



LA NEGOZIAZIONE PREVENTIVA DELLA RESPONSABILITÀ AQUILIANA

DI BRUNO MEOLI

I- La disciplina contrattuale della responsabilità aquiliana: interesse e limiti di un problema.

Il tema del se ed entro quali limiti gli statuti della responsabilità aquiliana siano permeabili alla disciplina contrattuale, impone la chiarificazione di alcuni punti preliminari. Essi sono costituiti - oltre che, ovviamente, dalla necessaria definizione del campo di indagine - per un verso da una verifica in ordine alla esistenza di un interesse applicativo, sufficientemente ampio da giustificare l'analisi, e per altro verso dalla possibilità di ipotizzare una responsabilità che, per essere in qualche modo regolata da un contratto, non divenga essa stessa contrattuale sì da essere ricondotta alla disciplina dettata, con riferimento all'aspetto in esame, per tale settore della responsabilità.¹

Infatti, almeno a prima vista, la questione di fondo che si pone è quella della derogabilità *ex ante* delle regole della responsabilità civile e, dunque, della possibilità di declinarle in termini di norme di tipo dispositivo. Il che, ovviamente, chiama immediatamente in causa la generale ripartizione (dai confini oggi non più profondamente marcati ma pur sempre individuabili) tra la responsabilità contrattuale - per la quale, pur tra limiti, la derogabilità della disciplina è espressamente riconosciuta dalla legge - e la responsabilità aquiliana; fattispecie, quest'ultima, che - pur tralasciandosene il radicamento storico in sistemi dal carattere anche penale - nella sua moderna declinazione con funzione tipicamente compensatoria, non riesce comunque ad affrancarsi dalla rappresentazione in termini di sistema volto a garantire l'attuazione di interessi generali (ad es., la pacificazione sociale) sì da apparire naturalmente refrattaria alla disciplina negoziale.

Riprendendo i punti preliminari sopra cennati - e precisamente quello della individuazione del tema - può dunque notarsi, in termini astratti, che l'incidenza dell'autonomia privata sullo statuto normativo della responsabilità aquiliana, potrebbe appuntarsi su ciascuno dei molteplici elementi costitutivi della stessa, e dunque indurre conseguenze dal contenuto pluriforme,

¹ L'impossibilità di configurare, da un punto di vista strutturale, una pattuizione preventiva che regoli, tra le parti, le conseguenze di un atto illecito non ancora verificatosi è sostenuta, in generale, da C. MAIORCA, voce *Colpa civile (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, VIII, Milano, 1960, p. 565. In senso analogo, con particolare sottolineatura circa la capacità del patto in esame di trasformare in contrattuale la responsabilità oggetto di regolazione o rinuncia, si v. già P. ESMEIN, *Meditations sur le conventions d'irresponsabilité en cas de dommage causé à la personne*, in *Melanges R. Savatiers*, 1965, p. 274; G. GUIBERT, *Des clauses d'irresponsabilité*, *Th. Paris V*, 1990, p. 381.



gravide di effetti di segno opposto – e cioè tanto positivi quanto negativi - sugli interessi oggetto di disciplina.

Una convenzione potrebbe infatti riguardare gli elementi costitutivi della responsabilità (quali il criterio di imputazione della stessa e il nesso di causalità) ovvero le conseguenze che essa determina, provocando ricadute sul diritto al risarcimento ovvero sul *quantum* del danno risarcibile, il quale potrebbe essere ridotto ma anche incrementato, in modo da piegarlo, in tale ultimo caso, ad attuare una funzione latamente punitiva.

Sotto altro dei profili su indicati - quello della individuazione di un campo di applicazione delle convenzioni regolatorie della responsabilità, sufficientemente esteso – l’obiezione - formulata soprattutto dalla dottrina d’oltralpe che ha più approfonditamente sondato il tema qui in esame – appare condizionata da una impostazione descrittiva dell’illecito aquiliano, che, nel disegnarlo in termini di occasionale lesione di interessi appartenenti ad un soggetto non legato da alcuna precedente relazione col danneggiante, per ciò stesso porta tendenzialmente ad escludere la configurabilità di ipotesi nelle quali si possa individuare un interesse delle parti alla relativa regolazione, ovvero a ritenere che, nei casi in cui tale interesse possa essere rintracciato, le parti, tramite l’accordo, finiscano per negoziare sui doveri dalla cui violazione derivano le conseguenze risarcitorie, sì da contrattualizzare i doveri medesimi e la connessa responsabilità, con la conseguenza di rendere del tutto inutile l’analisi del tema in questione, data la sua attrazione al campo dell’inadempimento dell’obbligazione.²

Il rilievo mostra di ispirarsi ad un approccio abbastanza univoco, che rimanda alla radice della distinzione tra responsabilità aquiliana e contrattuale e che, proprio per tale motivo, manifesta una rilevanza dal punto di vista operativo, esclusivamente in quegli ordinamenti che - come quello francese dal quale il rilievo medesimo proviene - escludono il concorso tra detti tipi di responsabilità.

In effetti – e procedendo con ordine - deve osservarsi che casi in cui l’illecito aquiliano, pur restando tale, si annidi nell’ambito di relazioni personali tra il possibile danneggiante e il possibile danneggiato, le quali siano (non contrattuali ma pur sempre) specifiche e preesistenti, possono non soltanto essere pensati ma anche essere conformati in modo da giustificare – anche sotto il profilo dell’interesse economico e giuridico, e dunque sotto il profilo della causa contrattuale – la regolazione preventiva del regime della responsabilità, senza con ciò trasformarla in contrattuale. Si può, ad esempio, pensare alle fattispecie di rapporti di vicinato, oppure alle relazioni precontrattuali, se si ritiene (cosa che peraltro la giurisprudenza italiana sembra recentemente negare) che esse non radichino relazioni di tipo contrattuale, sotto forma di doveri di protezione senza obbligo di prestazione. Ma se, come detto, nel secondo dei casi esemplificati la presenza del dovere di protezione radicato nell’obbligo legale di buona fede

² H., L. E J. MAZEAUD, *Traité théorique et pratique de la responsabilité delictuelle et contractuelle*, t. 3, II ed. nel volume aggiornato da F. CHABAS, *Montchretien*, 1983, p. 91.



oggettiva, potrebbe spingere la responsabilità conseguente alla sua violazione nell'ambito contrattuale, e dare con ciò conferma della asserita impossibilità di configurare accordi di regolazione di responsabilità che non perdano il loro carattere aquiliano, per altro verso i rapporti di vicinato - così come quelli condominiali, quelli inerenti alle prestazioni di cortesia, e tutte le relazioni che non implicino la nascita di doveri di protezione - possono continuare ad essere portati ad esempio di ipotesi nelle quali si configura, in modo chiaro, la fattispecie in analisi.

E non appare, in contrario senso, fondata la tesi la quale, dalla deduzione in un accordo negoziale di una disciplina regolante la struttura o la conseguenza dell'illecito, induce a ritenere che il dovere sotteso all'imperativo del *neminem laedere* si trasfiguri, in tali casi e in conseguenza della sua implicita considerazione nell'accordo, in obbligo contrattuale: ciò perché, con tutta evidenza, se l'accordo regola unicamente le conseguenze della violazione del dovere, la fonte dello stesso è data per presupposta ed è dunque anteriore ad esso e non può che essere radicata in una previsione legale.

Peraltro, come anticipato, proprio dalla casistica di situazioni idonee a stimolare una disciplina delle conseguenze dell'illecito, è possibile scorgere anche l'interesse che le parti potrebbero avere a riguardo del relativo contratto, e che potrebbe vestire quest'ultimo di idonea causa giuridica sì da evitarne la nullità per mancanza di tale elemento essenziale. In disparte i problemi di derogabilità della disciplina legale – prima già cennati e su cui si tornerà dopo – il tema qui in esame mette evidentemente in tensione il sistema del contratto e quello della responsabilità civile, ma di certo non può essere analizzato se riguardato soltanto sotto tale ultimo versante, senza calarlo nel complessivo sistema dell'atto negoziale. Infatti, la disciplina *ex ante* della responsabilità civile, nella misura in cui innesca vicende di tipo abdicativo o dispositivo (si pensi alla rinuncia al diritto al risarcimento ovvero alla modifica del *quantum* del danno risarcibile) deve pur sempre trovare, onde acquisire efficacia, una giustificazione in un adeguato interesse meritevole, che specifichi e sostanzi la funzione concreta del relativo atto contrattuale. L'analisi del profilo in questione – su cui è utile tergiversare unicamente allo scopo di definire un campo di estensione della presente analisi, sufficientemente ampio e dunque degno di interesse – porta ad individuare fattispecie in cui le parti potrebbero essere interessate a regolare *ex ante* le conseguenze della responsabilità, allo scopo, ad esempio, di ottenere una precisa delimitazione del rischio da sottoporre ad assicurazione, onde ricavarne una riduzione dei relativi costi. Ma gli esempi (nel settore della responsabilità precontrattuale, in quello dei rapporti di cortesia, in quello delle attività sportive anche non professionistiche) potrebbero essere vari e sarebbero suscettibili di essere inquadrati sia in atti gratuiti (ma pur sempre sostenuti da idoneo interesse delle parti) sia, in fine, in atti onerosi nei quali la rinuncia alle conseguenze della responsabilità è giustificata da altra controprestazione.

Come detto, la deduzione del regime della responsabilità aquiliana nell'ambito di una pattuizione negoziale, non sembra essere tale da trasfigurarla in termini contrattuali e da



determinarne l'assimilazione al relativo regime. Ma – come già anticipato – tale tematica potrebbe risultare priva di addentellato pratico.

La questione trova infatti la sua ragion d'essere nella sopra già rilevata dicotomia del regime giuridico delle due tipologie di responsabilità, e nella espressa previsione – per quella contrattuale ma non per quella aquiliana – della validità di patti negoziali che la limitino o la conformino in modo differente da quello legale. Se le convenzioni qui in esame operassero nel senso di trasformare il regime aquiliano in contrattuale, se ne dovrebbe assumere la relativa assoggettabilità alla disciplina dell'inadempimento dell'obbligazione. Il che, ovviamente, deprirebbe il tema di qualsiasi interesse.³

Se però ciò è vero nei regimi che, come quello francese, distinguono tra le due forme di responsabilità negando – ora espressamente – la possibilità del relativo concorso, altrettanto non potrebbe dirsi per quelli che, come il nostro, detto concorso invece lo ammettono. In tal caso, infatti, l'esclusione della responsabilità contrattuale non potrebbe estendersi alla concorrente responsabilità aquiliana, ove quest'ultima fosse ritenuta idonea ad una regolazione *ex ante*. Sicché il problema resterebbe comunque aperto perché il danneggiato, pur privato dell'azione radicata nel contratto, potrebbe servirsi di quella radicata nella disciplina dell'illecito.

II- Responsabilità civile e ordine pubblico.

Occorre subito premettere che la maggioranza degli ordinamenti occidentali considera, in via di principio, le regole della responsabilità aquiliana come possibile oggetto di disciplina negoziale *ex ante*, là dove, ovviamente il problema della negoziabilità *ex post* del diritto al risarcimento del danno già maturato in capo al danneggiato, non si pone neppure.⁴

³ F. GIARDINA, *La distinzione tra responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale*, in *Tratt. Resp. Contr.* Visentini, I, Torino, 2009, p. 73; G. DI GIANDOMENICO, *La lesione del rapporto giuridico*, in *Riv. dir. comm. dir. gen. obbl.*, 2008, p.625; C. SALVI, *La responsabilità civile*, Milano, 2005, p. 12; C. CASTRONUOVO, *Le due specie di responsabilità civile e il problema del concorso*, in *Europa dir. priv.*, 2004, p. 69; P.G. MONATERI, *Cumulo di responsabilità. Analisi comparata di un problema*, Padova, 1989.

⁴ In Common Law, la limitazione della responsabilità o del risarcimento è ammessa tanto nel campo contrattuale tanto nel campo dei *torts*: H. BEALE, *Les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité en Europe*, *Actes du colloque des 13 et 14 déc. 1990*, LGDJ, p. 155. Anche in Germania il patto è generalmente ammesso: W. FLUME, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, II, Berlin, 1979, p. 366. Così anche in Belgio: D. MAZEAUD, *Les clauses limitatives de responsabilités*, in *Les obligations en droit français et en droit belge, convergences et divergences*, Dalloz/Bruylant, 1986.



Alla autonomia negoziale vengono posti, naturalmente, dei limiti che, come si cercherà di chiarire dopo, trovano il loro ancoraggio e la loro *ratio* giustificatrice sia nelle regole che costituiscono il sistema contrattuale sia in quelle attinenti al sistema della responsabilità.

E' nell'esperienza francese che, invece, permane l'idea – che molti segnali inducono a considerare in via di superamento – del divieto dell'*aménagement conventionnel anticipé* della responsabilità in questione; divieto che giurisprudenza e dottrina radicano nei principi dell'ordine pubblico.⁵

Non sono necessari soverchi sforzi per individuare la matrice dell'impostazione d'oltralpe e la sua derivazione tecnica dal fenomeno – propugnato dai giusnaturalisti - di generalizzazione della colpa quale criterio cardine del giudizio di responsabilità civile;⁶ il passaggio dal *damnum iniuria datum* del modello aquiliano, all'illecito visto quale conseguenza della *colpa* ovvero alla immedesimazione stessa di illecito e *colpa aquiliana*, è evidentemente accompagnato da una lettura moralistica – in senso prima individuale se non religioso, e poi sociale –⁷ della responsabilità stessa, e alla qualificazione dell'obbligo risarcitorio in termini di reazione della *conscience sociale* al turbamento dell'ordine.⁸

Il legame esistente tra *faute* e *orde publique* e le implicazioni morali che esso comporta, costituiscono la saldatura in grado di trasferire sul piano della morale (e dunque, del giudizio sul comportamento del danneggiante) ovvero della giustizia (e dunque sull'esigenza di tutela del danneggiato o di ripristino dell'ordine violato) le regole della responsabilità civile, elevandole ad un grado di ordine pubblico facilmente conciliabile con qualsiasi delle opzioni teoriche o dalle preferenze, circa la nota da indicare quale caratteristica della verbalizzazione del *neminem laedere*. E ciò a dispetto anche del fatto che il *code civil* rechi la disciplina di plurime fattispecie

⁵ H., L. E J. MAZEAUD, *Traité théorique et pratique de la responsabilité delictuelle et contractuelle*, cit. p. 97; G. VINEY – P. JOURDAIN, *Traité de droit civil. Les effets de la responsabilité*, L.G.D.J., 2001, p. 284; P. LE TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et de contrats*, Dalloz action, 2006/2007 par. 1056; L. CADIEU, *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz action, 2000\2001, par. 1056. In giurisprudenza i riferimenti all'*ordre publique* sono molteplici; in alcuni casi sono messi in relazione i concetti di ordine pubblico e *acte fautif*: Cass., 2^{me} Ch., 29 mare 1962, in *Gaz. Pal.*, 1962, 2, p. 151. Per una analisi dei molteplici profili dai quali viene riguardato il concetto di ordine pubblico ai fini della giustificazione del divieto in esame, si v. J. ABRAS, *L'aménagement conventionnel anticipé de la responsabilité extra-contractuelle*, P.U.A.M., 2008, p. 108 e ss. L'A. mette in evidenza come non tutti gli elementi costitutivi del fatto illecito siano riconducibili al regime dell'ordine pubblico, ma solamente quelli che hanno la finalità di proteggere il danneggiato.

⁶ Per tutti M. FRANZONI, *Trattato della responsabilità civile. I. L'illecito*, II ed., Milano, 2010, p. 175 e ss., L. JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, t. 2, III ed., Librairie Recueil Sirey, 1939, p. 337; G. VISINTINI, *Trattato breve della responsabilità civile*, III ed., Padova, 2005, p. 3 e ss., ed ivi ampi riferimenti dottrinali.

⁷ B. STARCK, *Introduction au droit*, Litec, 1996, p. 22; M. MEKKI, *L'intérêt général e le contract, contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, L.G.D.J., 2004, p. 231 e ss.

⁸ H., L. E J. MAZEAUD, *Traité théorique et pratique de la responsabilité delictuelle et contractuelle*, cit. p. 105; J. VAN RYN, *Responsabilité Aquilienne et contracts en droit positif*, Rec. Sirey, 1939.



di responsabilità oggettiva, la quale è tuttavia attratta al regime e al rango delle norme di ordine pubblico, in forza di un evidente fenomeno di generalizzazione.

E' un'impostazione - quella ora riassunta - che attraversa quasi due secoli di decisioni di giurisprudenza e di conseguenti prese d'atto della dottrina francese, e che proprio sul terreno della derogabilità *ex ante* della disciplina della responsabilità civile, trova la sua concretizzazione in regola operativa; e ciò a differenza di quanto può verificarsi nell'esperienza italiana, la quale infatti, pur recependo - in studi anche non risalenti -⁹ l'idea che fa della responsabilità civile un sistema attuatore delle istanze di affermazione di principi morali ovvero di pacificazione sociale, non trova analoghe ed espresse affermazioni in punto di ascrizione della relativa disciplina all'area della inderogabilità ovvero dell'ordine pubblico.

L'esperienza francese degli ultimi due secoli, come detto, nega invece qualsiasi validità ai contratti che disciplinano la responsabilità civile, nel senso di limitarne l'applicazione sia tramite accordi di non riparazione (incidenti in particolare sul danno risarcibile) sia tramite accordi di non responsabilità (incidenti, a monte, sulla configurazione della stessa).

La giurisprudenza, per la verità, si è interessata principalmente dei secondi, escludendone categoricamente l'ammissibilità in fattispecie di responsabilità per colpa provata.¹⁰ L'occasione della adozione di simili arresti, va rintracciata anche in pratiche antiche (quale quella dei contratti di pascolo, del diritto minerario ovvero del trasporto di cortesia soprattutto aereo) molte delle quali sono oggi scomparse o sono state regolate da moderne discipline settoriali; ma altri casi, anche più recenti, sono stati decisi con altrettanta, indiscutibile convinzione, nel senso sopra visto.¹¹

⁹ Una rassegna sarebbe ultronea. Ci si limita a richiamare la voce *Responsabilità civile* di R. SCOGNAMIGLIO, nel *Noviss. Dig. It.*, vol. XV, Torino, 1968, p. 633; e l'opera trattatistica di C.M. BIANCA, *Diritto civile, V, La responsabilità*, Milano, 994, p. 533.

¹⁰ Le prime sentenze che hanno affermato il principio riguardano il rapporto di lavoro subordinato: Cass. civ., 15 mars 1876, *Sirey*, 1876, I, p. 337. Altre decisioni risalenti sono state assunte nel campo del trasporto aereo (prima della regolazione della materia da parte delle Convenzioni internazionali) da parte delle corti di merito: Paris, 19 juin 1926, in *Dalloz, H*, 1926, p. 397; le decisioni sono state confermate anche da Cass. 27 mars 1928, in *Dalloz, P.*, 1928, I p. 145. In tempi relativamente più recenti, in materia di deroga alla responsabilità extracontrattuale nei rapporti tra vicini, si v. Paris, 1er déc. 1954, in *JCP*, 1955, II, p. 8226. Per le decisioni assunte nel caso della cd. *clause minier* (clausola che esonerava il titolare dello sfruttamento di una miniera dai danni provocati al proprietario della superficie) nonché nel caso del cd. *pacage commun* (clausole che esoneravano i proprietari del bestiame dai danni provocati ad altri animali nel caso di pascolo comune), si v. J. ABRAS, *L'aménagement conventionnel anticipé de la responsabilité extra-contractuelle*, cit., p. 43 e ss.: in tali casi le pattuizioni venivano considerate valide salvo che si configurasse colpa del danneggiante.

¹¹ A.S. MUZUAGHI, *Le déclin des clauses d'exonération de responsabilité sous l'influence de l'ordre publique nouveaux*, L.G.D.I., 1981, p. 207.



La dottrina – che come detto non dubita che la ragione della inderogabilità delle norme in esame sia conseguenza della loro natura di ordine pubblico - si è invece posta problematiche (invero tratte dalla casistica del contiguo settore della responsabilità contrattuale) che non pare abbiano trovato riscontri in ambito giurisprudenziale, affrontando in particolare il problema della validità degli accordi volti a stabilire *ex ante* criteri di forfettizzazione del danno; problema risolto, tanto nelle analisi risalenti tanto in quelle più recenti, negativamente; e ciò in ragione della rinvenuta inidoneità di tali accordi ad assicurare un ristoro totale del danno subito dalla vittima dell'illecito.¹² Come si vede, non la disciplina in sé della responsabilità civile è ricondotta al campo della non negoziabilità e dell'ordine pubblico; ma esclusivamente quelle norme che sono finalizzate ad attribuire il risarcimento al danneggiato e che dunque sono espressione del principio di integrale riparazione del danno: e conferma di ciò la si riceve dal fatto che, pacificamente, la dottrina (ma la questione non ha trovato soluzione nel formante giurisprudenziale) ritiene valide le pattuizioni di clausole penali (valutate quale contrappunto di quelle di forfettizzazione proprio dal punto di vista quantitativo) in ambito extracontrattuale.¹³

Come detto, la posizione espressa dalla giurisprudenza e dalla dottrina francese appare abbastanza isolata in ambito europeo; ed essa sembra in procinto di essere abbandonata non tanto nella interpretazione dottrinale, dove le tesi eversive appaiono tuttora minoritarie, quanto nel formante legale.

Nel primo campo (quello dottrinale) si individuano infatti studi intenti a dimostrare che la natura di ordine pubblico debba assegnarsi unicamente alle norme che sanciscono la responsabilità civile per dolo o colpa grave, ovvero a quelle che si rivolgono ad assicurare il risarcimento dei danni conseguenti alla lesione dei diritti dell'integrità fisica – con ciò trasferendo sul campo della responsabilità civile principi e regole che attengono forse più propriamente al sistema del contratto – sottolineando, negli altri casi, l'asserita efficienza economica del principio di negoziabilità *ex ante* della responsabilità civile.¹⁴ Nel formante legale sembrano invece approssimarsi innovazioni che vanno nella direzione di riconoscere espressamente, con una disciplina univoca della responsabilità contrattuale ed extracontrattuale, l'ammissibilità del patto di esclusione della responsabilità, salvo il limite della non disponibilità del diritto leso e salvi ancora l'espresso divieto normativo (come nei casi della responsabilità civile automobilistica o della responsabilità del produttore) nonché l'applicazione della disciplina in

¹² Per la dottrina più risalente, L. JOSSEAND, *Cours de droit civil positif français*, cit., p. 337; più recentemente, H., L E J. MAZEAUD, *Traité théorique et pratique de la responsabilité delictuelle et contractuelle*, cit., p. 2640; P. LE TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et de contrats*, cit., par. 1056.

¹³ G. VINEY – P. JOURDAIN, *Traité de droit civil. Les effets de la responsabilité*, cit., p. 447; D. MAZEAUD, *La notion de clause penal*, L.G.D.J., 1992 p. 492.

¹⁴ J. ABRAS, *L'aménagement conventionnel anticipé de la responsabilité extra-contractuelle*, cit., p. 167 e ss.



materia di rapporti tra professionista e consumatore, là dove l'esclusione della responsabilità (di qualsiasi genere) può costituire una clausola abusiva.¹⁵

III- Assunzione del rischio e patti di esclusione della responsabilità oggettiva.

Un particolare interesse, nell'ambito del discorso che si sta svolgendo, può essere assegnato all'esperienza francese in materia di patti di esonero dalla responsabilità oggettiva. Un certo orientamento dottrinale, traendo spunto da alcune fattispecie decise dalla giurisprudenza, ha infatti sostenuto che tali patti, a differenza di quelli relativi alla responsabilità per colpa provata, andrebbero esenti dal suddetto divieto e non incontrerebbero il limite dell'ordine pubblico.¹⁶ La facile osservazione per cui la responsabilità oggettiva, non fondandosi sulla colpa, non sarebbe soggetta ad implicazioni con regole radicate nella morale ovvero nelle esigenze di giustizia, non trova però riscontri effettivi nelle decisioni in questione, e non deve dunque ingannare l'interprete. Ciò non per la ovvia considerazione che la premessa stessa di detta osservazione potrebbe essere messa in discussione, visto che la responsabilità *sans faute* potrebbe essere letta (ed è stata letta) in chiave di repressione di contegni non socialmente apprezzabili (ad esempio, in termini di mancata adozione di precauzioni, ovvero di *culpa in vigilando* e via discorrendo) quanto perché non è in tale tipo di valutazione che sono radicate le decisioni in esame.

E' opportuna, a questo punto, una premessa di carattere storico che potrebbe sembrare estemporanea o non pertinente, ma che forse non lo è. Essa è costituita dalla considerazione che nel diritto romano la rinuncia ai diritti assicurati al danneggiante dalla *lex aquilia*, veniva considerata lecita, nei casi in cui essa riguardasse fatti lesivi - colposi - che costituissero anche inadempimento di obbligazioni contrattuali. In effetti, il diritto romano conosceva il concorso delle azioni in responsabilità, e consentiva conseguentemente la rinuncia ad entrambe le tutele e ad entrambi i risarcimenti, i quali potevano avere una estensione differente, vista la peculiare modalità di liquidazione di quelli aquiliani.¹⁷ Va dunque rimarcato che la dottrina romanistica dubita che altrettanta autonomia fosse riconosciuta alle parti nei casi in cui si configurassero altre fattispecie di *delicta*. Ed infatti, c'è chi è portato a ritenere che, in tali ipotesi, i patti di rinuncia preventiva alla responsabilità fossero nulli.¹⁸ Se così fosse si dovrebbe dedurre che ogni

¹⁵ Si v. artt. 1257\2 e 1281\1 dell'*Avant project de réforme de la responsabilité civile*, pubblicato per la consultazione nell'aprile del 2016; sul punto di v. J. S. BORGHETTI, *L'avant project de réforme de la responsabilité civile. Commentaires de principales dispositions*, in *Rec. Dalloz*, 2016, p. 1442.

¹⁶ P. LE TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et de contrats*, cit., par. 1058.

¹⁷ Dig. 13,6,18,1; J. VAN RYN, *Responsabilité Aquilienne et contracts en droit positif*, cit., p. 457.

¹⁸ J. ABRAS, *L'aménagement conventionnel anticipé de la responsabilité extra-contractuelle*, cit., p. 124, note 2402 e ss.



lesione all'integrità fisica e tutti gli illeciti di dolo, fossero esclusi dal campo di estensione della autonomia privata, proprio perché non qualificabili in termini di *damnum iniuria datum*.

Quale che sia la soluzione che il diritto romano desse, in tale ultima ipotesi, alla questione della validità dei patti di rinuncia alla responsabilità, il riconoscimento della stessa nel caso di illecito aquiliano connesso alla esecuzione di un'obbligazione, è rilevante perché è sintomo della tendenziale ammissibilità dei patti in esame, in tutti i casi in cui un soggetto volontariamente si esponga ad un rischio. I contraenti, infatti, si assumono normalmente dei rischi, che implicano anche l'applicazione di regole di responsabilità. In genere, il rischio dell'inadempimento o della violazione degli obblighi contrattuali – ed eventualmente della connessa lesione di un diritto – è allocato sul debitore; esso, però, può essere traslato in forza di accordi che sono tendenzialmente considerati validi, pur se in presenza di determinate condizioni. Assunzione del rischio contrattuale e negoziabilità dello stesso sembrano costituire un binomio; e la prova la si riceve proprio dal fatto che, ove il contratto implichi esposizione a rischio di diritti assoluti, diventano negoziabili anche le regole della responsabilità *ex lege aquilia*.

Proprio tale aspetto consente di comprendere meglio il senso delle decisioni rese dalla giurisprudenza francese nelle fattispecie di rinuncia alla responsabilità civile senza colpa. Come detto, in tali casi, la giustificazione della riconosciuta validità di accordi di tal genere, non sembra affatto riposare su considerazioni che portino a deprivere del carattere di ordine pubblico, le regole della responsabilità oggettiva. Anzi – al di fuori di quelle ipotesi in cui la dottrina francese ha potuto individuare le conferme alla tesi secondo cui tale tipo di responsabilità sarebbe negoziabile¹⁹ si può percepire una tendenziale conferma del carattere generale del divieto di *aménagement conventionnel de la responsabilité delictuelle*, in molteplici decisioni, come ad esempio in quelle relative a patti inerenti alla responsabilità da quasi delitto, disciplinate dagli artt. 1384 (alinéa 1 e 5) – in casi di danno provocato da cosa o da persona soggetta alla sorveglianza altrui – ovvero dall'art. 1386, nel caso di rovina di edificio.²⁰

Le ipotesi in cui la rinuncia è invece ammessa, possono essere spiegate in base a logiche differenti, che vanno inquadrate nella specifica fattispecie decisa. E così, ad esempio, si nota che la validità dell'accordo viene normalmente riconosciuta nel caso di prestazioni sportive ovvero di trasporto di cortesia (si tratta, invero, di decisioni risalenti relative al trasporto aereo); ovvero nei contratti di pascolo comune, tramite i quali gli allevatori sono ammessi a modificare le regole della responsabilità soltanto a condizione che non si provi la loro colpa. Proprio tale esempio – in cui il *discrimen* tra patto ammesso e patto vietato è appunto costituito dalla presenza della

¹⁹ Si tratta dei casi di *pacage comun* e di *clauses miniers* sopra già visti; oltre ad essi, si registrano decisioni in cui la deroga è stata ritenuta ammissibile in casi di partecipazioni ad attività sportive pericolose: Cass. 2eme, 8 oct. 1975, in *Bull civ.*, II, n. 246.

²⁰ Cass., 2eme Ch., 23 janv. 1959, in *Dalloz*, 1959, I. p. 281; Cass., 2eme Ch., 28 nov. 1962, in *J.C.P.*, 1964, II, p. 13710; V. DEPADT – SEBAG, *La justification du maintien de l'art. 1386 du code civil*, L.G.D.J., 2000, p. 2 e ss..



colpa – assume particolare rilevanza perché sembra essere sintomatico di un approccio che distingue, ai nostri fini, a seconda del tipo di imputazione della responsabilità. Ma, a ben vedere, si tratta di una conclusione affrettata perché essa non tiene in considerazione che proprio i rapporti di pascolo comune (risalenti forme contrattuali nelle quali gli allevatori si espongono ai reciproci rischi connessi alla compresenza dei loro animali nel medesimo luogo) se comparati con le altre fattispecie, evidenziano una comune nota costituita appunto dalla volontaria accettazione del rischio di danno da parte del danneggiato. Conferma ulteriore la si riceve dalla giurisprudenza relativa agli accordi inerenti alla responsabilità per fatto del preposto, che la giurisprudenza ritiene validi se relativi ai danni eventualmente provocati a terzi – presumendo che in tal caso l'accordo assuma una funzione latamente assicurativa – ma nulli se relativi alle reciproche responsabilità.²¹ Volontaria assunzione di un rischio e negoziabilità (ex ante) delle conseguenze dannose e della connessa responsabilità, costituiscono, anche in tal caso, un binomio nel quale il primo elemento giustifica il secondo, nella misura in cui determina una modificazione dei presupposti stessi di applicazione delle regole della responsabilità.²²

IV- Danno, rischio, contratto.

Come già accennato, l'esperienza italiana – al pari di quelle europee – non esprime, nel formante giudiziale, orientamenti quantitativamente paragonabili a quelli rinvenibili nella esperienza francese. L'analisi che la dottrina ha dedicato all'argomento, ha evidenziato la presenza di rare affermazioni di principio circa la illiceità, per violazione dell'ordine pubblico, del patto di esclusione della responsabilità extracontrattuale, peraltro contenute in decisioni anteriori alla entrata in vigore del vigente codice del 1942.²³

Ulteriori riferimenti all'argomento si rinvengono in sentenze riferibili alla particolare clausola del patto cd. *di manleva*, il quale, in effetti, non incide sul rapporto tra danneggiante e danneggiato, essendo stipulato con un terzo il quale si assume - nei rapporti interni col danneggiante o anche in quelli esterni col danneggiato medesimo - l'obbligo di assorbire le conseguenze risarcitorie del fatto dannoso; tali sentenze ritengono che la pattuizione (a condizione che sia sostenuta da idoneo interesse) sia valida sotto il profilo oggetto del nostro esame, in quanto non va ad incidere sulla aspettativa di compensazione del soggetto leso; esse dunque evocano,

²¹ Cass., *2eme Ch.*, 29 mars 1962, in *Gaz. Pal.*, 2, p. 151.

²² In tal senso, J. CARBONNIER, *Droit civil. Les obligations*, t. IV, Themis, 1991, par 284 e s.

²³ Il riferimento è alla decisione della Corte di Cassazione di Torino del giorno 8 giugno 2012, in *Riv. Dir. Comm.*, 1913, II, p. 417. In dottrina, sugli aspetti in esame, si v. G. PONZANELLI, *Le clausole di esonero da responsabilità. Studio di diritto comparato*, Milano, 1984; ID. *Le clausole di esonero della responsabilità, in Danno e resp.*, 1998, p.852; L. CABELLA PISU, *Le clausole di esonero da responsabilità, in Tratt. Rescigno, 1984, IX*, p. 230; F. BENATTI, *Contributo allo studio delle clausole di esonero da responsabilità*, Milano, 1971; ID., voce *Clausole di esonero da responsabilità*, in *Dig. Disc. Priv. Sez. Civ.*, III, Torino 1988, p. 402.



indirettamente, argomenti radicati nel sistema della responsabilità civile, quale quello della asserita inderogabilità della relativa disciplina.²⁴

Più aperte alla derogabilità del regime della responsabilità aquiliana, sono invece quelle decisioni che, ritenendo la sussistenza delle medesime esigenze, e dunque della medesima *ratio*, dichiarano applicabili, ai patti di esclusione della responsabilità aquiliana, i limiti dettati dalla disposizione dell'art. 1229 del codice, in materia contrattuale.²⁵

Il contributo della giurisprudenza in materia, è tutto qui.

Anche i contributi dottrinari sono poco numerosi anche se tutti autorevoli.

Pur non essendo particolarmente diffusa la tesi – più spesso evocata in modo incidentale -²⁶ della natura inderogabile della disciplina della responsabilità civile, si è tuttavia sottolineato come la regolazione dei patti di esonero sia, nel codice civile, versata esclusivamente nel campo dell'inadempimento delle obbligazioni, sicché se ne è tratta la conclusione che essa non possa che concernere un rapporto obbligatorio già sorto, e dunque risultare inapplicabile al campo della responsabilità aquiliana. Muovendo però da una concezione della stessa meno rigida di quella orientata a contrattualizzarla in presenza di qualunque, preesistente contatto tra danneggiante e danneggiato, una parte della dottrina ha cercato di impostare in maniera diversa il problema delle clausole di esonero, affermando che se l'ammissione del *pactum de dolus praestetur* contrasta con la tendenza a tutelare le vittime di danni ingiusti arrecati con dolo o colpa, non sussistono ragioni per negare la possibilità di un esonero per colpa lieve, con ciò sostanzialmente confermandosi la natura di ordine pubblico della disciplina aquiliana, ma limitandola al solo ambito della responsabilità per dolo o colpa grave.²⁷

In effetti, molti sono gli indici normativi da cui è possibile dedurre l'assenza di un principio giuridico che vieti le clausole in questione. Tra essi, in primo luogo, l'art. 808 *bis*, cod. proc. civ. che - nel suo testo attualmente vigente - prevede, ad esempio, che le parti possono stabilire, con apposita convenzione, che siano decise da arbitri le controversie future, relative ad uno o più rapporti non contrattuali, determinati. Tra tali controversie vanno, naturalmente, annoverate anche quelle inerenti a pretese risarcitorie da atto illecito, che sono, dunque, considerate in sé negoziabili. L'art. 124 del d. lgs. 6 settembre 2005 n. 206 (dettato in tema di responsabilità del produttore) prevede, con norma eccezionale e giustificata dall'esigenza di tutela del mercato concorrenziale e dei diritti del consumatore, che *<è nullo qualsiasi patto che escluda o limiti preventivamente, nei confronti del danneggiato, la responsabilità prevista dal*

²⁴ Cass., 18 maggio 1954, n. 1580, in *Foro it.*, 1955, I, c. 1704; Cass. 21 giugno 1979 n. 3445, in *Rep. Foro it.*, voce *Ferrovie e tramvie*, n. 12; Cass. 8 marzo 1980 n. 1543, in *Foro it.*, 1981, I, c. 2539.

²⁵ Cass. 3 luglio 1968, in *Foro it.*, 1968, I, c. 2466.

²⁶ G. ALPA, *Costruzioni di autoveicoli, clausola di esonero e responsabilità dell'impresa. Per una diversa lettura dell'art. 2054 c.c.*, in *Giur. It.*, 1975, I, 1, p. 766. Nella dottrina più risalente si v. G. CHIRONI, *La colpa nel diritto civile odierno. Colpa extracontrattuale*, Vol. I, Torino, 1903, p. 173. La tesi della nullità degli accordi in esame è stata ripresa anche da dottrina recente: cfr. C. CATRONOVO, *Problema e sistema del danno da prodotti*, Milano, 1979, p. 535.

²⁷ G. CECCHERINI, *Le clausole di esonero e di limitazione della responsabilità* in *Tratt. Resp. Contr. Visentini* Padova, 2009, p. 521.



presente titolo>, con ciò dunque confermando che un accordo preventivo di regolazione della responsabilità extracontrattuale sia, in sé, configurabile.²⁸

Il dato normativo e la concreta mancanza di indici contrari nel formante giurisprudenziale, sono poi assonanti con una moderna concezione della responsabilità civile, vista quale criterio di allocazione del rischio di danno, piuttosto che quale regola di comportamento; visione che elevando la minima unità effettuale a criterio definitorio dell'istituto, e distinguendo tra funzione giuridica ed efficacia sociale dello stesso, svela al contempo la stretta relazione esistente tra la regola dell'art. 2043 cod. civ. (o di qualsiasi altra verbalizzazione del principio aquiliano) da una parte, e il contratto dall'altra, assumendo che il ricorso alla prima sia giustificato, di *default*, in mancanza dei presupposti per l'utilizzazione dello strumento pattizio.²⁹ L'esposizione al rischio - intesa quale condizione ineliminabile del contesto sociale (e cioè del sostrato materiale della regolazione giuridica) e non soltanto quale scelta volontaria, legata alla partecipazione del (possibile) danneggiato alla altrui attività potenzialmente lesiva, ovvero alla assunzione di un vincolo contrattuale – è un naturale oggetto di decisioni allocative che possono essere lasciate – salvi specifici vincoli cogenti - alla preventiva negoziazione (o alla successiva transazione) delle parti e, in mancanza di essa, possono regolate dalla disciplina aquiliana.

Il rapporto che esiste tra (rischio) di danno, responsabilità e contratto non appare essere di reciproca esclusione, bensì di conflitto tra fonti disciplinate da gerarchie che non sono organizzate secondo un ordine consolidato o univoco, ma sono scandite dai limiti e dai vincoli che l'ordinamento pone alla autonomia negoziale in generale da una parte, ed al sistema della responsabilità civile (o della sua provincia) dall'altro.

In tale contesto, ed escludendo dunque che un principio di ordine pubblico renda impermeabile la disciplina aquiliana alla regolazione pattizia, si deve però stabilire se quest'ultima sia assoggettata – in via diretta ovvero analogica – alla disciplina dell'art. 1229 cod. civ. La risposta positiva al quesito – pur sostenuta da parte della dottrina sulla scorta della considerazione tendenzialmente unitaria del sistema della responsabilità - è contrastata da chi afferma che il silenzio del legislatore – sostanziatosi nel mancato richiamo della norma al campo extracontrattuale - potrebbe essere interpretato come l'espressione di una volontà di assoggettare le clausole di esonero, ai limiti desumibili unicamente dai principi generali - e in particolare da quello di cui all'art. 1322 cod. civ. - dettati in tema di autonomia negoziale; limiti che si individuerrebbero nel caso di lesione dei diritti alla integrità fisica ovvero negli specifici, altri casi stabiliti dalla legislazione speciale, in materia ad esempio di responsabilità del

²⁸ G. PONZANELLI, *Le clausole di esonero della responsabilità*, in *Danno e resp.*, 1998, p.852.

²⁹ La necessità di distinguere tra funzione ed efficacia della regola aquiliana è sottolineata, più di recente, da M. BARCELLONA, *Trattato della responsabilità civile*, Torino, 2011 p.5.; sul rapporto tra allocazione legale e allocazione transattiva del danno, si v. P. G. MONATERI, *Le fonti delle obbligazioni. 3. La responsabilità civile*, in *Tratt. Dir. Civ. Sacco*, Torino, p. 15 e ss. A. DE MAIO, *La tutela civile dei diritti*, 3a ed., Milano, 2001, p. 61.



produttore. Mentre resterebbero ammissibili le clausole di esonero in tutte le altre ipotesi;³⁰ così come resterebbe modificabile il regime della responsabilità precontrattuale.³¹

V- Il dolo (e la colpa grave) nel codice italiano e nella giurisprudenza francese: una sineddoche?

L'alternativa accennata nel precedente paragrafo – costituita dalla applicazione nel campo della responsabilità aquiliana, della disposizione di cui all'art. 1229 cod. civ. ovvero della disciplina generale in materia di contratti – impone di analizzare quali siano le effettive distanze tra i due regimi in esame, e dunque di sondare, più in generale, il rapporto che esiste tra autonomia privata e responsabilità contrattuale.

Anche in mancanza di espressi divieti, appartiene alla tradizione francese – versata nella codificazione italiana di metà Ottocento – l'espressione di un generale principio di sfavore per le clausole di irresponsabilità, nell'ipotesi di consapevole inosservanza, da parte del debitore, degli obblighi posti a suo carico dal contratto. Si scorgeva, in particolare, in tali clausole, un certo carattere di immoralità oppure una contraddizione rispetto alla contestuale assunzione di un obbligo;³² ovvero, ancora, una non accettabile violazione del principio della forza obbligatoria del contratto e dunque dell'atto volitivo liberamente assunto. Pur discutendosi, soprattutto nella dottrina influenzata dalla romanistica, della validità del patto di esclusione della responsabilità per fatto gravemente colposo, non risulta però che ne si sia mai dubitata la validità nel caso di colpa semplice, soprattutto per quelle fattispecie nelle quali sia arduo ipotizzare la capacità del debitore, di fronteggiare eventi imprevisi, capaci di rendere particolarmente difficile l'esecuzione della prestazione, senza tuttavia integrare l'ipotesi di sua impossibilità non imputabile.

Una fattispecie legale di clausola di esonero si rinveniva nell'art. 416 del codice di commercio del 1882, il quale, in materia di trasporto ferroviario di cose. Tale norma ne sanciva la nullità salvo che l'esenzione fosse giustificata da una diminuzione del prezzo stabilito nelle tariffe ordinarie.³³ Si tratta di una disposizione applicabile a prestazioni contrattuali per le quali sussisteva la previsione normativa di una duplice tariffa; essa si applicava esclusivamente ai trasporti gestiti dallo Stato o dalle Compagnie ferroviarie operanti in regime di monopolio, e non era ritenuta

³⁰ Cfr. U. BRECCIA, *Le obbligazioni*, Milano, 1981, p. 620 e P. G. MONATERI, *Le fonti delle obbligazioni*, cit. p. 678

³¹ V. ROPPO, *Il contratto*, Milano, 2001, p. 179 e ss; L. ROVELLI, *La responsabilità precontrattuale* in *Tratt. Dir. Priv. Bessone*, XIII, II, Torino, 2000, p.201.

³² I riferimenti sono alle opere fondamentali di G. CHIRONI, *La colpa nel diritto civile odierno, I, Colpa contrattuale*, cit., p. 500; G. GIORGI, *Teoria delle obbligazioni*, II, Firenze, 1885, p. 67 e ss ; e L. BARASSI, *Teoria generale delle obbligazioni*, III, Milano, 1954, p.380.

³³ A. ASQUINI, *Del contratto di trasporto* (art. 388-416 c. comm.), nel *Commentario al codice di commercio Bolaffio, Rocco, Vivante*, vol. VI, Torino, 1935.



estensibile ad altri settori come ad esempio quello del commercio marittimo, connotato da ampia libertà di concorrenza tra le imprese.³⁴

E' forse opportuno notare che l'art. 1229 cod. civ., pur non recependo il testo della speciale previsione del codice di commercio, è però di certo influenzato dal principio della *equivalenza delle prestazioni*, sotteso alla detta previsione speciale del codice di commercio, e che era peraltro evocato anche dal codice della navigazione in materia di contratto di nolo.³⁵

La dottrina è solita interpretare la norma inquadrando principalmente i suoi limiti piuttosto che la parte in cui essa sancisce la regola: che è quella della validità dei patti di limitazione o di esonero dalla responsabilità, che non dipenda da comportamento doloso del debitore, e dunque della abilitazione della autonomia delle parti in ordine alla allocazione del rischio, costituito dalla incapacità del debitore di garantire la effettiva esecuzione della prestazione, ancorché essa non sia divenuta impossibile per causa a lui non imputabile. Tale lettura mostra un suo contenuto concreto se si considera che la responsabilità contrattuale assume, nell'ottica del codificatore, una connotazione tendenzialmente obiettiva, nella misura in cui fa gravare sul debitore il rischio della impossibilità della prestazione assunta tramite la sottoscrizione del programma negoziale, salvo che tale impossibilità sia ascrivibile ad una causa da sola sufficiente a produrla.³⁶ Non è previsto che la clausola in questione – ai fini della sua validità – debba essere compensata da una specifica controprestazione; ciò perché le parti sono tendenzialmente libere di determinare le condizioni contrattuali, sicché l'interesse che giustifica la peculiare allocazione del rischio per inadempimento, è radicato ed individuato nel complessivo assetto di interessi assunto col contratto istitutivo del rapporto obbligatorio. In sostanza, pare che si debba evitare un errore di prospettiva probabilmente indotto da una non adeguata lettura della disposizione del codice di

³⁴ In tal senso si veda V. POLACCO, *Le obbligazioni nel diritto civile italiano*, Roma, 1915, p. 463 *contra* F. BENATTI, *Contributo allo studio delle clausole di esonero da responsabilità*, cit., p. 27.

³⁵ *Ex multis* si veda G. AULETTA, *Limitazioni di responsabilità del vettore marittimo* in *Riv. dir. nav.*, 1952, I, 192 e ss. e M. BESSONE, *Le clausole di esonero e di limitazione della responsabilità. Controllo legislativo e orientamenti della giurisprudenza*, in *Riv. dir. comm.*, 1974, I, p. 336 e ss. Sul punto si veda anche G. CECCHERINI, *Le clausole di esonero e di limitazione della responsabilità*, cit. p. 342.

³⁶ Le tesi registrate in dottrina circa la natura della responsabilità contrattuale sono, come è noto, molteplici, articolate e risalenti. La caratterizzazione obiettiva, che, secondo taluni orientamenti, sarebbe stata accolta dal legislatore nella previsione dell'art. 1218 cod. civ., è stata sostenuta da Giuseppe Osti: cfr. G. OSTI, voce *Impossibilità sopravveniente*, in *Noviss. Dig. it.*, Vol. VIII, Torino, 1957, p. 295 e ss. Essa, con varie articolazioni e varianti, è ancora ampiamente diffusa: cfr. G. VISINTINI, *Riflessioni sugli scritti di G. Osti*. In *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1971, p. 213; M. FRANZONI, *Colpa presunta e responsabilità del debitore*, Padova, 1988, p. 329 e ss.; F. GALGANO, *Trattato di diritto civile*, Vol. II, Padova, 2009, p. 54. Anche le tesi che caratterizzano in modo obiettivo la responsabilità del debitore, ritengono però che l'impossibilità oggettiva che esonera il debitore, vada qualificata in termini economici, intendendosi per tale quella che non può essere vinta con l'impegno esigibile dal debitore nel particolare tipo di obbligazione da assunta: cfr. E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, Vol. I, Milano, 1953 p. 65 e ss.; G. ALPA, *Rischio contrattuale*, in *Contratto e Impresa*, 1986, p. 619.



commercio sopra citata: proprio la previsione di una tariffa fissa, rende impossibile giustificare (sotto il profilo causale) l'esenzione da responsabilità del debitore, in mancanza di una riduzione del corrispettivo per la prestazione. Se però una tariffa fissa non esiste, se cioè le parti sono libere di determinare il valore delle controprestazioni – nel quale un peso specifico è evidentemente attribuito alla allocazione del rischio per impossibilità imputabile della prestazione – si deve presumere che la clausola di esonero trovi una sua giustificazione, nel complessivo e concreto assetto di interessi voluto dalle parti.

In tale ottica va dunque letto il limite generale, che è costituito dall'inadempimento volontario (dolo) al quale, come è noto, è sì equiparata la colpa grave ma – secondo la comune opinione - soltanto a causa della obiettiva difficoltà di distinguere i due stati psicologici nel caso concreto, e della necessità di evitare il pericolo di svuotamento di significato della previsione.³⁷ Detto limite, nella opinione maggioritaria, è collegato all'esigenza di tutela del credito, assecondata tramite l'imposizione al debitore di un minimo ed inderogabile impegno di diligente cooperazione, per il soddisfacimento delle legittime aspettative del creditore, in conformità ai principi di lealtà e correttezza.³⁸

Una lettura della disciplina in esame - al netto delle implicazioni di carattere morale evocate tramite il riferimento alla correttezza e alla buona fede, già diffuso nella dottrina di inizio secolo scorso - non può che portare a inquadrare il limite del dolo nell'ambito generale della teoria del contratto e, in particolare, della causa, e a sostituirla con la relativa verbalizzazione con il termine di potestatività. In tale ottica, una clausola che esoneri il debitore da responsabilità per inadempimento volontario (anche soltanto obiettivamente qualificabile come volontario in quanto caratterizzato da inescusabile imperizia o negligenza) altro non rappresenta se non una indiretta attribuzione al debitore della potestativa facoltà di sciogliersi dal vincolo giuridico.³⁹ Ed è dunque non applicabile all'accordo in cui è radicata l'obbligazione, perché lo renderebbe priva di causa.

Peraltro, l'inquadramento del limite di cui all'art. 1229 cod. civ. nel più generale quadro dei vincoli posti alla autonomia privata, trova un suo riscontro anche nella esperienza francese che, in mancanza di una specifica disposizione di legge contenuta nel *code civil*, ha affermato la generale ammissibilità della deroga negoziale alle disposizioni in materia di danno contrattuale, evidenziando i tratti differenziali delle varie fattispecie di pattuizioni esemplificate, a seconda del loro effetto (di ampliamento ovvero di limitazione\esclusione della responsabilità) o del loro

³⁷ Così V. SCIALOJA, *Lezioni sul diritto delle obbligazioni*, Roma, 1989, p.342.

³⁸ L. CABELLA PISU, *Le clausole di esonero da responsabilità*, cit. p. 227 e ss; G. ALPA-M. BESSONE, *I fatti illeciti* in *Tratt. Rescigno*, XIV, Torino, 1982, p. 265 e ss; C.M. BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, in *Commentario Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1979, p. 473 e ss.

³⁹ Di incompatibilità della clausola con la vincolatività propria del rapporto giuridico obbligatorio, discorreva già L. BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*, cit., p. 380. Sul tema della potestatività nel rapporto obbligatorio, si v. P. STANZIONE, *Situazioni creditorie meramente potestative*, Napoli, 1982.



oggetto (che può riguardare qualsiasi degli elementi costitutivi del giudizio di responsabilità, compresa la qualificazione della obbligazione come di mezzi o di risultati, le condizioni di imputazione dell'inadempimento, la definizione della *cause étragère*, il termine di prescrizione che in quell'esperienza è modificabile) o ancora, la quantificazione del danno. Anche gli aspetti processuali (ad es. quanto alle modalità e ai tempi di proposizione della domanda ovvero alla distribuzione dell'onere della prova e ai tipi di prova ammessi) possono essere oggetto di clausola – più che di limitazione – di gestione (*aménagement*) convenzionale della responsabilità contrattuale, intesa quale criterio di allocazione dei rischi di inesecuzione del contratto.⁴⁰

La validità della clausola incontra, però, un limite, la cui natura e la cui caratterizzazione hanno subito, negli ultimi dieci anni, più che un processo di metamorfosi, una sorta progressiva chiarificazione.

Alla base del limite, nella giurisprudenza della fine del secolo scorso, viene, in osservanza della tradizione romanistica, posto l'elemento soggettivo della colpa grave, sì che i patti di limitazione della responsabilità contrattuale si ritengono non scritti allorché l'inadempimento del debitore sia inescusabile. Va osservato che la giurisprudenza adotta – ai fini in esame - un criterio di accertamento di tipo oggettivo, assumendo che la colpa grave sia desumibile non già alla stregua di un giudizio sul comportamento tenuto dal debitore, quanto dal fatto che la prestazione mancata abbia carattere essenziale o fondamentale;⁴¹ carattere che è stato, ad esempio, individuato nel caso in cui una banca permetta ad un agente di entrare nel *caveau* sì da consentirgli di svuotare una cassetta di sicurezza; oppure nel caso in cui venga omessa la menzione del numero di telefono di un artigiano nell'elenco telefonico, da parte del relativo gestore.⁴² Nella serie di sentenze che hanno invece riguardato i casi cc.dd. *Chronopost*, la Cassazione commerciale prima e la *Chambre Mixte* poi, hanno modificato il proprio orientamento, affrancandosi, in via generale, dall'utilizzazione del criterio della colpa ai fini del sindacato delle clausole di esonero. La questione riguardava la validità di una pattuizione versata in un contratto di trasporto di cose, che limitava il risarcimento del danno per il caso di ritardo nella consegna, ad un importo pari al costo della spedizione. Con una prima sentenza della sezione commerciale del 22 ottobre 1996, la clausola è stata ritenuta nulla per mancanza di causa e dunque per violazione della previsione di cui all'art. 1131 *code civil*, in quanto idonea a contraddire la portata giuridica dell'impegno assunto col contratto. La rilevanza della decisione sta non solamente nella sostituzione – ai fini qui in esame - dell'elemento (oggettivo) della causa dell'obbligazione, a quello (soggettivo) della colpa; ma anche nel fatto che la nullità viene riferita ad una prestazione (relativa al tempo della consegna) tutto sommato accessoria rispetto a quella

⁴⁰ G. VINEY – P. JOURDAIN, *Traité de droit civil. Les effects de la responsabilité*, cit., par. 180 e ss.; . F. TERRÉ, PH. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, XI ed., 2013, Dalloz, par. 611; A. MARTIN, *L'imputation des risques entre contractants*, LGDJ, 2009, p. 56 e ss.

⁴¹ Cass. Civ. 1re, 18 janv. 1984, in *JCP*, 1985, II, p. 20372;

⁴² Cass. Civ. 1re, 15 nov. 1988, in *JCP*, 1989, IV, p. 19; Cass. Com., 9 mai 1990, in *Bull. civ.*, IV, n. 142; P. JURDAIN, *Faute lourde et obligation essentielle*, in *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1990, p. 666



fondamentale costituita dalla consegna in sé.⁴³ La decisione – che non è andata esente da critiche le quali si sono appuntate soprattutto sull'utilizzazione ritenuta impropria del concetto di causa - ⁴⁴ va probabilmente letta nell'ambito del particolare contesto in cui essa è calata, e cioè in un contratto in cui il tempo di consegna particolarmente celere del plico, giustifica un aumento del costo di spedizione, sì da divenire di per sé essenziale del consenso del mittente.⁴⁵ Essa si è però prestata ad una interpretazione di tipo generalizzante. La stessa *Chambre commerciale della Cassazione*, infatti, in una decisione del 2002, ha stabilito che la clausola contrattuale ritenuta nulla per mancanza di causa, andasse però sostituita dalla clausola versata nel contratto-tipo approvato, dal decreto n. 99-269 del 1999, in materia di *transports publics routiers de marchandise*, il quale reca una limitazione della responsabilità, di fatto analoga a quella prevista dal contratto *Chronopost*. Detto decreto, peraltro, è stato ritenuto, dal *Conseil d'Etat*, non contrastate con la disciplina dettata in materia di clausole abusive a cagione del fatto che al mittente è data la possibilità di sottrarsi alla clausola, tramite il pagamento di un maggior prezzo, quale contropartita della garanzia circa una consegna immediata del pacco.⁴⁶ In tali casi, però, si è ritenuto che la responsabilità del vettore permanga comunque, nei casi di inadempimento connotato dai caratteri della colpa grave o del dolo; caratteri che però, non potendo essere desunti dal semplice ritardo nella consegna - configurandosi altrimenti una vera e propria violazione delle disposizioni del decreto – vanno accertati – secondo la *Chambre Mixte*

⁴³ Cass. Com., 22 oct., 1996 in *Bull. Civ.*, IV, n. 258.

⁴⁴ L'uso del concetto di causa finalizzato a creare spazi di tutela di una delle parti contraenti da clausole particolarmente inique, percorre la giurisprudenza della Cassazione francese negli ultimi anni del secolo scorso e nei primi del secolo presente. Se ne ricorderà una applicazione nel caso delle clausole cc.dd. *Claims Made* nella decisione della Cass. Civ., 1re, 19 déc. 1990, in *JCP*, 1991, II, p. 21656, ovvero nel caso delle clausole di antergazione delle valute utilizzate nella prassi bancaria (Cass. Com., 6 avr. 1994, in *Bull. civ.*, IV, n. 258). In entrambi i casi, proprio dal concetto di causa è stata dedotta la nullità delle viste pattuizioni, là dove esse, rispettivamente, deprivavano l'assicurato del diritto di copertura per i sinistri originatisi nel corso di vigenza della polizza (anche se manifestatisi successivamente) sì da rendere privo di giustificazione il pagamento dei canoni, ovvero mettevano in condizione il correntista di dover sopportare costi e interessi in conseguenza della fittizia creazione di un debito a suo carico conseguente alla antergazione della valuta delle poste passive rispetto a quelle attive. L'utilizzo del concetto di causa – che nei casi visti può essere qualificato in termini di modalità di gestione dei conflitti sorti nell'ambito di una fattispecie di c. *terzo contratto* – ha trovato oppositori tra coloro che ne hanno soprattutto evidenziato la funzione di tutela del contraente nei soli casi di assoluta mancanza di una controprestazione; cosa che in tutti i casi visti, compreso quello dell'*affaire Chronopost*, non si individuerrebbe. Sul punto si v. D. MAZEAUD, *Saga Chronopost: les maitres du temps perdent une manche...*, in *Rec. Dalloz*, 2006, p. 2288 e ss.

⁴⁵ E' questa l'osservazione di J. MESTRE, *L'art. 1131 du code civil au service de la lutte contre les clauses abusives dans les relations entre professionnels*, in *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1997, p. 418.

⁴⁶ Si v. la sentenza 6 juill. 2005, in *Dalloz*, J., p. 2094.



investita della questione -⁴⁷ in termini soggettivi, individuandosi essi in una negligenza di tale gravità da denotare la inattitudine del debitore ad adempiere la prestazione contrattuale.

In tutti i casi nei quali, però, non si applica la normativa del contratto-tipo (come ad esempio nel caso di trasporto aereo) il principio della nullità della clausola di esonero per mancanza di causa, resta confermato;⁴⁸ sicché il concetto stesso di colpa grave diviene di fatto inutile ai fini del giudizio sulla clausola medesima, così come diviene non essenziale il fatto che l'inadempimento abbia avuto o meno ad oggetto la prestazione principale del contratto.⁴⁹

Una ripresa dell'importanza di tali elementi sembra però individuarsi nella giurisprudenza più recente.⁵⁰ Tutto ciò legittima probabilmente l'osservazione di chi ha affermato come la giurisprudenza *Chronopost* sia andata troppo lontano nella dissociazione tra colpa grave e obbligazione principale, omettendo di considerare che la seconda è sintomo dell'esistenza della prima.⁵¹ Ma, soprattutto, mette in chiaro il ruolo di sineddoche che può essere attribuito al richiamo – nella giurisprudenza francese come nel testo dell'art. 1229 cod. civ. o anche nel BGB –⁵² all'elemento soggettivo (dolo o colpa grave), se lo si intende quale sintesi del riferimento alla potestativa facoltà per il debitore di rendersi inadempiente all'obbligazione, e alla valutazione negativa che di essa viene data dall'ordinamento attese la sua capacità di negare la portata giuridica del vincolo e la sua stessa esistenza. Sineddoche che torna, peraltro, anche nei progetti di riforma delle norme del *code civil* dedicate alla responsabilità.⁵³

⁴⁷ Cass. Com., 22 avr. 2005, in *Rec. Dalloz*, 2005, p. 1864.

⁴⁸ Cass. Com., 30 mai, 2006, in *Bull. Civ.*, IV, n. 43.

⁴⁹ L'orientamento ha trovato molteplici conferme anche in contratti diversi da quello di trasporto di merci: si v. Cass. Com., 17 Juill., 2001, in *JCP*, 2002, I, p. 148 in tema di manutenzione di materiale informatico; Cass, 1re ch., 22 juin 2004, in *Rv. Trim. Dr. Civ.*, I, 2005, p. 270 n materia di contratto di trasporto di persone.

⁵⁰ Cass. Com., 18 déc. 2007, in *Bull. Civ. IV*, n. 265; Cass. Com., 4 mars 2008 e Cass. Com., 9 juin 2009 n. 08.10.350, entrambe in *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 2009, p. 1359 con osservazioni di D. Mazeaud; Cass. Com. 29 juin 2010, in *Bull. civ.*, IV, n. 115. In dottrina, M.M. MEKKI – C. GRIMALDI, *Les clauses portantes sur une obligation essentielle*, in *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 2008, p. 1095. P. JOURDAIN, *Clauses restrictives de responsabilité et obligation essentielle: une précision et des incertitudes*, in *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 2008, p. 310.

⁵¹ G. VINEY, *Existence d'un contrat-type approuvé par décret et définition de la faute lourde écartant les limitations de responsabilité*, in *Rév. Lamy dr. aff.*, 2005 (sept.), p. 8.

⁵² La scelta a suo tempo operata nell'ordinamento tedesco dal §276, Satz 2, BGB, dispone la nullità della clausola di esonero solo per l'ipotesi di inadempimento doloso.

⁵³ La *Ordonnance* n. 2016-131 del 10 febbraio 2016 (di riforma del diritto dei contratti e del regime generale delle obbligazioni) che è entrata in vigore il 1° ottobre 2016, non ha inciso sulla disciplina della responsabilità civile. Come sopra detto, però, l'*Avant project de réforme de la responsabilité civile* regola i patti di esclusione della responsabilità contrattuale e, oltre a quello della disponibilità del diritto, pone, quali ulteriori limiti alla ammissibilità della clausole di esclusione della responsabilità, sia la contraddizione



VI- Le clausole di limitazione della responsabilità contrattuale nella giurisprudenza italiana.

A fronte di una disposizione di legge – quella di cui all’art. 1229 cod. civ. - dal contenuto chiaro e dalla portata generale, nel formante della giurisprudenza italiana si registrano pochi orientamenti cui possa essere assegnata particolare significatività sotto il profilo generale.

Quanto alla determinazione del perimetro applicativo della disposizione del codice, si segnala – in dottrina più che in giurisprudenza – l’interrogativo circa la possibilità di estenderla – come sostenuto da un’opinione che potremmo definire *classica* e che muove da una considerazione ampia del termine responsabilità⁵⁴ a qualsiasi clausola che precluda al creditore di avvalersi dei rimedi previsti per il caso di inadempimento del debitore, quali la domanda di risoluzione per inadempimento ovvero le eccezioni dilatorie.⁵⁵

Nella prassi contrattuale, poi, si individuano spesso clausole cd. *omnicomprensive*, le quali prevedono che il debitore sia esonerato da qualsiasi responsabilità derivante dall’inadempimento dell’obbligazione ovvero da fatto illecito. Siffatte pattuizioni – che potremmo definire di *immunità* – sono state da taluno considerate come clausole di stile; ciò però non le priva di sostanza ed efficacia giuridica, sicché per esse si pone, lo stesso, un problema di validità.⁵⁶

Come sopra già detto, la giurisprudenza italiana si è confrontata con le clausole di manleva, le quali trasferiscono su un terzo il peso del risarcimento; esse sono ritenute lecite e non scontano il divieto posto dall’art. 1229 cod. civ. perché, di fatto, le pretese risarcitorie del danneggiato

con la portata di una obbligazione principale, sia il dolo che, però, non essendo riferito solamente alle obbligazioni principali, può riguardare anche quelle accessorie e dunque tutte le obbligazioni contrattuali.

⁵⁴ F. BENATTI, *op. cit.*, p. 400. Con riferimento alla clausola di rinuncia all’azione di riduzione del prezzo prevista nei contratti di compravendita, C. M. BIANCA, *Diritto civile, V, La responsabilità*, cit. p. 66. In giurisprudenza si v. Cass., 23 gennaio 1993, n.3418, in *Rep. Foro it.*, voce *Contratto in genere*, n. 291, che qualifica la clausola come vessatoria se dedotta in un contratto per adesione.

⁵⁵ Una soluzione più articolata si individua al Ch. III. 3:105 DCFR. Esso regola al I comma la nullità dei soli patti di esonero dalla responsabilità per danni alla persona causati con dolo o colpa grave, ed al II comma afferma che i patti che limitano i rimedi per l’inadempimento anche se validi non possono essere invocati se contrari alla buona fede. Soluzione analoga è prospettata dall’art. 8:109 dei Principi di diritto europeo dei contratti della Commissione Lando.

⁵⁶ In tal senso G. PONZANELLI, *Le clausole di esonero della responsabilità civile, Studio di diritto comparato*, p. 250: se pure sia vero che una clausola di esonero cd. *omnicomprensiva* sia una clausola di stile, è però senz’altro vero anche che le clausole di stile sono considerate inefficaci quando introducano una deviazione rispetto alle comuni regole riguardanti il rapporto obbligatorio, che non sia dotata del carattere della determinatezza e della specificità, mostrandosi quale mera espressione di prassi stilistica; ciò non può, però, dirsi delle clausole onnicomprensive inserite nei contratti c.d. *standard* essendo determinate e corrispondenti ad uno specifico interesse dei contraenti.



risultano salvaguardate.⁵⁷ L'esonero del debitore dall'obbligo risarcitorio non può comportare, però, la sottrazione dai doveri di diligenza e di rispetto di norme poste a protezione dell'incolumità di terzi.⁵⁸

Sempre la giurisprudenza ha, poi, sondato il tema della distinzione tra clausole che circoscrivono la responsabilità contrattuale del debitore, e clausole che delimitano l'oggetto del contratto, prevedendo che il debitore sia tenuto ad alcune prestazioni e non ad altre. Naturalmente, soltanto alle prime risulta applicabile il limite dell'art. 1229 cod. civ.

E' diffusa l'idea secondo la quale una previsione negoziale delimita l'oggetto del contratto se attiene alle prestazioni primarie dedotte nel sinallagma, là dove essa è da considerarsi come meramente limitativa della responsabilità, se incida unicamente sull'*obbligo secondario del risarcimento*.⁵⁹ Probabilmente, ruolo fondamentale ai fini della distinzione in esame deve essere assegnato al concetto di causa, nel senso che la previsione che limita la responsabilità deve limitarsi a distribuire il rischio di inadempimento tra le parti, senza toccare la funzione tipica assoluta dal contratto o perseguita dalle parti.

Tale pare essere, peraltro, il criterio distintivo utilizzato dalla giurisprudenza di Cassazione, con riferimento alla nota decisione assunta in materia di *NUB* che fissano un limite massimo di valore per gli oggetti conservati in una cassetta di sicurezza, adeguando a detto importo l'entità del danno risarcibile da parte della Banca, per il caso di furto o di perdita del valore conservato.⁶⁰ Nel ragionamento della Corte, infatti, la clausola attua una limitazione della responsabilità proprio perché essa non potrebbe incidere sulla causa perseguita dal contratto, attesa l'inderogabile segretezza del contenuto del deposito che la caratterizza, e che rende impossibile, per la banca, pretendere l'osservanza di un limite massimo di valore dei beni custoditi.⁶¹

Altro contratto nel quale, seppure da diverso punto di osservazione, la giurisprudenza ha individuato clausole che in qualche modo limitano la responsabilità del debitore, è costituito dal *leasing* finanziario, in cui, come è noto, si registra una fattispecie di collegamento negoziale tra la locazione e la fornitura del bene; collegamento che giustifica la clausola (diffusa in tutti i formulari) che impedisce al conduttore di eccepire - nei confronti del locatore - la mancata consegna del bene o i vizi da cui esso è affetto, nonché di chiedere, al riguardo, un risarcimento

⁵⁷ Cass., 21 novembre 1988, n. 6267, in *Rep. Foro it.*, voce *Appalto*, n. 71.

⁵⁸ Cass., 23 luglio 1991 n.8244, cit.; Trib. Firenze, 17 maggio 1965 in *Giur. toscana*, 1965, p. 437.

⁵⁹ Così F. DELFINI, *Clausole di esonero da responsabilità e di determinazione dell'oggetto* in *I Contratti*, 1997, II, p. 255. In giurisprudenza, Cass., Sez. Unite, 1° luglio 1994, n.6225 in *Corr. giur.*, 1994, p. 967.

⁶⁰ Si v. nota precedente. Il contratto di deposito in cassetta di sicurezza si qualifica in termini locazione di cose ovvero *locatio operis*: si v. cfr. Cass., 19 febbraio 1997, n.1537, in *Rep. Foro it.*, voce *Albergo*, n. 7. Il depositario risponde ex art. 1839 cod. civ. verso l'utente per l'idoneità e la custodia dei locali e per l'integrità della cassetta. La sua responsabilità trova limite nel caso fortuito che non può essere individuato nel furto o nella rapina, data la prevedibilità dell'evento.

⁶¹ Si veda E. GABRIELLI, *Il servizio bancario delle cassette di sicurezza* in *Banca Borsa Tit. Cred.*, 1984, I, p. 567 e ss.



di danni.⁶² L'orientamento che ritiene valide tali pattuizioni – giustificato sotto il profilo pratico per il fatto che la scelta del fornitore viene di norma effettuata dal conduttore e, sotto il profilo giuridico, per il fatto che a quest'ultimo vengono di norma cedute le azioni e le garanzie radicate nel contratto di fornitura – non collide con la disposizione dell'art. 1229 cod. civ., proprio in quanto non esclude il diritto al risarcimento del creditore (utilizzatore) esaltando al contempo la funzione di finanziamento assoluta dal leasing.⁶³

VII- Il limite dell'ordine pubblico tra responsabilità contrattuale e responsabilità aquiliana.

Meno sondato risulta essere, tanto nel nostro ordinamento quanto in quello francese, l'altro limite posto dal codice civile (e ricostruito in via interpretativa dalla dottrina e dalla giurisprudenza d'oltralpe) alle clausole limitative della responsabilità, il quale è costituito dalla necessità che la clausola non contrasti con i principi dell'ordine pubblico. In ambiente francese, ad esempio, esso viene individuato in specifici divieti di legge, compresi quelli che regolano la stipula di clausole di limitazione della responsabilità nel rapporto coi consumatori.⁶⁴

⁶² L'orientamento giurisprudenziale, assunto da diversi anni, è stato recentemente puntualizzato dalle Sezioni Unite della Cassazione con la sentenza del 5 ottobre 2015 n. 19785 (in *Rep. Foro it.*, 2015, voce *Contratti in genere*, n. 313), così massimata: *<In tema di vizi della cosa concessa in locazione finanziaria che la rendano inidonea all'uso, occorre distinguere l'ipotesi in cui gli stessi siano emersi prima della consegna (rifiutata dall'utilizzatore) da quella in cui siano emersi successivamente alla stessa perché nascosti o taciuti in mala fede dal fornitore; il primo caso va assimilato a quello della mancata consegna, con la conseguenza che il concedente, in forza del principio di buona fede, una volta informato della rifiutata consegna, ha il dovere di sospendere il pagamento del prezzo in favore del fornitore e, ricorrendone i presupposti, di agire verso quest'ultimo per la risoluzione del contratto di fornitura o per la riduzione del prezzo; nel secondo caso, l'utilizzatore ha azione diretta verso il fornitore per l'eliminazione dei vizi o la sostituzione della cosa, mentre il concedente, una volta informato, ha i medesimi doveri di cui al precedente caso; in ogni ipotesi, l'utilizzatore può agire contro il fornitore per il risarcimento dei danni, compresa la restituzione della somma corrispondente ai canoni già eventualmente pagati al concedente>.*

⁶³ Sulla qualificazione del contratto di leasing in termini di contratto di finanziamento, il dibattito è oggi abbastanza aperto; ciò anche in considerazione delle recenti riforme apportate alla legge fallimentare (tramite l'introduzione dell'art. 72 *quater* L.F.). La questione esorbita naturalmente il tema di questo studio, ma è evidente che la validità della clausola in esame è strettamente connessa proprio al profilo finanziario dell'operazione, che alloca sul locatore esclusivamente il rischio di insolvenza del conduttore e non i rischi connessi alla funzionalità o alla utilizzabilità del bene oggetto di locazione. Sul punto, in dottrina, si v. V. BUONOCORE, *La locazione finanziaria nell'ordinamento italiano*, Milano, 2008, p. 88 e ss.; M. RABITTI, *il <leasing>*, in *I contratti per l'impresa* (a cura di Gitti, Maugeri, Notari), Bologna, 2012, p. 268.

⁶⁴ I limiti sono posti, ad esempio, in materia di deposito in hotel (art. 1953, *al.* 2 cod. civ.) in materia di trasporto terrestre (art. L 133-1 cod. com). Le clausole limitative della responsabilità possono essere considerate abusive nei rapporti tra professionista e consumatore (artt. L. 132-1, R 132-1 e R. 132-2- cod.



In Italia, la sua principale – se non l'unica – concreta applicazione sembra essere riferita alla tutela della integrità fisica: la giurisprudenza ad esempio – con particolare riferimento ad un contratto di locazione – ha ritenuto che sia nulla qualsiasi clausola tendente a ridurre o escludere il risarcimento per il caso di lesione della salute del conduttore.⁶⁵

In dottrina, alla stregua di una concezione cd. *normativa* che si avvale di contributi teorici della seconda metà del secolo scorso, sono considerate contrarie all'ordine pubblico – e conseguentemente nulle anche in ipotesi di colpa lieve - le clausole di esonero dalla responsabilità contrastanti con norme imperative (anche deducibili dal settore penale) ovvero relative a diritti assoluti indisponibili.⁶⁶

Al limite in esame è dunque assegnata una duplice valenza: di presidio di regole organizzative inderogabili che trovino confluente nel campo della responsabilità contrattuale; di tutela di diritti individuali non negoziabili, che potrebbero essere indirettamente lesi da un comportamento non diligente del debitore. In quest'ultima prospettiva, è ovvio che – data la tutela aquiliana che detti diritti ricevono - l'ordine pubblico opera, contemporaneamente, anche in tale settore della responsabilità. Ed infatti, è proprio in quest'ambito che vengono individuati i casi esemplificativi della sua applicazione.

Alla prima delle due ipotesi – ad esempio – va ascritto il divieto che espressamente la legge pone ai patti di esonero in materia di responsabilità del produttore, i quali, come è noto, riguardano sia il caso di lesioni fisiche sia quello di pregiudizi patrimoniali (art. 124 del cod. cons.). Anche questa previsione si riferisce a clausole di esonero da responsabilità prettamente aquiliana, ancorché, in effetti, la direttiva da cui essa trae origine, non qualifichi il campo cui si riferisce, e si applica indipendentemente dal fatto che sia configurata o meno una relazione contrattuale tra le parti o che sia, comunque, riconosciuta un'azione *ex contractu* al consumatore danneggiato.⁶⁷ La sua inderogabilità è ovviamente legata alle esigenze di tutela di interessi che esorbitano quelli delle singole parti - e che attengono alla struttura stessa del mercato concorrenziale - piuttosto che alla indisponibilità dei diritti del consumatore la quale, probabilmente, assume valore soltanto strumentale. Analoga considerazione va fatta – data la comune matrice consumeristica – per le disposizioni che qualificano come vessatorie le clausole di limitazione della responsabilità (per il caso di morte o danno alla persona del consumatore)

cons.) oppure possono essere considerate squilibrate nei rapporti tra professionisti (art. L. 442-6 cod. com).

⁶⁵ Cass. 3 febbraio 1999, n. 915, in *Giur. it.*, 2000, p. 510. La tutela della salute quale limite esterno alle clausole in esame è peraltro desumibile dalla disposizione di cui all'art. 1681 comma II cod. civ.,

⁶⁶ Cfr. G.B. FERRI, *Ordine pubblico, buon costume e la teoria del contratto*, Milano, 1970, p. 5 e ss.; M. Nuzzo, *Utilità sociale ed autonomia privata*, Milano, 1974 p. 81 e ss.; G. OPPO, *L'iniziativa economica*, in *Riv. Dir. Civ.*, I, 1988, p. 309 ss.; L. CABELLA PISU, *Le clausole di esonero da responsabilità*, cit. p. 435; P. PERLINGIERI, *Mercato, solidarietà e diritti umani*, in *Rass. Dir. civ.*, 1995, p. 101.

⁶⁷ A. PRINCIGALLI, *La responsabilità civile. Principi generali*, in N. Lipari (a cura di) *Diritto privato europeo*, Padova, 1997, vol. II, p. 989.



ovvero di esclusione di azioni o diritti (per il caso di inadempimento totale) nei rapporti tra professionista e consumatore.⁶⁸

Alla seconda delle ipotesi sopra viste – quelle nelle quali il limite è giustificato dalla indisponibilità del diritto esposto a rischio - vanno ascritti i casi – valutati anche in giurisprudenza – di clausola di esonero per il cui tramite sia messa a repentaglio l'integrità fisica del creditore. In generale, il divieto viene considerato assoluto (ad esempio, nel campo della responsabilità medica). In altri casi, invece, esso non si dimostra ineludibile: è noto, ad esempio, che nell'esercizio dell'attività sportiva non trova applicazione se il danno è stato provocato con colpa semplice e nel rispetto delle cc.dd. *regole del gioco*.⁶⁹ Anche in tal ipotesi- e come già visto sopra con riferimento agli orientamenti della giurisprudenza francese, resi in ambito di responsabilità oggettiva e collegati addirittura a radici di tipo romanistico – l'accettazione del rischio viene assimilata ad una clausola di limitazione di responsabilità, ovvero ad una scriminante (atipica o radicata nel consenso dell'avente diritto) dalla efficacia poliforme a seconda del tipo di sport praticato (a cd. *violenza eventuale o necessaria*) e delle concrete modalità con cui la lesione è stata inferta.⁷⁰ Il tutto, nell'ambito di un rapporto di tipo non contrattuale, salvo che si individui un contatto sociale tale da comportare doveri di protezione che implicino responsabilità di tipo contrattuale.⁷¹

⁶⁸ Art. 33, comma I, cod. cons. Per un'accurata rassegna delle norme che, applicando la *ratio* dell'art. 1229, comma II, cod. civ. prevedono la nullità di clausole di esonero da responsabilità per inadempimento di obblighi derivanti da norme di ordine pubblico, si veda G. VISINTINI, *La responsabilità contrattuale per fatto degli ausiliari*, Padova, 1965, p. 146 e ss. G. ALPA, *Costruzione di autoveicolo, clausole di esonero e responsabilità dell'impresa*, cit., p. 191 C. CASTRONOVO, *Problema e sistema nel danno da prodotti*, cit., p. 535; U. CARNEVALI, *La responsabilità del produttore*, Milano, 1974, p. 390 e ss. Articolata la distinzione di G. PONZANELLI, *Le clausole di esonero della responsabilità civile*, cit. p. 1 e ss., il quale distingue tra danni all'integrità fisica e danni al patrimonio: per i primi l'Autore afferma la nullità della clausola di esonero sulla base di una generalizzazione della regola dell'art. 1861 Codice Civile che nel contratto di trasporto di persone esprime un principio di ordine pubblico, per i danni meramente patrimoniali egli ritiene invece valide le clausole di esonero solo nei limiti dell'art. 1229, I comma Codice Civile.

⁶⁹ Cass. civ., 8 agosto 2002, n. 12012, in *Foro it.*, 2003, I, c. 168; Cass. civ., 22 ottobre 2004, n. 20597, in *Danno resp.*, 2005, p. 509; Cass. civ., 16 febbraio 2011, n. 7247, in *Resp. civ. prev.*, 2011, p. 2250.

⁷⁰ Per l'applicazione della scriminante in ambito penale, si v. Cass. pen., Sez. V, 30 aprile 1992, in *Foro it.*, 1993, II, 79

⁷¹ Sul tema, si v. G. ALPA, *La responsabilità civile in generale e nell'attività sportiva*, in *Riv. dir. sport.*, 1984, p. 487; M. BONA- A. CASTELNUOVO- P.G. MONATERI, *La responsabilità civile nello sport*, Milano, 2002, *passim*; A. SCIALOJA, voce *Responsabilità sportiva*, in *Dig. Disc. Priv., Sez. Civ.*, XVII, Torino, 1988, p. 410 ss.; S. SICA, *Lesioni cagionate in attività sportive e sistema di responsabilità*, in *Corr. giur.*, 2000, p. 737; G. VIDIRI, *La responsabilità civile nell'esercizio delle attività sportive*, in *Giust. civ.*, 1994, II, 199; A. G. PARISI, *Responsabilità da attività sportive*, in *Tratt. Resp. Civ. Stanzione*, Padova, 2012, II, p. 731.



VIII- Dolo (colpa grave) e ordine pubblico nella disciplina delle clausole limitative della responsabilità.

Come si è visto, la *rationes* poste a fondamento dei limiti di validità delle clausole di esonero da responsabilità contrattuale, sono molteplici.

A volte esse attengono al profilo funzionale del contratto e alla necessità di assicurare l'effettività del vincolo giuridico assunto dal debitore e, conseguentemente, la fisiologia del sinallagma (o del diverso assetto di interessi) dedotto nel contratto. Appartengono a questa categoria i limiti che si appoggiano al concetto di causa ovvero che legano la nullità della clausola al fatto che essa riguardi una prestazione essenziale. Limiti che emergono nel formante giurisprudenziale francese ma anche nella disciplina positiva del BGB.⁷² Si è detto che si può proporre una interpretazione che individuando nel riferimento al dolo l'indicazione della parte per il tutto – là dove il tutto è costituito dalla mancanza di rilevanza giuridica che consegue alla facoltà potestativa di non adempimento attribuita al debitore – annovera anche detto limite tra quelli facenti parte della categoria in questione.

Esistono poi altri limiti che si giustificano per esigenze di attuazione di interessi generali o collettivi (ad esempio, nel campo della responsabilità del produttore, dove, come detto, l'interesse tutelato è costituito dall'integrità del mercato) oppure per evitare un'indiretta compromissione di diritti soggettivi non alienabili. In questi casi, il divieto è espresso tramite il riferimento al concetto di ordine pubblico.

La vista distinzione – che pare confermarsi negli ordinamenti di *civil law* -⁷³ porta a evidenziare che i due tipi di limiti sono in effetti non omogenei, e conseguentemente a dubitare della fondatezza di quegli orientamenti che tendono ad evidenziarne la comune radice etica, ascrivendoli al piano della tutela del credito oppure a quello di un asserito interesse pubblico che, in un contesto sociale che vede l'impresa (o il mercato) come uno dei punti di attrazione della tutela giuridica, garantirebbe tempestività e regolarità degli adempimenti, assicurando al creditore rapidità nell'esecuzione dei contratti.⁷⁴

⁷² Il par. 309 n. 7 dispone che, nella redazione di un contratto non è lecito escludere la responsabilità delle parti nel caso di danni alla salute e alla persona e, in ogni caso, nei casi di colpa grave o dolo. Sono altresì considerate nulle le clausole che escludono la responsabilità di un contraente che abbia violato un'obbligazione fondamentale del contratto.

⁷³ Più sfumate sono le ragioni che possono essere sottese, in ambito anglosassone, alla validità della *exclusion clauses* che, ai sensi della disposizioni dell'*UCTA* sono assoggettate a sindacato di ragionevolezza. L'utilizzazione di una clausola generale – nell'ambito di un tessuto normativo tendenzialmente orientato alla tutela di un contraente debole – può infatti consentire di piegare il divieto a differenti *policies*.

⁷⁴ G. CIAN, *Lata culpa dolo aequiparatur*, in *Riv. dir. civ.*, 1963. p. 177 secondo cui il fondamento del divieto si ravvisa "nell'interesse pubblico a che nel traffico sociale si osservi sempre un minimo di diligenza". D. DI GRAVIO, *Prevedibilità del danno e inadempimento doloso*, Milano, 1999, pp. 60-61. L'assimilabilità – sotto



Pur apparendo evidente la comune natura di limiti alla autonomia contrattuale – in senso ampio –⁷⁵ quelli in esame rispondono a logiche differenti: logiche interne alla struttura e alla funzione del contratto e collegate alla necessità di garantire effettività al vincolo giuridico; ovvero logiche esterne a tale ambito, che impingono nella tutela dei diritti indisponibili ovvero, in generale, nei principi (senz'altro di ordine pubblico) connessi all'attuazione di interesse generali o di sistema (integrità del mercato e via discorrendo).⁷⁶

IX- Danno contrattuale e autonomia privata: un cenno al problema della causa penale.

Prima di tracciare qualche conclusione circa l'oggetto della presente indagine, può accennarsi ad una suggestione che proviene dall'analisi della clausola penale. Anch'essa – pur in posizione in un certo senso opposta a quella in cui è collocato il patto di esenzione da responsabilità – implica un problema di rapporto tra autonomia privata e determinazione del danno; problema cui si connette quello dell'ulteriore relazione esistente tra autonomia e sanzione (privata).

La tradizione del *code civil* e il *Common Law* distinguono tra clausola penale e clausola di determinazione negoziale del danno, assegnando, almeno in via di principio, alla prima una funzione sanzionatoria dell'inadempimento (e dunque deterrente) e alla seconda la funzione liquidatoria del pregiudizio (e dunque di riduzione dei costi transattivi).

Nelle esperienze di *Civil Law*, in via generale, la clausola penale è valutata in termini positivi, anche se sono stabiliti limiti per il caso in cui essa sia eccessiva, i quali determinano conseguenze non in termini di invalidità della pattuizione ma di sua riduzione ad equità.⁷⁷

il profilo dell'ordine pubblico – dei limiti sanciti dai due, diversi commi dell'art. 1229 cod. civ., è sostenuta da risalente giurisprudenza: Cass., 24 aprile 1962, n.818, in *Foro it.*, 1962, c. 1711, secondo cui <Il concetto di ordine pubblico, al quale occorre riferire il precetto dell'art. 31 delle Disposizioni sulla legge in generale, non va inteso in senso internazionale, astratto e universale, ma trova il suo limite nell'ordinamento giuridico nazionale e mira ad assicurare, in ogni caso, il rispetto dei più elevati ed essenziali interessi del predetto ordinamento>. In dottrina, anche G. CECCHERINI, *Le clausole di esonero e di limitazione della responsabilità*, cit, p. 476.

⁷⁵ Sul carattere dei limiti in esame e sulla loro riconducibilità all'area dei limiti alla autonomia privata, si v. C. MENICHINO, *Clausole di irresponsabilità contrattuale*, Giuffrè, Milano, 2008, p. 30 e ss. In generale, poi, P. SCHLESINGER, *L'autonomia privata e i suoi limiti*, in *Giur.it.*, 1999, I, p. 229 e ss.

⁷⁶ Sul rapporto esistente tra principio dell'ordine pubblico e regole di ordine pubblico, si v. G. PONZANELLI, *Le clausole di esonero della responsabilità civile*, Milano, 1984, p.204 e ss.

⁷⁷ E' noto che il *code civil* disciplinava, all'art. 1152, le clausole di determinazione preventiva del danno contrattuale e, all'art. 1226, le clausole penali, tramite le quali il debitore si obbliga a pagare alcunché *puor assurer l'exécution d'une convention*. Naturalmente, in tale ultima pattuizione, era individuata una vera e propria penale con funzione sanzionatoria e dunque deterrente. La modifica apportata, nel 1975, alla previsione dell'art. 1152, tramite cui è stato introdotto il potere giudiziale di mitigazione della clausola eccessiva (e di aumento di quella irrisoria) ha, in un certo senso, determinato una riduzione della distanza tra le due clausole previste dal codice, atteso che, ovviamente, il nuovo testo dell'art. 1152 è stato ritenuto applicabile anche alla penale di cui all'art. 1226 cod. civ. La recente riforma del *code* – già sopra cennata – ha unificato la disciplina nell'art. 1231-5, senza sostanziali modificazioni. Il legislatore francese prevede



Il *Common Law* espone una risalente regola – oggi notevolmente ammorbidita – di divieto delle (sole) clausole penali (la cd. *rule against penalty*) che vengono distinte dalle (ammesse) *Liquidated and Ascertained Clauses (LADs clauses)*. Il *discrimen* tra le due fattispecie va individuato nel fatto che le prime sono quelle che prevedono il pagamento – a carico del debitore inadempiente – di importi eccessivi rispetto all’ammontare o alla gravità del danno, ovvero nel fatto che il danno non sia determinabile; là dove le seconde sono quelle che non superano i detti limiti.⁷⁸

Anche i regimi di *Civil Law* – che sono propensi ad ammettere la clausola penale – sanciscono una serie di vincoli, tutti connessi al fatto che il suo ammontare sia in qualche modo sproporzionato rispetto al danno contrattuale. In Francia, a partire dal 1975 e cioè a seguito della modifica apportata alla disposizione dell’art. 1152 del *code*, il giudice è abilitato a ridurre la penale eccessiva e ad aumentare quella irrisoria.

Il codice civile italiano – così come il § 343 del BGB – prevede soltanto la riduzione giudiziale della penale eccessiva.⁷⁹

Non apporterebbe alcun’utilità al discorso che qui viene svolto, sondare il terreno della ammissibilità di vere e proprie clausole con funzione penale, che dunque attuino trasferimenti di ricchezza dal debitore inadempiente al creditore con funzione deterrente dell’inadempimento. Una risposta che, guardando alla regola operativa, si alimenti del solo dato riveniente della casistica giurisprudenziale, dovrebbe evidentemente attenere ai criteri utilizzati per l’accertamento della eccessività dell’ammontare previsto dalla pattuizione: quanto più tali criteri utilizzino, per detto accertamento, il *quantum* del danno risarcibile, tanto più si può sostenere che la pena privata non sia ammessa. Ma è noto che un’analisi di tal genere non porta – nelle esperienze di *Civil Law* - a risultati univoci, né la dottrina fornisce una soluzione dirimente, vista la distanza esistente tra le posizioni che dal principio di autonomia negoziale fanno discendere la legittimità di clausole effettivamente sanzionatorie (salva la riduzione fondata sull’equità) e quelle altre posizioni che, invece, dalla asserita natura compensatoria della

poi una serie di clausole penali vietate ovvero limitate ad un *plafond* massimo (in materia, ad esempio, di immobili da costruire – art. L261-14 *Cod. Const. Hab.* – in materia di assicurazione – art. L113-10 *Cod. Ass.* – in materia di credito immobiliare – art. L 23-22 *Cod. Cons.*) e nei contratti con i consumatori esse sono considerate non scritte quando eccessivamente onerose. Salvo che nei casi in cui esistono limiti legali, la giurisprudenza è tendenzialmente incline ad assegnare alla penale una funzione mista ovvero una pluralità di funzioni, di tipo sia indennitario che sanzionatorio: Cass., 1re Ch., 3 janv. 1985, in *Bull. Civ.*, I, n. 4; Cass. 3me Ch., 21 mai 2008, n. 07.12.848, *ivi*, III, n. 94. in dottrina, PH. DELEBECQUE – D. MAZEAUD, *Le clauses de responsabilité*, in *Le sanctions d’exécution des obligations contractuelles*, LGDJ, 2001, p. 361; A. PINTO MONTEIRO, *La clause pénale in Europe*, in *Le contrat au début du XXI siècle*, LGDJ, 2001, p. 719.

⁷⁸ La *rule against penalty* viene fatta risalire al precedente *Dunlop Pneumatic Tyre Co Ltd v. New Garage & Motor Co Ltd* (1915), AC 79.

⁷⁹ Omettendo altri riferimenti, ci si limita a evidenziare come anche nella giurisprudenza italiana si individuino indirizzi che assegnano alla penale natura composita: Cass. 19 gennaio 2007 n. 1183, in *Foro it.*, 2007, I, c. 1460, secondo cui « la clausola penale non ha natura e finalità sanzionatoria o punitiva, ma assolve alla funzione di rafforzare il vincolo contrattuale e di liquidare preventivamente la prestazione risarcitoria »; Cass. 21 maggio 2001 n. 6927, in *Rep. Foro It.*, 2001, voce *Contratto in genere*, n. 447.



pattuizione in esame, tendono a dedurre il limite esterno nel *quantum* del danno risarcibile (come avviene nel regime della *rule against penalty*).

Come che sia, è però da sottolineare un profilo che appare più evidente in *Common Law*: esso è costituito dalla emersione di un ulteriore elemento di valutazione delle clausole – idoneo a disegnare il confine tra quelle valide e quelle non ammesse o eccessive – costituito dall’interesse commerciale (*commercial justification*) alla prestazione di cui è titolare il creditore, piuttosto che al concreto danno da lui ricevuto (*pure pre- estimate of loss*).⁸⁰

La sostituzione del primo criterio al secondo, nel sindacato sulle *LADs clauses*, manifestatasi a partire dalla fine del secolo scorso, offre un’apertura sostanziale all’ammissione di un patto che, per l’ipotesi di inadempimento del debitore, imponga a quest’ultimo un pagamento non equivalente al danno, ma pur sempre ancorato al programma contrattuale e al complessivo interesse economico del creditore.

Recentemente peraltro, la *Supreme Court of the United Kingdom* ha assunto un orientamento che appare abbastanza coerente con quello sopra cennato; orientamento che è stato letto nei termini dell’affievolimento (anche se non del superamento, come la Corte stessa ha inteso espressamente precisare) della *rule against penalty*, nella misura in cui esso la ribadisce ma solamente se la penale sia qualificabile come prestazione accessoria (*secondary obligation*) e non attenga dunque a quella principale – aspetto questo tutt’altro che facile da individuare – e se il relativo importo si dimostri sproporzionato e non giustificato dal *legitimate business interest* del creditore.⁸¹

Probabilmente, i due casi decisi dalla *Supreme Court* consentiranno - non di ribaltare il rapporto tra gli approcci di *Common Law* britannico e di *Civil Law*, al tema della clausola penale - ma in un certo senso di avvicinarli nella misura in cui pongono il limite della relativa ammissibilità non all’esterno del contratto (ad es., nell’equità ovvero nella non negoziabilità della sanzione privata) ma all’interno dello stesso e dunque nell’interesse (meritevole o *legitimate*) che giustifichi la previsione della penale.

Questa dunque la suggestione che se ne ricava: salvi i vincoli di ordine pubblico, la ricostruzione dei limiti alla autonomia privata in tema di determinazione del danno (o della penale) o di rinuncia ad esso, può essere radicata nel contratto e nell’interesse da esso amministrato. Ciò sia al fine di leggere la *ratio* della disciplina dettata in tema di clausole di esenzione da responsabilità, sia a quello di individuare il *discrimen* tra clausole penali valide\non riducibili ovvero invalide\riducibili.

X- Una conclusione.

⁸⁰ *High Court, Lordsvale Finance Plc vs Bank of Zambia* [1996] QB, 752; si v. poi *Court of Appeal in Cine Bes Filmcilik vs Yapimcilik v United International Pictures* [2003], EWCA Civ 1669, e in *Euro London Appointments Ltd v Claessens International Ltd* [2006] EWCA Civ 385.

⁸¹ *Cavendish Square Holding BV v. Talal El Makdessi et ParkingEye Limited v. Beavis* (2015) UKSC 67; *ParkingEye Ltd v. Beavis* (2015) EWCA Civ 402.



L'analisi della clausola di esonero da responsabilità – e il breve riferimento alla clausola penale – ha evidenziato come, accanto ai limiti di ordine pubblico individuati in espressi divieti ovvero nella indisponibilità del diritto leso, contribuiscano ad individuarne il campo di ammissibilità, anche limiti radicati nel contratto, nella sua funzione, negli interessi ad esso sottesi.

E' a tale ambito che va probabilmente ricondotto il divieto di patti di esclusione della responsabilità per dolo (o colpa grave), piuttosto che ad un quadro di norme di ordine pubblico tratte dal sistema della responsabilità civile in sé.

E' per tale motivo che dunque non pare estensibile al campo della responsabilità aquiliana la disciplina dell'art. 1229 cod.civ. Il tema della distinzione tra delitto e torto assume dunque poco rilievo. E' obiettivamente non revocabile in dubbio il fatto che la relativa linea di demarcazione si sia notevolmente affievolita. Ciò per una serie di motivazioni che attengono sia al campo aquiliano sia a quello contrattuale.⁸² Tra esse, l'affrancamento del torto dalla lesione del diritto soggettivo, la caratterizzazione in senso professionale di alcuni standard di diligenza utilizzati nel giudizio di colpevolezza (si pensi alle ipotesi cc.dd. di *responsabilità da status*) il dilagare dell'uso della obbligazione senza obbligo primario di prestazione. Tutte, dette motivazioni hanno senz'altro avvicinato l'illecito aquiliano all'inadempimento e viceversa, a volte creando anche punti di confluenza (si pensi alle varie ipotesi di concorso del terzo alla rottura del contratto) tra le due conseguenti responsabilità, che comunque restano tuttora distanti e autonome sotto altri, importanti profili (il danno risarcibile, i criteri di imputazione) ancorché in alcune esperienze si propugni l'opportunità di uno statuto per molti versi comune (come già si è detto sopra, con riferimento al progetto di riforma *Viney* in Francia).

Comunque sia, tutto ciò ha a che vedere col tema in esame fino ad un certo punto. Il mancato richiamo della norma dell'art. 1229 al campo aquiliano, indipendentemente dalle intenzioni del legislatore, ha ancora ragion d'essere. Nel senso che se i vincoli di ordine pubblico – e non potrebbe essere diversamente – senz'altro valgono in campo contrattuale come in quello extracontrattuale, atteso che essi sanciscono un minimo inderogabile di responsabilità finalizzato alla tutela di interessi individuali o di struttura (generali) non negoziabili, ciò non può dirsi per i limiti che tendono a garantire la funzione del contratto da cui promana l'obbligazione e che sono, dunque, radicati nella negoziazione e nella sua funzione.

Trasposto nel campo della responsabilità aquiliana, un patto di esclusione - a condizione che risponda ad un concreto interesse della parti, individuabile anche in un corrispettivo - non ha ragione di essere escluso per i casi di dolo o colpa grave, sempre che non si tocchino diritti indisponibili; ciò perché se la potestatività è incompatibile con l'obbligo giuridico, non lo è con la facoltà di abuso dell'interesse altrui.

⁸² Basti il rinvio a F. GIARDINA, *La distinzione tra responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale*, cit.; e, volendo, a B. MEOLI, *La responsabilità civile tra contratto e torto*; in *Tratt. Resp. Civ. Stanzione*, Padova, 2012, II, p. 121 e ss.