

"LE TUTELE CONTRATTUALI"

Lezione tenuta il 13 ottobre 2009, presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Napoli Federico II, Sede Centrale (C.so Umberto), Aula Pessina, dal

Prof. Adolfo di Majo

Prof. ordinario di Dir. Civile
Università degli Studi Roma Tre



*nel ciclo di lezioni magistrali
della IV Cattedra di Dir. Civile*

Prof. Paolo Pollice,
Prof. ordinario di Diritto Civile

ed introdotta dal

Prof. Raffaele Rascio,
Professore emerito di Dir.
Civile,



La presente relazione sulla lezione tenuta il 13 ottobre 2009 presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Napoli Federico II dal Prof. di Majo, Prof. ord. di Dir. Civile presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi Roma Tre, è consultabile dagli studenti anche in formato digitale nella cartella "materiale didattico" della pagina web del Prof. Pollice, www.docenti.unina.it/paolo.pollice.

Il Prof. di Majo, accettando l'invito del Prof. Paolo Pollice a partecipare al Suo ciclo di lezioni magistrali della IV Cattedra di Diritto Civile della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Napoli Federico II, il giorno 13 ottobre 2009, nella storica aula Pessina, ha tenuto sul tema delle "tutele contrattuali", oggetto di una sua recente monografia, una lezione accolta con vivo entusiasmo dalla platea, come dimostrato dalla partecipazione all'incontro non solo di molti esponenti illustri del mondo accademico, ma anche di tanti giovani studenti di diritto civile, che, essendo stati chiamati dal Prof. Pollice ad approfondire il tema della tutela civile dei diritti tramite lo studio di due monografie del Prof. di Majo, "La tutela civile dei diritti"¹, e

¹ A.di Majo, *La tutela civile dei diritti*, Milano, Giuffrè, 2003

“Le tutele contrattuali”², hanno colto l’occasione di apprendere dalla viva voce dell’illustre Autore quali ragioni rendano opportuna l’adozione di un’ottica “rimediale” ai fini di un’analisi problematica, moderna ed efficace del diritto civile.

Il Prof. Rascio nell’introdurre la lezione del Prof. di Majo, innanzi tutto ha evidenziato la coerenza culturale da quest’ultimo dimostrata anche nella sua ultima monografia, dal titolo “Le tutele contrattuali”, ove ha insistito sulla necessità della valorizzazione degli interessi contrattuali al fine di un più completo regolamento delle sorti del contratto, sia quanto alla sua esecuzione, che alla sua inesecuzione (obiettivo intorno al quale convergono proposte relativamente recenti nell’ambito degli ordinamenti di civil law, specie nel diritto europeo dei contratti). In quest’ottica, ha notato il Prof. Rascio, va letta, ad esempio, l’attenzione posta dal Prof. di Majo alle “ipotesi in cui l’interesse del contraente, quando entra in un rapporto contrattuale, non è solo quello diretto alla prestazione che è oggetto del contratto, ma anche a non subire pregiudizio alla propria persona e/o alle proprie cose, quando l’una o le altre sono anch’esse in qualche modo coinvolte nella esecuzione del contratto”³.

Se, dunque, come osservato dal Prof. Rascio, il Prof. di Majo nel suo recente scritto ha ordinato l’intera materia delle tutele contrattuali analizzandola sul piano dei rimedi, ebbene questa scelta metodologica è motivata dall’esigenza di trovare forme nuove e dinamiche di orientamento nella “giungla” di una produzione normativa sterminata, fonte di quel fenomeno efficacemente definito dal celebre giurista Natalino Irti come “nichilismo giuridico”.

Ragionare in materia di contratto in termini di “rimedi” per il Prof. di Majo risponde anche ad

² A.di Majo, *Le tutele contrattuali*, Torino, Giappichelli Editore, 2009,

³ A.di Majo, *Le tutele contrattuali*, cit., pp. 59 ss..

una precisa scelta didattica, quella di assecondare la naturale inclinazione degli studenti di diritto civile ad uno studio del contratto che non si limiti ad un'analisi delle categorie concettuali astrattamente considerate, bensì li stimoli ad uno studio di tipo "problematico".

Il contratto è sottoposto appunto ad un angolo di visuale dinamico laddove se ne consideri il funzionamento, ossia, nel momento in cui non ci si occupa di ricercare, come accade nella responsabilità aquiliana, quale soggetto sia l'autore del danno, a carico di chi esso vada allocato, bensì ci si interessa preminentemente di garantire l'attuazione del contratto in forme spontanee o attraverso gli strumenti previsti dall'ordinamento giuridico, e di individuare le forme nelle quali gli interessi rappresentati dal contratto debbano essere realizzati.

Attenti alla tutela delle posizioni contrattuali sono, in particolare, il diritto comunitario (si pensi all'impulso dato da tale diritto alla difesa dei diritti dei consumatori), e, piú in generale, gli ordinamenti di common law, ai quali appunto è familiare la figura del rimedio, ove quest'ultimo si colloca in una sorta di "terra di nessuno" tra il diritto soggettivo e l'azione processuale. Non a caso il rimedio è definito da un noto giurista anglosassone (F.H.Lawson) quale "cure for wrongs": una "cura contro i torti", quale che sia la natura contrattuale o aquiliana della violazione dell'ordinamento giuridico.

Nel codice tedesco, riformato nel 2002 quanto al diritto delle obbligazioni, il diritto all'adempimento è "declinato" quale rimedio in norme ben precise⁴: in particolare, esso «è espressamente riconosciuto, attraverso la norma che ne ammette la presenza proprio là dove lo

⁴ Le norme di cui ai parr. 241,275, 280, 281, 282, 323, 325, 326 BGB sono puntualmente esaminate in A.di Majo, *op.ult.cit*, p.127-8.

esclude solo ove sopravvenga la impossibilità o la inesigibilità della prestazione (par. 275 BGB)»⁵.

Nelle norme del nostro codice (a differenza che per il risarcimento del danno, per il quale è l'art. 1218 c.c. a prevederne esplicitamente il carattere rimediale) non troviamo mai espressamente indicato come rimedio il c.d. "diritto all'adempimento" (definito dagli anglosassoni, evocando la categoria del diritto soggettivo, "*right to performance*"), salvo che in una norma, l'art. 1453¹ c.c. ("risolubilità del contratto per inadempimento"), la quale statuisce che, nei contratti con prestazioni corrispettive, "quando uno dei contraenti non adempie le sue obbligazioni, l'altro può a sua scelta chiedere l'adempimento o la risoluzione del contratto, salvo, in ogni caso, il risarcimento del danno".

Nel dibattito apertosi in dottrina circa cosa debba intendersi per "adempimento" ai fini di cui all'art. 1453 c.c., ossia se adempimento c.d. *in natura* o coattivo, o altresì quello per *equivalente* in via risarcitoria, il Castronovo⁶ ha sostenuto la configurabilità dello stesso adempimento coattivo quale risarcimento del danno in forma specifica, e ciò in considerazione del fatto che dopo l'inadempimento non resterebbe più spazio per alcuna forma di adempimento anche coattivo.

Al contrario, secondo il Prof. di Majo l'adempimento in forma specifica costituisce un rimedio distinto da quello del risarcimento in forma specifica⁷: se l'adempimento in natura è

⁵ A.di Majo, *ibidem*.

⁶ A.di Majo, *op.ult.cit.*, p.134.

⁷ «Se con il risarcimento del danno contrattuale si tende a porre il contraente *nella stessa condizione economica* in cui si sarebbe trovato se il contratto avesse avuto esecuzione (risarcimento dell'interesse *positivo* all'esecuzione del contratto), con il rimedio dell'adempimento *in natura* a risultare soddisfatto è proprio l'interesse *primario* alla esecuzione del contratto nei termini convenuti. Si tratta di porre il contraente nella stessa condizione, non più solo economica, ma anche *di fatto* in cui si sarebbe trovato se il contratto avesse avuto esecuzione», A.di Majo, *op.ult.cit.*, p. 125.

funzionale a far conseguire all'avente diritto proprio quel bene e/o utilità oggetto specifico dell'aspettativa contrattuale e/o della obbligazione, cioè a soddisfare dette aspettative e/o obbligazioni non per equivalente, cioè in via di compensazione del bene e/o utilità perduti, ma in forma specifica, esso si pone prima ed a prescindere dal verificarsi di un danno da inadempimento, e dunque può anche essere accompagnato dal risarcimento⁸ (si pensi al caso di danno da ritardo nell'adempimento della prestazione).

La considerazione dell'adempimento in forma specifica quale rimedio avverso l'inadempimento appare evidente in caso di **vendita di beni di consumo**: ove la cosa venduta al consumatore presenti un difetto di conformità rispetto al contratto il consumatore «ha diritto al ripristino, senza spese, della conformità del bene mediante riparazione o sostituzione» (art. 130 Codice del Consumo – D.lgs. del 6 settembre 2005, n. 206). Siffatti rimedi sono in posizione prioritaria rispetto alla riduzione "adeguata" del prezzo o alla risoluzione (ossia i tradizionali rimedi "edilizi" di romana memoria).

Art. 130 Cod. Cons., "diritti del consumatore":

«1. Il venditore è responsabile nei confronti del consumatore per qualsiasi difetto di conformità esistente al momento della consegna del bene.

2. In caso di difetto di conformità, il consumatore ha diritto al ripristino, senza spese, della conformità

⁸ «Il rimedio che va sotto il nome di "adempimento in natura" è esattamente speculare a quello che ha per oggetto il risarcimento del danno. Ove un contratto risulti ineseguito e/o inesattamente eseguito la situazione può essere così rappresentata: se il contraente non ha interesse e/o meglio ha maggiore interesse a conseguire, *sub specie damni*, la perdita subita a seguito della mancata e/o inesatta esecuzione del contratto, opterà per il risarcimento; ove invece egli abbia interesse ad ottenere quella specifica, esatta prestazione oggetto della propria aspettativa, opterà per l'adempimento in natura. Ma non è escluso logicamente che entrambi i rimedi abbiano a proporsi, come del resto è scontato che avvenga ove la richiesta di adempimento in natura non sia in grado di compensare l'avente diritto anche del danno *medio tempore subito*», A.di Majo, *op.ult.cit*, pp.124-5.

del bene mediante riparazione o sostituzione, a norma dei commi 3, 4, 5 e 6, ovvero ad una riduzione adeguata del prezzo o alla risoluzione del contratto, conformemente ai commi 7, 8 e 9[...]».

In altre parole, il legislatore nella norma de qua ha previsto un **diritto al ripristino** che "si iscrive a pieno titolo tra i rimedi contro l'inadempimento e ciò nei termini di un'**azione per l'esatto adempimento**, tramite la quale, in caso di vizi della cosa, il creditore può pretendere la riparazione o la sostituzione, e dunque la garanzia assunta dal venditore non assicura più solo un riequilibrio dei termini del contratto tramite i due rimedi della riduzione del prezzo e della risoluzione, che alla stregua dell'art. 130⁷ Cod.Cons. si configurano come sotto-ordinati rispetto al diritto al ripristino.

Sempre ragionando nel linguaggio dei rimedi **il principio di buona fede può considerarsi il vero "collante" del sistema rimediale.**

Come ricorda il Prof. di Majo nella sua monografia **il principio di buona fede opera ai diversi livelli della vita del contratto, e «si sottrae ad una precisa definizione, nei termini di situazione soggettiva ben delimitata, qualificandosi non solo come regola di comportamento delle parti contraenti (tale da ingenerare responsabilità), ma anche quale criterio o parametro, rivolto anche al giudice, per rispondere alle carenze che, in punto di tutela, specie in executivis, può rivelare la fattispecie contrattuale [...] all'insegna di completarne e/o integrarne la trama normativa, a tal punto da non lasciare scoperto il piano delle tutele»⁹.**

Per il Prof. di Majo la buona fede «**si raccorda al contratto [...] non già per gli effetti (principali e integrativi) ponendosi invece quale espressione di un ordine "rimediale" che si sovrappone all'obbligazione contrattuale, orientandone e/o correggendone gli effetti»¹⁰.**

⁹ A.di Majo, *op.ult.cit*, pp.33-4.

¹⁰ A.di Majo, *op.ult.cit*, p.36.

«Il che», prosegue il Prof. di Majo, «è piú che evidente allorquando **nel Draft Common Frame of Reference** di fonte comunitaria **si richiama il principio di buona fede nella stessa esecuzione della obbligazione, nell'esercizio del diritto all'adempimento ed dei rimedi contro l'inadempimento o nel diritto a sciogliersi dall'obbligazione o dal contratto [...]. La violazione del dovere di buona fede non costituisce inadempimento ma preclude al contraente la possibilità di esercitare diritti e/o avvalersi di rimedi di cui altrimenti ex lege avrebbe goduto**»¹¹.

Proprio la buona fede inquadrata quale collante del sistema rimediale offre lo spunto per cogliere i **vantaggi di una tale prospettiva**, che permette al giurista di far uso di criteri con essa coerenti quali la **"proporzionalità"** e la **"ragionevolezza"**: concetti che, nel rispetto della **flessibilità dei rimedi**, ne consentono il **governo, appunto quale reazione di volta in volta diversa, ma pur sempre proporzionale e ragionevole rispetto ai bisogni che si intendono soddisfare.**

Se la prospettiva rimediale consente agevolmente la configurabilità all'interno del contenuto del contratto anche dei c.d. **obblighi di comportamento**, accanto ai tradizionali obblighi di prestazione, essa apre la strada al riconoscimento di responsabilità derivanti dalle relative violazioni, che possono sostanziarsi in una rottura ingiustificata delle trattative (art. 1337 c.c.), o nella mancata comunicazione alla controparte dell'esistenza di cause di invalidità del contratto (art. 1338 c.c.), o, ancora, in un raggiro che abbia indotto l'altro contraente a concludere il contratto a condizioni per se stesso inique (art. 1440 c.c.).

A tal riguardo il Prof. di Majo ha richiamato una celebre pronuncia della **Cassazione**, oggetto di riflessioni anche nella sua recente monografia, la **sent. n. 19024 del 2005**, la quale dimostra a Suo avviso che **«la tutela contrattuale [...] assicurata dal dovere comportamentale di buona fede** (artt.

¹¹ A.di Majo, *op.ult.cit.*, pp.36-7.

1175, 1375, 1337) non si arresta alle soglie del mancato contratto e/o del contratto invalido ma coesiste con la tutela che è propria del contratto (valido) e completa ed integra quella da inadempimento perché ha riguardo alla lesione di interessi che non sono coperti da quest'ultima, come si definiscono gli interessi alla correttezza del comportamento di controparte, la cui lesione può provocare un "maggiore aggravio o un minor vantaggio" della negoziazione [...]»¹².

¹² A.di Majo, op.ult.cit, pp.15 ss..

«Si afferma comunemente che il risarcimento, in caso di responsabilità precontrattuale, è limitato al c.d. "interesse negativo" e deve, pertanto, essere commisurato alle spese sostenute per le trattative rivelatesi poi mutili e alle perdite subite per non aver usufruito di occasioni alternative di affari, non coltivate per l'affidamento nella positiva conclusione del contratto per il quale le trattative erano state avviate (in tal senso, tra le altre: Cass. 30 luglio 2004, n. 14539; 14 febbraio 2000, n. 1632; 30 agosto 1995, n. 9157; 26 ottobre 1994, n. 8778; 12 marzo 1993, n. 2973). È tuttavia evidente che, **quando**, come nell'ipotesi prefigurata dall'art. 1440 c.c., **il danno derivi da un contratto valido ed efficace ma "sconveniente", il risarcimento**, pur non potendo essere commisurato al pregiudizio derivante dalla mancata esecuzione del contratto posto in essere (il c.d. interesse positivo), non può neppure essere determinato, come nelle ipotesi appena considerate, avendo riguardo all'interesse della parte vittima del comportamento doloso (o, comunque, non conforme a buona fede) a non essere coinvolta nelle trattative, per la decisiva ragione che, in questo caso, il contratto è stato validamente concluso, sia pure a condizioni diverse da quelle alle quali esso sarebbe stato stipulato senza l'interferenza del comportamento scorretto. Il risarcimento, in detta ipotesi, **deve essere ragguagliato al "minor vantaggio o al maggiore aggravio economico" determinato dal contegno sleale di una delle parti** (Cass. 11 luglio 1976, n. 2840; 16 agosto 1990, n. 8318), salva la prova di ulteriori danni che risultino collegati a tale comportamento "da un rapporto rigorosamente consequenziale e diretto" (Cass. 29 marzo 1999, n. 2956). **Non vi è quindi motivo di ritenere che la conclusione di un contratto valido ed efficace sia di ostacolo alla proposizione di un'azione risarcitoria fondata sulla violazione della regola posta dall'art. 1337 c.c. o di obblighi più specifici riconducibili a detta disposizione, sempre che, s'intende, il danno trovi il suo fondamento (non già nell'inadempimento un'obbligazione derivante dal contratto,**

A tal riguardo il Prof. di Majo ha sottolineato la distinzione tra **regole di validità-invalidità**— che hanno per obiettivo di assicurare che le contrattazioni non contrastino con norme di ordine pubblico o di buon costume (art. 1418), corrispondano, in ogni caso, ad interessi meritevoli di tutela (art. 1322, 2°, c.c.) e siano espressione di una volontà delle parti regolarmente formatasi»— e **regole di responsabilità** —che «hanno l'obiettivo di rimuovere il pregiudizio che una parte può subire a seguito di comportamenti non conformi a correttezza e, in ogni caso, in violazione di doveri» e che «presuppongono che il soggetto non abbia la possibilità di sottrarsi agli effetti dell'atto (anche) "scorretto"»¹³.

Ebbene, come ha notato il Prof. di Majo, premesso il **carattere mobile dei criteri di classificazione delle regole quali norme di validità-invalidità o di responsabilità**, e tenuto conto che **di regola la violazione di un dovere di comportamento, alterando il principio di parità tra i contraenti dovrebbe collocarsi sul terreno della responsabilità**, e dunque integrando un "abuso" della libertà contrattuale nella fase di formazione del contratto, dovrebbe far ritenere applicabili regole di responsabilità (come quella di cui all'art. 1337 c.c.), **il legislatore, tuttavia, può anche ritenere opportuno sanzionare "in senso forte" la violazione dei suddetti doveri di comportamento quando essi incidano su interessi generali** —come quelli dei consumatori "alla correttezza, alla trasparenza ed all'equità nei rapporti contrattuali" (art. 2 Cod.Cons.)— sicché dovranno qualificarsi come di validità-invalidità le norme che impongano doveri di comportamento a tutela degli interessi citati: è questo il caso delle norme, come quelle di cui agli artt. 33 ss.

ma) nella violazione di obblighi relativi alla condotta delle parti nel corso delle trattative e prima della conclusione del contratto», così Cass., sent. n. 19024 del 2005, in *Foro It.*, 2006, I, 1105.

¹³ A. di Majo, *op. ult. cit.*, pp. 12-3.

Cod.Cons., che prevedono **nullità c.d. di protezione.**

Il Prof. di Majo ha ricordato nel corso della sua lezione come il rapporto tra invalidità e responsabilità si sia posto con riguardo, ad esempio, alla violazione da parte degli **intermediari finanziari dei doveri di comportamento ad essi imposti nella prestazione dei servizi di investimento.**

Le nullità di protezione rappresentano la prova dell'emersione progressiva dell'approccio rimediabile nella tutela contrattuale per impulso dato dal legislatore comunitario al nostro ordinamento nazionale, **trattandosi di nullità che svolgono la funzione di rimedi, di cure, avverso clausole** (quali ad es., quelle vessatorie) o **pattuizioni contrastanti con gli interessi che l'ordinamento giuridico intende difendere** (come, ad es., quello della libertà di concorrenza o di singole categorie deboli, quali, tra le altre, quelle dei consumatori), rimedi che sono lasciati nella disponibilità del titolare dell'interesse normativamente protetto, affinché possa valutare se farlo valere o meno.

Come ricordato dal Prof. di Majo **le SS.UU della Corte di Cassazione hanno ribadito anche quanto al diritto dei mercati finanziari la validità della distinzione tra regole di comportamento e regole di validità**, nel senso che la violazione delle prime non inciderebbe sulla genesi dell'atto negoziale, e, dunque, determinerebbe solo la responsabilità dei trasgressori e non anche l'invalidità dell'atto (**Cass.,SS.UU., sent. 19 dicembre 2007, n. 26724**)¹⁴.

Nella prospettiva rimediabile va riletto, ad avviso del Prof. di Majo, lo stesso danno contrattuale, essendo strettamente legato agli **interessi contrattuali**, e dunque non si esaurisce nel danno da mancata o inesatta prestazione, ma anche nel danno da lesione dell'affidamento, o da mancata restituzione della prestazione già eseguita.

¹⁴ Cass.,SS.UU., sent. 19 dicembre 2007, n. 26724 in *Foro it.*, 2008,I, 784.

Secondo il Prof. di Majo, pur prendendo atto che «negli ordinamenti di Civil Law è [...] tradizione ritenere che l'effetto restitutorio presuppone che il contratto venga sciolto e/o risolto, onde esso non costituisce un danno in senso proprio ma solo una restituzione da indebito, una volta che il contratto è stato cancellato», **anche le restituzioni vanno collocate sul terreno del danno contrattuale**, non potendosi non considerare che una compatibilità totale tra regime delle restituzioni contrattuali e quello dello indebito squilibrerebbe la ripartizione dei rischi realizzatasi con il contratto, la cui conclusione rappresenta pur sempre un fatto storico che va considerato anche solo come tale quando venga sciolto o risulti ex post invalido.

In conclusione, secondo il Prof. di Majo il **maggior vantaggio offerto al giurista da un approccio "rimediale" al diritto contrattuale è dato dalla più intensa valorizzazione ed emersione degli interessi giuridici negoziali ai fini di una loro più efficace e pronta realizzazione**, che allontani lo "spettro" del processo quale strumento principale di soddisfazione delle posizioni giuridiche soggettive violate.