

L'evoluzione del diritto sostanziale alla luce della Costituzione. In particolare, il problema dell'applicazione "diretta" dei principi costituzionali nei rapporti di diritto privato.

1. INQUADRAMENTO DELLA PROBLEMATICIA

La "costituzionalizzazione" del diritto civile. Con tale ampia espressione non si intende un fenomeno di elevazione delle norme diritto privato a un rango costituzionale – La formula indica piuttosto e, innanzitutto, una "rilettura" degli istituti di diritto privato alla luce delle previsioni costituzionali – Lo stimolo per il legislatore e per i giudici di tenere in costante aggiornamento le norme codicistiche pre-costituzionali: si pensi alla cd. interpretazione "aperta" dell'art. 2 Cost. nell'enucleazione di nuovi diritti (i diritti inviolabili non sono un catalogo "chiuso") – La "buona fede" come uno dei principali punti di emersione della "costituzionalizzazione" del diritto civile e la sua rilevanza in materia contrattuale – La "neocostituzionalizzazione": le nuove forme di tutela dei diritti fondamentali, anche nei rapporti interprivati, offerte dal diritto dell'Unione Europea e le nuove forme di tutela del contraente debole nella disciplina consumeristica.

Art. 2. La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale.

La continua esigenza di un aggiornamento costituzionale del codice civile in settori diversi da quelli oggetto dell'indagine.

La sentenza n. 131 della Corte Costituzionale (pubblicata il 1 giugno 2022 nella G.U n. 22, Serie Speciale). Illegittimità di tutte le norme che impongono automaticamente il cognome paterno ai figli al momento della nascita, del riconoscimento o dell'adozione – La Corte Costituzionale ha posto fine all'inerzia del legislatore, espungendo definitivamente dall'ordinamento giuridico l'automatismo del patronimico e dunque introducendo la regola dell'assunzione da parte del figlio dei cognomi dei genitori nell'ordine dai medesimi concordato e fatto salvo l'accordo per attribuire il cognome di uno di loro soltanto (in mancanza di tale accordo, devono attribuirsi i cognomi di entrambi i genitori, nell'ordine dagli stessi deciso e, qualora i genitori non dovessero essere in grado di raggiungere una decisione in merito all'ordine di attribuzione, il disaccordo sarà risolto tramite l'intervento di un giudice) – Viene evidenziato il permanere della violazione del principio di uguaglianza tra coniugi (artt. 3 e 29 Cost.) ed il sacrificio del «diritto all'identità del minore, negandogli la possibilità di essere identificato, sin dalla nascita, anche con il cognome materno» (art. 2 Cost.).

I precedenti: a) La storica sentenza n. 286/2016 della Corte Costituzionale. E' incostituzionale la norma che prevede l'automatica attribuzione del cognome *paterno* al figlio legittimo, in presenza di una diversa volontà dei genitori [norma desumibile dagli artt. 237, 262 e 299 c.c., nonché dall'art. 72 primo comma R.d. n. 1238/1939 (Ordinamento stato civile) ed artt. 33 e 34 D.p.r. n. 396/2000 (Regolamento per la revisione e la semplificazione dell'ordinamento dello stato civile)]. La questione di legittimità costituzionale era stata sollevata dalla Corte di appello di Genova nell'ambito di una causa promossa da una coppia dopo il diniego dell'ufficiale di stato civile di apporre al loro figlio *anche* il cognome della madre – b) L'ordinanza n. 18 del 2021. A distanza di cinque anni dalla sentenza n. 286 del 2016, la Corte costituzionale, forse spazientita dall'inerzia legislativa, è tornata ad affrontare la questione del cognome del figlio, autorimettendosi una questione di legittimità costituzionale. In particolare, il giudice costituzionale solleva dinanzi a sé la questione di legittimità costituzionale dell'articolo 262, co. 1 c.c., nella parte in cui tale articolo, anche a seguito della pronuncia del

2016, impone che, in mancanza di diverso accordo tra i genitori, il figlio acquisisca il cognome paterno, anziché i cognomi di entrambi. La vicenda ha ad oggetto la rettificazione dell'atto di nascita di una bambina, cui i genitori, non uniti in matrimonio, avevano concordemente voluto attribuire il solo cognome materno, confermando tale volontà anche nel corso del procedimento dinanzi al giudice *a quo*. Tuttavia, tale scelta, risulta preclusa dall'art. 262, c. 1, c.c., pure all'esito della sentenza della Consulta n. 286 del 2016, che aveva riconosciuto la possibilità di aggiungere al patronimico il cognome della madre (nel caso in parola la volontà di entrambi i genitori è volta all'acquisizione del *solo* cognome materno).

(Art. 262 c.c. - Cognome del figlio nato fuori dal matrimonio). Il figlio assume il cognome del genitore che per primo lo ha riconosciuto. Se il riconoscimento è stato effettuato contemporaneamente da entrambi i genitori il figlio assume il cognome del padre.

La procreazione medicalmente assistita cd. "postuma": lo *status filiationis* ottenuto tramite tecniche frutto del progresso scientifico.

Corte di Cassazione, sentenza 15 maggio 2019, n. 13000. Una donna, dopo la morte del marito (che aveva prestato adeguato consenso all'utilizzo *post mortem* del proprio seme crioconservato), si sottoponeva al trattamento medicalmente assistito in Spagna, entro un anno dal decesso di quest'ultimo, così come consentito dalla normativa straniera, dando alla luce una bambina. La madre provvedeva a rendere la corrispondente dichiarazione all'Ufficiale di Stato civile del proprio comune che, tuttavia, si rifiutava di trascrivere nell'atto di nascita la paternità del defunto marito e, conseguentemente, attribuire alla piccola il cognome paterno, ritenendo tale dichiarazione contraria all'ordine giuridico vigente.

Il Tribunale respingeva il ricorso della madre, ritenendo che correttamente l'Ufficiale di Stato civile avesse applicato, ai fini della formazione dell'atto di nascita, le disposizioni generali dettate dal codice civile che escludono l'operatività della presunzione di concepimento oltre trecento giorni dalla cessazione del vincolo matrimoniale e precludono l'iscrizione della paternità sulla base delle sole dichiarazioni della madre.

La Corte di Cassazione, con sentenza 15 maggio 2019, n. 13000, ha stabilito che, nonostante il divieto deducibile dall'art. 5 della l. 19 febbraio 2004, n. 40, secondo cui la coppia che può accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita deve essere formata da un uomo e da una donna «entrambi viventi», la nascita in Italia conseguente a una fecondazione *omologa post mortem*, praticata all'estero, dev'essere certificata dall'ufficiale di stato civile competente con indicazione delle generalità di entrambe le figure genitoriali, e perciò con attribuzione al nato del cognome del padre defunto, sempre che chi rende la dichiarazione di nascita possa attestare che il defunto, in vita, aveva consentito all'accesso alle tecniche insieme alla moglie o alla convivente e aveva altresì autorizzato l'una o l'altra all'impiego *post mortem* del proprio seme crioconservato. Secondo i giudici della Suprema Corte questo esito consegue direttamente all'applicazione dell'art. 8 della l. n. 40/2004, secondo cui «*i nati a seguito dell'applicazione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita hanno lo stato di figli nati nel matrimonio o di figli riconosciuti dalla coppia che ha espresso la volontà di ricorrere alle tecniche medesime*».

Questa conclusione è a sua volta il portato di due assunti distinti, entrambi indispensabili a sorreggerla.

Per i giudici della Suprema Corte la norma indicata è anzitutto applicabile in ogni caso di nascita a seguito del ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita, e dunque anche in caso di fecondazione *post mortem*, senza che rilevi il carattere illecito di una simile pratica, che pure non viene disconosciuto.

Inoltre, sempre a dire di quei giudici, l'art. 8 cit. prevede una modalità speciale di accertamento dello *status filiationis*, totalmente alternativa rispetto a quelle previste dalle norme del codice civile per la filiazione matrimoniale ed extramatrimoniale: norme, queste ultime, certamente inapplicabili

ai fini dell'accertamento della paternità nel caso di specie, stante la nascita ben oltre il termine, indicato dall'art. 232 cod. civ., di trecento giorni dallo scioglimento del matrimonio per morte di uno dei coniugi.

(Fondamento di entrambe le decisioni: la lettura delle norme civilistiche alla luce degli artt. 29 e 30 Cost.)

2. LA SPECIFICITA' DEL TEMA AFFRONTATO IN QUESTA SEDE

Quesito: se le norme costituzionali, anche quando siano espresse in forma di principi, siano idonee a fornire immediatamente direttamente la disciplina di un rapporto tra privati – L'applicabilità diretta delle norme costituzionali non viene in discussione quando le norme sono espresse in forma di "regole" (es., art. 36 Cost.: "il lavoratore ha diritto al riposo settimanale" e "a ferie annuali retribuite") – La distinzione tra "principi" (precetti di ottimizzazione di un valore) e "regole" (precetti definitivi). I principi, in particolare, ossia precetti che richiedono che un valore sia realizzato nella misura più ampia possibile compatibilmente con le possibilità giuridiche (cioè con gli altri principi e regole presenti nell'ordinamento), e di fatto. Come tali, i «principi» hanno una dimensione deontica "aperta", *che si determina (solo) in sede di applicazione degli stessi nei singoli casi concreti*, attraverso l'adattamento al fatto specifico, e soprattutto attraverso il "bilanciamento" con (gli) altri principi che possono venire in rilievo in relazione ad esso.

3. IL DIBATTITO IN GENERALE: NORME E PRINCIPI.

Le norme costituzionali: meri "programmi" o precetti? – L'acquisita consapevolezza della portata precettiva delle norme costituzionali: i principi costituzionali sollecitano l'opera riformatrice del legislatore – La "rilettura" del diritto civile alla luce della Costituzione (anni '60) – A) Teoria della Costituzione come limite: la C. opera come "sbarramento" per la norma ordinaria, senza incidere sull'attività interpretativa dell'enunciato normativo – B) La teoria della rilevanza soltanto interpretativa: ai principi costituzionali si attribuisce una valenza interpretativa delle norme ordinarie – C) La teoria dell'applicabilità soltanto "indiretta": in assenza di una norma ordinaria applicabile al caso concreto, la norma costituzionale non può operare da sola. La norma costituzionale potrebbe disciplinare un rapporto di diritto civile unicamente attraverso la contemporanea applicazione di una normativa specifica o di clausole generali che si rinverano nella stessa legislazione ordinaria – D) Tesi della applicabilità "diretta" (PERLINGIERI): le norme costituzionali che dettano principi generali sono di diritto "sostanziale" e la loro concretizzazione non richiede l'intermediazione di una specifica norma di legge ordinaria – La norma costituzionale, dunque, non è solo regola ermeneutica ma anche norma di comportamento e può, anche da sola (quando manchino norme ordinarie che disciplinino la fattispecie), essere la fonte della disciplina di un rapporto giuridico di diritto civile – Le prime due teorie vengono criticate in quanto impediscono agli operatori giuridici di far valere la norma costituzionale come norma vera e propria – L'eco di questa tesi: vd. le ordinanze "gemelle" della Corte Costituzionale in tema di caparra confirmatoria: rinvio. E) La critica (G. D'AMICO): l'applicazione diretta finisce per svilire il ruolo del legislatore nel definire i confini dell'autonomia negoziale delle parti: a) da un lato, qualunque previsione legislativa potrebbe definirsi inutile e superflua, potendo l'interprete ricavarla dai principi generali; dall'altro,

il giudice potrebbe individuare sulla base dei principi costituzionali “nuovi” limiti al potere dei contraenti, anche se il legislatore non li abbia introdotti.

4. ORIENTAMENTO PREVALENTE NELLA SPECIFICA MATERIA CONTRATTUALE

La rilevanza “indiretta” dei principi costituzionali: essi incidono nel processo di concretizzazione delle clausole generali presenti nella disciplina del contratto – La “duplice” rilevanza: a) in negativo, come “limite” al potere del giudice che non può individuare regole in contrasto con i principi costituzionali; b) in positivo, rilevando ai fini della determinazione del contenuto delle clausole generali (es., la buona fede in rapporto all’art. 2 Cost.) – La giurisprudenza prevalente fornisce una nozione di buona fede che costituisce la traduzione del dovere di solidarietà economica e sociale enunciato dall’art. 2 Cost. Più precisamente, la buona fede viene fatta consistere nell’*“atteggiamento di cooperazione e di solidarietà che impone a ciascuna delle parti di tenere, al di là degli specifici obblighi scaturenti dal vincolo contrattuale e dal dovere del neminem laedere, quei comportamenti che senza apportare apprezzabile sacrificio a suo carico risultino idonei a salvaguardare gli interessi dell’altra parte”*.

5. APPLICAZIONE GIURISPRUDENZIALE DEI PRINCIPI COSTITUZIONALI IN MATERIA CONTRATTUALE: CASI PRATICI.

a) Il “caso Fiuggi” – b) La riducibilità d’ufficio della clausola penale manifestamente eccessiva – c) Il rifiuto dell’adempimento parziale del saldo delle spese condominiali – d) La pratica del “frazionamento del credito unitario” – e) Il “caso Renault” – f) Le ordinanze “gemelle” Corte Cost. in tema di caparra confirmatoria – g) L’assicurazione della responsabilità civile e le clausole “claims made” – h) Il contratto di appalto garantito da polizza fideiussoria.

6. IL CELEBRE “CASO FIUGGI”: CASS. 3775/1994.

Vicenda in materia di risoluzione per inadempimento contrattuale e richiesta di risarcimento – Il Comune di Fiuggi concede la gestione delle sorgenti ad una società; clausola relativa all’adeguamento del canone in rapporto al prezzo di vendita delle bottiglie di acqua minerale; inflazione galoppante; l’astuto accorgimento della società: essa mantiene fisso il prezzo di fabbrica ma affida la distribuzione ad una società controllata che le commercializza ad un prezzo maggiore – Il duplice vantaggio per la concessionaria: evita di subire aumenti del canone di concessione e consegue maggiori profitti (il prezzo di vendita quasi raddoppia) – La decisione della Corte di Appello (chiamata a pronunciarsi in sede di impugnazione di un lodo arbitrale): rigetto della domanda in virtù della specifica pattuizione che impedisce di dedurre uno specifico diritto in capo al Comune di esigere dalla società l’aumento del prezzo per fronteggiare l’inflazione – La tesi della Cassazione (prospettiva interpretativa “teleologico – funzionale! che supera la lettera della previsione contrattuale): palese violazione dell’obbligo di correttezza (1175 c.c.); tale obbligo rappresenta un limite interno di ogni situazione soggettiva contrattualmente attribuita, e costituisce regola di governo della discrezionalità impedendo l’abuso di quest’ultima in ossequio al dovere inderogabile e cogente di solidarietà di cui all’art. 2 Cost. – La S.C., pertanto, ha cassato la sentenza, demandando al giudice di merito il compito di valutare se nel caso concreto la delusione dell’aspettativa del Comune fosse o meno giustificata da un interesse antitetico e meritevole di tutela della società

concessionaria a mantenere fermo il prezzo di fabbrica nonostante la sopravvenuta svalutazione monetaria – La linea guida fornita al giudice di merito: il valore normativo del principio di buona fede che entra nel contratto integrandone il contenuto, specificandosi nel dovere (negativo) di non abusare della propria posizione per non aggravare la condizione della controparte e nel dovere (positivo) di attivarsi per salvaguardare l'utilità della controparte (nei limiti in cui ciò non comporti un apprezzabile sacrificio delle proprie ragioni).

Art. 1175. Comportamento secondo correttezza.

Il debitore e il creditore devono comportarsi secondo le regole della correttezza [in relazione ai principi della solidarietà corporativa].

7. LA RIDUCIBILITA' D'UFFICIO DELLA CLAUSOLA PENALE MANIFESTAMENTE ECCESSIVA: CASS. 10511/1999.

A) Il potere del giudice di riequilibrare la sproporzione anche senza l'iniziativa della parte legittimata – Superamento dell'esegesi tradizionale della norma in quanto non più adeguata alla luce di una rilettura conforme ai precetti superiori della Carta fondamentale, individuati nel dovere di solidarietà nei rapporti intersoggettivi (art. 2 Cost.) che attribuisce “*vis normativa*” al canone della buona fede, inglobando obblighi strumentali di protezione della persona e delle cose della controparte – Superamento del dogma ottocentesco dell'onnipotenza della volontà e tramonto del mito dell'intangibilità della convenzione – Commento interessante (CALVO): tale decisione ha “*rumorosamente infranto gli argini della lex contractus, incidendo profondamente non tanto su ontologie negoziali intese in guisa di relazioni dialettiche tra forze antagoniste asimmetriche, quanto intervenendo piuttosto sul terreno del diritto dei contratti “classico” ... e invocando perentori quanto irrefutabili interventi officiosi di un giudice-ministro del culto del diritto oggettivo, chiamato all'appello di fulminee riduzioni di penali inique e iniquamente lesive di “equilibri patrimoniali oggettivi”, nell'ottica di un afflato verso una più equa “giustizia negoziale” distillata lungo i sentieri del dettato costituzionale*” – Tale orientamento della S.C. resta isolato per oltre un quinquennio B) Cass. SS.UU. 18128/2005: conferma definitivamente l'orientamento cit. “*sia pur con motivazione più sobria e meno apologetica di quella adottata dalla I sezione ... su di un versante comunque rivoluzionario, comunque destinato a scuotere le colonne d'Ercole del diritto privato moderno che, rimodellando il ruolo del giudice civile, lo vede investito della (parasacerdotale) funzione di supremo garante dell'equità economica nei negozi di scambio*” (CALVO).

Art. 1384 c.c. (Riduzione della penale).

La penale può essere diminuita equamente dal giudice, se l'obbligazione principale è stata eseguita in parte ovvero se l'ammontare della penale è manifestamente eccessivo, avuto sempre riguardo all'interesse che il creditore aveva all'adempimento.

8. LA PRATICA DEL "FRAZIONAMENTO" DEL CREDITO UNITARIO": CASS. 23726/2007.

A) La problematica: se il creditore possa frazionare un credito unico mediante domande giudiziali parcellizzate. La tesi positiva di SS.UU. 108/2000: a) l'art. 1381 c.c. racchiude anche lo speculare potere di pretendere l'adempimento parziale; d'altra parte, il debitore può reagire costituendo in mora il creditore mediante offerta dell'intero o rispondere proponendo domanda di accertamento negativo, ossia volta ad accertare che egli non è tenuto per l'intero credito; b) tale facoltà non è esclusa dalla legge né il giudice è tenuto a indagare sulle ragioni della strategia del creditore ben potendo la domanda frazionata essere giustificata dal perseguimento di un beneficio anche minimo: ad es., il ricorso al giudice di pace consente di sopportare costi minori, può indurre ad un adempimento spontaneo del residuo da parte debitore e può essere motivato dall'esigenza di un accertamento della sussistenza del rapporto con effetto di giudicato con vantaggio per le altre azioni (interessi meritevoli di tutela). B) Il revirement di SS.UU. 23726/2007: l'improponibilità di "tutte" le domande aventi ad oggetto una frazione del credito – Fondamento della tesi: il combinato operare del principio di buona fede (evitare la prolungata soggezione del debitore al vincolo obbligatorio e la lievitazione dei costi del giudizio) e del giusto processo (leso dal frazionamento dei giudizi con il rischio di giudicati contraddittori) – Perplexità e obiezioni: a) l'improponibilità riguarda già la prima azione? b) la declaratoria di improponibilità porta alla sostanziale cancellazione della restante porzione di diritto o ha rilevanza meramente endoprocedurale – C) SS.UU. 4090/2017: confermano l'abuso del diritto con riferimento all'agire parziale che riguardi "un singolo credito" – L'ipotesi di "più crediti derivanti dal medesimo titolo": non opera il divieto di azione disgiunta per più crediti distinti ma legati da un unico rapporto di durata – *Ratio*: trattandosi di crediti tra loro distinti, fondati su differenti presupposti di fatto e di diritto, e di cui alcuni soltanto sono di pronta utilizzabilità, giustifica in linea di principio l'azione disgiunta del creditore – Il principio di infrazionabilità, tuttavia, torna ad operare se il giudice ravvisi la mancanza dell'interesse ad agire ex art. 100 c.p.c. in ragione delle concrete modalità di presentazione della domanda.

Art. 1181. Adempimento parziale.

Il creditore può rifiutare un adempimento parziale anche se la prestazione è divisibile, salvo che la legge o gli usi dispongano diversamente.

9. IL RIFIUTO DELL'ADEMPIMENTO PARZIALE DEL SALDO SPESE CONDOMINIALI: CASS. 10182/2009.

Amministratore del Condominio che rifiuti l'adempimento parziale del saldo delle spese condominiali – La sollevazione dell'eccezione di inadempimento viola gli obblighi di buona fede costituzionalizzati "in ragione del rapporto sinergico con l'art. 2 Cost." – La buona fede prescinde da specifici obblighi contrattuali e impedisce "comportamenti ostruzionistici" (abuso del diritto e abuso del processo) – Decisione richiamata da Cass. 20106/2009 ("caso Renault") e dalle ordinanze "gemelle" Corte Cost.

10. IL CASO RENAULT: CASS. 20106/2009.

Fattispecie in tema di recesso dai contratti di concessione di vendita (di durata di circa 10 anni) – A) La vicenda: a) tra il 1992 e il 1996 la Renault Italia S.p.A., con il preavviso di un anno previsto dai contratti, comunica a circa 200 concessionari il proprio recesso *ad nutum* (cioè senza addurre alcuna giustificazione a supporto della decisione); b) i concessionari revocati convenivano in giudizio la Renault, lamentando l'esercizio abusivo del recesso (ossia, con modalità contrarie alla buona fede) e chiedendo il risarcimento dei danni da illegittimo recesso e l'indennità di fine rapporto (cd. indennità di clientela); c) argomentazioni addotte: la Renault, successivamente alla sottoscrizione del contratto di concessione, aveva imposto ai concessionari obiettivi minimi di vendita e nuovi investimenti, ingenerando in essi l'aspettativa nella continuazione del rapporto; lo scopo della società doveva ravvisarsi non nella dichiarata esigenza di riorganizzare la rete di vendita ma nell'inserimento (in luogo dei concessionari revocati) nella rete di vendita di ex dirigenti, al fine di evitare al colosso francese i gravosi impegni economici legati allo scioglimento del rapporto di lavoro con questi ultimi – B) La decisione di primo grado: il Tribunale di Roma rigetta la domanda e dichiara la legittimità del recesso per le seguenti ragioni: a) congruità del termine di preavviso dato; b) esclusione del legittimo affidamento per mancanza di prove; c) esclusione altresì dell'abuso del diritto per mancanza di prove: è irragionevole pensare che un tale colosso avesse bisogno di ricorrere alla revoca dei contratti per rimpiazzare i propri dirigenti – C) La conferma della Corte di Appello: la specifica previsione di un recesso *ad nutum* preclude al giudice qualsiasi controllo sui motivi per cui esso viene esercitato – D) La decisione della Suprema Corte (cassazione con rinvio): il recesso *ad nutum* non può trasformarsi in un recesso arbitrario, avulso da qualsiasi controllo in quanto : a) i rapporti commerciali (specie di lunga durata) devono essere valutati dal giudice nella loro globalità in un'ottica di equilibrio e proporzione tra interessi contrapposti; b) il controllo non può spingersi a sindacare i motivi per i quali è stato esercitato il recesso (in quanto le scelte strategiche degli imprenditori sono discrezionali e insindacabili) ma verte sulle modalità di esercizio di tali scelte, prescindendo dalla verifica di circostanze qualificanti come l'intenzione di nuocere ; c) esso va esercitato attraverso i canoni generali della buona fede e dell'abuso del diritto; d) la costituzionalizzazione dell'obbligo di correttezza e buona fede (che accompagna ogni fase del contratto) implica il dovere delle parti di agire in modo da preservare gli interessi dell'altra, prescindendo da specifici obblighi o norme di legge; e) l'abuso è un criterio rivelatore della violazione della buona fede oggettiva e consiste nell'esercizio di un diritto o potere per conseguire obiettivi diversi e ulteriori rispetto a quelli indicati dal legislatore – E) La sentenza N. 691/18 della Corte d'Appello di Roma quale giudice del rinvio: illegittimità del recesso posto in essere da Renault con conseguente condanna al risarcimento dei danni per circa 2 milioni di euro; esclusione dell'indennità di avviamento o di clientela (non sussiste alcuna analogia con il contratto di agenzia) – *Iter* argomentativo: a) la scelta di interrompere il rapporto è stata esercitata con modalità contrarie alla buona fede; b) in particolare, con una condotta inaspettata e sorprendente la Renault ha frustrato il legittimo affidamento dei concessionari in una continuità del rapporto da essi auspicata anche in virtù degli ulteriori sforzi economici imposti con i patti sottoscritti dopo la stipula delle concessioni di vendita; c) la Renault avrebbe dovuto almeno concedere la possibilità di rinegoziare il contratto, o proporre ai concessionari un'indennità di fine rapporto o accedere a un preavviso più lungo; d) la Corte d'Appello ha escluso l'abuso del diritto, non essendo stata provata l'esistenza dell'asserito scopo ulteriore – F) Conclusione: si può recedere senza causa ("*ad nutum*") ma non si può recedere senza modi ("*ad libitum*") – Ancora una volta, la buona fede viene in rilievo

come criterio e strumento di controllo dello statuto negoziale da parte del giudice, anche in senso modificativo o integrativo.

11. LE ORDINANZE “GEMELLE” DELLA CORTE COSTITUZIONALE: 248/2013 E 77/2014.

A) La problematica: applicabilità del meccanismo di riduzione ad equità anche della caparra confirmatoria eccessivamente gravosa – Le varie tesi: la previsione dell’intangibilità della caparra è frutto di una scelta consapevole del legislatore che ha ritenuto la regola di cui all’art. 1385 c.c. come la più congrua in relazione alla natura, alla finalità e al meccanismo di funzionamento della stessa caparra confirmatoria (non vi è alcuna lacuna nel sistema) – 2) la clausola penale e la caparra confirmatoria presentano affinità sotto il profilo funzionale ma l’art. 1384 è norma eccezionale, insuscettibile di applicazione analogica; c) le affinità funzionali legittimerebbero l’estensione analogica della regola della riducibilità – B) La tesi negativa della Suprema Corte, confermata anche di recente (Cass. 17715/20) fa leva sulle differenze di carattere strutturale e funzionale: a) unilateralità della penale - bilateralità della caparra confirmatoria; b) la caparra viene versata alla conclusione del contratto – la penale consiste in una promessa di versamento di una somma di danaro (con esclusione di cose fungibili); c) le precipue caratteristiche della caparra attenuano il rischio di un approfittamento o abuso – C) La questione di costituzionalità: il Tribunale di Tivoli, in due giudizi, prospetta la questione con riferimento all’art. 1385, co. 2, c.c., nella parte in cui non dispone che il giudice possa ridurre la caparra confirmatoria manifestamente eccessiva (i giudici *a quo* ritengono leso il principio di ragionevolezza ex art. 3, co. 2, Cost. per “*intrinseca incoerenza (...) rispetto alla complessiva finalità perseguita dal legislatore*”) – Le due ordinanze non sono perfettamente sovrapponibili: a) nel primo caso, recede l’*accipiens* e, quindi, il *tradens* chiede la restituzione della caparra; nel secondo caso, giudizio recede il *tradens* che, pertanto, esige il doppio della caparra; b) solo la prima ordinanza solleva il dubbio che il giudice *a quo* avrebbe potuto qualificare diversamente la fattispecie (probabilmente in termini di “acconto sul prezzo”, come sostenuto dal *tradens*) – D) Il caso esaminato dalla prima ordinanza. In sede di stipula di un preliminare di vendita, il promissario acquirente versa “a titolo di caparra confirmatoria” (qualificazione espressa) una somma di € 150.000,00, pari a 1/3 del prezzo, confidando nell’erogazione di un mutuo. Il mutuo non viene concesso per cui il promissario acquirente agisce per la restituzione della somma versata, sostenendo trattarsi di un acconto sul prezzo. Molto probabilmente, la questione viene sollevata proprio perché il giudice *a quo* ritiene che l’art. 1384 c.c. sia una norma eccezionale – E) Le ordinanze “gemelle” 21.10.2013, n. 248 e 26.03.2014, n. 77: la Corte Costituzionale, in entrambi i casi, dichiara inammissibile la questione in quanto manifestamente infondata e irrilevante – In punto di infondatezza: il diritto di recesso, in caso di inadempimento dell’altra parte, non è connesso ad un mero automatismo in quanto la norma contempla pur sempre un “inadempimento gravemente colpevole” e di non scarsa importanza; in punto di rilevanza: il Tribunale non ha tenuto conto “*dei possibili margini di intervento riconoscibili al giudice a fronte di una clausola negoziale che rifletta (...) un regolamento di interessi non equo e gravemente sbilanciato in danno di una parte*” – Più precisamente: tali margini di intervento sono individuabili nel potere - dovere di dichiarare *ex officio*, in virtù dell’art. 1418 c.c., la nullità (totale o parziale) della clausola, per contrasto con il precetto dell’art. 2 Cost. (sotto il profilo dell’inadempimento dei doveri inderogabili di solidarietà) che entra direttamente nel contratto, in combinato disposto con il canone della buona fede, cui l’art. 2 Cost. attribuisce *vis normativa* – F)

La portata delle ordinanze “gemelle”. Innanzitutto, esse mettono in discussione consolidati orientamenti giurisprudenziali in quanto sanciscono la legittimità costituzionale dell’art. 1385 modificando radicalmente i termini del problema: secondo l’interpretazione corrente, l’art. 1385 c.c. non prevede un potere “correttivo” della caparra; anche secondo la Consulta tale potere non è previsto ma (ecco il punto centrale del ragionamento) questa specifica previsione non serve perché l’autorizzazione del giudice ad intervenire sul contenuto del contratto (per correggerlo e riequilibrarlo) discende da un principio generale di rango costituzionale (principio di solidarietà sociale: art. 2 Cost.) immediatamente e direttamente applicabile nei rapporti tra privati, sebbene veicolato attraverso il canone della buona fede – In definitiva, la Corte giunge ad affermare che la previsione di una caparra confirmatoria eccessivamente gravosa, in quanto lesiva della norma di rango costituzionale (sebbene regola di “comportamento”), incide addirittura sulla validità del contratto, determinandone la nullità ex art. 1418 c.c. – Il *dictum* della Corte Costituzionale, inoltre, estremizza l’orientamento giurisprudenziale precedente: le ordinanze “gemelle” segnano il passaggio da una lettura in chiave integrativa del canone generale di buona fede ad una lettura (da alcuni definita eversiva”) in funzione “correttiva”, conferendo al giudice un potere connotato da un forte grado in discrezionalità; peraltro, il principio affermato dalla Corte Costituzionale sembra applicabile a qualsiasi tipo di contratto, trascendendo la specifica questione in esame – La preoccupazione ulteriore: il rischio di affiancare al diritto “scritto” (basato sulla legge) un diritto scritto di fonte “giurisprudenziale” (fondato sull’equità) – Ulteriori critiche: rinvio al paragrafo 2, sub E) – L’apprezzamento espresso da alcuni autori (MACARIO): a) i principi consacrati in disposizioni normative costituzionali consentono di dare risposte immediate alle nuove istanze di tutela; b) l’argomentazione giudiziale, in quest’ottica, assume un ruolo fondamentale; c) centralità della dottrina, chiamata a fornire al legislatore nuove basi concettuali per l’emanazione delle nuove norme.

Acconto, clausola penale e caparra confirmatoria

L’acconto è una somma data a titolo di anticipata e parziale esecuzione della prestazione. Si tratta in pratica di un parziale adempimento preventivo, che garantisce chi riceve la prestazione e non anche chi la dà, con esclusione, quindi della funzione risarcitoria tipica della caparra.

La clausola penale esclude il diritto al risarcimento, dal momento che si configura come un’ipotesi di liquidazione rapida e forfetaria del danno; la caparra invece non esclude il diritto all’ulteriore risarcimento.

La caparra è patto accessorio dei soli contratti, mentre si ritiene che la clausola penale possa esserlo anche dei negozi unilaterali (e di un obbligo extracontrattuale, secondo alcuni autori).

La caparra può essere convenuta per il solo inadempimento, a differenza della clausola penale, che può essere convenuta anche per il ritardo.

Art. 1385. Caparra confirmatoria.

Se al momento della conclusione del contratto una parte dà all'altra, a titolo di caparra, una somma di denaro, o una quantità di altre cose fungibili, la caparra, in caso di adempimento, deve essere restituita o imputata alla prestazione dovuta.

Se la parte che ha dato la caparra è inadempiente, l'altra può recedere dal contratto, ritenendo la caparra; se inadempiente è invece la parte che l'ha ricevuta, l'altra può recedere dal contratto ed esigere il doppio della caparra.

Se però la parte che non è inadempiente preferisce domandare l'esecuzione o la risoluzione del contratto, il risarcimento del danno è regolato dalle norme generali.

Art. 1418. Cause di nullità del contratto.

Il contratto è nullo quando è contrario a norme imperative, salvo che la legge disponga diversamente.

Producono nullità del contratto la mancanza di uno dei requisiti indicati dall'articolo 1325, l'illiceità della causa, l'illiceità dei motivi nel caso indicato dall'articolo 1345 e la mancanza nell'oggetto dei requisiti stabiliti dall'articolo 1346.

Il contratto è altresì nullo negli altri casi stabiliti dalla legge.

12. ASSICURAZIONE CONTRO LA RESPONSABILITÀ CIVILE E CLAUSOLE CLAIMS MADE: CENNI

Il modello di contratto assicurativo di cui all'art. 1917: prevede che la copertura operi in relazione a tutte le condotte generatrici di domande risarcitorie verificatesi nel periodo di durata del contratto, a prescindere dalla data della richiesta risarcitoria (modello "loss occurrence" o "insorgenza del danno") – Il contratto di assicurazione con clausola "claims made" (a richiesta fatta): la copertura è condizionata alla circostanza che il sinistro venga denunciato durante il periodo di vigenza della polizza (o anche in un arco temporale successivo, ove sia pattuita la cd. sunset clause) – Tipologia di clausole claims made: 1) le clausole "pure": garantiscono tutte le richieste risarcitorie inoltrate dal danneggiato all'assicurato e da questi all'assicurazione nel periodo di efficacia della polizza indipendentemente dalla data di commissione del fatto illecito – Sono ritenute valide: è vero che l'assicurato rischia di pagare i canoni a vuoto con riferimento alle richieste risarcitorie successive alla scadenza del contratto ma ciò che perde alla fine del rapporto viene recuperato dall'assicurato all'inizio, quando la copertura si estende anche agli illeciti pregressi. 2) Le clausole "miste o impure": offrono copertura solo quando sia il fatto illecito sia la richiesta risarcitoria intervengano nel periodo di efficacia del contratto (con una possibile retrodatazione della garanzia: due o tre anni) – I dubbi di validità delle clausole "impure": Cass. SS.UU. 22437/2018 confermano la tipicità delle clausole claims made che, pertanto, sfuggono al controllo di meritevolezza; tuttavia, ciò non esclude l'operatività di una verifica, in concreto, sulla libera determinazione del contenuto contrattuale, ai sensi dell'art. 1322, co. 1, c.c., che postula il rispetto dei "limiti imposti dalla legge" del contratto conforme al tipo – L'indagine ad ampio spettro del giudice: essa investe anche il momento precedente alla conclusione del contratto e quello attuativo: con riferimento alla tematica che stiamo trattando, tra i vari passaggi della sentenza, ancora una volta, si chiede al giudice di indagare anche con la lente del principio della buona fede contrattuale se lo scopo pratico del regolamento contrattuale presenti un arbitrario squilibrio tra rischio assicurato e premio – L'ordinanza 8894/20 della Corte di Cassazione. La S.C. è tornata ad occuparsi del tema con riferimento a un contratto di assicurazione contro la responsabilità civile stipulato da un ospedale, contenente una clausola claims made "spuria" (che faceva coincidere il sinistro con la richiesta di risarcimento del danno avanzata dal terzo e non col comportamento generatore della responsabilità dell'assicurato), tuttavia garantendo la copertura ai soli sinistri denunciati dall'ospedale entro dodici mesi dalla cessazione degli effetti del contratto – Nel caso di specie, l'assicurato non aveva potuto denunciare in tempo utile il sinistro in quanto la richiesta di risarcimento da parte del terzo danneggiato era intervenuta dopo la scadenza del contratto: egli, cioè, non aveva potuto evitare la decadenza a

causa della condotta del terzo – La S.C. sancisce la (parziale) nullità della clausola (ai sensi dell'art. 2965 c.c.) che condizioni l'operatività della polizza stabilendo un termine decadenziale dalla data di cessazione del contratto entro cui il sinistro può essere denunciato. In altri termini, la clausola *claims made* può accedere al contratto tipico di assicurazione a condizione che la previsione di una *sunset clause* non riduca il rischio individuato dal codice civile ma lo estenda (ad es., ove facendo decorrere il termine utile per la denuncia del sinistro non dalla scadenza del contratto ma dalla sua comunicazione da parte del terzo danneggiato) – In conclusione, gli Ermellini affermano che “le clausole che rendono difficile l'esercizio del diritto (art. 2965 c.c.) sono anche quelle che prescindono dalla diligenza della parte, e che fanno dipendere quell'esercizio da una condotta del terzo, autonoma e non calcolabile. Nella fattispecie, poiché la denuncia del “sinistro” dipende dalla richiesta di risarcimento avanzata dal danneggiato verso l'assicurato, prima del quale quest'ultimo non ha interesse ad avvisare la sua assicurazione, il medesimo assicurato ha un onere (derivante dalla polizza) cui può adempiere solo se ha ricevuto in tempo una richiesta di risarcimento da parte del terzo danneggiato, ossia se ha ricevuto la richiesta non solo entro 12 mesi dalla scadenza del contratto, ma nell'arco temporale dell'anno di sua validità”.

13. CONTRATTO DI APPALTO GARANTITO DA POLIZZA FIDEIUSSORIA: ORDINANZA CASS. 32478/2019.

A) Oggetto della questione: contratto di appalto garantito con polizza fideiussoria. La vicenda: al momento della presa in consegna dei lavori, una società appaltante riscontrava la presenza di vizi nell'opera eseguita e, tuttavia, senza sollevare l'eccezione di inadempimento (1460 c.c.), pagava il saldo del prezzo, a fronte dell'impegno della ditta appaltatrice a eliminare i difetti riscontrati. A fronte dell'inerzia dell'appaltatore, divenuto definitivo l'inadempimento, la committente società conviene in giudizio la società assicuratrice (che si difende eccependo la scorrettezza del comportamento dell'attrice) per ottenere il risarcimento del danno – B) La decisione di rigetto della domanda da parte dei giudici di merito: 1) non è censurabile la mancata sollevazione dell'eccezione inadempimento, trattandosi di una facoltà rimessa alla determinazione del creditore; 2) non è applicabile l'art. 1956 c.c. che disciplina l'inadempimento del fideiussore per obbligazione futura: pur volendo configurare il pagamento del saldo come un atto di far nuovo credito, non è provato che l'appaltante fosse consapevole di accrescere le probabilità di inadempimento dell'appaltatrice con il pagamento del saldo, ossia di aggravare con il suo comportamento le condizioni economiche della società assicuratrice (mancanza del requisito soggettivo) – C) L'ordinanza della Corte di Cassazione (accoglimento del ricorso proposto dal fideiussore, con rinvio alla Corte territoriale competente): la mancata sollevazione dell'eccezione di inadempimento è censurabile in quanto con il pagamento del saldo la committente ha in concreto trasferito alla società di assicurazione la responsabilità del corretto adempimento – La lettura “costituzionale” del canone di buona fede alla luce dell'art. 2 Cost. che fonda un generale obbligo solidaristico tra i paciscenti: il canone di buona fede deve essere inteso in senso “oggettivo” e si concretizza nell'imporre “*alla parte garantita di salvaguardare la posizione del proprio fideiussore*” con la conseguenza di negare tutela alla parte che, violando tale obbligo di correttezza, “*pretenda di riversare sulla controparte un pregiudizio che avrebbe potuto facilmente evitare*” – Il richiamo della S.C. ai propri precedenti (tra cui, Cass.10182/2009: vd. par. 9).

Art. 1956. Liberazione del fideiussore per obbligazione futura.

Il fideiussore per un'obbligazione futura è liberato se il creditore, senza speciale autorizzazione del fideiussore, ha fatto credito al terzo, pur conoscendo che le condizioni patrimoniali di questo erano divenute tali da rendere notevolmente più difficile il soddisfacimento del credito.

Non è valida la preventiva rinuncia del fideiussore ad avvalersi della liberazione.

Materiale di studio

G. D'AMICO, *Applicazione diretta dei principi costituzionali e nullità della caparra confirmatoria.*

F. MACARIO, *L'autonomia privata nella cornice costituzionale.*

G. CONTE, *Il processo di neo - costituzionalizzazione del diritto privato nel contesto della tutela multilivello dei diritti e delle libertà fondamentali in Europa*, in:

<https://www.radioradicale.it/scheda/554034/il-processo-di-neo-costituzionalizzazione-del-diritto-privato-nel-contesto-della>

