la bella trattazione di teoria generale posta all'inizio del libro che si segnala per due caratteri che ritroviamo in tutta l'opera. Il primo è la chiarezza del dettato.

Oggi, e specie nel nostro campo, si dimentica che si scrive non per se stessi, ma per gli altri i quali hanno il diritto di comprendere ciò che viene scritto. Si dimentica cioè che la chiarezza non è solo una scelta rimessa a chi scrive, ma è la prima condizione del dialogo tra chi scrive e chi legge, dialogo identico nella sostanza, a parte la diversità della forma, a quello che si svolge tra chi parla e chi ascolta.

E non è dunque casuale se la chiarezza la ritroviamo in tutti, dico tutti, i nostri più grandi civilisti, da quelli meno recenti (mi riferisco, ad esempio, a Lodovico Barassi, Roberto De Ruggiero, Filippo Vassalli) a quelli più recenti (mi riferisco, sempre a titolo esemplificativo, a Francesco Santoro Passarelli, Alberto Trabucchi, Cesare Grassetti, Rosario Nicolò, Angelo Falzea, Pietro Rescigno) per arrivare a quelli contemporanei (ed il pensiero corre subito a Stefano Rodotà, Giorgio De Nova, Pietro Trimarchi, Pietro Perlingieri).

Voglio solo aggiungere che la chiarezza espositiva è quella che ha fatto indossare a importanti giuristi la veste di celebrati scrittori di cose non giuridiche. Basti pensare a quei Maestri del Diritto, mi riferisco per tutti a Francesco Carnelutti e a Salvatore Satta, che hanno lasciato una impronta nella tradizione letteraria del nostro Paese. E qui mi fermo solo per ragioni di tempo.

Vengo a quello che ho definito il secondo pregio dell'opera e cioè una informazione al tempo stesso completa e ragionata.

Le note c.d. a piè di pagina non devono essere uno sfoggio di cultura dell'Autore, ma devono essere da un lato informative e dall'altro esplicative del pensiero dell'Autore.

Ed a me sembra che entrambi questi caratteri si ritrovino nell'opera che oggi presentiamo, che mentre da un lato contiene una completa, veramente completa, bibliografia sui singoli temi affrontati, dall'altro non manca di riferirsi solo a quegli Autori ed a quelle opere attraverso cui si svolge il pensiero dell'Autore.

Qualche notazione, questa volta critica, sempre di carattere generale.

Le Sezioni II e III del primo Capitolo del libro sono dedicate al sistema romano dei contratti ed al contratto nel diritto intermedio e risultano, a mio avviso, difficilmente giustificabili in un'opera proiettata verso il diritto privato europeo.

Non voglio con ciò contestare l'utilità ed anzi la necessità dell'aspetto storico nello studio del diritto in genere e di quello privato in specie.

Voglio solo ribadire, ma si tratta di un mio personale convincimento, che lo studio della storia deve da un lato essere condotto direttamente sulle fonti e dall'altro, se contenuto in un'opera di diritto positivo, deve assumere una funzione interpretativa senza fermarsi ad una soglia culturale.

Sicché, il suggerimento che io mi permetto di dare all'Autore non è quello di eliminare in toto la parte dedicata alla storia del contratto, ma solo di limitarla all'aspetto interpretativo del diritto positivo.

Del resto, e per non restare nel generico, si tratta di una funzione che l'Autore ben conosce e che, ad esempio, utilizza a p. 1027 del libro quando ritiene, a nostro avviso correttamente, che l'applicazione del *modus* ai negozi *inter vivos* diversi dalla donazione non trovi ostacolo nel dato normativo codicistico che, riferisco testualmente, "*si configura quale riflesso della sistemazione tradizionale di origine romanistica, più che come espressione di un intento legislativo volto a circoscrivere l'operatività del modus a figure determinate*".

Ecco, come e in quali termini la storia, o meglio la considerazione del dato storico, assume rilievo interpretativo del diritto positivo e non costituisce solo un veicolo per dimostrare o meglio ostentare il bagaglio culturale dell'Autore.

Qualche dubbio mi sorge anche per quanto riguarda l'esposizione dei sistemi contrattuali di altri paesi che l'A. individua in quello francese, tedesco e inglese.

Il riferimento espositivo a sistemi essenzialmente diversi dal nostro finisce infatti per assumere ancora una volta un carattere solo culturale e in quanto tale sta un po' fuori campo in un trattato di diritto positivo quale è quello che oggi presentiamo.

Solo per limitarmi a qualche esempio l'Autore opportunamente ricorda a p. 126 del libro la libertà di forma che è un principio fondamentale dell'ordinamento tedesco e che in quel sistema consente di stabilire che la dichiarazione con cui si conferisce la procura "non richiede la forma stabilita per il negozio giuridico cui si riferisce". Disposizione quest'ultima di segno opposto a quella che ritroviamo nel nostro ordinamento nel quale pur vige lo stesso principio della libertà di forma.

Il Presidente Lupo, che non solo è un grande Giudice che si è occupato di diritto civile e di diritto penale, ma è un Giudice senza aggettivi e lo ha dimostrato sempre nella sua carriera, ha introdotto un tema sul quale vorrei ritornare ovvero la riducibilità di ufficio della penale.

Tale istituto ha una storia diversa nei vari ordinamenti e questo aspetto mi pare venga sottolineato nel libro in modo preciso. La penale è una sanzione, altrimenti detta predeterminazione della sanzione che io ho dimostrato essere una mera forma espressiva.

Quando il giudice si trovi di fronte una sanzione eccessiva, sproporzionata e come tale inapplicabile, il giudice non potrebbe fare altro che ridurre d'ufficio la penale, anche qualora l'avvocato si fosse dimenticato di chiedere la riducibilità in base all'art. 1384 c.c.; ciò in quanto tale sanzione sarebbe irragionevole perché manifestamente eccessiva. Infatti le sanzioni sproporzionate ed irragionevoli non rientrano tra le sanzioni legittime e quindi il giudice non le deve applicare.

Certamente il privato ha un potere di predeterminazione della sanzione ma sempre nei limiti dell'ordinamento. E qui si nota la sensibilità della Cassazione quando sostiene che è compito del giudice ridurre anche d'ufficio la penale a prescindere dalla richiesta esplicita delle parti in tal senso. Questo è un altro punto che il libro di Fava mette bene in risalto ovvero che il giudice ha il compito di ridurre la penale, basandosi sull'interesse che la parte ha all'adempimento; in questo caso la sanzione è allora riducibile per essere riportata alla sua normale funzione.

Ho detto all'inizio del mio discorso che Pasquale Fava è uno studioso, ma in tal modo ho passato sotto silenzio l'altro aspetto della personalità di Pasquale Fava che riguarda la sua toga di magistrato.

Dovrei aggiungere di magistrato contabile o meglio appartenente alla giurisdizione contabile. Ma si tratterebbe di una specificazione inutile da parte di chi, come me, crede nell'unità della giurisdizione al di là di partizioni dal dubbio valore sistematico e dall'ancora più dubbio rilievo applicativo.

Preferisco, dunque, vedere in Pasquale Fava un magistrato senza aggettivi di sorta. E ciò spiega anche la tecnica delle citazioni giurisprudenziali adoperata nel libro che non è la scarna indicazione del numero e della data della sentenza, ma l'esposizione pur sintetica di ciò che la sentenza dice. Tecnica che consente al lettore di verificare non solo l'esattezza della citazione ma anche il suo rilievo argomentativo.

E, senza apriorismi espositivi si dà anche al lettore l'opportunità di verificare l'esistenza di quel diritto, a buona ragione definito vivente che il giurista può anche sottoporre a critica, ma che non può certo ignorare e che dimostra la funzione creativa della giurisprudenza o meglio l'identificazione tra funzione interpretativa e creativa.

Mi avvio alla conclusione perché mi accorgo di avere abusato del tempo che mi è stato assegnato. E vorrei concludere con una riflessione e un augurio.

La riflessione riguarda la vita dei libri che è ancora più breve di quella degli uomini. E non è certo casuale se per allungarla siano state inventate le edizioni che spesso non sono che un altro libro in qualche caso affidato anche ad un altro Autore.

Ci sono, tuttavia, libri, e quello che presentiamo rientra in tale categoria, che hanno una vita più lunga di altri. E la ragione della loro longevità risiede proprio nella completezza che in certa misura vanifica l'esigenza di un suo rifacimento.

Il libro di Pasquale Fava è un libro che senza eccessivo sforzo di fantasia è destinato a durare nel tempo e potrà, quindi, essere consultato da intere generazioni di giuristi i quali troveranno in esso la risposta ai loro interrogativi, a quegli interrogativi che nascono dalla realtà quotidiana e che sono perciò stesso sempre diversi pur nella loro apparente ripetitività.

Vi ringrazio dell'attenzione.

Primo Presidente Ernesto LUPO

Grazie al Professor Marini di questa acuta relazione sul volume di Fava e sul diritto in generale; mi piace molto lo spunto relativo alla penale come sanzione, quindi al concetto di proporzionalità della sanzione che è un concetto fondamentale perché è incluso nel campo tipico delle sanzioni che è quello penale.

Vorrei ricordare, a tal proposito, come la proporzionalità di una sanzione costituisca oggetto di un diritto fondamentale dell'Unione europea in quanto previsto dall'art. 49 3° comma della Carta c.d. di Nizza. In realtà si dovrebbe parlare più propriamente di Carta di Nizza-Strasburgo in quanto fu a Strasburgo che venne data la versione definitiva. La Carta di Nizza del 2000 è entrata poi nei Trattati dell'Unione europea perché, come sapete, essa ha lo stesso valore giuridico dei Trattati ex art.6 del TUE. Tale ultimo Trattato prevede proprio il principio della proporzionalità della sanzione riferito alle pene del campo penale, ovvero i reati; ma una volta che la clausola penale del Codice civile si riferisca, come natura intrinseca, all'aspetto sanzionatorio e penale, allora il concetto di proporzionalità, caro all'Unione europea, risulta essere perfettamente richiamato in quanto costituisce un diritto fondamentale proprio della stessa. Ho trovato pertanto estremamente interessante questo spunto di riflessione.

Salutiamo il Presidente Marini che ha altri impegni istituzionali.

Adesso io direi di seguire l'ordine che è previsto nel programma, che è poi l'ordine alfabetico, quindi darei la parola al Presidente della Corte dei conti Luigi Giampaolino.

Consentitemi però di aggiungere un'altra qualifica per me personale, ma che è molto più importante; il Presidente Giampaolino è un mio carissimo amico, compagno di ingresso nella magistratura ordinaria. A proposito di "magistrati diversi", abbiamo fatto lo stesso concorso, oltre ad essere stati compagni

dall'università napoletana, successivamente è passato alla Corte dei conti, dove ha raggiunto la posizione di vertice quasi contemporaneamente a quando io ho assunto l'incarico di Presidente di questa Corte.

Quindi potete capire, a livello personale, come abbia il piacere di dare la parola al Presidente Giampaolino.

Presidente Luigi Giampaolino

Grazie, grazie!

Questo mi consente di dire una volta per sempre, anche perché sarà verosimilmente una delle ultime volte che ci vediamo, di dire appunto il perché io sono alla Corte; perché è stato il Presidente Lupo il quale, quando tornammo dall'esame di aggiunto, perché abbiamo fatto anche l'esame di aggiunto insieme, ai Parioli dove si vede quel panorama, a Piazzale delle Muse, facendomi peraltro vedere la casa dove sarebbe andato da abitare di lì a poco, sposandosi, mi disse "ma noi adesso dobbiamo fare altri concorsi". Poi io i concorsi li ho fatti, ma il Presidente Lupo non ha fatto più concorsi. Ma fu su Sua indicazione (e Lupo: "è andata bene!") e fu "follia-speranza" ... di tutti e tre

La mia partecipazione qui alla presentazione di questo libro ha un solo titolo ovvero il titolo della mia carica; è *ratione officii* che io prendo parte a questo convegno, perché non ne avrei né l'abilitazione scientifica, né l'aggiornamento professionale e neanche il bagaglio culturale e attuale che il libro presuppone per la sua lettura. Quindi è *ratione officii* che prendo parte a questo Convegno.

Prendo parte molto volentieri alla presentazione di questo libro, perché, sempre *ratione officii*, esso sta a significare la comune matrice che appunto unisce tutte le magistrature, la comune origine che è quella del diritto civile.

Sembra appunto questo il terreno comune ed è proprio la giurisprudenza dei Corte dei conti, quando ha voluto elevare e costruire talune peculiari fattispecie, come quella della responsabilità amministrativa che è l'oggetto principale della sua giurisdizione, nella storia della sua evoluzione ha dovuto far ricorso alla concettualizzazione, alla costruzione dogmatica del diritto civile. E lo ha fatto allocando quella che era una potestà *lato sensu* sanzionatoria nello schema della responsabilità civile, proprio per dare ad essa certezza di contenuto e di strumentazione, in un certo senso per portarla all'equità che è il fondamento del diritto civile; equità che risale al diritto romano ed è un po' il fondamento di tutti i nostri studi.

E' il diritto civile a costituire, quindi, la comune matrice di tutte le giurisdizioni, al di là delle ripartizioni, *absit iniuria verbis*, burocratiche che si possono fare.

Il secondo motivo è direi quasi duplice: è un motivo di orgoglio, di affettuosità e di emozione. Orgoglio e affettuosità perché questo libro vede molti magistrati della Corte dei conti tra i suoi estensori.

Orgoglio perché appunto dimostra una magistratura che è attenta, approfonditamente attenta, alle tematiche del diritto civile, ed aggiornata, direi quasi oltremisura, perché si rinvengono qui degli aggiornamenti di diritto europeo, della più moderna dottrina anche nella raffigurazione comparatistica che in alcune parti risalta.

Quindi significa che vi sono virgulti vigorosi e di grandi promesse in questa magistratura. Perciò è anche con un po' di partecipazione sentimentale, che io vi prendo parte.

Mi perdoneranno gli altri Autori del libro, se con un fugace *excursus* passerò in rassegna tutti questi interventi al fine di capire quale sia la posizione della Corte nell'ambito del nostro ordinamento e quali le

sue funzioni nei confronti della strumentazione contrattuale o per meglio dire dell'assetto degli interessi che nel contratto si materializzano.

Il libro è un florilegio di opere iniziando da quella di Fava che è un "trattato nel trattato": realmente il diritto comunitario, il diritto europeo, il diritto comparato, la storia di tutto il contratto viene considerata in tutta la sua ampiezza.

Un "trattato nel trattato"!

C'è veramente da complimentarsi con il nostro collega, anche per l'opera di riunire tante menti che non è di poca cosa.

1) L'intervento, poi, dei colleghi Di Benedetto e Pulitanò (sui contratti di impresa e asimmetrici): si tratta di un tema di particolare rilievo, perché affronta la tematica contrattuale nel suo momento dinamico anziché statico esaminando i problemi dell'istituto nella realtà dell'attività di impresa calando, come è solito fare peraltro il giudice contabile, la norma giuridica nella realtà economica. Qui c'è il secondo e il terzo contratto di cui credo vi avrà parlato il Presidente Lupo.

2) Il lavoro della collega Franchi sulle condizioni generali del contratto e i contratti conclusi mediante moduli o formulari. Questo era un argomento tanto caro alla nostra preparazione e che richiama quella che era una delle più interessanti vicende per cui noi studiammo i volumi di Cariota-Ferrara con la dottrina tedesca e quella di Betti, ovvero il tema della prevalenza o meno della volontà sostanziale rispetto alla forma, ovvero alla estrinsecazione della volontà.

3) La collega Morgante sugli obblighi legali di contrarre e le clausole imposte.

4) Massimo Balestieri (i contratti preparatori e il contratto normativo): tema questo molto complesso e delicato perché analizza i limiti dell'autonomia normativa per verificare la possibilità dell'autonomia di farsi eteronomia, norma pattizia che vincola non solo le parti ma anche altri soggetti.

5) La parte del collega Iadecola (che ho sentito di recente a Chieti in una brillante dissertazione sulle società in mano pubblica) che ha affrontato un il tema centrale della teoria del contratto cioè quella degli effetti e dell'opponibilità del contratto ai terzi.

6-7) Giuseppe Teti (l'interpretazione) insieme alla Chiara Vetro (integrazione): anche questo argomento della nostra giovinezza (ricordo il libro di Rodotà sull'integrazione del contratto e le bellissime problematiche in cui, con la clausola dell'equità, tanti valori costituzionali entravano nel contratto e lo integravano nell'interpretazione).

8) Gaia Palmieri (la risoluzione del contratto e la presupposizione): affascinante tema forse precedente anche alla nostra formazione e anche al momento in cui abbiamo dovuto applicare questo antico argomento della dottrina tedesca.

9) Maria Rita Micci (l'indebito e l'arricchimento senza causa): istituti che tanto richiamano la Corte dei conti anche se ora noi li vediamo in un'ottica limitata e, per così dire, di deformazione professionale. Ma, invece, quanto è interessante questo argomento molto interessante dal punto di vista civile anche per l'incidenza sulla formazione della volontà.

10-11) Ed infine il collega Glinianski (l'autonomia contrattuale della P.A.) e Benedetta Cossu (le procedure ad evidenza pubblica): qui veramente il diritto civile e il contratto lanciano un ponte verso il diritto pubblico ed il diritto amministrativo e mi consentono di esprimere qualche considerazione più autonoma.

La costruzione gianniniana dell'evidenza pubblica che tanto ci meravigliò e ci separò dalle nostre frequentazioni zanobiniane sul contratto pubblico, evidenza, come appunto la parola dice, l'interesse pubblico di fronte all'autonomia privata, ovvero all'interesse delle parti. Ed è questo, per così dire, lo scenario che più propriamente riguarda la Corte.

Come ho sottolineato sin dal momento dall'insediamento la Corte si è posta, nei confronti del contratto, in una sorta di *continuum* tra l'ordinamento europeo, l'ordinamento dello Stato e l'ordinamento degli enti locali territoriali. Ora, in questa collocazione, la Corte, senza dubbio, recepisce indicazioni che provengono dall'ordinamento comunitario, come diceva poco fa anche il Presidente Lupo. La Corte, e questo è particolarmente evidente nella materia degli appalti, ha il compito di tutelare quelle situazioni dove si corre il grave rischio che le espressioni, per così dire macroeconomiche dell'autonomia privata, vale a dire il mercato, possano modellare e, per così dire, catturare l'interesse pubblico.

La Corte dei conti, infatti, è essenzialmente preposta al corretto uso delle pubbliche risorse e al corretto agire delle pubbliche amministrazioni. Ed allora possono il contratto, e nell'ottica europea, interessi ancora maggiori quali la concorrenza, limitare e adulterare l'interesse pubblico? Può quindi l'autonomia privata, questa generale capacità, ledere interessi fondamentali garantiti dalla Corte dei conti? Quali sono i rapporti tra il contratto e l'interesse pubblico specie con riguardo al corretto uso delle pubbliche risorse e al corretto agire dell'azione amministrativa?

Queste sono le domande che la Corte si pone in quanto la capacità giuridica degli enti pubblici non è più limitata, come era invece in passato, ai soli fini per i quali gli enti stessi erano previsti, quasi che si potesse parlare di soggettività organizzata intorno ad un interesse pubblico, ma il loro agire, oggi, può andare anche al di là di quegli stessi fini; infatti è solo alla fine degli anni '60 che si ha il riconoscimento generale della capacità giuridica agli enti pubblici e quindi l'esercizio dell'autonomia privata dell'ente pubblico. Noi abbiamo iniziato la nostra attività quando l'ente pubblico non poteva partecipare neppure ai comitati.

Ed allora non deve forse essere richiamata la funzione della Corte a tutela dell'interesse generale nell'esame e nello scrutinio dell'attività di questi enti, ancorché poste nell'esercizio dell'autonomia privata e della capacità giuridica generale?

Questa è una delle problematiche che forse non è stata attentamente considerata. Si tratta di un problema ampiamente dibattuto in quest'Aula magna e nelle nostre Aule in genere. Qui abbiamo il Presidente Rovelli, ed è tanta la mia presunzione nel parlare in Sua presenza oltre che degli altri partecipanti alla tavola.

Una delle questioni più controverse s'incentra sull'utilizzo delle società pubbliche che potrebbero essere equiparate ad un guscio creato attorno ad interessi al solo fine di escludere la responsabilità dinanzi alla Corte dei conti. Ho utilizzato questa espressione che però, come ogni metafora, non ha nulla di scientifico, ma ha solo la funzione di richiamare interessi ed esigenze pubblicistiche, tra cui le garanzie connesse alla normativa sulla responsabilità amministrativa, che possono essere eluse attraverso l'utilizzo di uno schermo formale privatistico.

La Corte, nello scrutinare lo svolgimento dell'autonomia privata, che generalmente è riconosciuta all'ente pubblico e alla pubblica amministrazione la quale che agisce *iure imperii* ovvero nell'esercizio di potestà private; ma qualora agisca in questa seconda veste incontra i limiti posti alla sua azione?

Non vorrei affrontare problemi che vanno al di là delle mie possibilità, ma lo stesso art. 81 della Costituzione, oggi modificato, non si porrà esso come norma imperativa nei confronti dei contratti e delle parti? Quale sorte potrà avere quel contratto che violi questa norma fondamentale che entra imperativamente nell'ordinamento e la cui la violazione non potrebbe che determinare la nullità di quel contratto?

E' altra la funzione della Corte ovvero sia la "difesa dell'Amministrazione nei confronti delle autonomie private", perché a differenza del passato, la giurisprudenza attuale tende ad attuare, per quanto possibile, una parità di regime delle situazioni pubbliche e private. E' uscito in questo giorno un piccolo libro, piccolo (*absit iniuria verbis*), dal titolo "*il potere fragile*"; ma – mi chiedo - l'Amministrazione è un "soggetto fragile" e la sua equiparazione al privato, ammessa *tout court* dalla nostra giurisprudenza ormai in generale, difende essa la Pubblica amministrazione?

Da qui, quindi, la grande importanza della funzione della Corte.

Ora magistrati in possesso di una strumentazione dommaticamente così alta, così aggiornata, così colta, di certo sapranno come affrontare questi compiti che io vedo molto della Corte, anche in relazione all'evoluzione stessa dell'ordinamento.

E quindi al motivo dell'orgoglio, al motivo della partecipazione emotiva, vi è anche questo motivo di ben sperare e di essere grato ad essi anche per questo.

Grazie!

Primo Presidente Ernesto LUPO

L'intervento del Presidente Giampaolino sottolinea qualcosa che forse nell'introduzione non ho illustrato in modo completo e cioè l'ampiezza anche qualitativa della trattazione del contratto.

Ne ho sottolineato le dimensioni quantitative, ma in realtà questo Trattato copre tutti gli aspetti del contratto.

Abbiamo sentito proprio le implicazioni derivanti da due capitoli che fanno parte dei quaranta capitoli di cui si compone il Trattato, ovvero l'autonomia contrattuale della pubblica amministrazione e le procedure ad evidenza pubblica. Non è tralasciato nulla. Nei capitoli successivi si approfondisce persino anche l'argomento ecclesiastico, con gli enti ecclesiastici e l'attività contrattuale, per poi chiudere con la disciplina fiscale dei contratti. Credo che chi non abbia preso in mano il libro, sentendo il titolo di questi capitoli, possa comprendere come questo volume si caratterizzi per una visione globale, a 360 gradi, dell'argomento: davvero una completezza di approfondimento e di analisi di un istituto.

Facciamo proseguire il dibattito con l'intervento del Presidente del Consiglio nazionale del notariato, il notaio Giancarlo Laurini il quale certamente si intratterrà non sugli aspetti pubblicistici evidenziati dal Presidente Giampaolino, ma su quelli più prettamente privatistici dell'argomento. Prego.

Presidente Giancarlo Laurini

Grazie Presidente.

Sono stato molto lieto di questo invito, di essere qui in quest'incontro dedicato al contratto all'inizio del XXI secolo, in occasione della presentazione di questa bellissima e ponderosa opera curata da Pasquale Fava e commentata nei suoi vari aspetti, anche generali, con l'introduzione del Presidente Lupo.

Colgo qui l'occasione per ringraziarLo di quanto ha fatto con il suo altissimo magistero in questi anni dallo scranno prestigioso di Primo Presidente della nostra Corte Suprema destando l'ammirazione di tutti quanti noi operatori del diritto, accademici, professionisti; avere, infatti, soprattutto di questi tempi di grandi smarrimenti ai diversi livelli, dei punti di riferimento molto precisi, molto sicuri, come il Presidente Lupo, come il Presidente Giampaolino, come il Presidente Rovelli ed il Presidente Trifone e come gli altri magistrati che sono qui con noi, è certamente un privilegio per chi si è trovato ad operare in questi anni.

Quest'opera è curata in maniera egregia da Pasquale Fava che è riuscito, con grande maestria, non solo a svolgere la prima parte del volume di introduzione generale con riferimenti anche di carattere storico e comparatistico, attirandosi qualche strale del Presidente Marini che, seppur con grande ammirazione per l'opera, ha osservato come non essere un particolare estimatore del diritto comparato e suggerendo di adottare una maggiore leggerezza nella trattazione della parte storica.

Dal mio punto di vista l'aspetto comparatistico assume oggi sempre più una straordinaria importanza in particolare a livello europeo dove si va costruendo molto faticosamente un diritto che vogliamo definire comunitario il quale, se ha già una sua consistenza attuale, certamente avrà una maggiore pregnanza in una prospettiva futura, e in particolare nel settore delle obbligazioni e dei contratti, tanto è vero che si parla di contratto di diritto europeo.

Quindi un'opera come questa che cerchi di esplorare ed esplori anche, in maniera approfondita, gli aspetti comparatistici va certamente apprezzata; così come va apprezzato l'aspetto storico perché in fondo io non dimentico mai una espressione del filosofo francese Ernest Renan il quale ha scritto che *"i veri uomini di progresso sono quelli che sanno guardare al passato"*. Qui si guarda al passato in maniera intelligente, in maniera costruttiva, ovvero come punto di partenza. E mi viene in mente qui un convegno di qualche settimana fa, presieduto dal Presidente Lupo, il cui tema era *"il Codice ha settant'anni ma non li dimostra"*.

In questa occasione ci siamo confrontati proprio su questo tema, un titolo, se volete giornalistico, che è stato nobilitato enormemente in questa sede; in questo incontro ci siamo confrontati ed abbiamo trovato che le ragioni del fatto che il nostro Codice civile non dimostri i suoi settant'anni in realtà risiede in due ragioni.

Una è naturalmente quella della lungimiranza tecnica e politica degli estensori di quelle norme ovvero la capacità di guardare molto avanti nella elaborazione di un nuovo Codice, nell'adeguare norme plurisecolari alla realtà evolutiva non soltanto rispetto ad una attualità, ma rispetto ad una società in continuo cambiamento.

Un altro aspetto che a mio avviso ha importanza nella longevità delle norme, nella capacità di un ordinamento di resistere al tempo, sta anche nell'attività degli operatori del diritto, quali i magistrati, i

notai e gli avvocati, ma direi magistrati e notai in particolare, ciascuno nel proprio settore dando quella interpretazione anche di tipo evolutivo.

Sicuramente la capacità di questi operatori del diritto di rendere la norma viva, di creare quel diritto vivente, che evidentemente nasce dallo *iure condito* e si proietta verso lo *iure condendo*, dà una mano al Legislatore. Grazie, infatti, alla capacità degli interpreti del diritto, alle riflessioni e alle decisioni che vengono da questi operatori, il legislatore riesce, purtroppo di questi tempi con molta lentezza, a tradurre in nuove norme giuridiche quella disciplina che viene dal basso cioè dalla società e che si forma attraverso quella casistica che viene sui tavoli dei tribunali davanti al giudizio dei magistrati e che più modestamente si riversa anche sui tavoli del notaio per risolvere quei problemi che i cittadini quotidianamente hanno e che spesso non sono soltanto di natura economica ma di natura diversa.

Nel 1973, all'isola d'Elba, dedicammo un nostro Congresso nazionale al tema della prassi notarile come strumento di evoluzione del diritto; qui verificammo e scoprimmo, ciascuno nel settore che gli venne affidato (io mi occupai del settore societario per mia formazione e anche attività universitaria), una quantità di norme e una prassi che si è andata man mano consolidando fino, talvolta, a diventare norma di legge.

Questa capacità della prassi di far evolvere il diritto, è proprio nel settore commerciale un punto sul quale noi, ed io in particolare, abbiamo molto battuto quando nel 2000, con la riforma Bassanini, si lasciò in via esclusiva al notaio il controllo sugli atti societari delle società di capitali sgravandone così finalmente la magistratura. Bene fece allora il Legislatore ad affidare esclusivamente al notaio, che già lo faceva prima, il controllo sugli atti societari; una delle prime cose che noi abbiamo sottolineato, e che io all'epoca ebbi modo di sottolineare, in particolare alla categoria, fu quello sicuramente di tener conto, doverosamente, di tutta quella giurisprudenza onoraria che fin allora si era formata nel settore. Sottolineai altresì la necessità di dover andare avanti, non adagiandosi più comodamente su ciò che era stato già deciso (certamente quando si ha alle spalle una decisione, un intervento del giudice, il notaio è molto più tranquillo).

Ma non è questa la nostra funzione!

La nostra funzione è quella di cercare, di interpretare la realtà, le esigenze ed i bisogni della collettività proiettandoli nel futuro e inquadrandoli nel sistema, anche costruendo prassi che poi man mano arrivino ad acquistare dignità di norma.

Mi limiterò a citare due aspetti, due novelle che sono poi ricomprese nel volume: una è la norma che introdusse nel 1990 la trascrivibilità del contratto preliminare, l'altra è il d.lgs. 20 giugno del 2005, n.122, dedicata alla tutela dell'acquirente degli immobili da costruire. A quest'ultima parte cui è dedicata un corposo paragrafo di uno dei capitoli forti del volume, curata dal notaio Angela Caputo e dall'Avv. Raffaella Scotti che hanno messo molto bene a fuoco questa novella così importante.

Ambedue le novelle hanno come destinatari l'acquirente di immobili.

La prima, che ha reso trascrivibile il contratto preliminare, fu rivoluzionaria perché si andava a trascrivere un contratto con effetti obbligatori e non più solo un contratto con effetti reali. Questo costituiva una rivoluzione per la quale noi prememmo perché garantiva una forma di tutela dell'acquirente nel momento in cui lo stesso avesse già versato una parte del prezzo al venditore al fine di metterlo al riparo dalle vicende successive che avessero potuto interessare il venditore attraverso la trascrizione del preliminare.

Questa norma ha avuto un avvio molto lento perché è stato difficile far comprendere ai cittadini, agli operatori, agli interessati a questo tipo di contratto, che era molto utile, che è molto più utile, dare pubblicità legale al contratto preliminare.

Si poneva però il problema della necessaria conformità ed omogeneità, anche per quello che concerne il prezzo, tra il contratto preliminare e il contratto definitivo.

Ed allora, nel momento in cui sono venute meno le preoccupazioni di carattere fiscale, per cui il contratto definitivo veniva poi tassato in base al valore catastale dell'immobile e non in base al prezzo corrisposto, solo a quel punto, le parti hanno cominciato ad accettare l'idea della trascrizione del preliminare, facendo una cosa molto utile a loro stessi ed al sistema, perché è emersa la realtà delle contrattazioni da ogni punto di vista.

Però questa norma, tuttavia, non garantiva l'acquirente in situazioni particolari quali quella della vendita da parte del costruttore, della vendita dell'immobile in fase di costruzione, situazioni in cui c'è da tutelare l'acquirente non soltanto dal punto di vista dell'adempimento completo dell'obbligazione e del trasferimento dell'immobile, ma anche dal punto di vista della realizzazione dell'opera che è in fase, nel caso di specie, di costruzione.

Sul punto devo dire che tutti gli operatori del diritto (magistrati e notai) hanno molto insistito perché si arrivasse a questa norma che fa della tutela dell'acquirente dell'immobile da costruire un principio che risponde ad un interesse di carattere pubblico e non già del solo cittadino interessato alla vicenda; interesse pubblico allo svolgimento dei rapporti patrimoniali, seppur privati tra cittadini, che abbiano stabilità, correttezza e possibilità di adempimento.

Di questo si parla nel capitolo dedicato a questo tema ove si chiarisce che la natura generale della legge n. 122 non è una caratteristica che la rende norma di ordine pubblico perché significherebbe estendere la sua portata oltre quella che è stata la visione che il Legislatore ha avuto nel dar vita a questa normativa.

Devo dire, soffermandomi molto rapidamente sulla parte dedicata a questo tema, che vengono ben sottolineati gli elementi oggettivi e soggettivi in presenza dei quali si applica la norma, così come la precisazione necessaria che l'acquirente deve essere persona fisica, con la conseguenza che si deve parlare di persona fisica privata o imprenditore. La risposta che è stata data è limitativa, perché non dobbiamo dimenticare che questa è una norma che vuole riequilibrare quella asimmetria informativa esistente normalmente tra il costruttore, esperto professionista del settore e professionista nel senso europeo, comunitario del termine, e coloro i quali esercitano determinate attività non soltanto a titolo professionale. Ci si chiede se l'imprenditore possa essere anche una società di persone; la risposta continua ad essere incerta nonostante siano già passati diversi anni in cui la dottrina e la giurisprudenza si sono esercitate in relazione ai casi che si sono presentati alla loro attenzione.

Per quanto concerne invece la figura del venditore, esso offre meno problemi interpretativi perché è chiaro che deve trattarsi del costruttore, di colui il quale ha in fase di costruzione il bene; non deve trattarsi, per esempio, della vendita di un rustico in blocco perché se così fosse sarebbe la vendita di un bene che ha una sua entità fisica e, quindi, non costituirebbe l'ipotesi della vendita dell'immobile che abbiamo esaminato ora, preventivato come costruito e completato.

E' interessante allora anche quella differenza che si fa tra le ipotesi del contratto preliminare "sulla carta", come si usa dire (perché ci sono anche queste ipotesi nella pratica), per cui si arriva alla stipula di un

contratto preliminare di un immobile ancora neanche iniziato nella costruzione e neanche oggetto di concessione; in questo caso non si applica questa normativa la quale può applicarsi dal momento in cui l'immobile da costruire abbia già una sua legittimazione sul piano urbanistico. Questa è anche una delle finalità che il legislatore ha tenuto presente in un Paese in cui tutto bisogna fare fuorché incentivare l'abusivismo edilizio.

Importante, a tal proposito, è quella sottolineatura del carattere della nullità relativa, delle nullità previste per l'inadempimento delle condizioni previste dalla legge. La nullità relativa è una figura particolare che ai giuristi più *agés* fa un po' impressione; essa però è sempre più utilizzata in quanto accerta la gravità del fatto e la sua conseguente invalidità con riferimento ai soli aspetti interessati dalla nullità.

Il lavoro si sofferma anche sulla possibilità della rinuncia preventiva, per esempio alla garanzia fideiussoria e conclude, secondo me giustamente, negando questa possibilità anche se è possibile, si può cioè ritenere ammissibile, una sanatoria successiva rispetto al mancato adempimento.

In fondo è una norma, quella contenuta in questa novella, che va incontro proprio alla necessità di tutelare il contraente più debole. Non è una soluzione ideale per un corretto andamento della vita sociale ed economica affermare che il privato si sappia tutelare, si sappia cioè autoregolamentare; e ciò anche in presenza di orientamenti che vanno ben oltre i confini del nostro Paese o dell'area del *civil law*, che si pongono lungo questa linea di tendenza.

In queste situazioni, affermare che ci penserà il giudice a ristabilire l'equilibrio turbato non è, almeno da noi, una soluzione ideale; ecco perché il Legislatore ha sentito il bisogno di tutelare il contraente più debole anche quando esso non sia in grado di farlo autonomamente.

Quindi io credo di poter concludere questa mia riflessione, ritornando a quella citazione che ho fatto all'inizio ricordando il convegno tenuto in questa stessa aula, affermando che la disciplina codicistica del contratto ha i suoi anni, anche molti, ma tutto sommato non li dimostra e questo è un vantaggio, è un merito dei giuristi italiani.

Grazie.

Primo Presidente Ernesto LUPO

Il notaio Laurini ha affrontato un argomento ampiamente sviluppato nel volume, soffermandosi su qualche aspetto del contratto preliminare al quale sono dedicate più di 250 pagine, parte che costituisce, sostanzialmente, una monografia nell'ambito di questo maxi approfondimento del contratto.

Adesso abbiamo due relazioni che – stante la qualità istituzionale degli Autori – sono quanto mai significative, in quanto la materia del contratto (lo dico a chi non frequenta la Cassazione come avvocato e/o magistrato) è divisa nella competenza interna delle Sezioni della Corte, tra la Seconda e la Terza civile.

Noi abbiamo, adesso, tutti e due i Presidenti titolari delle due Sezioni: il Presidente Luigi Rovelli, titolare della II Sezione civile, poi sentiremo il Presidente Trifone, titolare della III Sezione civile.

Sono i maggiori legittimati a parlare di questi argomenti, quindi saranno un po' colmate quelle lacune del dibattito; io, infatti, ho fatto solo qualche cenno alla importanza della giurisprudenza di legittimità su questo argomento, laddove invece le indicazioni che vengono dalla giurisprudenza della Cassazione sono

tantissime e quindi credo che da loro sentiremo un approfondimento di quello che vi ho detto, con qualche riferimento veloce, nella mia introduzione.

La parola dunque al Presidente Luigi Rovelli.

Presidente Luigi Rovelli

Grazie Presidente.

In effetti il volume che si presenta oggi anche in una bellissima veste editoriale, ha tutti i pregi che lo rendono fortemente appetibile per gli operatori pratici: notai, magistrati e avvocati, quindi anche noi.

Questi pregi li aveva espressi benissimo il Professor Marini parlando di esposizione dotata, direbbero i contabili, di chiarezza e precisione. Ricordava il Presidente Lupo il carattere dell'ampiezza che non è fine a se stessa ma che è la condizione della completezza di questo testo, che dà prima di tutto all'operatore pratico la certezza di avere un panorama completo dei problemi che si trova ad affrontare in questa che, giudico, è la sterminata materia contrattuale.

Anche l'organicità della suddivisione in capitoli, in sezioni, è da un lato un segno della chiarezza di chi ha impostato l'opera, e dall'altro un altro pregio perché facilita la consultabilità della stessa.

Debbo dire, inoltre, che sono pienamente convinto che quest'opera entra, con piena legittimità, anche nel tempio della dottrina giuridica; entrerà anche nelle discussioni di tipo accademico e dottrinale.

Questo sia perché pur non perseguendo, prioritariamente direi, le ragioni della sistematicità e della coerenza, che pure ci sono, ma partendo piuttosto da una classificazione che nasce dai casi, corrisponde ormai a quello che è il modo più corretto di impostare lo studio delle materie.

Mi ricordo, so che è caro anche al Presidente Lupo, che uno dei punti fermi che ha introdotto Paolo Grossi, con il suo pensiero, è stato quello della fattualità del diritto. Paolo Grossi, oggi, parla addirittura di "carnalità del diritto"; quella che Calamandrei chiamava "l'interpretazione teorica" è in realtà un fatuo fantasma se non parte e se non si arricchisce dello stimolo anche di pensiero che i casi producono; d'altronde anche gli antichi dicevano *ex facto oritur ius*.

E mi piace ricordare a questo proposito, che proprio la prefazione fatta dal curatore e dall'autore del "trattato dentro il trattato", cioè Pasquale Fava, prende le mosse dal titolo del libro di Gilmore "*The death of contract*", la morte del contratto, per dimostrare, al contrario, come questo lavoro attesta certamente, la vitalità perenne dello stesso.

Mi è capitato qualche giorno fa di leggere le parole di René Savatier degli anni '50 che esordiva così: "*elle était si belle et si simple la notion de contract dans le Code civil*", per dire che ormai quella nozione rimane quasi un ricordo.

In realtà, la nozione di contratto mantiene una perenne vitalità come dimostra l'espansione della nozione di contratto nel diritto pubblico (sottolineata proprio da Savatié), come emerge dalle preziose indicazioni del Presidente Gianpaolino.

E' la dimostrazione di questo Proteo vivente, di quest'araba fenice che risorge continuamente dalle sue ceneri, un po' mutata ma con i caratteri di fondo sempre uguali.

Mi veniva in mente proprio leggendo queste cose, un passo di Seneca nella lettera ad Lucilium (*Epistulae morales ad Lucilium*, XV, 95, 51-52-53 "Filosofia e felicità") che sembra quasi prefigurare l'universalità cosmica del contratto: "*societas hominum fornicationi lapidum simillima est, quae, casura nisi in vicem obstarent, hoc ipso sustinetur*" (la nostra società è molto simile ad una volta di pietre che, è destinata a cadere se non si sorreggessero a vicenda, proprio per questo è sostenuta).

Il contratto è allora quel momento in cui interessi in conflitto, forze antagoniste, arrivano allo scontro creando, da quel momento, stabilità; questo punto di incontro, infatti, assicura la stabilità così come poi essa è data alla società dal conflitto e dalla composizione degli interessi, dal microcosmo di quelli che si scontrano sul piano contrattuale al macrocosmo di quelli politici e più generali.

Naturalmente la nozione di contratto del *Code civil* ci richiama alla mente un ambiente storico ben determinato, cioè l'ambiente dei "*les bourgeois contractant*", cioè di soggetti normalmente benestanti, liberi ed eguali, che su un piano di parità confrontano le loro volontà; è stato detto che tali soggetti si comportavano come signori nelle loro baronie, attraverso atti e manifestazioni di volontà determinando la costituzione, la modificazione e l'estinzione dei rapporti giuridici, per usare la formula dell'articolo 1321 del nostro Codice civile.

Lo ricordava il Presidente Lupo come tutto ciò sia andato in crisi, per esempio con la contrattazione di massa; qui mi piace ricordare come uno degli ultimi epigoni del realismo giuridico nord-americano, Arthur Leff, ha intitolato un suo volumetto molto provocatorio "*The contract as thing*", perché, a suo dire, in una contrattazione di massa in cui manca il *bargain*, il confronto delle volontà, tutto quello che rimane è un modulo, una cosa. L'Autore, così, suggeriva di far valere i vizi del contratto come vizi della cosa, attraverso l'azione redibitoria e la *quantum minoris*. E' chiaro che è una provocazione intellettualistica da cui, mi pare, non si ricava molto, ma che dimostra il cambiamento del referente sociale su cui si basava la teoria del contratto.

Quel contratto presupponeva che ci si calasse in un ambiente in cui il sistema concorrenziale era pienamente garantito e, sotto questo profilo, voglio segnalare quella che a me era parsa una anomalia ma che forse non lo è.

Gli anni '90 hanno segnato il passaggio da un'economia mista ad una piena economia di mercato. Molti di noi, specie quelli più legati al diritto privato, pensavano che questo avrebbe comportato una forte espansione del diritto privato, quasi una postuma rivincita di Windscheid su Otto Mayer o su Barassi stesso. Invece è accaduto esattamente il contrario, si è cioè passati ad una espansione del diritto pubblico e alla creazione di grandi e sempre più importanti aree di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. Ci sono spiegazioni più legate alla natura degli organi giudiziari e, qualcuna più profonda, che mira a capire il fondamento di questo inaspettato passaggio che dipenderebbe dal fatto che l'idealtipo che sta alla base del contratto del 1800, quello dell'epoca e della rivoluzione borghese, immagina una estensione di quest'area a tutti gli aspetti della vita sociale.

In realtà, specialmente in Italia ma non solo, e fra l'altro in periodi contrassegnati dall'egemonia della destra storica, c'è stata una forte pubblicizzazione del sistema economico: pensiamo a settori come la scuola, le ferrovie, i trasporti, le infrastrutture, le assicurazioni con l'INA, le banche stesse e poi, nel periodo

intermedio, la creazione dell'IRI e nel dopoguerra quel fenomeno che, fino agli anni 90, ha caratterizzato l'economia mista.

Per cui se da un lato c'è stata la liberazione di settori dell'economia con la conseguente apertura al contratto, allo stesso tempo c'è stata la necessità di amministrativizzare quei settori, dettando regole e dando vita alla creazione delle *Authorities* che a loro volta emanano atti amministrativi e spesso anche normativi (penso non solo alla CONSOB, ma alla stessa Banca d'Italia).

Ecco tutto questo dimostra come il contratto è sempre rimasto un elemento vitale in tutti questi passaggi.

Dei punti così infiniti che sono trattati in questo volume, mi piace così ricordare, perché fa emergere possibili contraddizioni che si stanno aprendo nella giurisprudenza della Cassazione, un punto che mi pare di ritrovare tanto nel "trattato nel trattato", cioè quello che è opera diretta di Pasquale Fava, quanto anche in alcune parti specifiche del volume.

C'è un passo in cui l'Autore ricorda come ci sia, intanto una grandiosa espansione del principio di buona fede che risale alla codificazione del '42, ma che poi ha avuto manifestazioni sempre più significative negli orientamenti sia della dottrina che della giurisprudenza.

Si parla quindi di buona fede, che poi la dottrina, a partire da Rescigno, ha sempre più collegato all'art.2 della Costituzione, ovvero ai doveri di solidarietà che essa esprime, e la cui valenza, crescente, è vista come una interpretazione costituzionalmente orientata nella disciplina dell'intero rapporto obbligatorio; infatti il principio di buona fede lo percorre tutto, dall'art. 1175 c.c., che è una norma generale sull'obbligazione, all'art. 1337 c.c., sulla formazione del contratto, al 1366 c.c., sull'interpretazione, al 1375 c.c., relativo all'esecuzione del contratto.

Si tratta naturalmente della buona fede oggettiva, ben diversa dalla buona fede soggettiva dei diritti reali che invece si caratterizza per un aspetto meramente psicologico e che consiste, per lo più, nell'ignoranza di ledere l'altrui diritto; viceversa la buona fede oggettiva costituisce un criterio di comportamento che, come è stato ricordato, è fonte di integrazione del contratto.

E' attraverso questa espansione del principio di buona fede, ricorda Pasquale Fava, che si sta andando progressivamente a sindacare il contenuto anche economico del contratto.

Tutto questo avviene, in certi casi, per apertura legislativa: è stato ricordato il contratto di subfornitura, il "terzo" contratto dove c'è uno spazio riservato al giudice, all'interprete, aperto in questo senso.

Ma sta ampliandosi anche uno spazio creato dalla giurisprudenza stessa con una certa fatica; voglio ricordare, a questo proposito, l'*Inhaltskontrolle* (cioè il controllo di contenuto presente nella direttiva europea sulle clausole abusive e ormai entrato nel Codice del consumo): si tratta di un controllo di contenuto limitato alla componente normativa e non già a quella economica del contratto.

Invece le aperture che Fava individua, e che poi sono specificate in un'altra parte del volume, vedono una parte della giurisprudenza che arriva ad utilizzare il criterio della correttezza e buona fede come parametro con cui valutare il comportamento della parte nel periodo precontrattuale in modo tale da poter determinare un'obbligazione risarcitoria anche in caso di contratto valido o validamente concluso. Tutto questo sembrava un tabù irremovibile fino ad alcune sentenze (forse la più la più nota - uno dei *leading cases* di questa Corte - è la "sentenza Rordorf" del 2007 sugli intermediari finanziari). Qui, in realtà, il problema affrontato era quello di capire se la violazione di norme imperative, poste per esempio dal Testo

unico sulla finanza agli intermediari finanziari, aventi ad oggetto obblighi di informazione, potesse costituire nullità virtuale con la conseguenza che la loro inosservanza avrebbe potuto determinare la nullità del contratto, sia pure relativa.

E la risposta è convincentemente negativa. Rimaneva forse, allora, il timore circa l'inutilità di queste prescrizioni. Tuttavia, basandosi sulla nota distinzione tra regole di comportamento e regole di validità, si affermava che sicuramente queste non potevano essere regole di validità in quanto non attinenti al contenuto del contratto, potendo viceversa configurare regole di comportamento la cui violazione avrebbe potuto comportare la nascita di un'obbligazione risarcitoria.

Tutto questo può non essere destabilizzante nell'ambito di un secondo contratto, forse in certi casi di un terzo contratto, di un B2B, e soprattutto con riguardo ai contratti multilivello, nei quali non vi sarebbe soltanto la violazione dell'obbligazione di buona fede precontrattuale, ma anche la violazione di una obbligazione avente origine in un contratto posto a monte e costituito da un contratto normativo.

Fra l'altro pensiamo, ad esempio, all'art. 1717 del Codice civile che, nell'enunciare le obbligazioni del mandatario tra cui rientra anche l'obbligazione di custodia e di procedere alla vendita in caso di necessità per salvaguardare gli interessi del mandatario, fa riferimento a quelle obbligazioni che debbono sussistere anche in capo ad un mandatario professionale, ed anche laddove il contratto non venga concluso. Si tratta di obbligazioni che non derivano *ex contractu*, ma da una relazione particolare costituita dal carattere professionale dell'attività svolta; questa è un'anticipazione delle fonti europee che il nostro diritto nazionale, già a partire dagli anni '40, aveva impresso all'ordinamento.

Sul punto ci sono due decisioni della Terza sezione che hanno portato in casi meno eclatanti (uno era un caso di un *leasing*), a ritenere che il contratto, pur validamente concluso, può essere causa dell'obbligazione risarcitoria a carico della parte che non si sia comportata correttamente, nei confronti dell'altra, nella fase di formazione del contratto.

Quanto detto da un lato non può apparire come una cosa impossibile perché l'istituto della responsabilità precontrattuale si può riassumere intorno alla regola della buona fede la quale riconosce che l'obbligazione risarcitoria possa nascere anche prima della conclusione del contratto, per esempio per un recesso abusivo ingiustificato avvenuto dopo la conclusione del contratto nei limiti dell'art. 1338 c.c., ovvero per l'inefficacia nel caso di contratto concluso dal *falsus procurator*, ex art. 1398 c.c.; vi sono poi anche ipotesi tipiche di responsabilità per violazione della buona fede nella fase precontrattuale in casi, ben specifici scelti dal legislatore, di contratto valido (a tal proposito, tutti conosciamo gli art. 1812 e 1821 del Codice, sul comodato e sul mutuo di cosa che si sa viziata; oppure gli articoli 1892 e 1893 sulla reticenza nella conclusione del contratto assicurativo, dove vengono tratte delle conseguenze di tipo risarcitorio, di adeguamento del contratto in caso di violazione della regola di buona fede).

E poi c'è una norma di carattere generale che, a mio personale avviso, costituisce il fondamento che dà l'unico spazio possibile all'area della incidentalità (quello del dolo incidentale) ovvero l'art. 1440 c.c.

Il senso di questa giurisprudenza, che ha a monte un'antica dottrina (sul punto c'è il libro della Mantovani sui vizi incompleti, ma ci sono anche le riflessioni di Sacco e di Galgano molto importanti in questo senso), è quello di estendere radicalmente questa possibilità e rendere sempre possibile, dopo la conclusione di un valido contratto, una causa risarcitoria qualora il contenuto di un contratto non corrisponda a quello che avrebbe potuto essere se l'altra parte si fosse comportata correttamente e ciò anche qualora non si configuri una vera e propria causa di invalidità del contratto.

Ora, contro questa impostazione che sta emergendo e presenta basi dottrinali abbastanza solide, si colloca un'osservazione antica (ricordo, a tal proposito, Pietrobon, ad avviso del quale non si poteva riconoscere, piena validità ad un contratto, a tutte le sue clausole, prevedere che l'ordinamento apprestasse tutti i mezzi per dargli esecuzione e nello stesso tempo affermare che, eseguito il contratto, sarebbe stato possibile risarcire il danno, senza con ciò si determinasse un'incoerenza dell'ordinamento, rimettendo pertanto tutto in discussione).

Questo mi pare un pesante attacco agli spazi possibili di questo orientamento interpretativo che si va aprendo nella giurisprudenza di questa Corte.

Di contro, anche a livello dottrinale, si indicano situazioni che in realtà rivelano più che altro un apprezzamento di una insoddisfacente composizione delle cause di invalidità del contratto quando si afferma che l'approfittamento di una situazione di bisogno dell'altra parte - che tuttavia non superi il *dimidium* - non dovrebbe essere oggetto di sanzione.

Un altro esempio che può essere fatto, ma che forse non è del tutto chiaro, è la situazione che può ricorrere a fronte di un errore in cui una parte sia incorsa, ovvero un errore essenziale nell'economia del contratto, che attiene quindi all'oggetto, ma che non sarebbe rilevante come causa di invalidità in quanto non riconoscibile, quando invece in concreto era stato conosciuto dall'altra parte.

In tutti questi casi si osserva come vi sia una sorta di approfittamento e che la disciplina della rilevanza dell'errore sembra carente; debbo dire però, per completezza, che questi problemi sono abbastanza trattati nella casistica anglosassone di *common law* e trovano delle soluzioni che, come al solito avviene in quel tipo di giurisprudenza, sono molto pragmatiche.

Si tratta di un'obbligazione risarcitoria che può anche ritrovarsi in casi di approfittamento o di errore non riconoscibile, ma che, invece, sia stato perfettamente conosciuto dall'altra parte, a meno che questa conoscenza non dipenda da una attività che comporti investimenti produttivi e che sia di generale utilità.

Supponiamo che io sia il proprietario di un vasto appezzamento di terreno, di un terreno boschivo di valore agricolo, e che ad un certo punto mi pervenga un'offerta che mi sembri addirittura superiore a quello che so essere il valore del mio terreno (e che magari un esperto mi dica: "accetti subito, la prenda al volo, perché mi sembra vantaggiosissima"). Tuttavia colui che ha formulato l'offerta, magari grazie a studi, sa che sotto il mio terreno si trova un pozzo petrolifero.

Nella giurisprudenza statunitense questo determina l'acquisizione di una proprietà dell'informazione; questa informazione è utile perché, quel terreno, che vale poco o niente, viene valorizzato nell'interesse generale di tutta la nazione. Se costui fosse obbligato a rendere noto all'altra parte quella sua informazione, non servirebbe più a niente e quindi non avrebbe più senso cercare di acquisirla.

Per esempio c'è stato un caso, in America, in cui un intermediario finanziario, ma in realtà era un'agenzia di rating, attraverso delle raffinate analisi di bilancio, si è accorto che una delle società le cui azioni andavano per la maggiore, l'Equity found, aveva una perdita profonda in quanto il suo bilancio conteneva degli elementi che ne falsificavano totalmente la attendibilità dello stesso. Però era una cosa, da quello che posso riassumere, difficilissima da comprendere; pare che ne abbia dato una generica notizia alla SEC (che non ne ha tenuto conto), suggerendo immediatamente ai suoi clienti di vendere tutto. Gli acquirenti delle azioni dell'Equity found si sono così salvati. E' emerso successivamente che quella situazione esisteva realmente e producendo un danno a tutti gli altri proprietari, titolari e possessori di azioni e obbligazioni di

quella società. Si è, quindi, incardinato un processo che è arrivato alla Corte Suprema la quale ha riconosciuto la legittimità della mancata diffusione di questa notizia in quanto bisogna dare un incentivo al privato a che acquisti dati ed informazioni di interesse generale che altrimenti non sarebbero conosciuti. Se fosse entrato a conoscenza di dati facilmente conoscibili, questa esimente non vi sarebbe stata.

Ricordo che il nostro Testo Unico sulla finanza (la c.d. "legge Draghi"), contiene una norma di carattere assolutamente opposto, prevedendo che anche l'intermediario finanziario, il quale venga a conoscenza di dati sensibili, ha l'obbligo di darne notizia alla CONSOB e, quindi, di rendere pubblica quella notizia. Questo sembra forse essere il frutto di una moralità maggiore, ma che è stata criticata, per esempio da Angelici, proprio perché così si spegnerebbe alla radice l'incentivo ad acquisire nuove informazioni e nuovi elementi.

In conclusione, questo volume prezioso, sia sotto il profilo della ampiezza conoscitiva che offre, sia sotto il profilo del rigore dogmatico, merita pienamente un successo di critica e di pubblico. Grazie.

Primo Presidente Ernesto LUPU

La Sezione III, nella parte centrale dell'intervento del Presidente Rovelli, è stata chiamata in causa, quindi direi che l'intervento del Presidente Trifone giunge al momento opportuno. Prego.

Presidente Francesco Trifone

Giunge al momento opportuno forse perché l'uditorio è un po' stanco ed per questo che mi sono riservato uno spazio molto limitato, che riguarda piuttosto la formazione anomala del contratto; mi voglio riferire in particolare al c.d. contratto di fatto. Lo spunto mi è venuto proprio da uno dei contributi al libro che in questa sede stiamo presentando, quello del notaio Gaetano Giuliano.

Si parte, in questo contributo, dall'impostazione che ci si trovi in presenza di un contratto di fatto ogni volta in cui l'attuazione di un determinato comportamento o di una determinata prestazione non sia preceduta da alcuna proposta contrattuale.

Tali rapporti nascono, secondo l'Autore, qualora l'esecuzione della prestazione, a vantaggio di un soggetto, si concreti senza che alcuna espressa manifestazione di volontà o altra espressa o tacita richiesta vi sia stata. Si precisa, sempre secondo l'Autore, che le ipotesi del contratto di fatto ricorrono solo nei casi espressamente previsti dal Legislatore. L'esempio è quello classico del rapporto di lavoro subordinato di fatto ovvero quello della società di fatto.

Da tale contributo sorge l'occasione, che si offre in questa sede, di affrontare il tema se nel nostro ordinamento sussistano altre ipotesi di contratto di fatto previste secondo la legge.

Un contributo essenziale, ancora oggi attuale, al tema del rapporto contrattuale di fatto, si deve al Prof. Giorgio Stella Richter, che a distanza di oltre quarant'anni, continua a costituire ancora l'apporto più approfondito in materia. L'Autore lamentava che dall'indagine fino allora compiuta, risultassero escluse, per assenza di specifica disciplina, proprio talune situazioni di maggiore interesse. A titolo di esempio di tale omissione, l'Autore faceva riferimento particolare, tra i rapporti di durata, alla locazione dichiarata nulla o proseguita di fatto dopo la sua scadenza.

Ed è proprio con riferimento al contratto di locazione, che mi pare opportuno offrire le considerazioni che andrò a svolgere circa l'eventuale ricostruzione del fenomeno del contratto di fatto, materia della quale si occupa proprio la Sezione che ho l'onore di presiedere.

Un primo rilievo, secondo quanto ha scritto Giorgio Stella Richter, è stato quello di considerare se l'obbligazione derivante dall'art. 1591 c.c., circa il diritto del locatore di pretendere ancora il pagamento del canone dopo la scadenza del contratto e a seguito dell'inadempimento dell'obbligazione di riconsegna dell'immobile già concesso in godimento, potesse concretare un caso di protratta durata di fatto del rapporto.

Ma la sussistenza, in tal caso, di un contratto di fatto sembra esclusa, perché l'obbligazione risarcitoria del conduttore consegue ad un suo illecito contrattuale che ne comporta il risarcimento e che esclude, per altro verso, ogni altra obbligazione, ex locato, del proprietario dell'immobile offerto in godimento.

Con l'entrata in vigore però della legge sull'equo canone, il concetto di rapporto di fatto venne da Natalino Irti richiamato a proposito di una fattispecie specifica prevista dall'art. 80 della stessa legge, che in caso di mutamento della destinazione dell'immobile locato, ricollega, all'inerzia del conduttore che non agisca per la risoluzione del contratto, l'assoggettamento del contratto stesso alla disciplina corrispondente all'uso effettivo, derivandone, in tal modo, una sorta di potenziale mobilità del rapporto per fatto unilaterale del conduttore non sanzionato dalla cosciente inerzia del locatore.

Il tutto, secondo una disciplina non riconducibile a schemi tradizionali ed integrante invece l'espressione di un rapporto nuovo tra il potere del locatore di mantenere al bene la destinazione concordata e la facoltà del conduttore di attribuire ad esso un diverso indirizzo.

Ad evitare che l'ipotesi dell'art. 80 della legge potesse essere considerata come l'inizio del superamento dell'indirizzo volontaristico, cui anche il rapporto locatizio deve essere improntato, venne osservato che il dogma della volontà nel contratto, anche in tal senso, non veniva ad essere inficiato.

A conforto di tali soluzioni, contro la prospettazione di Natalino Irti, sembrò proporsi anche il Giudice delle leggi quando, nella sentenza 185 del 1988, nel dichiarare l'incostituzionalità della norma nella parte in cui precludeva al locatore l'azione di risoluzione per inadempimento comunque trascorso l'anno dall'avvenuto unilaterale mutamento di destinazione, implicitamente affermò che l'inerzia cosciente dello stesso locatore costituisse comportamento tacito concludente di accettazione della mutata destinazione dell'immobile, per cui era ancora l'indirizzo volontaristico che veniva a reggere l'ipotesi della potenziale mobilità del rapporto.

Se però l'art. 1591 c.c. e l'art. 80 della legge sull'equo canone non possono offrire argomento valido all'ipotizzabilità di una locazione di fatto, la dottrina e gli interpreti non si dimostrarono altrettanto sensibili a cogliere, da altra disciplina proprio della stessa legge n. 392/78, gli argomenti interessanti e, a mio parere validi ed utili, per vagliare se dall'ordinamento, nella disciplina composita tra Codice civile e legge speciale, non fosse da identificare il caso della locazione di fatto nella ipotesi particolare del rapporto tra il rilascio dell'immobile locato ad uso imprenditoriale e corresponsione dell'indennità per l'avviamento commerciale.

E' a tutti ben noto il dibattito che si svolse, anche in seno alla giurisprudenza, in seguito all'introduzione della norma che accordava al conduttore la facoltà di continuare a detenere l'immobile locato, pur a seguito di cessazione del contratto qualora non gli fosse stata corrisposta la dovuta indennità per il perduto avviamento commerciale. Si ritenne dai più che fosse ravvisabile un nuovo caso di diritto di ritenzione, ma sul punto, dopo alterne vicende che non è il caso di ripercorrere, la giurisprudenza delle Sezioni Unite di

questa Corte, riconoscendo al conduttore la facoltà di continuare a detenere l'immobile e a farne l'uso consentito, ed attribuendo al locatore il diritto di continuare a percepirne il canone, avallava l'opinione che in tal caso la protrazione della durata del contratto, al di là della volontà delle parti, non poteva che concretare una locazione di fatto. Con la particolarità, rispetto a quanto prima in dottrina si era ritenuto circa i casi previsti di rapporto giuridico di fatto del contratto di lavoro e di società che producevano effetti di sanatoria solo per il passato e sino a quando non ne fosse stata dichiarata la nullità, in questo caso il rapporto di fatto estendeva i suoi effetti anche in proiezione futura, il tutto in sostituzione dell'autonomia privata.

Inoltre il riconoscimento di una locazione di fatto, anche se solo con effetto retroattivo, era stato operato anche dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 22 del 1989 quando i Giudici della Consulta avevano per la prima volta parlato di comportamento delle parti concretante un rapporto di locazione di fatto.

In siffatto generale contesto, la nozione di contratto di locazione di fatto è stata espressamente assunta dal Legislatore con la disposizione del quinto comma dell'art. 13 della L. 431 del 1998, secondo cui viene a configurarsi un vero e proprio rapporto di fatto qualora il locatore pretenda contro la norma che stabilisce espressamente la nullità del contratto delle locazioni abitative, qualora non si proceda alla redazione della obbligatoria forma scritta a pena di invalidità, la instaurazione di un rapporto di fatto. In questo caso il legislatore ha previsto espressamente un'azione di riconduzione di quella determinata situazione di fatto ad un vero e proprio rapporto locatizio. L'intervento del Legislatore prevede espressamente la costituzione del rapporto, la determinazione del canone, l'inizio della durata da questa situazione di fatto ed è la stessa norma, proprio con l'espressione letterale, che parla, in questo caso, di rapporto di fatto.

Mi pare che l'argomento derivante da questa nuova introduzione legislativa dovrebbe essere approfondito opportunamente dalla dottrina proprio per valorizzare, sotto questo versante, il rapporto giuridico di fatto che ritengo entri, seppure *non iure*, nel nostro ordinamento giuridico; il tutto in conformità ad una dottrina tedesca la quale richiede proprio in questi casi che, quando venga imposto questo determinato comportamento ad iniziativa soltanto di uno dei contraenti, sia possibile il rimedio ripristinatorio.

L'argomento del contratto di fatto è affascinante e sarei portato a fare altre considerazioni nel campo di competenza della mia Sezione, ad esempio l'art. 56 che prevede uno specifico intervento del Legislatore in caso di rilascio dell'immobile con l'assegnazione di un termine, ma abuserei della pazienza dell'uditorio per cui, unendomi naturalmente a tutto quanto è stato detto circa i complimenti per gli autori e per il coordinatore del magnifico volume, vi ringrazio e vi chiedo scusa se mi sono dilungato oltre misura.

Primo Presidente Ernesto LUPO

Ringrazio il Presidente Trifone, perché effettivamente a quest'ora la brevità dell'intervento è una caratteristica che viene apprezzata.

Io però vorrei a conclusione, prima di dare la parola all'Autore di questo volume, perché vorrei che Pasquale Fava potesse prendere la parola, toccare un solo punto di carattere metodologico, l'unico punto che ci ha visto un po' dissenzienti.

Mi dispiace che il principale dissenziente sia assente, cioè il Prof. Marini, ma credo che sia interessante approfondire la novità sistematica del volume che io ho lodato, trovando anche il consenso espresso del notaio Laurini, ma direi anche implicito degli altri due relatori che hanno fatto poi riferimenti

comparatistici, in particolare il Presidente Rovelli ma anche il Presidente Trifone, per aver trattato, ad anche con un certo rilievo, perché è primo l'inizio, anche il diritto contrattuale di altri ordinamenti stranieri.

Da questo incontro, credo sia emersa l'alternanza di opinioni circa l'adesione o meno a riferimenti storico-comparatistici in merito al contratto, e ciò proprio a partire dal Capitolo I del volume intitolato "lineamenti storico comparati".

Il Prof. Marini ha criticato questa estensione laddove invece io l'ho lodata all'inizio proprio comparandola ai nostri studi a cui si richiama anche il Presidente Gianpaolino; in particolare possiamo far riferimento a quello che diceva il Prof. Marini essere il suo Maestro, un libro per noi importantissimo su cui ci siamo formati, ovvero le Dottrine generali del diritto civile di Francesco Santoro-Passarelli in cui non c'era né storia né comparazione.

Vedete, questa differenza tra Francesco Santoro-Passarelli, monumento della cultura giuridica nella prima metà del novecento, e l'approccio seguito dal Pasquale Fava che, invece, io apprezzo e continuo ad apprezzare pur dopo le critiche del Prof. Marini sul volume che comincia e dedica parecchio spazio alla storia e alla comparazione, secondo me esprime una diversità fondamentale del concetto di diritto e dell'atteggiamento dell'interprete di fronte alla legge.

Nella cultura giuspositivistica, di cui Santoro-Passarelli con quel volume ha eretto un monumento di sapienza e di sistematizzazione delle nozioni giuridiche, la legge è un dato di fatto indiscutibile, non ha senso valutare il disposto legislativo, con la conseguenza che l'interprete non deve fare altro che lavorare sul contenuto della disposizione (che non può valutare), sugli enunciati legislativi, per trarne le varie norme da inserire in un complesso sistematico.

Oggi l'atteggiamento del giurista, la concezione del diritto e della legge sono profondamente cambiati. Soprattutto l'avvento della Costituzione Repubblicana e poi i contatti con gli altri ordinamenti, e quindi con il diritto europeo, hanno posto l'interprete di fronte alla legge, non come qualcosa di imm modificabile e su cui bisogna solo costruire all'interno, ma in una posizione di valutazione della legge e delle scelte operate dal Legislatore nel predisporre la norma giuridica perché c'è il problema della conformità alla Costituzione e al diritto dell'Unione europea.

Ecco, dunque, anche l'utilità del felicissimo titolo del primo Capitolo di Fava recante "*lineamenti storici, comparati e costituzionali del sistema contrattuale*" che prosegue "*verso la European Private Law*" ovvero sia il diritto privato europeo.

Questa scelta sistematica di Fava (questo primo capitolo di cui si discorre è di oltre duecento pagine), allora, è espressione della diversità di fondo che oggi ha l'interprete rispetto alla legge e della diversità di concetto del diritto e della legge.

Credo quindi che, e mi ha fatto piacere che il Presidente Laurini abbia proprio aderito espressamente alla ricostruzione storico-comparata di Fava, così come gli accenni che abbiamo sentito soprattutto dal Presidente Rovelli, esperto dottissimo e profondo conoscitore degli ordinamenti stranieri, il quale nella sua relazione ha fatto continui riferimenti agli altri Paesi, davanti a tali dati e alla nostra appartenenza all'Unione europea, non si possa continuare ad ignorare l'aspetto comparatistico nello studio del diritto contrattuale.

Io credo, quindi, che una visione moderna, che è la visione che giustamente Pasquale Fava ha sposato, sia la linea di cultura giuridica che debba oggi essere seguita proprio perché aperta al diritto dell'Unione europea.

Ciò perché è cambiata non solo la legge, ma credo ancor più l'atteggiamento, la cultura dell'interprete ed il concetto stesso di legge così come il concetto di istituto del contratto che è disciplinato dalla legge.

Ho fatto questa conclusione, quindi, per motivare i miei complimenti convinti a Pasquale Fava che ha saputo dare questo indirizzo di fondo al suo volume, collettaneo con tanti apporti, ma la cui modernità, il cui metodo ho apprezzato già all'inizio, ma direi motivatamente ancora di più alla fine di questo incontro, di questo dibattito, e, quindi, con piena approvazione, complimenti a Lui per questo lavoro culturalmente elevato e lo chiamo a concludere questo nostro incontro con le sue parole che ci farà piacere ascoltare.

Pasquale Fava

Eccellentissimo Signor Primo Presidente,

Le esprimo, anche a nome di tutti gli autori del Trattato, i più vivi e sinceri ringraziamenti per aver permesso lo svolgimento di questa cerimonia nell'Aula giudiziaria più importante d'Italia nella quale il diritto civile si evolve attraverso i preziosi apporti del formante giurisprudenziale di legittimità.

Sono particolarmente grato a tutti voi Eccellenze per i mirabili interventi colmi di saggezza giuridica e perspicace lungimiranza sulle questioni contrattuali più importanti e delicate alle soglie del XXI secolo.

Quale curatore dell'opera manifesto, altresì, la mia più affettuosa gratitudine a tutti i coautori del Trattato.

Ben 13 appartengono, come me, alla Corte dei conti, Istituzione che ci fa crescere e ci sostiene come testimonia la presenza in questa Aula Magna del Presidente Luigi Giampaolino e dei numerosi colleghi quivi convenuti tra i quali saluto e ringrazio in particolare il Presidente aggiunto Raffaele Squitieri, il Procuratore generale aggiunto Maria Teresa Arganelli ed il Presidente dell'Associazione nazionale magistrati Tommaso Miele.

Saluto e ringrazio vivamente i Giudici costituzionali e tutti i Presidenti ed i Consiglieri della Corte di cassazione e del Consiglio di Stato ed i rappresentanti dell'accademia, del foro, del notariato e dell'Avvocatura dello Stato.

Un rinnovato ringraziamento all'amico Lodovico Genghini, al quale questo Trattato sul contratto ho voluto dedicare, Maestro indiscusso delle nuove generazioni notarili, che mi ha testimoniato in numerose occasioni tutta la sua profonda amicizia insieme a Roberta, sua moglie.

Dopo relazioni così profonde nulla si può aggiungere se non manifestare la speranza di riuscire a contribuire al dibattito scientifico e giurisprudenziale con uno studio sul contratto in generale che, partendo dalle origini degli istituti, anche sulla scorta del diritto comparato, segni una tappa importante nella ricostruzione sistematica degli orientamenti giurisprudenziali e dottrinali alla luce delle sopravvenienze normative interne ed europee.

L'opera sul contratto, che chiude la trilogia classica del diritto civile (le obbligazioni e la responsabilità civile, realizzate con il preziosissimo aiuto di numerosi colleghi della Corte, sono state pubblicate rispettivamente nel 2007 e nel 2009), è sistematicamente orientata, come le precedenti, a proporre, per la prima volta in Italia, un diritto civile che, pur ponendosi nel solco della tradizione italiana, sia rinnovato e proteso al futuro, guardando con particolare attenzione agli sforzi delle Istituzioni dell'Unione europea e dell'accademia europea più progressista. Un diritto civile, cioè, che consideri il riferimento alla "legge" nel

quadro della *multilevel governance* non dimenticando l'evoluzione storica degli istituti contrattuali che si è registrata sia in Italia che nei principali Paesi europei (Francia, Germania e Regno Unito) i cui ordinamenti sono rilevanti nei negoziati tesi a costruire un diritto civile europeo armonizzato che parta dal nocciolo duro di un minimo comune denominatore condiviso o condivisibile. La "legge" da cui partire per la ricostruzione del diritto civile piena ed organica sia contenutisticamente che sistematicamente, difatti, come evidenziato soprattutto dagli interventi dei Presidenti Lupo, Rovelli e Laurini, non è più quella nazionale bensì quella che, varcando i confini territoriali, dipende, deriva ed è sempre più condizionata dall'ordinamento internazionale ed europeo. Di qui la necessità di superare le trattazioni civilistiche classiche ricostruendo un diritto privato rinnovato. Ciò, tuttavia, senza commettere peccati di omissione ovvero dando conto, con completezza e sistematicità, di tutti gli orientamenti dottrinali e giurisprudenziali intervenuti sui complessi e numerosi istituti del diritto contrattuale italiano (ai quali sono dedicate più di 2000 pagine). Del resto l'interesse per il diritto comparato non deve scandalizzare il giurista interno, atteso che il Codice civile del 1942, come ho evidenziato in più occasioni e nelle due opere complementari sulle obbligazioni e la responsabilità, è il frutto dell'innesto, nel tronco classico della tradizione civilistica francese, di parte della disciplina del BGB, innesto reso possibile dall'interesse che i principali giuristi italiani manifestarono, tra la fine dell'Ottocento e la prima metà del Novecento, verso la scienza giuridica e la legislazione tedesca, i quali, mediando tra scuola francese e tedesca, riuscirono ad innovare il Codice Pisanelli del 1865 (ispirato al *Code Napoléon*) proprio attraverso i positivi influssi delle correnti pandettistiche e postpandettistiche tedesche, gettando le fondamenta per la successiva apertura delle norme codicistiche ai valori costituzionali, prima, ed europei, poi.

In sede europea, difatti, come è noto ai più, sono in corso i negoziati per l'approvazione di uno strumento regolatorio a carattere opzionale sulla vendita di beni mobili che si prefigge l'ambizioso obiettivo di costituire la prima tappa per la costruzione del c.d. diritto privato europeo il quale, a piccoli passi, dovrebbe estendersi sino a coprire l'intero diritto privato affiancandosi alle discipline nazionali.

I disparati testi approvati a singhiozzo presentano, tuttavia, innovazioni che non sempre vanno nella direzione del miglioramento della regolazione civilistica, essendo sovente caratterizzati da involuzioni verso un minimo comun denominatore spesso meno protettivo e comunque disallineato dalle tradizioni privatistiche europee: troppo spesso questi testi di compromesso appaiono un omogeneizzato asistemico di modelli giuridici in uso negli Stati membri risentendo della difficoltà di conciliare la tradizione continentale con quella di *common law* dando, peraltro, il dovuto peso anche a quelle dei Paesi nordici e dell'Est europeo (mi riferisco, ad esempio, alla nuova disciplina della patologia contrattuale – con la forte limitazione delle previsioni dell'art. 1229 ed il nuovo regime dell'annullabilità convenzionale –, alle nuove regole sull'inadempimento sempre più orientate verso la stabilità a tutti i costi del rapporto contrattuale e, più in generale, all'abbandono della disciplina autonoma del rapporto obbligatorio che, come noto, presenta in Inghilterra ed in Francia una fisionomia molto diversa da quella tedesca ed italiana, nonché agli incalzanti tentativi di sopprimere la causa quale elemento costitutivo del contratto da soppiantarsi con un modello filotedesco fondato sul controllo giudiziale del contenuto giuridico del contratto – c.d. *Inhaltskontrolle* sul quale si è intrattenuto il Presidente Rovelli). Tutte queste criticità hanno determinato un sensibile rallentamento dei negoziati in sede europea.

Questo nuovo sentiero del bimillenario percorso di circolazione dei modelli giuridici privatistici richiede, come è accaduto per il diritto romano, lo *ius commune* altomedievale, il Codice napoleonico e la pandettistica tedesca, una sensibilizzazione culturale, scientifica e tecnico-giuridica che taluni progetti accademici europei hanno certamente accelerato.

Onde scongiurare il rischio di arricchire la categoria del contratto c.d. "alieno", prospettando un modello contrattuale che venga dallo spazio e che, come un extraterrestre, non presenti sembianze vicine alle tradizioni giuridiche degli Stati membri, al richiamato processo di sensibilizzazione non possono rimanere estranee le Corti Supreme nazionali, la cui partecipazione dovrebbe essere assicurata dalle Istituzioni comunitarie con strumenti più efficaci ed effettivi migliorando le attuali tecniche di consultazione pubblica.

Sperando, quindi, di poter contribuire con il nostro testo al dibattito in corso in sede europea pongo termine al mio intervento, forse più lungo del previsto, con i rinnovati ringraziamenti a tutti i partecipanti.

Primo Presidente Ernesto LUPO

I complimenti e i ringraziamenti li rivolgiamo noi a Pasquale Fava e a tutti i suoi numerosi collaboratori per l'elevato livello del volume. Grazie a chi ha partecipato con me a questo interessante incontro. Buona sera a tutti.

