

Università degli Studi di Napoli Federico II



Dottorato di Ricerca in
Diritto dell'Economia
XXVIII ciclo

Elaborato per la prova finale
Le clausole di esonero e di limitazione della
responsabilità

Tutor
Prof. Ernesto Briganti

Candidato
Dott.ssa Simonetta Troise

Anno accademico 2016-2017

INDICE SOMMARIO

CAPITOLO I

La difficile individuazione del fondamento della disciplina delle clausole di esonero e di limitazione della responsabilità tra autonomia negoziale ed eteronomia normativa. L'art. 1229 c.c. nella prospettiva dell'unitarietà dell'ordinamento.

1. La distinzione tra clausole di esonero e clausole limitative della responsabilità: profili introduttivi e figure affini.
p. 2
2. Analisi dell'evoluzione storica del rapporto tra ordinamento e patto di esonero o di limitazione della responsabilità del debitore.
p. 6
3. Il possibile fondamento del divieto dell'esonero pattizio della responsabilità del debitore, o della sua limitazione, tra clausole generali, tutela del credito ed esigenze di equilibrio contrattuale.
p. 10
4. Segue. Il fondamento del divieto e il II secondo comma dell'art. 1229 c.c. Limitazione ed esclusione della responsabilità del debitore per fatto degli ausiliari.
p. 20
5. Segue. L'art. 1229 c.c. tra clausola generale di ordine pubblico e principi costituzionali. L'imperatività e inderogabilità della norma.
p. 31
6. Il dolo e la colpa nella teoria dell'illecito contrattuale.
p. 48
7. La differenziazione tra clausole di esonero e clausole limitative della responsabilità.

p. 58

8. Indagine sulla rilevanza, a fini ricostruttivi, di altre disposizioni contenenti limiti all'esonero o alla limitazione della responsabilità del debitore.

p. 63

9. L'operatività delle norme di cui all'art. 1229 c.c. in caso di clausola di esonero o limitativa della responsabilità ad esse contraria. La nullità parziale.

p. 73

CAPITOLO II

La verifica delle concrete modalità applicative delle norme di cui all'art. 1229 c.c. tra effettivo esonero dalla responsabilità e delimitazione dell'oggetto contrattuale. I limiti dell'autonomia contrattuale tra teoria delle fonti e teoria dell'interpretazione.

1. La postulata differenza tra le clausole di esclusione o limitazione della responsabilità e le clausole di delimitazione dell'oggetto del contratto.

p. 79

2. La questione relativa alla limitazione della responsabilità della banca nei contratti inerenti il servizio delle cassette di sicurezza.

p. 83

3. Segue. Il problema dell'esonero da responsabilità per colpa lieve della banca nell'ambito dei contratti inerenti il servizio delle cassette di sicurezza.

p. 90

4. Il rischio nei contratti di assicurazione tra delimitazione dell'oggetto ed esonero dalla responsabilità.

p. 94

5. Segue. Le c.dd. clausole *claims made*, tra delimitazione dell'oggetto e limitazione della responsabilità alla luce dell'intervento delle Sezioni Unite della Cassazione.

p. 99

6. L'operatività del divieto di cui all'art. 1229 c.c. nei contratti atipici. Qualificazione e interpretazione del regolamento di interessi.

p. 105

7. Segue. Operatività del divieto nei contratti atipici di parcheggio e di ormeggio.

p. 107

8. Segue. Osservazioni conclusive sul criterio di imputazione della responsabilità *ex recepto* nelle ipotesi di esonero o limitazione di essa.

p. 115

9. Le clausole di esonero e limitazione di responsabilità nei contratti standard e il coordinamento dell'art. 1229 c.c. con il Codice del Consumo.

p. 117

CAPITOLO III

L'esonero e la limitazione convenzionale della responsabilità del danneggiante nelle ipotesi di illecito extracontrattuale. Conclusioni.

1. La controversa configurabilità dell'esonero e della limitazione pattizia della responsabilità extracontrattuale.

p. 128

2. Le clausole di esonero dalla responsabilità civile nelle ipotesi di cumulo delle responsabilità contrattuale ed extracontrattuale.

p. 134

3. Segue. Le c.dd. clausole omnicomprensive.

p. 136

4. Segue. Le clausole di esonero dalla responsabilità civile e la natura del bene protetto: danno alla persona e danno al patrimonio.

p. 142

5. Conclusioni.

p. 148

Nota bibliografica

CAPITOLO I

La difficile individuazione del fondamento della disciplina delle clausole di esonero e di limitazione della responsabilità tra autonomia negoziale ed eteronomia normativa. L'art. 1229 c.c. nella prospettiva dell'unitarietà dell'ordinamento.

SOMMARIO: 1. La distinzione tra clausole di esonero e clausole limitative della responsabilità: profili introduttivi e figure affini. 2. Analisi dell'evoluzione storica del rapporto tra ordinamento e patto di esonero o di limitazione della responsabilità del debitore. 3. Il possibile fondamento del divieto dell'esonero pattizio della responsabilità del debitore, o della sua limitazione, tra clausole generali, tutela del credito ed esigenze di equilibrio contrattuale. 4. Segue. Il fondamento del divieto e il II secondo comma dell'art. 1229 c.c. Limitazione ed esclusione della responsabilità del debitore per fatto degli ausiliari. 5. Segue. L'art. 1229 c.c. tra clausola generale di ordine pubblico e principi costituzionali. L'imperatività e inderogabilità della norma. 6. Il dolo e la colpa nella teoria dell'illecito contrattuale. 7. La differenziazione tra clausole di esonero e clausole limitative della responsabilità. 8. Indagine sulla rilevanza, a fini ricostruttivi, di altre disposizioni contenenti limiti all'esonero o alla limitazione della responsabilità del debitore. 9. L'operatività delle norme di cui all'art. 1229 c.c. in caso di clausola di esonero o limitativa della responsabilità ad esse contraria. La nullità parziale.

1. *La distinzione tra clausole di esonero e clausole limitative della responsabilità: profili introduttivi e figure affini.*

L'art. 1229 c.c. codifica la regola per cui sono nulle le clausole con le quali il debitore è preventivamente esonerato da responsabilità per inadempimento doloso o gravemente colposo, distinguendo due ipotesi, rispettivamente al I e II comma: (a) quella della nullità di patti che escludono o limitano preventivamente la responsabilità del debitore per dolo o colpa grave e (b) quella della nullità dei patti di esonero preventivo e limitazione della responsabilità del debitore per il caso in cui il fatto del debitore o dei suoi ausiliari costituisca violazione di obblighi derivanti da norme di ordine pubblico.

Il divieto di cui all'art. 1229 c.c., sconosciuto dal codice abrogato, ha ad oggetto ed equipara¹ le clausole che escludono completamente la responsabilità del debitore e quelle che la limitano, prevedendo la nullità di esse nei casi in cui il debitore abbia agito con dolo o colpa grave.

Rispetto al dettato della norma va evidenziata una prima differenza tra clausole di esonero e clausole limitative (messe sullo stesso piano ai fini del divieto): mentre le prime attengono all'*an debeat*, le seconde riguardano il *quantum* del risarcimento; l'intrinseca differenza tra i due tipi di clausole va pertanto individuata nella circostanza per cui le clausole di esonero incidono

¹ La possibile equiparazione tra clausole di esonero e clausole limitative è stata oggetto di ampio dibattito e ha trovato nella dottrina dominante, formatasi antecedentemente il codice civile del 1942, risposta affermativa: «non varrebbe dichiarare inammissibili le clausole di esonero per dolo o colpa grave, se fosse lecito infirmare indirettamente tale responsabilità mediante clausole contrattuali limitative delle sanzioni volute dal codice civile, Asquini, *Del contratto di trasporto* (artt. 388-416 cod. comm.), in *Il codice di commercio*, commentato e coordinato da Bolaffio, Rocco, Vivante, vol. VI, Torino, 1935, p. 385; sí che il Legislatore del 1942, ha formulato l'art. 1229 c.c. disciplinando allo stesso modo le clausole di esonero e quelle di limitazione della responsabilità.

sul criterio sostanziale di ripartizione della sopportazione del peso economico del danno, laddove quelle limitative, nel fissare una soglia alla responsabilità debitoria, trasferiscono sul creditore parte del peso economico di esso.

Con riguardo a tale ultimo tipo di clausole (quelle limitative), sembra però riduttivo interpretare la norma nel senso che, in caso di dolo o colpa grave, siano affette da nullità solo quelle clausole che limitano il risarcimento del danno da parte del debitore inadempiente. Infatti, il termine “responsabilità” di cui all’art. 1229 c.c. costituisce strumento del linguaggio giuridico tale da includere non solo l’effetto risarcitorio ma qualsiasi altro effetto collegato dalla legge all’inadempimento.

Pertanto l’incompletezza della definizione di pattuizioni modificative della responsabilità viene colmata, sotto il profilo applicativo della disposizione, nel senso che il concetto di responsabilità di cui all’art. 1229 c.c. sarebbe esteso a tutti gli altri effetti che derivano dall’inadempimento dell’obbligazione, ivi comprese le clausole che svuotano di importanza il ritardo nell’adempimento², nonché quelle che limitano o escludono l’azione di risoluzione *ex art.* 1453 c.c.³ Viene accolta dunque una

² In tal senso Alpa, Bessone, Zeno Zencovich, *I fatti illeciti*, in *Tratt. dir. priv.*, Rescigno, II ed., XIV, diretto da Rescigno, II ed., XIV, Torino, 1995p. 320 ss.

³ Si è così orientata la dottrina prevalente. Cfr. Benatti, *Contributo allo studio delle clausole di esonero della responsabilità*, Milano, 1971, p. 66, il quale sul punto precisa che talvolta la risoluzione e il recesso sono “*gli unici rimedi a tutela del contraente deluso*”; del resto il patto di esclusione di essi, oltre ad essere in aperto contrasto con il secondo comma dell’art. 2740 c.c. (in tal senso v. Auletta, *La risoluzione per inadempimento*, Milano, 1942, p. 489), sarebbe incompatibile con le norme sulla risoluzione, ritenute inderogabili (così Messineo, voce, *Contratto (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, IX, Milano, 1961, p. 812); Delogu, *Le modificazioni convenzionali della responsabilità civile*, Padova, 2000, pp. 9 ss., 155 ss.; Delfini, *I patti sulla risoluzione per inadempimento*, Milano, 1998, p. 76 s.

Sulla validità delle clausole di irresolubilità, quali clausole di limitazione della responsabilità nei limiti dell’art. 1229 c.c. v. anche Bianca, *Dell’inadempimento delle obbligazioni*, in *Commentario del codice civile, Libro IV, artt. 1218-1229, sub art. 1229, a*

nozione ampia di responsabilità, comprensiva dei patti concernenti l'*an*, il *quantum* e il *quomodo respondeatur*, al fine di indagare su tutte le possibili conseguenze dell'inadempimento.

Nel definire le clausole di cui all'art. 1229 c.c. si delineano le differenze con le figure affini, in particolare con la clausola penale⁴, la quale, seppure in senso lato, modifica il regime di responsabilità debitoria, limitando ad un importo pattuito il risarcimento del danno dovuto in caso di inadempimento.

Dall'art. 1229 c.c. non emerge però con chiarezza cosa il legislatore abbia voluto intendere con clausola "limitativa" che, secondo l'orientamento tradizionale, va identificata nell'accordo che fissa l'ammontare massimo del risarcimento, di talché il debitore sarà tenuto a risarcire il danno entro l'ambito del pregiudizio arrecato se esso è inferiore a quanto pattuito, altrimenti nella misura convenzionalmente stabilita⁵. Ed allora, in siffatte ipotesi ciò che contraddistingue la clausola penale da quella limitativa della responsabilità è la finalità perseguita: infatti, mentre la prima rafforza le ragioni del creditore per mezzo della liquidazione preventiva e forfettaria del danno⁶, la seconda, favorirebbe il debitore nel limitarne la responsabilità.

cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1967, p. 402. Alle medesime conclusioni giunge Mosco, *La risoluzione del contratto per inadempimento*, Napoli, 1950, pp. 260 e ss.

⁴ De Nova, *Le clausole penali e la caparra confirmatoria*, in *Trattato dir.priv.*, diretto da Rescigno, Torino, 1982, p. 307.

⁵ Con riguardo alle clausole che fissano un ammontare massimo del danno risarcibile v. De Cupis, *Il Danno, teoria generale della responsabilità civile*, II ed., Milano, 1966 p. 488 e Torrente, *Impresa e lavoro nella navigazione, I contratti di utilizzazione della nave o dell'aeromobile*, Milano, 1964, p. 132, secondo il quale le clausole limitative del danno non possono essere considerate convenzioni che ineriscono alla liquidazione come momento differente dalla responsabilità.

⁶ In tal senso De Nova, *Le clausole penali e la caparra confirmatoria*, in *Trattato dir. priv.*, diretto da Rescigno, Torino, 1982, X, p. 307; Magazzù, voce *Clausola penale*, in *Enc. dir.*, VIII, Milano, 1960, pp. 188 e ss.; Trimarchi, *La clausola penale*, Milano, 1945, p. 17.

Secondo dottrina e giurisprudenza prevalenti, ferme restando le differenze di cui sopra, la clausola penale sarebbe comunque soggetta al divieto dell'art. 1229 c.c.⁷; diversamente verrebbe invece vanificata la funzione della norma volta a rafforzare il vincolo obbligatorio⁸.

Se dall'analisi del primo comma dell'art. 1229 c.c. risulta la liceità delle clausole volte a limitare o ad esonerare la responsabilità del debitore da responsabilità per inadempimento dovuto a colpa lieve, il divieto di cui al secondo comma diventa più stringente, con la conseguenza che laddove gli obblighi derivino da norme di

⁷ Il coordinamento tra l'art. 1229 c.c. e il 1382 c.c. può operare solo nel senso che la clausola penale non costituisce strumento per esonerare il debitore dalla responsabilità per dolo o colpa grave, sì che al creditore sia sempre consentito ricorrere alle regole comuni v. Trimarchi, *op. cit.*, p. 139.

⁸ Se si ritenesse che, poiché le clausole *ex* 1229 c.c. e quelle *ex* art. 1382 c.c. perseguono scopi diversi, anche le conseguenze giuridiche fossero differenti nel caso in cui le parti optassero per la clausola penale, questa sarebbe valida a prescindere dall'ammontare stabilito e dunque indipendentemente dalla violazione dei limiti previsti dall'art. 1229 c.c. In tal modo si approderebbe all'assurdo giuridico in virtù del quale l'art. 1229 diventi norma derogabile dall'autonomia contrattuale nei casi in cui le parti stabiliscano convenzionalmente una somma minima a titolo di penale e non di clausola di irresponsabilità. Ovviamente tale possibilità non può che essere esclusa, una siffatta clausola sembrerebbe piuttosto tradursi in un contratto in frode alla legge. Si discostano dall'opinione dominante, pertanto, coloro i quali ritengono che la clausola penale sia soggetta al dettato dell'art. 1229 c.c. solo laddove all'esito di una valutazione che non può che essere successiva al manifestarsi dell'evento dannoso, risulti che l'importo pattuito sia inferiore al danno risarcibile. Secondo questa impostazione, posto che la limitazione della responsabilità sarebbe nel caso della clausola penale meramente ipotetica ed eventuale, l'art. 1229 c.c. non troverebbe cittadinanza in questa fattispecie, Magazzù, *op. cit.*, p. 193 e Marini, *La clausola penale*, Napoli, 1984 p. 119. Ma secondo l'orientamento dominante la penale non può che perseguire lo scopo di limitare il risarcimento alla prestazione promessa e giammai quello di eludere il dettato dell'art. 1229 c.c.; così Bianca, *op. cit.*, p. 406.

ordine pubblico, neppure la responsabilità per colpa lieve possa essere preventivamente oggetto di clausola di esonero.

Per meglio comprendere questi aspetti e l'ambito applicativo dell'art. 1229 c.c., con le problematiche ad esso connesse si rende necessario un *excursus* storico sull'origine del divieto, propedeutico anche all'individuazione della *ratio* delle norme in esso contenute.

2. *Analisi dell'evoluzione storica del rapporto tra ordinamento e patto di esonero o di limitazione della responsabilità del debitore.*

Il divieto di cui all'art. 1229 c.c. affonda le sue radici nel cd. *pactum de dolo non praestando*, cioè il patto con il quale si escludeva, in materia di contratto di deposito, la responsabilità del depositario per la perdita dolosa (ovvero dovuta a colpa grave in forza del principio *lata culpa dolo aequiparatur*) della *res*. Siffatta pattuizione di irresponsabilità, estesa poi ad altri schemi negoziali, era ritenuta illecita e dunque priva di effetti⁹.

Nell'evoluzione del pensiero giuridico, i patti di irresponsabilità, pur essendo presenti nella prassi e oggetto di studio, in molti casi non sono stati espressamente disciplinati: e così il codice del 1865, nell'aderire all'esempio del codice francese¹⁰, non regolava le clausole di esonero della responsabilità,

⁹ In D.50.17.23, il giurista Celso (II secolo d. C.) considerò invalido il *pactum de dolo non praestando*, reputando inefficace la limitazione della responsabilità dolosa in favore del debitore, anche se inserita in contratti diversi da quello di deposito, perché contraria ai *fides bona* e ai *boni mores* (D.16.3.17). Ulpiano poi nel III secolo considerò l'idea di Celso *ius receptum*. I Giustiniani estesero il divieto anche all'esonero della responsabilità per colpa grave, da loro equiparata al dolo (*magna culpa dolus est*: D 50.16.226). Per una sintesi della questione v. Guarino, *Diritto privato romano*, Napoli, 1997, p. 415 e p. 1040.

¹⁰ Il fatto che nel Codice napoleonico mancasse una norma *ad hoc* non ha impedito che si formasse, in seno alla giurisprudenza, un orientamento in virtù del quale l'inserimento delle clausole di esonero nell'assetto contrattuale avrebbe

a differenza del sistema tedesco, dove l'art. 276, secondo comma, BGB prevedeva invece che il debitore non potesse essere liberato preventivamente da responsabilità solo in caso di dolo¹¹.

Nonostante nel codice abrogato non vi fosse una norma che sancisse la nullità del *pactum de dolo non praestando*¹², la dottrina dominante era concorde nel ritenere illeciti i patti volti ad escludere la responsabilità per inadempimento volontario (talvolta veniva equiparato quello per colpa grave), sia per ragioni di carattere morale/etico - perché il volontario inadempimento si traduceva in un comportamento contrario all'ordine pubblico e al buon costume¹³ - sia per l'incompatibilità di tali clausole con

imposto un'inversione dell'onere della prova, per cui non era sufficiente che il creditore provasse l'inadempimento dell'obbligazione ma si rendeva necessario dimostrare che quell'inadempimento fosse stato conseguenza di un comportamento doloso o colposo del creditore. A ben vedere, tale modo di procedere, lasciava ampio spazio alla realizzazione in concreto dello scopo cui tendevano i patti di esonero, a causa della difficoltà probatorie incontrate dal debitore; sul punto v. Esmein, *Les clauses de non responsabilité*, in *Rev. trim. droit. comm.* 1926, 316.

¹¹ Il BGB, nel favorire le clausole di esonero circoscrivendo alle sole ipotesi di dolo la nullità, sembra aderire ad un modello regolatorio di stampo capitalistico-liberale. La giurisprudenza però, precisava che dette clausole fossero nulle anche in caso di colpa non grave se inserite nelle condizioni generali di contratto predisposte da imprese monopolistiche perché contrarie ai buoni costumi. Tale orientamento evidenzia la genericità del richiamo ai "buoni costumi" per approdare, in siffatte circostanze, ad una possibile violazione del principio di libera concorrenza. In ogni caso, nel sistema tedesco, si è assistito ad una progressiva erosione del principio di cui al 276 comma 2, completato da un regola non scritta in ragione della quale, a seconda dei casi, la validità dei patti di esonero deve essere valutata in base ai criteri del buon costume, della buona fede o dell'equo apprezzamento. Per un maggiore approfondimento cfr. Benatti, *op. cit.*, p. 25.

¹² Ulpiano, D. 16,3: *illud non probabis, dolum non esse praestandum si convenerit; nam haec conventio contra bonam fidem contraque bonos mores est, et ideo necsequenda est.*

¹³ Asquini, *op. cit.*, p. 348; Polacco, *Le obbligazioni nel diritto civile italiano*, Roma, 1915, p. 459, nel richiamare il passo di Ulpiano individua, quale *ratio* del divieto, l'immoralità del patto.

l'obbligatorietà insita nella nozione di vincolo giuridico. Inoltre, nell'ipotesi di contratti stipulati con moduli o formulari ovvero conclusi con chi detenesse il monopolio di beni o servizi, l'apposizione di clausole di irresponsabilità sarebbe stata sintomatica della prevalenza della parte economicamente più forte¹⁴.

Sotto la vigenza del codice del 1865, dunque, l'unica norma che nel sistema italiano disciplinava le clausole di esonero della responsabilità era da rinvenire nell'art. 416 del codice del commercio del 1882 il quale, in tema di trasporto ferroviario di cose, prevedeva che *«le stipulazioni che escludono o limitano la responsabilità stabilite negli artt. 392, 393, 394, 400, 402, 404, 405, 407, 408, 411 e 415 sono nulle e di nessun effetto, se anche fossero permesse da regolamenti generali o particolari, salvo che alla limitazione della responsabilità corrisponda una diminuzione del prezzo di trasporto stabilito nelle tariffe ordinarie offerta con tariffe speciali»*.

La norma vietava i patti di irresponsabilità del vettore, in ragione del monopolio esercitato dallo Stato e dalle compagnie ferroviarie. Laddove alla limitazione della responsabilità fosse corrisposta una diminuzione del prezzo del servizio, il divieto di cui all'art. 416 non avrebbe operato. Il motivo di questa eccezione trovava il suo fondamento nella funzione assoluta dalla disposizione di mantenere l'equilibrio economico nell'ambito di un contratto avente ad oggetto un servizio di utilità sociale gestito dallo Stato; il vantaggio offerto all'utente avrebbe così compensato la riduzione della responsabilità e dunque eliminato l'asimmetria contrattuale. La norma si inseriva in un contesto culturale improntato alla più ampia tutela della libertà di contrarre quale ragion d'essere dell'ordine pubblico, che poteva essere garantita solo da un atteggiamento di favore rispetto ai patti di esonero della responsabilità. Sotto quest'ultimo profilo, il motivo storico-

¹⁴ Ma sul punto cfr. Venzi, in Pacifici-Mazzoni, *Istituzioni di diritto civile italiano*, a cura di Venzi, IV, Firenze, 1908, p. 464.

economico dei patti di irresponsabilità sembra affondare le proprie radici nel processo di industrializzazione il quale, ancora non compiuto, si avvantaggiava della possibilità per le imprese di non essere gravate anche dei costi di sopportazione di danni da esse eventualmente cagionati. Tale condizione di protezione veniva realizzata con il ricorso alle assicurazioni e alle clausole di esonero, accolte con favore in un sistema volto all'incentivazione dell'iniziativa economica; del resto, alla vivacità e al ritmo dell'attività industriale non corrispondeva sempre un'adeguata prudenza, cionondimeno si riteneva opportuno non interrompere il processo di industrializzazione al sorgere di eventuali responsabilità.

In questo contesto storico, sede elettiva dei patti di esonero è stato il commercio per mare; sí che lo studio di essi è legato al contratto di trasporto, dapprima nel mondo anglosassone e solo in un secondo momento nei paesi dell'Europa continentale, ad appannaggio dunque del diritto marittimo più che di quello civile¹⁵.

Nonostante l'indiscutibile vantaggio per l'economia, si fece ugualmente strada in dottrina l'idea che dette clausole favorissero comportamenti negligenti in danno di quello che è stato poi individuato come il contraente debole, destinatario delle condizioni generali di contratto, tendenzialmente predisposte unilateralmente dalle imprese e dunque sostanzialmente sottratte alla libera contrattazione, seppur formalmente accettate e quindi apparentemente concordate¹⁶.

¹⁵Il proliferare delle clausole di esonero nei paesi di *common law* si giustifica con la compatibilità di esse con i principi relativi alla responsabilità contrattuale di questo sistema. Infatti, poiché il debitore non era liberato nel caso di impossibilità sopravvenuta per caso fortuito o forza maggiore, nasceva la necessità di elencare nelle polizze di carico tutte le possibili clausole di irresponsabilità, talvolta anche quelle frutto di dolo o colpa grave, sí da determinare una posizione di abuso (cfr. Benatti, *op. cit.*, p. 9).

¹⁶ Di qui l'idea che solo le clausole di limitazione della responsabilità compensate da un ritorno economico, e dunque da una corrispondente

Sotto la vigenza del codice abrogato la dottrina impegnata nello studio sulle clausole di irresponsabilità era solita distinguere tra quelle inserite in un contratto di trasporto ordinario, frutto di libera contrattazione delle parti - quindi soggette ai soli limiti del dolo e della colpa grave - e quelle relative ai trasporti pubblici, in particolare quelli ferroviari.

Pertanto, posto che l'art. 416 del codice del commercio era norma speciale relativa al settore dei soli trasporti ferroviari, gestiti in regime di monopolio dallo Stato, secondo parte della dottrina¹⁷ esso non sarebbe stato suscettibile di applicazione estensiva; di diverso avviso coloro i quali, aderendo alla giurisprudenza del tempo, intravedevano nell'art. 416 il fondamento di un principio generale, almeno in materia di trasporti, in virtù del quale la validità delle clausole di esonero sarebbe stata condizionata alla sussistenza del vantaggio economico¹⁸.

Con riguardo all'incidenza di tale norma sull'individuazione del fondamento del successivo art. 1229 c.c., giova rilevare che l'art. 416 non è stato riprodotto dall'art. 1229 c.c., disposizione con la quale il legislatore del 1942 ha statuito la nullità non solo delle clausole di esonero ma a anche di quelle di limitazione della responsabilità, senza però prevedere, almeno espressamente, alcun corrispondente vantaggio economico.

3. Il possibile fondamento del divieto dell'esonero pattizio della responsabilità del debitore, o della sua limitazione, tra clausole generali, tutela del credito ed esigenze di equilibrio contrattuale.

diminuzione del prezzo del servizio, non fossero immorali, sul punto v. Asquini, *op. cit.*, p. 352.

¹⁷ Sul punto v. Polacco, *op. cit.*, p. 463.

¹⁸ Cfr. Benatti, *op. cit.*, p. 27, ma sul punto si tornerà in seguito.

Di non facile individuazione il fondamento del divieto di cui all'art. 1229 c.c., oggetto di interesse da parte della dottrina, che ha nel tempo elaborato molteplici e non sempre concordanti teorie.

La norma, inserita nel Titolo I, del Libro IV, dedicato alla disciplina delle obbligazioni, è introdotta, per la prima volta, in un codice, quello del 1942, che vede superata la precedente divisione tra codice del commercio e codice civile, con la conseguente formazione di un diritto delle obbligazioni unico, valido sia per quelle sia c.dd. commerciali sia civili¹⁹.

La lettura della Relazione al Progetto del libro sulle obbligazioni non è risolutiva per l'individuazione della *ratio* delle disposizioni in esame, in quanto precisa solo che *«utile è parso sancire espressamente la illiceità del patto de dolo non praestando (il che del resto pacificamente da tutti riconosciuta), ma di estendere tale illiceità anche al patto di non prestare la colpa grave, rispetto al quale esistevano invece dissensi in dottrina»*²⁰. Appare evidente infatti come i compilatori si siano limitati a dichiarare che la disposizione (ovverosia la previsione della nullità del patto di esclusione dalla responsabilità per inadempimento doloso) sia estrinsecazione di un principio generale già noto, con l'innovazione dell'estensione di tali effetti anche per le ipotesi di colpa grave, equiparata così al dolo, per motivi però non esplicitati. Dai lavori preparatori dunque non emerge l'individuazione dello scopo perseguito dalla norma, che presenta inoltre la peculiarità di valorizzare gli stati soggettivi (dolo, colpa grave e colpa lieve) in sede contrattuale, come unico criterio discrezionale della validità delle clausole. E così,

¹⁹ Con l'unificazione delle obbligazioni commerciali e civili, il codice del 1942 fa propri i principi delle obbligazioni commerciali, che divengono così principi di diritto comune.

²⁰ Relazione della Commissione Reale al progetto del libro delle obbligazioni, in Pandolfelli-Scarpariello-Stella Richter-Dallari, *Codice civile, Libro delle obbligazioni*, Milano, 1942, p. 93.

l'identificazione della *ratio legis* al momento dell'introduzione della disposizione non appare risolutiva ma, piuttosto, costituisce un mero indizio dell'originario fondamento incline ad essere superato dall'esigenza di una interpretazione assiologicamente orientata dipendente della struttura ordinamentale e dai mutati contesti sociali ed economici in cui la disposizione "vive".

La *ratio* della norma, inizialmente ricondotta all'immoralità del patto (in omaggio alla tradizione romanistica e dunque al *pactum de dolo non praestando*, quale fondamento storico/giuridico del divieto), è stata talvolta individuata nell'incompatibilità del patto con la coercibilità dell'impegno debitorio, talaltra nella volontà del legislatore di impedire la indiretta acquiescenza alla violazione di norme fondamentali per la convivenza sociale, per arrivare ad essere considerata quale limite posto all'autonomia privata al fine di tutelare il credito.

L'iniziale identificazione della *ratio* nell'immoralità²¹ di patti con i quali si stabiliva la irresponsabilità per inesecuzione volontaria di obbligazioni contratte, trovava il suo fondamento in ragioni di natura etica, alle quali si affiancavano argomentazioni giuridiche volte ad evidenziare come tali clausole privassero della sua forza cogente il vincolo giuridico, attribuendo in definitiva al debitore la facoltà di adempiere o non adempiere e destituendo, così, di qualsiasi significato (soprattutto nelle relazioni connotate da forte squilibrio nel potere negoziale delle parti) il senso ultimo del rapporto giuridico obbligatorio.

La tesi dell'immoralità del patto, afflitta da eccessiva genericità, incontrava poi il limite della colpa grave, equiparata per espressa disposizione di legge al dolo ai fini degli effetti, ma invece irrilevante sotto il profilo etico. Tale ultimo assunto sarebbe

²¹ V. Bianca, *op. cit.*, p. 397; v. anche Polacco, *Le obbligazioni nel diritto civile italiano*, Roma, 1915, p. 385 ss. che nel riportare il passo di Ulpiano evidenzia come in esso sia indicata quale la ragione del divieto l'immoralità dei patti di irresponsabilità.

confermato, come giustamente rilevato, anche dall'art. 1900 c.c., in virtù del quale «*l'assicuratore non è obbligato per i sinistri cagionati da dolo o colpa grave del contraente, dell'assicurato o del beneficiario, salvo patto contrario per i casi di colpa grave*». Dalla norma emerge che solo nell'ipotesi di dolo la legge non consente deroghe alla responsabilità personale del soggetto, mentre nel caso di colpa grave gli sarebbe concessa la facoltà di sfuggire agli effetti della sua condotta, stipulando un contratto di assicurazione. Orbene, se l'esonero per colpa grave fosse considerato immorale, questa possibilità non potrebbe essere contemplata dall'art. 1900 c.c.²².

Per meglio analizzare i problemi ermeneutici della norma, giova evidenziare che il mutamento più rilevante del codice del 1942 è stata la previsione di clausole generali che permeano, in modo particolare, il libro delle obbligazioni, disseminato di richiami alla correttezza e alla buona fede, che rispondono all'esigenza di trovare un nuovo equilibrio tra autonomia negoziale dei privati e solidarietà sociale, al fine di mitigare l'individualismo proprio del vecchio codice, ad impronta liberale. Ma le disposizioni relative a correttezza e buona fede (artt. 1175 e 1375 c.c.) hanno viepiù la funzione di modellare il diritto delle obbligazioni in base ai principi dell'ordinamento positivo e quindi in *primis* alle norme costituzionali e ai valori di solidarietà, uguaglianza sostanziale, utilità sociale, libertà e dignità umana (2,3 e 41 Cost.).

La dottrina del tempo quindi, nella ricerca della *ratio* del 1229 c.c., non poteva che andare oltre il mero riferimento all'immoralità – la quale peraltro non dava idonea spiegazione sia della nullità delle clausole in caso di colpa grave, sia della nullità delle clausole di limitazione – per approdare a nuove conclusioni.

²² Così Benatti, *op. cit.*, p. 31

Si fece così strada l'idea che le clausole di irresponsabilità per dolo o colpa grave fossero nulle per contrarietà a buona fede²³; ma anche questa impostazione, così formulata, aveva il *vulnus* di essere poco chiara. Infatti, se si fosse voluto alludere, con tale espressione, al principio di solidarietà che, come risulta dalla Relazione al codice, guida il diritto delle obbligazioni e ha per scopo l'armonizzazione dei divergenti interessi tra creditore e debitore, sarebbe rimasto comunque irrisolto l'interrogativo relativo al perché, salvo il caso del dolo, i contraenti non sarebbero stati liberi di concordare «*la misura della diligenza che il debitore deve osservare nell'adempimento dell'obbligazione*»²⁴.

Per superare la genericità della teoria si è così sostenuto che l'art. 1229 c.c. sarebbe espressione del principio di cui all'art. 1375 c.c., in quanto i patti di irresponsabilità pregiudicherebbero «*lo spirito di collaborazione che deve animare i rapporti tra debitore e creditore (art. 1175 c.c.) e che ha la sua tipica espressione nella buona fede contrattuale (artt. 1366, 1375 c.c.)*»²⁵.

²³ Nell'analisi del fondamento della norma non si può non tenere conto dell'evoluzione dottrinale sul concetto di buona fede inizialmente individuato nel «*dovere di comportarsi rettamente, cioè, senza malizia, senza violenza, senza frode con gli altri*»; così Levi, *Sul concetto di buona fede*, Genova, 1912, p. 10 secondo un'impostazione prevalentemente etica, e solo successivamente improntata invece a maggiore concretezza; con la conseguenza che dalla lettura della Relazione al codice civile, autorevole dottrina ha evidenziato come la correttezza avesse la capacità di sollecitare gli spiriti ancor più del richiamo all'equità «*quasi che di quest'ultima, la lunga abitudine e la tradizione antichissima avessero scolorito i contorni e cancellato le possibilità operative*», Rodotà, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1970, p. 112, rist. 2004, p. 113.

²⁴ Cfr. Benatti, *op. cit.* p. 33; secondo l'A. poiché il generico richiamo alla buona fede non giustifica la regola della nullità del patto di esonero per colpa grave, si tratterebbe di una «*tautologia*» perché non sono chiarite le ragioni del contrasto tra il 1229 c.c. e il 1375 c.c. né individuati «*i limiti del potere dei privati di stabilire la loro immunità in caso di inosservanza del dovere di buona fede sancito dagli artt. 1175 e 1375*».

²⁵ Cfr. Betti, *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, 1960, p. 106.

Di palmare evidenza dunque come il problema dell'interpretazione dell'art. 1229 c.c. si sposti sull'individuazione dei limiti dell'autonomia privata, che, una volta superato il dogma dell'intangibilità della volontà dei contraenti, costituiscono l'espressione di un ordinamento giuridico positivo. Infatti, la libertà di contrarre può di volta in volta scontrarsi con il divieto di contrattare, con la sostituzione automatica di clausole ovvero con il dovere di osservanza, ad esempio, della parità di trattamento delle parti.

Sulla base di queste premesse parte della dottrina tornava ad enunciare teorie già formulate sotto la vigenza del codice del 1865, in virtù delle quali la ragione del divieto *ex art.* 1229 c.c. avrebbe affondato le sue radici nell'incompatibilità tra le clausole di irresponsabilità e la struttura stessa dell'obbligazione - in cui alla prestazione dovuta dal debitore corrisponde il soddisfacimento dell'interesse del creditore - poiché l'adempimento sarebbe dipeso dall' "arbitrio" del soggetto passivo. In altre parole l'inserimento di clausole di esonero della responsabilità vanificherebbe la coercibilità stessa dell'obbligazione²⁶.

Tale impostazione può indubbiamente giustificare le ipotesi di irresponsabilità per dolo²⁷ ma non spiega il motivo della nullità di quelle per colpa grave²⁸: *«infatti un simile patto non attribuisce*

²⁶ Sul punto v. Barassi, *La teoria generale delle obbligazioni, L'Attuazione*, III, II ed. Milano, 1964, p. 380, secondo il quale l'esclusione della responsabilità in caso di dolo o colpa grave pregiudicherebbe la patrimonialità del rapporto, svuotando di contenuto l'obbligazione; Auletta, *Limitazione di responsabilità del vettore marittimo*, in *Riv. Dir. Nav.*, 1952. I, p. 190 ss.

²⁷ La prevalente dottrina, in particolare sotto la vigenza del precedente codice, denunciava la riferita incompatibilità tra la struttura dell'obbligazione e i patti di irresponsabilità limitatamente ai casi in cui essi sia dolosamente preordinati, sul punto cfr. Giorgi, *Teoria delle obbligazioni*, II, Firenze, 1891, p. 56; Asquini, *op. cit.*, p. 348; ma successivamente anche Torrente, *Le clausole di esonero e le clausole limitative della responsabilità*, in *Giust. Civ.*, 1951, p. 249.

²⁸ Così Bianca, *Dell'inadempimento*, *op.cit.*, p. 398.

al debitore il potere di sottrarsi a suo piacimento all'adempimento, ma sancisce la sua immunità se l'attuazione dell'obbligazione è diventata impossibile per grave imperizia e negligenza²⁹». Del resto, altra parte della dottrina ha evidenziato che se le clausole di irresponsabilità privassero il vincolo della sua giuridicità non potrebbe che essere nullo l'intero rapporto sorto tra le parti, laddove il 1229 c.c. prevede invece l'invalidità della sola clausola³⁰. Ed allora, posto che la norma mira ad ottenere dal debitore un comportamento diligente nell'adempimento dell'obbligazione, l'art. 1229 c.c. assolverebbe ad una funzione di tutela del credito³¹. In ragione di tale esigenza si giustificerebbe il motivo per il quale la nullità colpisca indistintamente le clausole di irresponsabilità per dolo e colpa grave.

Si tratterebbe dunque di norma di ordine pubblico che sottende un interesse generale, quello che il credito sia assistito da una tutela minima, inderogabile dalle parti³². Del resto non può essere sottaciuto lo spostamento del polo di interesse dal vecchio codice a quello del 1942 sull'impresa; sì che la tutela del credito assumerebbe una funzione fondamentale per il processo produttivo. Infatti, il corretto svolgimento dell'attività economica dei privati, garantisce una regolare distribuzione della ricchezza a

²⁹ La citazione è di Benatti, *op. cit.*, p. 36, il quale precisa come la debolezza dell'opinione sia evidenziata dalla disciplina della condizione meramente potestativa di cui all'art. 1355 c.c. ai sensi del quale «è nulla l'alienazione di un diritto o l'assunzione di un obbligo subordinata a una condizione sospensiva che la faccia dipendere dalla mera volontà dell'alienante o, rispettivamente da quella del debitore». Tale norma opererebbe in modo diverso dalla previsione dell'art. 1229 c.c., in virtù della quale è comminata la nullità della sola clausola e non del contratto, salvo che risulti che i contraenti non lo avrebbero concluso senza la parte affetta da nullità (art. 1419 c.c.).

³⁰ Così Bianca, *Dell'inadempimento*, *op.cit.*, p. 398.

³¹ Così Benatti, *op. cit.*, p. 41; Bianca, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, *op. cit.*, p. 399.

³² Cfr. Bessone, *Le clausole di esonero e di limitazione della responsabilità. Controllo legislativo e orientamento della giurisprudenza*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1974, I, p. 335.

vantaggio della collettività. Al tempo stesso il divieto di cui all'art. 1229 c.c. tende ad evitare che il processo produttivo si risolva in uno svantaggio per il contraente debole.

Vi è infatti chi ha colto nell'art. 1229 c.c. una norma di equità contrattuale, in omaggio alla teoria dell'oggettivizzazione del negozio, in ragione della quale ogni accordo giuridico, oltre a soddisfare le esigenze dei singoli contraenti, deve contribuire ad un'equa distribuzione della ricchezza. Pertanto il divieto di cui all'art. 1229 c.c. avrebbe la funzione di garantire l'equilibrio tra prestazione e controprestazione e dunque una giusta proporzione tra vantaggi e sacrifici delle parti.

Sulla falsariga della riferita impostazione e dall'analisi in particolare del coordinamento tra l'art. 1229 e la disciplina speciale dettata dal codice del consumo, è stato anche in dottrina sostenuto che la funzione della norma sia proprio quella di riequilibrare un regolamento negoziale asimmetrico. E così, ponendo in relazione il criterio di buona fede e correttezza con quanto previsto dall'art. 1229 c.c., è stato sostenuto che una pattuizione in cui non vi fosse un bilanciamento tra limitazione della responsabilità e diminuzione del corrispettivo, sarebbe contraria a buona fede³³. Di conseguenza la sanzione della nullità prevista dal primo comma dell'art. 1229 c.c. non potrebbe essere considerata cogente in maniera assoluta: la sua concreta operatività andrebbe valutata caso per caso in ragione dell'effettiva compromissione dell'equilibrio e dunque dell'abuso di una posizione contrattuale sull'altra. Infatti l'inserzione di una clausola di limitazione di responsabilità per colpa grave potrebbe essere bilanciata da un'equa diminuzione del corrispettivo; e, viceversa nelle ipotesi riconducibili a colpa lieve, potrebbe presentarsi una situazione di asimmetria³⁴.

³³ In tal senso Ceccherini, *Clausole di esonero tra principi giuridici e regole di mercato*, Torino, 2008, p. 202.

³⁴ Ceccherini, *o.l.u.c.*

A ben vedere però il controllo sull'equità è proprio di quei contratti strutturalmente asimmetrici - come quelli del consumatore, in cui la parte debole si trova in una posizione di soggezione informativa, economica o giuridica - ovvero di alcune ipotesi normative (quale ad esempio la rescissione), nonché di contratti tra imprese riconducibili alla subfornitura *ex* L. 18 giugno 1998. Sembra quindi difficile imputare a fondamento dell'art. 1229 c.c. l'equità così intesa.

Appare pertanto preferibile spostare la finalità della disposizione dall'equità alla meritevolezza degli interessi sottostanti le clausole che modificano il regime legale di responsabilità per inadempimento, secondo i criteri di cui all'art. 1322 c.c. Ciò posto, l'equità andrebbe intesa in senso soggettivo e non oggettivo, laddove le clausole che limitano il contenuto della prestazione alterandone la causa ovvero quelle che esonerano i contraenti da eventuali obbligazioni risarcitorie (come nella manleva in cui un terzo assume i rischi dell'operazione negoziale) dovrebbero presupporre una necessaria valutazione sulla congruità degli interessi contrattualmente perseguiti.

Quindi, nonostante non sia finalizzato all'equilibrio negoziale oggettivo, il divieto di cui all'art. 1229 c.c. avrebbe la funzione di apporre un limite all'autonomia contrattuale, con la conseguenza che l'allocazione dei rischi contrattuali potrebbe essere diversa rispetto alle regole generali, solo nei limiti previsti dalla norma in esame.

Il giudizio sulla liceità e meritevolezza delle clausole esonerative o limitative della responsabilità si dovrebbe fondare pertanto sulla verifica di una congruità tra concreto assetto di interessi, patrimoniali e non patrimoniali, voluto dalle parti e causa del negozio, intesa come la sua funzione economico individuale³⁵,

³⁵ Sulla moderna concezione della causa come concetto di relazione tra interesse in concreto realizzato e strumento negoziale impiegato a quel fine, nella quale il nesso tra causa e tipo negoziale sembra riprodurre la distinzione tra interesse

al fine di assicurare un minimo ed inderogabile impegno diligente del debitore e, in definitiva di tutelare il credito.

In altre parole, l'autonomia privata espressa nella modificazione del regime della responsabilità e, in senso lato, dell'adempimento, dovrà superare il giudizio di liceità e quello di meritevolezza, tutelando, l'art. 1229, l'equilibrio dei centri di interesse del rapporto obbligatorio.

Con riguardo in particolare al primo comma dell'art. 1229 c.c., stante l'inderogabilità e l'assolutezza del divieto relativo alle ipotesi di esonero o limitazione per dolo o colpa grave, non può invece affermarsi che in caso di colpa lieve o di inesatto o ritardato adempimento, le clausole saranno esenti dal controllo sotto il profilo della meritevolezza³⁶.

Così ragionando non può che essere ridimensionata la rilevanza degli stati soggetti, quale unico criterio discretivo per la valutazione sulla validità delle clausole di esonero o limitazione della responsabilità. Se infatti la funzione della norma è quella di garantire un determinato grado di diligenza debitoria al fine di tutelare il credito (*rectius* il rapporto obbligatorio), è di palmare evidenza che la mera riconducibilità dell'inadempimento alla colpa lieve, non può essere sufficiente a fondare la validità della clausola e, il processo di auto ed eteroregolamentazione deve essere

concreto e interesse astratto, cfr. Gazzoni, *Equità e autonomia privata*, Milano, 1970, p. 74 ss.; Checchini, *Regolamento contrattuale e interessi delle parti (Intorno alla nozione di causa)*, in *Riv. dir. civ.*, 1991, I, p. 246 ss. Com'è noto la causa - lungi dall'identificarsi con un astratto e predeterminato schema di regolamento di interessi, svolge, come elemento essenziale del contratto, un ruolo coordinatore dell'intera operazione economica e di sintesi tra volontà delle parti e oggetto del negozio; pertanto, «attribuire alla causa una funzione economico-individuale, significa darle una portata che ne chiarisce il ruolo nell'ambito del negozio giuridico» (così, Ferri, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966, p. 371).

³⁶ In tal senso Longobucco, *Mutamenti convenzionali del regime legale dell'inadempimento: profili sistematici e ricostruttivi*, in *Contr. e impr.*, I, 2017, p. 178.

fondato su un criterio di ragionevolezza nell'analisi dello specifico rapporto obbligatorio. Sotto questo profilo, la ragionevolezza può intendersi come elemento orientativo nella costruzione "adeguatrice", e appunto "ragionevole", di modelli prefigurati di comportamenti esigibili e qualità della condotta debitoria (grado di diligenza) in base ai quali deve essere svolto il giudizio di responsabilità. Si che, anche osservando quanto di seguito verrà opportunamente approfondito, l'efficacia della specifica clausola di esonero o di limitazione della responsabilità per inadempimento andrà valutata in concreto, secondo i modelli "attesi" di diligenza del debitore, per l'appunto costruiti, in via interpretativa, anche attraverso il ricorso al criterio della ragionevolezza³⁷.

4. *Segue. Il fondamento del divieto e il II secondo comma dell'art. 1229 c.c. Limitazione ed esclusione della responsabilità del debitore per fatto degli ausiliari.*

Per meglio comprendere il fondamento della norma è necessario analizzarla nella sua interezza, e così si rende necessaria una disamina del secondo comma dell'art. 1229 c.c. in virtù del quale «è nullo qualsiasi patto preventivo di esonero o di limitazione della responsabilità per i casi in cui il fatto del debitore e dei suoi ausiliari costituisca violazione di obblighi derivanti da norme di ordine pubblico».

Al principio dell'ordine pubblico veniva così attribuito un «duplice senso» in relazione all'art. 1229 c.c.: uno generico - poiché la regola del primo comma dell'art. 1229 c.c. deve essere considerata essa stessa norma di ordine pubblico, o comunque fondata su ragioni di ordine pubblico³⁸, nel senso che l'esigenza di apprestare

³⁷ V., sul punto, l'interessante saggio di Piraino, *Per una teoria della ragionevolezza in diritto civile*, in *Eur. e dir. priv.*, 2014, p. 1287 ss.

³⁸ Sul punto Bessone, *op. cit.*, p. 9. L'A. riferisce di una nota a sentenza in cui è specificato che le clausole vietate dall'art. 1229 sono contrarie non solo all'ordine pubblico interno, ma anche all'ordine pubblico internazionale, in

tutela al credito, garantendo un minimo impegno inderogabile del debitore, è espressione di un interesse generale perché funzionale al buon andamento del sistema - ed uno più specifico, che è invece quello invocato dal secondo comma dell'art. 1229 c.c., sul quale gli interpreti hanno concentrato la loro attenzione.

L'ordine pubblico³⁹, rivisitato con l'entrata in vigore di una Costituzione rigida che indica direttive, principi e valori da perseguire e difendere, è volto ad «*impedire che i privati possano darsi un assetto di interessi non conforme a quelle direttive e a quei principi*»⁴⁰. Esso esplica la sua funzione nell'ambito delle libertà personali e collettive, nonché nel campo economico, laddove costituisce strumento per comminare la nullità di pattuizioni che mirino a violare gli artt. 3 e 41 Cost., anche fuori dall'attività di impresa⁴¹.

Ferma restando l'inammissibilità di accordi diretti ad escludere preventivamente la responsabilità civile originata da fatti penalmente rilevanti, appare essere indeclinabile, ai sensi del secondo comma dell'art. 1229 c.c., la responsabilità connessa ad interessi che attengono alla salvaguardia del creditore e alla sua integrità fisica e morale, quella frutto della violazione di obblighi contrattualmente assunti per la custodia di incapaci, ovvero la

quanto infrangono precetti giuridici che ispirandosi a principi generali di diritto formano comune patrimonio nelle nazioni civili (Cass, 24 aprile 1962, n. 818, in *Riv. dir. nav.*, 1963, II, 120, con nota di Cassese).

³⁹ Sull'identificazione dell'ordine pubblico con i principi generali dell'ordinamento giuridico, v., per tutti, P. Perlingieri, *Nuovi profili del contratto*, in *Rass. Dir. Civ.*, 2000, p. 563 s.; Bianca, *Il contratto*, sec. ed., Milano, 2000, p. 618; Lonardo, *Ordine pubblico e illiceità del contratto*, Napoli, 1993; Ferri, *Ordine pubblico* (diritto privato), in *Enc. Dir.* XXX, p. 1038; Broggin, in *Melanges Shonenberger*, Fribourg (Suisse), 1968, p. 93; Paladin, *Ordine pubblico*, in *NDI*, XII, 135; Simitis, *Gute Sitten und ordre public*, Marburg, 1960. Diversa nozione è quella di ordine pubblico, identificata nei principi di controllo del mercato e del contratto: Farjat, *L'ordre public économique*, Paris, 1963; Ripert, *L'ordre économique et la liberté contractuelle*, in *Etudes Geny (Recueil d'études sur les sources du droit)*, II, Paris, s.a., 347.

⁴⁰ Gazzoni, *Manuale di diritto privato*, XI ed. aggiornata, Napoli, 2004, p. 780.

⁴¹ Gazzoni, *o.l.u.c.*

responsabilità che derivi da prestazioni sanitarie o dall'esercizio di attività che interessano esigenze fondamentali della persona nell'ambito della società; ascrivibili a quest'ultima categoria sono ad esempio quelle prestazioni professionali legali, nonché pubbliche funzioni non passibili di esclusione convenzionale delle relative responsabilità, in virtù dell'interesse pubblico ad esse sotteso⁴².

Più nello specifico, le norme di ordine pubblico che rilevano ai fini del secondo comma dell'art. 1229 c.c. sono quelle che impongono al debitore obblighi non solo nell'interesse del creditore ma anche nell'interesse generale⁴³.

Individuato così l'ambito di applicazione del capoverso dell'art. 1229 c.c. si rende necessario verificare l'operatività della disposizione in esame nelle ipotesi in cui il debitore si serva della collaborazione di un suo ausiliario.

⁴² Bessone, *op. cit.*, p. 9, che rimanda a Bianca, *Dell'inadempimento, op. cit.* p. 410 e a Visintini, *op. cit.* p. 148.

⁴³ Cfr. Galgano, *Le obbligazioni in generale*, Padova, 2007, p. 79. Esempi di applicazioni specifiche si rinvengono nell'art. 1785 *quater* c.c. (nullità dei patti tendenti ad escludere o limitare la responsabilità dell'albergatore per il deterioramento, la distruzione o la sottrazione delle cose consegnategli in custodia dal cliente o che aveva l'obbligo di accettare in custodia, come denaro, oggetti di valore); nell'art. 1838, comma 4, c.c. (nullità del patto col quale si esonera la banca dall'osservare l'ordinaria diligenza nell'amministrazione dei titoli depositati dal cliente). L'Autore dà conto di un'interessante applicazione giurisprudenziale del Trib. Roma, 2 febbraio 1977, in *Foro it.*, 1979, I, p. 842. Si tratta della pronuncia con la quale veniva dichiarata nulla la clausola contenuta nelle condizioni di vendita di un istituto di credito, impegnato nel servizio di vendita per conto di terzi, che esonerava il venditore da ogni garanzia su stato, qualità ed autenticità delle cose vendute, in violazione degli artt. 2 e 31 legge 20 novembre 1971, n. 1062 (che impone l'obbligo di apposizione in capo al venditore o all'espositore professionale di porre a disposizione dell'acquirente gli attestati di autenticità e di provenienza delle opere). Evidente la natura di norma imperativa posta «a tutela di un interesse pubblico generale, consistente nella prevenzione e repressione di un fenomeno dilagante, relativo alla imitazione e contraffazione delle opere d'arte».

La nozione di ausiliario si ricava dall'art. 1228 c.c. È ausiliario⁴⁴ colui la cui opera è utilizzata per attuare un rapporto

⁴⁴ Cfr. Bianca, *Diritto civile, La responsabilità*, Milano, 1994, p.62. L'ampia formula dell'art. 1228 c.c., secondo cui il presupposto della responsabilità del debitore è che questi si avvalga dell'opera di terzi, implica che nella categoria degli ausiliari rientrano tutti coloro che si adoperano nell'esecuzione della prestazione promessa dal debitore, sia che si tratti di collaborazione dipendente, sia che si tratti di collaborazione autonoma ed esterna (professionisti, imprenditori, ecc.) Dunque, dalla figura dell'ausiliario esula quella del terzo che adempie di propria iniziativa, ossia senza alcun incarico da parte del debitore. Per un maggiore approfondimento, Visintini, *op. cit.*, p. 224. La qualifica di ausiliario del debitore, ai fini della norma in esame, è stata inoltre applicata dalla giurisprudenza alla figura del subappaltatore (Tribunale di Genova 31.12.1994), a quella del terzo incaricato dall'organizzatore di viaggi per il trasporto e l'alloggio del viaggiatore (Tribunale di Torino 08.11.1996; Tribunale di Genova 13.07.1994), alla figura del sanitario officiato da un istituto per un intervento chirurgico, in assenza di un rapporto di lavoro subordinato (Tribunale di Trieste 14.04.1994; al terzo al quale il soggetto tenuto alla prestazione del trasporto affida il materiale compimento del trasporto: in tale ipotesi il debitore avrà facoltà di rivalsa sull'ausiliario (Tribunale di Modena 22.02.1991); al promotore del soggetto intermediario abilitato allo svolgimento dei servizi finanziari, per i danni causati dal primo all'investitore anche se effetto di condotte penalmente rilevanti (Tribunale di Roma 25.03.2004; Tribunale di Torino 07.10.2004). Peraltro, qualora nella vendita di cose da trasportare da un luogo ad un altro sia pattuita la consegna all'arrivo, il trasporto è atto preparatorio della consegna e il venditore risponde dell'operato del vettore come di suo ausiliario *ex art.* 1228 (Tribunale di Torino 26.05.1990). La società, che si sia contrattualmente obbligata ad un *facere* da eseguirsi tramite società controllata, risponde, qualora quest'ultima rifiuti di obbligarsi o di dare esecuzione alla prestazione, a titolo di indennizzo secondo la disciplina che regola la promessa del fatto del terzo e va esente dalla responsabilità per fatto degli ausiliari (Tribunale di Monza 06.02.1989). Anche chi esercita una professione intellettuale, in quanto obbligato ad eseguire personalmente l'incarico assunto, è responsabile, ai sensi dell'art. 1228 c.c., dei sostituti ed ausiliari di cui si avvale (Cass. n. 20825/2009; Cass. n.11284/1998, con riferimento al notaio; Cass. 15895/2009, con riferimento all'avvocato; Cass. n. 2750/1998, con riferimento al medico). Peculiare, da ultimo, la questione trattata da Cass. n. 2964/2015, concernente un caso di mancata fornitura di energia elettrica da parte del Gestore della Rete di Trasmissione Nazionale

obbligatorio altrui, anche sotto forma di prestazione avente carattere accessorio, oppure a titolo gratuito, fatta eccezione per le mere prestazioni di cortesia. Affinché si configuri la responsabilità del debitore, il fatto deve essere compiuto dall'ausiliario su incarico del debitore nell'esecuzione del rapporto obbligatorio; non rileva dunque se si tratti di dipendenti del debitore o di terzi estranei all'organizzazione, come ad esempio i mandatari dei quali egli potrebbe avvalersi o ancora del vettore oppure del subappaltatore⁴⁵.

La questione da sempre più dibattuta è stata quella relativa ai limiti della validità delle clausole di esonero o limitazione della responsabilità per il fatto doloso o gravemente colposo degli ausiliari.

Gran parte della dottrina interessata al problema relativo alla validità delle clausole di irresponsabilità per il fatto degli ausiliari, sotto la vigenza del codice abrogato, era incline ad estendere il divieto dei patti di esonero per dolo o colpa grave del

(G.r.t.n. S.p.A.). In tale occasione la Suprema Corte ha affermato che la società Enel Distribuzione S.p.A., non è tenuta a risarcire il danno patito dagli utenti finali della rete di distribuzione, in quanto, nel regime disciplinato dal D.Lgs. 16.03.1999, n. 79, *ratione temporis* vigente, la G.r.t.n. S.p.A. non può reputarsi ausiliaria della società di distribuzione, ma, per la sua autonomia e indipendenza da tutti i soggetti operanti nel settore elettrico, ha una posizione di supremazia e di monopolio nella gestione della rete di trasmissione e non soggiace ad alcun potere direttivo e di controllo da parte di Enel distribuzione S.p.A.

⁴⁵ Cfr. Galgano, *Le obbligazioni in generale*, Padova, 2007, p. 80. L'Autore riporta un caso limite oggetto della sentenza della Cassazione, 11 maggio 1995, n. 1550, in *Mass. Foro. it.*, 1995, che dichiara una società di trasporti responsabile della perdita della merce, perché causata da un «fatto doloso attribuito ad un dipendente, il quale pur dimissionario, aveva agito in nome e per conto di detta società, convenendo le modalità di carico della merce ed assicurando l'utilizzo di mezzi di trasporto appartenenti a terzi estranei alla società».

debitore, anche alle ipotesi di responsabilità per il fatto doloso o colposo degli ausiliari⁴⁶.

Infatti, posto che il comportamento dell'ausiliario non avrebbe potuto essere considerato alla stregua di quello di un terzo qualsiasi, esso sarebbe stato comunque imputabile al debitore, fatta eccezione per alcune ipotesi. Pertanto solo laddove il debitore non avesse potuto vigilare sull'agire dell'ausiliario sarebbe stata ammissibile una pattuizione sulla sua irresponsabilità⁴⁷.

Ma, escluse le ipotesi della colpa nautica⁴⁸, dottrina e giurisprudenza concordavano nel ritenere che ammettere la validità di siffatte clausole avrebbe significato consentire a chiunque di ottenere, seppure indirettamente per mezzo dell'ausilio dell'opera

⁴⁶ In tal senso Polacco, *op. cit.*, p. 390; Asquini, *op. cit.*, p. 349; Franceschelli, *Ambito e condizioni di validità delle clausole che limitano o escludono la responsabilità del vettore marittimo*, in *Riv. Dir. Nav.*, 1938, II, p. 335; Vivante, *Trattato di diritto commerciale*, IV, *Le obbligazioni*, Milano, 1926, p. 633.

⁴⁷ Esempio classico è quello del proprietario di una nave al quale viene concesso di stipulare patti di irresponsabilità, non potendo a distanza sorvegliare il capitano. Così Ceccherini, *Clausole di esonero tra principi giuridici e regole di mercato*, *op. cit.*, p. 27, la quale precisa che solo in alcune particolarissime circostanze, dove l'indole del rapporto veniva ritenuta tale da consentire al dipendente o al commesso una maggiore indipendenza nell'esecuzione delle proprie mansioni, la dottrina consentiva che «*la ragione strettamente giuridica della rappresentanza fosse moderata dalla realtà delle cose e si tenesse conto della libertà di operare che la funzione consente al rappresentante e che i contraenti col rappresentato ben sanno*», riportando un passo di Chironi, *Colpa contrattuale*, *cit.*, II ed., n. 298, p. 670. Questa tesi però contrasta con la giurisprudenza del tempo secondo la quale il capitano non potrebbe comunque essere equiparato, in rapporto alla clausola liberatoria, ad un ausiliario puro e semplice, Cass. Torino 27 luglio 1904, in *Riv. Dir. Comm.* 1907, II, p. 258.

⁴⁸ Sul problema della colpa nautica, v. Vidari, *Le clausole di irresponsabilità in materia marittima*, 1904, I, p. 515; Ascoli, *Del commercio marittimo e della navigazione*, Torino, 1915, p. 99; Bruschettoni, *Illiceità del patto mediante il quale il vettore ferroviario mira ad attenuare od escludere la propria responsabilità per colpa grave*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1903, II, p. 94; Polacco, *op. cit.*, p.390.

altrui, l'irresponsabilità per dolo o colpa grave della quale non avrebbe invece potuto godere agendo in proprio.

Si rilevava, inoltre, che le imprese si avvalevano della necessaria attività dei dipendenti per adempiere le proprie obbligazioni, e aderire a tale impostazione significava sollevarle completamente dalla responsabilità nei confronti dei terzi.

L'entrata in vigore del codice del 1942 non sembrava aver risolto il problema. Infatti la Relazione del Guardasigilli al progetto ministeriale delle obbligazioni, al n. 106 precisava che, «*salvo norma o patto contrario, il debitore risponde dell'opera di terzi dei quali si è avvalso per l'adempimento dell'obbligazione*», con la conseguente ammissibilità di una limitazione convenzionale fino al completo esonero della responsabilità dalle conseguenze del dolo degli ausiliari. Evidente la limitazione delle conseguenze dell'inadempimento del debitore come immunità dalle conseguenze di una sua negligente vigilanza sulle persone di cui egli deve rispondere. Al n. 107 veniva invece precisato che «*la libertà dei contraenti nel pattuire l'esonero dal dolo degli ausiliari trova, però, il limite dell'art. 124 che commina la nullità della clausola con cui il debitore viene preventivamente liberato dalle conseguenze del dolo e della colpa grave, tanto proprio quanto dei suoi rappresentanti*⁴⁹».

Ma se durante i lavori preparatori la norma prevedeva la nullità delle clausole di esonero sia per inadempimento determinato da dolo o colpa grave del debitore sia nel caso di responsabilità dolosa o gravemente colposa degli ausiliari, tale previsione veniva espunta in sede di stesura definitiva, lasciando dunque una disposizione incerta, di dubbia interpretazione.

Sul punto è stato sostenuto che la necessità (di allora) dell'industria marittima aveva indotto i compilatori a sopprimere la regola che equiparava il fatto degli ausiliari a quello del debitore, comminando la nullità per il fatto commesso dai preposti solo per le ipotesi di violazione di obblighi derivanti da norme di ordine

⁴⁹ In Pandolfelli-Scarpariello-Stella Richter-Dallari, *cit.*, p 93.

pubblico⁵⁰; si riteneva, secondo questa interpretazione, che i limiti di cui al primo comma dell'art. 1229 c.c. non fossero suscettibili di estensione alle ipotesi contemplate dal secondo comma dell'art. 1229 c.c., ovverosia quelle in cui il comportamento doloso o gravemente colposo fosse imputabile agli ausiliari.

Il problema trae origine dal mancato richiamo, nel primo comma dell'art. 1229 c.c., al fatto degli ausiliari ed evoca la possibilità che tale mancanza sia atta a giustificare la preventiva esclusione dell'imputazione dell'inadempimento al debitore, con la conseguente sua estraneità rispetto al comportamento doloso o gravemente colposo degli ausiliari⁵¹.

Di qui l'affermarsi, in gran parte della dottrina, dell'idea che le clausole di esonero da responsabilità del debitore fossero valide anche per fatti dolosi o gravemente colposi degli ausiliari.

Tale tesi si fondava sulla lettura, in combinato disposto, dell'art. 1228 c.c., il quale, nel fare «*salva la diversa volontà delle parti*», sembra concedere al debitore la facoltà di sottrarsi alla responsabilità per colpa dei preposti senza alcun limite, e del capoverso dell'art. 1229 c.c., che subordina la responsabilità per fatto degli ausiliari alla sola condizione che non risultino violate norme di ordine pubblico, senza alcun riferimento al primo comma.

Inoltre, i fautori di tale teoria argomentavano sulla base dell'iniziale, e all'epoca prevalente, modo di intendere il fondamento della norma: sarebbe potuto essere immorale solo

⁵⁰ Basti pensare che si era affermata l'idea che le imprese di trasporto di merci per mare non avrebbero potuto avere nessuno sviluppo senza le clausole di limitazione della responsabilità, v. *retro*, paragr. 2. In tal senso si erano pronunciate anche la dottrina francese e quella inglese, nel commentare le clausole di esonero della responsabilità contenute all'art. IV n. 2 dell'Allegato delle regole relative alla polizza di carico del *Carriage Act* del 1924, cfr. Ripert, *Droit maritime*, III ed., Paris, 1929, II, n. 1743, p. 691; così Ceccherini, *op. cit.*, p. 27.

⁵¹ Bianca, *Dell'inadempimento*, *op. cit.*, p. 409.

l'esonero della propria responsabilità e giammai quella relativa ad un comportamento altrui⁵². Pertanto il debitore, ferma restando la responsabilità per il fatto suo proprio, avrebbe potuto pattuire la irresponsabilità per il dolo degli ausiliari purché avesse portato «*a conoscenza dell'altra parte, sia l'impiego di ausiliari nell'adempimento dell'altra parte, sia il rischio insito nella loro assunzione*»⁵³.

Secondo tale impostazione dunque, l'esonero della responsabilità del debitore sarebbe stato consentito solo alla duplice condizione che egli avesse previamente reso edotto il creditore sull'assolvimento della prestazione da parte degli ausiliari, e dietro compensazione del maggior rischio con una corrispondente diminuzione del prezzo da parte del creditore⁵⁴.

Così ragionando, da una lettura complessiva dell'art. 1229 c.c., si arriverebbe alla conclusione che al debitore non sia concesso di escludere o limitare la propria responsabilità, a fronte di un suo comportamento doloso o gravemente colposo; viceversa nel caso in cui egli si avvalga dall'attività degli ausiliari, un eventuale patto di irresponsabilità per il fatto doloso o gravemente colposo del preposto, incontrerebbe il solo limite dell'ordine pubblico. In tale ultima ipotesi, il creditore non avrebbe alcuna possibilità di agire per la tutela del suo credito: né nei confronti del

⁵² Ripert, *cit.*, n. 1738, p. 617.

⁵³ «[...] *la controprestazione potrà risultare alleggerita (in materia di trasporto potrà ridursi il prezzo) e il creditore potrà assicurarsi contro il rischio suddetto*»; così Visintini, *La responsabilità contrattuale per fatto degli ausiliari*, Padova, 1965, p. 136; *contra* Barassi, *Teoria generale delle obbligazioni, op. cit.* III, p. 381; Chironi, *Colpa contrattuale, op. cit.*, p. 668 ss. Questa soluzione sembra evocare quella teoria che, sulla scorta dell'art. 416 cod. comm., individua nell'art. 1229 c.c. la volontà del legislatore di giustificare la minor garanzia per il creditore con un corrispondente vantaggio economico.

⁵⁴Tale schema è proprio dei contratti di trasporto ferroviario e postale o di giochi e scommesse organizzati dalla Pubblica Amministrazione ovvero da concessionari privati, nei quali alla previsione di un tetto massimo di risarcimento in caso di inadempimento cui corrisponde una determinazione ridotta del corrispettivo dovuto.

debitore, estraniatosi preventivamente dal fatto degli ausiliari, né nei confronti degli ausiliari, terzi estranei al rapporto obbligatorio.

Conseguentemente sarebbe vanificata la finalità della norma di garantire un minimo di diligenza inderogabile a tutela del creditore, realizzabile invece solo accomunando, nell'ambito del divieto, il fatto del debitore a quello degli ausiliari⁵⁵.

Il capoverso dell'art. 1229 c.c. dovrebbe quindi essere interpretato nel senso che il debitore non possa previamente esonerarsi dalla responsabilità per il fatto doloso o colposo proprio o degli ausiliari.

Giova dare conto della possibilità prospettata da parte della dottrina di temperare il principio in virtù del quale, ai sensi degli artt. 1228 c.c. e 1229 c.c. il debitore è comunque responsabile per fatto doloso o gravemente colposo dei suoi preposti, nel senso di ammettere un'esclusione o limitazione della responsabilità nelle ipotesi in cui sia riconosciuta dai contraenti la massima autonomia dei terzi nell'esecuzione della prestazione ovvero nei casi in cui il loro operato sia determinato dal creditore⁵⁶.

Tale impostazione rende però poco certa la norma, poiché il debitore potrebbe sottrarsi alla propria responsabilità puntualizzando nell'accordo stipulato con il creditore che gli ausiliari preposti all'esecuzione della prestazione godono di massima autonomia nell'esecuzione dell'obbligazione oppure che sono soggetti a disposizioni impartite dal creditore. Affinché non fosse vanificata la tutela del credito, clausole siffatte sarebbero valide solo se l'ausiliario assumesse il rischio dell'inadempimento,

⁵⁵ Bianca, *Dell'inadempimento*, *op. cit.*, p. 409; in tal senso anche Benatti, *op. cit.*, p. 93, Bessone, *op. cit.*, p. 8; Barassi, *La teoria generale delle obbligazioni*, Milano, 1948, p. 380 ss.

⁵⁶ Delogu, *Le modificazioni convenzionali della responsabilità civile*, Padova, 2000, p. 95. Tale temperamento del rigore della norma sembra evocare le eccezioni prospettate dalla dottrina sotto il vigore del codice abrogato, v. *infra* paragr. 4.

secondo lo schema della cd. manleva⁵⁷; ma tale ultima fattispecie non rientra nell'ambito della disciplina di cui all'art. 1229 c.c., perché in essa è pattuita la responsabilità dell'ausiliario in luogo di quella del debitore, come nel caso in cui il committente, concedendo all'appaltatore di avvalersi di subappaltatori, escluda la responsabilità del primo per i fatti del secondo⁵⁸.

Se in queste ipotesi vi è un trasferimento della responsabilità da un soggetto ad un altro, tale che non si realizzerebbe alcuna forma di irresponsabilità, la giurisprudenza⁵⁹ ha invece diversamente inquadrato la clausola di un contratto di appalto con la quale il committente fosse completamente esonerato dalla responsabilità per i danni eventualmente subiti dai terzi nell'esecuzione delle opere, dei quali dovrebbe rispondere unicamente l'appaltatore. Nell'analizzare una simile pattuizione è «*stato spostato il fuoco sul profilo degli effetti del contratto*» per escludere che il committente potesse restare completamente esente da responsabilità risarcitoria; infatti tale clausola, «*operando esclusivamente nei rapporti tra i contraenti, alla stregua dei principi generali sull'efficacia del contratto fissati dall'art. 1372 c.c., non può vincolare il terzo a dirigere verso l'una, anziché verso l'altra parte, la pretesa nascente da fatto illecito occasionato dall'esecuzione del contratto*»⁶⁰.

Per concludere, in omaggio ad una lettura più approfondita, e fedele alla *ratio* della norma, il capoverso dell'art. 1229 c.c. ha la funzione di circoscrivere in modo più rigoroso l'area della validità delle clausole di irresponsabilità: queste risulteranno inutilmente stipulate «*tutte le volte che il fatto di inadempimento – ancorché imputabile a colpa lieve – integri la violazione di*

⁵⁷ Sul punto v. Cass. 8 marzo 1980, n. 1543, in *Foro it.*, 1981, I, 2539, con nota di Lener.

⁵⁸ Galgano, *op cit.*, p. 81.

⁵⁹ Cfr. Cass., 17 febbraio 2012, n. 2363, in *Codice civile annotato*, a cura di G. Perlingieri e G. Carapezza Figlia, agg., Napoli, 2016, *sub* art. 1229, p. 528.

⁶⁰ Ancora Cass., 17 febbraio 2012, n. 2363.

norme che riflettono i principi fondamentali dell'ordinamento»⁶¹; così, se l'inadempimento costituisce violazione di norme di ordine pubblico, la relativa clausola di esonero sarà nulla anche nelle ipotesi di colpa lieve.

5. Segue. L'art. 1229 c.c. tra clausola generale di ordine pubblico e principi costituzionali. L'imperatività e inderogabilità della norma.

Nel ripercorrere con maggiore approfondimento, alla luce di quanto sin qui rilevato, le posizioni assunte dalla dottrina sul fondamento del divieto di cui all'art. 1229 c.c. - idonee a specificare i molteplici aspetti della norma, ma non sufficienti a risolvere i problemi in sede applicativa, se singolarmente considerate - si rende necessario un ulteriore approfondimento, al fine di meglio comprendere la portata applicativa della norma.

Il primo tentativo di superamento dei limiti delle più datate posizioni dottrinarie è stato quello di ancorare il fondamento della norma alla buona fede: i patti di esonero o di limitazione della responsabilità pregiudicherebbero lo spirito di collaborazione che anima i rapporti tra debitore e creditore, ai sensi dell'art. 1175 c.c., e che si manifesta con la buona fede contrattuale, realizzando così un contrasto con i principi di lealtà e correttezza di cui agli artt. 1175, 1337, 1385, 1366, 1375 c.c.⁶². Superata quest'impostazione, come sopra precisato, perché eccessivamente sfuggente⁶³, si era allora invocata, quale ragione giustificativa del divieto, la giuridicità

⁶¹ Bessone, *op. cit.*, p. 9.

⁶² Per un approfondimento sul concetto di buona fede oggettiva v. Rodotà, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969, p. 35 ss; Natoli, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, I, Milano 1966, p. 35; Bessone, *Adempimento e rischio contrattuale*, Milano, 1969, p. 342 ss.

⁶³ Così Benatti, *op. cit.* p. 34.

del vincolo contrattuale, lesa dalla stipulazione di clausole di esonero o limitazione della responsabilità⁶⁴.

Autorevole dottrina aveva però evidenziato che, se «*la statuizione pattizia dell'irresponsabilità per dolo non si concilia col carattere giuridico del vincolo, ne dovrebbe a rigore conseguire che con tale statuizioni le parti creerebbero un vincolo non giuridico, un rapporto obbligatorio nullo. Ora la nullità del vincolo escluderebbe il presupposto dell'inadempimento ossia l'esistenza dell'obbligazione e, in caso di mancato adempimento, porterebbe proprio al risultato vietato: cioè alla irresponsabilità del debitore*»⁶⁵; di qui si era ritenuto che la norma rispondesse ad un'esigenza di tutela del credito, nel senso di assicurare una minima e inderogabile diligenza del debitore⁶⁶. Tale approdo non poteva però essere pienamente soddisfacente, o meglio la tutela del credito non poteva essere considerata l'unica *ratio* della norma.

L'interpretazione della norma infatti non può esulare da una propedeutica analisi del disegno complessivo del codice, con particolare riguardo alla direttiva fondamentale orientata a sottrarre il diritto delle obbligazioni, non solo alla volontà individuale, ma anche a quella logica volta a privilegiare a seconda dei casi il creditore o il debitore.

Giova inoltre rilevare che la risoluzione delle problematiche che investono il tema delle obbligazioni, con riguardo in particolare al bilanciamento tra i contrapposti interessi, non può che essere guidata dai valori dell'ordinamento giuridico⁶⁷.

L'operazione ermeneutica deve essere necessariamente improntata al principio della proporzionalità, tra prestazione e

⁶⁴ In tal senso, Asquini, *Trasporto*, in *Codice di commercio commentato*, Torino, 1925, p. 348.

⁶⁵ La citazione è di Bianca, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, in *Commentario al codice civile* a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1967, p. 398.

⁶⁶ Benatti, *op. cit.* p. 43; Bianca, *op. cit.*, p. 399.

⁶⁷ Significative sul punto le autorevoli riflessioni in P. Perlingieri, *Recenti prospettive nel diritto delle obbligazioni*, in *Vita not.*, II, 1976, p. 1027 ss.

controprestazione, tra sacrifici e vantaggi dei contraenti, nonché a quello di buona fede e di ordine pubblico. Posto che le clausole generali non possono essere interpretate e applicate indipendentemente dall'analisi sull'ideologia del sistema nel quale operano, è in definitiva essenziale l'indagine sulla ragionevolezza⁶⁸, quale «criterio di misura flessibile, capace di tenere conto delle circostanze del caso concreto, dei molteplici interessi in concorso e di situazioni anomale, nuove e marginali»⁶⁹.

Infatti l'attività discrezionale dell'interprete è limitata dal controllo di ragionevolezza volto ad un accertamento di legittimità secondo la legalità ordinaria, costituzionale ed europea; sì da realizzare il passaggio dal problema al sistema e giammai l'inverso⁷⁰.

Il criterio ermeneutico improntato a buona fede e correttezza «non sembra foggato dal diritto» ma è il diritto stesso ad assumerlo «dalla coscienza etica della società nella quale è destinato a valere»⁷¹, con la conseguenza che non si tratta di un criterio astratto, avulso da un accezione pratica. Se infatti è vero che la buona fede è ispirata al principio di solidarietà, questo può non essere l'unico principio al quale nel concreto deve essere data soddisfazione.

Pertanto gli interpreti del nuovo codice hanno operato nel senso di orientare la normativa di buona fede e correttezza verso i principi che fondano il diritto positivo e dunque in *primis* le norme costituzionali.

Alla luce di ciò sembra essere stata eccessivamente frettolosa e sbrigativa la deduzione in ragione della quale

⁶⁸ G. Perlingieri, *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, Napoli, 2015, p. 115.

⁶⁹ G. Perlingieri, *op. ult. cit.*, p. 14.

⁷⁰ P. Perlingieri, *Introduzione*, in Mezzasoma, Rizzo, Ruggeri (a cura di), *Il controllo di legittimità costituzionale e comunitaria come tecnica di difesa. Corte costituzionale italiana e spagnola a confronto*, Napoli, 2010, p. 45 ss., spec. p. 47.

⁷¹ La citazione è di Betti, *Teoria generale delle obbligazioni*, I, Milano, 1953, p. 65.

l'abrogazione dell'art. 416 del cod. del comm. - che stabiliva una corrispondente diminuzione del prezzo alla limitazione della responsabilità - implicava l'impossibilità di estendere quel principio di equilibrio contrattuale alla disciplina sui patti di irresponsabilità codificata con l'art. 1229 c.c.⁷². Ma sul punto si tornerà in seguito.

Posto che, a seguito dell'unione dei due codici, molti dei principi del codice del commercio, e quindi del sistema dell'impresa, sono stati fatti propri dal codice del 1942 con inevitabili ricadute sul diritto delle obbligazioni⁷³, si rende necessario chiarire se anche i principi relativi al rapporto tra debitore e creditore siano stati ereditati dal previgente sistema⁷⁴.

⁷² Si enfatizzava così il carattere innovativo della norma, valutando la soppressione dell'eccezione di validità stabilita dal codice del commercio in materia di trasporto, come una chiara intenzione del Legislatore di non considerare quello della "corrispondenza" tra diminuzione del prezzo e limitazione della responsabilità, un principio fondante della norma di cui all'art. 1229 c.c. Cfr. in tal senso Cass., 12 aprile 1946 n. 428, in *Foro it.*, 1944-46, I, c. 692.

⁷³ Per un maggiore approfondimento sul tema v. Di Majo, *Obbligazioni in generale*, Bologna, 1985, p. 51 ss.

⁷⁴ Il *favor debitoris* accolto dai codici dell'ottocento, è stato, com'è noto, a causa della sua ambiguità, superato dal principio del *favor creditoris*, considerato che spesso poi creditori sono i lavoratori subordinati, e non viceversa. Sul punto si veda Rescigno, voce *Obbligazioni (diritto privato)*, in *Enc. Dir.*, XXIX, Milano, 1979, p. 176; per l'analisi relativa al ribaltamento dei ruoli con l'avvento della supremazia dell'impresa sulla proprietà e al conseguente affermarsi del principio del *favor creditoris*, Franzoni, *Il libro delle obbligazioni e dei contratti*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1993, p. 862, il quale precisa come la tutela del credito favorisca la circolazione della ricchezza. Cfr. altresì Benatti, *op. cit.*, p. 42, nel descrivere la trasformazione dell'economia da agricola ad imprenditoriale, riporta un passo di Ascarelli, *Proprietà e controllo della ricchezza*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1950, p. 754, che rappresenta in modo puntuale la figura dell'imprenditore «come una categoria che simultaneamente dispone dei mezzi di produzione e di scambio e assorbe, direttamente e indirettamente, gran parte del risparmio nazionale costituendo per ciò una classe tipicamente debitrice, ma tuttavia, in un quadro diverso ed opposto a quello tradizionale del debitore (che ancora spesso domina la speculazione giuridica), economicamente dominante: è anzitutto debitrice la categoria economicamente dominante, è creditrice la massa».

In realtà i tentativi di ricostruire un modello unitario delle obbligazioni improntato sul rapporto tra debitore e creditore sono incompatibili col modello neutro dell'obbligazione, come del resto si evince dalla Relazione del Guardasigilli al Progetto ministeriale del libro delle obbligazioni in cui è precisato che «*in caso di assoluta oscurità del contratto, cioè dopo l'inutile applicazione delle altre norme interpretative è necessario intendere l'espressione oscura secondo un criterio di equità contrattuale, cioè a dire di proporzione e reciprocità*». A conferma di ciò basti pensare che l'art. 1371 c.c., norma di chiusura, sancisce la regola della interpretazione oggettiva, che si fonda sull'equo temperamento degli interessi delle parti in caso di onerosità⁷⁵.

Ma la proporzione, quale «*metodo di misurazione puro, che non può deviare da uno sviluppo lineare in termini di mera valutazione quantitativa e di consequenzialità logica*»⁷⁶, deve necessariamente cooperare con la ragionevolezza per risolvere il problema del bilanciamento tra principi e valori normativi coinvolti nel caso concreto⁷⁷, al fine di enucleare un'interpretazione costituzionalmente orientata, fedele ai principi del sistema di cui la disposizione è parte.

Pertanto sarebbe riduttivo individuare nella tutela del credito il fondamento dell'art. 1229 c.c., prescindendo da quelle necessarie valutazioni in ordine a buona fede ed equità secondo i canoni della ragionevolezza e della proporzionalità⁷⁸.

⁷⁵ Sulla individuazione del principio fondante il diritto delle obbligazioni sotto la vigenza del nuovo codice v. Breccia, *Le obbligazioni*, in *Trattato di dir. prin.*, a cura di Iudica e Zatti, Milano, 1991, p. 4 ss.

⁷⁶ La citazione è di Cognetti, *Principio di proporzionalità*, Torino, 2011, p. 208.

⁷⁷ Cfr. G. Perlingieri, *op. cit.*, p. 141.

⁷⁸ In questo si sostanzia il nuovo modo di intendere il diritto delle obbligazioni e dunque l'innovazione rispetto al previgente sistema, nell'ambito del quale ogni studio sulla clausola generale della buona fede era circoscritto al contenuto morale di essa. Sul concetto di buona fede v. Scialoja, *Teoria della proprietà nel diritto romano*, II, Roma, 1931; De Francisci, *Sinallagma, storia e dottrina dei contratti innominati*, II, Pavia, 1916.

La buona fede, non più disciplinata da un'unica norma come nel previgente codice⁷⁹, permea l'intera struttura codicistica, sì che le norme che si ispirano a tale clausola generale interessano l'intera disciplina di contratto e obbligazioni: la fase della formazione del contratto (artt. 1337 e 1338 c.c.), quella dell'esecuzione (art. 1375 c.c.), nonché l'interpretazione (l'art. 1366 c.c.) e l'integrazione del contratto ai sensi dell'art. 1374 c.c.⁸⁰. L'art. 1175 c.c. impone poi, in materia di obbligazioni, a debitore e creditore di comportarsi secondo correttezza. Persa la sua accezione prettamente etica, la buona fede assume i connotati di un obbligo di lealtà e salvaguardia dell'altrui affidamento, nei limiti di un apprezzabile sacrificio⁸¹.

Il problema della *ratio* dell'art. 1229 c.c., valutato alla luce del nuovo modo di intendere buona fede e correttezza, secondo proporzionalità e ragionevolezza, non può che intersecarsi con quello dell'autonomia negoziale.

L'autonomia negoziale sembra trovare fondamento sia nell'art. 1322, comma I, c.c., in ragione del quale le parti possono liberamente determinare il contenuto del contratto, sia nella Costituzione. La Carta Costituzionale, difatti, nel riconoscere

⁷⁹ L'art. 1124 c.c. 1865 disponeva che «i contratti debbono essere eseguiti in buona fede ed obbligano non solo a quanto è nei medesimi espresso, ma anche a tutte le conseguenze che secondo l'equità, la legge, l'uso ne derivano».

⁸⁰ Sulla funzione della buona fede nelle diverse disposizioni v. Betti, *Teoria generale delle obbligazioni*, I, Milano, 1953, p. 65 ss.; Natoli, *L'attuazione del rapporto obbligatorio (Appunti delle lezioni)*, I, Milano, 1968, p. 27. Si segnala la volontà del Legislatore di scindere il disposto del previgente 1124 in due articoli distinti rispetto: alle conseguenze che derivano dal contratto secondo la legge o in mancanza, secondo gli usi e l'equità, ai sensi dell'art. 1374 c.c., e agli effetti del contratto alla stregua del criterio della buona fede ex art. 1375 c.c., sul punto Betti, *op. cit.* p. 90; Rodotà, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, rist. 2004, p. 118, il quale dà conto però della differente teoria di chi ha continuato a ritenere che le due regole (1374 e 1375 c.c.) si integrano, citando, Barassi, *Teoria generale*, p. 248.

⁸¹ Bianca, *Il contratto*, Milano, 2000. p. 500.

alcune libertà fondamentali, sembra riferirsi anche alle manifestazioni di autonomia ad esse funzionalmente collegate; così per i contratti associativi, i quali appaiono imprescindibilmente connessi alla libertà di associazione di cui all'art. 18 Cost., per i contratti c.d. di impresa, manifestazione della libertà di iniziativa economica di cui all'art. 41 Cost. e più in generale, per tutti i contratti finalizzati alla realizzazione e allo svolgimento della persona (per i quali il riferimento è costituito dall'art. 2 Cost.). La valenza dell'indicato fondamento costituzionale dell'autonomia contrattuale (ma anche della più ampia autonomia negoziale) si sostanzia nell'impossibilità giuridica per il legislatore ordinario di comprimere irragionevolmente, per legge, detta autonomia o renderne oltremodo difficoltoso l'esercizio (pena l'incostituzionalità della norma)⁸².

Secondo autorevole dottrina⁸³ dunque, l'art. 1229 c.c. sarebbe «*strumento di ordine produttivo*» - ed in questo senso finalizzato a tutelare il credito - ma contemporaneamente tenderebbe ad evitare che tale svolgimento dell'attività economica possa pregiudicare «*le classi meno abbienti*» e quindi la parte

⁸² Cfr. Pugliatti, *Autonomia privata*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, p. 366, per il quale già nella locuzione «autonomia privata» «l'ambiguità del sostantivo si cumula con quella dell'aggettivo». È opportuno rammentare infatti che il ricorso agli strumenti negoziali è operato anche dal soggetto pubblico e non soltanto da quello privato (in argomento cfr. Federico, *Autonomia negoziale e discrezionalità amministrativa*, Napoli, 1999, p. 125 ss.). Il carattere negoziale dell'atto, dunque, prescinde dalla natura del soggetto che lo pone in essere e si caratterizza esclusivamente per il tipo di interessi che è incline a realizzare. Le locuzioni «autonomia privata» e «autonomia negoziale», inoltre, non possono essere considerate equivalenti. L'«autonomia privata» richiama degli strumenti che «non consistono unicamente nei contratti e neppure unicamente negli atti negoziali; sì che, correlativamente l'autonomia privata non si riduce all'autonomia negoziale né tanto meno all'autonomia contrattuale»; così, Maiorca, *Normativo (contratto)*, in *Dig. disc. priv.*, *Sez. civ.*, XII, Torino, 1995, p. 173.

⁸³ Benatti, *op. cit.*, p. 43.

contrattualmente debole. E così, si precisa ancora⁸⁴, «*non va dimenticato, infatti, che normalmente le clausole di esonero da responsabilità sono inserite nelle condizioni generali di contratto per adesione e pertanto la loro invalidità contribuisce a limitare, in qualche misura, i soprusi della parte forte a danno di quella debole*». Chiaro il richiamo al secondo comma dell'art. 1341 c.c.⁸⁵ che subordina gli effetti della limitazione di responsabilità all'accettazione per iscritto della parte aderente. Tra le righe di questa osservazione si legge che, non solo la tutela del credito, ma anche l'equilibrio contrattuale, è principio ispiratore della norma, con tutto ciò che ne consegue; perché il riferimento alla "parte debole", reca con sé i concetti di equità, abuso del diritto e dunque buona fede.

Da quest'impostazione emerge un dato implicito: l'interpretazione della norma è frutto di un'operazione complessa che, partendo dalla «*tutela del credito*», arriva all'«*ordinato svolgimento dell'attività economica dei privati*», secondo le clausole generali che permeano il sistema.

L'art. 1229 c.c. è espressione di autonomia negoziale, che «*incontra limiti ed obbedisce ad esigenze che discendono dalla sua stessa logica*», confini che segnano quindi l'ammissibilità del negozio stesso⁸⁶. Ed allora, posto che gli effetti del negozio giuridico sono sottratti all'autonomia privata, alla quale è preclusa la possibilità di apporre *restrizioni o esclusioni della responsabilità che repugnino alla sua funzione tipica [...] secondo il criterio, generico ma suscettibile di congrue differenziazioni, enunciato dall'art. 1176*⁸⁷, qualsiasi patto preventivo di esonero o di limitazione della responsabilità per dolo o colpa grave

⁸⁴ Benatti, *o.l.u.c.*

⁸⁵ Torrente, *L'impresa e il lavoro nella navigazione. I contratti di utilizzazione della nave e dell'aeromobile*, in *Trattato di diritto civile* diretto da Grosso e Santoro-Passarelli, Milano, 1964, p. 161; Giordano, *I contratti per adesione*, Milano, 1961, p. 124; in tal senso anche Cass. 14 aprile 1950, n. 956, in *Foro it.*, 1950, I, p. 688.

⁸⁶ La citazione è di Betti, *Teoria generale del negozio giuridico*, rist., Napoli, 1994, p. 101.

⁸⁷ Betti, *o.u.c.*, p. 105.

del debitore - ovvero per fatto degli ausiliari del debitore ogni volta che esso costituisca violazione di obblighi imposti da norme di ordine pubblico - è nullo *ex art. 1229 c.c.* perché, se valido, «*infiaccherebbe*» sino ad annullarlo «*il senso della responsabilità nel debitore*» favorendone «*un comportamento indifferente rispetto all'interesse dell'altra parte (1174), con grave pregiudizio di quello spirito di collaborazione che deve animare i rapporti tra debitore e creditore (1175) e che ha la sua tipica espressione nella buona fede contrattuale (1366, 1375). L'accennata valutazione legislativa, del resto, non ha bisogno di essere esplicita, ma si desume già dal difetto di sicurezza conseguente alla limitazione o esclusione e della minaccia che tale difetto rappresenta per gli interessi della controparte o terzi*»⁸⁸.

Giova inoltre rilevare che il generico criterio della correttezza di cui all'art. 1175 c.c. «*non si identifica con quello di buona fede che il codice richiama a proposito per es. dell'interpretazione dei contratti (art. 1366) e soprattutto dell'esecuzione dei contratti (art. 1375)*»⁸⁹.

L'attenzione deve essere quindi orientata verso l'individuazione dei limiti all'autonomia dei privati per «*stabilire la*

⁸⁸ Betti, *o.u.c.*, p. 106. Sul ruolo della buona fede rispetto al tema oggetto di analisi si è diffusamente espressa Ceccherini, *op. cit.*, p. 75, la quale rileva che «*messa in questi termini la relazione tra clausola generale di buona fede (art. 1375 c.c.) e l'art. 1229 c.c. risulta poco comprensibile*». L'A. riflette sul rapporto tra la buona fede contrattuale di cui all'art. 1375 c.c. e quello della diligenza nell'adempimento previsto dall'art. 1176 c.c., precisando che dovrebbe essere chiarito il rapporto di «*dipendenza (o fungibilità) che viene instaurato nell'attuazione del rapporto obbligatorio (o nell'esecuzione del contratto?) tra il principio della buona fede e quello della diligenza*» e dunque la relazione tra il concetto di diligenza di cui all'art. 1176 c.c. e quello del comportamento del debitore di cui all'art. 1218 c.c. In tale sede, con un espresso richiamo, rimanda a Betti, *op. cit.*, p. 76 e alla riferita critica su questa impostazione. Non sarebbe infatti lecito esaminare previamente il fenomeno dell'attuazione del rapporto obbligatorio o della responsabilità per inadempimento in base ad una sorta di rapporto di dipendenza tra i due principi (e cioè tra buona fede e diligenza), Brescia *Diligenza e buona fede nell'attuazione del rapporto obbligatorio*, Milano, 1968, p. 51 ss.

⁸⁹ Betti, *Teoria generale delle obbligazioni*, I, Milano, 1953, p. 68.

*loro immunità nei casi di inosservanza del dovere di buona fede sancito dagli artt. 1175 c.c. e 1375 c.c.»*⁹⁰. E appare inoltre opportuno aderire a quell'orientamento secondo il quale l'analisi sulla validità delle clausole di esonero in relazione all'ordine pubblico (di cui al secondo comma dell'art. 1229) non escluderebbe anche una valutazione secondo buona fede e correttezza⁹¹; del resto, la violazione dei limiti generali, renderebbe l'atto inidoneo a produrre effetti giuridici⁹².

La valutazione sulla legittimità dei patti di irresponsabilità nelle fattispecie concrete deve essere quindi guidata dalle clausole generali di buona fede e correttezza⁹³, nonché degli obblighi derivanti da norme di ordine pubblico.

Ma è solo nel momento applicativo che nasce l'esigenza del controllo sul regolamento negoziale modificativo della responsabilità; si impone quindi *a posteriori* l'analisi su interessi, principi e valori normativi, analizzando la circostanza concreta e le qualità soggettive delle parti; si da bilanciare, sulla base della ragionevolezza, i contrapposti interessi coinvolti.

⁹⁰ Sul punto Benatti, *op. cit.* p. 35.

⁹¹ Natoli, *L'attuazione del rapporto obbligatorio e la valutazione del comportamento delle parti secondo la regola della correttezza*, *op. cit.*, p. 689.

⁹² Cfr. Rodotà, *Le fonti di integrazione del contratto*, (ristampa integrata), Milano, 2004, p. 181, che nel sottolineare l'effetto inderogabile del criterio di correttezza ne evidenzia la funzione di limitazione dell'autonomia privata.

⁹³ Sulla equivalenza dei concetti di correttezza e buona fede v. Di Majo, *Delle obbligazioni in generale*, in *Comm. cod. civ.* a cura di Scialoja-Branca, 1988, p. 290; Bianca, *Diritto civile*, vol. IV, Milano, 1998, p. 86. In senso tendenzialmente contrario Betti, *Teoria generale delle obbligazioni*, in *Tratt. dir. civ. it.*, Torino, 1955, p. 65, il quale ha sostenuto che la correttezza impone normalmente solo doveri di carattere negativo, mentre la buona fede impone obblighi di carattere positivo. Secondo le più recenti tendenze emerse in giurisprudenza i principi di correttezza e buona fede (oggettiva) presiederebbero non soltanto all'esecuzione del contratto, bensì anche ad ogni fase di questo (vale a dire alla formazione, all'esecuzione, all'interpretazione dello stesso), ponendosi come principio cardine (Cass. civ. 20399/04).

La dottrina impegnata sul tema ha invece tendenzialmente proposto soluzioni aprioristiche, sganciate dalle ipotesi applicative.

E così, evidenziata la difficoltà di coordinamento dei criteri di correttezza e buona fede con l'art. 1229 c.c.⁹⁴, non è mancato chi ha prospettato soluzioni di analisi economica⁹⁵ volte ad individuare nell'art. 1229 c.c. la volontà del legislatore di fondare un principio di equilibrio contrattuale tra i vantaggi di una parte e gli svantaggi dell'altra.

L'impostazione trae origine dal settore dei trasporti, e affonda le sue radici nell'art. 416 del codice del commercio e nell'art. 423 del codice della navigazione che aveva mantenuto la corrispondenza tra la limitazione della responsabilità (*rectius*: del risarcimento del danno) e il costo del nolo. Nonostante l'assenza

⁹⁴ Cfr. Ceccherini, *op. cit.*, p. 81, secondo la quale il limite così posto all'autonomia negoziale non dovrebbe impedire che l'applicazione della norma stessa si adegui ai criteri espressi nelle regole di correttezza e buona fede. «Ciò dovrebbe valere in special modo, quando la norma inderogabile tende a realizzare essa stessa un particolare principio di giustizia sostanziale, assolvendo ad una funzione di ordine e direzione per ragioni di utilità generale. Mentre non sarebbe ammissibile rispetto alle norme dirette a fissare i caposaldi minimi indispensabili a garantire la sicurezza dei rapporti intersoggettivi e della loro tutela.» Questa distinzione di origine tedesca, non è stata accolta dalla dottrina italiana con la conseguenza che «la preordinazione di uno strumento al fine della necessaria attuazione di un particolare principio di giustizia sostanziale possa avvenire senza inserire quello strumento nel sistema delle garanzie formali dei rapporti giuridici. Queste considerazioni hanno indotto la nostra dottrina a concludere nel senso che il risultato derivante dalla stretta applicazione delle norme inderogabili non possa in nessun caso essere modificato dal giudice in base ad una valutazione della situazione di fatto secondo le regole della correttezza e della buona fede. Ma si è anche aggiunto, con l'intento di correggere quest'ultima affermazione che è parsa troppo drastica, che solo in via immediata vi potrebbe essere una coincidenza tra l'applicazione dei principi contenuti nell'art. 1229 c.c. e il riferimento alle regole della correttezza e della buona fede. Giacché non potrebbe essere escluso che la modificazione possa essere raggiunta in via indiretta, attraverso la concorrente applicazione di una norma ulteriore che, in via di principio, dovrebbe essere esclusa dalla pura e semplice applicazione della norma inderogabile, ma che è intermediata dalla valutazione del comportamento delle parti sotto il profilo della correttezza».

⁹⁵ Il riferimento è ad Auletta, *op. cit.*, 192.

del richiamo del sistema della “duplice tariffa” nel codice del 1942, non si è mancato di osservare che «*il fondamento dell'art. 1229 c.c. è stato profondamente influenzato dal dibattito nella dottrina e nella giurisprudenza sul rapporto tra le clausole di irresponsabilità e la diminuzione dei prezzi del trasporto*»⁹⁶.

In questo senso si è orientata quella dottrina che, nel valutare se la limitazione di responsabilità di cui all'art. 423 cod. nav. fosse estesa anche ai casi di inadempimento per dolo o colpa grave - stati soggettivi non espressamente richiamati dalla norma - attribuiva all'art. 1229 c.c. valore di principio generale, applicabile quindi a prescindere da uno specifico riferimento ad essi⁹⁷.

Si è così sostenuto che l'art. 1229 c.c. detterebbe quindi un principio generale, valido non solo per le limitazioni convenzionali della responsabilità ma anche rispetto a eventuale norme di legge dispositive. Tale ultimo assunto si desumerebbe, secondo alcuni, da un'interpretazione estensiva della locuzione “patto” contenuta nell'art. 1229 c.c., in luogo della più specifica definizione di accordo, che evoca l'incontro della volontà delle parti⁹⁸.

L'estensione dell'art. 1229 c.c. alla disciplina legale, sarebbe giustificata però non tanto dalla locuzione «*patto*», quanto dalla

⁹⁶ Ceccherini, *op. cit.*, p. 53.

⁹⁷ Per un maggiore approfondimento, Auletta, *op. cit.*, p. 190.

⁹⁸ Trib. di Genova, 10 dicembre 1949, in *Foro it.*, 1950, I, 1100, con nota di Ferrarini. Le argomentazioni con le quali viene giustificata l'estensione del divieto di cui all'art. 1229 c.c. anche alle limitazioni legali della responsabilità non convincono nella misura in cui trovano la loro ragion d'essere nel termine «patto» che, contrariamente a quanto affermato, non sembra alludere a norma di legge dispositiva. Per un approfondimento sulla riferita critica si v. Torrente, *op. cit.*, in *Giust. civ.*, 1951, p. 251. Nel senso dell'attribuzione all'art. 1229 c.c. del valore di principio generale cfr. Auletta, *op. ult. cit.*, p. 189; Ferrarini, *La limitazione del debito del vettore secondo l'art. 423 cod. nav.*, in *Dir. mar.*, 1948, 244 ss.; Spolidoro, *Ancora in tema di limitazione del risarcimento*, in *Dir. mar.*, 1950, p. 288 ss.; e in particolare Trib. di Genova, 10 dicembre 1949, in *Foro it.*, 1950, I, 1097, con nota di Ferrarini. *Contra* Pescatore, *In tema di limitazione della responsabilità del vettore marittimo*, in *Foro pad.* 1950, I, p. 186.

circostanza che poiché l'art. 1229 c.c. è «*espressione di un principio generale del diritto delle obbligazioni, a questo principio devono essere ricondotte le norme che prevedono limitazioni convenzionali e legali di responsabilità, a meno che contengano una esplicita deroga per ragioni che devono essere adeguatamente rilevate e illustrate*»⁹⁹.

A ben vedere, la funzione di bilanciamento dei contrapposti interessi dell'art. 1229 c.c. non contrasterebbe (*rectius* escluderebbe), con la *ratio* storica della norma, che affonda le sue radici nel *pactum de dolo non praestando*, e quindi nell'immoralità del patto di irresponsabilità. Del resto, non può non tenersi in debito conto la Relazione al codice laddove è precisato che «*è sembrato opportuno sancire espressamente la illiceità del pactum de dolo non praestando (del resto da tutti pacificamente riconosciuta) e di estendere tale illiceità anche al patto di non prestare la colpa graves*».

Ciò posto, con riguardo alla funzione di bilanciamento dell'art. 1229 c.c. si deve partire dall'acquisizione ormai consacrata che nel nostro ordinamento giuridico vige un principio di sindacabilità dell'equilibrio economico-normativo del contratto¹⁰⁰. Il superamento del dogma dell'insindacabilità dell'equilibrio contrattuale è ascrivibile a ragioni di carattere sistematico-costituzionale¹⁰¹: in particolare, l'art. 41 della Costituzione e il

⁹⁹ La cit. è di Benatti, *op. cit.*, p. 47.

¹⁰⁰ L'equilibrio normativo è la sintesi di diritti, obblighi, oneri, responsabilità e rischi derivanti dal programma contrattuale, quello economico invece riguarda più specificamente il valore economico delle prestazioni oggetto di scambio, naturalmente considerate non in sé stesse ma nel complesso delle operazioni cui accedono. Il problema è chiarire se la nozione di equilibrio contrattuale coincida con quella di giustizia contrattuale, ma per un maggiore approfondimento v. D'Angelo, *Il contratto in generale. La buona fede*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da Bessone, XIII, 4, Torino, 2004, 155 ss.

¹⁰¹ Militano in tal senso anche argomentazioni di carattere sistematico, rappresentate dalla crisi del dogma della volontà con conseguente superamento della concezione soggettiva del contratto e di carattere internazionale-comunitario, laddove all'art. 3.10 dei Principi *Unidroit* viene definito l'eccessivo squilibrio (*gross disparity*) tra le parti, introducendo un temperamento al principio

principio di solidarietà sancito dall'art. 2 Cost. che impongono di considerare l'autonomia negoziale non più come un valore in sé ma come strumento per il perseguimento di interessi "socialmente accettabili", in quanto, «*la libertà in un ordinamento solidaristico deve essere regolata, conformata ai valori di fondo ai quali l'ordinamento si ispira*»¹⁰².

Dunque, mentre il richiamo all'equità attiene al profilo regolamentare ed obiettivo, la buona fede attiene a quello attuativo; sí che la prima è rivolta alla regola in quanto tale e la seconda ai soggetti che hanno posto in essere tale regola. In tal modo l'equità sarebbe posta a presidio di interessi superindividuali al pari delle norme imperative, dell'ordine pubblico e del buon costume¹⁰³.

L'indagine sull'equo contemperamento degli interessi anche nell'ottica dell'art. 1371 c.c., lungi dal costituire una violazione dell'autonomia privata¹⁰⁴, viceversa la rafforzerebbe, nel senso di «*tenere fermo il nucleo centrale*»¹⁰⁵, ed in questa forma di salvaguardia del vincolo giuridico si rinviene quell'esigenza, propria dell'art. 1229 c.c., di mantenere, per mezzo del rispetto di una minima diligenza da parte del debitore, integro il vincolo giuridico, in ossequio al principio del *pacta sunt servanda*, di cui all'art. 1372 c.c.

Già con la sentenza della Corte Costituzionale, 22 novembre 1991, n. 420 era stato attribuito all'art. 1229 c.c. valore

del *pacta sunt servanda*. V., per tutti, Volpe, *La giustizia contrattuale tra autonomia e mercato*, Napoli, 2004, *passim*.

¹⁰² Così P. Perlingieri, *Relazione di sintesi*, in *Equilibrio delle posizioni contrattuali e autonomia privata*, a cura di Ferroni, Università degli studi di Urbino. Pubblicazioni della Facoltà di Giurisprudenza e della Facoltà di Scienze Politiche, Napoli, 2002, p. 167.

¹⁰³ Tali riflessioni sul rapporto tra equità e buona fede sono di Gazzoni, *Manuale di diritto privato*, XII ed. aggiornata, Napoli, 2006, pp. 793-795.

¹⁰⁴ In tal senso De Marini, *Il giudizio di equità*, Padova, 1959, 365, secondo il quale tale norma non troverebbe una giustificazione.

¹⁰⁵ Così ancora Gazzoni, *op. cit.*, p. 1080.

di principio generale, benché idoneo a regolare solo le modificazioni convenzionali della responsabilità. In tale pronuncia veniva infatti precisato che «*da un insieme di norme, disseminate nel codice civile (artt. 1229, primo comma, 1713, secondo comma, ecc.), nel codice della navigazione (art. 952) e in leggi speciali (in particolare art. 29, primo comma, della Convenzione di Ginevra sul trasporto internazionale di merci su strada, resa esecutiva in Italia dalla legge 6 dicembre 1960, n. 1621), si ricava un principio generale, conforme alla tradizione giuridica europea, che non ammette il debitore ad avvalersi di limitazioni convenzionali o legali di responsabilità quando l'inadempimento dipende da dolo o colpa grave. Tale principio, mentre vincola inderogabilmente l'autonomia privata, non vincola il legislatore, non essendo coperto da garanzia costituzionale*». Dall'analisi della sentenza "Mengoni" emerge però che la Corte, senza pronunciarsi espressamente sulla inoperatività del limite della responsabilità del vettore marittimo in caso di dolo o colpa grave, abbia piuttosto voluto dare atto di quell'orientamento della giurisprudenza secondo cui, a differenza dell'art. 952 cod. nav., il limite di cui all'art. 423 cod. nav. non fosse applicabile in caso di dolo o colpa grave¹⁰⁶, in quanto «*il limite di responsabilità del vettore, specialmente quando è configurato come invalicabile anche nell'ipotesi di dolo o colpa grave, deve essere compensato da idonee garanzie di adeguatezza del risarcimento del danno*», che nel caso dell'art. 423 cod. nav. non sarebbero ipotizzabili, in quanto il vantaggio economico verrebbe annullato dalla sopportazione dei costi supplementari in caso di perdita o avaria delle merci.

Ma la questione di legittimità costituzionale dell'art. 423 cod. nav. è stata nuovamente sottoposta all'attenzione della Corte Cost. che, con sentenza 26 maggio 2005, n. 199¹⁰⁷, ha dichiarato

¹⁰⁶ Per tutte cfr. Corte di Appello di Messina 25 gennaio 1980, in *Dir. mar.*, 1980, p. 632.

¹⁰⁷ Corte Cost., 26 maggio, 2005, n. 199, in *Danno resp.*, 2005, p. 1061 ss., con nota di Ceccherini, *Salta il limite di responsabilità del vettore marittimo per le cose trasportate*.

costituzionalmente illegittima la norma nella parte in cui non prevedeva l'esclusione del limite in caso di responsabilità determinata da dolo o colpa grave.

La motivazione si fonda su ragioni ascrivibili alla violazione del principio di uguaglianza di cui all'art. 3 Cost., in quanto, a differenza di quanto previsto per ogni altro tipo di trasporto - sia dall'art. 952, relativo al trasporto aereo sia dalla disciplina del trasporto su strada (radicalmente modificata dopo le sentenze n. 420 del 1991 e n. 64 del 1993) - «*la disciplina di cui all'art. 423, comma primo, cod. nav. irragionevolmente omette di considerare, assoggettando anch'essa al limite di risarcimento, l'ipotesi di perdita o avaria delle cose trasportate dovuta a dolo o colpa grave del vettore marittimo o di suoi dipendenti o preposti*».

Il fatto che le argomentazioni adottate dalla Corte Cost. invece di essere espressamente riferite all'art. 1229 c.c. siano state ricondotte al principio di uguaglianza¹⁰⁸, non esclude però la rilevanza costituzionale del divieto di cui all'art. 1229.

Sembrerebbe piuttosto che, seppure implicitamente, la Corte abbia riconosciuto all'art. 1229 c.c. rango di parametro di legittimità costituzionale relativamente alla modificazione della responsabilità. Sarebbe del resto irragionevole ritenere che al divieto in esso contenuto siano soggette soltanto le parti nella regolamentazione dell'assetto contrattuale e non anche il legislatore, al quale sarebbe invece attribuito il potere di consentire che il debitore possa essere esonerato da responsabilità nonostante il suo comportamento doloso o gravemente colposo, eludendo così le regole dell'adempimento del rapporto obbligatorio.

Nel ripercorrere gli orientamenti dottrinari al riguardo, risulta difficile sostenere che ce ne sia uno che prevalga sugli

¹⁰⁸ Si legge, infatti, in motivazione: «*Sotto l'aspetto del principio di ragionevolezza e della connessa esigenza di equo contemperamento dell'interesse degli autotrasportatori, con l'interesse delle imprese utenti tutelato dall'art. 41 Cost.*», Corte Cost. *ult. cit.*

altri¹⁰⁹. Pare invece più opportuno ipotizzare che l'esame consti di diversi livelli di analisi: su un piano generale e astratto ognuna delle teorie elaborate è idonea a cogliere un aspetto determinante della disposizione. Infatti i patti di esclusione o limitazione della responsabilità sono "immorali", perché autorizzerebbero il debitore ad assumere l'impegno dell'adempimento e contemporaneamente a non adempiere - per ragioni che attengono alla propria volontà o imputabili ad una tale negligenza, da essere equiparata al dolo - neutralizzando, come conseguenza, il vincolo giuridico, che verrebbe così ad essere privato della serietà e dunque della relativa vincolatività. La norma inevitabilmente e al contempo, assolverebbe anche ad una funzione di tutela del credito, nel senso evidenziato in dottrina, di rispetto di un minimo di diligenza inderogabile richiesta al debitore, nell'adempimento della propria prestazione. Non da ultimo risponderebbe all'esigenza di bilanciare i contrapposti interessi secondo equità, a maggior ragione nelle ipotesi in cui dette clausole siano inserite in contratti predisposti unilateralmente.

L'insieme di queste argomentazioni, che impone un'interpretazione secondo buona fede e ragionevolezza, dovrebbe portare alla conclusione che si tratti sicuramente di norma imperativa (in quanto attuativa di un insieme di principi)¹¹⁰ e che diventa essa stessa norma di ordine pubblico. In tal senso la linea di confine tra il primo e il secondo comma dell'art. 1229 c.c. si dissolverebbe, confondendosi nell'omogeneità della medesima funzione delle norme, volte a limitare l'autonomia privata nella modificazione del regime della responsabilità per mezzo del bilanciamento dei contrapposti interessi, e, contemporaneamente,

¹⁰⁹ Secondo alcuni infatti la *ratio* dell'art. 1229 sarebbe ancora «oscura»; così Cosentino, *Trasporto di merci su strada e limitazione della responsabilità: osservazioni in chiave di analisi economica del diritto*, in *Foro. it.*, 1992, I, c. 665.

¹¹⁰ Cfr. P. Perlingieri, *Manuale di diritto civile*, 7 ed., Napoli, 2014, p. 12.

della tutela dei principi costituzionali sottesi al rapporto obbligatorio.

La garanzia della ragionevolezza del rapporto obbligatorio, assolta dall'art. 1229 c.c., non potrebbe essere vanificata da interventi del legislatore finalizzati a dettare eccezioni alla regola di cui all'art. 1229 c.c. Si tratterebbe infatti di una deroga non tanto e non solo all'art. 1229 c.c., ma al sistema e, in definitiva, ai principi costituzionali che fondano il diritto delle obbligazioni.

Sembra quindi possibile ritenere che l'art. 1229 assurga a parametro di legittimità costituzionale, in ragione degli artt. 2 e 41 co. 2 della Costituzione.

Non del tutto peregrina tale soluzione, se si consideri che, della questione sulla vincolatività del dettato dell'art. 1229 c.c. anche per il legislatore, è stata più volte investita la Corte Costituzionale, in occasione della valutazione sulla legittimità costituzionale dell'art. 423 cod. nav. Nel dichiarare l'incostituzionalità di tale norma per contrasto con l'art. 3 Cost., la Corte ha solo sfiorato il tema dell'art. 1229, lasciando tendenzialmente la questione aperta, seppure implicitamente risolta¹¹¹.

Pertanto, il principio di cui all'art. 1229 c.c., troverà cittadinanza anche nella legislazione speciale, automaticamente per quelle norme antecedenti l'introduzione della Costituzione, e, sotto forma di controllo costituzionale, per quelle successive.

6. Il dolo e la colpa nella teoria dell'illecito contrattuale.

Spunto di ulteriore indagine è dato dal riferimento della norma alla colpa grave e al dolo - e, di riflesso, alla colpa lieve, quale ipotesi di validità del patto tendente ad escluderne rilevanza nella condizione del "giudizio di responsabilità"; si introduce così

¹¹¹ Il riferimento è alla sentenza della Corte Cost. 26 maggio 2005, n. 199, già citata.

l'esigenza di valutare gli stati soggettivi del debitore inadempiente, al fine di verificare sia la validità della clausola di esonero sia di individuare il diverso criterio di ripartizione del rischio dell'inadempimento¹¹² e dunque il *quantum* risarcitorio.

Ciò implica, nonostante la sede della norma, il recupero di elementi propri della responsabilità extracontrattuale imponendo una rivisitazione della teoria dell'illecito contrattuale, normalmente "impermeabile" alla verifica degli stati soggettivi imputabili al debitore inadempiente.

Il codificatore italiano ha adottato un criterio di misura della colpa uniformato sul comportamento del "buon padre di famiglia". Tale modello di comportamento però non è rigido, e può essere adattato alle circostanze del caso, tra le quali vanno considerate la natura dell'attività lesiva, del bene colpito e le qualità personali dell'agente.

In questo modo si assiste ad un avvicinamento dei modelli elaborati in passato che si distinguevano in *culpa in abstracto*, da intendersi come sinonimo di inadempimento dell'obbligazione, ed in *culpa in concreto*, da intendersi come criterio di imputazione della responsabilità civile. Ciò posto, vi sono ipotesi in cui la responsabilità si configura solo se sussiste la colpa grave o il dolo e, nell'ambito di queste, alcune sono previste anche al di fuori del codice.

In sede contrattuale, la previsione di colpa grave indica una limitazione della responsabilità del debitore, in deroga dunque all'art. 1218 c.c.¹¹³, ma, in quanto eccezione al principio generale,

¹¹² Cfr. P. Perlingieri, *Manuale di diritto civile*, 7 ed., Napoli, 2014, p. 362.

¹¹³ Questo accade ad esempio nell'art. 789 c.c., secondo il quale «il donante in caso di inadempimento o di ritardo nell'eseguire la donazione, è responsabile soltanto per dolo o per colpa grave», ovvero in tutte le ipotesi che danno luogo a colpa professionale, se l'attività prestata imponga la soluzione di particolari problemi tecnici, per le quali vale la regola posta dall'art. 2236 c.c.

l'interpretazione di essa non può che essere restrittiva, come indirettamente si desume anche dall'art. 1229, comma 1, c.c.

Talvolta la colpa grave è impiegata quale criterio di misura dell'esattezza dell'adempimento: così è nell'art. 1698 c.c., in tema di trasporto, secondo il quale *«il ricevimento senza riserve delle cose trasportate col pagamento di quanto è dovuto al vettore estingue le azioni derivanti dal contratto, tranne il caso di dolo o colpa grave del vettore»*¹¹⁴; talaltra la colpa grave è un mezzo per attribuire speciali diritti ad una parte, come avviene in ambito assicurativo in cui l'art. 1892 c.c., in tema di dichiarazioni inesatte e reticenze dell'assicurato, prevede che *«le dichiarazioni inesatte e le reticenze del contraente, relative a circostanze tali che l'assicuratore non avrebbe dato il suo consenso o non lo avrebbe dato alle medesime condizioni se avesse conosciuto il vero stato delle cose, sono causa di annullamento del contratto quando il contraente ha agito con dolo o con colpa grave»*. Infine, la colpa grave è un criterio per delimitare l'oggetto del contratto, come avviene in ambito assicurativo laddove per effetto dell'art. 1900 c.c. *«l'assicuratore non è obbligato per i sinistri cagionati da dolo o da colpa grave del contraente, dell'assicurato o del beneficiario, salvo patto contrario per i casi di colpa grave»*. Lo stesso accade per il patto di esonero dalla responsabilità dell'art. 1229, comma 1, c.c., nel quale la presenza della colpa grave o del dolo rende nullo il patto di esonero o di limitazione della responsabilità.

Ed allora, rispetto al riferimento degli stati soggettivi di cui all'art. 1229 c.c. giova rilevare che la nozione di colpa civile, oggi prevalente in giurisprudenza, identifica tale elemento con la

¹¹⁴ Analogamente nell'art. 1713 c.c., secondo il quale *«la dispensa preventiva dall'obbligo di rendiconto non ha effetto nei casi in cui il mandatario deve rispondere per dolo o per colpa grave»*; nell'art. 1836 c.c., secondo il quale *«se il libretto di deposito è pagabile al portatore, la banca che senza dolo o colpa grave adempie la prestazione nei confronti del possessore è liberata, anche se questi non è il depositante»*; nell'art. 1889, comma 2, c.c., in tema di polizze all'ordine e al portatore, secondo il quale, *«l'assicuratore è liberato se senza dolo o colpa grave adempie la prestazione nei confronti del giratario o del portatore della polizza, anche se questi non è l'assicurato»*.

violazione di uno *standard* di diligenza¹¹⁵: la colpa è pertanto inosservanza della diligenza richiesta¹¹⁶.

La nozione di colpa contrattuale dunque «*non è qualcosa di diverso dall'inadempimento, e laddove si voglia attribuirle un'autonomia concettuale rispetto a quest'ultimo, rischia di apparire un concetto inutile e superfluo, ma occorre fare i conti con gli usi inveterati del nostro linguaggio giuridico: la colpa è inosservanza della diligenza richiesta e, dunque, non potendo discostarsene, occorre fare chiarezza su certi concetti e circoscriverne il ricorso laddove essi presentano un'utilità. In particolare, nel terreno che ci interessa, la nozione di colpa-negligenza rileva quando l'impegno assunto dal debitore consiste in una attività di cui si deve misurare la conformità a certi standard*»¹¹⁷.

Ancor prima dell'entrata in vigore del codice del 1942 e dunque della formulazione dell'art. 1229 c.c., il dibattito sull'ammissibilità dei patti di esonero vide l'accordo degli studiosi sulla circostanza che le clausole di esclusione della responsabilità fossero nulle se ascrivibili a fatti dolosi del debitore e valide nei casi di colpa lieve.

I primi interpreti, individuando la ragione del divieto nell'immoralità, erano concordi nel ritenere invalidi i patti in caso di dolo, in quanto sembrava contrario ai principi etici fondamentali che un soggetto concordasse la propria irresponsabilità per l'inadempimento di obbligazioni spontaneamente assunte, quando tale inottemperanza fosse stata da lui voluta o causata.

¹¹⁵ Monateri, *La responsabilità civile*, Torino, 2006, p. 32.

¹¹⁶ Cass. civ., sez. III, 9 novembre 2006, n. 23918.

¹¹⁷ Visintini, *Un nuovo approccio al tema dell'inadempimento*, prefazione al *Trattato della responsabilità contrattuale* diretto da Visintini, I, Padova, 2009. Sul punto v. anche Cannata, *Le obbligazioni in generale*, in *Trattato di diritto privato* diretto da Rescigno, 9, Torino, 2005, p. 70, il quale precisa che «*la definizione usuale, tratta a contrario dal dettato dell'art. 1218, di esatta esecuzione della prestazione dovuta, è pure corretta, sol che si tenga presente che essa si riferisce propriamente ai singoli comportamenti esigibili quali oggetto del dovere di eseguire la prestazione principale e le prestazioni accessorie; i doveri sussidiari, infatti, non possono essere eseguiti o non eseguiti, ma solo rispettati o meno*».

Sfuggente poi il criterio in base al quale valutare la validità delle clausole di esonero o limitazione della responsabilità. Infatti il comportamento illecito del debitore non si manifesta sempre con gli stessi caratteri di pericolosità, estendendosi dal dolo sino al fortuito; mentre al primo può essere accostata la colpa grave, di difficile definizione è il confine tra il secondo e la colpa lieve. Dalla complessità di tale distinzione si è ritenuto opportuno ammettere l'esonero della responsabilità per inadempimento imputabile a mera colpa lieve, più vicina al fortuito che alla colpa grave. Cionondimeno l'individuazione in concreto degli stati soggettivi non è sempre agevole, e dunque poco preciso il parametro utilizzato dal legislatore per la determinazione della validità delle clausole di irresponsabilità.

Nell'attribuire all'immoralità il fondamento della norma restava oscuro il motivo per il quale fossero nulli i patti di esonero ascrivibili ad un comportamento gravemente colposo che, a differenza di quello doloso, non assumeva gli stessi connotati di riprovazione sia sul piano etico sia su quello tecnicamente giuridico; del resto l'origine storica del divieto, che poi nel codice del 1942 sarebbe stato disciplinato dall'art. 1229 c.c., era da rinvenire nel principio romano del *pactum de dolo non praestando*, che si limitava a individuare come unico elemento soggettivo rilevante il dolo.

L'equiparazione tra i patti di irresponsabilità per il caso di dolo e quelli per le ipotesi di colpa grave¹¹⁸ è stata poi ricavata da

¹¹⁸ Polacco, *Le obbligazioni nel diritto civile italiano*, I, Roma, 1915, p. 459; Bruschettoni, *Del contratto di trasporto*, in *Commentario al cod. comm.*, VI, Milano, 1924, p. 331; Asquini, *Del contratto di trasporto*, cit., p. 348; sul punto Brunetti, *Dei limiti di validità di clausole di esonero nei trasporti marittimi*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1918, II, 137, precisa che «appare di ragione naturale che alcuno abbia a stipulare preventivamente la piena immunità per l'omissione di quel minimo di diligenza che costituisce appunto la colpa lata. Sotto tale riflesso bisogna dire che trovasi in una situazione alquanto affine al dolo chi ha voluto la colpa lata e con essa l'atto nocivo». Parte della dottrina minoritaria, riteneva invece che i patti diretti ad escludere la responsabilità derivanti da fatti

diversi passi del Digesto e trova la sua ragion d'essere nei brocardi “*culpa lata dolo equiparatur*” e “*lata culpa dolus est*”¹¹⁹. Si osservava quindi che poiché sarebbe stato impossibile separare i fatti dolosi da quelli gravemente colposi, le due fattispecie non potevano che essere trattate analogamente¹²⁰.

Gli argomenti a sostegno di tale equiparazione sembravano però deboli, sia quello storico, ritenuto non decisivo a causa delle perplessità sorte nell'interpretazione delle fonti romane sia quello che riconduceva al medesimo disvalore etico di un fatto doloso un comportamento gravemente colposo¹²¹.

Con il codice del 1942, in virtù dell'art. 1229 c.c., viene consacrata - ai fini della validità delle clausole di esonero o limitazione della responsabilità - l'equiparazione del dolo alla colpa grave. È pertanto accolta l'opinione secondo la quale, se fossero ammessi patti di irresponsabilità per inadempimento del debitore determinato da colpa grave, sarebbe svuotato di contenuto il

gravemente colposi dovessero essere considerati validi, cfr. D'Avanzo, *Dell'inadempimento delle obbligazioni (artt. 1218-1229 c.c.)*, in *Il codice civile, Commentario*, a cura di D'Amelio e Finzi, *Libro delle obbligazioni*, vol. I, Firenze 1948, p. 113.

¹¹⁹ V. Arangio Ruiz, *Responsabilità contrattuale in diritto romano*, Napoli, 1958, p. 252.

¹²⁰ Militavano nel senso dell'estensione del limite alle colpa grave anche altre ragioni, e cioè che nell'esonerare il debitore da quel minimo di diligenza il cui difetto configura la colpa grave, sarebbe stato violato anche il principio di buona fede oggettiva di cui all'art. 1124 del codice abrogato, cfr. Polacco, *op. cit.*, p. 390. Inoltre, secondo parte della dottrina, un negozio corredato di siffatta clausole sarebbe stato nullo per mancanza di consenso, poiché la facoltà di sottrarsi all'impegno assunto determinerebbe una forma di revocabilità *ad nutum*. Si veda Rossi, *Il pactum ne dolus praestatur e la clausola penale*, in *Studi in onore di Mariano d'Amelia*, III, Roma, 1933, p. 270.

¹²¹ Giova rilevare che le difficoltà ad equiparare l'ipotesi di dolo a quelle ascrivibile a colpa grave aumentò quando, con l'intensificarsi degli scambi commerciali, si cercò di coordinare i principi dei paesi romanistici con quelli di *common law*, nei quali è estraneo il concetto di colpa grave; così Benatti, *op. cit.*, p. 16.

divieto previsto dalla norma, considerata la difficoltà di distinguere¹²² i due stati soggettivi¹²³.

Uno dei problemi più dibattuti nel periodo successivo all'introduzione del codice, è stato quello avente ad oggetto il coordinamento dell'art. 1229 c.c. con gli artt. 423¹²⁴ e 952¹²⁵ del codice della navigazione che prevedevano limiti massimi del danno risarcibile; con la differenza che mentre nell'art. 952 cod. nav. era presente il riferimento al dolo e alla colpa grave, analogamente a quanto previsto dall'art. 1229 c.c., l'art. 423 cod. nav. non ne faceva invece menzione.

Il tema di indagine dunque si spostava su altro piano e cioè sul quesito relativo alla possibilità di individuare nell'art. 1229 c.c.

¹²²Scialoja, *Lezioni sul diritto delle obbligazioni*, Roma, 1898, p. 342. La Relazione della commissione reale al progetto del libro IV del codice civile sul punto precisa che «*si volle estendere la illiceità anche la patto di non prestare la colpa grave, rispetto alla quale esistevano fino ad allora dissensi in dottrina*».

¹²³Torrente, *op. cit.* 251, il quale evidenzia come in giurisprudenza è stata avvertita la difficoltà di individuare la colpa grave nelle fattispecie concrete. Sede elettiva di tale questione applicativa è stata ancora una volta il contratto di trasporto, e così, l'aver omesso qualsiasi misura idonea ad impedire che la merce durante il viaggio potesse essere rubata, costituisce colpa grave (Trib. Firenze 11 febbraio 1947, in *Foro .it. Rep.*, 1947, voce Trasporto 41-43).

¹²⁴L'art. 423 cod. nav. prevedeva che «*il risarcimento dovuto dal vettore non può, per ciascuna unità di carico, essere superiore a lire duecentomila o alla maggior cifra corrispondente al valore dichiarato dal caricatore anteriormente all'imbarco. Il valore dichiarato dal caricatore anteriormente all'imbarco si presume come valore effettivo delle cose trasportate fino a prova contraria; ma il vettore, ove provi che la dichiarazione è inesatta, non è responsabile per la perdita o per le avarie delle cose trasportate ovvero per ritardo, a meno che venga provato che l'inesattezza non fu scientemente commessa*».

¹²⁵L'art. 952 cod. nav., nel testo vigente dal 1907 al 2006, prevedeva che «*il risarcimento dovuto dal vettore in caso di responsabilità non determinata da dolo o colpa grave sua o dei suoi dipendenti e preposti non può essere superiore a lire trentatremila per chilogrammo di merce caricata o alla maggior cifra corrispondente al valore effettivo delle cose trasportate, dichiarato dal mittente anteriormente alla caricazione.*

Il valore dichiarato dal mittente si presume come valore effettivo delle cose trasportate fino a prova contraria».

un principio di ordine generale, tale da valere anche per ogni modificazione legale, e non solo convenzionale, al sistema di responsabilità civile¹²⁶.

La Corte Costituzionale, investita della questione sulla legittimità costituzionale di diverse norme della legislazione speciale relativa ai trasporti che limitavano il *quantum* risarcitorio, nel dichiarare l'illegittimità di taluna di esse, ha fatto espresso riferimento sia all'art. 1229 c.c. sia all'art. 1681 c.c.¹²⁷, norma che regola la responsabilità del vettore per i sinistri che colpiscono il viaggiatore durante il viaggio stesso, erigendoli a principi di ordine generale, seppur non coperti da garanzia costituzionale¹²⁸. Peraltro

¹²⁶ Inizialmente la dottrina ha ravvisato nella norma il principio secondo il quale le limitazioni legali sarebbero state soggette ai medesimi limiti di quelle convenzionali - e dunque la nullità delle clausole di irresponsabilità in caso di dolo o colpa grave - fatte salve le ipotesi non risulti diversamente in modo inequivocabile dalla disposizione. In tal senso v. Auletta *Limitazioni alla responsabilità del vettore marittimo*, in *Riv. dir. nav.*, 1952, p. 180 ss.

¹²⁷ La disposizione trae origine da un univoco orientamento, precedente l'entrata in vigore del codice del 1942, secondo il quale dovevano essere sanzionate con la nullità quelle clausole che esoneravano il debitore per colpa lieve, qualora avessero ad oggetto obbligazione nelle quali qualunque attenuazione della diligenza sarebbe stata contraria all'ordine pubblico come «*le clausole di esonero che riguardano l'adempimento di obbligazioni attinenti all'integrità e alla salute della persona*» v. Pandolfelli-Scarpello-Stella Richter-Dallari, *Codice civ., cit. sub art. 1681*; v. anche Polacco, *cit.*, p. 464.

¹²⁸ In particolare, nella sentenza 22 novembre 1991, n. 420, in *Foro it.*, 1992, I, c. 641, la Corte Costituzionale precisa che dall'art. 1229 c.c. e dalle altre norme del codice civile, del codice della navigazione e del trasporto internazionale, si evince un principio di ordine generale, che non ammette il debitore ad avvalersi di limitazioni convenzionali o legali di responsabilità quando l'inadempimento dipenda da dolo o colpa grave ma aggiunge che tale principio, inderogabile dall'autonomia privata, poiché non coperto da garanzia costituzionale, non vincola anche il legislatore. E puntualizza in definitiva che «*non occorrono formule esplicite per escluderlo, ben potendo la invalicabilità del limite essere argomentata, in conformità del dato testuale, che non distingue, dalla ratio legis o dal contesto normativo. In questo senso è interpretato l'art. 423 cod. nav. dalla giurisprudenza in tema di responsabilità del vettore marittimo, il quale, a differenza dell'art. 952 non riserva il caso del dolo o colpa*

il secondo comma di tale ultima norma esprime il principio del risarcimento integrale del danno alla persona e quello della responsabilità colpevole, che, sotto il profilo sistematico, è legato al secondo comma dell'art. 1229 c.c., dove è prevista la nullità delle clausole per contrarietà all'ordine pubblico.

Da tale analisi emerge un dato inconfutabile: la circostanza che il legislatore abbia equiparato nell'art. 1229 c.c. il dolo alla colpa grave, ai fini dell'invalidità del patto di irresponsabilità, non può che essere tradotta nell'esigenza di pretendere dal debitore costantemente un minimo di diligenza nell'esecuzione dell'obbligazione assunta. Tale norma, sicuramente inderogabile dall'autonomia privata, risponderebbe ad un interesse generale dell'ordinamento, perché volta alla tutela del credito, direttiva cardine del sistema contrattuale italiano¹²⁹.

Secondo parte della dottrina l'apposizione di clausole di esonero o limitazione della responsabilità determinerebbe un'inversione dell'onere della prova perché, nel modificare il regime legale della responsabilità le parti derogherebbero consequenzialmente al regime probatorio legale. Il creditore dovrebbe allora provare l'elemento soggettivo come fatto costitutivo, analogamente a quanto accade in ambito extracontrattuale.

A sostegno di tale impostazione si evidenzia come anche l'art. 1225 c.c. costituisce deroga al normale regime probatorio, nella misura in cui prevede che in caso di inadempimento doloso dell'obbligazione siano risarcibili anche i danni imprevedibili, ponendosi a carico del creditore la prova del dolo.

grave», lasciando così intendere (ovvero dare atto di una tendenza), che il limite di cui all'art. 423 cod. nav. non comprenda anche il caso del dolo o della colpa grave. In argomento cfr. Busnelli, *Limitazioni risarcitorie, diritto dei trasporti, codice civile*, in *Dir. trasp.*, 1993, p. 647 ss.

¹²⁹ Così Benatti, *op. cit.*, p. 475.

A ben vedere però l'analisi dell'art. 1225 c.c. costituisce una conferma del principio in virtù del quale la deroga al regime probatorio di cui agli artt. 1218 c.c. e 2697 c.c., debba essere espressamente predisposta dal legislatore.

Posto che in punto di onere probatorio l'art. 1229 c.c. non prevede alcunché, sembra preferibile aderire all'orientamento maggioritario secondo il quale la norma produrrebbe solo effetti sostanziali; infatti, pur essendo ammissibile una deroga convenzionale del regime probatorio, è necessario, affinché essa si realizzi, che ci sia un'espressa pattuizione in tal senso¹³⁰.

Allora la prova dell'elemento soggettivo non può essere un fatto costitutivo della domanda ma è invece oggetto dell'eccezione del debitore-convenuto, il quale, laddove invochi la clausola di limitazione o esonero, dovrà provare la colpa lieve. Diversamente ragionando, se cioè incombesse sul creditore il gravoso onere di dimostrare la colpa grave o il dolo del debitore inadempiente, si correrebbe il rischio di vanificare il divieto di cui all'art. 1229 c.c., a causa della difficoltà concreta per il creditore di provare situazioni che riguardano la sfera del debitore¹³¹. Pertanto l'art. 1229 c.c. va coordinato con l'art. 1218 c.c., e dunque il debitore è tenuto a superare la presunzione di colpa fornendo la prova che il suo comportamento, in relazione causale con l'inadempimento, è frutto di colpa lieve senza varcare la soglia della colpa grave¹³².

¹³⁰ In argomento cfr. Maccarone, *Articolo 1229 c.c.*, in *Comm. Cod. civ.* diretto da De Martino, Roma, 1978, p. 155; Menichini, *Clausole di esonero e di limitazione della responsabilità contrattuale ed onere della prova: profili sostanziali e processuali*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2005, II, p. 541; Micheli, *L'onere della prova*, Padova, 1966, p. 249.

¹³¹ Sul punto l'insegnamento delle S.U. Cass. 30 ottobre 2001, n. 13533, in *Giur.*, 2002, p. 113 ss. con nota di Carnevali, *Inadempimento e onere della prova*, che fondano il ragionamento sul principio di «vicinanza della prova».

¹³² In tal senso Breccia, *Le obbligazioni*, in *Tratt. dir. priv.*, a cura di Iudica-Zatti, Milano, 1991, p. 624; Galgano, *Diritto civile e commerciale*, III ed., II, Padova, 1999, p. 73; Bianca, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, *op. cit.*, p. 490; Menichino, *Clausole di esonero e limitazione della responsabilità contrattuale ed onere della prova: profili*

7. *La differenziazione tra clausole di esonero e clausole limitative della responsabilità.*

I patti di limitazione della responsabilità, sono quegli accordi con i quali i contraenti determinano preventivamente l'ammontare massimo del risarcimento cosicché, se il danno causato è inferiore al limite stabilito, il debitore è tenuto entro l'ambito del pregiudizio arrecato; se è superiore, il debitore è obbligato a corrispondere la somma convenuta.

Sotto il vigore del codice abrogato, la dottrina impegnata nella risoluzione della *vexata quaestio* se i patti di limitazione dovessero essere disciplinati analogamente a quelli di esonero era divisa in due: l'impostazione che militava nel senso dell'equiparazione incontrava il disfavore di coloro¹³³ i quali ritenevano invece che i patti di limitazione, poiché non pregiudizievoli come quelli di esonero, non dovessero essere sottoposti ai limiti di validità previsti per questi ultimi.

Si sosteneva inoltre che le clausole di limitazione non fossero eticamente scorrette, in quanto non consentivano al debitore di sottrarsi all'esecuzione dell'obbligazione, e che anzi presentavano il vantaggio di immettere sul mercato beni ad un

sostanziali e processuali, in *Riv. trim. proc.civ.*, 2005, p. 541 ss.: la clausola derogherebbe al regime legale, nel senso di ampliare il fatto costitutivo del creditore estendendolo al dolo e alla colpa grave, che così diventano, oltre l'inadempimento e il danno, temi di prova a carico del creditore che agisce in giudizio. Per la giurisprudenza, Cass. 21 marzo 1981, n. 1656, in *Foro it.*, I, c. 1585; Cass. 4 aprile 2001, n. 4946, in *Mass. Foro.it.*, 2001; Cass. 10 settembre 1999, n. 9602, in *I contratti*, I, 5, 2000, p. 8, con nota di Carnevali.

¹³³ In particolare Greco, *Appunti sulle clausole di irresponsabilità nei trasporti marittimi*, in *Ann. dir. comp. e studi legislativi*, 1931, VI, 1, p. 756. Le maggiori perplessità relative all'equiparazione tra clausole di esonero e clausole limitative erano occasionate dalla prassi del diritto marittimo, estesa poi a molti settori del commercio, v. Benatti, *op. cit.* p. 63.

prezzo inferiore in ragione della ridotta incidenza del rischio in capo al debitore¹³⁴.

Il legislatore del 1942, in omaggio a quello che da sempre era stato l'orientamento prevalente in dottrina, ha equiparato, ai fini degli effetti, le clausole di limitazione della responsabilità alle clausole di esonero (art. 1229, co. 1, c.c.). E così le argomentazioni favorevoli alla possibilità di sottrarre alla disciplina dei patti di esonero quelli di limitazione della responsabilità furono così abbandonate all'atto della stesura dell'art. 1229 c.c., non tanto per il timore che il divieto potesse essere eluso per mezzo della fissazione di una somma irrisoria da corrispondere a titolo di risarcimento¹³⁵, quanto per l'atteggiamento di sfavore verso le clausole di irresponsabilità che si è andato nel tempo consolidando.

Secondo l'interpretazione immediatamente successiva all'entrata in vigore del codice del 1942, la differenza tra le clausole di esonero e quelle di limitazione - equiparate ai fini degli effetti del divieto - va individuata nella circostanza per la quale, mentre le clausole di esonero incidono sul criterio sostanziale di ripartizione del peso economico del danno, quelle limitative, nel fissare un limite alla responsabilità debitoria, trasferiscono sul creditore parte del peso economico del danno stesso.

¹³⁴ «Le cd. clausole (qualitativamente) limitative hanno per scopo di predeterminare ad ogni evenienza il valore del carico: come tali, e cioè nel senso di una valutazione preventiva contrattuale dell'oggetto del trasporto, non debbono essere sottoposte a nessun limite di validità e di efficacia; mentre è d'altronde logico che la prestazione del caricatore sia commisurata all'esistenza o meno di questa preventiva valutazione»; così Lefebvre D'Ovidio, *L'art. 416 cod. comm. e la validità delle clausole di esonero nei trasporti marittimi*, in *Riv. dir. comm.*, 1938, II, p. 221.

¹³⁵ Timore prospettato da taluni sotto la vigenza del codice abrogato; cfr. in particolare Franceschelli, *Le clausole di irresponsabilità nei trasporti marittimi ed il problema della protezione del contraente più debole nei contratti a serie*, in *Riv. dir. nav.*, 1938, I, p. 339.

In altre parole, mentre le clausole di esonero attengono all'*an debeatur*, quelle limitative riguardano il *quantum* del risarcimento.

Se l'art. 1229 c.c. ha risolto il problema dell'ambito di applicazione del divieto, non ha però specificato cosa debba intendersi per "responsabilità" ma, secondo il prevalente orientamento, si tratterebbe «*di uno strumento del linguaggio giuridico che racchiude, in funzione semantica, una complessa disciplina; e cioè un'espressione sintetica che riassume una normativa*»¹³⁶.

La locuzione in definitiva sarebbe riferita non solo all'obbligo del risarcimento del danno da parte del debitore inadempiente ma a tutte le conseguenze che derivano dall'inadempimento; sì che saranno affette da nullità anche le clausole che limitano o escludono l'azione di risoluzione *ex art.* 1453, nei casi di dolo o colpa grave¹³⁷.

Con riguardo in particolare a tale ultima ipotesi, giova rilevare che il patto volto ad escludere l'azione di risoluzione vanificherebbe la garanzia generica di cui all'art. 2740 c.c., senza considerare che talvolta lo strumento per tutelare le ragioni del creditore insoddisfatto è proprio la risoluzione (oltre che il recesso); del resto l'art. 1453 c.c. è considerato norma inderogabile¹³⁸.

Le clausole di limitazione della responsabilità¹³⁹ pongono poi un problema interpretativo rispetto alla clausola penale, che ai

¹³⁶ Benatti, *op. cit.* p. 67; contr. Maccarone, *Articolo 1229, op. cit.*, p. 154, secondo il quale le clausole limitative avrebbero ad oggetto solo il *quantum* del risarcimento e giammai altri effetti dell'inadempimento.

¹³⁷ In tal senso Bianca, *Dell'inadempimento delle obbligazioni, op. cit.* p. 405; Delfini, *I patti sulla risoluzione per inadempimento*, Milano 1998, p. 25; De Nova, *Il contratto ha forza di legge*, Milano, 1993, p. 37.

¹³⁸ Cfr. Bianca, *Dell'inadempimento delle obbligazioni, op. cit.*, p. 406.

¹³⁹ Si rileva un problema di coordinamento anche tra le clausole di limitazione della responsabilità e quelle che modificano convenzionalmente la disciplina della responsabilità, come le clausole compromissorie (art. 808 c.p.c.). Su tale

sensi dell'art. 1382 c.c., produce l'effetto di limitare il risarcimento della prestazione promessa, nel caso in cui non sia stata pattuita la risarcibilità del danno ulteriore. La *ratio* della norma è, evidentemente, non solo quella di rafforzare le ragioni del creditore, che potrà chiedere il pagamento della penale in caso di inadempimento della prestazione principale, ma anche quella di determinare preventivamente l'entità del danno. Se nell'ambito di entrambe le norme, l'art. 1229 c.c. - nelle ipotesi di clausole limitative - e l'art. 1283 c.c. - per le clausole penali - viene preventivamente pattuito l'ammontare del danno risarcibile, la differenza delle disposizioni si sostanzia nelle diverse finalità perseguite e così, mentre la prima milita a favore del debitore, limitandone la responsabilità, la seconda è pattuita nell'interesse del creditore poiché rafforza il vincolo giuridico con la liquidazione preventiva e forfettaria del danno¹⁴⁰.

Nonostante il differente modo di operare della clausole penale e di quella di limitazione della responsabilità, si è prospettato però il dubbio sull'applicabilità della prima anche in caso di inadempimento doloso o colposo.

questione v. *Codice civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, a cura di G. Perlingieri e G. Carapezza Figlia, agg., Napoli, 2016, *sub* art. 1229, p. 528, che dà conto di una pronuncia sulla validità di una clausola compromissoria inserita in un contratto di assicurazione che prevedeva l'obbligo di corresponsione dell'onorario per l'arbitro in capo a ciascuna parte, indipendentemente quindi dall'esito della controversia. Detta clausola è stata considerata nulla perché «limitativa del diritto dell'assicurato ad essere sollevato dalle conseguenze pregiudizievoli del sinistro, esponendolo (soprattutto nelle controversie di modesto valore) all'esborso di rilevanti somme per gli onorari degli arbitri, non proporzionate a quelle riconosciutegli a titolo di risarcimento dei danni dedotti, e dissuadendo quindi dal ricorrere all'arbitrato, con conseguente favore per i comportamenti dilatori dell'assicuratore e pregiudizio per il diritto di difesa dell'assicurato» (Cass., 21 gennaio 2010, n. 1007, in *Riv. Dir. Comm.*, 2011, II, p. 453, con nota di Zinno, *La clausola compromissoria nel contratto di assicurazione*.)

¹⁴⁰ De Nova, *Le clausole penali e la caparra confirmatoria*, in *Trattato dir. priv.*, diretto da Rescigno, Torino, 1982, X, p. 307; Trimarchi, *La clausola penale*, Milano, 1954, p. 17 ss.

Secondo l'orientamento prevalente, ferme restando le differenze di cui sopra, la clausola penale sarebbe comunque soggetta al divieto dell'art. 1229 c.c.; diversamente verrebbe infatti vanificata la funzione della norma, volta a rafforzare il vincolo obbligatorio¹⁴¹. Tale impostazione è in linea con quanto affermato dalla Corte Cost. n. 420/1991, che ha individuato nella disposizione di cui all'art. 1229 c.c. un principio di ordine generale, inderogabile¹⁴².

Altra parte della dottrina ritiene invece che la clausola penale sia soggetta al divieto di cui all'art. 1229 c.c., solo laddove, all'esito di una valutazione che non può che essere successiva al manifestarsi dell'evento dannoso, risulti che l'importo pattuito sia inferiore al danno risarcibile. Secondo questa impostazione, pertanto, poiché la limitazione della responsabilità sarebbe, nel caso della clausola penale, meramente ipotetica ed eventuale, l'art. 1229 c.c. non troverebbe cittadinanza in questa fattispecie¹⁴³.

In definitiva, sul difficile coordinamento tra clausola penale e l'art. 1229 c.c., risulta significativo il contributo della giurisprudenza. Essa ha infatti chiarito la distinzione tra le clausole pattuite nell'interesse del creditore per liquidazione preventiva e forfettaria del danno, e pattuizione che, nell'intento di eludere l'art.

¹⁴¹ In tal senso, Benatti, op. cit., p. 66; Bianca, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, cit. p. 483; Alpa-Bessone, *I fatti illeciti*, in *Trattato dir. priv.*, diretto da Rescigno, vol. XIV, Torino, 1982, p. 272; Delogu, *Le modificazioni convenzionali della responsabilità civile*, Padova, 2000, p. 162; Auletta, *Limitazioni di responsabilità del vettore marittimo*, in *Riv. dir. nav.*, 1952, I, p. 180.

¹⁴² Si rinvia al paragr. 5.

¹⁴³ Per un approfondimento sul coordinamento tra la clausola penale e l'art. 1229 c.c. v. Marini, *La clausola penale*, Napoli, 1984, p. 119; De Cupis, *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*, Milano, 1996, I, p. 448; Magazzù, voce *Clausola penale*, in *Enc. Dir.*, VII, 1960, p. 188; Mazzaresse, *Clausola penale*, in *Cod. civ. Comm. Schlesinger*, Milano, 1999, p. 483 ss.; Trimarchi, op. cit., pag. 137, secondo il quale quando le parti intendano realizzare solo una liquidazione preventiva del danno risarcibile, la clausola è sempre valida, qualunque sia il suo ammontare.

1229 c.c., fissano invece, a carico del contraente inadempiente, una prestazione d'entità a tal punto irrisoria da escludere, in sostanza, la sua responsabilità per dolo o colpa grave¹⁴⁴. Si configurerebbe in tal modo una frode all'art. 1229 c.c.

8. *Indagine sulla rilevanza, a fini ricostruttivi, di altre disposizioni contenenti limiti all'esonero o alla limitazione della responsabilità del debitore.*

Il principio enunciato dall'art. 1229 c.c. si rinviene anche in altre disposizioni del codice, come accade nell'ambito dell'art. 1713 c.c. che prevede un obbligo di rendiconto del mandatario, obbligo del quale egli, ai sensi del secondo comma del medesimo articolo, potrà essere preventivamente dispensato, fatta eccezione però per le ipotesi nelle quali il medesimo sia tenuto a rispondere per dolo o colpa grave. Di palmare evidenza l'applicazione specifica di quanto disposto dal primo comma dell'art. 1229 c.c., diversamente da quanto invece si deduce dalla lettura dell'art. 1838 c.c. che, in tema di contratti bancari, nel disciplinare il deposito di titoli in amministrazione, all'ultimo comma, sancisce la nullità del patto col quale la «*banca si esonera dall'osservare, nell'amministrazione dei titoli, l'ordinaria diligenza*»; il riferimento alla diligenza integra gli estremi della colpa lieve.

La norma, in linea con l'atteggiamento di disfavore per le clausole di irresponsabilità, proprio del Legislatore del 1942, deroga, in senso restrittivo, al principio di cui al primo comma dell'art. 1229 c.c. laddove pone come limite dell'esonero l'ordinaria diligenza in luogo del dolo o della colpa grave. Ai fini dell'individuazione dei motivi che sottendono tale discostamento dal dettato dell'art. 1229 c.c., giova dar conto della Relazione al

¹⁴⁴ Cass., 2 giugno 1992, n. 6716, in *Rep. Giur. it.*, voce *Obbligazioni e contratti*, n. 298; Cass. 3 dicembre 1993, n. 12013, in *Rep. Giur. it.*, voce *ult. cit.*, n. 336 e in *Giust. civ.*, 1994, I, 1247, con nota di Corsale, *Clausola penale stabilita in misura inferiore al tasso legale degli interessi*.

codice che giustifica il rigore della norma con lo scopo del contratto *«che ha nella sua essenza la finalità di porre a carico della banca la cura di amministrare i titoli e le conseguenze di ogni trascuratezza in cui può fare incorrere l'attività relativa. Senza tale responsabilità i depositanti preferirebbero depositare i titoli in cassette di sicurezza»*.

È stato rilevato che tale spiegazione non individuerrebbe la ragione giustificatrice della deroga, che invece dovrebbe essere identificata nell'esigenza di garantire idonea protezione ai creditori, effetto che non si otterrebbe con la circoscrizione della nullità ai soli patti di esonero per dolo o colpa grave *«quando tali patti sono imposti da un contraente forte come nelle ipotesi di deposito di titoli in amministrazione: in questo caso un'adeguata tutela ai risparmiatori richiede che venga precluso alla banca di esonerarsi da responsabilità anche per colpa lieve¹⁴⁵»*.

L'obiezione non convince nella misura in cui si consideri che sede elettiva delle clausole di esonero e limitazione della responsabilità – e dunque della relativa disciplina (art. 1229 c.c.) - è quella dei contratti di massa, che vedono tendenzialmente come parti un contraente “forte” ed uno “debole”; inoltre se si dà seguito a quanto osservato sul fondamento dell'art. 1229 c.c., con riguardo all'osservanza dell'impegno assunto da parte del debitore e quindi alla tutela del credito, si deve ritenere che sia coerente con il sistema la previsione di norme nelle quali il principio dettato assuma connotati di maggior rigore, nei casi in cui la specificità dell'oggetto dell'obbligazione richieda la piena assunzione della responsabilità del debitore (*rectius* non consenta un'abdicazione dalla responsabilità se non per il fortuito).

Sembrerebbe quindi, che la diversità della disposizione dell'ultimo comma dell'art. 1838 c.c. rispetto all'art. 1229 c.c. trovi la sua ragion d'essere nella natura del contratto nella quale essa opera che vede la sua giustificazione causale, oltre che nel

¹⁴⁵ L'osservazione è di Benatti, *op. cit.*, p. 50.

deposito, nell'amministrazione dei titoli, con la conseguenza che la modificazione della responsabilità svuoterebbe di contenuto l'obbligazione stessa¹⁴⁶.

Ancora più difficile si presenta il coordinamento tra l'art. 1229 c.c. e l'art. 1487 c.c. che, come è stato giustamente osservato, pone i medesimi problemi dell'art. 1266 c.c.¹⁴⁷, poiché entrambi, seppur in materie diverse, regolano la limitazione della garanzia, escludendo che possa operare anche per le ipotesi imputabili ad “*un fatto suo proprio*”, rispettivamente del venditore e del cedente.

L'art. 1487 c.c. prevede che «*le parti possono aumentare o diminuire la garanzia e possono altresì pattuire che il venditore non sia soggetto a garanzia alcuna*»; la disposizione è completata dal successivo art. 1488 c.c., rubricato «*effetti dell'esclusione della garanzia*», in virtù del quale, laddove venga esclusa la garanzia non troveranno applicazione gli artt. 1479 e 1480 c.c., con la conseguenza che, in caso di evizione, il compratore potrà pretendere solo la restituzione del prezzo pagato e il rimborso delle spese. Dalla lettura in combinato disposto degli artt. 1487 c.c. e 1488 c.c. si evince che non siano ammessi casi di esclusione di responsabilità ma solo di limitazione di essa, considerato che nemmeno per accordo tra le parti possano essere esclusi gli effetti restitutori del contratto¹⁴⁸.

L'art. 1487 c.c., nel dichiarare nullo, all'ultimo comma, il patto che libera il venditore dalla garanzia per evizione derivante da fatto suo proprio, non sostituisce la norma dettata in sede generale (art. 1229 c.c.), ma anzi ne integrerebbe la disciplina¹⁴⁹.

¹⁴⁶ Ma il tema di indagine si sposta a questo punto su un'altra questione, quella inerente al sottile confine tra le clausole di esonero e quelle di delimitazione dell'oggetto, problema sul quale si tornerà in seguito.

¹⁴⁷ Il riferimento è ancora a Benatti, *op. cit.* p. 51.

¹⁴⁸ Sul punto cfr. *o.u.c.*

¹⁴⁹ Sul tema si veda Bianca, *La vendita e la permuta*, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da Vassalli, Torino, 1972, p.793 ss.; Rubino, *La compravendita*, *Tratt. dir. civ. e comm.*, diretto da Cicu e Messineo, Milano, 1962, p. 736; contra De Martino, *Evizione*,

L'ipotesi di cui all'art. 1487, secondo comma, c.c., seppur complementare, è distinta da quella di inadempimento per dolo o colpa grave prevista dall'art. 1229 c.c., e, pertanto, il patto di diminuzione o esclusione della garanzia può concernere solo il risarcimento del danno e l'obbligazione di indennizzo del valore dei frutti restituiti, ma non l'obbligazione del venditore di restituire il prezzo. Criptico però il significato da attribuire all'inciso secondo il quale «*il venditore è sempre tenuto per l'evizione derivante da un fatto suo proprio*», di cui all'art. 1487, ult. co., c.c.

La dottrina, nell'intento di chiarire il significato della locuzione "fatto proprio", ha previamente valutato se il comportamento del debitore dovesse essere anteriore al contratto¹⁵⁰ o se rilevasse anche quello posteriore¹⁵¹. Di là da tale questione, che sembra preferibile risolvere nel senso da ultimo prospettato¹⁵², avverso la tesi in virtù della quale l'art. 1487 secondo comma c.c. farebbe riferimento al dolo, è stato obiettato che si creerebbe in tal modo un contrasto con l'art. 797 n. 2 c.c., che opera una distinzione tra il dolo e il fatto personale del donante, indicando, alternativamente, queste due come ipotesi di necessaria garanzia per evizione della cosa donata. La critica è di scarso rilievo perché gli artt. 797 n. 2 e 1487 comma secondo, c.c.,

Noviss. Dig., p. 1045 ss., secondo cui nelle fattispecie di evizione l'art. 1229 c.c. non sarebbe applicabile; Delogu, *Modifiche convenzionali delle garanzie*, in *La vendita*, IV, *Garanzie e inadempimento*, a cura di Bin, 2, Padova, 1996, p. 947 ss.; Longobucco e Capobianco, *Modificazioni convenzionali del regime legale della responsabilità del venditore*, in *Domenico Rubino*, II, *Singole fattispecie negoziali*, a cura di P. Perlingieri e Polidori, Napoli, 2009; Rubino, *Singole fattispecie negoziali*, II, Napoli, 2009, p. 572 ss.

¹⁵⁰ In tal senso Rubino, *La compravendita*, *op. cit.*, p. 745 ss.

¹⁵¹ Il caso è quello della doppia alienazione nell'ipotesi in cui il secondo acquirente prevalga per aver trascritto per primo, ovvero per aver acquisito in buona fede il possesso della cosa venduta.

¹⁵² La tesi è sostenuta da Bianca, *La vendita e la permuta*, *op. cit.*, p. 880.

sono stati in dottrina sempre equiparati¹⁵³ cosicché, l'art. 797 n. 2, lungi dall'essere argomentazione contraria, confermerebbe invece che il "fatto proprio" di cui all'art. 1487 secondo comma c.c. sia senza dubbio ascrivibile al dolo.

Questa conclusione lascia però aperto il problema relativo all'estensione degli effetti dell'esclusione della garanzia anche ai casi di colpa grave, risolto in senso positivo da chi ha inteso che la disposizione fosse una conferma (forse superflua) dell'art. 1229 c.c.¹⁵⁴. L'impostazione è stata tacciata di eccessivo «*concettualismo*» per non aver adeguatamente esaminato i limiti entro i quali trova applicazione l'art. 1229 c.c. nelle diverse norme, attribuendo *sic et simpliciter* valore preminente alla disposizione generale per evitare la presenza di disarmonie nel sistema. Ed allora nel sostenere l'indipendenza dell'art. 1487 c.c. dall'art. 1229 c.c., tale orientamento milita nel senso che la nullità dei patti di esonero dalla garanzia per evizione debba essere circoscritta alle sole ipotesi di dolo¹⁵⁵.

A ben veder però, la garanzia - sia quella per evizione sia quella per vizi della cosa - ha la funzione di eliminare lo squilibrio determinato "dall'inadempimento" del venditore, funzione che sarebbe vanificata se fosse consentito al venditore di non garantire l'evizione nel caso di colpa grave. Del resto anche ragioni di ordine

¹⁵³ Cfr. Carnevali, *Le donazioni*, in *Tratt. Rescigno*, VI, Torino, 2000, II ed., p. 577; Torrente, *La donazione*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, II ed., Milano 2006, p. 623, il quale precisa che «*la riconduzione della responsabilità per evizione dipendente da dolo o da fatto personale del donante nell'orbita della responsabilità per inadempimento permette di escludere, in applicazione del principio generale posto nell'art. 1229 c.c., la validità del patto che esoneri il donante dalla garanzia nel caso di dolo o fatto personale, in conformità, del resto, di ciò che è stabilito per la vendita dall'art. 1487, secondo comma, codice civile*»; in tal senso anche Rubino, *La compravendita*, *op. cit.*, p. 583.

¹⁵⁴ Nel senso dell'inclusione delle ipotesi di colpa grave Rubino, *La compravendita*, *op. cit.* p. 736. L'art. 1229 c.c. integrerebbe quindi la disposizione di cui all'art. 1847 secondo comma c.c.

¹⁵⁵ La critica è di Benatti, *op. cit.*, p. 57.

sistematico impongono una equiparazione tra l'art. 1229 c.c. e il 1487 secondo comma c.c., ovvero una deroga del secondo al primo nel senso di maggior rigore, posto che la norma disciplina la garanzia che il venditore deve prestare sulla qualità giuridica del bene alienato, che anzi imporrebbe una regola ancora più stringente; ad ulteriore conferma basti pensare che, come già precisato, sono ammesse solo le clausole di limitazione e non anche quelle di esonero.

A mente di chi scrive, dunque, la locuzione «fatto proprio» è sicuramente riferibile a comportamenti dolosi, ai quali non possono che essere equiparati quelli gravemente colposi, per i motivi sui quali ci si è diffusamente soffermati relativamente alla questione dei patti di irresponsabilità. Del resto tale equiparazione è stata consacrata dal Legislatore del 1942 con la formulazione dell'art. 1229 c.c.¹⁵⁶, integrato, in materia di compravendita, dall'art. 1487 c.c.

In realtà il «fatto proprio» sia del cedente (art. 1266 c.c.) sia del venditore (1487 c.c.) sembra evocare qualsiasi fatto ascrivibile a tali soggetti, seppure imputabile ad una minima negligenza.

È stato così sostenuto che, proprio perché l'art. 1487 c.c. non è un'inutile ripetizione dell'art. 1229 c.c., il «fatto proprio» non implica necessariamente gli estremi del dolo o della colpa, ma si

¹⁵⁶ Interessante sul punto la ricostruzione offerta da Benatti, *op. cit.*, p. 52, sull'origine dell'art. 1487, secondo comma, c.c. che affonda le sue radici nell'art. 1622 cod. Nap., che, a sua volta riprende una regola enunciata da Domat e Pothier. Secondo quest'ultimo l'esclusione convenzionale della garanzia per evizione non sarebbe valida nell'ipotesi di fatto del venditore, «*car il serait contre le bonne foi que le vendeur, qui ne peut ignorer son propre fait, exposat l'acheteur aux evictions que peu vent arriver par son fait*», in *Traité de la vente*, n. 184; mentre Domat, in *Les loix civiles dans leur ordre naturel*, I, 2, sect. 10, n. 8, giustifica la regola, sempre secondo la ricostruzione del Benatti, invocando il passo di Ulpiano da cui trae origine la disciplina sulle clausole di irresponsabilità, cosicché se il venditore sa già che a causa del suo comportamento non si potrà verificare l'effetto traslativo e nonostante questo pattuisce l'esonero da garanzia, avrà agito con dolo.

estende anche alle ipotesi di errore scusabile¹⁵⁷, ciò vuol dire che possa verosimilmente essere esteso anche alle ipotesi di colpa lieve.

Anche rispetto alla nullità per le clausole di esonero o di limitazione della garanzia nel caso di vizi taciuti dal venditore (art. 1490, secondo comma, c.c.) si è posto il problema relativo al coordinamento con l'art. 1229 c.c. Sul punto vi è chi ha ritenuto che il principio di cui all'art. 1229 c.c. fosse stato riprodotto dal legislatore nell'art. 1490 c.c., con la conseguenza che alla «mala fede» dovesse essere equiparata la colpa grave¹⁵⁸.

È stato però obiettato che l'art. 1490, II comma c.c. non si colloca nell'area dell'art. 1229, c.c., in quanto la prima norma disciplina il patto di esonero dalla garanzia, mentre la seconda prevede il patto di esclusione della responsabilità per inadempimento: garanzia e responsabilità per inadempimento in senso tecnico sono concetti distinti.

In tale fattispecie dunque, la clausola di esenzione sarebbe una limitazione dell'impegno traslativo del venditore, il quale nell'esonerarsi dal promettere che il bene abbia determinati requisiti, eviterebbe di essere inadempiente al presentarsi di determinati difetti. In altre parole, il venditore alienerebbe il bene, senza promettere che esso abbia determinati requisiti di qualità o integrità. Secondo questa impostazione, l'eventuale difetto del bene non integrerebbe un inadempimento, ragion per cui non troverebbe cittadinanza la disciplina di cui all'art. 1229 c.c., e la clausola di esonero per vizi sarebbe nulla solo quando il debitore sia in malafede (art. 1490, 2° co.) e non anche nel caso di colpa grave¹⁵⁹.

In senso contrario si è schierato chi ha ritenuto che questa conclusione sia incompatibile con l'origine storica dell'art. 1490

¹⁵⁷ Bianca, *op. cit.*, p. 880.

¹⁵⁸ V. Galgano, *Vendita (Diritto privato)*, in *Enc. dir.*, XLVI, Milano, 1993, pp. 484 e ss.

¹⁵⁹ Cfr. Bianca, *op. cit.*, p. 918.

c.c. e contrasterebbe con la struttura del contratto di compravendita, perché, nello scambio del bene dietro corrispettivo del prezzo, è inclusa la garanzia dell'idoneità della cosa all'uso per il quale è preposta e l'esclusione o la limitazione di essa, realizzerebbe un'ipotesi di esonero o limitazione della responsabilità ai sensi dell'art. 1229 c.c.¹⁶⁰

L'A. a cui ci si riferisce esamina, per poi contestarle, le argomentazioni addotte a sostegno della rilevanza del mero dolo e non anche della colpa grave, sostenute da autorevole dottrina¹⁶¹, in virtù delle quali l'art. 1490, secondo comma c.c., costituirebbe una di quelle eccezioni alla regola della buona fede precontrattuale *ex* art. 1337 c.c., come gli artt. 1812 e 1821, secondo comma c.c. che prevedono che il comodante e il depositante a titolo gratuito siano obbligati ad avvisare, rispettivamente, il comodatario e il depositario dei soli vizi conosciuti. Di talché anche il venditore sarebbe tenuto a comunicare solo i vizi conosciuti e non anche quelli conoscibili secondo la buona fede.

E così nell'indagare sull'origine della norma, che affonda le sue radici nell'art. 1500 del codice abrogato¹⁶², nonché nell'art. 1643 cod. Nap., secondo cui i patti sono nulli solo nell'ipotesi di dolo del venditore, egli sostiene che il legislatore non si sia reso conto della disarmonia del sistema (tra l'art. 1229 c.c. e il 1490 c.c.), avendo previsto per la vendita una disciplina meno rigorosa. Ma, nonostante tale riflessione, conclude per aderire

¹⁶⁰ L'osservazione è di Benatti, *op. cit.* p. 59, il quale - sulla base di questi rilievi, nel valutare la rilevanza della colpa grave - riporta il pensiero di Rubino, *La compravendita, cit.*, p. 865, secondo cui «l'espressione "ha in mala fede taciuto" significa anzitutto che il venditore deve essere stato a conoscenza del vizio. Ma significa anche che deve averlo taciuto dolosamente, a ragion veduta, per trarre in inganno il compratore. Non ricorre la mala fede, invece, se il venditore, pur conoscendo i vizi, li ha taciuti al compratore per semplice colpa: ad esempio, per mera dimenticanza».

¹⁶¹ Betti, *Teoria generale delle obbligazioni*, I, Milano, 1953, p. 86.

¹⁶² In virtù del quale il venditore è «obbligato per vizi occulti quantunque non gli fossero noti, eccetto che avesse stipulato di non essere in questo caso tenuto ad alcuna garanzia».

all'impostazione che vede quale unico limite il dolo, sulla base della lettura della Relazione all'art. 1579 c.c., in tema di garanzia per vizi della cosa locata, nella quale è precisato che si tratta di un'*«applicazione dell'art. 1229 c.c., comma I, ma con una restrizione: per l'art. 1229, comma I, sono nulle le clausole di esonero della responsabilità per dolo o colpa grave. Nell'art. 1579 si contempla la sola mala fede del responsabile quale causa di nullità della clausole limitativa»*.

Sostiene in definitiva che sul piano sistematico si rende necessaria un'equiparazione tra l'art. 1579 c.c. e il 1490 c.c., e quindi anche nel secondo caso la nullità del patto è circoscritta al dolo.

Resta però da chiedersi se l'armonia del sistema non imponga invece l'adeguamento dell'art. 1490 c.c., più che all'art. 1579 c.c., all'art. 1229 c.c. che, come sostenuto, detta un principio generale. Di là dal dato testuale della norma¹⁶³, si potrebbe quindi affermare che l'art. 1490 c.c., per non violare il principio di cui all'art. 1229 c.c., debba essere letto nel senso che siano nulli anche i patti frutto di colpa grave del venditore.

Inoltre, riprendendo l'impostazione di cui sopra, secondo la quale l'art. 1490 secondo comma c.c. debba essere interpretato alla luce dell'art. 1337 c.c., sembra che la conclusione aprioristica, in virtù della quale l'art. 1490 c.c. costituirebbe un'eccezione alla regola, non sia stata adeguatamente giustificata, con la conseguenza che sarebbe più corretta una lettura della norma alla luce del principio di buona fede, che imporrebbe l'estensione del divieto sicuramente alla colpa grave ma probabilmente anche alla colpa lieve.

Non convince la critica, che sul punto è stata sollevata, secondo la quale sarebbe inaccettabile interpretare l'art. 1490

¹⁶³ Nel senso di un'interpretazione letterale della norma che ne circoscrive l'operatività alle sole ipotesi di dolo, Rubino, *La compravendita, op. cit.*, p. 595 ss.

secondo comma c.c. in modo più rigido rispetto all'art. 1229 c.c.¹⁶⁴ Infatti, la regola dettata da quest'ultimo, se si considera il disfavore per le clausole di irresponsabilità che permea il codice civile, vincola nel senso che non ci si possa discostare da essa in "*peius*" (cioè in senso favorevole per chi viene esonerato da responsabilità) ma non in "*melius*" (ovverosia rafforzando il risultato cui tende la norma). Non si può inoltre non tener conto delle ragioni di equità che hanno ispirato non solo la formulazione dell'art. 1229 c.c., ma anche la disciplina della garanzia per vizi ed evizione nella compravendita. Un'interpretazione secondo ragionevolezza, alla luce di buona fede ed equità, porta a discostarsi dal dato letterale, *strictu sensu* inteso, e a considerare il «*mala fede*», di cui all'art. 1490 c.c., comprensivo sia del dolo che della colpa grave, ma probabilmente anche dalla colpa lieve.

Del resto esempi di deroga all'art. 1229 c.c. in senso più restrittivo sono dati dall'art. 1838 c.c. di cui sopra e, in parte, sulla base delle considerazioni già formulate, dall'art. 1487 c.c.

Indubbiamente non può essere taciuta la diversità strutturale tra patti di esonero da responsabilità per l'inadempimento (che assume le vesti di fatto futuro rispetto alla conclusione del contratto) e patti volti a garantire l'assenza di vizi (dunque antecedenti al contratto) in beni oggetto di compravendita o locazione. Questo il motivo per il quale invece di ritenere che, trattandosi di concetti distinti, non si applichi l'art. 1229 c.c., se ne deve sottolineare la natura di principio generale al quale non si può dunque derogare, se non in senso più rigoroso, laddove necessario per la realizzazione del fine che detta regola vuole garantire per ragioni di utilità sociale¹⁶⁵.

¹⁶⁴ Benatti *op. cit.*, p. 59, dove afferma, che «*argomentando dall'art. 1337 c.c., si attribuirebbe rilevanza non solo alla colpa grave, ma pure a quella lieve (cfr. art. 1338), pervenendo così all'inaccettabile risultato di considerare l'art. 1490, comma II, una norma più rigida dell'art. 1229, comma I*».

¹⁶⁵ Si rimanda a quanto già precisato circa il fondamento della disposizione.

Coerentemente con quanto affermato giova rilevare che nel codice vi sono altri esempi di deroga restrittiva dell'art. 1229 c.c., in particolare per quanto riguarda la materia del trasporto, laddove, l'art. 1861 c.c. dispone la nullità delle clausole che limitano la responsabilità del vettore per i sinistri che colpiscono il viaggiatore, estendendo, in virtù del terzo comma, il medesimo divieto, ai contratti di trasporto a titolo gratuito.

Non è controvertibile in dubbio che la norma escluda la liceità della limitazione e dell'esonero da responsabilità anche per i casi di inadempimento dovuto a colpa lieve, derogando in modo restrittivo al primo comma dell'art. 1229 c.c. e costituisce quindi applicazione del principio di cui al secondo comma dell'art. 1229 c.c. *«perché le norme che pongono obblighi e responsabilità del vettore nel trasporto di persone sono – in quanto dirette ad assicurare l'incolumità fisica dei soggetti trasportati – sicuramente di ordine pubblico»*¹⁶⁶.

9. *L'operatività delle norme di cui all'art. 1229 c.c. in caso di clausola di esonero o limitativa della responsabilità ad esse contraria. La nullità parziale.*

L'art. 1229 c.c. investe il tema della nullità parziale del contratto, sancita dall'art. 1419 c.c., in virtù del quale *«la nullità parziale di un contratto o la nullità di singole clausole importa la nullità*

¹⁶⁶ Cfr. Bessone, *op. cit.*, p. 22. L'A. nel confrontare questa disciplina con quella di cui agli artt. 1683 c.c. e ss., sul trasporto di cose, che ammette l'apposizione di clausole di limitazione o di esonero della responsabilità, valide quindi nei limiti previsti dall'art. 1229 c.c., evidenzia come, nonostante in materia di trasporto di persone il regime delle clausole di irresponsabilità sia più rigoroso nei confronti del vettore, la regola di imputazione della responsabilità è complessivamente più favorevole rispetto al regime di esse nel trasporto di cose. In quest'ultimo caso infatti il vettore è liberato solo se fornisce la prova positiva del fortuito o degli altri fatti indicati dall'art. 1693 c.c., mentre il vettore di persone si libera provando di aver adottato tutte le misure idonee ad evitare il danno, secondo quanto disposto dall'art. 1681 c.c.

dell'intero contratto, se risulta che i contraenti non lo avrebbero concluso senza quella parte del suo contenuto che è colpito da nullità». Il problema dunque è quello di stabilire se la nullità di una clausola di esonero o limitazione della responsabilità travolga l'intero regolamento negoziale o lasci in vita il contratto, in ragione del principio *utile per inutile non vitiatur*.

La regola di cui all'art. 1419 c.c. si ispira al principio di conservazione dell'atto, e più nello specifico al rispetto dell'autonomia privata¹⁶⁷, con la conseguenza che la nullità di una clausola investe l'intero contratto solo in casi eccezionali.

Ai fini dell'individuazione della sorte del contratto a fronte della nullità di una sua clausola, è necessario verificare se le parti avrebbero, senza la limitazione o l'esclusione della responsabilità, ugualmente concluso il contratto. Il giudizio in ordine al carattere essenziale della clausola deve basarsi, secondo l'orientamento maggioritario¹⁶⁸, su una valutazione oggettiva e non soggettiva, avendo riguardo agli interessi dedotti, nel senso di verificare se, eliminata la clausola nulla, il consenso prestato dalle parti avrebbe ancora ragion d'essere. Si è così sostenuto, in giurisprudenza *«che in caso di nullità parziale di un contratto, l'indagine diretta a stabilire se la pattuizione nulla debba ritenersi essenziale va condotta con criterio oggettivo, con riferimento alla perdurante utilità del contratto rispetto agli interessi con esso perseguiti. La prova che le parti non avrebbero concluso il contratto senza quella parte affetta da nullità deve essere fornita dall'interessato»*¹⁶⁹.

Ne consegue che l'indagine sull'essentialità della clausola si fonda non solo sull'apprezzamento degli interessi perseguiti dalle parti al momento della conclusione del contratto (e quindi sulla

¹⁶⁷ Galgano, *Diritto civile e commerciale*, II, Padova, 1990, 319.

¹⁶⁸ Gazzoni, *op. cit.*, p. 970 e 971; Roppo, *Il contratto*, Milano, 2001, p. 865; Di Marzio, *La nullità del contratto*, Padova, 1999, p. 408; Criscuoli, *La nullità parziale del negozio giuridico*, Milano, 1959, p. 7 ss.

¹⁶⁹ Così Cass. 10 marzo 1995, n. 2340, in *Giust. civ.*, 1995, I, p. 2348.

causa in concreto di esso), ma sul giudizio di utilità dell'atto privo della clausola nulla¹⁷⁰.

Di là da queste osservazioni di ordine generale, la peculiarità della norma dettata dall'art. 1229 c.c. impone un'ulteriore riflessione circa l'opportunità, ove ne sussistessero i presupposti, di travolgere l'intero regolamento negoziale. Siffatto effetto caducatorio infatti, produrrebbe risultati contrastanti con il fine ultimo perseguito dall'art. 1229 c.c., in quanto, l'invalidità dell'intero rapporto giuridico consentirebbe al debitore inadempiente di sottrarsi al proprio impegno prestato, godendo in definitiva del beneficio dell'irresponsabilità.

Poiché il debitore raggiungerebbe così il risultato contrario all'esigenza espressa dalla norma, di tutela del credito¹⁷¹, ragioni di ordine sistematico sembrano militare nel senso di privilegiare la soluzione della nullità parziale¹⁷², cioè circoscritta alla sola clausola di esonero o di limitazione della responsabilità¹⁷³.

Del resto se l'art. 1229 c.c. assolve vieppiù ad una funzione di equilibrio contrattuale, la nullità che eventualmente potrebbe interessare un patto di esonero o di limitazione della responsabilità si atteggia come nullità di protezione, nel senso di nullità relativa, posta nell'interesse di una parte contrattuale.

Posto che nell'ambito delle nullità di protezione, la nullità parziale tendenzialmente non si estende all'intero contratto perché contrasterebbe con la funzione stessa della disciplina volta a tutelare il contraente debole che ha interesse a mantenere in vita il

¹⁷⁰ P. Perlingieri, *Manuale di diritto civile*, VII ed. riv., Napoli, 2014, p. 596

¹⁷¹ Bessone, *op. cit.*, p. 11; Bianca, *Dell'inadempimento*, *op. cit.* p. 408.

¹⁷² In senso contrario, Giorgi, *La teoria delle obbligazioni*, Firenze, 1907, p. 68.

¹⁷³ Non è mancato chi ha sostenuto che le clausole di esonero o limitazione della responsabilità non potrebbero mai portare alla nullità dell'intero contratto perché sono patti accessori, la cui operatività è meramente eventuale; così Delogu, *Le modificazioni convenzionali della responsabilità civile*, *cit.*, Padova, 2000, p. 134.

rapporto¹⁷⁴, analogamente la nullità di una clausola di esonero non potrebbe investire l'intero regolamento negoziale senza vanificare la funzione stessa dell'art. 1229 c.c.

Nelle ipotesi in cui la clausola di irresponsabilità sia inserita nell'ambito di condizioni generali di contratto, verrebbe a mancare il «*presupposto-base*» per l'applicazione del primo comma dell'art. 1419 c.c. Infatti, non sarebbe possibile rintracciare la comune volontà delle parti, essendo stato il regolamento contrattuale predisposto unilateralmente¹⁷⁵.

Ma se risulta essere in definitiva più opportuno ritenere che la nullità della clausola di irresponsabilità non travolga l'intero contratto, resta aperta la questione relativa alla possibile applicazione in siffatte ipotesi del secondo comma dell'art. 1419 c.c.

Secondo autorevole dottrina, la nullità dei patti di esonero o limitazione della responsabilità comporterebbe, come conseguenza, la sostituzione della volontà dei contraenti da parte di norme di legge, ai sensi del secondo comma dell'art. 1419 c.c.¹⁷⁶. Infatti, l'art. 1229 c.c. rientrerebbe in quelle ipotesi in cui, a fronte di una disposizione che si limita a sancire la nullità di una clausola, è l'interprete a fondare la sostituzione¹⁷⁷, e non la legge in modo

¹⁷⁴ Come ad esempio l'art. 39 del codice del consumo; v. P. Perlingieri, *Manuale di diritto civile*, Napoli, *cit.*, p. 596.

¹⁷⁵ In tal senso Benatti, *op. cit.*, p. 37; l'A. argomenta in virtù della *ratio* della norma precisando che essa è espressione del principio per cui alla determinazione del contenuto del contratto concorrono le volontà di entrambe le parti. Questo non accade laddove lo schema contrattuale è predisposto da un solo contraente. Precisa poi che ad analoga conclusione, seppur con diversa motivazione, arriva chi qualifica le condizioni generali di contratto come negozio unilaterale.

¹⁷⁶ De Nova, *Nullità relativa, nullità parziale e clausole vessatorie non specificamente approvate per iscritto*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1976, II, p. 488; Trimarchi, *Istituzione di diritto privato*, XVII ed., Milano, 2007, p. 242.

¹⁷⁷ De Nova, *op. cit.*, p. 488.

automatico. La sostituzione «*di diritto*» della volontà delle parti, non opererebbe in virtù di norma imperativa, ma di norma derogabile che, nel caso di clausola in contrasto con l'art. 1229 c.c., sarebbe costituita dalla responsabilità generale della responsabilità per inadempimento, ovvero sia dagli art. 1218 c.c. e 1176, co. 2, c.c., che sono appunto derogabili¹⁷⁸.

In tal modo, per conservare il contratto si renderà inutile l'indagine sulla volontà delle parti, di cui al primo comma dell'art. 1419 c.c.¹⁷⁹

Di contrario avviso altra parte della dottrina che in tale interpretazione ravvisa una forzatura della norma (art. 1419, co. 2, c.c.), nella quale è invece espressamente previsto solo la sostituzione ad opera di norme imperative e non anche da parte di norme dispositive¹⁸⁰.

¹⁷⁸ De Nova *o.l.u.c.*

¹⁷⁹ De Nova, *o.l.u.c.*

¹⁸⁰ Ferri, *Nullità parziale e clausole vessatorie*, in *Riv. dir. comm.*, 1977, II, p. 21; Delogu, *Le modificazioni convenzionali della responsabilità civile*, *op. cit.*, p. 136.

CAPITOLO II

La verifica delle concrete modalità applicative delle norme di cui all'art. 1229 c.c. tra effettivo esonero dalla responsabilità e delimitazione dell'oggetto contrattuale. I limiti dell'autonomia contrattuale tra teoria delle fonti e teoria dell'interpretazione.

SOMMARIO: 1. La postulata differenza tra le clausole di esclusione o limitazione della responsabilità e le clausole di delimitazione dell'oggetto del contratto. 2. La questione relativa alla limitazione della responsabilità della banca nei contratti inerenti il servizio delle cassette di sicurezza. 3. Segue. Il problema dell'esonero da responsabilità per colpa lieve della banca nell'ambito dei contratti inerenti il servizio delle cassette di sicurezza. 4. Il rischio nei contratti di assicurazione tra delimitazione dell'oggetto ed esonero dalla responsabilità. 5. Segue. Le c.dd. clausole *claims made*, tra delimitazione dell'oggetto e limitazione della responsabilità alla luce dell'intervento delle Sezioni Unite della Cassazione. 6. L'operatività del divieto di cui all'art. 1229 c.c. nei contratti atipici. Qualificazione e interpretazione del regolamento di interessi. 7. Segue. Operatività del divieto nei contratti atipici di parcheggio e di ormeggio. 8. Segue. Osservazioni conclusive sul criterio di imputazione della responsabilità *ex recepto* nelle ipotesi di esonero o limitazione di essa. 9. Le clausole di esonero e limitazione di responsabilità nei contratti *standard* e il coordinamento dell'art. 1229 c.c. con il Codice del Consumo.

1. *La postulata differenza tra le clausole di esclusione o limitazione della responsabilità e le clausole di delimitazione dell'oggetto del contratto.*

L'autonomia negoziale, vincolata ai limiti inderogabili sanciti dall'art. 1229 c.c., si espande nuovamente nel caso in cui, invece di essere limitata la responsabilità, sia definito (ovvero specificato) l'oggetto del contratto¹⁸¹.

Posto che il codice non fornisce una nozione univoca di oggetto, identificandolo a volte con la *res*, altre con la prestazione, si può ritenere che esso sia l'espressione degli interessi delle parti¹⁸². Più in generale, l'oggetto «*costituisce il contenuto dell'accordo*»¹⁸³, e quindi l'intero programma negoziale voluto dai contraenti; in altre parole si riferisce all'insieme di diritti ed obblighi di ciascuna parte.

Così delineato l'oggetto del contratto, risulta chiara la distinzione ontologica tra clausole di delimitazione di esso e clausole di esclusione o limitazione della responsabilità. Infatti, queste ultime hanno la funzione di disciplinare diversamente la responsabilità del debitore in caso di inadempimento, escludendola o limitandola, con un'operazione che deve essere necessariamente successiva ed eventuale. Ne consegue che, a fronte di un

¹⁸¹ Conferma la differenza intrinseca tra clausole di esclusione della responsabilità e clausole di delimitazione dell'oggetto, la duplice circostanza che solo le prime sono soggette alla forma richiesta dall'art. 1341 c.c. (e dunque una clausola di delimitazione dell'oggetto non rende necessaria la tutela di una parte); e non sono vessatorie ai sensi dell'art. 34 cod. cons. i patti con i quali si specifica l'oggetto del contratto.

¹⁸² Così Betti, *Teoria generale del negozio*, op. cit., p. 79; Giorgianni, *La causa del negozio giuridico*, Milano, 1961, p. 47; Roppo, *Istituzioni di diritto privato*, Bologna, 1998, p. 373. Diversamente Cariota Ferrara, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, rist., Napoli, 2011, p. 607, secondo il quale l'oggetto è l'entità reale sulla quale cadono gli effetti del negozio. Nel senso di intendere l'oggetto come il bene v. anche Pugliatti-Falzea, *I fatti giuridici*, Milano, 1992, p. 112.

¹⁸³ Bianca, *Il contratto*, sec. ed., Milano 2000, p. 321, nel quale l'A. approfondisce la distinzione tra "*bene reale*" e "*bene dovuto*".

inadempimento che dovrebbe essere imputabile al debitore, questi possa essere esonerato dalla propria responsabilità, oppure obbligato al risarcimento solo in misura ridotta.

Le clausole di delimitazione dell'oggetto operano invece *ex ante*, in quanto hanno la funzione di definire le prestazioni del contratto, specificando diritti ed obblighi delle parti; esse dunque sono la misura dell'impegno accettato *ab origine* dai contraenti (così l'inadempimento potrà essere rilevante solo rispetto ad obbligazioni preventivamente delimitate e assunte).

Si è pertanto sostenuto che possono essere definite clausole di delimitazione dell'oggetto quelle che afferiscono a prestazioni primarie, proprie del sinallagma contrattuale, e invece clausole di esonero o limitazione, quelle che incidono su aspetti secondari del rapporto giuridico, riferite in particolare alla responsabilità e quindi al risarcimento¹⁸⁴.

La differenza tra i due tipi di clausole, lungi dall'essere meramente teorica, ha delle ricadute applicative significative che possono interessare diversi regolamenti negoziali. Le questioni storicamente più dibattute sono state quelle relative al servizio delle cassette di sicurezza di cui all'art. 1839 c.c. e ai contratti di assicurazione, ma di indubbio interesse sono anche le problematiche che investono il piano dell'applicazione del divieto di cui all'art. 1229 c.c. nell'ambito dei contratti atipici, come ad esempio quello di parcheggio o di ormeggio, dove si impone un'ulteriore e propedeutica riflessione sulla qualificazione del contratto.

In queste, e in altre ipotesi, il problema interpretativo è volto a qualificare correttamente la natura delle clausole inserite nel contratto, al fine sia di valutare l'incidenza del divieto posto dall'art. 1229 c.c. - infatti, la declaratoria di nullità *ex art.* 1229 c.c. investe solo le clausole di esonero o limitazione della responsabilità

¹⁸⁴Cfr. Delfini, *Clausole di esonero della responsabilità e di determinazione dell'oggetto*, in *I contratti*, 1997, III, p. 255 ss.

e non anche quelle di delimitazione dell'oggetto - sia di accertare l'eventuale vessatorietà della clausola, che riguarda il solo piano della responsabilità e non anche quello dell'oggetto.

Di difficile individuazione la sottile linea di confine tra le due figure, perché talvolta la determinazione delle prestazioni a carico di una parte, con l'eliminazione di obblighi propri di un tipo contrattuale, si risolve nell'elusione del divieto di cui all'art. 1229 c.c.¹⁸⁵: forte, infatti, la tendenza a dissimulare una clausola limitativa, favorevole al predisponente, rivestendola delle apparenze del patto determinativo dell'oggetto del contratto.

Operazione preliminare per stabilire la natura della clausola è quella di inquadrare la fattispecie concreta nell'ambito di un contratto tipico o atipico. L'attribuzione all'una o all'altra categoria permette di meglio individuare l'assetto regolamentare rispetto alla causa e all'oggetto del contratto e, in definitiva, in relazione ai contrapposti interessi sottesi al contratto. Il procedimento di qualificazione ha ad oggetto l'indagine sulla causa del contratto, intesa questa come funzione economico-individuale che, lungi dall'identificarsi con un astratto e predeterminato schema di regolamento di interessi, svolge un ruolo di coordinamento dell'intera operazione economica e di sintesi tra volontà delle parti e oggetto del negozio; essa assurge, in definitiva, a controllo dell'autonomia privata¹⁸⁶.

¹⁸⁵ Adriano, *Clausole di esonero e di limitazione della responsabilità civile*, Roma, 2009, p. 87; Benatti, *Clausole di esonero della responsabilità civile*, p. 403, il quale riferisce dell'espedito volto ad eludere il divieto di cui all'art. 1229 c.c. per mezzo di patti, inseriti in contratti bancari, con i quali con cui vengono prefissate cifre irrisorie di risarcimento del danno, ovvero concordata l'inversione dell'onere della prova, per mascherare l'esonero della responsabilità, con l'effetto finale di addossare alcuni rischi connessi all'esecuzione del contratto sulla massa degli utenti.

¹⁸⁶ La causa pertanto non può essere intesa quale mera rappresentazione della funzione economico-sociale del contratto estranea al concreto assetto di interessi delle parti, poiché, se così fosse, non sarebbe possibile distinguere il

tipo contrattuale dalla sua causa. Cfr. Ferri, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966, p. 355 ss. e, in particolare, p. 371. Per un'approfondita analisi sui limiti della visione oggettiva della causa, con riguardo, in particolare, alla contrapposizione al tipo, Briganti, *La causa del contratto*, in, *Percorsi di diritto privato*, Torino, 1994, p. 6. Essenziali, per una ricostruzione delle problematiche sollevate dal concetto di causa i lavori di Betti, *Teoria generale del negozio giuridico*, rist. corretta della 2a ed. del 1960, Napoli, 1994, p. 169 ss.; Id., *Causa del negozio giuridico*, in *Noviss. Dig. it.*, III, Torino, 1959, p. 30 ss.; Pugliatti, *Precisazioni in tema di causa del negozio giuridico*, in *Diritto civile. Metodo-Teoria-Pratica*, Milano, 1951, p. 105 ss. e in particolare, p. 119, dove si sostiene «che la causa del negozio è la sua funzione giuridica fissata dalla sintesi dei suoi effetti (giuridici) essenziali». Un quadro completo in Donisi, *Il problema dei negozi giuridici unilaterali*, Napoli, 1972, p. 224 ss. In particolare, si attribuisce al Betti la paternità della teoria della causa quale funzione economico-sociale del negozio, il quale, però, a ben vedere, non sembra trascurare della riferita nozione il suo riflesso soggettivo (si tratta di due profili logicamente correlativi, non già di due nozioni contrastanti, come di solito si ritiene). Poiché la causa, infatti, ritorna in modo uniforme e costante in tutti i concreti negozi che appartengono al medesimo tipo, è chiaro che nella normalità dei casi, viene a coincidere con essa l'intento pratico cui s'indirizza in concreto la volontà di chiunque compia negozi di quel tipo. La giurisprudenza sembra oramai orientata nel senso indicato nel testo (cfr. Cass., Sez. III, 8 maggio 2006, n. 10490; Cass. n. 1898/2000 con nota di Sbordone, *Illiceità e immeritevolezza della causa nel recente orientamento della Cassazione*, in *Rass. Dir. Civ.*, n. 3 del 2001; Cass., 19 ottobre 1998, n. 10332, in *Guida dir.*, 1998, fasc. 44, p. 78; con maggiore risolutezza alcuni giudici di merito: Trib. Messina, 23 gennaio 1997, in *Dir. fall.*, 1997, II, p. 579; Pret. Salerno, 23 febbraio 1993, in *Dir. e giur.*, 1995, p. 261, con nota di Di Giovine, App. Milano, 22 novembre 1991, in *Giur. merito*, 1993, p. 1016, con nota di Cricenti. Risalente, ma emblematica per l'argomentazione, Cass., 11 gennaio 1973, n. 63, in *Foro it.*, 1971, I, c. 1085, per la quale, pur «non ripudiandosi il concetto astratto ed obiettivo di causa come funzione economico-sociale del negozio, funzione posta direttamente dalla norma per ciascun contratto tipico e presente pur nei contratti atipici[...]tale funzione non deve rimanere nel limite dell'astrattezza, ma deve essere presente anche nel contratto, pur tipico, concretamente posto in essere: quest'ultimo cioè deve avere una funzione concreta, obiettiva». Infine, Cass., 3 aprile 1970, n. 896, in *Foro it.*, 1971, c. 2376, con nota di Roppo). In senso opposto cfr. Cass., 19 marzo 1999, n. 2526, in *Giur. it.*, 1999, p. 2251; Cass., 20 maggio 1997, n. 4469, in *Mass.*, 1997; Cass., 21 luglio 1994, n. 6819, in *Giur. it.*, 1995, I, 1, p. 381; Cass., 15 luglio 1993, n. 7844, in *Mass.*, 1993; Cass., 20 novembre 1992, n. 12401, in *Foro it.*, 1993, I, c. 1506, con nota di Caringella. Tra i giudici di merito,

Pertanto, se l'oggetto - e in particolare le prestazioni dovute dal debitore - sono coerenti con la causa, la clausola apposta sarà limitativa della prestazione (*rectius* dell'oggetto), con la conseguenza che non troverà cittadinanza l'art. 1229 c.c. Diversamente, laddove ci sia una discrasia tra la causa e l'oggetto del contratto è evidente che il patto, magari sotto le finte vesti di una delimitazione della prestazione, sarà finalizzato a modificare la responsabilità e dunque soggetto, inderogabilmente, ai limiti di cui all'art. 1229 c.c.¹⁸⁷.

Si impone pertanto una valutazione sulle clausole apposte, che prescinde dalla qualificazione di esse offerta dalle parti, avuto riguardo agli scopi che con il contratto si vogliono realizzare. Potrebbe infatti essere compiuta un'alterazione del regime legale dell'adempimento, con una clausola non espressamente definita di esonero o limitazione della responsabilità, e dunque sottratta al regime di cui all'art. 1229 c.c.

2. La questione relativa alla limitazione della responsabilità della banca nei contratti inerenti il servizio delle cassette di sicurezza.

La distinzione tra clausole di esonero della responsabilità e clausole di delimitazione dell'oggetto è stata per lungo tempo materia di interesse della giurisprudenza di legittimità, che si è più volte pronunciata in tema di servizio bancario delle cassette di sicurezza.

Trib. Napoli, 28 ottobre 1983, in *Dir. e giur.*, 1984, p. 652, con nota di Vittoria. Sembrano aderire, viceversa, ad una prospettiva c.d. intermedia – che finisce sostanzialmente per duplicare la nozione stessa di causa –, per la quale la funzione economico-sociale dovrebbe essere «concreta», manifestando così, non lievi contraddizioni, le pronunce di Trib. Torre Annunziata, 3 marzo 1998, in *Arch. civ.*, 1999, p. 475; App. Firenze, 29 ottobre 1996, in *Giur. tosc.*, 1997, p. 35; Cass., 28 novembre 1994, n. 10158, in *Mass.*, 1994.

¹⁸⁷Sulla possibilità di sottoporre a controllo anche le clausole di determinazione dell'oggetto, v. Delfini, *op. cit.*, p. 259.

La questione trae origini dalla scarna disciplina codicistica contenuta in tre disposizioni, gli artt. 1839-1841 c.c. e, in particolare dall'art. 1839 c.c., il quale prevede solo che «*nel servizio di cassette di sicurezza la banca risponde verso l'utente per l'idoneità e la custodia dei locali e per l'integrità della cassetta, salvo il caso del fortuito*». Il codice dunque non definisce la natura del contratto¹⁸⁸, limitandosi solo a tratteggiare i presupposti della responsabilità della banca; né sul punto risulta essere di aiuto la Relazione del Guardasigilli al Re¹⁸⁹.

Sebbene la formula legislativa disciplini “il profilo esterno” del servizio, obbligando la banca a garantire l'integrità del bene cassetta e a custodire i locali, gli aspetti più problematici investono invece il “profilo interno”, ossia il contenuto della cassetta, peraltro necessariamente segreto.

Originariamente il servizio delle cassette non era di competenza degli istituti bancari. Infatti gli *horrea*¹⁹⁰ dell'antica Roma, grandi magazzini fortificati che ne costituiscono l'antecedente storico, appartenevano all'imperatore o ai privati; nel codice civile del 1865 e in quello di commercio del 1882, mancava invece qualsiasi disciplina afferente alle cassette di sicurezza, così il relativo negozio era un contratto atipico e innominato, accostato da alcuni al contratto di locazione, da altri a quello di deposito, a seconda che si volessero favorire gli interessi della banca o dei clienti.

¹⁸⁸ Il Legislatore si sarebbe cioè limitato a rendere nominato il contratto. E' stato così evidenziato che l'art. 1839 c.c., seguendo un singolare criterio di tecnica legislativa, «*non individua espressamente le prestazioni tipiche del rapporto, ma indica in quali casi la banca è tenuta a rispondere verso l'utente del danno subito*», la citazione è di Papanti-Pelletier, Cassetta di sicurezza, in *Enc. Dir., Agg., II*, Milano, 1998, p. 189.

¹⁸⁹ Relazione n. 209, in Pandolfelli-Scarpello-Stella Richter, Dallari, *Libro delle obbligazioni, op. cit.*, Milano, 1942, p. 531.

¹⁹⁰ Sui precedenti storici v. Valery, *Traité de la location des coffres-forts*, Paris, 1926, p. 24.

Ciò posto, appare evidente che nemmeno la ricostruzione storica può essere di ausilio nell'indagine sulla natura giuridica del contratto.

Sulla base di queste incertezze, affonda le sue radici la *vexata quaestio* “delimitazione dell'oggetto del contratto”, con conseguente legittima riduzione del risarcimento, e “limitazione (indiretta) della responsabilità della banca”, laddove venga stabilito, in via preventiva, l'esonero della responsabilità, anche nei casi di colpa grave o dolo della banca. Tale problematica costituisce il tema di conflitto tra la predisposizione delle condizioni generali di contratto da parte dell'associazione di categoria delle banche, da un lato, e i giudici di legittimità che tutelano il singolo utente, contraente debole, dall'altro¹⁹¹.

La *querelle* ha inizio il 1 gennaio 1954, momento in cui l'Associazione Bancaria Italiana (A.B.I.), al fine di integrare le disposizioni del codice, decise di formulare le c.d. Norme Bancarie Uniformi (N.B.U.)¹⁹², ovverosia condizioni contrattuali uniformi, recepite dalle diverse aziende di credito nei propri moduli e formulari standardizzati, da sottoporre al cliente, per la stipula del relativo contratto. L'art. 16 delle N.B.U.¹⁹³, nella sua originaria formulazione, e recepito nei singoli regolamenti negoziali, stabiliva il valore massimo dei beni da introdurre nella cassetta e, al contempo, l'importo massimo risarcibile.

Sebbene fosse deducibile l'intento occulto di ridurre o escludere la responsabilità degli istituti di credito per il furto degli oggetti custoditi nelle cassette di sicurezza, detta clausola fu

¹⁹¹ Si veda sul punto Carbone, *Ribadita la nullità del patto che limita l'ammontare dei valori da conservare il cassetta*, in *Il corriere giuridico*, n. 8, 1994, p. 967.

¹⁹² In generale sulle norme bancarie uniformi, si rinvia a Pisani Massamormile, *Norme bancarie uniformi*, Milano, 1986.

¹⁹³ L'art. 16 N.B.U. aggiungeva alla disciplina codicistica quanto segue «*il contenuto massimo (della cassetta) è convenzionalmente fissato in Lit...., salvo che, d'accordo con l'utente, sia stabilito un importo superiore contro il pagamento dei corrispettivi*».

inizialmente accolta con favore sia dalla dottrina¹⁹⁴ sia dalla giurisprudenza¹⁹⁵, in virtù della considerazione che essa stabiliva una proporzionalità tra la prestazione dell'utente (il pagamento del canone), e quella della banca (il risarcimento del danno). La fissazione di un limite di valore del contenuto della cassetta costituiva pertanto la misura delle reciproche prestazioni, e dunque una delimitazione dell'oggetto, pienamente legittima.

Questa impostazione fu però scardinata con la sentenza della Cassazione 29 marzo 1976, n. 1129¹⁹⁶. Con tale pronuncia, la Suprema Corte ritenne che la disposizione di cui all'art. 16 N.B.U., lungi dal rappresentare una delimitazione dell'oggetto, costituisse invece una limitazione della responsabilità dell'istituto di credito, avente, come fine ultimo, quello di limitare il risarcimento del danno in caso di inadempimento. Infatti, poiché alla determinazione convenzionale del valore massimo del contenuto della cassetta, non corrispondeva anche una modificazione delle obbligazioni di custodia dei locali e di integrità cassette (di cui all'art. 1839 c.c.), non era controvertibile in dubbio che l'unico scopo della clausola fosse quella di limitare la responsabilità della banca medesima.

Sulla scorta di tale acquisizione, l'A.B.I. provvide a modificare la formulazione dell'art. 16 (poi art. 2) N.B.U. nel senso che *«l'uso della cassetta è concesso per la custodia di cose di valore complessivo non superiore a Lit... Pertanto l'utente si obbliga a non conservare nella cassetta cose aventi un valore nel complesso superiore al detto importo di Lit...»*.

¹⁹⁴ Per questa impostazione cfr. Molle, *Il servizio bancario delle cassette di sicurezza*, in *Trattato Cicu-Messineo*, Milano, 1981, XXXV, t.1; Ferri, *Cassette di sicurezza*, in *Enc. Dir.*, vol. VI, Milano, 1960, p. 461; Benatti, *Le clausole di esonero della responsabilità nella prassi bancaria*, in *Le operazioni bancarie*, a cura di Portale, vol. I, Milano, 1978, p. 156.

¹⁹⁵ App. Bologna, 19 novembre 1973, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1975, II, p. 271; Cass, 5 luglio 1956, n. 2541, in *Giust. Civ.*, 1956, I, p. 1910.

¹⁹⁶ Cass. 29 marzo 1976, n. 1129, in *Foro it.*, 1976, p. 1531.

L'intento era dunque quello di dare attuazione a quanto indicato dai giudici di legittimità, ovvero di eliminare quella discrasia tra oggetto del contratto e responsabilità, al fine di realizzare un regolamento negoziale in cui i limiti di godimento della cassetta fossero predisposti attraverso l'obbligazione accessoria di non depositare valori superiori a quelli concordati. Tale equilibrio contrattuale si sarebbe realizzato concedendo l'uso della cassetta per la custodia di cose non superiori ad un determinato ammontare, con la conseguenza che il cliente avrebbe avuto l'obbligo di conservare beni il cui valore complessivo non superasse quell'importo.

In questo modo l'istituto di credito imponeva preventivamente al cliente un obbligo comportamentale facente parte dell'oggetto del contratto, di talché il limite avrebbe riguardato il solo profilo contenutistico del contratto, e non anche quello (eventuale e succedaneo) della responsabilità. La clausola, così predisposta veniva considerata come delimitativa dell'oggetto.

Sebbene detta impostazione avesse avuto l'avallo di parte della dottrina¹⁹⁷ e della giurisprudenza di merito¹⁹⁸, la

¹⁹⁷ Cfr. Castronovo, *Tra rischio e caso fortuito: la responsabilità delle cassette di sicurezza*, in *Le operazioni bancarie*, a cura di Portale, Milano, 1978, p. 514; Benatti, *Le clausole di esonero della responsabilità nella prassi bancaria*, in *Le operazioni bancarie, op.cit.*, p. 135; Ferri, *Tipicità negoziale e interessi meritevoli di tutela nel contratto di utilizzazione di cassette di sicurezza*, in *Riv. dir. comm.*, 1988, I, p. 339; Martorano, *Delimitazione dell'oggetto e limitazione della responsabilità della banca*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 1981, I, p. 129.

¹⁹⁸ Così Trib. Roma, 30 aprile 1986, in *Giust. Civ.*, 1987, I, p. 1847; Trib. Roma, 21 ottobre 1987, in *Corr. Giur.*, 1988, p. 949; Trib. Firenze, 8 aprile 1987, in *Giur. Merito*, 1988, p. 24; Trib. Roma, 27 aprile 1990, in *Foro.it.*, 1990, I, p. 2292; App. Roma 28 settembre 1990, in *Giust. Civ.*, 1990, p. 2959.

Contra Trib. Milano 14 settembre 1989, in *Foro it.*, 1990, I, p. 1038, con nota di Ponzanelli, *La «sfornata» circolazione delle clausole di esonero: il caso delle cassette di sicurezza*, in *Il corriere giuridico*, 1989, 12, p. 1306, con nota di Carbone, *Servizi di cassette di sicurezza*.

giurisprudenza di legittimità¹⁹⁹ ha ritenuto che la riforma fosse solo «*un furbesco maquillage*»²⁰⁰, per mascherare una clausola di esonero della responsabilità, in patto di delimitazione dell'oggetto²⁰¹.

Le argomentazioni addotte in senso contrario alla validità delle clausole espressione dell'art. 2 N.B.U. trovavano la loro fonte nella disposizione codicistica (art. 1839 c.c.). Le limitazioni non attinenti ad obbligazioni proprie del tipo contrattuale previste dall'art. 1839 c.c., essendo estranee all'oggetto, realizzerebbero un'indiretta esclusione della responsabilità, contravvenendo così al divieto di cui all'art. 1229 c.c.²⁰².

Quest'ultima impostazione è stata infine quella accolta dalle Sezioni Unite della Cassazione del 1 luglio 1994, n. 6225²⁰³, che

¹⁹⁹ L'art. 2 N.B.U. è stato ritenuto invalido perché volto ad esonerare la banca da responsabilità anche in caso di dolo o colpa grave. Così Cass. 12 maggio, 1992, n. 5617, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1993, II, p. 363, con nota di Salanitro, *La responsabilità della banca nel servizio di cassette di sicurezza*, in *Foro.it.*, 1993, I, p. 886, con nota di Caringella, *Art. 2 delle norme bancarie uniformi in Cassazione: niente di nuovo sul fronte delle cassette di sicurezza*; Cass. 3 novembre 1989 n. 4604, in *Foro it.*, 1990, I, p. 1290, con nota di Cosentino, *Il contratto di servizio delle cassette di sicurezza: clausola di limitazione della responsabilità della banca e dichiarazione di valore*, in *Giur. it.*, 1990, I, p. 1600, con nota di Vella, *La limitazione delle responsabilità della banca nel contratto di servizio delle cassette di sicurezza e la tutela degli utenti dei servizi bancari*.

²⁰⁰ L'espressione, posta peraltro in forma dubitativa è di Caringella, in *Foro it.*, 1993, p. 883, e viene ripresa nel commento di Carbone, *op. cit.*

²⁰¹ Tra le voci di dissenso giova dar conto di quell'elaborazione del pensiero che ha visto nell'art. 2 N.B.U. un "abuso del tipo contrattuale", volto ad introdurre un contratto atipico che però non supera il giudizio di meritevolezza di cui all'art. 1322 c.c. In tal senso Trib. Roma 8 luglio 1989, in *Banca borsa*, 1989, II, p. 61.

²⁰² Per la dottrina cfr. Bianca, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, *op. cit.*, p. 484; Martorano, *Delimitazione dell'oggetto e limitazione della responsabilità*, *op. cit.*, p. 129.

²⁰³ Cass., Sez. Un., 1 luglio 1994, n. 6225, in *Corr. giur.*, 1994, p. 967, con nota di Carbone, *op. cit.*; in *Banca borsa e tit. cred.*, 1995, p. 446, con nota di Papa, *Cassette di sicurezza e responsabilità della banca*, in *Foro it.* 1994, I, p. 3422. Conforme, successivamente, Cass. 4 marzo 1998, n. 2393, in *Danno e resp.* 1998, p. 553, con

hanno affermato la nullità delle clausole con cui si fa divieto al cliente di conservare in cassetta cose di valore superiore ad un determinato ammontare, con conseguente esclusione, oltre questo limite, della responsabilità della banca. Siffatta pattuizione non entrerebbe infatti nel contenuto del contratto – costituito dalla concessione in uso della cassetta, con obbligo di espletamento di custodia dei locali e tutela dell'integrità della cassetta – ma al contrario investirebbe il piano della responsabilità, eludendo la norma prevista dall'art. 1229 c.c.

La sentenza è particolarmente significativa in termini di individuazione del criterio – valido per tale fattispecie ma estensibile a ipotesi analoghe - in base al quale valutare se una clausola rientri nell'ambito della delimitazione dell'oggetto o della limitazione della responsabilità. Il ragionamento trae origine dalla identificazione delle obbligazioni tipiche previste dall'art. 1839 c.c., (che poi costituiscono l'oggetto del contratto): da un lato l'idoneità dei locali, la loro custodia e l'integrità esteriore della cassetta, dall'altro la controprestazione del cliente ovvero la corresponsione del canone.

Ciò posto, le clausole riprodotte dell'art. 2 N.B.U., non delimiterebbero nessuna di dette prestazioni, e porterebbero invece all'assurda conseguenza che ad essere custodita sia solo una parte della cassetta di sicurezza (ovverosia i beni il cui valore rientri nel limite pattuito), oppure che il grado della diligenza possa essere mutevole, laddove il cliente introducesse beni per un valore superiore a quello stabilito²⁰⁴.

In definitiva, con l'apposizione di siffatte clausole, si snaturerebbe il contratto tipico di cui all'art. 1839 c.c., dando vita

nota di Macario, *La prova del danno da furto nelle cassette di sicurezza*, Cass., 29 luglio 2004, n. 14462, in *Foro it.*, 2005, I, p. 1445; Cass., 7 marzo 2003, n. 3389, in *Danno e resp.*, 2003, p. 1093; Cass, 5 aprile 2005, n. 7081, in *Cass. civ.*, 4, 2007.

²⁰⁴ Cfr. Angelici, *Clausole per il servizio bancario delle cassette di sicurezza*, in *Riv. Dir. comm.*, 1983, I, p. 203.

ad un contratto atipico non meritevole di tutela, si sensi del secondo comma dell'art. 1322 c.c.

3. *Segue. Il problema dell'esonero da responsabilità per colpa lieve della banca nell'ambito dei contratti inerenti il servizio delle cassette di sicurezza.*

Risolta la questione della qualificazione della clausola, il problema si sposta sulla operatività dell'art. 1229 c.c. in questo settore; si tratta cioè di interpretare la ragione fondante del giudizio di invalidità delle clausole del contratto bancario che introducono l'obbligo del cliente di immettere nella cassetta beni il cui valore non ecceda un determinato ammontare, limitando correlativamente a tale importo la responsabilità della banca, al fine di inquadrarle nell'ambito del primo o del secondo comma dell'art. 1229 c.c.

Ritenere che si configuri un'ipotesi di contrarietà al primo comma dell'art. 1229 c.c., comporterebbe per la banca l'esenzione da responsabilità nel caso di inadempimento imputabile a colpa lieve. L'onere probatorio resterebbe a carico della banca-debitrice che, per limitare l'ammontare del risarcimento del danno nei limiti del tetto fissato nella clausola, potrebbe dimostrare che il proprio comportamento non abbia integrato gli estremi del dolo o della colpa grave.

A ben vedere tale soluzione contrasterebbe con quanto predisposto dall'art. 1839 c.c., in virtù del quale l'istituto di credito risponde verso l'utente «*per l'idoneità e la custodia dei locali e per l'integrità della cassetta, salvo il caso del fortuito*»²⁰⁵.

²⁰⁵ Si ha fortuito quando l'evento dannoso sia imprevedibile ed inevitabile. Secondo l'orientamento maggioritario della giurisprudenza, il furto non è ascrivibile al "fortuito", in quanto è evento prevedibile *ex ante*, Cass. 7 maggio 1992, n. 5421; Cass. 5 aprile 2005, n. 7081; Cass. 4 novembre 2009 n. 23412; Cass. 27 dicembre 2011, n. 28835. Analogo ragionamento vale per l'allagamento

Di palmare evidenza l'intenzione del legislatore di esaltare, con l'art. 1839 c.c., il grado di diligenza richiesto alla banca, giammai limitato a quello del buon padre di famiglia (art. 1176, co. I, c.c.); infatti, in ragione della posizione qualificata della banca, la diligenza richiesta è quella professionale di cui al secondo comma dall'art. 1176 c.c. Contemporaneamente, emergerebbe la necessità di tutelare adeguatamente il cliente, quale parte debole del rapporto contrattuale, sia in senso giuridico sia in senso economico.

Secondo parte della dottrina, la responsabilità della banca per il servizio delle cassette di sicurezza, sarebbe addirittura oggettiva, in quanto la colpa non avrebbe alcun rilievo né per la valutazione dell'adempimento, né rispetto all'imputazione della causa di impossibilità²⁰⁶.

Ciò posto, sembra preferibile la soluzione secondo la quale, siffatte clausole sarebbero nulle per violazione del secondo comma dell'art. 1229 c.c., perché contrarie all'art. 1839 c.c. che è norma di ordine pubblico, nel senso che il servizio delle cassette di sicurezza da esso disciplinato assolverebbe alla funzione di garantire, in virtù di principi e valori propri della Costituzione, la massima sicurezza agli utenti «essendo le stesse banche dotate delle migliori tecnologie per svolgere tale servizio»²⁰⁷. In tal modo, la banca sarebbe sempre responsabile

dei locali, Cass. 12 maggio 1992, n. 5617. In tal senso anche Trimarchi, *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milano, 1961, p. 223.

²⁰⁶ Mengoni, *Responsabilità contrattuale (dir. vig.)*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988, p.1092; Castronovo, *Tra rischio e caso fortuito. La responsabilità da cassette di sicurezza*, in *Le operazioni bancarie*, I, a cura di G.B. Portale, Milano, 1978, p.479. Secondo questa impostazione, non dovrebbe essere accolta la tesi del *casus non culpa*; v. Coviello, *Del caso fortuito in rapporto all'estinzione delle obbligazioni*, Lanciano, 1895, p. 55.

²⁰⁷ La citazione è di Menichino, *Clausole di irresponsabilità contrattuale*, Milano, 2008, p. 221 e si completa di altra osservazione: «[...] va poi considerato che gli utenti non hanno la possibilità di modificare la clausola limitativa del danno, che è imposta dai vari istituti di credito e deriva dalla trasposizione di una norma bancaria uniforme raccomandata dall'A.B.I. ». Nel senso dell'attribuzione di valore di ordine pubblico all'art. 1839 c.c., già Papanti-Pelletier, *op. cit.*, p. 152, al pensiero del quale l'A. aderisce.

del risarcimento del danno per l'intero valore di quanto custodito, anche in caso di colpa lieve, salvo il solo fortuito. Inoltre, atteso che la banca gode di strumenti di tutela idonei, questa soluzione si rivela anche più coerente con il sistema di allocazione dei rischi.

In tema di onere probatorio viene poi ribadito quanto già acquisito: ovverosia si applicherebbe la regola generale di cui all'art. 1218 c.c., senza che la presenza di una clausola di esonero della responsabilità rechi con sé un'inversione dell'onere della prova.

Infatti, «*in tema di responsabilità della banca verso l'utente nell'esercizio del servizio delle cassette di sicurezza, nel caso di sottrazione dei beni custoditi nella cassetta di sicurezza a seguito di furto – che non costituisce caso fortuito, in quanto evento prevedibile, in considerazione della natura della prestazione dedotta in contratto, grava sulla banca l'onere di dimostrare che l'inadempimento dell'obbligazione di custodia è ascrivibile ad impossibilità della prestazione ad essa non imputabile e, al fine di escludere la colpa è insufficiente la generica prova della diligenza, essendo esteso detto onere probatorio sino al limite della dimostrazione dell'assenza di qualunque colpa, anche in quanto la prestazione alla quale è tenuta la banca ricade nella sua sfera di controllo, con la conseguenza che il creditore neppure ha la possibilità di identificare nel suo contenuto, l'atto colposo che ha determinato l'inadempimento*»²⁰⁸.

In definitiva, il danno risarcibile è in ogni caso da considerarsi conseguenza dell'inadempimento della banca e non può essere collegato con il diverso obbligo del cliente, perché non vi sarebbe alcun nesso tra l'inadempienza del cliente e il danno subito.

²⁰⁸ Cass. 5 aprile 2005, n. 7081, in *Giur.*, 2005, n. 11, p. 969, con commento di Carnevali, *La prova della colpa grave nelle clausole di esonero della responsabilità*, il quale afferma che viene così consolidato l'orientamento precedente della Corte di Cassazione sul criterio della «vicinanza della prova»; Cass., S.U., 30 ottobre 2001, n. 13533, in *Giur. it.*, 2002, p. 113 ss. con nota di Carnevali, *Inadempimento e onere della prova*.

Più precisamente, nell'ambito della responsabilità *ex recepto* «il piano dell'inadempimento e quello dell'impossibilità imputabile non sono nettamente distinti, nel senso che l'inadempimento è al contempo causa di impossibilità, e viceversa»²⁰⁹. Ne consegue che il «congegno bifasico», proprio dell'art. 1218 c.c. - prova dell'adempimento o, in alternativa, prova della non imputabilità dell'impossibilità dell'inadempimento - non troverà cittadinanza nell'ambito dell'art. 1839 c.c., in cui verrebbe a mancare la prima fase, mentre residuerebbe la seconda, in ragione della quale, il debitore sarebbe esente da responsabilità solo nel caso in cui l'impossibilità non sia imputabile, e sia dunque ascrivibile al fortuito²¹⁰.

Si pone però il problema del coordinamento di tale conclusione con la segretezza del contenuto della cassetta, che mina il principio di prevedibilità del danno ai sensi dell'art. 1225 c.c.²¹¹. Infatti, la clausola potrebbe trovare giustificazione nella circostanza in virtù della quale, la banca, non conoscendo i beni introdotti nella cassetta, si esporrebbe ad un rischio eccessivo ed irragionevole

Ma anche la risoluzione di tale questione trova la risposta nel dettato dell'art. 1839 c.c. che non fa alcun riferimento alla conoscenza dell'istituto di credito degli oggetti inseriti nella cassetta.

Il rapporto, così come delineato, è per sua natura segreto, ma, diversamente da quanto accade per i contratti aleatori, dove il rischio di subire un pregiudizio è oggetto dell'obbligazione assunta da una delle parti, nel contratto *ex art.* 1839 c.c., la banca si impegna solo a garantire la sicurezza del contenitore. Il rischio viene dunque in luce, solo a seguito dell'inadempimento.

²⁰⁹ Così Playa, *Ambito operativo dell'art. 1229 c.c. e responsabilità ex recepto*, in *Obbl. e contr.*, 12, 2012, p. 838.

²¹⁰ Playa, *o.l.u.c.*

²¹¹ Per un maggiore approfondimento cfr. Espinoza e Gnani, *La responsabilità delle banche nel servizio delle cassette di sicurezza*, in *Resp. civ. e prev.*, VI, 1998, p. 1315.

E allora, sulla base di tali premesse, la Cassazione²¹² è giunta ad affermare che si tratta di un negozio commutativo a rischio naturale illimitato; posto che il rischio “giuridico” - cioè quello interno al contratto - si identifica nel pericolo di perdere i beni inseriti in cassetta, il servizio di abbonamento consente la traslazione di detto pericolo dall’utente alla banca. Quest’ultima, verso il pagamento del canone, assume un’obbligazione che, se inadempita, produrrà un danno illimitato. Quindi, la struttura del contratto e la segretezza che connota il servizio, impediscono di prefissare il *quantum* del risarcimento, pena il divieto posta dall’art. 1229 c.c.

4. *Il rischio nei contratti di assicurazione tra delimitazione dell’oggetto ed esonero dalla responsabilità.*

Il problema della distinzione tra “delimitazione dell’oggetto” e “limitazione della responsabilità”, ha riguardato anche le clausole che limitano, specificano ovvero escludono la garanzia assicurativa²¹³, inserite nei contratti *ex art.* 1882 c.c.

L’indagine è orientata a valutare se siffatte clausole limitino o escludano l’obbligo indennitario dell’assicuratore, investendo quindi il piano della responsabilità, ovvero se concorrano solo a delineare il rischio assunto, specificando il contenuto del contratto²¹⁴.

²¹² Il riferimento è ancora alla sentenza della Cass. a Sezioni Unite del 1 luglio 1994, n. 6225.

²¹³ Cfr. Morrozzo della Rocca, *Dell’assicurazione contro i danni*, in P. Perlingieri, *Cod. civ. comm.*, sub artt. 1904-1932, II ed., Bologna, 1991, 1514.

²¹⁴ Più precisamente si deve distinguere tra “rischio assicurato”, inerente le clausole che incidono sull’evento, presupposto della prestazione dell’assicuratore, e “rischio verificato” che invece restringe o esclude l’impegno dell’assicuratore rispetto all’obbligazione assunta, una volta che l’evento costitutivo del rischio si è realizzato. Per una maggiore approfondimento sulla distinzione tra “rischio assicurato” e “rischio verificato”, v. Del Re, *Assicurazione*

La questione trae origine dalla disposizione di cui all'art. 1905 c.c., la quale, nel prevedere la possibilità di stabilire l'esatta quantificazione dell'indennizzo «*nei modi e nei limiti stabiliti dal contratto*», abiliterebbe i contraenti (*rectius* le compagnie assicuratrici) a introdurre clausole dirette a delimitare sia l'oggetto sia la misura del rischio garantito, sí da evitare di dovere coprire ogni modalità del sinistro.

La problematica - che si intreccia con quella dell'art. 1341 c.c., poiché siffatte clausole sono tendenzialmente inserite in contratti *standard* predisposti unilateralmente dall'assicuratore - è stata risolta dalla giurisprudenza di legittimità con l'enunciazione di un principio di massima volto alla risoluzione dei casi controversi.

Con un percorso teorico analogo a quello seguito per il servizio delle cassette di sicurezza - e partendo dal presupposto che oggetto del contratto di assicurazione non è la cosa assicurata, ma il rischio - si è consolidata la regola secondo la quale sono limitative della responsabilità quelle clausole che circoscrivono le conseguenze della colpa o dell'inadempimento, ovvero quelle che escludono il rischio garantito. Tali clausole, oltre ad essere soggette al divieto di cui all'art. 1229 c.c., saranno vincolate all'obbligo di forma previsto dall'art. 1341, 2 comma, c.c.

Rientrano invece nell'ambito della delimitazione dell'oggetto²¹⁵ i patti che specificano il rischio garantito, escludendo, ad esempio, la copertura assicurativa al verificarsi di determinati eventi (come la perdita del bene per furto o rapina); ovvero quelle clausole che subordinano la corresponsione

della responsabilità civile ed ampiezza delle esclusioni convenzionali del rischio assicurato: nullità della clausola ex art. 1229?, in *Resp. civ. e prev.*, 6, 2010, p. 1262.

²¹⁵La giurisprudenza ha ritenuto valide le ipotesi di delimitazione dell'oggetto nell'ambito dei contratti di assicurazione, sottraendole quindi anche agli obblighi formali di cui al secondo comma dell'art. 1342 c.c.; in tal senso Cass., 30 dicembre 1991 n. 14011, in *Dir. ed econ. assicuraz.*, 1992, p. 680; App. 14 aprile 1990, in *Foro pad.*, 1991, I, c. 301, con nota di Sassi, *Clausole limitative della copertura assicurativa e annullabilità di transazione su pretesa temeraria*.

dell'indennizzo ad accadimenti entro limiti di spazio e di tempo²¹⁶, come nel caso in cui il rimborso delle spese mediche, in una polizza assicurativa contro gli infortuni, sia limitato ad un periodo di convalescenza non superiore al doppio dei giorni di ricovero ospedaliero²¹⁷.

Su questo tema la casistica è varia, e così, ad esempio, nell'ambito dell'assicurazione per furto e rapina, le clausole che subordinano il diritto dell'assicurato all'adozione da parte di questi, di speciali misure di difesa del bene, non realizzano una limitazione della responsabilità dell'assicuratore, ma definiscono il contenuto ed i limiti della garanzia assicurativa, specificando il rischio garantito. La predisposizione di tali dispositivi di sicurezza si pone dunque come elemento costitutivo del diritto all'indennizzo, e rappresenta elemento di prova a carico dell'assicurato²¹⁸.

Laddove però l'obbligo di sorveglianza e custodia del bene assicurato sia impossibile o di particolare difficoltà²¹⁹, il confine con le clausole limitative della responsabilità viene travalicato, poiché la causa del contratto di assicurazione sarebbe in tal modo svuotata, e il regolamento negoziale perderebbe anche la sua utilità economica.

La Cassazione ha altresì considerato limitativo della responsabilità il patto con il quale era stata prevista l'intrasmissibilità del diritto all'indennizzo nell'eventualità in cui

²¹⁶ La Cassazione, con sentenza del 26 giugno 2010, n. 1061, ribadendo la distinzione tra clausole limitative della responsabilità e clausole delimitative dell'oggetto, ha escluso il carattere vessatorio di una clausola che «*miri soltanto a delimitare l'oggetto della garanzia prestata sotto il profilo temporale, fissando la durata entro cui i rischi restano assicurati*».

²¹⁷ Cass. 8 gennaio 1999, n. 102, in *Danno e Resp.*, 1999, p. 643.

²¹⁸ Cass. 28 ottobre 2014 n. 22806; Cass. 27 luglio 2001, n. 10290.

²¹⁹ Cass. 21 ottobre 1994, n. 8643, in *Arch. Giur. circol. sin.*, 1995, p. 923, con nota di Negri, *Sulla qualificazione giuridica delle clausole delimitative della responsabilità*.

l'assicurato fosse deceduto prima della concreta liquidazione dell'indennità stessa, per cause diverse dall'infortunio²²⁰.

Da quanto sinora rappresentato, sembra potersi affermare che, nonostante in tema di assicurazione si realizza probabilmente la più frequente applicazione delle clausole di esonero o limitazione della responsabilità, non sorgono significativi dubbi interpretativi sull'individuazione del *discrimen* tra delimitazione dell'oggetto e limitazione della responsabilità.

Da un'interessante pronuncia di legittimità, sulla validità di una clausola limitativa della responsabilità, comprensiva di clausola penale, apposta da un istituto di vigilanza obbligato a sorvegliare un esercizio commerciale, emergono delle deduzioni rilevanti²²¹. Si desume cioè che laddove si è in presenza di una clausola, riferita genericamente ad ogni tipo di responsabilità, e quindi volta ad escludere, con carattere di univocità, la responsabilità del debitore anche in relazione a quegli eventi che la prestazione dedotta in contratto avrebbe dovuto prevenire, non vi sarebbe spazio per

²²⁰ Cass. 11 gennaio 2007, n. 395.

²²¹ Cass. 28 luglio 1997, n. 7064, in *Giur. it.*, 1998, 8-9. Il caso è quello di un istituto di vigilanza ritenuto responsabile per i danni derivanti dal furto verificatosi nei locali di un esercizio commerciale, che lo stesso istituto di vigilanza aveva l'obbligo di sorvegliare con sopralluoghi scaglionati nel tempo. La Corte, non solo ha dichiarato nulla la clausola in virtù della quale l'istituto non assumeva «alcuna responsabilità per eventuali furti, danni o altri sinistri», ma ha ritenuto invalida anche la penale per il suo valore irrisorio, sintomatico della volontà di eludere in ogni caso l'art. 1229 c.c. La clausola veniva infatti interpretata nel senso che, la società incaricata della vigilanza non assumeva responsabilità per furti, quando questi fossero avvenuti nonostante il corretto svolgimento della vigilanza; mentre, se il furto fosse stato reso possibile a causa della mancata esecuzione della prestazione, il danno risarcibile sarebbe stato comunque limitato alla penale pattuita. Invece, ad avviso della Cassazione, nel caso di specie, con la clausola in discorso sarebbero stati introdotti da un lato l'esonero da responsabilità per danni derivanti da furto, dall'altro un limite al risarcimento nel caso di inadempimento degli obblighi assunti, indipendentemente dal verificarsi di furti.

dubbi interpretativi. Infatti, una limitazione dell'oggetto del contratto tramite un simile patto finirebbe per comprimere, oltre ogni ragionevole limite, l'utilità pratica che con quel contratto il danneggiato mirava a realizzare²²².

In tale occasione, la Cassazione ha espressamente escluso che si possa instaurare un rapporto di proporzionalità tra entità del prezzo corrisposto per il servizio di vigilanza e misura del risarcimento. E' stata cioè rifiutata la possibilità di prospettare, per diversi livelli di corrispettivo, differenti gradi di diligenza.

Pertanto, laddove la penale abbia consistenza irrisoria, non può che essere considerata in frode all'art. 1229 c.c.; con la conseguenza che dovrà essere messa in relazione con «l'entità presumibile dell'eventuale futuro danno» e giammai, con la misura del corrispettivo.

Nel trattare tale ultimo aspetto, sembra che la Corte abbia dato implicitamente una risposta negativa alla possibilità, più volte prospettata, di giustificare la limitazione della responsabilità, con un vantaggio economico per il debitore, sulla falsariga di quanto previsto dall'art. 416 del vecchio cod. comm.

E così al fine di non vanificare il principio sotteso al divieto *ex* all'art. 1229 c.c., nella valutazione sulla validità delle clausole inserite in singoli regolamenti negoziali, l'unico criterio cui attenersi è quello dell'individuazione dei patti che, sotto le finte vesti della delimitazione dell'oggetto, sottendono invece una limitazione della responsabilità, a prescindere dalla qualificazione ad essi attribuita dalle parti.

La difficoltà che tale operazione ermeneutica sottende, emerge anche in un settore, come quello della copertura assicurativa, dove, come precisato, l'orientamento della giurisprudenza di legittimità è stato pressoché univoco. Nell'ultimo decennio si è infatti assistito ad un proliferare di decisioni tra loro

²²²Sulle interferenze tra regime delle clausole di limitazione della responsabilità e disciplina della penale, si rimanda a quanto evidenziato *retro* cap. I.

discordanti, tutte relative a polizze connotate da clausole *claims made*, che, per la loro peculiarità, richiedono una trattazione specifica.

5. *Segue. Le c.dd. clausole claims made tra delimitazione dell'oggetto e limitazione della responsabilità, alla luce dell'intervento delle Sezioni Unite della Cassazione.*

La vicenda controversa delle clausole c.dd. *claims made* trae origine dalla riforma di settore della disciplina delle professioni, che ha introdotto l'obbligo per il professionista di dotarsi di copertura assicurativa per i rischi derivanti dall'attività svolta²²³.

Di qui la prassi di inserire, nelle condizioni generali di assicurazione della responsabilità civile le cd. clausole *claims made* (letteralmente “a richiesta fatta”), nate nel mondo anglosassone nell'ambito della copertura assicurativa di un particolare tipo di danni, detti lungolatenti²²⁴, ed estese poi, sul piano nazionale, in tutte le polizze per la responsabilità professionale (seppure con diverse formulazioni), con conseguente superamento del regime codicistico di cui all'art. 1917 c.c.²²⁵

²²³ V. art. 3, comma 5, lett. e, d.l. n. 138/11, convertito in L. n. 148/2011. Per approfondimenti sulla finalità dell'assicurazione, in particolare per la risoluzione delle controversie tra professionisti e clienti, si veda, Garonna, *L'assicurazione della responsabilità professionale: problemi e prospettive*, in *Assicurazioni*, 4, 2012, p. 630. Più in generale per la finalità socio-economica, v. Cavallo Borgia, *L'assicurazione di responsabilità civile*, in *Tratt. della responsabilità civile*, diretto da Franzoni, Milano, 2007, p. 5 ss.; Gaggero, *Validità ed efficacia dell'assicurazione della responsabilità civile claims made*, in *Contr. e impr.*, 2, 2013, p. 403 ss.; Gazzara, *Il difficile rapporto tra clausola claims made e assicurazione obbligatoria della responsabilità professionale*, in *Le nuove leggi civili*, 6, 2012, p. 1213.

²²⁴In settori quali, la responsabilità medica in cui solo in un secondo momento, talvolta, si percepisce il pregiudizio: il danno da inquinamento o da assunzione di farmaci.

²²⁵ Per una ricostruzione sulle origini delle clausole *claims made*, v. Vernizzi, *Il rischio putativo*, Milano, 2010, p. 209 ss.

Infatti, in luogo del tradizionale schema, cd. *loss occurrence* (art. 1917 c.c.), in virtù del quale risultano coperti i sinistri verificatisi nel corso del rapporto assicurativo, la formula *claims made* condiziona la copertura alla circostanza che il sinistro sia stato denunciato nel periodo di vigenza della polizza, anche per fatti che, in ipotesi, si siano verificati prima del periodo di copertura assicurativa.

Ciò vuol dire che il *discrimen* tra le due differenti modalità sia da rinvenire nello spostamento del rischio dall'evento alla denuncia di esso all'assicurato; sí che la garanzia assicurativa sia legata, non al fatto illecito produttivo del danno – il cui momento di verifica non rileva – ma alla conseguente richiesta di risarcimento.

Sul punto giova precisare che, nell'ambito di tale deroga legislativa, si distinguono le *claims made* pure da quelle impure: mentre per le prime non sono previsti limiti temporali di retroattività rispetto alla stipulazione del contratto, nelle seconde la copertura è circoscritta ai sinistri denunciati in costanza di rapporto, ma verificatisi in un determinato arco temporale (tendenzialmente non superiore ai tre anni), antecedente la stipula del contratto.

Dette clausole presentano il vantaggio, non solo di esonerare l'assicurato dalla prova dell'individuazione del momento esatto di verifica del sinistro, ma anche quello di poter includere nella copertura tutti i danni potenzialmente già in atto, causati da errori professionali antecedenti la stipula del contratto. Tali benefici compenserebbero il pregiudizio che l'assicurato subirebbe dal vedere cessare ogni copertura con l'estinzione del rapporto assicurativo.

A fronte di tale vantaggio, nemmeno universalmente riconosciuti, emergono incertezze tali da imporre una verifica circa la meritevolezza della deroga allo schema di cui all'art. 1917 c.c.; detta difformità dal contratto codicisticamente disciplinato,

darebbe vita sostanzialmente ad un contratto atipico, che deve superare il giudizio di cui all'art. 1322, co. 2, c.c., alla luce dei principi che regolano l'autonomia privata e che pongono limiti ad un esercizio abusivo di essa²²⁶.

La giurisprudenza che si è confrontata con il tema in questione, è stata oscillante in ordine alla legittimità della clausola *claims made*; e anche nell'ambito delle decisioni volte a dichiararne la nullità non è dato riscontrarne un unico fondamento.

Secondo un orientamento infatti l'invalidità deriverebbe dal contrasto con l'art. 1917, comma 1, c.c., considerata norma inderogabile, che prevede il trasferimento del rischio in capo all'assicuratore «*in conseguenza del fatto accaduto durante il tempo dell'assicurazione*».

La clausola *claims made*, nel subordinare il sorgere dell'obbligazione dell'assicuratore all'ulteriore requisito della richiesta di risarcimento e non al fatto illecito, darebbe vita ad un contratto atipico nullo sia per contrarietà all'art. 1917 c.c. sia perché privo di causa, cioè del trasferimento del rischio dall'assicurato all'assicuratore. La clausola potrebbe allora essere

²²⁶ Per un'interessante e approfondita disamina della questione, anche in relazione al rimedio correttivo della nullità parziale, alla luce del criterio della ragionevolezza, si veda Monticelli, *La clausola claims made tra abuso del diritto ed immeritevolezza*, in *Danno e resp.*, 7, 2013, p. 701 ss. L'A. evidenzia gli svantaggi per l'assicurato e le finalità nascoste delle compagnie di assicurazione, con particolare riguardo alla fidelizzazione del cliente. Afferma quindi che, nonostante l'assicurato non rientri nell'ambito nella categoria dei consumatori, è parte debole nel rapporto di assicurazione, senza però beneficiare della tutela che il legislatore ha previsto per detta categoria. Debolezza inoltre aggravata dalla obbligatorietà della copertura assicurativa per il professionista, non coniugata con la previsione dell'obbligo a contrarre per le compagnie assicurative. In tal modo, l'abuso del potere contrattuale si tradurrebbe nell'«*abuso del diritto in danno dell'assicurato, che, peraltro, ha ricadute negative che trascendono l'interesse di quest'ultimo, comportando un rilevante pregiudizio per il corretto funzionamento del mercato e della concorrenza*».

sostituita di diritto dalla norma imperativa, secondo lo schema dell'art. 1419, II comma, c.c.²²⁷.

Altre pronunce sostengono invece la nullità della clausola in ragione dell'art. 1895 c.c. Con l'apposizione di siffatte clausole, verrebbe infatti ad essere obliterato il rischio, elemento essenziale del contratto. Ne consegue che sarebbe in tal modo ammessa o un'assicurazione retroattiva, poiché gli effetti si produrrebbero in un momento anteriore la stipula del contratto, ovvero sarebbe assicurato un rischio "putativo", cioè verificatosi, ancorché ignorato dalle parti²²⁸.

Secondo altra impostazione della giurisprudenza di legittimità, il «fatto accaduto» di cui all'art. 1917 c.c., riguarderebbe il fatto dannoso e non la richiesta di risarcimento. Tale ultima circostanza però non condurrebbe automaticamente alla declaratoria di nullità. Infatti, posto che ai sensi dell'art. 1932 c.c., sono inderogabili solo i commi III e IV dell'art. 1917 c.c., le parti sarebbero libere di stabilire convenzionalmente che l'obbligazione dell'assicuratore sorga non soltanto in conseguenza del fatto dannoso, ma anche in dipendenza della successiva richiesta da parte del danneggiato. Si tratterebbe, in definitiva, di uno schema atipico, lecito e meritevole di tutela, ai sensi del secondo comma dell'art. 1322 c.c., diverso da quello previsto dal codice civile²²⁹.

Di qui poi un rilevante filone giurisprudenziale che qualifica vessatoria, solo la clausola *claims made* impura, perché foriera di una limitazione dell'area di responsabilità del rischio assicurato, con la conseguenza che, in mancanza di specifica

²²⁷ Così Trib. Genova, 8 aprile 2008, in *Danno e resp.*, 2009, 1, p. 103; conf. Trib. Bologna, 2 ottobre, 2002, n. 3318.

²²⁸ Cfr. Trib. Roma 5 gennaio 2007, in *Contratti*, 2007, 4, p. 352.

²²⁹ Cass. 15 marzo 2005, n. 5624.

sottoscrizione dell'assicurato, sarebbe affetta da nullità *ex art.* 1341, comma 2, c.c.²³⁰

Di là da queste interessanti e propedeutiche riflessioni, ciò che in questa sede rileva è proprio l'indagine sulla natura/qualificazione di siffatte clausole e sulla loro eventuale vessatorietà.

Infatti, secondo una prima ricostruzione²³¹, la clausola *claims made* è una clausola di limitazione della responsabilità, soggetta ai limiti di cui all'art. 1229 c.c., nonché alla prescrizione formale prevista dal secondo comma dell'art. 1341 c.c., in considerazione della circostanza che il pagamento dell'indennizzo sarebbe subordinato ad un requisito ulteriore rispetto alla verifica dell'illecito, il quale invece costituisce l'oggetto del contratto. Secondo altra impostazione si tratterebbe di una delimitazione dell'oggetto del contratto, in quanto assolverebbe alla funzione di stabilire il contenuto e le modalità della garanzia assicurativa²³².

Investita della questione, la Corte di Cassazione con una pronuncia a Sezione Unite²³³, ha chiarito che l'inserimento di una clausola *claims made* è volto a delimitare l'oggetto del contratto di assicurazione e non a limitare la responsabilità dell'assicuratore. Infatti, afferiscono all'oggetto del contratto le clausole che riguardano il contenuto di esso, nonché i limiti della garanzia assicurativa che specificano il rischio garantito. A riprova di ciò, la Corte ricorda che il «fatto assicurato» di cui all'art. 1917 c.c., è riferito alla vicenda storica di cui l'assicurato è chiamato a rispondere e non già alla richiesta di risarcimento.

²³⁰ Trib. Bari, 12 luglio 2012, in *Contratti*, 2012, 10, p. 825; Trib. Milano, 18 marzo 2010, in *Giur. it.*, 2011, 4, p. 831.

²³¹ App. Napoli 28 febbraio 2001, n. 503.

²³² Trib. Catania 30 aprile 2010, n. 1795; App. Roma, 18 gennaio 2012, n. 312.

²³³ Cass., S.U., n. 24645 del 2016; ma cfr. anche Cass., S.U., n. 9140/2016.

La Corte precisa però che, laddove la funzione della clausola, all'interno del regolamento contrattuale, conduca ad una limitazione della garanzia, si renderà necessaria l'apposita sottoscrizione richiesta ai sensi dell'art. 1341 c. II c.c. Pertanto, i giudici chiariscono che l'indagine sulla meritevolezza vada svolta, in concreto, con riferimento alla fattispecie contrattuale, di volta in volta, prospettata e non *ex ante*.

La valutazione di meritevolezza sarebbe superflua con riferimento alle clausole *claims made* pure, mentre risulterebbe necessaria nel caso delle clausole miste. In particolare, sarebbe penalizzante per l'assicurato la sola clausola che circoscriva la copertura alla condizione che sia il fatto sia la richiesta, siano formulate sotto la vigenza del contratto. Per contro, le *claims made* che ammettono una retrodatazione della copertura (generalmente estesa al triennio precedente alla stipula della polizza), coprendo anche eventi verificatisi al di fuori della vigenza del contratto, avrebbero la funzione di "riequilibrare lo squilibrio" - inteso nel senso della mancanza di corrispettività tra pagamento e premio²³⁴ - tra il periodo finale di copertura della polizza (in cui la tutela è affievolita) e quello iniziale (in cui la tutela è estesa stante la retroattività, seppur limitata).

Laddove poi l'assicurazione fosse conclusa tra un consumatore ed un professionista, con conseguente applicazione del Codice del Consumo (d.lgs. 206 del 2005), l'indagine del giudice verterà sul «*significativo squilibrio di diritti ed obblighi derivanti dal contratto*».

In ogni caso, allorché il giudizio di meritevolezza risulti negativo, la clausola si considererà espunta dal contratto, al quale verrà applicata la formula generale *loss occurrence*. Al giudice è infatti attribuito il potere di intervenire nel regolamento negoziale in

²³⁴ Rischio questo prospettato da Cass., 17 febbraio 2014 n. 3622.

senso modificativo e/o integrativo, allorché ciò risulti necessario a ristabilire l'equo contemperamento degli interessi delle parti.

6. *L'operatività del divieto di cui all'art. 1229 c.c. nei contratti atipici. Qualificazione e interpretazione del regolamento di interessi.*

L'individuazione del punto di equilibrio tra la tutela delle esigenze di efficienza ed economicità dei rapporti giuridici e la regola di cui all'art. 1229 c.c. impone un raffronto del tipo negoziale, sociale e/o normativo, con gli interessi concreti delle parti, adeguatamente ricostruiti nell'unicità dell'operazione qualificatoria ed ermeneutica.

Sebbene la limitazione della responsabilità possa essere considerata un regolamento di interessi conveniente nella prospettiva della efficienza della contrattazione, l'art. 1229 c.c. assolve alla funzione di garantire che la diligenza del debitore non sia ridotta oltremodo, sí da vanificare le aspettative creditorie e la stessa vincolatività dell'obbligazione. Va da sé, quindi, che la ripartizione dei rischi all'interno dell'assetto contrattuale trovi un limite nell'art. 1229 c.c., il quale si traduce nell'esigenza di verificare se la funzione economico/individuale del contratto, così come realizzata, sia meritevole di tutela.

Posto che la meritevolezza va correttamente intesa come un carattere qualificante della causa di qualsiasi contratto, la cui mancanza produce la nullità dell'atto *ex* art. 1428 c.c. II co. c.c. (in combinato disposto con l'art. 1322 II co. c.c. e l'art. 1325 c.c.)²³⁵, tale verifica diventa ancor più significativa nei contratti atipici.

²³⁵ Cfr., per un esauriente quadro sull'argomento, Guarneri, *Meritevolezza dell'interesse*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., XI, Torino, 1994, p. 324. Essenziali per l'esatta comprensione della questione, i lavori di Ferri, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966, p. 345 ss., Id., ancora in tema di meritevolezza dell'interesse, in *Riv. dir. comm.*, 1979, I, p. 1 ss., ora in Id., *Saggi di diritto civile*, Rimini, 1983, p. 324 ss., in replica a Gazzoni, *Atipicità del contratto, giuridicità del*

Nel procedimento di qualificazione, sembrano potersi sinteticamente delineare diverse ipotesi: evidenziata la non totale corrispondenza del contratto in esame in via univoca ad un tipo contrattuale, sul piano logico sembrerebbe possibile evidenziarne la sua generale “vicinanza” a più di uno schema contrattuale tipico, oppure, guardando a suoi specifici profili effettuali anche accessori, a singole norme dettate per specifici tipi.

I quesiti interpretativi sollecitati dalla figura in esame, pertanto, si sostanziano nella ricerca del modello applicativo reputato o più “equo” o maggiormente rispondente alla “volontà” delle parti: combinazione di più discipline tipiche, salvo incompatibilità, prevalenza dell’una sulle altre, applicazione analogica di specifiche norme di tipi diversi ma “simili” a quello atipico oggetto di esame, ricerca di norme che, pur comprese in uno specifico tipo appaiono destinate ad applicarsi ad operazioni

vincolo e funzionalizzazione degli interessi, in *Riv. dir. civ.*, 1978, I, p. 52 ss. Per una attenta analisi delle posizioni giurisprudenziali in tema di meritevolezza, tra gli altri, Gardani Contursi-Lisi, *Contratti atipici*, I, in *Giur. sist. civ. e comm.* Torino, 1997, p. 5 ss.; Urciuoli, *Liceità della causa e meritevolezza dell’interesse nella prassi giurisprudenziale*, in *Rass. dir. civ.*, 1985, p. 752 ss. Cfr., altresì, App. Milano, 29 dicembre 1970, in *Riv. dir. comm.*, 1971, II, p. 81 ss., con nota critica di Ferri, *Meritevolezza dell’interesse e utilità sociale*. Correlata al profilo della meritevolezza appare l’indagine sulla causa degli atti di autonomia negoziale, caratterizzata dalla contrapposizione fra l’indirizzo c.d. individualistico, incline a respingere qualsiasi «funzionalizzazione» del contratto all’attuazione di finalità trascendenti gli interessi meramente individuali, e quello c.d. sociale, diretto ad affermare la necessità di riconoscere e tutelare l’autonomia negoziale soltanto se idonea alla realizzazione dei valori fondamentali che caratterizzano il sistema. Sul punto v., per tutti, Ferri, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, cit., p. 258 ss.; P. Perlingieri, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, II ed., Napoli, 1991, p. 150 ss.; Gazzoni, *Atipicità del contratto, giuridicità del vincolo e funzionalizzazione degli interessi*, cit., p. 55 ss.

negoziali diverse (c.d. norme trans-tipiche²³⁶). In questa direzione, si dipana la nota distinzione tra contratti atipici, misti e/o collegati.

La differente qualificazione di un contratto atipico ha delle evidenti ricadute anche sul regime della responsabilità e, in particolare, per ciò che in questa sede rileva, della diligenza.

7. Segue. Operatività del divieto nei contratti atipici di parcheggio e di ormeggio.

Il rapporto di parcheggio, quale operazione sociale diffusa nella prassi, trova il suo riconoscimento giuridico nell'art. 1322 c.c., ma con riguardo alla disciplina da applicare, frequente l'alternarsi di orientamenti che talvolta hanno ricondotto il concreto regolamento al tipo-locazione, talaltra al tipo-deposito, con evidenti differenti ricadute applicative, anche sul piano della responsabilità.

È stato affermato che in questo regolamento negoziale mancasse l'incontro tra proposta ed accettazione, motivo per il quale la struttura giuridica sembrerebbe ricalcare quella dell'offerta al pubblico (art. 1336 c.c.), che si realizza con la predisposizione da parte del gestore di un'area adibita a parcheggio (offerta al pubblico), alla quale segue poi l'adesione del fruitore, sotto forma di comportamento concludente del ricovero del veicolo

²³⁶ Cfr. Briganti, in *La causa del contratto. Interpretazione del contratto e tecniche di qualificazione*, op. cit., p. 18; P.A. chiarisce che l'«effetto innovativo prodotto da tale procedimento interpretativo è quello di disgregare l'unità della disciplina del tipo in singole norme non necessariamente applicabili esclusivamente al tipo stesso, basandosi sul riconoscimento dell'esistenza di disposizioni che, pur relative ad un modello legale nominato, hanno una propria sfera di applicazione più ampia, che va al di là di limiti imposti dal tipo codificato [...]». Queste norme, dotate di «vis expansiva», laddove compatibili, risulterebbero applicabili, in concreto, a qualsiasi contratto atipico e consentirebbero di ricostruirne la disciplina evitando la riconduzione al tipo e l'applicazione in toto delle disposizioni dettate per quest'ultimo».

nell'apposito spazio²³⁷. Quindi, analogamente a quanto accade nel contratto di deposito, l'accordo si perfezionerebbe con la consegna della cosa, non essendo necessaria alcuna altra formalità.

Come noto, solo parte minoritaria della giurisprudenza ha nel tempo qualificato il contratto *de quo* alla stregua di una locazione d'area; in particolare poi, solo in quelle ipotesi nelle quali, a fronte di parcheggi automatizzati, non vi sarebbe alcun contatto con il personale, con la conseguente assenza di un obbligo di custodia. A sostegno di tale tesi è stato rilevato che, in determinate zone, l'interesse prevalente dell'automobilista fosse quello di liberarsi temporaneamente dell'auto, piuttosto che quello di assicurarne la custodia. L'orientamento prevalente però²³⁸, ha sempre militato nel senso del contratto di deposito, di cui all'art. 1766 c.c., ritenendo che la custodia dell'autoveicolo costituisca la prestazione qualificante.

Il differente inquadramento in un tipo piuttosto che nell'altro (locazione ovvero deposito) non è di poco momento ai fini dell'individuazione degli interessi economico-individuali perseguiti, e quindi dell'obbligazione assunta.

In particolare, la qualificazione come contratto di deposito comporterebbe un diverso e più stringente regime della responsabilità, con la conseguenza che clausole limitative della responsabilità, eventualmente apposte, non sarebbero idonee ad esonerare il gestore dall'obbligo di custodia in caso di dolo o colpa

²³⁷ Nel senso che il contratto di parcheggio integri lo schema dell'offerta al pubblico, piuttosto che quella del contratto per adesione v. Amendolagine, *Furto di autoveicolo e responsabilità del gestore dell'area adibita a parcheggio*, in *Corr. giur.*, 2009, p. 1650; Lapertosa, *Il contratto di posteggio*, in *Resp. civ. e prev.*, 2005, p. 554. In giurisprudenza, *ex multis*, Cass. 27 gennaio 2009, n. 1957; Cass. 20 dicembre 2005, n. 28232.

²³⁸ Cfr. Vancore, *Notazioni in tema di contratto di posteggio*, in *Resp. civ.*, 2011, p. 266; Amendolagine, *op. cit.*, p. 1649; Follieri, «*Il semplice fatto*» e la conclusione del contratto, in *Obbl. e contr.*, 2007, p. 428. Per la giurisprudenza, Cass. 1 dicembre 2004, n. 22598, in *Giust. civ.*, 2005, I, p. 2635; Cass. 13 marzo 2007, n. 5837.

grave, oltre ad essere inefficaci per difetto di specifica approvazione scritta *ex art. 1341, II comma, c.c.*, avendo esse carattere vessatorio.

La *quaestio iuris* della quale è stata più volte investita la Corte di Cassazione ha riguardato la disciplina applicabile nell'ipotesi di furto d'auto lasciata in sosta presso un'area recintata, gestita da una società privata, e, correlativamente, la natura e l'efficacia delle clausole di esclusione della responsabilità *ex recepto* dedotte nel regolamento di parcheggio, in attuazione del potere amministrativo conferito al Comune dal nuovo codice della strada²³⁹.

Le Sezioni Unite della Cassazione²⁴⁰, rompendo gli schemi fino ad allora seguiti, seppure per un'ipotesi specifica, hanno affermato che la disciplina applicabile al contratto di parcheggio, trovi fondamento in un duplice interesse: quello «*primario del conducente di parcheggiare l'auto in zone in una certa misura sorvegliate, e nell'interesse pubblico di incentivare la sosta dei vicoli a tariffe contenute, fissando le relative condizioni in modo da prestare un servizio non particolarmente oneroso né per il gestore, né per l'utente*».

A tal fine, il nuovo codice della strada²⁴¹, all'art. 7, comma 1, lett. f), fissa il potere del sindaco di istituire «*previa deliberazione della Giunta, aree destinate al parcheggio sulle quali la sosta dei veicoli è*

²³⁹ Il contrasto nasce da due sentenze tra di loro discordanti, emesse a breve distanza di tempo l'una dall'altra, ad opera della stessa Sezione, in diversa composizione, aventi ad oggetto la medesima fattispecie e decise tra le stesse parti e relativi difensori: di qui il soprannome di «*sentenze gemelle diverse del 2009*». Sul punto Rampazzo, *Deposito e diligenza della custodia. A proposito di due recenti sentenze in tema di parcheggio*, in *Dir. e giur.*, 2010, p. 195. Si tratta delle sentenze 13 marzo 2009, n. 6169 e 27 gennaio 2009, n. 1957, che suscitano rilevante interesse perché, fino ad allora, il contratto di parcheggio era stato, per *ius receptum*, definito come contratto atipico di parcheggio.

²⁴⁰ Cass. S.U. 28 giugno 2011, n. 14319.

²⁴¹ D.Lgs. 30 aprile 1992, n. 285.

subordinata al pagamento di una somma da riscuotere mediante dispositivi di controllo di durata della sosta anche senza custodia del veicolo».

Da ciò deriva, secondo la Corte, che «*il Legislatore ha rimesso la regolamentazione della sosta e del parcheggio e il pagamento per il tempo di sosta al potere deliberante della giunta comunale e del Sindaco per motivi di pubblico interesse*», con la conseguenza che la scelta tra i due tipi di parcheggio, ossia con o senza custodia, normativamente disciplinati nei centri urbani dalla legislazione speciale, è frutto di una valutazione dell'utente²⁴².

L'esclusione dell'attività di custodia sul veicolo deve, tuttavia, risultare da un avviso posto in modo da esser adeguatamente percepibile prima della conclusione del contratto secondo le modalità predisposte dal proponente l'offerta al pubblico. E tale esclusione non deve necessariamente essere contenuta in una clausola da sottoscrivere ai sensi dell'art. 1341, comma 2, c.c., in quanto essa atterrebbe all'oggetto della proposta negoziale, poiché concorre a circoscrivere la prestazione che il gestore dell'area adibita a parcheggio offre al pubblico degli automobilisti: non riguarderebbe dunque né limitazioni di adempimento di obblighi, né esonero di responsabilità. La clausola *de qua* è da considerarsi pertanto valida ed efficace anche ai sensi dell'art. 33, comma 2, lett. l), c. cons., purché le caratteristiche del servizio da fornire secondo le modalità indicate non siano determinate successivamente alla conclusione del contratto, ma

²⁴² Se prevale l'interesse a «*concludere un contratto che gli assicura uno spazio per lo stazionamento del veicolo in prossimità di luoghi di interscambio con sistemi di trasporto collettivo a cui intende accedere velocemente e senza incorrere in divieti sanzionati dal codice della strada (D.Lgs. n. 285 del 1992, art. 158) pagando la somma corrispettiva della prestazione del gestore - mettere a disposizione un'area senza trasferire la detenzione del veicolo al personale eventualmente preposto alla sorveglianza del parcheggio [...], si configura il contratto di parcheggio senza custodia*». Viene così sancita l'applicabilità della disciplina contenuta nel nuovo codice della strada anche alle aree "chiuse", lontane dalla carreggiata, e quindi non solo più sulle aree pubbliche.

siano conosciute o conoscibili secondo l'uso dell'ordinaria diligenza prima del perfezionamento dell'accordo.

Invece, nel caso in cui «*l'utente intenda assicurarsi non solo l'utilizzazione dell'area, ma anche la conservazione e la restituzione del veicolo nello stesso stato in cui lo ha consegnato [...] si configura il contratto di parcheggio con custodia a cui è applicabile la disciplina sul deposito, contratto a struttura reale, [...] perché funzione prevalente del contratto ed obbligazione caratteristica del gestore del parcheggio è l'espletamento della custodia dell'auto*»²⁴³.

In definitiva, se il contratto concluso ha ad oggetto un parcheggio custodito, la clausola che esclude la responsabilità *ex recepto* ricade tra quelle previste dal comma 2 dell'art. 1341 c.c., con la conseguente sanzione di inefficacia in caso di mancata specifica approvazione per iscritto. Ma se il contratto ha ad oggetto un parcheggio incustodito, la clausola che esclude l'attività di custodia, purché sia conoscibile prima del perfezionamento del negozio, si limita a circoscrivere la prestazione del “parcheggiatore” e non può considerarsi nulla ai sensi dell'art. 1229 c.c. né vessatoria.

Appare dunque evidente che, in tale ipotesi, affinché la clausola sia di delimitazione dell'oggetto, non possa prestarsi ad un'interpretazione ambigua²⁴⁴.

Ciò posto, per risolvere la questione relativa all'individuazione della disciplina applicabile, è necessario accertare preliminarmente il tipo di contratto concluso, ovvero con o senza custodia, basandosi sulla volontà manifestata dalle parti, sì da delimitare l'oggetto delle prestazioni dovute.

²⁴³ Ciò anche nell'ipotesi in cui non vi sia stata la consegna delle chiavi del veicolo, il posteggiatore non sia stato incaricato del posizionamento di esso e sia stato chiuso con inserimento di sistemi di allarme e sicurezza.

²⁴⁴ Analogamente a quanto accade nel contratto di assicurazione, in cui le clausole non sono considerate vessatorie, laddove siano chiare e comprensibili. In tal senso, Sacco-De Nova, *Il contratto*, in *Tratt. dir. civ. Sacco e De Nova*, Torino, 2004, p. 385; Roppo, *Il contratto*, in *Tratt. dir. priv. Indica e Zatti*, Milano, 2001, p. 913.

Il fatto, poi, che il servizio offerto sia predisposto mediante, ad esempio, area recintata o chiusa, sbarra meccanica di entrata e uscita del parcheggio sarebbe irrilevante: se la volontà negoziale è espressa in modo univocamente volto ad escludere la custodia, non può ingenerare un legittimo affidamento²⁴⁵.

Pertanto, secondo le Sezioni Unite, affinché si configuri un contratto di parcheggio senza custodia all'interno di un'area recintata, presupposto necessario, anche se non sufficiente, è l'esistenza della delibera. L'altro requisito fondamentale è rappresentato dalla conoscibilità secondo l'ordinaria diligenza da parte dell'utente dell'assenza di custodia; infatti, il gestore del parcheggio incustodito, non potrebbe esimersi dall'onere di portare a conoscenza del pubblico degli automobilisti, nelle stesse forme in cui viene offerto il servizio di sosta a pagamento, l'avviso con il quale si specifica inequivocabilmente l'oggetto della prestazione prima della conclusione del contratto, a meno di non voler incorrere nella c.d. responsabilità *ex recepto*.

La natura giuridica del contratto di parcheggio dipenderà, dunque, dal caso concreto: se tra le prestazioni dovute non è ricompresa anche quella di custodia, il contratto avrà natura di mera locazione, sempre che vi sia, da un lato la delibera comunale e dall'altro l'avviso all'ingresso dell'area di sosta recante l'offerta del semplice godimento dello spazio per il posteggio, altrimenti, esso avrà natura di deposito.

L'orientamento riferito enunciato nella sentenza suddetta riguarda però un'ipotesi particolare, e sembra in qualche modo

²⁴⁵L'obbligo di custodia, infine, non sarebbe poi ricavabile *ex art.* 1177 c.c., sul presupposto secondo cui anche nel contratto di parcheggio incustodito sia comunque ravvisabile una funzione prevalente di deposito derivante dal controllo altrui sul luogo in cui è posteggiato il veicolo, «*non essendo ipotizzabile tale principio di ordine generale prevalente sul perseguimento di un interesse pubblico sociale rilevante qual è lo stazionamento di un veicolo in una zona di sosta a costo sostenibile, senza custodia*». L'interesse collettivo prevarrebbe dunque sulla norma di diritto comune.

discostarsi dall'impostazione da tempo prevalente secondo cui il contratto di parcheggio sia un contratto atipico di deposito²⁴⁶. Suffragando tale ultima qualificazione l'obbligo di custodia sarebbe evidentemente dedotto in contratto, ed ogni eventuale limitazione di esso non potrebbe rappresentare una delimitazione dell'oggetto, bensì una limitazione della responsabilità.

Diversamente dal parcheggio, il contratto atipico di ormeggio è caratterizzato da "una struttura minima essenziale", che consiste nella semplice messa a disposizione delle strutture portuali, con assegnazione al natante di un delimitato e protetto spazio acqueo, secondo uno schema che trova maggiore rispondenza nel contratto di locazione di cui all'art. 1571 c.c., rispetto a quello del deposito. Nulla esclude però che il contenuto del contratto di ormeggio possa essere esteso non solo alla custodia ma anche a prestazioni relative a servizi accessori messi a disposizione dalla struttura portuale (fornitura di acqua, energia elettrica, ecc.), queste ultime regolamentate dalle disposizioni in tema di somministrazione (artt. 1559 e ss. c.c.). A fronte di una struttura più complessa del contratto di ormeggio si pone il problema relativo alla disciplina applicabile.

Seguendo la teoria dell'assorbimento ci si troverebbe dinanzi ad una rigida alternativa tra locazione e deposito; viceversa aderendo alla teoria della combinazione si potrebbero coniugare le due discipline secondo un modello tipologico elastico. La Cassazione individua allora due differenti modelli di ormeggio, da ascrivere al deposito o alla locazione a seconda che vi sia o meno

²⁴⁶ Al riguardo, qualche problema si è creato allorché, con l'avanzare del progresso tecnologico, si è estinta la figura del «parcheggiatore» che ritirava le chiavi del mezzo e procedeva, successivamente, alla riconsegna della vettura, sostituito da un sistema automatico, basato sull'emissione, da parte di un congegno meccanizzato, di uno scontrino, che viene utilizzato anche per il ritiro della vettura, ciò che impedirebbe, secondo alcuni, il verificarsi della *traditio* della cosa depositata.

l'affidamento del natante. Qualora però, il contratto di ormeggio sia corredato dell'obbligo di custodia, in caso di avaria, deterioramento o distruzione dell'imbarcazione, non sarà sufficiente ad esonerare da responsabilità il concessionario dell'ormeggio la prova di avere usato nella custodia della *res* la diligenza del buon padre di famiglia di cui all'art. 1768 c.c.

Il procedimento ermeneutico non è però sempre lineare e di conseguenza i profili di responsabilità di non facile individuazione. Si pensi al caso della nullità di una clausola di esonero da responsabilità apposta ad un contratto di ormeggio in una darsena gestita da una società che, al fine di proteggere maggiormente l'area, aveva costruito una diga²⁴⁷.

La Corte, a seguito della richiesta di risarcimento del danno del diportista il cui natante era stato distrutto da una mareggiata, nell'indagare sulla natura del contratto stipulato dalle parti, aveva ritenuto che si trattasse di un'ipotesi di ormeggio-deposito, e non di ormeggio-locazione. Infatti, il comportamento del gestore dell'area volto a rendere più sicura lo specchio d'acqua con la costruzione di una diga, aveva ingenerato un legittimo affidamento circa la sussistenza di un obbligo di custodia; sì che la causa del contratto non poteva che essere intesa come lo scambio tra prestazione di custodia e pagamento del corrispettivo. La clausola inserita dunque, lungi dal delimitare l'oggetto del contratto, avrebbe avuto piuttosto la funzione di limitare la responsabilità e sarebbe stata pertanto nulla.

In siffatte ipotesi, la valutazione sulla validità delle clausole eventualmente apposte, imporrebbe l'ausilio del principio ermeneutico di cui all'art. 1362, II comma, c.c., al fine di indagare sulla reale volontà delle parti, che si desume anche dai comportamenti di esse e dalle aspettative frutto del legittimo affidamento.

²⁴⁷ Cass., 1 giugno 2004, n. 10484, in *Giur. it.*, 2005, p. 939.

In sostanza, nel giudizio sulla ripartizione pattizia dei rischi, il divieto di cui all'art. 1229 c.c., implica una valutazione circa la compatibilità di un'esenzione di responsabilità inserita nel tessuto contrattuale, nella quale si tradurrebbe la scelta delle parti in ordine al soggetto sul quale i rischi sono destinati a gravare, con la causa del contratto.

8. *Segue. Osservazioni conclusive sul criterio di imputazione della responsabilità ex recepto nelle ipotesi di esonero o limitazione di essa.*

Il normale criterio di imputazione della responsabilità offerto dal combinato disposto degli artt. 1218 c.c. e 1256 c.c., che trova una mitigazione grazie all'eventuale inserimento di clausole di esonero - e diventa più rigoroso nelle ipotesi di cui al secondo comma dell'art. 1176 c.c., laddove è imposto il rispetto di un maggior grado di diligenza - ²⁴⁸, sembrerebbe cedere il passo a quello del "caso fortuito", nell'ambito dei contratti nei quali sia previsto un obbligo di custodia²⁴⁹, in virtù del quale il debitore non sarebbe liberato se non provasse che l'evento che ha cagionato la perdita o la distruzione del bene non sia a lui imputabile²⁵⁰.

²⁴⁸ Si veda quanto precisato in tema di responsabilità della banca nell'ambito del contratto inerente il servizio delle cassette di sicurezza.

²⁴⁹ Ci si riferisce non solo all'art. 1177 c.c., ma a tutti i contratti nei quali sia previsto l'obbligo di custodia, come quello di deposito di cui all'art. 1766 c.c., ovvero quello relativo al servizio delle cassette di sicurezza *ex art.* 1839, e a tutte le ipotesi non espressamente codificate come ad esempio il parcheggio.

²⁵⁰ Cfr. Messineo, *Manuale di diritto civile e commerciale*, III, Milano, IX ed., 1959, p. 306; Molle, *I contratti bancari*, in *Trattato dir. civ. e comm.*, diretto da Cicu e Messineo, XXXV, 1, Milano, 1966, p. 625; Mengoni, *Obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi*, II, *La funzione della colpa nella responsabilità contrattuale*, in *Riv. dir. comm.*, 1954, I, 290, n. 33. Sul punto deve darsi anche conto dell'impostazione in virtù della quale andrebbe fatta una distinzione tra le ipotesi in cui l'obbligazione di custodire sia principale e quelle in cui sia meramente accessoria, con un conseguenziale differente regime della responsabilità.

Oggetto di riflessione della dottrina è stata quindi la possibile individuazione di una differenza tra il fortuito²⁵¹ e la causa non imputabile²⁵². Di là dalla *vexata quaestio* tra concezione oggettiva e soggettiva della responsabilità *ex recepto*²⁵³, per ciò che in questa sede rileva, giova dare conto di un'interessante riflessione sull'ambito operativo dell'art. 1229 c.c. in siffatte ipotesi. Tale impostazione partendo dal presupposto che nella responsabilità contrattuale *ex recepto* la linea di confine tra l'inadempimento e l'impossibilità imputabile sia di difficile definizione, è incline a ritenere che la regola di cui al primo comma dell'art. 1229 c.c., non trovi applicazioni in questi casi.

Ogni modificazione convenzionale della responsabilità sarebbe infatti incompatibile con le ipotesi di responsabilità *ex recepto*, in cui sussiste «un'endemica sovrapposizione tra il piano dell'inadempimento e quello dell'impossibilità»²⁵⁴, nel senso che il debitore potrà essere esonerato da responsabilità solo laddove provi la non imputabilità della causa di impossibilità, mentre è di fatto preclusa la prova dell'adempimento. «Nelle obbligazioni *ex recepto* cioè non opererebbe il noto congegno bifasico disegnato dall'art. 1218 c.c.: prova dell'adempimento e, in seconda battuta, prova della non imputabilità della causa di impossibilità dell'inadempimento. Conseguentemente, non sarebbe possibile sindacare *ex art. 1229 c.c.* - disposizione normativa concernente la

²⁵¹ Per l'esatta individuazione della nozione del caso fortuito v. P. Perlingieri, *Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento*, in *Comm. cod. civ.*, a cura di Scialoja Branca, Bologna-Roma, 1975, p. 460.

²⁵² Sulla questione v. Comporti, *Esposizione al pericolo e responsabilità civile*, Napoli, 1965, pp. 67 ss.; Coviello, *Del caso fortuito in rapporto all'esistenza delle obbligazioni*, *op. cit.*, p. 81.

²⁵³ Sul tema v. Asquini, *Del contratto di trasporto*, *op. cit.*; D'Amico, *La responsabilità *ex recepto* e la distinzione tra obbligazioni di mezzi e obbligazioni di risultato. Contributo alla teoria della responsabilità del problema*, Napoli, 1999; Castronovo, *Tra rischio e caso fortuito. La responsabilità da cassette di sicurezza*, in *Le operazioni bancarie*, *op. cit.*

²⁵⁴ Plaia, *Ambito operativo dell'art. 1229 c.c. e responsabilità *ex recepto**, in *Obbl. e contr.*, 2012, 12, p. 838.

diligenza nell'adempimento - un patto generico che si assume limitativo della responsabilità in un ambito in cui la diligenza nell'adempimento non ha alcun ruolo, giocandosi la partita della responsabilità tutta sulla non imputabilità della causa di impossibilità»²⁵⁵.

9. *Le clausole di esonero e limitazione di responsabilità nei contratti standard e il coordinamento dell'art. 1229 c.c. con il Codice del Consumo.*

Se nella contrattazione individuale trova applicazione solo l'art. 1229 c.c., laddove le clausole di irresponsabilità siano inserite in condizioni generali di contratto²⁵⁶, tale norma deve essere coordinata con l'art. 1341 c.c., nonché con il codice del consumo - per le ipotesi in cui siano parte del regolamento di interessi il professionista da un lato e il consumatore dall'altro - ovvero, nel caso di contratti tra imprese, con le disposizioni relative a detta categoria di negozi.

Gli artt. 1341, 1342 e 1370 c.c. mirano a contemperare le esigenze di un soggetto, tendenzialmente un imprenditore - agevolato dalla stipulazione di contratti cd. *standard*²⁵⁷, destinati a regolare i rapporti con la clientela - con quelle del contraente "debole".

Di là dalla questione relativa alla tassatività dell'elencazione di cui al secondo comma dell'art. 1342 c.c., non è revocabile in dubbio che «*le condizioni che stabiliscono a favore di colui che le ha predisposte, limitazioni di responsabilità*» (art. 1341, co. 2, c.c.), siano quelle contemplate dall'art. 1229 c.c.

²⁵⁵ Plaia, *o.l.u.c.*

²⁵⁶ Sul tema v. P. Perlingieri, *Appunti sull'inquadramento della disciplina delle cd. condizioni generali di contratto*, in Id., *Il diritto dei contratti tra persone e mercato. Problemi del diritto civile*, Napoli, 2003, p. 297 ss.

²⁵⁷ Per un approfondimento sul tema dei contratti standardizzati v. Roppo, *I contratti standard*, in *Autonomia e controlli nella disciplina delle attività negoziali di impresa*, rist. inalt. Dell'edizione del 1975, Milano, 1989; v. anche Roppo, *Il contratto*, in *Tratt. di dir. priv. Indica e Zatti*, Milano, 2001, p. 42.

Ciò posto è evidente che per le ipotesi in cui le clausole di irresponsabilità siano inserite nell'ambito di contratti di massa, non solo devono superare il controllo dell'art. 1229 c.c., ma sono anche assoggettate al rispetto dell'obbligo formale previsto dall'art. 1341 c.c., che, per le clausole vessatorie, pone un'eccezione al principio di libertà della forma sancito dall'art. 1325, n. 4, c.c.

Il secondo comma dell'art. 1341 c.c. è finalizzato dunque ad arginare la posizione di forza del predisponente²⁵⁸, anche se la formalità da esso imposta non annulla lo squilibrio contrattuale e non è sufficiente a fondare la presunzione di una ponderata accettazione del contraente che si limita ad accettare con la sottoscrizione una clausola vessatoria.

In dottrina, infatti, si era rilevato che l'art. 1341, c. 2, c.c. non fosse adeguato a tutelare il contraente debole²⁵⁹, stante la garanzia meramente formale che esso appresta. Di qui la ricerca di ulteriori meccanismi correttivi, e la possibile prospettazione di un controllo da parte del giudice alla luce dei principi generali²⁶⁰. È stato infatti evidenziato da autorevole dottrina che da un lato «è da auspicare collegamento di ogni singola previsione – di cui al secondo comma dell'art. 1341 c.c. – con le norme che nel sistema che completano quella previsione, specialmente quelle inderogabili e cogenti, e con i principi

²⁵⁸ Cfr. Torrente, *L'impresa e il lavoro nella navigazione. I contratti di utilizzazione della nave e dell'aeromobile*, in *Trattato di diritto civile* diretto da Grosso e Santoro-Passarelli, Milano, 1964, p. 161; Giordano, *I contratti per adesione*, Milano, 1961, p. 124; in tal senso Cass. 14 aprile 1950, n. 956, in *Foro it.*, 1950, I, p. 688.

²⁵⁹ Per Benatti, *op. cit.*, p. 102, «è stata constatata l'inadeguatezza di un simile sistema alla tutela della parte debole. A tale scopo non serve l'art. 1341, comma 2 [...] la specifica approvazione per iscritto gli assicura soltanto la conoscenza del contenuto del negozio, invitandolo a ponderare e meditare sulla portata e sul significato della clausola, ma non lo garantisce di fronte al potere e sul significato di certe clausole».

²⁶⁰ Cfr. Di Majo, *Condizioni generali di contratto e diritto dispositivo*, in *Condizioni generali di contratto e tutela del contraente debole: atti della tavola rotonda tenuta presso l'Istituto di Diritto Privato dell'Università di Catania*, Milano, 1970, p. 65; Rodotà, *Condizioni generali di contratto, buona fede e poteri del giudice, o.l.u.c.*, p. 79.

costituzionali; dall'altro - a completamento del primo profilo – l'approfondito esame – scevro da pregiudizi – della meritevolezza, secondo l'ordinamento giuridico, della sua utilizzazione; sì che non sia espressione di un capriccioso mezzo per raggiungere risultati meramente ostruzionistici e vessatori senza effettivo e legittimo beneficio per la parte che l'ha predisposta»²⁶¹.

Si rende quindi necessaria l'analisi delle singole clausole «*in una visione globale del sistema normativo e con attenta esegesi delle norme che completano la disciplina dell'istituto richiamato dal contenuto della singola clausola. Esempio per questo tipo di indagine è la clausola limitativa della responsabilità»²⁶². A tal fine la buona fede oggettiva segna il limite entro il quale l'ordinamento riconosce all'autonomia privata il potere di predisporre unilateralmente le condizioni generali di contratto; superato tale confine si delineerebbero i profili dell'abuso del diritto²⁶³.*

Si tratta quindi di uno strumento funzionale sia ad individuare le clausole vessatorie sia ad adeguare il regolamento negoziale ai principi generali anche in ragione di eventuali sopravvenienze. La buona fede, espressione dei principi costituzionali di solidarietà e lealtà, è dunque strettamente collegata all'equità, come si evince anche dalle direttive comunitarie che, com'è stato osservato, ormai «*innervano»²⁶⁴ il nostro sistema²⁶⁵.*

²⁶¹ La citazione è di P. Perlingieri, *Appunti sull'inquadramento della disciplina delle cd. condizioni generali di contratto*, op. cit., p. 300.

²⁶² P. Perlingieri, *o.u.c.*, p. 298.

²⁶³ Sul punto v. Barcellona, *Condizioni generali di contratto e tutela del contraente debole, in condizioni generali di contratto*, op. cit., p. 112, il quale distingue la funzione integrativa della buona fede da quella diretta alla modificazione del regolamento negoziale in senso giusto ed equo.

²⁶⁴ Busnelli, *Note in tema di buona fede ed equità*, op. cit., p. 544.

²⁶⁵ Interessante il rilievo che sia nei Principi Unidroit sia nei Principi di diritto contrattuale europeo, è fatto espresso richiamo alla buona fede, mentre l'equità non viene invece menzionata, oppure è nominata ma solo in relazione alla ragionevolezza, così come definita dall'art. 1:302 dei Principi: «*è da ritenersi ragionevole ciò che chiunque in buona fede e nella stessa situazione delle parti dovrebbe considerare ragionevole*»; così Ceccherini, op. cit., p. 139.

Sebbene nel diritto internazionale ed europeo, la buona fede filtrerebbe anche il giudizio di equità, l'opinione prevalente, nel diritto interno, è volta ad attribuire un'autonoma funzione a buona fede ed equità²⁶⁶.

Nel senso dell'equilibrio contrattuale operano, secondo una lettura in combinato disposto, gli artt. 1341, 1342 e 1229 c.c.; infatti, fermo il divieto di cui all'art. 1229 c.c., le clausole volte a limitare la responsabilità per inadempimento dovuto a colpa lieve, devono essere approvate per iscritto. Le clausole di modificazione della responsabilità sono diffusamente utilizzate nei contratti di massa, e tendenzialmente imposte unilateralmente al contraente aderente. In tale prospettiva il controllo dovrà operare per gradi. Preliminarmente dovrà essere valutata la liceità della clausola, valida se formulata nei limiti di cui all'art. 1229 c.c. e poi «*verificata la meritevolezza, secondo l'ordinamento giuridico, della sua utilizzazione*», con riguardo «*al particolare assetto di interessi espresso dal contratto*»²⁶⁷.

Una volta superati i giudizi di liceità e di meritevolezza si potrà procedere a quello di cui al secondo comma dell'art. 1341 c.c. Posto che l'art. 1341 c.c. opera a prescindere dalla natura del soggetto, si rileva che delle condizioni generali di contratto è fatto largo impiego nei rapporti tra imprese; e anche per questa materia si evidenzia come l'intervento del legislatore sia stato finalizzato a correggere l'asimmetria contrattuale. L'art. 1341 secondo comma c.c., che, come detto, opera nei limiti dell'art. 1229 c.c., nell'ambito dei contratti tra imprese è suffragato dall'art. 9 della Legge 192/1998, in tema di subfornitura. La norma vieta l'abuso da parte

²⁶⁶ Rodotà, *Le fonti di integrazione*, op. cit., p. 225; Alpa, *La completezza del contratto: il ruolo della buona fede e dell'equità*, in *Vita not.*, 2002, p.611 ss., secondo il quale inoltre, poiché l'esecuzione del contratto è distinta dall'integrazione, la buona fede non può essere accostata all'equità. La differenziazione tra i due concetti è stata peraltro consacrata dal codice del '42 che, a dispetto di quello abrogato, distingue l'incidenza dei due concetti.

²⁶⁷ P. Perlingieri, *Appunti sull'inquadramento della disciplina delle cd. condizioni generali di contratto*, p. 300.

di una o più imprese dello stato di dipendenza economica, nel quale si trova un'impresa cliente o fornitrice nei suoi riguardi.

Di là dalla sede in cui la disposizione (art. 9 L. subfornitura) trae origine, sembra che essa assurga a ruolo di clausola generale²⁶⁸, al precipuo scopo di realizzare l'equilibrio contrattuale, integrando in questo senso l'art. 1341 c. 2 c.c.

Pertanto, laddove negli accordi tra imprese venga inserita, in un contratto per adesione, una clausola di irresponsabilità per colpa lieve, superato il giudizio di meritevolezza, si renderà necessaria l'osservanza sia della forma prevista dall'art. 1341 secondo comma c.c.²⁶⁹ sia della disposizione di cui all'art. 9. L. subfornitura. La funzione di completamento della disciplina codicistica (art. 1341 c.c.) di tale ultima norma soddisferebbe anche il principio di uguaglianza, in ragione dell'attribuzione di una tutela ad *hoc* non solo al consumatore, nella sua qualità di contraente debole, ma anche ad altro contraente che si trovi nella medesima posizione di svantaggio²⁷⁰.

Nel caso in cui le clausole di limitazione o esonero della responsabilità siano apposte in un contratto tra consumatore e professionista, il controllo involgerà anche l'eventuale vessatorietà di essa. Infatti, il codice del consumo (D. Lgs. 206/2005), come noto, disciplina i contratti in cui parte sia il consumatore²⁷¹,

²⁶⁸ Cfr. Macario, in *Abuso di autonomia negoziale e disciplina dei contratti tra imprese: verso una nuova clausola generale?*, in *Riv. Dir. civ.*, 2004, I, p., 663.

²⁶⁹ V. Orlando, *La formazione dei patti vessatori nella novella sui contratti dei consumatori*, in *Riv. dir. priv.*, 1997, p. 758 s., con riguardo alla cumulabilità dei giudizi di meritevolezza e vessatorietà.

²⁷⁰ V. Navarretta, *Buona fede oggettiva, contratti di impresa e diritto europeo*, in *Riv. Dir. civ.*, 2005, p. 507 ss.

²⁷¹ Sulla nozione di consumatore cfr. Alpa, *Consumatore (tutela del)*, in *Noviss. Dig. it.*, Appendice, Torino, 1981, 515 ss.; Id., *Consumatore (tutela del)*, in *Enc. giur. Treccani*, VIII, Roma, 1988; Id., *Consumatore (protezione del) nel diritto civile*, in *Dig. disc. priv. sez. civ.*, III, Torino, 1988, 542 ss.; Alpa e Chinè, *Consumatore (protezione del) nel diritto civile*, in *Dig. disc. priv. sez. civ.*, XV, Appendice, Torino, 1996, 541

allineando l'Italia alla legislazione europea nell'impegno volto a ristabilire l'equilibrio del regolamento negoziale.

In virtù di una lettura congiunta degli artt. 33 e 34 Cod. Cons., lo squilibrio (*rectius* «il significativo squilibrio») rilevante per la qualificazione di vessatorietà è quello normativo e non quello economico. Sarà pertanto vessatoria «la clausola che comporta un significativo squilibrio tra diritti ed obblighi e non tra bene (servizio) e corrispettivo»²⁷².

Di là dal dibattito sulla possibile integrazione del codice del consumo con le norme del codice in civile, con particolare riguardo all'elencazione di cui all'art. 1341 c.c.²⁷³, giova evidenziare che la Relazione al codice del consumo, fugando qualsiasi dubbio interpretativo, ha inteso ribadire che i contratti dei consumatori continuano ad essere regolati anche dal codice civile, per quanto non diversamente disposto²⁷⁴.

Tra le clausole che limitano o esonerano la responsabilità previste dal codice del consumo, la prima categoria è quella di cui all'art. 33 co. 2, lett. a), relativa alle ipotesi di morte o danno alla persona del consumatore, risultante da un fatto o da un'omissione del professionista; l'altra categoria, prevista dall'art. 33 co.2, lett b) ha invece ad oggetto le clausole che limitano o escludono le azioni

ss.; Zeno Zencovich, *Consumatore (tutela del): I) Diritto civile*, in *Enc. giur. Treccani*, VIII, Roma, 2001, 1 ss.; Gabrielli, *Sulla nozione di consumatore*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2003, 4, 1149 ss.; Chinè, *Il consumatore*, in *Aa.Vv., Tratt. di dir. priv. eur.*, a cura di Lipari, II ed., vol. I, Padova, 2003.

²⁷² Così Minervini, *Dei contratti del consumatore in generale*, Torino, 2014, p. 71.

²⁷³ Sul punto si veda Castronovo, *Profili della disciplina nuova delle clausole cd. vessatorie cioè abusive*, in *Europa dir. priv.*, 1998, I, p. 21. Chiarisce la questione Minervini, *op. cit.* p. 30, nel senso che «le diverse opzioni teoriche in ordine al rapporto tra codice civile e codice del consumo non precludono il raggiungimento di risultati pressoché equivalenti sul piano operativo».

²⁷⁴ Relazione al d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206, recante Codice del consumo a norma dell'art. 7 della legge 29 luglio 2003, n. 229, in *Appendice-Codice del Consumo*. Commentario a cura di Alpa e Rossi Carleo, Napoli, 2005, p. 910.

o i diritti del consumatore nei confronti del professionista o di un'altra parte in caso di inadempimento totale o parziale o di inadempimento inesatto da parte del professionista.

Sollecita qualche considerazione la ripetizione di dette clausole, menzionate nella cd. "lista grigia" dell'art. 33, anche nella cd. "lista nera" di cui all'art. 36 co. 2, lett a) e b); secondo l'orientamento prevalente le clausole della prima lista si presumono vessatorie fino a prova contraria, le altre invece, anche se oggetto di trattativa, si presumono vessatorie secondo una presunzione assoluta. In tal modo resterebbe però aperta la questione della ripetizione legislativa. Sembra così preferibile, aderire a quell'impostazione in virtù della quale il secondo comma dell'art. 36 cod. cons. andrebbe interpretato nel senso che le clausole da esso riprodotte, «*si presumono vessatorie, e quindi nulle, salvo prova contraria, anche se oggetto di trattativa*».²⁷⁵

Ciò posto, in riferimento alla prima categoria di clausole richiamate, non è controvertibile in dubbio che, laddove il danno riguardi la vita o l'integrità fisica del consumatore, qualsiasi patto volto a limitare la responsabilità sia colpito dalla nullità *ex art. 1229, II comma, c.c.* Infatti, secondo un orientamento largamente diffuso, tra gli obblighi derivanti da norme di ordine pubblico rientrano quelli relativi alla salvaguardia della persona nella sua integrità psicofisica. Così, in presenza di clausole di irresponsabilità attinenti alla persona del consumatore, non potrebbe residuare spazio per l'operatività della disciplina speciale, fatta eccezione per quanto disposto dall'art. 36 comma 1 cod. cons. Pertanto l'incidenza della disciplina consumeristica varrebbe solo ad escludere, in queste ipotesi, che la nullità della clausola che abbia per effetto la limitazione o l'esonero della responsabilità del

²⁷⁵ Del resto la disposizione che le prevede (art. 36 c. 2 cod. cons.) segue la norma in cui è precisato «*le clausole considerate vessatorie ai sensi degli articoli 33 e 34 sono nulle*»; in tal senso Minervini, *op. cit.*, p. 97.

professionista in caso di morte o danno alla persona del consumatore, possa estendersi all'intero contratto²⁷⁶.

Secondo parte della dottrina poi, per tutte le ipotesi in cui non vi sia una violazione di norme di ordine pubblico, si applicherebbe la disciplina di cui all'art 36 cod. cons., per cui la dichiarazione di nullità delle clausole sarà subordinata ad un giudizio sulla significatività dello squilibrio, condotto secondo buona fede, come previsto dall'art. 33 comma 1 cod. cons. E dunque secondo questa impostazione non sarà più rilevante la gradazione dello stato soggettivo perché anche una clausola di irresponsabilità imputabile a colpa lieve potrebbe creare uno squilibrio significativo ovvero al contrario, in presenza di colpa grave potrebbe non configurarsi un'asimmetria rilevante²⁷⁷.

L'altro gruppo di clausole che in questa sede rilevano, sono quelle richiamate dagli artt. 33 e 36 comma II, lett. b), cod. cons., volte a limitare o escludere la responsabilità del professionista in caso di inadempimento totale, parziale o inesatto. L'asimmetria delle posizioni contrattuali, del professionista e del consumatore, che connota queste clausole coincide in linea di principio sia con quelle previste dal secondo comma dell'art. 1341 c.c. sia con quelle del primo comma dell'art. 1229 c.c.

Il problema relativo all'incidenza della normativa speciale, non riguarderebbe secondo l'orientamento prevalente, quelle clausole di irresponsabilità frutto di un comportamento doloso o

²⁷⁶ Così Minervini, *op. ult. cit.*, p. 100 e Ceccherini, *op. cit.* p. 191. In tal senso anche Bessone, *op. cit.*, p. 338, Bianca, *op. cit.*, p. 475.

²⁷⁷ Cfr. Ceccherini, *op. cit.*, p. 194 che richiama il pensiero del Busnelli. L'A. argomenta in base alla considerazione che l'art. 1229 co. 2 non opererebbe per le ipotesi in cui il danno alla persona non riguardi diritti inviolabili e indisponibili, dando così conto di quelle eccezioni in cui, esclusa convenzionalmente la responsabilità civile, il soggetto danneggiato non avrebbe avuto più diritto al risarcimento del danno (il riferimento è al trasporto di cortesia e all'attività sportiva, esempi prospettati dal Ponzanelli).

gravemente colposo del professionista, perché affette da nullità in virtù del primo comma dell'art. 1229 c.c.

Il codice del consumo avrebbe quindi la funzione di completare la disciplina per le sole ipotesi riconducibili alla colpa lieve, in quanto, ai sensi degli artt. 36 co. 2, lett. b) e 33, co. 2, lett. b), cod. cons., le clausole che hanno per oggetto la limitazione o l'esclusione della responsabilità delle azioni o dei diritti dei consumatori nei confronti del professionista o di un'altra parte in caso di inadempimento, totale o parziale, ovvero inesatto, da parte del professionista, a differenza del 1229 c.c., si presumono in ogni caso vessatorie²⁷⁸.

Come logica conseguenza del controllo per gradi, già riferito, la questione della vessatorietà sarà circoscritta alle clausole di irresponsabilità determinate da colpa lieve, affette da nullità perché limitative dei diritti del consumatore, tutelati in modo più rigoroso dalla legislazione speciale, in ragione della posizione di "debolezza" del consumatore rispetto al professionista.

Secondo altra impostazione, se all'art. 1229 co. 1, c.c. viene riconosciuta «*la funzione di ripristinare l'equilibrio sostanziale del contratto*», la sanzione della nullità non dovrebbe essere considerata «*cogente in maniera assoluta*», poiché si potrebbe ipotizzare che laddove l'inserzione di clausole di irresponsabilità fosse bilanciata da un vantaggio a favore dell'altro contraente, non sarebbe alterato l'equilibrio contrattuale²⁷⁹. E dunque, poiché l'art. 1229 c.c. traccerebbe al primo comma «*solo tendenzialmente e in astratto uno spartiacque vero e proprio tra clausole nulle, perché limitative della responsabilità in caso di dolo e colpa grave e le clausole valide perché dirette a*

²⁷⁸ In tema di vessatorietà delle clausole, cfr. Baffi, *La tutela dei consumatori contro le clausole abusive: le teorie americane e il diritto italiano*, in *Contratti*, 2010, 4, p. 392 ss.; Cruciani, *Clausole abusive e tutela (solo procedurale?) del consumatore: le ultimissime dalla Corte di Giustizia*, in *Riv. crit. dir. Priv.*, 2009, 4, p. 655 ss.; Battelli, *Consumatore: nozione, clausole abusive e foro competente*, in *Corr. del Merito*, 2006, 1, p. 5 ss.

²⁷⁹ Ceccherini, *op. cit.*, 203.

limitare la responsabilità debitoria in caso di colpa lieve», di fronte a clausole che si presumono vessatorie ai sensi degli artt. 33 e 36 cod. cons., il professionista potrebbe dimostrare l'inesistenza della vessatorietà, in ragione del primo comma dell'art. 1229 c.c., dimostrando cioè che il consumatore è stato compensato da un consistente ribasso del prezzo o comunque da altro vantaggio economico²⁸⁰.

La teoria, seppur pregevole, contrasterebbe con quanto affermato nei paragrafi precedenti sul fondamento dell'art. 1229 c.c. e sulla rilevanza costituzionale del principio ad esso sotteso. Inoltre l'equilibrio cui tende la disciplina speciale, come già precisato, non è meramente economico e quindi la compensazione dovrebbe investire il piano del bilanciamento dei diritti e dei doveri delle parti. Si ritiene pertanto preferibile aderire alla tesi secondo la quale nei casi di cui agli artt. 33, co. 2, lett. B) e 36, co. 2, lett. b) le clausole di esonero o limitazione della responsabilità per inadempimento, a differenza di quanto dispone l'art. 1229 c.c., è nulla in quanto presunta vessatoria, anche in caso di colpa lieve. Infatti, come sopra specificato, la disciplina di cui all'art. 1229 c.c. potrà essere derogata solo in senso più restrittivo e, con riguardo al caso di specie, la disciplina speciale sarebbe superflua rispetto alle ipotesi di dolo o colpa grave, già disciplinate dall'art. 1229 c.c.²⁸¹

²⁸⁰ Ceccherini, *o.l.u.c.*

²⁸¹ Minervini, *o.l.u.c.*

CAPITOLO III

L'esonero e la limitazione convenzionale della responsabilità del danneggiante nelle ipotesi di illecito extracontrattuale.

SOMMARIO: 1. La controversa configurabilità dell'esonero e della limitazione pattizia della responsabilità extracontrattuale. 2. Le clausole di esonero dalla responsabilità civile nelle ipotesi di cumulo delle responsabilità contrattuale ed extracontrattuale. 3. Segue. Le c.dd. clausole omnicomprensive. 4. Segue. Le clausole di esonero dalla responsabilità civile e la natura del bene protetto: danno alla persona e danno al patrimonio. 5. Conclusioni.

1. *La controversa configurabilità dell'esonero e della limitazione pattizia della responsabilità extracontrattuale.*

Per completezza espositiva giova dare conto della questione relativa alla possibile operatività delle clausole di esonero o limitazione nell'ambito della responsabilità civile.

Sotto la vigenza del codice del 1865 non vi era alcun riferimento alle clausole di esonero dalla responsabilità extracontrattuale, cosicché anche i patti di esonero per colpa lieve erano ritenuti nulli in considerazione della natura del bene protetto.

Si riteneva infatti che ad essere tutelate in tali ipotesi fossero l'integrità fisica o la salute, come, ad esempio, nel caso della responsabilità dell'imprenditore per l'infortunio di operai ovvero in tema contratto di trasporto, con la conseguenza che la dottrina dell'epoca era incline a sottoporre alla propria attenzione l'analisi delle modificazioni pattizie della sola responsabilità contrattuale²⁸².

Ciò che sorprende è che gli interpreti pur avendo elaborato un concetto di colpa unitario per i due tipi di responsabilità - considerato che in ogni caso si sarebbe trattato della violazione di un «*un dovere di condotta*»²⁸³ - non avessero ipotizzato poi una corrispondente disciplina unitaria, riferibile sia alla responsabilità contrattuale sia a quella extracontrattuale. Veniva infatti evidenziata la differente natura del dovere tra la materia

²⁸² Cfr. Asquini, *Del contratto di trasporto*, *op. cit.*, p. 349.

²⁸³ Ceccherini, *op. cit.*, p. 225, riferisce il pensiero di Pacchioni, *Delle clausole esonerative della responsabilità civile per il fatto colposo proprio extracontrattuale*, *Dei delitti e quasi delitti*, in *Diritto civile italiano*, II ed., Vol. IV, - *Diritto delle obbligazioni*, Padova, 1940, p. 181 ss. il quale osserva che «*la colpa altro non è se non la violazione o di un dovere generale imposto dall'ordinamento giuridico di usare nei rapporti con i consociati di una condotta riguardosa, oltre che dei propri, anche dei loro interessi, e di quelli della collettività, è dunque una, perché è sempre violazione di un dovere di condotta*» (l'analisi è analoga a quella del Chironi, *La colpa nel diritto civile odierno. Colpa extracontrattuale*, II, 2 ed., Torino, 1906, p. 558).

contrattuale da quella extracontrattuale: il primo derogabile e il secondo inderogabile, perché volto al superiore interesse della collettività di cui all'art. 1151 c.c. abrogato²⁸⁴.

La disattenzione teorica si giustificava dunque con l'atteggiamento critico della dottrina del tempo, che spingeva alcuni autori a ritenere ontologicamente inammissibili i patti di esonero dalla responsabilità extracontrattuale, stipulati evidentemente prima del verificarsi del fatto illecito²⁸⁵.

Diversamente accolte erano invece le ipotesi di responsabilità oggettiva, verso le quali gli studiosi mostravano maggiore apertura, tale per cui erano ritenute valide le clausole di esonero dalla responsabilità civile per fatto colposo altrui, di cui agli artt. 1153-1156 del previgente codice.

Il dibattito sull'ammissibilità delle clausole di irresponsabilità civile è proseguito dopo l'entrata in vigore del codice del 1942²⁸⁶, investendo anche altri aspetti. La codificazione, ad opera dell'art. 1229 c.c., delle modificazioni della sola responsabilità contrattuale rappresentava un ulteriore spunto di riflessione finalizzato alla individuazione dell'*intentio legis*; al silenzio del legislatore si sarebbe potuta attribuire o la volontà di sottrarre la materia aquiliana alle disposizioni di cui all'art. 1229 c.c. ovvero quella di applicare anche ai patti esonerativi dalla responsabilità extracontrattuale l'art. 1229 c.c.

²⁸⁴ Ceccherini, *o.l.u.c.*

²⁸⁵ Giorgi, *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*, III ed., Firenze, 1892, p. 347; Maiorca, voce *Colpa civile (Teoria generale)*, in *Enc. Dir.*, 1960, VII, p. 564.

²⁸⁶ Militano per la nullità di tali clausole Alpa, *Responsabilità dell'impresa e tutela del consumatore*, Milano, 1975, Castronovo, *Problema e sistema del danno da prodotti*, Milano, 1979; Chironi, *La colpa nel diritto civile odierno. Colpa extracontrattuale*, vol. II, Torino, 1897, p. 666 ss; cfr. anche Maiorca, voce *Colpa civile (Teoria generale)*, in *Enc. Dir.*, 1960, VII, p. 564. Nello stesso senso per la giurisprudenza, v. Cass., Torino, 8 giugno 1912, in *Riv. dir. comm.*, 1913, II, p. 471, con nota di Pacchioni. Per una maggiore apertura, Gambaro, *In tema di deroghe convenzionali alla disciplina urbanistica*, in *Giur. it.*, 1977, IV, c. 81 ss.

L'iniziale diffidenza verso la possibile configurabilità delle clausole di esonero dalla responsabilità civile è ascrivibile, in primo luogo, all'avvertita incompatibilità strutturale (*rectius* concettuale) tra esse e la responsabilità extracontrattuale. Un precedente accordo tra danneggiante e danneggiato sarebbe stato indicativo della sussistenza della responsabilità contrattuale e, pertanto, una clausola di esonero dalla responsabilità extracontrattuale logicamente impossibile²⁸⁷. Veniva infatti evidenziato che danneggiante e danneggiato, legati da un precedente patto esonerativo, non si sarebbero più venuti a trovare nella posizione di terzietà, tipica della responsabilità aquiliana, per tale motivo anche definita «*del passante*» o «*del chiunque*»²⁸⁸.

A ben vedere però, la posizione di estraneità tra i soggetti interessati costituirebbe solo il fondamento dell'*id quod plerumque accidit*, ma non sarebbe ragione sufficiente ad escludere la possibilità di apporre una clausola di esonero dalla responsabilità extracontrattuale; ancor più se si consideri che talvolta la responsabilità per fatto illecito può nascere tra soggetti terzi collegati tra loro²⁸⁹. Classica è l'ipotesi del concorso di responsabilità, in cui quella per fatto illecito si inserisce nell'ambito di un rapporto instauratosi tra due parti determinate, come accade nel settore dell'attività sportiva, laddove l'autore del danno ingiusto è soggetto collegato al danneggiato. In tali casi si assiste a un'estensione della responsabilità extracontrattuale nell'ambito di un rapporto, le cui parti ben potrebbero stipulare preventivamente

²⁸⁷ Per un'approfondita disamina dell'argomento Ponzanelli, *Le clausole di esonero dalla responsabilità civile, studio di diritto comparato*, Milano 1984.

²⁸⁸ La definizione che descrive in modo incisivo le caratteristiche della responsabilità extracontrattuale è di Castronovo, *Le frontiere nobili della responsabilità civile*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1989, p. 586, il quale nel definire i contorni da contatto, spiega che per alcune ipotesi non sarebbe configurabile la responsabilità extracontrattuale, perché «*annegherebbe nella troppo generica responsabilità del passante o del chiunque*».

²⁸⁹ Le osservazioni sono di Ponzanelli, *op. cit.*, p. 4.

patti di esonero dalla responsabilità civile, in virtù di quel “collegamento” che le vedeva avvinte già prima della commissione del fatto illecito²⁹⁰.

Giova inoltre considerare che anche l’atipicità, che connota l’illecito civile, mal si sarebbe conciliata con la modificazione pattizia della responsabilità. È stato però opportunamente rilevato come la regola dell’atipicità della responsabilità civile venga temperata dal fenomeno della tipicità sia normativa sia giurisprudenziale²⁹¹. Basti considerare che le ipotesi di responsabilità oggettiva o per fatto altrui, sono individuate dal legislatore e puntualmente disciplinate dagli artt. 2049 ss. c.c., con la conseguenza che danneggiato e danneggiante si trovano talvolta in una situazione di possibile legame, tale da consentire il ricorso a clausole di esonero della responsabilità.

Dall’interpretazione estensiva dell’art. 2050 c.c. la giurisprudenza ha poi enucleato una serie di ipotesi in cui sia ravvisabile una pericolosità intrinseca che investe soggetti tra di loro legati, i quali possono pertanto essere parti di un accordo volto alla modifica della responsabilità civile. Di qui una “tipizzazione” di fattispecie nelle quali un soggetto si trova nella posizione potenziale di arrecare pregiudizio ad altro soggetto determinato, tale da giustificare una possibile regolamentazione della responsabilità, nei limiti dell’art.1229 c.c.

Superate le argomentazioni di carattere sostanziale a sostegno dell’inammissibilità della modificazione convenzionale della responsabilità civile, e, a seguito dell’introduzione del codice del 1942, per lungo tempo la dottrina dominante ha ritenuto che la disciplina di cui all’art. 1229 c.c. costituisse parametro esclusivo della responsabilità contrattuale, in considerazione dell’inserimento di tale norma nel capo del codice civile relativo all’inadempimento (art. 1218 c.c.), nonché del mancato richiamo dall’art. 2056 c.c., in

²⁹⁰ Ponzanelli, *op. cit.* p. 6.

²⁹¹ Ponzanelli, *o.l.u.c.*

materia di responsabilità extracontrattuale, che invece rinvia solo agli artt. 1223, 1226 e 1227 (e non anche al 1229) c.c.

Una volta riconosciuta la compatibilità concettuale tra le clausole di irresponsabilità e la disciplina aquiliana si è ritenuto che il silenzio normativo non potesse essere da solo sufficiente a giustificare l'inammissibilità delle clausole di esonero dalla responsabilità extracontrattuale. L'assenza di riferimento al 1229 c.c. non sembrerebbe tuttavia essere significativa in tal senso, considerato che l'art. 2056 c.c. si limita a indicare i parametri per la determinazione del danno da responsabilità extracontrattuale, facendo ricorso a quelli delle obbligazioni.

Del resto anche ragioni di diritto comparato avrebbero militato in tal senso, laddove si consideri che nonostante nel *Code Napoleon* non vi fosse espresso riferimento alle clausole di esonero, non solo dalla responsabilità civile ma anche da quella contrattuale, dottrina e giurisprudenza avevano ugualmente affrontato il problema di esse; mentre, nei paesi di *common law*, nella disciplina dei contratti *standard* (*Unfair Contract term*) del 26 ottobre 1977, era data testimonianza di indicazioni relative alla disciplina delle clausole di esonero nell'ambito della responsabilità extracontrattuale²⁹².

Analogamente, il mancato riferimento in sede extracontrattuale alle clausole di esonero non sarebbe stato indicativo della contrarietà dei patti di irresponsabilità civile col sistema²⁹³, infatti, «l'esigenza di una tutela minima del diritto si manifesta ugualmente e indistintamente sia per il credito sia per i diritti assoluti»²⁹⁴.

A maggiore apertura rispetto alla possibile individuazione delle clausole di esonero nella sede dell'illecito aquiliano si assiste sul finire del secolo scorso, dove il proliferare di condizioni generali di

²⁹² Le interessanti riflessioni di diritto comparato sono del Ponzanelli, *op. cit.*, p. 9; per ulteriori riferimenti bibliografici sul tema v. nota 13.

²⁹³ Ponzanelli, *op. cit.*, p. 10.

²⁹⁴ Così Bianca, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, *op. cit.*, p. 427.

contratto predisposte mediante moduli o formulari dai produttori - dichiarate poi nulle dall'art. 12 d.p.r. del 1998 - unitamente allo studio sulla posizione dei «*terzi collegati*», ravvisabile nei rapporti tra danneggiante e danneggiato, ha indotto gli interpreti a rivisitare la regola della totale esclusione delle clausole di esonero dalla responsabilità extracontrattuale.

A ben vedere, le ragioni della iniziale chiusura affondano le radici nell'antica e rigorosa distinzione tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale. L'inserimento dell'art. 1229 c.c. nell'ambito della disciplina delle obbligazioni e la tradizionale propensione per l'approfondimento dello studio dell'inadempimento contrattuale rendeva quantomeno problematica l'estensione della disciplina di cui all'art. 1229 c.c. alla responsabilità extracontrattuale.

Giocava inoltre un ruolo significativo nel senso dell'esclusione dell'operatività delle clausole di esonero dalla sfera della responsabilità extracontrattuale, l'individuazione della *ratio* dell'art. 1229 c.c. nella tutela del credito.

Ma, da un lato, la rivisitazione della distinzione tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale, dall'altro il proliferare di clausole di esonero dalla responsabilità aquiliana, hanno spostato il problema sulla controllo della validità delle singole clausole in ragione del secondo comma dell'art. 1322 c.c.

L'esperienza italiana, in definitiva, non si discosta da quella degli altri paesi, soprattutto con riguardo ai contratti *standardizzati* dove l'apposizione di clausole generiche ed omnicomprensive²⁹⁵ rende il confine tra la responsabilità contrattuale e quella extracontrattuale molto sottile.

In conclusione, l'incompatibilità ontologica sugli accordi limitativi della responsabilità e il fatto illecito, l'inderogabilità delle

²⁹⁵ Sulle quali v. *infra*.

norme aquiliane e il silenzio del legislatore non rappresentano motivi di impedimento alla stipulazione di accordi di tal fatta.

Inoltre, se è vero che la disciplina di cui agli artt. 2043 ss. c.c. sia posta a tutela dell'integrità fisica e della salute dei consociati, ambiti nei quali non è ammessa alcuna deroga, è altresì vero anche che la norma tutela anche i diritti patrimoniali derivanti dal fatto illecito, il cui ristoro può invece essere disciplinato dall'autonomia privata nei limiti di cui all'art. 1229 c.c.

Ciò posto, affinché si possa parlare di clausola di esonero dalla responsabilità extracontrattuale, è necessario che essa sia stipulata da due o più soggetti in un momento antecedente la commissione del fatto illecito - altrimenti si tratterebbe di rinuncia al credito o transazione - e la sussistenza di una dichiarazione volta ad escludere o a limitare il risarcimento del danno per responsabilità espressamente indicata come aquiliana, onde evitare di ricadere nello schema delle clausole di esonero dalla responsabilità contrattuale.

Le clausole di esonero così delineate si distinguerebbero dal consenso dell'avente diritto, legittimo solo nel campo dei diritti disponibili, nella misura in cui quest'ultimo si contraddistingue per l'iniziativa del danneggiato nel procedimento produttivo di fatto illecito, laddove nei patti di irresponsabilità l'iniziativa sarebbe invece ascrivibile al danneggiante²⁹⁶.

2. Le clausole di esonero dalla responsabilità civile nelle ipotesi di cumulo delle responsabilità contrattuale ed extracontrattuale.

Superate le argomentazioni ostative dell'ammissibilità delle clausole di esonero dalla responsabilità civile, e riconosciuto dunque all'art. 1229 c.c. valore di principio generale, il problema si è spostato sulla valutazione della legittimità delle singole clausole.

²⁹⁶ Così Ponzanelli, *op. cit.*, p. 17.

Attesa l'atipicità di esse, inizialmente la dottrina era incline ad orientare il controllo di meritevolezza sulle fattispecie che di volta in volta si presentavano all'attenzione, non essendo possibile enucleare un parametro predeterminato²⁹⁷. Il riscontro nella realtà fattuale aveva suffragato, ancor prima del riconoscimento della portata generale dell'art. 1229 c.c., la tesi secondo la quale il mancato richiamo di tale norma nell'art. 2056 c.c. indicasse la volontà del legislatore di equiparare la disciplina delle clausole di esonero dalla responsabilità extracontrattuale a quella contrattuale (art. 1229 c.c.)²⁹⁸.

In alcune ipotesi, la presenza del concorso di responsabilità (contrattuale ed extracontrattuale) costituisce il presupposto per l'estensione della disciplina di cui all'art. 1229 c.c. anche alle clausole di esonero dalla responsabilità civile, a prescindere dalla espressa qualificazione di esse come tali.

Si tratta di quei casi in cui, poiché le parti sono già «*calate in un rapporto obbligatorio*», si è in presenza di un «*uncino obbligatorio*»²⁹⁹, al quale possono essere legate sia le regole aquiliane sia la volontà dei contraenti.

Le figure dove storicamente ha trovato maggiore diffusione il fenomeno del cumulo di responsabilità³⁰⁰ sono il contratto di trasporto di persone e quello che lega il medico al paziente.

²⁹⁷ Cfr. Benatti, voce *Clausole di esonero dalla responsabilità*, in *Digesto IV, Disc. priv. – sez. civ.*, Torino, 1987, p. 402.

²⁹⁸ Cfr. Bianca, *Dell'inadempimento*, *op. cit.*, p. 400, secondo il quale, «*il principio si presta a ricomprendere tutte le ingerenze dannose nel tema della responsabilità extracontrattuale*».

²⁹⁹ Cfr. Ponzanelli, *op. cit.*, p. 232, che riprende l'efficace idioma utilizzato dal Polacco.

³⁰⁰ In argomento, Castronovo, *La nuova responsabilità civile*, Milano, 2006, p. 555 ss; Alpa, *La responsabilità civile*, Milano, 1999, p. 104 ss.; Sacco, *Concorso delle azioni contrattuali ed extracontrattuali*, in *Risarcimento del danno contrattuale ed extracontrattuale*, a cura di Visintini, Milano, 1984, p. 154; Ponzanelli, *Il concorso di responsabilità: le esperienze italiana e francese a confronto*, in *Resp. civ. prev.*, 1984, p. 36; Giardina,

Il concorso di responsabilità in tali casi (e le correlative azioni del passeggero e del paziente) sarebbero volti a garantire l'integrale risarcimento del danno, laddove un determinato fatto violi sia un diritto nascente dal contratto sia un diritto della persona.

La ragione dell'applicazione delle regole aquiliane non dipenderebbe dal carattere inderogabile di queste ultime, ma «dall'accostamento operabile tra la disciplina contrattuale delle due figure e le regole della responsabilità extracontrattuale applicabili alle stesse»³⁰¹. Tale accostamento verrebbe determinato dalla natura del bene che viene leso, per la cui più completa protezione varrebbero «considerazioni di carattere equitativo e pratico»³⁰².

Al soggetto danneggiato, che sia anche parte di un contratto, sarebbe così riconosciuta la facoltà di scegliere l'azione più opportuna a tutela del proprio diritto risarcitorio³⁰³.

3. *Segue. Le c.dd. clausole omnicomprenditive.*

L'analisi delle problematiche relative all'ammissibilità delle clausole di esonero dalla responsabilità civile, e quelle legate al concorso di responsabilità, impongono inevitabilmente una riflessione sulle cd. clausole omnicomprenditive, volte ad esonerare il destinatario di esse sia dalla responsabilità per inadempimento sia

Responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale. Significato attuale di una distinzione tradizionale, Milano, 1993, p. 8 ss.

³⁰¹ Così Ponzanelli, *Le clausole di esonero dalla responsabilità civile*, op. cit., p. 243.

³⁰² Ponzanelli, *o.l.u.c.* L'A. precisa che nel caso del contratto di trasporto, in seguito ad incidente, il passeggero potrà avvantaggiarsi del maggiore termine prescrizione dell'azione relativa alla responsabilità extracontrattuale, in luogo del più breve termine di un anno di cui all'art. 2951 c.c. Diversamente nel settore della responsabilità professionale, la prescrizione quinquennale extracontrattuale sarebbe meno vantaggiosa di quella contrattuale che è invece decennale.

³⁰³ Per ragioni legate ai limiti del presente lavoro non ci si sofferma in questa sede sulle questioni di natura processuale relative al cumulo di azioni.

da quella per fatto illecito, attribuendogli dunque la massima immunità dalla responsabilità³⁰⁴.

Il primo problema interpretativo investe l'efficacia soggettiva di siffatte clausole. Non sarebbe ipotizzabile una clausola i cui effetti investano anche i terzi danneggiati, tutelati invece dal generale principio del *neminem ledere*³⁰⁵. Infatti, in virtù del principio di relatività, la pattuizione modificativa anche della responsabilità aquiliana potrebbe incidere nella sola sfera giuridica delle parti di un regolamento di interessi e giammai dei terzi.

La genericità che contraddistingue le clausole omnicomprensive ha fatto riflettere inoltre sulla possibile configurabilità di esse in termini di clausole di mero stile³⁰⁶, che, in quanto non rappresentative di uno specifico interesse perseguito dalle parti, sarebbero prive di efficacia.

A ben vedere, però, le clausole di esonero omnicomprensive non sarebbero afflitte dall'indeterminatezza tipica delle clausole di mero stile, che non hanno la forza di specificare il fatto oggetto di eccezione rispetto alla regola.

Basti pensare, del resto, che esse sono tendenzialmente apposte a favore della parte che nella regolamentazione ha maggiore forza

³⁰⁴ Esempio tipico è quello delle clausole contenute nei contratti tra la banca e la società di vigilanza, volte ad esonerare da responsabilità l'istituto di vigilanza per danni subiti sia dalla controparte sia da terzi. Sul punto, *ex multis*, Cass. 28 luglio 1997, n. 7064 per la quale «nella fattispecie sottoposta all'esame della Corte, non vi è spazio per dubbi interpretativi. La clausola viene, infatti, riferita genericamente ad ogni tipo di responsabilità: una clausola di esonero cosiddetta omnicomprensiva, volta ad escludere, con carattere di univocità, la responsabilità dell'istituto di vigilanza anche in relazione a quegli eventi che la prestazione dedotta in contratto avrebbe dovuto prevenire. Una limitazione dell'oggetto del contratto tramite la clausola sopra indicata finirebbe per comprimere, oltre ogni ragionevole limite, l'utilità pratica che, con quel contratto, il danneggiato mirava a realizzare».

³⁰⁵ Così Ponzanelli, op. cit., p. 248, il quale precisa che il terzo potrebbe «subire la presenza di una clausola di esonero (di tipo omnicomprensivo) predisposta dal suo diretto dante causa», anche se in tale ipotesi non si potrebbe «più parlare di terzo».

³⁰⁶ Sulle clausole di mero stile v. Coviello, *Appunti sulle clausole di stile nei contratti*, in *Foro it.*, 1963, IV, c. 116 ss.

contrattuale³⁰⁷, posto che se ne fa largo impiego nell'ambito della contrattazione *standardizzata*³⁰⁸, ove sicuramente non saranno affette da indeterminatezza.

Il tema si interseca dunque anche con quello della disciplina di cui agli art. 1341 e 1342 c.c. e della sua adeguatezza a garantire la tutela del contraente debole. Di qui il rilievo, sul quale già ci si è soffermati in tema di esonero dalla responsabilità contrattuale nei contratti di massa, della necessaria cooperazione con un controllo di tipo sostanziale.

Pertanto, laddove la clausola omnicomprensiva sia inserita in un contratto *standard* si riapre nuovamente la questione sulla opportunità di affidare l'equo contemperamento degli interessi sottesi all'accordo all'adempimento dell'obbligo formale imposto dall'art. 1341, co. 2, c.c., soprattutto in settori delicati, come ad esempio quello della responsabilità del produttore.

È stato sul punto rilevato che «ogni problema legato alla contrattazione *standardizzata* (e quindi anche quello delle clausole *extracontrattuali*) non potrebbe essere risolto mediante il ricorso ad una normativa che riconosce l'efficacia delle clausole nella misura in cui siano conosciute o conoscibili e siano rispettati gli oneri di forma e sottoscrizione previsti per le clausole vessatorie»³⁰⁹.

³⁰⁷ L'osservazione è ancora di Ponzanelli, *op. cit.* p. 252, che affronta in modo puntuale il problema delle clausole di stile, con espresso riferimento all'art. 1456 c.c.

³⁰⁸ Cabella Pisu, *Le clausole di esclusione o limitazione del risarcimento*, in *Risarcimento del danno contrattuale ed extracontrattuale*, a cura di Visintini, Milano, 1999, p. 434 ss., che evidenzia il diffuso utilizzo nell'ambito dei contratti standardizzati di clausole di esonero dalla responsabilità civile e contrattuale.

³⁰⁹ Così Ceccherini, *op. cit.*, p. 233. L'A. riprende il pensiero di Alpa, che, in *Costruzione di autoveicoli, clausole di esonero e responsabilità dell'impresa. Per una diversa lettura dell'art. 2054, ultimo comma*, *op. cit.*, p. 763, fa un interessante esempio di clausola omnicomprensiva relativo alle condizioni generali di vendita di vetture Fiat: «il venditore e la fabbrica sono esonerati da ogni responsabilità ed obbligazione per qualsiasi incidente alle persone o alle cose che possa comunque verificarsi per o durante l'uso

L'insufficienza della disciplina di cui all'art. 1341 c.c. come unico criterio di controllo per le clausole di esonero dalla responsabilità civile inserite in contratti *standardizzati*, apre la strada a due possibili soluzioni: l'estensione automatica dell'art. 1229 c.c. ovvero l'assoggettamento alle norme in materia di responsabilità extracontrattuale, considerando il silenzio del legislatore significativo in tal senso.

Il problema non è di scarso rilievo se si consideri che sede elettiva delle clausole di esonero omnicomprensive è quello dei contratti di massa e, aderire ad una o all'altra delle due possibili soluzioni ha dei risvolti rilevanti.

La riflessione sul tema però ha costituito la base per un ragionamento a più ampio respiro, riferito più genericamente a tutte le ipotesi di inserzione di clausole omnicomprensive. Pertanto, la possibilità di ricorrere alla disciplina della responsabilità oggettiva prospettata da alcuni per le ipotesi della responsabilità del produttore, non poteva essere, proprio per la sua specificità, idonea a regolamentare ogni tipo di clausola omnicomprensiva.

Si rendeva quindi necessario enucleare un principio di ordine generale valido anche per le clausole omnicomprensive inserite in altro tipo di regolamento negoziale. Sarebbe stato infatti quanto mai inopportuno ipotizzare due distinte discipline a seconda che la clausola fosse «*subita dal consumatore all'interno di un diretto rapporto contrattuale con il rivenditore, o, invece, nella posizione di ultimo acquirente di un bene che ha conosciuto una circolazione più lunga*»³¹⁰.

Sulla base di questi rilievi critici si è pensato potesse così trovare piena applicazione 1229 c.c. anche in siffatte ipotesi. Ma l'appiattimento automatico alla disciplina di cui al primo comma dell'art. 1229 c.c. delle ipotesi di esonero anche dalla responsabilità

della merce fornita e per causa e in dipendenza della medesima, ciò anche durante il collaudo e pure se l'incidente è derivante da difetto di costruzione o di materiali».

³¹⁰ Ponzanelli, *op. cit.*, p. 223.

civile, sarebbe stato riduttivo, se non circoscritto alla delimitazione di responsabilità solo per alcuni danni; il predisponente si sarebbe così avvalso, anche in caso di colpa lieve, di un'immunità assoluta non solo dalla responsabilità per inadempimento ma anche da quella per fatto illecito, spesso predisposta a tutela di interessi propri della persona, quali l'incolumità o l'integrità fisica.

Di qui il ricorso all'art. 1229, comma 2, c.c.; infatti poiché le norme aquiliane (art. 2043 c.c.) sono norme di ordine pubblico, si riteneva che ogni patto di irresponsabilità sarebbe stato nullo. Secondo alcuni, però, la nullità di tali clausole troverebbe la sua fonte nel combinato disposto degli artt. 1343 e 1418 c.c., all'esito del giudizio di cui all'art. 1332, comma 2, c.c., imposto dall'atipicità di siffatte clausole. Secondo questa impostazione non sarebbe quindi necessario ricorrere al secondo comma dell'art. 1229 c.c., al quale sarebbero altrimenti attribuiti anche generici principi di ordine pubblico economico, come criterio di legittimità delle clausole³¹¹.

Evidente l'incidenza su tale impostazione della possibilità, prospettata in dottrina, di distinguere tra ordine pubblico e norme di ordine pubblico, con conseguente attribuzione del controllo di cui al secondo comma dell'art. 1229 c.c. solo a queste ultime.

A ben vedere l'articolazione del concetto di ordine pubblico non varrebbe a giustificare tali distinzioni sul piano applicativo, che, indefinitiva, si tradurrebbero nell'impossibilità di individuare un criterio in base al quale cogliere la differenza tra ordine pubblico politico e ordine pubblico economico.

L'espressione utilizzata dal legislatore al secondo comma dell'art. 1229 c.c. sarebbe in questo senso male interpretata, non esistono infatti *«norme di ordine pubblico espressamente ritenute tali [...] essendo, invece, riservato il potere al giudice di ritenere quali concrete*

³¹¹ Il riferimento è al pensiero di Cabella Pisu, *Le clausole di esonero, op. cit.*, riportato anche da Ceccherini, *op. cit.*, p. 236.

situazioni non possono subire, per la presenza del principio dell'ordine pubblico, un regolamento negoziale di carattere derogativo dei privati. Non esiste quindi una maggiore ampiezza del concetto di ordine pubblico rispetto all'espressione "norme di ordine pubblico"»³¹².

Ciò posto, poiché il concetto di ordine pubblico accoglie sicuramente la tutela della persona³¹³, alla quale è attribuita una tutela più stringente, per individuare la disciplina da applicare alle clausole omnicomprensive, deve essere preliminarmente identificata la fonte dell'obbligazione che nasce a carico di ciascuna parte: nel caso in cui essa sia la legge, l'obbligazione sarà extracontrattuale, laddove invece sia un contratto, sarà contrattuale³¹⁴.

La fonte dell'obbligazione indicherebbe il tipo di interesse protetto, con la conseguenza che quando la clausola di irresponsabilità omnicomprensiva abbia ad oggetto l'esonero da un'obbligazione contrattuale, si applicherà il primo comma dell'art. 1229 c.c., viceversa, in caso di "obbligazione" extracontrattuale, si applicherà il secondo comma del medesimo articolo.

La nullità delle clausole che esonerano dalla responsabilità civile per una lesione di un diritto della persona potrebbe essere anche giustificata dalle norme aquiliane, inderogabili laddove poste a tutela di interessi protetti costituzionalmente o dal diritto comunitario.

Il soggetto danneggiato potrebbe a seconda dei casi, prospettandosi un cumulo di responsabilità, valutare quale iniziativa intraprendere a tutela del suo diritto risarcitorio.

Diverso il discorso se la modificazione convenzionale della responsabilità civile contempra ipotesi di potenziali danni al patrimonio invece che alla persona. Quanto sinora precisato sposta

³¹² Così Ponzanelli, *op. cit.*, p. 278, in un'efficace e condivisibile riflessione.

³¹³ Cfr., per tutti, P. Perlingieri, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Napoli, 1972, *passim*.

³¹⁴ Cfr. Ponzanelli, *op. ult. cit.*, p. 252.

inevitabilmente il tema di indagine sulla natura del bene protetto, che diventa criterio-guida per l'individuazione della disciplina da applicare alle clausole di esonero dalla responsabilità civile. Si impone pertanto un approfondimento specifico di quest'aspetto.

4. *Segue. Le clausole di esonero dalla responsabilità civile e la natura del bene protetto: danno alla persona e danno al patrimonio.*

L'individuazione nella natura del bene protetto come sistema di verifica sulla legittimità delle modificazioni convenzionali della responsabilità extracontrattuale, segna un punto di svolta fondamentale per l'analisi del tema.

La distinzione tra il danno alla persona e quella al suo patrimonio, suggerisce un sistema di controllo che esula dal caso singolo, utilizzato in passato, enucleando un criterio di ordine generale. L'intangibilità del regime della responsabilità aquiliana, che aveva costituito l'obiezione principale circa l'impossibilità concettuale di un patto di esonero dalla responsabilità extracontrattuale, sarebbe in realtà circoscritta alle ipotesi in cui il bene protetto sia la persona: solo i diritti alla salute e alla integrità fisica sono infatti indisponibili e questi non potrebbero costituire oggetto di modifica da parte dell'autonomia privata. Ma le norme aquiliane tutelano anche, seppur in maniera ridotta, interessi di natura patrimoniale, quando essi siano protetti da un diritto soggettivo assoluto.

La fattispecie da assumere a paradigma è fornita dalla disciplina del contratto di trasporto. L'art. 1681, co. 2, c.c., con riguardo al trasporto di persone, offre una piana applicazione del secondo comma dell'art. 1229 c.c., laddove dichiara nulle «*le clausole che limitano la responsabilità del vettore per i sinistri che colpiscono il viaggiatore*». Nel trasporto di cose invece, trattandosi di beni disponibili, troverebbe cittadinanza l'operatività del primo comma dell'art. 1229. c.c., con la conseguente limitazione della responsabilità,

validamente contratta solo entro i confini della colpa lieve³¹⁵. Di palmare evidenza la ragione giustificativa dell'inderogabile divieto di cui al secondo comma dell'art. 1681 c.c., che risiede nella natura personale del bene protetto. L'art. 1681 c.c. rappresenta un classico esempio normativo di concorso di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale, con il possibile cumulo delle due azioni³¹⁶.

L'impegno contrattualmente assunto dal vettore coinvolgerebbe anche la tutela dell'integrità fisica del passeggero, giustificando quindi un controllo legale più stringente sul contratto. In tale regolamento negoziale infatti «l'espressa nullità della clausola di esonero vale anche per quanto riguarda la responsabilità extracontrattuale»³¹⁷, cosicché non sarebbero ammesse «possibili deroghe nei confronti di una responsabilità che riesce a trovare applicazione anche in presenza di un contratto»³¹⁸.

Laddove il danno sia limitato alle cose è invece consentita la modifica convenzionale della responsabilità, sempre però nei limiti della colpa lieve; si vuole cioè evitare che possa essere eluso il

³¹⁵ Bianca, *Dell'inadempimento dell'obbligazione*, *op. cit.*, p. 478; Ponzanelli, *op. cit.*, pp. 254 e ss.; Alpa, Bessone e Zeno Zencovich, *Obbligazioni e contratti*, VI, in *Tratt. Dir. Priv.*, a cura di Rescigno, 1999, p. 331 e ss.

³¹⁶ Mirabelli, *Dei singoli contratti*, in *Comm. Cod. Civ.*, Torino, IV, 3, 1968, p. 507. Contrario alla possibilità di cumulare le due azioni, Flamini, *Osservazioni critiche sulla responsabilità contrattuale ed extracontrattuale del vettore*, in *Dir. Trasp.*, 2002, p. 823.

³¹⁷ Così Ponzanelli, *op. cit.*, p. 257.

³¹⁸ Ponzanelli, *op. ult. cit.*, p. 508. L'A. rappresenta invece come eccezioni alla regola della nullità dei patti di esonero dalla responsabilità extracontrattuale per danno alla persona, quelle dell'attività sportiva e del trasporto a titolo amichevole. Si tratterebbe di attività - poi rivelatosi dannose - in cui il potenziale danneggiato si farebbe carico dei rischi possibili. In tal caso non diverrebbe disponibile il bene vita, ma l'ordinamento tenderebbe a non scoraggiare attività lecite che rispondono ad una utilità sociale. Si tratterebbe quindi di un'accettazione del rischio. Sul punto v. Trimarchi, *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milano, 1961, pp. 341 ss.

divieto di cui all'art. 1229 c.c. per mezzo di clausole non direttamente riconducibili all'inadempimento contrattuale.

Analogo percorso argomentativo potrebbe essere seguito per l'art. 1669 c.c. in tema di responsabilità dell'appaltatore per la rovina delle cose immobili o per i difetti di essa. Preliminarmente giova dare conto della controversa questione interpretativa che ha riguardato la natura giuridica della responsabilità prevista da tale norma, oscillante tra la qualificazione contrattuale e quella extracontrattuale. Sulla scorta dell'assetto sistematico, e della natura privatistica dell'interesse tutelato, la dottrina prevalente ha collocato la norma nell'ambito della responsabilità contrattuale³¹⁹. Infatti, la garanzia prevista dall'art. 1669 c.c. più che essere rivolta alla necessità di tutelare i consociati, sarebbe giustificata dal particolare equilibrio economico sussistente tra i sacrifici assunti dalle parti del contratto di appalto. L'imposizione a carico di un contraente di maggiori responsabilità potrebbe essere infatti giustificata in relazione alla destinazione di lunga durata della costruzione di beni immobili³²⁰.

In senso opposto la giurisprudenza prevalente pone invece in risalto l'imprescindibile esigenza di tutela della pubblica incolumità che sottenderebbe la norma, affermando quindi che *«la responsabilità per gravi difetti di cui all'art. 1669 c.c. è di natura extracontrattuale, essendo sancita al fine di garantire la stabilità e solidità degli edifici e delle altre cose immobili destinate per loro natura a lunga durata, a tutela dell'incolumità personale dei cittadini, e, quindi di interessi generali inderogabili, che trascendono i confini ed i limiti dei rapporti negoziali tra le parti. Ne consegue che detta responsabilità non può essere rinunciata o limitata da particolari pattuizioni dei contraenti e, pertanto, eventuali esigenze di*

³¹⁹ Rubino, *L'appalto*, in *Tratt. dir. civ. it.*, Torino, 1980, p. 579 ss.; Giannattasio, *L'appalto*, Milano, 1967, p. 212. La logica conseguenza di questa impostazione è l'adesione all'interpretazione letterale della norma con riguardo alla legittimazione.

³²⁰ Costanza, voce *Perimento dell'opera*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1983, XXXIII, p. 69.

economicità nella costruzione dell'opera, riconducibili alla volontà del committente, non escludono il dovere del progettista e direttore dei lavori di procedere alla sua realizzazione a regola d'arte»³²¹. Evidente come seguendo tale impostazione venga ampliata la platea dei soggetti tutelati.

Di là dalla adesione ad un'impostazione o all'altra, per ciò che rileva in questa sede, giova precisare che rispetto alla disciplina delle clausole di esonero non ci sarebbero differenze significative a seconda della qualificazione della responsabilità. Infatti, avuto riguardo della peculiarità del settore edilizio, sarebbero in ogni caso nulle, ai sensi del secondo comma dell'art. 1229 c.c., le clausole volte ad esonerare l'appaltatore di immobili destinati a lunga durata dalla responsabilità conseguente alla violazione di norme d'ordine pubblico quali, ad esempio, quelle antisismiche. L'esonero in tali casi investirebbe la tutela della generalità dei consociati più che la responsabilità per negligente realizzazione dell'opera³²², con la conseguente inderogabilità, ad opera dell'autonomia privata, della disciplina posta a presidio di interessi superiori dell'ordinamento giuridico.

Quando oggetto dell'esonero sia invece un bene di natura patrimoniale, a fronte della responsabilità extracontrattuale, la relativa clausola sarà valida ma solo nei limiti della colpa lieve, di cui all'art. 1229 comma 1, c.c. Sarebbe pertanto validamente negoziata una clausola che limitasse la tutela del creditore a fronte di un inadempimento dell'appaltatore per i casi in cui siano coinvolti interessi patrimoniali, sempre che venga garantito il rispetto dell'art. 1229, comma 1, c.c.³²³

³²¹ Così Cass. 7 gennaio 2000, n. 81, in *Cass. civ.*, 4, 2007; nello stesso senso Cass. 1 aprile 1980, n. 2098; Cass. 5 ottobre 1998, n. 9853; Cass. 2 aprile, 1999, n. 3221; Cass. 29 marzo 2002, n. 4622, in *Foro it.*, I, c.1685.

³²² Cfr. Ponzanelli, *op. cit.*, p. 268.

³²³ La riflessione sulla natura del bene protetto si ripropone con riguardo all'ammissibilità di patti di manleva volti a sollevare il debitore dalla

All'esito di tali riflessioni sembra potersi affermare che le clausole di irresponsabilità relative i fatti illeciti suscettibile di cagionare danno alla persona sarebbero nulle perché in contrarie a norme di ordine pubblico. Per la categoria di clausole «*esterne all'ordine pubblico*», sarebbe invece ammessa la modificazione convenzionale della responsabilità, per *ragioni equitative basate sull'applicazione del generale principio di parità di trattamento fanno fondatamente ritenere che quanto affermato nell'art. 1229, co.1, c.c. costituisca la soglia minima non superabile da parte dell'autonomia dei privati, e valevole quindi anche nel territorio extracontrattuale, quantunque tale estensione non sia stata espressamente prevista*³²⁴.

Secondo parte della dottrina, alla regola suddetta farebbe eccezione la disciplina della responsabilità del produttore, laddove

responsabilità aquiliana. Per coerenza con l'orientamento prevalente nell'ambito dell'illecito contrattuale, in virtù del quale i patti di manleva sono validi e non sarebbero soggetti al divieto di cui all'art. 1229 c.c., non sembra possano esserci dubbi sull'ammissibilità di essi anche per le ipotesi di responsabilità extracontrattuale relativa a danni materiali. Con riguardo invece ai danni alla persona si pone il problema se la regola della nullità per violazione del secondo comma dell'art. 1229 c.c. sia estensibile anche ai casi in cui il diritto al risarcimento sarebbe comunque soddisfatto, seppure da altro soggetto, mallevadore. Sul punto è stata sollevata qualche nota critica avverso le sentenze che hanno invece giudicato valide siffatte clausole, sul presupposto che il danneggiato sarebbe stato comunque ristorato. Si è infatti rilevato il fondato timore che le clausole di manleva di un tale tenore potrebbero determinare l'abbassamento della soglia di diligenza. L'ammissibilità di esse, se da un lato non intaccherebbe la funzione riparatoria, dall'altro eliminerebbe l'effetto deterrente tipico della responsabilità extracontrattuale. In argomento v. Adriano, *op. cit.* pp. 115 e ss. Il tema richiederebbe un'ulteriore approfondimento anche alla luce del rinnovato interesse per la questione relativa ai cd. danni punitivi, che se introdotti nel nostro ordinamento, come sostenuto da taluni, imporrebbero una rivisitazione del pensiero, fino ad ora dominante, sull'inammissibilità di essi nel nostro sistema. Sul punto v. ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite della Cassazione 16 maggio 2016 n. 9978, che rileverebbe «*un'evoluzione dell'interpretazione del principio di ordine pubblico*».

³²⁴ Ponzanelli, *o.l.u.c.*

l'art. 124 cod. cons.³²⁵, prevede la nullità di qualsiasi patto che escluda o limiti preventivamente la responsabilità nei confronti del danneggiato. Anche questa ipotesi, inizialmente prevista dall'art. 12 d.P.R. n. 24/1988, ha per evidenti motivi offerto spunti di riflessione rispetto al rapporto con l'art. 1229 c.c.

A fronte di chi ha affermato che il divieto assoluto previsto dalla norma speciale costituisca un'eccezione alla regola di cui all'art. 1229 c.c., posto che in essa sia contenuto un divieto assoluto, vi è stato chi ha rilevato come il contrasto sarebbe in realtà solo apparente in quanto il maggiore rigore troverebbe giustificazione nella finalità della norma di tutelare il consumatore nella sua integrità fisica. Non si tratterebbe dunque di una deroga all'art. 1229 co. 1, c.c., ma di un'applicazione del secondo comma del medesimo articolo, in quanto l'art. 124 cod. cons. dovrebbe essere considerata norma di ordine pubblico³²⁶.

Di là dalla circostanza che, aderendo all'una o all'altra impostazione, il risultato non cambierebbe, sembra preferibile ritenere che l'art. 124 cod. cons. sia norma di ordine pubblico e quindi ogni modificazione pattizia di essa sarebbe soggetta agli effetti caducatori previsti dal secondo comma dell'art. 1229 c.c. Infatti la norma, nel riprodurre l'art. 12 d.P.R. 24 maggio 1988, n. 224, di attuazione alla direttiva CEE 85/374, è volta a tutelare

³²⁵ L'art. 124 cod. cons., tendenzialmente riproduce l'art. 12 d.P.R. 24 maggio 1988, n. 224, che, in attuazione di una direttiva CEE 85/374, ha introdotto nel nostro ordinamento la responsabilità del produttore per i danni cagionati da difetti del suo prodotto.

³²⁶ Sul punto v. Ceccherini, *op. cit.*, p. 249, che confronta la tesi del Ponzanelli - il quale individua, come ragione giustificativa dell'eccezione, la necessità di operare una più incisiva protezione del consumatore, parte contrattualmente debole - con quella di Cendon e Devescovi (*Le clausole di esonero dalla responsabilità*, in *La responsabilità del produttore*, a cura di Alpa-Bin-Cendon, in *Tratt. dir. comm. e dir. pubbl. economia* diretto da Galgano, Padova, 1989, p. 232) secondo il quale l'art. 12 d.P.R. cit. dovrebbe essere letto come norma di ordine pubblico alla luce del secondo comma dell'art. 1229 c.c.

principi comunitari e costituzionali, che non potrebbero essere disattesi da una differente regolamentazione privata. Per tali caratteristiche non può che essere considerata norma di ordine pubblico.

Così ragionando, la disciplina della responsabilità del produttore, costituirebbe una conferma di quanto sinora rilevato in tema di clausole di esonero della responsabilità aquiliana. Per cui, anche alla luce di quanto precisato sul fondamento dell'art. 1229 c.c., si deve concludere che la disposizione in esso contenuta sia, per coerenza di sistema, indirizzata alla responsabilità in generale, sia contrattuale sia extracontrattuale. Giammai l'autonomia privata potrebbe spingersi fino a modificare la responsabilità oltre il limite del colpa lieve previsto dal primo comma dell'art. 1229 c.c. Parimenti, ogni tentativo di disposizione pattizia contraria all'ordine pubblico non potrebbe sfuggire al divieto sancito dal secondo comma dell'art. 1229 c.c.

5. *Conclusioni.*

L'analisi delle diverse opinioni e delle innumerevoli ipotesi in cui si è posta la questione delle validità o meno delle clausole che dispongono l'esonero o la limitazione della responsabilità del debitore (e, per quanto da ultimo riferito, dell'autore di un illecito aquiliano) impone di considerare il tema non ancora esaurito nei suoi possibili sviluppi. La considerazione è motivata dalla circostanza per cui nessuna delle soluzioni prospettate in dottrina e giurisprudenza, pur cogliendo tutte un profilo certamente condivisibile, a volte sembrano essere argomentate in termini astratti e generali e rivolte, piuttosto che all'analisi del concreto rapporto al quale accedono le clausole in esame, a definire la posizione della disciplina in coerenza dogmatica di sistema.

Ovviamente, ciò non vuol esprimere il rifiuto, nella costruzione degli ambiti applicativi di una disposizione, del ricorso

a principi generali o ad una prospettiva sistematica retta sulla corretta disposizione, gerarchica, delle fonti di diverso grado: più semplicemente, vuole evidenziare la necessità di tener debitamente in conto, in siffatta costruzione, del concreto regolamento di interessi in ragione del quale, a fini applicativi, la riferita analisi deve essere compiuta. In sintesi, cioè, dell'esigenza di costruire l'effetto derivante dalle disposizioni in esame (spec. l'art. 1229 c.c.) in relazione agli interessi per come effettivamente autoregolati, nella prospettiva dell'ordinamento del "caso concreto".

Sotto questo profilo, l'argomento oggetto di approfondimento è certamente tra i più "scivolosi" poichè limitandosi la validità dell'esonero pattizio alle sole ipotesi di responsabilità per colpa lieve (e, correlativamente, statuita l'invalidità per i casi di colpa grave e dolo del debitore) si tratta di definire, in concreto, all'esito del giudizio di responsabilità (e, quindi di un giudizio *ex post*) non tanto un modello astratto di diligenza richiesta al debitore, quanto la prefigurazione concreta dei comportamenti esigibili da parte del creditore.

Foriero di sviluppi, in questa direzione, il ricorso alla ragionevolezza e all'adeguatezza che, forse più dell'equità, potranno orientare l'interprete chiamato a valutare la validità della clausola di esonero o di limitazione della responsabilità. In tal senso, si condivide l'opinione di chi ha sostenuto, con specifico riferimento all'oggetto del presente lavoro, che *«mentre la diligenza in senso atecnico attinge al bacino delle leges artis, ossia delle regole tecnico-professionali o del bagaglio di sapere scientifico o intellettuale che l'esercente medio del tipo di attività presa in considerazione deve conoscere e dominare, oppure ancora delle regole di condotta esperienziali necessarie all'espletamento di un'attività non necessariamente professionale, la ragionevolezza rinvia alle inferenze o alle deduzioni verosimili sollecitate dalla situazione di contesto. La verosimiglianza discende dal consenso sociale di cui certi giudizi o certi effetti godono e, giacché la ragionevolezza nel diritto civile opera in termini prescrittivi e, quindi, non può prescindere dal riferimento ad un nucleo di giudizi*

prefigurabili ex ante, pena l'impossibilità di assolvere al proprio compito orientativo delle condotte, o performativo che dir si voglia, tale consenso va necessariamente legato a un nucleo di regolarità sociali dalle quali sia possibile inferire comportamenti, qualità, aspettative etc. che, nelle singole situazioni tipo, vengono considerate conformi a ragione e dotate di coerenza e misura proprio in quanto normali in tali circostanze. La raffigurazione della ragionevolezza che così emerge presenta un evidente taglio neo-istituzionale e si riallaccia alla cruciale questione dei processi sociali di costruzione della realtà»³²⁷.

Nemmeno sembra poter essere trascurato, nella prospettiva evidenziata, il principio di proporzionalità, al quale certamente potrà farsi ricorso laddove la clausola in esame determini uno squilibrio quantitativo tra le prestazioni³²⁸.

Nella prospettiva delineata non può sottacersi, in ultimo, della peculiarità del riferimento al dolo o alla colpa grave del debitore che, come stati soggettivi, complicano l'indagine tesa a misurare la validità o meno della clausola di esonero. Sul punto, come già precisato, le riferite nozioni, in un processo di oggettivizzazione, si devono inquadrare in un più ampio giudizio di responsabilità retto sull'analisi teleologico-funzionale del comportamento non attuasmo degli interessi del creditore e della rilevanza della concreta diligenza richiesta. Si che, ad es., potrà validamente esonerarsi da responsabilità il debitore inadempiente per cause prossime alla non imputabilità laddove la colpa lieve, piuttosto che rappresentare un mero stato soggettivo, si identifica con lo "scostamento" minimo del suo comportamento dalla diligenza in concreto esigibile.

L'insieme di queste argomentazioni, che impone un'interpretazione secondo buona fede e ragionevolezza, dovrebbe

³²⁷ Così Piraino, *o.l.m.c.* V. soprattutto G. Perlingieri, *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, cit., p. 86 ss., per il quale la ragionevolezza dovrebbe orientare l'interprete nella ricerca del "giusto rimedio".

³²⁸ Cfr., per tutti, P. Perlingieri, *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*, in Id., *Il diritto dei contratti*, cit., p. 451 ss.

portare alla conclusione che l'art. 1229 c.c. è sicuramente norma imperativa (in quanto attuativa di un insieme di principi) e che diventa essa stessa norma di ordine pubblico. In definitiva, nell'enfatizzare il valore degli interessi tutelati dalla disposizione, è possibile sostenere che potrebbe essere attribuito ad essa un fondamento costituzionale, in ragione del secondo comma dell'art. 41 della Costituzione. Non del tutto peregrina tale soluzione, se si consideri che, della questione sulla vincolatività del dettato dell'art. 1229 c.c. anche per il legislatore, è stata più volte investita la Corte Costituzionale, in occasione della valutazione sulla legittimità costituzionale dell'art. 423 cod. nav. Nel dichiarare l'incostituzionalità di tale norma per contrasto con l'art. 3 Cost., la Corte ha solo sfiorato il tema dell'art. 1229, lasciando tendenzialmente la questione aperta, seppure implicitamente risolta. In questa prospettiva, l'art. 1229 c.c. può essere intesa quale norma di sistema, posta quindi non solo a tutela del credito ma ispirata a principi di ordine pubblico sociale ed economico.

NOTA BIBLIOGRAFICA

- Adriano, *Clausole di esonero e di limitazione della responsabilità civile*, Roma, 2009.
- Alpa e Chinè, *Consumatore (protezione del) nel diritto civile*, in *Dig. disc. priv. sez. civ.*, XV, Appendice, Torino, 1996.
- Alpa-Bessone, *I fatti illeciti*, in *Trattato dir. priv.*, diretto da Rescigno, vol. XIV, Torino, 1982.
- Alpa, Bessone e Zeno Zencovich, *Obbligazioni e contratti*, VI, in *Tratt. Dir. Priv.*, a cura di Rescigno, 1999.
- Alpa, Bessone, Zeno Zencovich, *I fatti illeciti*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da Rescigno, II ed., XIV, Torino, 1995.
- Alpa, *Consumatore (protezione del) nel diritto civile*, in *Dig. disc. priv. sez. civ.*, III, Torino, 1988.
- Alpa, *Consumatore (tutela del)*, in *Enc. giur. Treccani*, VIII, Roma, 1988.
- Alpa, *Consumatore (tutela del)*, in *Noviss. Dig. it.*, Appendice, Torino, 1981.
- Alpa, *La responsabilità civile*, Milano, 1999.
- Alpa, *Responsabilità dell'impresa e tutela del consumatore*, Milano, 1975.
- Amendolagine, *Furto di autoveicolo e responsabilità del gestore dell'area adibita a parcheggio*, in *Corr. giur.*, 2009.
- Angelici, *Clausole per il servizio bancario delle cassette di sicurezza*, in *Riv. Dir. comm.*, 1983.
- Arangio Ruiz, *Responsabilità contrattuale in diritto romano*, Napoli, 1958.
- Ascoli, *Del commercio marittimo e della navigazione*, Torino, 1915.
- Asquini, *Del contratto di trasporto* (Artt. 388-416 cod. comm.), in *Il codice di commercio*, commentato e coordinato da Bolaffio, Rocco, Vivante, vol. VI, Torino, 1935.
- Auletta *Limitazioni alla responsabilità del vettore marittimo*, in *Riv. dir. nav.*, 1952.
- Auletta, *La risoluzione per inadempimento*, Milano, 1942.
- Auletta, *Limitazione di responsabilità del vettore marittimo*, in *Riv. Dir. Nav.*, 1952.
- Baffi, *La tutela dei consumatori contro le clausole abusive: le teorie americane e il diritto italiano*, in *Contratti*, 2010.
- Barassi, *La teoria generale delle obbligazioni*, III, *L'Attuazione*, II ed. Milano, 1964.
- Battelli, *Consumatore: nozione, clausole abusive e foro competente*, in *Corr. del Merito*, 2006.
- Benatti, *Contributo allo studio delle clausole di esonero della responsabilità*, Milano, 1971.

- Benatti, *Le clausole di esonero della responsabilità nella prassi bancaria*, in *Le operazioni bancarie*, a cura di Portale, vol. I, Milano, 1978.
- Benatti, voce *Clausole di esonero dalla responsabilità*, in *Digesto IV, Disc. priv. – sez. civ.*, Torino, 1987.
- Bessone, *Adempimento e rischio contrattuale*, Milano, 1969.
- Bessone, *Le clausole di esonero e di limitazione della responsabilità. Controllo legislativo e orientamento della giurisprudenza*, in *Riv. dir. comm.*, 1974, I, p. 335.
- Betti, *Teoria generale del negozio giuridico*, rist. corretta della 2a ed., Torino, 1960.
- Betti, *Teoria generale delle obbligazioni*, I, Milano, 1953.
- Betti, *Teoria generale delle obbligazioni*, in *Tratt. dir. civ. it.*, Torino, 1955.
- Bianca, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, in *Commentario del codice civile* a cura di V. Scialoja-G. Branca, *Libro IV, Delle obbligazioni, artt. 1218-1229, sub art. 1229*, Bologna-Roma, 1967.
- Bianca, *Diritto civile, La responsabilità*, Milano, 1994.
- Bianca, *Il contratto*, sec. ed., Milano, 2000.
- Bianca, *La vendita e la permuta*, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da Vassalli, Torino, 1972.
- Breccia, *Le obbligazioni*, in *Tratt. dir. priv.*, a cura di Iudica-Zatti, Milano, 1991.
- Breccia, *Le obbligazioni*, in *Trattato di dir. priv.*, a cura di Iudica e Zatti, Milano, 1991.
- Briganti, *La causa del contratto*, in *Percorsi di diritto privato*, Torino, 1994.
- Broggini, in *Melanges Shonenberger*, Fribourg (Suisse), 1968.
- Brunetti, *Dei limiti di validità di clausole di esonero nei trasporti marittimi*, in *Riv. dir. comm.*, 1918.
- Bruschettini, *Del contratto di trasporto*, in *Commentario al cod. comm.*, VI, Milano, 1924.
- Bruschettini, *Illiceità del patto mediante il quale il vettore ferroviario mira ad attenuare od escludere la propria responsabilità per colpa grave*, in *Riv. dir. comm.*, 1903.
- Busnelli, *Limitazioni risarcitorie, diritto dei trasporti, codice civile*, in *Dir. trasp.*, 1993.
- Cabella Pisu, *Le clausole di esclusione o limitazione del risarcimento*, in *Visintini Risarcimento del danno contrattuale ed extracontrattuale*, Milano, 1999.
- Cannata, *Le obbligazioni in generale*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Rescigno, 9, Torino, 2005.
- Carbone, *Ribadita la nullità del patto che limita l'ammontare dei valori da conservare il cassetta*, in *Il corriere giuridico*, n. 8, 1994.
- Cariota Ferrara, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, rist., Napoli, 2011.
- Carnevali, *Le donazioni*, in *Tratt. Rescigno*, VI, Torino, 2000.
- Castronovo, *Le frontiere nobili della responsabilità civile*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1989.

Castronovo, *Problema e sistema del danno da prodotti*, Milano, 1979.

Castronovo, *Profili della disciplina nuova delle clausole cd. vessatorie cioè abusive*, in *Europa dir. priv.*, 1998.

Castronovo, *Tra rischio e caso fortuito: la responsabilità delle cassette di sicurezza*, in *Le operazioni bancarie*, a cura di Portale, Milano, 1978.

Cavallo Borgia, *L'assicurazione di responsabilità civile*, in *Tratt. della responsabilità civile*, diretto da Franzoni, Milano, 2007.

Ceccherini, *Clausole di esonero tra principi giuridici e regole di mercato*, Torino, 2008.

Checchini, *Regolamento contrattuale e interessi delle parti (Intorno alla nozione di causa)*, in *Riv. dir. civ.*, 1991, I, p. 246 ss.

Chinè, *Il consumatore*, in *Aa.Vv., Tratt. di dir. priv. eur.*, a cura di Lipari, II ed., vol. I, Padova, 2003.

Chironi, *La colpa nel diritto civile odierno. Colpa extracontrattuale*. II, 2 ed., Torino, 1906.

Cognetti, *Principio di proporzionalità*, Torino, 2011.

Comporti, *Esposizione al pericolo e responsabilità civile*, Napoli, 1965.

Costanza, voce *Perimento dell'opera*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1983.

Coviello, *Appunti sulle clausole di stile nei contratti*, in *Foro it.*, 1963.

Coviello, *Del caso fortuito in rapporto all'estinzione delle obbligazioni*, Lanciano, 1895.

Criscuoli, *La nullità parziale del negozio giuridico*, Milano, 1959.

Cruciani, *Clausole abusive e tutela (solo procedurale?) del consumatore: le ultimissime dalla Corte di Giustizia*, in *Riv. crit. dir. Priv.*, 2009.

D'Amico, *La responsabilità ex recepto e la distinzione tra obbligazioni di mezzi e obbligazioni di risultato. Contributo alla teoria della responsabilità del problema*, Napoli, 1999.

D'Angelo, *Il contratto in generale. La buona fede*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da Bessone, XIII, 4, Torino, 2004.

D'Avanzo, *Dell'inadempimento delle obbligazioni (artt. 1218-1229 c.c.)*, in *Il codice civile, Commentario*, a cura di D'Amelio e Finzi, *Libro delle obbligazioni*, vol. I, Firenze 1948.

De Cupis, *Il Danno, teoria generale della responsabilità civile*, II ed., Milano, 1966.

De Francisci, *Sinallagma, storia e dottrina dei contratti innominati*, II, Pavia, 1916.

De Marini, *Il giudizio di equità*, Padova, 1959.

De Nova, *Il contratto ha forza di legge*, Milano, 1993.

De Nova, *Le clausole penali e la caparra confirmatoria*, in *Trattato dir.priv.*, diretto da Rescigno, Torino, 1982.

De Nova, *Le clausole penali e la caparra confirmatoria*, in *Trattato dir. priv.*, diretto da Rescigno, Torino, 1982.

De Nova, *Nullità relativa, nullità parziale e clausole vessatorie non specificamente approvate per iscritto*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1976.

Del Re, *Assicurazione della responsabilità civile ed ampiezza delle esclusioni convenzionali del rischio assicurato: nullità della clausola ex art. 1229?*, in *Resp. civ. e prev.*, 6, 2010.

Delfini, *Clausole di esonero della responsabilità e di determinazione dell'oggetto*, in *I contratti*, 1997.

Delfini, *I patti sulla risoluzione per inadempimento*, Milano 1998.

Delogu, *Le modificazioni convenzionali della responsabilità civile*, Padova, 2000.

Delogu, *Modifiche convenzionali delle garanzie*, in *La vendita*, IV, *Garanzie e inadempimento*, a cura di Bin, 2, Padova, 1996.

Di Majo, *Delle obbligazioni in generale*, in *Comm. cod. civ.* a cura di Scialoja-Branca, 1988, p. 290.

Di Majo, *Condizioni generali di contratto e diritto dispositivo*, in *Condizioni generali di contratto e tutela del contraente debole: atti della tavola rotonda tenuta presso l'Istituto di Diritto Privato dell'Università di Catania*, Milano, 1970.

Di Marzio, *La nullità del contratto*, Padova, 1999.

Donisi, *Il problema dei negozi giuridici unilaterali*, Napoli, 1972.

Esmein, *Les clauses de non responsabilité*, in *Rev. Trim. Dir. Comm.* 1926.

Farjat, *L'ordre public économique*, Paris, 1963.

Federico, *Autonomia negoziale e discrezionalità amministrativa*, Napoli, 1999.

Ferrarini, *La limitazione del debito del vettore secondo l'art. 423 cod. nav.*, in *Dir. mar.*, 1948, 244 ss.

Ferri, *Cassette di sicurezza*, in *Enc. Dir.*, vol. VI, Milano, 1960.

Ferri, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966.

Ferri, *Nullità parziale e clausole vessatorie*, in *Riv. dir. comm.*, 1977.

Ferri, *Ordine pubblico (diritto privato)*, in *Enc. Dir.* XXX, p. 1038.

Ferri, *Tipicità negoziale e interessi meritevoli di tutela nel contratto di utilizzazione di cassette di sicurezza*, in *Riv. dir. comm.*, 1988.

Follieri, *«Il semplice fatto» e la conclusione del contratto*, in *Obbl. e contr.*, 2007.

Franceschelli, *Ambito e condizioni di validità delle clausole che limitano o escludono la responsabilità del vettore marittimo*, in *Riv. Dir. Nav.*, 1938.

Franceschelli, *Le clausole di irresponsabilità nei trasporti marittimi ed il problema della protezione del contraente più debole nei contratti a serie*, in *Riv. dir. nav.*, 1938.

G. Perlingieri, *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, Napoli, 2015.

Gabrielli, *Sulla nozione di consumatore*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2003.

Gaggero, *Validità ed efficacia dell'assicurazione della responsabilità civile claims made*, in *Contr. e impr.*, 2, 2013.

Galgano, *Diritto civile e commerciale*, II, Padova, 1990.

Galgano, *Le obbligazioni in generale*, Padova, 2007.

Galgano, *Vendita (Diritto privato)*, in *Enc. dir.*, XLVI, Milano, 1993.

Gambaro, *In tema di deroghe convenzionali alla disciplina urbanistica*, in *Giur. it.*, 1977.

Gardani Contursi-Lisi, *Contratti atipici*, I, in *Giur. sist. civ. e comm.* Torino, 1997.

Garonna, *L'assicurazione della responsabilità professionale: problemi e prospettive*, in *Assicurazioni*, 4, 2012.

Gazzara, *Il difficile rapporto tra clausola claims made e assicurazione obbligatoria della responsabilità professionale*, in *Le nuove leggi civili*, 6, 2012.

Gazzoni, *Atipicità del contratto, giuridicità del vincolo e funzionalizzazione degli interessi*, in *Riv. dir. civ.*, 1978.

Gazzoni, *Equità e autonomia privata*, Milano, 1970.

Gazzoni, *Manuale di diritto privato*, XI ed. aggiornata, Napoli, 2004.

Giannattasio, *L'appalto*, Milano, 1967.

Giardina, *Responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale. Significato attuale di una distinzione tradizionale*, Milano, 1993.

Giordano, *I contratti per adesione*, Milano, 1961.

Giorgi, *La teoria delle obbligazioni*, Firenze, 1907.

Giorgi, *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*, III ed., Firenze, 1892.

Giorgianni, *La causa del negozio giuridico*, Milano, 1961.

Greco, *Appunti sulle clausole di irresponsabilità nei trasporti marittimi*, in *Ann. dir. comp. e studi legislativi*, 1931.

Guarino, *Diritto privato romano*, Jovene, Napoli, 1997.

Guarneri, *Meritevolezza dell'interesse*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., XI, Torino, 1994.

Lapertosa, *Il contratto di posteggio*, in *Resp. civ. e prev.*, 2005.

Lefebvre D'Ovidio, *L'art. 416 cod. comm. e la validità delle clausole di esonero nei trasporti marittimi*, in *Riv. dir. comm.*, 1938.

Levi, *Sul concetto di buona fede*, Genova, 1912.

Lonardo, *Ordine pubblico e illiceità del contratto*, Napoli, 1993.

Longobucco e Capobianco, *Modificazioni convenzionali del regime legale della responsabilità del venditore*, in *Domenico Rubino*, II, *Singole fattispecie negoziali*, a cura di P. Perlingieri e Polidori, Napoli, 2009.

Longobucco, *Mutamenti convenzionali del regime legale dell'inadempimento: profili sistematici e ricostruttivi*, in *Contr. e impr.*, I, 2017.

Maccarone, *Articolo 1229 c.c.*, in *Comm. Cod. civ.* diretto da De Martino, Roma, 1978.

Magazzù, voce *Clausola penale*, in *Enc. Dir.*, VII, 1960.

Maiorca, *Normativo* (contratto), in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., XII, Torino, 1995, p. 173.

Maiorca, voce *Colpa civile (Teoria generale)*, in *Enc. Dir.*, 1960.

Marini, *La clausola penale*, Napoli, 1984.

Martorano, *Delimitazione dell'oggetto e limitazione della responsabilità della banca*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 1981.

Mazzarese, *Clausola penale*, in *Cod. civ. Comm. Schlesinger*, Milano, 1999.

Mengoni, *Obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi*, II, *La funzione della colpa nella responsabilità contrattuale*, in *Riv. dir. comm.*, 1954.

Mengoni, *Responsabilità contrattuale (dir. vig.)*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988.

Menichini, *Clausole di esonero e di limitazione della responsabilità contrattuale ed onere della prova: profili sostanziali e processuali*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2005.

Menichino, *Clausole di irresponsabilità contrattuale*, Milano, 2008.

Messineo, *Manuale di diritto civile e commerciale*, III, Milano, IX ed., 1959.

Messineo, voce, "Contratto dir. priv.", in *Enc. dir.*, IX, Milano, 1961.

Micheli, *L'onere della prova*, Padova, 1966.

Minervini, *Dei contratti del consumatore in generale*, Torino, 2014.

Mirabelli, *Dei singoli contratti*, in *Comm. Cod. Civ.*, Torino, 1991.

Molle, *Il servizio bancario delle cassette di sicurezza*, in *Trattato Cicu-Messineo*, Milano, 1981.

Monateri, *La responsabilità civile*, Torino, 2006.

Monticelli, *La clausola claims made tra abuso del diritto ed immeritevolezza*, in *Danno e resp.*, 7, 2013.

Morrozzo della Rocca, *Dell'assicurazione contro i danni*, in P. Perlingieri, *Cod. civ. comm.*, sub artt. 1904-1932, II ed., Bologna, 1991.

Mosco, *La risoluzione del contratto per inadempimento*, Napoli, 1950.

Natoli, *L'attuazione del rapporto obbligatorio (Appunti delle lezioni)*, I, Milano, 1968.

Natoli, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, I, Milano 1974.

Navarretta, *Buona fede oggettiva, contratti di impresa e diritto europeo*, in *Riv. Dir. civ.*, 2005.

Orlando, *La formazione dei patti vessatori nella novella sui contratti dei consumatori*, in *Riv. dir. priv.*, 1997.

- P. Perlingieri, *Appunti sull'inquadramento della disciplina delle cd. condizioni generali di contratto*, in Id., *Il diritto dei contratti tra persone e mercato. Problemi del diritto civile*, Napoli, 2003.
- P. Perlingieri, *Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento*, in *Comm. cod. civ.*, a cura di Scialoja Branca, Bologna-Roma, 1975.
- P. Perlingieri, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, II ed., Napoli, 1991.
- P. Perlingieri, *Introduzione*, in Mezzasoma, Rizzo, Ruggeri (a cura di), *Il controllo di legittimità costituzionale e comunitaria come tecnica di difesa. Corte costituzionale italiana e spagnola a confronto*, Napoli, 2010.
- P. Perlingieri, *Manuale di diritto civile*, 7 ed., Napoli, 2014.
- P. Perlingieri, *Relazione di sintesi*, in *Equilibrio delle posizioni contrattuali e autonomia privata*, a cura di Ferroni, Università degli studi di Urbino. Pubblicazioni della Facoltà di Giurisprudenza e della Facoltà di Scienze Politiche, Napoli, 2002.
- Pacchioni, *Delle clausole esonerative della responsabilità civile per il fatto colposo proprio extracontrattuale, Dei delitti e quasi delitti*, in *Diritto civile italiano*, II ed., Vol. IV, - *Diritto delle obbligazioni*, Padova, 1940.
- Paladin, *Ordine pubblico*, in NDI, XII, 135.
- Papanti-Pelletier, *Cassette di sicurezza*, in *Enc. Dir.*, Agg., II, Milano, 1998.
- Perlingieri, *Nuovi profili del contratto*, in *Rass. Dir. Civ.*, 2000, p. 563.
- Pescatore, *In tema di limitazione della responsabilità del vettore marittimo*, in *Foro pad.* 1950, I, p. 186.
- Piraino, *Per una teoria della ragionevolezza in diritto civile*, in *Eur. e dir. priv.*, 2014, p. 1287 ss.
- Pisani Massamormile, *Norme bancarie uniformi*, Milano, 1986.
- Playa, *Ambito operativo dell'art. 1229 c.c. e responsabilità ex recepto*, in *Obbl. e contr.*, 12.
- Polacco, *Le obbligazioni nel diritto civile italiano*, I, Roma, 1915.
- Ponzanelli, *Il concorso di responsabilità: le esperienze italiana e francese a confronto*, in *Resp. civ. prev.*, 1984.
- Ponzanelli, *La «sfortunata» circolazione delle clausole di esonero: il caso delle cassette di sicurezza*, in *Il corriere giuridico*, 1989.
- Ponzanelli, *Le clausole di esonero dalla responsabilità civile, studio di diritto comparato*, Milano 1984.
- Pugliatti-Falzea, *I fatti giuridici*, Milano, 1992.
- Pugliatti, *Autonomia privata*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959.
- Pugliatti, *Precisazioni in tema di causa del negozio giuridico*, in *Diritto civile. Metodo-Teoria-Pratica*, Milano, 1951.

Rampazzo, *Deposito e diligenza della custodia. A proposito di due recenti sentenze in tema di parcheggio*, in *Dir. e giur.*, 2010.

Relazione della Commissione Reale al progetto del libro delle obbligazioni, in Pandolfelli-Scarpariello-Stella Richter-Dallari, *Codice civile, Libro delle obbligazioni*, Milano, 1942.

Rescigno, voce *Obbligazioni (diritto privato)*, in *Enc. Dir.*, XXIX, Milano, 1979.

Ripert, *L'ordre économique et la liberté contractuelle*, in *Etudes Geny (Recueil d'études sur les sources du droit)*, II, Paris.

Rodotà, *Condizioni generali di contratto, buona fede e poteri del giudice*, in *Condizioni generali di contratto e tutela del contraente debole: atti della tavola rotonda tenuta presso l'Istituto di Diritto Privato dell'Università di Catania*, Milano, 1970.

Rodotà, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1970, (rist. integr.) 2004.

Roppo, *Il contratto*, Milano, 2001.

Roppo, *Istituzioni di diritto privato*, Bologna, 1998.

Rossi, *Il pactum ne dolus praestatur e la clausola penale*, in *Studi in onore di Mariano d'Amelia*, III, Roma, 1933.

Rubino, *L'appalto*, in *Tratt. dir. civ. it.*, Torino, 1980.

Rubino, *La compravendita*, *Tratt. dir. civ. e comm.*, diretto da Cicu e Messineo, Milano, 1962.

Rubino, *Singole fattispecie negoziali*, II, Napoli, 2009.

Sacco-De Nova, *Il contratto*, in *Tratt. dir. civ. Sacco e De Nova*, Torino, 2004.

Sacco, *Concorso delle azioni contrattuali ed extracontrattuali*, in *Risarcimento del danno contrattuale ed extracontrattuale*, a cura di Visintini, Milano, 1984.

Santoro Passarelli, *Dottrine generali del diritto civile*, 9 ed., Napoli, 1966.

Sbordone, *Illiceità e immeritevolezza della causa nel recente orientamento della Cassazione*, in *Rass. Dir. Civ.*, n. 3 del 2001.

Scialoja, *Lezioni sul diritto delle obbligazioni*, Roma, 1898.

Scialoja, *Teoria della proprietà nel diritto romano*, II, Roma, 1931.

Simitis, *Gute Sitten und ordre public*, Marburg, 1960.

Spolidoro, *Ancora in tema di limitazione del risarcimento*, in *Dir. mar.*, 1950, p. 288 ss.

Torrente, *Impresa e lavoro nella navigazione, I contratti di utilizzazione della nave o dell'aereomobile*, Milano, 1964.

Torrente, *L'impresa e il lavoro nella navigazione. I contratti di utilizzazione della nave e dell'aereomobile*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da Grosso e Santoro-Passarelli, Milano, 1964.

Torrente, *La donazione*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, II ed., Milano 2006.

- Trimarchi, *Istituzione di diritto privato*, XVII ed., Milano, 2007.
- Trimarchi, *La clausola penale*, Milano, 1954.
- Trimarchi, *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milano, 1961.
- Urciuoli, *Liceità della causa e meritevolezza dell'interesse nella prassi giurisprudenziale*, in *Rass. dir. civ.*, 1985.
- Valery, *Traité de la location des coffres-forts*, Paris, 1926.
- Vancore, *Notazioni in tema di contratto di posteggio*, in *Resp. civ.*, 2011.
- Venzi, in Pacifici-Mazzoni, *Istituzioni di diritto civile italiano*, IV ed. a cura di Venzi, IV, 1908.
- Vernizzi, *Il rischio putativo*, Milano, 2010.
- Vidari, *Le clausole di irresponsabilità in materia marittima*, 1904.
- Visintini, *La responsabilità contrattuale per fatto degli ausiliari*, Padova, 1965.
- Visintini, *Trattato breve della responsabilità civile*, Padova, 1996.
- Visintini, *Un nuovo approccio al tema dell'inadempimento*, prefazione al *Trattato della responsabilità contrattuale* diretto da Visintini, I, Padova, 2009.
- Vivante, *Trattato di diritto commerciale*, IV, *Le obbligazioni*, Milano, 1926.
- Vivante, *Trattato di diritto commerciale*, IV, *Le obbligazioni*, Milano, 1926.
- Zeno Zencovich, *Consumatore (tutela del): I) Diritto civile*, in *Enc. giur. Treccani*, VIII, Roma, 2001.