

LE FIGURE SINTOMATICHE DEL DIRITTO PRIVATO *

Di Salvatore Orlando

| 131

SOMMARIO: 1. *Introduzione.* – 2. *Le figure sintomatiche nella dottrina e nella giurisprudenza.* – 3. *Le figure sintomatiche nella legge.* – 4. *Figure sintomatiche e fattispecie.* – 5. *Conclusione.*

ABSTRACT. Nel presente scritto, sulla base di una analisi della dottrina, della giurisprudenza e della legge, l'a. sostiene essere riscontrabile nel diritto privato un modello di ragionamento che procede dal disegno di "figure sintomatiche" di violazione di doveri, e si interroga sul nesso che può instaurarsi nello studio del diritto privato tra questo modello e quello della fattispecie.

In the present essay, on the basis of an analysis of legal literature, case law and statutes, the author argues that a reasoning model is widespread in private law, consisting in the design of "symptomatic figures" of breach of duties, and elaborates about the differences between this reasoning model and that consisting in the design of juridical facts to which certain legal effects are attached (fattispecie).



1. Introduzione

Dietro il titolo ci sono due proposte, una di indagine, l'altra di riflessione.

Indagare se effettivamente esista, ossia se sia riscontrabile, nel diritto privato, un ragionamento per figure sintomatiche, come avviene in altri settori (es. diritto amministrativo)¹; e, in caso affermativo, riflettere sul nesso che corre o che può instaurarsi nello studio del diritto privato tra fattispecie e figure sintomatiche².

* Il presente scritto è destinato agli Studi in onore di Giuseppe Vettori. Esso costituisce una versione rivista e corredata di note dell'intervento svolto dall'a. al Convegno "Il diritto privato tra leggi e sentenze", svoltosi a Firenze il 18 novembre 2016.

¹ Come si legge in S. CASSESE, *Grandezza e insuccessi del giudice amministrativo*, in *Giorn. dir. amm.*, 1998, p. 777, "Se non si considera il giudice come arbitro o solutore di conflitti, ma come autore di norme, occorre chiedersi quale significato abbia l'espressione, tante volte adoperata, che il giudice amministrativo è un giudice di legittimità. Ora, il giudice amministrativo è stato un giudice di legittimità, in Italia, nel senso che ha posto le norme sulla pubblica amministrazione e poi le ha fatte rispettare, specialmente tramite quell'istituto fondamentale che è l'eccesso di potere: con le figure sintomatiche ha costruito la cattedrale in cui consiste il diritto amministrativo". Sul punto, si veda, almeno, E. FOLLIERI, *Il sindacato del giudice amministrativo sulla discrezionalità pura o amministrativa. Le figure sintomatiche sono norme giuridiche, non sintomi*, in *Dir. proc. amm.*, 2008, p. 61.

² D'altronde, la dottrina civilistica ha già più volte affrontato le questioni essenziali sottese al tema qui proposto, ora da una prospettiva rimediabile (cfr. anche per un primo orientamento bibliografico, *ex multis*: A. DI MAJO, *Rimedi e dintorni*, in *Eur. dir. priv.*, 2015, p. 703; ID., *Il linguaggio dei rimedi*, in *Europa e dir. priv.*, 2005, p. 341 ss.; ID., *La tutela civile dei diritti*, Milano, 2001, 13 s.; ID., *La tutela dei diritti tra diritto sostanziale e diritto processuale*, in *Riv. dir. civ.*, 1989, p. 363 ss.; G. SMORTO, *Sul significato di "rimedi"*, in *Eur. dir. priv.*, 2014, p. 159 ss.; R. TOMMASINI, *Autonomia privata e rimedi in trasformazione*, Torino, 2013; P. SIRENA, Y. ADAR, *La prospettiva dei rimedi nel diritto privato europeo*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, p. 359 ss.; G. VETTORI, *Diritti, principi e tecnica rimediabile nel dialogo fra le corti*, in *Europa e dir. priv.*, 2011, spec. p. 249 e pp. 255-256; ID., *Autonomia privata e contratto giusto*, in *Riv. dir. priv.*, 2000, p. 21 ss.; ID., *Contratto e rimedi*, Padova, 2009; S. ORLANDO, *Fattispecie, comportamenti, rimedi. Per una teoria del fatto dovuto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2011, p. 1033; D. MESSINETTI, *La sistematica rimediabile*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2011, p. 1 ss.; ID., *Sapere complesso e tecniche giuridiche rimediabili*, in *Europa e dir. priv.*, 2005, p. 605 s.; ID., *Processi di formazione della norma e tecniche «rimediabili» della tutela giuridica*, in *Scienza e insegnamento del diritto civile in Italia. Convegno di studi in onore del prof. Angelo Falzea*, a cura di V. Scalisi, Milano, 2004, p. 209 ss.; P. PERLINGIERI, *Il giusto rimedio nel processo civile*, in *Giusto proc. civ.*, 2011, p. 1 ss.; MAZZAMUTO, *La nozione di rimedio nel diritto continentale*, in *Europa e dir. priv.*, 2007, p. 585 s.; ID., *I rimedi, Manuale di diritto privato europeo*, II, a cura di Castronovo e Mazzamuto, Milano, 2007, p. 748 s.; MATTEI, *I rimedi*, in ALPA - GRAZIADEI - GUARNIERI - MATTEI - MONATERI - SACCO, *La parte generale del diritto civile. 2. Il diritto soggettivo*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da Sacco, Torino, 2001, p. 105 s.), ora con riferimento alla buona fede oggettiva (*ex multis*: F. BENATTI, *La clausola generale di buona fede*, in *Banca borsa tit. cred.*,

Per quanto attrae alla proposta di indagine, possiamo individuare il suo oggetto e una articolazione critica.

L'oggetto è costituito dal campo o dai campi di indagine. Trattandosi di stabilire se possa riscontrarsi nel diritto privato un ragionamento per figure sintomatiche, due ovvii campi di indagine sono la giurisprudenza e la dottrina, i.e. il ragionamento della giurisprudenza e quello della dottrina. Un terzo campo, meno ovvio, è quello della legge: ci si può chiedere se anche i legislatori utilizzino figure sintomatiche.

Dicevo che l'indagine ha una articolazione critica. Nei campi di indagine della giurisprudenza e della dottrina, non ci si può limitare alla verifica dell'uso dell'espressione linguistica "figure sintomatiche", mentre bisogna criticamente interrogarsi sull'esistenza di un concetto unitario, senza di che il risultato dell'indagine rimarrebbe nominalistico. Si tratta, per l'appunto, di stabilire se esista un ragionamento per figure sintomatiche, identificabile per certi tratti unitari, e dunque di comprendere in cosa questo ragionamento consista, indipendentemente dalla verifica dell'eventuale impiego di tale espressione. Allo stesso modo ci si deve interrogare nel campo della legge, dove l'espressione non è letteralmente utilizzata, ossia stabilire se esista una tecnica normativa per figure sintomatiche (ragionamento del legislatore).

2. Le figure sintomatiche nella dottrina e nella giurisprudenza.

Nel diritto privato, giurisprudenza e dottrina impiegano non di rado l'espressione "figura sintomatica" al singolare o al plurale, o espressioni equivalenti, es. "modelli" o "casi sintomatici"³.

Si tratta di epifanie note, massimamente a proposito della buona fede oggettiva⁴ e del c.d. abuso

2009, p. 241; A.A. DOLMETTA, *Exceptio doli generalis*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1998, p. 147; A. DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale, Art. 1173-1176*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1988, p. 305; L. MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, p. 8).

³ *Ex multis*, C. App. Firenze, 16 aprile 2015 in www.lanuovaproceduracivile.com e Cass. civ., 26 gennaio 2010, n. 1538 in *Giur. it.*, 2010, 1795, in relazione alla previsione generale sulla diligenza professionale contenuta nell'art. 1176, co. 2 c.c..

⁴ Sulla distinzione della buona fede, in senso oggettivo e soggettivo, si vedano, *ex multis*, R. SACCO, *La buona fede nella teoria dei fatti giuridici di diritto privato*, Torino, 1949, 6; G. GIAMPICCOLO, *La buona fede in senso soggettivo nel sistema del diritto privato*, in *Riv. dir. comm.*, 1955, 335; U. BRECCIA, *Diligenza e buona fede nell'attuazione del rapporto obbligatorio*, Milano, 1968, p. 3; F.D. BUSNELLI, *Buona fede in senso soggettivo e responsabilità per fatto "ingiusto"*, in *Riv. dir.*

del diritto⁵ in materia contrattuale⁶. In giurisprudenza, esempi ricorrenti sono rinvenibili a proposito della responsabilità precontrattuale (art. 1337 c.c.) e dell'obbligo di esecuzione del contratto secondo buona fede (art. 1375 c.c.). Nell'ambito della responsabilità precontrattuale⁷, le corti hanno da tem-

po costruito la figura sintomatica del c.d. recesso ingiustificato dalle trattative⁸ (altrimenti detta rottura ingiustificata delle trattative)⁹ e della mancata informazione da parte di uno dei contraenti circa il reale intento di concludere il contratto¹⁰. In questi casi, la giurisprudenza individua *a contrario* un divieto generale corrispondente all'obbligo generale di comportarsi secondo buona fede: il divieto di comportarsi in modo contrario alla buona fede, ovvero in mala fede, e ricava – a partire da tale divieto generale – figure sintomatiche di comportamenti vietati. Le figure sintomatiche relative alla fase precontrattuale e di esecuzione del contratto non si esauriscono in comportamenti contrari al divieto generale, nel senso detto, ma ricomprendono anche comportamenti posti in essere in violazione di specifici obblighi di informazione¹¹ e di cooperazione¹², nonché figure di c.d. preclusioni. Gli obblighi di informazione e di cooperazione sono ricavati dalla giurisprudenza per specificazione¹³ dall'obbligo generale di buona fede, mentre le figure delle preclusioni rispondono logicamente al divieto generale, nel senso già sopra delineato. Un esempio di preclusioni si individua nella c.d. regola di tolleranza, ossia la regola che preclude al titolare l'esercizio di un diritto potestativo previsto dalla legge o validamente pattuito per l'inadempimento tutte le volte in cui

civ., 1969, p. 427; L. BIGLIAZZI GERI, *Buona fede nel diritto civile*, in *Dig. civ.*, II, Torino, 1988, p. 188; C. M. BIANCA, *La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, p. 205; M. FRANZONI, *Degli effetti del contratto*, II, in *Comm. Schlesinger*, Milano, 1999, p. 170 e, più di recente, G. M. UDA, *La buona fede nell'esecuzione del contratto*, Torino, 2004; S. WHITTAKER- R. ZIMMERMANN, *Good Faith in European contract law: surveying the legal landscape*, in R. ZIMMERMANN – S. WHITTAKER (eds), *Good Faith in European Contract Law*, Cambridge, 2008, 30; M. J. HESSELINK, *The concept of Good Faith*, in HARTKAMP, HESSELINK, HONDIUS, MAK, DU PERRON (eds), *Towards a European Civil Code*, Alphen aan den Rijn, 2011, IV, pp. 619-620; F. RANIERI, *Good faith*, in BASEDOW, HOPT, ZIMMERMANN, STIER (eds), *The Max Planck Encyclopedia of European Private Law*, Oxford, 2012, 790; F. PIRAINO, *La buona fede in senso oggettivo*, Torino, 2015, p. 1. In senso contrario, cfr. A. MONTEL, *Buona fede*, in *Nov. Dig. it.*, Torino, 1958, p. 599.

⁵ Sulla figura dell'abuso del diritto la bibliografia è così ampia che non è possibile darne contezza in modo esauriente o completo. Si vedano, almeno, L. JOSSEAND, *De l'abus des droits*, Paris, 1905; M. ROTONDI, *L'abuso del diritto*, *RDC*, 1923, p. 105; P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1965, p. 206; U. NATOLI, *Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto nell'ordinamento giuridico italiano*, *Riv. Trim. dir. proc. Civ.*, 1958, p. 18; U. BRECCIA, *L'abuso del diritto*, in *Dir. Priv.*, 1997, p. 5; P.G. MONATERI, *Abuso del diritto e simmetria della proprietà (un saggio di comparative Law and Economics)*, in *ivi*, p. 89; R. SACCO, *L'esercizio e l'abuso del diritto*, in G. ALPA, M. GRAZIADEI, A. GUARNERI, U. MATTEI, P.G. MONATERI, R. SACCO, *Il diritto soggettivo*, Torino, 2001, p. 281; F. PIRAINO, *Il divieto di abuso del diritto*, in *Eur. dir. priv.*, 2013, p. 75. Per la giurisprudenza, si veda Cass. civ., 18 settembre 2009, n. 20106 in *Foro it.*, 2010, I, c. 95 con nota critica di A. PALMIERI-R. PARDOLESI, *Della serie «a volte ritornano»: l'abuso del diritto alla riscossa*; M. ORLANDI, *Contro l'abuso del diritto* (in margine a Cass., 18.9.2009, n. 20106), in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, II, p. 129; C. SCOGNAMIGLIO, *Abuso del diritto, buona fede, ragionevolezza (verso una riscoperta della pretesa funzione correttiva dell'interpretazione del contratto?)*, in *ivi*, p. 139 e A. GENTILI, *Abuso del diritto e uso dell'argomentazione*, in *Resp. civ. e prev.*, 2010, p. 354.

⁶ Su cui, da ultimo, V. AMENDOLAGINE, *L'abuso del diritto in materia contrattuale*, in *Giur. it.*, 2017, p. 2760.

⁷ Ai riferimenti classici (tra i quali: L. MENGONI, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, in *Riv. dir. comm.*, 1956, II, p. 360; F. BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, Milano, 1963, p. 20; M. BESSONE, *Rapporto precontrattuale e doveri di correttezza*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1972, p. 998) vanno aggiunti gli importanti contributi apparsi da metà anni 90 del secolo scorso in poi (cfr. in particolare M. MANTOVANI, *«Vizi incompleti» del contratto e rimedi risarcitori*, Torino, 1995; G. D'AMICO, *«Regole di validità» e principio di correttezza nella formazione del contratto*, Napoli, 1999; G. PERLINGIERI, *Regole e comportamenti nella formazione del contratto. Una rilettura dell'art. 1337 codice civile*, Napoli, 2003; ID., *L'inesistenza della distinzione tra regole di comportamento e regole di validità nel diritto italo-europeo*, Napoli, 2013; F. SARTORI, *Le regole di condotta degli intermediari finanziari. Discipline e forme di tutela*, Milano, 2004).

⁸ Trib. Milano, 4 maggio 2017, n. 4927 in *Contratti*, 2018, p. 449 con nota di F. TOSCHI VESPASIANI e S. GUOLI, *Responsabilità precontrattuale e danno risarcibile*.

⁹ Cass. civ., 2 febbraio 2015, n. 1786 in *Società*, 2015, 503.

¹⁰ Cass. civ., 26 aprile 2012, n. 6526, in *Foro it.*, 2012, I, c. 3420.

¹¹ In giurisprudenza, *ex multis*, in Cass. civ., 10 giugno 2016, n. 11914, in *Foro it.*, 2017, I, c. 274. In dottrina, in luogo di tanti, e anche per gli opportuni riferimenti bibliografici, G. GRISI, *L'obbligo precontrattuale di informazione*, Napoli, 1990; A. MUSY, *Informazioni e responsabilità precontrattuale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1998, p. 611; S. ORLANDO, *Le informazioni*, Padova, 2012; R. ALESSI, *Gli obblighi di informazione tra regole di protezione del consumatore e diritto contrattuale europeo uniforme e opzionale*, in *Eur. dir. priv.*, 6(2), 2013, p. 1 ss.; M. MAURO, *Prescrizione ed effettività, nel dialogo tra Cassazione e corti europee*, in *Persona e Mercato*, 2014, p. 2 e in *Persona e mercato – Saggi*, 2014, p. 139 ss. e spec. p. 151; ID., *Prescrizione e certezza: ragioni del debitore e del creditore a confronto*, in *Persona e Mercato*, 2016, p. 4, e in *Persona e mercato – Saggi*, 2017, p. 170 ss., spec. p. 178.

¹² Si pensi alla massima tratlatizia in tema di pegno che afferma "l'assunzione, da parte del creditore garantito, di un ruolo attivo, e propositivo di una cooperazione con il datore, in ordine a una tempestiva ed efficiente liquidazione del bene che mostri un sensibile rischio di deterioramento" (Cass. civ., 14 maggio 2019, n. 12863, in www.italggiure.giustizia.it), e cfr. per tutti, G. STELLA, *Impossibilità della prestazione per fatto imputabile al creditore*, Milano, 1995; G. CATTANEO, *La cooperazione del creditore all'adempimento*, Milano, 1964.

¹³ Sulla contrapposizione tra la specificazione di norme generali e la creazione di norme speciali, cfr. S. ORLANDO, *Fattispecie, comportamenti, rimedi. Per una teoria del fatto dovuto*, cit., p. 1060 ss.

il suo comportamento complessivo abbia generato, nelle circostanze date, un ragionevole affidamento circa il suo mancato utilizzo¹⁴. Oltre che con riferimento alla clausola risolutiva espressa¹⁵, tale paralisi del rimedio\diritto potestativo del creditore viene riscontrata anche rispetto all'esercizio da parte del datore di lavoro del diritto di recesso per giusta causa, che, in certe ipotesi di tardività, si ritiene essere precluso¹⁶.

Ancora e in modo analogo alla buona fede oggettiva, sia pure in un ambito affatto diverso dalla formazione ed esecuzione del contratto, sono state individuate figure sintomatiche di preclusioni con riferimento all'esercizio dei poteri sottostanti all'azione giudiziale. Oltre all'ipotesi di preclusione del c.d. frazionamento del credito in plurime richieste giudiziali di adempimento¹⁷, le Sezioni Unite hanno risolto il conflitto giurisprudenziale sull'ammissibilità¹⁸ o meno¹⁹ della c.d. nullità selettiva²⁰, ammettendone il ricorso e costruendo al contempo una serie di figure sintomatiche intese a chiarire i limiti della c.d. eccezione di buona fede stabi-

lendo il limite del pregiudizio per l'investitore accertato in giudizio, con ciò escludendo il rimedio della nullità quando gli ordini non coinvolti nell'azione abbiano prodotto utilità pari o superiori al *petitum*²¹. In materia bancaria (per portare un ulteriore esempio, tra i tanti che si possono proporre), la giurisprudenza di merito ha recentemente escluso che l'*acquirer* possa agire per la restituzione del prezzo pagato, contestando al convenzionato la violazione della disciplina contrattuale in punto di invio di ordini di pagamento dopo averne tollerato la trasmissione per una via diversa da quella pattuita²².

In tutti questi casi, la giurisprudenza "tipizza" comportamenti nei quali si riscontrano indici di violazione della buona fede. La dottrina effettivamente riconosce nell'elaborazione giurisprudenziale in questione il carattere di modelli o casi sintomatici (*Fallgruppe*) della violazione del precetto della buona fede²³. Lo fa, ormai da decenni, a proposito della buona fede oggettiva nelle vicende contrattuali, con due finalità: per comprendere in quali direzioni si muovono i Tribunali, e, almeno per opera di alcuni Autori, per contribuire alla specificazione di queste figure²⁴.

Né la materia contrattuale esaurisce la casistica rilevante. In materia di concorrenza sleale, è ben nota la creazione di figure sintomatiche, quali la concorrenza parassitaria, lo storno di clientela e lo storno di dipendenti, ed è risaputo che i comportamenti integranti ipotesi di illeciti concorrenziali vadano apprezzati nella cornice delle circostanze concrete, ritenute qualificanti per confermare o negare la violazione del divieto generale di concorrenza sleale²⁵.

¹⁴ D. IMBRUGLIA, *La regola di tolleranza*, in *Riv. dir. priv.*, 2019, p. 75.

¹⁵ *Ex multis*, Cass. civ., 6 giugno 2018, n. 14508 in *Imm. prop.*, 2018, p. 639 con nota di B. TUNESI, *I risvolti della tolleranza nell'ambito della clausola risolutiva espressa* e Cass., 17 settembre 2016, n. 18991, in *Arch. Locazioni*, 2017, p. 56.

¹⁶ Sul punto, C. PISANI, *Sul principio di tempestività del licenziamento disciplinare*, in *Mass. Giur. Lav.*, 2008, p. 149 e Cass., 7 novembre 2003, n. 16754, in *Lav. Giur.*, 2004, p. 390.

¹⁷ Cass. civ., SS. UU., 15 novembre 2007, n. 23726, in *Foro it.*, 2008, I, c. 1514, con note di A. PALMIERI-R. PARDOLESI, *Frazionamento del credito e buona fede inflessibile*, e di R. CAPONI, *Divieto di frazionamento giudiziale del credito: applicazione del principio di proporzionalità nella giustizia civile? Sulla figura dell'abuso processuale*, M. TARUFFO, *Elementi per una definizione di «abuso del processo»*, in *Dir. priv.*, 1997, p. 435.

¹⁸ Cass. civ., 27 aprile 2016, n. 8395 in *Corr. giur.*, in *Corriere giur.*, 2016, p. 1110 con nota di A. TUCCI, *Conclusioni del contratto e formalismo di protezione nei servizi di investimento*.

¹⁹ Cass. civ., 16 marzo 2018, n. 6664 in *Foro it.*, 2018, I, c. 3249.

²⁰ L'ordinanza di rimessione (2 ottobre 2018, n. 23927, in *Foro it.*, 2019, I, c. 975 con osservazioni di S. PAGLIANTINI, *La nullità di protezione come una nullità selettiva?*) ha posto il problema della legittimità dell'azione con cui l'investitore limita le conseguenze della sentenza di nullità ai singoli ordini di attuazione del contratto-quadro privo della forma scritta, escludendo che la patologia si estenda a colpire tutti gli altri ordini emessi nel corso del rapporto negoziale. Sulla questione si vedano i commenti all'ordinanza di remissione di D. MAFFEIS, *Nullità selettive: la «particolare importanza» di selezionare i rimedi calcolando i probabili vantaggi e il processo civile come contesa fra opportunisti* in *Corriere giur.*, 2019, p. 177; in C. SARTORIS, *Nullità selettiva come nuova frontiera di tutela per l'investitore?*, in *Giur. it.*, 2019, p. 765, nonché U. MALVAGNA, *Nullità di protezione e nullità «selettive»*. A proposito dell'ordinanza di rimessione alle sezioni unite 12390/17, in *Banca, borsa*, 2017, p. 828. E v. anche S. POLIDORI, *Discipline della nullità e interessi protetti*, Camerino-Napoli, 2001.

²¹ Cass. civ. SS.UU., 4 novembre 2019, n. 28314, in www.italggiure.giustizia.it. Tra i primi commenti, si v. D. MAFFEIS, *Nullità selettiva? Le Sezioni Unite e la buona fede dell'investitore nel processo*, in www.dirittobancario.it.

²² Trib. Milano, 9 febbraio 2015, in *Banca borsa*, 2017, p. 243 con nota adesiva di ABU AWWAD, *Clausole di chargeback e «tolleranza»*.

²³ Per riferimenti essenziali, si v. la nota 4.

²⁴ Cfr. L. CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato*, Napoli, 1961, p. 28; F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1981 (rist.), p. 171; L. MENGONI, *Autonomia privata e Costituzione*, in *Banca borsa*, 1997, 9; G. D'AMICO, *Regole di validità e regole di comportamento nella formazione del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, 43; N. IRTI, *Concetto giuridico di «comportamento» e invalidità dell'atto*, in *Foro amm. TAR*, 2004, 2765. In senso variamente contrario alla distinzione tra regole di validità e di comportamento: S. ORLANDO, *Fattispecie, comportamenti, rimedi. Per una teoria del fatto dovuto*, cit.; G. PERLINGIERI, *L'inesistenza della distinzione tra regole di comportamento e regole di validità nel diritto italo-europeo*, cit. Per la giurisprudenza, si veda ovviamente Cass., Sez. un., 19 dicembre 2007, n. 26724, in *Foro it.*, 2008, I, c. 784, con nota di E. SCODITTI, *La violazione delle regole di comportamento dell'intermediario finanziario e le sezioni unite*.

²⁵ Per un esempio della considerazione prestata dalla giurisprudenza alle circostanze del caso, in questa materia, cfr. ord. Trib.

In ambito familiare, la giurisprudenza afferma ora un dovere di coerenza (*venire contra factum proprium*)²⁶, riconoscendo la preclusione all'azione di disconoscimento della paternità da parte di chi aveva in precedenza acconsentito alla fecondazione eterologa della moglie²⁷, ora un obbligo di correttezza²⁸, imponendo, una volta cessata la libera convivenza, al partner proprietario di concedere un termine per reperire una diversa sistemazione all'ex convivente²⁹.

In modo simile, anche in ambito societario si assiste all'emersione di figure sintomatiche. Si pensi, ad esempio, alla giurisprudenza sul c.d. abuso della maggioranza laddove, richiamandosi in ultima istanza alla buona fede oggettiva, i Tribunali non di rado instaurano ed esplicitano in tutte lettere un parallelismo con l'elaborazione delle figure sintomatiche dell'eccesso di potere, propria del diritto amministrativo³⁰.

Milano, 2 luglio 2015, che, pur in assenza di patti di non concorrenza tra ex dipendenti di una società e la medesima società, ha ritenuto sleale, nelle circostanze considerate, la condotta di una seconda società concorrente con la prima, che abbia assunto in un periodo di tempo concentrato un numero significativo di personale della prima società e abbia attraverso questo personale contattato la clientela della prima società, in questo modo sfruttando illecitamente il temporaneo disagio organizzativo subito dalla prima società a cagione della fuoriuscita del medesimo personale.

²⁶ In argomento, *ex multis*, F. PIRAINO, *La buona fede*, cit., p. 440; F. FESTI, *Il divieto di "venire contro il fatto proprio"*, Milano, 2007; F. ASTONE, *Venire contra factum proprium*, Napoli, 2006; H.J. WIELING, *Venire contra factum proprium e colpa verso sé stesso*, in *Rass. dir. civ.*, 1994, 409; M. BEHAR-TOUCHAIS, *L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui*, Paris, 2001.

²⁷ Cass., 19 marzo 1999 n. 2315, in *Giust. civ.*, 1999, p. 1317 con nota di C.M. BIANCA, *Disconoscimento del figlio nato da procreazione assistita: la parola della Cassazione*; Cass., 18 dicembre 2017 n. 30294, in *Giur. it.*, 2018, p. 1.

²⁸ Su cui da ultimo, M. BIANCA, *La buona fede nei rapporti familiari*, P. SIRENA - A. ZOPPINI (a cura di), *I poteri privati e il diritto della regolazione*, Roma, 2018, p. 159; EAD., *La buona fede nei rapporti familiari*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, p. 910.

²⁹ In tal senso, Cass., 14 giugno 2012, n. 9786 in *Giust. civ.*, 2012, I, p. 2318 e Cass., 21 marzo 2013, n. 7214, in *Giur. it.*, 2013, p. 2491, con commento di I. FERRETTI, *Convivenza more uxorio e tutela possessoria: un ulteriore tassello del diritto vivente sulla famiglia di fatto*; in *Fam. dir.*, 2013, p. 649, con commento di C. GABBANELLI, *Il convivente more uxorio non è paragonabile a un mero ospite e in caso di estromissione violenta dall'abitazione è legittimato a esercitare le azioni a tutela del possesso*.

³⁰ In giurisprudenza, Cass. civ., 12 dicembre 2005, n. 27387 in *Foro it.*, 2006, I, c. 3455 e Cass. Civ., 12 dicembre 2017, n. 29792 in *Foro. it.*, 2018, I, c. 1316. In dottrina, almeno, F. GAMBINO, *Il principio di correttezza nell'ordinamento delle società per azioni*, Milano, 1987, 25 e D. PREITE, *Abuso di maggioranza e conflitto di interessi del socio nelle società per azioni*, in *Trattato delle società per azioni Colombo-Portale*, Torino, 1993.

3. Le figure sintomatiche nella legge.

Venendo alla legge, può osservarsi come la tecnica normativa delle c.d. liste grigie proceda, a ben vedere, nello stesso modo. Può farsi l'esempio della lunga lista delle clausole che "*si presumono vessatorie fino a prova contraria*" di cui all'art. 33 cod. cons.³¹, la cui previsione, come noto, promana dall'importante dir. CE\93\13³². Il legislatore dà qui, al primo comma, una definizione generale di vessatorietà³³ – il significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi a sfavore del consumatore, contrario alla buona fede³⁴ – e la prova contraria è ammessa tenendo conto della "natura del bene o del servizio oggetto del contratto e facendo riferimento alle circostanze esistenti al momento della conclusione del contratto, alle altre clausole del contratto o di altri contratti ad esso collegati" (art. 34 cod. cons.). La prova contraria consiste nel dimostrare che, nonostante la rispondenza di una clausola di un contratto

³¹ Per la distinzione tra clausole vessatorie tipiche e clausole vessatorie atipiche, si veda, in giurisprudenza, Cass. civ., 20 agosto 2015, n. 17024 in *Nuova giur. civ.*, 2016, p. 215 con nota di C. PALMENTOLA, *Clausole abusive nell'assicurazione sulla vita*.

³² Sul sindacato di vessatorietà si vedano, almeno, E. MINERVINI, *Tutela del consumatore e clausole vessatorie*, Napoli, 2001; ID., *Dei contratti del consumatore in generale*, Torino, 2014; L. VALLE, *L'inefficacia delle clausole vessatorie*, Padova, 2004; G. D'AMICO, *L'abuso di autonomia negoziale nei contratti dei consumatori*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, p. 625; S. PAGLIANTINI, *La tutela del consumatore nell'interpretazione delle Corti*, Torino, 2012; F. P. PATTI, *Sul controllo di vessatorietà delle clausole nei contratti dei consumatori: ruolo del giudice e criteri di valutazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, p. 1062; F. DELLA NEGRA, *Il "fairness test" nelle clausole vessatorie: la Corte di Giustizia e il diritto nazionale*, in *Contratti*, 2013, p. 1059; A. ALBANESE, *Le clausole vessatorie nel diritto europeo dei contratti*, in *Europa e dir. priv.*, 2013, p. 669; S. ORLANDO, *La formazione di patti vessatori nella novella sui contratti dei consumatori*, in *Riv. dir. priv.*, 1997, pp. 736-737.

³³ Si veda il cons. 15, dir. CE\93\13.

³⁴ Come noto, sino alla recente modifica dell'art. 33 cod. cons. (su cui si veda E. FERRANTE, *Alcune considerazioni «malgrado» o «contro» la buona fede dopo la rettifica della dir. Ce 13/93*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, p. 541), la versione italiana della direttiva CE\13\93, prima della relativa rettifica, prevedeva l'inciso "malgrado il requisito della buona fede", che non esprimeva chiaramente il concetto di contrarietà (alla buona fede), espresso dalle versioni nelle altre lingue della medesima direttiva: sul punto, si vedano, almeno, M. BIN, *Clausole vessatorie: una svolta storica (ma si attuano così le direttive comunitarie?)*, in *Contr. impr. Europa*, 1996, p. 438; G. DE NOVA, *Criteri generali di determinazione dell'abusività di clausole ed elenco di clausole abusive*, in *Riv. trim. dir. proc. Civ.*, 1994, p. 693; S. TROIANO, *La formula "significativo squilibrio malgrado la buona fede" quindici anni dopo: dalla Direttiva 93/13/CEE alla Proposta di Direttiva c.d. "orizzontale" sui diritti dei consumatori*, in *Studi in onore di Davide Messinetti*, Napoli, 2009, p. 383.

standard ad una delle previsioni generali ed astratte della cosiddetta lista grigia, nelle circostanze concrete non possa dirsi che la clausola sia vessatoria, ossia non possa dirsi che nel caso concreto vi sia un significativo squilibrio giuridico contrario alla buona fede.

136 A fronte della “sintomaticità” di vessatorietà, per vincere la relativa “presunzione”, le circostanze del caso concreto devono condurre a stabilire che non c’è uno squilibrio giuridico “significativo” o che, pur essendoci uno squilibrio giuridico significativo, esso non è contrario alla buona fede.

Né si tratta di un caso isolato e di una tecnica poco utilizzata. Per fare altri importanti esempi, si può osservare come, in modo consonante con la tecnica normativa sopra individuata, gli artt. 7 co. 4 e 7-bis co. 4 del D.Lgs. 231/2002 (recante l’attuazione della direttiva 2000/35/CE relativa alla lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali) stabiliscono una “presunzione” di “grave iniquità” delle clausole e delle prassi che escludono il risarcimento dei costi di recupero previsti dal co. 6 del medesimo decreto; e l’art. 7 co. 2 del provvedimento in esame prescrive che la grave iniquità debba asseverarsi “*avuto riguardo a tutte le circostanze del caso* tra cui il grave scostamento dalla prassi commerciale in contrasto con il principio di buona fede e correttezza, la natura della merce o del servizio oggetto del contratto, l’esistenza di motivi oggettivi per derogare al saggio degli interessi legali di mora, ai termini di pagamento o all’importo forfettario dovuto a titolo di risarcimento per i costi di recupero”³⁵. Si tratta pertanto di una tecnica identica a quella della disciplina delle clausole vessatorie nei contratti con i consumatori, dove, come ricordato, determinate clausole (previste dalle c.d. liste grigie) si presumono vessatorie salvo la prova contraria da offrirsi sulla base delle circostanze concrete. Ancora, l’art. 4 co. 2 dello stesso D.Lgs. 231/2002 prevede che nelle transazioni commerciali tra imprese, le parti possano pattuire espressamente termini di pagamento superiori a sessanta giorni purché essi non risultino gravemente

³⁵ E cfr. art. 3, co. 3 della direttiva 2000/35/CE relativa alla lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali: “Gli Stati membri dispongono che un accordo sulla data del pagamento o sulle conseguenze del ritardo di pagamento che non sia conforme alle disposizioni di cui ai paragrafi 1, lettere da b) a d), e 2 non possa essere fatto valere e non dia diritto a un risarcimento del danno, se, considerate tutte le circostanze del caso, ivi compresa la corretta prassi commerciale e la natura del prodotto, risulti gravemente iniquo nei confronti del creditore. Per determinare se un accordo è gravemente iniquo per il creditore, si terrà conto inter alia se il debitore ha qualche motivo oggettivo per ignorare le disposizioni dei paragrafi 1, lettere da b) a d), e 2. Ove si accerti che tale accordo è gravemente iniquo, si applicano i termini legali, a meno che il giudice nazionale non riporti il contratto ad equità”.

iniqui ai sensi del citato art. 7 comma 2. In questo caso, pur non essendoci una presunzione di grave iniquità, è pur sempre ammesso il relativo sindacato, nel senso ricordato, e dunque può pur sempre dirsi che si tratta di una clausola “grigia” (proprio perché soggetta a tale sindacato³⁶), a ciò non ostando il diverso regime dell’onere probatorio.

Si può altresì notare come tale modo di procedere si manifesti con riferimento a norme anche non provenienti o sollecitate dall’Unione Europea. Se prendiamo ad esempio l’art. 9 della legge sulla subfornitura (L. 192/1998), vediamo che qui il legislatore italiano ha dapprima definito il concetto di dipendenza economica e statuito il divieto di abuso di dipendenza economica (co. 1)³⁷, e ha poi indicato tra le altre figure in cui “può consistere l’abuso” quella della “interruzione arbitraria delle relazioni commerciali” (co. 2). A loro volta, dottrina e giurisprudenza si sono fatte carico di interpretare il concetto di “arbitrarietà” in questa norma, opportunamente indicando che in questo contesto esso debba desumersi dalle circostanze del caso concreto, in relazione alla quali va verificata l’assenza di una giusta causa o di un congruo preavviso, sicché è ritenuta abusiva una interruzione delle relazioni commerciali improvvisa e ingiustificata secondo le circostanze³⁸. Di recente, è stato ritenuto abusivo il recesso dato simultaneamente e in un unico atto per tutti i contratti in essere con il recedente (c.d. recesso *omnibus*) inidoneo a consentire alla controparte contrattuale di reperire alternative sul mercato idonee a sopperire al progressivo cessare del rapporto³⁹.

Il richiamo a questa norma sembra particolarmente significativo sia per la già richiamata matrice esclusivamente interna della disciplina sulla subfornitura, sia per il fatto che dottrine autorevoli hanno

³⁶ Che comprende generalmente tutte le clausole relative al termine di pagamento, al saggio degli interessi moratori o al risarcimento per i costi di recupero.

³⁷ Per la qualifica del divieto in esame nei termini di una clausola generale, si v. L. NONNE, *Contratti tra imprese e controllo giudiziale*, Torino, 2013, p. 238-239. Sulla figura, adde, almeno G. DE NOVA, *La subfornitura: una legge grave*, in *Riv. dir. priv.*, 1998, p. 451; C. OSTI, *L’abuso di dipendenza economica*, in *Mercato, concorrenza, regole*, 1999, p. 10; V. BARBA, *L’abuso di dipendenza economica: profili generali*, in V. CUFFARO, *La subfornitura nelle attività produttive*, Napoli, 1998, p. 297; G. COLANGELO, *L’abuso di dipendenza economica tra disciplina della concorrenza e diritto dei contratti. Un’analisi economica e comparata*, Torino, 2004; R. NATOLI, *L’abuso di dipendenza economica. Il contratto e il mercato*, Napoli, 2004; G. DI LORENZO, *Abuso di dipendenza economica e contratto nullo*, Padova, 2009.

³⁸ Trib. Milano 17 giugno 2016, in *Foro it.*, 2016, I, c. 3636.

³⁹ Trib. Monza, 27 dicembre 2018, in *Foro it.*, 2019, I, c. 2965.

da essa ricavato *rationes* per il diritto generale dei contratti⁴⁰.

Per terminare questa rassegna di legislazione speciale, può osservarsi infine come il disegno delle c.d. liste grigie possa essere combinato dal legislatore con la previsione di una esenzione dal trattamento sanzionatorio in presenza di uno specifico accordo⁴¹. È, notoriamente, il caso della trattativa individuale ai sensi della già richiamata dir. CE/93\13 (art. 34, co. 4 cod. cons.), ma anche della recente direttiva in materia di pratiche commerciali scorrette nell'ambito della filiera agroalimentare (dir. UE/2019/633) che entrerà in vigore nel 2021⁴². Al fine di impedire alle grandi imprese di sfruttare i fornitori di piccole e medie dimensioni a causa della loro posizione di contrattazione più debole e di evitare che i costi di tali pratiche vengano trasferiti ai produttori primari, il legislatore europeo ha stabilito un elenco minimo di pratiche commerciali sleali vietate tra acquirenti e fornitori lungo la filiera agricola e alimentare, prevedendo altresì norme minime concernenti la loro applicazione. Mentre determinate pratiche commerciali sono vietate in qualunque circostanza⁴³, il legislatore europeo prevede anche un divieto di determinate pratiche commerciali subordinato al non essere state dette pratiche concor-

date in termini chiari ed univoci nell'accordo di fornitura⁴⁴.

Dopo aver fatto alcuni esempi tratti dalla legislazione speciale, mi sembra, sommessamente, anche conferente segnalare che non si tratta affatto di rinvenire una tecnica nuova, bensì, soltanto, di valorizzare ed espandere una tecnica richiesta già dalle norme codicistiche - prima ancora che dalle più o meno recenti normative speciali - acquisendo, piuttosto - questo sì - una più piena consapevolezza di tale tecnica.

Per fare un esempio, ho provato a dimostrare in un altro scritto⁴⁵ che la norma sull'errore riconoscibile di cui all'art. 1431 c.c. ben ammette di essere ricostruita in termini di divieto, e di individuare una figura sintomatica di comportamento vietato nel comportamento di colui che conclude un contratto sapendo o dovendo conoscere, usando una normale diligenza, che l'altro contraente era incorso in errore essenziale, tenuto conto della qualità dei contraenti, nonché del contenuto e delle circostanze del contratto.

L'art. 1431 c.c. stabilisce che l'errore è riconoscibile quando «in relazione al contenuto, alle circostanze del contratto ovvero alla qualità dei contraenti, una persona di normale diligenza avrebbe potuto rilevarlo». Questa norma, insieme a quella dell'art. 1428 c.c. («l'errore è causa di annullamento del contratto quando è essenziale ed è riconoscibile dall'altro contraente»), può interpretarsi individuando un divieto, al quale è collegato il rimedio dell'annullamento (e salva la concorrente valutazione di responsabilità precontrattuale ai sensi degli artt. 1337 e 1338 c.c.): è vietato concludere un contratto sapendo o dovendo conoscere, usando una normale diligenza, che l'altro contraente era incorso in errore essenziale, tenuto conto della qualità dei contraenti, nonché del contenuto e delle circostanze del contratto.

⁴⁰ Si vedano, R. PARDOLESI, *Nuovi abusi contrattuali: tipici e atipici*, in *Danno e resp.*, 2017, p. 137 e F. MACARIO, *Genesi, evoluzione e consolidamento di una nuova clausola generale: il divieto di abuso di dipendenza economica*, in *Giust. Civ.*, 2016, p. 509.

⁴¹ S. ORLANDO, *La formazione di patti vessatori nella novella sui contratti dei consumatori*, cit., *passim* e spec. pp. 736-737.

⁴² Sulla Direttiva UE/2019/633 si veda, tra i primi commenti, quello di L. MONGIELLO, *Pratiche commerciali sleali nei rapporti tra imprese nella filiera agroalimentare europea: un decennio di studi e rilevazioni e la lista nera della direttiva 2019/633/UE*, in www.ilcaso.it, (2019).

⁴³ Si tratta delle pratiche previste all'art. 3, para 1, lett. a)-i) dir. UE/2019/633 e che prevedono pagamenti a più di 30 giorni per prodotti agricoli e alimentari deperibili; pagamenti a più di 60 giorni per altri prodotti agricoli e alimentari; annullamenti con preavviso breve di ordini di prodotti agricoli e alimentari deperibili; modifiche unilaterali delle condizioni dell'accordo di fornitura da parte dell'acquirente; pagamenti richiesti dall'acquirente non connessi alla vendita dei prodotti agricoli e alimentari; pagamenti richiesti dall'acquirente per il deterioramento o la perdita di prodotti agricoli e alimentari quando tale deterioramento o perdita non siano stati causati dalla negligenza o colpa del fornitore; rifiuto dell'acquirente di confermare per iscritto un accordo di fornitura, nonostante il fornitore abbia richiesto una conferma scritta; uso improprio dei segreti commerciali del fornitore da parte dell'acquirente; azioni di ritorsione commerciale da parte dell'acquirente nei confronti del fornitore se il fornitore esercita i propri diritti contrattuali o legali; trasferimento dei costi per l'esame dei reclami dei clienti ai prodotti del fornitore nonostante l'assenza di negligenza o colpa da parte del fornitore.

⁴⁴ Si tratta delle seguenti pratiche previste all'art. 3, para 2, dir. UE/2019/633: l'acquirente restituisce al fornitore prodotti agricoli e alimentari rimasti invenduti, senza corrispondere alcun pagamento per tali prodotti invenduti o senza corrispondere alcun pagamento per il loro smaltimento, o entrambi; al fornitore è richiesto un pagamento come condizione per l'immagazzinamento, l'esposizione, l'inserimento in listino dei suoi prodotti agricoli e alimentari, o per la messa a disposizione sul mercato; l'acquirente richiede al fornitore di farsi carico, in toto o in parte, del costo degli sconti sui prodotti agricoli e alimentari venduti dall'acquirente come parte di una promozione; l'acquirente richiede al fornitore di pagare i costi della pubblicità o del marketing effettuati dall'acquirente, dei prodotti agricoli e alimentari; l'acquirente richiede al fornitore di pagare i costi del personale incaricato di organizzare gli spazi destinati alla vendita dei prodotti del fornitore.

⁴⁵ S. ORLANDO, *Fattispecie, comportamenti, rimedi. Per una teoria del fatto dovuto*, cit., p. 1060 ss.

Appare corretto osservare come si tratti di un divieto il cui contenuto deve essere specificato in relazione a criteri soggettivi ed oggettivi, che offrono all'interprete tutto lo spazio di cui c'è bisogno per individuare ed articolare il tema dell'approfittamento dell'errore altrui nel caso concreto, ossia e precisamente «in relazione al contenuto, alle circostanze del contratto ovvero alla qualità dei contraenti».

4. Figure sintomatiche e fattispecie.

Sul piano della proposta della riflessione, può individuarsi il tema del nesso che corre tra le figure sintomatiche e la fattispecie. Il disegno della figura sintomatica non sembra differenziarsi dal disegno della fattispecie per il tratto estrinseco della sua fonte. Abbiamo visto infatti che anche il legislatore può disegnare figure sintomatiche (v. *retro* sub § 3). Sembra piuttosto che il tratto distintivo risieda altrove.

Sembra corretto innanzitutto osservarsi che il disegno delle figure sintomatiche risulta caratterizzato per la circostanza che il giudizio definitivo circa il loro trattamento giuridico attende sempre una conferma da desumersi sulla base di elementi ulteriori.

Dovendosi dire in cosa consistano tali elementi, può osservarsi come la dottrina e la giurisprudenza predichino unanimemente che tale giudizio definitivo debba essere sempre desunto sulla base delle circostanze del caso concreto⁴⁶, e aggiungersi che ciò è confermato anche dall'esame delle discipline delle figure sintomatiche disegnate dal legislatore, nei casi sopra esemplificati sub § 3. Pertanto, il disegno delle figure sintomatiche risulta caratterizzato per la circostanza di tipizzare comportamenti rispetto ai quali il giudizio definitivo, o se si vuole la "diagnosi" – funzionale all'attribuzione di un determinato trattamento giuridico: la sanzione, la reazione, il rimedio - attende e richiede sempre una conferma da attingersi sulla base di altri fatti⁴⁷, ovvero le circo-

stanze del caso concreto - che possono anche negare il trattamento giuridico in questione - nonché di determinati standard valutativi⁴⁸ adeguati a quel giudizio, il più affermato dei quali è quello della ragionevolezza⁴⁹.

Se si riconosce questo modo di operare delle figure sintomatiche nel ragionamento del legislatore, della dottrina e della giurisprudenza, si potrà anche riconoscere che le figure sintomatiche servono a dare corpo ai principî. L'elaborazione delle figure sintomatiche contribuisce ad affinare la stessa comprensione dei principî, con un movimento chiarificatore bidirezionale: dai principî alle figure sintomatiche e viceversa⁵⁰. Tale dinamica porta alla evoluzione storica del contenuto dei principî nella dimensione ermeneutica⁵¹ attraverso l'emersione esemplificativa dei concetti che disegnano le *rationes* di tutela e di affermazione storica dei principî. Si tratta di una notazione che fa appello alla necessità di affermare una consapevolezza circa il tratto della storicità dei principî, tanto spesso ignorato nel dibattito e nelle critiche rivolte al c.d. ritorno del giusnaturalismo⁵².

pi e clausole generali nell'evoluzione dell'ordinamento giuridico, Milano, 2017.

⁴⁸ La teoria degli *standard* valutativi è nota in tutte le esperienze giuridiche europee da decenni e non è necessario qui ripercorrerne la storia; ricordiamo solo, per tutti, A. FALZEA, *Gli standard valutativi e la loro attuazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1987, p. 1, e G. TEUBNER, *Standards und Direktiven in Generalklauseln*, Frankfurt am Mainz, 1971.

⁴⁹ Cfr. S. TROIANO, *La «ragionevolezza» nel diritto dei contratti*, Padova, 2005; ID., *Ragionevolezza (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, *Annali VI*, Milano, 2013, p. 763 ss.; E. DEL PRATO, *Ragionevolezza e bilanciamento*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, p. 23; ID., *Ragionevolezza e clausole generali*, Milano, 2013; G. PERLINGIERI, *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, Napoli, 2015; G. PERLINGIERI – A. FACHECHI, *Ragionevolezza e proporzionalità nel diritto contemporaneo*, Napoli, 2017; N. LIPARI, *Per un diritto secondo ragione*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, p. 1427. V. anche, di recente, F. TRIMARCHI BANFI, *Ragionevolezza e razionalità delle decisioni amministrative*, in *Dir. proc. amm.*, 2019, p. 313.

⁵⁰ Con specifico riguardo alla buona fede, U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, in *Tratt. Ciccumessineo*, XVI, I, Milano, 1974, *passim.*, e R. SACCO, *Cos'è la buona fede oggettiva?*, in AA.VV., *Il principio di buona fede*, Milano, 1987, p. 45.

⁵¹ Come noto, alla visione tradizionale che – non senza contraddizioni interne – relegava il *neminem laedere* al sistema del fatto illecito, si è sostituita una concezione generale dell'*alterum non laedere*, che valorizza il precetto di Ulpiano nei rapporti obbligatori (D. 1.1.10pr.). Cfr., in dottrina, P. SCHLESINGER, *La ingiustizia del danno nell'illecito civile*, in *Jus*, 1960, p. 342-343; per la giurisprudenza, Corte Cass., 22 luglio 1999, n. 500, *Foro it.*, 1999, I, c. 569.

⁵² S. ORLANDO, *Le informazioni*, cit., p. 202; M. ZACCHEO, *Valori e principî*, in *Persona e mercato*, 2019, p. 86 ss., spec p. 90; N. IRTI, *I cancelli delle parole*, in *Un diritto incalcolabile*, Torino, 2016, p. 63; A. GENTILI, *Senso e consenso*, vol. I, p. 51 s.; V. ROPPO, *Il racconto della legge*, Milano 2019, p. 178 ss. Per riferimenti essenziali all'attuale ampio dibattito sui principî,

⁴⁶ Con riferimento alla giurisprudenza in materia di convivenza, ben sottolinea questo aspetto M. GRONDONA, *La tutela possessoria del convivente: un'analisi giurisprudenziale*, in F. BRUNETTA D'USSEAUX e A. D'ANGELO, *Matrimonio, matrimonio*, Milano, 2000, p. 355-356. Sul punto, si v. anche D. IMBRUGLIA, *La regola*, cit., p. 85-86.

⁴⁷ Su questa dinamica delle clausole generali, A. BELVEDERE, *Le clausole generali tra interpretazione e produzione di norme*, in *Pol. dir.*, 1988, p. 631. Sulla figura, riferimenti minimi: S. RODOTA, *Il tempo delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1987, p. 709; L. MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, p. 5; C. CASTRONOVO, *L'avventura delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, p. 21; M. LIBERTINI, *Clausole generali, norme di principio, norme a contenuto indeterminato. Una proposta di distinzione*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2011, p. 345; G. D'AMICO, *Princi-*

5. Conclusione.

Come ampiamente noto, l'attuale scenario del diritto privato è dominato dalle sfide che la (nuova) complessità pone all'interprete e alle certezze passate⁵³. La pluralità di legislatori e fonti, anche sovraordinate alle fonti nazionali⁵⁴, l'applicabilità diretta del dettato della Carta costituzionale⁵⁵ e di principî, desunti o espressamente posti da fonti, di nuovo, anche sovraordinate alle fonti nazionali⁵⁶, la

cfr. M. NUZZO, *Principi generali e regole operative: la concretizzazione delle norme a contenuto indeterminato nel dialogo delle corti*, in *Principi e clausole generali, argomentazione e fonti del diritto*, a cura di F. Ricci, Milano, 2018, p. 89 ss.; F. ADDIS, *Sulla distinzione tra norme e principi*, in *Europa e dir. priv.*, 2016, p. 1019; S. MAZZAMUTO – L. NIVARRA, *Giurisprudenza per principi e autonomia privata*, Torino, 2016; e in N. RIZZO, *Note minime sull'uso dei principî costituzionali – nel diritto dei contratti – rileggendo Dworkin e Hart*, in *Riv. dir. civ.*, 2019, p. 912.

⁵³ Complessità che si traduce naturalmente in un acceso dibattito e in diversità di posizioni, cfr. G. VETTORI, *Il diritto dei contratti fra Costituzione, codice civile e codici di settore*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2008, p. 751; C. CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, Milano, 2015; ID., *Diritto privato e realtà sociale. Sui rapporti tra legge e giurisdizione a proposito di giustizia*, in *Eur. dir. priv.*, 2017, p. 764; P. GROSSI, *L'invenzione del diritto*, Roma-Bari, 2017; N. LIPARI, *Il diritto civile tra legge e giudizio*, Milano, 2017; S. MAZZAMUTO, *Il contratto europeo nel tempo della crisi*, in *Europa e dir. priv.*, 2010, p. 601 ss.; U. BRECCIA, *Tempi e luoghi del diritto dei contratti*, in *Contratti*, 2018, p. 5; G. D'AMICO, *Giustizia contrattuale e contratti asimmetrici*, in *Eur. dir. priv.*, 2019, p. 1; V. SCALISI, *Per una ermeneutica giuridica 'veritativa' orientata a giustizia*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, p. 1249; ID., *Il diritto naturale e l'eterno problema del diritto 'giusto'*, in *Europa e dir. priv.*, 2010, p. 449 ss., spec. p. 471 ss.; ID., *Complessità e sistema delle fonti di diritto privato*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, p. 147 ss., spec. p. 177 ss.; ID., *Interpretazione e teoria delle fonti nel diritto privato europeo*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, p. 413 ss., spec. p. 434 ss.; ID., *Regola e metodo nel diritto civile della postmodernità*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, p. 282 ss., spec. p. 303 ss.; P. PERLINGIERI, *Applicazione e controllo nell'interpretazione giuridica*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, p. 317 ss., spec. p. 331 ss.; SCODITTI, *Teoria e prassi nel diritto italiano su fattispecie e rapporto contrattuale*, in *Contratti*, 2010, 1155 ss.; M. ZACCHEO, *Valori e principi*, cit.; L. FERRAJOLI, *Costituzionalismo principialista e costituzionalismo garantista*, in *Giur. cost.*, 2010, 3, 2771 ss.

⁵⁴ In luogo di tanti, C. CAMARDI, *Certeza e incertezza nel diritto privato contemporaneo*, Torino, 2017; M. FIORAVANTI, *La trasformazione costituzionale*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 2014, p. 295.

⁵⁵ Si vedano le ordinanze Corte Cost., 24 ottobre 2013, n. 248 in *Foro it.*, 2014, I, c. 382 e in *Contratti*, 2014, p. 926, con commento di G. D'AMICO, *Applicazione diretta dei principî costituzionali e nullità della caparra confirmatoria «eccessiva»*; Corte Cost. 02 aprile 2014, n. 77, in *Foro it.*, 2014, I, c. 2035 con commento di E. SCODITTI, *Il diritto dei contratti fra costruzione giuridica e interpretazione adeguatrice*.

⁵⁶ In luogo di tanti, si ricordano quanto meno gli importanti contributi di M. NUZZO, *Utilità sociale e autonomia privata*, Milano, 1975; P. PERLINGIERI, *Norme costituzionali e rapporti di diritto civile*, in *Rass. dir. civ.*, 1980, p. 95; ID., *Il diritto civi-*

circolazione di modelli e *rules* provenienti da sistemi diversi⁵⁷, la prepotente emersione dei diritti della persona nell'ambito dei rapporti economici tra i privati⁵⁸, segnano un mutato assetto normativo, presentando un ambiente di lavoro oggi largamente popolato da norme che sono state definite “senza fattispecie”⁵⁹.

Altrove⁶⁰ ho provato a dimostrare come anche nelle norme, per così dire, tradizionali, ovvero “dotate” di fattispecie, l'interprete non possa davvero appagarsi della contemplazione delle serie effettuali, e che l'interprete debba anche a cospetto di esse rappresentarsi i “fatti dovuti” a partire dagli statuti delle situazioni giuridiche soggettive generate dalla fattispecie, declinando i contenuti delle situazioni giuridiche soggettive attive e passive in figure di

le nella legalità costituzionale secondo il sistema italo comunitario delle fonti, III, Napoli, 2006, p. 543; G. VETTORI, *Il contratto europeo fra regole e principi*, Torino, 2015; G. D'AMICO, *Problemi (e limiti) dell'applicazione diretta dei principî costituzionali nei rapporti di diritto privato (in particolare nei rapporti contrattuali)*, in *ivi*, p. 443; N. IRTI, *Per una concezione normativa dell'autonomia privata*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2018, p. 555.

⁵⁷ In luogo di tanti, F. GALGANO, *Lex mercatoria e globalizzazione*, in *Vita not.*, 2005, p. 1253; G. IUDICA, *Globalizzazione e diritto*, in *Contratto e impr.*, 2008, p. 867; N. IRTI, *Norma e luoghi - Problemi di geo-diritto*, Roma-Bari, 2007; M. R. FERRARESE, *Globalizzazione giuridica*, in *Encicl. dir.*, Annali, IV, Milano, 2011, p. 547; P. SCHLESINGER, *La globalizzazione nel sistema finanziario*, in *Pers. Merc.*, 2011, p. 245; M. SERIO, *Sistemi di integrazione giuridica e tecniche di armonizzazione, uniformazione ed unificazione per influsso del diritto comunitario*, in *Contr. impr. – Eur.*, 2006, p. 162; FALZEA, *Unità del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 2005 pp. 218-219. Di recente, v. GAMBARO, *Common law e civil law: evoluzione e metodi di confronto*, in questa rivista, 2009, p. 7 ss.; G. BENEDETTI, *L'elogio dell'interpretazione traducevole nell'orizzonte del diritto europeo*, in *Europa e dir. priv.*, 2010, p. 413 ss. (anche in AA.VV. *Attività transnazionali, sapere giuridico e scienza della traduzione*, a cura di Sandulli e Faioli, Roma, 2011, p. 41 ss.); P. RESCIGNO, *Codici. Storia e geografia di un'idea*, Bari, 2013, *passim*, spec. p. 34 ss e 235 ss.

⁵⁸ V. SCALISI, *Ermeneutica dei diritti fondamentali e principio 'personalista' in Italia e nell'Unione Europea*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, p. 145 ss.; N. LIPARI, *Diritti fondamentali e ruolo del giudice*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, p. 635 ss. Per una proposta di analisi delle numerosissime norme, oggi non più confinate al diritto dei contratti, intese a proteggere la vulnerabilità decisionale dei privati, cfr. S. ORLANDO, *Le informazioni*, cit., p. 190 ss., spec. p. 196 ss.

⁵⁹ G. VETTORI, *Regole e principi. Un decalogo*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, p. 124. E cfr. anche ID., *Oltre il consumatore*, in *Obbligazioni e contratti*, 2011, p. 86 ss. Sulla crisi della fattispecie, si v. altresì, *ex multis*, N. IRTI, *Calcolabilità weberiana e crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, 5, p. 687; *Un diritto incalcolabile*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, p. 11; *Un contratto incalcolabile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2015, p. 17; *Capitalismo e calcolabilità giuridica (letture e riflessioni)*, in *Riv. soc.*, 2015, p. 801.

⁶⁰ S. ORLANDO, *Fattispecie, comportamenti rimedi. Per una teoria del fatto dovuto*, cit.; ID., *Sul tempo dei fatti e degli effetti*, in *Studi in onore di Giuseppe Benedetti*, Napoli, 2008, p. 1273 ss.

comportamenti permessi, doverosi e vietati. In questo senso, anche di fronte a norme dotate di una “prima” fattispecie, ossia la fattispecie del “fatto che accade” o “fatto trovato” (i.e. i fatti previsti dal legislatore per l’eventualità che possano verificarsi) all’interprete è sempre richiesto di costruire una “seconda” fattispecie, ossia la fattispecie del “fatto che deve accadere” o “fatto dovuto” (i.e. i fatti che debbono verificarsi per la legge, in conseguenza dei primi, e ricavabili dal contenuto delle situazioni soggettive da questi generati, ad es. l’esecuzione di una prestazione, il rispetto del bene altrui) con ciò raffigurandosi in definitiva i comportamenti permessi, quelli doverosi e quelli vietati⁶¹. La costruzione della “seconda fattispecie” (e con essa la raffigurazione di comportamenti permessi, doverosi e vietati) costituisce pertanto, sul piano ricostruttivo generale, l’approdo necessario dell’analisi di ogni norma.

Non dissimilmente, l’elaborazione delle figure sintomatiche, quando non poste direttamente dal legislatore, richiede all’interprete di raffigurarsi comportamenti doverosi (tanto di fare che di non fare) a partire dall’interpretazione di clausole generali e principi. Le figure sintomatiche infatti consistono in figure di comportamenti che presentano indici di violazione di divieti o di specifici obblighi desunti in via interpretativa da clausole generali e principi, e il cui giudizio definitivo circa l’effettiva violazione e il conseguente preciso trattamento giuridico dipende dall’apprezzamento di ulteriori circostanze di fatto e dall’impiego di standard valutativi adeguati, nel senso sopra esposto.

Orbene, se, come incisivamente osservato, “la crisi della fattispecie non è crisi della decisione” e il lavoro del giurista “non si interrompe, ma continua in un nuovo orizzonte”⁶², in cui il “vuoto della [prima] fattispecie” accresce nel nostro mestiere il ruolo dell’interpretazione “caratterizzata da rigore argomentativo e trasparenza”⁶³, può non essere inutile la proposta di interrogarsi circa i vantaggi e i limiti del ragionare per figure sintomatiche.

⁶¹ Nello schema della norma “tradizionale”, la serie completa è pertanto fattispecie-diritti-fattispecie, dove i diritti costituiscono il medio logico tra il fatto trovato e il fatto dovuto: S. ORLANDO, *Fattispecie, comportamenti rimedi. Per una teoria del fatto dovuto*, cit., p. 1063.

⁶² N. IRTI, *La crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, p. 44; e v. anche ID., *Il tessitore di Goethe (per la decisione robotica)*, in AA.VV., *Decisione robotica*, a cura di A. Carleo, Bologna, 2019, p. 17 ss.

⁶³ G. BENEDETTI, *Fattispecie e altre figure di certezza*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2015, p. 1108.

