*Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa perché coperti dal diritto d’autore.*

*Giappichelli Formazione*

CORSO DI PREPARAZIONE AL CONCORSO REFERENDARIO TAR 2022

**GIAPPICHELLI EDITORE**

**Responsabile scientifico**

**Vincenzo Lopilato**

LEZIONE DEL 31 MAGGIO 2022

di Vincenzo Lopilato

**TRACCIA**

***Strumenti di controllo dell’autonomia contrattuale: buona fede, causa e meritevolezza, ordine pubblico.***

**Nota. *Questa dispensa è in parte diversa da quelle che poi distribuirò dopo con le prossime lezioni perché in questo caso ho trattato un solo argomento ma vasto e trasversale.***

**A. PARTE PRIMA: AUTONOMIA NEGOZIALE E COSTITUZIONE**

**Estratto Manuale**

**Manuale di diritto amministrativo, V. Lopilato, Giappichelli Editore, Terza Edizione, giugno 2021. Capitolo 16, par. 2.1, pagg. 1043-1045.**

*Omissis.*

2.1. Fonti di regolazione del contratto di diritto privato

Occorre adesso individuare le fonti di regolazione del contratto, sul piano costituzionale, europeo e della legislazione interna.

Sul piano costituzionale, la Costituzione non pone regole che definiscono un particolare modello contrattuale. Non esistono norme corrispondenti all’art. 1321 cod. civ.

È demandata, pertanto, alla discrezionalità del legislatore la definizione delle regole contrattuali.

È necessario stabilire se la Costituzione contenga norme di tutela dell’autonomia negoziale e, dunque, da un lato, se essa ponga limiti al legislatore nella conformazione della suddetta regola di autonomia, e, dall’altro lato, se sia la Costituzione stessa ad ammettere taluni limiti all’esercizio del potere negoziale e, dunque, forme di controllo, costituzionalmente “coperte”, dell’autonomia negoziale.

Ciò che rileva maggiormente è se esistano limiti all’esercizio dell’autonomia negoziale posti con norme imperative costituzionali.

L’orientamento prevalente ritiene che la Costituzione fornisca una tutela indiretta all’autonomia negoziale[[1]](#footnote-1).

Nell’ambito di questo orientamento, per i rapporti economici, le norme fondamentali sono le seguenti.

In primo luogo, viene in rilievo l’art. 41 Cost., il quale prevede che «*l’iniziativa economica è libera*». Il limite costituzionale è costituito, in questo caso, dal fatto che essa non può svolgersi in contrasto, tra l’altro, con l’utilità sociale. Il concetto di iniziativa economica evoca quello generale di attività economica: si pensi all’attività di impresa che è l’attività economica organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni o di servizi (art. 2082 cod. civ.). In questa prospettiva, il contratto è un atto singolo che rappresenta uno strumento mediante il quale si può esplicare l’iniziativa economica. L’imprenditore che svolge la propria attività economica ha normalmente necessità di stipulare contratti. Pertanto, se, ad esempio, si vietasse di stipulare un contratto nel settore di competenza dell’imprenditore, “indirettamente” si inciderebbe sulla libertà economica. In tale prospettiva, i limiti all’autonomia negoziale e, dunque, le forme di controllo sono ammessi se imposti dall’esigenza di assicurare l’utilità sociale.

In secondo luogo, viene in rilievo l’art. 42 Cost. che tutela la proprietà. Il limite costituzionale è costituito dalla necessità di assicurare la funzione sociale. Il rapporto tra contratto e proprietà risulta dal fatto che il contratto è una delle modalità attraverso le quali si esercita il diritto di proprietà. Chi intende vendere un bene di sua proprietà e, dunque, disporre del relativo diritto ricorre al contratto quale mezzo di trasferimento del diritto stesso. In tale prospettiva, limiti all’autonomia negoziale e, dunque, forme di controllo sono ammessi se imposti dall’esigenza di assicurare la funzione sociale. Si pensi ad un divieto di disposizione di un bene per assicurare il completamento di una procedura di espropriazione che contempli un vincolo preordinato all’espro­prio apposto sul medesimo bene, al fine di assicurare la funzione sociale derivante da esigenze di interesse generale connesse all’ablazione del diritto reale [cap. 19].

Per i rapporti non economici sono previste specifiche norme che tutelano libertà fondamentali, rispetto alle quali il contratto assume una valenza strumentale[[2]](#footnote-2).

Sul piano europeo, il diritto europeo non si occupa del contratto, non rientrando esso, in virtù del principio di attribuzione [cap. 4, par. 4], nell’ambito di una materia di competenza europea. Il diritto europeo si occupa soltanto della tutela del consumatore (e più in generale della parte debole), il quale è un soggetto che si trova in una posizione di asimmetria informativa rispetto al professionista. Tale esigenza ha indotto a definire nuovi modelli contrattuali che si caratterizzano, in ragione di tale diseguaglianza tra le parti, per la presenza di un maggior numero di norme imperative che limitano l’autonomia negoziale [cap. 23, par. 2].

Sul piano della legislazione nazionale, la disciplina fondamentale è contenuta nel codice civile che definisce il modello dei contratti di diritto comune.

Nell’impostazione del codice del 1942 il contratto di diritto comune è stato configurato come un contratto tra soggetti che si pongono in una posizione paritaria, con conseguente indifferenza degli stati soggettivi. Si utilizza la qualificazione di “contratto tra eguali”.

In questo ambito, le regole poste con norme imperative, anche di derivazione costituzionale ed europea, sono meno stringenti proprio perché le parti sono poste in una situazione di eguaglianza e, dunque, sono richiesti minori interventi correttivi.

*Omissis.*

**B. PARTE SECONDA: BUONA FEDE**

**Estratto manuale**

**Manuale di diritto amministrativo, V. Lopilato, Giappichelli Editore, Terza Edizione, giugno 2021, Capitolo 16, par. 2.3, pagg. 1047-1048.**

*Omissis.*

2.3. Autonomia negoziale sostanziale. Equilibrio economico-giuridico nei contratti di diritto comune: la giustizia contrattuale

Svolta questa premessa, è utile, sempre ai fini dello studio dei contratti pubblici, stabilire quali siano le forme di controllo dell’autonomia negoziale nell’ambito dei contratti di diritto comune, distinguendo autonomia negoziale sostanziale e procedimentale.

In relazione alla prima, vengono in rilievo, come si esporrà, i concetti: di equilibrio economico-giuridico; giustizia contrattuale; controllo giudiziale dell’autonomia negoziale; buona fede.

La questione generale si inserisce nel rapporto tra regole di autonomia negoziale (sostanziale) e regole di eteronomia poste da norme imperative.

Come esposto, le norme imperative sono quelle che attengono alle diverse fasi della struttura contrattuale, la cui violazione determina la possibilità di azionare uno specifico rimedio a seconda di quale fase venga in rilievo. Esistono, poi, norme imperative che pongono limiti e prescrizioni puntuali all’autonomia negoziale nella definizione del regolamento contrattuale. Si pensi alla norma che impone la previa iscrizione in albi per stipulare determinati contratti.

La questione è se, in presenza di contratti tra eguali, esistano norme imperative che limitano l’autonomia negoziale attraverso l’imposizione del rispetto dell’equilibrio economico-giuridico, incidendo, in tal modo, sul contenuto complessivo della regola pattizia.

Occorre distinguere l’equilibrio giuridico, che attiene al contenuto dei diritti contemplati (ad esempio, le clausole che prevedono il diritto di recesso o la caparra confirmatoria), dall’equilibrio economico, che attiene al giudizio di adeguatezza delle prestazioni economiche (ad esempio, la clausola di determinazione del prezzo).

È necessario stabilire se tale equilibrio venga definito soltanto dalle parti con regole autonome ovvero anche dal legislatore con regole eteronome.

Si utilizzano anche i concetti di “giustizia contrattuale” e “principio di proporzionalità”. Il concetto di “giustizia contrattuale” evoca proprio il potere normativo e giu­diziale di controllo sul contratto (cd. controllo giudiziale) per assicurare l’equilibrio economico-giuridico. Il “principio di proporzionalità” evoca la relazione quantitativa di equilibrio tra le prestazioni.

Nei contratti di diritto comune l’orientamento prevalente è nel senso che, venendo in rilievo contratti tra eguali, sia rimessa alle parti stesse la definizione dell’equili­brio economico-giuridico dell’assetto negoziale. La Corte di Cassazione ha affermato che sono le parti stesse a definire l’equilibrio economico-giuridico delle prestazioni, con conseguente insindacabilità del potere di autonomia negoziale. Si è detto icasticamente che «*le parti sono i migliori giudici dei loro interessi*»[[3]](#footnote-3).

La dimostrazione della correttezza di questa ricostruzione generale risulta, secondo l’orientamento prevalente, dalle previsioni normative che contemplano un controllo su tale equilibrio soltanto in presenza di una “anomalia” nell’ambito della singola operazione economica. In particolare, sono previsti rimedi per fare fronte a: *i*) squilibri originari o genetici derivanti dalla stipulazione di un contratto in stato di bisogno, con applicazione del rimedio della rescissione (art. 1448 cod. civ.)[[4]](#footnote-4); *ii*) squilibri sopravvenuti o funzionali, che determinano l’eccessiva onerosità della prestazione per il verificarsi di eventi straordinari e imprevedibili, con applicazione del rimedio della risoluzione per eccessiva onerosità (art. 1467 cod. civ.).

La Corte di Cassazione ha affermato che lo squilibrio tra le prestazioni non determina nullità, con l’unica eccezione del contratto che contiene una clausola con prezzo apparente o simbolico. In particolare, si è rilevato che «*la pattuizione di un prezzo notevolmente inferiore al valore di mercato della cosa venduta, ma non del tutto privo di valore, pone solo un problema concernente l’adeguatezza e la corrispettività delle prestazioni ed afferisce, quindi, all’interpretazione della volontà dei contraenti ed all’even­tuale configurabilità di una causa diversa del contratto*»[[5]](#footnote-5).

In questo contesto, la questione più rilevante attiene alla individuazione di altre forme di controllo dell’autonomia negoziale attuate mediante norme imperative che contemplano concetti giuridici indeterminati, come la buona fede, o elementi costitutivi, quali la causa.

[In relazione al ruolo della buona fede si veda quanto si esporrà nel par. 36].

In relazione alla causa, l’orientamento prevalente, seguito non solo dalla dottrina ma anche dalla giurisprudenza, è nel senso che la causa rappresenti la funzione economico-individuale del contratto e non più la funzione economico-sociale [cap. 11, par. 4]. I motivi sono, invece, giuridicamente irrilevanti.

Il che significa, secondo questa nuova concezione, che non sono più ammesse forme di funzionalizzazione del contratto al perseguimento di scopi di rilevanza economico-sociale differenti da quelli predeterminati dalle parti stesse.

[In relazione al rapporto tra giudizio di meritevolezza e contratti atipici si veda il par. 8.2.2].

*Omissis.*

**Manuale di diritto amministrativo, V. Lopilato, Giappichelli Editore, Terza Edizione, giugno 2021, Capitolo 16, par. 36, pagg. 1182-1185.**

*Omissis.*

**36. Buona fede**

Su un piano generale deve ritenersi che, pur in mancanza di un espresso richiamo, in questo ambito si applichi il principio generale di buona fede, così come esso opera nella fase di esecuzione del contratto (art. 1375 cod. civ.), che deve essere rispettato da entrambe le parti, pubbliche e private[[6]](#footnote-6).

La buona fede in senso oggettivo pone regole di condotta, definendo modelli di comportamento socialmente apprezzabili ai quali i contraenti devono uniformarsi. Si tratta di regole di condotta che, a volte, ricevono una “tipizzazione” soltanto in sede giurisprudenziale (cd. buona fede generica), mentre, altre volte, ricevono una “tipizzazione” in sede normativa, come avviene con le norme che prevedono gli obblighi di informazione (cd. buona fede specifica).

La buona fede è una clausola generale cui fanno riferimento, tra gli altri, gli artt. 1337-1338 cod. civ. in materia di formazione del contratto [par. 2.4] e l’art. 1375 cod. civ. in materia di esecuzione del contratto.

La violazione si realizza quando si accerta l’esistenza di uno scarto tra la condotta tipica e quella concreta.

Con riferimento alla fase di esecuzione, che rileva in questa sede, l’art. 1375 cod. civ. dispone che «*il contratto deve essere eseguito secondo buona fede*». In questo ambito la buona fede viene in rilievo come dovere di salvaguardia degli interessi altrui nei limiti di un apprezzabile sacrificio.

Nell’analisi del concetto di buona fede si possono distinguere tre diverse modalità mediante le quali si effettua un controllo dell’autonomia negoziale [sul rapporto tra norme imperative e autonomia negoziale in generale si v. parr. 2-2.4].

La prima modalità consiste nella valutazione, in fase esecutiva, del comportamento dei contraenti, al fine di correggere il giudizio di stretta osservanza formale del regolamento contrattuale.

In questo caso occorre mettere in stretta correlazione buona fede e abuso del diritto [cap. 5, par. 4.3]. In particolare, in presenza di un diritto soggettivo relativo di credito l’eventuale esercizio della pretesa in contrasto con la clausola della buona fede può integrare gli estremi dell’abuso del diritto, con conseguente possibilità del soggetto obbligato di opporre la cd. *exceptio doli generalis* ai fini dell’accertamento della inesigibilità della prestazione. Parte minoritaria della dottrina ritiene che la buona fede possa avere soltanto questa funzione e non anche una funzione integrativa del contenuto contrattuale, non facendo essa sorgere obblighi diversi e ulteriori rispetto a quelli già stabiliti dalle parti al momento della conclusione del contratto[[7]](#footnote-7).

La seconda modalità consiste nell’assegnare alla buona fede una funzione di integrazione suppletiva del contenuto del contratto, con conseguente creazione di nuovi diritti e obblighi per le parti, ancorché non espressamente previsti nel contratto e neppure risultanti dall’applicazione di disposizioni di legge specifiche ovvero dal do­vere extracontrattuale del *neminem laedere*.

In particolare, l’integrazione avviene mediante la creazione di nuovi doveri definiti ancillari ovvero accessori alla prestazione principale, imposti nei limiti dell’apprezzabi­le sacrificio. All’obiezione secondo cui l’art. 1374 cod. civ., la cui rubrica reca «*integrazione del contratto*», indicherebbe soltanto la «*legge*», «*gli usi*» e «*l’equità*» e non anche la buona fede, si replica che la buona fede “entra” nell’art. 1374 cod. civ. attraverso la legge. Più chiaramente: la buona fede è disciplinata dalla legge (artt. 1175 e 1375 cod. civ.); la legge è indicata quale fonte di integrazione dall’art. 1374 cod. civ.; *ergo* la buona fede è fonte di integrazione e realizzerebbe così la chiusura del sistema.

In questa prospettiva, la buona fede in fase esecutiva, avendo una funzione di integrazione suppletiva, può venire in rilievo soltanto se vi è una lacuna contrattuale.

La terza modalità consiste nell’assegnare alla buona fede una funzione di integrazione cogente del contratto. Questa funzione postula che non vi sia una lacuna, ma che le parti abbiano introdotto, nell’esercizio della loro autonomia negoziale, una re­gola pattizia che definisce l’equilibrio economico-giuridico che si pone in contrasto con la buona fede. In questa prospettiva, il contrasto della clausola contrattuale con la buona fede determinerebbe nullità virtuale del contratto ai sensi del comma 1 del­l’art. 1418 cod. civ. [v. cap. 11, par. 25 sulle diverse tesi, strutturali e funzionali, proposte in dottrina e giurisprudenza con riferimento alla nullità virtuale].

Sul punto si registra un contrasto interpretativo.

Un primo orientamento ritiene che non sia possibile assegnare valenza integrativa cogente alla buona fede, occorrendo tenere separate le regole di condotta e le regole di validità. Questa tesi ritiene, in ossequio al criterio strutturale, che la violazione di norme imperative che contemplano regole di condotta non possa determinare nullità virtuale del contratto.

In particolare, la Corte di Cassazione, occupandosi degli obblighi informativi nella fase di formazione dei contratti di intermediazione finanziaria, ha ritenuto necessario distinguere tra regole di condotta e regole di validità[[8]](#footnote-8).

In questa prospettiva, la violazione di una regola di condotta comporta l’applica­zione delle regole di responsabilità precontrattuale e contrattuale.

Secondo la giurisprudenza, la ragione giustificativa di tale orientamento risiede nel convincimento che «*i doveri di comportamento in generale, sono troppo immancabilmente legati alle circostanze del caso concreto per poter assurgere, in via di principio, a requisiti di validità che la certezza dei rapporti impone di verificare secondo regole predefinite*»[[9]](#footnote-9). In definitiva, venendo in rilievo un concetto giuridico indeterminato, si è voluto evitare il rischio di assegnare un compito troppo incisivo al giudice che potrebbe, in mancanza di parametri certi, applicare il rimedio forte della nullità, con incidenza, in un ambito caratterizzato da una posizione di parità delle parti, sulla valenza dell’autonomia negoziale nei suoi rapporti con norme imperative. In altri termini, si è voluto evitare un eccessivo ampliamento della nozione di norme imperative, con attribuzione di una sorta di “delega in bianco” al giudice, non coerente con la prevalenza dell’autonomia negoziale sulle norme imperative.

Un diverso orientamento assegna alla buona fede funzione di integrazione cogente, ritenendola proiezione del principio costituzionale di solidarietà contrattuale e, dun­que, strumento forte di controllo dell’autonomia negoziale[[10]](#footnote-10).

Il codice attribuisce questo potere di integrazione cogente alla buona fede in relazione alla clausola penale. L’art. 1384 cod. civ. prevede che «*la penale può essere diminuita equamente dal giudice, se l’obbligazione principale è stata adempiuta in parte ovvero se l’ammontare della penale è manifestamente eccessivo, avuto sempre riguar­do all’interesse che il creditore aveva all’adempimento*». Si tratta di un potere esercitabile d’ufficio proprio in quanto la Corte di Cassazione lo ha ritenuto espressione del principio di buona fede[[11]](#footnote-11).

In questa prospettiva, la buona fede non presuppone né una lacuna né una correzione in sede di esecuzione, ma comporta che, sin dal momento genetico, entra nel contratto con conseguente nullità della clausola contrattuale che si pone con essa in contrasto. La buona fede diventa “regola di validità”, sebbene costituisca una regola di condotta, in quanto la sua violazione può determinare nullità virtuale del contratto.

Questi principi sono stati applicati in presenza di alcune fattispecie.

Una prima fattispecie è rappresentata dal contratto di *leasing* [par. 57]. La Corte di Cassazione ha ritenuto nulla per contrasto con la buona fede la clausola che prevede l’inversione del rischio a carico dell’utilizzatore in caso di perdita del bene e, dunque, di mancata consegna da parte del fornitore[[12]](#footnote-12).

Una seconda fattispecie riguarda la clausola contrattuale che prevede una caparra confirmatoria (art. 1385 cod. civ.) manifestamente eccessiva. La caparra è la somma di denaro o la quantità di altre cose fungibili che una parte può dare all’altra al momento della conclusione del contratto, con la conseguenza che in caso di inadempimento l’al­tra parte può recedere dal contratto, ritenendo la caparra (art. 1385 cod. civ.).

In questo caso manca una disposizione che stabilisce, come avviene per la clausola penale (art. 1384 cod. civ.), un potere di riduzione da parte del giudice. Al riguardo, la Corte Costituzionale ha sostenuto, con una affermazione di portata generale, che detta clausola potrebbe ritenersi in contrasto con il principio della buona fede posto da norma imperativa, espressione del principio costituzionale di solidarietà contrattuale, e, quindi, essere nulla[[13]](#footnote-13). La Corte di Cassazione non ha seguito tale orientamento ritenendo che operi la distinzione tra regole di condotta e regole di validità[[14]](#footnote-14).

Per giustificare queste affermazioni è stato richiamato il concetto di solidarietà contrattuale, che opera quale limite generale all’autonomia negoziale soltanto nella prospettiva dell’orientamento minoritario che ritiene che la Costituzione tuteli in modo diretto l’autonomia negoziale [par. 2.1].

Nei contratti pubblici operano le regole esposte. Deve, però, sottolinearsi che anche il principio in esame subisce dei necessari adattamenti in ragione del fatto che, a differenza di quanto accade nei contratti di diritto privato, la fase esecutiva dei contratti pubblici è retta da molte norme imperative, che verranno di seguito esaminate, le quali riducono l’ambito di operatività delle regole di autonomia negoziale e, conseguentemente, i possibili spazi di applicazione del canone della buona fede.

*Omissis.*

**Giurisprudenza**

**1. Buona fede, integrazione cogente e nullità virtuale. Distinzione tra regole di validità e regole di condotta: Cass. civ., sez. un., 19 dicembre 2007, n. 26724.**

**Nota. *Nello stesso senso Cass. civ., sez. un., 19 dicembre 2007, n. 26725.***

*Omissis.*

***1.6. Il cardine intorno al quale ruota la sentenza da ultimo citata è costituito dalla riaffermazione della tradizionale distinzione tra norme di comportamento dei contraenti e norme di validità del contratto: la violazione delle prime, tanto nella fase prenegoziale quanto in quella attuativa del rapporto, ove non sia altrimenti stabilito dalla legge, genera responsabilità e può esser causa di risoluzione del contratto, ove si traduca in una forma di non corretto adempimento del generale dovere di protezione e degli specifici obblighi di prestazione gravanti sul contraente, ma non incide sulla genesi dell'atto negoziale, quanto meno nel senso che non è idonea a provocarne la nullità.***

*Che tale distinzione, sovente ribadita anche dalla dottrina, sia fortemente radicata nei principi del codice civile è difficilmente contestabile.* ***Per persuadersene è sufficiente considerare come dal fondamentale dovere che grava su ogni contraente di comportarsi secondo correttezza e buona fede - immanente all'intero sistema giuridico, in quanto riconducibile al dovere di solidarietà fondato***[***sull'art. 2 Cost.***](https://dejure.it/#/ricerca/fonti_documento?idDatabank=10&idDocMaster=167881&idUnitaDoc=843148&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true)***, e sottostante a quasi tutti i precetti legali di comportamento delle parti di un rapporto negoziale (ivi compresi quelli qui in esame) - il codice civile faccia discendere conseguenze che possono, a determinate condizioni, anche riflettersi sulla sopravvivenza dell'atto (come nel caso dell'annullamento per dolo o violenza, della rescissione per lesione enorme o della risoluzione per inadempimento) e che in ogni caso comportano responsabilità risarcitoria (contrattuale o precontrattuale), ma che, per ciò stesso, non sono evidentemente mai considerate tali da determinare la nullità radicale del contratto (semmai eventualmente annullabile, rescindibile o risolubile), ancorchè l'obbligo di comportarsi con correttezza e buona fede abbia indiscutibilmente carattere imperativo. E questo anche perchè il suaccennato dovere di buona fede, ed i doveri di comportamento in generale, sono troppo immancabilmente legati alle circostanze del caso concreto per poter assurgere, in via di principio, a requisiti di validità che la certezza dei rapporti impone di verificare secondo regole predefinite.***

***L'assunto secondo il quale, nella moderna legislazione (anche per incidenza della normativa europea), la distinzione tra norme di validità e norme di comportamento starebbe tuttavia sbiadendo e sarebbe in atto un fenomeno di trascinamento del principio di buona fede sul terreno del giudizio di validità dell'atto non è sufficiente a dimostrare il già avvenuto sradicamento dell'anzidetto principio nel sistema del codice civile.***

*E' possibile che una tendenza evolutiva in tal senso sia effettivamente presente in diversi settori della legislazione speciale, ma - a parte la considerazione che molte delle disposizioni invocate a sostegno di questo assunto sono posteriori ai fatti di causa, e non varrebbero quindi a dimostrare che già a quell'epoca il legislatore avesse abbandonato la tradizionale distinzione cui s'è fatto cenno - un conto è una tendenza altro conto è un'acquisizione. E va pur detto che* ***il carattere sempre più frammentario e sempre meno sistematico della moderna legislazione impone molta cautela nel dedurre da singole norme settoriali l'esistenza di nuovi principi per predicarne il valore generale e per postularne l'applicabilità anche in settori ed in casi diversi da quelli espressamente contemplati da singole e ben determinate disposizioni. D'altronde, non si è mai dubitato che il legislatore possa isolare specifiche fattispecie comportamentali, elevando la relativa proibizione al rango di norma di validità dell'atto, ma ciò fa ricadere quelle fattispecie nella già ricordata previsione del terzo (non già del comma 1) del***[***citato art. 1418***](https://dejure.it/#/ricerca/fonti_documento?idDatabank=10&idDocMaster=166331&idUnitaDoc=828563&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true)***. Si tratta pur sempre, in altri termini, di disposizioni particolari, che, a fronte della già ricordata impostazione del codice, nulla consente di elevare a principio generale e di farne applicazione in settori nei quali analoghe previsioni non figurano, tanto meno quando - come nel caso in esame - l'invocata nullità dovrebbe rientrare nella peculiare categoria delle cosiddette nullità di protezione, ossia nullità di carattere relativo, che già di per sè si pongono come speciali.***

*Omissis.*

**C. PARTE TERZA: CAUSA**

**Giurisprudenza**

**1. La causa del contratto come funzione economico-individuale:** **Cass. civ., sez. III, 8 maggio 2006, n. 10490**.

*Omissis.*

*Tutte le possibili definizioni di causa succedutesi nel tempo (che un celebre civilista degli anni '40 non esita a definire "oggetto molto vago e misterioso") hanno visto la dottrina italiana in permanente disaccordo (mentre negli altri paesi il dibattito è da tempo sopito), discorrendosi, di volta in volta, di scopo della parte o motivo ultimo (la c.d. teoria soggettiva, ormai adottata dalla moderna dottrina francese, che parla di causa come But); di teoria della controprestazione o teoria oggettiva classica (che sovrappone, del tutto incondivisibilmente, il concetto di causa del contratto con quello di causa/fonte dell'obbligazione); di funzione giuridica ovvero di funzione tipica (rispettivamente intese in guisa di sintesi degli effetti giuridici essenziali del contratto, ovvero di identificazione del tipo negoziale - che consente ad alcuni autori di predicare la sostanziale validità del negozio simulato sostenendone la presenza di una causa, intesa come "tipo" negoziale astratto, sia pur fittizio, quale una donazione, una compravendita, ecc. -); di funzione economico-sociale, infine, cara alla c.d. teoria oggettiva, formalmente accolta dal codice del 42, del tutto svincolata dagli scopi delle parti all'esito di un processo di astrazione da essi (per tacere delle teorie anticausalistiche, di derivazione tedesca, con identificazione della causa nell'oggetto o nel contenuto - Inhalt - del contratto, non indicando il codice tedesco la causa tra gli elementi costitutivi del contratto).*

*La definizione del codice è, in definitiva, quella di* ***funzione economico-sociale del negozio riconosciuta rilevante dall'ordinamento ai fini di giustificare la tutela dell'autonomia privata*** *(così, testualmente, la relazione del ministro guardasigilli); ma è noto che, da parte della più attenta dottrina, e di una assai sporadica e minoritaria giurisprudenza (Cass. Sez. 1^, 7 maggio 1998, n. 4612, in tema di Sale &amp; lease back) Sez. 1^, 6 agosto 1997, n. 7266, in tema di patto di non concorrenza; Sez. 2^, 15 maggio 1996, n. 4503, in tema di rendita vitalizia), si discorre da tempo di una* ***fattispecie causale "concreta"****, e si elabori una ermeneutica del concetto di causa che, sul presupposto della obsolescenza della matrice ideologica che configura la causa del contratto come strumento di controllo della sua utilità sociale, affonda le proprie radici in una serrata critica della teoria della predeterminazione causale del negozio (che, a tacer d'altro, non spiega come un contratto tipico possa avere causa illecita), ricostruendo tale elemento in termini di sintesi degli interessi reali che il contratto stesso è diretto a realizzare (al di là del modello, anche tipico, adoperato).* ***Sintesi (e dunque ragione concreta) della dinamica contrattuale, si badi, e non anche della volontà delle parti. Causa, dunque, ancora iscritta nell'orbita della dimensione funzionale dell'atto, ma, questa volta, funzione individuale del singolo, specifico contratto posto in essere, a prescindere dal relativo stereotipo astratto, seguendo un iter evolutivo del concetto di funzione economico-sociale del negozio che, muovendo dalla cristallizzazione normativa dei vari tipi contrattuali, si volga alfine a cogliere l'uso che di ciascuno di essi hanno inteso compiere i contraenti adottando quella determinata, specifica (a suo modo unica) convenzione negoziale.***

*Omissis.*

**1.1. La causa come criterio di validità: Cass. civ., sez. I, 4 novembre 2015, n. 22567.**

*Omissis.*

*Secondo la giurisprudenza più recente, in realtà, lo squilibrio economico originario non priva di causa il contratto, perchè nel nostro ordinamento prevale il principio dell'autonomia negoziale, che opera anche con riferimento alla determinazione delle prestazioni corrispettive. Si ritiene dunque che, salvo particolari esigenze di tutela,* ***"le parti sono i migliori giudici dei loro interessi".***

*Sicchè, ad esempio, "****solo l'indicazione di un prezzo assolutamente privo di valore, meramente apparente e simbolico, può determinare la nullità della vendita per difetto di uno dei suoi requisiti essenziali****, mentre la pattuizione di un prezzo notevolmente inferiore al valore di mercato della cosa venduta, ma non del tutto privo di valore, pone solo un problema concernente l'adeguatezza e la corrispettività delle prestazioni ed afferisce, quindi, all'interpretazione della volontà dei contraenti ed all'eventuale configurabilità di una causa diversa del contratto" (Cass., sez. 2^, 19 aprile 2013, n. 9640, m. 626041).*

*Omissis.*

**2. La causa come strumento di controllo dell’autonomia negoziale, *sub specie* di controllo di adeguatezza (intesa come equilibrio economico-giuridico): Cass. civ., sez. un., 24 settembre 2018, n. 22437.**

**Nota. *Si tratta delle Sezioni unite sulle clausole claims made di cui inserisco, per vostra comodità, la parte rilevante in diritto; ho evidenziato in giallo il passaggio della motivazione in cui si fa riferimento al controllo di adeguatezza.***

*Omissis.*

*Diritto*

*Omissis.*

*9. - Giova anzitutto rammentare che dette clausole - come già evidenziato dalla citata sentenze delle Sezioni Unite n. 9140 del 2016 - operano una deroga al modello di assicurazione della responsabilità civile delineato dall'art. 1917 c.c., comma 1, poichè la copertura assicurativa viene ad operare non "in relazione a tutte le condotte, generatrici di domande risarcitorie, insorte nell'arco temporale di operatività del contratto, quale che sia il momento in cui la richiesta di danni venga avanzata" (modello c.d. boss occurrence o act committed), bensì in ragione della circostanza che nel periodo di vigenza della polizza intervenga la richiesta di risarcimento da parte del terzo danneggiato (il c.d. claim) e che tale richiesta sia inoltrata dall'assicurato al proprio assicuratore.*

*Se questo è lo schema essenziale al quale si ispira il sistema c.d****. "claims made****" (letteralmente: "a richiesta fatta"), esso trova poi concretizzazione, nella prassi assicurativa, in base a più varianti, la cui riduzione alle due categorie più generali* ***della claims "pura****" (siccome imperniata sulle richieste risarcitorie inoltrate nel periodo di efficacia della polizza, indipendentemente dalla data di commissione del fatto illecito) e* ***della claims "impura****" (o mista: poichè operante là dove tanto il fatto illecito quanto la richiesta risarcitoria intervengano nel periodo di efficacia del contratto, con possibile retrodatazione della garanzia alle condotte poste in essere anteriormente) è frutto unicamente di convenzionale semplificazione, la quale, tuttavia, non può elidere la complessità del fenomeno.*

*Complessità che si apprezza, anzitutto, proprio a motivo di quelle varianti cui si faceva cenno, che introducono ulteriori previsioni pattizie orientate in più direzioni: per un verso, volte a rendere effettiva la copertura assicurativa rispetto a claims intervenute anche in un certo arco temporale successivo alla scadenza del contratto (c.d. sunset clause o clausola di ultrattività o di "postuma"); per altro verso, dirette a consentire all'assicurato, in aggiunta alla richiesta del danneggiato, di comunicare all'assicuratore, ai fini di operatività della polizza, anche le circostanze di fatto conosciute in corso di contratto e dalle quali potrebbe, in futuro, originarsi la richiesta risarcitoria (c.d. deeming clause).*

*9.1. - Sono ben note le ragioni storiche che hanno dato luogo, nell'ambito del mercato assicurativo, a partire da quello anglosassone e, poi, statunitense della prima metà degli ‘80 del secolo scorso, alle clausole claims made, affermatesi - in estrema sintesi - come risposta all'aumento dei costi per indennizzo generato dall'espansione, qualitativa e quantitativa, della tutela risarcitoria, in particolar modo nell'area dei rischi c.d. lungo-latenti, ossia dei danni da prodotti difettosi, quelli ambientali e* ***quelli da responsabilità professionale (segnatamente, in ambito di responsabilità sanitaria).***

*Di qui, per l'appunto (come ricordato dalla citata sentenza n. 9140 del 2016), l'esigenza, avvertita dalle imprese di assicurazione, di circoscrivere l'operatività della assicurazione ai soli sinistri* ***"reclamati" durante la vigenza del contratto, così da consentire alla compagnia "di conoscere con precisione sino a quando sarà tenuta a manlevare il garantito e ad appostare in bilancio le somme necessarie per far fronte ai relativi esborsi", con evidente ulteriore agevolazione nel calcolo del premio assicurativo.***

*9.2. - Volgendo per un momento lo sguardo a quelle aree di cultura giuridica più vicine al nostro ordinamento, non è superfluo evidenziare come l'assicurazione "on claims made basis" sia stata oggetto già da tempo, in alcuni Paesi (ad es., Francia, Spagna e Belgio), di riconoscimento a livello di diritto positivo, sebbene con modulazioni particolari e (come accenna la stessa ordinanza interlocutoria n. 1475 del 2018) quale risposta al sostanziale sfavore della giurisprudenza (seppure una tale dinamica non colga propriamente la realtà spagnola).*

*In Francia, dapprima la L. 30 dicembre 2002, n. 1577 (c.d. Loi About), in materia di responsabilità sanitaria, ha previsto che la relativa assicurazione possa prevedere clausole c.d. "base reclamation", per cui l'operatività della garanzia presuppone la richiesta risarcitoria del danneggiato ed è modulata con la previsione di una retroattività illimitata ed una ultrattività ("garantie subsèquente") non inferiore a cinque anni ovvero di dieci anni per i medici liberi professionisti in caso di cessazione dell'attività o di decesso.*

*Di poco successiva è stata, quindi, l'emanazione della L. 1 agosto 2003, n. 706 (di "Securitè Financierè"), che, novellando il Code des Assurances, ha introdotto, accanto alla assicurazione incentrata sul "fait dommageabie" e per i soli rischi industriali e professionali, il meccanismo di garanzia "base reciamation", imponendo, tuttavia, una durata quinquennale del relativo contratto.*

*In Spagna, all'esito di un vivo dibattito dottrinale e giurisprudenziale sulla validità o meno delle claims made, il legislatore (modificando la L. 8 novembre 1995, n. 30, art. 73 sull'ordinamento delle assicurazioni private) ha introdotto le claims made come clausole "limitative" dei diritti dei contraenti deboli, configurandone l'ammissibilità in base a due tipologie: 1) quella (post-copertura) che estende la garanzia ad un periodo minimo di almeno un anno rispetto alla scadenza del contratto; 2) quella che estende la copertura in modo retroattivo, ad evento dannoso verificatosi prima della conclusione del contratto, ma con richiesta di risarcimento intervenuta durante la vigenza del contratto.*

*Il dibattito rimane aperto (non sulla validità in astratto delle clausole claims made, ma) sulla qualificazione legislativa di "clausola limitativa dei diritti degli assicurati", là dove la giurisprudenza (Trib. S. n. 2508/2014) sembra orientata a ritenere che le claims made siano piuttosto previsioni limitative dell'oggetto del contratto".*

*Infine, in Belgio, il meccanismo di garanzia improntato sulle clausole claims made è stato previsto dalla L. 25 giugno 1992, art. 78 sul contratto di assicurazione terrestre, successivamente modellato (nel dicembre 1994) con una ultrattività di trentasei mesi dalla scadenza della polizza ("garantie de posteritè") ed escluso per i c.d. rischi di massa.*

*10. - Invero - ed è opportuno darne conto sin d'ora -, anche nel nostro ordinamento l'assicurazione secondo il modello delle clausole claims made ha trovato, assai di recente, espresso riconoscimento legislativo, a seguito degli interventi recati, in particolare,* ***dalla L. 8 marzo 2017, n. 24, art. 11 e D.L. 13 agosto 2011, n. 138, art. 3, comma 5, lett. e), (****convertito, con modificazioni, dalla L. 14 novembre 2011, n. 148), come novellato dalla L. 4 agosto 2017, n. 124, art. 1, comma 26.*

*La prima disposizione, concernente l'obbligo (previsto dalla medesima L. n. 24, art. 10) di assicurazione delle strutture sanitarie per la responsabilità civile verso i terzi e i prestatori d'opera (che riguarda anche la stipula di polizze per la copertura della responsabilità civile verso terzi degli esercenti le professioni sanitarie di cui si avvalgano, ma non già dei sanitari "liberi professionisti", ai sensi dello stesso art. 10, comma 2 per i quali trova applicazione l'art. 3 innanzi citato), stabilisce, anzitutto, che la "garanzia assicurativa deve prevedere una operatività temporale anche per gli eventi accaduti* ***nei dieci anni antecedenti la conclusione del contratto assicurativo, purchè denunciati all'impresa di assicurazione durante la vigenza temporale della polizza".***

*La norma prevede, poi, che, in caso di "cessazione definitiva dell'attività professionale per qualsiasi causa", la garanzia debba contemplare "un* ***periodo di ultrattività della copertura per le richieste di risarcimento presentate per la prima volta entro i dieci anni successivi*** *e riferite a fatti generatori della responsabilità verificatisi nel periodo di efficacia della polizza, incluso il periodo di retroattività della copertura". Una tale ultrattività "è estesa agli eredi e non è assoggettabile alla clausola di disdetta".*

*E' evidente che il meccanismo presupposto dall'art. 11 in esame non sia quello legato al "fatto accaduto durante il tempo dell'assicurazione" di cui all'art. 1917 c.c., comma 1 non avendo altrimenti ragion d'essere la previsione, al tempo stesso, di un periodo di retroattività e uno di ultrattività della copertura, sebbene, poi, la norma, in base alla sua formulazione letterale, evochi, per la copertura retroattiva, lo schema della deeming clause, innanzi richiamata, facendo riferimento alla sola "denuncia" dell'evento alla compagnia di assicurazione.*

*Del D.L. n. 138 del 2011,* ***art. 3, il comma 5*** *(convertito, con modificazioni, dalla L. n. 148 del 2011), novellato nel 2017, riguarda invece l'obbligo di "stipulare idonea assicurazione" posto a carico dell'esercente una* ***libera professione in relazione ai rischi da questa derivanti****.*

*Ferma la libertà contrattuale delle parti, le condizioni generali di polizza "prevedono l'offerta di un periodo di ultrattività della copertura per le richieste di risarcimento presentate per la prima volta entro i dieci anni successivi e riferite a fatti generatori della responsabilità verificatisi nel periodo di operatività della copertura". La previsione è, poi, resa applicabile "alle polizze assicurative in corso di validità alla data di entrata in vigore della presente disposizione".*

*Nel caso dell'illustrato comma 5, sembra evidente, quindi, che il meccanismo prefigurato sia quello di una clausola claims made su cui si viene ad innestare una sunset clause.*

*Non può non rammentarsi, infine, che, sulla scia del D.L. n. 138 del 2011, originario art. 3, comma 5, (convertito, con modificazioni, dalla L. n. 148 del 2011) e del D.P.R. 7 agosto 2012, n. 137, correlato art. 5, la L. 31 dicembre 2012, n. 247, art. 12, comma 1, sul nuovo ordinamento della professione forense, ha imposto agli avvocati analogo espresso obbligo di assicurazione per la responsabilità civile, demandando (comma 5) al Ministro della giustizia la previsione, e l'aggiornamento, delle condizioni essenziali e dei massimali minimi di polizza.*

*Ne è scaturito il D.M. 22 settembre 2016, il cui art. 2, rubricato "Efficacia nel tempo della copertura assicurativa", ha stabilito, in linea con il sistema claims made (con variante sunset clause), che la "assicurazione deve prevedere, anche a favore degli eredi, una retroattività illimitata e un'ultrattività almeno decennale per gli avvocati che cessano l'attività nel periodo di vigenza della polizza", con esclusione, in capo all'assicuratore, della facoltà di recesso dal contratto "a seguito della denuncia di un sinistro o del suo risarcimento, nel corso di durata dello stesso o del periodo di ultrattività".*

*11. - L'ordinanza interlocutoria della Terza Sezione civile, nell'esaminare i primi due motivi di ricorso, si è interrogata sulla tenuta giuridica del sistema assicurativo "claims made", adducendo che le censure di parte ricorrente suscitavano "problemi... ulteriori e diversi rispetto a quelli esaminati e decisi" dalla citata sentenza n. 9140 del 2016, per poi sintetizzare le "soluzioni preferibili" a detti "problemi" in due "principi", dei quali si chiede che ne venga saggiata la correttezza.*

*11.1. - Il primo di detti "principi" è così declinato: "Nell'assicurazione contro i danni non è consentito alle parti elevare al rango di "sinistri" fatti diversi da quelli previsti dall'art. 1882 c.c., ovvero, nell'assicurazione della responsabilità civile, dall'art. 1917 c.c., comma 1".*

***Il "sinistro" -*** *esordisce l'ordinanza interlocutoria - è soltanto un evento avverso, dannoso, e non voluto dall'assicurato. Ciò è confermato non soltanto da plurimi dati normativi, sia di rango primario, che secondario, e pure di matrice Eurounitaria (Direttiva 2009/103/CE; Direttiva 2009/138/CE), ma anche dall'interpretazione sistematica, per cui il sinistro (o rischio in concreto/avverato) di cui all'art. 1882 c.c.* ***è l'avveramento del rischio di cui all'art. 1895 c.c. (rischio in astratto****) e il rischio assicurabile, nell'assicurazione contro i danni, è quello che ha ad oggetto* ***un evento futuro, possibile, incerto, oggettivamente esistente e non artificialmente creato, derivante da causa non voluta pregiudizievole per l'assicurato.***

*Dunque, se le parti hanno la facoltà di assicurare qualsiasi tipo di rischio, non hanno, invece, la facoltà di definire "sinistro" un evento che non costituisca avveramento del rischio assicurato, e sia privo dei caratteri di quello, ovvero non volizione e dannosità (altrimenti, nulla più distinguerebbe un'assicurazione da una scommessa). Un patto di tal genere sarebbe nullo se concluso da un'impresa di assicurazione, la quale ha l'obbligo di limitare la propria attività alla stipula di contratti assicurativi del D.Lgs. n. 209 del 2005, ex art. 11, comma 2, salve le eccezioni previste dalla legge, tra le quali non rientra di certo la raccolta di scommesse.*

*Analogamente, nell'assicurazione della responsabilità civile, che costituisce un sottotipo dell'assicurazione danni, la definizione di cui all'art. 1917 c.c., comma 1, consente di affermare che il* ***rischio in astratto è l'impoverimento dell'assicurato****, mentre* ***il rischio in concreto (o sinistro) è la causazione, da parte dell'assicurato, di un danno a terzi del quale debba rispondere.***

*Le parti di un contratto di assicurazione della responsabilità civile non potrebbero quindi pattuire che il sinistro, ovvero il rischio avverato, possa consistere in* ***un fatto diverso dalla commissione di un illecito aquiliano da parte dell'assicurato.*** *Il rischio si avvera con il fatto illecito, perchè è questo che fa sorgere l'obbligazione risarcitoria di cui si intende traslare il rischio stesso e non già con la richiesta risarcitoria.*

*Se ciò avvenisse e se si ritenesse valida la clausola che qualifica "sinistro" la richiesta risarcitoria del terzo, si verificherebbero "sei conseguenze talmente paradossali, da risultare inaccettabili a qualsiasi ordinamento civile", e precisamente: a)* ***si farebbe dipendere l'obbligazione dell'assicuratore da un evento non dannoso, in deroga a quanto stabilito dall'art. 1882 c.****c.; b) si farebbe dipendere l'obbligazione dell'assicuratore "dall'avverarsi di un evento al cui avverarsi l'assicurato non ha un interesse contrario", in deroga a quanto stabilito dall'art. 1882 c.c.; c****) si renderebbe impossibile l'adempimento dell'obbligo di salvataggio, di cui all'art. 1914 c.c., atteso che per adempiere tale obbligo l'assicurato dovrebbe rendersi irreperibile alle richieste del terzo, ovvero non accettare le raccomandate o le notificazioni da questo speditegli;*** *d) l'assicurato non potrebbe mai avere nessuna copertura nell'ipotesi di assicurazione della responsabilità civile per conto altrui (art. 1891 c.c.; ad esempio quella stipulata dal datore di lavoro a beneficio dei dipendenti), perchè il contraente che avanzasse una richiesta di risarcimento porrebbe in essere un atto volontario, e quindi doloso, la cui copertura è esclusa dall'art. 1900 c.c.; e) si perverrebbe all'assurdo che anche una richiesta infondata costituirebbe un "sinistro", e farebbe scattare per l'assicuratore il diritto di recesso; f) nel caso di morte dell'assicurato, cesserebbe il rischio ex art. 1896 c.c. e si scioglierebbe il contratto, e gli eredi dell'assicurato che avesse commesso un danno sarebbero sempre e comunque privi della copertura assicurativa.*

***11.2. - Il secondo "principio" è così enunciato****: "Nell'assicurazione della responsabilità civile deve ritenersi sempre e comunque immeritevole di tutela, ai sensi dell'art. 1322 c.c., la clausola la quale stabilisca la spettanza, la misura ed i limiti dell'indennizzo non già in base alle condizioni contrattuali vigenti al momento in cui l'assicurato ha causato il danno, ma in base alle condizioni contrattuali vigenti al momento in cui il terzo danneggiato ha chiesto all'assicurato di essere risarcito".*

*La meritevolezza di cui all'art. 1322 c.c. - argomenta il Collegio rimettente - non si esaurisce nella liceità del* ***contratto, del suo oggetto o della sua causa****. Essa è, piuttosto, un giudizio che investe non* ***il contratto in sè, ma il risultato con esso perseguito****, e tale risultato dovrà dirsi immeritevole quando sia contrario alla coscienza civile, alla economia, al buon costume o all'ordine pubblico, ossia ai principi di solidarietà, parità e non prevaricazione che il nostro ordinamento pone a fondamento dei rapporti privati.*

*Il "diritto vivente" ha ravvisato l'immeritevolezza di contratti o patti con lo scopo di: a) attribuire ad una delle parti un vantaggio ingiusto e sproporzionato, senza contropartita per l'altra (Cass. n. 19559 del 2015 e Cass. n. 22950 del 2015); b) porre una delle parti in una posizione di indeterminata soggezione rispetto all'altra (Cass. n. 9975 del 1995, Cass. n. 1898 del 2000, Cass. n. 12454 del 2009, Cass. n. 3080 del 2013 e Cass. n. 4222 del 2017); c) costringere una delle parti a tenere condotte contrastanti coi superiori doveri di solidarietà costituzionalmente imposti (Cass. n. 14343 del 2009).*

*Dunque, la claims made, "nella parte in cui esclude il diritto dell'assicurato all'indennizzo quando la richiesta di risarcimento gli pervenga dal terzo dopo la scadenza del contratto", è immeritevole sotto tutti e tre gli anzidetti profili, in quanto: 1) procura all'assicuratore un ingiusto vantaggio senza contropartita, poichè esclude dalla copertura i sinistri verificatisi in prossimità della scadenza della polizza e che verosimilmente verranno denunciati all'assicurato dopo la scadenza, determinando così uno iato tra il tempo per il quale è stata stipulata l'assicurazione (e pagato il premio) e il tempo nel quale può avverarsi il rischio; 2) pone l'assicurato in una posizione di soggezione rispetto al danneggiato, che può liberamente decidere il momento in cui inoltrare all'assicurato la richiesta di risarcimento, momento che potrebbe cadere dopo la scadenza della polizza (e ciò comporterebbe due conseguenze paradossali: a) l'interesse dell'assicurato a ricevere prontamente la richiesta di risarcimento, in contrasto col principio desumile dall'art. 1904 c.c.; b) l'aporia in forza della quale l'assicurato che tace e aspetta la richiesta perde la copertura, ma se si attiva e sollecita il danneggiato, viola l'obbligo di salvataggio ex art. 1915 c.c.); 3) se l'assicurato adempisse spontaneamente all'obbligazione risarcitoria, secondo correttezza e buona fede, mancherebbe una richiesta di risarcimento fatta dal danneggiato e di conseguenza l'assicuratore potrebbe anche rifiutare l'indennizzo.*

***12. - Reputa questa Corte, a Sezioni Unite, che agli interrogativi posti dall'ordinanza interlocutoria occorra dare una risposta unitaria****, che affronti e risolva direttamente la problematica di fondo che gli stessi, pur evocando aspetti apparentemente diversi, mettono al centro del discorso giuridico, ossia quella che, a partire dal profilo della meritevolezza degli interessi coinvolti, investe il piano della validità delle clausole "claims made".*

*Una problematica, dunque, da esaminare anzitutto in ragione dell'astratto declinarsi di un siffatto meccanismo assicurativo, sia pure tenendo conto delle variabili operative in precedenza ricordate.*

*12.1. - Il percorso decisionale non è pregiudicato, nè comunque ingessato, nella scelta, tra più opzioni possibili, della soluzione interpretativa da preferire, dalla sentenza n. 4912 del 2 marzo 2018, nel frattempo intervenuta in controversia tra le medesime parti del presente giudizio, sorta a seguito dello stesso fatto illecito di danno (sebbene con conseguenze dannose differenti) e vertente su azione di manleva, proposta dalla Manitowoc s.r.l. nei confronti della Allianz S.p.A., in forza delle polizze assicurative anche in questa sede dedotte, con la distinzione, però, della presenza (in quel giudizio) di un'appendice alla seconda polizza (quella distinta dal n. (OMISSIS)), contenente una clausola del tipo "loss occurence".*

*Circostanza, quest'ultima, che, unitamente al rilievo per cui la ratio decidendi della sentenza n. 4912 (che sorregge l'esito della cassazione con rinvio della sentenza ivi impugnata) rinviene il proprio antecedente logico necessario non già nella presupposta qualificazione giuridica dei contratti di assicurazione inter partes, bensì nei ritenuti meccanismi pratici di operatività delle stipulate polizze in collegamento tra loro, porta ad escludere che, nella specie, detta pronuncia possa configurarsi come giudicato esterno. Giudicato che, altrimenti, avrebbe impedito il più ampio margine di esercizio dei compiti che il R.D. n. 12 del 1941, art. 65 assegna a questa Corte Suprema.*

*Dunque, la vitalità dello spazio così interamente conservato alla funzione nomofilattica consente di esercitare quest'ultima in modo armonico rispetto alla sua specifica vocazione di costituire in precedente orientativo il principio di diritto che si andrà ad enunciare.*

*13. - Il delineato contesto induce il Collegio a privilegiare un'impostazione di metodo che fa muovere l'ermeneusi dall'analisi di una complessità già risolta sul piano del diritto positivo di più recente conio - seppure esso si collochi in un momento successivo ai fatti generatori della controversia in esame -, per poi trarne un risultato capace, insieme ad altri elementi convergenti, di alimentare l'argomentazione giuridica sino a condurla nel porto della regula (o delle regulae) iuris da somministrare anche nel presente caso concreto.*

*13.1. - L'intervento del legislatore nazionale innanzi illustrato (p. 10), in sostanziale consonanza con la regolamentazione di settore presente in altri ordinamenti di comune cultura giuridica, illumina il "fenomeno" delle clausole claims made (complessivamente inteso, nelle varie formulazioni in cui si manifesta) con una luce retrospettiva, che ne consente una lettura disancorata dal mero dato diacronico costituito dal momento di emanazione delle disposizioni dettate dalla fonte formale di rango primario (L. n. 24 del 2017, art. 11; D.L. n. 138 del 2011, art. 3, comma 5, convertito, con modificazioni, dalla L. n. 148 del 2011 e novellato dalla L. n. 124 del 2017, art. 1, comma 26) o da quella espressamente abilitata a normare (D.M. 22 settembre 2016, art. 2), giacchè il diritto legislativo (o di immediata derivazione) ha recuperato nel substrato della realtà materiale socio-economica una regolamentazione giuridica pattizia già diffusa nel settore assicurativo.*

*La legge, dunque, nell'imporre l'adozione di "idonea" assicurazione per la responsabilità civile sanitaria e dei professionisti in genere, ha individuato, tra le coordinate di base, inderogabili in pejus, della disciplina del relativo contratto, il modello della clausola claims made, seppure con le modulazioni e le varianti di cui innanzi si è detto.*

*Nel porsi, dunque, sul piano astratto della standardizzazione del contenuto contrattuale di ciò che, espressamente, è qualificata come assicurazione della responsabilità civile e, quindi, riannodandosi alla fattispecie di cui all'art. 1917 c.c., che, a sua volta, è modello innestato nel corpo del tipo dell'assicurazione contro i danni (artt. 1882,1904 e 1918 c.c.),* ***il legislatore ha in tal modo evidenziato che, nello spazio concesso dalla derogabilità (art. 1932 c.c.) del sotto-tipo delineato dal primo comma del citato art. 1917 (ossia dello schema improntato al loss occurence o all'act committed), ben si colloca, e non da ora soltanto, il modello claims made****, da accettarsi, dunque, nell'area della tipicità legale e di quella stessa del codice del 1942, nel suo più ampio delinearsi come* ***assicurazione contro i danni,*** *rifluendo nell'alveo proprio dell'esercizio dell'attività assicurativa (secondo il combinato disposto del D.Lgs. n. 209 del 2005, art. 2, comma 3, nn. 13 e 11, comma 2 e art. 11).*

*E ciò, ovviamente, è conclusione che si fa apprezzare non solo in riferimento al settore sanitario e delle professioni, ma in linea più generale, perchè quella standardizzazione attiene anzitutto al meccanismo di base di operatività della claims made, comune, dunque, agli altri campi di elezione in cui detto modello si trova ad essere praticato, in quanto aggregati, e giustificati, dalla medesima logica assicurativa, ossia quella della copertura dai rischi per danni da eziologia incerta e/o caratterizzati da una lungolatenza.*

*14. - La chiave interpretativa fornita dal diritto positivo vigente non solo consente una lettura, di per sè, concludente del "fenomeno" in esame, ma, al tempo stesso, esalta ulteriori virtualità ermeneutiche, già sperimentabili nel contesto soltanto codicistico e in nuce presenti nella stessa sentenza n. 9140 del 2016 di queste Sezioni Unite, ma, in parte, predicate anche dall'ordinanza interlocutoria n. 1465 del 2018.*

*14.1. - Non si dubita, infatti, che nell'assicurazione contro i danni (art. 1882 c.c.) la garanzia riguardi il danno "prodotto da un sinistro" e che, quest'ultimo, alla stregua del linguaggio giuridico fatto proprio dal "diritto vivente" (a prescindere, quindi, dalla anfibologia del linguaggio della prassi assicurativa), è da ravvisarsi* ***nel fatto, materiale e storico*** *(o come, si esprime l'art. 1917 c.c. il "fatto accaduto"), idoneo a provocare il danno.*

*Tuttavia, proprio perchè il danno rappresenta l'ubi consistam dell'interesse dell'assicurato a stipulare il contratto, altrimenti* ***nullo in assenza di esso (richiamando l'art. 1904*** *c.c., per l'appunto, l'interesse al "risarcimento del danno" e venendo, dunque, a configurare la c.d. "causa indennitaria" del tipo assicurativo in esame), occorre centrare l'attenzione proprio su quest'ultimo fattore, che integra il rischio assicurabile, la cui incertezza deve permanere intatta sino al momento di inizio dell'assicurazione,* ***come incertezza - nel caso della assicurazione della responsabilità civile - sull'impoverimento del patrimonio del danneggiante-assicurato, quale conseguenza del relativo fatto generatore (ossia il sinistro).***

*Ciò che, del resto, segna anche la diversa portata che il* ***binomio sinistro/danno*** *assume nell'assicurazione contro i danni per la perdita o il danneggiamento di cose rispetto a quella che garantisce il patrimonio dalla responsabilità civile, là dove solo nel primo caso detto binomio palesa una inscindibilità, intrinseca, tra i due termini, essendo proprio e soltanto* ***l'evento a determinare il danno da cui scatta l'obbligo di indennizzo.***

*14.2. - In questa prospettiva è da assumersi l'approdo nomofilattico della citata sentenza n. 9140 del 2016 sulla assicurabilità dei rischi pregressi, là dove si pone in risalto, segnatamente, che "il rischio dell'aggressione del patrimonio dell'assicurato in dipendenza di un sinistro verificatosi nel periodo contemplato dalla polizza si concretizza progressivamente,* ***perchè esso non si esaurisce nella sola condotta materiale, cui pur è riconducibile causalmente il danno, occorrendo anche la manifestazione del danneggiato di esercitare il diritto al risarcimento".***

*Sicchè, la liceità della claims made con "garanzia pregressa" si apprezza "perchè afferisce a un solo elemento del rischio garantito, la condotta colposa posta già in essere e peraltro ignorata, restando invece impregiudicata l'alea dell'avveramento progressivo degli altri elementi costitutivi dell'impoverimento patrimoniale del danneggiante-assicurato".*

*14.3. - Ove, poi, si riconduca ancora nell'area del concetto di rischio assicurabile l'argomentazione giuridica, le conclusioni anzidette trovano ulteriore conforto in quel successivo passaggio della sentenza in cui la clausola claims made (seppure con uno sguardo incentrato su quella "impura", ma in base ad assunti già spesi in linea più generale) è vista in termini di delimitazione dell'oggetto del contratto (con conseguente esclusione, quindi, della natura vessatoria della clausola ai sensi dell'art. 1341 c.c., in quanto non limitativa della responsabilità: approdo, questo, di un'interpretazione nomofilattica che va anche qui ribadito), correlandosi l'insorgenza dell'indennizzo, e specularmente dell'obbligo di manleva,* ***alla combinata ricorrenza della condotta del danneggiante (la vicenda storica determinativa delle "conseguenze patrimoniali" di cui "l'assicurato intende traslare il rischio": cioè, del "danno") e della richiesta del danneggiato****.*

***14.4. - Se così è, l'ambito delineato risulta allora consentaneo ad una deroga convenzionale, abilitata dall'art. 1932 c.c., alla disciplina del modello di assicurazione della responsabilità civile (o sotto-tipo) di cui all'art. 1917 c.c., comma 1 senza che ciò comporti una deviazione strutturale della fattispecie negoziale tale da estraniarla dal tipo,*** *nel contesto del più ampio genus dell'assicurazione contro i danni (art. 1904 c.c.), della cui causa indennitaria la clausola claims made è pienamente partecipe.*

*14.5. - La già ricordata scelta legislativa di questi ultimi tempi lo conferma, avendo portato ad emersione quella circolarità tra impianto codicistico e micro-sistema speciale che, nella evidenziata saldatura tra i due ambiti, esprime una forza ordinante particolarmente efficace, consentendo anche una simbiosi di categorie e rimedi.*

***15. - La prima conseguenza di un tale esito ermeneutico è quella del superamento di un giudizio improntato alla logica propria della "meritevolezza", siccome ancorata al presupposto della atipicità contrattuale (art. 1322 c.c., comma 2)*** *e, quindi, frutto di una autonomia privata che, in quel determinato e peculiare esercizio, sebbene abbia già trovato riconoscimento nella realtà socio-economica, non ancora rinviene il proprio referente nel "tipo" prefigurato dalla legge.*

*Là dove, poi, quest'ultima, la legge, non può evidentemente soggiacere, in quanto tale, al test anzidetto, bensì solo ad una verifica (ove ritenuta rilevante e con un fumus di consistenza) di rispondenza ai parametri recati dalla sua* ***fonte di validazione, ossia quelli costituzionali.***

***16. - Rimane, però, vivo e vitale il test su come la libera determinazione del contenuto contrattuale, tramite la scelta del modello claims made, rispetti, anzitutto, i "limiti imposti dalla legge",*** *che il primo comma dell'art. 1322 c.c. postula per ogni intervento conformativo sul contratto inerente al tipo, in ragione del suo farsi concreto regolamento dell'assetto di interessi perseguiti dai paciscenti, secondo quella che suole definirsi "causa in concreto" del negozio.*

*Ed è un test che non prescinde, però, dalla stessa tensione ispiratrice dello scrutinio di meritevolezza di cui al capoverso del citato art. 1322 c.c. e che guarda - come questa Corte ha in più di un'occasione evidenziato (tra le altre, Cass., 1 aprile 2011, n. 7557; Cass., 10 novembre 2015, n. 22950; Cass., S.U., 17 febbraio 2017, n. 4224) -* ***alla complessità dell'ordinamento giuridico, da assumersi attraverso lo spettro delle norme costituzionali, in sinergia con quelle sovranazionali (nel loro porsi come vincolo cogente: art. 117 Cost., comma 1) e segnatamente delle Carte dei diritti****, le* ***quali norme non imprimono all'autonomia privata una specifica ed estraniante funzionalizzazione, bensì ne favoriscono l'esercizio, ma non già in conflitto con la dignità della persona e l'utilità sociale (artt. 2 e 41 Cost.), operando, dunque, in una prospettiva promozionale e di tutela.***

*17. - In tale contesto, quindi, si rende opportuna un'indagine a più ampio spettro, che non si arresti alla sola* ***conformazione genetica del contratto assicurativo, ma ne investa anche il momento precedente alla sua conclusione e quello relativo all'attuazione del rapporto.***

*Si tratta, del resto, di un territorio esplorato anche dalla menzionata sentenza n. 9140 del 2016 di queste Sezioni Unite, che, sebbene proprio nell'ottica del giudizio di meritevolezza dell'esercizio dell'autonomia privata, ha, comunque, messo in risalto varie criticità come l'asimmetria della posizione delle parti ovvero, per certi rapporti, l'operatività di un meccanismo penalizzante all'esordio e allo scadere della garanzia contrattuale, tale da determinare "buchi di copertura" assicurativa -, le quali non evaporano per il solo fatto che quel giudizio più non si imponga come tale.*

***18. - Sul piano della fase prodromica alla*** *conclusione del contratto secondo il modello della claims made, gli obblighi informativi sul relativo contenuto devono essere assolti dall'impresa assicurativa o dai suoi intermediari in modo trasparente e mirato alla tutela effettiva dell'altro contraente, nell'ottica di far conseguire all'assicurato una copertura assicurativa il più possibile aderente alle sue esigenze.*

*E tanto si imponeva (Cass., 24 aprile 2015, n. 8412) ben prima della posizione delle regole specificamente dettate dalle disposizioni del codice delle assicurazioni private di cui al D.Lgs. n. 209 del 2005 (tra le altre, artt. 120, 166, 183-187), essendo già scolpita nel sistema più generale la necessità che, nella fase precontrattuale, il contatto tra le parti, in quanto qualificato dall'affidamento reciproco e dallo scopo perseguito, sia improntato, alla stregua del formante normativo di cui agli artt. 1175 e 1375 c.c. e art. 2 Cost., al rispetto degli obblighi di buona fede, di protezione e di informazione (Cass., 12 luglio 2016, n. 14188), che, nella specie (e, segnatamente, quelli informativi), devono tendere alla trasparenza ottimale dei contenuti negoziali predisposti, così da consentire alla controparte di rappresentarsi al meglio portata e convenienza degli effetti contrattuali.*

***18.1. - La violazione di tali obblighi nella fase precontrattuale (artt. 1337 e 1338 c.c.) potrà assumere rilievo anche in ipotesi di contratto validamente concluso,*** *allorquando si accerti che la parte onerata abbia omesso, nella fase delle trattative, informazioni rilevanti che avrebbero altrimenti, con un giudizio probabilistico, indotto ad una diversa conformazione del contratto stesso (Cass., 23 marzo 2016, n. 5762).*

*Tanto a prescindere dalla eventualità stessa che la condotta scorretta abbia potuto dar luogo ad un* ***vizio del consenso (art. 1427 c.c.),*** *con tutte le relative conseguenze anche in termini di annullabilità del contratto ovvero di ristoro dei danni nell'ipotesi di dolo incidente (art. 1440 c.c.).*

*Sicchè, il rimedio risarcitorio al quale potrà aspirare il contraente pregiudicato (nell'ottica, che va ribadita, della se****parazione tra regole di condotta, che attengono alla dinamica del rapporto, e regole di validità o di struttur****a, come delineata da Cass., sez. un., 19 dicembre 2007, n. 26724 e ripresa anche dalla citata sentenza n. 9140 del 2016) dovrà essere in grado di far conseguire ad esso un effettivo ristoro del danno patito, commisurabile all'entità delle utilità che avrebbe potuto ottenere in base al contratto correttamente concluso.*

*19. - La stipulazione del contratto di assicurazione della responsabilità civile "on claims made basis" introduce, poi, l'indagine* ***sul contenuto negoziale.***

*19.1. - Sotto questo profilo, non può escludersi, anzitutto, che, all'esito dell'interpretazione rimessa al giudice del merito e da condursi secondo i criteri legali (tra cui quello del comportamento delle parti che precede la genesi del vincolo contrattuale: art. 1362 c.c., comma 2), si possa giungere a riconoscere* ***un'implementazione del regolamento negoziale ad opera di quelle prestazioni oggetto di informativa precontrattuale, inclini a modulare un adeguato assetto degli interessi dell'operazione economica, che non abbiano poi trovato puntuale e congruente riscontro nel contratto assicurativo concluso.***

*19.2. - E l'ottica di* ***adeguatezza del contratto agli interessi in concreto avuti di mira dai paciscenti*** *è proprio quella che costituisce il fulcro dell'indagine in esame, che veicola, per l'appunto, una verifica di idoneità del regolamento effettivamente pattuito rispetto all'anzidetto obiettivo.*

*Verifica che transita attraverso la portata che* ***assume la c.d. "causa concreta" del contratto****, ossia quella che ne rappresenta lo scopo pratico, la sintesi, cioè, degli interessi che lo stesso negozio è concretamente diretto a realizzare, quale funzione individuale della singola e specifica negoziazione, al di là* ***del modello astratto utilizzato*** *(per tutte, Cass., 8 maggio 2006, n. 10490).*

*19.3. - E' evidente che si tratta di una verifica condizionata dalle circostanze del caso concreto, ma essa trova già su un piano di generica astrazione le proprie coordinate, selezionate, a loro volta, dalla diversità della tipologia dei rapporti assicurativi, rispetto ai quali la risposta in termini di tutela non potrà che essere diversificata.*

***Con la precisazione, che sin d'ora si rende opportuna, che - come ricordato dalla sentenza n. 9140 del 2016 - rimane soltanto residuale la possibilità di avvalersi della tutela consumeristica somministrata dal D.Lgs. n. 206 del 2005, art. 36 (in ragione del "significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto" presidiato da una nullità di protezione), giacchè riservata alle persone fisiche che concludono un contratto per la soddisfazione di esigenze della vita quotidiana estranee all'attività imprenditoriale o professionale eventualmente esercitata (tra le molte, Cass., 23 settembre 2013, n. 21763; Cass., 12 marzo 2014, n. 5705), ossia ai settori cui, in modo quasi assorbente, il mercato assicurativo "claims made" è rivolto.***

*19.4. - Sicchè, ove venga in rilievo l'assicurazione della responsabilità civile sanitaria e dei professionisti, la legge (speciale) come si è evidenziato nel precedente p. 10 - ne detta ora, in regime di obbligatorietà, le coordinate di base, inderogabili in pejus, individuando in esse non solo il substrato del modello negoziale "meritevole", ma, con ciò, la stessa "idoneità" del prodotto assicurativo a salvaguardare gli interessi che entrano nel contratto, ai quali non è estraneo quello, di natura superindividuale, di una corretta allocazione dei costi sociali dell'illecito, che sarebbe frustrata ove il terzo danneggiato non potesse essere risarcito del pregiudizio patito a motivo dell'incapienza patrimoniale del danneggiante, siccome, quest'ultimo, privo di "idonea" assicurazione.*

*In tal prospettiva, la disciplina legislativa si colloca ancora sul piano astratto della standardizzazione del contenuto contrattuale che salvaguardia la garanzia minima per evitare i c.d. "buchi di copertura", là dove, però, come del resto impone lo stesso codice delle assicurazioni - tramite il D.Lgs. n. 209 del 2005, art. 183, comma 2, che è norma comunque ricognitiva di un obbligo già inscritto nel principio più generale della condotta improntata a buona fede e correttezza -, il prodotto assicurativo offerto deve comunque adeguarsi alle esigenze dell'assicurato.*

*Sicchè rimane intatta, per l'appunto, l'indagine sulla causa concreta del contratto, che spazia dalla verifica di sussistenza stessa (ossia della adeguatezza rispetto agli interessi coinvolti) a quella di liceità (intesa come lesione di interessi delle parti tutelati dall'ordinamento).*

*19.5. - In quest'ottica, l'analisi dell'assetto sinallagmatico del contratto assicurativo rappresenta un veicolo utile per apprezzare se, effettivamente,* ***ne sia realizzata la funzione pratica, quale assicurazione adeguata allo scopo (tale da superare le criticità innanzi ricordate: p****. 17),* ***là dove l'emersione di un disequilibrio palese di detto assetto si presta ad essere interpretato come sintomo di carenza della causa in concreto dell'operazione economica.***

*Ciò in quanto, come già affermato da questa Corte, la* ***determinazione del premio di polizza*** *assume valore determinante ai fini dell'individuazione del tipo e del limite del rischio assicurato, onde possa reputarsi in concreto rispettato l'equilibrio sinallagmatico tra le reciproche prestazioni (Cass., 30 aprile 2010, n. 10596; ma, in forza di analoga prospettiva, anche Cass., S.U., 28 febbraio 2007, n. 4631).*

***Non è, dunque, questione di garantire, e sindacare perciò, l'equilibrio economico delle prestazioni, che è profilo rimesso esclusivamente all'autonomia contrattuale, ma occorre indagare, con la lente del principio di buona fede contrattuale, se lo scopo pratico del regolamento negoziale "on claims made basis" presenti un arbitrario squilibrio giuridico tra rischio assicurato e premio, giacchè, nel contratto di assicurazioni contro i danni, la corrispettività si fonda in base ad una relazione oggettiva e coerente con il rischio assicurato, attraverso criteri di calcolo attuariale.***

*Del resto, una significativa chiave interpretativa in tal senso è fornita dal considerando n. 19 della direttiva 93/13/CEE, che, sebbene abbia riguardo specificamente alla tutela del consumatore, esprime, tuttavia, un principio di carattere più generale, che trae linfa proprio dall'anzidetta relazione oggettiva rischio/premio, sterilizzando la valutazione di abusività della clausola di delimitazione del rischio assicurativo e dell'impegno dell'assicuratore "qualora i limiti in questione siano presi in considerazione nel calcolo del premio pagato dal consumatore".*

*19.6. - Il regolamento contrattuale dovrà, quindi, modularsi, nell'assicurazione della responsabilità professionale, anzitutto* ***in ragione della disciplina legale di*** *base, che esprime un carattere imperativo, per essere non solo inderogabile in pejus, ma posta a tutela di interessi anche di natura pubblicistica, ossia la tutela del terzo danneggiato, che disvela il valore sociale dell'assicurazione.*

*Ne deriva che lo iato tra il primo e la seconda (per aver la stipulazione ignorato e/o violato quanto dalla legge disposto, come esito al quale può approdarsi alla luce, soprattutto (ma non solo), dell'indagine sull'equilibrio sinallagmatico anzidetto) comporterà la nullità del contratto, ai sensi dell'art. 1418 c.c..*

*A tanto il giudice potrà porre rimedio, per garantire l'equo contemperamento degli interessi delle parti e prevenire o reprimere l'abuso del diritto (Cass., S.U., n. 9140 del 2016, citata),* ***in forza della norma di cui all'art. 1419 c.c., comma 2 così da integrare lo statuto negoziale (non già tramite il modello della c.d. loss occurence di cui all'art. 1917 c.c., comma 1, bensì) attingendo quanto necessario per ripristinare in modo coerente l'equilibrio dell'assetto vulnerato dalle indicazioni reperibili dalla stessa regolamentazione legislativa.***

***Regolamentazione che, per la sua imperatività, viene a somministrare delle "regole di struttura", siccome orientate a rendere il contratto idoneo allo scopo, tenuto conto anzitutto delle esigenze dell'assicurato, oltre che delle ricordate istanze sociali.***

*Con la precisazione che la* ***stessa legge di settore presenta, come si è visto, multiformi calibrature****, modellando l'assicurazione "claims made" secondo varianti peculiari (ad es., la deeming clause e/o la sunset clause) anche tra loro interagenti, così da mostrare una significativa elasticità di adattamento rispetto alla concretezza degli interessi da soddisfare.*

*19.7. - Nondimeno, l'obbligo di adeguatezza del contratto assicurativo, come detto (con il richiamo alla citata Cass. n. 8412 del 2015) già presente nell'ordinamento in forza del principio di buona fede e correttezza (art. 1375 c.c. e art. 2 Cost.) prima ancora che fosse esplicitato dalla legislazione speciale (il D.Lgs. n. 209 del 2005, citato art. 183, comma 2), consente, fin dove reso possibile dall'operare coerente del meccanismo della nullità parziale ex art. 1419 c.c., comma 2, l'osmosi dei rimedi innanzi illustrati anche nel contesto di rapporti assicurativi sorti prima dell'affermarsi del regime di obbligatorietà dell'assicurazione della responsabilità civile professionale.*

*19.8. - Del pari, la giuridica esigenza che il contratto assicurativo sia adeguato allo scopo pratico perseguito dai paciscenti (secondo quanto messo in risalto nei p.p. che precedono) sarà criterio guida nell'interpretazione della stipulazione intercorsa al fine di garantire l'assicurato dalla responsabilità civile anche in settori diversi da quello sanitario o professionale e, segnatamente, in quelli che postulano l'esigenza di una copertura dai rischi per danni da eziologia incerta e/o caratterizzati da una lungolatenza.*

*20. -* ***Quanto, infine, alla fase dinamica del rapporto assicurativo*** *"on claims made basis", si colloca su un piano di assoluta criticità come del resto fatto palese, in guisa di ricognizione della prassi esistente, dalla normativa di settore innanzi richiamata (p. 10) - la clausola che attribuisce all'assicuratore la facoltà di recesso dal contratto al verificarsi del sinistro compreso nei rischi assicurati, la cui abusività si rivela tale in ragione della frustrazione dell'alea del contratto, che si viene a parametrare sul termine ultimo di durata della copertura assicurativa, rispetto alla quale i premi stessi sono calcolati e corrisposti.*

*Di qui, il vulnus destrutturante la funzionalità del contratto, non emendabile con la liberazione dell'assicurato dal versamento della parte dei premi residui.*

*21. - Può, dunque, enunciarsi il seguente principio di diritto:*

*"Il modello dell'assicurazione della responsabilità civile con clausole "on claims made basis", che è volto ad indennizzare il rischio dell'impoverimento del patrimonio dell'assicurato pur sempre a seguito di un sinistro, inteso come accadimento materiale, è partecipe del tipo dell'assicurazione contro i danni, quale deroga consentita all'art. 1917 c.c., comma 1 non incidendo sulla funzione assicurativa il meccanismo di operatività della polizza legato alla richiesta risarcitoria del terzo danneggiato comunicata all'assicuratore. Ne consegue che, rispetto al singolo contratto di assicurazione,* ***non si impone un test di meritevolezza degli interessi perseguiti dalle parti, ai sensi dell'art. 1322 c.c., comma 2, ma la tutela invocabile dal contraente assicurato può investire, in termini di effettività, diversi piani, dalla fase che precede la conclusione del contratto sino a quella dell'attuazione del rapporto, con attivazione dei rimedi pertinenti ai profili implicati, ossia (esemplificando)****: responsabilità risarcitoria precontrattuale anche nel caso di contratto concluso a condizioni svantaggiose; nullità, anche parziale, del contratto per difetto di causa in concreto, con conformazione secondo le congruenti indicazioni di legge o, comunque, secondo il principio dell'adeguatezza del contratto assicurativo allo scopo pratico perseguito dai contraenti; conformazione del rapporto in caso di clausola abusiva (come quella di recesso in caso di denuncia di sinistro)". Omissis…*

**D. PARTE QUARTA: GIUDIZIO DI MERITEVOLEZZA**

**Giurisprudenza**

**1. Giudizio di meritevolezza e principi costituzionali in generale:** **Cass. civ., sez. III, 19 gennaio 2018, n. 1465.**

**Nota. *Si tratta della sentenza che ha nuovamente rimesso all’esame delle Sezioni unite la questione delle clausole claims made, poi decisa con la sentenza riportata nel precedente punto. Per queste ragioni ho riportato solo la parte che segue perché è quella in cui si tratta del giudizio di meritevolezza.***

*Omissis.*

***8.4. La "meritevolezza" di cui all'art. 1322 c.c., comma 2, non si esaurisce nella liceità del contratto, del suo oggetto o della sua causa.*** *Secondo la Relazione al Codice civile,* ***la meritevolezza è un giudizio (non un requisito del contratto, come erroneamente sostenuto da parte della dottrina), e deve investire non il contratto in sè, ma il risultato con esso perseguito.***

*Tale risultato dovrà dirsi immeritevole quando sia contrario alla coscienza civile, all'economia, al buon costume od all'ordine pubblico (così la Relazione al Codice, p. 603, 2^ capoverso). Principio che, se pur anteriore alla promulgazione della Carta costituzionale, è stato da questa ripreso e consacrato nell'art. 2 Cost., secondo periodo; art. 4 Cost., comma 2, e art. 41 Cost., comma 2.*

*Affinchè dunque un patto atipico possa dirsi "immeritevole", ai sensi dell'art. 1322 c.c., non è necessario che contrasti con norme positive: in tale ipotesi sarebbe infatti di per sè nullo ai sensi dell'art. 1418 c.c..* ***L'immeritevolezza discenderà invece dalla contrarietà (non del patto, ma) del risultato che il patto atipico intende perseguire con i principi di solidarietà, parità e non prevaricazione che il nostro ordinamento pone a fondamento dei rapporti privati****. Il giudizio di immeritevolezza, in definitiva, non costituisce che una parafrasi moderna del secolare ammonimento di Paolo nei Libri 62^ ad edictum, ovvero non omne quod licet, honestum est (Dig., 50, 17^, 144).*

*8.5. Questa Corte, pur evitando definizioni generali della nozione di "immeritevolezza", in passato ha più volte implicitamente affermato i principi appena esposti.*

***E' stata ritenuta "immeritevole" la clausola, inserita in una concessione di derivazione di acque pubbliche, che imponeva al concessionario il pagamento del canone anche nel caso di mancata fruizione della derivazione per fatto imputabile alla p.a. concedente, per contrarietà al principio di cui all'art. 41 Cost., comma 2. (Sez. U, Sentenza n. 4222 del 17/02/2017).***

***Immeritevole è stato ritenuto il contratto finanziario che addossava alla banca vantaggi certi e garantiti, ed al risparmiatore non garantiva alcuna certa prospettiva di lucro*** *(è la nota vicenda del contratto "(OMISSIS)", che prevedeva l'acquisto di prodotti finanziari, emessi da una banca, mediante un mutuo erogato dalla stessa banca, e poi costituiti in pegno a garanzia del mancato rimborso del finanziamento: ex aliis, in tal senso, Sez. 1, Sentenza n. 22950 del 10/11/2015; per una vicenda analoga ed una analoga statuizione, relativa al contratto finanziario denominato "(OMISSIS)", si veda altresì Sez. 6 - 3, Ordinanza n. 19559 del 30/09/2015).*

***Immeritevole, altresì, è stato ritenuto il contratto atipico stipulato tra farmacisti, in virtù del quale gli aderenti si obbligavano a non aprire al pubblico il proprio esercizio commerciale nel giorno di sabato, in quanto contrastante con la "effettiva realizzazione di un assetto concorrenziale del mercato"*** *(Sez. 3, Sentenza n. 3080 del 08/02/2013).*

*Immeritevole, ancora, è stata ritenuta la clausola, inserita in un mutuo di scopo per l'acquisto d'un bene mobile, che obbligava il mutuante al pagamento delle rate persino nel caso di mancata consegna del bene da parte del venditore (Sez. 3, Sentenza n. 12454 del 19/07/2012).*

***Immeritevole, poi, è stata ritenuta la clausola contrattuale che vietava al conduttore di ospitare stabilmente persone non appartenenti al suo nucleo familiare****, in quanto contrastante coi doveri di solidarietà (Sez. 3, Sentenza n. 14343 del 19/06/2009).*

*Immeritevole, altresì, è stato ritenuto il contratto fiduciario in virtù del quale ad una banca, presso cui il cliente aveva depositato somme di denaro su un libretto di risparmio ed aperto un conto corrente, di compensare l'attivo del primo con il passivo del secondo (Sez. 1, Sentenza n. 1898 del 19/02/2000).*

*Immeritevole, ancora, è stato ritenuto il patto parasociale in virtù del quale i soci firmatari si obbligavano, in occasione delle deliberazioni assembleari di nomina degli amministratori e dei sindaci, a votare in conformità alle indicazioni formulate da uno di essi (Sez. 1, Sentenza n. 9975 del 20/09/1995).*

***Nè può tacersi, infine, un richiamo alla importante decisione pronunciata dalle Sezioni Unite di questa Corte in tema di esercizio officioso, da parte del giudice, del potere di ridurre la clausola penale manifestamente eccessiva (Sez. U, Sentenza n. 18128 del 13/09/2005). Nella motivazione di tale sentenza, infatti, in piena sintonia col p. 603 della Relazione al Codice civile sopra ricordato, si è ribadito che l'autonomia negoziale delle parti non è sconfinata, ma è circoscritta entro il limite della meritevolezza, travalicato il quale l'ordinamento cessa di apprestarle tutela.***

*8.6. Riducendo a "sistema" le motivazioni dei precedenti appena ricordati, se ne ricava che sono stati ritenuti immeritevoli, ai sensi dell'art. 1322 c.c., comma 2, contratti o patti contrattuali che, pur formalmente rispettosi della legge, avevano per scopo o per effetto di:*

*(****a) attribuire ad una delle parti un vantaggio ingiusto e sproporzionato, senza contropartita per l'altra (sentenze 22950/15, cit.; 19559/15, cit.);***

***(b) porre una delle parti in una posizione di indeterminata soggezione rispetto all'altra (sentenze 4222/17; 3080/13; 12454/09; 1898/00; 9975/95, citt.);***

***(c) costringere una delle parti a tenere condotte contrastanti coi superiori doveri di solidarietà costituzionalmente imposti (sentenza 14343/09, cit.).***

*E' alla luce di questi criteri che va valutata, pertanto, la meritevolezza della clausola claim's made, come già ritenuto da questa Sezione (Sez. 3, Sentenza n. 10506 del 28.4.2017; Sez. 3, Sentenza n. 10509 del 28.4.2017).*

*Omissis.*

**1.1. Giudizio di meritevolezza e libera iniziativa economica: Cass. civ., sez. un., 17 febbraio 2017, n. 4222.**

*Omissis.*

***Fatto***

*1. Con sentenza n. 60 del giorno 08/04/2014 il Tribunale superiore delle acque pubbliche, in sede di giurisdizione di merito, ha rigettato l'appello proposto dalla Regione Lombardia avverso la sentenza (del 21-28/09/2011, n. 2644) con cui il Tribunale regionale delle acque pubbliche presso la Corte di appello di Milano aveva accolto la domanda con cui la Tecnowatt srl, titolare di una concessione di derivazione d'acqua dal torrente (OMISSIS), aveva chiesto di essere esentata dal pagamento dei canoni concessori - e dei relativi sovracanoni o addizionali - della detta derivazione, già oggetto di due separate ingiunzioni notificate nel dicembre 2009 (relative al 2006 e per Euro 9.750,56 per canone demaniale - ed interessi legali - e per Euro 1.245,96 per addizionale regionale, sanzione tributaria, interessi legali e spese di procedimento) della Regione Lombardia, non essendo ad essa concessionaria imputabile il mancato prelievo dell'acqua - e la mancata produzione di energia - per essere mancato, stando a quanto si legge nella qui gravata sentenza, il rilascio, da parte del Comune di Teglio, della necessaria concessione edilizia per difetto di autorizzazione della competente Comunità montana al mutamento di destinazione dei terreni a tutela del loro assetto idrogeologico.*

*2. In particolare, il Tribunale superiore ha rilevato che la condotta della Comunità montana a tutela dell'ambiente si era rivelata, precludendo il rilascio della concessione edilizia da parte del competente Comune, determinante nell'impedire l'avvio dei lavori per il prelievo dell'acqua e, così, l'esercizio della derivazione oggetto della concessione, con conseguente esenzione da responsabilità della concessionaria per la mancata utilizzazione del bene ad essa concesso, questa dovendo ascriversi esclusivamente al rifiuto dei provvedimenti concessori o autorizzatori di altri enti pubblici indispensabili per realizzare le opere necessarie a prelevare l'acqua; ed ha configurato, da un lato, il mancato sfruttamento della concessione come dovuto a factum principis e, dall'altro, applicabile il principio inademplenti non est adimplendum, ritenendo giustificato il mancato pagamento del canone di concessione rimasta inutilizzata per fatto della P.A. (richiamando*[*Cass. Sez. U. nn. 16035 del 2010, 25341*](https://dejure.it/#/ricerca/giurisprudenza_documento_massime?idDatabank=0&idDocMaster=451131&idUnitaDoc=0&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza)*del 2009, 11989 del 2009 e 16602 del 2005).*

*3. Per quel che in questa sede ancora rileva, poi, il medesimo Tribunale superiore ha:*

*- disatteso la tesi dell'appellante Regione - sulla quale essa aveva lamentato comunque l'omessa pronuncia da parte del giudice di primo grado - in ordine alla validità della fonte negoziale dell'obbligo di pagare in ogni caso il canone concessorio e quindi pure in caso di difetto di erogazione dell'acqua o per impossibilità materiale o giuridica di utilizzare il bene oggetto della concessione: dovendo il canone configurarsi come corrispettivo, dal suo pagamento l'obbligato andava esentato ogni qual volta non potesse, anche per cause giuridiche o materiali indipendenti dalla sua volontà, fruire della concessione e dell'acqua derivata, come andava ricostruito essere accaduto nel caso in esame;*

*- infine negato che i principi già affermati da*[*Cass. Sez. U. n. 16602 del 2005*](https://dejure.it/#/ricerca/giurisprudenza_documento?idDatabank=2&idDocMaster=2460209&idUnitaDoc=0&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza)*, proclamati in riferimento alle grandi derivazioni d'acqua, potessero non applicarsi alle piccole, quale quella per cui è causa, visto che anche il rapporto tra la Regione e la sua controparte andava regolato dai principi di buona fede, in base ai quali, essendo il canone il corrispettivo della fruizione del bene in concessione, ove una tale fruizione invece mancasse per causa non imputabile all'obbligato al pagamento, andava escluso un inadempimento di quest'ultimo e doveva ritenersi risolto lo stesso obbligo di pagamento della prestazione dell'acqua rimasta ineseguita.*

*4. Per la cassazione di tale sentenza ricorre oggi, affidandosi a tre motivi, la Regione Lombardia; resiste la Tecnowatt srl, depositando controricorso; entrambe le parti depositano memorie.*

***Diritto***

*1. La ricorrente Regione Lombardia denuncia, col primo motivo di ricorso, ai sensi dell'*[*art. 360 c.p.c.*](https://dejure.it/#/ricerca/fonti_documento?idDatabank=10&idDocMaster=3948143&idUnitaDoc=20114085&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza)*, n. 5, "omesso esame circa un fatto decisivo per il giudizio che è stato oggetto di discussione tra le parti": tale fatto indicando nella circostanza che solo nel 2009 la Tecnowatt srl aveva fatto domanda di autorizzazione unica ai sensi del*[*D.Lgs. n. 387 del 2003, art. 12*](https://dejure.it/#/ricerca/fonti_documento?idDatabank=7&idDocMaster=1804116&idUnitaDoc=5582560&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza)*, sicchè il ritardo nella fruizione del bene oggetto della concessione era da imputarsi alla sola concessionaria.*

*Omissis..*

*5. Vanno ora esaminati gli altri due mezzi di censura, rilevandosi come la ricorrente Regione Lombardia si dolga:*

*- col secondo motivo, di una "violazione*[*art. 1322 c.c.*](https://dejure.it/#/ricerca/fonti_documento?idDatabank=10&idDocMaster=166331&idUnitaDoc=828387&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza)*", riproponendo la tesi della validità della fonte negoziale, consistente in un'apposita clausola del disciplinare, dell'obbligo di versare in ogni caso il canone della concessione;*

*- col terzo motivo, della "violazione dei canoni di ermeneutica contrattuale ed errata applicazione dell'*[*art. 1366 c.c.*](https://dejure.it/#/ricerca/fonti_documento?idDatabank=10&idDocMaster=166331&idUnitaDoc=828468&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza)*", contestando la prevalenza attribuita dalla gravata sentenza al criterio di buona fede sulla volontà espressa delle parti, nonostante quello non sia previsto da alcuna norma imperativa.*

*6. Sul punto, congiuntamente esaminando i motivi, la controricorrente ribatte negando la prevalenza della clausola sulla norma di legge e comunque sostenendo la necessità di interpretare la prima in conformità al principio generale in materia di concessioni di derivazione, questo identificato nell'insufficienza ad esonerare dal pagamento del canone solo dell'impossibilità d'uso della concessione che sia di carattere soggettivo, tanto che il riferimento alla buona fede operato dalla gravata sentenza va inteso come espressione del più generale principio di necessaria corrispondenza tra l'uso della risorsa concessa ed il pagamento del canone demaniale.*

*7. I motivi vanno congiuntamente esaminati, incentrati come sono sull'importanza dalla ricorrente annessa alla clausola del "disciplinare di concessione", al suo art. 13, in base al quale la concessionaria si è obbligata a corrispondere il canone in via anticipata, anche se non possa o non voglia fare uso in tutto o in parte della concessione: clausola che, appunto ed in quanto espressione della volontà negoziale liberamente formata, deve avere comportato, nella prospettazione della ricorrente, la disposizione del principio di necessaria corrispettività alla base dei rapporti di concessione, in ossequio - da un lato - alla norma dell'*[*art. 1322 cod. civ.*](https://dejure.it/#/ricerca/fonti_documento?idDatabank=10&idDocMaster=166331&idUnitaDoc=828387&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza)*e con prevalenza - dall'altro lato - sul canone di buona fede per l'univoco significato dell'obbligo contrattualmente assunto dalla concessionaria stessa.*

*8. I due motivi sono però infondati. Proprio il richiamo all'*[*art. 1322 cod. civ.*](https://dejure.it/#/ricerca/fonti_documento?idDatabank=10&idDocMaster=166331&idUnitaDoc=828387&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza)*, nella parte in cui abilita le parti a "concludere contratti che non appartengono ai tipi aventi una disciplina particolare, purchè siano diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico", fonda a sufficienza - se del caso, in tal senso integrata la motivazione della qui gravata sentenza - il giudizio del Tribunale superiore in punto di temporanea inefficacia dell'obbligo di pagare il corrispettivo della concessione anche in caso di causa non imputabile di impossibilità di sfruttare la derivazione.*

*9. Giova premettere (in tali esatti termini v. già:*[*Cass. 10/01/2012, n. 65*](https://dejure.it/#/ricerca/giurisprudenza_documento?idDatabank=2&idDocMaster=2921874&idUnitaDoc=0&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza)*;*[*Cass., ord. 30/09/2015, n. 19559*](https://dejure.it/#/ricerca/giurisprudenza_documento?idDatabank=2&idDocMaster=4752238&idUnitaDoc=0&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza)*):*

*- che il vaglio di meritevolezza degli interessi perseguiti in concreto dai paciscenti nella stipula di un* ***contratto atipico deve avere ad oggetto la causa*** *concreta;*

*- questa definisce lo scopo pratico del negozio, la sintesi, cioè, degli interessi che lo stesso è concretamente diretto a realizzare, quale funzione individuale della singola e specifica negoziazione, al di là del modello astratto utilizzato: infatti, la causa, "ancora iscritta nell'orbita della dimensione funzionale dell'atto", non può essere che "funzione individuale del singolo, specifico contratto posto in essere, a prescindere dal relativo stereotipo astratto, seguendo un iter evolutivo del concetto di funzione economico - sociale del negozio che, muovendo dalla cristallizzazione normativa dei vali tipi contrattuali, si volga alfine a cogliere l'uso che di ciascuno di essi hanno inteso compiere i contraenti adottando quella determinata, specifica (a suo modo unica) convenzione negoziale" (così, espressamente,*[*Cass. 08/05/2006, n. 10490*](https://dejure.it/#/ricerca/giurisprudenza_documento?idDatabank=2&idDocMaster=2450573&idUnitaDoc=0&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza)*, ripresa - tra le altre da*[*Cass. 12/11/2009, n. 23941*](https://dejure.it/#/ricerca/giurisprudenza_documento_massime?idDatabank=0&idDocMaster=1720765&idUnitaDoc=0&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza)*);*

*- la causa concreta costituisce del resto uno degli elementi essenziali del negozio, alla cui stregua va valutata la conformità alla legge dell'attività negoziale effettivamente posta in essere, in riscontro della liceità (ai sensi dell'*[*art. 1343 cod. civ.*](https://dejure.it/#/ricerca/fonti_documento?idDatabank=10&idDocMaster=166331&idUnitaDoc=828423&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza)*) e, per i contratti atipici, della meritevolezza degli interessi perseguiti dalle parti ai sensi dell'art. 1322 cpv. cod. civ. (Cass. 19/02/2000, n. 1898);*

*- a quest'ultimo riguardo, i controlli insiti nell'ordinamento positivo relativi all'esplicazione dell'autonomia negoziale, riferiti alla meritevolezza di tutela degli interessi regolati convenzionalmente ed alla liceità della causa,* ***devono essere in ogni caso parametrati ai superiori valori costituzionali previsti a garanzia degli specifici interessi perseguiti*** *(*[*Cass. 19/06/2009, n. 14343*](https://dejure.it/#/ricerca/giurisprudenza_documento_massime?idDatabank=0&idDocMaster=1722660&idUnitaDoc=0&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza)*): in tal senso dovendosi ormai intendere la nozione di "ordinamento giuridico", cui fa riferimento la norma generale sul riconoscimento dell'autonomia negoziale ai privati, attesa l'interazione, sulle previgenti norme codicistiche,* ***delle superiori e successive norme di rango costituzionale e sovranazionale comunque applicabili quali principi informatori o fondanti dell'ordinamento stess****o (*[*Cass. 01/04/2011, n. 7557*](https://dejure.it/#/ricerca/giurisprudenza_documento?idDatabank=2&idDocMaster=2284550&idUnitaDoc=0&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza)*).*

*10. Ed è noto poi che il non superamento del vaglio di meritevolezza comporta, secondo l'impostazione tradizionale e più rigorosa,* ***l'inefficacia del contratto nel suo complesso*** *(visto che* ***l'ordinamento non riconoscerebbe all'autoregolamentazione di interessi delle parti alcun effetto giuridico, quale conseguenza della valutazione appunto complessiva dell'inidoneità di quella a perseguire interessi ritenuti meritevoli****), ovvero anche, secondo altra e più recente impostazione, applicata anche da questa Corte in tema di clausola claims made adietta al contratto di assicurazione contro i danni e forse più aderente all'esigenza di conservazione della volontà negoziale,* ***la nullità della singola clausola*** *(*[*Cass. Sez. U., 06/05/2016, n. 9140*](https://dejure.it/#/ricerca/giurisprudenza_documento?idDatabank=2&idDocMaster=5006627&idUnitaDoc=0&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza)*; ripresa e confermata pure sul punto da Cass. Sez. U., 02/12/2016, nn. 24645 e 24646).*

*11. Al riguardo, una clausola negoziale che derogasse alla necessaria corrispettività del versamento del canone di concessione (riconosciuta quale principio generale della materia delle concessioni anche dalla recente*[*Corte cost., sent. n. 64 del 2014*](https://dejure.it/#/ricerca/giurisprudenza_documento?idDatabank=1&idDocMaster=4121699&idUnitaDoc=0&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza)*), pretendendolo sic et simpliciter (cioè, senza alcuna altra specificazione o adduzione ed indicazione di altra causa di giustificazione dell'attribuzione patrimoniale)* ***anche per il caso di impossibilità della derivazione ascrivibile al fatto di terzi non altrimenti evitabile dall'obbligato****,* ***tramuterebbe il contratto atipico in esame in contratto aleatorio,*** *riversando sul concessionario ogni rischio, compreso quello legato ad eventi imponderabili in quanto non probabili secondo un criterio di normalità (cui va ricondotto il factum principis, fattispecie entro la quale si può sussumere la singolare persistente condotta ostruzionistica delle pubbliche amministrazioni).*

*12. Ora, da un lato, una simile volontà di porre in essere un contratto aleatorio non risulta nella specie, con l'invece necessaria chiarezza, dai pochi stralci dell'atto concluso tra le parti riprodotti dalla ricorrente in ricorso; dall'altro lato, deve osservarsi che un simile contratto atipico non è, se non altro quanto a questa clausola, affatto meritevole di tutela, visto che una deroga immotivata al principio generale della* ***necessaria corrispettività tra canone e sfruttamento della risorsa*** *oggetto della concessione lederebbe la libertà di iniziativa economica privata - tutelata invece in via generale dall'*[*art. 41 Cost.*](https://dejure.it/#/ricerca/fonti_documento?idDatabank=10&idDocMaster=167881&idUnitaDoc=843229&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza)*, comma 1 -* ***per accollare all'imprenditore ogni tipo di alea****, anche del tutto non prevedibile, tanto da costituire in capo alla pubblica amministrazione, preposta alla cura dell'interesse coinvolto dalla risorsa oggetto della concessione,* ***una sorta di rendita di mera posizione****, in cui una somma di denaro sarebbe configurata come dovuta in dipendenza della sola titolarità di quella cura o di quella risorsa, anzichè per l'uso o lo sfruttamento che ne viene operato o che ne sia almeno possibile.*

*13. Inoltre, come di recente ribadito dalla Corte costituzionale (*[*Corte cost., sent. n. 158 del 2016*](https://dejure.it/#/ricerca/giurisprudenza_documento?idDatabank=1&idDocMaster=5087927&idUnitaDoc=0&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza)*, ove riferimenti alla precedente*[*Corte cost., sent. n. 85 del 2014*](https://dejure.it/#/ricerca/giurisprudenza_documento?idDatabank=1&idDocMaster=4126928&idUnitaDoc=0&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza)*, nonchè alla giurisprudenza di queste Sezioni Unite, in particolare alle sentenze 11/07/2011, n. 15144, nonchè 30/06/2009, n. 15234), nella materia "produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell'energia", cui la determinazione del corrispettivo delle concessioni per le relative risorse si riconduce, i principi fondamentali si riducono* ***all'onerosità della concessione ed alla proporzionalità del canone all'entità*** *dello sfruttamento della risorsa pubblica e all'utilità economica che il concessionario ne ricava (*[*Corte cost., sent. n. 85 del 2014*](https://dejure.it/#/ricerca/giurisprudenza_documento?idDatabank=1&idDocMaster=4126928&idUnitaDoc=0&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza)*).*

*14. E pure la normativa statale di riferimento (in origine:*[*L. n. 36 del 1994, art. 18*](https://dejure.it/#/ricerca/fonti_documento?idDatabank=7&idDocMaster=2112104&idUnitaDoc=6460673&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza)*, comma 5; successivamente, il*[*D.Lgs. 3 aprile 2006, n. 152, art. 154*](https://dejure.it/#/ricerca/fonti_documento?idDatabank=7&idDocMaster=3948234&idUnitaDoc=20120826&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza)*, comma 3; infine ed allo stato, il*[*D.L. 22 giugno 2012, n. 83, art. 37*](https://dejure.it/#/ricerca/fonti_documento?idDatabank=7&idDocMaster=3948254&idUnitaDoc=20122102&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza)*, comma 7, conv. con mod. in*[*L. 7 agosto 2012, n. 134*](https://dejure.it/#/ricerca/fonti_documento?idDatabank=7&idDocMaster=3330660&idUnitaDoc=16787795&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza)*, secondo la ricostruzione di*[*Corte cost., sentenze n. 85 del 2014*](https://dejure.it/#/ricerca/giurisprudenza_documento?idDatabank=1&idDocMaster=4126928&idUnitaDoc=0&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza)*- soprattutto punto 4.3 della motivazione in diritto - e n. 64 del 2014, soprattutto punto 3 della motivazione in diritto) esige il rispetto dei criteri di economicità e* ***ragionevolezza*** *(espressamente, in tal senso, l'ultima delle norme appena richiamate, da riconoscersi peraltro, con l'opinione prevalente tra gli interpreti, quale espressione di un principio già immanente nell'ordinamento), ciò che sarebbe con ogni evidenza escluso in ipotesi di riconoscimento della spettanza alla concedente di un canone anche in caso di impossibilità di produzione per causa ad essa non imputabile.*

*Omissis.*

**1.2. Giudizio di meritevolezza e concorrenza: Cass. civ., sez. III, 8 febbraio 2013, n. 3080.**

*Omissis.*

***Fatto***

*1.1. Alla Dott.ssa P.C., titolare di farmacia in (OMISSIS), fu irrogata, con Delib. 16 settembre 2009 dell'Ordine dei Farmacisti della Provincia di Caserta, la sanzione disciplinare della sospensione dall'esercizio professionale per giorni trenta, a seguito della violazione degli orari di servizio e dei turni di riposo del sabato (in particolare, nell'intera giornata del (OMISSIS)) e della pubblicizzazione del relativo orario di apertura, ai sensi, degli art. 3, comma 2b), art. 16, comma 1, art. 20, comma 4 e art. 37 del codice deontologico; ed il suo ricorso avverso tale delibera è stato rigettato con decisione della Commissione Centrale per gli esercenti le professioni sanitarie n. 8 del 12.4.10, depositata il 30.8.10 e comunicata dal Ministero della Salute in data 28.9.10.*

*1.2. Per la cassazione, di tale decisione ricorre ora, affidandosi a tre motivi, illustrati da memoria ai sensi, dell'*[*art. 378 cod. proc. civ.*](https://dejure.it/#/ricerca/fonti_documento?idDatabank=10&idDocMaster=3948143&idUnitaDoc=20114107&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza)*, la P.; resiste con controricorso l'Ordine Provinciale.*

***Diritto***

*2. La ricorrente dispiega tre motivi ed in particolare:*

*2.1. con il primo (rubricato "Violazione e falsa applicazione della L.R. Campania 2 febbraio 1980, n. 7, artt. 3, 4 e 9 e della L.R. Campania 22 gennaio 2007, n. 1, art. 34, comma 6 in relazione all'*[*art. 360 c.p.c., comma 1, n. 5*](https://dejure.it/#/ricerca/fonti_documento?idDatabank=10&idDocMaster=3948143&idUnitaDoc=20114085&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza)*. Violazione e falsa applicazione dell'art. 16, comma 1 del Codice deontologico. Violazione e falsa applicazione dell'art. 20, comma 4 del Codice deontologico.*

*Erroneità dei presupposti. Difetto assoluto di motivazione"), ella reclama il proprio buon diritto, in virtù della normativa regionale richiamata, anche come interpretata dalla magistratura amministrativa, a tenere aperta la farmacia anche nei giorno del sabato, non potendo ritenersi in ciò limitata dagli accordi presi con gli altri farmacisti in sede di organizzazione dei turni;*

*2.2. con il secondo: (rubricato "Violazione e falsa applicazione della L.R. Campania 2 febbraio 1980, n. 7, artt. 3, 4 e 9 e della L.R. Campania 22 gennaio 2007, n. 1, art. 34, comma 6 in relazione all'*[*art. 360 c.p.c., comma 1, n. 5*](https://dejure.it/#/ricerca/fonti_documento?idDatabank=10&idDocMaster=3948143&idUnitaDoc=20114085&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza)*. Violazione e falsa applicazione dell'art. 20, comma 4 del Codice deontologico. Erroneità dei presupposti. Difetto assoluto di motivazione"), ella contesta che la pubblicizzazione della così protratta apertura della sua farmacia abbia integrato pubblicità sleale;*

*2.3. con il terzo (rubricato "Violazione e falsa applicazione del*[*D.P.R. 5 aprile 1950, n. 221, art. 43*](https://dejure.it/#/ricerca/fonti_documento?idDatabank=7&idDocMaster=1939678&idUnitaDoc=5937342&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza)*in relazione all'*[*art. 360 c.p.c., comma 1, n. 5*](https://dejure.it/#/ricerca/fonti_documento?idDatabank=10&idDocMaster=3948143&idUnitaDoc=20114085&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza)*. Violazione e falsa applicazione dell'art. 16, comma 1 del Codice deontologico. Violazione e falsa applicazione dell'art. 20, comma 4 del Codice deontologico, erroneità dei presupposti. Difetto assoluto di motivazione"), ella si duole della carenza di idonea motivazione sull'entità e sulla specie della sanzione in concreto irrogata.*

*3. Dal canto suo, il controricorrente Ordine provinciale: eccepisce in primo luogo il difetto di autosufficienza del ricorso avversario, comunque riproducendo ampi stralci della motivazione della decisione disciplinare impugnata dinanzi alla Commissione centrale; si duole della novità della censura di esercizio di arbitrario potere di conformazione ed ingerenza sullo status giuridico dell'associato, come pure dell'inammissibilità di censure del codice deontologico sotto il profilo di violazione di legge, anzichè di quella di norme sull'interpretazione dei contratti; nel merito, espone le ragioni della ritenuta violazione dei doveri di correttezza, insita nel mancato rispetto di accordi di categoria liberamente presi; ribadisce la sussistenza di una pubblicità non conforme alle prescrizioni del codice deontologico e l'idoneità della motivazione in ordine alla concreta identificazione della misura od entità della sanzione.*

*4. Va preliminarmente rilevato - una volta riscontrato, in reiezione dell'eccezione di difetto di autosufficienza, che il tenore letterale complessivo del ricorso consente al Collegio di individuare adeguatamente la materia controversa che, delle due infrazioni:*

*4.1. la prima:*

*4.1.1. è relativa all'apertura e chiusura della farmacia della P. oltre l'orario ed all'apertura nella giornata del sabato;*

*4.1.2. in riferimento alla contestazione, è stata sanzionata evidentemente in applicazione degli artt. 3, comma 2, lett. b) e 16 comma 1 del codice deontologico dei farmacisti, a mente dei quali, rispettivamente, "al farmacista è vietato porre in essere, consentire e agevolare a qualsiasi titolo ... ogni atto che configuri concorrenza sleale di cui all'*[*art. 2598 c.c.*](https://dejure.it/#/ricerca/fonti_documento?idDatabank=10&idDocMaster=166331&idUnitaDoc=830635&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza)*" e "il farmacista deve tenere nei confronti dei colleghi un comportamento improntato alla correttezza e alla collaborazione professionale, nel rispetto dei ruoli e delle competenze";*

*4.1.3. è stata ritenuta sussistente (v. decisione impugnata, pie di pag. 3 e inizio di pag. 4) in ragione "della mancanza di correttezza insita nell'aver disatteso un'intesa pur liberamente assunta da tutti i farmacisti titolari della città di (OMISSIS) in merito alla turnazione degli orari di apertura, non solo senza averne dato preventiva informazione, ma arche ingenerando la convinzione contraria, ovverosia di voler continuare ad avvalersi del calendario stabilito nel novembre 2008", come pure del mancato "rispetto dei rapporti di colleganza improntati alla correttezza ed alla collaborazione professionale";*

*4.2. la seconda:*

*4.2.1. è relativa aria pubblicizzazione della determinazione della farmacista di mantenere aperto il suo esercizio anche nella giornata del sabato nella quale non era previsto il suo turno;*

*4.2.2. in riferimento alla contestazione, è stata sanzionata evidentemente in applicazione dell'art. 20, comma 4, del codice deontologico, a mente del quale "la pubblicità della professione di farmacista e l'informazione sanitaria sono consentite nel rispetto dei principi di correttezza, veridicità e non ingannevolezza";*

*4.2.3. è stata ritenuta sussistente (v. decisione impugnata, terzo paragrafo della pag. 4) per il carattere del tutto arbitrario, in contrasto anche con l'inibitoria espressa con nota 20 luglio 2009 della ASL di (OMISSIS), dell'iniziativa "sponsorizzata" e per la strumentalità di questa all'attrazione della clientela, ad evidente danno di coloro che risultano essere correttamente inseriti nella turnazione concordata;*

*4.3. tutte sono riferite anche, se non altro nella contestazione;*

*iniziale, all'art. 37 del medesimo codice deontologico, a mente dei cui commi 2, 5 e 6, rispettivamente: le infrazioni al Codice deontologico sono valutate in sede disciplinare dal Consiglio Direttivo dell'Ordine di appartenenza; è sanzionabile qualsiasi violazione di norme di leggi o regolamenti che disciplinano l'esercizio della professione di farmacista e il servizio farmaceutico nonchè ai provvedimenti o ordinanze legittimamente emanati dalle competenti autorità per ragioni di igiene o sanità pubblica; è sanzionabile qualsiasi abuso o mancanza nell'esercizio della professione e comunque qualsiasi comportamento che abbia causato o possa causare un disservizio o un danno alla salute del cittadino.*

*5. Va, in via assolutamente preliminare, precisato che la fattispecie all'esame del Collegio differisce del tutto dall'altra, decisa da questa Corte con sentenza 9 marzo 2012, n. 3707, nella quale è stato ritenuto valido presupposto di illecito disciplinare la violazione di un obbligo legislativo (nella specie*[*L.R. Lazio 30 luglio 2002, n. 26, art. 8*](https://dejure.it/#/ricerca/fonti_documento?idDatabank=9&idDocMaster=273028&idUnitaDoc=1600287&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza)*) in relazione alla chiusura per ferie delle farmacie:*

*5.1. in primo luogo, viene qui in considerazione non già la violazione de turno feriale, ma quella degli orari giornalieri di apertura e del turno di chiusura settimanale del sabato;*

*5.2. in secondo luogo, la normativa regionale di riferimento è sensibilmente diversa, prevedendo quella applicabile alla specie ratione temporis un'espressa facoltà di apertura oltre i turni;*

*5.3. in terzo luogo ed in via dirimente, perchè nel precedente ciò che rileva è la violazione di una norma di legge, mentre nella fattispecie rileva una mancanza di correttezza (adombrata anche come atto di concorrenza sleale, con il richiamo, nella norma del codice deontologico applicato, al divieto previsto dall'*[*art. 2598 c.c.*](https://dejure.it/#/ricerca/fonti_documento?idDatabank=10&idDocMaster=166331&idUnitaDoc=830635&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza)*) verso i colleghi, consistente nella violazione di un'intesa liberamente raggiunta con questi.*

*6. Ora, il quadro normativo di riferimento: 6.1. al tempo delle contestate infrazioni è dato dall'art. 34 (norme in materia sanitaria), comma 6, L.R. Campania 22 gennaio 2007, n. 1 (disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale della Regione Campania - legge finanziaria regionale 2007), a mente della lett. b) del quale l'art. 3, comma 1 della precedente*[*L.R. 1 febbraio 1980, n. 7*](https://dejure.it/#/ricerca/fonti_documento?idDatabank=9&idDocMaster=250467&idUnitaDoc=1432728&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza)*, è modificato nel testuale senso che, fermo restando l'obbligo di garantire il numero di farmacie di servizio, le farmacie non di turno hanno la facoltà di restare aperte";*

*6.2. soltanto nelle more del giudizio di legittimità è stata emanata ulteriore normali va statale, da ultime ad opera del*[*D.L. 24 gennaio 2012, n. 1*](https://dejure.it/#/ricerca/fonti_documento?idDatabank=7&idDocMaster=3013751&idUnitaDoc=8766444&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza)*(recante disposizioni urgenti per la concorrenza, lo sviluppo delle infrastrutture e la competitività), convertito con modificazioni dalla*[*L. 24 marzo 2012, n. 27*](https://dejure.it/#/ricerca/fonti_documento?idDatabank=7&idDocMaster=3174010&idUnitaDoc=10412471&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza)*, il quale ha, al comma 8 dell'art. 11 ("potenziamento del servizio di distribuzione farmaceutica, accesso alla titolarità delle farmacie, modifica alla disciplina della somministrazione dei farmacie altre disposizioni in materia sanitaria"), tra l'altro stabilito che "i turni e gli orarti di farmacia stabiliti dalle autorità competenti, in base alla vigente normativa non impediscono l'apertura della farmacia in orari diversi, da quelli obbligatori".*

*7. Ritiene il Collegio che non possa costituire comportamento illegittimo - e, quindi, tanto meno sanzionatale in via disciplinare - per un appartenente ad un ordine professionale avvalersi di una facoltà riconosciuta da una norma di legge e disattendere le prescrizioni di un'intesa, in modo di certo libero raggiunta con gli altri professionisti, ma che, in quanto contratto atipico, siccome diretto a restringere e limitare convenzionalmente l'esercizio di facoltà legittimamente spettanti all'imprenditore (nel caso in esame farmacista), non supera il vaglio di meritevolezza degli interessi perseguiti, ai sensi dell'art. 1322 cpv. cod. civ., in relazione alle esigenze di effettiva realizzazione di un assetto concorrenziale del mercato e, all'interno di questo, anche di quello della vendita al dettaglio dei prodotti farmaceutici; e l'esclusione del carattere illegittimo della condotta contestata elide, di conseguenza, pure la dedotta illegittimità dell'attività della sua pubblicizzazione.*

*8. In effetti:*

*8.1. I controlli insiti nell'ordinamento positivo relativi all'esplicazione dell'autonomia negoziale, riferiti* ***alla meritevolezza di tutela*** *degli interessi regolati convenzionalmente, devono essere in ogni caso parametrati ai superiori valori costituzionali -* ***oggi come interpretati e reciprocamele influenzati dai principi dell'ordinamento dell'Unione Europea e da quelli desumi dalla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*** *-* ***previsti a garanzia degli specifici interessi*** *perseguiti (*[*Cass. 19 giugno 2009, n. 14343*](https://dejure.it/#/ricerca/giurisprudenza_documento_massime?idDatabank=0&idDocMaster=1722660&idUnitaDoc=0&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza)*);*

*8.2. in tal senso si deve ormai intendere la nozione di "ordinamento giuridico", cui fa riferimento la norma generale sul riconoscimento dell'autonomia negoziale al privati, attesa l'interazione, sulle previgenti norme codicistiche, delle superiori, e successive norme di rango costituzionale e sovranazionale comunque applicabili quali principi informatori o fondanti dell'ordinamento stesso (Cass. 1 aprile 2011, n. 7557; Cass., 10 gennaio 2012, n. 65);*

*8.3. pertanto, del contratto atipico va quindi individuata la causa concreta, la quale definisce lo scopo pratico del negozio, la sintesi, cioè, degli interessi che lo stesso è concretamente diretto a realizzare, quale funzione individuale della singola e specifica negoziazione, al di là dei modello astratto utilizzato:*

*infatti, la causa, "ancora iscritta nell'orbita della dimensione funzionale dell'atto", non può essere che "funzione individuale del singolo, specifico contralto posto in essere, a prescindere dal relativo stereotipo astratto, seguendo un iter evolutivo del concetto di funzione economico - sociale del negozio che, muovendo dalla cristallizzazione normativa dei vari tipi contrattuali, si volga al fine a cogliere l'uso che di ciascuno di essi hanno inteso compiere i contraenti adottando quella determinata, specifica a suo modo unica) convenzione negoziale" (in tali espressi sensi, con argomentazioni approfondite e convincenti, si esprime Cass. 8 maggio 2006, n. 10490, ripresa - tra le altre - da*[*Cass. 12 novembre 2009, n. 23941*](https://dejure.it/#/ricerca/giurisprudenza_documento_massime?idDatabank=0&idDocMaster=1720765&idUnitaDoc=0&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza)*, nonchè da Cass. 7557 del 2011);*

*8.4. e la stessa struttura cella norma comporta che il non superamento del vaglio preliminare di meritevolezza (della causa concreta) del contratto atipico, pur non incidendo sulla struttura intrinseca dell'accordo, impedisce però in radice di ricollegare ad esso qualsiasi effetto giuridico, tanto che l'accordo in parola non assurge, dal rango originario fatto naturalisticamente inteso, a quello di atto introduttivo di effetti giuridici e resta pertanto estraneo all'ordinamento, tanto da non potere fondare alcuna pretesa, da quest'ultimo riconosciuta e coercibile dall'ordinamento stesso, in favore e tanto meno a danno ai chi ne è stato carte.*

*9. Orbene, quanto ai principi generali dell'ordinamento contro i quali si infrange la causa concreta della "intesa" liberamente raggiunta tra i farmacisti (in data 24.11.08, recepita poi in provvedimento dell'ASL (OMISSIS), U.O.C. Farmaceutica territoriale, prot. N. 599 del 20.7.09, peraltro indicato - v. pag. 6 del ricorso - come annullato con sentenza T.A.R. Campania - Napoli, sez. 5, n. 6161 del 21.10.09) e la cui violazione è fatta assurgere a presupposto dell'irrogata sanzione, si osserva:*

*9.1. che anche il farmacista si sussume nella nozione di imprenditore rilevante ai fini della tutela della libertà della concorrenza: in relazione alla normativa nazionale (ai sensi della*[*L. 10 ottobre 1990, n. 287*](https://dejure.it/#/ricerca/fonti_documento?idDatabank=7&idDocMaster=2923363&idUnitaDoc=8468423&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza)*) e comunitaria (di cui agli artt. 82 e 86 trattato C.E., ora art. 106 trattato U.E.), per "impresa" deve intendersi qualsiasi entità, la quale eserciti in modo organizzato e durevole un'attività economica sul mercato, al di là del suo status giuridico e della definizione che di essa diano i singoli ordinamenti nazionali (Cass. Sez. Un., 30 dicembre 2011, n. 30175);*

*9.2. che, nonostante la divaricazione fra le differenti legislazioni regionali e, talvolta, le oscillazioni all'interno di una medesima legislazione regionale (come, quanto alla Campania, rileva, icasticamente qualificandone "ondivago" l'atteggiamento, il T.A.R. Campania - Napoli, sez. 5, 10 febbraio 2012, in controversia promossa dalla stessa odierna ricorrente), a mente della giurisprudenza costituzionale (in tali, espressi sensi, v. C. Cost. 19 dicembre 2012, n. 299):*

*9.2.1.* ***l'aspetto dinamico della tutela della concorrenza va individuato in ogni intervento che miri ad aprire un mercato o a consolidarne*** *l'apertura, eliminando barriere all'entrata, riducendo o eliminando vincoli al libero esplicarsi della capacità imprenditoriale e della competizione tra imprese, rimuovendo, cioè, in generale, i vincoli alle modalità di esercizio delle attività economiche (ex multis Corte Cost., n. 270 e n. 45 del 2010, n. 160 del 2009, n. 430 e n. 401 del 2007);*

*9.2.2. in questa seconda accezione, attraverso la "tutela della concorrenza", vengono perseguite finalità di* ***ampliamento dell'area di libera scelta dei cittadini e delle imprese, queste ultime anche quali fruitrici, a loro volta, di beni e di servizi (Corte Cost., n. 401 del*** *2007);*

*9.2.3. si tratta dell'aspetto più* ***precisamente di promozione della concorrenza****, che costituisce una delle leve della politica economica pubblica e, pertanto, non può essere intesa soltanto in senso statico, come garanzia di interventi di regolazione e ripristino di un equilibrio perduto, ma anche in quell'accezione dinamica, ben nota al diritto comunitario, che giustifica misure pubbliche volto a ridurre squilibri, a favorire le condizioni di un sufficiente sviluppo del mercato o ad instaurare assetti concorrenziali (Corte Cost., n. 80 del 2006, nn. 242 e 175 del 2005, nn. 272 e 14 del 2004);*

*9.2.4. ed anzi la liberalizzazione, da intendersi come razionalizzazione della regolazione, costituisce uno degli strumenti di promozione della concorrenza capace di produrre effetti virtuosi per il circuito economico;*

*9.2.5.* ***l'eliminazione dei limiti agli orari e ai giorni di apertura al. pubblico degli esercizi commerciali favorisce quindi, a beneficio dei consumatori, la creazione di un mercato più dinamico e più aperto all'ingresso di nuovi operatori ed amplia la possibilità*** *di scelta del consumatore: ed è pertanto coerente con l'obiettivo di promuovere la concorrenza, risultando proporzionato allo scopo di garantire l'assetto concorrenziale nel mercato di riferimento relativo alla distribuzione commerciale tanto che, in precedenti occasioni, si è ritenuto legittimo l'esercizio della competenza in materia di commercio da parte del legislatore regionale solo nel caso in cui le norme introdotte non determinassero un vulnus alla "tutela della concorrenza": Corte Cost. n. 150 del 2011 e n. 288 del 2010);*

*Omissis.*

**1.3. Giudizio di meritevolezza e dovere costituzionale di solidarietà costituzionale: Cass. civ., sez. III, 19 giugno 2009, n. 14343 (il “caso del contratto di locazione e il dovere di ospitalità”).**

Massima:

I controlli insiti nell'ordinamento positivo relativi all'esplicazione dell'autonomia negoziale, coincidenti con la meritevolezza di tutela degli interessi regolati convenzionalmente e con la liceità della causa, devono essere in ogni caso parametrati ai superiori valori costituzionali previsti a garanzia degli specifici interessi, ivi **compreso quello contemplato dall'art. 2 Cost. (che tutela i diritti involabili dell'uomo e impone l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà**); è pertanto nulla la clausola di un contratto di locazione nella quale, oltre alla previsione del divieto di sublocazione, sia contenuto il riferimento al divieto di ospitalità non temporanea di persone estranee al nucleo familiare anagrafico, siccome confliggente proprio con l'adempimento dei doveri di solidarietà che si può manifestare attraverso l'ospitalità offerta per venire **incontro ad altrui difficoltà**, oltre che con la tutela dei rapporti sia all'interno della famiglia fondata sul matrimonio sia di una convivenza di fatto tutelata in quanto formazione sociale, o con l'esplicazione di rapporti di amicizia.

Si riporta di seguito la parte motivazionale:

*Omissis.*

***Fatto***

*Con ricorso in riassunzione depositato il 20.3.1998 l'INPDAI agiva nei confronti di L.D.B. e B.D. esponendo di essere proprietario di un appartamento sito in (OMISSIS), concesso in locazione abitativa alla L.. Precisava l'attore che da tempo quest'ultima non occupava più l'immobile e che, in contrasto con quanto disposto dal contratto di locazione, ne aveva ceduto il godimento alla B..*

*Tanto premesso parte attrice chiedeva dichiararsi risolto il contratto di locazione concluso con L.D.B.;*

*dichiararsi la B. occupante senza titolo dell'immobile;*

*condannarsi la L. e la B. al rilascio dell'appartamento ed al pagamento dell'indennità di occupazione, oltre al risarcimento dei danni da liquidarsi in separato giudizio.*

*Mentre B.D. rimaneva contumace, L.D.B. resisteva alla domanda sostenendo di aver avuto e di avere ancora la disponibilità dell'immobile; che lì era indirizzata la sua corrispondenza e lì era telefonicamente rintracciabile; che la B. era stata soltanto un'ospite;* ***che i propri impegni lavorativi e familiari ne rendevano discontinua la presenza nell'appartamento; che le modalità di godimento della cosa locata appartenevano ad una dimensione sua personale non sindacabile in alcun modo dal locatore.***

*La convenuta non negava dunque d'aver ospitato la B., nè d'aver abitato in modo non continuativo l'appartamento; sosteneva però di non averlo mai abbandonato e concludeva per il rigetto dell'avversa pretesa sostenendo:*

*a) l'inefficacia della clausola 15 del contratto nella parte in cui vieta "di ospitare non temporaneamente persone estranee al nucleo familiare anagrafico", in quanto la clausola stessa non era stata specificamente approvata per iscritto ai sensi dell'*[*art. 1341 c.c., comma 2*](https://dejure.it/#/ricerca/fonti_documento?idDatabank=10&idDocMaster=166331&idUnitaDoc=828419&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza)*,*[*art. 1342 c.c.*](https://dejure.it/#/ricerca/fonti_documento?idDatabank=10&idDocMaster=166331&idUnitaDoc=828420&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza)*e*[*art. 1469 quinquies c.c.*](https://dejure.it/#/ricerca/fonti_documento?idDatabank=10&idDocMaster=166331&idUnitaDoc=828664&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza)*, ed era da presumere vessatoria a norma dell'*[*art. 1469 bis c.c.*](https://dejure.it/#/ricerca/fonti_documento?idDatabank=10&idDocMaster=166331&idUnitaDoc=828661&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza)*, n. 18;*

*b) la nullità della medesima clausola in quanto tesa a limitare "anche la libertà personale, delle relazioni personali e del domicilio, in contrasto con l'*[*art. 3 Cost., comma 2*](https://dejure.it/#/ricerca/fonti_documento?idDatabank=10&idDocMaster=167881&idUnitaDoc=843150&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza)*, artt.*[*13*](https://dejure.it/#/ricerca/fonti_documento?idDatabank=10&idDocMaster=167881&idUnitaDoc=843168&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza)*e*[*14 Cost.*](https://dejure.it/#/ricerca/fonti_documento?idDatabank=10&idDocMaster=167881&idUnitaDoc=843171&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza)*".*

*La ricorrente precisava infine che nessun danno era stato comunque cagionato all'ente ricorrente.*

*Con sentenza n. 36653/2000 il Tribunale di Roma, disattesa l'eccezione di nullità della clausola 15 del contratto inter partes;*

*ritenuta inapplicabile in quanto posteriore al contratto de quo la norma dell'*[*art. 1469 bis c.c.*](https://dejure.it/#/ricerca/fonti_documento?idDatabank=10&idDocMaster=166331&idUnitaDoc=828661&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza)*; ritenuta sussistente la perdurante violazione, per circa un quinquennio, della suddetta clausola;*

*rilevata la sussistenza degli estremi per la risoluzione del rapporto ed il risarcimento del danno, così provvedeva:*

*1) dichiarava risolto per effetto di clausola risolutiva espressa il contratto di locazione concluso tra l'INPDAI e L.D. B.;*

*2) dichiarava B.D. occupante senza titolo dell'immobile;*

*3) condannava L.D.B. e B.D. al rilascio in favore dell'INPS dell'appartamento;*

*4) condannava L.D.B. e B.D. in solido al risarcimento dei danni da liquidare in separato giudizio.*

*Proponeva appello la sola L.B. talchè la sentenza passava in giudicato per la B..*

*L'appellante insisteva sull'eccezione di nullità della clausola contrattuale ex art. 15, non approvata ai sensi dell'*[*art. 1341 c.c., comma 2*](https://dejure.it/#/ricerca/fonti_documento?idDatabank=10&idDocMaster=166331&idUnitaDoc=828419&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza)*e comunque ritenuta in contrasto con la norma dell'*[*art. 1469 bis c.c.*](https://dejure.it/#/ricerca/fonti_documento?idDatabank=10&idDocMaster=166331&idUnitaDoc=828661&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza)*considerato applicabile al caso anche se posteriore alla stipulazione del contratto; negava che sussistessero gli estremi per la risoluzione del contratto; deduceva la mancanza di prova del danno considerato del tutto inesistente.*

*Resisteva l'INPDAI. A seguito della soppressione dell'INPDAI da parte della*[*L. n. 289 del 2002*](https://dejure.it/#/ricerca/fonti_documento?idDatabank=7&idDocMaster=3949380&idUnitaDoc=20161071&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza)*e della successione a titolo universale dell'INPS nei relativi rapporti, la causa era interrotta e quindi riassunta nei confronti dello stesso INPS che però non si costituiva.*

*La Corte d'appello, in accoglimento del gravame ed a parziale riforma dell'impugnata sentenza:*

*a) rigettava la domanda di risarcimento danni nei confronti dell'appellante;*

*b) confermava per il resto la sentenza impugnata. Proponeva ricorso per cassazione L.D.B..*

*Resisteva con controricorso e proponeva ricorso incidentale l'INPS e per esso la Romeo Gestioni s.p.a..*

***Diritto***

*1. - Ricorso principale e ricorso incidentale, rivolti contro la stessa sentenza, debbono essere decisi insieme.*

*Il primo è fondato, non lo è l'altro.*

*2. - L'art. 15 del contratto di locazione dispone che "****E' fatto assoluto divieto, sotto comminatoria di risoluzione di diritto del presente contratto e pagamento integrale del deposito cauzionale, e salvo il diritto al risarcimento dei maggiori danni subiti, di sublocare i beni locati anche in parte o di cedere il contratto, sia a titolo oneroso che gratuito, con o senza mobili****. Detto divieto è esteso anche al caso in cui i sublocatari risultino affini del conduttore. E' altresì vietato, sotto le comminatorie tutte sopra riportate, ospitare non temporaneamente persone estranee al nucleo familiare anagrafico, quale risulta essere indicato all'atto della stipula del contratto. I divieti sono validi ed operanti anche se l'Istituto non pone in essere atti diretti a farli rispettare".*

*L'impugnata sentenza ha ritenuto valida ed efficace tale clausola perchè, secondo la corte d'appello, a) è connaturale alla locazione, specie abitativa, essendo quest'ultima un rapporto fondato sull'intuitus personae; b) si colloca nella fisiologia del contratto di locazione e non può pertanto considerarsi, ai sensi dell'*[*art. 1341 c.c., comma 2*](https://dejure.it/#/ricerca/fonti_documento?idDatabank=10&idDocMaster=166331&idUnitaDoc=828419&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza)*vessatoria e soggetta a specifica approvazione per iscritto.*

*Anzi, prosegue la sentenza, un'ospitalità protratta per un lungo lasso di tempo finisce per assumere i caratteri della sublocazione invito domino in conflitto con la*[*L. n. 392 del 1978, art. 2*](https://dejure.it/#/ricerca/fonti_documento?idDatabank=7&idDocMaster=2089585&idUnitaDoc=6331853&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza)*(seppure non con l'*[*art. 1594 c.c.*](https://dejure.it/#/ricerca/fonti_documento?idDatabank=10&idDocMaster=166331&idUnitaDoc=828898&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza)*). Data l'anteriorità della clausola in esame rispetto alla data di entrata in vigore dell'*[*art. 1469 bis c.c.*](https://dejure.it/#/ricerca/fonti_documento?idDatabank=10&idDocMaster=166331&idUnitaDoc=828661&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza)*non è conferente, si ritiene infine, il richiamo a quest'ultima disposizione (Cass., 17.7.2003, n. 11200).*

*Le tesi della corte d'appello sono contestate da L.D. B., con il ricorso principale in cui sono svolti tre motivi nei quali si denunzia rispettivamente: 1) "Violazione e falsa applicazione degli artt.*[*1571*](https://dejure.it/#/ricerca/fonti_documento?idDatabank=10&idDocMaster=166331&idUnitaDoc=828868&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza)*e*[*1587 c.c.*](https://dejure.it/#/ricerca/fonti_documento?idDatabank=10&idDocMaster=166331&idUnitaDoc=828889&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza)*,*[*L. n. 392 del 1978, art. 2*](https://dejure.it/#/ricerca/fonti_documento?idDatabank=7&idDocMaster=2089585&idUnitaDoc=6331853&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza)*, in relazione all'*[*art. 360 c.p.c.*](https://dejure.it/#/ricerca/fonti_documento?idDatabank=10&idDocMaster=3948143&idUnitaDoc=20114085&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza)*, n. 3. Omessa e contraddittoria motivazione in relazione all'*[*art. 360 c.p.c.*](https://dejure.it/#/ricerca/fonti_documento?idDatabank=10&idDocMaster=3948143&idUnitaDoc=20114085&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza)*, n. 5"; 2) "Violazione e falsa applicazione degli artt.*[*1341*](https://dejure.it/#/ricerca/fonti_documento?idDatabank=10&idDocMaster=166331&idUnitaDoc=828419&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza)*,*[*1342*](https://dejure.it/#/ricerca/fonti_documento?idDatabank=10&idDocMaster=166331&idUnitaDoc=828420&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza)*,*[*1469 bis*](https://dejure.it/#/ricerca/fonti_documento?idDatabank=10&idDocMaster=166331&idUnitaDoc=828661&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza)*,*[*1469 quinquies c.c.*](https://dejure.it/#/ricerca/fonti_documento?idDatabank=10&idDocMaster=166331&idUnitaDoc=828664&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza)*, anche in combinato disposto con l'*[*art. 3 Cost., comma 2*](https://dejure.it/#/ricerca/fonti_documento?idDatabank=10&idDocMaster=167881&idUnitaDoc=843150&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza)*, artt.*[*13*](https://dejure.it/#/ricerca/fonti_documento?idDatabank=10&idDocMaster=167881&idUnitaDoc=843168&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza)*e*[*14 Cost.*](https://dejure.it/#/ricerca/fonti_documento?idDatabank=10&idDocMaster=167881&idUnitaDoc=843171&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza)*, in relazione all'*[*art. 360 c.p.c.*](https://dejure.it/#/ricerca/fonti_documento?idDatabank=10&idDocMaster=3948143&idUnitaDoc=20114085&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza)*, n. 3. Omessa e contraddittoria motivazione in relazione all'*[*art. 360 c.p.c.*](https://dejure.it/#/ricerca/fonti_documento?idDatabank=10&idDocMaster=3948143&idUnitaDoc=20114085&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza)*, n. 5";*

*3) "Omessa pronuncia sul contrasto, immediato o mediato, del regime convenzionale (art. 15 del modulo contrattuale I.N.P.D.A.I./ L.) con l'*[*art. 3 Cost., comma 2*](https://dejure.it/#/ricerca/fonti_documento?idDatabank=10&idDocMaster=167881&idUnitaDoc=843150&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza)*, artt.*[*13*](https://dejure.it/#/ricerca/fonti_documento?idDatabank=10&idDocMaster=167881&idUnitaDoc=843168&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza)*e*[*14 Cost.*](https://dejure.it/#/ricerca/fonti_documento?idDatabank=10&idDocMaster=167881&idUnitaDoc=843171&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza)*, in relazione, all'*[*art. 360 c.p.c.*](https://dejure.it/#/ricerca/fonti_documento?idDatabank=10&idDocMaster=3948143&idUnitaDoc=20114085&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza)*, nn. 3 e 4 e omessa motivazione in relazione all'*[*art. 360 c.p.c.*](https://dejure.it/#/ricerca/fonti_documento?idDatabank=10&idDocMaster=3948143&idUnitaDoc=20114085&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza)*n. 5".*

*Con il primo motivo la ricorrente critica in particolare la tesi secondo la quale il rapporto di locazione "si fonda sull'intuitus personae" e il ritenuto carattere "connaturale alla locazione" del contenuto della clausola n. 15.*

*Secondo la ricorrente le affermazioni della corte d'appello sono apodittiche e controvertibili e quest'ultima ha erroneamente postulato l'equivalenza fra "ospitalità protratta" e "sublocazione", inferendone l'estensione alla ospitalità del divieto di sublocazione non parziale di cui alla*[*L. n. 392 del 1978, art. 2*](https://dejure.it/#/ricerca/fonti_documento?idDatabank=7&idDocMaster=2089585&idUnitaDoc=6331853&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza)*.*

*Tale equivalenza (fra "ospitalità protratta" e "sublocazione"), prosegue la ricorrente, è smentita dall'insegnamento dalla stessa Cassazione secondo la quale il titolo dell'occupazione (sublocazione, comodato, ospitalità) è tanto rilevante da essere materia di prova.*

*Con il secondo motivo la L. critica ancora la corte d'appello per essersi questa "sbarazzata" della disciplina dei "contratti col consumatore", contenuta nel capo 14 bis c.c. (ed ora nel "Codice del consumo"), e ritiene che nessun dubbio può sussistere circa l'applicabilità degli artt.*[*1469 bis*](https://dejure.it/#/ricerca/fonti_documento?idDatabank=10&idDocMaster=166331&idUnitaDoc=828661&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza)*e*[*1469 quinquies c.c.*](https://dejure.it/#/ricerca/fonti_documento?idDatabank=10&idDocMaster=166331&idUnitaDoc=828664&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza)*ad un contratto di locazione stipulato fra un ente (I.N.P.D.A.I) che gestisce il proprio patrimonio immobiliare ricorrendo a modalità di contrattazione in serie e per adesione ed un privato ( L.) il quale, sottostando a condizioni contrattuali unilateralmente predisposte dalla controparte, si procura l'accesso ad un bene fondamentale della vita quale l'abitazione.*

*Con il terzo motivo la ricorrente segnala infine la mancata corrispondenza tra chiesto e pronunciato in relazione all'omessa pronuncia sul conflitto tra l'art. 15 del contratto e la disciplina costituzionale; e sostiene che la clausola contrattuale in forza della quale è stata confermata la risoluzione pronunciata in prime cure è priva d'effetto perchè in diretto contrasto con le norme della costituzione citate nell'epigrafe del motivo in esame.*

*Orbene, ai fini del decidere si deve escludere che la clausola in discussione - che equipara la prolungata ospitalità a sublocazione - sia riconducibile ad alcuna delle figure previste dall'*[*art. 1341 c.c.*](https://dejure.it/#/ricerca/fonti_documento?idDatabank=10&idDocMaster=166331&idUnitaDoc=828419&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza)*.*

*Nè al caso si può ritenere applicabile la norma dettata dall'*[*art. 1469 bis c.c.*](https://dejure.it/#/ricerca/fonti_documento?idDatabank=10&idDocMaster=166331&idUnitaDoc=828661&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza)*introdotto con*[*L. 6 febbraio 1996, n. 52*](https://dejure.it/#/ricerca/fonti_documento?idDatabank=7&idDocMaster=2115199&idUnitaDoc=6490849&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza)*, perchè la disposizione è priva di effetto retroattivo e non si applica ai negozi conclusi in epoca antecedente alla sua entrata in vigore, stante il generale principio di irretroattività della legge (*[*Cass. 23.12.2004 n. 23965*](https://dejure.it/#/ricerca/giurisprudenza_documento_massime?idDatabank=0&idDocMaster=1522663&idUnitaDoc=0&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza)*;Cass. 17.7.2003 n. 11200;Cass. 29.11.1999 n. 13339).*

*Tanto premesso, ritenuti non applicabili gli artt.*[*1341*](https://dejure.it/#/ricerca/fonti_documento?idDatabank=10&idDocMaster=166331&idUnitaDoc=828419&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza)*e*[*1469 bis c.c.*](https://dejure.it/#/ricerca/fonti_documento?idDatabank=10&idDocMaster=166331&idUnitaDoc=828661&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza)*, la disciplina della fattispecie per cui è causa va ricercata nell'ordinamento unitariamente considerato, quale insieme di fonti eterogenee ma reciprocamente armonizzate seppur non in senso paritario bensì secondo un rigoroso rapporto gerarchico al cui vertice è la costituzione che, in modo diretto o indiretto, assegna a ciascuna di esse la propria funzione normativa.*

*In tale struttura gerarchica una posizione preminente hanno quelle norme che attengono ai valori inviolabili della persona umana ed il cui dettato non si esaurisce in formule meramente programmatiche, ma è dotato d'un valore precettivo che le rende direttamente applicabili anche ai rapporti intersoggettivi (Cass. 15.7.2005 n. 15022;Cass. 31.5.2003, n. 8828;Cass. 31.5.2003, n. 8827).*

*In* ***questo quadro, come i osserva in dottrina, l'autonomia negoziale non può essere disancorata dalla natura degli interessi sui quali una data disposizione è destinata ad incidere****. E poichè ogni interesse è correlabile ad un valore, attraverso l'analisi degli interessi si dovrà individuare quali fra essi estrinsecano valori che hanno nella Carta costituzionale il loro riconoscimento e la loro tutela.*

*In altri termini, il fondamento costituzionale dell'autonomia negoziale va individuato alla luce di molteplici supporti normativi, in ragione della natura degli interessi affidati alle singole esplicazioni di autonomia e dei valori costituzionali ai quali questi interessi sono riconducibili. I fondamenti costituzionali dell'autonomia negoziale offrono all'interprete le indispensabili coordinate, alle quali attingere per esprimere sui singoli e concreti atti di autonomia quei giudizi di valore che l'ordinamento affida loro. Ci si riferisce ai controlli di "meritevolezza di tutela degli interessi" (*[*art. 1322 c.c.*](https://dejure.it/#/ricerca/fonti_documento?idDatabank=10&idDocMaster=166331&idUnitaDoc=828387&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza)*) e di "liceità" (spec.*[*art. 1343 c.c.*](https://dejure.it/#/ricerca/fonti_documento?idDatabank=10&idDocMaster=166331&idUnitaDoc=828423&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza)*) che devono essere condotti, per quanto qui interessa, alla stregua dell'*[*art. 2 Cost.*](https://dejure.it/#/ricerca/fonti_documento?idDatabank=10&idDocMaster=167881&idUnitaDoc=843148&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza)*il quale tutela i diritti inviolabili dell'uomo e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà.*

*Quest'ultima, supremo principio costituzionale,* ***esprime cooperazione e si caratterizza*** *per una valenza etica, identificandosi con un "ideale di partecipazione piena all'altrui vicenda" che non può non assumere aspetti di reciprocità. La* ***persona è inseparabile dalla solidarietà che non*** *può essere pertanto limitata alla sfera dei rapporti economici dato che il principio solidaristico, oltre a svolgere una funzione emancipatoria ed a garantire l'adempimento dei doveri del singolo verso la comunità, assume rilevanza anche nell'ambito dei rapporti interindividuali. In altre parole, il principio* ***solidaristico non è più soltanto caratterizzato in senso economico****, rivolto a scopi nazionalistici, di efficientismo del sistema o di aumento della produttività, ma ha fini ad un tempo politici, economici, sociali.*

*Nell'*[*art. 2 Cost.*](https://dejure.it/#/ricerca/fonti_documento?idDatabank=10&idDocMaster=167881&idUnitaDoc=843148&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza)*(oltre che negli artt.*[*29*](https://dejure.it/#/ricerca/fonti_documento?idDatabank=10&idDocMaster=167881&idUnitaDoc=843203&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza)*e*[*30 cost.*](https://dejure.it/#/ricerca/fonti_documento?idDatabank=10&idDocMaster=167881&idUnitaDoc=843205&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza)*) trovano così il loro sostegno le esplicazioni di autonomia, a contenuto patrimoniale e non, che hanno la loro ragion d'essere nella famiglia (ad es., accordi sull'indirizzo della vita familiare, convenzioni matrimoniali, contratti stipulati nell'interesse della famiglia), alla quale è devoluto l'essenziale compito di realizzare le istanze più profonde della persona.*

*Alla stregua di queste premesse deve rilevarsi che i divieti di cui all'art. 15 del contratto di locazione confliggono proprio con* ***l'adempimento dei doveri di solidarietà che si può manifestare attraverso l'ospitalità offerta per venire incontro ad altrui difficoltà*** *e possono altresì confliggere con la tutela dei rapporti sia all'interno della famiglia fondata sul matrimonio sia di una convivenza di fatto tutelata in quanto formazione sociale, o con l'esplicazione di rapporti amicizia.*

*D'altra parte, considerato il superamento del tradizionale modo di intendere i diritti della personalità e l'esigenza di tutelare la vita privata dall'altrui ingerenza, è lecito individuare nella clausola generale di cui all'*[*art. 2 Cost.*](https://dejure.it/#/ricerca/fonti_documento?idDatabank=10&idDocMaster=167881&idUnitaDoc=843148&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza)*una tutela contro le lesioni della personalità che si potrebbero verificare anche attraverso l'intrusione nelle mura domestiche del conduttore. E una tale violazione certo consente l'art. 15 attraverso quei possibili controlli sullo svolgimento di relazioni individuali all'interno dell'immobile, finalizzati ad impedire forme di ospitalità non temporanea.*

*In conclusione, per le ragioni sin qui esposte, rilevato il contrasto fra il suddetto art. 15 e la disciplina dell'*[*art. 2 Cost.*](https://dejure.it/#/ricerca/fonti_documento?idDatabank=10&idDocMaster=167881&idUnitaDoc=843148&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza)*il ricorso principale è fondato.*

*Omissis.*

**2. Ambito applicativo del giudizio di meritevolezza: Cass. civ., sez. III, 13 maggio 2020, n. 8894.**

**Nota. *In questa sentenza, la Cassazione si è posta la questione dell’applicabilità del giudizio di meritevolezza anche ai contratti tipici.***

*Omissis.*

*Ora, qui non è il caso di entrare nella questione di come si valuti la meritevolezza:* ***se attenga al tipo o alla causa****,* ***se possa farsene applicazione ai contratti tipici in aggiunta al criterio della illiceità (***[***art. 1343 c.c.***](#/ricerca/fonti_documento?idDatabank=10&idDocMaster=166331&idUnitaDoc=828423&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza)***).***

*E' noto che le soluzioni prospettabili sono due: quella che ritiene che per meritevolezza debba intendersi nient'altro che illiceità, cosi che la norma sarebbe meramente ricognitiva dei divieti di legge, e quella che, invece, intende la meritevolezza come una clausola generale che abilita l'interprete ad un controllo sulle attività private (sulla conclusione di contratti atipici) secondo criteri diversi dalla illiceità tipizzata dall'*[*art. 1343 c.c.*](#/ricerca/fonti_documento?idDatabank=10&idDocMaster=166331&idUnitaDoc=828423&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza) *(contrarietà a norme imperative, all'ordine pubblico ed al buon costume), ed il cui contenuto varia a seconda degli interpreti: a volte* ***meritevolezza significa utilità sociale, altre volte immeritevole è il contratto che impedisca lo sviluppo della persona e via dicendo.***

*Omissis.*

**2.1. *Segue*: Cass. civ., sez. I, 15 febbraio 2016, n. 2900.**

*Omissis.*

*Ritiene il Collegio che, come rilevato in una recente pronuncia relativa a fattispecie del tutto simile (Cass.22950 del 2015) "la sussunzione del negozio nell'ambito (o fuori dell'ambito n.d.r.) dei contratti meritevoli di tutela è giudizio di diritto" rimesso all'esame della Corte di legittimità mentre la ricostruzione del contenuto del contratto è opera insindacabile del giudice del merito. Ne consegue che il giudizio di meritevolezza, sulla base della ricostruzione del tessuto negoziale risultante dalla sentenza impugnata costituisce* ***un'operazione di qualificazione giuridica*** *del tutto rientrante nella funzione officiosa del giudice di legittimità, non introducendo una nuova o diversa questione rilevabile d'ufficio, dal momento che l'oggetto dell'indagine, rispetto alla declaratoria di nullità per violazione di norme imperative che ha costituito l'oggetto dell'esame del giudice del merito nel presente giudizio, è sostanzialmente sovrapponibile,* ***dovendosi applicare non tanto il parametro del proibito quanto quello dell'agiuridico (come efficacemente sottolineato da Cass. 22950 del 2015) al fine di formulare il giudizio di meritevolezza.******La soluzione negativa determina la conseguenza dell'improduttività degli effetti del contratto fin dall'origine dal momento che non sussiste una ragione giustificativa plausibile del vincolo, il quale non merita tutela e non è coercibile, restando indifferente per l'ordinamento.***

***Il contratto atipico, all'esito del giudizio d'immeritevolezza, deve ritenersi inefficace fin dalla stipulazione, inidoneo a vincolare le parti al reticolo di regole che ne compongono la struttura****.* ***Tale è la conseguenza della "irrilevanza giuridica" del medesimo. La valutazione da svolgere è, pertanto, del tutto simile a quella riguardante l'accertamento della validità o invalidità del contratto ex*** [***art. 1418 cod. civ.***](http://entilocali.leggiditalia.it/#id=05AC00002850,__m=document) ***, anzi deve ritenersi che l'indagine relativa alla tipicità od atipicità del contratto, alla sua unitarietà o scindibilità, costituisce un accertamento preliminare indefettibile****. Per queste ragioni deve escludersi che si tratti di una questione rilevabile d'ufficio da sottoporre preventivamente al contraddittorio delle parti in quanto l'operazione da svolgere attiene alla correzione in diritto della motivazione della sentenza di secondo grado ex* [*art. 384 c.p.c.*](http://entilocali.leggiditalia.it/#id=05AC00005001,__m=document) *, u.c..*

*Omissis.*

**Dottrina**

**1. *Dal "controllo" alla"conformazione" dei contratti: itinerari della meritevolezza* di M. Pennasilico in *Contratto e Impr.,* 2020, 2, 823*.***

Sommario: 1. Premessa: delimitazione del discorso e opzione di metodo. - 2. La radice bettiana della meritevolezza tra "liceità" e "idoneità" degli atti di autonomia. - 3. La "modernizzazione" della concezione bettiana di meritevolezza: il problema dell'oggetto del controllo. - 4. (*segue*) Il problema del rapporto tra liceità e meritevolezza. - 5. Le declinazioni della meritevolezza: "controllo", "conformazione" e "sostenibilità" dei contratti. - 6. Ripensare la meritevolezza alla luce dell'interesse ambientale: dalla funzione economico-sociale alla funzione ecologico-sociale.

1. - Il mio discorso, movendo dalla radice bettiana della meritevolezza, tenterà di mostrare che il concetto di meritevolezza, nella materia contrattuale, indica un controllo generale, **che non può non estendersi a tutti i contratti, tipici o atipici che siano**, in quanto momento imprescindibile **dell'unitario procedimento ermeneutico di interpretazione e qualificazione** dei contratti, non potendosi assicurare la tutela giuridica a un atto di autonomia che non meriti di essere protetto [(1)](https://pa.leggiditalia.it/rest?print=1" \l "nota_1).

Alla base del discorso è, quindi, una precisa opzione di metodo, che non soltanto segna il passaggio **dalla struttura alla funzione del contratto** e l'insufficienza del nudo consenso a determinare una valutazione positiva delle prestazioni programmate, ma soprattutto consentirà di adeguare il concetto di meritevolezza alla "complessità" del sistema ordinamentale italo-europeo e di coglierne la valenza attuale, in particolare con riguardo alla prepotente emersione, nelle contrattazioni pubbliche e private, di **interessi sociali e ambientali e alla conseguente meritevolezza di contratti "sostenibili" ed "ecologici".**

2. - La giovane storia del concetto giuridico di "meritevolezza", codificato in Italia [dall'art. 1322, comma 2, c.c.](https://entilocali.leggiditalia.it/#id=05AC00002957,__m=document), è la narrazione di un caso più unico che raro, «un ***unicum* nel panorama europeo»****[(2)](https://pa.leggiditalia.it/rest?print=1" \l "nota_2)**.

Il concetto risale, com'è noto, all'impostazione sociale di Emilio Betti[(3)](https://pa.leggiditalia.it/rest?print=1" \l "nota_3), che lo concepì come **limite generale dell'autonomia negoziale**, ben distinto da quello della liceità: il contratto doveva essere non soltanto lecito, cioè non dannoso per la società, ma anche **meritevole di tutela, ossia socialmente utile, con conseguente esclusione della possibilità di concludere contratti futili o socialmente inutili****[(4)](https://pa.leggiditalia.it/rest?print=1" \l "nota_4)**.

Più che di meritevolezza, Betti parlava sia **di *idoneità*, intesa come rispondenza alle esigenze fondamentali dell'economia nazionale o del regime corporativo**, sia di «causa *idonea* di per sé a giustificare la tutela del diritto, oltre che realizzabile in concreto»[(5)](https://pa.leggiditalia.it/rest?print=1" \l "nota_5). **E aggiungeva che il «difetto di causa idonea»** alla tutela giuridica è configurabile anche quando il contratto risponda a taluno dei tipi astratti, «senza tuttavia adempiere in concreto la sua destinazione»; sì che «non basta allargare la nozione della illiceità della causa, ma occorre richiedere la positiva rispondenza dei negozi conclusi a funzioni d'interesse sociale». Orbene, conclude Betti, «può darsi che in concreto si concluda un negozio non riconducibile ad alcuno dei tipi nominati e si faccia questione se esso risponda a taluna di quelle funzioni»[(6)](https://pa.leggiditalia.it/rest?print=1" \l "nota_6), sì **che «la idoneità della causa dev'essere controllata dal giudice di volta in volta in concreto»****[(7)](https://pa.leggiditalia.it/rest?print=1" \l "nota_7)**; «o può darsi che il negozio concluso, pur appartenendo ad uno dei tipi nominati, sia indirizzato ad uno scopo pratico che, senza potersi qualificare illecito, sia tuttavia [...] frivolo, futile o improduttivo dal punto di vista della generalità dei consociati»[(8)](https://pa.leggiditalia.it/rest?print=1" \l "nota_8).

Il legislatore del '42 ha recepito aspetti essenziali del pensiero bettiano [(9)](https://pa.leggiditalia.it/rest?print=1" \l "nota_9), tant'è che la Relazione al codice, al paragrafo 613, sancì che la causa non soltanto deve essere conforme ai precetti di legge, all'ordine pubblico e al buon costume, ma deve anche rispondere «alla necessità che il fine intrinseco del contratto sia socialmente apprezzabile e come tale meritevole della tutela giuridica»[(10)](https://pa.leggiditalia.it/rest?print=1" \l "nota_10). Le proposte avanzate da Betti per la redazione degli articoli sulla causa, e in particolare il suggerimento - sebbene non accolto nel testo definitivo - d'inserirvi il parametro dell'*idoneità*, poi sostanzialmente recuperato sotto forma di meritevolezza [(11)](https://pa.leggiditalia.it/rest?print=1" \l "nota_11), segnarono un'indubbia convergenza tra la concezione della funzione sociale e della meritevolezza del contratto e i propositi dirigistici e autarchici del legislatore fascista [(12)](https://pa.leggiditalia.it/rest?print=1" \l "nota_12).

Qui due brevi considerazioni.

La prima è che, nella visione bettiana, l'*idoneità* (o *meritevolezza*) è un parametro "deontologico" generale, «**comune a tutti i contratti**»[(13)](https://pa.leggiditalia.it/rest?print=1" \l "nota_13), un limite immanente all'autonomia privata, imposto dal superiore interesse sociale [(14)](https://pa.leggiditalia.it/rest?print=1" \l "nota_14).

La seconda è che la ricostruzione bettiana della funzione negoziale ha suscitato numerose e notissime riserve, dalla deriva dirigistica e paternalistica dell'autonomia privata [(15)](https://pa.leggiditalia.it/rest?print=1" \l "nota_15) all'appiattimento della causa sul tipo [(16)](https://pa.leggiditalia.it/rest?print=1" \l "nota_16), ponendosi in evidenza che la causa, intesa come funzione economico-sociale, condurrebbe l'interprete a pretermettere la valutazione della situazione concreta e degli scopi pratici che hanno indotto le parti a negoziare[(17)](https://pa.leggiditalia.it/rest?print=1" \l "nota_17).

Tuttavia, a ben vedere, e come emerge chiaramente anche dai passi dianzi citati, Betti non trascurava affatto il concetto di "causa" come «scopo pratico immediato» (ossia la causa del concreto negozio) [(18)](https://pa.leggiditalia.it/rest?print=1" \l "nota_18), ma reputava che la causa, nella sua accezione di sintesi degli elementi essenziali [(19)](https://pa.leggiditalia.it/rest?print=1" \l "nota_19), dovesse esprimere non soltanto un interesse meramente individuale (o particolare), ma altresì un interesse sociale (o generale). Si tratta, nelle limpide parole di Betti, di «due profili logicamente correlativi, non già di due nozioni contrastanti»[(20)](https://pa.leggiditalia.it/rest?print=1" \l "nota_20), con buona pace della *vulgata* dottrinale e giurisprudenziale, che fraintende il senso genuino del pensiero bettiano [(21)](https://pa.leggiditalia.it/rest?print=1" \l "nota_21).

3. - Una volta caduto il regime, il secondo dopoguerra segnò una decisiva «svolta ordinamentale», ossia la conformazione del diritto, e in particolare del diritto civile, ai principi precettivi della Costituzione [(22)](https://pa.leggiditalia.it/rest?print=1" \l "nota_22). La "**costituzionalizzazione" del diritto** civile ha indotto una parte cospicua della dottrina, seguita soltanto di recente dalla giurisprudenza, a modernizzare la concezione bettiana della funzione negoziale [(23)](https://pa.leggiditalia.it/rest?print=1" \l "nota_23). In effetti, con l'avvento della Costituzione non appare più adeguato il criterio neutro della liceità, nell'ambito del quale confluiscono e si confondono contratti notevolmente meritevoli di tutela con contratti semplicemente leciti e permessi.

Specularmente, sono immeritevoli di tutela i contratti il cui assetto di interessi è difforme dai principi normativi identificativi dell'ordinamento, innanzi tutto quelli costituzionali, sì che la non conformità della "regola" contrattuale a quei principi priva l'operazione di una causa meritevole di tutela, con conseguente nullità del contratto [(24)](https://pa.leggiditalia.it/rest?print=1" \l "nota_24). L'immeritevolezza **deve, dunque, ravvisarsi ogni qual volta il contratto si ponga in contrasto con valori costituzionalmente protetti, all'esito di un vaglio di conformità della regola contrattuale alla legalità costituzionale****[(25)](https://pa.leggiditalia.it/rest?print=1" \l "nota_25).**

In questa prospettiva, occorre rispondere ai due quesiti che, ancora oggi, solleva il problema della meritevolezza: (a) l'oggetto o punto d'incidenza del giudizio di meritevolezza, ovvero se il controllo investa **soltanto i contratti atipici, come sembrerebbe deporre il capoverso**[**dell'art. 1322 c.c.**](https://entilocali.leggiditalia.it/#id=05AC00002957,__m=document)**[(26)](https://pa.leggiditalia.it/rest?print=1" \l "nota_26), o si estenda anche ai contratti tipici****[(27)](https://pa.leggiditalia.it/rest?print=1" \l "nota_27)**; (b) **l'interferenza tra meritevolezza e liceità, ovvero quale sia il rapporto (di autonomia o di sovrapposizione) tra controllo di meritevolezza e controllo di liceità****[(28)](https://pa.leggiditalia.it/rest?print=1" \l "nota_28).**

La tesi **che esclude il sindacato di meritevolezza per i contratti tipici** si basa, com'è noto, sull'assunto comune, desunto da una lettura superficiale dei testi bettiani, che il legislatore, già disciplinando tali contratti, ne avrebbe sancito **l'apprezzamento positivo**, in coerenza con la nozione tradizionale di causa in astratto, quale funzione economico-sociale del contratto, che finisce con il sovrapporsi alla nozione di tipo contrattuale [(29)](https://pa.leggiditalia.it/rest?print=1" \l "nota_29). Tuttavia, **Betti, pur osservando che «il controllo circa la idoneità della causa si può ritenere già fatto dalla legge in astratto e in linea di massima nella configurazione del tipo»****[(30)](https://pa.leggiditalia.it/rest?print=1" \l "nota_30), non mancava di aggiungere che tale controllo deve comunque essere rinnovato dal giudice per scongiurare le ipotesi di contratti socialmente futili o improduttivi** [(31)](https://pa.leggiditalia.it/rest?print=1" \l "nota_31).

Certo, nelle stesse esemplificazioni prospettate da Betti [(32)](https://pa.leggiditalia.it/rest?print=1" \l "nota_32), si tratta di ipotesi eccezionali o marginali, sì che il controllo di meritevolezza dei contratti tipici sembra assumere una rilevanza modesta, tanto da porsi l'interesse non meritevole di tutela in uno spazio intermedio, tra il difetto di causa e l'illiceità [(33)](https://pa.leggiditalia.it/rest?print=1" \l "nota_33); ovvero da ridursi il giudizio di meritevolezza a un controllo sul *tipo sociale* e non sulla *causa*: meritevole sarebbe lo strumento elaborato dai contraenti, se idoneo «ad assurgere a modello giuridico di regolamentazione degli interessi, vista l'assenza di una preventiva opera di tipizzazione legislativa»[(34)](https://pa.leggiditalia.it/rest?print=1" \l "nota_34).

Tesi, quest'ultima, rimasta minoritaria, giacché la limitazione del controllo di meritevolezza ai soli contratti atipici è stata incisivamente avversata, riportando il discorso proprio sul piano funzionale e valorizzando una **dimensione concreta della causa**, che consentisse di tenere nel dovuto conto le peculiarità irripetibili del singolo regolamento d'interessi [(35)](https://pa.leggiditalia.it/rest?print=1" \l "nota_35). Nella logica della causa come «funzione economico-individuale»[(36)](https://pa.leggiditalia.it/rest?print=1" \l "nota_36), la distinzione tra contratti tipici e atipici perde gran parte del suo peso e il controllo di meritevolezza assume una valenza generalizzata [(37)](https://pa.leggiditalia.it/rest?print=1" \l "nota_37). L'evoluzione interpretativa verso la causa in concreto [(38)](https://pa.leggiditalia.it/rest?print=1" \l "nota_38), asseverata dalle più recenti tendenze giurisprudenziali [(39)](https://pa.leggiditalia.it/rest?print=1" \l "nota_39), non può che sfociare nell'interpretazione evolutiva o adeguatrice [dell'art. 1322, comma 2, c.c.](https://entilocali.leggiditalia.it/#id=05AC00002957,__m=document) e nel conseguente allargamento delle maglie del controllo di meritevolezza, destinato a ogni singolo contratto, tipico o atipico che sia [(40)](https://pa.leggiditalia.it/rest?print=1" \l "nota_40).

Sennonché, questa generalizzazione sembra scontare una fatale confusione o sovrapposizione, giacché il giudizio di meritevolezza viene fondato sulla conformità della regola contrattuale ai parametri delle norme imperative, dell'ordine pubblico e del buon costume [(41)](https://pa.leggiditalia.it/rest?print=1" \l "nota_41), così identificandosi, come superfetazione o «**inutile doppione»****[(42)](https://pa.leggiditalia.it/rest?print=1" \l "nota_42)**, nel giudizio "gemello" di liceità. Occorre, dunque, verificare, sul piano sistematico e applicativo, se sia possibile coniugare l'estensione della meritevolezza a tutti i contratti con una valenza propria e distinta dal predicato della liceità [(43)](https://pa.leggiditalia.it/rest?print=1" \l "nota_43).

In effetti, il controllo di meritevolezza, troppo a lungo relegato ai margini del "diritto vivente", si apre a una progressiva "**rivitalizzazion**e" proprio nella prassi giurisprudenziale [(44)](https://pa.leggiditalia.it/rest?print=1" \l "nota_44), propensa a superare la distinzione tra contratti tipici e atipici [(45)](https://pa.leggiditalia.it/rest?print=1" \l "nota_45).

Si pensi, anzi tutto, a **operazioni finanziarie complesse**, al collegamento tra un contratto di mutuo, concesso dalla banca all'investitore, e un contestuale mandato, che l'investitore conferisce alla banca al fine di utilizzare la somma erogata per acquistare titoli, emessi peraltro dalla banca stessa, che assume al contempo le vesti di mutuante, mandataria ed emittente, in palese conflitto d'interessi [(46)](https://pa.leggiditalia.it/rest?print=1" \l "nota_46). Qui, se la considerazione atomistica dei singoli contratti tipici difficilmente potrebbe permettere un efficace sindacato di meritevolezza, la loro combinazione dà vita a un'operazione unitaria [(47)](https://pa.leggiditalia.it/rest?print=1" \l "nota_47), sulla quale l'ordinamento non può esprimere un apprezzamento positivo, in quanto idonea a frustrare la tutela del risparmio, garantita, nelle sue varie forme, [dall'art. 47 cost.](https://entilocali.leggiditalia.it/#id=05AC00009892,__m=document) [(48)](https://pa.leggiditalia.it/rest?print=1" \l "nota_48).

Non meno rilevante è l'ipotesi **della c.d. clausola di rischio cambio**, inserita in un contratto di locazione finanziaria, che sconta il giudizio di non meritevolezza «perché introduce uno strumento finanziario autonomo e con finalità eminentemente speculative, quindi non solidali né equilibrate in sé e rispetto alla funzione negoziale immaginata alla conclusione del contratto di leasing»[(49)](https://pa.leggiditalia.it/rest?print=1" \l "nota_49).

**Né mancano applicazioni giurisprudenziali, che posso solo ricordare, nelle quali una clausola inserita in un contratto tipico è stata autonomamente assoggettata al controllo di meritevolezza****[(50)](https://pa.leggiditalia.it/rest?print=1" \l "nota_50):** dalla pattuizione *claims made* nel contratto di assicurazione [(51)](https://pa.leggiditalia.it/rest?print=1" \l "nota_51) alla clausola di indicizzazione nel mutuo [(52)](https://pa.leggiditalia.it/rest?print=1" \l "nota_52), fino all'accordo, accessorio a comodato senza determinazione di limiti temporali, finalizzato a consentire al comodante di domandare la restituzione del bene in qualsiasi momento, qualora ne abbia necessità [(53)](https://pa.leggiditalia.it/rest?print=1" \l "nota_53).

Notevole interesse riveste altresì l'ipotesi **del preliminare di preliminare**, meritevole ogni qual volta sia configurabile l'interesse delle parti alla formazione progressiva del contratto [(54)](https://pa.leggiditalia.it/rest?print=1" \l "nota_54); o di un contratto atipico di trasferimento di un giocatore di calcio, che non avendo osservato le regole stabilite dalle federazioni sportive nazionali, sia dichiarato nullo non già per violazione di norme imperative di legge, bensì per difetto di meritevolezza [(55)](https://pa.leggiditalia.it/rest?print=1" \l "nota_55).

Un'altra questione emblematica riguarda la validità di una clausola, **apposta a un contratto tipico** di **locazione abitativa, mediante** la quale s'imponeva al conduttore il divieto, sotto pena di risoluzione automatica, di ospitare per un periodo di tempo non breve persone estranee al nucleo familiare. La Corte Suprema [(56)](https://pa.leggiditalia.it/rest?print=1" \l "nota_56) ha individuato la soluzione non già nella disciplina del tipo contrattuale, bensì nell'unitario sistema ordinamentale, al cui vertice si pongono **le norme sui diritti inviolabili della persona, «direttamente applicabili anche ai rapporti intersoggettivi»****[(57)](https://pa.leggiditalia.it/rest?print=1" \l "nota_57).** Pertanto, prosegue la Corte, i «fondamenti costituzionali dell'autonomia negoziale offrono all'interprete le indispensabili coordinate, alle quali attingere per esprimere sui singoli e concreti atti di autonomia quei giudi**zi di valore che l'ordinamento affida loro. Ci si riferisce** ai controlli di "meritevolezza di tutela degli interessi" ([art. 1322 c.c.](https://entilocali.leggiditalia.it/#id=05AC00002957,__m=document)) e di "liceità" (spec. [art. 1343 c.c.](https://entilocali.leggiditalia.it/#id=05AC00002934,__m=document)) che devono essere condotti, per quanto qui interessa, alla stregua [dell'art. 2 cost.](https://entilocali.leggiditalia.it/#id=05AC00009911,__m=document), il quale tutela i diritti inviolabili dell'uomo e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà»[(58)](https://pa.leggiditalia.it/rest?print=1" \l "nota_58). **Ed è proprio il conflitto insanabile con il principio di solidarietà a indurre la Corte a considerare non meritevole e, dunque, priva di effetto la clausola risolutiva espressa.**

4. - Quest'ultima sentenza giova anche a risolvere il secondo problema segnalato, ossia il rapporto tra meritevolezza e liceità. Come appena notato, la motivazione riferisce entrambi i controlli alla conformità della regola negoziale alle «**coordinate» personalistica e solidaristica dell'ordinamento** costituzionale, chiarendo che il richiamo ai principi identificativi dell'ordinamento - la cui complessità impone di considerare anche i principi di matrice europea, come quelli che tutelano la concorrenza o l'ambiente, e le convenzioni internazionali ([art. 117, comma 1, cost.](https://entilocali.leggiditalia.it/#id=05AC00009971,__m=document)) - è tratto comune, e non distintivo, dei giudizi di liceità e meritevolezza [(59)](https://pa.leggiditalia.it/rest?print=1" \l "nota_59).

**Eppure, la comunanza dei due giudizi non vale a segnarne la sovrapposizione, poiché continua a sussistere una differenza qualitativa tra i due tipi di controllo****[(60)](https://pa.leggiditalia.it/rest?print=1" \l "nota_60): mentre la liceità individua un limite esterno che, *in negativo*, l'autonomia negoziale non può oltrepassare, la meritevolezza colora dall'interno la regola pattizia, attribuendo ad essa una valutazione favorevole se, *in positivo*, realizzi una funzione conforme a quei principi****[(61)](https://pa.leggiditalia.it/rest?print=1" \l "nota_61), che della regola negoziale sono il parametro di giustificazione****[(62)](https://pa.leggiditalia.it/rest?print=1" \l "nota_62).**

Con una duplice conseguenza: da un lato, il giudizio di meritevolezza non può aprioristicamente desumersi dalla «uniformità internazionale del modello contrattuale», paventando l'isolamento economico che discenderebbe dal diniego di meritevolezza a una pratica contrattuale diffusa all'estero [(63)](https://pa.leggiditalia.it/rest?print=1" \l "nota_63), ma che potrebbe, in concreto, non essere conforme ai principi costituzionali ed europei [(64)](https://pa.leggiditalia.it/rest?print=1" \l "nota_64); dall'altro, «il controllo di legittimità degli atti aventi forza di legge e il controllo di meritevolezza degli atti di autonomia negoziale finiscono con l'avere le stesse radici, le stesse motivazioni, gli stessi principi normativi di riferimento»[(65)](https://pa.leggiditalia.it/rest?print=1" \l "nota_65), al punto da prospettarsi, in dottrina, una **convergenza tra il giudizio di meritevolezza e il sindacato di ragionevolezza costituzionale** [(66)](https://pa.leggiditalia.it/rest?print=1" \l "nota_66).

In questa prospettiva, occorre chiarire il differente ruolo che svolgono il controllo di meritevolezza e **l'interpretazione secondo buona fede (**[**art. 1366 c.c.**](https://entilocali.leggiditalia.it/#id=05AC00002908,__m=document)) [(67)](https://pa.leggiditalia.it/rest?print=1" \l "nota_67). Se è vero che entrambi gli strumenti si caratterizzano come tecniche di raccordo e di conformazione della regola negoziale ai principi **fondamentali,** ciò nonostante si muovono su piani parzialmente diversi. **Si potrebbe dire che l'attività dell'interprete, nel formulare il giudizio di meritevolezza, «conduce a un risultato paragonabile a quello che, in relazione a una norma di legge, svolge una sentenza della Corte costituzionale di accoglimento (se il contratto è reputato non meritevole, quindi sanzionato con l'invalidità) o di rigetto (se il contratto è reputato meritevole, quindi valido).** Diversamente, l'operare della buona fede interpretativa produce un risultato più simile a quello ottenuto, sempre in relazione alla norma di legge, mediante una sentenza interpretativa o mediante una sentenza additiva: il regolamento incompatibile con i principi viene, nei limiti del possibile, parzialmente riletto, o se si preferisce riscritto, in una formulazione che ne preservi la compatibilità con il sistema costituzionale»[(68)](https://pa.leggiditalia.it/rest?print=1" \l "nota_68).

È evidente, allora, che **se l'immeritevolezza fosse desumibile, al pari dell'illiceità, dal contrasto con i principi costituzionali ed europei, anziché dalla loro inadeguata attuazione**, sarebbe insuperabile il rilievo che la reazione dell'ordinamento ai contratti socialmente dannosi si esaurisce nel sindacato di **liceità previsto**[**dall'art. 1343 c.c.**](https://entilocali.leggiditalia.it/#id=05AC00002934,__m=document)**[(69)](https://pa.leggiditalia.it/rest?print=1" \l "nota_69).** In realtà, la scelta tra fermarsi al controllo di non illiceità o procedere al controllo di meritevolezza del contratto, tipico o atipico che sia, si rivela una *methodenstreit*, una controversia sul metodo, che, in un ordinamento costituzionale e sociale di diritto, non può che risolversi nella inadeguatezza del nudo patto alla vincolatività del programma negoziale e nella conseguente conformazione dei contratti ai principi identificativi di quell'ordinamento [(70)](https://pa.leggiditalia.it/rest?print=1" \l "nota_70).

Ciò chiarito - e tralascio ogni **cenno alla meritevolezza degli atti di destinazione** (art. 2645 *ter* c.c.), anch'essa oltre la liceità, nel segno della solidarietà [(71)](https://pa.leggiditalia.it/rest?print=1" \l "nota_71) -, **è possibile ora replicare all'insigne studioso che ha negato l'autonomia del controllo di meritevolezza, lamentando l'impossibilità di addurre un esempio, reale o anche soltanto immaginario, di contratti immeritevoli che siano nulli non perché illeciti o altrimenti viziati****[(72)](https://pa.leggiditalia.it/rest?print=1" \l "nota_72).**

Decisiva, a tal proposito, è l'iniziativa privata che, per lo svolgimento di attività d'interesse generale, attua il principio costituzionale di sussidiarietà orizzontale ([art. 118, comma 4, cost.](https://entilocali.leggiditalia.it/#id=05AC00009970,__m=document)) [(73)](https://pa.leggiditalia.it/rest?print=1" \l "nota_73). Si pensi, per esempio, all'emissione dei c.dd. *social impact bond*, titoli di investimento mediante i quali i privati finanziano servizi sociali in funzione di un guadagno che dipende dall'effettivo miglioramento di determinate variabili sociali, traducibili in un risparmio di spesa pubblica (riduzione della recidiva criminale, della dipendenza da droghe o alcol, delle visite mediche, ecc.) [(74)](https://pa.leggiditalia.it/rest?print=1" \l "nota_74). In quanto strumento di cooperazione tra privati e pubblica amministrazione, che abbraccia interessi ulteriori rispetto a quelli economici dei contraenti, il *social impact bond*«travalica la semplice dimensione dell'autoregolamento, con efficacia tra le parti, ed accede alla dimensione della regolamentazione - con rilevanza esterna - di attività che sono destinate ad incidere sui terzi nella misura in cui rivestono una funzione attuativa dei diritti fondamentali degli utenti»[(75)](https://pa.leggiditalia.it/rest?print=1" \l "nota_75).

5. - La meritevolezza si evolve, dunque, da strumento di controllo esterno, finalizzato alla mera attuazione degli interessi individuali perseguiti dai privati, a **strumento di controllo e conformazione dall'interno della regola contrattuale ai principi apicali dell'ordinamento** italo-europeo[(76)](https://pa.leggiditalia.it/rest?print=1" \l "nota_76), per lo svolgimento positivo di attività negoziali d'interesse generale, giustificate dal principio di sussidiarietà [(77)](https://pa.leggiditalia.it/rest?print=1" \l "nota_77).

In questa direzione, occorre chiedersi quale sia l'incidenza sulla categoria contrattuale dell'interesse ambientale, ossia dell'uso razionale e responsabile delle risorse naturali [(78)](https://pa.leggiditalia.it/rest?print=1" \l "nota_78), in attuazione del principio dello sviluppo sostenibile (artt. 3 e 21, Tratt. UE, 11 Tratt. FUE e 37 Carta UE), che implica un giudizio di valore sull'attività economica, considerata meritevole soltanto se rispetti l'ambiente, gli ecosistemi e le esigenze anche delle generazioni future [(79)](https://pa.leggiditalia.it/rest?print=1" \l "nota_79). Si assiste, così, a un processo di conformazione "ecologica" dell'autonomia negoziale [(80)](https://pa.leggiditalia.it/rest?print=1" \l "nota_80), che trova fondamento nel codice dell'ambiente, là dove stabilisce, in attuazione dei principi ambientali europei e di una serie di norme costituzionali, che la tutela dell'ambiente e degli ecosistemi naturali è un principio di azione, che vincola l'attività dei soggetti pubblici e privati (art. 3-*ter* c.a.), e che ogni attività umana, giuridicamente rilevante ai sensi del medesimo codice, «deve conformarsi al principio dello sviluppo sostenibile» (art. 3-*quater*, comma 1, c.a.).

**Questa "funzionalizzazione" di tutte le attività, private e pubbliche**, vale a individuare un rapporto equilibrato tra risorse da risparmiare e da trasmettere, «affinché nell'ambito delle dinamiche della produzione e del consumo si inserisca altresì il principio di solidarietà per salvaguardare e per migliorare la qualità dell'ambiente anche futuro» (art. 3-*quater*, comma 3, c.a.). Emerge, così, la correlazione o il rapporto dialettico tra i principi dello sviluppo sostenibile e della solidarietà sociale e ambientale ([artt. 2 e 9 cost.](https://entilocali.leggiditalia.it/#id=05AC00009911%2005AC00009855,__m=document)), che si traduce in una "endiadi", espressiva di una funzione e di una competenza statale unitaria (art. 117, comma 2, lett. *s*, cost.) [(81)](https://pa.leggiditalia.it/rest?print=1" \l "nota_81).

L'interesse ambientale può, dunque, considerarsi oggi un ***vincolo positivo e intrinseco*all'attività di operatori pubblici e privati: non già un *mero limite esterno* all'autonomia negoziale, bensì un *fattore trainante* dello sviluppo** [(82)](https://pa.leggiditalia.it/rest?print=1" \l "nota_82), che indirizza la produzione verso i dettami dell'economia "circolare" e rende meritevoli di tutela i contratti idonei a realizzare una funzione "ecologico-sociale" [(83)](https://pa.leggiditalia.it/rest?print=1" \l "nota_83). La sostenibilità ambientale assurge, quindi, a parametro del giudizio di meritevolezza di atti, rapporti e dello stesso sviluppo economico[(84)](https://pa.leggiditalia.it/rest?print=1" \l "nota_84), sì che occorre sottoporre i contratti alla valutazione di sostenibilità, che attiene non all'utile ma al giusto, ossia alla migliore soddisfazione qualitativa dei bisogni sociali e ambientali della persona [(85)](https://pa.leggiditalia.it/rest?print=1" \l "nota_85).

Nel contratto, che ho definito altrove "ecologico" [(86)](https://pa.leggiditalia.it/rest?print=1" \l "nota_86), le parti intendono collaborare non tanto per ottenere un vantaggio personale, quanto piuttosto per perseguire l'interesse generale [(87)](https://pa.leggiditalia.it/rest?print=1" \l "nota_87). In questa forma di contrattazione, le motivazioni sociali e ambientali sono pienamente rilevanti, almeno quanto gli interessi patrimoniali [(88)](https://pa.leggiditalia.it/rest?print=1" \l "nota_88). Il contratto ecologico tende a coordinare interessi convergenti intorno al godimento inclusivo delle risorse naturali e ambientali: un accordo fonte di rapporti non esclusivamente patrimoniali, ma comunque sostenibili [(89)](https://pa.leggiditalia.it/rest?print=1" \l "nota_89); sì che il principio di sostenibilità, che si colloca alla radice della tutela dell'ambiente, presiede all'esercizio dell'attività negoziale ecologicamente conformata, costituendone un parametro di giustificazione e, dunque, di meritevolezza [(90)](https://pa.leggiditalia.it/rest?print=1" \l "nota_90), con la conseguenza che un contratto (reputato) ecologico, «pur presentando una causa lecita, potrebbe essere non meritevole di tutela là dove non sia idoneo a realizzare il concreto interesse ambientale»[(91)](https://pa.leggiditalia.it/rest?print=1" \l "nota_91).

6. - Sembra, allora, possibile, tirando le somme del discorso svolto, osservare come le linee evolutive del sistema ordinamentale, della prassi applicativa e del tessuto economico, sociale e ambientale consentano di recuperare alla meritevolezza un ruolo autonomo e ben più rilevante che in passato [(92)](https://pa.leggiditalia.it/rest?print=1" \l "nota_92). La giurisprudenza, in particolare, tende sempre più a discostarsi dalla falsa opposizione "tipico-atipico", per calibrare il sindacato di meritevolezza sulla causa concreta ora di operazioni complesse, ora di singole clausole, ma sempre a prescindere dalla meccanica sussunzione entro i modelli normativi predeterminati dei contratti che a monte sono coinvolti [(93)](https://pa.leggiditalia.it/rest?print=1" \l "nota_93).

È altresì riduttivo esaurire il problema della meritevolezza nella consueta dinamica del rapporto giuridico patrimoniale, giacché il controllo di meritevolezza investe anche i contratti con i quali si dispone di valori non patrimoniali [(94)](https://pa.leggiditalia.it/rest?print=1" \l "nota_94), come il pieno sviluppo della persona umana, la qualità della vita, l'integrità e la salubrità dell'ambiente [(95)](https://pa.leggiditalia.it/rest?print=1" \l "nota_95). Proprio in questi ambiti, relativamente nuovi, di autonomia contrattuale ecologicamente conformata, cui si aggiungono le manifestazioni di iniziativa privata per l'attuazione di ulteriori finalità d'interesse generale, si percepisce appieno la diversa funzione che la meritevolezza svolge, sul piano qualitativo, rispetto alla liceità: non già limite esterno cui i privati devono attenersi, bensì giudizio di valore idoneo a indirizzarne in positivo le iniziative verso finalità suscettibili di apprezzamento favorevole.

In tal senso, ciascun contratto si caratterizza per una «conclamata funzione sociale»[(96)](https://pa.leggiditalia.it/rest?print=1" \l "nota_96), che rappresenta il parametro di riferimento per apprezzarne la meritevolezza, e che può declinarsi, secondo il "peso" dell'interesse ambientale eventualmente coinvolto, come "funzione ecologico-sociale" [(97)](https://pa.leggiditalia.it/rest?print=1" \l "nota_97). Funzione, quest'ultima, che appare come l'autentica bussola che oggi deve orientare, nel grado più elevato, l'interprete in materia di autonomia negoziale.

**E. PARTE QUINTA: ORDINE PUBBLICO**

**Giurisprudenza**

**1. Ordine pubblico economico: Cass. civ., sez. un., 30 dicembre 2021, n. 41994 (estratto)**

**Nota. *Si tratta della sentenza che si è occupata della questione relativa alla sorte dei contratti conclusi in attuazione di intese anticoncorrenziali. Riporto solo uno “stralcio” della parte relativa al concetto richiamato di “ordine pubblico economico”, la sentenza per esteso la riporterò quando ci occuperemo di questo argomento.***

*Omissis.*

*2.17.* ***Si è, pertanto, evidentemente in presenza di una "nullità speciale", posta - attraverso le previsioni di cui agli artt. 101 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea e della***[***L. n. 287 del 1990,***](https://pa.leggiditalia.it/#id=10LX0000119865ART0,__m=document)***art.***[***2, lett. a)***](https://pa.leggiditalia.it/#id=10LX0000119865ART2,__m=document)***- a presidio di un interesse pubblico e, in specie, dell'"ordine pubblico economico"; dunque "nullità ulteriore a quelle che il sistema già conosceva" (Cass., n. 827/1999).***

***In tal senso depone la considerazione che siffatta forma di nullità ha una portata più ampia della nullità codicistica (***[***art. 1418 c.c.***](https://pa.leggiditalia.it/#id=05AC00002850,__m=document)***) e delle altre nullità conosciute dall'ordinamento - come la "nullità di protezione" nei contratti del consumatore (cd. secondo contratto), e la nullità nei rapporti tra imprese (cd. terzo contratto) - in quanto colpisce anche atti, o combinazioni di atti avvinti da un "nesso funzionale", non tutti riconducibili alle suindicate fattispecie di natura contrattuale. La ratio di tale speciale regime - come detto - è da ravvisarsi nell'esigenza di salvaguardia dell'"ordine pubblico economico", a presidio del quale sono state dettate le norme imperative nazionali ed Europee antitrust.***

***2.17.1. Lo stretto collegamento tra normativa anticoncorrenziale ed ordine pubblico economico, anche nelle ipotesi in cui - come nell'ordinamento italiano - l'istituto in parola non trovi una specifica previsione di diritto positivo, è - del resto - ben noto al diritto comunitario. Al riguardo, si è - per vero - statuito che, nei limiti in cui un giudice nazionale deve, in base alle proprie norme di diritto processuale nazionale, accogliere un'impugnazione giurisdizionale (nella specie per nullità di un lodo arbitrale), che sia fondata sulla violazione delle norme nazionali di ordine pubblico, esso deve ugualmente accogliere una domanda siffatta se ritiene - a prescindere dalla normativa nazionale che non contempli l'istituto dell'ordine pubblico economico - che tale lodo sia contrario all'art. 85 del Trattato (divenuto art. 81 CE).*** *Si afferma infatti, al riguardo, che, da un lato, questo articolo costituisce una disposizione fondamentale indispensabile per l'adempimento dei compiti affidati alla Comunità e, in particolare, per il funzionamento del mercato interno e, dall'altro, che il diritto comunitario esige che questioni relative all'interpretazione del divieto sancito da tale articolo (poi trasfuso nell'attuale art. 101 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea) possano essere esaminate dai giudici nazionali chiamati a pronunciarsi su di una qualsiasi impugnazione - anche se proposta in relazione alla validità di un lodo arbitrale - e possano essere oggetto, all'occorrenza, di un rinvio pregiudiziale dinanzi alla Corte (Corte Giustizia, 01/06/1999, C- 126/97, Eco Swiss China Time Ltd).*

*2.17.2.* ***D'altro canto, anche la giurisprudenza nazionale ha applicato - sia pure con riferimento a materie diverse da quella in esame - l'istituto dell'"ordine pubblico economico", astraendo da disposizioni imperative dettate a tutela della correttezza e della trasparenza del mercato, con particolare riferimento a fattispecie negoziali poste in essere da un'impresa in stato di conclamato dissesto, aggravato da operazioni dilatorie dirette esclusivamente a ritardare la dichiarazione di fallimento, con grave pregiudizio per altre imprese operanti nel mercato nello stesso settore o in settori contigui (cfr. Cass., 05/08/2020, n. 16706).***

*Omissis.*

**Dottrina**

**1. *Disgressioni attorno al mutevole “concetto” di ordine pubblico*, di C. Irti, in *Nuova Giur. Civ*., 2016, 3, 48 (estratto).**

*Omissis.*

[4. Il mutevole concetto di ordine pubblico.](http://pa.leggiditalia.it/rest?print=1#etit_4)

Il breve excursus appena compiuto sollecita qualche riflessione sul concetto[(82)](http://pa.leggiditalia.it/rest?print=1#nota_82) di ordine pubblico e sull'uso "integrativo" del diritto che di tale strumento può essere fatto, seppur nel limitato campo di indagine in cui ci siamo addentrati.

Come noto, l'ordine pubblico è una "nozione" variabile nel tempo e nello spazio "frutto della combinazione di fattori sociali e di specifiche condizioni storiche vigenti un certo sistema giuridico"[(83)](http://pa.leggiditalia.it/rest?print=1#nota_83). Varia nello spazio geografico, nei diversi ordinamenti, e nel tempo, posto che un certo "principio giuridico" può essere ritenuto fondamentale in un dato periodo storico e può cessare di esserlo in un momento successivo[(84)](http://pa.leggiditalia.it/rest?print=1#nota_84).

Come "ordine ideale o normativo", "sistema coerente e unitario di valori e di principi che informano e fondano l'ordinamento di uno Stato" condividiamo l'opinione di chi ritiene esso si presenti necessariamente unico, unitario[(85)](http://pa.leggiditalia.it/rest?print=1#nota_85).

L'aggettivazione che ad esso si accompagna - internazionale o interno - non intende rinviare, nel primo caso, ad un ordine pubblico proprio della comunità internazionale e, nel secondo, ad un ordine pubblico solo interno, ma allude, piuttosto, all'ambito di operatività dello stesso, ossia alla circostanza che, nel primo caso, opera come limite in relazione a rapporti caratterizzati da elementi di estraneità del foro, c.d. rapporti transnazionali, mentre, nel secondo, opera nelle situazioni 'totalmente interne'[(86)](http://pa.leggiditalia.it/rest?print=1#nota_86).

Da altro punto di vista, il fatto che il nostro ordinamento faccia parte di una comunità internazionale, con la quale si confronta e interfaccia a più livelli, non ultimo quello giuridico, implica che negli anni l'ordine pubblico subisca "un'evoluzione sul piano dei contenuti", che, da un lato, porta a un arricchimento, ampliando il novero di principi di derivazione "internazionale" in esso ricompresi[(87)](http://pa.leggiditalia.it/rest?print=1#nota_87), e, dall'altro, a un ripensamento del rilievo da attribuire ad alcuni principi originariamente ritenuti fondanti, fino a comportarne, in alcuni casi, il totale abbandono[(88)](http://pa.leggiditalia.it/rest?print=1#nota_88).

I principi di ordine pubblico altro non sarebbero che una "particolare esplicazione di quei principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato, ai quali fa esplicito riferimento l'art. 12 delle disposizioni sulla legge in generale per stabilire la disciplina di una controversia che non può essere decisa con una precisa disposizione normativa"[(89)](http://pa.leggiditalia.it/rest?print=1#nota_89). Più che svolgere una funzione di integrazione di fonti dell'ordinamento interno, l'ordine pubblico, tuttavia, sarebbe chiamato a svolgere una funzione di garanzia dell'ordinamento medesimo[(90)](http://pa.leggiditalia.it/rest?print=1#nota_90), evitando nelle ipotesi di "etero-integrazione"[(91)](http://pa.leggiditalia.it/rest?print=1#nota_91) - intesa come "procedimenti di produzione giuridica geneticamente estranei" all'ordinamento - l'ingresso di atti giuridici provenienti da Paesi terzi, in quanto contrari ai principi generali che l'ordinamento rappresenta e tutela. "In tali situazioni, dunque, i principi generali esplicano la loro azione indirettamente, e cioè come limiti negativi di fronte ai quali si arresta, necessariamente, in caso di contrasto con essi, sia la norma straniera, sia il negozio giuridico privato: in questo si sostanzia la funzione di tutela dell'integrità dell'ordinamento giuridico propria dell'ordine pubblico"[(92)](http://pa.leggiditalia.it/rest?print=1#nota_92).

Sennonché l'"ordine pubblico", come si è già avuto modo di ricordare, non è un insieme di principi gerarchicamente ordinati, immutato ed immutabile, cui l'interprete possa appellarsi senza paura di essere smentito. Il giudice che debba decidere se ad un determinato atto straniero possa o meno essere riconosciuta efficacia nel nostro ordinamento deve, prima di richiamarsi al "limite" dell'ordine pubblico, definirne o ridefinirne il contenuto, valutare quali principi in quel determinato momento storico informano e fondano l'ordinamento, esprimono la coscienza giuridica della società. Nell'azionare o meno il limite dell'"ordine pubblico", egli inciderà sul suo contenuto: nell'argomentare la correttezza della sua scelta, in un senso o nell'altro, egli individuerà quali principi riconoscere come espressione della civiltà giuridica che rappresenta e, eventualmente, tra più principi potenzialmente "rivali"[(93)](http://pa.leggiditalia.it/rest?print=1#nota_93), deciderà quale far prevalere[(94)](http://pa.leggiditalia.it/rest?print=1#nota_94). Come tutte le decisioni che si fondano su principi, anche quelle che si richiamano all'ordine pubblico, necessitano che il giudice si adoperi in uno sforzo di bilanciamento[(95)](http://pa.leggiditalia.it/rest?print=1#nota_95): il discorso sui principi - afferma magistrale dottrina[(96)](http://pa.leggiditalia.it/rest?print=1#nota_96) - mette in luce il carattere necessariamente compromissorio delle scelte dell'interprete.

Partendo da tali riflessioni meglio si comprende come i giudici della Cassazione, nel decidere se attribuire o meno efficacia in Italia del certificato di nascita ucraino di un bimbo nato grazie a surrogazione di maternità in quel Paese, ben avrebbero potuto - in assenza di puntuali indicazione da parte del legislatore - ricostruire il quadro delle regole applicabili al nato da madre surrogata, riferendosi ai principi fondamentali che regolamentano le situazioni in cui sono coinvolti i minori, primo fra tutti il c.d. the best interest of the child[(97)](http://pa.leggiditalia.it/rest?print=1#nota_97).

Allo stesso modo, meglio si comprende come il Supremo Collegio, nell'assumere la convivenza, la situazione "fattuale", a valore assoluto dell'ordine pubblico familiare, abbia indirettamente contribuito a riconoscerla quale elemento qualificante della categoria[(98)](http://pa.leggiditalia.it/rest?print=1" \l "nota_98).

Discorsi analoghi possono condursi analizzando i (mancati) processi decisori seguiti dalla giurisprudenza della Suprema Corte rispetto al riconoscimento nel nostro ordinamento dei matrimoni same sex regolarmente contratti all'estero, ove pur emerge, in ultima analisi, una lacuna dell'ordinamento[(99)](http://pa.leggiditalia.it/rest?print=1" \l "nota_99).

Il ragionamento della Corte che porta a negare la trascrivibilità dei matrimoni same sex, attesa la "loro inidoneità a produrre (…), qualsiasi effetto giuridico nell'ordinamento italiano", potrebbe astrattamente essere ricondotto nell'alveo dell'"argomento a contrario"[(100)](http://pa.leggiditalia.it/rest?print=1" \l "nota_100), in base al quale, se nessuna norma qualifica una condotta (attribuisce giuridicità ad un atto) quella condotta (quell'atto) ricade fuori dallo spazio del diritto[(101)](http://pa.leggiditalia.it/rest?print=1" \l "nota_101) e, dunque, la domanda che chiede di valutare quella condotta (quell'atto) è infondata e non può che essere respinta.

Un tale ragionamento dovrebbe portare - come in effetti sembra fare da ultimo il Consiglio di Stato - a giudicare i matrimoni same sex per il nostro ordinamento non meramente "inefficaci"[(102)](http://pa.leggiditalia.it/rest?print=1" \l "nota_102), ma giuridicamente "inesistenti" o "irrilevanti", dal che, tuttavia - come i giudici della Cassazione ben dimostrano di comprendere[(103)](http://pa.leggiditalia.it/rest?print=1" \l "nota_103) - si finirebbe con il collocarsi scientemente al di fuori dall'attuale quadro dei principi fondamentali riconosciuti in materia a livello sovrannazionale, quegli stessi principi che impediscono di dichiarare tali matrimoni contrari all'ordine pubblico.

La non contrarietà all'ordine pubblico degli atti che legittimano giuridicamente le unioni same sex - che si voglia o non si voglia chiamarli matrimoni - nasce dalla necessaria presa di coscienza che l'attuale quadro dei principi fondamentali, cui si ispira l'edificazione di un modello "ideale" di vita sociale[(104)](http://pa.leggiditalia.it/rest?print=1" \l "nota_104), attribuisce e riconosce a tutti gli individui - a prescindere dal proprio orientamento sessuale - il diritto di esprimere la propria identità personale anche nei rapporti di relazione attraverso i quali, tradizionalmente, si consolidano legami affettivi e si instaurano vincoli giuridici.

Questo modello ideale di vita "sociale" è un modello verso il quale la società tende, ma che spesso non coincide con quello reale, inteso quale "tipo di vita che in concreto vive la società e che si rispecchia nel sistema delle norme ordinarie del diritto positivo", espressione di situazioni di interesse già tipizzate[(105)](http://pa.leggiditalia.it/rest?print=1" \l "nota_105).

Allorquando "situazioni di interesse" giuridicamente rilevanti per il modello c.d. "ideale", restano prive di riconoscimento e tutela nel sistema delle norme ordinarie, si palesa la presenza di una lacuna dell'ordinamento[(106)](http://pa.leggiditalia.it/rest?print=1" \l "nota_106) che, a seconda dei casi, potrà essere colmata dall'interprete mediante l'uso di "disposizioni che regolano casi simili o materie analoghe" ovvero, se il caso rimane ancora dubbio, secondo principi generali dell'ordinamento.

A valle della trascrizione dell'atto di matrimonio contratto all'estero, l'ordinamento è tenuto all'immediato riconoscimento dello status che l'atto ha attribuito all'individuo: il rapporto tra i "coniugi" same sex - ne consegue - dovrebbe finire per essere disciplinato applicando alla fattispecie o la normativa relativa al matrimonio[(107)](http://pa.leggiditalia.it/rest?print=1" \l "nota_107) (quali "disposizioni che regolano casi simili o materie analoghe"), o - ove si ritenga che la presenza di soggetti di sesso diverso sia per l'applicazione della normativa in materia di matrimonio un requisito ontologico che ne limita l'applicazione in termini analogici - ricorrendo ai principi generali dell'ordinamento (art. 2 e art. 3 della Costituzione).

La soluzione giudiziale, comunque sia, apre la via ad un'equiparazione tra unioni same sex e matrimoni, oggi tanto osteggiata nelle aule del Parlamento.

Per sfuggire a queste ineludibili conseguenze, i giudici di piazza Cavour finiscono con l'emettere - in sostanza - una pronuncia di non liquet, e rinviano al legislatore (come già aveva suggerito la Corte costituzionale) il compito di avvicinare il nostro modello "reale" di vita sociale al modello "ideale".

A questo punto, il fulcro del discorso si sposta dal piano strettamente giuridico a quello "politico", dove l'unico dubbio che resta[(108)](http://pa.leggiditalia.it/rest?print=1" \l "nota_108) è se, di fronte a situazioni come quella in discussione, ove "la necessità di una norma giuridica deve fare i conti con l'esistenza di forme più o meno accentuate di dissenso politico, sociale, religioso", la scelta di rimettere il tutto alla legittimazione del legislatore, sia davvero la migliore, e non si corra piuttosto il rischio, ancora una volta, di una paralisi legislativa o - forse peggio - della produzione di testi legislativi inadeguati, presto resi oggetto di nuovi tormenti giudiziari.

*Omissis.*

1. F. Gazzoni, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2019, 791-797; V. Roppo, *Il Contratto*, Milano, 2011, 76-80. [↑](#footnote-ref-1)
2. In primo luogo, viene in rilievo l’art. 18 Cost., il quale prevede che i cittadini hanno il diritto di associarsi liberamente, senza autorizzazione, per fini che non sono vietati ai singoli dalla legge penale. Si tratta di una libertà fondamentale e il contratto (con comunione di scopo) – mediante il quale si costituisce una associazione che, quando ottiene il riconoscimento giuridico, è una persona giuridica – è lo strumento che assicura l’esercizio di tale libertà [cap. 6, par. 15.1]. Una norma che vietasse di concludere questi contratti o che incidesse sul loro contenuto indirettamente violerebbe l’art. 18 Cost. In tale prospettiva, limiti all’autonomia negoziale possono essere posti solo alla luce delle prescrizioni contenute nella stessa norma costituzionale.

   In secondo luogo, l’art. 21 Cost prevede che tutti hanno il diritto di manifestare liberamente il proprio pensiero con la parola, lo scritto e ogni altro mezzo di diffusione. Si prevede che «*sono vietate le pubblicazioni a stampa, gli spettacoli e tutte le manifestazioni contrarie al buon costume*» (ultimo comma). Il contratto di edizione è lo strumento che consente, tra gli altri, l’esercizio di tale diritto. In tale prospettiva, i limiti sono quelli posti dalla stessa norma costituzionale. [↑](#footnote-ref-2)
3. Cass. civ., sez. I, 4 novembre 2015, n. 22567. [↑](#footnote-ref-3)
4. Tale disposizione prevede che«*se vi è sproporzione tra la prestazione di una parte e quella dell’altra parte e la sproporzione è dipesa dallo stato di bisogno dell’altra parte della quale l’altra parte ha approfittato per trarne vantaggio, la parte danneggiata può chiedere la rescissione del contratto*». [↑](#footnote-ref-4)
5. Cass. civ., sez. I, n. 22567 del 2015, cit. [↑](#footnote-ref-5)
6. Trib. amm. reg. Campania, Napoli, sez. I, 4 febbraio 2019, n. 598. [↑](#footnote-ref-6)
7. L. Bigliazzi Geri, voce *Buona fede nel diritto privato*, in *Dig. disc. priv*., sez. civ., II, Torino, 1988, 172 ss.; U. Breccia, *Diligenza e buona fede nell’attuazione del rapporto obbligatorio*, Milano, 1968, 172 ss. [↑](#footnote-ref-7)
8. Cass. civ., sez. un., 19 dicembre 2007, n. 26725. [↑](#footnote-ref-8)
9. Cass. civ., sez. un., n. 26725 del 2007, cit. [↑](#footnote-ref-9)
10. V. Roppo*, Il Contratto*, cit., 471. [↑](#footnote-ref-10)
11. Cass. civ., sez. un., 13 settembre 2005, n. 18128. [↑](#footnote-ref-11)
12. Cass. civ., sez. III, 2 novembre 1998, n. 10926; Cass. civ., sez. III, 23 maggio, 2012, n. 8101. [↑](#footnote-ref-12)
13. Corte cost., ordinanze n. 77 del 2014 e n. 248 del 2013. [↑](#footnote-ref-13)
14. Cass. civ, sez. III, 30 giugno 2014, n. 14776. [↑](#footnote-ref-14)