

Percorsi di diritto comparato

a cura di
Rossella Esther Cerchia



Milano University Press

PERCORSI DI DIRITTO COMPARATO

A cura di Rossella Esther Cerchia

Milano University Press

Percorsi di diritto comparato / a cura di Rossella Esther Cerchia. Milano: Milano University Press, 2021.

ISBN 979-12-80325-21-1 (print)

ISBN 979-12-80325-24-2 (PDF)

ISBN 979-12-80325-26-6 (EPUB)

DOI [10.13130/milanoup.49](https://doi.org/10.13130/milanoup.49)

Questo volume e, in genere, quando non diversamente indicato, le pubblicazioni di Milano University Press sono sottoposti a un processo di revisione esterno sotto la responsabilità del Comitato editoriale e del Comitato Scientifico della casa editrice. Le opere pubblicate vengono valutate e approvate dal Comitato editoriale e devono essere conformi alla politica di revisione tra pari, al codice etico e alle misure antiplagio espressi nelle [Linee Guida per pubblicare su MilanoUP](#).

Le edizioni digitali dell'opera sono rilasciate con licenza Creative Commons Attribution 4.0 - CC-BY-SA, il cui testo integrale è disponibile all'URL: <https://creativecommons.org/licenses/by-sa/4.0/>.



Le edizioni digitali online sono pubblicate in Open Access su: <https://libri.unimi.it/index.php/milanoup>.

© 2021 Rossella Esther Cerchia

© Milano University Press per la presente edizione

Pubblicato da:

Milano University Press

Via Festa del Perdono 7 – 20122 Milano

Sito web: <https://milanoup.unimi.it>

e-mail: redazione.milanoup@unimi.it

L'edizione cartacea del volume può essere ordinata in tutte le librerie fisiche e online ed è distribuita da Ledizioni (www.ledizioni.it)

Indice

Prefazione	7
ANTONIO GAMBARO, Fondamenti culturali e metodologici del diritto europeo dei contratti: dalle leggi al caos e ritorno	9
ALBINA CANDIAN, Le Società Benefit in Italia	21
CRISTINA AMATO, Dal diritto europeo dei contratti 1.0 agli <i>smart contracts</i>	33
CARLO MARCHETTI, <i>Pacta sunt servanda</i> ai tempi del Covid-19	57
ROSSELLA ESTHER CERCHIA, I criteri di decisione nelle parole della legge e delle corti: alcune suggestioni	69
SABRINA LANNI, Cibo & diritto comparato: le etichette alimentari tra Europa e America Latina	87
BARBARA VARI, Proprietà e diritto dei beni vitali: un possibile itinerario di ricerca	105
SANTA NITTI, “Insurtech”: suggestioni e dubbi dal mondo assicurativo	123
NAIARA POSENATO, La riforma dello stile delle sentenze della <i>Cour de cassation</i>	139
LYDIA VELLISCIG, Strumenti di finanziamento del rischio catastrofe tra politiche pubbliche e ricorso a strumenti di mercato: l'esempio del «Pandemic Emergency Financial Facility»	167
CARLO MASIERI, La tutela dei dati personali relativi alla salute: approccio europeo ed americano a confronto	185
GIULIA TERRANOVA, Il Trust: la circolazione di un istituto dal diritto di <i>equity</i> alle moderne legislazioni <i>offshore</i>	205
Notizie sugli autori	217

Prefazione

Il 2020 sarà ricordato come l'anno del Coronavirus.

Nei mesi in cui attoniti assistevamo alla sofferenza di chi si ammalava e perdeva i suoi cari e Milano sembrava trovarsi nell'epicentro della prima deflagrante ondata, il tempo sembrava rallentare fino a fermarsi.

Così i rumorosi corridoi universitari cadevano nel silenzio e con la chiusura di tutte le aule, le biblioteche e i laboratori, l'Università degli Studi di Milano appariva un gigante immobile.

Sotto questa coltre di fissità, dopo un primo momento di smarrimento, era febbrile la riorganizzazione di tutti i corsi universitari con il loro passaggio in *streaming*. Non lasciare che il virus fermasse la conoscenza, lo scambio di idee e la cultura, era l'imperativo che scandiva l'agenda del mondo accademico.

Come ostaggi della pandemia bisognava reiventare tutto, dal rapporto con gli studenti a quello con i colleghi, ai contenuti e alla modalità di insegnamento.

In queste circostanze, all'inizio della primavera del peggior anno che molti di noi possano ricordare, iniziava il Corso del Curriculum di Diritto Privato Comparato della Scuola di Dottorato in Diritto Comparato, Privato, Processuale Civile e dell'Impresa dell'Università degli Studi di Milano.

Quasi venti anni erano passati dalla prima edizione del Corso di Dottorato in Diritto Privato Comparato presso questa università. Un corso ormai "maggiorrenne", nato grazie all'impegno incessante di Antonio Gambaro, impareggiabile Maestro della Scuola di Milano, e magnificamente diretto da Barbara Pozzo e poi continuato con meticolosissima cura da Maria Letizia Ruffini Gandolfi, Albina Candian, Carlo Marchetti e infine dalla sottoscritta. C'è stato un passaggio di testimone, uno scandire del tempo, un cambiare dei luoghi, dalle aule del "vecchio" Istituto di Diritto Civile, a quello del Centro Studi di Largo Richini, punto di riferimento del Diritto Comparato milanese, a quelle del Dipartimento di Diritto Privato e Storia del Diritto. Le edizioni si sono susseguite, giovani da ogni dove le hanno frequentate, i primi dottori di ricerca sono saliti in cattedra o hanno raggiunto agognate mete in cui mettere a frutto quanto appreso nel corso di quegli anni di grande attività, ma forse anche di spensieratezza, del dottorato.

Tale *continuum* certo non poteva essere interrotto dalla pandemia. La Scuola di Milano e gli Amici della stessa si sono subito messi all'opera perché questo percorso non venisse fermato.

In quest'anno di incontri "smaterializzati" c'è stata la volontà di dare una forma non eterea ai nostri colloqui, fissandoli nel volume che vi accingete a

leggere. La raccolta ha una natura interdisciplinare in coerenza con l'approccio del comparatista che non ama barriere e confini di materia, secondo l'insegnamento di Rodolfo Sacco.

Rossella Esther Cerchia

Un ringraziamento particolare va al dott. Davide Luigi Totaro per il prezioso supporto nella revisione editoriale, in collaborazione con la casa editrice.

I criteri di decisione nelle parole della legge e delle corti: alcune suggestioni

Rossella Esther Cerchia

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il quadro di riferimento. – 3. Nullità e *mandatory rules*. – 4. Il “trio of necessary considerations” di Lord Toulson. – 5. *Stoffel & Co v Grondona*. – 6. *Ecila Henderson v Dorset Healthcare University NHS Foundation Trust*. – 7. Conclusioni.

1. Premessa

L'impostazione metodologica che informa il corso di Dottorato di Diritto Privato Comparato prevede che ciascuna lezione sia dedicata ad illustrare un percorso di ricerca attuale, ossia in fase di svolgimento, che si incastoni con il tema generale¹. In particolare, per quanto riguarda il metodo, vorrei riallacciarmi ad uno spunto offerto nella lezione introduttiva, ove si è posto in rilievo che il diritto europeo dei contratti, in sintonia con un movimento assai vasto, sta vivendo il passaggio dal modello di giudizio di tipo sostanzialmente sillogistico, ad un modello di giudizio fondato sulla corrispondenza della valutazione assiologica del fatto, giudicato rispetto a un set predeterminato di criteri di valutazione². Si tratta di uno snodo alquanto spinoso che, tra l'altro, passa attraverso il difficile compito, affidato alle Corti Supreme, di scegliere e elaborare i criteri che poi debbono essere adottati dai giudici di merito, di modo che poi questi ultimi possano traslare i criteri in un giudizio su una fattispecie³. Nella stessa occasione si è anche posto in luce che, sebbene il ricorso a criteri di valutazione di una fattispecie, anziché alla sussunzione della stessa sotto una regola precisa e predeterminata, appaia più idoneo ad affrontare la complessità del diritto dei contratti, tuttavia esiste il pericolo che criteri di valutazione troppo generici, e quindi molto lontani dalla precisione semantica che ogni *regula juris*

1 Il ciclo di lezioni del *Curriculum* di Diritto Comparato per l'a.a. 2019/2020 è organizzato nell'ambito del “Dottorato in Diritto Comparato, Privato, Processuale Civile e dell'Impresa” dell'Università degli Studi di Milano.

2 Il riferimento è evidentemente alla lezione inaugurale del corso di PhD di A. GAMBARO dedicata ai “*Fondamenti culturali e metodologici del diritto europeo dei contratti: dalle leggi al caos e ritorno*”, prima relazione di questo volume.

3 *Ibidem*.

deve possedere, sfocino in giudizi caso per caso, che non producono alcuna *ratio decidendi* riproducibile per aggiudicare casi simili, con la conseguenza di generare un diritto incalcolabile⁴. Ebbene, riprendendo queste suggestioni, mi sembra che dei suggerimenti interessanti siano quelli che provengono da alcuni *trends* che negli ultimi anni hanno segnato l'area degli *illegal contracts*. Per delineare queste tematiche lo scorcio sarà quello di guardare i contratti illegali nel prisma della nullità per la violazione di *mandatory rules* e relativamente ai suoi effetti con specifico riferimento alla *soluti retentio*.

Ma prima di parlare del punto di arrivo, appare opportuno ricordare, sia pure succintamente, almeno qualche tappa di questi *trends*, anche se la tirannia del tempo costringe ad un volo d'uccello con lo sguardo chiaramente rivolto oltre i nostri confini municipali.

2. Il quadro di riferimento

Il quadro giuridico costituito dalla (relativa) sovrapposibilità tra contratto illegale e contratto nullo, nonché dalle due massime latine *ex turpi causa non oritur actio* e *in pari delicto potior est conditio defendentis* (che descrivono gli effetti specifici dell'illegalità «bilaterale») incarna un nucleo comune della *Western Legal Tradition*⁵.

Per quanto concerne il primo profilo, senza poter ripercorrere il lungo cammino del binomio “contratto *contra legem*” e “contratto nullo”, mi limito a menzionare le sue radici nel diritto romano, o meglio nella *lex Non dubium* del 439⁶, e il suo approdo, per lo meno a livello lessicale, attraverso lo *ius commune* europeo, in diversi codici continentali⁷.

Le sfaccettature di questa relazione sono molteplici. Qui il discorso è circoscritto ai contratti che violano norme imperative⁸ quando il legislatore non abbia espressamente previsto la nullità, ossia le c.d. nullità virtuali o *implied prohibitions*.

4 *Ibidem*.

5 A. GAMBARO, *Western Legal Tradition*, in P. NEWMAN (ed.), *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, III, New York, 1998, p. 687.

6 Sulla *lex Non dubium* vedi A. MASI, *Nullità (storia)*, in *Enc. dir.*, XXVIII, Milano, 1978, 859 ss. e 864. Per ulteriori approfondimenti in prospettiva storico-comparatistica, vedi R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford, 1996, p. 701; T. MAYER-MALY, *The Boni Mores in Historical Perspective*, in *THRHR*, 1987, p. 60 ss.; W. DORN, *Illegality and Immorality*, in *The Oxford International Encyclopedia of Legal History*, Oxford, 2009, p. 204.

7 Cfr., ad esempio, par. 134 *Bürgerliches Gesetzbuch*; art. 3:40 (2) *Burgerlijk Wetboek*; art. 879 (1) *Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch*; Art. 6.3 *Código Civil*; art. 174 del codice civile greco.

8 Su “mandatory rules” e “fundamental principles” vedi, ad esempio, i commenti al Chapter 7, Section 3: *Infringement of fundamental principles or mandatory rules*, in C. VON BAR, ET AL., *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, München, Sellier, European Law Publishers, 2009.

Come direbbe Erich Maria Remarque, nulla di nuovo sul fronte occidentale. È acquisito, sia nella *civil law* sia in *common law*, che la violazione di una norma imperativa, in mancanza di una norma puntuale ed espressa, possa tradursi nella nullità del contratto, ad opera del giudice, il quale potrà invocare principi generali al riguardo. Più specificatamente, è ovvio, e pertanto è operazione che passa sotto silenzio, che prima occorre interpretare il contratto ed anche la legge, ed il tema dell'interpretazione dell'uno e dell'altra è stato talmente sviscerato che siamo ormai avvertiti della complessità dell'attività ermeneutica e dei suoi esiti non sempre lineari. In secondo luogo, poiché legge cogente e contratto sono due insiemi normativi gerarchicamente ordinati, si deve verificare se il contenuto del contratto non possa essere adattato in modo tale da non portarlo a collisione con il contenuto della norma. Il principio di conservazione del contratto implica, infatti, che questa verifica preceda la dichiarazione di nullità, ossia dopo che si sia constatato che il contratto non può essere salvato per via di interpretazione, o di etero integrazione (altro tema generale rilevante), o invalidazioni selettive connesse alla categoria della nullità parziale. Tuttavia, anche la norma deve ricevere, come annunciato, una sua interpretazione e, secondo la teoria prevalente, una interpretazione che ne valorizzi lo scopo di *policy*. In vista di ciò, nell'ipotesi in cui si accerti il contrasto tra i due contenuti, occorre però vagliare se la nullità sia il presidio adeguato agli scopi di *policy* perseguiti dalla norma imperativa.

3. Nullità e mandatory rules

L'art. 1418 (1) del codice civile italiano (in seguito c.c. it.), di derivazione dal par. 134 del codice civile tedesco (*Bürgerliches Gesetzbuch* o BGB) del 1900, stabilisce che i contratti contrari alle norme imperative sono nulli, a meno che la legge non disponga diversamente. Dati acquisiti sono, da una parte che il contratto possa essere nullo anche nel caso in cui il legislatore non abbia espressamente previsto la nullità e, relativamente alla seconda parte del comma, che non sia necessaria una esclusione esplicita, ma sia sufficiente desumerla in via interpretativa sulla base della *ratio*, ossia dello scopo della norma violata⁹.

Come noto, il nostro sistema è stato influenzato dal modello tedesco che colloca le invalidità poste a presidio dell'interesse individuale della controparte nella categoria dell'annullabilità e, perciò, implica che la nullità sia a presidio dell'interesse generale¹⁰.

9 Per gli opportuni approfondimenti vedi P. GALLO, *Il contratto*, in *Trattato di Diritto Civile*, Torino, 2017, p. 848 ss.

10 Vedi S. PAGLIANTINI, *Sulle nullità. Itinerari di uno studio*, Napoli, 2020. Si vedano anche V. FRANCESCHELLI, *Nullità del contratto, Artt. 1418-1423*, in *Il codice civile. Commentario*, diretto da F.D. Busnelli (già diretto da P. Schlesinger), Milano, 2015; G. SPOTO, *Le invalidità contrattuali*, Napoli, 2012; G. PERLINGIERI, *La convalida delle nullità di protezione e la sanatoria dei negozi giuridici*,

Senza poter ripercorrere l'enorme lavoro della dottrina e della giurisprudenza¹¹, che hanno provveduto ad elaborare numerosi criteri per chiarire in quali casi la violazione di norme imperative comporti la nullità del contratto e in quali casi no¹², ciò che stona è che, alla fine del predetto complesso processo logico-dialettico, il giudice sia confinato da un approccio ossificato nella scelta tra l'alternativa di ritenere il contratto valido oppure nullo. Due opposti estremi, che non sono toccati in alcun modo dal passaggio dal modello codicistico, imperniato sulla dicotomia nullità/annullabilità, ad un modello in cui la prima è declinata in varie forme (assoluta, speciale, relativa, di protezione, ecc.)¹³. Si rammenti, però, che le categorie dell'invalidità si sono sviluppate in un'economia *laissez faire* con minima interferenza della regola governativa. Successivamente, il passaggio epocale tra *laissez faire* e rapporti economici su cui insiste la categoria del contratto, ha comportato un ampliamento enorme della nozione di interesse pubblico o generale, che viene identificato con il contenuto del precetto regolativo, come contrapposto all'interesse individuale promosso dal contratto. In questa inflazione si sono inseriti anche molti interessi settoriali di tipo corporativo che si travestono agevolmente come pubblici, ed anche alcune istanze di protezione assoluta, veicolate da una lettura dilatata del principio di precauzione.

Però, la categoria della nullità, con tutto il suo seguito di conseguenze automatiche demolitorie, concepita come sanzione contro condotte contrattuali abnormi, nella nuova dimensione comporta il rischio che le sue conseguenze risultino sproporzionate alla gravità della lesione arrecata all'interesse pubblico.

(ed. 2^a), Napoli, 2011; G. D'AMICO, *Nullità non testuale*, in *Enc. dir., Annali*, IV, 2011, p. 798; D. RUSSO, *Profili evolutivi della nullità contrattuale*, Napoli, 2008; A. D'ADDA, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, Padova, 2008; F. VENOSTA, *Le nullità contrattuali nell'evoluzione del sistema. Nullità e inesistenza del contratto*, I, Milano, 2004; A. ALBANESE, *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, Napoli, 2003; G. BIANCHI, *Nullità e annullabilità del contratto*, Padova, 2002; F. DI MARZIO, *La nullità del contratto*, (ed. 2^a), Padova, 2008; S. POLIDORI, *Discipline della nullità e interessi protetti*, Napoli, 2001; G. PASSAGNOLI, *Nullità speciali*, Milano, 1995; R. SACCO, *Nullità e annullabilità*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, XII, Torino, 1995, p. 293 ss.; I. BUGANI, *La nullità del contratto*, in *I grandi orientamenti della giurisprudenza civile e commerciale*, collana diretta da F. GALGANO, Padova, 1990; A. GUARNERI, *La dichiarazione di nullità del negozio giuridico*, in *Studi parmensi*, 1983, p. 135; C. M. MAZZONI, *Invalidità degli atti giuridici*, in *Riv. dir. civ.*, 1989, I, p. 225; G.B. FERRI, *Nullità parziale e clausole vessatorie*, in *Riv. dir. comm.*, 1977, I, p. 11; G. DE NOVA, *Nullità relativa, nullità parziale e clausole vessatorie non specificamente approvate per iscritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1976, II, p. 480.

11 Per un'efficace panoramica vedi P. GALLO, *Il contratto*, cit., p. 846 ss.

12 Cfr. A. DI MAJO, *La nullità*, in *Il contratto in generale. Trattato di Diritto Privato*, diretto da M. Bessone, Torino, 2002; G. VILLA, *Contratto e violazione di norme imperative*, Milano, 1993. Vedi in generale, R. SACCO, *Le invalidità*, in *Il contratto*, (ed. 4^a), Torino, 2016, pp. 1455-1544; A. ALBANESE, *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, cit.; G. DE NOVA, *Il contratto contrario a norme imperative*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1985, pp. 435-453; R. MOSCHELLA, *Il negozio contrario a norme imperative*. Estratto da *Legislazione economica (settembre 1978-1979)*, Milano, 1981, pp. 271-367; G. D'AMICO, *Nullità non testuale*, cit.

13 Cfr. P. GALLO, *Il contratto*, cit., p. 877 ss.

Difficilmente l'equilibrio tra le circostanze del caso concreto, i rimedi e gli interessi in gioco, possono essere raggiunti se non abbandonando un approccio così netto: contratto valido o contratto nullo. Non stupisce, quindi, che le moderne leggi modello abbiano preferito un approccio più elastico alla questione¹⁴.

Gli *UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*¹⁵, i *Principles of European Contract Law* (PECL)¹⁶ o il *Draft Common Frame of Reference* (DCFR)¹⁷, nel caso di contratti che violano *mandatory rules*, hanno optato per attribuire al giudice il potere di scegliere tra una pluralità di rimedi, come dichiarare valido il contratto, oppure annullarlo con effetto retroattivo, in tutto o in parte, o ancora modificare il contratto o i suoi effetti. Queste leggi modello sono chiaramente indirizzate alla ricerca di un equilibrio tra le violazioni e le circostanze del caso e i possibili rimedi. Questa elasticità nelle conseguenze della violazione, per non precipitare nell'arbitrio del giudizio caso per caso, è assistita da una serie di criteri che devono essere tenuti in considerazione quali, ad esempio: lo scopo della norma violata; la categoria di persone per la cui protezione la norma esiste; qualsiasi altra sanzione imposta in base alla norma violata; la gravità della violazione stessa; se la violazione è stata intenzionale; se una o entrambe le parti sapevano o avrebbero dovuto sapere della violazione; se l'esecuzione del contratto richiede la violazione; le ragionevoli aspettative delle parti; la vicinanza della relazione tra la violazione e il contratto. Traducendo sommariamente questo indirizzo si può affermare che il giudicante ha un più ampio ventaglio di rimedi tra cui scegliere per graduare le conseguenze della violazione, ma questa maggiore apertura non è lasciata a un generale principio di "giustizia o equità", invece è guidata da un dato insieme di criteri conoscibili *ex ante*, volto ad evitare che una maggiore flessibilità nella scelta del rimedio adeguato al caso possa degenerare nell'imprevedibilità degli esiti giudiziali e quindi, in definitiva, nella inconoscibilità della legge¹⁸.

14 Cfr. S. MEIER, "Illegality," in *Commentaries on European Contract Laws*, N. JANSEN and R. ZIMMERMANN (eds.), Oxford, 2018, pp. 1887-1907.

15 UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, art. 3.3.1 (Contracts infringing mandatory rules).

16 Principles of European Contract Law, Ch. 15, *Illegality*, art. 15:102 (Contracts Infringing Mandatory Rules).

17 Draft Common Frame of Reference, art. II.-7:302 (Contracts infringing mandatory rules).

18 Per un approfondimento di questa lezione di dottorato e un ampliamento del tema si consenta il rinvio a R.E. CERCHIA, *Alcune riflessioni in tema di illegal contracts*, in *Annuario di Diritto Comparato e di Studi Legislativi*, 2020, p. 377 ss.; EAD., *A Comparative Viewpoint on Illegal Contracts: In Favor of Flexibility and Proportionality*, in *Global Jurist*, 2021; A. GAMBARO, R.E. CERCHIA, *Le vicende dell'illegality nel mondo delle clausole generali*, in *Il ruolo delle clausole generali in una prospettiva multidisciplinare*, R. SACCHI (a cura di), Milano, 2021, cds.

4. Il “trio of necessary considerations” di Lord Toulson

Un aspetto specifico dell'indagine circa i rimedi riguarda il tema tradizionale della *soluti retentio*, problema su cui la giurisprudenza occidentale si è misurata da secoli e che quindi costituisce un ottimo banco di prova dell'approccio metodologico su cui ci si è brevemente intrattenuti¹⁹.

Come noto, mentre alcuni sistemi ne hanno fatto a meno, altri la hanno adottata²⁰. Nel nostro sistema, l'art. 2035 c.c. it. dispone che chi ha eseguito una prestazione per uno scopo che, anche da parte sua, costituisce offesa al buon costume, non può ripetere quanto ha pagato²¹. I confini perimetrali della categoria dei buoni costumi²² – regole deontologiche, pre-giuridiche e non formalizzate,

19 La *soluti retentio* era attuata già in epoca romana e venne poi recepita dal diritto intermedio durante il quale se ne ampliò l'area di applicazione secondo la massima *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*, vedi P. GALLO, voce *Ripetizione dell'indebito*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ., Aggiornamento*, Torino, 2012, p. 880 ss. Sempre in prospettiva storico comparativa vedi R. ZIMMERMAN, *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*, cit., p. 862 ss.

20 Cfr. A. GAMBARO, *Rule-based approach v. Range of factors approach. Note sui criteri con cui affrontare temi giuridici controversi*, in *Studi in onore di Pasquale Stanzone*, Napoli, 2018, p. 123 ss.; ID., *L'Arbitro Bancario Finanziario e l'exceptio doli*, in *Banca, borsa e tit. di cred.*, 2020, 1, II, p. 157.

21 Sul punto la letteratura è quanto mai vasta. Si consenta quindi un rinvio per i riferimenti bibliografici e approfondimenti a F. FERRARA SR, *Il pagamento ob turpem causam*, in *Studi senesi*, 1912, p. 219; A. TRABUCCHI, voce *Buon costume*, in *Enc. dir.*, V, Milano, 1959, p. 700; P. RESCIGNO, *In pari causa turpitudinis*, in *Riv. dir. civ.*, 1966, I, p. 1 ss.; G.B. FERRI, *Ordine pubblico, buon costume e la teoria del contratto*, Milano, 1970; ID., *Illiceità di convenzioni elettorali*, in *Riv. dir. comm.*, 1972, I, 20; P. PERLINGIERI, *L'incidenza dell'interesse pubblico sulla negoziazione privata*, in *Rass. dir. civ.*, 1986, IV, p. 933; G. VILLA, *Contratto illecito ed irripetibilità della prestazione. Un'analisi economica*, in *Quadrimestre*, 1992, p. 19; e ID., *Contratto e violazione di norme imperative*, cit.; D. CARUSI, *Contratto illecito e «soluti retentio». L'art. 2035 del Codice civile tra vecchie e nuove «Immoralità»*, Napoli, 1995; D. MAFFEIS, *Contratti illeciti o immorali e restituzioni*, Milano, 1999; P. GALLO, voce *Ripetizione dell'indebito. L'arricchimento che deriva da una prestazione altrui*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, XVIII, Torino, 1998, p. 1 ss.; ID., *Arricchimento senza causa e quasi contratti. (I rimedi restitutori)*, in *Trattato di Diritto civile*, diretto da R. Sacco, Torino, 2008; E. BARGELLI, “*Sinallagma rovesciato*” e ripetizione dell'indebito – L'impossibilità della restitutio in integrum nella prassi giurisprudenziale, in *Riv. dir. civ.*, 2008, I, p. 87; A. MANIACI, *Restituzioni e sanzioni civili indirette*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, p. 338 ss.; A. NICOLUSSI, *Le restituzioni de iure condendo*, in *Eur. e dir. priv.*, 2012, p. 783 ss.; L. TULLIO, *Le prestazioni indebite di fare tra nullità e irripetibilità*, Napoli, 2013; G. BARAGGIOLI, *I rimedi restitutori: spunti di riflessione tra problemi etici ed economici*, in *Contr. e impresa*, 2013, pp. 674-687; E. BARGELLI, *Ripetizione d'indebito*, Torino, 2014; F. GIGLIOTTI, *Prestazione contraria al buon costume*, nel *Commentario Schlesinger*, Milano, 2015, sub art. 2035; F.P. PATTI, “*In pari causa turpitudinis*”, cinquant'anni dopo, in *Liber amicorum Pietro Rescigno. In occasione del novantesimo compleanno*, Napoli, 2018, II, p. 1537; F.P. PATTI, *The Denial of Restitution Under Italian Law. A Perspective on Patel v Mirza*, in *European Review of Private Law*, Vol. 26, II, p. 255.

22 Non sorprende che i buoni costumi abbiano ancora un ruolo importante in altre tradizioni. Ad esempio, in Cina, il Codice Civile della Repubblica Popolare Cinese (adottato in occasione della 3ª Sessione del XIII Congresso Nazionale del Popolo della Repubblica Popolare Cinese

intese come insieme dei principi etici condivisi dalla maggioranza della società in un determinato momento²³, in modo tale che un atto contrario ad essi sarebbe percepito dalla maggioranza come immorale e vergognoso²⁴ – sembrano andare restringendosi²⁵ all'ampliarsi delle categorie dei contratti nulli per violazione di norme imperative e di quelli in violazione dell'ordine pubblico²⁶. Questo comporterebbe, come conseguenza, una minore estensione della *soluti retentio* che è così confinata ai contratti contro i buoni costumi²⁷. Non stupisce che anche la giurisprudenza sia apparsa piuttosto riluttante al suo utilizzo²⁸. Tuttavia, da una

il 28 maggio 2020, che entrerà in vigore il 1° gennaio 2021) dedica alcuni articoli ai buoni costumi (in particolare gli artt. 8, 10, 143, 153).

- 23 Cfr. R. SACCO, G. DE NOVA, *Il contratto*, (ed. 4^a), Torino, 2016, p. 1003. Vedi sul tema anche G.B. FERRI, voce *Buon costume* (dir. civ.), in *Enc. giur. Treccani*, V, Roma, 1988, p. 1 ss.; F. MASTROPAOLO, *Appunti sulla nozione di buon costume come limite per l'autonomia privata*, in *Iustitia*, 1995, p. 307 ss.; F. DI MARZIO, *I contratti in generale*, Torino, 2000, p. 247 ss.
- 24 V. ROPPO, *Il contratto*, G. IUDICA, P. ZATTI (a cura di), *Trattato di Diritto Privato*, (ed. 2^a), Milano, 2011, p. 387; G. B. FERRI, *Buon costume*, cit., p. 5.
- 25 Questo per le ragioni, registrate anche nel sistema francese, tra cui quelle legate sia alla società pluralista, che potrebbe esprimere principi etici vari e contraddittori, sia all'inflazione legislativa che ha esteso l'area dei contratti contrari a norme imperative, sia al ruolo svolto dai diritti fondamentali (come la dignità o la solidarietà) nel controllo del contenuto di un contratto, vedi sul punto G. TERLIZZI, *Dal buon costume alla dignità della persona: percorsi di una clausola generale*, Napoli, 2013; EAD., *Buon costume e ordine pubblico (in diritto comparato)*, *Dig. disc. priv., Sez. civ., Aggiornamento*, Torino, 2016, pp. 15-26; P. GALLO, *Introduzione al diritto comparato*, II, *Istituti giuridici*, (ed. 3^a), Torino, 2018, p. 147 ss.
- 26 Nel senso della rilevanza della distinzione cfr. Cass. pen., sez. II, 17 settembre 2010, n. 35352; in tema cfr. Cass. civ., sez. III, 21 aprile 2010, n. 9441, in *Giust. civ.* 2011, I, 186, con nota di A.G. ANNUNZIATA, *La nozione di «buon costume» e applicabilità della soluti retentio ex art. 2035 c.c.*, in *Giur. it.*, 2010, 228, con nota di D. CARUSI, *Mandato illecito, «traffico d'influenza», divieto di ripetizione*, e in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, I, 1155, con nota di S. MASCIANGELO, *La contrarietà al buon costume di contratti illegali o vietati*.
- 27 R. SACCO, G. DE NOVA, *Il Contratto*, cit., p. 1001.
- 28 Nell'ultimo decennio sono poche le pronunce della Corte di Cassazione che hanno applicato la *soluti retentio*. Recentemente se ne segnalano due. La prima, Cass. civ., sez. I, 5 agosto 2020, n. 16706, secondo cui ai fini dell'applicazione della *soluti retentio* prevista dall'art. 2035 c.c., dal momento che le prestazioni contrarie al buon costume non sono soltanto quelle che contrastano con le regole della morale sessuale o della decenza, ma sono anche quelle che non rispondono ai principi e alle esigenze etiche costituenti la morale sociale in un determinato ambiente e in un certo momento storico, si deve ritenere contraria al buon costume, e come tale irripetibile, l'erogazione di somme di denaro in favore di un'impresa già in stato di decozione integrante un vero e proprio finanziamento, che consente all'imprenditore di ritardare la dichiarazione di fallimento, incrementando l'esposizione debitoria dell'impresa, trattandosi di condotta preordinata alla violazione delle regole di correttezza che governano le relazioni di mercato e alla costituzione di fattori di disinvoltata attitudine «predatoria» nei confronti di soggetti economici in dissesto. La seconda, di due anni precedente, Cass. civ. ord., 3 aprile 2018, n. 8169, in *Foro it.*, 2018, I, c. 3238, ha applicato la massima latina *in pari causa turpitudinis melior est condicio possidentis* nel respingere la richiesta di ripetizione della somma di 20.650,84 euro asseritamente versata da un padre a titolo di compenso per la promessa di un posto di lavoro per la figlia in una Banca, presso cui la

parte, il confluire dei buoni costumi nell'ordine pubblico e, dall'altra, il possibile cumulo della contrarietà alla legge imperativa e al buon costume, potrebbero portare ad una lettura che ampli i margini della irripetibilità, il che solleverebbe non poche perplessità, stante il declinare della categoria dei contratti immorali e le note criticità sulla operatività concreta della *soluti retentio*, che sempre ha sollevato dubbi sulla sua capacità di garantire giustizia²⁹.

C'è quindi il bisogno di appoggiarsi a giudici assai avvertiti sul punto e che, a prescindere dalla condivisibilità o meno delle singole decisioni, esplicitino, nelle loro motivazioni, i criteri adottati, senza celarli sotto richiami stereotipi a brocardi latini.

A questo riguardo, la UK *Supreme Court* (UKSC), negli ultimi anni, si è assunta il non facile compito di riordinare la materia della *defence* dell'*illegality*, dettando criteri che, se da un lato lasciano discrezionalità al giudicante, dall'altro lo

controparte aveva sostenuto di avere alcune conoscenze. Nonostante l'asserito pagamento, la figlia non era stata assunta. Sebbene il giudice *primae curae* avesse respinto la richiesta per mancanza di prove, la Corte d'Appello di Napoli, nella riforma della decisione del Tribunale, condannava l'*accipiens* a ripetere la predetta somma al padre in applicazione delle regole sulla restituzione per i pagamenti non dovuti (art. 2033 c.c.), sulla base della contrarietà a norme imperative, e non solo della immoralità della prestazione. L'*accipiens* ricorreva quindi alla Suprema Corte, che si pronunciava invece a favore dell'applicazione della regola della *soluti retentio*, affermando che la fattispecie descritta dalla Corte di merito – consegna di una somma di denaro ai fini di un interessamento (vero o presunto) per l'ottenimento di un posto di lavoro – integra certamente gli estremi di un negozio contrario a norme imperative, e quindi illecito, nonché di un negozio *contra bonos mores*, posto che è contrario al concetto di buon costume comunemente accettato il comportamento di chi paghi del denaro per ottenere in cambio un posto di lavoro (e ciò a prescindere dall'esito, magari anche negativo, della trattativa immorale). La Corte di Cassazione sottolineava che la Corte di Appello territorialmente competente aveva errato nel ritenere che se la condotta, oltre ad essere immorale, è anche illecita per contrarietà all'ordine pubblico, non si applicherebbe il regime dell'art. 2035 c.c. Infatti, secondo la Suprema Corte la contemporanea violazione da parte di una prestazione tanto dell'ordine pubblico quanto del buon costume, attingendo ad un livello di maggiore gravità, deve ricevere il trattamento peggiore previsto per la prestazione che sia (soltanto) immorale. In conclusione, il pagamento non poteva essere inquadrato nell'ipotesi dell'indebito oggettivo, bensì si imponeva l'applicazione dell'art. 2035 c.c., secondo il noto brocardo romanistico per cui *in pari causa turpitudinis melior est condicio possidentis*. Questa pronuncia è in senso opposto rispetto a quella di solo pochi anni precedenti di Cass., sez. pen., 17 settembre 2010, n. 35352, in un caso molto simile, in cui un padre aveva pagato una somma di denaro in cambio di una falsa promessa di assunzione delle figlie da parte di Poste Italiane S.p.A., la Corte di Cassazione si era orientata nel senso di reputare la questione di ordine pubblico e conseguentemente aveva ritenuto trovasse applicazione l'articolo 2033 c.c.

- 29 L'operatività concreta di questa eccezione alla disciplina della ripetizione per la prestazione effettuata in esecuzione del contratto nullo, a prescindere che si leghi la sua *ratio* all'evitare che si possa trarre profitto da attività illecite o all'idea di una pena privata o ancora un'applicazione del principio di auto-responsabilità, lascia perplessi nel momento in cui privilegia un soggetto, *in pari delicto*, che, tra l'altro, è il meno morale dei due, avendo l'altro tenuto fede al principio *pacta sunt servanda*.

guidano attraverso criteri trasparenti. Ma, prima di arrivare ad essi, è necessario ricordare che, nella tradizione di *common law*, con la *doctrine of illegality* si indica una *defence* da usare nel processo civile con cui il convenuto può paralizzare l'azione dell'attore perché quest'ultimo è stato coinvolto in un comportamento illecito che è collegato alla domanda proposta in giudizio. Questa *defence* può trovare applicazione in diverse aree del diritto, dal *tort*, *unjust enrichment*, *property rights*, *trusts*, alla *contract law*. La trasversalità e la moltitudine dei comportamenti e dei casi che possono essere definiti *illegal* hanno sempre reso scivolosa la materia. Anche restringendo il campo d'indagine ai soli *illegal contracts*, ossia i contratti *illegal* o *void* o *unenforceable*³⁰ perché contrari a leggi in senso formale, alla *common law* o alla *public policy*, l'operatività della *defence* non era scevra da critiche per la sua possibile ingiustizia³¹. Infatti, eccependo l'*illegality*, si spogliava *tout court* l'attore dei *remedies* di *common law*³², paralizzandone l'azione per richiedere l'adempimento di un contratto *illegal*, per la ripetizione della prestazione già adempiuta³³ o per il risarcimento dei danni. Il *leading case* della materia è *Holman v Johnson*³⁴ del 1775, in cui Lord Mansfield CJ, in un *obiter dictum*, aveva affermato che nessuna Corte avrebbe prestato il suo aiuto a un uomo che fondasse la sua azione su un contratto immorale o illegale. Queste parole, ripetute di caso in caso, erano così divenute le fondamenta dell'*absolute bar* alle azioni summenzionate. Tuttavia, mentre certe istanze di elasticità per l'*enforceability* degli *illegal contracts* venivano accolte nel corso del tempo, molto più lunga è stata l'attesa per una soluzione più flessibile per l'azione di ripetizione.

L'eccessiva durezza e la potenziale ingiustizia di questo *absolute bar* hanno portato un altro sistema di *common law*, quello neozelandese, già a partire dalla fine degli anni Sessanta dello scorso secolo, a rivedere completamente la disciplina degli *illegal contracts*. Il Parlamento neozelandese, poco dopo la pubblicazione del Report³⁵ sull'*illegality* da parte del *Contracts and Commercial Law Reform*

30 Sulla categoria degli *illegal contracts* si consenta il rinvio a R.E. CERCHIA, *Alcune riflessioni in tema di illegal contracts*, cit., p. 378 ss.

31 Non stupisce infatti che le critiche alla dottrina dell'*illegality* nei sistemi di *common law* non siano una novità. Vedi, ad esempio, J.K. GRODECKI, *In pari delicto potior est conditio defendentis*, in *L.Q. Rev.*, LXXI, 1955, pp. 254-268; M.P. FURMSTON, *The Analysis of Illegal Contracts*, in *University of Toronto Law Journal*, XVI, 2, 1965-1966, pp. 267-309; S. SCHWARTZ, *Law Reform Commission of British Columbia, Report on Illegal Contracts*, 10 Can. Bus. L.J. 83 (1985), 83 ss.

32 Per una breve panoramica in italiano dei *remedies* contro l'inadempimento del contratto nel sistema inglese, si rinvia a R.E. CERCHIA, *Quando il vincolo contrattuale si scioglie. Unicità e pluralità di temi e problemi nella prospettiva europea*, Milano, 2012, p. 83 ss.

33 Osserva Lord Toulson: «Illegality has the potential to provide a defense to civil claims of all sorts, whether relating to contract, property, tort or unjust enrichment, and in a wide variety of circumstances» in *Patel v Mirza* [2016] UKSC 42, al par. 2.

34 *Holman v Johnson* (1775) 1 Cowp 341.

35 La legge del 1970 era stata preceduta dal *Report of The Contracts and Commercial Law Reform Committee on the Law Governing Illegal Contracts* dell'ottobre del 1969.

Committee, aveva promulgato una specifica legge per disciplinare la materia³⁶. Secondo il legislatore neozelandese, nessun approccio basato su una regola rigida avrebbe fornito la flessibilità necessaria per trattare i variegati casi di *contracts tainted with illegality*. Così, l'*Illegal Contracts Act* del 1970, pur prevedendo come regola generale che i contratti illegali non abbiano alcun effetto³⁷, attribuiva poi alle Corti un ampio potere discrezionale per procedere in modo appropriato al caso concreto, accordando «such relief by way of restitution, compensation, variation of the contract, validation of the contract in whole or part or for any particular purpose, or otherwise howsoever as the court in its discretion thinks just»³⁸. La legge lasciava ampia discrezionalità al giudicante per valutare il rimedio più idoneo, dettando alcuni criteri molto generici, come tener conto del comportamento delle parti, in caso di violazione di una legge, dell'oggetto della stessa e della gravità delle sanzioni espressamente stabilite per le violazioni della stessa e, infine, di qualsiasi altro elemento che il giudice ritenesse opportuno. Il tutto seguendo l'esplicita direttiva che il rimedio scelto non fosse contrario all'interesse pubblico³⁹. La legge del 1970 è stata abrogata e sostituita dal *Contract and Commercial Law Act* (CCLA) del 2017⁴⁰, che è in linea di assoluta continuità con la precedente, e sostanzialmente ne riproduce il contenuto⁴¹.

Tornando all'esperienza inglese, e dovendo trarre una storia breve da una lunga, si può ricordare che, già dagli anni 80 e 90 del secolo scorso, la *case law* aveva respinto l'applicazione dell'*illegality defence* nella sua forma più dura⁴², e aveva iniziato ad applicare la *rule* secondo cui le Corti si sarebbero rifiutate di assistere l'attore, *in pari delicto*, nella sua azione, solo nel caso in cui ciò fosse stato «an affront to the public conscience»⁴³. Questo criterio, considerato da molti troppo

36 Vedi, in generale, R.A. BUCKLEY, *Illegality and Public Policy*, 4^a ed., UK, 2017, p. 305 ss.; J. FINN, S. TODD, M. BARBER, *Burrows, Finn and Todd on the Law of Contract in New Zealand*, 6^a ed., Wellington, 2018, p. 467 ss.; A. BECK, *Illegality and the Courts' Discretion: The New Zealand Illegal Contracts Act in Action*, in NZULR, XIII, 1989, p. 389; C. O'FEE, *Patel v Mirza and the Future of the Illegality Doctrine in New Zealand* (October 29, 2019). Victoria University of Wellington Legal Research Paper, Student/Alumni Paper No. 27/2019.

37 Illegal Contracts Act 1970, Section 6 (1).

38 Ivi, Section 7(3).

39 Ivi, Section 7(4).

40 Vedi *Contract and Commercial Law Act* 2017 [CCLA], Subpart 5 — *Illegal contracts*.

Sull'incidenza dell'*Accident Compensation Act* 2001, anche in tema di *illegality*, vedi O'FEE, *op. cit.*

41 J. FINN, S. TODD, M. BARBER, *Burrows, Finn and Todd on the Law of Contract in New Zealand*, cit., p. 467.

42 La regola generale che non consentiva di agire per *restitution* o *unjust enrichment* ha sempre avuto delle eccezioni. Le più note sono quando colui che agiva non era *in pari delicto* o quando il creditore si era ritirato dalla transazione durante il *locus poenitentiae* (uno spazio o un tempo per il pentimento). Vedi A.S. BURROWS, E. MCKENDRICK, J. EDELMAN, *Cases and Materials on the Law of Restitution*, 2^a ed., Oxford, 2005, p. 597.

43 Vedi le sentenze della Corte di Appello del caso *Tinsley v Milligan* [1992] Ch. 310 e *Euro-Diam Ltd v Bathurst* [1990] 1 QB 1 (CA).

vago, venne infine respinto dalla House of Lords nel caso *Tinsley v Milligan*⁴⁴, in cui la maggioranza della Corte optò il c.d. “reliance test” secondo cui «a party to an illegality can recover by virtue of a legal or equitable property interest if, but only if, he can establish his title without relying on his own illegality»⁴⁵. Lord Goff, nella sua *opinion*⁴⁶, suggerì che, se ci doveva essere un cambiamento di approccio nel trattamento dell’*illegality*, esso doveva essere proposto per via legislativa solo dopo una disamina da parte della *Law Commission*. Quest’ultima accolse l’invito pubblicando, negli anni a seguire, una serie di *consultation papers* e *reports*⁴⁷. Anche il c.d. “reliance test” venne criticato per l’arbitrarietà, per la potenziale ingiustizia e incertezza, e, soprattutto, perché si basava su questioni procedurali, piuttosto che sulle scelte di *policy* alla base della dottrina dell’*illegality*. In generale, si può affermare che la critica alla *defence* non era che le regole in vigore fossero prive di principi, ma, piuttosto, che fossero indiscriminate nel loro effetto, e quindi capaci di produrre ingiustizia⁴⁸.

L’occasione, per la UKSC, per riordinare la materia, si è presentata, nel 2016, con il caso *Patel v Mirza*⁴⁹ (d’ora innanzi, per brevità, *Patel*), con cui la Corte ha potuto definitivamente riscrivere questa pagina del diritto inglese con quella che è stata definita come una delle più significative sentenze degli ultimi anni in materia di diritto privato⁵⁰. I fatti del caso sono abbastanza semplici: *Patel* aveva pagato la somma di 620.000 sterline a *Mirza*. Il pagamento era stato effettuato sulla base dell’accordo che *Mirza* avrebbe utilizzato tale importo per speculare sul prezzo di alcune azioni, utilizzando informazioni privilegiate che quest’ultimo si aspettava di ottenere da alcuni suoi contatti. L’accordo tra i due uomini era un contratto per commettere un reato e una *criminal conspiracy* (l’*insider trading* è, infatti, contrario al par. 52 del *Criminal Justice Act* 1993). L’aspettativa del signor *Mirza* si era però rivelata errata e l’operazione speculativa non aveva avuto luogo. Nonostante le promesse, *Mirza* non aveva restituito il denaro a *Patel*, divenuto così attore nella richiesta di restituzione che gli fu accordata dalla Corte di Appello. *Mirza* si appellò quindi alla Corte Suprema dove i nove giudici all’unanimità si pronunciarono per il rigetto.

Sebbene l’UKSC sia stata unanime nel risultato, il ragionamento su cui è stata fondata la decisione ha diviso la Corte. La maggioranza era a favore di un

44 [1993] UKHL 3, [1994] 1 A.C. 340.

45 Ivi, Lord Browne-Wilkinson al 375.

46 Ivi, Lord Goff of Chieveley al 364.

47 Tra questi si veda almeno il *report* conclusivo: THE LAW COMMISSION, *The Illegality Defence*, Final Report No 320, 2010.

48 *Supra* nota 44.

49 [2016] UKSC 42.

50 S. GREEN, A. BOGG (eds.), *Illegality after Patel v Mirza*, cit., p. 2.

approccio basato su un *range of factors*⁵¹, mentre la minoranza ne avrebbe preferito uno basato su una regola⁵².

La maggioranza ha scelto un approccio “flessibile” costruito su una serie di criteri, ora conosciuto come il c.d. “trio of necessary considerations” di Lord Toulson⁵³. Quest’ultimo ha chiarito che, fondamentalmente, la *ratio* della *doctrine of illegality* è che sarebbe contrario all’interesse pubblico far valere una pretesa se ciò fosse dannoso per l’integrità dell’ordinamento giuridico (o, eventualmente, per alcuni aspetti della morale pubblica, i cui confini non sono mai stati del tutto chiariti e che, in questo caso, non vengono presi in considerazione). Inoltre, ha specificato che per valutare se l’interesse pubblico venisse danneggiato, sarebbe necessario: «(a) to consider the underlying purpose of the prohibition which has been transgressed and whether that purpose will be enhanced by denial of the claim, (b) to consider any other relevant public policy on which the denial of the claim may have an impact and (c) to consider whether denial of the claim would be a proportionate response to the illegality, bearing in mind that punishment is a matter for the criminal courts»⁵⁴.

Lord Toulson ha messo in luce come, in tale contesto, vari criteri possano essere rilevanti e ha aggiunto altresì che sarebbe un errore suggerire al giudice di decidere un caso in modo arbitrario. Ha inoltre aggiunto che: «The public interest is best served by a principled and transparent assessment of the considerations identified, rather by than the application of a formal approach capable of producing results which may appear arbitrary, unjust or disproportionate»⁵⁵.

Questa decisione segue un approccio flessibile ed elastico, rendendo noti i criteri che guidano le scelte aggiudicative ed evitando così critiche di eccessiva imprevedibilità o incertezza dell’esito aggiudicativo.

51 Palese sull’approccio prescelto dalla UKSC è l’influenza del lavoro di A. BURROWS, *A Restatement of the English Law of Contract*, Oxford, 2016, p. 229 ss.

52 *Ex multis* vedi A. GAMBARO, *Rule-based approach vs. Range of factors approach*, cit.; A. BURROWS, *Illegality after Patel v Mirza*, *Current Legal Problems*, LXX, 1, 2017, pp. 55-71; ID., *A New Dawn for the Law of Illegality* in S. GREEN, A. BOGG (eds.), *Illegality after Patel v Mirza*, cit., p. 23; J. GOUDKAMP, *The end of an era? Illegality in private law in the Supreme Court*, in *L.Q. Rev.*, CXXXIII, 2017, pp. 14-20; A. GRABINER, *Illegality and Restitution Explained by the Supreme Court*, in *Cambridge L.J.*, LXXVI, 1, 2017, p. 18; E. LIM, *Ex Turpi Causa: Reformation Not Revolution*, in *Mod. L. Rev.*, LXXX, 5, 2017, p. 927. Vedi anche F.P. PATTI, *The Denial of Restitution Under Italian Law*, in *European Review of Private Law*, LVI, 2018, p. 255, che analizza il caso dalla prospettiva italiana.

53 Alcune parti della discussione sono adattate da R.E. CERCHIA, *Alcune riflessioni in tema di illegal contracts*, cit.; EAD., *A Comparative Viewpoint on Illegal Contracts: In Favor of Flexibility and Proportionality*, cit.

54 [2016] UKSC 42, par. 120.

55 *Ibidem*.

5. Stoffel & Co v Grondona

La UK *Supreme Court* non si è sottratta al suo ruolo di guida dello sviluppo del *common law* e, recentemente, ha avuto modo di tornare sulla messa in opera del “trio of necessary considerations” di Patel, in contesti alquanto diversi, con due pronunce, entrambe emesse in data 30 ottobre 2020.

Più interessante il primo caso, *Stoffel & Co v Grondona*⁵⁶ (d’ora innanzi, per brevità, Stoffel), nel quale uno studio legale, Stoffel & Co, ha provato ad utilizzare la *defence* dell’*illegality* per sottrarsi alla propria responsabilità nei confronti di una loro cliente, la signora Grondona, per la colpevole mancata registrazione dei documenti che effettuavano un passaggio di proprietà. L’*illegality* era legata al fatto che il trasferimento della proprietà facesse parte di una più complessa truffa ordita dalla loro cliente e da altri per ottenere un mutuo ipotecario. Il passaggio di proprietà non serviva a perfezionare la truffa che si era realizzata grazie a mendaci dichiarazioni rese dalla signora Grondona.

Al tempo del giudizio di primo grado, il giudice aveva seguito il summenzionato *reliance principle* del caso *Tinsley v Milligan*⁵⁷ e, dal momento che l’attrice non doveva basarsi sull’*illegality* per fondare le proprie richieste, questi aveva ritenuto che la difesa della *ex turpi causa* non fosse applicabile. Poco dopo la sentenza di primo grado, la UKSC si era pronunciata sul caso Patel, quindi, nel giudizio davanti alla *Court of Appeal*, lo studio legale Stoffel, tra gli altri motivi, aveva affermato che il precedente di Tinsley era stato scavalcato da Patel e, proprio in applicazione di quest’ultimo, l’appellante riteneva che la signora Grondona non avesse diritto ad agire. La *Court of Appeal*, applicando i criteri articolati da Lord Toulson in Patel, riteneva che non vi fosse alcuna ragione per discostarsi dalla conclusione del giudice di primo grado, secondo cui la signora Grondona poteva agire in giudizio per richiedere il risarcimento dei danni sofferti. In particolare, la Corte di Appello, nell’applicare il “trio of necessary considerations”, metteva in luce, relativamente al primo criterio di Patel: (a), che le truffe relative ai mutui ipotecari sono un danno per la società e che sia estremamente importante che coloro che li richiedono non siano autorizzati dalla legge ad abusare del sistema. Tuttavia, la Corte sottolinea che non si percepisce alcun interesse pubblico a permettere agli avvocati che si occupano dei trasferimenti di proprietà (o, in termini finanziari, ai loro assicuratori), che non sono parte della truffa e nulla ne fanno, di sfuggire ai loro obblighi professionali semplicemente a causa del fatto che i clienti per i quali agiscono hanno fornito dichiarazioni false per ottenere un mutuo. Al contrario, argomenta la Corte di Appello, sembra che ci siano più probabilità che si evitino truffe di tal fatta se gli avvocati capiscono che devono essere vigili e stare attenti a potenziali irregolarità. Inoltre, continua la Corte, l’idea

⁵⁶ [2020] UKSC 42.

⁵⁷ Vedi *supra* nota 44.

che non permettere la richiesta di risarcimenti, come quello promosso dalla signora Grondona, gioverebbe alla lotta contro questo tipo di reati, sarebbe perlomeno discutibile⁵⁸. Guardando al secondo criterio di Patel (b), la Corte di Appello afferma che esiste un autentico interesse pubblico a garantire che i clienti che si avvalgono dei servizi degli avvocati abbiano il diritto di agire per le negligenze di questi ultimi, in circostanze in cui il cliente non cerchi di trarre profitto dalla sua truffa, ma semplicemente di ottenere che la garanzia del creditore sia adeguatamente protetta dalla registrazione⁵⁹. Infine, per quanto riguarda l'ultimo criterio (c), la Corte di secondo grado ritiene che sarebbe del tutto sproporzionato negare la richiesta della signora Grondona⁶⁰. A fronte di questa sentenza, lo studio legale Stoffel & Co ricorre alla UKSC perché ritiene, tra l'altro, che la Corte di Appello abbia errato nell'applicare le “*Patel v Mirza* guidelines”. La UKSC⁶¹ ne respinge all'unanimità il ricorso e stabilisce che l'azione della signora Grondona non sia preclusa dalla *defence* della *illegality*, avallando le motivazioni della Corte di Appello. La UKSC, dopo aver richiamato la *ratio* di Patel, ha evidenziato che la messa in opera del “trio of necessary considerations” non deve essere un processo meccanico. Questi criteri sono infatti rilevanti per determinare se permettere una azione “macchiata” dall'*illegality* danneggerebbe l'integralità del sistema giuridico permettendo delle contraddizioni. La UKSC afferma che, relativamente alle *considerations* (a) e (b), la Corte deve identificare le *policy considerations* ad un livello relativamente alto di generalità prima di prendere in considerazione la loro applicazione alla fattispecie concreta. La domanda essenziale è se accettare l'azione che è in qualche modo viziata dall'*illegality*, nuocerebbe all'integrità del sistema giuridico. La risposta dipenderà dal fatto che essa sia o meno in contrasto con le *policies* che il sistema giuridico persegue o, se ci sono *policies* in contrapposizione, da dove si trova l'equilibrio. Mentre la proporzionalità del criterio (c), invece, richiede la disamina attenta del caso concreto. Quest'ultima fase non è sempre necessaria. Infatti, se il giudice, dopo aver esaminato le *policy considerations* nelle fasi (a)⁶² e (b)⁶³, stabilisce che l'azione non deve essere preclusa

58 [2018] EWCA Civ. 2031, al 37.

59 Ivi, al 38.

60 Ivi, al 39.

61 [2020] UKSC 42.

62 Lord Lloyd-Jones, estensore della sentenza, al 27/31, osserva che la signora Grondona è coinvolta in una truffa relativa a mutui ipotecari, che è un grave reato. Tuttavia, respingere la sua azione contro lo studio legale non rafforzerebbe lo scopo di fondo del divieto di questo tipo di truffe. È infatti improbabile che i truffatori siano scoraggiati dal rischio di rimanere senza un rimedio civile se i loro avvocati si dimostrano negligenti. Mentre consentire la azione aumenterebbe la protezione che la legge fornisce ai creditori ipotecari e ad altri membri del pubblico, che è un ulteriore scopo di fondo del divieto di truffa ipotecaria.

63 Lord Lloyd-Jones, al 32/35, afferma che respingere l'azione della signora Grondona sarebbe in contrasto con diverse importanti *public policy*. In particolare, risulterebbe contrario sia alla *policy* secondo cui gli avvocati devono adempiere in modo diligente i loro mandati sia a quella

dalla *defence* dell'*illegality*, non è necessario valutare la proporzionalità perché non c'è il rischio di un danno sproporzionato⁶⁴. Se, invece, un bilanciamento delle *policy considerations* suggerisce di respingere l'azione, allora sarà necessario considerare il criterio della proporzionalità⁶⁵.

6. Ecila Henderson v Dorset Healthcare University NHS Foundation Trust

Il medesimo giorno è stata pubblicata anche un'altra sentenza sulla *illegality defence*, *Ecila Henderson v Dorset Healthcare University NHS Foundation Trust*⁶⁶. Il caso si inserisce in un contesto giuridico totalmente diverso, tuttavia merita un brevissimo cenno. I fatti di causa sono piuttosto semplici. La signora Henderson, malata di schizofrenia paranoica, mentre era in cura sotto la responsabilità della Dorset Healthcare, aveva pugnalato a morte sua madre durante un grave episodio psicotico e per questo era poi stata condannata per omicidio colposo. L'attrice aveva agito contro la Dorset Healthcare per farsi risarcire di una serie di danni legati all'omicidio e alla seguente condanna penale. La convenuta, pur avendo ammesso la propria responsabilità per non aver ricoverato l'attrice quando le sue condizioni psichiatriche erano peggiorate, evitando così il tragico omicidio, eccepiva la *defence* dell'*illegality* per opporsi alla richiesta di risarcimento secondo il precedente della House of Lords *Gray v Thames Trains Ltd*⁶⁷ (d'ora innanzi, per brevità, Gray), un caso del tutto analogo. Sia la *High Court* che la Corte d'Appello avevano in effetti ritenuto che il caso Gray fosse vincolante. La signora Henderson ricorreva alla UKSC, chiedendo sia un *distinguishing* rispetto a Gray, sia reputando che quel precedente potesse essere stato scavalcato da *Patel v Mirza* e, in caso contrario, chiedeva di appurare se tutte le voci di danno richieste fossero inesigibili. La UKSC, con l'arresto del 30 ottobre 2020, ha respinto all'unanimità il ricorso della signora Henderson e ha dichiarato che la sua azione era preclusa dalla

che impone che chi subisce un danno per colpa degli avvocati deve essere risarcito. Inoltre, negare l'azione risulterebbe anche in contrasto con il fatto che la legge riconosce un *equitable property right* alla signora Grondona.

64 Lord Lloyd-Jones, infine, afferma che non sarebbe necessario considerare il terzo criterio, quello della proporzionalità, ma dichiara di volerlo fare lo stesso, concludendo che non sarebbe proporzionato respingere la domanda della signora Grondona perché è concettualmente separata dalla truffa. Accordare la richiesta di risarcimento della signora Grondona non le permetterebbe di trarre profitto dalla truffa e, comunque, dopo *Patel v Mirza*, l'attenzione della Corte deve focalizzarsi sulla necessità di evitare contraddizioni che possano danneggiare l'integrità del sistema giuridico e non sulla questione che chi agisce possa trarre profitto dall'*illegality*, che rimane rilevante ma non è più il vero *focus*.

65 [2020] UKSC 42, al 26.

66 [2020] UKSC 43.

67 [2009] UKHL 33.

illegality. Senza scendere nel dettaglio della motivazione, la UKSC afferma che non ci sia spazio per un *distinguishing* rispetto a Gray, sempre valido e vincolante, non essendo questo in contrasto con Patel, e aggiunge che i criteri di quest'ultimo sono, in generale, una guida per i casi di *illegality* nel diritto privato⁶⁸. Per quanto riguarda i tre criteri indicati in Patel, la UKSC conferma che essi dovrebbero, di norma, poter essere affrontati a un livello di generalità che non renda necessarie le prove e che essi comportano un bilanciamento tra le *policy considerations* che emergono in a) e b), e che il criterio c) si riferisce alla proporzionalità e alle circostanze del caso, piuttosto che a *policy considerations* generali⁶⁹. Sul punto, quando le *policy considerations* sono fermamente contro il rigetto della domanda, non sarà necessario considerare la fase (c) e la relativa proporzionalità⁷⁰, che, del caso, andrebbe valutata tenendo conto della centralità e della vicinanza del legame causale tra l'illegalità e la domanda⁷¹. La UKSC aggiunge che è opportuno dare grande peso alla *policy consideration* che una persona non dovrebbe trarre profitto dal proprio illecito e che la legge dovrebbe essere coerente⁷².

7. Conclusioni

Le diverse angolazioni con cui si sono guardati gli *illegal contracts* hanno messo in luce che la complessità della materia non consente soluzioni semplici e regole rigide con cui disciplinarla.

La risposta a questa spinosa tematica si può scorgere nella duttilità dei rimedi che, tuttavia, per essere maneggiata, richiede una discrezionalità per trovare un equilibrio tra le violazioni, le circostanze del caso e i relativi rimedi. Tutta la ragionevole prevedibilità della decisione giuridica rivendica che quest'approccio plastico sia accompagnato da criteri trasparenti e intellegibili che guidino il decisore e siano conoscibili *ex ante*. Le moderne leggi-modello in materia di contratti che violano le *mandatory rules* seguono questa impostazione.

In generale, formulazioni normative che si affidano alla discrezionalità del giudicante hanno bisogno di appoggiarsi a giudici assai avvertiti, che concretizzino ulteriormente tali linee guida in criteri atti a guidare le corti e che siano poi da queste seguiti, così da assicurare esiti giurisprudenziali prevedibili.

In tema di effetti di *illegal contracts*, il sistema inglese sembra un'ottima cartina tornasole. Nel corso del tempo, infatti, la durezza della *defence* basata sull'*illegality* è stata attenuata, ma la mancanza di criteri chiari aveva creato non poca incertezza sugli esiti giudiziali. La UKSC, che ha al suo arco l'esperienza affinata nel corso

⁶⁸ Ivi al 77.

⁶⁹ Ivi al 116 ss.

⁷⁰ Ivi al 123.

⁷¹ Ivi al 124.

⁷² Ivi al 121-122.

dei secoli da giudici che considerano la giurisprudenza fonte del diritto e che tengono in massima cura i precedenti, da cui si sentono in linea di massima vincolati, sembra aver vinto la sfida, che ancora impegna, con esiti più incerti, altri sistemi giuridici maggiormente restii a svelare i criteri delle proprie scelte.

Notizie sugli autori

CRISTINA AMATO

Professoressa ordinaria di diritto privato comparato, Università degli Studi di Brescia.

ALBINA CANDIAN

Professoressa ordinaria di diritto privato comparato, Università degli Studi di Milano.

ROSSELLA ESTHER CERCHIA

Professoressa ordinaria di diritto privato comparato, Università degli Studi di Milano.

ANTONIO GAMBARO

Professore emerito dell'Università degli Studi di Milano, Accademico dei Lincei.

SABRINA LANNI

Professoressa associata di diritto privato comparato, Università degli Studi di Milano.

CARLO MARCHETTI

Professore ordinario di diritto privato comparato, Università degli Studi di Milano.

CARLO MASIERI

Assegnista di ricerca, Università degli Studi di Milano.

SANTA NITTI

Ricercatrice di diritto privato comparato, Università degli Studi di Milano.

NAIARA POSENATO

Ricercatrice di diritto privato comparato, Università degli Studi di Milano.

GIULIA TERRANOVA

Dottoressa di ricerca, professoressa a contratto presso l'Università degli Studi di Milano.

BARBARA VARI

Ricercatrice di diritto privato comparato, Università degli Studi di Milano.

LYDIA VELLISCIG

Ricercatrice t.d. di diritto privato comparato, Scuola Universitaria Superiore IUSS-Pavia.

Percorsi di diritto comparato

L'opera collettanea *Percorsi di diritto comparato* prende le mosse dagli interventi tenuti nel 2020 nell'ambito del corso del Curriculum di Diritto Comparato della Scuola di Dottorato di Diritto Comparato, Privato, Processuale Civile e dell'Impresa dell'Università degli Studi di Milano. Il volume si compone di dodici saggi che vogliono offrire uno spaccato di alcuni dei temi che animano le riflessioni giuscomparatistiche, affrontando questioni di grande attualità nel dibattito dottrinale nazionale ed internazionale.

In copertina: *Scie*, di Nicolò Lamberti ©

ISBN 979-12-80325-21-1 (print)
ISBN 979-12-80325-24-2 (PDF)
ISBN 979-12-80325-26-6 (EPUB)
DOI 10.13130/milanoup.49