

i Contratti

Mensile di dottrina, giurisprudenza
e pratiche contrattuali

ANNO XX - Direzione e redazione - Strada 1 Palazzo F6 - 20090 Milanofiori Assago (MI)

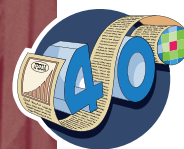
5 2012

www.ipsoa.it/icontratti

**Squilibrio contrattuale
e tecniche rimediali
tra diritto privato e del lavoro**

**Upfront e Mark to market
nelle operazioni in derivati**

**Struttura e qualificazione
del *Project financing***



Ipsoa,
una tradizione
di innovazione.
Da 40 anni.

DIREZIONE SCIENTIFICA

Umberto Breccia
Ugo Carnevali
Giovanni D'Amico
Francesco Macario
Claudio Scognamiglio

COMITATO DI REDAZIONE

Christian Romeo



IPSOA

Gruppo Wolters Kluwer





CAMERA DI
COMMERCIO
MILANO



CAMERA di COMMERCIO
MONZA BRIANZA

CONTI CORRENTI SENZA SORPRESE

convegno

Venerdì

18 maggio 2012

Sala Consiglio, Palazzo Turati
Via Meravigli, 9/B Milano

Analisi e trasparenza dei contratti di conto corrente bancario e dei servizi di incasso e pagamento alla luce della normativa in materia di clausole vessatorie

La Camera di Commercio di Milano, nell'ambito delle funzioni di regolazione del mercato ex art. 2, c. 2, lett. i), Legge n. 580/93, al fine di garantire una maggiore trasparenza ed equità contrattuale nel settore bancario, ha proceduto alla verifica della presenza di clausole vessatorie nelle condizioni generali di contratto dei contratti di conto corrente bancario e servizi di incasso e pagamento. Al termine dei lavori è stato redatto un Parere.

Il convegno è l'occasione per la presentazione del Parere e per fare il punto sulla trasparenza e chiarezza delle condizioni contrattuali dei conto correnti bancari.

PROGRAMMA

► ore 09:00 - *Registrazione partecipanti*

► ore 09:30 - *Apertura e saluti*

Sono stati invitati ad intervenire:

Luigi Molinari, Membro del Consiglio della Camera di Commercio di Milano;

Alberto Sportoletti, Membro di Giunta della Camera di Commercio di Monza e Brianza;

Angelo Dolmetta, Prof. di Diritto Bancario e Finanziario - Università Cattolica di Milano;

Giorgio De Nova, Prof. di Diritto Civile - Università degli Studi di Milano;

Paolo Giuggioli, Presidente Ordine Avvocati di Milano;

Tommaso Di Buono, Adiconsum Milano;

Rappresentante* ABI;

Alessandro Rivera, - Capo Direzione Sistema Bancario e Finanziario - Affari Legali- Dipartimento del Tesoro - Ministero dell'Economia e delle Finanze

► *Tavola rotonda*

Ai partecipanti sarà distribuita copia del Parere

Partecipazione gratuita

*Chiesto l'accredito al Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Milano
per il rilascio dei crediti formativi*

Per informazioni: tel. 02.85155601 E.mail: regolazione.mercato@mi.camcom.it

**In attesa di conferma*

SOMMARIO

GIURISPRUDENZA

Contratti del consumatore	L'INDEROGABILITÀ RELATIVA DEL FORO DEL CONSUMATORE <i>Cassazione civile, sez. VI, 8 febbraio 2012, n. 1875</i>	337
	Il commento di <i>Maria Cecilia Paglietti</i>	341
Intermediazione finanziaria	UP FRONTE MARK TO MARKET NELLE OPERAZIONI IN DERIVATI <i>Tribunale di Terni, Sez. pen., ord. 8 febbraio 2012</i>	349
	Il commento di <i>Manuela Ruggi e Giuseppe Settanni</i>	351
Assicurazione	LE POLIZZE LINKED COME PRODOTTI FINANZIARI E LA FORMA SCRITTA DEL CONTRATTO <i>Giudice di Pace di Palermo, 25 gennaio 2012</i>	357
	Il commento di <i>Valerio Sangiovanni</i>	358
Requisiti del contratto	COMUNICAZIONE DELL'ACCETTAZIONE E CONCLUSIONE DEL CONTRATTO <i>Cassazione civile, Sez. II, 12 luglio 2011, n. 15293</i>	369
	Il commento di <i>Diego Schiesaro</i>	371
Contratto di prestazione d'opera	VARIANTI OPERATIVE DELLA BUONA FEDE NELLA DETERMINAZIONE DEL COMPENSO DELL'AVVOCATO <i>Tribunale di Brindisi, Sez. dist. Ostuni, 20 maggio 2011</i>	381
	Il commento di <i>Ivan Libero Nocera</i>	383
	OSSERVATORIO DI LEGITTIMITÀ a cura di <i>Francesco Macario</i> con la collaborazione di <i>Giulia Orefice e Francesco Paolo Patti</i>	393
	OSSERVATORIO DI MERITO a cura di <i>Vito Amendolagine</i>	397

ARGOMENTI

Lavoro	SQUILIBRIO CONTRATTUALE E TECNICHE RIMEDIALI TRA DIRITTO PRIVATO E DIRITTO DEL LAVORO di <i>Ugo Salanitro</i>	403
	Contratti con la Pubblica amministrazione	STRUTTURA E QUALIFICAZIONE DEL <i>PROJECT FINANCING</i> di <i>Samuele Tomasi</i>

CONTRATTI E UNIONE EUROPEA

OSSERVATORIO COMUNITARIO a cura di <i>Irene Picciano, Studio legale De Berti, Jacchia, Franchini, Forlani - Bruxelles</i>	431
--	------------

INDICI

AUTORI	437
CRONOLOGICO	437
ANALITICO	437

COMITATO PER LA VALUTAZIONE

Giuseppe Amadio, Angelo Barba, Giuseppe Conte, Donato Carusi, Vincenzo Cuffaro, Giovanni Di Rosa, Angelo Federico, Aurelio Gentili, Michele Lobbuono, Marisaria Maugeri, Salvatore Monticelli, Andrea Mora, Emanuela Navarretta, Fabio Padovini, Salvatore Patti, Stefano Pagliantini, Ugo Salanito, Pietro Sirena, Michele Tamponi, Chiara Tenella

i Contratti

Mensile di dottrina, giurisprudenza
e pratiche contrattuali

EDITRICE

Wolters Kluwer Italia s.r.l.
Strada 1, Palazzo F6
20090 Milanofiori Assago (MI)

INDIRIZZO INTERNET

<http://www.ipsoa.it/contratti>

DIRETTORE RESPONSABILE

Giulietta Lemmi

REDAZIONE

Isabella Viscardi, Ines Attorresi, Veronica Lodato,
Ermanno Pagella

FOTOCOMPOSIZIONE

Sinergie Grafiche s.r.l.
20089 Rozzano (MI)-Via Pavese, 1/3
Tel. 02/57789422

REALIZZAZIONE GRAFICA

Wolters Kluwer Italia s.r.l.
L'elaborazione dei testi, anche se curata con
scrupolosa attenzione, non può comportare specifiche
responsabilità per eventuali errori o inesattezze.

PUBBLICITÀ

db Consulting s.r.l.
EVENTS & ADVERTISING

db Consulting srl Events & Advertising
via Leopoldo Gasparotto 168
21100 Varese
tel. 0332/282160 - fax 0332/282483
e-mail: info@db-consult.it
www.db-consult.it

STAMPA

GECA s.p.a. - Via Magellano, 11
20090 Cesano Boscone (MI)
Autorizzazione del Tribunale di Milano n. 33
del 30 gennaio 1993
Tariffa R.O.C.: Poste Italiane Spa - Spedizione in abbona-

Per informazioni in merito
a contributi, articoli ed argomenti trattati
scrivere o telefonare a:

Casella Postale 12055 - 20120 Milano
telefono (02) 82476.806 - telefax (02) 82476.055
e-mail: redazione.icontratti.ipsoa@wki.it

mento Postale - D.L. 353/2003 (conv. in L. 27/2004 n.
46) art. 1, comma 1, DCB Milano
Iscritta nel Registro Nazionale della Stampa
con il n. 3353 vol. 34 Foglio 417 in data 31 luglio 1991
Iscrizione al R.O.C. n. 1702

ABBONAMENTI

Gli abbonamenti hanno durata annuale, solare: gennaiodicebre; rolling: 12 mesi dalla data di sottoscrizione, e si intendono rinnovati, in assenza di disdetta da comunicarsi entro 60 gg. prima della data di scadenza a mezzo raccomandata A.R. da inviare a Wolters Kluwer Italia S.r.l. Strada 1 Pal. F6 Milanofiori 20090 Assago (MI).
Servizio Clienti: tel. 02/824761 -
e-mail: servizioclienti.ipsoa@wki.it - www.ipsoa.it/servizioclienti.it
Compresa nel prezzo dell'abbonamento l'estensione on line della rivista, consultabile all'indirizzo <http://www.ipsoa.it/contratti>

ITALIA

Abbonamento annuale: € 235,00 (11 numeri)

ESTERO

Abbonamento annuale: € 470,00 (11 numeri)

MAGISTRATI e UDITORI GIUDIZIARI - sconto del 30% sull'acquisto dell'abbonamento annuale alla rivista, applicabile rivolgendosi alle Agenzie Ipsoa di zona (www.ipsoa.it/agenzie) o inviando l'ordine via posta a Wolters Kluwer Italia s.r.l., Strada 1 Pal. F6, 20090 Milanofiori Assago (MI) o via fax al n. 02-82476403 o rivolgendosi al Servizio Informazioni Commerciali al n. 02-82476794.

Nell'ordine di acquisto i magistrati dovranno allegare fotocopia del proprio tesserino identificativo attestante l'appartenenza alla magistratura e dichiarare di essere iscritti all'**Associazione Nazionale Magistrati**.

MODALITÀ DI PAGAMENTO

Versare l'importo sul C/C/P n. 583203 intestato a WKI s.r.l. Gestione incassi - Strada 1, Palazzo F6, Milanofiori

Per informazioni su gestione abbonamenti, numeri arretrati, cambi d'indirizzo, ecc. scrivere o telefonare a:

IPSOA Servizio Clienti
Casella postale 12055 - 20120 Milano
telefono (02) 824761 - telefax (02) 82476.799
Servizio risposta automatica: telefono (02) 82476.999

oppure

Inviare assegno bancario/circolare non trasferibile intestato a Wolters Kluwer Italia s.r.l. Indicare nella causale del versamento il titolo della rivista e l'anno di abbonamento
Prezzo copia: € 23,00
Arretrati: prezzo dell'anno in corso all'atto della richiesta

Sono disponibili le annate arretrate rilegate al prezzo di € 230,00

DISTRIBUZIONE

Vendita esclusiva per abbonamento

Il corrispettivo per l'abbonamento a questo periodico è comprensivo dell'IVA assolta dall'editore ai sensi e per gli effetti del combinato disposto dell'art. 74 del D.P.R. 26/10/1972, n. 633 e del D.M. 29/12/1989 e successive modificazioni e integrazioni.

Egregio Abbonato,

ai sensi dell'art. 13 del D.Lgs. 30 giugno 2003 n. 196.
La informiamo che i Suoi dati personali sono registrati su database elettronici di proprietà di Wolters Kluwer Italia S.r.l., con sede legale in Assago Milanofiori Strada 1-Palazzo F6, 20090 Assago (MI), titolare del trattamento e sono trattati da quest'ultima tramite propri incaricati. Wolters Kluwer Italia S.r.l. utilizzerà i dati che La riguardano per finalità amministrative e contabili. I Suoi recapiti postali e il Suo indirizzo di posta elettronica saranno utilizzabili, ai sensi dell'art. 130, comma 4, del D.Lgs. n. 196/2003, anche a fini di vendita diretta di prodotti o servizi analoghi a quelli oggetto della presente vendita. Lei potrà in ogni momento esercitare i diritti di cui all'art. 7 del D.Lgs. n. 196/2003, fra cui il diritto di accedere ai Suoi dati e ottenerne l'aggiornamento o la cancellazione per violazione di legge, di opporsi al trattamento dei Suoi dati ai fini di invio di materiale pubblicitario, vendita diretta e comunicazioni commerciali e di richiedere l'elenco aggiornato dei responsabili del trattamento, mediante comunicazione scritta da inviarsi a: Wolters Kluwer Italia S.r.l. - PRIVACY - Centro Direzionale Milanofiori Strada 1-Palazzo F6, 20090 Assago (MI), o inviando un Fax al numero: 02.82476.403.

Contratti del consumatore

L'inderogabilità relativa del foro del consumatore

CASSAZIONE CIVILE, sez. VI, 8 febbraio 2012, n. 1875 - Pres. Preden - Est. Scarano - L. I. c. Banca Network Investimenti S.p.a.

I
E rimessa al giudice di merito, con valutazione insindacabile se immune da vizi logici e giuridici, l'individuazione di un collegamento negoziale fra il contratto di acquisto e negoziazione di strumenti finanziari e quello di conto corrente bancario, stipulati dal cliente con una banca fuori dai locali commerciali, allorché sia ravvisata l'interdipendenza funzionale fra i medesimi, utilizzati in combinazione strumentalmente volta a realizzare lo scopo pratico unitario, costituente la causa concreta della complessiva operazione, specifica ed autonoma rispetto a quella dei singoli contratti.

II
Il foro del consumatore, previsto dall'art. 63 cod. cons., è derogabile da parte del consumatore, anche unilateralmente, con l'introduzione della domanda innanzi al giudice territorialmente competente, ai sensi degli artt. 18, 19 e 20 c.p.c., oppure in forza di una clausola contrattuale, in quanto la competenza prevista dal codice del consumo è inderogabile unicamente ad opera del professionista, attesa la funzione della disposizione, volta alla tutela del consumatore medesimo, al quale quindi non può essere precluso di scegliere uno dei fori alternativi, se egli lo ritenga, nel caso concreto, più rispondente ai propri interessi.

ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI

Conforme	Sull'inderogabilità relativa dell'art. cod. cons., v. Trib. Monza, 4 giugno 2008.
Difforme	Cass., 24 luglio 2000, n. 9692, in <i>Giust. civ.</i> , 2001, I, 769, con nota di Amadei; Cass., 14 luglio 2003, n. 10983, in <i>Corr. giur.</i> , 2003, 1284, con nota di Conti; Cass. 3 ottobre 2005, n. 19304.

Svolgimento del processo

I sigg.ri B.C. ed altri propongono istanza di regolamento di competenza ex art. 42 c.p.c., sulla base di 2 motivi illustrati da memoria, avverso l'ordinanza del 14 febbraio 2011 emessa dal G.I. del Tribunale di Milano di accoglimento della sollevata eccezione di incompetenza territoriale per dedotta violazione del foro del consumatore, con conseguente declaratoria di incompetenza per territorio del Tribunale di Milano in favore di quella del "tribunale del luogo di residenza degli attori risultante, per ciascuno di essi, dall'atto di citazione".

Nell'impugnata decisione, fondata sulla ravvisata inderogabilità nel caso del foro del consumatore ai sensi del D.Lgs. n. 206 del 2005, art. 63 (c.d. Codice del consumo), si argomenta dalla considerazione che trattasi nella specie di contratti collegati di acquisto e negoziazione di strumenti finanziari e di conto corrente bancario dagli odierni ricorrenti stipulati con la Banca Network Investimenti s.p.a., entrambi negoziati fuori dei locali commerciali, decisivo rilievo assegnandosi alla clausola (g8), specificamente sottoscritta, di deroga della competenza territoriale recata dal contratto di c/c. Resiste

con controricorso la società Banca Network Investimenti s.p.a.

Con requisitoria scritta del 25 maggio 2011 il P. G. presso la Corte Suprema di Cassazione ha chiesto affermarsi la competenza del foro del consumatore, trattandosi di competenza territoriale inderogabile anche dallo stesso consumatore.

Motivi della decisione

Con il 1 motivo i ricorrenti denunziano violazione e falsa applicazione dell'art. 29 c.p.c., D.Lgs. n. 58 del 1998, art. 23, art. 1341 c.c., in riferimento all'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 3. Si dolgono che il giudice abbia erroneamente ritenuto ricorrere nel caso di un'ipotesi di collegamento negoziale, in ragione di "una presunta connessione tra le due distinte fattispecie contrattuali", erroneamente "estendendo la valenza di talune previsioni contenute" nel contratto di conto corrente, tra le quali quella di deroga della competenza, al "diverso contratto di negoziazione, dove tali clausole non risultano... presenti, ovvero validamente sottoscritte e, pertanto, devono ritenersi inefficaci a termini dell'art. 1341 c.c., comma 2".

Lamentano che “la disciplina in materia di servizi di investimento di cui all’art. 23 t.u.f.... esclude espressamente ogni rinvio alla diversa normativa in materia bancaria e, in particolare, alle disposizioni del titolo VI, capo I del t.u.b. che regolano, appunto, le condizioni contrattuali e i rapporti con i clienti”; e che, “stante il carattere imperativo inderogabile della citata disposizione, nel caso di specie non può trovare applicazione - anche in via analogica - la diversa disciplina in materia di bancaria (D.Lgs. 1 settembre 1998, n. 395...), relativamente alle condizioni contrattuali e ai rapporti con i clienti previste nei contratti di conto corrente, stante il maggior rigore e i più penetranti vincoli e garanzie richieste in materia di intermediazione finanziaria”.

A tale stregua, “pretendere... di interpretare i due diversi rapporti come un unico articolato contrattuale in modo tale da consentire alle previsioni facenti parte dell’un rapporto di confluire e confondersi in quelle dell’altro in modo tale da operarvi secondo le necessità della Banca, rappresenta una forzatura logico giuridica priva di qualsiasi fondatezza”. E non sussistendo “nel caso di specie alcuna clausola valida ed efficace che deroghi agli ordinari criteri di competenza per territorio... l’adito Tribunale di Milano deve ritenersi competente a decidere della summenzionata vertenza, quale foro generale delle persone giuridiche ai sensi dell’art. 19 c.p.c.”.

Con il 2° motivo denunziano violazione e falsa applicazione del D.Lgs. n. 206 del 2005, artt. 46 e 63, in riferimento all’art. 360 c.p.c., comma 1, n. 3.

Si dolgono che il giudice abbia erroneamente ritenuto nel caso applicabile il D.Lgs. n. 206 del 2005, art. 63, laddove l’art. 46 ne esclude espressamente l’applicabilità ai “contratti relativi a strumenti finanziari”, sicché 2^a questione sulla derogabilità del foro del consumatore deve ritenersi superata, giacché il presente giudizio ha incontrovertibilmente ad oggetto, per l’appunto, strumenti finanziari, ed in particolare... le obbligazioni emesse dalla Viatel Inc.”.

“Per mero scopo tuzioristico”, lamentano dovere in ogni caso trovare tutt’al più applicazione il principio affermato da Cass. n. 9314 del 2008 secondo cui “la parte favorita ha facoltà di introdurre la lite sia davanti al giudice indicato nel contratto sia dinanzi a quello che sarebbe competente secondo i criteri ordinari, mentre l’altra parte è obbligata a promuovere eventuali controversie dinanzi al giudice indicato nel contratto”.

I motivi possono congiuntamente esaminarsi, in quanto connessi.

Il ricorso è fondato nei limiti e termini di seguito indicati.

Va anzitutto osservato che, diversamente da quanto sostenuto dagli odierni ricorrenti, correttamente è stata nell’impugnata sentenza presa in considerazione, oltre alla clausola di deroga della competenza prevista nel contratto quadro, anche la clausola g/8) di deroga della competenza territoriale contemplata nel contratto di conto corrente bancario pure stipulato dalle parti, stante la ravvisata interdipendenza nel caso tra i due suindicati contratti in ragione della relativa connessione funzionale,

posta in rilievo dal giudice di merito, “come risulta espressamente dalla clausola del contratto di negoziazione, che considera l’esecuzione del contratto all’apertura del conto corrente presso Area Banca, e costituiscano una fattispecie unitaria”.

Ben risulta pertanto dal giudice di merito evinta ed argomentata a tale stregua (cfr., da ultimo, Cass., 17/5/2010, n. 11974) la sussistenza del riscontro collegamento funzionale (v. al riguardo ad es. D.Lgs. n. 385 del 1993, art. 121, comma 1, lett. d), e D.Lgs. n. 206 del 2005, art. 167, comma 6, come modificato dal D.Lgs. n. 141 del 2010, art. 2) tra i suindicati contratti, decisivo rilievo essendosi al riguardo assegnato alla relativa utilizzazione in combinazione strumentalmente volta a realizzare lo scopo pratico unitario costituente la causa concreta complessiva (specifica ed autonoma rilevanza rispetto a quella - parziale - dei singoli contratti) dell’operazione dalle parti nella specie posta in essere, sicché le vicende dell’uno si ripercuotono sull’altro (cfr. Cass., 27/7/2006, n. 17145), condizionandone la validità e l’efficacia, nella pur persistente individualità propria di ciascun tipo negoziale (cfr. Cass., 28 marzo 1977, n. 1205; Cass., 11 marzo 1981, n. 1389; Cass., 15 dicembre 1984, n. 6598; Cass., 20 gennaio 1994, n. 474; Cass., 18 luglio 2003, n. 11240; e, da ultimo, Cass., 17 maggio 2010, n. 11974).

Deve altresì sottolinearsi la necessità del contenimento della disciplina posta dal T.U.B. (D.Lgs. n. 385 del 1993, in cui è confluita quella originariamente posta da L. n. 154 del 1992, come modificato dal D.Lgs. n. 141 del 2010) con quella di tutela già dettata all’art. 1469 bis c.c. e ss., ed ora riversata nel c.d.

Codice del consumo (d.lgs. n. 206 del 2005) allorché colui che accede al servizio bancario sia come nella specie un consumatore, con conseguente applicabilità della regola in tema di competenza territoriale quivi stabilita, esclusiva ma derogabile, del giudice del luogo in cui il medesimo ha la residenza o il domicilio elettivo - c.d. foro del consumatore - (cfr., in relazione a controversia in materia di servizi finanziari - relativi al prestito al consumo - Cass., 6 settembre 2007, n. 18743).

Va d’altro canto considerato, quanto al T.U.F. (D.Lgs. n. 58 del 1998), che il temporalmente successivo Codice del consumo prevede espressamente la non applicabilità ai contratti relativi agli strumenti finanziari delle sole norme di cui alla sezione I del Capo I del Titolo III della Parte III del Codice del consumo, e non anche di quella (D.Lgs. n. 206 del 2005, art. 63) in tema di foro del consumatore contemplata (D.Lgs. n. 206 del 2005, art. 46, comma 1), che va pertanto a contrario ritenuta ai medesimi applicabile, sicché correttamente sono state dal giudice del merito prese in considerazione le clausole in tema di competenza territoriale in deroga al foro del consumatore previste sia nel contratto quadro che in quello di c/c bancario.

Deve per altro verso osservarsi che la suindicata clausola g/8) in quest’ultimo contenuta, contemplante la competenza del foro del domicilio del cliente, è stata nella specie, pur prevedendo essa “un foro esclusivo”, dal giudice di merito ritenuta non vessatoria ex art. 1341 c.c., in

quanto specificamente approvata per iscritto (cfr. Cass., 14 ottobre 2009, n. 21816).

Detta clausola è stata considerata non vessatoria o abusiva altresì ai sensi del D.Lgs. n. 206 del 2005, art. 33, in quanto riproduttiva di una disposizione di legge (D.Lgs. n. 206 del 2005, art. 34, comma 2) (al riguardo v. peraltro Cass., 26 aprile 2010, n. 9922; Cass., 26 settembre 2008, n. 24262; Cass., 22 marzo 2007, n. 4208).

Atteso quanto sopra, nel sottolineare che “il domicilio del cliente deve intendersi coincidente con il luogo di residenza in assenza di diversa indicazione di domicilio”, il giudice del merito ha accolto l’eccezione di incompetenza territoriale inderogabile sollevata dalla Banca Network Investimenti s.p.a., per violazione del D.Lgs. n. 206 del 2005, art. 63, argomentando dal rilievo che trattasi di “contratti negoziati fuori dai locali commerciali tra un professionista e un consumatore”, e ritenendo che invalidamente sia stato dai consumatori odierni ricorrenti nel caso adito il giudice del foro della sede della società, anziché quello del foro del consumatore.

Contrastante con la lettera e la ragione della richiamata norma di cui al D.Lgs. n. 206 del 2005, art. 63, si afferma nell’impugnata sentenza essere la tesi secondo cui l’inderogabilità del foro del consumatore è vincolante soltanto per il professionista e non anche per il consumatore, sostenendosi che “la possibilità per il consumatore di scegliere il foro competente in funzione di un suo interesse non specificato, che prescinde dal suo luogo di residenza o di domicilio, rimette allo stesso una possibilità di scelta che non ha alcuna connessione con l’esigenza di protezione dello stesso”.

Orbene, siffatto assunto è erroneo.

Posto anzitutto in rilievo che ai fini della deroga del foro del consumatore la specifica approvazione per iscritto ex art. 1341 c.p.c., comma 2, è di per sé non esaustiva (v. Cass., 20 marzo 2010, n. 6802; Cass. 26 settembre 2008, n. 24262), stante la diversità degli ambiti soggettivi ed oggettivi di applicazione di tale disciplina rispetto a quella dettata all’art. 1469 bis c.c. e ss., e poi riversata nel c.d. Codice del consumo (D.Lgs. n. 206 del 2005); e osservato d’altro canto che, come questa Corte ha già avuto modo di precisare, ad escludere la vessatorietà della clausola di deroga del foro del consumatore non è invero sufficiente la previsione di un foro coincidente con uno dei fori legali di cui agli artt. 18 e 20 c.p.c., (v. Cass., 26 aprile 2010, n. 9922; Cass., 26 settembre 2008, n. 24262; Cass., 22/3/2007, n. 4208; Cass., 8 marzo 2005, n. 5007), va sottolineato che il suindicato argomento posto a sostegno della ravvisata inderogabilità assoluta del foro del consumatore contrasta in realtà con la disciplina evincentesi alla stregua dell’interpretazione sistematica e funzionale del D.Lgs. n. 206 del 2005, art. 63, e più in generale di tutela del consumatore in argomento.

Il D.Lgs. n. 206 del 2005, art. 63, applicantesi sia ai contratti negoziati fuori dei locali commerciali (così come ai contratti negoziati a distanza) che ai contratti relativi a strumenti finanziari in quanto l’art. 46 esclude invero l’applicabilità ai medesimi delle (sole) norme di cui alla sezione I e non anche quelle di cui alla Sezione III cui es-

so accede, stabilisce che per le relative controversie civili “la competenza territoriale inderogabile è del giudice del luogo di residenza o di domicilio del consumatore, se ubicati nel territorio dello Stato”.

A tale stregua, risulta ivi posta un’eccezione alla disciplina dettata, nell’ambito dello speciale sistema di tutela del consumatore, nella parte “generale” di cui al Titolo I (D.Lgs. n. 206 del 2005, artt. 33 - 38), e in particolare all’art. 33, comma 1, lett. u).

Eccezione che si sostanzia nell’inderogabilità unilaterale da parte del “professionista” del foro del consumatore, che ai sensi del D.Lgs. n. 206 del 2005, art. 33, è viceversa possibile laddove, assolvendo all’onere della prova a suo carico, il medesimo vinca la presunzione di relativa vessatorietà, dimostrando che la deroga al foro del consumatore nello specifico caso concreto non determina un abusivo squilibrio D.Lgs. n. 206 del 2005, ex art. 33, comma 1, a danno del consumatore (v. Cass., 20 agosto 2010, n. 18785; Cass., 20 marzo 2010, n. 6802; Cass., 26 settembre 2008, n. 24262).

Non risulta peraltro prevista alcuna specifica conseguenza o sanzione in ordine alla violazione del disposto del D.Lgs. n. 206 del 2005, art. 63.

Come si evince dal tenore del D.Lgs. n. 206 del 2005, art. 38, deve allora ritenersi trovare in tale ipotesi applicazione non già la disciplina generale di diritto comune del codice civile ex artt. 1419 e 1421 c.c., bensì la regola posta nell’ambito della disciplina “generale” del sottosistema settoriale o parziale in argomento al D.Lgs. n. 206 del 2005, art. 36, prevedente la nullità delle (sole) clausole vessatorie o abusive (il contratto rimanendo valido per il resto).

Trattasi di nullità di protezione (D.Lgs. n. 206 del 2005, art. 36, comma 3, regola sintomaticamente accolta - per le ipotesi ivi specificamente previste - anche al D.Lgs. n. 385 del 1993, art. 127, come novellato dal D.Lgs. n. 141 del 2010, art. 4, comma 3), operante solamente a vantaggio del consumatore (v. Cass., 26 settembre 2008, n. 24262).

A tale stregua essa, pur essendo rilevabile anche d’ufficio dal giudice, non può in ogni caso ridondare a scapito del consumatore medesimo.

Ne consegue che ove ravvisi maggiormente rispondente al proprio interesse non avvalersi del foro del consumatore (nel caso che ne occupa, per avere i consumatori odierni ricorrenti, con domicili in molteplici diverse città, considerato “più vantaggioso concentrare in un unico foro - ovvero innanzi al tribunale di Milano dove la stessa banca convenuta ha, tra l’altro, la propria sede legale - in luogo da quelli, tutti diversi, nei quali ogni singolo soggetto avrebbe dovuto incardinare la sua causa,... così da garantire non solo l’uniformità del giudicato, ma anche consentire un sensibile contenimento dei costi ed una maggiore celerità ed economia processuale”), deve ritenersi al medesimo senz’altro consentito derogarvi, anche unilateralmente, con l’adire un giudice territorialmente competente in base ad uno dei criteri posti agli artt. 18, 19 e 20 c.p.c., ovvero quello indicato nel contratto, rimanendo da siffatta sua scelta comunque non scalfita

l'esigenza di tutela contro l'unilaterale predisposizione ed imposizione del contenuto contrattuale da parte del "professionista" che la disciplina in argomento è funzionalmente volta a garantire (v. Cass., 26 settembre 2008, n. 24262), anche relativamente alle esigenze del mercato, non prospettandosi in tale ipotesi il giudizio di dannosità sociale sotteso alla sanzione di nullità prevista al D.Lgs. n. 206 del 2005, art. 36, comma 1 (in ordine alla modifica introdotta nel Codice del consumo rispetto alla soluzione dell'inefficacia delle clausole vessatorie ex art. 1469 *quinquies* c.c., v. la citata Cass., 26 settembre 2008, n. 24262).

Finalità rispetto alla quale non appare invero ravvisabile un interesse pubblico idoneo a costituire logico e razionale fondamento della pretesa di applicare le soluzioni poste dalla disciplina a tutela del consumatore - e in particolare quella concernente il foro del consumatore - anche a svantaggio, e cioè in pregiudizio dell'interesse, del medesimo (a tale stregua emergendo l'ultroneità nella specie altresì della disciplina prevista al D.Lgs. n. 206 del 2005, art. 134, che non viene pertanto nel caso in applicazione, giacché, a parte il rilievo circa l'ambito di relativa applicazione che appare limitato alla mera disciplina pattizia, in ogni caso inconfigurabile si appalesa invero la possibilità che risulti integrata una violazione dell'interesse generale alla tutela - anche - del mercato in conseguenza del non farsi valere la deroga in questione a svantaggio o contro l'interesse del consumatore).

Sintomatica conferma se ne trae d'altro canto dal rilievo che anche con riferimento alla norma di cui al D.Lgs. n. 206 del 2005, art. 63, così come relativamente alla regola emergente dal combinato disposto di cui agli artt. 33 e 36 del Cod. consumo, nonché a quella in termini ancor più generali posta all'art. 28 c.p.c., (pure per le ipotesi di competenza per territorio inderogabile come nella specie previste dalla legge ex art. 28 c.p.c., ultimo inciso) trova applicazione il principio in base al quale l'incompetenza del giudice adito può essere fatta valere dalle parti o rilevata d'ufficio dal giudice solamente entro i limiti temporali (la prima udienza di trattazione) posti dall'art. 38 c.p.c., (v. Cass., 18 ottobre 2010, n. 21379; Cass., 18/3/2009, n. 6579; Cass., 18 giugno 2008, n. 16557), il cui mancato rispetto determina il consolidamento della competenza territoriale del giudice adito (v. Cass., 11 gennaio 2007, n. 385).

In accoglimento del ricorso deve pertanto dichiararsi la competenza per territorio nel caso del Tribunale di Milano, con enunciazione dei seguenti principi di diritto:

– per le controversie concernenti contratti negoziati fuori dei locali commerciali relativi a strumenti finanziari la competenza territoriale è determinata ai sensi del D.Lgs. n. 206 del 2005, art. 63, giacché l'art. 46 esclude l'applicabilità ai medesimi delle (sole) norme di cui alla sezione I del Capo I del Titolo III della Parte III del Codice del consumo, e non anche di quelle di cui alla sezione III, cui esso accede;

– per le controversie concernenti contratti negoziati fuori dei locali commerciali relativi a strumenti finanziari il consumatore può adire un giudice diverso da quello del

foro del consumatore D.Lgs. n. 206 del 2005, ex art. 63, competente per territorio giusta uno dei criteri posti agli artt. 18, 19 e 20 c.p.c., senza che, in accoglimento della relativa eccezione sollevata dal professionista ovvero d'ufficio, tale giudice possa dichiarare la propria incompetenza anche a svantaggio, e cioè in pregiudizio dell'interesse, del consumatore.

Le spese del giudizio di cassazione, liquidate come in dispositivo, seguono la soccombenza.

P.Q.M.

La Corte dichiara la competenza per territorio del Tribunale di Milano. Condanna l'intimata società Banca Network Investimenti s.p.a. al pagamento delle spese del procedimento di regolamento, che liquida in complessivi Euro 1.000,00, di cui Euro 800,00 per onorari, oltre a spese generali ed accessori come per legge.

IL COMMENTO

di Maria Cecilia Paglietti

La sentenza in commento arricchisce di un nuovo tassello il già composito quadro giurisprudenziale in materia di criteri di distribuzione delle liti consumeristiche sul territorio. Chiamata a pronunciarsi sull'inderogabilità del foro del consumatore sancita dall'art. 63 cod. cons., la Corte ne fornisce una lettura evolutiva ricostruendolo come norma caratterizzata da inderogabilità relativa, ossia vincolante solo per il professionista e non per il consumatore il quale rimane libero di scegliere il luogo dove incardinare la controversia.

Il caso

Il caso trae origine dall'impugnazione dell'ordinanza con cui il Tribunale di Milano dichiarava, accogliendo le eccezioni della parte convenuta (una banca), la propria incompetenza a giudicare su una causa promossa da consumatori nessuno dei quali residenti a Milano, e si pronunciava, in virtù dell'art. 63 cod. cons., per la competenza «del luogo di residenza degli attori risultante, per ciascuno di essi, dall'atto di citazione».

La ricostruzione del giudice milanese muoveva dalla considerazione che i due contratti oggetto della lite, uno di negoziazione ed acquisto di strumenti finanziari e l'altro di conto corrente, entrambi conclusi fuori dei locali commerciali e contenenti una clausola di deroga alla competenza territoriale, fossero volti a raggiungere il medesimo scopo e dunque, configurando un unico fascio di rapporti, venissero assoggettati alla medesima disciplina, segnatamente e per ciò che concerne la competenza all'art. 63 cod. cons., che prevede un foro inderogabile del consumatore. Avendo invece i consumatori promosso il giudizio non nel luogo della propria residenza ma in quello della sede legale della convenuta, l'art. 63 risultava violato, obbligando il tribunale meneghino a dichiarare la propria incompetenza territoriale. Il Tribunale sottolineava, peraltro, che il criterio d'individuazione del radicamento territoriale della causa non era solo legale (art. 63) ma anche convenzionale, stante la presenza di due clausole derogatorie del foro sia nel contratto quadro che in quello di conto corrente; particolarmente significativa la clausola "8g" inserita in quest'ultimo contratto, che istituiva convenzionalmente la competenza presso il foro del domicilio del cliente e che risulta valida ed efficace a tutti gli effetti, sia perché approvata per iscritto sia perché riprodotta di disposizioni di legge; secondo un compatto indirizzo giurisprudenziale, inoltre, in assenza di indicazioni contrarie il domicilio viene equiparato alla residenza del cliente, per cui si esclude la natura vessatoria della clausola. In base a queste osservazioni il Tribunale riteneva fon-

date entrambe le eccezioni (violazione del regolamento contrattuale e della previsione normativa) che lamentavano l'incompetenza territoriale.

I consumatori ricorrevano in Cassazione, lamentando la violazione degli artt. 29 c.p.c. e 23 d.lgs. 58/98, contestando la ricostruzione nei termini del collegamento negoziale e affermando l'opposta necessità di sottoporre ogni contratto, nella sua individualità, alla propria disciplina specifica rinvenibile per il contratto di conto corrente nel TUB e per il contratto di acquisto di prodotti finanziari nel TUF.

I ricorrenti, inoltre, sottolineavano che, anche volendo, erroneamente, assoggettare l'intera operazione contrattuale alla medesima disciplina, essa non andrebbe certo individuata nell'art. 63 cod. cons., inapplicabile per espressa esclusione dell'art. 46 cpv. Nel risolvere la questione la Cassazione muoveva il proprio ragionamento dall'iniziale adesione alle premesse della Corte milanese, circa la rilevanza delle due clausole derogatorie della competenza e la ricostruzione unitaria dei due contratti. Seguendo un proprio consolidato orientamento, infatti, la Suprema corte ha riconosciuto che l'utilizzazione combinata e il nesso teleologico configurano un collegamento tra i due contratti che giustifica la ricostruzione nei termini di un'unitaria operazione economica alla quale si applica il principio del *simul stabunt simul cadent*.

Ciò premesso, quanto alla disciplina cui assoggettare il rapporto così ricostruito, la Corte afferma che essa vada comunque individuata nell'ambito del Codice del consumo, sia sotto il profilo del rapporto di conto corrente dove è un principio consolidato che laddove il cliente della banca sia anche consumatore, si applica la relativa disciplina; sia sotto quello del contratto di acquisto di prodotti finanziari, per la posteriorità temporale del Codice del consumo rispetto al TUF. Posta dunque l'applicabilità del Codice del consumo, la Corte identifica la disposizione che regola la competenza della fattispecie nell'art. 63 e non (come sostenuto dai ricorrenti) nell'art. 46 il quale esclude l'applicabilità ai contrat-

ti finanziari delle norme in materia di contratti conclusi fuori dai locali commerciali limitatamente alla Sez. I, Capo I, Titolo II, Parte III, laddove la disciplina dei contratti oggetto di controversia è contenuta invece dalla Sez. III.

Pur condividendo questi rilievi iniziali, il percorso argomentativo della Suprema Corte procede in modo difforme da quello del giudice del merito.

La Cassazione, infatti, pur riconoscendo la rilevanza della regola pattizia della clausola "8g", ne fornisce una ricostruzione differente, stabilendo l'insufficienza ad escluderne la vessatorietà sia della specifica approvazione per iscritto (stante la differenza dell'ambito di applicabilità tra l'art. 1341 e 1469-bis c.c. poi confluito nel Codice del consumo) sia dell'elezione di uno dei fori legali (stante la compatta giurisprudenza in materia di artt. 18 e 20 c.p.c.). Sul piano normativo, invece, viene contestato l'argomento dell'inderogabilità dell'art. 63 cod. cons. il quale contrasterebbe con un'interpretazione sistematica e funzionale della norma.

Muovendo dalla ricostruzione del trattamento giuridico riservato alle clausole derogative della competenza la Cassazione ne ricava un principio interpretativo che estende anche all'interpretazione dell'art. 63. Essa muove dal presupposto che la regola sancita dall'art. 63 pone il principio della competenza inderogabile del foro del consumatore, costituendo eccezione all'opposto principio della generale derogabilità (art. 33 lett. *u* cod. cons.). Ricorda, infatti, la Cassazione che la vessatorietà della clausole derogatorie del foro del consumatore è solo presunta (essendo ascrivibile alla lista grigia e non a quella nera) e che dunque il professionista ha la possibilità, nel rispetto dell'inversione dell'onere della prova, di vincere la presunzione (ed escluderne la vessatorietà) dando dimostrazione della trattativa privata. Tuttavia, assenza di allegazioni istruttorie in questo senso, la clausola sarà considerata vessatoria e quindi nulla ex art. 36 cpv.: nullità di protezione, eccezionale solo dal consumatore e rilevabile d'ufficio previo *placet* del consumatore stesso; se questi, dunque, non intende avvalersi della nullità della clausola derogativa della competenza e del foro del consumatore, potrà liberamente scegliere tra uno dei fori legali ex artt. 18, 19 e 20 c.p.c. o di altri indicati nel contratto.

Lo stesso principio va applicato anche nell'interpretazione del diritto positivo.

La Cassazione esplicita, cioè, che l'aspetto cruciale nella ricostruzione della vicenda, è assicurare al consumatore la tutela contro l'imposizione del contenuto del contratto da parte del professionista, anche

considerato che non si rileva alcun interesse pubblico all'applicazione di norme a svantaggio del consumatore. La validità della ricostruzione sarebbe inoltre indirettamente confermata dalla circostanza che l'art. 63 cod. cons. è sottoposto alla regola del rilievo temporale ex art. 38 c.p.c., poiché la legittimità o meno del radicamento di competenza deve essere sollevata entro la prima udienza di trattazione. In base ai rilievi di cui sopra, dunque, la Suprema corte si pronuncia nel senso dell'inderogabilità relativa dell'art. 63 cod. cons., cui consegue la possibilità, per il consumatore, di adire un giudice diverso da quello indicato nella norma e la relativa impossibilità per il giudice di dichiarare la propria incompetenza a svantaggio del consumatore.

L'inquadramento generale del problema

La sentenza in commento arricchisce di un nuovo tassello il già composito quadro giurisprudenziale in materia di criteri di distribuzione delle liti consumeristiche sul territorio.

Segnatamente, la Suprema corte contribuisce ad ampliare le possibilità di scelta del foro del consumatore fornendo una lettura evolutiva dell'art. 63 cod. cons., ricostruendolo come norma caratterizzata da inderogabilità relativa, ossia vincolante solo per il professionista e non per il consumatore il quale rimane libero di scegliere il luogo dove incardinare la controversia, tra il foro dove egli stesso ha la residenza (art. 63 cod. cons.); il foro previsto convenzionalmente; il foro legale individuato, alternativamente, dagli artt. 18, 19 e 20 c.p.c. (luogo dove il convenuto ha la residenza o il domicilio o, se questi sono sconosciuti, la dimora; luogo dove la persona giuridica ha la sua sede o uno stabilimento e un rappresentante autorizzato; luogo dove è sorta o deve eseguirsi l'obbligazione dedotta in giudizio).

Le rapide osservazioni che seguiranno intendono svolgere delle riflessioni su due piani: quello politico e quello sistematico. Se sul piano dell'esito, infatti, la sentenza è opportuna e da accogliere con favore, su quello argomentativo essa presenta qualche debolezza ricostruttiva, soprattutto in alcuni passaggi apodittici, che avrebbero potuto essere maggiormente giustificati richiamandosi alla giurisprudenza europea in materia.

Il dato positivo: il foro del consumatore, l'art. 63 cod. cons. e le funzioni protettive della competenza inderogabile

L'art. 63 cod. cons. costituisce una delle rarissime previsioni di diritto positivo (sia in ambito interno che comunitario) in materia di foro del consumato-

re, il quale è viceversa governato da una massiccia giurisprudenza che ha raggiunto, in materia, risultati pacifici.

La logica sottesa al vivo interesse riservato al luogo in cui il processo deve svolgersi muove dall'asserito legame tra determinazione della giurisdizione e giustizia della decisione concreta, che nel diritto dei consumi si traduce nel *favor* interpretativo verso meccanismi (anche pattizi) che consentono di trasportare il luogo della lite nel domicilio del consumatore, essendo l'individuazione del foro competente funzionale alla giusta decisione della lite. Un'errata individuazione della competenza creerebbe, infatti, uno squilibrio tra le parti, avvantaggiandone ingiustificatamente una. L'equità delle regole sulla giurisdizione, infatti, esige il contemperamento tra la tutela del diritto difesa del convenuto (a non vedersi trascinato in un processo dinanzi ad un foro esorbitante) e diritto d'azione dell'attore (alla pienezza dei rimedi giurisdizionali per l'attuazione dei propri diritti sostanziali) (1).

Nel nostro ordinamento è stato dunque elaborato, in luogo dell'applicazione dei criteri generali di competenza territoriale, (2) un foro speciale del consumatore (3). La compatta interpretazione giurisprudenziale dell'art. 33 comma 2 lett. *u* cod. cons. (4) ha introdotto, sacrificando il rigore interpretativo alle ragioni d'effettività della tutela (5), una competenza territoriale esclusiva del giudice del luogo in cui il consumatore ha la residenza (o il domicilio elettivo), derogabile su accordo delle parti (ovvero con la prova della trattativa individuale) (6). L'art. 63 C.cons, invece, costituisce un'eccezione al principio ora richiamato. Esso (che unifica in una norma e nel contempo ricalca il dettato normativo degli artt. 12 d.lgs. 15 gennaio 1992, n. 50 - attua-

2004, l, 2693, con nota di Lipari, *Il «foro del consumatore» al vaglio delle sezioni unite. Dimensione intertemporale e portata precettiva dell'art. 1469-bis, comma 3, n. 19, c.c.*; e in *Foro it.*, 2003, 12, 3298), che conferma Cass., 28 agosto 2001, n. 11282 (pubblicata, tra le altre riviste, anche in *Foro it.*, 2001, l, 3587, con nota di Palmieri, *Foro esclusivo del consumatore e abusività della deroga convenzionale alla competenza per territorio: mai più un giudizio lontano da casa*). L'interpretazione per cui la natura processuale della norma fisserebbe il principio della competenza esclusiva del giudice, ma derogabile su accordo delle parti, trovava resistenze nell'opposto orientamento della stessa Cassazione che affermava la natura sostanziale della disposizione in esame, escludendo che l'art. 1469 bis, comma 3 n. 19, fissasse un foro esclusivo per il consumatore (Cass., 22 novembre 2000 n. 15101, in *Giust. civ.*, 2001, 246; Cass., 24 luglio 2001, n. 10086, in questa *Rivista*, 2001, 1077, con nota di Capilli, *Il foro del consumatore ex art. 1469 bis n. 19*; e in *Corr. Giur.*, 2001, 527, con nota di Conti, *Lo status di consumatore alla ricerca di un foro esclusivo e una stabile identificazione*). L'orientamento era avallato dalla dottrina che riteneva il foro non esclusivo giacché, una volta dichiarata la vessatorietà della clausola ed espunta dal contratto, la competenza rimaneva regolata dai criteri generali degli artt. 18-20 c.p.c. (Tommaso, *Sub art. 1469-bis, comma 3, n. 19*, in *Le clausole vessatorie nei contratti con i consumatori. Commentario degli artt. 1469-bis-1469-sexies del codice civile*, a cura di Alpa-Patti, Milano, 1997, 450). La sentenza n. 11282 del 2001 (accogliendo varie ricostruzioni dottrinarie: Vaccarella, *Il problema del foro competente nei contratti tra «professionisti» e «consumatori»*, in *Doc. Giust.*, 1996, 1708 ss.; Lapertosa, *Profili processuali della disciplina delle clausole vessatorie nei contratti con il consumatore*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1998, 714 ss.) forniva l'interpretazione maggiormente protettiva per il contraente debole, consentendogli di incardinare la causa/difendersi in un foro quanto più vicino alle sue condizioni di vita. Anche la dottrina prevalente concorda sulla ricostruzione: Dalmotto, *Un nuovo foro esclusivo per il consumatore?*, in *Giur. it.*, 1997, IV, 161. Un dibattito *a latere* del foro del consumatore è quello dell'ampiezza da riconoscere al principio, con particolare riferimento agli ambiti di applicazione. Esso è stato riconosciuto in materia di contratti di finanziamento (credito al consumo: Trib. Venezia, 21 giugno 2006, in *Corr. Mer.*, 2007, 309, con nota di Conti, *Foro esclusivo (ma derogabile) nei contratti di credito al consumo*), ma negato in tema di *privacy* (Cass., 31 maggio 2006, n. 12980, in *Giust. Civ.*, 2007, 1441, con nota di commento di Giordano, *Brevi note sulla presunta inapplicabilità del c.d. «foro del consumatore» nelle controversie relative al trattamento dei dati personali*) anche nel caso in cui il titolare del trattamento sia un consumatore (la decisione, fondata sulla constatazione della diversità della normativa consumeristica da quella della *privacy* sia per la *ratio* che per l'oggetto, ha incontrato il disfavore della dottrina, che paventa l'illegittimità costituzionale di siffatta interpretazione per contrasto con gli artt. 3 e 24 Cost. (rendendo eccessivamente difficile l'esercizio del diritto di difesa). Tuttavia l'ambito in cui più ricorrente torna la questione dell'applicabilità o meno del foro del consumatore è quello del rapporto tra paziente e struttura sanitaria. Alcune pronunce, infatti, riconoscendo la natura contrattuale della responsabilità medica, identificano il paziente col consumatore e il medico col professionista, individuando di conseguenza il foro competente in base al Codice del consumo (art. 33 lett. *u*: Cass. Sez. un., 11 gennaio 2008, n. 577, in *Foro it.*, 2008, l, 455; Trib. Napoli, 6 dicembre 2007, in *Obblig. e contr.*, 2008, 400 con nota di Lucchese, *Foro del consumatore: riconosciuta l'applicazione anche al c.d. Contratto di spedalità*). Tuttavia l'opposto e prevalente orientamento della Cassazione nega, per un verso, che la responsabilità del medico, pur contrattuale, abbia origine dal rapporto col paziente (ma discenda piuttosto da un rapporto obbligatorio a carico del Servizio Sanitario Nazionale) e, per altro verso, che la posizione dell'utente verso una struttura ospedaliera sia apparentabile a quella del consumatore, finendo coll'escludere l'applicabilità del principio in campo medico: Cass., Sez. Un., 2 aprile 2009, n. 8039.

Note:

(1) Sul rapporto fra criteri di giurisdizione e diritto di difesa De Cristofaro, *Il foro delle obbligazioni*, Torino, 1999, 246 e 254-5.

(2) Artt. 18, 19 e 20 c.p.c.

(3) Per tutti Lipari, *Il foro del consumatore al vaglio delle Sezioni unite. Dimensione intertemporale e portata precettiva dell'art. 1469-bis, 3o co., n. 19, c.c.*, in *Giust. civ.*, 2004, l, 2693.

(4) Il quale presume la vessatorietà della clausola che stabilisca «come sede del foro competente sulle controversie località diversa da quella di residenza o domicilio elettivo del consumatore».

(5) In base alla ricostruzione della Cassazione l'art. 33 lett. *u* si sostituisce alle norme del Codice di procedura civile e la singolare collocazione della disposizione rispetto a quelle dedicate alla tutela processuale si giustifica in base alle origini (comunitarie) della norma stessa (v. sul punto De Cristofaro, *Clausole abusive e processo*, in *Corr. giur.*, 1997, 468).

(6) La prova della trattativa deve essere fornita dal professionista: Cass., sez. Un., 1° ottobre 2003, n. 14669 (in *Giust. Civ.*,

zione della Dir 85/577/CEE in materia di contratti negoziati fuori dei locali commerciali - e 14 d.lgs. n. 185 del 1999 (attuazione della Dir. 97/7/CE) introduce la competenza territoriale inderogabile del giudice del luogo di residenza o di domicilio del consumatore (7), che lo rende in teoria insuscettibile di pattuizione contraria.

La *ratio* della norma si rinviene nella convinzione che nelle ipotesi di cui all'art. 63 cod. cons. il consumatore sia ancora più esposto al rischio di non ponderare sufficientemente le proprie scelte contrattuali e di vedersi pregiudicati i propri interessi, rendendosi preferibile evitare che qualsiasi trattativa individuale possa sradicarlo dalla competenza che il Legislatore ha ritenuto per lui più favorevole. La norma, dunque, è estremamente chiara nella sua formulazione e nella sua natura inderogabile.

Tuttavia, pur nella consapevolezza di quanto sopra, la S.C. si è trovata a dover svolgere una riflessione sull'attualità del disposto, sulla sua idoneità a perseguire l'intento cui è preposto e, infine, sull'opportunità di offrirne una lettura evolutiva, alla luce del mutato contesto normativo, politico e culturale.

Da quest'ultimo punto di vista, infatti, e volendo contestualizzare storicamente la scelta della formulazione della norma, va ricordato che negli anni '90 il diritto dei consumi costituiva ancora un settore di recente importazione nel nostro ordinamento, riguardo al quale le riflessioni dottrinarie e l'esperienza legislativa si muovevano su un piano di relativa maturità. In quel contesto era sembrato al legislatore italiano che la previsione di un foro inderogabile del consumatore come *pendat* sul versante processuale alla irrinunciabilità dei diritti di recesso fosse uno strumento di tutela idoneo a riequilibrare l'asimmetria di poteri tipica delle contrattazioni consumeristiche; la disposizione, peraltro, non è di diretta trasposizione dalle Direttive ma frutto dell'elaborazione discrezionale del legislatore nazionale ed è stata replicata nel nostro ordinamento unicamente nell'art. 76 cod. cons. in materia di multiproprietà.

La norma risulta però "fuori asse" rispetto all'attuale stato normativo e giurisprudenziale in materia, sia interno che comunitario.

Benché sia noto che le norme attributive della competenza siano promanazione dall'art. 24 Cost. e che dunque presentino carattere derogabile solo laddove previsto dalla legge, va tuttavia preso atto che la norma, così come formulata, obbliga il consumatore alla scelta di un foro che egli stesso non reputa favorevole. Nel caso in esame, infatti, le parti attrici hanno consapevolmente ritenuto più vantaggioso concentrare il giudizio in un unico foro - quello di Milano - in luogo

da quelli, tutti diversi, nei quali ogni singolo soggetto avrebbe dovuto incardinare la propria causa. Dalla condivisione del medesimo *petitum* e della medesima *causa petendi* discende, sul piano logico prima ancora che giuridico, che radicare il giudizio davanti allo stesso giudice avrebbe garantito «l'uniformità del giudicato, consentirebbe un sensibile contenimento di costi ed una maggiore celerità processuale».

La rigida e letterale applicazione dell'art. 63 cod. cons., negando alle parti attrici la possibilità di poter scegliere il foro più conveniente e aumentando a dismisura gli esborsi cui sarebbero tenute, comprimerebbe il diritto di accesso alla giustizia dei consumatori tradendo in questo modo non solo lo spirito della norma e del Codice che la contiene, ma anche delle Direttive comunitarie e dei più recenti orientamenti della Corte di giustizia in materia.

La stretta aderenza al dettato normativo avrebbe finito dunque, con una paradossale eterogenesi dei fini, per ledere il soggetto che s'intende proteggere.

Il principio che governa la regola pattizia: la nullità relativa della clausola derogatoria della competenza

La questione di cui la Suprema corte è investita riguarda, dunque, l'opzione tra una lettura formalistica e una sostanzialistica dell'art. 63 C.cons., e allo scopo di fornire una soluzione esauriente la Corte svolge la propria analisi su due piani, quello pattizio e quello normativo.

L'analisi dell'aspetto contrattuale sembrerebbe a prima vista riproporre un problema tradizionalmente critico del diritto dei consumatori, ossia la vessatorietà di una clausola (la "8g", inserita nel contratto di conto corrente bancario e, per effetto del collegamento negoziale, applicabile all'intera operazione contrattuale) derogativa della competenza: tuttavia la clausola in esame elegge quale foro competente quello del domicilio del consumatore, conformemente a quanto previsto dall'art. 33 comma 1 lett u cod. cons. Premesso che, ai fini della valutazione della vessatorietà, l'elezione di domicilio, in assenza di specifiche indicazioni in materia, viene equiparata alla residenza, il Tribunale di Milano aveva attribuito rilievo alla clausola (escludendone la vessatorietà, ex art. 33 cod. cons., per il duplice rilievo che

Nota:

(7) Nella direttiva 93/13, infatti, non si rinviene alcun cenno al foro competente nell'elenco delle clausole che possono essere dichiarate abusive (il punto è affrontato *infra* nel testo). Parimenti, gli artt. 6, direttiva 85/577 e 14 dir. 97/7 esplicitano chiaramente solo il carattere dell'irrinunciabilità del diritto di recesso. Sul piano processuale questa caratteristica si è riflessa sulla previsione del carattere inderogabile assegnato alla competenza.

essa era riproduttiva di disposizioni di legge, ex art. 34 comma 3 cod. cons., ed era stata approvata per iscritto, ex art. 1341 c.c.) ritenendola una conferma pattizia dell'art. 63 cod. cons.

La Cassazione, invece, sembra utilizzare l'argomento della clausola non tanto per considerarne la validità (anche se, per un verso, ricorda come la specifica approvazione per iscritto vale ad escludere la vessatorietà nei contratti conclusi tramite moduli o formulari, ex art. 1341 c.c., e non nei contratti dei consumatori, e, per altro verso, afferma che la clausole non riproduce una disposizione di legge, art. 34 cod. cons.) quanto per ricostruirne il trattamento giuridico, e ricavarne un principio interpretativo applicabile anche all'art. 63 cpv.

Premesso che le clausole derogative della competenza appartengono alla lista grigia (e dunque non sono comunque vessatorie), la presunzione della loro vessatorietà può sempre essere vinta (e la clausola considerata valida ed efficace) dal professionista fornendo la prova della trattativa individuale (che esclude il significativo squilibrio, ex art. 33 comma 1 cod. cons.). In mancanza, la previsione pattizia è vessatoria e dunque nulla (ex art. 36 cod. cons.). La nullità, tuttavia, può essere rilevata solo dal consumatore o d'ufficio previo *placet* del consumatore stesso, essendo preclusa al professionista, in linea con la consolidata disciplina delle nullità di protezione, qualsiasi iniziativa processuale in merito.

Muovendo da questa logica la Corte configura due corollari: che tutte le previsioni derogatorie della competenza sono soggette alla disciplina descritta; che, in assenza di una specifica sanzione, anche la violazione dell'art. 63 cod. cons. dovrà essere ricostruita con lo stesso meccanismo operativo, applicandosi la «disciplina "generale" del sottosistema settoriale» del diritto dei consumi (estensione possibile grazie all'art. 38 cod. cons.).

Nonostante l'ermeticità, questo passaggio sembra racchiudere lo snodo cruciale della motivazione, in cui la Corte ricorre ad un parallelismo interpretativo tra la clausola e la norma. Esse, condividendo il medesimo intento protezionistico volto a riequilibrare l'asimmetria di poteri tra i soggetti (siano essi contrattuali che processuali), condivideranno la medesima disciplina. In particolare, ad entrambe le fattispecie (quella convenzionale e quella legale) si applicherà la legittimazione vincolata al solo consumatore, inteso come meccanismo protettivo che lo rende l'unico abilitato a decidere delle sorti delle proprie clausole e del contratto e che implica, specularmente, l'impossibilità per il professionista di muovere alcuna eccezione processuale in merito.

Per avvalersi di questo sillogismo, tuttavia, la Corte ha dovuto indirettamente richiamarsi ad una generica inderogabilità relativa delle clausole a favore del consumatore che, grazie al viatico dell'art. 38 cod. cons., assume dignità di principio generale applicabile a tutto il diritto dei consumi. L'impostazione sottende (l'implicita) adesione a quella corrente dottrina che rinviene un diritto generale dei consumatori, su cui si tornerà in sede di considerazioni conclusive.

Nonostante la condivisibile conclusione sul piano politico, l'argomentazione dei giudici della Cassazione appare maggiormente concentrata sul criterio empirico del risultato sostanziale desiderato che sull'elaborazione di percorsi sistematicamente persuasivi: se per un verso appare meritorio il tentativo di estrapolare dei principi generali del diritto dei consumi, dall'altro elevare il trattamento giuridico della patologia di una clausola a criterio interpretativo dell'operatività di una norma (per giunta, per restringerne la portata precettiva) configura una forzata ambulatorietà tra piano convenzionale e positivo, evitabile se si fossero preferite ricostruzioni di più ampio respiro.

Il percorso argomentativo: gli (omessi) indirizzi di *policy* interni e gli (omessi) orientamenti della Corte di giustizia

Un discorso che avrebbe meritato di essere svolto in motivazione a supporto di una lettura evolutiva del precetto è il suo inquadramento alla luce del mutato contesto giuridico di riferimento e degli attuali *trend* politici in materia, sia interni che europei. La Corte enuncia, infatti, il principio dell'inderogabilità relativa dell'art. 63 cod. cons., a dispetto dell'estrema chiarezza della norma circa la sua assolutezza. Una tale restrizione della portata precettiva avrebbe potuto essere supportata da un argomento maggiormente persuasivo che non quello all'assenza di interesse pubblico all'applicazione di norme a svantaggio del consumatore, eccessivamente generico.

Quanto alla dimensione interna, si è tralasciato di sottolineare che la tutela giuridica del consumatore e la garanzia del suo accesso alla giustizia (unitamente all'esigenze di celerità processuale) hanno assunto un ruolo così preminente da indurre, sul piano positivo, l'introduzione di norme derogatorie o integrative di principi fondanti del nostro ordinamento, primo fra tutti quello del contraddittorio. La riforma, tramite la l. n. 69 del 2009, infatti, del fondamentale art. 101 c.p.c. trova la sua principale ragione d'essere nell'art. 36 cod. cons. per risolvere i mai sopiti problemi di raccordo posti dalla norma nell'introdurre il rilievo officioso condizionato al *placet* del consumatore.

Se, dunque, la prospettiva attuale di tutela - anche - processuale del consumatore assume contorni così significativi da giustificare la previsione di meccanismi fin'ora ignoti al nostro ordinamento, l'applicazione rigida dell'art. 63 cod. cons., obbligando a scelte che arrecano un danno al consumatore, si sarebbe collocata in totale contraddizione. E del resto, che la concentrazione del processo nel luogo in cui ha sede l'impresa, possa essere un'opzione di favore per il consumatore lo prova la recente introduzione del c.d. foro dell'impresa ex art. 140-bis comma 4 cod. cons., in materia di *class action*.

Nella dimensione europea, è mancata l'analisi della giurisprudenza comunitaria in materia: analisi che avrebbe fornito spunti significativi non solo per via dell'immediata applicabilità delle decisioni della Corte di giustizia da parte dei giudici interni (8), anche per l'ampiezza della casistica in merito.

A séguito di un lungo percorso interpretativo e pur in assenza di norme dedicate all'individuazione dell'organo investito di decidere della controversia, la Corte di giustizia è infatti giunta all'elaborazione del principio per cui le regole sulla competenza garantiscono l'effettività della tutela giurisdizionale (9).

I giudici, muovendo dalla presunzione di abusività della clausole attinenti alla disciplina processuale dell'eventuale controversia sorta dal rapporto (e non solo di quelle inerenti il regolamento contrattuale) (10), hanno compatteamente statuito la natura vessatoria della clausola attributiva della competenza al giudice del domicilio del professionista (11). L'efficacia del rimedio giurisdizionale si esprime dunque anche sul piano della designazione del giudice competente a decidere (12).

Il principio è il risultato dello stratificarsi di pronunciamenti in materia essenzialmente lavoristica e consumeristica: posto l'obbligo di risultato gravante sugli Stati membri di introdurre nell'ordinamento giuridico interno le misure necessarie ad ottenere l'effetto utile della direttiva (13) adottando tutti i provvedimenti necessari allo scopo ivi compresi quelli giurisdizionali, le esigenze di equivalenza ed effettività valgono anche quanto alla designazione dei giudici competenti a conoscere delle azioni fondate sul diritto tutelato dalla direttiva (14). Il loro mancato rispetto lede il principio di tutela giurisdizionale effettiva (15), tanto che il giudice interno è legittimato a disapplicare la norma nazionale difforme dall'intento protezionistico che permea la disciplina consumeristica anche in campo processuale (16), dichiarandosi (d'ufficio) incompetente (17).

La Corte di giustizia ha dunque elaborato un criterio regolatorio della distribuzione delle cause di matrice

soggettiva, muovendo dall'assunto, coerente con le

Note:

(8) Rasmussen, *On law and policy in the European Court of Justice: a comparative study in judicial policymaking*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1986, 9.

(9) V. sentenza *Impact*, 15 aprile 2008, causa C-268/06, Racc., pag. I-2483, punti 47 e 48 e soprattutto le relative conclusioni dell'avv. Generale Kokott che svolge un'ampia disamina della compatibilità della ripartizione delle norme giurisdizionali con i principi di effettività (punti 54-66) e di equivalenza (punti 67-79); v. anche, *apertis verbis*, la sentenza *Pontin* (29 ottobre 2009, C-63/08 commentata, nell'ottica che qui interessa, da Picod, *Non-conformité du droit applicable aux licenciements des femmes enceintes aux exigences de protection juridictionnelle et de non-discrimination*, in *Jur. class. pér. sem. jurid.*, Ed. gén., 2009, 42 ss.; e Baron, *L'application des principes de protection juridictionnelle effective et d'égalité de traitement au bénéfice des travailleuses enceintes*, in *Revue affaires européennes*, 2010, 613 ss.) al punto 44 e al punto 75 che precisa come le norme interne sulla designazione dei giudici competenti devono essere interpretate in modo da ricevere «un'applicazione che contribuisca [a] ... garantire una tutela giurisdizionale effettiva dei diritti spettanti ... in forza del diritto comunitario»; v. in argomento Alpa-Vigoriti, voce *Arbitrato (nuovi profili dell')*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., Agg. VI, Milano, 2011, 93 ss. V. Pontin, punto 54.

(10) In dottrina tale profilo è analizzato da Clay, *Modes alternatifs de règlement des conflits*, in *JCP Ed. Gén.*, 2009, 369.

(11) Non solo per via, sul piano positivo, della riconducibilità di queste clausole alla categoria della lett. q (riguardante le clausole che limitano le azioni legali o le vie di ricorso del consumatore), e della non tassatività dell'elencazione dell'art. 3, n. 3 Dir 93/13; ma anche, sul piano pratico, per la circostanza che la proroga della competenza, per un verso, rischia di ridurre il diritto di difesa del consumatore (che può trovarsi nell'impossibilità pratica di difendersi per gli alti costi che costituirsi in giudizio comporta), per l'altro presenta indiscutibili vantaggi per il professionista: v. CGCE, 27 giugno 2000, Océano C-240-244/98, in *Foro it.*, 2000, IV, 413 (punto 24 e le relative conclusioni dell'avv. gen. Saggio) che enuncia per la prima volta il principio della rilevabilità *ex officio* dell'abusività di una clausola di deroga alla competenza giurisdizionale; per un commento italiano v. Orestano, *Rilevabilità d'ufficio della vessatorietà delle clausole nei contratti del consumatore*, in *Eur. dir. priv.*, 2000, 1179; in Francia v. le con osservazioni di Luby, *Pouvoir du juge d'examiner d'office le caractère abusif d'une clause attributive de juridiction*, in *RTD Com.*, 2001, 291; e di Raynard, *Droit européen des contrats: le juge a le pouvoir de relever d'office le caractère abusif d'une clause du contrat*, in *RTD Civ.*, 2000, 939; di Mestre-Fages, *Deux renforts d'importance dans la lutte contre les clauses abusives*, *ivi*, 2011, 878.

(12) V. Pontin, punto 44, e le relative conclusioni dell'avv. gen. Trstenyak, punto 63.

(13) V. sentenza Océano.

(14) V. sentenza Pontin, punti 40 e 44.

(15) V. sentenza *Impact*, 48.

(16) V. conclusioni dell'Avv. gen. Saggio, punto 29.

(17) La rilevabilità d'ufficio non riguarda il difetto di competenza in quanto tale bensì la vessatorietà della clausola che prevede la deroga della competenza: v. CGCE, 26 ottobre 2006, C-168/05, Mostaza Claro, in *RTD civ.*, 2007, 113 con nota di Mestre e Fages, e *ibidem*, 633, con nota di They; v. anche il commento redazionale in *45 Common Market LR*, 545 (2008); e le osservazioni di Schebesta, *Does the National Court Know European Law? A Note on Ex Officio Application after Asturcom*, in *4 Eur. Rev. Priv. Law.*, 2010, 847.

finalità protezionistiche, che la possibilità per il consumatore di scegliere la sede più comoda dove incardinare la causa configura una garanzia riequilibrio delle posizioni asimmetriche (18): il punto di osservazione viene dunque spostato dall'autorità che emana il comando alla protezione del destinatario del provvedimento (19).

Conseguentemente ridimensionato risulta l'assunto che allontanare la causa dalla sede del consumatore sia sempre incompatibile col principio d'effettività, così come pare perdere consistenza l'ipotesi dell'istituzione del *forum actoris* (20), proposta in ambienti comunitari come soluzione alla problematica del rapporto tra giurisdizione e *due process* (21), e che postula il tramonto della concezione della giurisdizione statutale inderogabile a protezione del convenuto come garanzia di riequilibrio delle posizioni asimmetriche (22).

Di conseguenza, dalla decisione della Corte italiana, letta anche alla luce degli indirizzi europei, discende che il criterio della distribuzione delle liti sul territorio maggiormente rispondente agli intenti protezionistici in campo processuale, è quello che rimette al consumatore la scelta del luogo dove incardinare la causa, ricorrendo ad un principio di inderogabilità relativa di tutte le clausole e le disposizioni che prevedano il contrario (23).

Conclusioni

Da quanto sopra osservato possono trarsi alcune rapide osservazioni conclusive.

In primo luogo, si può sostenere che allo stato attuale dell'elaborazione giurisprudenziale, il criterio fondamentale che guida i problemi di riparto di competenza nel caso di liti tra parti squilibrate è di evitare che le regole ordinarie comportino una riduzione ingiustificata dei diritti sostanziali dei consumatori.

In secondo luogo, benché la tutela del contraente debole non rappresenti ancora un principio generale del nostro ordinamento (per cui può essere accordata solo quando puntualmente disciplinata), ma una semplice linea di tendenza, essa appare tuttavia assurgere a criterio orientativo nell'interpretazione delle norme esistenti (24).

In terzo luogo, sembra che si stia accreditando, anche presso i giudici di legittimità, l'emersione di una parte generale del diritto dei consumatori, ossia di un sottosistema (caratterizzato dall'enfaticizzazione dell'asimmetria di poteri contrattuali) dotato di un *corpus* normativo unitario nella forma di un codice, che si caratterizza per avere propri principi generali e criteri sistematici, e che riconosce al consumatore non solo diritti (talvolta nuovi) sostanziali, ma anche le

modalità di tutela processuali/procedimentali, tra cui l'organo competente a decidere e il foro presso cui incardinare la causa (25).

Note:

(18) Océano, punto 27.

(19) Quasi si trattasse, in chiave commerciale, di un consumatore di giustizia: Hugon, *Le consommateur de justice*, in *Mélanges Calais-Auloy*, Parigi, 2004, 517.

(20) Biavati, *Scelta della giurisdizione e garanzie della difesa*, in *I metodi della giustizia civile*, a cura di Bessone, Silvestri e Taruffo, Padova, 2000, 324-5.

(21) De Cristofaro, *Il foro delle obbligazioni*, cit., 246.

(22) Océano, punto 27. L'introduzione del *forum actoris*, notoriamente, giustifica il sacrificio del diritto di difesa del convenuto con la necessità di salvaguardare il diritto d'azione dell'attore che si trovi in una posizione d'inferiorità che la con l'applicazione delle normali regole il suo *droit au tribunal* verrebbe frustrato: in argomento, con ampiezza di prospettive, De Cristofaro, *Il foro*, cit., 256.

(23) Il principio ha assunto dignità normativa in Francia, dove la legge n. 2009-526 ha introdotto nel *Code de la Consommation* l'art. L. 141-5 che, aggiungendosi senza sostituirsi ai criteri tradizionali (dettati dall'art. 46 *Code de procédure civile*), è volto a rafforzare la protezione del consumatore ampliando la scelta dei luoghi in cui egli può incardinare la lite. Il consumatore, nel dare impulso ad un'azione contro il professionista, potrà «*saisir à son choix, outre l'une des juridictions territorialement compétentes en vertu du code de procédure civile, la juridiction du lieu où il demeurerait au moment de la conclusion du contrat ou de la survenance du fait dommageable*»: raccordando le regole del *Code de procédure civile* e della *consommation* emergerebbe dunque una «*nouvelle juridiction volue plus proche du justiciable*».

(24) Ampiamente sottolineata da Scarso, *Il «contraente debole»*, Torino, 2006; Vettori, *Introduzione*, in *Materiali e commenti sul nuovo diritto dei contratti*, Padova, 1999, XXII.

(25) Zeno-Zencovich-Mancaleoni, *Una parte generale per i contratti con i consumatori?*, in Macario-Miletti, *Tradizione civilistica e complessità del sistema. Valutazioni storiche e prospettive della parte generale del contratto*, Milano, 2006, 581; Libertini, *Alla ricerca del «diritto privato generale» (appunti per una discussione)*, in *Riv. dir. comm.*, 2006, I, 544; Portale, *Il diritto commerciale italiano alle soglie del XXI secolo (Lectio doctoralis presso l'Università di Heidelberg)*, in *Jus*, 2008, 30; Rzepecki, *Droit de la consommation ed théorie générale du contrat*, Parigi, 2002, *passim*; Sauphanor, *L'influence du droit de la consommation sur le système juridique*, Parigi, 2000, *passim*; Rochfeld, *The place of the Consumer Code in French Contract Law / La place du code de la consommation en droit contractuel français*, in *The Architecture of European Codes and Contract Law. Comparative consideration on existing national consumer code*, a cura di Grundman-Schauer Alphen-Rijn-Sijthoff-Noordhoff, 2006, 193 e ss.; Id., *La «communautarisation» du droit contractuel interne: de l'influence des notions forgées par le droit communautaire en général, et de celle de sanction en particulier*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2007, 223; Lagarde, *Heurs et malheurs de la protection internationale du consommateur dans l'Union européenne*, in *Le contrat au début du XXIe siècle, Études offertes à J. Ghestin*, Parigi, 2001, 511; Sirena, *Integrazione del diritto dei consumatori nella disciplina generale del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, 787; da ultimo, indirettamente, riconosce l'autonomia sistematica e scientifica dei contratti dei consumatori Zoppini, *Il contratto asimmetrico tra parte generale, contratti di impresa e disciplina della concorrenza*, in Navarretta, *Il diritto europeo dei contratti fra parte generale e norme di settore*, Milano, 2007, 372 (nonché in *Studi in onore di Nicolò Lipari*, II, 2008, 3023).



IPSOA

Gruppo Wolters Kluwer

2013

AGENDA LEGALE

Tutte le informazioni necessarie per l'annotazione delle attività quotidiane dell'Avvocato in un volume agile da consultare

Si compone di due volumi:

- L'**Agenda** classica: ad ogni giorno è dedicata una pagina che consente di annotare razionalmente le **attività quotidiane** (ora, autorità giudiziaria, numero di ruolo, provenienza, parti, provvedimento); le pagine iniziali contengono la **rubrica alfabetica delle pratiche**, delle cause civili, dei decreti ingiuntivi, del processo di esecuzione, del processo cautelare, delle procedure fallimentari, delle cause penali e del Tribunale amministrativo regionale; le pagine finali sono dedicate all'annotazione delle **pratiche in attesa e rinviate** ai cinque anni successivi; infine, una pratica **rubrica telefonica**.
- L'**Appendice** riporta la normativa di riferimento aggiornata con le ultime modifiche e la documentazione accessoria, indispensabile per l'attività quotidiana:
 - Deontologia
 - **Codice di deontologia**
 - Codice di deontologia e di buona condotta per il trattamento dei dati personali per svolgere **investigazioni difensive** o per far valere o difendere un diritto in sede giudiziaria
 - Tariffe
 - **Contributo unificato nel processo civile e amministrativo** (D.P.R. 30 maggio 2002, n. 115): Voci di spesa e Diritto di copia
 - **Spese processuali penali** (d.m.13 novembre 2002 n. 285)
 - Indennità per la levata dei protesti cambiari (d.m. 18 marzo 2010)
 - Assicurazioni
 - L'elenco di **tutte le imprese di assicurazione** con le relative attività e gli indirizzi delle sedi legali, autorizzate alla data di **gennaio 2012**
 - Giurisdizioni e Comuni
 - L'elenco alfabetico dei **capoluoghi di provincia** con l'indicazione della Corte d'Appello, del Tribunale, del Tribunale amministrativo e della Commissione tributaria provinciale e regionale
 - L'**elenco alfabetico dei Comuni italiani** con i relativi CAP, provincia, Giudice di pace, Tribunale (e sezioni distaccate)
 - Gli organi di **giurisdizione amministrativa, ecclesiastica, militare e contabile**
 - Avvocati
 - Il **ricco elenco degli Avvocati italiani e internazionali** (utile per lo scambio di collaborazioni tra i professionisti)



Compili subito il coupon, e lo invii **via fax allo 02.82476403**. Può acquistare anche on line su **www.shopwki.it** oppure può contattare l'**Agenzia** della Sua zona (www.shopwki.it/agenzie) o rivolgersi alle **migliori librerie** della Sua città.

- (00129673) Sì, desidero acquistare l'Agenda legale 2013, a € 45,00. (IVA inclusa)
- (702413000) Sì, desidero abbonarmi all'Agenda legale 2013, pagando solo € 38,00 (IVA inclusa) anziché € 45,00 (IVA inclusa). Riceverò ogni anno la nuova edizione dell'agenda con lo sconto riservato agli abbonati

Cognome e Nome		Azienda/Studio	
Via		CAP	
Città			
Tel.		Fax	
e-mail (obbligatoria):		Cod. cliente	
Partita IVA		C.F.	

(1002) Pagherò con bollettino postale premarcato sul c.c. n° 412205, intestato a Wolters Kluwer Italia s.r.l. Gestione abbonamenti Ipsoa, allegato alla fattura

Addebitare l'importo di € sulla mia carta di credito:

Mastercard (16 cifre) American Express (15 cifre) VISA (16 cifre) Diner's (14 cifre)

n° _____ Data di scadenza _____

Nome e indirizzo titolare carta di credito _____

Timbro e firma _____

TRATTAMENTO DATI PERSONALI
I dati personali saranno registrati su database elettronici di proprietà di Wolters Kluwer Italia S.r.l., con sede legale in Assago Milanofiori Strada 1-Palazzo F6, 20090 Assago (MI), titolare del trattamento e saranno trattati da quest'ultima tramite propri incaricati. Wolters Kluwer Italia S.r.l. utilizzerà i dati che La riguardano per finalità amministrative e contabili. I Suoi recapiti postali e il Suo indirizzo di posta elettronica saranno utilizzabili, ai sensi dell'art. 130, comma 4, del D.lgs. 196/03, anche a fini di vendita diretta di prodotti o servizi analoghi a quelli oggetto della presente vendita. Lei potrà in ogni momento esercitare i diritti di cui all'art. 7 del D.lgs. n. 196/2003, fra cui il diritto di accedere ai Suoi dati e ottenerne l'aggiornamento o la cancellazione per violazione di legge, di opporsi al trattamento dei Suoi dati ai fini di invio di materiale pubblicitario, vendita diretta e comunicazioni commerciali e di richiedere l'elenco aggiornato dei responsabili del trattamento, mediante comunicazione scritta da inviarsi a: Wolters Kluwer Italia S.r.l. - PRIVACY - Centro Direzionale Milanofiori Strada 1-Pal. F6, 20090 Assago (MI), o inviando un Fax al numero: 02.82476.403.

- Diritto di recesso. Clausola di ripensamento ai sensi dell'art. 5 D.lgs. n. 185/1999. Decorso 10 giorni lavorativi dalla data di ricevimento del bene da parte del cliente senza che questi abbia comunicato con raccomandata A.R. inviata a Wolters Kluwer Italia S.r.l. Milanofiori - Assago (o mediante e-mail, telegramma, telex o facsimile confermati con raccomandata A.R. nelle 48 ore successive), la propria volontà di recesso, la proposta si intenderà impegnativa e vincolante per il cliente medesimo. In caso di recesso da parte del cliente, entro lo stesso termine (10 giorni lavorativi dal ricevimento) il bene dovrà essere restituito per posta a Wolters Kluwer Italia S.r.l., Milanofiori, Strada 1 - Pal. F6, 20090 Assago (MI). Le spese di spedizione saranno a carico di Wolters Kluwer Italia S.r.l.

Intermediazione finanziaria

Upfront e Mark to market nelle operazioni in derivati

TRIBUNALE DI TERNI, Sez. pen., ord. 8 febbraio 2012 - Pres. Zanetti - Est. Tordelli - Comune di Orvieto c. BNL

Il *mark-to-market* non esprime un valore reale ma di mera proiezione in termini di attualizzazione dei costi sostenuti dall'istituto di credito per l'operazione di finanza derivata intrapresa ed a questo dovuti esclusivamente nel caso in cui il rapporto venga interrotto prima della sua naturale scadenza; al pari di una clausola penale, tale importo si presenta come un costo ulteriore ed eventuale (senza per questo essere occulto), connesso all'esercizio della facoltà di anticipata risoluzione del contratto che, come tale, non potrà mai avere un valore positivo durante il periodo di vigenza del contratto stesso.

ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI

Conforme	Cass. pen., 21 dicembre 2011, n. 47421; App. Torino, 19 aprile 2011; Trib. Milano, 19 aprile 2011, n. 5443.
Difforme	Non sono stati rinvenuti precedenti in termini.

Ordinanza

In data 21 gennaio 2012 il GIP presso il Tribunale di Orvieto, esaminata la richiesta del P.M., emetteva decreto di sequestro preventivo della somma di euro 361.750,00 nella disponibilità della Banca X indagata per l'illecito amministrativo di cui agli artt. 5, 21 e 24 D.L.vo 231/01 in relazione all'art. 640 II comma c.p..

La vicenda trae origine dalla sottoscrizione da parte del Comune di O. con la B. di numerosi contratti di finanza derivata, nell'arco temporale 2001-2006, molti dei quali sarebbero stati stipulati previa induzione in errore l'amministrazione comunale ad opera del funzionario, cosicché l'istituto di credito avrebbe percepito un ingiusto profitto pari complessivamente ad euro 361.750,00.

In particolare l'attenzione degli inquirenti si concentrava su due contratti di finanza derivata: il primo sottoscritto in data 14 marzo 2006 da cui la Banca avrebbe percepito un profitto "ingiusto" pari ad euro 280.141,00 (peraltro importo specificamente contestato dalla difesa) con conseguente corrispondente "danno" per il Comune di O. e un altro sottoscritto in data 15 dicembre 2006 nel quale la Banca avrebbe percepito un utile pari a 81.609,00 euro.

Nel provvedimento impugnato si asseriva che il funzionario di Banca avrebbe mendacemente prospettato la vantaggiosità dell'operazione; segnatamente ai pubblici amministratori fu prospettata la possibilità di operare una rinegoziazione del proprio debito con la immediata conseguenza di incassare denaro liquido, senza fornire affatto concrete ed esaustive indicazioni sull'elevato rischio di tali operazioni, anzi addirittura prospettando "falsamen-

te" che gli stessi contratti valessero come "copertura" contro i rischi di oscillazione dei tassi mentre in realtà si trattava di una speculazione bancaria.

L'"Up Front" (ovvero la somma di denaro che una parte versa all'altra in condizioni più svantaggiate) sarebbe stato corrisposto alla Pubblica Amministrazione sotto la veste di "anticipazione del credito", occultando la reale natura dello stesso, ovvero di elemento riequilibratore del contratto, (atteso che è principio generale quello per cui il derivato, al momento iniziale, dovrebbe avere valore zero per entrambe le parti) dovuto a fronte della necessità appunto di riequilibrare la posizione del cliente maggiormente svantaggiata: la comprensione di questo meccanismo avrebbe evitato, secondo la prospettazione accusatoria, la stipula di tali contratti e la rinegoziazione degli stessi a condizioni sempre più svantaggiose.

In conclusione, il GIP evidenziava che vi era stata una mendace informazione sulla rischiosità delle operazioni concluse, in conclamata violazione del generale principio di buona fede negoziale prima che degli specifici obblighi previsti dalla legge SIM; conseguentemente se il Comune fosse stato informato adeguatamente del rapporto rischio-rendimento sotteso alle predette operazioni finanziarie mai avrebbe concluso tali operazioni.

A supporto di tale ipotesi investigativa, veniva menzionata la sentenza della Suprema Corte (sez. II sent. del 15 ottobre 2009, n. 43347) secondo la quale "integra il reato di truffa contrattuale la condotta del funzionario di banca il quale, minimizzando i rischi e non rivelando con completezza tutti gli elementi dell'operazione finanziaria

proposta al cliente (nella specie vendita di prodotti finanziari atipici i c.d. *swaps*) consapevolmente tragga vantaggio, per conto dell'istituto medesimo, ai fini della vendita medesima, dalla inesperienza e dalla ignoranza in materia del compratore”.

Nella fattispecie in esame risultavano presenti tutti gli elementi indicati dalla Corte; in particolare si asseriva che nessuno dei funzionari del comune era esperto o a conoscenza del settore dei derivati, la banca non aveva avvertito della rischiosità delle operazioni, trovandosi, altresì, in conflitto di interessi atteso che, dalle operazioni suddette, giammai sarebbero derivate perdite per la stessa ma solo guadagni con perdite per il comune.

Premesso ciò e ravvisato sia il *fumus* che il *periculum*, veniva disposto il sequestro preventivo, ai sensi dell'art. 53 D.L.vo 231/01, di beni, titoli e denaro per un importo corrispondente all'asserito danno pari a euro 361.750,00. Avverso il decreto emesso dal GIP, tempestivamente eseguito a cura del Nucleo Polizia Tributaria di Terni in data 23 gennaio 2012, veniva presentata richiesta di riesame ex art. 324 c.p.p. dal difensore di fiducia della B. per i motivi dettagliatamente indicati nell'istanza e illustrati nel corso dell'udienza camerale.

Il Collegio ritiene che il ricorso sia fondato e che, pertanto, debba essere annullato il decreto di sequestro preventivo impugnato.

Deve, preliminarmente, osservarsi come sia pacifico che al Tribunale del Riesame spetti non già un controllo puramente “estrinseco” e “cautelare” dei presupposti di adozione della misura, quanto una verifica della sussistenza del *fumus* in concreto del reato prospettato dall'accusa oltreché del nesso di pertinenzialità tra l'oggetto del sequestro e il reato ipotizzato.

Premesso ciò, deve osservarsi come la Suprema Corte, con sentenza del 21 dicembre 2011, n. 47421, abbia esaminato una vicenda del tutto analoga alla presente ovvero un sequestro preventivo, emesso a norma dell'art. 53 D.L.vo n. 231/01, di somme di denaro giacenti presso la B., ritenute asseritamente essere il provento percepito fraudolentemente da operazioni finanziarie mediante derivati finalizzate al risanamento dell'indebitamento di taluni comuni e contratte dai comuni medesimi.

Orbene la Corte condivideva l'assunto dei Giudici del riesame che, nell'annullare il decreto di sequestro preventivo, avevano evidenziato la sostanziale convenienza dell'operazione finanziaria realizzata dai Comuni interessati atteso che gli stessi non soltanto avevano ottenuto l'immediata corresponsione di una somma quale *Up Front* ma avevano convenuto un piano di ristrutturazione del debito sviluppato in termini più che ragionati da parte della Pubblica Amministrazione.

D'altra parte per accertare se una determinata operazione finanziaria rappresenti o meno un vantaggio o un danno per l'ente contraente occorre procedere ad una disamina a posteriori allorché cioè il contratto abbia raggiunto la sua naturale scadenza atteso che, prima di tale momento, sono previsti meccanismi di aggiustamento destinati proprio ad operare un bilanciamento tra le posizioni dei contraenti.

D'altra parte non può dubitarsi della legittimità dell'operazione nel suo complesso atteso che i contratti stipulati a fronte di operazioni su strumenti finanziari derivati (c.d. *Interest Rate Swap*) sono stati espressamente riconosciuti e disciplinati dalla legge (art. 41 l. 448/01) come possibili mezzi di gestione del debito pubblico cui dunque gli Enti Pubblici sono stati autorizzati a ricorrere per sanare debiti preesistenti.

In modo più specifico, deve osservarsi come, nella vicenda in esame, il GIP ha inteso condividere le conclusioni formulate dalla società consulente del P.M., la quale ha proceduto alla elaborazione di una analisi economica dell'operazione complessivamente posta in essere tra la B. e il Comune di O., applicando uno schema astratto di matematica finanziaria e, in base ad esso, sviluppando un documento programmatico volto a delineare il possibile andamento che dai contratti stipulati ci si poteva attendere sulla base delle variabili cui i contraenti avevano ancorato i reciproci rapporti.

Tuttavia, appare inesatta la prospettiva di valutazione del C.T. del P.M., recepita dal GIP nel provvedimento impugnato, la quale, registrando l'andamento dei contratti in un momento molto anticipato rispetto alla naturale scadenza (2030 l'uno e 2031 l'altro), formula una valutazione aprioristica in termini probabilistici, mentre maggiormente attendibile sarebbe una analisi ex post del reale andamento del contratto, ove portato alla naturale scadenza, al fine di stabilire se dallo stesso possa essere ricavato un vantaggio o uno svantaggio per l'Ente contraente.

Peraltro, la lettura dei contratti stipulati tra la B. e il Comune di O. consente agevolmente di inquadrarli come contratti standard IRS in cui il tasso variabile del debito del Comune viene coperto all'interno di un determinato intervallo (come nel contratto del 14 marzo 2006) ovvero sostituito con un tasso tendenzialmente fisso (contratto del 15 dicembre 2006) con riduzione in entrambi i casi proprio del rischio di oscillazione dei tassi.

Appare francamente arduo sostenere che tali operazioni possano avere natura puramente speculativa mentre appaiono, al contrario, come “copertura” rispetto a debiti preesistenti della Pubblica Amministrazione.

È ovvio che, a fronte di ciò, la Banca deve poter percepire un utile destinato a coprire i costi dell'operazione e a remunerare i rischi assunti, come usualmente avviene in tutte le operazioni finanziarie.

Al cliente viene, pertanto, imposto un livello di tasso comprensivo del margine di utile destinato alla Banca senza che al cliente stesso siano state imposte spese ulteriori rispetto a quanto chiaramente esplicitato nei contratti.

Né può sostenersi che asseriti costi impliciti a carico del cliente (*rectius* del Comune) siano ravvisabili, come pur si afferma nel provvedimento impugnato, nel valore negativo del *mark to market* al momento della sottoscrizione dei contratti: come correttamente osservato dalla difesa, questo dato non esprime un valore reale ma di mera proiezione in termini di attualizzazione dei costi sostenuti dall'istituto di credito per l'operazione di finanza derivata intrapresa ed a questo dovuti esclusivamente nel caso in

cui il rapporto venga interrotto prima della sua naturale scadenza; al pari di una clausola penale, tale importo si presenta come un costo ulteriore ed eventuale (senza per questo essere occulto), connesso all'esercizio della facoltà di anticipata risoluzione del contratto che, come tale, non potrà mai avere un valore positivo durante il periodo di vigenza del contratto stesso; altrimenti, in caso di risoluzione anticipata gratuita, rimarrebbero a carico della banca sia i costi d'impresa che l'importo dell'*up front* eventualmente erogato cosicché operazioni del genere sarebbero certamente svantaggiose per la banca che mai addiverrebbe alla loro stipula.

In ultimo, deve solo accennarsi alla consulenza espletata dalla difesa dalla quale si evince come i due contratti di finanza derivata stipulati dal comune di O. rappresentino un'operazione "efficiente" dal punto di vista economico e "giustificata" in termini di minor uscita di cassa a favore dell'ente.

In definitiva, in assenza del *fumus commissi delicti* nonché del rapporto di pertinenzialità tra la somma sequestrata e il reato ipotizzato - tenuto conto del fatto che il valore del

presunto danno arrecato al Comune e del correlativo ingiusto profitto della Banca sottoposto a sequestro non corrisponde ad alcuna effettiva uscita di cassa da parte del Comune né ad alcuna somma effettivamente percepita dalla B., ma costituiscono - come già diffusamente detto - importi determinati dal consulente del P.M. in modo virtuale sulla base di conteggi matematici astratti - l'impugnato provvedimento deve essere annullato con restituzione all'avente diritto di quanto in sequestro.

P.Q.M.

Visti gli artt. 309 - 321 c.p.p.
In accoglimento della richiesta di riesame

ANNULLA

Il decreto di sequestro preventivo emesso dal GIP del Tribunale di Orvieto in data 21 gennaio 2012 e, per l'effetto, dispone la restituzione all'avente diritto di quanto sottoposto a sequestro.

Manda al P.M. competente per l'esecuzione.

Manda alla Cancelleria per gli adempimenti di rito.

IL COMMENTO

di Manuela Ruggi e Giuseppe Settanni

L'articolo analizza il concetto di *mark to market* nelle operazioni in derivati, evidenziandone gli aspetti rilevanti ai fini dell'applicazione dello stesso sul piano giuridico. In particolare, dopo una disamina delle posizioni della dottrina e della giurisprudenza, il lavoro si sofferma sull'analisi di una recentissima pronuncia del Tribunale di Terni, sottolineandone criticità e aspetti di difficile inquadramento.

I contratti derivati: brevi cenni introduttivi

La diffusione dei contratti derivati ha suscitato negli ultimi anni un marcato interesse tanto nella dottrina quanto nella giurisprudenza, creando scalpore anche nell'opinione pubblica soprattutto in virtù di alcuni scandali che hanno coinvolto banche, intermediari finanziari ed enti pubblici del nostro Paese. Tuttavia, molti dubbi e incomprensioni sono stati - e sono - in larga parte dovuti ad una conoscenza non approfondita della materia, anche nei suoi tratti essenziali (1).

Per un inquadramento dei contratti derivati, la dottrina ha fornito diverse ipotesi definitorie. In particolare, è stato sostenuto che questi siano «contratti il cui valore deriva dal prezzo di un'attività finanziaria sottostante, ovvero dal valore di un parametro finanziario di riferimento (indice di borsa, tasso di interesse, cambio)» (2). Altri invece hanno proposto di considerare i derivati come quei contratti «atipici di natura finanziaria consistenti nella negoziazione a termine di un'entità economica e nella relativa valorizzazione auto-

Note:

(1) Copiosa è la dottrina in materia di derivati: in tale ambito, si ricordano G. Horeczko, *I derivati finanziari e creditizi*, Pescara, 2012; F. Caputo Nasseti, *I contratti derivati finanziari*, Milano, 2011; N. Dunbard, *Quei diavoli di derivati. Bugie e segreti dello strumento finanziario più controverso*, Milano, 2011; G. Mussari-D. Monti-A. Micoli, *Gli strumenti della crisi: i derivati finanziari. Aspetti giuridici, tecnici e psicologici*, Matelica, 2011; E. Girino, *I contratti derivati*, Milano, 2010; I. Parrilla, *Credit derivatives. Profili civilistici e fiscali*, Milano, 2010; V. Sangiovanni, *I contratti derivati fra normativa e giurisprudenza*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, 1, 39 ss.; P. Savona, *Sugli effetti macroeconomici dei contratti derivati. Dieci lezioni*, Roma, 2010; M. Elia-I. Molinari, *Compendio sui contratti derivati. Un faro sugli interest rate swap*, Milano, 2009; J. Hull (cur. E. Barone), *Opzioni, futures e altri derivati*, Milano, 2009; A. Sirotti Gaudenzi, *Derivati e swap. Responsabilità civile e penale*, Rimini, 2009; E. Geretto, *Gli strumenti derivati: utilizzi per gli investitori e le imprese*, Torino, 2008; G. Risaliti, *Gli strumenti finanziari derivati nell'economia delle aziende. Risk management, aspetti operativi e principi contabili internazionali*, Milano, 2008; R. Dolce-R. Parisotto, *Le operazioni in valuta e i derivati finanziari*, Milano, 2005; P. Belloni, *I derivati su tassi*, Milano, 2004; C. Oldani, *I derivati finanziari. Dalla Bibbia alla Enron*, Milano, 2004; L. Tarquinio, *Financial derivatives. Fair value e convergenza contabile internazionale*, Torino, 2003; E. Geretto, *Strumenti e contratti derivati: mercati e caratteristiche*, Udine, 2001; D. Sartore, *Gli strumenti derivati*, Milano, 1999.

(2) F. Caputo Nasseti, *I contratti derivati finanziari*, cit., 2.

noma del differenziale emergente dal raffronto tra il prezzo dell'entità al momento della stipulazione e il suo valore alla scadenza pattuita per l'esecuzione» (3). Infine, è stato ritenuto che un derivato sia «*quel contratto che assume a suo oggetto il trasferimento da un soggetto A ad un soggetto B di un rischio inerente ad un'attività sottostante*», ovvero «*quel contratto con il quale si dà un prezzo al rischio*» (4).

A parere di chi scrive, tutte le suddette definizioni presentano elementi imprescindibili al fine di comprendere cosa materialmente sia un contratto derivato. Nello specifico, si tratterebbe pertanto di un contratto atipico il cui valore deriva da quello di un sottostante (che può essere il più vario) tramite il quale si concorda l'allocazione di un rischio tra le parti (5). Pare evidente che la natura degli strumenti in oggetto sia da ricondurre a quella dei contratti di scambio.

È però opportuno valutare se i derivati debbano essere classificati tra i contratti commutativi o tra quelli aleatori. Alcuni studiosi propenderebbero per il carattere commutativo di tali contratti, poiché essi non presenterebbero elementi di incertezza in merito all'esistenza di una o entrambe le prestazioni né riguardo all'entità delle stesse. Tale orientamento ritiene che il rischio non sia né causa né oggetto dello scambio effettuato dalle parti: è lo scambio in sé ad essere causa, ragion d'essere del contratto derivato (6). Altri, invece, sostengono che la indeterminabilità *ex ante* della parte nei cui confronti incombe la prestazione e le imprevedibili oscillazioni cui sono esposti gli indici o i tassi di riferimento debbano fare inevitabilmente propendere per la necessaria aleatorietà dei contratti in discorso. Secondo quest'ultimo orientamento, il rischio della variazione dei parametri presi quali punto di riferimento dalle parti costituirebbe la causa del contratto derivato (7).

In merito, si ritiene di aderire alla prima delle tesi suesposte, in quanto permetterebbe di attribuire una funzione centrale allo scambio dei pagamenti, vera peculiarità dei contratti in oggetto. Tale scambio - è bene sottolinearlo - può svolgere un ruolo differente a seconda delle finalità che le parti intendono perseguire con la stipulazione di un contratto derivato: ci si riferisce in particolare allo scopo di copertura (*hedging*) ovvero a quello meramente speculativo (*trading*) che le parti possono avere in mente nel momento in cui addiventano alla sottoscrizione di un tale contratto.

Per quanto riguarda l'oggetto - in senso del tutto lato - dei contratti derivati, esso consisterebbe nella variazione di valore del sottostante ("*underlying*")

cui i primi sono collegati. Le prestazioni delle parti, in tal guisa, avranno una diretta dipendenza dalla variazione dell'attività o del parametro sottostante. Detto valore - conosciuto ad entrambe le parti al momento della sottoscrizione del contratto - si modificherà durante la vita del medesimo e, in conseguenza di tale mutazione, verrà calcolata l'entità delle prestazioni e dei pagamenti dovuti dalle parti.

Il Mark to market

In virtù di quanto detto sopra, pare evidente come un ruolo centrale nella materia sia da attribuire alla variazione di valore del sottostante. In merito, è opportuno soffermarsi su uno degli elementi fondamentali dei contratti derivati, che probabilmente la giurisprudenza - e talvolta anche la dottrina - non sembrano aver compreso appieno: il riferimento è al concetto di *mark to market*.

Con tale *wording* - da tradurre, più o meno letteralmente, con l'espressione "*marcare il mercato*" - ci si riferisce alla modalità di valutazione del valore, in un dato momento, di un derivato, al fine di monitorarne e verificarne l'andamento. In altri termini, ipotizzando la chiusura del contratto a quella data e in quel preciso momento, si verificano le posizioni di dare/avere delle parti e si calcolano i conseguenti pagamenti dovuti (8). Pertanto, il *mark to market* «*corrisponde all'atto di assegnare ad ogni contratto pre-*

Note:

(3) E. Girino, *I contratti derivati*, cit., 20.

(4) E. Barcellona, *Note sui derivati creditizi: market failure o regulation failure?*, in *Banca, borsa tit. cred.*, 2009, 6, 652 ss.

(5) Secondo G. Maci, *I prodotti derivati ed il loro utilizzo negli enti locali*, Napoli, 2009, i contratti derivati, in ragione del sottostante su cui si basano, possono distinguersi in: "*derivati su prodotti finanziari generalmente intesi (azioni, obbligazioni, titoli di stato, indici di borsa, ecc.); derivati su valute; derivati su tassi di interesse; derivati su materie prime o commodities*".

(6) In tal senso, F. Caputo Nasseti, *I contratti derivati finanziari*, cit., 80, secondo cui il contratto di *swap* (una delle figure di contratto derivato più diffuse nella prassi) «*esaurisce la sua funzione con lo scambio dei flussi di pagamento e la causa tipica imminente che caratterizza questo contratto è appunto lo scambio dei pagamenti, che di per sé ha ragion d'essere ed ha una sua positiva funzione sociale*». Lo scambio dei rischi della variazione dei tassi non potrebbe quindi rientrare nella causa del contratto, poiché esso «*fa parte dell'alea normale del contratto di swap, di quell'alea cioè che non si inserisce nel contenuto del contratto si da qualificarne la funzione, ma rimane ad esso estrinseca, per quanto di fatto connessa con lo svolgimento esecutivo del rapporto contrattuale*».

(7) Di tale avviso, in dottrina: M. Lembo, *La rinegoziazione dei contratti derivati: problematiche giuridiche*, in *Nuovo dir.*, 2007, 8-9, 510, il quale sostiene che "*senza alea non si ha un derivato*". In senso conforme Cass. 19 maggio 2005, n. 10598, in *Foro it.*, 2006, I, 1105.

(8) In tal senso, E. Girino, *I contratti derivati*, cit., 455.

sente nel portafoglio un prezzo che rifletta il suo valore corrente di mercato» (9).

Il valore del *mark to market* assume grande importanza anche in sede di rinegoziazione di precedenti operazioni in derivati. A tale proposito, si noti che i contratti derivati si distinguono in “*par*” e “*non par*”: nei primi, il valore corrente del sottostante al momento della sottoscrizione del contratto è nullo, mentre nei secondi questo è negativo per una delle parti. In tale ultimo caso, sarà necessario riequilibrare la posizione delle parti: detto riallineamento avverrà mediante il pagamento di una somma di denaro - pari al valore di mercato negativo del contratto, al netto di eventuali commissioni - che viene definito *upfront* (10).

In merito al concetto di *mark to market*, la giurisprudenza ha avuto modo di pronunciarsi recentemente in una serie di occasioni, sebbene il ragionamento dalla stessa seguito - in maniera pressoché univoca - non possa definirsi pienamente convincente.

In particolare, è stato ritenuto che il *mark to market*, non costituendo l'oggetto di un contratto derivato, sia un valore dato in un certo momento a tale contratto per la stima del quale sia necessario fare riferimento a previsioni future. Tale elemento non avrebbe nessuna implicazione giuridica sulle parti e non farebbe sorgere alcun obbligo di pagamento: sarebbe, in altre parole, una sorta di “*rating evoluto*” per monitorare l'andamento del derivato. Al massimo potrebbe essere considerato come patto accessorio tramite il quale le parti - ad esempio - convengano espressamente di operare la stima del valore con frequenza giornaliera, oppure un patto finalizzato a regolare le modalità di recesso anticipato dal contratto (11).

Anche la Suprema Corte ha avuto modo di pronunciarsi sulla nozione di *mark to market*, affermando che lo stesso non costituirebbe un valore concreto ed attuale, ma solamente «una proiezione finanziaria basata sul valore teorico di mercato in caso di risoluzione anticipata». Tale valore, influenzato da vari fattori e «sistematicamente aggiustato in funzione dell'andamento dei mercati finanziari», non potrebbe essere posto a fondamento di un'analisi finalizzata a stabilire se lo stesso rappresenti un danno o un vantaggio per le parti: sarebbe possibile effettuare solamente una valutazione *a posteriori* al termine della vita del contratto per comprendere il beneficio o il nocumento arrecato dal contratto (12).

Parte della dottrina ha ritenuto di aderire alle tesi espresse dalla giurisprudenza sopra indicata. In particolare, è stato sostenuto che il *mark to market* sia da agganciare semplicemente all'ipotesi della chiusura

istantanea del rapporto contrattuale, rimanendo esclusa ogni possibile ulteriore implicazione (13); e che, se espresso in termini negativi, costituirebbe solamente la perdita futura prevista in termini di flussi di cassa, attualizzati ad una certa data (14). Altri hanno apprezzato invece l'assunto che - attraverso il *mark to market* - non sia possibile durante la vita di un contratto derivato apprezzare un danno o una lesione per le parti dello stesso, in quanto tale elemento non costituirebbe un vero e proprio valore di mercato (15).

Note:

(9) Così E. Derman, *Dalla fisica quantistica alla borsa. Le meraviglie dei metodi quantitativi*, cit., 264.

(10) Come osservato dalla Commissione Tributaria Provinciale della Lombardia - Provincia di Milano, sentenza 30 maggio 2011, n. 192, «*gli up front hanno lo scopo di compensare futuri flussi mark to market negativi, in quanto riducono o annullano la perdita intrinseca che il contratto derivato presenta in origine, per una delle parti, riequilibrando le posizioni contrattuali. La corresponsione dell'up front determina una modifica del valore del derivato stesso alla data della stipula, in quanto compensa la perdita iniziale che le condizioni contrattuali comportano per uno dei contraenti. Gli importi incassati a titolo di up front hanno come unico scopo quello di compensare la perdita intrinseca che i contratti derivati presentano all'origine*». Si noti in proposito anche quando statuito dal Trib. Milano 14 aprile 2011, in www.ilcaso.it: «*il mtm negativo alla sottoscrizione dei contratti... attribuisce ai contratti swap una funzione speculativa*».

(11) Trib. Milano, 19 aprile 2011, n. 5443, in www.ilcaso.it; App. Torino, 19 aprile 2011; Trib. Milano, 12 gennaio 2011.

(12) Cass.21 dicembre 2011, n. 47421.

(13) F. Romana Fantetti, *Obblighi di diligenza e professionalità dell'intermediario finanziario a fronte della qualità di cliente professionale dell'investitore*, in *Resp. civ.*, 2011, 11, 735 ss.: «*il Tribunale bene ha argomentato a tale proposito che il cosiddetto mark to market, o Fair value, non può essere considerato l'oggetto del contratto trattandosi di un valore che viene dato in un certo momento della sua vita ad un derivato, la cui stima involge notevoli aspetti previsionali, e che ex se non comporta alcuna conseguenza giuridica sulla posizione delle parti, non si traduce cioè in una perdita monetaria o in un obbligo di pagamento. Si tratta di una sorta di rating evoluto, essendo infatti la sua funzione iniziale solo quella di consentire il monitoraggio dell'andamento del derivato, agganciandosi all'ipotesi della istantanea chiusura del rapporto*».

(14) F. Romana Fantetti, *L'annullabilità in autotutela dei contratti derivati*, in *Resp. civ.*, 2012, 42 ss.: «*il mark to market negativo, ovvero il valore monetario del contratto, è la somma che l'ente, qualora voglia cancellare in un determinato momento il contratto, dovrà pagare alla banca. Esso rispecchia la perdita attesa futura in termini di flussi di cassa, attualizzati alla data corrente...*».

(15) S. Vesentini, *Il giudice civile si pronuncia sui derivati utilizzati dagli enti locali: l'up front nei contratti di Interest Rate Swap*, in *Resp. civ.*, 2010, 12, 821 ss.: «*è agevolmente intuibile che, in relazione alla stipula di contratti aventi ad oggetto strumenti finanziari derivati, durante la vita del contratto, è difficile rilevare in modo preciso l'ammontare dell'eventuale lesione riportata al patrimonio dell'investitore, in quanto il c.d. mark to market del contratto non indica un vero e proprio valore di mercato del contratto derivato, ma, essendo un "flusso di cassa futuro" (positivo o negativo) che verrà incassato o supportato dall'ente soltanto "quando" e "se" si scioglierà il contratto, è solo in grado di rappresentare un valore atteso*». Osserva anche l'ABI nella sua In-

Sono però diversi gli aspetti che non convincono in questa impostazione. In primo luogo, non sembra condivisibile l'idea di considerare il *mark to market* come un valore del tutto astratto: è anzi lo stesso codice civile a richiedere che nella nota integrativa al bilancio venga indicato - per i contratti derivati - il loro *fair value*, che altro non è se non, appunto, il *mark to market* (16). In tal modo, detto elemento assume una valenza tutt'altro che astratta e si connota di una grande importanza a livello pratico, finendo infatti direttamente nel bilancio (17).

Da tale aspetto, discende sicuramente un'altra considerazione. Non pare infatti possibile ammettere che il *mark to market* non possa produrre conseguenze giuridicamente apprezzabili nei confronti delle parti durante la vita del contratto (18). L'aspetto bilanciistico che il *mark to market* va a intaccare potrebbe incidere - talvolta anche pesantemente - sul bilancio di moltissime società (19).

Infine, non può condividersi l'idea secondo cui la valutazione di un'eventuale lesione subita da una delle parti di un contratto derivato possa essere effettuata solamente al termine dello stesso, eliminando pertanto ogni possibile utilità al valore del *mark to market* durante la vita del contratto. Com'è noto, si tratta infatti di contratti che prevedono una data di scadenza molto posticipata nel tempo, e non può accettarsi l'idea che - per comprendere se si sia materializzato un danno - si dovranno attendere anche venti o trenta anni. Questo è ancor più vero nel caso in cui ad aver concluso un contratto derivato sia stato un ente pubblico, il quale - nel suo operato - ha l'obbligo di perseguire interessi pubblici.

L'ordinanza del Tribunale di Terni

Nel solco giurisprudenziale sopra citato, si inserisce anche l'ordinanza in commento, emessa dal Tribunale penale di Terni in funzione di giudice del riesame, in una vertenza relativa alla stipulazione da parte di un Comune e di una banca di contratti derivati che avrebbero generato cospicue perdite per l'ente pubblico.

Nello specifico, si tratterebbe di un'operazione complessiva di rinegoziazione del debito nella quale la banca avrebbe prospettato falsamente al Comune la finalità di copertura della stessa contro i rischi di oscillazione dei tassi, laddove invece si sarebbe trattato di una *transaction* puramente speculativa. La banca, nell'operazione, avrebbe corrisposto al Comune un importo a titolo di *upfront* sotto la veste di anticipazione del credito, occultando del tutto la reale natura di tale somma, ovvero quella di elemento riequilibratore del contratto, vista la necessi-

tà appunto di riallineare la posizione svantaggiata del Comune. L'ente, non essendo stato informato di tale situazione, sarebbe stato pertanto tratto in inganno in virtù delle false informazioni rese dalla banca. Disposto il sequestro preventivo per l'importo indicato dal Comune a titolo di danno, è stata presentata dalla banca richiesta di riesame.

Il giudice, riallacciandosi a quanto già affermato dalla Suprema Corte in una precedente pronuncia (20), statuisce che al fine di accertare se un derivato sia o meno vantaggioso per una parte è necessario procedere ad un esame *a posteriori*, ovvero nel momento in cui questo sia giunto a scadenza, considerato che - an-

Note:

(continua nota 15)

dagine conoscitiva sull'utilizzo e la diffusione degli strumenti di finanza derivata e delle cartolarizzazioni nelle pubbliche amministrazioni del 1° aprile 2009, reperibile all'indirizzo web: http://www.abi.it/doc/124170237246187_g_servizi_1.pdf. «Il *mark to market* è il valore che una delle parti (banca o ente territoriale) deve pagare all'altra qualora decida di estinguere anticipatamente il contratto. Quando il contratto giunge alla naturale scadenza il *mark to market* è pari a zero; quindi non si deve pagare nulla. Il *mark to market* è il risultato di un calcolo di attualizzazione dei flussi, ipotetici, scaturenti dal contratto; è un dato che assume una valenza temporale limitata all'atto della rilevazione; non costituisce debito né è indicativo dello stesso; non costituisce vantaggio/svantaggio per le parti e non è possibile effettuare stime attendibili anticipate. Essendo quindi il pagamento del *mark to market* legato ad una manifestazione di volontà dello stesso cliente (volontà di chiudere anticipatamente la posizione) non può essere considerato un "rischio" cui il cliente va incontro».

(16) Art. 2427-bis c.c.

(17) È anzi lo stesso Trib. i Milano, 19 aprile 2011, n. 5443, cit. ad affermare che «il *MTM* non è che quel *fair value* che espressamente l'art. 2427 bis comma 1 n. 1 c.c. impone di indicare nella nota integrativa di bilancio».

(18) *Contra*, E. Girino, *I contratti derivati*, cit., 458, per il quale «il *mark-to-market* rappresenta il metodo di stima del c.d. costo di sostituzione... più semplicemente definibile come il valore al quale un soggetto, terzo rispetto all'accordo e del tutto indipendente dalle parti coinvolte, sarebbe disponibile, alla data della valutazione, a subentrare nel contratto. Ancor più semplicemente il "valore di mercato" e, quindi, il "prezzo" del contratto alla data considerata. Trattandosi di un valore, la sua stima non comporta in sé alcuna giuridica conseguenza sulla posizione delle parti, non si traduce cioè in una perdita monetaria o in un obbligo di pagamento».

(19) In tal senso anche S. Galimberti, *Analisi del recente orientamento giurisprudenziale sul mark-to-market alla luce della teoria e prassi matematico-finanziaria*, in *Diritto Bancario*, Approfondimenti, marzo 2012, reperibile al seguente indirizzo web: <http://www.diritto bancario.it/approfondimenti/finanza/analisi-del-recente-orientamento-giurisprudenziale-sul-mark-to-market>. Per un'attenta ed approfondita analisi sulle valutazioni bilanciistiche che il *mark to market* può comportare, si veda R. Cesari, *Mark-to-Market, valutazioni di convenienza economico-finanziaria e giurisprudenza*, in *Riv. dir. bancario*, febbraio 2012, in: http://www.diritto bancario.it/sites/default/files/allegati/cesari_2012.pdf.

(20) Cass., 16 febbraio 2011, n. 2254.

teriormente a tale data - sono previsti meccanismi di aggiustamento aventi la finalità di operare appunto un bilanciamento tra le posizioni delle parti. Non sarebbe pertanto possibile registrare l'andamento di un contratto derivato in un momento molto anticipato rispetto alla sua naturale scadenza formulando valutazioni del tutto aprioristiche in termini probabilistici; sarebbe invece necessario effettuare una valutazione *ex post* del reale andamento del contratto solamente alla naturale scadenza dello stesso al fine di stabilire se ne sia derivato un vantaggio per una delle parti.

Nell'ordinanza, il giudice riconosce che alla banca debba essere riconosciuta la possibilità di un utile che vada a coprire i costi dell'operazione e remunerare i rischi assunti, il quale dovrà - per forza di cose - essere a carico della controparte, senza che ciò costituisca una spesa ulteriore rispetto a quanto indicato nel contratto.

Questa parte dell'ordinanza è quella che più interessa ai fini della nostra analisi. Infatti, riconoscendo la possibilità di un utile per la banca che sia a carico del Comune, il giudice non ritiene di poter desumere che costi impliciti possano essere identificati nel valore negativo del *mark to market* al momento della sottoscrizione dei contratti. Tale indice, infatti, «non esprime un valore reale ma di mera proiezione in termini di attualizzazione dei costi sostenuti dall'istituto di credito per l'operazione di finanza derivata intrapresa ed a questo dovuti esclusivamente nel caso in cui il rapporto venga interrotto prima della sua naturale scadenza; al pari di una clausola penale, tale importo si presenta come un costo ulteriore ed eventuale (senza per questo essere occulto), connesso all'esercizio della facoltà di anticipata risoluzione del contratto che, come tale, non potrà mai avere un valore positivo durante il periodo di vigenza del contratto stesso; altrimenti, in caso di risoluzione anticipata gratuita, rimarrebbero a carico della banca sia i costi d'impresa che l'importo dell'up front eventualmente erogato cosicché operazioni del genere sarebbero certamente svantaggiose per la banca che mai addiverrebbe alla loro stipula».

Il *dictum* sopra indicato lascia trasparire alcuni profili degni di nota. In particolare, pare indubitabile che il *mark to market* sia - per sua stessa natura - mutevole nel tempo e che quindi vari durante la vita del contratto. Tale concetto sarebbe pertanto un indice che può assumere diversi valori nel corso del contratto, senza creare distorsioni e/o effetti di illiceità sul contratto stesso. L'ordinanza riconosce chiaramente questo principio e lo fa proprio.

Tuttavia, ciò che non convince è che - fino alla scadenza del contratto - non possa essere valutato da parte del Comune se il contratto nel suo complesso

sia vantaggioso o svantaggioso. Si pensi ad un caso differente, ovvero quello di un derivato sottoscritto da due banche o due società finanziarie (soggetti aventi approfondite conoscenze dei mercati finanziari): in tal caso, queste sarebbero perfettamente in grado di valutare il reale "valore" del contratto in qualsiasi momento, potendone analizzare la vantaggiosità o la dannosità. Inoltre, a seguito delle analisi sul *mark to market* relative al contratto sottoscritto, esse avrebbero precisi obblighi di iscrizione a bilancio del valore negativo o positivo del contratto anche *medio tempore*. Ciò che invece sembra affermare il giudice nell'ordinanza *de qua* è che ad un Comune non sarebbe consentito effettuare una tale valutazione fino alla scadenza del contratto. Sembra evidente come a quel punto però potrebbe essere troppo tardi per trarre delle conclusioni opportune (21).

Nota:

(21) Osserva R. Cesari, *Mark-to-Market, valutazioni di convenienza economico-finanziaria e giurisprudenza*, in *Riv. dir. banc.*, febbraio 2012, reperibile al seguente indirizzo web http://www.dirittobancario.it/sites/default/files/allegati/cesari_2012.pdf, come sia «verissimo... che nella vita del derivato il segno e il valore del *mark-to-market* possono variare. Ma questa variazione non va interpretata come una debolezza del *mark-to-market* bensì come l'inevitabile effetto del fatto che ad ogni istante di tempo, per le mutevoli condizioni di mercato, la "quantità" di rischio inizialmente scambiata tra le parti si modifica e in base a queste modifiche devono essere fatti ulteriori aggiustamenti. Ad esempio, nei contratti *futures* a fronte di variazioni favorevoli (sfavorevoli) del *mark-to-market* una parte riceve dall'altra (ne riceve) delle somme determinate proprio per ristabilire la parità delle due posizioni. E questo, si noti, prova che il *mark-to-market* è a tutti gli effetti un "valore concreto e attuale" molto più di tante altre grandezze e senza bisogno che, per la sua manifestazione "concreta", il derivato si debba risolvere anticipatamente. Laddove poi il derivato sia meno standard di un *futures*, allora l'unico cambiamento (formale, ma non sostanziale) è che le parti non si scambiano flussi di cassa giornalieri, ma l'andamento del *mark-to-market* continua ad avere primaria importanza. Non a caso, nella disciplina di vigilanza sulle banche, dal gennaio 2005 è stato previsto che tutti i derivati OTC con *mark-to-market* negativo debbano essere evidenziati in Centrale Rischi per un importo pari al *mark-to-market* stesso. Passando ora ad operatori meno esperti, come gli enti locali, la posizione espressa da taluna recente giurisprudenza sembra legittimare (seppur indirettamente) un'importante differenza (o, forse, sarebbe meglio dire, disparità di trattamento). Chiosando le sentenze citate in apertura, sembra infatti che l'implicazione sia: il *mark-to-market* lo puoi usare se sei una banca per capire se stai guadagnando o perdendo, ma se sei un ente pubblico allora no. In questo caso... per capire se per una parte (l'ente) c'è stato danno e per l'altra (la banca) ingiusto profitto, non si può e non si deve cercare di capire prima. Bisogna aspettare la fine dei giochi, cioè la scadenza del derivato, e vedere allora e solo allora se l'ente ha subito una perdita. Questo (dice la sentenza) è il principio della diminutio patrimonii, che però sembra escludere ogni possibilità di "ravvedimento operoso" di un ente durante la vita del contratto. Detto in altro modo: se un amministratore locale constata che ad ogni data di pagamento del derivato i flussi sono negativi, non può e non deve fare niente, perché il contratto è aleatorio e la sorte può girare fino a scadenza e intanto se necessario deve continuare a pagare. Assai poco tutelante per la finanza pubblica degli enti e, in prospettiva, dello Stato!».

L'interpretazione suddetta pare contraddittoria anche sotto un altro profilo. Se infatti la valutazione dell'operazione non può essere fatta se non alla scadenza del contratto, non si vede come possa assumere valore il concetto di *upfront*: tale importo non costituirebbe altro che la "materializzazione" del *mark to market* al momento "zero" di un contratto derivato "non par". A questo proposito, come potrebbe essere possibile ammettere la validità dell'erogazione di un importo *upfront* - il cui valore dovrebbe basarsi sul *mark to market* - senza prevedere la possibilità che quest'ultimo giochi un ruolo "reale" anche durante la vita del contratto (22)?

In altre parole, sembra che il giudice abbia operato una sorta di astrazione del concetto di *mark to market*, considerandolo quasi un'entità intangibile (23). Invece, come è chiaro da quanto avviene nella realtà del mondo finanziario, si tratterebbe di un valore quanto mai reale e concreto.

Ancora, si nota che il giudice sembra quasi paragonare il *mark to market* alla clausola penale, ovvero quella clausola con la quale le parti di un contratto, in caso di inadempimento o di ritardo nell'adempimento, prevedono che la parte inadempiente o "ritardataria" sia tenuta ad una determinata prestazione. Nondimeno, tale somiglianza non sembra sussistere tra le due figure: infatti, la clausola penale ha alla base l'inadempimento di una parte, laddove invece il *mark to market* costituisce nient'altro che un valore, del tutto indipendente dalla volontà delle parti (24).

Considerazioni finali

Alla luce di quanto detto, non sembra che la giurisprudenza - e, sulla scia di questa, anche parte della dottrina - abbia correttamente applicato il concetto di *mark to market*. Le incongruenze sopra evidenziate, infatti, non fanno altro che slegare l'elemento *de quo* dalla realtà, astraendone la natura ed eliminandone ogni valenza pratica. Anche da un punto di vista prettamente giuridico, il *mark to market* - pur essendo un concetto tipicamente economico - non dovrebbe essere relegato a semplice indice astratto che poco può apportare alla dinamica contrattuale, ma dovrebbe vedersi riconosciuto un giusto peso tale da evidenziarne la portata e l'effettiva utilità.

Non sarebbe poi equo sostenere l'interpretazione di cui sopra con riferimento ai rapporti di forza tra i contraenti, soprattutto quando una delle parti si trovi in una netta posizione di "debolezza" intrinseca, come nel caso in cui a sottoscrivere un derivato siano un soggetto operante nel settore finanziario ed un soggetto non dotato di adeguate competenze e

conoscenze in ambito economico. In tale situazione, si andrebbe a sostenere in via discriminatoria ed illogica la posizione del contraente forte, il quale spesso è l'unica parte che - al momento della stipula di un derivato - è capace di comprendere appieno *ex ante* tale strumento e di poterne anticipare (seppure in via probabilistica) sviluppi e scenari futuri. Il contraente debole, detto altrimenti, dovrebbe fidarsi delle valutazioni effettuate dal contraente forte, per poi attendere la data di scadenza del contratto - spesso vari decenni dopo - per valutare invece se effettivamente abbia subito una lesione dal contratto medesimo. Cosa che - pare evidente - non si ritiene possa essere accettata da un punto di vista puramente equitativo e di contemperamento della posizione delle parti.

Note:

(22) In tal senso, S. Galimberti, *Analisi del recente orientamento giurisprudenziale*, cit., osserva che «l'*up-front* non è altro che il *MTM*... del contratto derivato, calcolato al tempo zero, vale a dire all'atto della sottoscrizione dell'operazione stessa... Su quali basi matematico-finanziarie... si dovrebbe calcolare l'*up-front* se non fondandolo sul concetto stesso di *MTM*? Forse esiste altra metodologia matematico-finanziaria che potrebbe essere applicata alternativamente a quella basata sul *fair value* (alias *MTM*)? In altre parole... su quale basi giuridico-tecniche si potrebbe valutare l'iniziale equità del contratto stesso, posto che alla base della valutazione dell'*up-front* di qualsiasi contratto l'unanimità della prassi internazionale pone in maniera incontrovertibile ed univoca il concetto matematico-finanziario di attualizzazione dei flussi (i.e. *MTM*)?»

(23) «Non si può non sottolineare una concezione per certi aspetti "metafisica" della recente giurisprudenza..., molto lontana dalla concreta utilità che il *fair value* [ndA, il *mark to market*] ha acquisito portando "dentro il bilancio" la consistenza patrimoniale dei prodotti derivati": così A. Paletta, *Il Mark-to-Market degli strumenti finanziari derivati: tra metafisica giurisprudenziale e concretezza delle regole contabili*, in *Riv. dir. banc.*, febbraio 2012, reperibile in <http://www.diritto bancario.it/rivista/derivati/il-mark-market-degli-strumenti-finanziari-derivati>.

(24) In tal senso sembra andare anche E. Girino, *I contratti derivati*, cit., 459, il quale afferma che il *mark to market* costituisce il «necessario corrispettivo per risolvere anzitempo un'obbligazione contrattuale di durata» e non «una sorta di vessazione contrattuale». Deducendo logicamente da tale statuizione, si potrebbe inferire che il *mark to market* non potrebbe essere considerato neanche una clausola penale.

Assicurazione

Le polizze *linked* come prodotti finanziari e la forma scritta del contratto

GIUDICE DI PACE DI PALERMO, 25 gennaio 2012 - Giud. Cosentino - Tizia c. Assicurazione Beta s.p.a.

Quando le future prestazioni dell'impresa assicurativa sono direttamente collegate al valore di certi strumenti finanziari e non vi è la garanzia di restituzione del capitale originariamente investito, le polizze *linked* rivestono la natura di prodotto finanziario, dovendosi osservare le prescrizioni del t.u.f., con l'ulteriore conseguenza che - in assenza di forma scritta - il contratto è nullo e privo di effetti, obbligando le parti alle restituzioni.

ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI

Conforme	Trib. Ferrara, 27 giugno 2011, in <i>Assicurazioni</i> , 2011, 761 ss., con nota di Riva.
Difforme	Non sono stati rinvenuti precedenti in termini.

Svolgimento del processo

Con atto di citazione ritualmente notificato in data 16-23 marzo 2011 la sig.ra ... conveniva in giudizio la ... s.p.a. per sentire dire e dichiarare la nullità dell'operazione compiuta in data 23 marzo 2000, con la quale l'attrice stipulava con la ... s.p.a. la polizza di assicurazione sulla vita n. 280774 con decorrenza 14 aprile 2000 e scadenza 14 aprile 2008, per la violazione dell'art. 23 t.u.f. e degli obblighi informativi previsti dal t.u.f. citato e dal regolamento Consob n. 11522/1998 e ne chiedeva la condanna alla restituzione della somma di euro 2.885,76, pari alla differenza tra quanto versato dalla sig.ra ... e quanto alla stessa restituito.

Si costituiva parte convenuta che chiedeva il rigetto delle domande attoree in quanto inammissibili e/o infondate, in fatto e in diritto, e faceva rilevare che nelle polizze *index linked* come quella oggetto del giudizio il capitale versato dall'assicurato può consentire a quest'ultimo di guadagnare (ma anche di perdere) in relazione all'esito dell'impiego del capitale stesso nel caso in cui la polizza venga a scadenza senza che si verifichi l'evento assicurato, nel qual caso la somma da restituire sarà calcolata sulla base del valore attuale dell'indice di riferimento secondo le modalità indicate nella condizioni contrattuali. Eccepiva ancora l'inapplicabilità al contratto *de quo* delle norme invocate dall'attrice in quanto, al momento della sottoscrizione del contratto stesso, la polizza vita sottoscritta dall'attrice il 23 marzo 2000 non era qualificabile come prodotto finanziario ai sensi dell'art. 1 t.u.f. e spiegava che le polizze vita sono state assimilate ai prodotti finanziari con

d.lgs. n. 303/2006 che ha introdotto all'art. 1 la lett. w-bis nel t.u.f. Eccepiva la prescrizione dell'azione di responsabilità pre-contrattuale, perché il termine sarebbe spirato il 23 marzo 2005, essendo la prescrizione di cinque anni.

Esperita tutta la fase istruttoria, assunto l'interrogatorio formale dell'attrice ed espletata la prova testimoniale con il promotore finanziario della ... all'udienza del 16 dicembre 2011, sulla scorta delle conclusioni delle parti, la causa veniva posta in decisione.

Motivi della decisione

Il contratto all'esame stipulato, denominato come assicurazione sulla vita, presenta dei tratti peculiari.

Difatti, accanto allo scopo tipico del contratto di assicurazione sulla vita, che è previdenziale, si associa, nel caso in esame, una finalità di carattere speculativo, nella misura in cui le prestazioni di una parte sono collegate all'andamento di un titolo obbligazionario. Si tratta infatti di una polizza, come chiaramente sottolineato dalla ... in corso di causa, di assicurazione del tipo "*index linked*", un contratto di assicurazione sulla vita (ramo III) in cui, a differenza di una assicurazione tradizionale - dove l'assicuratore si obbliga a pagare un capitale o una rendita al verificarsi di un evento attinente alla vita umana, art. 1882 c.c. - la prestazione eseguita dall'assicuratore è direttamente collegata al valore delle quote di organismi di investimento collettivo del risparmio o di fondi interni ovvero a indici o ad altri valori di riferimento (art. 2 cod. ass. - art. 1 circolare Isvap n. 551/2005). Le polizze vita

c.d. *index* o *unit linked* sono vere e proprie forme assicurative solo quando garantiscono la restituzione del capitale; quando invece, come nella fattispecie in esame, il rimborso è subordinato all'andamento del titolo, rientrano pienamente nella previsione della lett. u dell'art. 1 comma 1 t.u.f., con conseguente necessità di sottoporre la fattispecie in esame alla normativa relativa alla intermediazione finanziaria posto che al contratto a causa mista va applicata la disciplina del negozio prevalente: sono pertanto sottoposte alle disposizioni in materia, fra le quali l'art. 23 t.u.f., che impone la stipulazione per iscritto del contratto generale d'investimento. Non può trovare accogliamento l'eccezione sollevata dalla parte convenuta e cioè che solo a seguito dell'emanazione del d.lgs. n. 303/2006, entrato in vigore dopo la stipulazione del contratto per cui è causa, il legislatore, con l'aggiunta all'art. 1 comma 1 t.u.f. della lett. w-bis, ha contemplato espressamente i prodotti finanziari emessi da imprese di assicurazioni nell'ambito della disciplina dell'intermediazione finanziaria e che, pertanto, non troverebbe applicazione nel caso in esame.

Anche la polizza "*index linked*" oggetto di causa non può che appartenere "ad ogni altra forma di investimento di natura finanziaria", atteso che, come sopra rilevato, il suo contenuto è in massima parte sganciato da quello di una comune polizza di assicurazione sulla vita e ha natura finanziaria.

Ritenuto che la convenuta non ha provato l'avvenuto adempimento delle specifiche obbligazioni poste a suo carico e di avere agito con la specifica diligenza richiesta. Ritenuto che non può invocarsi la sottoscrizione dell'attrice in calce alla proposta di polizza di assicurazione vita 2508550, che trovasi in un foglio separato dal restante te-

sto contrattuale, su un testo prestampato e in alcun modo collegato con la restante scrittura, che è stata prodotta dalla convenuta mancante di qualsiasi sottoscrizione dell'attrice e senza fornire la prova del suo collegamento con la descritta proposta, lasciando priva di forma scritta la manifestazione del consenso relativa a tutto il restante testo contrattuale che contiene le previsioni essenziali dell'accordo.

Alla luce della mancata sottoscrizione da parte dell'attrice di un contratto quadro ai sensi dell'art. 23 t.u.f. e dell'art. 30 reg. Consob n. 11522/1998 l'operazione negoziale è nulla e la compagnia ... convenuta, in persona del suo legale rappresentante *pro tempore*, è tenuta a restituire all'attrice la somma di euro 2.885,76 pari alla differenza fra l'importo versato da essa attrice e quello alla stessa restituito, oltre interessi legali dalla domanda e fino all'effettivo soddisfo.

Non pare dovuta la rivalutazione monetaria in quanto non è provato che l'attrice abbia subito un danno maggiore rispetto a quello già coperto dalla corresponsione degli interessi legali.

Le spese processuali seguono la soccombenza e si liquidano come in dispositivo.

P. Q. M.

il Giudice di pace, definitivamente pronunciando, *reiectis adversis*, accoglie la domanda attrice, dichiara la nullità dell'operazione intervenuta fra l'attrice e la ...

Per l'effetto condanna ... in persona del suo rappresentante legale *pro tempore* al pagamento in favore dell'attrice della somma di euro 2.885,76 pari alla differenza tra l'importo versato da essa attrice e quello alla stessa restituito. (*Omissis*)

IL COMMENTO

di Valerio Sangiovanni

La sentenza del Giudice di pace di Palermo merita di essere commentata in quanto è una delle prime in assoluto che si occupa del requisito di forma scritta del contratto di assicurazione nel contesto delle polizze *linked*. La polizza viene anzitutto qualificata come contratto d'intermediazione finanziaria da parte dell'autorità giudiziaria, con conseguente applicazione delle disposizioni del t.u.f. Dal momento che il t.u.f. prescrive la forma scritta a pena di nullità, il contratto di cui manca un testo scritto debitamente sottoscritto viene reputato nullo e privo di effetti. La sentenza è l'occasione per riflettere su un tema sostanzialmente inedito: il confronto e il rapporto fra il requisito di forma prescritto per il contratto di assicurazione (*ad probationem*) e quello prescritto per il contratto di intermediazione finanziaria (*ad substantiam*).

Osservazioni introduttive

La decisione del Giudice di pace di Palermo in commento si inserisce in un filone giurisprudenziale, sorto peraltro solo piuttosto recentemente, in materia di polizze vita *linked* (1). La presenza di un numero piuttosto elevato di controversie è riconducibile al

Nota:

(1) Fra i contributi di dottrina che si occupano di polizze *index linked* cfr. Gobio Casali, *La pignorabilità delle somme dovute in relazione a polizze vita di natura prevalentemente finanziaria*, in *Giur. it.*, 2011, 1561 s.; Greco, *Violazione del principio di buona fede e tutela dei sottoscrittori di polizze vita index linked*, in *Obbl. contr.*, 2010, 584 ss.; Guadagno, *La natura delle polizze unit linked e la disciplina applicabile*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, II, 155 ss.; Landini, *Art. 1923 cod. civ. e polizze index e unit linked*, in *Riv. giur. sarda*, 2011, I, 394 ss.; Palmentola, *Sulla pignorabilità delle polizze index linked*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, I, 190 ss.; Schettino, *Impignorabilità delle polizze index linked: la funzione previdenziale delle polizze di assicurazione sulla vita*, in *Dir. econ. ass.*, 2011, 712 ss.

fallimento di alcuni emittenti nei titoli dei quali i premi assicurativi erano stati investiti. Il caso più eclatante è quello della Lehman Brothers (2).

Il grosso delle controversie aventi a oggetto le polizze *linked* concerne l'invalidità (o l'inefficacia) della clausola che trasferisce il rischio d'insolvenza sull'assicurato (3). Nel caso di specie, tuttavia, la materia trattata dal Giudice di pace di Palermo è diversa e riguarda la riqualificazione del contratto di assicurazione come contratto d'intermediazione finanziaria (4). Tale riqualificazione porta con sé conseguenze gravose: i prodotti finanziari sono difatti assoggettati al t.u.f. e il loro collocamento rappresenta prestazione di un servizio d'investimento. Ne deriva che chi vende tali prodotti deve osservare il requisito di forma scritta del contratto (nonché rispettare le norme di comportamento degli intermediari finanziari) (5). La sentenza del Giudice di pace di Palermo merita di essere commentata in quanto rappresenta uno dei pochi precedenti in materia (6).

Sempre in via introduttiva giova segnalare che la materia delle polizze *linked* è stata recentemente riformata sia a livello legislativo sia a livello regola-

Note:

(2) Sulla vicenda Lehman Brothers v. Bencini, *Il caso Lehman Brothers: cause di default e prospettive di tutela*, in *Foro tosc.*, 2009, 129 ss.; Fantetti, *Titoli Lehman Brothers e responsabilità della banca*, in *Resp. civ.*, 2010, 273 ss.; Gobio Casali, *Polizze linked e caso Lehman Brothers: tramonto della funzione previdenziale dell'assicurazione sulla vita?*, in *Giur. it.*, 2010, 2349 ss.; Parrella, *La ripartizione del rischio finanziario nelle polizze index linked: un caso Lehman Brothers*, in *Società*, 2010, 459 ss.; Procopio, *Il cosiddetto crack Lehman Brothers: i profili tributari delle indennità riconosciute agli assicurati*, in *Dir. econ. ass.*, 2011, 481 ss.; Salanitro, *Prodotti finanziari assicurativi collegati ad obbligazioni Lehman Brothers*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2009, I, 491 ss.; Sangiovanni, *Inadempimento contrattuale e responsabilità nel caso Lehman Brothers*, in *Corr. mer.*, 2010, 721 ss.

(3) Cfr. ad esempio Trib. Napoli, Sez. dist. Portici, 13 giugno 2011, in *Assic.*, 2011, 751 ss., con nota di Riva, il quale ha affermato che è vessatoria, in quanto fonte di un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi delle parti, la clausola di un contratto di assicurazione sulla vita che subordina il pagamento del minimo garantito all'andamento del valore del titolo strutturato di riferimento. V. altresì Trib. Milano, 12 febbraio 2010, in *Banca borsa tit. cred.*, 2012, II, 63 ss., con nota di Piras, il quale ha deciso che le clausole di una polizza *index linked* che trasferiscono sull'assicurato il rischio dell'inadempimento o dell'insolvenza dell'ente che ha emesso i titoli collegati alla polizza medesima, stante il loro carattere di vessatorietà, sono nulle se non approvate specificamente per iscritto, con la conseguenza che la compagnia assicuratrice è tenuta a corrispondere all'assicurato il capitale minimo garantito previsto nel contratto, oltre agli interessi legali e alla rivalutazione monetaria a far tempo dalla scadenza della polizza.

(4) Sul contratto d'intermediazione finanziaria cfr. il volume di Restuccia, *Profili del contratto di gestione patrimoniale individuale*, Milano, 2009. V. inoltre Achille, *Contratto d'intermediazione finanziaria e violazione degli obblighi d'informazione: tra nullità del contratto e responsabilità dell'intermediario*, in *Riv. trim. dir.*

proc. civ., 2008, 1451 ss.; Guerinoni, *Le controversie in tema di contratti di investimento: forma, informazione, ripensamento e operatore qualificato*, in *Corr. giur.*, 2011, 35 ss.; La Rocca, *Il contratto di intermediazione mobiliare tra teoria economica e categorie civilistiche*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2009, 107 ss.; Michieli, *Principi generali del contratto di attività di intermediazione finanziaria: limiti alla risarcibilità del danno non prevedibile*, in *Giur. comm.*, 2009, II, 416 ss.; Sangiovanni, *Il contratto d'intermediazione finanziaria*, in *Obbl. contr.*, 2011, 770 ss.

(5) Nel prosieguo non tratteremo delle norme di comportamento degli intermediari finanziari (art. 21 t.u.f.), per concentrarci invece sulla prescrizione di forma scritta (art. 23 t.u.f.), in quanto il Giudice di pace di Palermo si è occupato solo di questo secondo aspetto. In materia di norme di comportamento degli intermediari finanziari (e soprattutto di conseguenze della loro inosservanza), la dottrina è molto ampia. Fra i volumi apparsi sul tema cfr. in particolare Bersani, *La responsabilità degli intermediari finanziari*, Torino, 2008; Guerinoni, *Contratti di investimento e responsabilità degli intermediari finanziari*, Milano, 2010; Ludica, *La responsabilità degli intermediari finanziari*, Milano, 2011; Lo-buono, *La responsabilità degli intermediari finanziari*, Napoli, 1999. V. inoltre, fra i tanti contributi apparsi, Calisai, *La violazione degli obblighi di comportamento degli intermediari finanziari. Il contratto di intermediazione davanti ai giudici, fino alla tanta attesa (o forse no) pronuncia delle Sezioni Unite della Corte di cassazione*, in *Riv. dir. comm.*, 2008, II, 155 ss.; Gentili, *Inadempimento dell'intermediario e vizi genetici dei contratti di investimento*, in *Riv. dir. priv.*, 2009, 23 ss.; Id., *Disinformazione e invalidità: i contratti di intermediazione dopo le Sezioni Unite*, in questa *Rivista*, 2008, 393 ss.; Guadagno, *Violazione degli obblighi di condotta da parte dell'intermediario finanziario: lo stato dell'arte dopo le Sezioni Unite*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, II, 293 ss.; Houben, *Gestione di portafogli di investimento e dovere di diversificazione: violazioni degli obblighi comportamentali degli intermediari e onere probatorio*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2010, II, 165 ss.; Lucchini Guastalla, *In tema di responsabilità degli intermediari finanziari*, in *Resp. civ. prev.*, 2011, 741 ss.; Nappi, *Le sezioni unite su regole di validità, regole di comportamento e doveri informativi*, in *Giust. civ.*, 2008, I, 1189 ss.; Renzulli, *La rilevanza della negligenza dell'investitore tra effettività della tutela e violazione delle regole di condotta*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2011, II, 401 ss.; Salanitro, *Violazione della disciplina dell'intermediazione finanziaria e conseguenze civilistiche: ratio decidendi e obiter dicta delle sezioni unite*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, I, 445 ss. Ulteriore conseguenza della riqualificazione del contratto è l'inapplicabilità dell'art. 1923 c.c. sul divieto di azione esecutiva o cautelare. Diverse sentenze hanno affermato l'inapplicabilità dell'art. 1923 c.c. alle polizze *linked*. Cfr., ad esempio, Trib. Cagliari, 2 novembre 2010, in *Riv. giur. sarda*, 2011, I, 387 ss., con nota di Landini, il quale ha affermato che i contratti stipulati con imprese assicurative, qualora privi del rischio demografico, non possono essere qualificati come contratti assicurativi puri, con la conseguenza di essere acquisibili al fallimento. V. inoltre Trib. Parma, 10 agosto 2010, in *Assicurazioni*, 2010, 781 ss., con nota di de Francesco, in *Giur. it.*, 2011, 1560 s., con nota di Gobio Casali, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, I, 189 s., con nota di Palmentola, secondo cui il divieto di azione esecutiva e cautelare previsto dall'art. 1923 c.c. non si applica alle polizze sulla vita *index linked* e *unit linked* qualora si accerti che queste non assolvono a una funzione previdenziale, tipica delle assicurazioni sulla vita, bensì costituiscono veri e propri investimenti finanziari.

(6) Il medesimo principio di diritto risulta enunciato da Trib. Ferrara, 27 giugno 2011, in *Assicurazioni*, 2011, 761 ss., con nota di Riva, secondo cui la distribuzione di polizze *linked* da parte di un istituto bancario per conto di un'impresa di assicurazione è soggetta alla disciplina dell'intermediazione mobiliare e, in particolare, all'art. 23 t.u.f., con la conseguenza che la mancanza di forma scritta del c.d. contratto quadro determina la nullità del rapporto negoziale e l'obbligo dell'impresa assicuratrice di restituire al cliente la somma versata.

mentare. Il Giudice di pace di Palermo ha tuttavia applicato la normativa previgente, trattandosi di polizza stipulata nel 2000. In questa nota, volendo mantenere attinenza al *decisum*, ci occuperemo solo della disciplina previgente. Si tratta però di materia di rilevanza pratica, considerate le numerose controversie in corso sulla base delle polizze stipulate prima delle recenti riforme.

Le assicurazioni sulla vita e le particolarità delle polizze *linked*

L'assicurazione sulla vita (7) è un contratto con obbligazioni a carico di ambedue le parti: il contraente deve pagare i premi assicurativi, mentre l'impresa assicurativa deve versare alla fine il capitale o la rendita.

Con riferimento all'*obbligazione del contraente*, l'assicurazione sulla vita comporta il pagamento di un premio. A seconda dei casi il premio può essere versato in soluzione unica, all'inizio del rapporto contrattuale, oppure in più soluzioni (ad esempio semestrali o annuali) nel corso della durata del rapporto. Nel caso delle polizze *linked* è frequente che il premio venga pagato in soluzione unica all'inizio: il premio viene subito utilizzato per l'effettuazione d'investimenti. La circostanza della immediata messa a disposizione del danaro da parte del contraente, che diventa oggetto di un investimento il cui esito (più o meno positivo) non è certo, è un indizio della natura finanziaria del contratto.

Con riguardo invece all'*obbligazione dell'impresa assicurativa* nelle assicurazioni sulla vita, alla scadenza del rapporto contrattuale (che ha tipicamente una durata variabile fra i 5 e i 15 anni), l'assicurato ha diritto al pagamento di un importo, che gli viene corrisposto in un'unica soluzione (capitale) oppure nel corso di un certo periodo di tempo (rendita). Nel caso del pagamento di una rendita emerge con forza il carattere previdenziale dell'assicurazione sulla vita. In questa ottica si può affermare che chi conclude un contratto di assicurazione sulla vita mira a garantirsi un reddito ulteriore. Vedremo tuttavia come le polizze *linked*, quando non offrono garanzia di restituzione del capitale, si muovono in senso opposto (mettendo a repentaglio la somma capitale di cui dispone il contraente).

Nel caso di assicurazione sulla vita si può distinguere fra rischio "demografico" e rischio "finanziario". L'impresa assicurativa, nel concludere i contratti, deve tenere conto e gestire tali rischi. Il rischio demografico è quello relativo alla durata più o meno lunga della vita della persona, durata che non può essere ovviamente prevista con certezza (ma solo

sulla base di calcoli probabilistici) in anticipo. A tale rischio si aggiunge quello di tipo finanziario, consistente nel fatto che l'impresa assicurativa deve far fruttare bene i premi raccolti al fine di essere in grado di corrispondere il capitale o la rendita promessi. Nella concezione originaria del contratto di assicurazione sulla vita la prestazione cui è tenuta l'impresa assicurativa è certa sia nell'*an* sia nel *quantum*. L'impresa valuta il rischio demografico e se ne fa carico. Allo stesso modo la compagnia si fa carico del rischio finanziario: l'andamento dei suoi investimenti può essere più o meno positivo, ma essa rimane tenuta alle prestazioni cui si è obbligata nei confronti dell'assicurato. Indipendentemente dunque dall'andamento del rischio demografico e di quello finanziario, all'assicurato viene comunque garantito un certo capitale o una certa rendita al termine del rapporto contrattuale.

Questo assetto originario ha subito progressive modifiche nel corso degli anni. Le polizze *linked* recano normalmente l'intestazione "assicurazioni sulla vita", ma in realtà la funzione che esse svolgono è almeno in parte (e talvolta in misura prevalente) speculativa (8). Con le polizze *linked* alla funzione assicurativa-previdenziale si viene ad aggiungere un obiettivo d'investimento perseguito dal contraente. A seconda delle caratteristiche di strutturazione di tali polizze, la prestazione cui è tenuta l'impresa assicurativa al termine del rapporto contrattuale è variabile e può perfino venire a mancare del tutto. L'espressione "*linked*" (letteralmente: "collegato") indica che vi è un collegamento fra l'aspettativa finale di capitale-rendita dell'assicurato e l'andamento di certi titoli-indici sottostanti. Tali sottostanti possono essere rappresentati da quote di fondi investimento ("*unit linked*") oppure da indici di borsa o panieri azionari ("*index linked*"). È proprio la variabilità degli elementi sottostanti a introdurre un ele-

Note:

(7) Come è noto, ai sensi della definizione che ne dà il codice civile l'assicurazione è il contratto col quale l'assicuratore, verso il pagamento di un premio, si obbliga a rivalere l'assicurato, entro i limiti convenuti, del danno ad esso prodotto da un sinistro, ovvero a pagare un capitale o una rendita al verificarsi di un evento attinente alla vita umana (art. 1882 c.c.). La disposizione contiene già in sé la distinzione fra assicurazione contro i danni (art. 1904 ss. c.c.) e assicurazione sulla vita (art. 1919 ss. c.c.).

(8) La definizione di polizze *linked* è rinvenibile nel passaggio del codice delle assicurazioni in cui si opera la classificazione per rami (art. 2 cod. ass.): la classificazione per ramo comprende anche le assicurazioni (sulla durata della vita umana oppure di nuzialità e natalità) le cui principali prestazioni sono direttamente collegate al valore di quote di organismi di investimento collettivo del risparmio o di fondi interni ovvero a indici o ad altri valori di riferimento.

mento (talvolta forte) di alea nel rapporto contrattuale. Il *quantum* è sicuramente variabile e anche l'*an* non è certo.

Abbiamo ricordato che le imprese assicurative hanno l'obiettivo di massimizzare il ritorno economico dei premi al fine di garantire un adeguato capitale o un'adeguata rendita all'assicurato (oltre che per trarre un proprio guadagno dallo svolgimento dell'attività svolta). Al fine di ottenere tale risultato è necessario far fruttare bene i premi. Di norma i premi vengono gestiti dalle imprese assicurative in modo scollegato rispetto al portafoglio di chi li paga. Le imprese si assumono il rischio degli investimenti e l'andamento dei medesimi non incide sul diritto degli assicurati a percepire un capitale o una rendita. Nelle polizze *linked* la prospettiva è però diversa rispetto alle ordinarie assicurazioni sulla vita. I premi pagati dal contraente vengono difatti investiti, in tutto o in parte, in prodotti finanziari ed è l'assicurato a reggere, in tutto o in parte, il rischio collegato all'andamento degli investimenti.

Non è possibile esaminare in questa sede in dettaglio le caratteristiche che possono presentare nella prassi le polizze *linked* (9). In alcuni casi esse si caratterizzano per essere prodotti finanziari di alta complessità. I premi corrisposti dal contraente vengono usati per l'acquisto di prodotti finanziari strutturati, i quali contengono usualmente una componente obbligazionaria (10) e una componente derivativa. Ai limitati fini del nostro commento è sufficiente rilevare come le polizze *linked* hanno una finalità aggiuntiva rispetto ai contratti di assicurazione sulla vita: non solo assicurativa-previdenziale, ma anche di investimento e speculativa. Non vi è solo l'obiettivo (auspicato) del contraente di conseguire un capitale o una rendita al termine del rapporto assicurativo, ma anche quello di massimizzare l'investimento. La sottoscrizione di una polizza vita implica pertanto un certo grado di rischio, che può essere maggiore o minore a seconda dei casi (in dipendenza della tipologia di strumento finanziario nel quale si investe). Non vi è pertanto certezza in relazione al *quantum* della prestazione dell'impresa assicurativa.

Abbiamo detto che le polizze *linked* possono essere strutturate in modi diversi, e talvolta raggiungere livelli di alta complessità (11). Non si può nemmeno concludere nel senso che tutte le polizze *linked* siano prodotti finanziari; va invece effettuata una valutazione caso per caso che tenga conto di tutte le caratteristiche del rapporto che si instaura fra le parti. Nella prassi, attesa la complessità dei contratti, può risultare necessario per il giudice disporre una con-

sulenza tecnica che accerti le caratteristiche (più o meno finanziarie) della polizza.

Volendo operare una distinzione fondamentale, si può differenziare fra *index linked* garantite, *index linked* parzialmente garantite e *index linked* pure (12). Nel primo caso la restituzione del capitale da parte dell'impresa assicurativa è effettivamente garantita. La clausola contrattuale può, ad esempio, essere formulata nel senso che - al termine del periodo assicurativo - l'assicurato otterrà la restituzione di tutto il capitale (e qui la natura assicurativa-previdenziale del contratto difficilmente può essere negata). In altri casi la previsione contrattuale può essere nel senso della restituzione di una parte del capitale investito, oltre a una maggiore somma eventuale in relazione all'andamento degli investimenti effettuati. In questa fattispecie la funzione speculativa si aggiunge a quella previdenziale. Nelle ipotesi di garanzia parziale di restituzione si deve comprendere se l'elemento assicurativo è prevalente rispetto a quello finanziario (13). In una terza modalità di strutturazione dei contratti, la corresponsione di un capitale non è affatto certa, in quanto dipende dall'andamento del titolo sottostante. Nell'ipotesi d'insolvenza dei soggetti emittenti, il valore della polizza può addirittura ridursi a (quasi) nulla. In questi casi la funzione della polizza cessa di essere previdenziale, per divenire esclusivamente finanziaria-speculativa. La conseguenza del fatto che i premi vengono investiti in strumenti finanziari, e che non vi sia ga-

Note:

(9) Per un'approfondita analisi della struttura finanziaria delle polizze *linked* cfr. Piras, *Polizze "index linked" collegate ad obbligazioni Lehman Brothers*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2012, II, 76 ss.

(10) In materia di emissione di obbligazioni cfr. Cristofaro, *Il trust nel contesto delle emissioni obbligazionarie internazionali*, in *Trusts*, 2010, 151 ss.; Ferro-Luzzi, *I limiti all'emissione di obbligazioni (art. 11, comma 1, lett. a, l. n. 262 del 2005)*, in *Riv. soc.*, 2007, 252 ss.; Palmieri, *I nuovi limiti all'emissione di obbligazioni*, in *Giur. comm.*, 2006, I, 293 ss.; Pisani Massamormile, *Emissioni obbligazionarie e responsabilità degli intermediari*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2005, I, 760 ss.; Sangiovanni, *Emissioni di obbligazioni e scandali finanziari fra diritto internazionale privato e diritto comunitario*, in *Società*, 2007, 547 ss.

(11) Talvolta la complessità delle strutture contrattuali sfocia in difficoltà di comprensione. In dottrina Riva, *Commento a Trib. Napoli, Sez. dist. Portici, 11 giugno 2011*, in *Assic.*, 2011, 751, ha sottolineato come i testi contrattuali siano talvolta "confusi e contraddittori", con la conseguenza di una certa difficoltà nella ricostruzione del reale intento perseguito dalle parti.

(12) Opera questa distinzione Piras, *op. cit.*, 80 s.

(13) Nei casi in cui la causa del contratto è mista (in parte previdenziale in parte speculativa) trova applicazione la disciplina legislativa del contratto la cui causa è prevalente: una volta che si accerti che il singolo contratto presenta tratti prevalente di un tipo contrattuale rispetto all'altro, trova applicazione la disciplina del tipo prevalente.

ranza in merito alla corresponsione di un capitale, qualifica le polizze vita come prodotti finanziari. In questo caso i contratti di assicurazione altro non sono che lo strumento giuridico con cui vengono effettuati investimenti. A ragione dunque diverse sentenze hanno configurato le polizze *linked* come prodotti finanziari e non come contratti di assicurazione.

A ciò si aggiunga un ulteriore elemento che porta a escludere che le polizze *linked* possano essere considerate come contratti di assicurazione. Mi riferisco al fatto che le assicurazioni sulla vita prevedono il pagamento di un capitale o di una rendita «al verificarsi di un evento attinente alla vita umana» (art. 1882 c.c.). Ma tale evento ha un ruolo marginale nel caso di polizze in cui i premi sono destinati a essere investiti direttamente in strumenti finanziari. Il pagamento di un capitale o di una rendita dipende poco da un evento attinente alla vita umana, ma prevalentemente dall'andamento degli strumenti finanziari di riferimento.

In definitiva: quando l'elemento "speculativo" prevale rispetto a quello "assicurativo-previdenziale" appare corretto "ri"-qualificare il contratto come contratto d'intermediazione finanziaria, indipendentemente dal *nomen iuris* utilizzato dalle parti.

La forma scritta del contratto d'intermediazione finanziaria e del contratto di assicurazione

Una volta che le polizze *linked* sono state qualificate come prodotti finanziari, trova applicazione il t.u.f. La disposizione più significativa da applicarsi è l'art. 23 t.u.f. sul requisito di forma scritta del contratto (14). Nella sentenza del Giudice di pace di Palermo è stata contestata proprio l'assenza di forma scritta del contratto, che ne ha determinato la nullità. Nel prosieguo ci occuperemo pertanto del requisito di forma scritta del contratto d'intermediazione finanziaria e di assicurazione, dovendosi fin da subito rilevare come la soluzione fatta propria dal legislatore sia diversa: nel primo caso lo scritto è richiesto a pena di validità, nel secondo a soli fini probatori.

Una parte non trascurabile del contenzioso fra investitori e intermediari finanziari si risolve velocemente proprio per il fatto che non è soddisfatto il requisito di forma scritta del contratto d'intermediazione finanziaria. La nullità del contratto per tale ragione è, difatti, assorbente rispetto ad ogni altra problematica, ad esempio rispetto alla questione della possibile inosservanza delle norme di comportamento degli intermediari (15).

In materia di contratto di assicurazione non si ha invece la prescrizione del requisito di forma scritta ai fini della validità. L'art. 1888 comma 1 c.c. si limita a stabilire che il contratto di assicurazione deve essere provato per iscritto (16). Come è noto, l'effetto della forma scritta *ad probationem* è indicato nell'art. 2725 comma 1 c.c.: quando un contratto deve essere provato per iscritto, la prova per testimoni è ammessa soltanto quando il contraente ha senza sua colpa perduto il documento che gli forniva la prova. Trattandosi quest'ultima (la perdita del documento senza colpa) di un'evenienza assai rara, nei fatti - in assenza di contratto scritto - sarà pressoché impossibile fornire la prova dei contenuti del medesimo (17). Nella giurisprudenza vi è uniformità di decisioni nel senso di confermare, come già indica la legge espressamente, che il requisito dello scritto serve so-

Note:

(14) In materia di forma dei contratti nel diritto dell'intermediazione finanziaria v., in particolare, Baratella, *La forma scritta e i c.d. contratti di intermediazione finanziaria nella ricostruzione giurisprudenziale*, in *Resp. civ.*, 2010, 688 ss.; Barenghi, *Disciplina dell'intermediazione finanziaria e nullità degli ordini di acquisto (in mancanza del contratto-quadro): una ratio decidendi e troppi obiter dicta*, in *Giur. mer.*, 2007, 59 ss.; D'Auria, *Forma "ad substantiam" e uso selettivo della nullità nei contratti di investimento*, in *Corr. mer.*, 2011, 703 ss.; Della Vecchia, *Forma dei contratti e obblighi informativi nella prestazione dei servizi di investimento*, in *Società*, 2011, 682 ss.; Della Vedova, *Sulla forma degli ordini di borsa*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, II, 161 ss.; Maragno, *La nullità del contratto di intermediazione di valori mobiliari per difetto di sottoscrizione dell'intermediario*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, I, 932 ss.; Nocco, *Ordine di negoziazione di titoli "Parmalat" ed inosservanza della forma scritta*, in *Danno resp.*, 2011, 865 ss.; Sangiovanni, *Mancata sottoscrizione e forma del contratto di intermediazione finanziaria*, in *Corr. mer.*, 2011, 140 ss.

(15) In materia di nullità per difetto di forma, la disposizione di riferimento è l'art. 1418 comma 2 c.c., il quale prevede che produce nullità del contratto la mancanza di uno dei requisiti indicati dall'art. 1325 c.c. Fra i requisiti prescritti da questa disposizione vi è la forma "quando risulta che è prescritta dalla legge sotto pena di nullità". Dunque l'assenza di forma, se prescritta dalla legge sotto pena di nullità, determina tale effetto. E nel caso dei contratti d'intermediazione finanziaria la forma scritta è prescritta a pena di nullità. Nella versione vigente l'art. 23 comma 1 t.u.f. prevede difatti che i contratti relativi alla prestazione dei servizi di investimento sono redatti per iscritto. Nei casi di inosservanza della forma prescritta, il contratto è nullo.

(16) Sul requisito di forma scritta del contratto di assicurazione cfr., da ultimo, Braccioldi, *Commento all'art. 1888*, in *Il contratto di assicurazione. Disposizioni generali*, Milano, 2012, 81 ss.

(17) Il requisito di forma del contratto di assicurazione è reso più complesso dal fatto che l'assicuratore ha l'obbligo di rilasciare al contraente la polizza di assicurazione o altro documento da lui sottoscritto (art. 1888 comma 2 c.c.). Si tratta di una prescrizione senza sanzione espressa: il legislatore non dice cosa succede se la polizza non viene consegnata. La disposizione deve però, in ogni caso, coordinarsi con la previsione del comma 1: non si verificherà pertanto nullità del contratto per difetto di forma, quanto piuttosto impossibilità di fornire la prova del contenuto del contratto.

lo a fini probatori (18). Il problema vero è allora quello di comprendere, di caso in caso, quali parametri debbano essere concretamente soddisfatti affinché si possa considerare come raggiunta la prova scritta del contratto.

Le disposizioni del codice civile sul contratto di assicurazione devono inoltre essere ricollegate con quelle specifiche previste nel codice delle assicurazioni. Anche qui tuttavia non emerge la necessità di forma scritta a pena di nullità. L'art. 166 comma 1 cod. ass. prevede solo che il contratto e ogni altro documento consegnato dall'impresa al contraente va redatto in modo chiaro ed esauriente (19). Se ne ricava la necessità di forma scritta, ma solo a fini probatori e non di validità dell'atto: chiarezza e esaustività sono requisiti che favoriscono, a scanso di equivoci, la prova degli accordi intercorsi fra le parti, ma non elevano la prescrizione di forma a presupposto di validità.

Abbiamo pertanto sottolineato una significativa differenza fra i contratti di assicurazione e quelli d'intermediazione finanziaria: mentre nella prima area lo scritto serve a fini probatori, nella seconda lo scritto serve ai fini della validità. L'attore in giudizio che riesce a dimostrare che il rapporto intercorso fra le parti non può qualificarsi come contratto di assicurazione ma deve essere qualificato come contratto d'intermediazione finanziaria "eleva" il rango formale previsto per il contratto: in assenza di contratto scritto, si verifica nullità, con obblighi restitutori in capo alle parti. È esattamente quanto avvenuto nel caso deciso dal Giudice di pace di Palermo.

La forma scritta come mezzo di trasmissione d'informazioni

A fronte di disposizioni di legge che prescrivono la forma scritta di un determinato contratto a pena di nullità (art. 23 t.u.f.) oppure a fini probatori (art. 1888 comma 1 c.c.), bisogna chiedersi quali siano gli obiettivi perseguiti dal legislatore. A ben indagare, può essere evidenziata una pluralità di finalità perseguita da siffatte norme: 1) trasmissione d'informazioni; 2) riflessione sul significato dell'atto che si sta per compiere; 3) facilitazione della negoziazione delle clausole contrattuali e della prova degli accordi. Nel prosieguo proveremo a esaminare in dettaglio questi obiettivi, distinguendo fra il caso del contratto d'intermediazione finanziaria e quello di assicurazione.

La prima importante funzione della forma scritta del contratto d'intermediazione finanziaria è quella di assicurare la trasmissione d'informazioni. Le circostanze di cui si dà atto nel testo scritto del contratto

sono a conoscenza di entrambe le parti che lo sottoscrivono. Bisogna partire dalla considerazione che nella quasi totalità dei casi il contratto d'intermediazione finanziaria viene predisposto dall'intermediario e viene fatto sottoscrivere dall'investitore per accettazione. Nei fatti questi non può fare altro che accettarlo totalmente oppure rifiutarne la sottoscrizione, potendo al più negoziare alcuni marginali aspetti di tipo economico. Si tratta in sostanza di un contratto per adesione, il cui contenuto non è conosciuto anticipatamente dall'investitore, ma è - per ampia parte - posto dalla banca. Ecco allora l'importanza di trasmettere - mediante il contratto - informazioni dall'intermediario all'investitore, finalità particolarmente rilevante in un'area tecnicamente così complessa come quella degli investimenti. Tanto più esteso è il contratto, tanto maggiore è la quantità di dati e notizie che viene comunicata. Tanto più ampio è l'obbligo risultante da legge e da regolamento d'inserire nel testo contrattuale certe informazioni (= prescrizione del contenuto minimo del contratto d'intermediazione finanziaria), tanto maggiore è la quantità di dati e notizie che giunge al cliente. Sotto questo profilo la forma scritta svolge una funzione di protezione informativa dell'investitore che, di regola, è il soggetto debole del rapporto contrattuale. Mettere nero su bianco significa per il cliente conoscere con certezza le condizioni che regoleranno il rapporto.

Non mi pare che un ragionamento diverso possa valere nel caso del contratto di assicurazione. Anche escludendo che la legge richieda la forma scritta *ad substantiam*, di fatto l'ipotesi dell'instaurazione di un rapporto assicurativo in assenza di qualsivoglia testo scritto deve ritenersi come assai rara. Anche qui si esplicherà pertanto una funzione d'informazione della controparte mediante la presenza di un testo scritto.

Con riferimento alla funzione informativa del testo scritto, si può peraltro obiettare che l'eccesso d'informazioni può - paradossalmente - ostacolare l'appropriata comprensione del testo contrattuale. Nelle materie di tipo tecnico (si pensi all'intermediazione finanziaria, alle assicurazioni e al diritto bancario), il contratto presenta talvolta clausole alquanto

Note:

(18) In questo senso ad esempio Cass. 11 gennaio 2005, n. 367; Cass., 3 aprile 2000, n. 4005; Cass., 18 febbraio 2000, n. 1875.

(19) La necessità della forma scritta è ulteriormente confermata dall'art. 166 comma 2 cod. ass., secondo il quale le clausole che indicano decadenze, nullità o limitazione delle garanzie ovvero oneri a carico del contraente o dell'assicurato sono riportate mediante caratteri di particolare evidenza.

complesse. L'effetto prodotto da contratti particolarmente lunghi è, per paradosso, contrario a quello di un'opportuna informazione. Il problema dell'eccesso di informazioni è ben presente al legislatore in vari ambiti. Si pensi al contesto dell'appello al pubblico risparmio: qui si impone la necessità di una nota di sintesi recante i rischi e le caratteristiche essenziali dell'offerta (art. 94 comma 2 t.u.f.) (20). E proprio nel contesto del contratto di assicurazione vi è la prescrizione della consegna di una nota informativa, la quale contiene le informazioni, diverse da quelle pubblicitarie, che sono necessarie, a seconda delle caratteristiche dei prodotti e dell'impresa di assicurazione, affinché il contraente e l'assicurato possano pervenire a un fondato giudizio sui diritti e gli obblighi contrattuali (art. 185 comma 2 cod. ass.).

La forma scritta come strumento per riflettere preventivamente sull'importanza dell'atto

Un'altra importante funzione della forma scritta del contratto d'intermediazione finanziaria, connessa peraltro strettamente a quella informativa, è quella di far riflettere l'investitore sul significato dell'atto che sta per compiere. Apporre una sottoscrizione in calce a un testo contrattuale richiede più tempo di quanto serva a dare il proprio consenso oralmente e incentiva pertanto la lettura del medesimo. I contratti relativi alla prestazione dei servizi d'investimento incidono sul patrimonio degli investitori e talvolta una parte considerevole delle ricchezze del soggetto interessato può essere coinvolto nelle operazioni finanziarie. Di qui la necessità di un'opportuna riflessione preventiva sugli effetti dell'atto che si sta per compiere.

La funzione di riflessione sul significato dell'atto (così come quella informativa in senso stretto) può tuttavia esplicarsi solo se l'investitore ha tempo, prima di firmare il testo contrattuale, di leggerlo attentamente. Al fine di garantire un consenso realmente informato del cliente bisognerebbe consegnargli il testo in anticipo rispetto alla firma, per lasciargli il tempo - se non di negoziarlo, quantomeno - di studiarlo con attenzione. È dubbio che ciò avvenga sempre nella prassi e non risulta che ci sia della giurisprudenza che abbia affermato un dovere del genere. Un obbligo di consegna "anticipata" rispetto alla firma non è statuito dall'art. 23 comma 1 t.u.f., che si limita a prescrivere che un esemplare del contratto sia consegnato al cliente: probabilmente questa disposizione si riferisce alla consegna di una copia del contratto già firmata dalle parti. Ciò nonostante, una giurisprudenza lungimirante potrebbe rica-

vare l'obbligo di consegna anticipata del contratto dai principi che debbono governare l'operato degli intermediari finanziari. Mi riferisco a quanto dispone l'art. 21 comma 1 t.u.f. sia alla lettera a sia alla lett. b: la lettera a impone ai soggetti abilitati di comportarsi con diligenza, correttezza e trasparenza, per servire al meglio l'interesse dei clienti e per l'integrità dei mercati, mentre la lett. b impone ai medesimi soggetti di acquisire le informazioni necessarie dai clienti e operare in modo che essi siano sempre adeguatamente informati. Nell'ipotesi in cui si potesse ricavare in via interpretativa un dovere del genere, rimarrebbe il problema della prova. Bisognerebbe difatti venissero creati dei presidi organizzativi atti a dimostrare che la consegna del testo contrattuale è avvenuta con debito anticipo rispetto alla firma.

Riflessioni simili a quelle appena svolte per i contratti d'intermediazione finanziaria valgono per i contratti di assicurazione. Certamente la necessità di riflessione varia in relazione all'importanza del contratto sottoscritto, ma - in misura minore o maggiore - è sempre presente. Diversamente dal caso dei contratti d'intermediazione finanziaria, i contratti di assicurazione non sempre interessano in misura diretta e immediata il patrimonio del contraente: nelle assicurazioni contro i danni, la tutela è rivolta al futuro, alla possibilità del verificarsi di qualche evento che possa cagionare un nocumento a un bene del contraente. Nelle assicurazioni sulla vita, invece, l'elemento dell'investimento può essere ben presente, come il caso delle polizze *linked* dimostra. Ad ogni buon conto anche in ambito assicurativo sussistono esigenze di adeguata informazione preventiva del contraente.

Sotto certi profili in ambito assicurativo la tutela offerta al contraente appare perfino maggiore di quella prevista nel contesto dell'intermediazione finanziaria. Mi riferisco all'obbligo, fissato dalla legge, di consegnare al contraente documentazione contrattuale. In questo senso dispone in particolare la previsione secondo cui le imprese consegnano al con-

Nota:

(20) In materia di appello al pubblico risparmio, e in particolare di responsabilità da prospetto, cfr. Afferni, *Responsabilità da prospetto: natura, danno risarcibile e nesso di causalità*, in *Danno e resp.*, 2011, 625 ss.; Anelli, *La responsabilità da prospetto fra novità legislative e sentenze della Suprema Corte*, in *Società*, 2011, 414 ss.; Bruno-Franza, *Completezza, coerenza e comprensibilità del prospetto informativo per l'offerta di obbligazioni bancarie*, in *Giur. comm.*, 2010, I, 464 ss.; Rizzuti, *Responsabilità da prospetti e culpa in contrahendo*, in *Giur. it.*, 2011, 289 ss.; Sangiovanni, *La responsabilità per il prospetto fra diritto comunitario, legge nazionale e regolamento Consob*, in *Resp. civ.*, 2011, 852 ss.

traente, prima della conclusione del contratto e unitamente alle condizioni di assicurazione, una nota informativa (art. 185 comma 1 cod. ass.). Ciò che colpisce è la tempistica della consegna: *prima* della conclusione del contratto. La legge non fissa un termine minimo di tempo che deve trascorrere fra la consegna e la conclusione del contratto. Tuttavia bisogna segnalare che la giurisprudenza più recente si orienta nel senso di riconoscere al contraente un tempo minimo di riflessione. Mi riferisco a una recente pronuncia del Tribunale di Napoli secondo cui, con riferimento a una polizza *linked*, l'informativa in ordine alla complessità e diversificazione dei diversi profili di rischio deve essere fornita in epoca precedente alla sottoscrizione del contratto, in modo tale da lasciare al cliente uno spazio sufficiente per formarsi una rappresentazione veritiera e corretta quanto meno degli elementi essenziali concernenti la specifica operazione, così da colmare le asimmetrie informative eventualmente esistenti e poter effettuare una scelta di negoziazione consapevole (21).

Più in generale si può affermare che tutta l'informazione precontrattuale (22), sia essa dovuta in forza di disposizioni generali oppure di norme specifiche in materia di intermediazione finanziaria o assicurativa, serve a garantire che il contraente comprenda in anticipo il significato dell'atto che sta per compiere.

Anche in ipotesi di consegna anticipata del testo contrattuale, possono peraltro rimanere perplessità in merito alla reale capacità di tutti gli investitori-assicurati di comprendere l'effettiva rilevanza di ogni informazione contenuta nella documentazione. Tuttavia il fine del legislatore non può essere quello di garantire che qualsiasi destinatario comprenda nel caso concreto ogni dettaglio del testo contrattuale; si tratterebbe di un obiettivo destinato all'insuccesso. Lo scopo auspicato dal regolatore è diverso: è quello di far sì che un contraente "medio" comprenda in anticipo gli elementi "essenziali" del rapporto contrattuale.

La finalità di negoziazione del testo contrattuale e la finalità probatoria

Sotto un ulteriore profilo, il requisito della forma scritta dovrebbe facilitare fra le parti la negoziazione del testo contrattuale. Attraverso la preventiva consegna delle bozze, queste possono - astrattamente - essere oggetto di trattativa fra i contraenti. Le condizioni del contratto d'intermediazione finanziaria possono, teoricamente, essere negoziate con l'intermediario, anche se - nella realtà dei fatti - spesso gli

investitori non si premurano nemmeno di leggere attentamente i testi; ancor meno di trattarne le condizioni. Quasi sempre, come accennato, il testo contrattuale viene predisposto dalla banca. Non di rado capita che gli investitori si limitino a farsi spiegare velocemente i termini essenziali del rapporto, per poi firmare un lungo testo, senza avere realmente preso conoscenza in anticipo di tutte le condizioni che regolano la relazione.

Una situazione simile si verifica nel contesto dei contratti di assicurazione. I testi contrattuali vengono predisposti dall'impresa assicurativa e solo alcune parti necessitano di essere integrate. Le parti mancanti riguardano generalmente solo le caratteristiche del singolo rapporto e, dunque, l'identificazione specifica dei contraenti, la durata e i termini economici. Anche nei contratti d'assicurazione non vi sono realistici margini di negoziazione.

Vista da un'ultima prospettiva, la forma scritta - richiesta dalla legge per il contratto d'intermediazione finanziaria - può essere utile a fini probatori. Nel caso in cui sorgano contestazioni fra le parti, il fatto di avere un testo scritto consente di ricostruire quelle che sono state le pattuizioni fra i contraenti. La forma scritta può dunque giocare un ruolo importante *ex post*, nel momento in cui sorgono dissidi fra le parti. Ecco allora che, contratto alla mano, si può chiedere il rispetto di certe clausole che vi erano state inserite oppure si può contestare la validità di determinate pattuizioni. Sotto questo profilo il requisito della forma scritta serve anche a diminuire il pericolo di controversie fra i contraenti. Se l'assetto contrattuale è pre-determinato per iscritto, si riduce il rischio di divergenze fra le parti. Si consideri che normalmente i contratti d'intermediazione finanziaria sono molto dettagliati, toccando pressoché ogni aspetto del rapporto contrattuale. Grazie alla forma scritta si può così, almeno talvolta, evitare di dare

Note:

(21) Trib. Napoli, Sez. dist. Portici, 13 giugno 2011, in *Assic.*, 2011, 751 ss., con nota di Riva.

(22) In materia di informazione precontrattuale cfr. la monografia di Greco, *Informazione pre-contrattuale e rimedi nella disciplina dell'intermediazione finanziaria*, Milano, 2010. V inoltre i contributi di Alpa, *Gli obblighi informativi precontrattuali nei contratti di investimento finanziario. Per l'armonizzazione dei modelli regolatori e per l'uniformazione delle regole di diritto comune*, in *Econ. dir. terziario*, 2009, 395 ss.; Conforti, *Responsabilità pre-contrattuale e dovere di informazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, I, 207 ss.; Salanitro, *Gli obblighi precontrattuali di informazione: le regole e i rimedi nel progetto acquis*, in *Eur. dir. priv.*, 2009, 59 ss.; Sangiovanni, *L'informazione precontrattuale degli intermediari assicurativi*, in *Contr. impr.*, 2010, 123 ss.; Scognamiglio, *Responsabilità precontrattuale e danno non patrimoniale*, in *Resp. civ. prev.*, 2009, 1450 ss.

corso a controversie giudiziarie, con tutti gli effetti negativi che esse comportano.

Analogamente avviene nei contratti di assicurazione. Anzi, qui la forma scritta viene elevata dalla legge (art. 1888 comma 1 c.c.) a elemento necessario proprio per la prova del contratto. L'utilizzo della forma scritta aiuta a prevenire le controversie, in quanto i rapporti fra le parti vengono cristallizzati generalmente in dettaglio. Se gli accordi intercorsi fra i contraenti risultano con chiarezza nella documentazione scritta, la parte tenuta dovrà adempiere ai propri obblighi e, nel caso non lo facesse, rischierebbe di essere condannata. Ne consegue l'incentivo ad adempiere volontariamente.

Il caso particolare della mancata sottoscrizione del contratto

Una volta stabilito che il requisito di forma è necessario a fini di validità (contratti di intermediazione finanziaria) o a fini di prova (contratto di assicurazione), il problema ulteriore che si pone è di stabilire a quali condizioni il requisito di forma possa ritenersi soddisfatto. La problematica principale da trattare è quella del contratto che si presenta sì in forma scritta, ma che non risulta sottoscritto in modo appropriato dai contraenti.

Nella prassi possono verificarsi situazioni diverse. Si può distinguere fra il caso più grave del contratto che manca della firma di ambedue le parti dall'ipotesi, più lieve, del testo contrattuale che manca della sottoscrizione di una sola delle parti. A seconda delle singole fattispecie può poi mancare la firma del soggetto professionale (intermediario finanziario oppure impresa di assicurazione) piuttosto che la sottoscrizione del cliente - contraente.

In un caso affrontato dal Tribunale di Ancona (23), in riferimento a un contratto d'intermediazione finanziaria, la contestazione mossa dalla difesa dell'investitore era che il contratto quadro non era stato sottoscritto né dall'intermediario finanziario né dall'investitore (l'investitore si era limitato a sottoscrivere un foglio separato contenente le clausole vessatorie ai sensi dell'art. 1341 c.c.). L'autorità giudiziaria anconetana ritiene che tale contratto sia nullo ai sensi dell'art. 23 comma 1 t.u.f. Il ragionamento del Tribunale di Ancona sul punto pare lineare, considerando che - in assenza di sottoscrizione del contratto quadro - manca la forma richiesta dalla legge, non potendo il documento in mancanza di firma essere ascrivito giuridicamente alle parti.

Non mi pare che una soluzione sostanzialmente diversa possa valere nel caso del contratto di assicurazione: se il testo contrattuale non è stato firmato da

nessuna delle parti, il contratto non può produrre effetti. Abbiamo visto che nel caso del contratto di assicurazione, la forma scritta è richiesta a fini probatori (e non di validità). Tuttavia l'assenza di qualsiasi sottoscrizione rende non riconducibile all'una o all'altra parte il testo scritto non firmato.

Rispetto al caso più grave del contratto che manca di qualsivoglia sottoscrizione, si può poi verificare la fattispecie del testo contrattuale che risulta firmato da uno solo dei contraenti. Si potrebbe ipotizzare che il contratto mancante di sottoscrizione sia nullo non tanto per inosservanza di forma quanto per mancanza dell'accordo delle parti. Come è noto, la nullità del contratto può realizzarsi per diverse ragioni, fra cui la mancanza di uno dei requisiti indicati dall'art. 1325 c.c. e fra questi requisiti rientra l'accordo delle parti, che - in linea di principio - non può dirsi debitamente manifestato in assenza di apposizione della sottoscrizione di una di esse.

La Corte di cassazione ha peraltro affermato che, ai fini della sussistenza del requisito della forma scritta nei contratti, non occorre che la volontà negoziale sia manifestata dai contraenti contestualmente e in un unico documento, dovendosi ritenere il contratto perfezionato anche qualora le sottoscrizioni siano contenute in documenti diversi, anche cronologicamente distinti, qualora, sulla base di una valutazione rimessa al giudice di merito, si accerti che il secondo documento è inscindibilmente collegato al primo, sì da evidenziare inequivocabilmente la formazione dell'accordo (24). Esistono pertanto i margini per affermare che gli ordini d'investimento che vengono impartiti dall'investitore esprimono quel consenso al contratto d'intermediazione finanziaria che non è stato originariamente espresso dall'investitore con l'apposizione di una firma in calce al medesimo. Si potrebbe insomma qualificare l'ordine come accettazione del contratto da parte del cliente. A fronte di questa possibile soluzione bisogna peraltro segnalare una sentenza del Tribunale di Rimini che ha rigettato la prospettiva, affermando che il contratto quadro e l'ordine di acquisto hanno contenuti troppo diversi per configurare uno scambio di consensi sul medesimo contenuto (25). Anche se è vero che nella prassi ciò avviene nella quasi totalità dei casi (l'ordine è generalmente un documento striminzito

Note:

(23) Trib. Ancona, 18 febbraio 2009, in *Giur. it.*, 2009, 1681 ss., con nota di Sangiovanni.

(24) Cass., 13 febbraio 2007, n. 3088.

(25) Trib. Rimini, 12 ottobre 2010, in *Corr. mer.*, 2011, 139 ss., con nota di Sangiovanni.

che non contiene certo tutti gli elementi del contratto d'intermediazione finanziaria), può però capire che l'ordine contenga tutti gli elementi essenziali di un contratto d'intermediazione finanziaria. Oppure, in alternativa, non si può nemmeno escludere che l'ordine contenga un richiamo al contratto d'intermediazione finanziaria, che l'investitore - nel conferire l'ordine - dichiara di conoscere e accettare *in toto*. A queste condizioni si può forse ritenere, anche alla luce della citata sentenza della Corte di cassazione, che vi sia espressione di consenso e - dunque - corretta formazione del contratto d'intermediazione.

Considerazioni analoghe a quelle svolte per il contratto d'intermediazione finanziaria possono ritenersi valide nel contesto del contratto di assicurazione. La giurisprudenza sull'art. 1888 c.c. mostra alcune particolarità di cui giova riferire. Con riferimento alla possibilità di un contratto firmato solo dall'assicuratore, la Corte di cassazione ha affermato che la polizza integra un'idonea prova del contratto anche quando risulti sottoscritto soltanto dall'assicuratore, in quanto documenta in modo diretto l'accettazione del medesimo e in modo indiretto - assumendo al riguardo valore di riconoscimento - la precedente

proposta dell'assicurato, mentre la quietanza di pagamento del premio costituisce solo un ulteriore elemento confermativo del perfezionamento e dell'efficacia del contratto (26). La Corte di cassazione pare pertanto avere assunto un approccio piuttosto liberale rispetto al requisito di forma. In questa direzione si può segnalare un'altra sentenza della Cassazione secondo la quale, per determinare il contenuto oggettivo della polizza, il giudice può fare utilmente riferimento anche alle indicazioni contenute nelle ricevute provvisorie rilasciate, a fronte del pagamento del premio, dall'agente munito del potere di rappresentanza (27).

Validità probatoria può poi avere il documento sottoscritto dal solo contraente. La Corte di cassazione ha difatti affermato che l'onere della forma scritta *ad probationem ex art. 1888 c.c.* è rispettato quando l'assicurato abbia sottoscritto una clausola di rinvio, nella quale si dica che l'assicurato medesimo ha ricevuto e accettato le condizioni generali di polizza (28).

Note:

(26) Cass., 16 aprile 1984, n. 2438.

(27) Cass., 18 febbraio 2000, n. 1875.

(28) Cass., 8 gennaio 1999, n. 102.

LIBRI

COLLANA: **Commentari**

**Codice del processo amministrativo
Commentato**

II edizione

Aggiornato con il d.lgs. 15.11.2011, n. 195 e con il d.l. 24.1.2012, n. 1 conv. in l. 24.3.2012, n. 27

a cura di **Rosanna De Nictolis**



L'Opera commenta approfonditamente il testo del Codice del processo amministrativo, così come integrato e modificato dal decreto correttivo n. 195/2011 (in vigore dall'8 dicembre 2011).

Le disposizioni del Codice sono esaminate tenendo conto della **copiosa giurisprudenza** formatasi nei primi diciotto mesi di applicazione e delle **ultime novità normative**.

Per ciascun istituto vengono anche evidenziate le **criticità esegetiche** poste dalla recente disciplina.

Completano e arricchiscono il volume le **tabelle riassuntive degli atti processuali e dei relativi termini** e un **dettagliato indice analitico**.

Ipsoa 2012, Euro 180,00

Per informazioni e acquisti

- **Servizio Informazioni Commerciali**
(tel. 02.82476794 – fax 02.82476403)
- **Agente Ipsoa di zona** (www.ipsoa.it/agenzie)
- **<http://ipshop.ipsoa.it>**

Famiglia e successioni

a cura di Carlo Rimini

STUDIO RIMINI

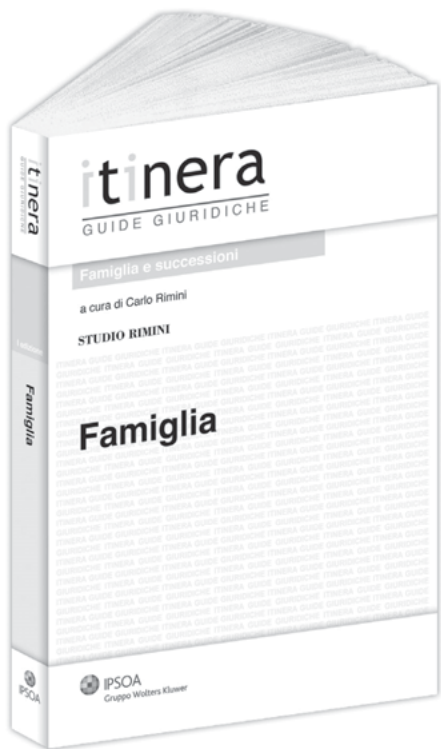
Famiglia

L'opera affronta, con un'impostazione **multidisciplinare** e con il giusto bilanciamento di **approfondimento scientifico** e **taglio pratico-operativo**, la tematica del diritto di famiglia.

Attraverso inquadramenti sistematici, esempi, case history, casistica giurisprudenziale, schemi riepilogativi, focus, clausole contrattuali e approfondimenti, vengono esaminati:

- il **matrimonio**, sia negli **aspetti fisiologici** (promessa, condizioni per contrarre, matrimonio all'estero, matrimonio concordatario) che **patologici** (nullità e annullamento, separazione e divorzio)
- la **convivenza** (rapporti personali e patrimoniali tra conviventi, cessazione della convivenza, contratti di convivenza)
- gli **effetti del matrimonio** (diritti e doveri dei coniugi)
- il **regime patrimoniale** della famiglia (comunione e separazione dei beni, fondo patrimoniale, impresa familiare)
- il **rapporto di filiazione** (sia legittima che naturale)
- le **questioni processuali** nei giudizi di separazione e divorzio
- gli **aspetti fiscali** (le indagini basate sui documenti fiscali e contabili per la determinazione del reddito e del patrimonio dei coniugi)
- il **diritto penale della famiglia**

Il volume è disponibile anche nella versione e-book.



Compili subito il coupon, e lo invii via fax allo **02.82476403**.
Può acquistare anche on line su www.shopwki.it oppure può
contattare l'Agenzia della Sua zona (www.shopwki.it/agenzie)
o rivolgersi alle migliori librerie della Sua città.

(00116654) Sì, desidero acquistare il volume **Famiglia**, a cura di Carlo Rimini a € **55,00**.

Cognome e Nome	Azienda/Studio
Via	CAP
Città	
Tel.	Fax
e-mail (obbligatoria):	Cod. cliente
Partita IVA	C.F.
<input type="checkbox"/> (1002) Pagherò con bollettino postale premarcato sul c.c. n° 412205, intestato a Wolters Kluwer Italia s.r.l. Gestione abbonamenti Ipsoa, allegato alla fattura	
<input type="checkbox"/> Addebitare l'importo di € sulla mia carta di credito:	
<input type="checkbox"/> Mastercard (16 cifre) <input type="checkbox"/> American Express (15 cifre) <input type="checkbox"/> VISA (16 cifre) <input type="checkbox"/> Diners (14 cifre)	
n°	Data di scadenza
Nome e indirizzo titolare carta di credito	
Timbro e firma	

TRATTAMENTO DATI PERSONALI
I dati personali saranno registrati su database elettronici di proprietà di Wolters Kluwer Italia S.r.l., con sede legale in Assago Milanofiori Strada 1-Palazzo F6, 20090 Assago (MI), titolare del trattamento e saranno trattati da quest'ultima tramite propri incaricati. Wolters Kluwer Italia S.r.l. utilizzerà i dati che La riguardano per finalità amministrative e contabili. I Suoi recapiti postali e il Suo indirizzo di posta elettronica saranno utilizzabili, ai sensi dell'art. 130, comma 4, del D.lgs. 196/03, anche a fini di vendita diretta di prodotti o servizi analoghi a quelli oggetto della presente vendita. Lei potrà in ogni momento esercitare i diritti di cui all'art. 7 del D.lgs. n. 196/2003, fra cui il diritto di accedere ai Suoi dati e ottenerne l'aggiornamento o la cancellazione per violazione di legge, di opporsi al trattamento dei Suoi dati ai fini di invio di materiale pubblicitario, vendita diretta e comunicazioni commerciali e di richiedere l'elenco aggiornato dei responsabili del trattamento, mediante comunicazione scritta da inviarsi a: Wolters Kluwer Italia S.r.l. - PRIVACY - Centro Direzionale Milanofiori Strada 1-Pal. F6, 20090 Assago (MI), o inviando un Fax al numero: 02.82476.403.

• Diritto di recesso. Clausola di ripensamento ai sensi dell'art. 5 D.lgs. n. 185/1999. Decorso 10 giorni lavorativi dalla data di ricevimento del bene da parte del cliente senza che questi abbia comunicato con raccomandata A.R. inviata a Wolters Kluwer Italia S.r.l. Milanofiori - Assago (o mediante e-mail, telegramma, telex o facsimile confermati con raccomandata A.R. nelle 48 ore successive), la propria volontà di recesso, la proposta si intenderà impegnativa e vincolante per il cliente medesimo. In caso di recesso da parte del cliente, entro lo stesso termine (10 giorni lavorativi dal ricevimento) il bene dovrà essere restituito per posta a Wolters Kluwer Italia S.r.l., Milanofiori, Strada 1 - Pal. F6, 20090 Assago (MI). Le spese di spedizione saranno a carico di Wolters Kluwer Italia S.r.l.

Requisiti del contratto

Comunicazione dell'accettazione e conclusione del contratto

CASSAZIONE CIVILE, Sez. II, 12 luglio 2011, n. 15293 - Pres. Triola - Rel. Giusti - P.m. Scardaccione - C. L. c. M. E.

Nei contratti che necessitano della forma scritta per la loro validità, l'accettazione della proposta può giungere al proponente non soltanto attraverso la consegna di un documento che la contenga, ma anche in altra forma - come ad esempio, a mezzo telefono - in quanto la comunicazione dell'accettazione non richiede, di per sé, la forma scritta: basta fornire la prova certa dell'intervenuta comunicazione.

ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI

Conforme	Cass. 31 marzo 2011, n. 7420, in <i>Lplus</i> ; Cass. 16 aprile 2003, n. 6105, in <i>Arch. Civ.</i> , 2004, 238.
Difforme	Trib. Milano 11 settembre 2003, n. 6423, in <i>Lex24</i> online; Cass. 5 dicembre 1989, n. 5370, in <i>Lplus</i> ; Cass. 10 dicembre 1979, n. 6395, <i>ibidem</i> ; Cass. 19 novembre 1973, n. 3119, in <i>Foro It.</i> , 1974, I, 2420; Cass. 22 aprile 1963, n. 1035, in <i>Giust. Civ.</i> , 1963, 1557.

Ritenuto in fatto

1. - C. L. convenne in giudizio dinanzi al Tribunale di Genova M. E., esponendo di avere svolto in favore della convenuta attività di mediazione in suo favore per l'acquisto di un immobile per il quale la M. aveva formulato, in data 16 febbraio 1999, proposta irrevocabile di acquisto (fino alle ore 17 del 20 febbraio dello stesso anno), proposta che la venditrice, G.A., aveva tempestivamente accettato in data 19 febbraio 1999.

Poiché la M. si era poi immotivatamente rifiutata di stipulare il contratto, allegando ingiustificatamente di non avere avuto tempestiva comunicazione dell'accettazione, l'attrice chiese che la convenuta venisse condannata al risarcimento del danno che con il proprio indebito comportamento aveva cagionato, nella misura pari alle provvigioni che la C. avrebbe lucrato dalle parti della vendita, ove il contratto fosse stato concluso.

In subordine, sostenne l'esistenza di una responsabilità, in capo alla M., di natura precontrattuale, e ne chiese il risarcimento del danno secondo equità.

Si costituì la M., resistendo.

Dedusse che nessuna comunicazione le era pervenuta della accettazione da parte della venditrice nel periodo di vigore della proposta contrattuale. In via riconvenzionale chiese la condanna della convenuta alla restituzione della somma di L. 10.000.000 portata in assegno che ella aveva consegnato alla C. a titolo di caparra per l'affare in questione. La convenuta chiese ed ottenne di poter chiamare in causa G.A. per l'ipotesi che l'assegno fosse a mani della medesima.

Quest'ultima si costituì sollecitando la pronuncia di condanna della controparte alla perdita della somma portata

nell'assegno consegnatole a titolo di caparra, assegno che ella aveva nel frattempo trattenuto.

2. - Il Tribunale di Genova, con sentenza in data 27 gennaio 2003, sul presupposto che l'accettazione era stata ritualmente comunicata alla M. e che il vincolo negoziale tra le parti si era concluso, riconobbe alla attrice, a titolo di provvigione da parte dell'acquirente, la somma di Euro 17.043,08, oltre accessori, ed ulteriormente affermò il diritto della chiamata di trattenere la caparra corrispostale dalla convenuta.

3. - La Corte d'appello di Genova, con sentenza resa pubblica mediante deposito in cancelleria il 25 maggio 2005, in riforma della decisione di primo grado, ha respinto la domanda della C. e quella della G..

La Corte territoriale ha premesso che seppure la comunicazione dell'accettazione non richiede, in sé, la forma scritta, essa deve tuttavia possedere un grado di certezza riferito a tutte le circostanze salienti, tale da consentire il valido incontro delle manifestazioni di volontà negoziale provenienti dai paciscenti. Ha quindi riconosciuto che nessuna valida accettazione della proposta pervenne alla proponente nel termine di efficacia prestabilito, perché occorreva che la manifestazione di volontà fosse resa con una modalità di comunicazione tale da attribuire certezza al destinatario, sia sul recepimento integrale ed incondizionato della propria manifestazione di volontà, in tutte le sue previsioni, sia sulla provenienza della relativa dichiarazione, specificamente dal soggetto a tanto legittimato. Ciò - ha sottolineato conclusivamente la Corte del gravame - "non può essere garantito dalla comunicazione telefonica". "Pure ritenendo che realmente la comunicazione telefonica con la M. sia stata effettuata ..., ben

avrebbe potuto la C. riferire alla proponente, non della compiuta e definitiva accettazione della venditrice, bensì su circostanze non integranti un consenso, puntuale e completo su tutti gli elementi salienti, e così, esemplificativamente quanto alla mera intenzione, o propensione della venditrice ad accettare, o di una accettazione contenente modificazioni a quanto indicato dalla M., e così tale da trasformare l'accettazione in una nuova proposta, a sua volta necessitante di una accettazione da parte della destinataria".

4. - Per la cassazione della sentenza della Corte d'appello la C. ha proposto ricorso, con atto notificato il 17 novembre 2005.

La M. ha resistito con controricorso, mentre l'altra intimata non ha svolto attività difensiva in questa sede.

In prossimità dell'udienza entrambe le parti hanno depositato memorie illustrative.

Considerato in diritto

1. - Con il primo motivo (violazione e falsa applicazione dell'art. 1326 c.c., in relazione agli artt. 1335, 1350 e 1351 c.c.) la ricorrente si duole che la Corte d'appello, pur affermando di condividere il principio di cognizione, secondo cui la comunicazione dell'intervenuta accettazione della proposta (anche quando sia richiesta la forma scritta) può avvenire ed essere dimostrata in qualsiasi modo, ed anche mediante prove orali e presuntive, ne abbia limitato l'ambito di applicazione allorché la comunicazione stessa sia stata effettuata per via telefonica, sul rilievo che tale modalità non darebbe le necessarie garanzie di certezza sull'effettivo incontro delle volontà. In tal modo, sarebbe stata violata la regola che, in tema di perfezionamento del contratto *inter absentes*, ammette la più ampia libertà in ordine alle modalità con cui si può dare al proponente la comunicazione dell'intervenuta accettazione. Di qui il quesito se il proponente può venire informato dell'accettazione sottoscritta dall'altra parte in qualsiasi modo, non essendo la prova di tale circostanza soggetta ad alcuna limitazione e potendo essere fornita anche mediante testimoni o per presunzioni, indipendentemente dalla forma richiesta per la validità del contratto.

Con il secondo mezzo (omessa, insufficiente o contraddittoria motivazione su un punto decisivo della controversia) si lamenta che la Corte di merito - dando rilievo assorbente alla inidoneità della comunicazione telefonica - non abbia esaminato e vagliato le risultanze delle prove per interrogatorio e per testi raccolte in primo grado, le quali consentivano di stabilire:

a) che la G. aveva realmente sottoscritto per accettazione la proposta nel pomeriggio del 19 febbraio 1999;

b) che nessun dubbio poteva sorgere circa l'identificazione della proprietaria, dato che le sue generalità erano state indicate nel modulo redatto dall'agenzia immobiliare, tanto più che era stata proprio la G. a conferire l'incarico alla C. ed a firmare, in presenza di questa, l'accettazione della proposta.

2. - I due motivi - i quali, stante la loro connessione, possono essere esaminati congiuntamente - sono fondati, nei termini di seguito precisati.

Non è contestato che la M. sottoscrisse in data 16 febbraio 1999 una proposta di acquisto di un immobile tramite un mediatore.

Questa proposta, ove accettata entro il termine indicato nella stessa (le ore 17 del 20 febbraio 1999), avrebbe dato luogo ad un contratto (preliminare o definitivo) di compravendita.

Il problema quindi si riduce a stabilire se - là dove la legge preveda, sotto pena di nullità, per la conclusione del contratto, la forma scritta - sia possibile che il proponente acquisisca la conoscenza della intervenuta accettazione per iscritto da parte dell'oblato ricevendone apposita comunicazione telefonica.

È noto che il regime di conclusione del contratto mediante scambio *inter absentes* di proposta ed accettazione si articola in due varianti, quella della conoscenza (art. 1326 c.c., comma 1) e quella della ricezione (art. 1335 cod. civ.).

In proposito, questa Corte (Sez. 2, 1 settembre 1997, n. 8328) ha già ritenuto che, anche nei contratti formali, l'accettazione della proposta non deve necessariamente pervenire direttamente nelle mani del proponente attraverso la consegna di un documento che la contenga.

Nella disciplina dettata dal codice civile, il momento conclusivo del vincolo contrattuale è quello (ex art. 1326, comma 1) in cui colui che ha fatto la proposta ha conoscenza dell'accettazione dell'altra parte, avendo il legislatore "dettato una norma (l'art. 1335 cod. civ.) che stabilisce una presunzione di conoscenza (con l'arrivo ... dell'accettazione all'indirizzo del destinatario, cioè al luogo più idoneo per la ... ricezione) che si aggiunge, ma non esclude altri modi di conoscenza".

Il principio della cognizione che vige nella conclusione del contratto - si legge ancora nella ricordata pronuncia - "richiede che entrambe le parti abbiano conoscenza della loro concorde volontà, conoscenza che può realizzarsi comunque (sempre che le due dichiarazioni siano redatte per iscritto)".

Ora, la sentenza impugnata, nonostante abbia richiamato detto precedente e abbia ritenuto, in premessa, che "la comunicazione dell'accettazione non richiede, in sé e per sé, la forma scritta", ha finito, poi, contraddittoriamente, per considerare che la conoscenza della accettazione scritta da parte dell'oblato non può essere garantita dalla comunicazione telefonica, sul rilievo preliminare che lo strumento utilizzato non darebbe certezza "quanto alla provata manifestazione di una volontà di aderire alle esatte condizioni contenute nella proposta, circostanze di visu essenziale al fine di ritenere formato un completo consenso".

Viceversa, la Corte di merito avrebbe dovuto, all'esito della valutazione delle risultanze probatorie, anche testimoniali e per interrogatorio, accertare se in concreto se la proponente M. - attraverso la comunicazione telefonica proveniente dall'intermediario cui entrambe le parti si erano rivolte per la conclusione dell'affare ed al quale si assume essere stata consegnata l'accettazione scritta da parte dell'oblata - di questa intervenuta accettazione abbia avuto, in concreto, effettiva e tempestiva (prima,

cioè, dello spirare del termine all'uopo fissato) conoscenza.

3. - A tale accertamento procederà altra sezione della Corte d'appello di Genova, cui la causa - cassata la sentenza impugnata - deve essere rinviata.

Il giudice del rinvio provvederà anche sulle spese del giudizio di cassazione.

P.Q.M.

La Corte accoglie il ricorso nei sensi di cui in motivazione; cassa la sentenza impugnata in relazione alla censura accolta e rinvia la causa, anche per le spese, ad altra sezione della Corte d'appello di Genova.

IL COMMENTO

di Diego Schiesaro

Due le angolazioni dalle quali l'autore guarda alla sentenza in epigrafe. La prima è quella del metodo: i giudici di legittimità giustificano il loro *decisum* esclusivamente riferendosi ad un proprio (presunto) precedente, che ad un'attenta analisi si rivela tuttavia ambiguo e movente da diversa fattispecie concreta. La seconda è quella del merito: in presenza di vincoli formali e *inter absentes*, l'intimo e problematico legame esistente tra la variante cd. "della ricezione" e quella cd. "della conoscenza" dello schema generale di conclusione del contratto potrebbe avere conseguenze "drammatiche" di cui la Cassazione non ha tenuto conto.

Il caso

Un mediatore si rivolge al Tribunale di Genova asserendo che:

- a) una proposta irrevocabile di acquisto immobiliare era stata innanzi a lui sottoscritta dalla venditrice;
- b) di tal fatto (l'avvenuta sottoscrizione) aveva lui stesso informato telefonicamente la compratrice prima dello scadere del periodo di vigenza della formulata offerta;
- c) il contratto tra le parti si era perciò concluso e lui aveva quindi diritto alla provvigione.

Quest'ultima gli era stata *ante causam* negata in quanto secondo la proponente l'affare non si era mai perfezionato, poiché - a dir di lei - nessuna comunicazione dell'accettazione le era tempestivamente pervenuta. Di qui la domanda attorea volta a veder condannata la (ora convenuta) compratrice alla corresponsione di importo pari all'ammontare di quanto dovutogli.

Il giudice di prime cure effettivamente riconosce a favore del mediatore e a carico della convenuta una somma a titolo di provvigione, sul presupposto della ritualità della comunicazione dell'accettazione e, perciò, dell'avvenuta conclusione del contratto. Sempre in primo grado, viene inoltre affermato il diritto della (chiamata in causa) venditrice alla ritenzione della caparra previamente corrisposta dalla compratrice per l'affare in questione.

L'interpellata Corte di Appello non condivide, però, tale decisione, che riforma infatti *in toto* evidenziando che:

- a) anche relativamente ai contratti per i quali la for-

ma scritta è richiesta *ad substantiam*, la comunicazione dell'accettazione non richiede in sé la forma scritta, ma «essa deve tuttavia possedere un grado di certezza riferito a tutte le circostanze salienti, tale da consentire il valido incontro delle manifestazioni di volontà negoziale provenienti dai paciscenti»;

- b) una mera comunicazione telefonica non può soddisfare tali requisiti, né assicurare sulla provenienza della dichiarazione di accettazione;

c) conseguentemente, anche qualora si ritenesse provato che detta comunicazione sia nel caso di specie effettivamente avvenuta, «nessuna valida accettazione della proposta pervenne alla proponente nel termine di efficacia prestabilito».

La Cassazione, che accoglie invece il ricorso del mediatore per la riforma della sentenza di secondo grado (e rinvia la causa ad altra sezione del Collegio genovese), ritiene tuttavia errate e contraddittorie tali conclusioni della Corte d'Appello.

Errate in quanto, secondo i giudici di legittimità:

- a) la presunzione di conoscenza legata all'arrivo dell'accettazione all'indirizzo del destinatario (art. 1335 c.c.) non esclude che la notizia dell'accettazione sia pervenuta al proponente in modi differenti da questo;

b) anche quando la legge impone al contratto una forma scritta a pena di nullità opera infatti il principio di cognizione, il quale «richiede che entrambe le parti abbiano conoscenza della loro concorde volontà, conoscenza che può realizzarsi comunque (sempre che le due dichiarazioni siano redatte per iscritto)»;

c) conseguentemente, è ben possibile che il proponente acquisisca la conoscenza della intervenuta accettazione per iscritto per mezzo di una telefonata, e che - così - il contratto si concluda.

Contraddittorie perché, secondo la suprema corte, una volta affermato tra le premesse logiche che la comunicazione dell'accettazione non richiede di per sé la forma scritta, la Corte d'Appello avrebbe dovuto solamente valutare tutte le risultanze probatorie e così accertare se, attraverso la comunicazione telefonica proveniente dall'intermediario, la proponente avesse o meno avuto, in concreto, effettiva e tempestiva conoscenza dell'accettazione redatta nella necessaria forma scritta.

Forma del contratto e forma del procedimento: un precedente ambiguo?

In passato, i giudici di legittimità avevano espresso soprattutto opinioni diverse da quella oggi accolta nella decisione in commento; il convincimento diffuso, per non dire unanime, era infatti il seguente: «quando per un contratto è richiesta la forma scritta *ad substantiam*, tutti gli atti in cui si articola la formazione del consenso debbono rivestire tale forma: è perciò irrilevante l'accettazione che non sia stata comunicata per atto scritto» (1).

Addirittura, si era giunti a qualificare come «contraddittoria ed inesplicabile rispetto al sistema» qualsiasi soluzione diversa (2).

Ciò nonostante, la Cassazione sembra ora esser certa del contrario. Tanto che la motivazione che sorregge la sentenza in commento si trova (tutta) esposta, per così dire, *per relationem*: il richiamo ad un suo precedente del 1997 (3) pare infatti al Collegio sufficiente per giustificare il proprio *decisum*, anche se, probabilmente, questo rinvio può invece rivelarsi non del tutto esaustivo.

La ragione è semplice: il fatto da cui prese le mosse quella sentenza non era identico, né sovrapponibile a quello che ha invece dato luogo all'arresto qui analizzato.

Allora, infatti, l'accettazione scritta di una proposta di acquisto immobiliare era stata mostrata, ma non consegnata al proponente: i giudici di legittimità avevano perciò spiegato che il contratto si era concluso, poiché non sta scritto da nessuna parte che l'accettazione debba necessariamente pervenire nelle mani del proponente attraverso la *consegna* di un documento che la contiene, in quanto dal combinato disposto degli artt. 1326 e 1335 c.c. può desumersi che quella della presunzione di conoscenza è una norma che «si aggiunge, ma non esclude altri modi di conoscenza quale quello realizzatosi, nella specie,

attraverso l'esibizione» alla proponente (da parte dell'intermediario) dell'atto contenente l'accettazione scritta.

Tale frammento di motivazione, soprattutto se isolato dal contesto suo proprio, si rivela però ambiguo e potenzialmente polisensibile, specialmente nella parte di proposizione (qui) testualmente citata e virgolettata.

Ferma la non necessarietà del rilascio di alcun documento scritto, con l'inciso «quale quello realizzatosi, nella specie, attraverso l'esibizione» - sì, esemplificativo: ma gli esempi servono anche a qualificare le fattispecie, a ben comprenderne le strutture e a delimitarne i confini - i giudici di legittimità (in quella sede) avrebbero infatti potuto voler intendere che:

a) fra gli «altri modi di conoscenza» idonei a concludere il contratto (formale) rientrano anche modalità nelle quali è escluso ogni contatto fisico e visivo diretto con l'accettazione nella sua forma scritta (si pensi, per esempio, proprio al caso della telefonata);

b) al contrario, fra gli «altri modi di conoscenza» idonei alla conclusione dell'accordo (formale) rientrano solo quelli che hanno qualcosa in comune con l'occorso caso dell'esibizione del documento dell'accettazione; in altre parole, solo quelli in cui vi è comunque un contatto visivo e diretto con la forma scritta del consenso.

A conferma dell'esistenza di tale possibile confusio-

Note:

(1) Così Cass. 10 dicembre 1979, n. 6395, in *DeJure*. Con essa: Cass. 5 dicembre 1989, n. 5370, *ibidem*; Cass. 19 novembre 1973, n. 3119, in *Foro It.*, 1974, I, 2420 ss.; Cass. 22 aprile 1963, n. 1035, in *Giust. Civ.*, 1963, 1557 ss. Quanto alle Corti di merito, risultano conformi Trib. Milano 11 settembre 2003, n. 6423, in *Lex24*; Trib. Monza 1 luglio 2002, in *Lex24*, la quale - discorrendo sempre di una compravendita immobiliare e avendo a che fare, però, con un telegramma - alla base di un poi più articolato (e per certi versi problematico) ragionamento ha comunque posto il rilievo che la comunicazione di una accettazione scritta debba essere pure essa svolta in questa forma; Trib. Padova 7 aprile 1993, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1994, I, 370 ss., con nota di D. Clapiz, *Conclusioni del contratto a mezzo telefax*, ove il giudice nega che un contratto formale possa concludersi via *telefax* e - in un *obiter dictum* - esclude altresì in modo deciso l'impiego all'uopo del telefono. Sempre in senso conforme, anche App. Napoli 20 novembre 1959, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1960, 673 ss., con nota di L. Campagna, *Conseguenze del carattere recettizio dell'accettazione contrattuale*, riguardante un caso in cui l'accettazione doveva essere scritta in quanto il proponente aveva espressamente richiesto che il perfezionamento del contratto avvenisse «mediante sottoscrizione e restituzione di un certo modulo»; come si avrà occasione di osservare nel testo, in questo ed altri casi, quantomeno il trattamento della fattispecie dichiarativa in sé considerata è (in generale) il medesimo rispetto a quello della forma scritta del contratto *ex lege* richiesta.

(2) Così Cass. 19 novembre 1973, n. 3119, cit.

(3) Cass. 1 settembre 1997, n. 8328, in *DeJure*.

ne sta il fatto che la sentenza n. 8328 del 1997 della Cassazione è stata effettivamente letta dalla giurisprudenza successiva in entrambi i modi ora proposti.

Gli arresti recenti (di merito) che hanno ancora affermato che, nei contratti per i quali la forma è prevista *ad substantiam*, proposta e accettazione devono rivestire la forma scritta «ed in tale forma devono essere comunicate», hanno infatti anche specificato che «non si discosta affatto da tale insegnamento, ma anzi lo ribadisce la sentenza n. 8328 del 1997, che ha semplicemente precisato che, ai fini della conclusione del contratto, la comunicazione dell'accettazione, in virtù del principio della libertà di forma può farsi anche mediante esibizione del documento contenente l'accettazione stessa, senza che ne occorra la materiale consegna» (4).

L'opposta interpretazione del precedente - l'ipotesi *a*) di cui sopra - è stata quella invece preferita, ed è evidente, dalla sentenza in commento; ma è anche la stessa pure condivisa dalle pochissime altre decisioni conformi a questa che è dato di rinvenire.

E si intende condivisa in concreto, non in astratto: perché direttamente o indirettamente (cioè mediante riferimento ad altra decisione che vorrebbe in linea retta discendere da tale presunto "capostipite") alla sentenza del 1997 (più latamente interpretata) si rifanno tutti gli arresti nei quali si è scelto di ritenere concluso un contratto "formale" in seguito alla comunicazione solo orale dell'avvenuta accettazione scritta della proposta (5). E, ancor più importante: in tutti i casi tale richiamo costituisce, forse più che nella sentenza in commento, l'unico effettivo supporto motivazionale alla decisione.

Quel che ne risulta è il sorgere di un sospetto: tale filone interpretativo (se così già si può definire), davvero nuovo e sicuramente importante, perché relativo all'essere o non essere del contratto (formale e ad effetti reali, tra l'altro) (6), potrebbe aver avuto la sua (esclusiva) origine in un arresto (quello del 1997) che forse non voleva nemmeno intendere quanto gli è stato poi invece attribuito (ma magari solo rifarsi ad un suo datato precedente (7)), e che - in ogni caso - quel che eventualmente in questo senso dice, lo dice senza diretta attinenza alla fattispecie concreta nel suo specifico caso rilevante.

Il che sarebbe, se l'impressione fosse esatta, già di per sé criticabile: nell'estrarre la *ratio decidendi* di una sentenza - si insegnava già molto tempo fa - «fra il criterio di decisione risultante dalla fattispecie decisa e relativi fatti rilevanti (...), da un lato, e, dall'altro, il criterio più generalizzante o astratto espresso in certe proposizioni della sentenza, si deve, od è

buona regola, scegliere il primo, quando il secondo dia luogo a perplessità gravi o risulti impreciso o privo di una linea direttiva»; e ancora: «nella stessa situazione, di perplessità o di dubbio, a maggior ragione si deve scegliere il primo criterio, quando il secondo (...) sia in contrasto con l'opinione dominante e i relativi precedenti» (8).

Note:

(4) Trib. Milano 11 settembre 2003, n. 6423, cit. L'arresto n. 8328 del 1997 della Cassazione viene nello stesso senso (seppur per certi versi problematicamente: ma qui non se ne può spiegare il motivo) citato da Trib. Monza 1 luglio 2002, cit. Solo in questo modo - ipotesi *sub b*) - la sentenza del 1997 è stata però intesa, almeno a quanto risulta, dalla dottrina: cfr. A. Nachira, *Accettazione della proposta irrevocabile di acquisto*, in *Il Civilista*, 2008, 29. Anche F. Realmonte, *Dichiarazione contrattuale*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da M. Bessone, XIII, II, Torino, 2000, 44, nota 80, e R. Sacco, *La conclusione dell'accordo*, in *Trattato dei contratti*, diretto da P. Rescigno ed E. Gabrielli, Torino, 2006, 145, nota 126, non sembrano vedere nella Cass. 1 settembre 1997, n. 8328, il più largo significato attribuito dalla sentenza in commento.

(5) Ed infatti, Cass. 31 marzo 2011, n. 7420, in *Lex24* online, afferma la conclusione del contratto formale a seguito di una comunicazione telefonica di un'avvenuta accettazione scritta, motivando esclusivamente riferendosi ad altro precedente: Cass. 16 aprile 2003, n. 6105, in *Arch. Civ.*, 2004, 238. Quest'ultima, relativa a diversa e più complessa fattispecie (a mente dell'art. 1334 c.c., diritto di riscatto per prelazione agraria esercitato con atto di citazione la cui notifica doveva ritenersi inesistente, ma il cui effetto negoziale ai fini dell'esercizio tempestivo del retratto era stato ritenuto dai giudici raggiunto poiché il contenuto dell'atto era stato comunicato telefonicamente all'interessato dal di lui fratello che aveva rifiutato la consegna del plico da parte dell'ufficiale giudiziario), si riferisce a sua volta - e sempre senza ulteriormente motivare - a Cass. 1 settembre 1997, n. 8328, cit. E qui già si esaurisce, almeno a quanto risulta, l'elenco degli arresti di legittimità in qualche modo conformi o assimilabili a quello in commento.

(6) La sentenza in commento ritiene (espressamente) irrilevante la natura di preliminare o definitivo del contratto di compravendita asseritamente concluso. Per una "sdrammatizzazione" del tema della formazione, limitata - però - ai contratti ad effetti obbligatori, cfr. V. Roppo, *A partire dalla formazione: divagazioni non molto ortodosse in tema di contratto*, in V. Roppo, *Il contratto del duemila*, 3ª ed., Torino, 2011, 17 ss. In generale, sulla conclusione del contratto, cfr. sin d'ora A.M. Benedetti, *Autonomia privata procedimentale. La formazione del contratto tra legge e volontà delle parti*, Torino, 2002.

(7) Restrittivamente interpretata - ipotesi *sub b*) - la sentenza del 1997 non sarebbe infatti che una riproposizione (affatto limpida) di un principio già meglio espresso nel 1963: «in relazione ad un contratto per il quale è richiesta *ad substantiam* la forma scritta, è ammissibile, di fronte ad una proposta e ad una accettazione scritta non contestuale, la prova per testi diretta a dimostrare non la comunicazione verbale - che sarebbe insufficiente - della dichiarazione scritta di accettazione, ma la comunicazione - o comunque la presa di conoscenza diretta da parte dell'offerente - della stessa dichiarazione di accettazione nella sua espressione grafica». Così una massima estrapolata da Cass. 22 aprile 1963, n. 1035, cit., 1557, la cui motivazione integrale è però da vedere, poiché relativa a ben più articolata fattispecie concreta.

(8) G. Gorla, "*Ratio decidendi*", *principio di diritto (e "obiter dictum")*. - *A proposito di alcune sentenze in tema di revoca dell'offerta contrattuale*, in *Foro It.*, 1964, V, 98.

Comunque sia, volendo passare dai problemi del metodo a quelli del merito, a parte forse che in un caso, ove gli aspetti teorici si trovano perlomeno abbozzati (9), la giurisprudenza offre davvero poche indicazioni per un reale approfondimento della questione, che non può perciò che svolgersi con riferimento all'elaborato dottrinale.

Ricezione e conoscenza: le due varianti dello "schema normale" di formazione del contratto

È vero, come scrivono i giudici, che il nostro codice individua uno schema generale a due varianti di conclusione del contratto *inter absentes*; quel che però nello scarso argomentare della Corte non si coglie è l'intimo e problematico legame esistente tra queste due differenti modalità, comunemente denominate "della conoscenza" e "della ricezione" (dell'accettazione).

Con la prima di queste due espressioni si fa - come noto - riferimento alla regola enunciata all'art. 1326, comma 1, c.c. («il contratto è concluso nel momento in cui chi ha fatto la proposta ha conoscenza dell'accettazione dell'altra parte»); mentre con la seconda si allude al meccanismo di conclusione del contratto di cui all'art. 1335 c.c., che, equiparando il fatto della conoscenza effettiva dell'accettazione - elemento di difficile accertamento pratico - e il momento in cui questa diviene conoscibile al proponente, permette di poter ritenere concluso il contratto al momento del semplice giungere dell'accettazione all'indirizzo del suo destinatario; «con una sola via di fuga per il proponente: dimostrare che gli è stato impossibile conoscere l'accettazione, e che l'impossibilità non è dipesa da sua colpa» (10).

Tralasciando quest'ultimo aspetto, va innanzitutto notato che perché vi sia *conoscenza* dell'accettazione ai sensi dell'art. 1326, c. 1, c.c., vi deve essere accettazione, ed essendo questa - per disposizione del nostro legislatore - atto unilaterale *recettizio*, essa deve - per esistere giuridicamente - essere formulata e volontariamente *indirizzata* verso il proprio destinatario.

Se (e quando) l'accettazione è poi ricevuta in esito al processo di notifica avviato (art. 1335 c.c.), o se è altrimenti conosciuta (art. 1326, comma 1, c.c.), e se sono ovviamente soddisfatti tutti gli altri requisiti che alla stessa si richiedono (tempestività, conformità e, eventualmente, formalità (11)), può produrre allora il suo effetto tipico e costitutivo: la conclusione del contratto.

In tutti i casi, pietra d'angolo dell'intero sistema rimane però l'indirizzamento.

La ragione è molto semplice, si desume già dallo

stesso art. 1335 c.c. (12), e sta a tutela di entrambi i contraenti: che attitudine vincolativa potrebbe infatti avere la redazione di una lettera di accettazione non spedita, ed anzi chiusa a chiave in un cassetto o - peggio - distrutta? Forse che nell'esempio del cassetto potrebbe dirsi che il proponente, magari impossessatosi fraudolentemente del documento, avrebbe diritto a ritenere concluso il contratto, quando chiaramente l'intenzione dell'oblato era quella di riflettere ancora sul da farsi (13)?

Ancora: potrebbe forse vedersi una qualche attitudine vincolativa in un «accetto la proposta» sussurrato alle stelle su una spiaggia deserta (14)?

No: dal volontario imprimere una direzione all'accettazione *verso* il destinatario non si prescinde (15); e del resto dottrina e giurisprudenza sono - almeno a livello di affermazioni di principio - sul punto concordi.

Ed ora una breve digressione.

Se si escludono i casi nei quali la formazione dell'accordo può avvenire per tramite di comportamenti concludenti ad attitudine vincolativa (16), quanto deve essere formulato e poi indirizzato è sempre una *dichiarazione*, intesa come un comportamento manifestativo scelto volto alla esteriorizzazione di un fatto psichico che si risolve necessariamente in una proposizione logica che utilizza la parola, il gesto, il segno convenzionale (17). Non a caso, il paradigma

Note:

(9) Ci si riferisce a Cass. 19 novembre 1973, n. 3119, cit.

(10) V. Roppo, *Il contratto*, in *Trattato Iudica-Zatti*, 2ª ed., Milano, 2011, 98; inoltre si v. D. Solda, *Atti unilaterali e presunzione di conoscenza*, in questa *Rivista*, 2002, 1111 ss.

(11) A. D'Angelo, *Proposta e accettazione*, in *Trattato del contratto*, diretto da V. Roppo, I, *Formazione*, a cura di C. Granelli, Milano, 2006, 108.

(12) Così A. D'Angelo, *op. cit.*, 42.

(13) Cfr. anche C.M. Bianca, *Diritto Civile*, 3, *Il contratto*, Milano, 2000, 221: «chi scrive una lettera ma non la spedisce non manifesta una sicura volontà contrattuale, anzi, mostra di voler ancora riflettere sulla decisione da prendere».

(14) Analogamente (riferendosi ad un esempio di R. Sacco, *op. cit.*, 141) F. Gazzoni, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2011 (XV ed.), 845: «non può di certo ritenersi concluso un contratto sol perché chi intende accettare una proposta, penetrato all'interno dell'ufficio del proponente e in sua assenza, manifesta la volontà parlando al muro».

(15) Si tengano però presenti le problematiche variamente studiate sotto il segno dell'errore ostantivo: in argomento cfr. V. Roppo, *Il contratto*, cit., 99 e 756; A. D'Angelo, *op. cit.*, 43 ss.

(16) In tema cfr. V. Roppo, *Il contratto*, cit., 181 ss., nonché Castiglia, voce *Manifestazione (dir. civ.)*, in *Enc. Giur.*, XIX, Roma, 1990.

(17) Così G. Giampiccolo, *La dichiarazione recettizia*, Milano, 1959, 7.

generale studiato dalla dottrina è quello non dell'atto recettizio, ma della "dichiarazione recettizia", che «è un *prius* rispetto all'atto o al negozio che essa realizza o concorre a realizzare, e non sempre ne è il solo elemento costitutivo» (18).

Quando dichiarazioni orali vengono scambiate tra soggetti simultaneamente presenti nello stesso luogo, o che comunque hanno possibilità di dialogare per tramite di mezzi di comunicazione istantanea (su tutti, si pensi proprio al telefono), i differenti momenti della dichiarazione - espressione/emissione/indirizzamento, trasmissione, ricezione/conoscenza - sono tra loro indistinguibili. Ciò, ovviamente, a condizione che i comunicanti si intendano senza bisogno di un interprete.

E ciò è naturale: lo stesso "procedimento normale" di conclusione del contratto è stato essenzialmente pensato per la formazione *inter absentes*, com'era del resto evidente nell'art. 36, comma 1 c.comm. 1882 dal quale lo schema in parte proviene (19); talché, *inter praesentes*, il processo di formazione dell'accordo, «non esplicitamente regolato da norme (...), si perfeziona per effetto della contestuale manifestazione del consenso di tutte le parti», con la «contemporanea conoscenza della dichiarazione altrui e della conclusione del contratto» (20).

Quando invece si verifica uno sfasamento temporale tra l'emissione e la ricezione di quanto si vuol comunicare, diviene inevitabilmente d'obbligo l'impiego di una modalità espressiva e comunicativa idonea alla conservazione e riproduzione del dichiarato. Fra tutti i modi che rendono possibile ciò (21), quello per eccellenza - sicuramente, in ogni caso, il più studiato in tutte le sue possibili varianti - è proprio quello della dichiarazione scritta.

Il punto è proprio questo: sia che l'uso della scrittura sia imposto dalla legge, sia che la ragione del dichiarare per iscritto sia frutto di libera scelta o di circostanze contingenti (l'impossibilità di comunicazione istantanea), il trattamento della fattispecie dichiarativa, almeno dal punto di vista dell'atto da parteciparsi, è il medesimo.

Perché, a prescindere da quel che l'ordinamento espressamente prescrive, se la dichiarazione deve o vuole essere espressa per iscritto, la scelta del *modus* della sua comunicazione (o notifica, o trasmissione, o partecipazione, che dir si voglia) deve necessariamente ricadere su procedure adeguate alla trasmissione (proprio) del segno scritto (22).

In caso contrario la stilata dichiarazione, pur se redatta, rimarrebbe giuridicamente irrilevante: l'indirizzamento è infatti l'*incipit* della trasmissione; se la modalità di questa non è adeguata, non c'è allora in-

dirizzamento di quella specifica dichiarazione; se non c'è indirizzamento, quella dichiarazione non è accettazione; se essa non è accettazione, non ha senso parlare di una sua ricezione o di una sua conoscenza *aliunde* avuta; in definitiva, non ha senso parlare di un perfezionamento dell'accordo da essa dipendente.

Ecco il sopra affermato intimo legame tra le due varianti dello schema generale di conclusione del contratto: nella formazione *de absentibus* la variante cd. della conoscenza - se opera - si innesta necessariamente su una già iniziata variante cd. della ricezione, anticipandone e sostituendone - a certe condizioni - l'effetto finale (23).

Il problema, che difficilmente può assumere rilevanza concreta quando le forme sono libere, diviene viceversa "drammatico" quando sono richiesti vincoli formali.

(Segue). Ricezione, conoscenza e scrittura privata

Un'accettazione scritta, com'è noto, occorre quando è richiesta *ex art.* 1326, comma 4, c.c., e - si afferma pacificamente - nei casi di cui agli artt. 1350-1352 c.c.

Fermo restando l'analogo (ma non identico) trattamento teorico dell'atto recettizio in sé considerato, differenti possono essere le conseguenze del manca-

Note:

(18) G. Giampiccolo, *op. cit.*, 25.

(19) Art. 36, c. 1, C. Comm. 1882: «il contratto bilaterale tra persone lontane non è perfetto, se l'accettazione non giunga a notizia del proponente nel termine da lui stabilito, o nel termine ordinariamente necessario allo scambio della proposta e dell'accettazione, secondo la qualità del contratto e gli usi generali del commercio. Il proponente può ritenere efficace anche un'accettazione giunta in ritardo, purché ne dia immediatamente avviso all'accettante». In argomento si v. A.M. Benedetti, *op. cit.*, 203 ss., nonché Id., *Ancora sulla revoca della proposta: divagazioni tra storia e comparazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, II, 116 ss.

(20) Così A. D'Angelo, *op. cit.*, 108 ss. Cfr. anche C.M. Bianca, *op. cit.*, 218.

(21) Esempio tipico è quello della dichiarazione orale di accettazione rilasciata - e rimasta registrata - sulla segreteria telefonica del proponente.

(22) E l'aspetto era ben colto anche già da Trib. Milano 11 settembre 2003, n. 6423, cit.: «(...) l'art. 1335 non impone alcuna formalità particolare per la comunicazione dell'accettazione. Tuttavia, occorre tener presente che quando l'accettazione da portare a conoscenza deve rivestire necessariamente la forma scritta, inevitabilmente la scelta delle modalità di comunicazione resta - in concreto - circoscritta a quelle che consentono la trasmissione di tale tipo di accettazione».

(23) Per un'analisi completa delle possibili combinazioni fra le due varianti dello schema generale, si v. D'Angelo, *op. cit.*, 107 ss.

to rispetto dell'adempimento formale nelle diverse ipotesi prescritto (24).

È perciò opportuno limitare l'indagine al caso qui direttamente rilevante: quello della forma richiesta *ad substantiam actus* ex art. 1350, n. 1, c.c. (cui è assimilabile il caso del corrispondente preliminare), nell'ulteriormente circoscritta ipotesi del contratto stipulato per scrittura privata. Dapprima si guarderà alla variante della ricezione - a) - e solo dopo - b) - potrà affrontarsi la questione del possibile operare della variante della conoscenza.

a) Nessun dubbio, né in dottrina né in giurisprudenza (e nemmeno nella sentenza in commento), a proposito della necessità della scrittura delle singole dichiarazioni contrattuali in questa classe di negozi: il codice stabilisce che i «contratti che trasferiscono la proprietà di beni immobili» devono *farsi per* atto pubblico o scrittura privata; il che vale a dire che non è sufficiente che il contratto *risulti* poi in una di queste forme: in uno di questi modi deve venir formato, concluso (25).

Il contratto (almeno qui) scaturisce dall'incontro della proposta e dell'accettazione, che sono allo stesso tempo atti creatori dell'accordo - perché è dal loro fondersi che scaturisce il negozio - e unità strutturali (socialmente percepibili e giuridicamente rilevanti) edificatrici della sua forma (in questo caso scritta) (26).

Proprio per il fatto che è il contratto che deve *farsi per* iscritto, e non una sola delle fasi che porteranno alla realizzazione della fattispecie negoziale complessa, la forma richiesta deve allora ricoprire tutti i momenti formativi e certamente l'accettazione. Ciò sia nel caso in cui questa venga incorporata nello stesso documento predisposto dal proponente (si sta sempre parlando di contratti *inter absentes*), eventualmente anche con la sola apposizione della sottoscrizione del medesimo; sia nel caso della redazione in un documento separato ma funzionalmente collegato al primo, insieme al quale formerà la scrittura privata *ex lege* richiesta.

Non bisogna però confondersi: il documento sul quale è redatta l'accettazione *non* è l'accettazione; così come la scrittura privata *non* è il contratto (27). Nella stipula *inter absentes* il documento della scrittura privata, è facile notarlo, viene ad esistere addirittura prima del perfezionamento dell'accordo, del quale - eventualmente: cioè, se questo si concluderà - andrà poi a rappresentare la forma.

In sé considerato, qualsiasi documento è un ente statico; nel caso della scrittura privata esso è "solo" il risultato del dichiarare con il mezzo espressivo imposto dello scrivere (e eventualmente sottoscrive-

re), che è invece il vero requisito procedimentale *ex lege* richiesto.

Quel che l'ordinamento richiede è essenzialmente un comportamento.

Salvo diverso accordo delle parti (28), allora, perché una dichiarazione scritta divenga perfetta e perché si possa dire che il contratto è stato *fatto per* scrittura privata, per l'indirizzamento deve essere scelto un mezzo di trasmissione idoneo - se non alla ricezione dell'esemplare originale del documento (che rimane però *la* scrittura privata, o, a seconda dei casi, una sua parte) - quantomeno alla ricezione del segno grafico dello scritto (in una sua riproduzione perfettamente fedele), che già da solo rappresenta la dichiarazione, e che pertanto ha rilevanza, almeno ai fini del procedimento formativo, anche se separato dalla *res* che inevitabilmente lo ospita.

Note:

(24) E su tali conseguenze, peraltro, non vi è unanimità di vedute da parte degli interpreti. In argomento cfr. V. Roppo, *Il contratto*, cit., 107; S.T. Masucci, *La forma del contratto in generale*, in *Contratti Cendon*, VII, Torino, 2000, 16 ss.; R. Scognamiglio, *Dei contratti in generale*, in *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca*, artt. 1321-1352, Bologna-Roma, 1970, 65 ss. e 397 ss.

(25) In dottrina, *ex multis*, cfr. M. Giorgianni, voce *Forma degli atti (dir. priv.)*, in *Enc. Dir.*, XVII, Milano, 1968, 993. In giurisprudenza v. Cass. 7 giugno 1966, n. 1495, in *Giust. civ.*, 1966, I, 2220: «il documento deve essere l'estrinsecazione formale e diretta della volontà delle parti di concludere un determinato contratto avente una data causa, un dato oggetto e determinate patteggiamenti: quindi, da un lato, è necessario che il documento sia stato creato al fine specifico di manifestare per iscritto la volontà delle parti diretta alla conclusione del contratto e, dall'altro, che il documento contenga gli elementi essenziali che configurano dal punto di vista giuridico la validità del negozio». Innumerevoli sono - poi - gli aspetti eventuali e collaterali della questione, sui quali qui non ci si può soffermare; a proposito della possibilità che il consenso sia desumibile per implicito da una dichiarazione redatta per iscritto, si v. però Cass. 10 maggio 1996, n. 4400, in *Corr. Giur.*, 1996, 1111, con nota di A. Di Majo, *Esiste o meno la forma "virtuale" del contratto?*; in tema di elementi che la forma scritta deve ricoprire, sulla cd. formazione "giudiziale" della scrittura privata e per le questioni relative alla sottoscrizione cfr., con abbondanza di riferimenti giurisprudenziali, G. Grasselli, *La scrittura privata*, in *Contratti Cendon*, VII, Torino, 2000, 114 ss., e U. Breccia, *La forma*, in *Trattato del contratto*, diretto da V. Roppo, I, *Formazione*, a cura di C. Granelli, Milano, 2006, 561 ss.

(26) Per alcuni chiarimenti e precisazioni del rapporto esistente tra dichiarazioni contrattuali, testo contrattuale e regolamento - concetti non perfettamente sovrapponibili - cfr. V. Roppo, *Il contratto*, cit., 184 ss.

(27) Cfr. C. Angelici, voce *Documentazione e documento: I) Diritto civile*, in *Enc. Giur. Treccani*, XI, Roma, 1989, 1 ss., nonché E. Romagnoli, voce *Documentazione e Documento (teoria generale)*, in *Enc. Dir.*, XIII, Milano, 1964, 579 ss.

(28) È infatti ovvio che le cose cambino se vi è, per esempio, espressa richiesta di diverso tipo da parte del proponente; ed un'ipotesi potrebbe aversi, se la sintesi dell'Autore non inganna, proprio dalla sopra segnalata App. Napoli 20 novembre 1959, cit., ove veniva richiesta la sottoscrizione e «restituzione di un certo modulo».

Tale opinione, peraltro sempre più condivisa in dottrina, è tradizionalmente osteggiata dalla giurisprudenza, la quale - in modo ora eminentemente contraddittorio rispetto al principio di diritto espresso dalla sentenza in commento - tende a negare, per esempio, valore formativo ad un'accettazione formale inviata via *telefax*, sul presupposto della mancanza di originalità della sottoscrizione pervenuta nelle mani del proponente (29).

Contraddizioni a parte, quel che dovrebbe invece essere certo è che una semplice telefonata o, più in generale, una comunicazione orale nella quale si dà notizia dell'avvenuta espressione in forma scritta del consenso *non* integra un indirizzamento della dichiarazione scritta, sottoscritta e incorporata; la quale pertanto non diviene accettazione suscettibile di essere ricevuta (o *aliunde* conosciuta, nei limiti che si vedranno).

Una notizia orale di questo tipo costituisce infatti *altra* dichiarazione, avente ad oggetto la prima redatta per iscritto: se tale seconda informazione (ove per natura gli elementi dell'espressione/emissione/indirizzamento, trasmissione, ricezione/conoscenza vengono a confondersi e coincidere) potesse concludere il contratto, quest'ultimo non risulterebbe *fatto per* scrittura privata come è invece *ex lege* richiesto.

Ciò in quanto tale documento - che *non* è il contratto, ma che proprio *nella* formazione sua deve venire ad esistere - risulterebbe predisposto in una fase differente ed estranea alla fattispecie dichiarativa (in assurda ipotesi perfetta ed efficace, ma diversa ed informale) effettivamente poi conclusiva dell'accordo.

b) Avvenuto l'indirizzamento (idoneo), la dichiarazione di consenso può divenire efficace, lo si è detto sin dall'inizio, anche se è conosciuta indipendentemente dall'avviato processo di notifica, cioè prima - o in sostituzione del - suo risultato. Vale a dire per caso fortuito, fatto del terzo o naturalmente - ma qui le due varianti dello "schema normale" tornano a confondersi - dello stesso dichiarante.

Il perché è presto detto: l'accettazione diretta verso il suo destinatario, e quindi esistente, è dotata di attitudine vincolativa; *vuole* concludere il contratto. Negare che essa perfezioni l'accordo se è conosciuta in modo indipendente dall'avviata notifica significherebbe svuotare di significato l'art. 1326, comma 1, c.c. ed inoltre sbilanciare il complesso «meccanismo di ruote e contrappesi» (30) su cui si regge il sistema della formazione troppo a favore dell'oblato, che nonostante l'affidamento del proponente conserverebbe intatto il suo potere di revoca/ritiro dell'accettazione.

Cosa precisamente intenda l'art. 1326, c. 1, c.c. per «conoscenza dell'accettazione», però, non è chiaro.

Stando ad una stretta lettura del testo del codice ci si potrebbe infatti chiedere: forse che la (semplice) notizia orale del fatto della dichiarazione non indirizzata *non può* concludere il contratto, ma *può* invece farlo la (sempre semplice) notizia (sempre) orale del fatto dell'indirizzamento idoneo della dichiarazione scritta?

Il quesito è meno paradossale di quel che sembra, perché anche il fatto che il contratto si concluda normalmente presso il proponente e non - per esempio - al momento e nel luogo della spedizione dell'accettazione, lo si sa, è stata una scelta di politica legislativa. Con ciò si vuol dire che dogmi assoluti - in tema di formazione - non ve ne erano e non ve ne sono: «ancora oggi, in Francia, ove il *Code Civil* tace in materia di formazione del contratto, convivono in giurisprudenza orientamenti diversi, assistendosi ora alla prevalenza della teoria dell'emissione, ora alla prevalenza di quella della cognizione» (31); senza contare che altrove operano regole miste ed ancora differenti.

Nell'ambiguità dell'espressione, nessuna delle due soluzioni è perciò da escludere aprioristicamente, anche perché, dopotutto, pur sempre nell'ambito del principio di cognizione (interpretato forse con una certa libertà) ci si muoverebbe.

Sta di fatto che però, la dottrina ha invece sempre specificato in modo pressoché univoco che *conosciuta* deve essere proprio e ancora l'accettazione, e non il fatto di essa: non basterebbe, in altre parole, il giungere al proponente della notizia dell'avvenuta dichiarazione scritta e indirizzata, ma occorrerebbe comunque il *pervenire a conoscenza* del destinatario sempre e proprio della dichiarazione.

Tale posizione, non di rado sostenuta già assiomaticamente, viene (e veniva) di solito motivata rilevando che la conoscenza del solo fatto della dichiarazione non darebbe assicurazione sulla cognizione dei suoi contenuti (32).

Note:

(29) Cfr. U. Breccia, *op. cit.*, 584 ss., che ammette l'uso del *telefax* al fine indicato, argomentando anche a partire dall'art. 2, comma 1, l. n. 198 del 1998 sulla subfornitura («il rapporto di subfornitura si instaura con il contratto, che deve essere stipulato in forma scritta a pena di nullità. Costituiscono forma scritta le comunicazioni degli atti di consenso alla conclusione o alla modificazione dei contratti effettuate per *telefax* o altra via telematica»). Cfr. inoltre D. Clapiz, *op. cit.*, 373 ss.

(30) L'immagine è quella notissima di G. Gorla, *La "logica-illogica" del consensualismo o dell'incontro dei consensi e il suo tramonto*, in *Riv. dir. civ.*, 1966, I, 255 ss.

(31) A.M. Benedetti, *Autonomia*, cit., 206.

(32) Fra gli altri F. Realmonte, *op. cit.*, 43 ss. e L. Campagna, *op. cit.*, 678.

Chi però ha recentemente avanzato dubbi a proposito della tradizionale idea, ha evidenziato che la giustificazione finalistica or ora riportata perde senso se si limita la rilevanza formativa della conoscenza *aliunde* alle sole ipotesi in cui ad essere conosciuto è l'intero contenuto della dichiarazione dell'oblatore, «non essendovi in tal caso ragione per escludere la conclusione del contratto secondo la regola posta dall'art. 1326, c. 1». A ben vedere, continua lo stesso Autore, dell'operatività di tale regola - valida in generale per tutte le accettazioni scritte - può semmai dubitarsi nel caso dei contratti formali per un diverso motivo, che ha riguardo all'«assunzione o meno della ricezione della dichiarazione scritta ad elemento della stessa forma» (33).

Di quest'ultimo aspetto, di cui si è in realtà già parlato, si dirà subito nel seguente paragrafo; l'impressione che del resto, invece, qui si ha è la seguente: se nell'espressione codicistica «conoscenza dell'accettazione» si vuole leggere, teleologicamente argomentando, un riferimento alla necessaria completezza integrale del contenuto della stessa, la cui forma scritta risulterebbe così ai fini di quell'articolo essenzialmente un «involucro» del contenuto volitivo (34), la necessità (per il perfezionarsi del contratto) del pervenire di un documento contenente l'accettazione - pur prima indirizzata nella propria forma scritta: perché altrimenti l'accettazione non sarebbe - non pare sostenibile; la posizione da ultimo riportata è sicuramente, in questo caso, quella corretta.

Se tuttavia l'interprete è invece meno disposto a rendere elastico il concetto (e il principio) della cognizione e se è, soprattutto, più propenso ad aderire a quella diversa corrente di pensiero secondo la quale la forma è il contenuto dell'atto, il quale «si *esistenzia* nella forma e per la forma, dimostrandosene inseparabile» (35), l'inciso di cui al 1326, comma 1, c.c. tenderà probabilmente ad essere letto quale conoscenza dell'accettazione *nella* sua forma, dalla quale è inscindibile e senza la quale non esisterebbe (giuridicamente); e in linea di principio - in questo caso sì - il problema non ammetterebbe soluzioni diverse da quella di un necessario (per il perfezionamento dell'accordo) contatto cognitivo col segno scritto.

Posta su questo piano, che è poi quello fascinoso (e in buona parte metagiuridico) del *formalismo* e della *forma degli atti* (36), la questione diviene però irrisolvibile, ed infatti le due posizioni viste non sembrano conciliabili.

Gli spunti operativi vanno allora cercati altrove.

Di nuovo sulla giurisprudenza: il cerchio si chiude (sul precedente del 1997 restrittivamente interpretato)

Prima di altro, va chiarito che la sopra paventata assunzione della ricezione della dichiarazione scritta a stesso elemento del requisito formale *ex lege* richiesto deve intendersi come nient'altro che un ulteriore riferimento ad un rilascio materiale (dipendente o meno dalla avviata notifica) dell'accettazione scritta al proponente; letture differenti significherebbero ancora una volta svuotare di significato l'art. 1326, comma 1, c.c.

Ma, nel silenzio del codice, diverse ragioni portano a ritenere che la soluzione sul punto più equilibrata e - al contempo - più compatibile con i vari principi del sistema rimanga quella (già vista) di cui alla decisione n. 8328 del 1997 della Cassazione.

Ed infatti, fermo sempre l'idoneo indirizzamento:

a) anche in assenza del rilascio del documento, il «contatto» del proponente con l'accettazione nella

Note:

(33) A. D'Angelo, *op cit.*, 120, nota 17. Fa riferimento al necessario rilascio della dichiarazione incorporata, pur prendendo atto della soluzione di Cass. 1 settembre 1997, n. 8328, R. Sacco, *op. cit.*, 145: «lo scritto, rilasciato - e solo se rilasciato - somministra al destinatario una memorizzazione e una prova: perciò parrebbe che l'onere di far pervenire una lettera involga l'onere di metterla a disposizione del destinatario».

(34) Punto di riferimento, in questo senso, rimangono le parole di F. Carnelutti, *Sistema del diritto processuale civile*, II, Padova, 1938, 160: «forma vuol dire parte esterna di un ente e quasi il vaso o lo stampo, entro il quale l'essenza si contiene: questa essenza è la volontà». Volendo poi risalire fino a F.C. Savigny, *Sistema del diritto romano attuale*, Trad. It. V. Scialoja, III, Torino, 1900, 342, si ha addirittura che «la volontà di per sé stessa deve essere considerata come l'unico elemento importante ed efficace, e soltanto perché essa è un fatto interiore, invisibile, noi abbiamo bisogno di un segno, per il quale essa possa essere conosciuta dagli altri, e questo segno, mediante il quale la volontà si fa palese, è appunto la dichiarazione».

(35) N. Irti, *Idola Libertatis. Tre esercizi sul formalismo*, Milano, 1985, 13 ss., in riferimento e consonanza a E. Betti, *Riflessioni sul negozio giuridico*, in *Temi*, 1963, 608 ss. A queste pagine di N. Irti (ci si riferisce a quelle del primo dei «tre esercizi sul formalismo»: *La rinascita del formalismo ed altri temi*), si deve anche il riordino e la ricostruzione storico-concettuale delle posizioni ricordate nella precedente nota e di molte altre in argomento; pagine alle quali si rinvia - pertanto - per una completa analisi della tematica. Per una rispettosa (e parziale) critica delle medesime, si v. però G.B. Ferri, *Forma e contenuto degli atti giuridici*, in *Riv. dir. comm.*, 1990, I, 1 ss. Si badi che in nessuno di questi contributi viene comunque presa posizione sullo specifico problema affrontato nel testo.

(36) Oltre che le opere citate nelle due precedenti note, v. almeno G. Osti, voce *Forma (negli atti)*, in *Diz. prat. dir. priv.*, III, I, Milano, 1923, 200 ss.; G. Tarello, voce *Formalismo*, in *Noviss. Dig. It.*, VII, Torino, 1961, 573; M. Giorgianni, *op. cit.*, 988 ss.; R. Scognamiglio, *op. cit.*, 397 ss.; E. Betti, *Teoria generale del negozio giuridico. Ristampa corretta della II edizione*, a cura di G. Crifo, Napoli, 1994, 125 ss.

sua forma, comunque avvenuto, non frustra (almeno non in modo decisivo) le ragioni per cui l'ordinamento impone vincoli formali, i quali - si insegna - vogliono «favorire la ponderazione dei contraenti; promuovere la certezza del rapporto contrattuale fra le parti; garantire la certezza delle situazioni giuridiche nei confronti dei terzi» (37);

b) certamente la scrittura tende anche a predisporre una agevole prova del contratto; tuttavia in molti altri casi questo scopo è mortificato (38): si pensi, su tutti, alla stipula *inter praesentes* senza la predisposizione di copia del documento;

c) non tenere in considerazione il fatto che il proponente ha addirittura avuto un contatto (fisico e) visivo con l'accettazione, significherebbe ignorare il principio di buona fede certamente operante nella formazione dell'accordo (39).

Ciò in quanto qui, diversamente da quando può in effetti accadere nell'ipotesi di una notizia orale, il proponente non può avere dubbi sul contenuto della dichiarazione a lui indirizzata e, d'altra parte, non ha più insicurezza sulla provenienza della medesima che in altre e più ordinarie ipotesi. Quest'ultimo dato, com'è noto, è infatti sempre e comunque da valutarsi (oggettivamente ma) caso per caso nella stipula *inter absentes*, e gli studi variamente svolti sotto il segno dell'errore ostativo insegnano qualcosa al proposito.

Negare la conclusione dell'accordo quando un contatto visivo con l'accettazione scritta (e indirizzata) vi è comunque stato, sembra pertanto eccessivo; così come inopportuno pare però anche l'estendere la possibile efficacia dell'accettazione aldilà di questo caso-limite.

Le ragioni sono eminentemente empiriche, ma non per questo - nel silenzio del codice - meno valide, e possono essere ben illustrate proprio riferendosi nuovamente alla sentenza in commento.

L'intermediario tra le parti, quando non si danno rapporti di rappresentanza, è in tutto e per tutto assimilabile ad uno dei mezzi di trasmissione (che possono anche esser più d'uno) della dichiarazione redatta per iscritto. Se pertanto l'oblato ha affidato ad esso il documento dell'accettazione facendo di lui il latore del medesimo, o se lo ha altrimenti onerato della spedizione o della trasmissione dello scritto, quantomeno l'indirizzamento vi è stato: si ha perciò accettazione e si apre potenzialmente la possibilità di una conoscenza di questa indipendente dall'esito (ricezione) dell'avviata notifica (40).

Ammettere però poi che, ordine di trasmissione (che è già indirizzamento) rispettato o meno, l'oblato o lo stesso intermediario possano dare notizia te-

lefonica (o comunque orale) dell'avvenuta accettazione, e con ciò pretendere di ritener concluso il contratto formale (contro la volontà del proponente), non sembra ragionevole. Nemmeno nel caso di completa delucidazione del proponente a proposito del contenuto della dichiarazione di consenso (41). Questo per via della sostanziale assimilazione che, per l'evidente problematicità del profilo probatorio, verrebbe *de facto* a crearsi fra questa ipotesi e quella in cui un indirizzamento idoneo non vi era in realtà mai stato (e il contratto non poteva perciò dirsi *fatto per scrittura privata*).

Perché, in effetti, pare strano poter ridurre tutto alla prova di un idoneo ordine di trasmissione diretto all'intermediario: in primo luogo, i contorni dell'evento dell'indirizzamento, tanto netti in teoria, nella pratica si offuscano, polarizzando talvolta molto poco l'attenzione degli operatori, che nel caso *de quo* - almeno a quanto risulta - hanno infatti del tutto ignorato questo aspetto; secondariamente (e soprattutto), anche qualora la circostanza venisse fatta oggetto di apposita considerazione, è chiaro che sia l'intermediario che l'oblato avranno sempre un forte interesse a sostenere l'esistenza dell'indirizzamento idoneo.

Ma è allora evidente che, così, gli interessi (contrastanti) del proponente tenderanno sempre a rimanere frustrati.

L'argomento - che è poi una *reductio ad absurdum* -

Note:

(37) V. Roppo, *Il contratto*, cit., 208.

(38) Per un esempio significativo v. A. Lener, nota a Cass. 24 luglio 1964, n. 1995, in *Foro It.*, I, 1964, 1781 ss.

(39) Né si deve necessariamente vedere una violazione dell'obbligo di buona fede dell'oblato che non consegna il documento della dichiarazione al proponente. Potrebbe non esservi rilascio, per esempio, da parte dell'intermediario latore della proposta originale completata e sottoscritta dall'accettante per espressa disposizione di questo, desideroso di tenerselo per sé. L'ipotesi appare curiosa, soprattutto con i mezzi dei quali oggi si dispone, ma è utile per affermare che potrebbe non esservi - in questo caso - una violazione, quantomeno non una grave, del dovere di buona fede da parte dell'oblato, che privandosi dell'unico esemplare del (futuro) contratto si troverebbe lui impedito all'agevole prova futura del medesimo.

(40) Cfr., *a fortiori*, G. Giampiccolo, *op. cit.*, 167: «la lettera consegnata al servitore, con l'ordine di trasmetterla al destinatario, è una dichiarazione emessa, anche quando il messo non abbia dato principio di esecuzione all'incarico e il documento non possa quindi dirsi ancora uscito dalla sfera di controllo del dichiarante».

(41) Che poi l'accettazione, per la regola della conformità, non potrà discostarsi mai troppo (secondo l'orientamento più severo, proprio per niente) dalla proposta, a meno che questa non abbia lasciato aperte possibilità alternative di scelta. In tema v. A.M. Benedetti, *Accettazione "condizionata" e principio di conformità*, in questa *Rivista*, 2004, 223 ss.

forse non è decisivo in sé, ma è certamente più di quanto la sentenza in commento offre; se si aggiunge il fatto che la stessa giurisprudenza aveva sempre chiarito che dall'opposta soluzione la *ratio* del requisito di forma *ad validitatem* riuscirebbe fortemente inaridita (42); e se si tengono inoltre presenti le perplessità sopra espresse a proposito del precedente del 1997 - che forse *revirement* non era (né poteva essere), e che nel dubbio sarebbe stato meglio non vedere come tale -, il risultato è quello già suggerito: la Cassazione non convince; né nel metodo, né nel merito.

Indirizzamento "formale" avvenuto o meno, la comunicazione orale del fatto dell'accettazione non dovrebbe, in linea di principio - e salvo particolari (e ammissibili) diversi accordi delle parti (43) -, mai valere a concludere un contratto formale (44).

In diverse e più articolate ipotesi, occorre in conclusione segnalarlo, si sarebbe potuto forse discutere anche del ruolo eventualmente attribuito dalle parti all'ufficio dell'intermediario, quale - si vuole intendere

- sorta di loro eletto domicilio comune, come tale rientrando nella volutamente lata espressione di «indirizzo del destinatario» di cui all'art. 1335 c.c.

In questo caso l'esistenza e l'efficacia dell'accettazione non si sarebbero ovviamente potute mettere in discussione. Ma questo è tutt'altro discorso, al quale nelle varie fasi della vertenza *de quo* non risulta essersi fatto cenno.

Note:

(42) Il riferimento migliore è sempre a Cass. 19 novembre 1973, n. 3119, cit.

(43) Il riferimento è all'autonomia privata procedimentale delle parti esercitata in relazione al principio di ricezione-cognizione accolto dal nostro ordinamento. In tema, non si può che rinviare a A.M. Benedetti, *Autonomia*, cit., 203 ss.; ma sull'argomento già anche G. Giampiccolo, *op. cit.*, 385 ss., nonché L. Barassi, *La notificazione necessaria nelle dichiarazioni stragiudiziali*, Milano, 1906, 224 ss. Per una opinione divergente, cfr. invece L. Campagna, *op. cit.*, 681.

(44) Che poi in qualche caso, come ammetteva già L. Campagna, *op. cit.*, 678, questa possa non essere la soluzione più equa può pure darsi; ma se si vuole affrontare in questi termini la questione, le sedi devono necessariamente essere altre.

RIVISTE

Il Lavoro nella giurisprudenza

Mensile di giurisprudenza e dottrina

Direzione scientifica: Franco Carinci, Michele Miscione

Il mensile che offre l'analisi delle più importanti novità giurisprudenziali e normative e presenta un panorama completo delle principali tematiche del diritto del lavoro sostanziale e processuale.

Accanto a qualificati **contributi di dottrina**, contiene numerose rubriche dedicate alla **giurisprudenza** comunitaria e nazionale di legittimità e di merito.

La rinnovata rubrica **Casi e Questioni** fornisce spunti di riflessione critica utile alla pratica professionale.

NOVITÀ:

- nuova grafica della **copertina** e degli **interni**;
- l'innovativa impostazione del **sommario** per individuare più velocemente i contributi di interesse;
- l'**Editoriale**: l'opinione di autorevoli esperti del mondo del lavoro sulle questioni più attuali e rilevanti;
- la sezione **Itinerari della giurisprudenza**: rassegna ragionata degli orientamenti giurisprudenziali in essere su argomenti di rilievo per i professionisti, in risposta alla crescente esigenza di conoscere la prassi applicativa;

- la rinnovata struttura delle **Rassegne**: più agili, più ricche, più semplici da consultare;
- le **tabelle di sintesi** degli orientamenti giurisprudenziali per guidare nell'inquadramento della tematica trattata;
- la **Rassegna di giurisprudenza comunitaria**: una selezione dei più significativi provvedimenti comunitari in materia di lavoro e previdenza;
- un **allegato**, compreso nel prezzo di abbonamento, dedicato a tematiche di particolare interesse per i giuslavoristi.

Il **servizio on-line**, riservato agli abbonati e consultabile all'indirizzo www.ipsoa.it/il_lavoro_nella_giurisprudenza, permette all'utente di accedere a tutte le novità d'interesse e all'anteprima della Rivista cartacea.

Abbonamento annuale: € 219,00

Per informazioni e acquisti

- **Servizio Informazioni Commerciali**
(tel. 02.82476794 - fax 02.82476403)
- **Agente Ipsoa di zona** (www.ipsoa.it/agenzie)
- **http://ipshop.ipsoa.it**



Contratto di prestazione d'opera

Varianti operative della buona fede nella determinazione del compenso dell'avvocato

TRIBUNALE DI BRINDISI, Sez. dist. Ostuni, 20 maggio 2011 - Giud. Natali - F. O. c. L. G.

Il giudizio sulle condizioni di ammissibilità e proponibilità delle richieste giudiziarie compete al professionista che ha il dovere di informare il cliente sulle ragioni giuridiche che possano ostare all'accoglimento della domanda, specie quando vengano in rilievo circostanze destinate a determinare una delibazione negativa, in rito, prima ancora che nel merito. È noto, infatti, come, il principio di buona fede oggettiva sia abitualmente assunto ad oggetto di un obbligo integrativo del contenuto stesso del contratto, la cui violazione concreta un inadempimento contrattuale. Nondimeno, essa può svolgere anche il diverso ruolo di criterio di valutazione della condotta delle parti per selezionare e sanzionare quelle modalità comportamentali che devono considerarsi estranee alla trama precettiva del regolamento contrattuale, oppure che costituiscano abuso del diritto di credito, esercitato nella fattispecie concreta.

ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI

Conforme	Sul compenso dell'avvocato, Cass., Sez. un., 24 luglio 2009, n. 17357, in <i>Giust. civ.</i> , 2010, 1944. Sulla liquidazione delle spese di lite, Cass., sez. un., 11 settembre 2007, n. 19014, in <i>Foro it.</i> , 2008, I, 1527. Sulla buona fede in senso integrativo, Cass., 15 gennaio 2000, n. 426, in questa <i>Rivista</i> , 2000, 911.
Difforme	Non sono stati rinvenuti precedenti in termini.

Fatto e diritto

Con atto di citazione in rinnovazione del 30 maggio 2005, l'Avv. F. O. chiamava in giudizio il G. L., per ottenere il pagamento della somma di Euro 23.773,08 a titolo di spese e competenze professionali per l'attività svolta in favore di questi, oltre alle spese e competenze del giudizio.

Si costituiva in giudizio il convenuto G. L., chiedendo il rigetto della domanda.

Ciò premesso, la domanda proposta dall'attore è fondata solo in parte qua.

Sul valore della controversia

Come noto, costituisce principio sancito dal regolamento, in materia di tariffe forensi, quello per cui nella liquidazione degli onorari a carico del cliente il valore della causa è determinata, a norma del codice di procedura civile, "avendo riguardo, nei giudizi per pagamento di somme o liquidazione di danni, alla somma attribuita alla parte vincitrice piuttosto che a quella domandata".

Ciò è, infatti, quanto prevede espressamente l'art. 6 del d.m. n. 585 del 1994, poi, sostituito dal D.M. 8 aprile 2004, n. 127, "Regolamento recante determinazione degli onorari, dei diritti e delle indennità spettanti agli av-

vocati per le prestazioni giudiziali, in materia civile, amministrativa, tributaria penale e stragiudiziali". Inoltre, con particolare riguardo alle ipotesi di risoluzione consensuale della controversia - sia che assumano le vesti di una conciliazione, sia che presentino i requisiti di una transazione - emerge la tendenza, da parte del diritto vivente, ad una valutazione equitativa della remunerazione spettante al professionista: Ciò al fine di ricondurre ad equità richieste che, in applicazione della norma di stretto diritto, risultino oggettivamente eccessive.

Come la Suprema Corte ha avuto modo di affermare (cfr. Cass. 3 febbraio 1973, n. 348), "quando si tratta di stabilire il compenso dell'avvocato in riferimento ad una lite conclusasi con transazione, poiché per la sussistenza delle reciproche concessioni ogni parte non è né vincitrice né perdente, ed a nulla rileva che il pagamento sia a carico del cliente o dell'avversario, il giudice dovrà fare riferimento agli ampi criteri valutativi di cui al secondo comma dell'art. 6 della legge 13 giugno 1942, n. 794" - norma che deve ritenersi implicitamente abrogata a seguito dell'entrata in vigore dell'articolo unico l. 7 novembre 1957, n. 1051, che detta i criteri per la determinazione degli onorari e dal d.m. 5 ottobre 1994, n. 585, contenente disposizioni generali e tabelle di onorari -; ciò

al fine di “riconduurre a giustizia concreta l’ammontare dell’onorario”.

Non vi sono ragioni logico-giuridiche a che il suddetto principio, enucleato con riferimento ad una fattispecie transattiva, sia esteso anche alla conciliazione giudiziale, qual è quella verificatisi nel caso di specie.

Nondimeno, a giudizio di questo Giudice, appare preferibile il ricorso alla buona fede valutativa, nei termini che si avrà modo di esporre.

Ciò premesso, la controversia, posta a fondamento dell’attività professionale dell’Avv. F. O., si è conclusa con verbale di conciliazione giudiziale del 19 novembre 2004, in virtù del quale il convenuto accettava, dall’ente datore di lavoro (Azienda di Promozione Turistica), la somma di Euro 9.339,71.

Orbene, dai principi su espressi, dai quali emerge la volontà dell’ordinamento di riconoscere rilievo, sussistendo le condizioni di legge, al risultato effettivamente conseguito dal cliente, si desume la necessità, in sede di liquidazione degli onorari a carico del cliente, di tener conto dei vantaggi realmente conseguiti dal cliente.

Nel caso di specie, i vantaggi del G. L. si sono concretizzati nella percezione della somma di Euro 9.339,71.

Da ciò il carattere eccessivo della pretesa dell’attore.

Al riguardo, non è accoglibile la tesi del convenuto, secondo cui, l’attività, svolta dall’attore, in via propedeutica e strumentale a quella giudiziale, non sarebbe qualificabile come “stragiudiziale”. Ragione per cui non potrebbe essere ricompresa, nella richiesta di pagamento delle prestazioni professionali.

A *contrario*, si dovrebbe concludere che l’attività preliminare o preventiva all’instaurazione del giudizio, non dovrebbe essere remunerata, in nome di una generica strumentalità della prima al secondo, e così non è.

Parimenti, infondata - trattandosi di vicende giuridiche distinte, seppur collegate - è l’eccezione secondo cui, venendo in rilievo un unico giudizio di primo grado, con attività incidentali, non potrebbero essere richieste duplicazioni di voci, quali: Posizione ed archivio; Esame e studio della pratica; Studio controversia; Consultazioni, etc.

Sul ricorso cautelare e sul precetto

Quanto all’attività, più specificatamente giudiziale, dalla lettura del “Verbale di Accordo” del 15 luglio 2003, redatto davanti al Collegio di Conciliazione ex art. 66 D.Lgs. 165/2001, emerge che, lo stesso, era sottoposto alla “condizione sospensiva negativa” che “la spesa della stessa operazione non determin(asse) sfondamento di bilancio dell’ente”.

Ne consegue che - così come affermato dal giudice del ricorso ex art. 700 c.p.c. limitatamente a tal ultima vicenda - le attività poste in essere successivamente al “Verbale di accordo” (procedura di opposizione della formula esecutiva, ricorso ex art. 700 c.p.c., atto di precetto) erano da considerarsi improponibili e, dunque, non suscettibili di esercizio giudiziale.

Dunque, deve considerarsi contrario a buona fede oggettiva, la richiesta di integrale pagamento di diritti e ono-

rari relativi alle suddette attività, per quanto il convenuto possa aver assentito a tal ultime.

Infatti, il giudizio sulle condizioni di ammissibilità e proponibilità delle richieste giudiziarie compete al professionista che ha il dovere di informare il cliente sulle ragioni giuridiche che possano ostare all’accoglimento della domanda, specie quando vengano in rilievo circostanze destinate a determinare una delibazione negativa, in rito, prima ancora che nel merito.

È noto, infatti, come, il principio di buona fede oggettiva sia abitualmente assunto ad oggetto di un obbligo integrativo del contenuto stesso del contratto, la cui violazione concreta un inadempimento contrattuale.

Ne consegue l’applicazione dei rimedi previsti dall’ordinamento per reagire all’inosservanza del regolamento contrattuale (quindi, oltre che 1218 c.c., anche 1453 o 1460 c.c.).

Nondimeno, essa può svolgere anche il diverso ruolo di criterio di valutazione della condotta delle parti per selezionare e sanzionare quelle modalità comportamentali che devono considerarsi estranee alla trama precettiva del regolamento contrattuale, oppure che costituiscano abuso del diritto di credito, esercitato nella fattispecie concreta.

Al fine di ovviare a tali condotte, è utile il rimedio all’*exceptio doli generalis*, diretta a provocare la reiezione dell’altrui pretesa o eccezione che si manifesti doloso esercizio di un diritto, istituto oggetto di emersione in alcune fattispecie tipiche come quelle degli artt. 1993 e 2384 c.c. e oggetto di applicazione generalizzata.

La suddetta eccezione non è stata richiamata dal convenuto, anche perché non potevano dirsi ricorrere i suoi presupposti, la stessa richiedendo la prova della consapevole volontà del creditore di agire in danno del proprio debitore.

Nondimeno, il L. ha evidenziato l’improponibilità delle attività giudiziarie di cui l’attore richiede il pagamento.

Orbene, in virtù del principio *iura novit curia*, a questo Giudicante è possibile una valutazione secondo buona fede valutativa, quale principio giuridico immanente all’ordinamento e dotato di copertura costituzionale, con conseguente paralisi della pretesa attorea, almeno in parte qua.

D’altronde, i rimedi individuati dalla giurisprudenza contro il comportamento contrario a buona fede e, perciò, abusivo, sono sempre di tipo specifico (annullamento della delibera effetto dell’abuso del diritto di voto, risoluzione del contratto in buona fede, rigetto della pretesa del garantito nell’ipotesi del contratto autonomo di garanzia).

Orbene, l’ammissibilità di una paralisi totale della pretesa azionata, per effetto della contrarietà a buona fede, rende di per sé giustificabile una paralisi parziale della stessa, quando, come nel caso di specie, sia contrario a buona fede il concreto esercizio del diritto, sotto il profilo del *quantum*.

Ne consegue che la domanda attrice deve essere accolta nella minore misura di euro 4.714,48, pari ad euro 15,48 ed euro 3.699,00 a titolo, rispettivamente, di spese e di-

ritti per l'attività stragiudiziale svolta ed euro 1.000,00, a titolo di diritti e spese, per l'attività giudiziale espletata per conto del cliente, oltre IVA, CAP ed esborsi forfettizzati come per legge.

A tale somma devono essere aggiunti gli interessi, nella misura legale, dalla domanda.

Visto che, come emerso dal verbale del 21 aprile 2011, il convenuto aveva offerto, ai fini di una risoluzione bonaria della controversia euro 5.000,00 e che tale offerta è stata rinnovata in occasione dell'udienza, si ritiene equo compensare le spese del giudizio, nella misura di due terzi.

P.Q.M.

Il Giudice, definitivamente pronunciando sulla domanda proposta da F. O., nei confronti di L. G., così provvede:

1) accoglie, in parte qua, la domanda, e, per l'effetto, condanna il convenuto al pagamento in favore dell'attore di euro 4.714,48, pari ad euro 15,48 ed euro 3.699,00 a titolo, rispettivamente, di spese e diritti per l'attività stragiudiziale svolta ed euro 1.000,00, a titolo di diritti e spese, per l'attività giudiziale espletata per conto del cliente, oltre IVA, CAP ed esborsi forfettizzati come per legge, nonché interessi legali nella misura legale, dalla domanda;

2) compensa tra le parti, nei limiti di due terzi le spese di giudizio che liquida in complessivi € 3.300,00, di cui euro 180,00 per spese, euro 1.820,00 per diritti ed € 1.300,00 per onorario, oltre IVA, CAP ed esborsi forfettizzati come per legge, e che pone solo per un terzo, a carico del convenuto.

IL COMMENTO

di Ivan Libero Nocera

L'autore, dopo un'attenta ricostruzione delle possibili varianti operative della buona fede oggettiva, si sofferma sull'applicazione dell'istituto al contratto di prestazione d'opera intellettuale tra cliente e avvocato, esaminandone le potenzialità ai fini della determinazione del compenso, anche alla luce della recente abrogazione delle tariffe forensi.

Il fatto

La decisione in epigrafe ha per oggetto la rilevante questione del rinvio al principio di buona fede ai fini della determinazione di un prezzo "giusto"; problema che, a sua volta, verte in senso ampio sul rapporto tra parti contraenti e ruolo del giudice, e che si iscrive nella più lata relazione tra autonomia ed eteronomia.

La fattispecie al centro della controversia attiene alla determinazione del compenso di un avvocato, il quale domandava al proprio cliente il pagamento dell'onorario professionale relativo ad una lite conclusa con verbale di conciliazione giudiziale.

La questione della determinazione del compenso dell'avvocato appare ancora più attuale in seguito al recente intervento ad opera del d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, conv. con modif. dalla l. 24 marzo 2012, n. 27 (c.d. "Decreto liberalizzazioni") (1) che, abrogando le tariffe professionali, elimina la possibilità per il giudice di avvalersi del riferimento offerto da queste, nella determinazione dei compensi spettanti al professionista, qualora non sia stato altrimenti convenuto fra le parti (2). Come si vedrà in seguito, all'abrogazione di tale parametro non corrisponde, tuttavia, un ampliamento del potere giudiziale, poiché, allorché il compenso non possa essere determi-

nato secondo gli usi, come afferma l'art. 2233 c.c., il giudice non potrà decidere secondo equità, bensì dovrà avere riguardo a criteri di fonte ministeriale.

Il contratto di prestazione d'opera intellettuale tra cliente e avvocato

Occorre in via preliminare rammentare la collocazione della professione forense nella categoria delle professioni c.d. chiuse o protette, contraddistinte dalla previsione di un albo alla cui iscrizione è subordinato l'esercizio della professione, e inoltre dalla presenza di limitazioni relative all'accesso e all'assoggettamento all'ordine professionale di appartenenza.

La prestazione cui è obbligato l'avvocato in base all'incarico conferitogli dal cliente si iscrive nell'am-

Note:

(1) V. il testo coordinato con la legge di conversione in *G.U.* 24 marzo 2012, n. 71, Suppl. ord. n. 53.

(2) Si vedano in merito *ex multis* le osservazioni di Carriero, *Costo dei servizi legali e giustizia civile*, in *Contr. e impr.*, 2008, 212; Alpa, *Le tariffe forensi*, in *Economia e diritto del terziario*, 2006, 3; Amadio, *Tariffe & avvocati*, in *Iustitia*, 2007, 445; Bruno, *Le nuove tariffe forensi*, in *Cass. pen.*, 2004, 42; Balzaretto, *Le nuove tariffe forensi nella radicata crisi economica del dopo euro*, in *Lav. e prev. Oggi*, 2004, 988; Scarselli, *Le tariffe forensi (punti fermi e prospettive)*, in *Foro it.*, 2003, 3010.

bito delle prestazioni d'opera intellettuale disciplinato dagli artt. 2229 ss. c.c. Si tratta di quelle specifiche attività, a carattere stabile, continuativo o occasionale, in cui la prestazione è caratterizzata dall'uso preminente delle facoltà intellettive: di conseguenza il prestatore d'opera risulta qualificato soggettivamente per una particolare preparazione tecnica. Oltre ai caratteri della tecnicità e della intellettualità, il rapporto fiduciario instaurato tra le parti comporta che la prestazione effettuata dal professionista intellettuale sia segnata altresì dall'elemento della discrezionalità - ovvero della facoltà di scelta del professionista circa il comportamento e i mezzi tecnici da adottare nell'esercizio della professione - e dalla personalità della prestazione.

In particolare, colui che esercita la professione forense svolge la propria attività in esecuzione di un negozio definito anche "contratto di patrocinio o di clientela", stipulato con il cliente al momento del conferimento dell'incarico, che può avere ad oggetto singoli o più affari, ovvero la soluzione di problemi legali che possano presentarsi nell'attività del cliente (3).

Gli avvocati sono configurati tradizionalmente come collaboratori del giudice nell'amministrazione della giustizia, assumendo il non facile compito di effettuare un'utile opera di intermediazione fra gli organi giudicanti e il cittadino che pretende tutela, in modo da perseguire il fine di un efficiente funzionamento della giustizia. Il difensore svolge dunque un servizio di pubblica necessità (4), concorrendo alla realizzazione delle finalità di Giustizia nel processo. Dall'intrinseca connessione dell'attività forense con esigenze d'interesse primario, sia del singolo che della collettività, discende una maggiore incisività dell'obbligo di lealtà, specificazione del più ampio dovere di correttezza nei confronti del cliente.

Il principio generale di buona fede, di cui la correttezza è espressione, affiora in più punti della sentenza *de qua*, unitamente all'equità, suo complemento (5), entrambe collocate tra i principi generali dell'ordinamento giuridico (6). Esse costituiscono strumenti idonei ad incidere sulla singola situazione giuridica assurgendo a clausole generali, ovvero a concetti-valvola che si pongono quali principi normativi regolatori della relazione contrattuale (7). Si ricorda che tra gli elementi che caratterizzano la clausola generale vi è, oltre al nesso del precetto con valori da realizzare, l'assenza nella formula normativa di una fattispecie analitica che permetta l'operazione ermeneutica di tipo sillogistico. Le clausole generali pertanto sono ricondotte a concetti giuridici dal contenuto indeterminato che necessita di essere specifica-

to dal giudice e applicato - filtrato dal necessario apporto valutativo dell'interprete - al caso concreto.

Occorre specificare come si assista sovente ad uno slittamento terminologico tra i vari significati della buona fede in quanto questa assume sia il ruolo di principio, ovvero di direttrice generale di correttezza, sia quello appunto di clausola che demanda al giudice l'individuazione della regola applicabile alla fattispecie concreta (8).

Peraltro giova ricordare come la riflessione sulla buona fede, lungi dal rimanere circoscritta in ambito nazionale, ha manifestato una profonda vocazione espansiva "contaminando" i più avanzati testi di *soft law* e assumendo rilevanza, sebbene in maniera polisensa, in pressoché tutti gli ordinamenti europei quale vettore del principio di uguaglianza sostanziale, fonte di un diritto contrattuale di tipo conflittuale e solidale (9).

Note:

(3) Benché non costituisca una pubblica funzione, l'attività dell'avvocato gode di una peculiare rilevanza pubblicistica, come peraltro appare dalla legge professionale di cui al r.d.l. n. 157 del 1933, dove all'art. 12 si prescrive il dovere di «adempiere al ministero affidato con dignità e decoro, come si conviene all'altezza delle funzioni che l'avvocato è chiamato ad esercitare nell'amministrazione della giustizia».

(4) In tal senso si esprime Cass. pen., 28 aprile 2005, n. 22496, in *Riv. pen.*, 2006, 749.

(5) In merito si vedano le approfondite osservazioni di Busnelli, *Note in tema di buona fede ed equità*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, 539.

(6) Si veda in proposito Gallo, *I principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato e l'interpretazione della legge alla luce della Carta costituzionale*, in *Studi in onore di Pietro Rescigno*, I, Milano, 1998, 441.

(7) Sulla rilevanza delle clausole generali si rinvia a Nivarra, *Clausole generali e principi generali del diritto nel pensiero di Luigi Mengoni*, in *Europa e dir. priv.*, 2007, 411; Breccia, *Clausole generali e ruolo del giudice*, in *Lav. e dir.*, 2007, 411; Sassi, *Equità e buona fede oggettiva nel diritto interno ed «europeo»*, in Sediari (a cura di), *Cultura dell'integrazione europea*, Torino, 2005, 237; Vallebona, *Clausole generali e controllo della Cassazione*, in *Giur. it.*, 2004, 1784; e meno recentemente Rodotà, *Il tempo delle clausole generali*, in *Riv. crit., dir. priv.*, 1987, 709; Corradini, *Il criterio della buona fede e la scienza del diritto privato*, Milano, 1970. Sulle clausole come concetti-valvola si veda l'approfondita analisi di Barcellona, *Clausole generali e giustizia contrattuale. Equità e buona fede tra codice civile e diritto europeo*, Torino, 2006, 211.

(8) In merito si vedano Natoli, *Abuso del diritto e abuso di dipendenza economica*, in questa *Rivista*, 2010, 252; Grondona, *Buona fede e solidarietà; giustizia contrattuale e poteri del giudice sul contratto: annotazioni a margine di un obiter dictum della Corte di cassazione*, in *Riv. dir. comm.*, 2003, II, 242; Id., *Solidarietà e contratto: una lettura costituzionale della clausola di buona fede*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2004, 733.

(9) Si veda in merito Somma, *Diritto comunitario e patrimonio costituzionale europeo*, in *Pol. dir.*, 2004, 263, le cui riflessioni si rinvengono già in Barcellona, *I controlli della libertà contrattuale*, in Rodotà (a cura di), *Il diritto privato nella società moderna*, Bologna, 1971, 285.

La funzione integrativa della buona fede nel rapporto avvocato-cliente

In primo luogo, la decisione in epigrafe si sofferma sulla valutazione dell'*an debeat* nei confronti della pretesa vantata dall'avvocato anche qualora la controversia si sia risolta in maniera consensuale, ovvero con una transazione o, come nella specie, con una conciliazione giudiziale.

In particolare, giova precisare che, ai fini dell'applicazione delle disposizioni della legge professionale forense, occorre qualificare come prestazioni giudiziali sia quelle attività consistenti in veri e propri atti processuali, sia quelle poste in essere al di fuori del processo, a condizione che siano intimamente dipendenti da un mandato relativo alla difesa e rappresentanza in giudizio. Di conseguenza, configura una prestazione giudiziale l'attività svolta dal difensore finalizzata alla stipula di un contratto di transazione extra-processuale ovvero alla conciliazione giudiziale, giacché risulta preordinata allo svolgimento di attività propriamente processuali o ad esse complementari (10).

Del resto, con peculiare riguardo agli atti di natura giudiziale, lo svolgimento dell'attività di rappresentanza tecnica del cliente che governa l'agire del difensore implica l'instaurazione di un rapporto giuridico nel quale si intersecano gli elementi del mandato e della prestazione d'opera professionale. Il contratto di prestazione d'opera intellettuale sopra richiamato deve essere dunque inteso in maniera unitaria, quale rapporto professionale dove il rilascio del mandato *ad litem* non costituisce una circostanza relativa unicamente alle esigenze processuali.

Infatti, valga ricordare in merito come la Cassazione in recenti decisioni a Sezioni Unite abbia già evidenziato che, nel caso in cui l'avvocato che presta assistenza giudiziale compia anche attività stragiudiziali, qualora quest'ultima sia connessa e complementare alla prima, il professionista ha diritto unicamente al compenso per l'assistenza giudiziale, eventualmente maggiorato sino al quadruplo (secondo l'art. 5, commi 2 e 3, della tariffa giudiziale), avendo riguardo alle questioni giuridiche trattate ed all'importanza della causa, tenuto conto dei vantaggi anche non patrimoniali conseguiti dal cliente (11).

Ferma restando la remunerazione dell'attività professionale preliminare o preventiva all'instaurazione del giudizio, occorre verificare la fondatezza della richiesta di pagamento del compenso a favore dell'avvocato riguardante l'attività giudiziale posta in essere dopo la conciliazione, benché considerata improponibile e insuscettibile di esercizio giudiziale.

Viene qui in rilievo una prima funzione della buona fede - sviluppata dalla Scuola dell'Esegesi e arricchita dalla dottrina tedesca - ovvero quella di costituire un obbligo integrativo del rapporto obbligatorio e, in particolare, di quello contrattuale, in quanto concorre a formare la *regula iuris* del caso concreto grazie al suo valore cogente (12). La buona fede oggettiva ai sensi dell'art. 1175 c.c., infatti rappresenta un criterio generale di determinazione della prestazione in quanto amplia la sfera degli interessi che il debitore deve perseguire, gravando inoltre anche sul creditore, il quale è tenuto a cooperare con il debitore nell'adempimento dell'obbligazione.

Il contratto, dunque, si presenta come un fenomeno complesso e aperto, alla cui composizione partecipano sia la volontà delle parti, quali protagonisti principali, sia fonti esterne. Com'è noto, infatti, il negozio obbliga i contraenti non solo a quanto è nel medesimo espresso, ma anche a tutte le conseguenze che ne derivano secondo la legge, gli usi e l'equità (13).

Del resto, già nell'impianto codicistico del 1942 si individuano sintomatici dati normativi mediante i quali si riconosce la possibilità di intervenire sull'assetto della pattuizione, allo scopo di procedere alla sua integrazione, per motivazioni di interesse pubblico che l'ordinamento reputa prevalenti rispetto alla composizione dell'accordo realizzata dalle parti contraenti. Un riferimento in tal senso si trae sia dall'art. 1374 c.c., sia dalle c.d. "clausole generali"

Note:

(10) Si veda in proposito Cass., 8 novembre 2002, n. 15718, in *Giust. civ.*, 2002, I, 3058.

(11) Così Cass., sez. un., 24 luglio 2009, n. 17357, in *Giust. civ.*, 2010, 1944.

(12) Si veda in proposito *ex multis* Cass., 15 gennaio 2000, n. 426, in questa *Rivista*, 2000, 911, in materia di integrazione di buona fede del mandato di gestione di titoli azionari nell'esecuzione del mandatario; Cass., 22 maggio 1997, n. 4598, in *Foro it.*, 1997, I, 1732 relativa ai poteri del curatore fallimentare di richiedere alla banca la documentazione sui conti del fallito; Cass., 20 aprile 1994, n. 3775, *ivi*, 1995, I, 1296 in materia di limitazione dei poteri contrattuali che impediscono l'adeguamento del canone.

(13) In merito appare imprescindibile il riferimento a Rodotà, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969, 33; Cataudella, *Sul contenuto del contratto*, Milano, 1966; di Majo Giaquinto, *L'esecuzione del contratto*, Milano, 1967; Sacco, in Sacco-De Nova, *Il contratto*, II, Torino, 1993, 402; di Majo, *La buona fede correttiva di regole contrattuali*, in *Corr. giur.*, 2000, 1486; Franzoni, *Buona fede ed equità tra le fonti di integrazione del contratto*, in *Contr. e impr.*, 1999, 83; And. D'Angelo, *La tipizzazione giurisprudenziale della buona fede contrattuale*, *ivi*, 1990, 702, Nanni, *La buona fede contrattuale*, Padova, 1988. Ma già Domat, ne *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, in *Oeuvres complete, nouv. ed.*, Parigi, 1835, 134, esprimeva il principio in base al quale «le convenzioni obbligano non soltanto a ciò che in esse è espresso, ma anche a tutto ciò che richiede la natura della convenzione, e a tutte le conseguenze che l'equità, la legge e gli usi conferiscono all'obbligazione che si è contratta».

che rappresentano modalità di esecuzione del contratto (14). In tal modo, l'ordinamento riconosce all'autorità giudiziaria la possibilità di intervenire sul contenuto del contratto a tutela della parte contrattuale che normativamente è destinataria di una maggiore protezione.

Attualizzazione della buona fede: dal quadro assiologico al caso concreto

In quanto canone generale di comportamento la buona fede impone al giudice il compito di definire la regola in base alla quale vagliare il comportamento tenuto in concreto, attingendo alle caratteristiche del settore economico in cui l'affare si svolge, alle circostanze oggettive connaturate al rapporto privatistico, e alla qualificazione soggettiva dei protagonisti del rapporto.

In merito, è acclarato che, nell'alveo di una concezione giuspositivistica del diritto benché non dogmatica, il giudice assolva a un ruolo costruttivo di primario rilievo (15). Del resto, nei sistemi giuridici contemporanei in particolare le clausole generali assurgono a strumenti di tecnica normativa funzionale alla soluzione di controversie (16).

La buona fede è dunque chiamata a farsi interprete di una sensibilità che promuove la libertà contrattuale sostanziale inverando sia i principi di trasparenza e del consenso consapevole e informato (17), sia la tutela della capacità di autodeterminazione, necessaria a consentire al contraente debole di scegliere in maniera efficiente i beni e i servizi offerti (18).

La correttezza, quindi, si presenta come regola integrativa residuale, idonea ad intervenire qualora il regolamento contrattuale (o la legge) non prevedano direttamente gli obblighi di condotta opportuni per una corretta esecuzione dell'operazione contrattuale, e al pari elastica. Essa infatti non ha un contenuto determinato a priori, bensì esige un'opera di adattamento con riferimento alle caratteristiche del caso concreto e agli interessi in gioco. Il contenuto del singolo rapporto obbligatorio è dunque arricchito, con l'estrapolazione di obblighi collaterali di cooperazione e di informazione, che consentono l'individuazione della *regula iuris* applicabile in concreto in modo da tutelare l'equilibrio del regolamento di interessi che le parti si sono proposte (19).

Vale precisare come non si tratti di determinare aprioristicamente nuovi doveri integrativi di protezione incidenti sulla statica del rapporto, indicando generici doveri di lealtà o di cooperazione reciproca, bensì di concretizzare ovvero di attualizzare la buona fede nello svolgimento effettivo del rapporto *hinc et inde*, in funzione delle esigenze singolarmente richieste.

Si supera dunque il rischio di una "solitudine" del giudice alle prese con la clausola generale di buona fede. Egli infatti, in assenza di criteri perspicui, si espone al pericolo di cadere nell'estro arbitrario, che produce un grave interventismo giudiziale dal quale potrebbero dedursi massime generali risolvibili nella negazione sostanziale del principio che si vuole affermare o, all'opposto, nella citazione meramente esornativa della buona fede stessa, la quale rappresenterebbe una mera forma-limite del potere giudiziale (20).

Note:

(14) Si veda in proposito ancora Rodotà, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., 195; A. D'Angelo, *Il contratto in generale. La buona fede*, Torino, 2004; Bianca, *La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, I, 205; Riccio, *La clausola generale di buona fede è, dunque, un limite generale all'autonomia negoziale*, in *Contr. e impr.*, 1999, 21; Romano, voce *Abuso del diritto*, in *Enc. dir.*, 1958, I, 168.

(15) Si vedano in proposito Meruzzi, *Il fondamento sistematico dell'exceptio doli negli obiter dicta della Cassazione*, in *Contr. e impr.*, 2007, 1369, e Semeghini, *Forma ad substantiam ed exceptio doli nei servizi di investimento*, Milano, 2010.

(16) Come peraltro ha osservato Rodotà, *Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile*, in *Riv. dir. comm.*, 1967, 89, le clausole generali andrebbero riferite unicamente «alla legislazione civile ed a quei settori che, con un significativo ritorno terminologico, vengono designati come diritto comune», mettendo in guardia contro i rischi ed i «gravi fraintendimenti» che sul piano interpretativo potrebbero derivare dal volere riferire le clausole generali a «materie quali la penalistica o la processuale».

(17) Sul tema della asimmetria informativa nel diritto contrattuale e l'equivalenza tra difesa del consumatore e tutela della sua libertà di preferenza si vedano le analisi De Poli, *Asimmetrie informative e rapporti contrattuali*, Padova, 2002; Gentili *Informazione contrattuale e regole dello scambio*, in *Riv. dir. priv.*, 2004, 555; Irti, *La concorrenza come statuto normativo*, in *Id.*, *L'ordine giuridico del mercato*, Bari, 2003, 139. Sull'idoneità di un'asimmetrica distribuzione delle informazioni di causare effetti anche di grave alterazione del mercato si veda il fondamentale apporto di Akerlof, *The Market for «Lemons»: Quality Uncertainty and the Market Mechanism*, in *Quarterly Journal of Economics (The MIT Press)*, LXXXIV, 1970, 488.

(18) Si vedano in merito le lucide osservazioni di Barcellona, *Condizioni generali di contratto e tutela del contraente debole*, in *AA.VV.*, *Condizioni generali di contratto e tutela del contraente debole*, Milano, 1970, 66; e Di Giovanni, *La regola di trasparenza nei contratti dei consumatori*, Torino, 1998. Per il substrato economico si rinvia alle teorie neoclassiche espresse tra gli altri in Streeck, *Il modello sociale europeo: dalla redistribuzione alla solidarietà competitiva*, in *Stato e merc.*, 2000, 3.

(19) Giova ricordare come nel Bigliuzzi Geri-Breccia-Busnelli-Natoli, *Diritto civile*, I, 2, Torino, 1986, 596, si affermi che «ben possono ipotizzarsi "doveri di informazione" desunti dal criterio generale della correttezza, relativi a circostanze di fatto che pur non comportando invalidità del negozio, possono influire negativamente sull'assetto di interessi disciplinati dall'atto, pregiudicandone l'efficacia o mettendone comunque a repentaglio il conseguimento della funzione pratica».

(20) Tale insidia è esplicitata con riferimento all'annullamento della buona fede nell'anodina clausola della ragionevolezza che, non essendo supportata da un retroterra consolidato di riferimento, rischia di condurre ad un giudice *legibus solutus*, come osserva Busnelli, *Note in tema di buona fede ed equità*, cit., 555. (segue)

Tenuto fermo l'inevitabile ruolo interpretativo del giudice delle norme positive, non si cade infatti nell'arbitrio se il giudice adopera un criterio riconosciuto dalla legge assegnandogli contenuto concreto, individuando nella fattispecie il riflesso effettivo delle direttive ordinamentali (21).

Il giudice pertanto, considerando la dinamica del rapporto alla luce dell'art. 1375 c.c. a sua volta collocato nel contesto assiologico costituzionale, è chiamato a sindacare il *quommodo* del comportamento in concreto tenuto dalle parti, non già tratteggiando astratti doveri di avviso o informazione, ma operando una valutazione relativa alle modalità concrete di attuazione del rapporto obbligatorio alla luce delle esigenze specifiche e delle circostanze rilevanti *in casibus*.

Proprio a tale profilo della buona fede il giudice *de quo* si appella per sanzionare la condotta dell'avvocato che ha richiesto il pagamento integrale dei diritti e onorari nonostante la procedura di apposizione della formula esecutiva, il ricorso ai sensi dell'art. 700 c.p.c. e l'atto di precetto fossero improponibili. Non può rilevare in proposito che il cliente abbia manifestato il suo consenso alle suddette attività in quanto il suddetto principio di buona fede, sostanziandosi nei doveri di lealtà e informazione, impone all'avvocato di rendere note al cliente le ragioni giuridiche che possano determinare un rigetto della domanda, *a fortiori* quando nella specie la delibazione negativa era prevedibile per questioni di mero rito.

Il profilo rimediabile per una "giusta tutela" del contraente debole

Assumendo tale significato della buona fede, ovvero quello di strumento di valutazione comparativa degli interessi sostanziali delle parti, si comprende come nella fattispecie oggetto della controversia in esame il cliente versi in una situazione di intrinseca debolezza. Particolare significatività assume dunque il passaggio in cui il giudice salentino si avvale della buona fede quale principio giuridico immanente all'ordinamento e dotato di copertura costituzionale. Ciò appare di non scarso momento, posto che, così argomentando, si conferma la possibilità di una valutazione della qualità del comportamento di determinati soggetti secondo il criterio orientativo di correttezza adattato alle circostanze concrete.

Focalizzando ora l'attenzione sul profilo rimediabile, la decisione in commento riconosce l'ammissibilità di rimedi di tipo specifico. Nel nuovo diritto delle invalidità contrattuali al paradigma astratto e monolitico che tradizionalmente circoscrive la sua attenzione alla "fattispecie" contrattuale, si sono affiancate forme di nullità testuali di protezione, ipotesi catalogabili come nul-

lità virtuali di protezione, ovvero fattispecie in cui la nullità opera anche in assenza di un'indicazione espressa (22). Rappresentano queste le c.d. "nullità di nuova specie" in cui oltre a prevedere la riserva di legittimazione solamente in capo al contraente protetto, si stabilisce la parzialità necessaria dell'invalidità (23).

In ambito domestico le conseguenze del mancato rispetto del principio di buona fede hanno suscitato un ampio dibattito cui hanno preso parte, per riprendere la scansione dei fattori normativi proposta da illuminata dottrina, sia il formante giurisprudenziale, sia quello legislativo, oltre a quello dottrinario (24).

Note:

(continua nota 20)

Si veda anche Sacco, *Purezza del consenso, elementi perfezionativi del contratto, effetti del negozio: i cento articoli delle leggi e la regola unica preterlegale*, in Cabella Pisu-Nanni (a cura di), *Clausole e principi generali nell'argomentazione giurisprudenziale degli Anni Novanta*, Padova, 1998, 272.

(21) Illuminanti sul punto le riflessioni di Natoli, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, I, Milano, 1974, 32, laddove afferma che «sembra, in tal modo, operarsi una parificazione con la valutazione della prova, che, com'è noto, la legge affida al «prudente apprezzamento» del giudice (art. 116 c.p.c.), ma che ha fini e caratteri essenzialmente diversi. Basta pensare che, mentre quest'ultima tende all'accertamento dei fatti, quella rappresenta, sempre e in ogni caso, una valutazione della rilevanza dei fatti stessi; è, perciò, in questo senso una valutazione *sub specie iuris*, anche se, a tale scopo, il giudice si serve di un criterio, che, nella norma positiva, è indicato soltanto genericamente e cui egli deve dare contenuto concreto, ma che non crea, rendendosi soltanto interprete, al pari di quanto fa quando determina il significato di ogni altra norma positiva».

(22) Cfr. D'Adda, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, Padova, 2008, 152; Albanese, *Contratto. Mercato. Responsabilità*, Milano, 2008, 83. Appare evidente come nelle nuove previsioni di nullità, spesso di derivazione comunitaria, sia palese il riferimento al sistema rimediabile di *common law* che pone in posizione privilegiata rispetto al diritto soggettivo il rimedio considerato come risposta concreta dell'ordinamento davanti ad un bisogno di protezione in attuazione di una posizione che un soggetto ha rispetto ad un bene della vita, indipendentemente dalla sua formalizzazione in diritto soggettivo: la sussistenza del diritto dunque sarà subordinata alla disponibilità da parte del soggetto di un rimedio idoneo a far fronte ad un bisogno di tutela connesso ad un preciso interesse del soggetto medesimo. Si veda in merito Mazzamuto-Plaia, *I rimedi*, in Castronovo-Mazzamuto (a cura di), *Manuale di diritto privato europeo*, II, *I rimedi e la tutela processuale*, XXXVI, Milano, 2008, 790.

(23) Su tale argomento si rinvia alle approfondite analisi del già citato D'Adda, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, cit., 163; e Passagnoli, *Nullità speciali*, Milano, 1995, *passim*; Di Majo, *Nullità del contratto. Le nullità speciali, la nullità rimedio di protezione, le nullità da divieto*, in Di Majo-Ferri-Franzoni (a cura di), *L'invalidità del contratto*, Torino, 2002, 456; Gioia, *Vecchie intese e nuove nullità*, in *Giust. civ.*, 2000, 3; Vecchi, *Commento al comma 1 dell'art. 1519-octies*, in Garofano-Mannino-Moscato-Vecchi (a cura di), *Commentario alla disciplina della vendita dei beni di consumo*, Padova, 2003. In particolare si vedano le approfondite osservazioni di D'Amico, *Nullità virtuale - nullità di protezione (variazione sulla nullità)*, in Pagliantini (a cura di), *Le forme della nullità*, Torino, 2009, 1; e Russo, *Profili evolutivi della nullità contrattuale*, Napoli, 2008.

(24) Si veda in merito a tale terminologia Sacco, *Introduzione al diritto comparato*, in Sacco (diretto da), *Trattato di Diritto Comparato*, Torino, 1992, 43.

Tale dibattito, al quale si fa rinvio, ha visto emergere posizioni che identificavano una clausola di buona fede "tricefalda" che assumerebbe sia la valenza di norma imperativa ai fini della declaratoria di nullità, sia veste di criterio valutativo della condotta, sia infine il ruolo di parametro valutativo *a posteriori* del regolamento negoziale a cui far seguire al pari la nullità (25). A monte di tale tentativo di superamento della distinzione tra regole di condotta e regole di responsabilità si colloca quel presunto "solidarismo contrattuale" che autorizzerebbe l'interprete a superare i limiti di rilevanza delle fattispecie invalidatorie e risarcitorie, dando la stura all'interventismo giudiziale sul contenuto del contratto (26).

In assenza di esplicita previsione del legislatore, il quale si limita all'indicazione di un obbligo di comportamento, ai fini dell'individuazione del rimedio più coerente rispetto al sistema e più efficiente per la soluzione socio-economica, l'interprete deve dunque analizzare la fattispecie indagando l'interesse in concreto perseguito dalla norma e la *ratio* dell'obbligo imposto, in modo da verificare la congruità tra il mezzo di tutela, le esigenze di protezione e la fattispecie nella sua dimensione funzionale (27).

Si ribadisce, quindi, che la nullità è rimedio volto a colpire quei casi in cui il contratto non combaci con il modello di perfezione funzionale e strutturale, ovvero risulti difforme rispetto a interessi ritenuti inderogabili dal legislatore. Conseguentemente la nullità virtuale opererebbe unicamente nel caso in cui ad essere antinomico con interessi considerati inderogabili dal legislatore sia una regola prevista dal contratto e non una condotta tenuta precedentemente o in occasione dell'esecuzione contrattuale. Tale comportamento sarebbe invece sanzionato con la nullità per contrarietà all'art. 1337 c.c. solamente se discendesse da una clausola negoziale (28). Si avvalorerebbe, dunque, la distinzione tra regole di validità e di comportamento quale espressione del principio di legalità che vieta di comminare giudizialmente la nullità del contratto in violazione di una clausola generale di comportamento (29).

Dall'esame di numerose fattispecie di nullità previste come rimedio alle condotte abusive nelle ipotesi di asimmetria di potere negoziale (30) si evince in maniera palese come la buona fede oggettiva non funga da criterio valutativo del comportamento del contraente "forte", vale a dire della sua situazione soggettiva, bensì da parametro di giudizio relazionale della singola regola contrattuale ex art. 1366 c.c., ovvero sia comprensiva di tutti gli interessi coinvolti nel caso concreto, potendo riferirsi anche alle anomalie che non integrano i vizi del consenso.

Avendo riguardo alle circostanze concrete della fattispecie, la buona fede assume dunque la funzione del *corrigere*, presente già nel diritto pretorio romano (31), al fine di rettificare una significativa sperequazione genetica dei diritti e obblighi originati da un contratto, e perseguire l'obbiettivo tendenziale di un mercato improntato ad una piena concorrenza (32).

Note:

(25) Sostengono la buona fede come metro capace di intaccare anche la legittimità dell'atto Prosperi, *Subfornitura industriale, abuso di dipendenza economica e tutela del contraente debole: i nuovi orizzonti della buona fede contrattuale*, in *Rass. dir. civ.*, 1999, 670; Recinto, *Buona fede ed interessi dedotti nel rapporto obbligatorio tra legalità costituzionale e comunitaria*, in *Rass. dir. civ.*, 2002, 292; Riccio, *La clausola generale di buona fede è, dunque, un limite generale all'autonomia contrattuale*, in *Contr. e impr.*, 1999, 27. Si veda sul tema in generale Scoditti, *Regole di comportamento e regole di validità: i nuovi sviluppi della responsabilità precontrattuale*, in *Foro it.*, 2006, I, 1108; Gnani, *Contrarietà a buona fede e invalidità del contratto: spunti ricostruttivi*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, 435.

(26) Cfr. fra gli altri Galgano, *Libertà contrattuale e giustizia del contratto*, in Scalisi (a cura di), *Il ruolo della civilistica italiana nel processo di costruzione della nuova Europa*, Milano, 2007, 543; Volpe, *La giustizia contrattuale tra autonomia e mercato*, Napoli, 2004, *passim*.

(27) In argomento si vedano le osservazioni di Roppo, *I contratti di investimento e gli ordini dell'investitore all'intermediario*, in *Contr. e impr.*, 2005, 89; Vettori, *I contratti di distribuzione fra legge di protezione e regole di concorrenza*, in *Obbl. e contr.*, 1, 2005, 11; Passagnoli, *Nullità speciali*, cit., 43; Filanti, *Inesistenza e nullità del negozio giuridico*, Napoli, 1983.

(28) Sul punto si invitano a leggere le illuminanti pagine di Bigliuzzi Geri, *Note in margine alla rilevanza dell'art. 1337 c.c.*, in *Aa. Vv.*, *Scritti in onore di Barillaro*, Milano, 1982, 135. Si vedano inoltre Bianca, *La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, 206 e, più recentemente, Vettori, *Le asimmetrie formative fra regole di validità e regole di responsabilità*, in *Riv. dir. priv.*, 2003, 246; Navarretta, *Buona fede oggettiva, contratti d'impresa e diritto europeo*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, 522; Perreca, *La congruità dello scambio contrattuale*, Napoli, 2006, 78.

(29) In argomento si veda Pagliantini, *Nullità virtuali di protezione?*, in questa *Rivista*, 2009, 1041; D'Amico, *Nullità virtuale - Nullità di protezione (Variazioni sulla nullità)*, *ibidem*, 737.

(30) Esempi in tal senso sono costituiti dalle già menzionate norme sull'abuso di dipendenza economica (art. 9, l. n. 19 del 1998), ovvero in materia di ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali tra imprenditori (art. 7 d.lgs. n. 231 del 2002), in ipotesi di intese restrittive della concorrenza o abuso di posizione dominante (artt. 2 e 3 l. n. 287 del 1990) ovvero relative alle clausole vessatorie ai sensi degli artt. 33 e 36 cod. cons. Per una visione sistematica delle suddette ipotesi si rinvia su tutti all'analisi di Mengozzi, *Lo squilibrio delle posizioni contrattuali nel diritto italiano e nel diritto comunitario*, Padova, 2004, 102, e di Vettori, *Libertà di contratto e disparità di potere*, in *Riv. dir. priv.*, 2005, 755.

(31) Celebre la definizione di Papiniano dell'"*aequitas constituta*" che per il celebre giurista è "*quod pretore introduxerunt adjuvandi vel supplendi vel corrigendi iuris civilis gratia*", riportata da Coviello, in *Dell'equità né contratti* (dagli *Studi Napoletani* del 15 e 31 dicembre 1865), Napoli, 1896, 5.

(32) Sulle funzioni della buona fede si veda Busnelli, in *Note in tema di buona fede ed equità*, cit., 537. La buona fede come indice per il sindacato sulla clausola contrattuale e non del contegno negoziale è rilevata, con riferimento all'art. 33 cod. consu. (segue)

Come emerge dalle sentenze delle Sez. Un. nn. 26724 e 26725 del 2007, in accordo con la suddetta concezione della buona fede, la scelta del rimedio tra nullità (speciale) e risarcimento andrà operata secondo un criterio funzionale in modo da fornire la tutela più adeguata (33), raffrontando dinamicamente il risultato programmato dai contraenti e l'insieme delle condotte formative ed esecutive, con la finalità del precetto violato alla luce dell'interesse protetto (34).

Il criterio dei vantaggi realmente conseguiti e la buona fede correttiva

Correttamente dunque il giudice *de quo* non rigetta integralmente la domanda dell'avvocato ma incide sul *quantum* determinandone il compenso.

Non potendo rifarsi al valore effettivo della controversia, il giudice deve cercare altrove i criteri su cui poggiare la determinazione dell'onorario professionale. In assenza di una norma specifica è possibile tuttavia individuare talune indicazioni volte a considerare i vantaggi effettivamente conseguiti dal cliente, come del resto invita a tener conto l'art. 5 comma 3 l. n. 127 del 2004 sulle nuove tariffe forensi.

Del resto, una recente decisione a Sezioni Unite in merito all'ammontare della liquidazione delle spese del processo ha affermato che «le spese di lite vanno liquidate (...) in linea con il principio di adeguatezza e proporzionalità», secondo «una costante ed effettiva relazione tra la materia del dibattito processuale e l'entità degli onorari per l'attività professionale svolta» (35).

Peraltro, l'ingerenza nel regolamento contrattuale al fine di ristabilire la parità negoziale non risulta antitetica all'autonomia delle parti. Infatti, lo squilibrio tra i contraenti non rileva di per sé, ma necessita di ulteriori fattori che ne provino sia l'ingiustizia, quali l'abuso qui presente di una situazione di debolezza, tenuto conto della natura e dello scopo del contratto, sia l'eccessività, ovvero uno sbilanciamento irragionevole.

Giova in proposito ricordare come parametrare l'intervento giudiziale sui vantaggi e svantaggi ingiusti realizzati dalle parti, come nella fattispecie - il cliente, infatti, a fronte della somma di circa 9 mila euro ricevuta in seguito alla conciliazione avrebbe dovuto corrispondere all'avvocato più di 23 mila euro - trova corrispondenza anche nei più avanzati testi di *soft law* europea.

Infatti, nei Principi *Unidroit* oltre a prevedere norme

l'art. 1469-bis c.c.), da Bigliuzzi Geri, sub art. 1469 bis, in Bianca-Busnelli-Bigliuzzi Geri (a cura di), *Commentario, in Nuove leggi civ. comm.*, 1997, 798, e Busnelli, *Una possibile traccia per una analisi sistematica della disciplina delle clausole abusive*, ivi, 766; Gentili, *Le invalidità*, in Gabrielli (a cura di), *I contratti in generale*, in Rescigno (diretto da) *Trattato dei contratti*, II, Torino, 2006; *contra* cfr. D'Amico, «Regole di validità» e principio di correttezza nella formazione del contratto, cit., 348; in relazione all'art. 7 d.lgs. n. 231 del 2002 da Venuti, *Nullità della clausola e tecniche di correzione del contratto*, Padova, 2004, 79, e Zucchetti, sub art. 7, *La disciplina dei ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali (d. lgs. 9 ottobre 2002, n. 231)*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2004, 583. Con riferimento all'art. 9 l. n. 192 del 1998 sull'abuso di dipendenza economica, posto che la situazione di dipendenza debba evincersi anche da elementi diversi dalla mera accettazione di condizioni contrattuali inique, occorre precisare che vi sarà una tutela risarcitoria e non invalidatoria qualora la condotta abusiva non si concretizzi in termini oggettivi in una clausola contrattuale, comminando la nullità solo se lo squilibrio sia invece sostanziato in un regolamento negoziale: cfr. Barba, *L'abuso di dipendenza economica: profili generali*, in Cuffaro (a cura di), *La subfornitura nelle attività produttive*, Napoli, 1998, 341; Polidori, *Discipline della nullità e interessi protetti*, Napoli, 2001, 236; Natali, *La subfornitura*, in Cassano (a cura di), *I nuovi contratti*, Milano, 2006, 207. Analoghe considerazioni relative all'attenzione ai termini oggettivi del negozio possono effettuarsi in caso di abuso di posizione dominante o di intese restrittive della concorrenza laddove la buona fede può svolgere un utile ruolo correttivo in relazione alla sorte dei contratti stipulati "a valle" (si veda in merito tra gli altri Navarretta, *Buona fede oggettiva, contratti di impresa e diritto europeo*, cit., 523).

(33) A tal proposito si nota che il rimedio risarcitorio, il quale ha funzione "sostitutiva" dell'annullamento come sostiene D'Amico, «Regole di validità» e principio di correttezza nella formazione del contratto, cit., 119, permette di adattare la tutela del contraente debole alla concreta dimensione del danno patito, potendo comprendere nella valutazione del pregiudizio anche l'eventuale concorso del comportamento colposo del danneggiato ovvero l'evitabilità del danno, come rimarcano Albanese, *Regole di condotta e regole di validità nell'attività di intermediazione finanziaria: quale tutela per gli investitori delusi?*, in *Corr. giur.*, 2008, 107, e C. Scognamiglio, *Regole di validità e regole di comportamento: i principi e i rimedi*, in *Eur. dir. priv.*, 2008, 599.

(34) Infatti le Sezioni unite, nella decisione n. 26725 del 19 dicembre 2007 - commentata *ex pluribus* da Sangiovanni, *Inosservanza delle norme di comportamento: la Cassazione esclude la nullità*, in questa *Rivista*, 2008, 231 e da Gentili, *Disinformazione e invalidità: i contratti di intermediazione dopo le Sezioni Unite*, *ibidem*, 393 - hanno osservato che l'area delle «norme inderogabili, la cui violazione può determinare la nullità del contratto (art. 1418 comma 1 c.c.) è più ampia di quanto parrebbe a prima vista suggerire il riferimento al solo contenuto del contratto medesimo». In essa sono incluse anche «le norme che, in assoluto, oppure in presenza o in difetto di determinate condizioni oggettive o soggettive, direttamente o indirettamente, vietano la stipulazione stessa del contratto». Aggiungendo che «pur quando la nullità sia fatta dipendere dalla presenza nel contratto di clausole che consentono o suggeriscono comportamenti contrari al precetto di buona fede o ad altri inderogabili precetti legali, non è il comportamento in concreto tenuto dalla parte a provocare la nullità del contratto stesso, bensì il tenore della clausola in esso prevista». Si veda in merito Navarretta, *La causa e le prestazioni isolate*, Milano, 2000, 260; e Vettori, *Diritto privato e ordinamento comunitario*, Milano, 2009, 271; *Id.*, *Anomalie e tutele nei rapporti di distribuzione fra imprese*, Milano, 1983, 46; *Id.*, *Le asimmetrie informative tra regole di validità e regole di responsabilità*, in *Riv. dir. priv.*, 2003, 249.

(35) Cass., sez. un., 11 settembre 2007, n. 19014, in *Foro it.*, 2008, I, 1527.

Note:

(continua nota 32)
mo (che riproduce essenzialmente la vecchia formulazione del-

ispirate alla c.d. *policy against unfairness*, volte a controllare e prevenire la mala fede dei contraenti (artt. 2.1.19 - 2.1.21 e 4.6), si rinviene all'art. 3.10 la menzione dell'invalidità in caso di *gross disparity* (36). In particolare il giudice è competente in presenza di un assetto economico squilibrato o di una scorretta distribuzione di diritti e obblighi tra le parti che provochi ingiustificatamente un vantaggio sproporzionato a favore di una parte (37).

Sulla stessa scia il parametro dell'*excessive benefit or grossly unfair advantage* previsto dall'art. II - 7:207 del recente *Draft of a Common Frame of Reference* (38) (che riproduce sostanzialmente l'art. 4:109 dei *Pecl* (39) da cui il *Draft* trae ispirazione), rappresenta una soluzione che si propone di reagire alle situazioni di ingiustizia concrete, rinviando pur sempre ad una valutazione superindividuale, attraverso la nozione di *unfair* che, sovente, indica l'ipotesi di abuso ovvero di un comportamento sostanzialmente scorretto, benché *prima facie* rispettoso delle regole (40).

Secondo tale testo, che si propone come disciplina comune europea delle obbligazioni e dei contratti, la sperequazione si realizza allorché siano presenti due fattori cui si deve riferire la verifica giudiziale dell'esercizio dell'autonomia contrattuale: la presenza di un abuso, ovvero dell' approfittamento di una condizione di minorazione conosciuta dal contraente forte (anche in tale fattispecie gli indici soggettivi, analoghi alla previsione degli *Unidroit*, appaiono generici), e la produzione di un beneficio eccessivo o di un vantaggio gravemente iniquo, avuto riguardo alla conoscenza della condizione di debolezza dell'altra parte, alle circostanze ed al contenuto del contratto.

La buona fede assume al contempo una funzione correttiva, laddove il sinallagma appaia *ab origine* squilibrato. In questo caso il giudice, su iniziativa bilaterale dei contraenti, è chiamato a seguire un criterio oggettivo dato dalla buona fede come fonte eteronoma, in modo quindi da plasmare il contenuto del contratto dopo aver preliminarmente verificato il carattere appropriato dell'offerta di riequilibrio. Tuttavia l'Autorità giudiziale può distaccarsi da tale offerta (a differenza di quanto accade nell'art. 1450 c.c.), seguendo il paradigma astratto rappresentato dai criteri ordinari di *good faith and fair dealing* (art. II - 7:207) (41).

In sede di commento alla disposizione dei *PECL* corrispondente (art. 4:109), ciò viene motivato puntualizzando che «il giudice deve modificare il contratto solo se tale è il rimedio appropriato nel caso concreto». D'altra parte, proprio in quest'ultima proposta, funzionale al processo di armonizzazione

europea del diritto contrattuale, si rintraccia, alle disposizioni di cui agli artt. 6:104 e 6:105 *PECL*, la regola per cui, quando nel contratto non è fissato il prezzo o il metodo per determinarlo, si considera che le parti abbiano convenuto un prezzo ragionevole, mentre se il prezzo che deve essere determinato da una parte si rivela manifestamente iniquo, deve essere adottato in sostituzione un prezzo equo.

Note:

(36) Sul punto si veda Volpe, *I principi Unidroit e l'eccessivo squilibrio del contenuto contrattuale (Gross disparity)*, in *Riv. dir. civ.*, 1999, I, 55.

(37) Per i necessari approfondimenti cfr. su tutti Bonell, *Un "Codice" internazionale del diritto dei contratti*, Milano, 1995, 111; Pontiroli, *La protezione del contraente debole nei Principles of International commercial Contracts di UNIDROIT: much ado about nothing?*, in *Giur. comm.*, 1997, I, 568; Drobnig, *Protection of the Weaker Party*, in Bonel-Bonelli (a cura di) *Contratti commerciali internazionali e Principi UNIDROIT*, Milano, 1997, 222; Alpa, *La protezione del contraente debole nei principi dell'Unidroit*, in *I contratti in generale (Aggiornamento 1991-1998)*, diretta da Alpa-Bessone, in *Giur. sist. dir. civ. e comm.*, Torino, 1999, 19; Volpe, *I principi Unidroit e l'eccessivo squilibrio del contenuto contrattuale (Gross disparity)*, cit., 40; Corapi, *L'equilibrio delle posizioni contrattuali nei Principi Unidroit*, in *Eur. dir. priv.*, 2002, 23; Barcellona, *La buona fede e il controllo giudiziale del contratto*, in Mazzamuto (a cura di), *Il contratto e le tutele. Prospettive di diritto europeo*, Torino, 2002, 309; Castronovo, *Prefazione all'edizione italiana*, in *Principi di diritto europeo dei contratti*, Milano, 2001, XXXVII.

(38) Si fa riferimento a Von Bar, Beale, Clive, Schulte-Nölke, *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law - Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Monaco, 2009. Per un'analisi puntuale si rinvia a Perfetti, *La giustizia contrattuale nel Draft Common Frame of Reference del diritto privato europeo*, in *Dir. fall.*, 2009, 669; e Whittaker, *The "Draft Common Frame of Reference". An Assessment*, United Kingdom, 2008, disponibile su www.justice.gov.uk/publications/docs/Draft_Common_Frame_of_Reference__an_assessment.pdf; Common Core Evaluating Group, Antonioli-Fiorentini (a cura di), *A Factual Assessment of the Draft Common Frame of Reference*, Monaco, 2009. Si vedano anche Ajani-Ferreri-Graziadei, *Principi di diritto comunitario in materia di contratto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2009, 279, e Breccia, *Principles, definitions and model rules nel "comune quadro di riferimento europeo"* (Draft Common Frame of Reference), in questa *Rivista*, 2010, 95.

(39) Sui *Pecl* in generale si veda Alpa, *La seconda versione dei Principles od European Contract Law*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2000, II, 121.

(40) Nel precedente di *common law Ahern v. Knecht*, 563 N. E. 2d 787, 792 (III App. Ct. 1990), la Corte ritiene che «*factors relevant to finding contract unconscionable include gross disparity in the values exchanged or gross inequality in the bargaining positions of the parties together with terms unreasonably favorable to the stronger party*», citato da Barnhizer, *Inequality of Bargaining Power*, *U. Colo. L. Rev.*, 2005, LXXVI, 139.

(41) Tale dittico è definito nel commento all'art. I - 1:103 come uno "*standard of conduct characterized by honesty, openness and consideration for the interests of the other party to the transaction or relationship in question*" e indica la regola ed il principio oggettivi. I tre termini hanno la seguente valenza: *honesty* serve come paragone per gli atteggiamenti sanzionati; *openness* rappresenta il dovere di trasparenza, *consideration* la necessità di tenere conto dell'interesse altrui, ovvero non valutarlo meno del proprio.

Conclusioni: la determinazione del “giusto compenso” dopo l’abolizione delle tariffe

Si comprende e si giustifica dunque l’intervento del giudice nel contratto di prestazione d’opera intellettuale tra l’avvocato il cliente manifestamente squilibrato, censurando la condotta del difensore. Questa appare peraltro contraria anche all’art. 43 comma 3 del codice deontologico forense, che preclude all’avvocato la possibilità di richiedere compensi manifestamente sproporzionati all’attività svolta.

Infatti, buona fede ed equità, “due compagni di viaggio” (42), assolvono dunque a un ruolo di assoluto rilievo, ponendosi come parametro di equilibrio negoziale, avendo riguardo al concreto atteggiarsi della situazione e alla peculiarità della singola fattispecie, in sinergia con i valori materiali superiori, caratterizzanti l’ordinamento, i quali costituiscono la necessaria cornice di legittimazione (43).

La l. n. 27 del 2012, di conversione del d.l. n. 1 del 2012 (c.d. Decreto “liberalizzazioni”), ha contribuito a chiarire la problematica relativa all’abrogazione delle tariffe, avvenuto con l’ormai celebre art. 9 d.l. cit. Si è infatti precisato, al comma 3 dell’art. 9, che le tariffe professionali continuano ad applicarsi sino alla data di entrata in vigore dei decreti ministeriali che stabiliscono i parametri di riferimento per la liquidazione del compenso del professionista, e comunque non oltre centoventi giorni dall’entrata in vigore della legge di conversione del decreto.

Infatti, l’art. 9 sulle professioni regolamentate ha assegnato maggiore rilevanza al giudice, rendendo la determinazione del *quantum* dovuto dal cliente non più vincolata a minimi e massimi della tariffa, ma unicamente rispondente ad un criterio di adeguatezza rispetto all’importanza dell’opera (44).

È opportuno tuttavia concentrare l’attenzione su quanto stabilito dallo stesso legislatore qualora vi sia la liquidazione del compenso professionale da parte di un organo giurisdizionale. In proposito, si prescrive che il giudice dovrà riferirsi a parametri stabiliti con decreto ministeriale, i quali però, ai sensi del comma 2, non potranno essere utilizzati dall’avvocato in sede di accordo con il cliente, pena la nullità del contratto.

Si assiste dunque al curioso fenomeno per cui taluni criteri di giudizio predisposti dal Ministero vigilante, e suppostamente redatti secondo un canone di giustizia, non possono essere utilizzati dalle parti private nella loro autonomia negoziale. Risulta quindi obliterata la capacità del giudice di ricorrere a equità, come nella decisione qui in commento, in quanto l’Autorità giudiziale, ridotta ad un ruolo notarile,

potrà sì determinare l’ammontare degli onorari, ma senza poter individuare autonomamente i criteri alla base della determinazione equitativa, dovendo unicamente limitarsi ad applicare i parametri adottati dal ministro competente.

Nell’attesa del decreto ministeriale di definizione delle tariffe da applicarsi in caso di soccombenza e in mancanza di una disciplina transitoria pur allo studio del Ministero, una decisione ha ritenuto che lo *jus superveniens* abbia, di fatto, provocato la caducazione del criterio liquidatorio costituito dalle tariffe, indipendentemente dalla sussistenza di una controversia tra avvocato e cliente (45).

È possibile tuttavia individuare argomenti per non ritenere sussistente una *vacatio legis*. Infatti, si potrebbe applicare l’art. 2233 c.c., il quale prevede come criteri di riferimento residuali - in mancanza di indicazione in base alle tariffe e di decisione pattizia - gli usi e in via subordinata la determinazione giudiziale “in misura adeguata all’importanza dell’opera e al decoro della professione”.

Di conseguenza, le tariffe abrogate potrebbero ancora dirigere la determinazione del compenso, qualora nell’attesa del decreto ministeriale fosse possibile ritenerle ancora vincolanti, contribuendo alla formazione di un uso normativo fondato sulla spontanea applicazione dei criteri di liquidazione già stabiliti. Altrimenti il giudice potrà comunque liquidare il compenso in via di equità, essendo agevole supporre

Note:

(42) L’immagine plastica è usata da Busnelli, in *Note in tema di buona fede ed equità*, cit., 539.

(43) Vettori, in *Autonomia privata e contratto giusto*, in *Riv. dir. priv.*, 2000, 20 richiama infatti Pothier il quale in *Traité des Obligations. Tome premier*. Bruxelles, 1835, 26 afferma che «*l’équité consiste dans l’égalité*». Del resto imperante il codice del 1865 Finzi, Manuale di diritto civile italiano, Torino, 1933, 400, osservava come il principio di buona fede, precetto «insieme morale e giuridico» fosse «di importanza grandissima nella pratica» in quanto «permette al giudice di conciliare in molti casi le rigorose conseguenze giuridiche delle esigenze della buona fede e dell’equità».

(44) Inoltre il legislatore ha stabilito che il professionista deve rendere noto al cliente il grado di complessità dell’incarico fornendo le informazioni utili circa gli oneri ipotizzabili dal momento del conferimento, dell’incarico stesso, alla conclusione di quest’ultimo. In aggiunta a ciò il professionista è tenuto a fornire i dati della propria polizza assicurativa e qualora venga meno a quest’ultimo obbligo e a quello precedentemente indicato si rende responsabile di un illecito disciplinare.

(45) In tal senso Trib. Cosenza, 26 gennaio 2012, *inedita*, alla quale è seguita la rimessione degli atti alla Corte Costituzionale, con ordinanza dello stesso Ufficio giudiziario del 1° febbraio 2012 in *www.cassazione.net*, ritenendo incostituzionale l’art. 9 soprattutto nella parte in cui, dopo aver abrogato le tariffe professionali, tace sulla liquidazione giudiziale dei compensi, per il periodo transitorio nelle more dell’approvazione delle nuove tariffe da parte del Ministero della Giustizia.

anche qui una sorta di sopravvivenza delle tariffe abrogate quale criterio equitativo per valutare l'adeguatezza dell'onorario ai sensi dell'art. 2233 c.c. Peraltro, il vuoto normativo in seguito all'abrogazione delle tariffe potrebbe essere scongiurato anche con l'applicazione delle disposizioni generali sul lavoro autonomo, e in particolar modo dell'art. 2225 c.c., il quale permette comunque al giudice di liquidare il compenso dell'avvocato facendo riferimento al risultato ottenuto dal professionista e al lavoro normalmente necessario per ottenerlo. Si sottolinea che tale norma, come anche quella sopra richiamata di cui all'art. 2233 c.c., non consegna all'arbitraria discrezionalità del giudice la determinazione della liquidazione, in quanto i parametri oggettivi precisati escludono di fare ricorso ad un criterio equitativo in senso tecnico (46).

Secondo tale ricostruzione, quindi, le tariffe già abrogate conserverebbero la loro funzione orientativa nella determinazione del compenso spettante al

difensore per la sua attività professionale. Del resto, la soluzione di abrogare le tariffe risponde a una mera scelta di politica del diritto e non all'inadeguatezza delle stesse nel costituire una giusta retribuzione del rappresentante legale per la prestazione profusa nell'esercizio del mandato.

Nota:

(46) In tal senso Trib. Varese, 3 febbraio 2012, in www.dirittoegiustizia.it; Trib. Verona, 1° febbraio 2012, in www.ilcaso.it. Entrambe tali decisioni osservano che il d.l. n. 1 del 2012, conv. con modif. dalla l. n. 27 del 2012 non ha abrogato l'art. 75 disp. att. c.p.c. secondo il quale «il difensore al momento del passaggio in decisione della causa deve unire al fascicolo di parte la nota delle spese, indicando in modo distinto e specifico gli onorari e le spese, con riferimento all'articolo della tariffa dal quale si desume ciascuna partita». Quindi si ritiene abrogato solamente il rinvio alla tariffa, e non anche la parte in cui stabilisce che il difensore presenti comunque la nota del suo compenso, indicando in modo distinto e specifico gli onorari e le spese. Il giudice dunque potrà fare riferimento, ove adeguata, alla liquidazione del compenso dell'avvocato proposta attraverso la nota spese.

RIVISTE

Il Diritto industriale

Bimestrale di dottrina e giurisprudenza sulle creazioni intellettuali e sulla concorrenza

Direzione scientifica: Giorgio Florida

La Rivista propone un intervento sistematico sulle principali novità normative - nazionali e comunitarie - e giurisprudenziali in materia di **marchi, brevetti, concorrenza sleale, antitrust, pubblicità e diritto d'autore**.

Oltre alle **Opinioni** dei maggiori esperti del settore, la Rivista riporta i **commenti d'autore** alle principali decisioni delle autorità giurisdizionali nazionali e comunitarie, di legittimità e merito, ed ai provvedimenti dell'UAMI e dell'Autorità garante della Concorrenza e del Mercato.

NOVITÀ 2010:

- nuova grafica della **copertina** e degli **interni**;
- l'innovativa impostazione del **sommario** per individuare più velocemente i contributi di interesse;
- la sezione **Itinerari della giurisprudenza**: rassegna ragionata degli orientamenti giurisprudenziali in essere sull'evoluzione giurisprudenziale di un singolo argomento di rilievo per i professionisti;
- la rubrica di **Pareri del professionista** in cui si esaminano casi di specie tratti dalla pratica della professione, a cura dei maggiori esperti del settore;

- La **Rassegna della Corte di Cassazione** che offre una selezione delle più importanti e recenti pronunce della Corte di cassazione, per avere un aggiornamento costante su tutte le novità giurisprudenziali in materia;
- la rinnovata struttura della **Rassegna dei Giuristi di autodisciplina pubblicitaria**: più agile, più ricca, più semplice da consultare;
- le **tabelle di sintesi** degli orientamenti giurisprudenziali per guidare nell'inquadramento della tematica trattata.

Il **servizio on-line**, riservato agli abbonati e consultabile all'indirizzo www.ipsoa.it/illavoronellagiurisprudenza, permette all'utente di accedere a tutte le novità d'interesse e all'anteprima della Rivista cartacea.

Abbonamento annuale: € 168,00

Per informazioni e acquisti

- **Servizio Informazioni Commerciali**
(tel. 02.82476794 - fax 02.82476403)
- **Agente Ipsoa di zona** (www.ipsoa.it/agenzie)
- **http://ipshop.ipsoa.it**



Osservatorio di legittimità

a cura di **Francesco Macario**
con la collaborazione di **Giulia Orefice** e
Francesco Paolo Patti

@ Il testo integrale della sentenza contrassegnata è disponibile su: www.ipsoa.it/contratti

ASSICURAZIONE

VESSATORIETÀ DELLA CLAUSOLA DI LIMITAZIONE DELL'INDENNIZZO ALL'INTERMEDIARIO

Cassazione civile, Sez. III, 16 marzo 2012, n. 4254 - Pres. Trifone - Est. Carluccio - P.m. Libertino (conf.) - Banca c. N. S.p.A.

Le clausole del contratto di assicurazione relative al suo oggetto e ai limiti di indennizzabilità non possono essere considerate limitative della responsabilità, in quanto volte a definire l'oggetto del contratto e specificare l'estensione del rischio garantito.

La questione

La Banca stipula dei contratti di assicurazione contro gli infortuni con alcuni suoi clienti; verificatosi l'evento assicurato l'intermediario non riceve, tuttavia, l'indennizzo da parte della società assicuratrice in forza di una clausola contrattuale che poneva un limite quantitativo massimo all'erogazione del medesimo. Chiede, pertanto, la condanna della compagnia assicuratrice all'indennizzo corrispondente al saldo debitore sul presupposto della vessatorietà della clausola., o in subordine al limite massimo previsto.

Il Tribunale, a seguito dell'ordinanza-ingiunzione ai sensi dell'art. 186-ter c.p.c., accoglie la domanda nei limiti dell'importo massimo previsto, pronunciandosi per la non vessatorietà della clausola. Anche la Corte d'appello conferma la decisione di primo grado. Parimenti la Suprema Corte rigetta il ricorso, sull'assunto che la clausola in esame non rientra tra quelle previste all'art. 1341 comma 2 c.c., in quanto non prevede limitazioni di responsabilità in capo all'assicuratore, ma dispone la sola delimitazione della somma assicurata.

In particolare, si evidenzia come la clausola identifichi l'oggetto del contratto, andando ad incidere sul rischio garantito, specificandolo; diversamente, qualora si fosse prevista una clausola che avesse avuto la funzione di escludere il rischio o limitare le conseguenze dell'inadempimento o della colpa, in quel caso si sarebbe dovuta riconoscere la vessatorietà della medesima e dunque la sua inefficacia se non approvata per iscritto, ai sensi dell'art. 1341 comma 2 c.c.

È dunque legittima la clausola prevista in un contratto di assicurazione che riguardi il contenuto ed i limiti della garanzia assicurativa, specificando la somma assicurata anche in relazione "ai diversi possibili saldi passivi dei rapporti bancari con i clienti".

I precedenti

Riguardo le clausole limitative della responsabilità nel contratto di assicurazione, cfr. Cass., 7 aprile 2010, n. 8235, in *Danno e resp.*, 2011, 166; Cass., 10 novembre 2009, n. 23741, in *Arch. circolaz.*, 2010, 310; Trib. Firenze, 16 giugno

2009, in *Resp. civ.*, 2010, 443. Sull'art. 1341 comma 2 c.c., relativamente al contratto di assicurazione, v. da ultimo Cass., 11 giugno 2010, n. 14065, in *Giust. civ.*, 2010, I, 2776. Per quanto riguarda il caso particolare dell'assicurazione della responsabilità civile derivante dalla circolazione di veicoli a motore, con riferimento ad una "clausola di esclusione della garanzia assicurativa per i danni cagionati dal conducente non abilitato alla guida", cfr. Cass., 25 maggio 2010, n. 12728, in *Arch. circolaz.*, 2010, 705.

DANNO CONTRATTUALE

DANNO NON PATRIMONIALE DA INADEMPIMENTO E CAUSA IN CONCRETO

@ Cassazione civile, Sez. III, 20 marzo 2012, n. 4372 - Pres. Filadoro - Est. Travaglino - P.m. Libertino (diff.) - M.R. c. C. s.r.l.

È risarcibile il danno non patrimoniale sofferto dagli acquirenti di un pacchetto turistico "tutto compreso", allorché finalità e motivi specifici della scelta della vacanza siano rimasti frustrati, venendo meno in tal modo la causa del contratto quale funzione economico-individuale del singolo negozio, rilevante tanto sul piano genetico, quanto su quello funzionale (nella specie, le immersioni subacquee che costituivano motivo determinante ed esplicitato della vacanza si erano rivelate impraticabili, stante il divieto, non previamente dichiarato dall'agenzia di viaggio, di attività subacquee nello specifico periodo di villeggiatura scelto dai contraenti).

La questione

La domanda nasce dall'acquisto di un pacchetto turistico per due persone, ove erano previste delle immersioni subacquee che costituivano, come espressamente dichiarato all'agenzia turistica, motivo determinante la stipulazione contrattuale. La possibilità di tali immersioni, tuttavia, si era rivelata impraticabile, posto il divieto di attività subacquee nell'isola nel periodo di villeggiatura previsto dai paciscenti.

Il giudice di primo grado accoglie, tra le altre, la sola richiesta risarcitoria del danno morale proposta dall'acquirente del pacchetto-vacanza non soddisfatto, mentre il Tribunale di Genova in sede di gravame riforma *in toto* la decisione, dichiarando non dovuta alcuna pretesa risarcitoria.

La Suprema Corte cassa la sentenza di appello, sottolineando come il motivo determinante la stipulazione contrattuale, di cui la controparte sia resa espressamente edotta, integra l'elemento causale del negozio, in quanto determinante la formazione del consenso. Nella specie si evidenzia come la causa del contratto non sia più da intendersi solo quale causa in astratto, bensì quale causa in concreto che opera sia sul

piano genetico che su quello funzionale del rapporto, sostanziandosi nella funzione economico-individuale che ogni singolo negozio esplica nel singolo caso concreto.

Si riconosce, dunque, la risarcibilità del danno morale, come già espressamente prevista dalla normativa del codice del consumo, agli artt. 93 ss., nonché dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia di Lussemburgo. Si sottolinea, inoltre, come l'omissione di informazioni rilevanti ai fini di una corretta contrattazione, nello specifico ad opera dell'organizzatore del viaggio che non aveva comunicato il divieto delle immersioni nel periodo concordato, costituisca comunque una violazione di tipo contrattuale e non precontrattuale, in quanto relativa ad un elemento essenziale del negozio, quale è la causa.

I precedenti

Sulla causa in concreto, cfr. Cass., 12 novembre 2009, n. 23941, in *Nuova giur. civ.*, 2010, I, 448; Cass., 24 luglio 2007, n. 16315, in questa *Rivista*, 2008, 241; Cass., 8 maggio 2006, n. 10490, in *Corr. giur.*, 2006, 1718. In generale, sull'inadempimento del contratto avente ad oggetto un pacchetto turistico "tutto compreso", v. da ultimo Cass., 4 marzo 2010, n. 5189, in *Giust. civ.*, 2010, I, 1337. Sull'onere della prova nel caso di inadempimento nell'esecuzione di un contratto di viaggio turistico, cfr. Cass., 10 gennaio 2011, n. 297, in *Giur. it.*, 2011, 2537.

MEDIAZIONE

CONFERIMENTO DELL'INCARICO

E COMPENSO DEL MEDIATORE

@ Cassazione civile, Sez. IV, 26 marzo 2012, n. 4830 - Pres. Finocchiaro - Est. Lanzillo - P.m. Fucci (conf.) - O. P. c. Iniziative turistiche Sarde s.r.l.

In mancanza del conferimento espresso dell'incarico il mediatore ha comunque diritto al compenso, ove abbia svolto un'attività utile per la conclusione dell'affare, nella consapevolezza dei contraenti, i quali abbiano tratto pertanto vantaggio dalla mediazione.

La questione

La causa nasce dalla richiesta di condanna al pagamento di una somma di denaro, a titolo di provvigione, da parte di chi assume di avere svolto attività di intermediazione per la compravendita di alcuni terreni.

L'attore, avendo ricevuto incarico scritto da parte del procuratore speciale della società per la ricerca di potenziali acquirenti dei terreni, ha preso contatto con degli architetti, li ha accompagnati nella visita agli immobili, ha fornito agli stessi la documentazione degli immobili e li ha messi in contatto con l'amministratore della società.

Una volta appreso che le parti avevano concluso l'affare, l'attore si è rivolto all'autorità giudiziaria per vedersi riconosciuto il diritto alla provvigione nei confronti della società e degli architetti.

Entrambi i giudici del merito respingono la domanda con riferimento alla società, mentre la accolgono nei confronti dei due architetti. In base alle argomentazioni dei giudici, essendo la proprietaria una persona giuridica, l'incarico si sarebbe dovuto consacrare attraverso la redazione di un atto formale del soggetto legittimato a rappresentare la società.

La Suprema Corte cassa la sentenza di secondo grado e af-

ferma il principio riassunto in massima. Inoltre, a parere dei giudici di legittimità, anche con riguardo all'attività delle persone giuridiche, il nostro ordinamento si uniforma al principio della libertà delle forme. Ne consegue che l'incarico poteva validamente essere conferito al mediatore verbalmente o tramite comportamenti concludenti.

I precedenti

Nel senso che a prescindere dalla natura contrattuale o meno della fattispecie disciplinata dagli artt. 1754 ss. c.c., l'attività di mediazione e il diritto alla provvigione sono conseguenza dell'incontro delle volontà dei soggetti interessati (sia che esse risultino da dichiarazioni esplicite, sia che si manifestino per fatti concludenti) e dell'utile messa in contatto delle parti dello stipulando contratto, cfr. Cass., 15 marzo 2007, n. 6004, in questa *Rivista*, 2007, 1086.

Ritiene che in tema di mediazione il diritto alla provvigione sorge anche in assenza di un incarico espresso o ricostruibile, purché l'attività svolta da chi richiede la provvigione abbia avuto efficacia concausale ai fini della conclusione dell'affare, Cass., 30 gennaio 2001, n. 1290, in *Foro it.*, 2001, I, 1883.

RISOLUZIONE DEL CONTRATTO

DIFFIDA AD ADEMPIERE E RINUNCIA

AGLI EFFETTI RISOLUTORI

Cassazione civile, Sez. II, 6 marzo 2012, n. 3477 - Pres. Schettino - Est. Bursese - P.m. Capasso (diff.) - S. G. c. F.II Melandri Di Berti Clemente S.a.s.

I

La diffida ad adempiere costituisce una facoltà, e non un obbligo, posta nell'interesse della parte adempiente, il cui unico onere è quello di fissare all'altra parte il termine per l'adempimento a pena di risoluzione ipso iure del contratto, dovendosi ravvisare la ratio della norma nell'esigenza di chiarire la posizione delle parti rispetto all'esecuzione del negozio, con il formale avvertimento alla parte diffidata che l'intimante non è disposto a tollerare un ulteriore ritardo.

II

Nel caso di inadempimento parziale, il giudizio della non scarsa importanza dell'inadempimento non può essere affidato solo all'entità della prestazione inadempita, rispetto al valore complessivo della prestazione, costituendo questa soltanto uno degli elementi di valutazione.

La questione

In seguito alla stipula di un contratto preliminare avente ad oggetto un appartamento, il promissario acquirente, attesi i gravi problemi di salute della propria moglie, chiede ripetutamente ai promittenti venditori di posticipare il termine inizialmente stabilito per la stipulazione dell'atto di compravendita. I promittenti venditori inviano una diffida ad adempiere, prorogando di ulteriori 15 gg. il suddetto termine. Il promissario acquirente contatta informalmente le controparti chiedendo di considerare le sue particolari esigenze familiari e dichiarando la sua disponibilità a concordare altra data per la stipu-

la del definitivo. I venditori non vogliono più dar corso al rogito e intendono trattenere la caparra a suo tempo ricevuta: mettono nuovamente in vendita l'immobile e lo cedono.

Il promissario acquirente agisce per l'esecuzione in forma specifica del preliminare ex art. 2932 c.c., previa declaratoria d'illegittimità della diffida ad adempiere e del conseguente inadempimento di controparte, chiedendo, in via subordinata, la condanna dei convenuti al pagamento del doppio della caparra in esecuzione del recesso. I convenuti replicano alle domande dell'attore affermando la legittimità della loro diffida ad adempiere e il loro diritto a trattenere la caparra.

Il Tribunale respinge la domanda del promissario acquirente, confermando la legittimità della diffida ad adempiere e il diritto dei promittenti venditori di trattenere la caparra.

Facendo seguito al gravame proposto dal promissario acquirente, la Corte d'appello riforma la sentenza di primo grado, affermando l'illegittimità della diffida ad adempiere a causa della scarsa importanza dell'inadempimento in virtù: della non essenzialità del termine stabilito per il rogito notarile e del cospicuo ammontare pagato a titolo di caparra confirmatoria.

La Suprema Corte cassa la sentenza di secondo grado affermando i principi di cui in massima. Il mezzo di risoluzione stragiudiziale della diffida ad adempiere ex art. 1454 c.c. è esclusivamente collegato al ritardo nell'esecuzione del contratto, non essendo all'uopo richiesti ulteriori elementi.

I giudici di legittimità si soffermano altresì sulla rinuncia agli effetti della risoluzione maturata mediante diffida ad adempiere - compiendo un interessante confronto con il funzionamento della clausola risolutiva espressa - e sull'interpretazione dell'art. 1455 c.c. che, ai fini della risoluzione del contratto, individua il presupposto della non scarsa importanza dell'inadempimento.

I precedenti

Nel senso che, in tema di diffida ad adempiere, l'unico onere gravante sulla parte, ai sensi dell'art. 1454 c.c., è quello di fissare un termine entro il quale l'altra parte dovrà adempiere la propria prestazione, cfr. Cass., 28 giugno 2001, n. 8844, in *Foro it.*, *Rep.* 2001, voce *Contratto in genere*, n. 481. Ritiene che decorso il termine della diffida ad adempiere senza che il contratto sia stato adempiuto, il diffidante può rinunciare all'effetto della risoluzione, Cass., 8 novembre 2007, n. 23315, *ivi*, 2008, I, 828.

Sui criteri per valutare la "non scarsa importanza" dell'inadempimento, v. Cass., 21 febbraio 2006, n. 3742, *ivi*, 2006, voce cit., n. 606; Cass., 28 marzo 1995, n. 3669, *ivi*, 1995, voce cit., n. 484.

RAPPORTI CON IL RECESSO E CAPARRA CONFIRMATORIA

Cassazione civile, Sez. III, 28 febbraio 2012, n. 2999 - Pres. Trifone - Est. Chiarini - P.m. Finocchi Ghersi (conf.) - S. F. e altri c. R. B. e altri

La domanda di accertamento dell'avvenuta risoluzione di diritto per inadempimento nel termine assegnato con la diffida ad adempiere, non accompagnata dalla istanza di risarcimento del danno, non preclude al giudice di qualificare l'azione come accertamento della legittimità del recesso già esercitato e contestato e non già quale risoluzione giudiziale.

La questione

La controversia nasce dalla promessa in vendita di un immo-

bile tramite preliminare, con versamento anticipato della caparra confirmatoria. A seguito del mancato rispetto delle scadenze per il pagamento del saldo, nonché del rifiuto alla stipula del definitivo, i promittenti venditori diffidano controparte ad adempiere entro un termine prestabilito, decorso il quale fanno presente di volersi avvalere della risoluzione di diritto, secondo quanto disposto dall'art. 1454 c.c., con incameramento della caparra.

Perdurando l'inadempimento, si ricorre al giudice per sentire dichiarare la risoluzione e la ritenzione della caparra, quale liquidazione forfetaria del danno. Il Tribunale accoglie le domande, considerando come non si tratti di un'azione di risoluzione costitutiva ex art. 1453 c.c., con condanna ai danni integrali, secondo l'art. 1385, comma 3 c.c., ma dichiarativa di risoluzione legale.

La Corte d'appello, invece, condanna alla restituzione della caparra, in quanto, avendo i promittenti venditori chiesto l'accertamento della risoluzione di diritto ai sensi dell'art. 1454 c.c. ed il risarcimento dei danni, non avevano diversamente esercitato il diritto di recesso, collegato alla ritenzione della caparra confirmatoria.

La Cassazione accoglie il ricorso principale, riconoscendo il diritto dei promittenti venditori alla ritenzione della caparra, come conseguenza della legittimità del recesso, sulla base di diverse argomentazioni. Secondo quanto sostenuto anche con la decisione a Sezioni Unite del 2009, il recesso, quale forma di risoluzione stragiudiziale del contratto, è sorretto pur sempre da un inadempimento imputabile e di non scarsa importanza, secondo quanto disposto dagli artt. 1218 e 1455 c.c. e, dunque, la caparra ha, tra le sue altre funzioni, quella di liquidazione anticipata e forfetaria del danno. Compete anche in questo caso al giudice valutare a chi spetti il diritto di recesso, "valutando comparativamente il comportamento di entrambi i contraenti".

Si osserva, in particolare che la domanda di risoluzione legale, collegata ad una domanda risarcitoria nei limiti della caparra, corrisponde, nella sostanza, ad una domanda di accertamento dell'avvenuto recesso, quale forma di risoluzione *ex lege*. Se è vero, pertanto, che non è possibile trasformare l'azione di risoluzione costitutiva in azione di recesso nel corso del giudizio, né tantomeno quella dichiarativa della risoluzione stragiudiziale, in quanto si lascerebbe la possibilità della successiva pretesa alla ritenzione della caparra, che dovrebbe invece non rimanere praticabile, non è tuttavia precluso, come nel caso di specie, assimilare la richiesta di accertamento della risoluzione stragiudiziale ai sensi dell'art. 1454 c.c., quanto agli effetti, all'esercizio del diritto di recesso legale ex art. 1385 comma 2 c.c. Si dice, infatti, che entrambe siano accomunate dal "diritto potestativo di una parte di modificare il rapporto giuridico costituito per il verificarsi del presupposto legalmente previsto e cioè la gravità ed imputabilità dell'inadempimento dell'altra parte, da accertare giudizialmente se contestato".

I precedenti

Sulla risoluzione di diritto, conseguente a diffida, cfr. Cass., 18 aprile 2007, n. 9314, in *Foro it.*, *Rep.* 2007, voce *Contratto in genere*, n. 545; Cass., 13 marzo 2006, n. 5407, in *Obbligazioni e contratti*, 2006, 976; Cass., 18 maggio 1987, n. 4535, in *Nuova giur. civ.*, 1988, I, 184; Cass., 25 novembre 1983, n. 7079, in *Foro it. Rep.* 1983, voce *Contratto in genere*, n. 318.

Sul rapporto tra recesso ex art. 1385, comma 2 c.c. e risoluzione giudiziale, cfr. Cass., 6 settembre 2011, n. 18266, in *Foro it.*, *Rep.* 2011, voce cit., n. 405, in particolare relativa-

mente alla risoluzione per inosservanza di termine essenziale, ai sensi dell'art. 1457 c.c., Cass., 25 ottobre 2010, n. 21838, in *Vita not.*, 2011, 366. Fondamentale, sul coordinamento tra domanda di recesso con ritenzione di caparra e domanda di risoluzione, Cass., Sez. un., 14 gennaio 2009, n. 553, in *Riv. dir. proc.*, 2010, 1189 e *Obblig. e contr.*, 2010, 91. Sulla natura e funzione della caparra confirmatoria, Cass., 16 maggio 2006, n. 11356, in *Corr. giur.*, 2006, 1418.

TRANSAZIONE

FALSUS PROCURATOR E RATIFICA PER FACTA CONCLUDENTIA

Cassazione civile, Sez. III, 27 gennaio 2012, n. 1181 - Pres. Trifone - Est. Chiarini - P.m. Finocchi Gherzi (conf.) - R.V. c. E.A.

L'esistenza del mandato a transigere o della ratifica della transazione avente ad oggetto controversie relative a rapporti obbligatori, per i quali non è richiesta la forma scritta, può essere desunta da elementi presuntivi e, per quanto riguarda la ratifica, anche da *facta concludentia*, quale il comportamento del *dominus negotii*, che dimostri l'approvazione dell'operato di chi abbia agito a suo nome, pur in assenza di poteri rappresentativi (nella specie, il *dominus* aveva già provveduto al pagamento di alcune rate dell'importo concordato con la transazione stipulata dal *falsus procurator*).

La questione

La questione attiene alla transazione conclusa dal *falsus procurator* per conto di un soggetto, il quale adempie parzialmente la prestazione ivi prevista, pagando alcune rate dell'importo concordato, dichiarando altresì al proprio legale, che ha stipulato per suo conto la transazione, di accettarne i contenuti.

Successivamente, su consiglio di un nuovo legale, il "rappresentato" cessa di pagare le rate stabilite dall'accordo transattivo, affermando che il precedente legale non aveva il potere di rappresentarlo nell'ambito della transazione e comunque di non aver ratificato il contratto concluso dal *falsus procurator*, ai sensi dell'art. 1399 c.c.

La Corte d'appello nega il potere di rappresentanza alla luce della circostanza che l'accordo transattivo era stato scritto senza che ai rispettivi legali fosse stata conferita procura. Inoltre, secondo i giudici del merito, la parziale esecuzione di tale accordo da parte dell'interessato non è significativa avendo, costui adempiuto soltanto in minima parte e poi negato ogni obbligazione. Secondo i giudici territoriali la transazione conclusa dal *falsus procurator* può essere ratificata per fatti concludenti, soltanto ove essi risultino da atti scritti (forma richiesta *ad probationem* per la transazione, ai sensi dell'art. 1967 c.c.), salvo il caso che il soggetto interessato abbia accettato gli effetti del contratto con l'integrale esecuzione dei relativi patti.

La Suprema Corte, rifacendosi a un proprio precedente del 1967, cassa la sentenza di secondo grado affermando che l'esistenza del mandato o della ratifica può essere desunta da elementi presuntivi, e per quanto riguarda la ratifica anche da *facta concludentia*, quale il comportamento del *dominus negotii*, che dimostri l'approvazione dell'operato di chi abbia agito a suo nome pur in assenza di poteri rappresentativi.

Perciò il pagamento di parte della somma spettante alla controparte, sulla base di un contratto concluso da un *falsus procurator*, implica la ratifica dell'intero contratto e non della sola parte eseguita - ove, ai fini della validità, per il contratto principale la legge non richieda la forma scritta -, poiché l'esecuzione, anche parziale, manifesta la volontà del *dominus* di avvalersi degli effetti negoziali della transazione.

Utilizzando la tecnica - che, nel gergo adottato negli studi sulla giurisprudenza anglosassone, viene denominata - del "*distinguishing*", la Suprema Corte afferma, infine, come il diverso e consolidato principio secondo cui per la ratifica della transazione conclusa da un *falsus procurator* per *facta concludentia* sia necessario che l'esecuzione del patto da parte del *dominus negotii* sia integrale, trovi applicazione soltanto in relazione a fattispecie per le quali è necessario dissipare ogni incertezza sull'oggetto dell'accordo transattivo in mancanza di prova scritta.

I precedenti

In senso conforme, cfr. Cass., 12 maggio 1967, n. 992, in *Giur. it., Rep.* 1967, voce *Obbligazioni e contratti*, n. 223: "Il pagamento, ad opera della società, di parte del compenso spettante a un professionista sulla base di un contratto concluso da un *falsus procurator* della società implica la ratifica dell'intero contratto e non della sola parte eseguita".

Nel senso che, nella ipotesi di una transazione conclusa dal *falsus procurator*, per la quale la forma scritta sia richiesta solo *ad probationem*, la ratifica da parte dell'interessato può avvenire anche per *facta concludentia*, purché risultanti da atti scritti, salvo che egli non abbia, anche tacitamente, accettato gli effetti della transazione con l'integrale esecuzione dei relativi patti, v. Cass., 9 maggio 2008, n. 11509, in *Nuova giur. civ.*, 2008, I, 1322; Cass., 10 ottobre 1996, n. 8855, in *Foro it., Rep.* 1996, voce *Rappresentanza nei contratti*, n. 8; Cass., 19 settembre 1992, n. 10745, *ivi*, 1992, voce cit., n. 18.

Osservatorio di merito

a cura di **Vito Amendolagine**

@ Il testo integrale della sentenza contrassegnata è disponibile su: www.ipsoa.it/nicontratti

CONTRATTI BANCARI

LA PRESCRIZIONE DEL DIRITTO DEL CLIENTE
ALLA RIPETIZIONE D'INDEBITO PER ANATOCISMO

@ Tribunale di Cremona, 17 marzo 2012 - Giud. Borella - Casalturist S.r.l. ed altri c. Banca s.p.a.

In relazione alla fattispecie in cui il correntista agisca per conseguire la dichiarazione di nullità della clausola anatocistica degli interessi bancari, il termine di prescrizione del diritto alla ripetizione di indebito decorre dalla data di estinzione del rapporto di conto corrente acceso presso l'istituto di credito in occasione di ogni versamento eseguito durante il medesimo rapporto con funzione ripristinatoria della provvista.

La questione

Con citazione del 21 dicembre 2005 Casalturist, Più, FiBo Snc, Fibo Sdf, MaPo Srl convengono in giudizio la Banca s.p.a., onde sentirla condannare alla restituzione delle somme da questa indebitamente incassate a titolo di interessi anatocistici, commissioni di massimo scoperto, valuta sui conti correnti intestati alle società anzidette. In particolare, la banca convenuta non avrebbe indicato in maniera chiara e precisa il tasso d'interesse applicato, come imposto dalla legge sulla trasparenza ed avrebbe inoltre applicato interessi passivi anatocistici trimestrali, commissioni di massimo scoperto e valute sproporzionate.

Si costituisce la banca convenuta, eccependo che, con riferimento alle società Più e MaPo, queste avevano a suo tempo rilasciato dichiarazione di espresso riconoscimento di debito in favore della banca, e rilevando in ogni caso per tutti i rapporti l'intervenuta prescrizione decennale, da computarsi dalla data dei singoli estratti conto.

Nella fattispecie viene contestata la nullità delle clausole di rinvio agli usi per la determinazione dei tassi d'interesse, rilevandosi come per i contratti precedenti alla l. n. 152/1992 tale obbligo non fosse imposto, mentre per quelli successivi esso era stato rispettato.

Il Tribunale accoglie le domande rilevando che in ordine alle operazioni bancarie regolate in conto corrente l'art. 2935 c.c. si interpreta nel senso che la prescrizione relativa ai diritti nascenti dall'annotazione inizia a decorrere dal giorno dell'annotazione stessa. In ogni caso non si fa luogo alla restituzione di importi già versati alla data di entrata in vigore della legge di conversione del decreto.

L'art. 2935 infatti ha struttura di norma in bianco, in quanto, in effetti, non indica esattamente quale sia la decorrenza della prescrizione, ma necessita di combinarsi di volta in volta con le singole norme del codice che, descrivendo una fattispecie astratta, ne enunciano gli elementi costitutivi, indispensabili per la produzione dell'effetto.

Il legislatore infatti con la norma in esame non ci dice solo da quando decorre la prescrizione, ma, proprio perché l'art.

2935 c.c. ha struttura di norma in bianco, ci dice in realtà anche quando sorge il diritto di ripetere l'indebito da parte del cliente - ossia con l'annotazione dell'addebito negli estratti conto - e con ciò ci dice anche qualcosa sulla natura di quell'annotazione, che non ha solo valore contabile, ma costituisce un addebito vero e proprio operato dalla banca (ciò che, peraltro, potrebbe anche ricavarsi dall'art. 1852 c.c., per il quale nei rapporti regolati in conto corrente il cliente può sempre in ogni momento disporre delle somme risultanti a suo credito, ma queste risultano a loro volta dal complesso degli accrediti e degli addebiti, ivi compresi quelli per interessi, che dunque non sono mere annotazioni contabili, ma entrano nel gioco delle compensazioni attraverso cui si forma il saldo finale).

A parte l'eccezione di prescrizione, le doglianze attoree sono fondate, anche se limitatamente all'anatocismo ed alla commissione di massimo scoperto, non invece quanto alla questione sulla indeterminatezza dei tassi e sulla eccessiva valuta, in quanto i contratti di conto corrente recano chiaramente espresso il tasso d'interesse applicato, in conformità alla l. n. 154 del 1992 e, poi, al T.U.B., sicché l'eccezione di nullità della relativa clausola, per l'inammissibile rinvio agli usi per la sua determinazione, sollevata genericamente dalle attrici con riferimento a tutti i rapporti, deve rigettarsi.

È invece fondata la domanda in ordine all'applicazione di interessi passivi anatocistici, con cadenza trimestrale, circostanza non negata dalla stessa convenuta e chiaramente desumibile dagli stessi contratti.

Ugualmente fondata risulta l'eccezione in ordine all'applicazione della c.d. commissione di massimo scoperto, atteso che essa ha la funzione di compenso per la banca per il fatto di tenere a disposizione del cliente una certa somma in caso di affidamenti, per cui essa non può applicarsi, come nella specie, sulle somme utilizzate dal cliente o su quelle di cui il cliente, in un determinato momento, sia debitore della banca, in quanto la remunerazione della banca su dette somme è già data dagli interessi passivi.

Infondata risulta l'eccezione di illegittima applicazione dei giorni di valuta per gli accrediti delle somme versate dal cliente perché - sebbene la valuta corrisponde al tempo mediamente necessario per la banca, girataria dei titoli, per trattare gli stessi ed accreditare al cliente le relative somme, sicché l'applicazione di termini sproporzionati di valuta si traduce in un comportamento illecito, in quanto contrario a buona fede esecutiva, a danno del cliente, il quale vede ridursi gli interessi attivi dovutigli dalla banca - nella specie i contratti di conto corrente prevedevano una valuta di giorni uno per gli assegni su piazza e giorni quattro per quelli fuori piazza, termini da ritenersi congrui, anche perché di fatto coincidenti con quelli legislativamente imposti dal d.l. n. 78 del 2009.

I precedenti

Trib. Bari, 17 novembre 2011, in www.giurisprudenzabarese.it; Trib. Roma, 26 ottobre 2011, in *Dejure*; Cass., Sez. Un., 2 dicembre 2010, n. 24418, in *Guida dir.*, 2011, 1, 74.

CONTRATTI DI VIAGGIO

LA RISARCIBILITÀ DEL DANNO DA VACANZA ROVINATA
IN ASSENZA DI INADEMPIMENTO CONTRATTUALE

@ Tribunale di Arezzo, sez. Sansepolcro, 20 marzo 2012
- Giud. Cesari - B.A. c. X. S.r.l.

È risarcibile, costituendo il cd. danno contrattuale da vacanza rovinata, il pregiudizio subito da chi, nel corso di una vacanza all'interno di un villaggio turistico, lamenti i disagi consistenti nell'attività lavorativa rumorosa espletata nella zona immediatamente adiacente all'area adibita a resort.

La questione

Con atto di citazione, ritualmente notificato, il Sig. B. A. conviene in giudizio, innanzi a questa Autorità Giudiziaria, la Società "X. S.r.l.", per ivi sentirla condannare alla restituzione, in suo favore, della somma di € 8.760,00 oppure quella minore somma, accertata o ritenuta di giustizia, oltre al risarcimento del danno da "vacanza rovinata", nella misura di € 5 mila euro od in quella minore somma, accertata o ritenuta di giustizia; il tutto con il favore delle spese di lite.

L'attore, a sostegno della domanda, riferisce di aver acquistato, presso l'agenzia di viaggi di Sansepolcro, un pacchetto di viaggio per due persone, offerto dal Tour Operator X S.r.l., ad un prezzo complessivo di € 8.760,00, comprendente il volo aereo e la sistemazione alberghiera alle Maldive presso l'Angsana Resort & S.p.A. in Velavaru, per il periodo dal 10 agosto 2008 al 24 agosto 2008.

Il Sig. B. lamenta che la vacanza era stata turbata dai rumori conseguenti all'esecuzione dei lavori di ristrutturazione, presenti sull'isola, in quanto il bungalow, a lui assegnato, si trovava proprio nei pressi del pontile dell'isola, dal quale partivano le imbarcazioni a motore, per trasportare i materiali edili.

Il medesimo istante riferisce anche di avere ottenuto a seguito delle sue lamentele, il trasferimento in un altro bungalow, distante circa cinquanta metri dal precedente ma, ciò nonostante, il disagio lamentato non veniva risolto.

Precisa inoltre di avere richiesto, tramite e-mail, sia all'agenzia di viaggi che al Tour Operator X S.r.l., di poter soggiornare su un'altra isola, senza ottenere quanto richiesto.

Instauratosi il contraddittorio, la Società X S.r.l. contesta l'asserito inadempimento contrattuale e la richiesta di rimborso del prezzo corrisposto, come anche il risarcimento del danno per vacanza rovinata.

In particolare, la convenuta osserva di non essere stata messa a conoscenza da parte della Angsana Resort, che nel periodo in questione ci sarebbero stati in corso dei lavori edili per l'ampliamento della struttura, sottolineando di non avere ricevuto da nessuno degli altri ospiti dell'isola alcuna lamentela.

Il Tribunale accoglie parzialmente la domanda per quanto attiene al danno da vacanza rovinata, rigettandola nel resto, a tal fine rilevando che ai sensi dell'art. 1455 c.c. la risoluzione del contratto per inadempimento e la conseguente restituzione del prezzo può essere legittimamente pronunciata, in favore di uno dei contraenti, solo qualora l'inadempimento, posto in essere dall'altro contraente, sia di non scarsa importanza. Nel caso che ci occupa, secondo il Tribunale, non siamo però in presenza di un inadempimento, tale da legittimare la risoluzione del contratto.

Infatti il rimborso del prezzo del viaggio acquistato può sca-

turire esclusivamente da un inadempimento, che si concreti nel mancato totale godimento della vacanza, ma non assolutamente nel caso in cui il turista abbia comunque potuto godere della vacanza, sia pure disturbata da disservizi, contrattempi o altri disagi.

Pertanto, deve respingere la richiesta di rimborso integrale del prezzo corrisposto, per l'acquisto del pacchetto turistico, oggetto di causa.

Per quanto, poi, riguarda l'ulteriore pretesa dell'attore di essere risarcito del cd. danno da vacanza rovinata, il Tribunale osserva che secondo l'art. 13 della Convenzione Internazionale relativa ai contratti di viaggio, ratificata e resa esecutiva con l. 27 dicembre 1977, n. 1084, tale danno può essere descritto soltanto come quel pregiudizio, che si sostanzia nel disagio e nell'afflizione, subiti dal turista-viaggiatore, per non avere potuto godere pienamente della vacanza, come occasione di svago e/o di riposo.

La risarcibilità del danno da vacanza rovinata, che si configura come danno non patrimoniale, si fonda sul disposto dell'art. 2059 c.c. e, nel caso di specie, questo si ritiene provato, in modo presuntivo, in considerazione del presumibile venir meno delle aspettative dell'attore, con riguardo alla qualità della vacanza, desumibile dalle risultanze del bagaglio probatorio, sia orale che documentale, acquisito al fascicolo processuale, in esame.

Tale voce di danno, pertanto, viene quantificata nella misura ritenuta equa e prudente di € 2.500, in considerazione anche dei servizi offerti dalla struttura dell'isola, conseguentemente la convenuta è tenuta al pagamento, in favore del Sig. B.A., della somma sopra liquidata.

I precedenti

Trib. Salerno, 24 gennaio 2011, n. 150, in *Dejure*; Trib. Napoli, 26 febbraio 2003, in *Giur. napoletana*, 2003, 172; Trib. Verbania, 23 aprile 2002, in *Giur. merito*, 2002, 1193; Trib. Milano, 7 febbraio 2002, in *Danno e resp.*, 2003, 553; Trib. Milano, 4 giugno 1998, in questa *Rivista*, 1999, 39.

INTERMEDIAZIONE FINANZIARIA

LA NULLITÀ DI PROTEZIONE INVOCATA
DALL'INVESTITORE NEI CONFRONTI DELLA BANCA
SENZA I RELATIVI PRESUPPOSTI DI LEGGE

Tribunale di Como, 14 febbraio 2012 - Giud. Negri della Torre - F. C. e M. T. M. c. Intesa Sanpaolo s.p.a.

La deduzione di una nullità "di protezione", in un contesto contrattuale esistente tra banca ed investitore in cui è da ritenere che il veicolo informativo, rappresentato dal contratto "quadro", abbia raggiunto la sua meta, e che le esigenze di tutela dell'investitore, espresse dalla previsione di detta nullità, siano state ampiamente risolte, costituisce un sicuro episodio di abuso del diritto, non meritevole, in quanto tale, di considerazione da parte dell'ordinamento giuridico.

La questione

Gli istanti, convergono in giudizio davanti al Tribunale di Como la banca convenuta affermando, in primo luogo, la nullità del contratto quadro stipulato con la medesima banca, e conseguentemente, dell'ordine di acquisto di obbligazioni *Lehman* disposto in data 11 febbraio 2008, perché il contratto

quadro non era stato adeguato alla successive modifiche introdotte sul tema dalla normativa di settore *ed in ogni caso, essendo* privo della sottoscrizione della cointestataria dei rapporti, essendo altresì privo della sottoscrizione del funzionario della Banca a ciò abilitato. I medesimi istanti si dolgono anche del fatto che il medesimo rapporto contrattuale è stato concluso in violazione di norme imperative di legge e di regolamento, volte a tutelare l'esigenza di ordine pubblico di trasparenza dei servizi e dei mercati finanziari, cui va ad aggiungersi la violazione dell'art. 94 T.U.F., avendo le modalità di negoziazione dei titoli in oggetto comportato, nella realtà, un collocamento elusivo della norma suddetta.

Il tribunale rigetta la domanda, rilevando che nessuno dei suddetti profili può essere accolto nella fattispecie qui considerata.

In particolare, quanto alla nullità derivante dal mancato adeguamento del contratto quadro alla normativa di settore, si rileva che uno degli istanti aveva ricevuto il nuovo testo del contratto di negoziazione, ricezione e trasmissione di ordini su strumenti finanziari, comprensivo anche del *Documento sui rischi generali degli investimenti in strumenti finanziari*, così come previsto dal Regolamento Consob n. 11522 del 1998.

Inoltre, il termine per adeguare i contratti in essere al nuovo regime MiFID - *Market in Financial Instruments Directives* - non era ancora scaduto al tempo dell'operazione di investimento per cui è causa, potendo i soggetti abilitati provvedere al suddetto adeguamento entro il 30 giugno 2008 ex art. 19 comma 13 d.lgs. 17 ottobre 2007, n. 164.

In assenza di ulteriori specificazioni contenute nella norma richiamata, secondo il giudicante, è peraltro da ritenere che l'adeguamento investisse esclusivamente il profilo del "contratto quadro" e dei suoi requisiti contenutistici, ma non anche i diversi aspetti della configurazione del "profilo" della clientela, delle valutazioni concernenti l'adeguatezza e/o l'appropriatezza del tipo di investimento richiesto, degli obblighi di *best execution* e delle regole di gestione degli ordini, quali oggetto di nuova regolamentazione con il citato d.lgs. n. 164 del 2007 e con il regolamento intermediari approvato con delibera Consob 29 ottobre 2007, n. 16190, A ben vedere, erano, pertanto, queste, già dal novembre 2007, essendo abrogato - con l'entrata in vigore del reg. Consob n. 16190/2007 (art. 113, comma 7) - il precedente regolamento n. 11522 del 1998 e successive modificazioni, le disposizioni da applicarsi in tema di trasparenza e correttezza nella prestazione dei servizi di investimento, e ad esse la fattispecie in oggetto dovrà necessariamente ed esclusivamente essere rapportata, in relazione a tutti i contratti già in essere, indipendentemente dal fatto che questi non avessero ancora ricevuto l'adeguamento richiesto dalla nuova disciplina.

Quanto ai restanti profili di nullità, il Tribunale osserva che - secondo le previsioni di cui all'art. 23 d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 (Testo Unico della Finanza) - i contratti relativi alla prestazione dei servizi di investimento, escluso quello di consulenza, e, se previsto, i contratti relativi alla prestazione dei servizi accessori *sono redatti per iscritto* e un esemplare è consegnato ai clienti. Nei casi di inosservanza della forma prescritta, il contratto è nullo ed in tali casi la nullità può essere fatta valere solo dal cliente.

Aggiungasi che il contratto relativo alla prestazione dei servizi di investimento è analiticamente regolato, nei suoi contenuti, dalla normativa secondaria (ora dall'art. 37 regolamento n. 16190 del 2007), la quale, in particolare, stabilisce che esso debba prevedere le modalità e le condizioni, alle quali il soggetto intermediario sarà tenuto a prestare la propria atti-

vità, in caso di ricezione, da parte del cliente, di eventuali e futuri ordini di investimento (o disinvestimento).

È quindi certo che lo strumento contrattuale in esame assolve alla funzione di veicolo per il cliente di tutte le informazioni occorrenti a delineare l'ambiente giuridico in cui si collocheranno i suoi rapporti con l'intermediario e le sue scelte di futuro investitore.

Si comprende, pertanto, come la nullità prevista dalla disposizione di cui al comma 3 dell'art. 23 T.U.F. sia stata modellata come relativa, essendovi legittimato il solo cliente, posto che, con essa, non sono stati tutelati interessi di rilievo generale, ma principalmente interessi di parte.

Tanto premesso, è plausibile che il cliente abbia la facoltà di realizzare atti volti alla conservazione del contratto, sia espliciti e formali, sia coerentemente desumibili da comportamenti concludenti, come accaduto nella fattispecie esaminata, avendo - sulla base dei contratti che si sono succeduti nel tempo - l'istante acquistato e negoziato titoli per anni mediante la Cariplo, prima, e la Banca resistente, poi, e la moglie avendo beneficiato, quale cointestataria dei rapporti, delle cedole e di ogni altro provento conseguente alle operazioni di investimento effettuate.

Tale comportamento, che è andato sistematicamente ripetendosi nel tempo, tanto da costituire una costante dei rapporti tra gli odierni istanti e la Banca, può essere riguardato come convalida *per facta concludentia* del contratto, o come rinuncia a far valere una invalidità, che potrebbe astrattamente inficiarlo, in ogni caso rivelandosi, per l'uno e per l'altro ricorrente, un atteggiamento chiaramente abdicativo nei confronti del rimedio offerto dalla legge.

È chiaro, infatti, che la possibilità di far valere la nullità relativa prevista dall'art. 23 T.U.F. è stata nel caso di specie piegata a finalità, che non sono assolutamente in linea con i bisogni che ne giustificano la presenza, così da integrare, nei fatti, un'opportunistica ed inammissibile deviazione dallo schema del raccordo necessario (e solo meritevole della reazione positiva dell'ordinamento) fra schema formale del diritto e interesse al medesimo sotteso.

È, inoltre, certamente singolare, costituendo di per sé un autonomo, quanto radicale, motivo di rigetto della domanda, il fatto che la nullità del contratto, anziché privare di causa e travolgere ogni successiva operazione di investimento o disinvestimento, sia dagli istanti limitata ad un unico ordine di acquisto, ossia quello economicamente svantaggioso.

Quanto alla nullità per violazione delle norme che stabiliscono regole di condotta a carico degli intermediari finanziari, pare sufficiente il richiamo alla giurisprudenza a Sezioni Unite della Suprema Corte, la quale ha statuito come la violazione delle suddette regole non possa in alcun caso, in difetto di un'espressa previsione normativa in tal senso, determinare la nullità, ai sensi dell'art. 1418 comma 1 c.c., del contratto di intermediazione o dei singoli atti negoziali conseguenti, potendo dar luogo unicamente (a seconda del momento in cui si collochi l'inosservanza dei doveri di comportamento) a responsabilità precontrattuale o contrattuale.

Precisato, quindi, che la diligenza dell'intermediario deve, nella specie, essere misurata alla stregua della nuova e diversa disciplina introdotta a seguito delle direttive e dei regolamenti comunitari (2004/39/CE; 2006/73/CE; 1287/2006) sintetizzabili come MiFID, non pare dubbio che anche le ulteriori domande svolte dagli istanti, siccome infondate nel merito, debbano essere respinte.

I precedenti

In relazione al principio esposto in massima non si rinven-

no precedenti editi nei medesimi termini. Sulla violazione delle regole comportamentali dell'intermediario finanziario e le relative conseguenze sul contratto concluso dall'investitore, cfr. *ex multis* Cass., Sez. Un., 19 dicembre 2007, n. 26725, in *Giust. civ.*, 2008, 2775 (s.m.).

LOCAZIONE

LE OBBLIGAZIONI DI CEDENTE E CESSIONARIO
DEL CONTRATTO DI LOCAZIONE IMMOBILIARE

Tribunale Modena, sez. Pavullo nel Frignano, 9 marzo
2012 - Giud. Masoni - B.L.L. c. P.C. e A.S.r.l.

Il momento in cui l'obbligo di restituzione del deposito cauzionale diviene esigibile è individuabile al momento del rilascio dello stabile. Se il locatore trattiene la somma anche dopo il rilascio dell'immobile da parte del conduttore, senza proporre domanda giudiziale per l'attribuzione in tutto od in parte della stessa a copertura di specifici danni subiti, la sua obbligazione di restituzione ha per oggetto un credito liquido ed esigibile, che legittima il conduttore ad ottenere il decreto ingiuntivo.

La questione

B.L.L. ha intimato sfratto per morosità nei confronti delle convenute, P. C., in qualità di cedente, ed Asia s.r.l., in qualità di cessionaria di contratto di locazione commerciale afferente immobile posto a Castelfranco Emilia, a fronte di omesso pagamento di undici mensilità del canone di locazione. L'istante chiede altresì ingiunzione di pagamento riguardo ai canoni impagati.

A fronte di pacifica morosità e dell'avvenuta cessione contrattuale unita a contestuale cessione d'azienda, la P. eccepisce di nulla dovere non essendo obbligata in seguito ad intercorsa cessione, la quale avrebbe determinato quale effetto giuridico la sua liberazione da ogni obbligo.

L'ardita tesi difensiva urta contro il dato normativo affidato all'art. 36 l. n. 392 del 1978 che, in ipotesi di cessione legale del contratto, dispone che il locatore, se non ha liberato il cedente, può agire contro il medesimo, qualora il cessionario non adempia le obbligazioni assunte.

Non c'è dubbio quindi che, in difetto di liberazione del cedente, nella specie insussistente, subentri la relativa responsabilità patrimoniale che si aggiunge a quella del cessionario, divenuto parte della locazione.

Il principio è indiscutibile per quanto si è affermato che trattasi di responsabilità sussidiaria caratterizzata dal *mero beneficium ordinis* che consente al locatore di rivolgersi al cedente, solo dopo che si sia consumato l'inadempimento di detto nuovo conduttore, nei cui confronti è necessaria la preventiva richiesta di adempimento mediante la semplice modalità della messa in mora.

Non c'è dubbio che nella specie tale unica condizione di esercizio dell'azione nei confronti della cedente sia stata posta in essere dalla locatrice.

Quest'ultima ha diffidato Asia (e la P. insieme) al versamento dei canoni locatizi impagati fino al momento della messa in mora.

A fronte di pacifica morosità, la P. unitamente ad Asia devono quindi versare i canoni impagati fino alla data di rilascio dell'immobile.

La convenuta eccepisce che la somma pretesa per i canoni

di locazione andrebbe compensata col credito per migliorie effettuate nello stabile.

Ma la compensazione non è dovuta a fronte del tenore dell'art. 8 del contratto che in tema di modifiche, innovazioni, migliorie ed addizioni ai locali locati richiede il preventivo consenso scritto della locatrice, essendo evidente come in difetto della necessaria forma scritta, le pretese migliorie ai locali, non sono dovute.

Peraltro, l'obbligo di comunicazione al cedente dell'inadempimento del cessionario è previsto dalla disciplina generale in materia di cessione del contratto, non anche dal disposto speciale, quivi applicabile.

Al riguardo, trattandosi di onere gravante sul contraente debole della vicenda trilaterale, non è lecito invocarne l'applicazione nemmeno in via analogica in favore del cedente.

A fronte di inestensibilità analogica della previsione generale alla disciplina speciale, deve ritenersi non dovuta la comunicazione di inadempimento del cessionario da parte del contraente ceduto, con susseguente necessario rigetto dell'eccezione.

Stante l'inadempimento nel versamento dei canoni locativi, le convenute vanno condannate al pagamento dei canoni fino al rilascio.

La P. chiede in riconvenzione la restituzione del deposito cauzionale versato, con gli interessi al saggio legale di cui all'art. 11 del contratto.

Controparte eccepisce di nulla dovere a fronte dei danni subiti dall'immobile locato per cattiva conduzione.

Si consideri al riguardo che pur a fronte dell'intervenuto rilascio dell'immobile, ed essendo trascorso ormai congruo tempo, non risulta che il locatore abbia fatto giudizialmente constatare la dedotta inadempimento afferente la cattiva restituzione dell'immobile, sicché appare ormai esigibile il credito restitutorio a titolo di deposito cauzionale.

Tuttavia va individuata la parte legittimata attivamente all'esercizio dell'azione restitutoria in correlazione con la funzione che adempie il deposito cauzionale.

Quest'ultimo ha funzione di garanzia per il locatore contro inadempimenti del conduttore, ovvero, di chi sia al momento conduttore. Ebbene, se la cauzione deve coprire eventuali danni arrecati dall'attuale conduttore allo stabile, da questo punto di vista, è evidente che del credito restitutorio è titolare il cessionario, attuale conduttore, non il cedente.

Consegue allora che la P., in quanto cedente del contratto, non è legittimata alla restituzione del deposito cauzionale a suo tempo versato, cosicché la domanda dispiegata va reietta.

I precedenti

Cass. 6 maggio 2010, n. 10964, in *Giust. civ.*, 2011, I, 2384; Cass. 21 aprile 2010, n. 9442, in *Mass. Giust. civ.*, 2010, 571; Cass. 4 giugno 2009, n. 12896, *ivi*, 2009, 867; Cass. 20 aprile 2007, n. 9486, in *Guida dir.*, 2007, 21, 34 (s.m.); Cass. 9 novembre 2006, n. 23914, in *Giust. civ.*, 2007, I, 64; Cass. 15 ottobre 2002, n. 14655, in *Mass. Giust. civ.* 2002, 1805; Trib. Milano, 11 dicembre 1995, in *Giust. civ.*, 1996, I, 3044; Cass. 9 novembre 1989, n. 4725, in *Mass. Giust. civ.*, 1989, 11.

LA CESSIONE D'AZIENDA NON COMPORTA
AUTOMATICAMENTE CON SÉ ANCHE LA LOCAZIONE
DELL'IMMOBILE IN CUI È SVOLTA L'ATTIVITÀ'

Tribunale di Modena, Sez. Pavullo nel Frignano, 1° marzo
2012 - Giud. Masoni - C. S. c. Reale s.n.c. di C. S.

L'alienazione dell'azienda non comporta anche l'auto-

matica cessione del contratto di locazione, in quanto nessuna norma impone rispettivamente all'acquirente di subentrare nei contratti stipulati per l'esercizio dell'impresa, sempreché non sia pattuito diversamente, ed al venditore, quale conduttore dell'immobile in cui l'attività d'impresa è svolta, di sublocarne i locali o cedere il contratto di locazione senza il consenso scritto del locatore.

La questione

Avverso l'istanza di convalida di uno sfratto per morosità, la parte convenuta intimata dal locatore davanti al Tribunale di Modena, eccepisce il proprio difetto di legittimazione passiva, dato che, vera la cessione d'azienda commerciale di pubblico esercizio di bar a beneficio di Reale e c. s.n.c., nel contesto di tale atto non sarebbe stata espressamente prevista la cessione ed il subentro da parte di quest'ultima nel contratto di locazione ad uso diverso dall'abitazione intercorso col C.

Il Tribunale, nella fattispecie esaminata rileva come debba costituire un principio fermo quello secondo cui la cessione dell'azienda non implica l'automatica cessione della locazione commerciale, a tal fine richiedendosi la conclusione di apposito negozio volto a porre in essere la cessione della locazione, senza peraltro il consenso del contraente ceduto.

Nella specie, la cessione della locazione alla convenuta-intimata, nel contesto della negoziazione della cessione in affitto dell'azienda, può ritenersi intervenuta per *facta conclusio*. D'altro canto chiosa il Tribunale, la cessione del contratto di locazione ad uso non abitativo non esige forma scritta *ad substantiam* perché per tale tipologia negoziale la forma scritta non è richiesta per la conclusione del contratto.

In ogni caso osserva sempre il Tribunale, la prova della cessione è presunta fino a prova contraria laddove il locatore abbia accettato il pagamento dei canoni direttamente in suo favore, in tal modo aderendo alla costituzione del rapporto con l'affittuario dell'azienda.

Nella specie il locatore ha accettato il pagamento dei canoni da parte della nuova società.

I precedenti

Cass. 2 luglio 2010, n. 15700, in *Giust. civ.*, 2011, I, 2920; Cass. 1° dicembre 2009, n. 25279, in *Dejure*; Cass., 3 aprile 2003, n. 5137, in *Mass. Giust. civ.*, 2003, 4; Cass. 2 febbraio 2000, n. 1133, in questa *Rivista*, 2000, 816; Cass. 13 maggio 1998, n. 4790, in *Mass. Giust. civ.*, 1998, 1010; Cass. 26 febbraio 1992, n. 2353, in *Arch. locaz.*, 1992, 789.

SOCIETÀ

LA REVOCA DELLA PROPOSTA DI VENDITA DI QUOTE SOCIETARIE NON TEMPESTIVAMENTE ACCETTATA

Tribunale di Busto Arsizio, sez. dist. Gallarate, 9 marzo 2012 - Giud. De Lorenzo - Tizia c. X

La domanda giudiziale volta ad ottenere l'accertamento dell'esistenza di un patto di prelazione in caso di vendita di un bene immobile, in assenza di una specifica previsione normativa al riguardo, non è suscettibile di essere trascritta. Il patto di prelazione, infatti, non può essere assimilato al contratto preliminare, in quanto in quest'ultimo è individuabile un'obbligazione già esistente, rispetto alla quale ha il fine di assicurare l'effetto di pre-

notazione della trascrizione, che non è invece collegabile al patto di prelazione, il quale non prevede alcun obbligo al trasferimento futuro della res.

La questione

Tizia è socia della Gamma S.r.l. insieme a Caio e Sempronio i quali ultimi intendendo congiuntamente cedere a Mevio la propria partecipazione nella società che ammonta complessivamente al 30% del capitale sociale, in adempimento della clausola di prelazione prevista nell'art. 6 dello Statuto sociale comunicano a Tizia la *denuntiatio* contenente i termini dell'accordo con Mevio, indicando il prezzo pattuito nel valore di mercato della partecipazione pari a € 450 mila. L'art. 6 dello Statuto prevede una prelazione in favore degli altri soci in caso di vendita a terzi della partecipazione societaria, ad un prezzo non superiore al valore di mercato, con previsione della possibilità di ricorso al Presidente del Tribunale per la nomina di uno stimatore in caso di disaccordo sulla valutazione del valore della partecipazione.

Caio, dopo avere ricevuto tale comunicazione di Tizia, dichiara di revocare la propria proposta, non intendendo più vendere la propria partecipazione, la cui accettazione perviene al resistente prima che questo revocasse la proposta, per cui la revoca si assume essere inefficace. Tutto ciò premesso, Tizia conviene in giudizio Caio chiedendone il sequestro giudiziario della partecipazione nella Gamma s.r.l., prospettando la sussistenza di una controversia sulla proprietà ed il possesso della partecipazione societaria oggetto di prelazione.

Caio si costituisce chiedendo il rigetto delle istanze proposte nei suoi confronti, in quanto l'accettazione di Tizia non è conforme alla proposta formulata, ed in ogni caso perché la propria proposta di vendita è stata revocata.

Il Tribunale rigetta il ricorso, rilevando che l'art. 6 dello Statuto della Gamma S.r.l. prevede che il socio che intendere cedere la propria quota a terzi deve comunicare la propria intenzione agli altri soci, indicando il valore di cessione che non può essere superiore al valore reale della partecipazione, e in caso di contestazione del prelazionario sulla determinazione di tale valore, è prevista la possibilità di ricorso ad un arbitro. Tale clausola statutaria secondo il Tribunale è qualificabile come prelazione cd. impropria od impura, connotata dal fatto che per l'individuazione del prezzo si fa riferimento non solo alla libera determinazione delle parti a seguito di trattative, ma anche a parametri oggettivi, quali la determinazione da parte di arbitri, o il prezzo di mercato, o il c.d. giusto prezzo, ecc. La *ratio* della clausola in questione è quella di evitare manovre a danno degli altri soci prelazionari, che potrebbero essere scoraggiati dall'acquisto tramite la fissazione fraudolenta di prezzo di prelazione in misura notevolmente superiore al valore reale della partecipazione.

Osserva il Tribunale che in capo al promittente non grava un obbligo di contrarre, ma solo due obblighi: quello positivo di rendere edotto il prelazionario della volontà di contrarre con il terzo rendendo note le condizioni del futuro contratto; quello negativo di non stipulare il contratto con il terzo prima o in pendenza della *denuntiatio*. Insomma, la *denuntiatio* può anche contenere una proposta - comunque revocabile - ma di regola essa costituisce solo un invito ad offrire, così che, a fronte dell'adesione del prelazionario, il contratto non si conclude automaticamente, ma solo in un secondo momento, quando promittente e prelazionario lo perfezioneranno. Ne consegue che, a fronte della manifestazione di volontà del prelazionario che dichiara di volere stipulare alle condizioni indicate nella *denuntiatio*, e a fronte del rifiuto del promittente, non è azionabile il rimedio di cui all'art. 2932 c.c., ma al più la tutela risarcitoria.

Conseguentemente, la cessione avvenuta *contra pactum* ha efficacia *inter partes*, ma non nei confronti della società ai fini della legittimazione all'esercizio dei diritti sociali dell'acquirente, impedendo anche l'iscrizione del cessionario nel libro soci e impedendogli di acquistare lo *status* di socio; tale cessione non è inefficace anche nei confronti del socio prelazionario pretermesso, che può esercitare non già azione di adempimento di obbligo a contrarre o il riscatto, ma può solo ottenere dall'alienante il risarcimento dei danni per responsabilità contrattuale e dal terzo acquirente, ricorrendone i presupposti, il risarcimento per responsabilità extracontrattuale. Tra l'altro, nella fattispecie, poiché l'accettazione di Tizia non è risultata essere conforme alla proposta, comunque il contratto non potrebbe considerarsi concluso, e quindi legittimamente Caio ha revocato la propria proposta.

I precedenti

Cass., 23 marzo 2011, n. 6597, in *Giust. civ.*, 2011, 1199; Trib. Verona, 20 ottobre 2006, n. 3011, in *Dejure*; Trib. Brindisi, 17 marzo 2006, in *Riv. not.*, 2008, 3, 2, 676 (s.m.); Cass., 15 ottobre 2002, n. 14645, in *Giust. civ.*, 2003, I, 2810; Cass., 12 aprile 1999, n. 3571, in *Riv. not.*, 1999, 1283.

TRASPORTO

LE CONSEGUENZE DERIVANTI DALL'INOSSERVANZA DELLE TARIFFE A FORCELLA NELL'AUTOTRASPORTO

Tribunale di Busto Arsizio, sez. dist. Gallarate, 8 febbraio 2012 - Giud. Di Lorenzo - Alfa autotrasporti c. Omega

La tariffa a forcella, ha carattere inderogabile per la natura imperativa delle norme che erano state introdotte dal legislatore storico a protezione dell'ordine pubblico economico dei trasporti e la parte contrattualmente più debole, con la conseguente automatica sostituzione delle clausole di prezzo difformi. Tale sostituzione opera *ex lege* anche contro la volontà delle parti, ai fini della conservazione degli effetti del rapporto giuridico, che è così etero integrato *ex lege*.

La questione

Alpha Autotrasporti, premettendo di avere effettuato trasporti su terra su richiesta di Ditta Omega tra il 2003 e il febbraio 2006 e di avere percepito compensi inferiori rispetto a quanto dovuto in base alle cd. tariffe a forcella, la evoca in giudizio per ottenerne la condanna al pagamento della differenza.

Si costituisce la convenuta, chiedendo il rigetto della domanda attorea sostenendo che erano stati liberamente pattuiti prezzi differenti da quelli delle tariffe a forcella, avendo l'attrice accettato i listini prezzi proposti dalla convenuta.

Il Tribunale rigetta la domanda attorea, rilevando preliminarmente che l'eccepita prescrizione del diritto di parte attrice ai sensi dell'art. 2951 c.c. è tardiva e quindi inammissibile.

Ciò detto, riscontrato che nella fattispecie in esame non è contestata l'esistenza dei contratti di trasporto, l'esecuzione della prestazione con camion di proprietà di Alpha Autotrasporti, ed il fatto che Alpha Autotrasporti ha percepito da Ditta Omega i corrispettivi indicati nelle fatture in atti.

Al riguardo, va opportunamente evidenziato che il sistema delle tariffe a forcella, che comporta il divieto di stipulazione di contratti che comportino prezzi di trasporto determinati al

di fuori dei limiti massimi e minimi delle forcelle, reca prescrizioni che, ragionevolmente e senza violare la libertà di iniziativa economica, garantiscono alle imprese di trasporto la realizzazione di un certo margine di utile, evitando situazioni di concorrenza sleale realizzata mediante il contenimento dei corrispettivi, potenzialmente pregiudizievoli della qualità e della sicurezza del trasporto. Inoltre, in caso di contratto per il trasporto di merce su strada per conto di terzi si applica la l. n. 298 del 1974 avente lo scopo di garantire alle imprese di trasporto la realizzazione di un certo margine di utile, ad evitare situazioni di concorrenza sleale. A tale scopo è stato previsto un regime tariffario obbligatorio con divieto di corrispettivi inferiori a quelli fissati nelle tariffe a forcella. Pertanto qualora le parti abbiano pattuito un prezzo inferiore da quello obbligatorio l'accordo resta irrilevante, con conseguente sostituzione con la tariffa prevista per legge.

Alla luce di quanto sopra, per il Tribunale è nullo il patto con cui le parti hanno previsto tariffe superiori al limite massimo o inferiori al limite minimo previsto per le tariffe a forcella, e opera la sostituzione automatica della clausola difforme con quanto previsto dalla legge.

In base all'art. 8 d.m. 18 novembre 1982, qualora più partite di uno stesso mittente vengano trasportate in un solo viaggio con un unico autoveicolo, il prezzo del trasporto si calcola in base alla distanza tariffaria, fra il primo luogo di carico e l'ultimo luogo di scarico, determinata per il percorso che si compie per raggiungere l'ultimo luogo di scarico attraverso i luoghi intermedi.

Facendo applicazione dell'art. 8 citato è emerso che l'attrice non vanta alcun credito nei confronti della convenuta, avendo ricevuto a titolo di corrispettivi da controparte una somma addirittura superiore a quella che avrebbe dovuto ricevere in applicazione delle tariffe a forcella.

I precedenti

Trib. Milano, 19 giugno 2009, n. 8001, in *Dejure*; Cass., 25 novembre 2002, n. 16582, in *Mass. Giust. civ.*, 2002, 2045; Cass., 9 maggio 2000, n. 5889, in *Dir. maritt.*, 2002, 916.

Lavoro

Squilibrio contrattuale e tecniche rimediali tra diritto privato e diritto del lavoro

di **Ugo Salanitro**

Il mancato coordinamento tra legislazione speciale e disciplina generale del codice civile impone all'interprete di individuare attraverso una valutazione sistematica le conseguenze dell'invalidità della clausola sulla sorte dell'intero contratto: il tema viene trattato, con considerazioni di carattere generale e tenendo conto anche delle proposte di modifica in corso di approvazione, in relazione a talune disposizioni in materia di contratto di lavoro a tempo determinato.

Premessa (*)

Il tema del rapporto tra diritto privato e diritto del lavoro ha suscitato negli anni più recenti un rinnovato interesse, derivante per un verso dalle modifiche normative che hanno investito entrambe le materie (1) e per altro verso dalla ripresa, in un contesto divenuto più complesso, delle riflessioni sul sistema di relazioni tra discipline generali e discipline settoriali (2).

L'articolazione delle forme contrattuali che regolano il rapporto di lavoro è stata accentuata nei più recenti sviluppi legislativi per venire incontro alle esigenze di flessibilità del mercato e agli obiettivi di maggiore occupazione: conseguentemente i principi di autonomia contrattuale hanno riguadagnato una posizione di centralità imponendo ai cultori del diritto del lavoro una rinnovata attenzione verso le regole del diritto privato.

Al contempo, la costituzione di un corpo normativo a tutela dei consumatori e l'approvazione di interventi regolativi degli squilibri contrattuali tra imprese hanno provocato un mutamento della percezione dell'ordinamento di diritto privato, nell'ambito del quale i giuslavoristi hanno ritenuto di potere ritrovare adeguate tecniche rimediali a tutela di quegli interessi che in tempi meno recenti erano stati affidati alla sfera del diritto pubblico.

Appaiono perciò centrali - e su di essi va richiamata l'attenzione, per l'interesse che possono suscitare nei cultori di entrambe le discipline - le riflessioni su un tema controverso sia nel diritto privato sia nel diritto del lavoro: l'individuazione delle tecniche rime-

diali per la violazione delle norme che regolano la stipulazione e il contenuto dei contratti (3).

Il quadro normativo

Il quadro normativo del mercato del lavoro ha visto negli ultimi anni l'approvazione di una pluralità di discipline volte a consentire la soddisfazione delle esigenze di flessibilità attraverso la previsione di clausole contrattuali in deroga alla disciplina generale del rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato (4): discipline che pongono il proble-

Note:

(*) N.d.R.: Il saggio, destinato agli Studi in onore di Giovanni Gabrielli, riprende e sviluppa la relazione tenuta in occasione del convegno "Diritto civile e diritto del lavoro a confronto. Autonomia privata tra funzione e utilità sociale" (Siracusa, 15\16 aprile 2011), organizzato dalla Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Messina.

(1) Sul rapporto tra diritto privato e diritto del lavoro considerazioni generali si trovano nel saggio monografico di F. Carinci, *Diritto privato e diritto del lavoro*, Torino, 2007, *passim*; di particolare interesse ai nostri fini il dibattito sviluppato nei saggi di Perulli, *Diritto del lavoro e diritto dei contratti*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2007, I, 427 ss. e di Plaia, *Protezione del contraente debole e retorica della giustizia contrattuale*, in *Arg. dir. lav.*, 2008, 705 ss.

(2) Sul quale si possono vedere i contributi raccolti da Plaia (a cura di), *Diritto civile e diritti speciali. Il problema dell'autonomia delle normative di settore*, Milano, 2008.

(3) Tema al quale sono specificamente dedicati, nella letteratura giuslavorista, i contributi di: Vallebona, *La nullità dei contratti di lavoro atipici*, in *Arg. dir. lav.*, 2005, 527 ss.; M.C. Cataudella, *Contratto di lavoro e nullità parziale*, Milano, 2008, *passim*; Lunnardon, *Le nullità nel diritto del lavoro*, in Bellavista-Plaia (a cura di), *Le invalidità nel diritto privato*, Milano, 2011, 227 ss.

(4) Per un quadro delle diverse fattispecie si rinvia ai contributi raccolti nel *Trattato breve* diretto da Persiani, *I nuovi contratti di lavoro*, Torino, 2010.

ma se le scelte contrattuali alternative siano mere varianti del contratto di lavoro subordinato o si configurano come tipi contrattuali autonomi.

La materia è continuamente soggetta a trasformazioni rilevanti e pertanto la disciplina presenta sovrapposizioni tra figure contrattuali disomogenee ed incertezze nelle finalità perseguite: la frammentazione delle discipline e la loro variabilità nel tempo rendono ostico il compito dell'interprete vocato alle costruzioni sistematiche. Nei vigenti assetti legislativi si possono avvertire diverse tendenze, non sempre riconducibili a coerenza e comunque soggette a prossime revisioni (5): la riduzione della portata del rapporto di collaborazione coordinata e continuativa (lavoro a progetto) e l'estensione della rilevanza del contratto a tempo determinato, la concorrenza tra il contratto di inserimento e quello di apprendistato (6), la scelta, di segno opposto rispetto al passato, di ammettere l'intermediazione attraverso il contratto di somministrazione di lavoro.

Al contempo viene riaffermata la centralità del contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato, delimitando le varianti entro ambiti soggettivi ed oggettivi e richiedendo specifici requisiti formali e sostanziali. La stipulazione di contratti in violazione dei limiti e in assenza dei presupposti voluti dalla legge per la deroga alla disciplina generale ha posto i giuslavoristi di fronte al medesimo ordine di problemi che affaticano i civilisti impegnati nell'esame delle discipline a tutela dei consumatori e degli altri c.d. contraenti "deboli".

La questione si presenta complessa anche perché la norme che delimitano l'autonomia privata sono rivolte non solo alla tutela del singolo contraente lavoratore, ma anche alla salvaguardia delle condizioni del mercato del lavoro, prefiggendosi l'obiettivo di evitare l'uso delle varianti ogni qualvolta manchino ragioni oggettive che giustifichino la deroga al modello generale del contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato.

Tra le varianti negoziali alle quali è rivolta l'attenzione della dottrina e della giurisprudenza, ancora di interesse attuale sono le questioni derivanti dalla violazione della disciplina del contratto a tempo determinato (7).

Il contratto a tempo determinato è stato sinora consentito soltanto in presenza di ragioni tecniche, produttive, organizzative o sostitutive (anche se riferibili all'ordinaria attività del datore di lavoro), le quali devono essere indicate nell'atto soggetto a forma scritta (art. 1, commi 1 e 2, d.lgs. 6 settembre 2001, n. 368) (8). Sul piano rimediabile, è espressamente previsto che l'apposizione del termine è sen-

za effetto se non risulta dallo stesso atto scritto: si ritiene che il contratto, depurato dal termine, resti efficace per il resto (9), ma la soluzione non è esplicita e può essere revocata in dubbio osservando che potrebbe verificarsi l'ipotesi che il lavoratore accetti l'apposizione del termine in cambio di un aumento del corrispettivo (10).

Sono destinati a perdere rilevanza, con l'approvazione della riforma del mercato del lavoro, sia il problema se la mancata specificazione delle ragioni dell'apposizione del termine nell'atto scritto abbia la medesima disciplina della mancanza di forma, sia i dubbi sulla sorte del contratto qualora la clausola appositiva del termine venga ritenuta nulla perché le ragioni, indicate per iscritto, si rivelino insussistenti.

Mantiene invece un rilevante interesse concreto, in quanto è tenuta ferma anche nella riforma del mercato del lavoro, la regola che vieta l'apposizione del termine in alcuni casi particolari (art. 3 d.lgs. n. 368 del 2001): per la sostituzione di lavoratori in sciopero, ovvero da parte di imprese che hanno effettuato licenziamenti di lavoratori nelle stesse mansioni nei sei mesi l'assunzione a termine o che non hanno espletato le procedure di valutazione dei rischi. In queste ipotesi è ancora più evidente che il divieto non è posto a tutela del lavoratore assunto, ma piuttosto a tutela dell'intera categoria dei lavoratori subordinati: pertanto, in assenza di una previsione espressa, è legittimo il dubbio se la nullità della clausola si estenda o meno all'intero contratto.

Una disciplina rimediabile è espressamente prevista invece quando il lavoratore venga riassunto a termi-

Note:

(5) Revisioni attese con l'approvazione delle disposizioni contenute nel disegno di legge per la riforma del mercato del lavoro approvato i primi di aprile di quest'anno dal Consiglio dei Ministri, delle quali si darà conto di volta in volta.

(6) Concorrenza che appare venuta meno con l'abrogazione delle norme che disciplinano il contratto di inserimento, prevista dall'art. 4 del citato disegno di legge.

(7) Numerosi sono i contributi sul tema nella dottrina specialistica (per alcuni riferimenti vedi *infra*). Nella dottrina civilistica vedi almeno: Albanese, *Disciplina generale e discipline speciali delle invalidità: la nullità del contratto di lavoro*, in Plaia (a cura di), *Diritto civile e diritti speciali*, cit., 159 ss.; Plaia, *Categorie civilistiche e diritti speciali: la nullità del contratto di lavoro a termine*, in *Studium iuris*, 2009, 1186 ss.

(8) La regola che richiede la motivazione del primo contratto a termine è destinata infatti a venire meno in caso di approvazione del disegno di legge di riforma del mercato del lavoro (art. 3 comma 1 lett. b).

(9) Vallebona, *op. cit.*, 542; Cataudella, *op. cit.*, 57.

(10) In altra prospettiva, nel senso dell'applicazione dell'art. 1419 comma 1 c.c. ogni qualvolta il difetto sia solo formale v. Ichino, *Il contratto di lavoro*, III, Milano, 2003, 421 ss.

ne entro un certo periodo dalla data di scadenza di un primo contratto a termine ovvero quando i due contratti a termine siano senza soluzione di continuità: nel primo caso il secondo contratto viene convertito in un rapporto a tempo indeterminato, mentre nel secondo caso il rapporto di lavoro si considera a tempo indeterminato sin dalla data di stipulazione del primo contratto (art. 5, commi 3 e 4, d.lgs. n. 368 del 2001).

Profili rimediali nel modello del codice civile

L'attenzione della dottrina giuslavoristica, in caso di violazione delle norme regolatrici di queste varianti contrattuali, si è rivolta alle tecniche rimediali poste dal codice civile e alle riflessioni della dottrina privatistica sviluppate anche alla luce delle recenti innovazioni legislative.

Il modello legale dell'art. 1419 c.c. si configura, nell'opinione tradizionale, quale complesso di regole in cui il rispetto per l'autonomia dei contraenti risulta prevalente sulle esigenze di conformazione dei contratti ai contenuti normativi.

Come indicato nel secondo comma, quando la sostituzione delle clausole è imposta dal legislatore con norme imperative, il contratto viene integrato coattivamente: integrazione il cui ambito di applicazione viene indicato in primo luogo dall'art. 1339 c.c., nel quale si prevede, con norma di portata generale, l'inserimento in contratto di clausole e prezzi disposti dalla legge, anche in sostituzione delle clausole difformi.

Al di fuori delle ipotesi di sostituzione con norme imperative, si ritiene che assumi rilevanza di principio la regola posta dal comma 1 dello stesso 1419 c.c., con la quale si prevede l'estensione della nullità all'intero contratto, qualora risulti che il contratto non sarebbe stato concluso senza la clausola dichiarata nulla. Il giudizio sull'essenzialità della clausola appare influenzato da due obiettivi concorrenti: la tutela dell'autonomia privata per cui, qualora la clausola sia (oggettivamente) determinante, ognuno dei contraenti ha diritto al ripristino della situazione antecedente la stipulazione del contratto, in modo da potersi reinserire senza vincoli nel mercato; la conservazione del contratto, per cui l'essenzialità della clausola deve essere dimostrata da chi ha interesse a far valere la nullità integrale del contratto.

In questo quadro normativo ogni qualvolta vengano violati requisiti formali e sostanziali per la deroga della disciplina dispositiva, si pone il problema se l'applicazione del comma 1 dell'art. 1419 c.c. non possa rivelarsi incongrua rispetto alle finalità della norma violata, volta alla protezione di uno dei con-

traenti: la nullità dell'intero contratto infatti comporta un pregiudizio anche alla posizione del contraente per la cui tutela la norma è stata posta (11).

L'incremento significativo di disposizioni che si presentano poste a tutela di una delle parti (o di un determinato assetto del mercato) ha sollecitato la dottrina civilistica ad individuare percorsi argomentativi rivolti ad una rilettura dell'art. 1419 c.c. ed in particolare ad una restrizione dell'ambito di applicazione del comma 1.

Si è ritenuto infatti, anche sulla scorta del dato comparato di esperienze straniere, che la disposizione contenuta nel primo comma non sia applicabile ogniqualvolta la conseguenza prevista, della nullità dell'intero contratto, sia incompatibile con le finalità della norma violata (12): il fenomeno, denominato riduzione teleologica, consentirebbe di limitare la nullità alla sola clausola, anche se determinante, e di applicare le norme dispositive illecitamente derogate (13).

Tale meccanismo integrativo, nell'elaborazione più compiuta, troverebbe argomento nella natura delle norme derogate, le quali prevedono una disciplina positiva del rapporto, e delle norme violate, le quali, nel richiedere i requisiti della deroga, rivelano la natura imperativa (14). Sembra cogliersi in questa prospettiva il dubbio sulla razionalità di un ordinamento dove per un verso - secondo l'interpretazione prevalente del combinato disposto del cpv. dell'art. 1419 e dell'art. 1339 c.c. - si ammette ampiamente l'integrazione cogente con norme imperative, mentre per altro verso si subordina l'integrazione cogente con norme dispositive alla sussistenza, di volta in volta, di una precisa previsione sostitutiva.

Occorre innanzitutto chiedersi - in sede di analisi critica di questi orientamenti - se la lacuna che viene imputata alle regole dell'art. 1419 sia originaria, perché coeva all'approvazione del codice civile, ovvero sopravvenuta, in quanto conseguente all'ado-

Note:

(11) Al tema è dedicata l'articolata ricerca monografica di D'Adda, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, Padova, 2008, alla quale si rinvia anche per i riferimenti bibliografici.

(12) Si tratterebbe in realtà di una interpretazione restrittiva della disposizione: cfr., in prospettiva critica, Belfiore, *L'interpretazione della legge. L'analogia*, in *Studium iuris*, 2008, 426, nota 21.

(13) In questo senso si veda in particolare, da ultimo, Albanese, *Contratto, mercato, responsabilità*, Milano, 2008, 96 ss., il quale ritiene che in virtù di tale meccanismo si possa pervenire a nuovi casi di nullità di protezione senza ricorrere all'analogia; nello stesso senso D'Adda, *op. cit.*, 168 ss., seppure soltanto in relazione al fondamento della limitazione della nullità.

(14) D'Adda, *op. cit.*, 266 s.

zione delle discipline sui contratti con i consumatori e tra imprese in posizioni asimmetriche.

L'idea che il modello normativo dell'art. 1419 c.c. sia caratterizzato da una *defaillance* regolativa tale da creare una lacuna originaria, di portata generale, ogni qualvolta la norma violata sia posta a protezione di uno dei contraenti, non sembra, in effetti, trovare conferma nella storia della disposizione: il problema era stato posto in sede di lavori preparatori e avrebbe trovato una esplicita soluzione nella proposta di rinvio ad una deroga espressa (15) - inserita in uno dei progetti e poi tralasciata, forse perché considerata superflua - secondo il modello di regolazione che si trova nell'art. 1421 c.c. in relazione alla disciplina della legittimazione.

La stessa disciplina dell'art. 1421 c.c. indica che il legislatore si è posto il problema di prendere in considerazione esigenze differenziate da quelle valutate nella disciplina generale, richiedendo tuttavia una deroga espressa. Né appare convincente, proprio per il contrasto con il dato testuale, quell'orientamento dottrinale (16), reputato coerente con la rilettura restrittiva dell'art. 1419, 1 c., c.c., che tende ad ammettere la nullità relativa anche nelle ipotesi in cui manchi una disposizione espressa che preveda il rimedio della nullità e che regoli la legittimazione ad agire (la c.d. nullità relativa virtuale). L'opinione è da respingere anche nella versione, altrimenti articolata, secondo la quale la regola dell'art. 1421 c.c. debba essere intesa nel senso che la nullità non possa essere fatta valere dalla parte alla quale è imputabile la violazione di legge, essendosene avvantaggiata (17): la soluzione negativa si impone non solo perché tale opinione contrasta con il dato testuale, ma soprattutto perché non intende valorizzare il dato sistematico che caratterizza i modelli rimediali del codice civile, dove non si ammette, ponendo contrappesi, che una parte diventi indefinitamente arbitra della sorte del contratto e si consente persino al contraente non legittimato di impedire alla controparte di scegliere senza limiti il momento in cui fare valere l'invalidità. Tale principio, che si trova espresso nella disciplina della rettifica, quale contrappeso all'azione di annullamento, e nella disciplina dell'offerta di riconduzione del contratto ad equità, quale contrappeso all'azione di rescissione (18), non può che valere, con più forti ragioni, nella disciplina della nullità, caratterizzata dalla imprescrittibilità dell'azione e dalla non convalidabilità del contratto, riconoscendo in generale (e quindi salvo diversa disposizione di legge) la legittimazione ad entrambe le parti (19).

Se si aderisce a quest'ordine di idee, la mancata re-

golazione dell'interesse alla protezione di uno solo dei contraenti in sede di invalidità del contratto non comporta la costituzione di una lacuna da colmare ricorrendo all'analogia: siffatto interesse piuttosto si rivela tenuto in considerazione dall'ordinamento che ne ammette la valenza soltanto in ipotesi particolari nelle quali la nullità è espressamente prevista e regolamentata in deroga alla disciplina generale (20). Tale indicazione trova riscontro negli artt. 1815 (testo originario) e 1284 c.c., dove è esplicitamente prevista la sostituzione della regola pattizia con la regola legale illecitamente derogata.

Nel nostro sistema normativo non sarebbe perciò sufficiente il richiamo alla funzione della norma violata, protettiva di uno dei contraenti, per negare la nullità assoluta ed integrale: anche perché la nullità del contratto resta comunque una tecnica rimediale che, pur non risultando ottimale, offre comunque una tutela, più o meno efficace a seconda del concreto atteggiarsi della fattispecie, alla parte oggetto di protezione, seppure attraverso l'eliminazione integrale del rapporto negoziale.

I dubbi espressi in questa sede non vanno coltivati al punto da non consentire all'interprete di evitare di applicare meccanicamente la regola dell'art. 1419 c.c. anche in assenza di una esplicita previsione normativa.

Per un verso, va sottolineato che l'estensione della nullità all'intero contratto si presenta infatti quale norma volta a tutelare l'affidamento del contraente al quale la limitazione della nullità alla sola clausola

Note:

(15) Cfr. il verbale della riunione del 15 giugno 1940 negli Atti della commissione delle assemblee legislative sul progetto del libro delle obbligazioni, Roma, 1940, 159 ss.

(16) Riconducono al comma 1 dell'art. 1418 c.c. le regole di nullità di protezione: Albanese, *op. ult. cit.*, 83; D'Adda, *op. cit.*, 150 ss.; Mantovani, *Norme imperative invalidanti: nullità "virtuali" di protezione?*, in Bellavista-Plaia (a cura di), *op. cit.*, 191 ss., dove ulteriori riferimenti bibliografici.

(17) In tal senso, tra gli altri, A. Cataudella, *Il concetto di nullità del contratto e il suo permanente vigore*, in *Dir. lav.*, 2006, 5; da ultimo, Pagliantini, *L'azione di nullità tra legittimazione ed interesse*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2011, 407 ss.

(18) O al potere di interpello quale contrappeso al potere di ratifica del dominus nella fattispecie della rappresentanza senza potere: si consenta il rinvio a U. Salanitro, *Contratto concluso con il falso rappresentante e tecniche di tutela del terzo contraente in buona fede: il diritto allo scioglimento unilaterale del vincolo*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, I, 469 ss.

(19) Sulla *ratio* dell'art. 1421 c.c. v.: Villa, *Contratto contrario a norme imperative*, Milano, 1997, 123 s.; Maugeri, *Abuso di dipendenza economica e autonomia privata*, Milano, 2003, 197.

(20) In sede di lavori preparatori era stata in effetti sollevato il dubbio sulla coerenza con la regola del primo comma dell'art. 1419 c.c. di determinati casi di violazione di norme proibitive.

verrebbe ad imporre, su un punto oggettivamente determinante del consenso, un regolamento contrattuale diverso da quello concordato: ma proprio perché funzionale alla tutela dell'affidamento, sarebbe incoerente considerare la regola applicabile ogni qualvolta lo stesso contraente, al momento della conclusione del contratto, sia stato consapevole della nullità della clausola. Incoerenza che potrebbe ipotizzarsi anche nel caso in cui il contraente rivesta una posizione professionale tale da escludere che possa ignorare la nullità della clausola senza colpa grave, almeno ogni qualvolta la norma violata si presenti di chiara applicazione. Ove si accolga tale lettura dell'art. 1419 c.c. ne deriverebbe che in questi casi il giudizio di essenzialità della clausola dovrà essere limitato alla esclusiva considerazione della posizione dell'altro contraente, il quale potrebbe avere interesse, in ipotesi particolari, a non restare vincolato ad un contratto diverso da quello concordato. Si verrebbe in tal modo ad adottare, con diversa argomentazione, la perspicua soluzione accolta dalla Corte costituzionale, nella sentenza n. 283 del 15 luglio 2005, con la quale si è negata l'estensione dell'invalidità del contratto, in presenza della clausola di tempo parziale nel contratto di lavoro nulla per mancanza del requisito di forma e considerata essenziale per la stipulazione del contratto, se non fosse stata chiesta dal lavoratore (21).

Per altro verso, anche tenendo ferma l'idea della completezza della disciplina dell'art. 1419 c.c., si potrebbe perseguire l'obiettivo della tutela di uno solo dei contraenti traendo argomento dall'imperfetto coordinamento tra la disciplina della nullità parziale e le singole norme che vietano determinati patti o li subordinano a precisi requisiti formali o sostanziali. È in sede di interpretazione delle singole norme proibitive che l'interprete, superando il silenzio del dato letterale, può ricavare la disciplina sostitutiva dall'intenzione del legislatore ogni qualvolta vi siano indici che depongano nel senso di una defaillance del legislatore come soggetto locutore o come soggetto regolatore (22).

In questa prospettiva, ad esempio, potrebbe leggersi quella dottrina risalente che desume la volontà normativa di non estendere la nullità all'intero contratto dal testo dell'art. 1341 cpv. c.c. che si esprime in termini di inefficacia ("non hanno effetto"), e non di invalidità, della clausola vessatoria (23): anche se non è stato sinora seriamente argomentato che il richiamo testuale all'inefficacia non andrebbe considerato un rinvio alla conseguenza della nullità, ma una formula verbale, seppure inappropriata, intesa a comunicare la regola che la clausola si con-

sidera non apposta. Resta da valutare, peraltro, se siffatta volontà normativa non possa considerarsi presupposta dalla pur controversa disciplina dell'art. 2 comma 2 l. 18 giugno 1998, n. 192, nella misura in cui l'estensione della nullità all'intero contratto non si ritenga coerente con la finalità della peculiare disposizione sulla forma del contratto di subfornitura (24).

Ma anche in assenza di dati testuali incerti, non si può escludere che il silenzio sia il prodotto di un difetto di regolamentazione e che l'interprete possa colmare la lacuna introducendo una disciplina sostitutiva ogni qualvolta tale meccanismo sia l'unico idoneo a restituire coerenza al dato normativo. Soluzione da perseguire solo in casi limitati, valutati con rigore di volta in volta: ad esempio, non sembra che possa essere richiamata nella fattispecie disciplinata dall'art. 2265 c.c., che vieta il patto leonino, pur essendo la disposizione a tutela dei soci pregiudicati. La nullità integrale del contratto di società, infatti, è certamente un rimedio efficace nella misura in cui evita la prosecuzione del rapporto squilibrato; il rigetto della soluzione della nullità parziale, che avrebbe vincolato i soci anche per il futuro, non preclude d'altra parte la ricerca di soluzioni equilibrate, per il periodo in cui il contratto ha avuto esecuzione, in sede di restituzione dei conferimenti e di allocazione degli utili e delle perdite.

Rimedi settoriali e tecniche integrative

Va adesso valutata l'opzione, che appare in qualche modo sottesa alle riflessioni della dottrina, secondo la quale la lacuna dell'art. 1419 c.c. sia sopravvenuta a seguito dell'introduzione nell'ordinamento di numerose disposizioni nelle quali la finalità protettiva è rivolta a favore di categorie delimitate di contraenti: consumatori, clienti di banche e intermediari finanziari, imprese subfornitrici o in franchising, imprese in condizione di dipendenza economica, etc. Opzione a sostegno della quale si assume che, ogni qualvolta il contratto sia stato concluso da

Note:

(21) Cass. 15 luglio 2005, n. 283, in *Mass. Giur. Lav.* 2005, 736 ss., con nota di Vallebona.

(22) Riprendo la terminologia usata da Belfiore, *op. cit.*, 426.

(23) Ma tale non sembra essere l'approccio di quegli orientamenti dottrinali, secondo i quali il riferimento all'inefficacia non sarebbe una formula espressiva volta a limitare l'estensione della nullità all'intero contratto, ma piuttosto il richiamo ad un istituto autonomo e diverso dalla nullità: cfr., per una analisi critica, D'Adda, *op. cit.*, 121 ss.

(24) Cfr. G. D'Amico, voce *Formazione del contratto*, in *Enc. dir. Annali*, II, 2, Milano, 2008, 595 s.

contraenti in posizione asimmetrica, la tecnica della nullità integrale, ripristinando l'originario rapporto di forza, non si presenta congrua, in quanto la parte contrattuale protetta - proprio perché persiste la sua condizione di strutturale debolezza in rapporto alla controparte - se non intenda sottostare ad un (ulteriore) regolamento di interessi altrettanto lesivo, sarebbe costretta a rinunciare alla soddisfazione del proprio interesse allo scambio (25).

L'accoglimento di tale opzione, tuttavia, consentirebbe la riscrittura della regola sulla nullità parziale soltanto entro ambiti definiti, in quanto la c.d. riduzione teleologica non si estenderebbe a tutte le ipotesi in cui la norma violata è rivolta ad una generica tutela dell'equilibrio contrattuale, ma soltanto a quei settori in cui vi siano discipline dei rapporti tra soggetti in posizione asimmetrica.

Ma tale ridefinizione della regola della nullità non può essere giustificata facendo esclusivo riferimento a ragioni di coerenza e di compatibilità, assumendo che una diversa soluzione sarebbe in contrasto con l'interesse alla protezione del contraente perseguito dalla norma violata: anche perché, in relazione alla violazione delle norme poste a tutela del c.d. contraente debole, non è sicuro il giudizio di irrazionalità, quantomeno in linea di principio, del rimedio della nullità integrale. Tale rimedio, infatti, consente, in una pluralità di casi, ad entrambi i soggetti interessati allo scambio, ivi compreso il c.d. contraente debole, di reinserirsi nel mercato, concludendo un nuovo contratto conforme con l'ordinamento. Il reinserimento nel mercato, in effetti, sarebbe possibile ogni qualvolta la situazione di debolezza sia contingente o temporalmente limitata (ciò potrebbe verificarsi in quei casi in cui la condizione di dipendenza economica è cessata per l'assorbimento dei costi di investimento dedicato o per la sopravvenienza di alternative di mercato) ovvero ogni qualvolta il soggetto operi, pur in posizione di debolezza, in un mercato tendenzialmente concorrenziale (è il caso del consumatore, protetto da deficit di attenzione in sede di stipulazione del contratto). Va tuttavia sottolineato che anche quando il reinserimento nel mercato avvenga in una condizione di persistente debolezza ed il nuovo contratto si presenti conseguente allo squilibrio delle posizioni delle parti, non è detto che tale risultato sia in contrasto con le finalità che hanno giustificato l'applicazione della norma protettiva violata: perché vi sono ipotesi in cui l'ordinamento consente di riproporre il medesimo regolamento contrattuale nel rispetto di determinati requisiti formali o procedurali (ad esempio, attraverso la trattativa individuale o l'onere di for-

ma scritta) e vi sono ulteriori ipotesi in cui l'ordinamento consente di configurare un regolamento contrattuale, pur depurato dalla clausola illecita, nel quale (ad esempio, ancora in sede di trattativa individuale) sia mantenuto un assetto di interessi (diverso ma) con uno squilibrio altrettanto rilevante rispetto a quello contenuto nel contratto dichiarato nullo, ad esempio in relazione al rapporto di scambio tra oggetto e corrispettivo.

Se ne deduce che le regole speciali, che prevedono esplicitamente tecniche rimediali di nullità di protezione, non sono conseguenti ad una esigenza di coerenza con le finalità protettive della disciplina sostanziale, ma esprimono piuttosto una precisa scelta normativa, che impone un livello più elevato di tutela del contraente leso secondo un principio che può essere considerato alternativo a quello accolto dal codice civile (26).

Tale scelta, eventualmente, può essere considerata lo sviluppo di quell'interpretazione dell'art. 1419 c.c. - che *supra* si è ritenuto di potere accogliere - quale regola che non consentirebbe l'estensione della nullità all'intero contratto quando la controparte del soggetto tutelato conosceva - o, per la sua condizione professionale avrebbe dovuto conoscere - la nullità della clausola stessa: accolta tale prospettiva, ne deriverebbe pertanto che, nonostante

Note:

(25) Cfr. tra gli altri Albanese, *op. ult. cit.*, 97.

(26) Sulla categoria della nullità di protezione cfr., tra i tanti: V. Scalisi, *Nullità ed inefficacia del sistema europeo dei contratti*, in *Europa e dir. priv.*, 2001, 500 ss.; Id., *Contratto e regolamento nel piano di azione delle nullità di protezione*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, 462 ss.; Monticelli, *Nullità, legittimazione relativa e rilevanza d'ufficio*, in *Riv. dir. priv.*, 2002, 695 ss.; Id., *Considerazioni in tema di nullità parziale, regole di comportamento e responsabilità del notaio*, *ivi*, 2009, 103 ss.; Gentili, *Nullità, annullabilità inefficacia (nella prospettiva del diritto europeo)*, in *Corr. giur.*, 2003, 200 ss.; Id., *La "nullità di protezione"*, in *Europa e dir. priv.*, 2011, 77 ss.; R. Quadri, *Le c.d. "nullità protettive"*, in F. Bocchini, *Diritto dei consumatori e nuove tecnologie*, Torino, 2003, 413 ss.; Gorassini, *L'istituto civilistico della nullità del contratto e le variabili delle c.d. nullità speciali*, in *Obbl. contr.*, 2007, 199 ss.; Passagnoli, *Le nullità di protezione*, in Ruscello (a cura di) *Studi in onore di D. Messinetti*, Napoli, 2008, 627 ss.; Girolami, *Le nullità di protezione nel sistema delle invalidità negoziali. Per una teoria della moderna nullità relativa*, Padova, 2008; D. Russo, *Profili evolutivi della nullità contrattuale*, Napoli, 2008; Nuzzo, *Riflessioni in tema di nullità speciali*, in *Liber amicorum per F.D. Busnelli*, II, Milano, 2008, 233 ss.; G. D'Amico, *Nullità virtuali - nullità di protezione (variazioni sulla nullità)*, in Pagliantini (a cura di), *Le forme della nullità*, Torino, 2009, 1 ss.; Pagliantini, *La nullità di protezione tra rilevanza d'ufficio e convalida: lettere da Parigi e dalla Corte di Giustizia*, *ibidem*, 27 ss.; R. Quadri, *Nullità di protezione ed art. 28 della legge notarile*, *ibidem*, 137 ss.; Calvo, *Nullità e obblighi di informazione*, *ibidem*, 149 ss.; G. De Cristofaro, *Le invalidità negoziali di protezione nel diritto comunitario dei contratti*, *ibidem*, 179 ss.; Polidori, *Nullità di protezione e interesse pubblico*, in *Rass. dir. civ.*, 2009, 1019 ss.; Pagliantini, *Nullità virtuali di protezione?*, in questa *Rivista*, 2009, 1040 ss.

il silenzio della legislazione settoriale, sarebbe ammissibile l'estensione della nullità all'intero contratto soltanto in considerazione degli interessi del contraente protetto (27). Vi è però il dubbio che, quantomeno in determinati casi, la scelta normativa si caratterizzi per la sua portata innovativa rispetto al principio generale: si pensi al riguardo alla valenza che assumerebbe la disciplina delle clausole vessatorie nella misura in cui si valorizzi il disposto normativo che consenta il giudizio di vessatorietà - con conseguente nullità della clausola e salvezza del contratto per il resto - "malgrado la buona fede" del professionista (28).

In diversa prospettiva, non va a priori respinta l'idea secondo la quale sarebbe la diffusione della tecnica della nullità di protezione nella disciplina settoriale ad imporre, contrapponendosi alle logiche accolte dal codice civile, una ridefinizione della sfera di applicazione dell'art. 1419 c.c., provocando la sopravvenienza di lacune limitate agli ambiti specifici di applicazione delle discipline settoriali. Tuttavia, la restrizione della portata della disciplina dell'art. 1419 c.c. non deriverebbe dall'incompatibilità tra la regola codicistica e le finalità protettive delle regole settoriali, quanto piuttosto dalla perdita di centralità della regola della nullità parziale, erosa dalle tecniche rimediali delle discipline speciali: per cui, venuta meno la rilevanza della disciplina generale negli ambiti settoriali, ne consegue che la violazione delle norme a protezione di uno dei contraenti, nel silenzio del legislatore, andrebbe regolata applicando analogicamente la tecnica della nullità di protezione, da considerare disciplina di principio entro i limiti dei sottosistemi considerati (29).

La questione dell'estensibilità della regola della nullità di protezione alla disciplina dei contratti di lavoro è certamente tenuta presente da quella dottrina giuslavorista che auspica la ripresa dei rapporti tra diritto privato e diritto del lavoro (30). Eppure tale operazione si rivela controversa già in base alle riflessioni che la dottrina civilistica si pone sull'estensibilità della disciplina consumerista ai contratti squilibrati tra imprese (31).

È stata contestata in via di principio l'ammissibilità di una estensione analogica di discipline speciali dall'uno all'altro settore, muovendo il rilievo su un duplice profilo. In primo luogo, si afferma che la regola di parte generale deve essere applicata nella disciplina settoriale, in assenza di una espressa previsione normativa in senso diverso, in quanto il silenzio del legislatore sancirebbe una tecnica di rinvio alla disciplina generale (32); posizione che, condivisibile in linea di principio, deve essere corretta, am-

mettendo una diversa soluzione, ogni qualvolta vi siano indici normativi, che rivelando incongruità nelle soluzioni adottate dal diritto scritto, consentano all'interprete di riconoscere nel silenzio del legislatore la sussistenza di una lacuna (33).

In secondo luogo, con posizione più elastica, si dubita che le regole speciali, pur non avendo natura eccezionale (34), possono essere utilizzate in ambiti diversi dai sottosistemi per i quali sono state previste. Dubbio che troverebbe un duplice argomento di diversa forza persuasiva: per un verso, si nega l'omogeneità del conflitto di interessi ritenendo che le *rationes* delle disposizioni che regolano i contratti tra professionisti e consumatori non si trovano in quelle che disciplinano i contratti tra imprese e nei contratti di lavoro (35); per altro verso si dubita che le disposizioni speciali, per la varietà delle tecniche rimediali in esse contenute, possano assurgere a regole di principio applicabili analogicamente (36).

È certamente corretta l'idea che la disciplina delle

Note:

(27) Nel senso dell'estensione della nullità all'intero contratto ove funzionale all'interesse del contraente debole, di recente, Girolami, *op. cit.*, 410.

(28) In contrasto con una diffusa opinione dottrinale che tende a interpretare in maniera antiletterale la disposizione, pur essendo il dato testuale confermato con varianti nella versione introdotta nel codice del consumo, traendo argomento dai testi, in lingue diverse dalla versione italiana, della direttiva: sulla questione cfr. ancora Albanese, *op. ult. cit.*, 15 ss.

(29) Su questa posizione si è attestato Passagnoli, *Nullità speciali*, Milano 1995, 202 ss., 234; nello stesso senso, di recente, Girolami, *op. cit.*, 360 ss.

(30) Cfr. ancora M. C. Cataudella, *op. cit.*, 71 ss.

(31) Il dibattito ha conseguito importanti riflessioni, per le quali si vedano in primo luogo gli scritti raccolti da Gitti-Villa (a cura di), *Il terzo contratto. L'abuso di potere contrattuale nei rapporti tra imprese*, Bologna, 2008; e già gli scritti (soprattutto quelli di E. Gabrielli, Macario, G. D'Amico, Amadio e Navarretta) raccolti da Sirena (a cura di) *Il diritto europeo dei contratti d'impresa. Autonomia negoziale dei privati e regolazione del mercato*, Milano 2006, 111 ss., 277 ss. e gli scritti (in particolare quelli di Breccia, Orlandi, V. Scalisi, Roppo, Amadio, Zoppini, Vettori, Gitti, Sirena, Patti e Cafaggi) raccolti da Navarretta (a cura di), *Il diritto europeo dei contratti tra parte generale e norme di settore*, Milano, 2007.

(32) Castronovo, *Diritto privato generale e diritti secondari. La ripresa di un tema*, ora in Plaia (a cura di), *Diritto civile e diritti speciali*, cit., 14, 25.

(33) Osserva che risponde alla migliore tradizione interpretativa l'idea che dai diritti speciali possano trarsi regole di principio che rendano residuale la disciplina generale, Libertini, *Alla ricerca del "diritto privato generale" (appunti per una discussione)*, in Plaia (a cura di), *Diritto civile e diritti speciali*, cit., 275 s.

(34) In tal senso lo stesso Castronovo, *op. cit.*, 7; Albanese, *op. ult. cit.*, 104.

(35) Tra gli altri: Albanese, *op. ult. cit.*, 99; Maugeri, *op. cit.*, 167 ss.; D'Adda, *op. cit.*, 166 s.

(36) Cfr. D'Adda, *op. cit.*, 167; Plaia, *Categoria civilistiche*, cit., 1191

clausole abusive nei contratti tra professionisti e consumatori si ponga su un piano differente rispetto ad una parte delle regole volte ad evitare le conseguenze dello squilibrio nei contratti tra professionisti (37).

La disciplina del contratto tra professionista e consumatore in materia di clausole vessatorie non tutela il consumatore in caso di squilibrio economico tra prestazione e controprestazione; la tutela del consumatore è limitata alle ipotesi in cui la clausola predisposta che regola il rapporto contrattuale in deroga alla disciplina legale comporti un significativo squilibrio delle posizioni giuridiche. Si reputa infatti che spetta alla responsabilità del consumatore valutare il rapporto tra prestazione e controprestazione, se l'oggetto delle prestazioni è espresso in modo chiaro e comprensibile; ma che all'opposto la responsabilità del consumatore non si estenda sino alla valutazione della portata e della convenienza di quelle clausole che incidono sull'equilibrio giuridico del contratto (esenzioni di responsabilità, deroghe alla competenza, poteri di recesso). E ciò perché appare coerente con un mercato che intenda incentivare l'acquisto di beni di consumo evitare di imporre al consumatore un onere di attenzione e di valutazione su profili che sono potenzialmente al di fuori delle competenze medie. Il problema si pone in termini del tutto diversi al di fuori del contratto con il consumatore: in caso di contratto tra soggetti che operano nel quadro della loro attività economica o istituzionale, infatti, si è sino ad oggi preteso, in linea generale, che anche colui che non sia dotato di specifica competenza assuma i rischi della valutazione della portata delle clausole di indiretta rilevanza economica.

Al contempo, la tutela del consumatore dalle clausole vessatorie predisposte da controparte non si spinge al punto da considerare nulle anche le clausole che sono state oggetto di trattativa individuale, in quanto tecnica idonea a fare percepire allo stesso consumatore il valore economico dell'inserimento o del mancato inserimento della clausola stessa. La disciplina di tutela del consumatore si configura pertanto come un modello procedimentale, in quanto l'ordinamento comunitario muove dall'idea che il consumatore che opera in un mercato concorrenziale, se messo in condizione di scegliere consapevolmente, può legittimamente aderire ad una clausola potenzialmente gravosa (eventualmente e nel futuro) in base a valutazioni di immediata convenienza economica.

Mentre il consumatore è tutelato nei limiti in cui si giustifica un deficit di attenzione, il professionista debole è tutelato dall'imposizione di clausole di cui ha potuto conoscere e valutare esattamente la por-

tata vessatoria. Ad esempio, la disciplina sull'abuso di dipendenza economica, alla quale si riconosce una portata generale, tende ad intervenire in quelle ipotesi in cui uno dei contraenti si trova nella condizione di non potere esercitare liberamente il proprio potere contrattuale, proteggendo l'impresa, che non può ricorrere ad alternative soddisfacenti sul mercato, dagli abusi della controparte.

In presenza di assetti di interessi così diversificati, appare condivisibile pertanto l'idea, sostenuta dalla dottrina civilistica maggioritaria, della irriducibilità ad un solo modello delle ipotesi di abuso nei contratti tra professionisti e consumatori e delle ipotesi di abuso nel contratto tra imprese (il c.d. terzo contratto): trattandosi di due tipologie differenti di conflitto di interesse, non appare possibile estendere analogicamente le discipline che limitano gli abusi dall'uno all'altro ambito.

Ma tale impostazione appare pienamente convincente soltanto nei confronti dei tentativi di estendere da un settore all'altro la disciplina protettiva nella sua parte contenutistica, cioè in relazione alle tipologie di limiti dell'esercizio dell'autonomia privata: sarebbe irragionevole ad esempio adottare le regole sulle clausole vessatorie nei contratti tra professionisti e consumatori per integrare i requisiti o le modalità di applicazione della disciplina dell'abuso di dipendenza economica o per individuare nuove regole a tutela dell'impresa debole; e tale tentativo andrebbe respinto non solo se argomentato in chiave di estensione analogica, ma anche se effettuato ricorrendo a categorie generali quali la clausola di buona fede o l'abuso del diritto (38). In presenza di

Note:

(37) Il punto è condiviso da molti, anche se con valutazioni divergenti. Tra gli altri v.: Maugeri, *op. cit.*, 172 ss.; E. Gabrielli, *I contraenti*, in Sirena (a cura di) *Il diritto europeo dei contratti d'impresa. Autonomia negoziale dei privati e regolazione del mercato*, Milano 2006, 113 ss.; Camardi, *Contratti di consumo e contratti tra imprese. Riflessioni sulla asimmetria contrattuale nei rapporti di scambio e nei rapporti reticolari*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2005, 549 ss.; Id., *Tecniche di controllo dell'autonomia contrattuale nella prospettiva del diritto europeo*, in *Europa e dir. priv.*, 2008, 831 ss.; Amadio, *Il terzo contratto. Il problema*, in Gitti-Villa, (a cura di) *Il terzo contratto*, cit., 13 ss.; G. D'Amico, *La formazione del contratto*, *ibidem*, 42 ss., 72 ss.; Villa, *Invalidità e contratto tra imprenditori in posizione asimmetrica*, *ibidem*, 116 ss.; Navaretta, *Luci ed ombre nell'immagine del terzo contratto*, *ibidem* 318 ss.; Pagliantini, *Per una lettura dell'abuso contrattuale, contratti del consumatore, dell'imprenditore debole e della microimpresa*, in *Riv. dir. comm.*, 2010, 409 ss.

Per una posizione diversamente articolata cfr. M. Barcellona, *I nuovi controlli del contenuto del contratto e le forme della sua etero integrazione: Stato e mercato nell'orizzonte europeo*, in *Europa e dir. priv.*, 2008, 38 ss.

(38) In tema si rinvia alla raccolta di scritti a cura di Pagliantini, *Abuso del diritto e buona fede nei contratti*, Torino, 2010.

una diversità irriducibile di conflitti sostanziali, la stessa configurazione di una categoria generale del contratto asimmetrico o di un principio generale di giustizia contrattuale non può essere accolta (39).

Si può tuttavia dubitare che i medesimi argomenti, che valgono in relazione al problema della estensibilità delle regole di risoluzione dei conflitti, possano essere utilizzati per negare l'applicazione analogica dei rimedi conseguenti alla violazione delle regole sostanziali (40): tali rimedi possono essere reputati idonei, per la loro funzione aperta, ad essere applicati alle varie ipotesi di abuso tra soggetti di diversa forza negoziale.

La mancanza di una *ratio* comune, infatti, riguarda le norme che delimitano l'esercizio dell'autonomia privata, ma non le conseguenze della loro violazione: in relazione alle quali la tecnica della nullità di protezione, con conseguente integrazione del contratto con le norme dispositive illegalmente derogate, può risultare coerente con l'esigenza di proteggere ad un livello elevato i soggetti per la cui tutela è posta la norma settoriale, nonché per conformare il mercato agli standard concorrenziali.

La circostanza che vi siano ipotesi in cui l'integrazione del contratto con norme dispositive si riveli insufficiente a tutelare il contraente leso dall'imposizione di un regolamento contrattuale ingiustificatamente gravoso o discriminatorio rispetto alle condizioni praticate nel mercato concorrenziale non è ragione ostativa all'estensione analogica (41), ma può essere argomento per circoscriverne l'ambito, consentendo l'estensione della nullità all'intero contratto ove tale soluzione sia più conveniente per la parte vittima dell'abuso o della discriminazione, secondo una regola che ci è parsa espressione di un principio generale.

Sul piano dell'identità di *ratio*, quindi, limitatamente alle ragioni della tutela rimediabile, non vi sono obiezioni ostative all'estensione della disciplina della nullità di protezione al di fuori della disciplina del codice del consumo (42) (e quindi in questo limitato senso potrebbe riprendersi la categoria del contratto asimmetrico). Né si può trovare argomento contrario nella apparente pluralità di regole con funzione integrativa: perché si può distinguere tra regole espressione di un principio coerente con le logiche del diritto privato - ed il riferimento è alla integrazione del contratto con norme dispositive, alla quale è riconducibile anche la regola espressa nei termini di «*il contratto rimane valido per il resto*» (secondo la formula testuale dell'art. 36 cod. cons.) (43) - da regole con funzioni deterrenti che negano il ricorso alle norme dispositive a favore del contra-

ente, comportando un particolare squilibrio nel regolamento contrattuale (art. 117, comma 6 ss. T.U.B.; cfr. art. 1815 c.c. nella stesura vigente) (44). Si pone piuttosto il problema - ma vedi *infra* - se possano assumere portata integrativa quelle disposizioni che ammettono la correzione equitativa del contratto da parte del giudice (art. 7 comma 1 d.lgs. 9 ottobre 2002, n. 231), nella misura in cui si considerino espressive di una logica peculiare, idonea ad intervenire ogni qualvolta risulta insoddisfacente rispetto agli interessi presi in considerazione dal legislatore il ricorso alle norme dispositive (45).

Il discorso si pone in termini più complessi nella misura in cui si ampli l'orizzonte di ricerca, interpretando le disposizioni contenute nei testi nazionali di recepimento delle direttive comunitarie alla luce dei principi desumibili dalle pronunzie della Corte di Giustizia (46): con la conseguente maggiore difficoltà - che non va tradotta in impossibilità, ma in una richiesta di un ulteriore sforzo interpretativo - di ricondurre a sistema i risultati del concorso di più ordinamenti in un quadro dinamico caratterizzato dalla frammentarietà degli interventi giurisprudenziali e dalla incertezza dei valori di riferimento (47). Ma anche se si ammette in astratto l'applicabilità in via analogica della disciplina della nullità di protezione, occorre ancora verificare se tale meccanismo sia concretamente attivabile in relazione allo specifico conflitto regolato da una singola norma. Il dubbio si pone sotto un duplice profilo: in primo luogo, bisogna verificare se in relazione alla singola norma sussista la lacuna, in quanto l'applicazione della re-

Note:

(39) In senso diverso Roppo, *Il contratto del duemila*, Torino, 2002, passim

(40) Aperture in Amadio, *Il terzo contratto*, cit., 22 ss., 26 ss.

(41) In senso diverso Maugeri, *op. cit.*, 177 ss.; Id., *Contratti caratterizzati da squilibrio di potere. Costruzione di un modello unitario di rimedio invali dativo o pluralità di modelli*, in *Studi per G. Nicosia*, V, Milano 2007, 249 ss.

(42) Ammette in via di principio l'estensione analogica della tecnica rimediabile della nullità di protezione anche al di fuori del codice del consumo Girolami, *op. cit.*, 388 ss.

(43) Cfr., tra gli altri, D'Adda, *op. cit.*, 270 ss.

(44) Cfr. in argomento Venuti, *Nullità della clausola e tecniche di correzione del contratto. Profili della nuova disciplina dei ritardi di pagamento*, Padova, 2004, 122 ss.

(45) Nel senso di una limitata estensibilità analogica di queste regole, Venuti, *op. cit.*, 160; adde Girolami, *op. cit.*, 414.

(46) Si veda tra le altre, CGCE, 4 giugno 2009, C-243108, in questa *Rivista*, 2009, 1115, con nota di Monticelli

(47) Sulla questione cfr.: Pagliantini, *Clausole vessatorie e contratti negoziati fuori dai locali commerciali: il nuovo corso della Corte di giustizia*, in Bellavista - Plaia (a cura di), *op. cit.*, 241 ss.; G. De Cristofaro, *op. cit.*, 179 ss.

gola generale si presenta incompatibile con l'assetto degli interessi rilevanti (48); in secondo luogo, ammessa la lacuna, occorre accertare, prima di consentire l'estensione di regole derivanti da altro settore giuridico, se nello stesso ambito normativo non vi siano già regole speciali che possano fornire materiale adatto per l'integrazione (49).

Il problema si è posto in questi termini, ad esempio, anche in relazione alla regola dell'abuso di dipendenza economica.

Secondo un orientamento dottrinale, l'applicazione della disciplina generale della nullità del contratto sarebbe del tutto congrua con la tutela degli interessi dell'impresa dipendente e di quelli generali dell'ordinamento (50). Al riguardo, si muove dall'idea che l'instaurazione di una situazione conflittuale non si presenta di regola compatibile con il mantenimento del rapporto di collaborazione tra le imprese nel processo produttivo (51), per cui non vi sarebbe ostacolo ad ammettere il rimedio della nullità integrale del contratto, quantomeno ogni qualvolta l'abuso abbia inciso su elementi essenziali del contratto (52), in quanto l'interesse dell'impresa dipendente sarebbe adeguatamente tutelato sul piano restitutorio e risarcitorio. Opinione che risulta per un verso conforme con la logica che appare accolta da tutta la disciplina sulla subfornitura (all'interno della quale è inquadrata la regola dell'abuso), in cui le regole, non essendo strutturate in modo da tutelare esclusivamente il subfornitore (53), si presentano estranee alla logica della nullità di protezione. Va tuttavia messo in evidenza, per altro verso, che lo spostamento della tutela sul piano restitutorio e risarcitorio non si presenta sino in fondo soddisfacente - come testimonia la disciplina dell'art. 2 comma 1 l. 18 giugno 1998, n. 192 - in quanto l'impresa dipendente non ha usualmente interesse alla restituzione in natura dei beni prodotti, in quanto specificamente destinati alla controparte.

In senso diverso potrebbe sostenersi - ma non mancano ragionevoli dubbi (54) - che l'applicazione della disciplina generale del contratto si riveli incongrua alla luce della disciplina settoriale sui ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali, con conseguente formazione di una lacuna nella regola dell'abuso. In questa prospettiva va collocata quell'opinione dottrinale secondo la quale è applicabile la disciplina posta dall'art. 7 comma 3 d.lgs. 9 ottobre 2002, n. 231, che ammette la correzione giudiziale secondo equità - in alternativa alla sostituzione con le norme dispositive, che può risultare inappropriata a riequilibrare quei regolamenti contrattuali in cui i

contraenti si sono discostati in maniera incisiva e sotto vari aspetti dal modello legale - per tutelare l'impresa che, subendo l'abuso di dipendenza economica, è stata costretta a stipulare accordi in cui lo squilibrio riguarda elementi essenziali del regolamento contrattuale: tutela che verrebbe ammessa in virtù di un ragionamento analogico all'interno di quello che viene considerato un unico ambito settoriale (55).

Considerazioni conclusive

L'alternativa tra l'applicazione della disciplina generale e l'attenzione ai dati normativi settoriali si presenta come una prospettiva metodologica adeguata, e foriera di fruttuose riflessioni, anche nell'ambito del diritto del lavoro.

Come già anticipato, ogni qualvolta non sussistono le ragioni giustificative dell'apposizione del termine

Note:

(48) Cfr., al riguardo, l'impostazione molto cauta di G. D'Amico, voce *Nullità non testuali*, in *Enc. Dir.*, Ann. IV, Milano, 2011, 827, il quale, pur ammettendo in linea di principio l'estensione analogica, precisa: «*Occorre però che il procedimento analogico sia applicato in tutto il necessario rigore e in particolare che sia valutata con accuratezza l'esistenza di una specifica similitudine rilevante tra la fattispecie sanzionata espressamente con la nullità e quella per la quale non sia stato previsto analogo rimedio, per evitare che l'interprete finisca per colmare una lacuna (solo) apparente (o impropria, che dir si voglia) sanzionando con la nullità una fattispecie per la quale invece il legislatore aveva consapevolmente non previsto (e dunque implicitamente escluso) tale rimedio*».

(49) Cfr., seppure in diversa prospettiva, Plaia, *Categorie civilistiche*, cit., 1189 ss.

(50) Villa, *op. ult. cit.*, 123 ss.

(51) Villa, *op. ult. cit.*, 132

(52) Ogni qualvolta la nullità non riguarda elementi essenziali del contratto, si sostiene invece che la disciplina dell'art. 1419, comma 1, c.c., non comporti l'estensione della nullità della clausola all'intero contratto: Albanese, *Abuso di dipendenza economica: nullità del contratto e riequilibrio del rapporto*, in *Eur. e dir. priv.*, 1999, 1183 ss.; Villa, *op. ult. cit.*, 131. Tale soluzione, variamente argomentata, appare coerente con l'interpretazione dell'art. 1419 c.c., accolta in queste pagine, secondo la quale l'impresa che ha consapevolmente abusato della condizione di dipendenza di altra impresa non può far valere il proprio affidamento sull'assetto di interessi concordato in contratto per chiedere l'estensione della nullità.

(53) Nella l. 18 giugno 1998, n. 192 è certamente a tutela del committente la regola posta dall'art. 4 e vanno intese a tutela di entrambe le parti le regole contenute nell'art. 6.

(54) Villa, *op. ult. cit.*, 128 ss.; D'Adda, *op. cit.*, 291 ss.

(55) Navarretta, *op. cit.*, 322 ss.; il dubbio sulla rilevanza analogica della norma settoriale era già stato posto da Mauger, *Abuso*, cit., 175 s., nota 44, la quale tuttavia ha preferito argomentare la soluzione interpretando estensivamente la disciplina dell'art. 1339 c.c.; in altra prospettiva, consente il ricorso all'equità traendo argomento dall'interpretazione evolutiva dell'art. 1374 c.c. nell'ambito dei rapporti tra contraenti asimmetrici qualificati, Federico, *Profili dell'integrazione del contratto*, Milano, 2008, 196 ss.

indicate nel contratto di lavoro subordinato si è posto il problema di quale sia il rimedio applicabile. Nella disciplina dell'art. 2097 c.c. era previsto che «*il contratto di lavoro si reputa a tempo indeterminato, se il termine non risulta dalla specialità del rapporto o da atto scritto*»; la formula non doveva essere intesa come una presunzione (56), ma esprimeva una vera e propria regola sostitutiva (una sorta di conversione legale), per cui mancando la forma o la peculiarità del rapporto il contratto di lavoro *doveva essere considerato* un contratto a tempo indeterminato. È in questi termini che dottrina e giurisprudenza hanno interpretato, dopo l'abrogazione dell'art. 2097 c.c., la disciplina posta dalla l. 18 aprile 1962, n. 230 - nella quale si prevedeva, per un verso, che «*il contratto si reputa a tempo indeterminato, salvo le eccezioni appresso indicate*» e, per altro verso, che «*l'apposizione del termine è priva di effetto se non risulta da atto scritto*» - ammettendo l'applicazione della disciplina del contratto a tempo indeterminato ogni qualvolta la deroga non fosse consentita o non fosse stipulata con atto formale.

È dubbio che la mancata riproduzione della disposizione, per cui «*il contratto si reputa a tempo indeterminato*», nella disciplina attualmente vigente sia espressiva di una valutazione normativa volta a ripristinare la regola generale dell'art. 1419 c.c. (57): si pone il problema se essa non sia piuttosto il risultato di una *defaillance* del legislatore, il quale non ha reputato necessario riprodurre la disposizione quale fondamento della consolidata dottrina e giurisprudenza che ammettevano senza dubbi la conversione del rapporto in un contratto a tempo indeterminato (58), esplicitandone la rilevanza soltanto al fine di specificarne la portata nel caso di successione di contratti. *Defaillance* che appare giustificabile anche a causa dell'incidenza sul pensiero giuslavorista della sentenza della Corte costituzionale n. 210 del 1992, dove, in relazione alla diversa materia del contratto di lavoro a tempo parziale, si affermava in termini generali l'irrilevanza della disciplina del primo comma dell'art. 1419 c.c. e la regolamentazione eteronoma del rapporto di lavoro (59). *Defaillance* che non è stata corretta neanche nel successivo intervento normativo, dove, in attuazione della direttiva comunitaria, è stata introdotta la disposizione di principio, che appare inidonea a consentire l'integrazione, per cui «*il contratto di lavoro è stipulato di regola a tempo indeterminato*» (art. 1 comma 1 l. n. 368 del 20001, introdotto dall'art. 2 comma 39 l. 24 dicembre 2007) (60). La questione non è stata definitivamente risolta neanche dalla disciplina del «collegato lavoro» del 2010 dove è previsto che il

giudice condanni il datore di lavoro al risarcimento del danno «*nei casi di conversione del contratto a tempo determinato*» (art. 32 comma 5 l. 4 novembre

Note:

(56) Così invece M.C. Cataudella, *op. cit.*, 65.

(57) In tal senso invece Vallebona, *op. cit.*, 544 s., per il quale la consapevolezza della portata dell'abrogazione della disposizione si ricaverebbe anche dal confronto con la diversa regola posta dall'art. 5 dello stesso decreto, nella quale si prevede che, in caso di assunzioni successive, che «*il contratto di lavoro si considera a tempo indeterminato dalla data di assunzione del primo contratto*»: ma occorre valutare se quest'ultima disposizione non debba intendersi quale applicazione di un principio implicitamente presupposto, la cui specificazione è funzionale all'attuazione della direttiva comunitaria n. 70 del 1999. Nel senso dell'applicazione dell'art. 1419 comma 1 c.c. anche: M. C. Cataudella, *op. cit.*, 90, dove si disaggrega la fattispecie ammettendo la nullità integrale del contratto, nell'interesse datoriale, solo se le esigenze organizzative non possano essere soddisfatte altrimenti con modifiche organizzative, senza necessità di assunzioni a tempo indeterminato; nello stesso senso già Hernandez, *Cause giustificatrici del contratto a termine ed eventuale nullità del contratto in assenza delle medesime*, in *Dir. lav.*, 2002, 35 ss. In diversa prospettiva riconduce la fattispecie nell'ambito della stessa disposizione Albanese, *op. ult. cit.*, 105 ss., il quale però fa operare la regola della nullità parziale necessaria in modo tale da accentuare l'intervento eteronomo sull'equilibrio originariamente posto dai contraenti - conservando il valore della clausola nulla nella misura in cui neghi al datore di lavoro il potere di recedere senza giusta causa dal contratto per tutto il periodo corrispondente al termine - con il risultato di attribuire ad un meccanismo desunto dal primo comma dell'art. 1419 una portata correttiva più pregnante di quella che sarebbe stata riconducibile al capoverso dello stesso articolo. Nel senso dell'applicazione dell'art. 1419 c.c. e dell'estensione della all'intero contratto, in caso di illegittimità del termine vedi Trib. Roma 24.11.2010 in *Arg. dir. lav.*, 2011, 669 ss., con nota di T. Laratta, dove altri riferimenti giurisprudenziali; Trib. Roma, 27 settembre 2011, n. 14681 in *De Jure*.

(58) Nel senso della trasformazione in contratto a tempo indeterminato, in dottrina, tra i molti: Pera, *Sulla nuova disciplina del contratto a termine e sul regime sanzionatorio del licenziamento ingiustificato*, in *Riv. It. dir. lav.*, 2002, 16 s.; G. Santoro Passarelli, *Note preliminari sulla nuova disciplina del contratto a tempo determinato*, in *Arg. dir. lav.* 2002, 181 ss.; L. De Angelis, *Il nuovo contratto a termine: considerazioni sul regime sanzionatorio*, in *Foro it.*, 2002, V, 38 s.; V. Speciale, *La riforma del contratto a tempo determinato*, in *Dir. rel. ind.*, 2003, 245 ss.; Ichino, *op. cit.*, 422; F. Balestrieri, *Il contratto di lavoro a tempo determinato: controllo sulle causali ed effetti della nullità*, in *Dir. lav.*, 2006, I, 60 ss.; L. Montuschi, *Il contratto a termine e la liberalizzazione negata*, in *Dir. rel. ind.*, 2006, 120 ss.; A. Olivieri, *La natura giuridica del termine nel contratto di lavoro: alcuni spunti di riflessione*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2010, 396 ss.

In giurisprudenza: Cass. 21 maggio 2008, n. 12985, in *Riv. giur. lav. prev. soc.*, 2008, 861 ss., con nota di De Marchis; Cass. 21 novembre 2011, n. 24479.

(59) Corte cost. 11 maggio 1992, n. 210, in *Riv. dir. lav.*, 1992, II, 731 ss., con nota di Ichino. L'idea che in caso di violazione dell'art. 1 d.lgs. n. 368 del 2001 la regola della conversione del rapporto sia «diritto vivente» è presupposta anche da Corte cost. 14 luglio 2009, n. 214, in *Foro. It.*, 2010, I, 1, 47.

(60) Né la *defaillance* sarebbe corretta dalla nuova formula del comma 1, ove introdotta dal disegno di legge sulla riforma del mercato del lavoro (art. 3 comma lett. a), che si limita a prevedere che «*Il contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato costituisce la forma comune di rapporto di lavoro*».

2010, n. 183) (61), ma non si è specificato quali siano le ipotesi soggette a conversione.

La questione, alla luce della riforma del mercato del lavoro, si presenta tuttora attuale in relazione alla regola che delimita l'ambito di applicazione del contratto a tempo determinato, contenuta nell'art. 3 d.lgs. 6 settembre 2001, n. 368, la quale - come già osservato - pone divieti la cui finalità non appare essere tanto la tutela del lavoratore assunto, quanto piuttosto degli interessi generali della categoria dei lavoratori subordinati: ad esempio taluni divieti sono posti a tutela dei lavoratori già assunti dalla stessa impresa, in modo che possano esercitare il diritto di sciopero senza essere sostituiti e che non possano essere licenziati, o soggetti a riduzione di orario o sospensione di rapporti, e sostituiti entro sei mesi da lavoratori a tempo determinato; altro divieto ha invece una funzione di incentivo all'effettuazione della valutazione dei rischi, necessaria per la tutela di tutti i lavoratori subordinati. Anche in relazione alla violazione di tali divieti, dove non rileva neanche la finalità di protezione del singolo lavoratore, si pone il problema se l'applicazione dell'art. 1419 c.c. non comporti la nullità integrale del contratto (62). A fronte delle incertezze interpretative in relazione alle conseguenze della violazione delle regole poste dagli artt. 1 e 3 d.lgs. 6 settembre 2001, n. 368, si possono adottare due diversi percorsi argomentativi che tengano conto delle riflessioni sin qui svolte: il primo, che ammette il ricorso alla disciplina generale del contratto, limitando tuttavia l'estensione della nullità all'intero contratto ad ipotesi particolari in cui si possa dimostrare l'affidamento del contraente pregiudicato dalla nullità del termine; il secondo, che nega il ricorso alla disciplina generale del contratto, traendo argomento dall'incongruenza della meccanica applicazione dell'art. 1419 comma 1 c.c., con le finalità della disciplina limitativa dell'apposizione del termine ed estendendo analogicamente l'apparato rimediabile di altra disciplina che si pone analoghi obiettivi di flessibilità del rapporto lavorativo.

Nella prima prospettiva, si limiterebbe il diritto del datore di lavoro a chiedere l'estensione della nullità all'intero contratto a quelle ipotesi in cui lo stesso possa dimostrare di avere confidato sulla validità della clausola appositiva del termine. In linea generale, quindi, l'applicazione dell'art. 1419 c.c. manterrebbe in vita il contratto, in quanto va presunta la conoscenza in capo al datore di lavoro, tenuto ad avvalersi della consulenza di specialisti, della invalidità della clausola. La soluzione potrebbe essere diversa solo in ipotesi marginali, in cui il datore di la-

voro ha errato incolpevolmente nella valutazione della sussistenza delle ragioni di deroga (63): si coniugherebbe in tal modo l'interesse generale alla tutela del mercato del lavoro con l'interesse, altrettanto rilevante, alla garanzia per gli operatori economici della certezza del diritto.

Nella seconda prospettiva, andrebbe verificata l'ipotesi secondo la quale il silenzio sulla tecnica rimediabile non vada considerato come rinvio alla disciplina generale del contratto, ma piuttosto quale *default-lance* del legislatore (lacuna). Soluzione che troverebbe supporto un due distinti ordini di argomentazioni.

In primo luogo, perché l'estensione della nullità all'intero contratto sarebbe del tutto incongrua con la limitazione inderogabile della determinazione temporale del rapporto di lavoro subordinato. È vero che, dal punto di vista formale, non va sovrapposta la delimitazione temporale del rapporto dal suo scioglimento causato dalla dichiarazione di invalidità: ma sul piano sostanziale l'applicazione di tale rimedio si pone in contrapposizione con una tutela ancorché minimale dell'interesse alla stabilità del vincolo, che appare inderogabilmente protetto dalla legislazione giuslavorista.

In secondo luogo perché la sussistenza della lacuna appare manifesta nella divergenza di disciplina che si verrebbe a creare, ove si applicasse meccanicamente l'art. 1419 c.c., con le regole successivamente introdotte nella disciplina del contratto di somministrazione di lavoro.

I medesimi divieti che abbiamo riscontrato nella disciplina del contratto a termine sono posti infatti anche dall'art. 20 comma 4 e 5 d.lgs. 10 settembre

Note:

(61) Tra i primi commenti v.: Chiusolo, *Note sul collegato lavoro: la L. 183/2001 e il (tentato) depotenziamento del contratto a termine*, in *Dir. & Lav. - Riv. crit. dir. lav.*, 2010, 931 ss.; Mimmo, *Decadenza e regime sanzionatorio: come il collegato lavoro ha modificato la disciplina del contratto a termine*, in *Arg. dir. lav.*, 2011, 93 ss. Sull'interpretazione della disposizione cfr. anche la recente Corte cost. 11 novembre 2011, n. 303.

(62) Cfr. M.C. Cataudella, *op. cit.*, 59; Vallebona, *op. cit.*, 543. Nel senso della conversione del contratto in rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato per l'assunzione a tempo determinato nonostante la mancata effettuazione della valutazione dei rischi è, anche di recente, la giurisprudenza di legittimità: Cass. 2 aprile 2012, n. 5241.

(63) In questa prospettiva sarebbe invece da respingere l'argomentazione delle sentenze del Tribunale di Roma (cit. *supra* nota 57), dove si è ammessa l'applicazione dell'art. 1419 comma 1 c.c., perché vi era una clausola in cui le parti stabilivano «che il termine apposto al contratto costituisce altresì elemento essenziale dello stesso e che in caso di inefficacia della relativa clausola di limitazione per qualsiasi ragione le parti non avrebbero provveduto a stipulare il contratto».

2003, n. 276, quale limiti al ricorso al contratto di somministrazione di lavoro: in tal caso però la conseguenza espressamente prevista è quella della costituzione di un rapporto di lavoro, su richiesta del lavoratore, alle dipendenze del soggetto che ha utilizzato la prestazione (art. 27 comma 1 d.lgs. n. 276 del 2003). Se si assume che la costituzione di tale rapporto non possa che essere a tempo indeterminato (anche perché sarebbe vietato costituirlo a tempo determinato), occorre chiedersi quale sia la ragione di tale supposta discrasia tra le conseguenze della violazione della disciplina del contratto a tempo determinato e quelle della disciplina del contratto di somministrazione.

Va ancora rilevato che le finalità delle due discipline - regolative del contratto di lavoro a tempo determinato e del contratto di somministrazione - sono omogenee (e tendenzialmente attengono alla temporaneità delle esigenze del datore di lavoro), mentre sono differenti le modalità con cui si consegue tale risultato, attraverso l'assunzione diretta del lavoratore o il ricorso all'intermediario. Non è perciò un caso che la somministrazione è consentita, seppure solo in settori delimitati, per quelle stesse ragioni «di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo, anche se riferibili all'ordinaria attività dell'utilizzatore» per la quali è consentita in via generale la stipulazione del contratto a tempo determinato. Sul piano rimediabile, la violazione della disciplina sulla somministrazione resta quella del diritto del lavoratore ad essere assunto dall'utilizzatore (a tempo indeterminato): appare congruo, nonostante il silenzio del legislatore, che il rimedio per la violazione dello stesso limite nel caso di contratto a tempo determinato sia la nullità della clausola e l'applicazione della disciplina del contratto a tempo indeterminato (la c.d. conversione legale).

È pur vero che il rimedio per la violazione della disciplina del contratto di somministrazione ha natura speciale, in quanto consente al lavoratore di decidere se restare vincolato al contratto con l'intermediario o se costituire il rapporto con l'utilizzatore: la specialità del rimedio deriva dalla circostanza che il lavoratore è legato ad un rapporto contrattuale con l'intermediario, rapporto che potrebbe avere un qualche interesse a mantenere, e non con l'utilizzatore della sua prestazione. Tuttavia, pur presentando caratteri particolari, vi sono indici forti nel senso che l'ordinamento ha formulato una regola incompatibile con quella della nullità integrale del contratto e che si presenta coerente con la trasformazione del rapporto lavorativo in un contratto a tempo indeterminato.

Entrambi i percorsi argomentativi pervengono a soluzioni razionali e coerenti: la prima, con l'ambizione di fornire una lettura che abbia valore di principio generale per l'intero sistema; la seconda, con l'esigenza di individuare soluzioni omogenee all'interno del singolo sottosistema. A sostegno della seconda soluzione vi è l'analisi del complessivo quadro normativo: il mutamento di senso del rapporto con la disciplina generale del codice civile, che trova testimonianza nella storia della normativa sul contratto a tempo determinato, si riflette infatti sulla legislazione speciale successiva, dove la tecnica sostitutiva è esplicitamente prevista soltanto in caso di violazione di regole di forma (64) e ogniqualvolta la violazione attiene ad un rapporto non riconducibile al contratto di lavoro subordinato (65). Spetta pertanto all'interprete, avvertita la lacuna sistematica nella più recente regolamentazione giuslavorista, intervenire per evitare le conseguenze più irrazionali, assumendo un compito di completamento dell'assetto normativo che in questa fase storica non può essere più (*rectius*, ancora) demandato al legislatore.

Note:

(64) La regola per cui «l'apposizione del termine è priva di effetto se non risulta ... da atto scritto» (art. 2 comma 2 d.lgs. n. 368 del 2001) viene ripresa, con formula più appropriata, nella successiva disposizione sulla forma del contratto di inserimento, in mancanza della quale «il contratto è nullo e il lavoratore si intende assunto a tempo indeterminato» (art. 56 d.lgs. n. 276 del 2003).

(65) Come nel caso, già illustrato, del contratto di somministrazione; si pensi poi alla regola dell'art. 69, comma 1, d.lgs. n. 276 del 2003, secondo la quale i rapporti di collaborazione coordinata e continuativa - considerati contratti di lavoro autonomo - instaurati senza l'indicazione di uno specifico progetto sono espressamente convertiti in rapporti di lavoro subordinato a tempo indeterminato.



IPSOA

Gruppo Wolters Kluwer

Manuali
Professionali
IPSOA



Le impugnazioni

Dottrina e giurisprudenza

Il volume, con uno sguardo costante alla **dottrina** e alla **giurisprudenza**, offre il quadro **completo e aggiornato** dell'istituto delle impugnazioni:

- nel **codice di procedura civile** (impugnazioni in generale; appello; ricorso per cassazione; giudizio di rinvio; revocazione; opposizione di terzo; regolamento di giurisdizione; regolamento di competenza)
- nel **rito del lavoro**
- nel **fallimento e le altre procedure concorsuali** (dichiarazione di fallimento; organi preposti al fallimento; accertamento del passivo; ripartizione dell'attivo; cessazione della procedura fallimentare; chiusura del fallimento; concordato fallimentare; concordato preventivo e accordi di ristrutturazione dei debiti)
- nel **processo tributario** (impugnazioni in generale; appello davanti alla commissione tributaria regionale; ricorso per cassazione; revocazione)
- nel **codice del processo amministrativo** (impugnazioni in generale; appello; revocazione; opposizione di terzo; ricorso per cassazione; regolamento di giurisdizione e di competenza)

L'Opera, dal taglio pratico-operativo, è aggiornata - da ultimo - con la legge n. 183/2011 ("**Legge di stabilità 2012**") e con il d.lgs. n. 195/2011 ("**Correttivo al codice del processo amministrativo**") e rappresenta un indispensabile strumento di lavoro per gli operatori del diritto.

di **Antonella Batà**
pagg. 1376, € 95,00, 1 edizione

Compili subito il coupon, e lo invii **via fax allo 02.82476403**. Può acquistare anche on line su **www.shopwki.it** oppure può contattare l'**Agenzia** della Sua zona (www.shopwki.it/agenzie) o rivolgersi alle **migliori librerie** della Sua città.

(00129681) Sì, desidero acquistare il volume **Le impugnazioni**, di Antonella Batà a € 95,00.

Cognome e Nome	Azienda/Studio
Via	CAP
Città	
Tel.	Fax
e-mail (obbligatoria):	Cod. cliente

Partita IVA C.F.

(1002) Pagherò con bollettino postale premarcato sul c.c. n° 412205, intestato a Wolters Kluwer Italia s.r.l. Gestione abbonamenti Ipsoa, allegato alla fattura

Addebitare l'importo di € sulla mia carta di credito:

Mastercard (16 cifre) American Express (15 cifre) VISA (16 cifre) Diner's (14 cifre)

n° Data di scadenza

Nome e indirizzo titolare carta di credito

Timbro e firma

TRATTAMENTO DATI PERSONALI

I dati personali saranno registrati su database elettronici di proprietà di Wolters Kluwer Italia S.r.l., con sede legale in Assago Milanofiori Strada 1-Palazzo F6, 20090 Assago (MI), titolare del trattamento e saranno trattati da quest'ultima tramite propri incaricati. Wolters Kluwer Italia S.r.l. utilizzerà i dati che La riguardano per finalità amministrative e contabili. I Suoi recapiti postali e il Suo indirizzo di posta elettronica saranno utilizzabili, ai sensi dell'art. 130, comma 4, del D.lgs. 196/03, anche a fini di vendita diretta di prodotti o servizi analoghi a quelli oggetto della presente vendita. Lei potrà in ogni momento esercitare i diritti di cui all'art. 7 del D.lgs. n. 196/2003, fra cui il diritto di accedere ai Suoi dati e ottenerne l'aggiornamento o la cancellazione per violazione di legge, di opporsi al trattamento dei Suoi dati ai fini di invio di materiale pubblicitario, vendita diretta e comunicazioni commerciali e di richiedere l'elenco aggiornato dei responsabili del trattamento, mediante comunicazione scritta da inviarsi a: Wolters Kluwer Italia S.r.l. - PRIVACY - Centro Direzionale Milanofiori Strada 1-Pal. F6, 20090 Assago (MI), o inviando un Fax al numero: 02.82476.403.

* Diritto di recesso. Clausola di ripensamento ai sensi dell'art. 5 D.lgs. n. 185/1999. Decorsi 10 giorni lavorativi dalla data di ricevimento del bene da parte del cliente senza che questi abbia comunicato con raccomandata A.R. inviata a Wolters Kluwer Italia S.r.l. Milanofiori - Assago (o mediante e-mail, telegramma, telex o facsimile confermati con raccomandata A.R. nelle 48 ore successive), la propria volontà di recesso, la proposta si intenderà impegnativa e vincolante per il cliente medesimo. In caso di recesso da parte del cliente, entro lo stesso termine (10 giorni lavorativi dal ricevimento) il bene dovrà essere restituito per posta a Wolters Kluwer Italia S.r.l., Milanofiori, Strada 1 - Pal. F6, 20090 Assago (MI). Le spese di spedizione saranno a carico di Wolters Kluwer Italia S.r.l.

Contratti con la Pubblica amministrazione

Struttura e qualificazione del *project financing*

di **Samuele Tomasi**

Lo scritto, dopo un'analisi degli aspetti definatori e strutturali del *project financing* volta a evidenziarne la sua unicità nonostante la riconducibilità all'interno della categoria del partenariato pubblico-privato, esamina criticamente i tentativi qualificatori elaborati da dottrina e giurisprudenza. La disamina rileva l'estrema difficoltà di ogni operazione di riconduzione alle categorie o ai tipi noti nel nostro ordinamento in considerazione delle peculiarità dell'operazione in esame.

Tratti definatori e caratteri distintivi

Il *project financing* (d'ora in poi *p. f.*), o finanza di progetto, è una forma di finanziamento che affonda le sue radici nei sistemi economico-giuridici di *common law* e che negli ultimi decenni risulta ampiamente utilizzata anche nei sistemi di *civil law* per la realizzazione di opere che prevedono un'integrazione tra settore pubblico e privato. Lo sviluppo di questo modello è favorito dalla gravità in cui versa la finanza pubblica non in grado di far fronte al fabbisogno infrastrutturale e dall'avvertita esigenza di un approccio maggiormente imprenditoriale nel campo degli investimenti in opere pubbliche; ciò ha spinto le P. A. ad avvalersene con maggiore convinzione e a farne uno strumento coerente con i principi di trasparenza ed efficienza nell'azione amministrativa e nell'allocazione delle risorse pubbliche (1).

Si tratta di uno strumento frutto della prassi dei commerci internazionali e che si può ben definire quale istituto tipico della *lex mercatoria* (2).

Proprio in relazione all'origine di questo fenomeno economico appare difficoltoso fornire una definizione esaustiva in grado di mettere in evidenza tutti gli aspetti tipici e caratterizzanti; questo (in aggiunta alla complessità e articolazione della figura) spiegherebbe le ragioni della molteplicità dei tentativi definatori ognuno in grado di sottolineare un solo aspetto del fenomeno in esame (3).

Secondo la nozione tradizionale fornita da uno dei maggiori studiosi della materia il *p. f.* consiste in «un'operazione di finanziamento di una particolare unità economica nella quale un finanziatore è soddisfatto di considerare, sin dallo stadio iniziale, il flusso di cassa e gli utili dell'unità economica in oggetto

come la sorgente di fondi che consentirà il rimborso del prestito e le attività dell'unità economica come garanzia collaterale del prestito (4)».

Tale definizione è stata, tuttavia, considerata «inappagante (5)» e limitata non solo dal punto di vista oggettivo (giacché prende in considerazione solo i flussi di cassa tralasciando gli altri rapporti negoziali) ma anche da quello soggettivo (in quanto si con-

Note:

(1) Le origini di tale operazione economica sono piuttosto risalenti e collocabili intorno al 1299 quando la Corona inglese negoziò una forma di prestito con la famiglia fiorentina dei Frescobaldi per l'avvio e lo sviluppo di una miniera d'argento nelle colline del Devon. Tale strumento ottenne un discreto successo tra il XVII e XVIII secolo per finanziare le spedizioni commerciali in Asia; tuttavia solo durante gli anni trenta del secolo scorso, negli Stati Uniti, in relazione allo sfruttamento di giacimenti petroliferi, il *p. f.* conosce le prime applicazioni con caratteristiche simili a quelle attuali. Negli ordinamenti di *civil law* le prime forme organizzate di *p. f.* fanno la loro apparizione solamente nei primi anni novanta del Novecento. Per talune (prime) indicazioni in ordine alle origini e sviluppi si veda M. Puca, *Cos'è il project financing: concetti e storia*, in *Notariato*, 2006, 546.

(2) C. L. Appio-V. Donativi, *Project financing*, in AA.VV., *L'integrazione fra imprese nell'attività internazionale*, Torino, 1995, 199. In tema di *lex mercatoria* si veda, per tutti, F. Galgano, *Lex mercatoria*, Bologna, 2010.

(3) Si veda in tal senso G. Giroto-A. Tappi, *Project financing e finanziamento di grandi infrastrutture*, in AA.VV., *Il project financing: caratteristiche e modelli contrattuali*, a cura di U. Draetta-C. Vaccà, Milano, 1997, 159, secondo i quali la difficoltà definatoria deriva dal caos che si è determinato a causa della diversa «enfasi posta negli aspetti individuati di volta in volta come specifici del *project financing*».

(4) P. K. Nevitt, *Project financing* (trad. it.), a cura di P. De Sury, Bari, 4ª ed., 1987, 13.

(5) A. Tullio, *La finanza di progetto: profili civilistici*, Milano, 2003, 14. Secondo l'A. si tratterebbe di una nozione basata solamente sul carattere economico-finanziario che non fornirebbe sicuri punti di riferimento al giurista.

centra solamente sui soggetti del finanziatore e del finanziato) (6).

A tal proposito, pur condividendo parzialmente le perplessità sollevate da parte della dottrina (7) in ordine alla difficoltà di individuare una definizione in grado di mettere in evidenza gli aspetti propri del *p. f.*, data la varietà di interessi e di schemi ad esso riconducibili, occorre tuttavia precisare che il dato economico non può essere trascurato o superato per la mancata indicazione dei meccanismi giuridici che presiedono all'operazione costituendo, piuttosto, il primo nucleo dal quale il giurista deve attingere le fondamentali indicazioni di tale tecnica di finanziamento al fine, poi, di cogliere i corrispondenti profili problematici dal punto di vista della relativa disciplina (8).

L'analisi delle varie definizioni fornite (sia pure muovendo da una base di stampo economico-finanziario), infatti, mette già in evidenza gli aspetti salienti della figura in esame sia con riferimento alla funzione a cui essa è rivolta, sia relativamente ai soggetti coinvolti, sia, infine, riguardo alla complessità delle operazioni contrattuali ad essa sottese, permettendo così di sostenere quanto in precedenza rilevato in ordine alla necessaria (soprattutto in una materia quale quella della finanza di progetto) integrazione tra gli aspetti economici e quelli di matrice più squisitamente giuridica.

Sulla base di questo tipo di prospettiva infatti il *p. f.* potrebbe qualificarsi come l'insieme di contratti volti alla suddivisione dei rischi, connessi all'operazione, tra i vari operatori che vi intervengono al fine di consentire la realizzazione di un'opera pubblica senza incidere sulle casse dello Stato permettendo, altresì, ai finanziatori di valutare l'opportunità di finanziarla in ordine alla sua capacità ricavi derivanti dalla gestione della stessa.

Quanto detto evidenzia una delle caratteristiche principali del *p. f.* ossia la centralità dei cd. *cash flows* (flussi di cassa) e consente, così, di sottolineare la non possibile utilizzazione in qualsiasi circostanza, con una normale limitazione ai progetti cd. *self executing* (progetti capaci di produrre i ricavi necessari alla remunerazione del finanziamento stesso); si tratta, pertanto, di progetti capaci di realizzare dei flussi di cassa di segno positivo idonei ad autofinanziare il progetto.

Questa peculiarità permette, a sua volta, di diffe-

(7) T. V. Russo, *Il project financing*, cit.; A. Tullio, *La finanza di progetto*, cit.; A. Toffoletto, *Project financing e profili di diritto societario: alcune riflessioni alla luce della riforma delle società di capitali*, in AA.VV., *Project financing e opere pubbliche*, a cura di G. F. Ferrari-F. Fracchia, Milano, 2004, 71 e ss.; L. Costantino, *Profili civilistici del project financing e gruppi di contratti*, in *Contr. e impr.*, 2003, 1, 395 e ss.; P. Carriere, *Il project financing: profili di compatibilità con l'ordinamento italiano*, Padova, 1999, 27, secondo il quale essendo «difficile cogliere, in un'ottica giuridica, un elemento descrittivo peculiare e rinvenibile con uniformità nella variegata molteplicità di moduli organizzativi qualificati dalla prassi internazionale degli affari come *project financing*» esso sarebbe, pertanto, una «logica», una «filosofia» finanziaria.

(8) Con riferimento agli aspetti definitivi occorre sottolineare che secondo la dottrina maggioritaria il *p. f.* è una tecnica di finanziamento e non un modo di realizzazione delle opere pubbliche. In tal senso, oltre l'impostazione nevittiana, si veda M. Baldi - G. De Marzo, *Il project financing nei lavori pubblici*, Milano, 2001, 2; A. Coletta, *Project financing nell'esperienza italiana*, in *Appalti, urbanistica, edilizia*, 1999, 5, 262; P. Rostirolla, *La fattibilità economica-finanziaria. Metodi e applicazioni*, Napoli, 1998, 325; A. M. Alberti, *La struttura del project financing*, in *Nuova rass. leg. dott. e giur.*, 18, 1997, 1791; C. Salvato, *Le operazioni di project financing: lineamenti normativi e operativi dei rapporti. Soggetti. Ruoli*, in *Il project financing: caratteristiche e modelli contrattuali*, cit., 5; R. Maino, *Il project financing nella realizzazione di opere e di interventi pubblici*, in *Econ. pubb.*, 1993, 427; R. Rismondo, *Operazioni di project financing*, dal corso specialistico in «Esperto in project financing», 2004, presso il MIB - *School of Management* di Trieste, 13. Anche l'Unità tecnica di Finanza di Progetto (UFP), istituita con la legge 144/1999 presso il Ministero delle Finanze con funzioni promozionali e consultive per la Pubblica amministrazione in materia di finanza di progetto, considera l'operazione come «metodo di finanziamento delle infrastrutture». In senso contrario C. Malinconico, *Il project financing*, in *Trattato sui contratti pubblici*, diretto da M. A. Sandulli-R. De Nictolis-R. Garofoli, IV, Milano, 2008, 2612, secondo cui il *p. f.* «è molto più che una semplice tecnica di finanziamento. Si tratta piuttosto di un metodo di realizzazione di progetti infrastrutturali d'ampia portata, finora prerogativa esclusiva dello Stato». In giurisprudenza, invece, è possibile evidenziare al riguardo un duplice orientamento giacché il *p. f.* è stato definito talora quale «modulo opzionale per la realizzazione dei lavori pubblici o di pubblica utilità», ovvero quale istituto «che consente la realizzazione di opere pubbliche» (si veda, rispettivamente, Tar Puglia, Lecce, sez. II, n. 1319 del 2005, in *Foro amm.*, Tar, 2005, 3, 851 e ss.; e Tar Toscana, Firenze, sez. II, n. 2860 del 2004, in *Giur. it.*, 2005, 616 e ss.), altre volte (in linea con l'indirizzo dottrinario maggioritario) come «tecnica finanziaria che da una parte, consente la realizzazione di opere pubbliche senza oneri finanziari per la Pubblica amministrazione e dall'altra si sostanzia come un'operazione di finanziamento di una particolare attività economica idonea ad assicurare una fonte di utili in grado di consentire il rimborso del prestito e la gestione proficua dell'attività stessa; in altri termini, l'attività economica deve avere la capacità di autofinanziarsi» (Cons. Stato, Sez. V, n. 6487 del 2004, in *Foro Amm. CDS*, 2004, 2889. Nello stesso senso si veda Cons. Stato, Sez. IV, n. 392 del 2009, in *Pluris*, che definisce il *p. f.* quale «tecnica finanziaria che consente la realizzazione di opere pubbliche senza oneri finanziari per la pubblica amministrazione e che si sostanzia in un'operazione economico-finanziaria idonea ad assicurare utili che consentono il rimborso del prestito e/o finanziamento e gestione proficua dell'attività»). Del *p. f.* si è occupata anche la Corte dei Conti a sezioni riunite in sede di controllo la quale, nell'ambito del «Rapporto sul coordinamento della finanza pubblica», con la delibera n. 15 del 2010, ha evidenziato che esso è «un valido strumento di coinvolgimento dei privati per la realizzazione di opere pubbliche, purché l'opera venga realizzata integralmente con capitali privati, limitando la eventuale contribuzione pubblica ad importi non significativi».

Note:

(6) T. V. Russo, *Il project financing*, in *Trattato di diritto civile del Consiglio Nazionale del Notariato*, diretto da P. Perlingieri, Napoli, 2007, 11.

renziare il *p. f.* dalle tradizionali forme di finanziamento, in quanto, mentre queste ultime fanno leva sulla solidità economica-finanziaria dell'impresa finanziata (parleremo in tali casi di *corporate finance*), il primo focalizza l'attenzione solamente sul progetto e sulla capacità dello stesso di generare flussi di cassa (9).

La capacità dei progetti finanziati di produrre flussi di cassa rappresenta una delle attrattive per i privati i quali sono incentivati nell'effettuare investimenti attraverso questo meccanismo. A questa caratteristica se ne deve aggiungere un'altra (strettamente correlata alla prima) rappresentata dalla *cd. off-sheet balance*, ossia l'esternalizzazione del progetto dal bilancio dei singoli promotori (10), la quale, a sua volta, si realizza mediante la costituzione di una società *ad hoc*, una società veicolo, *cd. special purpose vehicle* (SPV) o *project company* alla quale apparterrà il progetto stesso (11).

Tale società ha la funzione fondamentale di creare il *cd. ring fence*, e cioè di isolare il progetto dai rischi e dalle responsabilità dei promotori evitando la confusione tra i patrimoni di questi ultimi e quello destinato al progetto medesimo.

Il *ring fence*, isolando il progetto, risponde all'esigenza di far fronte ai rischi cui andrebbe incontro quest'ultimo, allocandoli tra i vari soggetti che prendono parte all'iniziativa.

Tale allocazione si concretizza nella costruzione del *cd. security package* costituito da quell'insieme di contratti e garanzie (12) che realizzano quella ripartizione dei rischi che rappresenta la chiave di riuscita del *p. f.* (13).

Con riguardo all'allocazione dei rischi in capo ai diversi soggetti che, a vario titolo prendono parte a un'operazione di *p. f.*, dovrebbe già intuirsi la complessità e varietà degli aspetti soggettivi.

Più precisamente può affermarsi che - sotto un profilo soggettivo - «l'essenza di un'operazione di *project financing* risiede nella costruzione di una coalizione di interessi tra soggetti diversi, che partecipano all'investimento se viene loro prospettata una combinazione rischio-rendimento accettabile (14)» al fine di comporre, attraverso la costituzione della società di progetto, una molteplicità di rischi e interessi variamente allocati (15).

La complessità non riguarda solamente il numero elevato di soggetti che prendono parte all'operazione ma anche la varietà delle fattispecie procedurali e contrattuali intercorrenti tra gli attori principali del progetto, aventi al centro la SPV e volte a determinare le modalità di ripartizione dei rischi del progetto stesso (16).

Ogni operazione di finanza di progetto, infatti, pre-

Note:

(9) F. Montani, *Project financing. Inquadramenti contrattuali e profili applicativi*, Napoli, 2009, 6 e ss. Circa le differenze tra *corporate finance* e *p. f.* è opportuno ricordare, in questa sede, che quest'ultimo si contrappone al primo in quanto il prestito di scopo a uno specifico progetto è in contrasto con i principi generali dell'economia d'azienda che postulano l'impossibilità di stabilire correlazioni tra poste dell'attivo e poste del passivo (P. De Sury, *Project financing e finanziamento delle opere pubbliche*, in *Il project financing: principi guida per la realizzazione delle opere pubbliche*, a cura di P. De Sury-M. Miscali, Milano, 1995, 8). Inoltre nel *corporate* il credito concesso dai finanziatori all'impresa considera «la capacità dell'organizzazione di perseguire il complesso degli obiettivi, sulla base di un'adeguata dotazione patrimoniale o di garanzie collaterali fornite da terzi» (M. Lo Cicero, *Project vs corporate financing*, in *Rass. econ.*, 1996, 4, 825). Nell'approccio di tipo *project*, l'ottica cambia completamente: le banche che concedono il finanziamento prenderanno in considerazione, prevalentemente, i *cash flows* previsionali generabili dal progetto stesso. Nel *p. f.*, l'iniziativa imprenditoriale da finanziare è valutata in funzione dell'analisi della redditività e dei flussi di cassa che essa è in grado di generare, che rappresentano la garanzia sia per il rimborso del finanziamento sia per la remunerazione del capitale di rischio (U. Draetta, *Il project financing nella prassi del commercio internazionale*, in *Diritto del Commercio Internazionale*, 1994, 497; nel medesimo senso si veda P. Lopilato, *Il trust e la finanza di progetto*, in *Giur. comm.*, 2003, 88).

(10) Questi ultimi, dunque, parteciperebbero al *p. f.* senza gravare del relativo finanziamento le loro singole attività economiche. In sostanza il prestito non è formalmente effettuato a favore dei promotori e, pertanto, non graverà sui loro bilanci.

(11) Sulla società veicolo si veda, *ex multis*, T. V. Russo-P. Marchetti, *Manuale di diritto e tecnica del project financing*, Napoli, 2010, 33 e ss.; F. Montani, *Project financing, op. cit.*, 69 e ss.; D. Scano, *Il finanziamento della società di progetto*, in *La finanza di progetto. Profili economico-finanziari e problematiche giuridiche*, a cura di T. V. Russo, Napoli, 2009, 261 e ss.; V. Farina, *Società di progetto e general contractor*, in *Rassegna di diritto civile*, 2007, 2, 303 e ss.; M. Zaccheo, *La società di progetto*, in *Finanza di progetto*, a cura di G. Morbidelli, Torino, 2004, 125 e ss.; G. Mangialardi, *La società di progetto per la realizzazione e/o gestione di infrastrutture e servizi*, in *Urb. e app.*, 2000, 237 e ss.; G. B. Nuzzi, *Il project financing in Italia: esperienze e prospettive*, in *Diritto del commercio internazionale*, 1998, 3, 710 e ss..

(12) Sul tema del *security package* e delle relative garanzie, con particolare riferimento alla compatibilità con il nostro ordinamento, si veda M. Lobo, *Le garanzie nel project finance*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, 2, 127 e ss.; Id., *Project financing e garanzie indirette*, in *Riv. trim. appalti*, 1994, 431 e ss.; Id., *Project financing, garanzie indirette e tutela del finanziatore*, in *Quadrimestre*, 1989, 102 e ss.; F. Montani, *Project financing, cit.*, 215 e ss..

(13) Al riguardo occorre dire che nel *p. f.* il rischio risulta essere un elemento centrale per almeno due motivi: la prospettiva cronologica di lungo periodo e le ingenti dimensioni dell'investimento iniziale.

(14) P. De Sury, *Project financing, op. cit.*, 10.

(15) Tali soggetti coinvolti sono molteplici in relazione alla struttura e alle dimensioni dell'operazione da realizzare. Più precisamente si distinguono: i promotori, la società veicolo, l'amministrazione concedente e l'Unità Tecnica di Finanza di progetto, i finanziatori, le *cd. controparti contrattuali* (gestori, realizzatori, fornitori, progettisti, garanti, utenti, esperti indipendenti, consulenti legali, consulenti finanziari), il contraente generale.

(16) Si veda T. V. Russo-P. Marchetti, *Manuale di diritto e tecnica del project financing, cit.*, 58, i quali, in relazione alla pluralità di contratti, qualificano l'operazione come "finanza di contratti".

suppone processi di negoziazione di contratti commerciali, finanziari e assicurativi che devono essere costruiti in modo da evitare ripercussioni negative sul progetto che si intende realizzare.

In dottrina si è sostenuto, infatti, che il *p. f.* «consiste in una sommatoria di singoli contratti che ne costituiscono la struttura (17)» (si pensi ai contratti di fornitura, di finanziamento, di concessione, di costruzione, di commercializzazione).

L'inquadramento all'interno del sistema di partenariato pubblico-privato

La individuata caratterizzazione del *p. f.* può consentire di individuarne l'ambito di riferimento rappresentato dagli schemi di articolazione pubblico-privato, ossia il sistema di partenariato pubblico-privato (PPP).

In termini generali il PPP è un modello volto a identificare le diverse forme di cooperazione tra settore pubblico e settore privato attraverso le quali «*le rispettive competenze e risorse si integrano per realizzare e gestire opere infrastrutturali in funzione delle diverse responsabilità e obiettivi*» (18).

La categoria del PPP include, quindi, tutti quei fenomeni di cooperazione tra il settore pubblico e quello privato in cui l'esigenza del primo di realizzare un'opera pubblica, o di pubblica utilità, trova attuazione attraverso l'affidamento, totale o parziale, al settore privato delle fasi di progettazione, realizzazione, gestione e finanziamento.

Queste nuove esigenze sono state "codificate" per la prima volta nel «*Libro verde relativo ai partenariati pubblico-privati ed al diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni*», presentato il 30 aprile 2004. In tale documento la Commissione delle Comunità Europee (oggi Unione Europea) ha definito i partenariati pubblico-privati come «*forme di cooperazione tra le autorità pubbliche e il mondo delle imprese che mirano a garantire il finanziamento, la costruzione, il rinnovamento, la gestione o la manutenzione di un'infrastruttura o la fornitura di un servizio*».

Le operazioni di PPP, in ambito comunitario, sono qualificate sulla base di tre elementi distintivi e caratterizzanti:

- a) una durata relativamente lunga della collaborazione;
- b) una modalità di finanziamento del progetto che deve essere garantita dal settore privato (anche se non necessariamente in via esclusiva);
- c) una ripartizione della gestione dei rischi i quali vanno suddivisi in modo preciso, tra soggetto pubblico e soggetto privato (19).

Tale qualificazione sembra sia stata recepita dal nostro legislatore, che ha provveduto all'introduzione nel Codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 163 del 2006 come modificato dal d.lgs. n. 152 del 2008 recante il terzo decreto "correttivo") della definizione del contratto di partenariato pubblico privato all'art. 3, comma 15-ter (20).

Il PPP per le sue caratteristiche risulta un contratto complesso, in cui le parti assumono più obbligazioni, connesse tra loro, e non si limitano a convenire lo scambio di un bene o di un servizio a fronte del corrispettivo prestato ma disegnano una struttura contrattuale molto articolata.

Tale struttura riflette sul piano giuridico la particolare articolazione di queste operazioni sul piano economico (21).

Sembrirebbe, dunque, appropriata l'indicazione di quella parte della dottrina secondo la quale «in sostanza, il contratto di partenariato non si caratterizza tanto per il trasferimento del rischio relativo alla gestione dell'opera o del servizio, quanto, piuttosto, per essere un contratto "globale" dove il privato è responsabile della progettazione, del finanziamento

Note:

(17) M. Miscali, *Il project financing*, in *I contratti del commercio, dell'industria e del mercato finanziario*, in *Trattato* diretto da F. Galgano, Torino 1995, I, 729. In termini analoghi si veda, altresì, Consiglio Nazionale dell'Economia e del Lavoro, *Finanziamento delle Opere Pubbliche: il Project financing - Osservazioni e Proposte - Assemblea 28 febbraio 2002*, in *Servizio studi - Documentazioni e ricerche - Il project financing - n. 35 - XIV legislatura 4 luglio 2002 - Camera dei Deputati*, 288.

(18) Decisione Eurostat, 11 febbraio 2004, "*Treatment of public private partnerships*".

(19) Per quanto attiene questa che, secondo la Commissione, è la caratteristica fondamentale del partenariato, è opportuno sottolineare come nel *p. f.* l'analisi dei rischi del progetto rappresenta, addirittura, una fase fondamentale dello sviluppo del progetto e la loro divisione è funzione tipizzante dell'operazione.

(20) Tale disposizione, a titolo esemplificativo, inserisce fra i contratti di detto tipo «*la concessione di lavori e di servizi, la locazione finanziaria, il project financing, e le società miste, ovvero l'affidamento a contraente generale quando il corrispettivo per la realizzazione dell'opera sia in tutto o in parte posticipato e collegato alla disponibilità dell'opera per il committente o per utenti terzi*». La definizione contenuta nel Codice dei contratti pubblici appare, pertanto, meno articolata di quella comunitaria giacché elenca (anche se a titolo esemplificativo) sotto un'unica generale categoria, tutti i PPP che la politica comunitaria si premura di catalogare distintamente in PPP contrattuali e PPP istituzionalizzati.

(21) Si veda S. Castenasi, *La finanza di progetto tra interesse pubblico e interessi soggettivi*, Firenze, 2009, 50. In questo contesto deve inserirsi, per altro, la disciplina del procedimento di aggiudicazione del *p. f.*, caratterizzata da un'incisiva partecipazione del privato alla determinazione del progetto di interesse pubblico, al fine di apportare quelle informazioni e competenze specifiche, necessarie nelle iniziative più complesse.

to, della realizzazione e della gestione dell'intervento (22)».

Alla luce delle, sia pur brevi, precedenti riflessioni occorre ricordare che il PPP rappresenta, per le sue caratteristiche, una categoria aperta nella quale possono rientrare varie fattispecie le quali presentino gli elementi costitutivi di quest'ultimo.

Pertanto il *p. f.* (contemplato nel nostro ordinamento solo con la Merloni-ter, l. n. 415 del 1998 e ora disciplinato agli artt. 153-160 del Codice dei contratti pubblici e successive modifiche) (23), rientrerebbe in questa categoria poiché il soggetto privato propone, progetta, finanzia, realizza e gestisce l'opera assumendone i rischi e le relative responsabilità.

Al riguardo è stato evidenziato che «*il project financing è una tecnica finanziaria che, da una parte, consente la realizzazione di opere pubbliche senza oneri finanziari per la P.A., dall'altra si sostanzia in un'operazione economica-finanziaria idonea ad assicurare utili che consentano il rimborso del prestito e/o finanziamento e la gestione proficua dell'attività* (24)».

In dottrina si è precisato, inoltre, che il *p. f.* non rappresenterebbe un sistema di realizzazione dell'opera pubblica ulteriore rispetto a quelli già previsti dal Codice dei contratti pubblici, quali l'appalto e la concessione, in quanto il contratto che viene stipulato tra SPV e P.A. è un contratto di concessione (25) come del resto si ricaverebbe dall'analisi del modello procedurale dell'affidamento di una concessione di costruzione e gestione (26).

A tal proposito il Consiglio di Stato, nel parere dell'adunanza del 14 luglio 2008 sullo schema di decreto, ha rilevato che l'art. 153 così come concepito fi-

sposizioni in materia di infrastrutture e trasporti"), cd. Merloni-*quater*, la quale ha attuato una semplificazione delle procedure. Tali modificazioni sono confluite nel d.lgs. n. 163 del 2006 modificato, a sua volta, dal d.lgs. n. 6 del 2007 ("Disposizioni correttive ed integrative del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163"); dal d.lgs. n. 113 del 2007 ("Ulteriori disposizioni correttive ed integrative del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163"), e dal d.lgs. n. 152 del 2008 ("Ulteriori disposizioni correttive ed integrative del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163") che ha riscritto l'art. 153 (e abrogati gli artt. 154 e 155). Inoltre, e a testimonianza dell'iter travagliato e dell'attualità della figura in esame, sono intervenute ulteriori modifiche al Codice ad opera della l. n. 2 del 2009, l. n. 14 del 2009, l. n. 102 del 2009, l. n. 166 del 2009, del d.lgs. n. 53 del 2010 (che recepisce la direttiva 2007/66/CE c.d. direttiva ricorsi) e del d.lgs. n. 104 del 2010 ("Codice del processo amministrativo"). Tutto questo senza considerare che il recente decreto legge "sviluppo" (d.l. n. 70 del 2011, conv. dalla l. n. 106 del 2011) ha apportato ulteriori modifiche al Codice dei contratti pubblici modificando il comma 19 dell'art. 153 e aggiungendo il comma 19-bis. Infine con la l. 24 marzo 2012 n. 27 (che ha convertito il d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, cd. "Decreto liberalizzazioni") viene introdotto un nuovo testo dell'art. 153 il quale non incide sulla disciplina dei profili procedurali del *p. f.* ma si limita soltanto ad apportare a tale disciplina generale gli adattamenti indispensabili per facilitarne l'impiego per l'affidamento di strutture dedicate alla nautica da diporto, in vista di un rilancio del turismo nautico e del settore diporti stico. Inoltre vi sono state delle modifiche dell'art. 157 in tema di emissione di obbligazioni da parte delle società di progetto, dell'art. 158, comma 2 d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, dopo le parole: «crediti dei finanziatori del concessionario» sono inserite le seguenti: «e dei titolari di titoli emessi ai sensi dell'articolo 157, limitatamente alle obbligazioni emesse successivamente alla data di entrata in vigore della presente disposizione». Infine in forza dell'art. 50 della legge in esame vi è stata una modifica (più formale che sostanziale) circa la disciplina della risoluzione per inadempimento del concessionario con riferimento ai requisiti richiesti per il subentro di una nuova SPV rispetto alla precedente (inadempiente). Infatti all'art. 159, comma 1, lett. a), le parole: «la società designata dai finanziatori abbia caratteristiche equivalenti a quelle possedute dal concessionario all'epoca dell'affidamento della concessione» sono sostituite dalle seguenti: «la società designata dai finanziatori abbia caratteristiche corrispondenti a quelle previste nel bando di gara o negli atti in forza dei quali la concessione è stata affidata, avendo comunque riguardo alla situazione concreta del progetto ed allo stato di avanzamento dello stesso alla data del subentro». Per ragioni di completezza è opportuno ricordare, ai sensi dell'art. 43 l. n. 27, la possibilità di ricorrere al *p. f.*, anche per la costruzione di strutture carcerarie (opere, per definizione, cd. fredde, ossia non in grado di consentire l'applicazione di tariffe e, di conseguenza, di non permettere la creazione di flussi di cassa). A tal fine (snaturando, così, la natura del *p. f.*) "al concessionario è riconosciuta, a titolo di prezzo, una tariffa per la gestione dell'infrastruttura e per i servizi connessi, a esclusione della custodia, determinata in misura non modificabile al momento dell'affidamento della concessione, e da corrispondersi successivamente alla messa in esercizio dell'infrastruttura realizzata". Un'ulteriore modifica, ad opera dell'art. 44 della legge di conversione, ha comportato l'ampliamento del novero delle figure di PPP (quale risultante dall'art. 3, comma 15-ter) mediante l'inserimento del cd. contratto di disponibilità disciplinato, ora, all'art. 160-ter, del Codice.

(24) Cons. Stato, sez. VI, n. 3043 del 2005, in *Foro amm., Cons. Stato*, 2005, 1833 e ss.

(25) M. Abbatemarco, *La finanza di progetto nel panorama normativo italiano*, in *La finanza di progetto*, a cura di A. Propersi, Milano, 2009, 1 e ss..

(26) Si veda M. Gentile, *La procedura "monofasica" nel nuovo project financing: prime riflessioni*, in *App. e contr.*, 2009, 1-2, 28.

Note:

(22) R. Dipace, *La finanza di progetto*, in *Trattato dei contratti*, diretto da P. Rescigno-E. Gabrielli, *I contratti con la pubblica amministrazione*, a cura di C. Franchini, II, Torino, 2007, 1030. Di contratto globale si parla anche riguardo al *p. f.*. L'Autorità per la Vigilanza sui Lavori Pubblici, infatti, con l'atto di regolazione 34/2000, ha evidenziato che il *p. f.* configura un fenomeno contrattuale globale, inteso come mezzo per gestire e ripartire il rischio connesso al progetto fra i soggetti coinvolti nell'iniziativa.

(23) Con riferimento alla disciplina italiana del *p. f.* è possibile individuare alcuni precedenti alla Merloni-ter quali ad esempio: l'art. 22 l. n. 142 del 1990 ("Ordinamento delle autonomie locali" ora abrogata dal d. lgs. 267/2000, "Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali"); la l. n. 9 del 1991 e l. n. 10 del 1991 in tema di liberalizzazione del mercato dell'energia elettrica; l'art. 12 l. n. 498 del 1992 ("Interventi urgenti in materia di finanza pubblica"); la legge regionale n. 4 del 1996 della Regione Sicilia che ha introdotto l'art. 42-bis della legge della Regione Sicilia n. 21 del 1985 rubricato "Promozione privata di concessione di opere pubbliche". A quanto detto si aggiungono le successive modifiche ad opera della l. n. 166 del 2002 ("Di-

nisce con «l'essere un inutile duplicato dell'istituto della concessione (27)».

A ciò si aggiunga che anche nella concessione, analogamente al *p. f.*, la controprestazione della realizzazione dell'opera consiste unicamente nel diritto di gestire l'opera.

Ci si potrebbe chiedere, dunque, come mai il *p. f.* abbia suscitato grande interesse quando già si conosceva un istituto analogo il quale consentiva, allo stesso modo, di ripagare il prezzo della realizzazione dell'opera con i proventi della sua gestione.

Al riguardo occorre obiettare che il *p. f.* pur essendosi innestato, sin dalle sue origini, sul «robusto e frondoso ramo della concessione (28)» tuttavia da un'analisi più attenta delle norme in materia esso rappresenti una *species* della concessione dalla quale si distingue sotto diversi aspetti.

In primo luogo è possibile fare riferimento alle diverse *sedes materiae* in quanto i due istituti sono contenuti in due diversi, anche se consecutivi, Capi della relativa disciplina. Inoltre all'art. 152 (in materia di *p. f.*) vengono indicati tutte le parti del Codice ad esso applicabili con esclusione del Capo II (concernente, appunto, la concessione).

In secondo luogo occorre riferirsi all'aspetto dell'iniziativa che nella concessione proviene dall'amministrazione, mentre nel *p. f.* (e si pensi alle procedure a iniziativa dei privati) proviene dal soggetto privato il quale viene coinvolto nella fase di individuazione di scelte che, altrimenti, sarebbero rimesse alla P.A., giacché esso ha la possibilità di sottoporre al vaglio del soggetto pubblico la realizzazione di opere ritenute di interesse pubblico.

In terzo luogo occorre ricordare che è diverso il documento tecnico posto a base della gara giacché nel *p. f.* vi è uno studio di fattibilità (29) predisposto dall'amministrazione e non un progetto preliminare (o, se l'amministrazione ne è già in possesso, anche definitivo ex art. 143, commi 1 e 2 del Codice contratti pubblici) come nella concessione.

Alla luce di quanto detto è possibile concludere che all'interno del PPP è possibile individuare modelli preesistenti e normativamente disciplinati (quale, ad esempio, la concessione di costruzione e gestione) rispetto ai quali tuttavia il *p. f.* appare un *unicum*.

Le ricostruzioni qualificatorie

Il *p. f.*, come si è già sottolineato, è un'operazione alquanto articolata la cui qualificazione risulta di particolare difficoltà *in primis* in considerazione della relativa origine, rinvenibile in ordinamenti, quali quelli di *common law*, per definizione diversi

strutturalmente da quelli di *civil law*, quale quello italiano (30); *in secundis* in relazione alla sua unitarietà da un punto di vista economico e alla sua dubbia riconducibilità alle categoria dei contratti tipici o atipici con causa complessa o alla ipotesi del collegamento negoziale, come pure (peraltro) è stato già sostenuto (31).

Occorre peraltro preliminarmente rilevare che gli stessi approcci qualificatori possono avere significato non in quanto tali, risultando in questo senso espressione di uno sterile dibattito privo di qualsiasi risultato operativo, ma piuttosto se sottendono la soluzione di questioni risolubili attraverso questo metodo di indagine. In via di prima analisi può certamente essere rilevato che il *p. f.*, è caratterizzato, da un lato, dall'unicità del fenomeno economico e, dall'altro, dalla sommatoria di singoli contratti (32), la quale, come già detto, risponderebbe alla necessità di individuare e ripartire i rischi, insiti in ogni operazione di *p. f.*, in modo opportuno tra i diversi protagonisti. Più precisamente sul piano giuridico è possibile rin-

Note:

(27) Si veda anche Tar Sicilia, Catania, sez. I, n. 4099 del 2004, in *Foro amm., Tar*, 2004, 12, 3873 e ss., in cui si afferma che «il campo applicativo dell'istituto della finanza di progetto coincide con quello della concessione di costruzione e gestione»; Cons. Stato, sez. V, n. 6847 del 2004, in *Foro amm., Cds*, 2004, 2889 e ss., in cui si legge che «il project financing non rappresenta un istituto autonomo e sottratto ai principi in materia di affidamento dei lavori pubblici, ma un sistema di realizzazione di questi ultimi che si basa sulle comuni norme che regolano la concessione».

(28) S. Amoroso-C. Sciuto, *La disciplina del project financing nella nuova legge sugli appalti (415 del 1998): la concessione di costruzione e gestione e il promotore*, in *Riv., giur. edil.*, 1999, 2, 62.

(29) Esso, dunque, oltre a essere documento posto a base di gara è un atto propedeutico all'inserimento delle iniziative negli strumenti di programmazione.

(30) A ciò si aggiunga che le fattispecie nascenti nei sistemi di *common law* quando inserite nella realtà del *p. f.* assumono una fisionomia del tutto peculiare (si veda, in tal senso, P. Carriere, *Project financing*, cit., 53).

(31) T. V. Russo, *Il project financing*, cit., 268 e ss.; L. Costantino, *Profili civilistici del project*, cit., 427 e ss.; C. Pezzi, *I profili civilistici del del project financing*, in *Riv. trim. app.*, 2002, 39 e ss.; P. Carriere, *Project financing*, cit., 40 e ss.; G. L. Rabitti, *Project financing e collegamento contrattuale*, in *Contr. Impr.*, 1996, 225 e ss..

(32) Circa la presenza della pluralità di relazioni contrattuali si veda P. Carriere, *Finanza di progetto*, in *Enc. dir., Annali*, I, Milano, 2007, 604, il quale afferma che «un'interessante dimostrazione dell'enfasi del tutto speciale che l'elemento della "contrattualizzazione" assume nel *project financing* e, quindi, del ruolo critico che una tecnica efficace di contrattazione allargata e diffusa tra una pluralità di parti assume per il buon esito di un *project financing*, si può rinvenire nella promozione di articolate *Guidelines* da parte dell'*United Nations Industrial Development Organisation* (UNIDO) e dell'*United Nations Commission for International Trade Law* (UNCITRAL)».

venire una pluralità di rapporti contrattuali tali da somigliare «a complicati sistemi molecolari o circuiti integrati (33)» strettamente connessi tra loro e dei quali la SPV è controparte necessaria (34).

In questo contesto possono allora esaminarsi, come evidenziato dalla dottrina (35), le prospettive ricostruttive del contratto misto (36), del collegamento negoziale (37) e dell'operazione economica (38).

Possono in primo luogo tracciarsi, sia pure in maniera breve, le distinzioni tra il contratto misto e quello collegato al fine di individuare le eventuali correlazioni rispetto al *p. f.*.

La distinzione tra le due figure può essere riassunta in questi termini: ricorrerebbe la prima (contratto misto) quando si utilizzano singoli schemi negoziali tipici per formare un unico negozio idoneo a disciplinare una situazione atipica; ricorrerebbe, invece, la seconda (contratto collegato) quando l'interesse da regolare non può essere soddisfatto mediante un solo negozio ma solo attraverso più negozi caratterizzati da una loro specifica autonomia anche se legati dalla comune destinazione alla realizzazione di uno scopo finale complessivo (39).

Provando ad applicare tale differenziazione all'operazione in esame si può notare come la fattispecie del contratto misto non sembrerebbe rispondente alla logica del *p. f.* giacché l'esistenza di una pluralità di soggetti che caratterizza l'operazione in esame limita la possibilità di una riconduzione a un unico contratto. Inoltre la ricostruzione dell'operazione di *p. f.* in termini di contratto misto dovrebbe condurre all'applicazione di una disciplina unitaria secondo i modelli di prevalenza o combinazione, risultando difficoltosa, in entrambe le ipotesi, una soluzione conforme alla peculiare articolazione dell'operazione in esame. Tale ricostruzione, infine, anche dal punto di vista concettuale sconta le critiche già rivolte in passato rispetto alla appropriatezza di simile modello di riferimento (40).

I contratti che partecipano alla costituzione della figura del *p. f.* sarebbero, dunque, caratterizzati da una loro distinta autonomia che ha spinto la dottrina dominante a collocarli all'interno dello schema del collegamento negoziale.

L'esigenza di invocare il collegamento negoziale, alla luce di quanto detto poc'anzi, si manifesta quando ci si trova in presenza di fattispecie contrattuali pienamente autonome e tuttavia volte a realizzare uno scopo comune.

L'essenza del collegamento negoziale viene ravvisata nelle fattispecie che presentano contestualmente i seguenti elementi:

una pluralità di negozi diversi;

l'esistenza di un nesso di interdipendenza (risultante dalla volontà delle parti o dal significato oggettivo dell'operazione) tra i vari contratti;

la comunicazione, sul piano degli effetti, delle conseguenze delle vicende di un contratto a uno o più dei contratti collegati.

Tra tali elementi appare qui necessario analizzare, perché particolarmente significativo quello che traduce, in virtù del nesso di interdipendenza, il principio del ripercuotersi delle vicende di un contratto sulle sorti degli altri (il quale si riassume nel brocardo "*simul stabunt, simul cadent*").

Note:

(33) Si veda U. Draetta, *Il project financing nella prassi del commercio internazionale*, cit., 275.

(34) Con riferimento ai nessi relazionali intercorrenti tra i vari contratti si rimanda a A. Tullio, *La finanza di progetto*, cit., 248 e ss.. In questa sede è opportuno sottolineare come lo stesso legislatore abbia previsto delle connessioni dirette tra il contratto di concessione e gestione e il contratto di finanziamento prevedendo, ex art. 158 del Codice dei contratti pubblici, a favore dei finanziatori un vincolo di destinazione sui crediti della SPV in caso di risoluzione per inadempimento del soggetto concedente, nonché, ex art. 159, attribuendo ai finanziatori il potere di designare una nuova SPV che subentri a quella precedente in caso di risoluzione per inadempimento del soggetto concessionario.

(35) F. Montani, *Project financing*, 337 e ss..

(36) In dottrina si veda G. B. Ferri, *Operazioni negoziali «complesse» e la causa come funzione economico-individuale del negozio giuridico*, in *Dir. e giur.*, 2008, 317 e ss.; G. Sicchiero, *Il contratto con causa mista*, Padova, 1995; S. O. Cascio-C. Argiroffi, voce *Contratti misti e contratti collegati*, in *Enc. Giur. Trecani*, IX, 1988, 3 e ss..

(37) In dottrina si veda G. Ferrando, *I contratti collegati: principi della tradizione e tendenze innovative*, in *Contr. e impr.*, 2000, 127 e ss.; G. Lener, *Profili del collegamento negoziale*, Milano, 1999; A. Izzo, *Il collegamento contrattuale: note in materia civile, arbitrale internazionale e di conflitti di legge*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1998, II, 69 e ss.; G. Ferrando, *Recenti orientamenti in tema di collegamento negoziale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1997, II, 223 e ss.; F. Messineo, voce *Contratto collegato*, in *Enc. dir.*, X, Milano, 1962, 48 e ss.; M. Giorgianni, *Negozi giuridici collegati*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1937, 1 e ss.; per una sintesi aggiornata A. Rappazzo, *I contratti collegati*, in *Il diritto privato nella giurisprudenza*, VI, *I contratti in generale*, a cura di P. Cendon, Torino, 2000, 99 e ss. In giurisprudenza Cass. n. 23470 del 2004, in *Mass. Giust. civ.*, 2004, 12; Cass. n. 13580 del 2004, *ibidem*, 7 e 8; Cass. n. 7640 del 2003, *ivi*, 2003, 5; Cass. n. 8844 del 2001, in *Giust. civ.*, 2002, I, 113 e ss.; Cass. n. 12401 del 1992, in *Foro it.*, 1993, I, 1506 e ss.

(38) In dottrina v. E. Gabrielli, *Il contratto e le sue classificazioni*, in *I contratti in generale*, I, a cura di E. Gabrielli, in *Trattato dei contratti*, diretto da P. Rescigno-E. Gabrielli, 2^a ed., Torino, 2006, 43 e ss.; *Id.*, *Il contratto e l'operazione economica*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, 93 ss.; C. Colombo, *Operazioni economiche e collegamento negoziale*, Padova, 1999; E. Gabrielli, *Il contratto e le sue classificazioni*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, 705 e ss.; A. D'Angelo, *Contratto e operazione economica*, Torino, 1992, *passim*.

(39) Si veda in tal senso Cass. n. 8410 del 1998, in questa *Rivista*, 1999, 336 e ss..

(40) In tal senso si veda L. Ricca, *Contratto e rapporto nella permuta atipica*, Milano, 1974, *passim*.

Questo, pertanto, è il nucleo centrale del problema: valutare quali siano, in presenza di patologie che colpiscano uno dei contratti, le conseguenze della ricostruzione del *p. f.* in termini di collegamento negoziale.

Al riguardo parte della dottrina (41) ha considerato il *p. f.* come ipotesi di collegamento unilaterale in considerazione della centralità assunta dal contratto di finanziamento rispetto agli altri contratti che vi gravitano attorno, con la conseguenza che solo le vicende relative al primo possono avere delle ripercussioni sugli altri e mai viceversa.

Tuttavia tale ricostruzione suscita delle perplessità in quanto finirebbe per non tenere in debito conto dell'importanza che rivestono nel *p. f.* gli altri contratti la cui presenza è sempre necessaria per la realizzazione dell'operazione (con la conseguenza che anche le vicende patologiche riguardanti questi ultimi avrebbero dei riflessi rilevanti sull'intero assetto negoziale) (42).

Per tali ragioni può apparire maggiormente aderente al *p. f.* l'ipotesi del collegamento reciproco (43) che attribuisce a tutti i contratti coinvolti la medesima capacità di influenzarsi reciprocamente in termini di efficacia dell'intera operazione.

I sostenitori di tale ultima ricostruzione (44) ritengono che così ragionando si finirebbe per tutelare maggiormente i soggetti non direttamente coinvolti nell'esecuzione dell'opera i quali, pur non essendo parti in senso tecnico dei vari contratti singolarmente considerati, sarebbero parte rispetto all'intera operazione negoziale in virtù del collegamento negoziale (e del *venir meno* del principio della relatività degli effetti).

Si pensi, al riguardo, ai finanziatori i quali, nel caso di risoluzione del contratto di appalto, possono esperire un'azione nei confronti dell'appaltatore per la restituzione della somma erogata.

Tuttavia tale impostazione non sembra cogliere nel segno giacché la logica del collegamento negoziale appare in contrasto con uno degli elementi peculiari del *p. f.*, ossia il cd. *ring fence*, la possibilità cioè di circoscrivere i rischi facendoli ricadere sui soggetti meglio in grado di sopportarli. Infatti se il vizio di uno qualsiasi dei contratti che caratterizzano la struttura del *p. f.* si ripercuotesse su tutti gli altri si verrebbero a colpire proprio i finanziatori (45), i quali sono soddisfatti solamente da un costante *cash flow*.

In relazione alla morfologia del *p. f.* vi è, pertanto, chi ha negato l'effettiva rilevanza del collegamento negoziale (46) giacché quest'ultimo, presentando il rischio di compromettere l'intera operazione al veri-

ficarsi dell'invalidità di uno dei contratti, arrecarebbe un grave pregiudizio a quei soggetti portatori dell'interesse (opposto) alla prosecuzione del rapporto contrattuale (47).

Si pensi, ad esempio, ai diversi interessi di cui sono portatori la SPV e i fornitori: la prima ha massimo interesse a far emergere l'unità dell'operazione tentando, così, di sciogliersi da tutti i vincoli contrattuali qualora il progetto non fosse più realizzabile, mentre i secondi hanno interesse a vincolare la SPV cercando di rendersi insensibili a tutti gli eventi che possano negativamente colpirla (quale lo scioglimento, anche, di un contratto di cessione dei beni prodotti) (48).

Tali critiche potrebbero trovare una mitigazione alla luce degli interventi della giurisprudenza volti a limitare la portata della regola *simul stabunt simul cadent* prospettando un'applicazione analogica delle regole sulla nullità parziale, di cui all'art. 1419 c.c., con la conseguente nullità dell'intero assetto contrattuale solo nell'ipotesi in cui risultasse che senza il contratto nullo le altre parti non avrebbero concluso gli altri contratti (49).

Note:

(41) G. L. Rabitti, *op. cit.*, 225 e ss.

(42) Si pensi, al riguardo, alla rilevanza assunta dal contratto di fornitura come testimoniato dalla circostanza che i finanziatori considerano la conclusione di questo contratto come condizione sospensiva per il finanziamento stesso. Senza trascurare, tra l'altro, l'importanza del contratto di concessione e gestione al quale, per espressa volontà del legislatore, viene ricondotta la disciplina specifica del *p. f.* sia con riferimento alla fase procedurale che a quella patologica (cfr. artt. 158 e 159 Codice contratti pubblici).

(43) T.V. Russo, *Il project financing*, cit., 268 e ss.; L. Costantino, *Profili civilistici del project*, cit., 427 e ss..

(44) Si veda, per tutti, R. Dipace, *La finanza di progetto*, cit., 1036 e 1037.

(45) I finanziatori, almeno nella logica del legislatore, sono sicuramente i soggetti da tutelare come si evince dalle disposizioni di cui agli artt. 158 e 159 del Codice.

(46) M. Robles, *Project financing "pubblico" e formazione del consenso negoziale*, in *Riv. dir. priv.*, 2005, 4, 792 e ss..

(47) Analoga preoccupazione, circa la configurabilità del *p. f.* in termini di collegamento negoziale, è stata esplicitata dall'ABI (con la Circolare 14 Agosto 2000 n. 14) con riferimento al rischio delle banche interessate a mantenere in vita il progetto.

(48) Nello stesso senso si veda P. Messina, *Le operazioni finanziarie nel diritto dell'economia*, in *Trattato di diritto dell'economia*, diretto da E. Picozza-E. Gabrielli, IX, Padova, 2011, 171.

(49) Si veda in tal senso Cass. n. 12733 del 1995, in *Foro it.*, 1996, I, 2162 e ss.; Cass. n. 321 del 1988, in *Giust. civ.*, 1988, I, 1214; Cass. n. 4822 del 1987, in *Giust. civ.*, 1987, I, 2883 e ss.; Cass. n. 1007 del 1980, in *Giur. it.*, 1981, I, 1537 e ss.; Cass. n. 351 del 1979, in *Foro it. Rep.*, voce *Contratto in genere*, 570; Cass. n. 1042 del 1975, in *Giur. it.*, 1976, I, 1190 e ss.; Cass. n. 2091 del 1971, in *Foro it.*, 1971, I, 2190 e ss. In dottrina è possibile (segue)

Tuttavia a ben vedere il codice civile si riferisce alla nullità parziale di un contratto o alla nullità parziale di singole clausole mentre nel caso di specie i termini della questione risultano essere diversi in quanto, da un lato, non si ha nullità parziale di uno dei contratti bensì nullità totale e, dall'altro lato, manca la nullità di clausole essendoci piuttosto la nullità di un (intero) contratto.

A quanto detto si aggiunga che nel *p. f.* le parti di tutti i contratti sono perfettamente consapevoli che il loro singolo contratto si inserisce all'interno di un'operazione negoziale più ampia e, anzi, sono esse stesse che collegano i singoli contratti mediante l'inserimento di apposite clausole.

Si pensi ai cd. *direct agreements* ovvero ai meccanismi condizionali disciplinati dalle parti allo scopo di creare un collegamento tra i vari negozi così superando il problema della relatività degli effetti del contratto.

Quanto detto permetterebbe di escludere il *p. f.* dall'ambito del collegamento negoziale giacché a quest'ultimo sono state ritenute estranee le varie ipotesi in cui le parti abbiano condizionato l'operatività di un rapporto rispetto a un altro in quanto in questi casi si porrebbe, semplicemente, un problema circa l'interpretazione della clausola prevista dai privati al fine di realizzare il collegamento (50).

In questa ottica sembrerebbe, pertanto, potersi accogliere quella dottrina specialistica secondo la quale «la presenza di *direct agreements* e di meccanismi condizionali che legano i vari contratti del progetto, rende, infatti, oltre tutto inutile, sul piano degli effetti, inquadrare o meno la finanza di progetto nel fenomeno del collegamento negoziale [...] giacché sono le parti stesse che, nell'esercizio del loro potere di autonomia privata, hanno diretto gli effetti dei singoli negozi variamente collegandoli (51)».

Alla luce delle suddette difficoltà di inquadramento altra dottrina (52) nega che il *p. f.* possa rientrare nella categoria del collegamento negoziale ritenendo che si tratti, piuttosto, di un'operazione economica contraddistinta da un insieme di rapporti (economici e contrattuali) fra loro variamente connessi. Più precisamente l'operazione economica è stata definita quale «sequenza unitaria e composita che comprende in sé il regolamento, tutti i comportamenti che con esso si collegano per il conseguimento dei risultati voluti, e la situazione oggettiva nella quale il complesso delle regole e gli altri comportamenti si collocano (53)».

La nozione di operazione economica quale sinonimo di un complessivo assetto di interessi che va oltre il singolo frammento negoziale costituisce uno stru-

mento interessante al fine di indagare fattispecie (come quella del *p. f.*) caratterizzate da una particolare complessità sul piano strutturale (54), ma ciò non deve indurre a ritenere questa come un'autonoma categoria giuridica che si affianca o, addirittura, si eleva al di sopra del contratto stesso (come sostenuto dai fautori dell'autonomia della categoria dell'operazione giuridica (55)).

La maggiore ampiezza di tale categoria rispetto a quella del contratto ne consentirebbe una migliore utilizzazione al fine di rappresentare la realtà degli affari dei privati.

In tale contesto è facile comprendere perché il *p. f.* vi sia stato ricondotto, in quanto si tratterebbe, come più volte sottolineato, di un'operazione complessa caratterizzata da una pluralità di contratti legati fra loro da nessi di interdipendenza.

Tale impostazione, tuttavia, non sembra convincente in quanto l'operazione economica avrebbe una funzione meramente descrittiva.

Infatti, come pure rilevato, se il contratto altro non è che «la formalizzazione giuridica», «l'involucro o la veste esteriore» dell'operazione economica non si

Note:

(continua nota 49)

bile notare due diversi orientamenti: da un lato vi è chi esclude l'applicabilità dell'art. 1419 c.c. ai contratti collegati (in tal senso G. Schizzerotto, *Il collegamento negoziale*, Napoli, 1983, 197; M. Tamponi, *Contributo all'esegesi dell'art. 1419 c.c.*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1978, 510 e ss.; C. Di Nanni, *Collegamento negoziale e funzione complessa*, in *Riv. dir. comm.*, 1977, I, 373 e ss.; F. Di Sabato, *Unità e pluralità di negozi (Contributo alla dottrina del collegamento negoziale)*, in *Riv. dir. civ.*, 1959, I, 438; L. Cariota Ferrara, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, 1948, 307 e ss.); dall'altro vi è chi, invece, ne ammette l'applicabilità (così R. Sacco, voce *Nullità e annullabilità*, in *Dig. disc. civ.*, XII, Torino, 1995, 301; G. Gandolfi, *Nullità parziale e dimensione ontologica del contratto*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1991, 1049 e ss.; R. Tommasini, *Invalidità*, in *Enc. dir.*, XXII, Milano, 1972, 596 e ss.; V. Roppo, *Nullità parziale del contratto e giudizio di buona fede*, in *Riv. dir. civ.*, 1971, I, 705; G. Criscuoli, *La nullità parziale del negozio giuridico*, Milano, 1959, 176 e ss.).

(50) Si veda S. O. Cascio-C. Argiroffi, *Contratti misti e contratti collegati*, cit., 3 e ss.; N. Gasperoni, *Collegamento e connessione tra negozi*, in *Riv. dir. comm.*, 1955, 365 e ss.; F. Satta, *Corrispettività fra prestazioni, collegamento fra negozi e proroga legale delle locazioni*, in *Giur. it.*, 1950, I, 2, 359 e 360; M. Giorgianni, *Negozi giuridici collegati*, cit., 333 e ss.

(51) A. Tullio, *La finanza di progetto*, op. cit., 337.

(52) M. Robles, *Project financing "pubblico"*, cit., 785 e ss., il quale nell'identificare il *p. f.* in un'operazione economica a formazione progressiva rimanda a M. E. Kleckner, *Il project financing e il diritto italiano*, in *Project financing. Aspetti economici, giuridici, finanziari, fiscali e contrattuali*, a cura di W. Ternau, Milano, 1996, 69 e ss.

(53) E. Gabrielli, *Il contratto e l'operazione economica*, cit., 95.

(54) A. Tullio, *La finanza di progetto*, cit., 55 e ss.

(55) Al riguardo si rinvia alle indicazioni indicate alla nota 38.

comprende in che termini l'operazione economica possa costituire una categoria giuridica che si affianchi al contratto stesso (56).

A ciò si aggiunga che l'assetto degli interessi dei privati e il fine a cui tende l'attività negoziale (mediante l'articolazione di diversi schemi negoziali) possono essere individuati ricorrendo al canone dell'interpretazione complessiva dei singoli contratti; canone dettato dall'art. 1363 c.c. con riferimento alle clausole del singolo contratto ma non per questo non utilizzabile anche in presenza di contratti attraverso i quali le parti danno una veste giuridica al loro programma economico (57).

Pertanto, anche con riferimento alla ricostruzione del *p. f.* in termini di operazione economica varrebbero gli stessi rilievi, già prospettati in materia di collegamento negoziale (58), circa la necessità di rifarsi solamente all'interpretazione della volontà delle parti le quali, nel *p. f.*, prevedono apposite clausole volte a determinare il legame tra i vari schemi negoziali con le correlative conseguenze sul piano operativo.

(Segue) I tentativi di tipizzazione: mandato e apertura di credito

L'attività qualificatoria si è poi sviluppata, al fine di individuare la relativa disciplina applicabile, con riferimento alla possibilità di ricondurre il *p. f.*, nella differente tipologia dei contratti che concorrono alla sua formazione, a due contratti tipici quali il mandato e l'apertura di credito (59).

L'occasione per prospettare una tale qualificazione è stata rappresentata da una vicenda nella quale il Ministero delle Finanze e il Comando generale della Guardia di Finanza avevano richiesto il parere del Consiglio di Stato circa lo «*schema di convenzione per l'appalto del servizio di mutuo finalizzato alla realizzazione di un programma concernente la costruzione, l'ammodernamento e l'acquisto di immobili destinati a caserme ed alloggi di servizio per la Guardia di Finanza, ai sensi dell'art. 29 della legge 18 febbraio 1999, n. 28*».

Più precisamente l'Amministrazione, dopo aver predisposto il bando di gara indirizzato alle banche, chiedeva l'intervento del Consiglio di Stato sullo schema di convenzione con la banca aggiudicataria, la quale doveva provvedere alla realizzazione degli interventi previsti dal programma. La convenzione prevedeva che, «*nel caso della costruzione ex novo di immobili (o di quello dell'ammodernamento di immobili esistenti), la banca avrebbe dovuto procedere in piena autonomia, quale soggetto di diritto privato, a tutte le attività che vanno dalla progettazione, alla realizzazione e*

al collaudo, sino alla consegna dell'immobile», giacché l'art. 29 l. n. 28 del 1999 richiedeva che la banca aggiudicataria disponesse di idonee strutture operanti nel settore immobiliare. Inoltre la convenzione stessa stabiliva che la banca aggiudicataria avrebbe dovuto provvedere alla provvista complessiva richiesta, con la precisazione che le risorse finanziarie, così reperite, sarebbero rimaste «*nella esclusiva disponibilità della banca stessa*» senza che su di esse l'Amministrazione potesse vantare alcun titolo.

Il Consiglio di Stato ha affermato che tale meccanismo differisce dalle usuali forme di finanziamento avvicinandosi al *project financing*, attesa la predisposizione di un modulo convenzionale attraverso il quale a un soggetto terzo (distinto dall'Amministrazione) veniva affidato il compito di realizzare un determinato programma, provvedendo, allo stesso tempo, alla relativa provvista finanziaria. Si voleva pertanto far sì, sempre a parere del Consiglio di Stato, che un soggetto terzo provvedesse in nome proprio a compiere degli atti giuridici i cui risultati sarebbero stati, successivamente, trasferiti al soggetto pubblico.

Gli atti giuridici compiuti dal soggetto terzo «*consistono in veri e propri contratti (compravendita e appalti) il cui costo potrà, alternativamente, essere sostenuto dall'Amministrazione ovvero dal soggetto agente che, a tal fine, avrà in precedenza dovuto provvedere alla relativa provvista finanziaria*».

Si verrebbe così a delineare un contratto di mandato (a contrarre) con il quale, ai sensi dell'art. 1703 c.c. una parte si obbliga a compiere uno o più atti giuridici per conto dell'altra, «*atti che possono avere a oggetto anche negozi traslativi della proprietà*». In questo senso, osserva il Consiglio di Stato, la convenzione in esame si configurerebbe come un mandato senza rappresentanza all'acquisto di beni immobili con correlativo obbligo a carico del mandatario, ai sensi del comma 2 dell'art. 1706 c.c., di ritrasferi-

Note:

(56) V. Roppo, *Il contratto*, Bologna, 1977, 10 e ss.

(57) A. Tullio, *La finanza di progetto*, cit., 323 e ss.. Nello stesso senso C. Scognamiglio, *Interpretazione del contratto e interessi dei contraenti*, Padova, 1992, 430, per il quale il problema dell'operazione economica è «soprattutto una questione di interpretazione».

(58) In quest'ottica G. Lener, *Profili del collegamento negoziale*, op. cit., 184, sottolinea l'inutilità di ricorrere all'operazione economica per dare rilievo all'assetto degli interessi dei privati in quanto ciò sarebbe già possibile riferendosi al collegamento negoziale. Da tale analogia ne deriva la sottoposizione alle medesime critiche.

(59) Si veda il parere n. 1504 reso dal Consiglio di Stato il 6 dicembre 2000.

mento dei beni medesimi nella sfera giuridica del mandante.

Con riferimento, invece, al secondo profilo (di natura precipuamente finanziaria) preso in considerazione dal parere *de quo* e concernente lo strumento contrattuale per mezzo del quale venivano messe a disposizione della P.A. le risorse reperite dalla banca, il Consiglio di Stato ha ritenuto che non si possa parlare di un contratto di mutuo, trattandosi piuttosto di una forma atipica di apertura di credito. Sulla base di queste considerazioni l'operazione può essere ricostruita in questi termini:

- 1) la banca assume il mandato a eseguire una serie di atti contrattuali in nome proprio;
- 2) conclusi i singoli contratti, la banca ha l'obbligo di trasferirne il risultato all'Amministrazione;
- 3) il pagamento viene eseguito dalla banca che presta all'Amministrazione l'importo occorrente per il pagamento o direttamente da quest'ultima con fondi propri;
- 4) l'Amministrazione assume l'obbligo di rimborsare il prestito secondo modalità convenute.

La ricostruzione del *p. f.* in tali termini ha indotto parte della dottrina (60) a rilevare che, sebbene tale figura presenti elementi caratteristici e del mandato e dell'apertura di credito, tuttavia, così ragionando, si finirebbe in qualche modo per ricondurlo a una forma di finanziamento tradizionale ridimensionandone le potenzialità applicative.

Ma, volendo spingersi oltre, appare opportuno esaminare, sia pure brevemente, in che misura i due tipi contrattuali del mandato e dell'apertura di credito siano effettivamente rispondenti ai meccanismi operazionali che caratterizzano un'operazione di *p. f.*

Con riferimento al mandato (61), così come ricostruito nel suddetto parere del Consiglio di Stato, occorre precisare che esistono delle differenze di tipo strutturale - soggettivo con la figura del *p. f.* Il Consiglio di Stato, infatti, individuando un rapporto gestorio tra P.A. e banca, rispetto a cui quest'ultima risulta essere mandatario, si discosta dallo schema della finanza di progetto, quale illustrato in precedenza, ove non sussiste alcun rapporto tra P.A. e banche-finanziatrici (62), giacché queste ultime risultano "legate", in virtù del contratto di finanziamento, alla sola SPV.

Tuttavia, in considerazione della peculiarità della convenzione oggetto del parere del Consiglio di Stato, anche a voler assimilare i compiti (63) previsti da quest'ultima in capo alle banche a quelli propri della SPV è possibile riscontrare delle (significative) differenze.

A ben vedere, infatti, mentre per il Consiglio di Sta-

to le banche sarebbero dei mandatari senza rappresentanza incaricati di stipulare dei contratti in nome proprio ma nell'interesse della P.A., la SPV (nel suddetto tentativo di assimilazione alle banche in considerazione dei compiti svolti) conclude la pluralità di contratti (nei quali è controparte necessaria) in nome proprio e nel proprio interesse venendo meno, pertanto, il carattere della collaborazione nell'altrui attività giuridica (64).

Con riferimento, invece, all'apertura di credito (65), quale "contratto col quale la banca si obbliga a tenere a disposizione dell'altra parte una somma di danaro per un dato periodo di tempo o a tempo indeterminato" (art. 1842 c.c.), occorre formulare talune precisazio-

Note:

(60) C. Paglietti, *Profili civilistici del project financing*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2003, II, 310.

(61) Sul tema si rinvia a G. Di Rosa, *Il mandato*, I, Artt. 1703 - 1709, in *Il codice civile. Commentario*, fondato da P. Schlesinger e diretto da F. D. Busnelli, Milano, 2012; Id., *Il mandato (la nozione)*, in *I contratti di collaborazione*, a cura di P. Sirena, in *Trattato dei contratti*, diretto da P. Rescigno-E. Gabrielli, XVI, Torino, 2011, 27 e ss.; B. Carpino, *I contratti speciali. Il mandato*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da M. Bessone, XIV, Torino, 2007; A. Luminoso, *Il mandato*, Torino, 2000; G. Di Rosa, *Rappresentanza e gestione. Forma giuridica e realtà economica*, Milano, 1997; U. Carnevali, voce *Mandato*, in *Enc. giur. Treccani*, XIX, Roma, 1990; C. Santagata, *Del mandato. Disposizioni generali*, sub art. 1703 c.c., in *Commentario Scialoja-Branca*, Bologna, 1985; A. Luminoso, *Mandato, commissione, spedizione*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu-F. Messineo, XXXII, Milano, 1984; S. Pugliatti, *Studi sulla rappresentanza*, Milano, 1965; L. Carraro, *Il mandato ad alienare*, Padova, 1947; G. Minervini, *Il mandato, la commissione, la spedizione*, in *Trattato di diritto civile italiano*, diretto da F. Vassalli, VIII, 1, Torino, 1952; F. Santoro Passarelli, *Mandato, rappresentanza indiretta: limiti*, in *Riv. dir. civ.*, 1940, 477 e ss.

(62) L'unico, eventuale, rapporto tra P.A. e banche, si potrebbe ravvisare con riferimento alla fase patologica del rapporto di concessione ex art. 159 del Codice in forza del quale è attribuito agli enti finanziatori (nell'ipotesi di inadempimento del concessionario) il potere di designare una (nuova) SPV la quale subentri al precedente concessionario previa accettazione della P.A. concedente.

(63) Si tratterebbe della stipula di una serie di contratti oltre che della progettazione, della realizzazione e del collaudo dell'immobile.

(64) Trattandosi di un interesse personale del(lo) (pseudo) mandatario verrebbe meno il presupposto che ha spinto il legislatore del 1942 all'attribuzione degli strumenti di tutela previsti dagli artt. 1705 comma 2 e 1706 c.c. a favore del mandante (si veda in tal senso G. Di Rosa, *Rappresentanza e gestione*, cit., 244).

(65) Sul tema si rinvia a R. Teti, *Dell'apertura di credito bancario*, Artt. 1842-1845, in *Il codice civile. Commentario*, fondato da P. Schlesinger e diretto da F. D. Busnelli, Milano, 2005; M. Porzio, voce *Apertura di credito*, in *Enc. giur. Treccani*, II, Roma, 1988; A. Serra, voce *Apertura di credito bancario*, in *Dig. disc. comm.*, I, Torino, 1987, 155 e ss.; M. Porzio, *L'apertura di credito: profili generali*, in *Le operazioni bancarie*, II, a cura di G.B. Portale, Milano, 1978, 505 e ss.; F. Messineo, *Operazioni di borsa e di banca. Studi giuridici*, 3 ed., Milano, 1966, 333 e ss.; R. Miccio, *Profili generali dell'apertura di credito bancario*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1964, I, 185 e ss.

ni al fine di verificarne la riconducibilità all'interno della figura del *p. f.* e, più precisamente, si tratta di esaminare le analogie con il contratto di finanziamento (cd. *loan agreement*), il quale assume un ruolo centrale in quest'ultimo schema.

Al riguardo è stato rilevato che l'apertura di credito è volta a soddisfare le esigenze «di chi abbisogna di capitali solo eventualmente» oppure ha necessità di prelevarli in diverse *tranches* e in momenti non determinati a priori, non conoscendo al momento della stipulazione né l'entità dei fondi richiesti, né il momento in cui li utilizzerà, né, persino, se avrà necessità di prelevarli (66).

Bastano già questi rilievi per evidenziare la differenza con l'operazione di *p. f.* in cui l'esigenza del capitale non è "eventuale" ma è necessaria alla riuscita stessa dell'operazione e, inoltre, l'ammontare del finanziamento e il momento dell'utilizzazione dello stesso sono predeterminati sin dal momento della stipulazione del contratto di finanziamento.

La circostanza poi che nell'apertura di credito è certo solamente l'ammontare massimo che l'accreditato potrà, se vorrà, utilizzare sarebbe un elemento di differenziazione con il mutuo, nel quale, invece, l'ammontare della somma data a credito è certa (67).

A ciò si aggiunga che, sebbene sotto il profilo della funzione assolta l'apertura di credito sia molto simile al contratto di mutuo (68), queste due figure si differenziano tra loro in ordine alla restituzione delle somme. Nell'apertura di credito la banca è obbligata a pagare la somma oggetto del contratto, in una o più volte, a richiesta dell'accreditato, il quale può restituirla quando e come vuole, purché entro il limite di durata del contratto; nel mutuo, invece, la scadenza delle prestazioni a carico di mutuante e mutuatario è fissata nel contratto (69). Tale ultimo profilo strutturale sarebbe ravvisabile nel *p. f.* e nel relativo contratto di finanziamento nel quale assumono una certa centralità i piani di ammortamento, secondo scadenze prefissate, al fine del rimborso (70).

Tali argomentazioni sembrerebbero deporre a favore della tesi secondo la quale il *p. f.*, nei vari contratti che concorrono alla sua formazione, sarebbe assimilabile al mutuo piuttosto che all'apertura di credito (71).

(Segue): il mutuo di scopo

Alla luce dei rilievi critici formulati con riguardo ai tentativi di tipizzazione in termini di mandato e apertura di credito, parte della dottrina (72) ha rinvenuto nel mutuo di scopo la fattispecie contrattuale con maggiori punti di contatto con il *p. f.* (73). La peculiarità di quest'ultima figura sarebbe rappresen-

tata dalla rilevanza che, accanto alla causa generica-

Note:

(66) Si veda E. Simonetto, *I contratti di credito*, rist., Padova 1994, 378.

(67) Si veda, in tal senso, R. Teti, *Dell'apertura di credito bancario*, cit., 17.

(68) Si veda A. Giordano, *Sulla natura giuridica dell'apertura di credito*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1949, I, 341 e ss..

(69) Si veda R. Miccio, *Profili generali dell'apertura di credito bancario*, op. cit., passim; A. Fiorentino, *Dei contratti bancari*, sub art. 1842 c.c., in *Commentario Scialoja-Branca*, Bologna, 1972, passim.

(70) Si veda al riguardo Russo T. V., *Il project financing*, op. cit., 233 e 234; S.M. Sambri, *Project financing. La finanza di progetto per la realizzazione di opere pubbliche*, in *Trattato di diritto dell'economia*, diretto da Picozza-Gabrielli, III, Padova, 2006, 357.

(71) In quest'ottica si pone Montani F., *Project financing*, cit., 180 e ss. In senso contrario M. Novo, *Gli aspetti legali del project financing*, in *Manuale del project finance*, di S. Gatti, Roma, 2006, 378, il quale per la parte attinente alla messa a disposizione dei fondi, nell'ambito del contratto di finanziamento, si rifà all'apertura di credito. Infine bisogna ricordare la posizione di G. Lucida, *Finanza di progetto: la prospettiva di diritto civile*, in *Project financing e opere pubbliche*, cit., 4, secondo il quale per quanto i contratti di finanziamento nel *p. f.* «presentino elementi di analogia con mutuo e apertura di credito, gli schemi ricorrenti nella prassi internazionale presentano spesso peculiarità che rendono problematiche automatiche assimilazioni».

(72) C. Paglietti, *Profili civilistici del project financing*, cit., 310-312; G. L. Rabitti, *Project financing*, cit., 237-239.

(73) Sul tema, in generale, si veda R. Teti, *I mutui di scopo*, in *Trattato dir. priv.*, diretto da P. Rescigno, XII, 2, 2ª ed., Torino, 2007, 647; R. Clarizia, *I contratti per il finanziamento dell'impresa: mutuo di scopo, leasing, factoring*, Torino, 2002; G. Mineo, *Il finanziamento agevolato tra legge e contratto*, Milano, 1997, e le indicazioni bibliografiche ivi contenute; M. Rispoli Farina, voce *Mutuo di scopo*, in *Dig. disc. civ.*, XI, Torino, 1994, 558 e ss.; Id., *Il mutuo di scopo*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, XII, Torino, 1985, 689 e ss.; A. Zimatore, *Il mutuo di scopo: problemi generali*, Padova, 1985; V. Allegri, *Credito di scopo e finanziamento bancario alle imprese*, Milano, 1984; M. Fragali, *Del mutuo*, in *Commentario Scialoja-Branca*, Bologna, 1966; Id., *Il mutuo di scopo*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1961, I, 461 e ss., il quale afferma che «per esservi mutuo di scopo è necessario che la finalità avuta di mira formi parte inseparabile dell'assetto dato dai contraenti al rispettivo interesse e costituisca oggetto di una determinazione idonea ad influenzare la funzione del negozio» (op. ult. cit., 474). Il mutuo di scopo è definito da A. Zimatore, *Mutuo di scopo*, in *Dizionario del diritto privato, Diritto civile*, Milano, 1980, 601, come «un contratto in forza del quale una parte si obbliga a fornire, in una o più soluzioni, i capitali necessari al conseguimento, da parte del sovvenuto, di una finalità legislativamente o convenzionalmente determinata, e l'altra parte si obbliga a restituire la somma ricevuta e a svolgere l'attività necessaria al raggiungimento dello scopo previsto nel contratto, impiegando in tale attività una somma di denaro pari a quella ricevuta in mutuo». Si veda anche S. Mazzamuto, *Mutuo di scopo*, in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, 1990, XX, secondo il quale il mutuo di scopo è «il contratto in virtù del quale una parte, per il raggiungimento di una finalità che corrisponde ad un proprio interesse ma che tipicamente ricade nella sfera economico-giuridica dell'altra parte, si impegna a provvedere temporaneamente ai mezzi finanziari di quest'ultima, la quale si obbliga a sua volta alla realizzazione delle attività o dei risultati convenuti, alla eventuale corresponsione degli interessi e alla restituzione del capitale».

mente creditizia, acquista il motivo specifico in virtù del quale viene approntata la provvista e in base al quale grava sul mutuatario un obbligo ulteriore, quello cioè di compiere una certa attività per il raggiungimento di un determinato scopo. La rilevanza dello scopo attribuisce al mutuante un potere di controllo sull'effettiva rispondenza dell'uso e della destinazione delle somme erogate individuando, così, un punto di coincidenza con lo schema del *p. f.* e, in particolare, con il potere di ingerenza che caratterizza in quest'ultimo il soggetto erogatore dei fondi il quale potrà intervenire nella gestione delle somme.

Accogliendo questa opinione le conseguenze operative più rilevanti sono le seguenti:

a) il finanziamento può essere utilizzato solo per lo scopo dichiarato nel contratto e, se utilizzato in maniera difforme ad esso, permette al mutuante di risolvere il contratto (74), determinando, altresì, la decadenza del beneficio del termine *ex art.* 1186 c.c.;

b) le parti possono inserire nel contratto clausole che permettano al mutuante di rivestire un ruolo predominante, effettuando controlli e intromettendosi nel modo di gestire la somma mutuata da parte del mutuatario;

c) secondo quanto stabilito dalla Suprema Corte (75) qualora si dovesse risolvere il contratto in funzione del quale era stato concesso il mutuo (appunto di scopo) il «*mutuante sarebbe legittimato a richiedere la restituzione della somma mutuata non al mutuatario ma direttamente al beneficiario in via definitiva della somma originariamente data a mutuo*».

Se si volesse tentare un'applicazione di tale soluzione al *p. f.* e, in particolare, al rapporto che si instaura tra il contratto di finanziamento, concluso tra la SPV e i finanziatori, e il contratto di costruzione, concluso tra la SPV e il costruttore, il quale rappresenterebbe il beneficiario effettivo della somma concessa in mutuo alla SPV, il risultato consisterebbe nello stabilire una garanzia indiretta a favore dei finanziatori e nell'assunzione di un rischio a carico del costruttore (76).

La ricostruzione del *p. f.* in termini di mutuo di scopo appare, tuttavia, inadeguata per almeno due ordini di motivi.

In primo luogo essa non consente di attribuire la giusta rilevanza agli altri negozi che costituiscono il *p. f.* e che assumono fondamentale importanza al fine della suddivisione dei rischi tra i vari soggetti coinvolti nella complessa (e articolata) operazione economica.

In secondo luogo occorre criticamente rilevare che

nel *p. f.* il soggetto erogatore assume il rischio di impresa mentre nel mutuo di scopo l'erogatore rimane pur sempre un soggetto esterno, in una posizione di formale estraneità rispetto alle scelte gestionali e ai rischi economici del soggetto finanziato (77).

Ciò, ancora una volta, testimonia la difficoltà di inquadramento del *p. f.* entro categorie tipiche rispetto a cui l'unico dato certo è l'unitarietà da un punto di vista economico (o meglio dello scopo economico-finanziario perseguito) a fronte di un vuoto legislativo che non permette di giungere a conclusioni certe e che, con ogni probabilità, non necessariamente deve ritenersi casuale (78).

Note:

(74) Si veda, in tal senso, G. Mineo, *Il finanziamento agevolato*, *op. cit.*, 44 e 45, il quale, riprendendo la ricostruzione del mutuo di scopo di Fragali che riconduce lo "scopo" tra gli elementi qualificanti della "*causa negotii*", giunge ad affermare che «è la banca, e non l'impresa, a disporre discrezionalmente delle sorti del rapporto di finanziamento agevolato: giacché in tutti i casi di inadempimento degli obblighi di destinazione, comportanti o meno la revoca delle agevolazioni, è essa sola, in quanto parte creditrice, il soggetto posto nelle condizioni di poter decidere se risolvere o continuare il rapporto con l'impresa [...]».

(75) Cass. n. 474 del 1994, in *Foro. it.*, 1994, 1 e ss.. Nel medesimo senso si veda, altresì, Cass. n. 3589 del 2010, in questa *Rivista*, 2010, 500 e ss.; Cass. n. 7773 del 2003, *ivi*, 2003, 1131 e ss.; Cass. n. 5966 del 2001, *ivi*, 2001, 1126 e ss.

(76) Si veda G. L. Rabitti, *Project financing*, *cit.*, 241; P. Messina, *Le operazioni finanziarie nel diritto dell'economia*, *cit.*, 172. Tale conclusione, come già visto, è antipodica rispetto a quanto accade nella ricostruzione del *p. f.* in termini di collegamento negoziale giacché in quest'ultimo caso sono i finanziatori a essere penalizzati in quanto potrebbero essere esposti al rischio che la SPV strumentalizzi il pericolo di caducazione dell'intera operazione.

(77) Nello stesso senso C. Paglietti, *Profili civilistici del project financing*, *cit.*, 312.

(78) A tale difficoltà oggettiva si aggiunga (e anche ciò non è casuale) che è l'aspetto patologico, e non quello fisiologico, a dettare la disciplina (si vedano gli artt. 158 e 159 del Codice dei contratti pubblici) incidendo, pertanto, sulla articolata organizzazione negoziale e sulla stabilità dei rapporti stessi.

Banca Dati

I Contratti online

La più autorevole e completa guida in materia contrattualistica

art. 1321-2040



Y36DR_LE

Unica sul mercato con il Commentario Codice Civile online!

Tratto dal volume "Codice Civile Commentato" (art. 1321 – 2040), II edizione, a cura di Guido Alpa, Vincenzo Mariconda:

- **costantemente aggiornato** con le ultime novità normative e giurisprudenziali
- commento firmato dai più autorevoli giuristi sui singoli contratti

Integrata nel sistema La Legge plus online Strumento indispensabile per i professionisti:

- Legge prassi e giurisprudenza
- Commentario Codice Civile (art. 1321–2040)
- Articoli tratti dalle riviste Ipsoa, Cedam e Utet Giuridica
- Profili operativi, tributari e comunitari
- Modelli dei contratti e degli atti complementari
- Casi e soluzioni degli esperti ai problemi in materia contrattualistica



www.shopwki.it/bdcontratti

www.ipsoa.it/agenzie



IPSOA

Gruppo Wolters Kluwer

Osservatorio comunitario

a cura di **Irene Picciano** *Studio Legale De Berti Jacchia Franchini Forlani - Bruxelles*

@ Il testo integrale del provvedimento contrassegnato è disponibile su: www.ipsoa.it/contratti

CONTRATTI DEI CONSUMATORI

LA COMMISSIONE EUROPEA RICHIEDE
UN MERCATO INTEGRATO DEI PAGAMENTI
TRAMITE CARTE, INTERNET E TELEFONO

@ Libro Verde della Commissione, 11 gennaio 2012,
doc. COM(2011) 941 definitivo

Il Libro verde della Commissione

In data 11 gennaio 2012, la Commissione europea ha pubblicato un Libro Verde intitolato "*Verso un mercato integrato dei pagamenti tramite carte, internet e telefono mobile*" ("Libro Verde"), al fine di lanciare un processo di consultazione su vasta scala con le parti interessate il cui obiettivo è quello di convalidare o completare l'analisi svolta dalla stessa sulla situazione attuale dei pagamenti tramite carte, internet e telefono mobile in Europa, sugli elementi che mancano per farne un mercato completamente integrato e sugli ostacoli che sono all'origine di tali elementi.

La costituzione di un mercato europeo dei pagamenti competitivo ed innovativo, garantirebbe ai consumatori, ai commercianti e alle imprese pagamenti elettronici sicuri ed efficienti ed in generale maggiore concorrenza, scelta, trasparenza ed innovazione, nonché agli operatori specializzati di produrre dati che potrebbero essere utilizzati per compilare statistiche armonizzate.

L'Area unica dei pagamenti europei ("AUPE")

Punto di partenza in questo cammino verso un mercato completamente integrato è l'Area unica dei pagamenti in euro ("AUPE"), progetto autoregolato, istituito e gestito dal settore bancario europeo, tramite il Consiglio europeo per i pagamenti ("EPC") (1), con il forte sostegno della Banca Centrale Europea ("BCE") e della Commissione.

L'AUPE è stata costituita con lo scopo di creare nell'Unione europea ("UE") il più grande mercato integrato (2) dei pagamenti elettronici al dettaglio (3) al mondo, all'interno del quale non si fa distinzione tra pagamenti in euro nazionali e transfrontalieri. In base agli standard e alle norme AUPE, questa distinzione dovrebbe divenire obsoleta anche per i pagamenti non in euro all'interno dell'UE e quindi consentire di creare un vero e proprio mercato unico digitale su scala unionale. La situazione attuale dei pagamenti tramite carte, internet e telefono mobile a livello europeo rivela un grado d'integrazione che varia notevolmente a seconda dello strumento di pagamento utilizzato (bonifici, addebiti diretti e carte di pagamento) e del canale (pagamenti elettronici o tramite telefono mobile). In tale contesto, i bonifici e gli addebiti diretti sono gli unici strumenti di pagamento per i quali esistono sistemi specifici di pagamento paneuropei, quali il bonifico e l'addebito diretto AUPE (4), le cui regole per i pagamenti in euro sono state elaborate dall'EPC.

Lungi dall'essere completata è invece l'integrazione del mercato europeo delle carte di pagamento; infatti, nonostante queste siano lo strumento di pagamento elettronico più diffuso per i pagamenti al dettaglio (5), i costi per i consumatori, le commissioni interbancarie e quelle a carico dei commercianti sono diminuite di poco negli ultimi dieci anni. Lo sviluppo del mercato unico è inoltre ostacolato sia dal fatto che i sistemi nazionali di carte di addebito spesso non sono accettati al di fuori dello Stato membro d'origine sia dall'uso fraudolento delle carte di pagamento, un fenomeno in continuo aumento soprattutto per le operazioni a distanza.

Note:

(1) La plenaria dell'EPC ha il compito di gestire i sistemi AUPE e i relativi quadri regolamentari, nonché di introdurre nuove norme o modifiche a tali quadri e sistemi. Per quanto riguarda la composizione dell'EPC, oltre alle banche, attualmente sono rappresentati anche gli istituti di pagamento, con un membro. Gli altri prestatori di servizi di pagamento, le società di trattamento dei pagamenti, gli operatori economici lato offerta (ad esempio, fornitori di software, fabbricanti di terminali) e gli utenti non sono rappresentati. Per coinvolgere maggiormente le parti interessate nella *governance* dell'AUPE a livello unionale, la Commissione e la BCE hanno istituito insieme, nel marzo 2010, un organismo di gestione di alto livello, il "Consiglio AUPE". Composto dai rappresentanti di alto livello del mercato dei pagamenti, sia lato dell'offerta che della domanda, ha lo scopo di promuovere la realizzazione di un mercato integrato dei pagamenti in euro e ricercare il consenso delle varie parti sulle prossime tappe necessarie per completare l'AUPE. Non ha alcun potere legislativo e non può imporre obblighi.

(2) Secondo le statistiche della BCE, nel 2009 nella sola eurozona sono state effettuate quasi 58 miliardi di operazioni di pagamento al dettaglio. I vantaggi economici derivanti dall'integrazione di questo mercato non sono affatto trascurabili. Stando ad alcuni studi, ad esempio, se per i bonifici, gli addebiti diretti e le carte di pagamento si passasse completamente al sistema AUPE, si avrebbero benefici indiretti dell'ordine di oltre 300 miliardi di euro nell'arco di sei anni.

(3) I pagamenti al dettaglio sono operazioni di pagamento in cui almeno una delle parti coinvolte nell'operazione (ad esempio, il pagatore, il beneficiario o entrambi) non è un ente finanziario. I pagamenti al dettaglio sono quindi tutte le operazioni di pagamento che non avvengono tra due banche.

(4) Nel dicembre 2010, la Commissione ha presentato una proposta di regolamento [Proposta di regolamento che fissa i requisiti tecnici per i bonifici e gli addebiti diretti in euro e che modifica il regolamento (CE) n. 924/2009, COM(2010)775] che fissa date precise entro cui passare obbligatoriamente dai sistemi di pagamento nazionali ai sistemi paneuropei. Una volta raggiunta questa tappa fondamentale, si avranno le basi da cui proseguire verso una maggiore integrazione di tale mercato.

(5) Nel 2009, in termini di volume (numero di operazioni), un terzo di tutti i pagamenti al dettaglio sono stati effettuati con carte di pagamento: nell'UE sono state utilizzate circa 726 milioni di carte di pagamento, ossia 1,45 carta per persona, e in media i consumatori hanno speso 2.194 EUR per carta in 43 operazioni presso punti vendita.

In assenza di un quadro generale e coerente di autoregolamentazione, anche il panorama attuale dei pagamenti elettronici (6) in Europa risulta estremamente frammentato, con situazioni che cambiano valicando i confini, con sistemi nazionali di pagamento elettronico che solo in pochi casi funzionano bene e con un numero esiguo di grandi operatori internazionali non europei.

Dalla consultazione pubblica sul futuro del commercio elettronico è poi emerso che i pagamenti elettronici rappresentano uno degli ostacoli principali alla crescita di questo settore (7); oggetto di critica sono la diversità dei metodi di pagamento tra Stati membri ed il costo dei pagamenti per consumatori e commercianti. Quanto ai pagamenti mobili (8), il loro volume è, tra i diversi metodi di pagamento, quello che sta aumentando a ritmo più serrato (9), ma il margine di sviluppo è ancora ampio rispetto a quello dell'area Asia/Pacifico. Questo margine differenziale è da imputare alla frammentazione del mercato dei pagamenti mobili in Europa, dovuta come visto all'assenza di un vero e proprio quadro europeo che disciplini gli aspetti preminenti (10), come gli standard tecnici, la sicurezza, l'interoperabilità e la cooperazione tra i soggetti operanti nel mercato.

Poiché, quindi, gli attori chiave non hanno concordato un modello commerciale praticabile che consenta di offrire soluzioni di pagamento interoperabili, è fuori dall'Europa che nascono le iniziative più importanti e promettenti in materia di pagamenti mobili.

Il piano della Commissione

1) Ridurre la frammentazione ed agevolare l'accesso al mercato

Orbene, in linea con il progetto di creare un vero e proprio mercato unico digitale su scala unionale, la Commissione individua cinque possibili modi per stimolare l'integrazione dei sistemi di pagamento tramite carte, internet e telefono mobile.

Il primo modo consiste nel ridurre la frammentazione del mercato e nell'agevolare l'accesso, anche transfrontaliero, a tale mercato, per il tramite di una serie di interventi, a cominciare dalla riduzione della grande varietà di commissioni interbancarie multilaterali (11) ("MIF") (12), che potrebbe causare distorsioni del mercato unico, esacerbandone la frammentazione. L'applicazione di MIF elevate sarebbe altresì in grado di ostacolare l'ingresso nel mercato di sistemi di pagamento a basso costo, sia tramite carta sia con altri mezzi. Occorrerebbe poi agevolare l'*acquiring* transfrontaliero (13) che, ad oggi, è ostacolato da una serie di problemi quali la varietà di standard tecnici adottati e la serie di norme e di-

Note:

(6) Si tratta dei pagamenti effettuati via internet, generalmente in uno dei tre modi seguenti: 1) eseguendo un'operazione di pagamento con carta a distanza via internet; 2) eseguendo bonifici o addebiti diretti tramite i servizi bancari online, per cui il pagatore deve autenticarsi presso un portale bancario online (servizio che attualmente funziona solo a livello nazionale); 3) eseguendo pagamenti tramite prestatori di servizi di pagamenti elettronici, presso i quali il consumatore ha aperto un conto individuale. I conti possono essere alimentati con metodi di pagamento "tradizionali", ad esempio bonifici o pagamenti con carta di credito.

(7) Con la diffusione del commercio elettronico, ossia l'acquisto e la vendita di prodotti via internet, il pagamento elettronico diventa uno strumento sempre più importante. Forrester Research prefigura una crescita del numero di acquirenti online in Eu-

ropa, che passerebbero dai 141 milioni del 2009 a 190 milioni entro il 2014. Si prevede che il mercato del commercio elettronico si amplierà nei prossimi cinque anni ad un tasso annuo di circa 10%. La spesa media pro capite a livello UE nel 2014 dovrebbe ammontare a 601 EUR, con un innalzamento rispetto ai 483 EUR del 2009. Nonostante il notevole potenziale di crescita, il commercio elettronico costituisce solo il 3,4% di tutto il commercio al dettaglio europeo, per cui vi è un ampio margine di crescita ancora da sfruttare.

(8) I pagamenti mobili, nei quali i dati e l'ordine di pagamento sono emessi, trasmessi o confermati tramite un telefono o un dispositivo mobile, possono essere classificati in due categorie principali: 1) pagamenti mobili a distanza, in genere eseguiti via internet/WAP o tramite servizi di sms a tariffazione maggiorata (sms premium) che sono addebitati al pagatore per mezzo del gestore di telefonia mobile. La maggior parte dei pagamenti mobili via internet si avvale attualmente dei sistemi di pagamento tramite carte. Dal punto di vista tecnico sono possibili anche altre soluzioni, basate su bonifici o accrediti diretti, che tuttavia, pur essendo altrettanto sicure, efficienti e competitive, faticano a farsi largo nel mercato; 2) pagamenti di prossimità, in genere eseguiti direttamente nel punto vendita. Basati sul protocollo NFC, al momento la tecnologia di prossimità più all'avanguardia, questi pagamenti necessitano di telefoni con apposita architettura NFC che possano essere riconosciuti quando avvicinati a un lettore presso i punti vendita (negozi, trasporti pubblici, parcheggi, ecc.).

(9) Juniper Research prevede che tra il 2010 e il 2012 il valore totale dei pagamenti mobili effettuati a livello mondiale passerà da 100 miliardi a 200 miliardi di dollari. Altri studi indicano che nel 2014 questo valore supererà i mille miliardi di dollari, di cui 350 miliardi di dollari ascrivibili alla sola Europa. Si stima inoltre che, sempre entro il 2014, uno su cinque smartphone sarà dotato di tecnologia NFC.

(10) I tentativi per giungere all'integrazione dei pagamenti mobili a livello europeo sono attualmente effettuati all'insegna dell'autoregolamentazione. In tale contesto, l'EPC coopera con l'associazione internazionale dei gestori di telefonia mobile (GSMA) e ha pubblicato, nel luglio 2010, un libro bianco sui pagamenti mobili che verte principalmente sui pagamenti mobili tramite carte di pagamento.

(11) Le MIF si applicano alle operazioni effettuate nei punti vendita a mezzo carta di pagamento, ossia operazioni effettuate dal titolare della carta presso il commerciante. In un sistema a quattro parti, il prestatore di servizi di pagamento emittente stipula un contratto con il titolare della carta (pagatore) e il commerciante incarica un prestatore *acquirer* (beneficiario) ad accreditare i pagamenti con carta effettuati sul suo terminale. Per i suoi servizi, l'*acquirer* addebita al commerciante una commissione sul servizio commerciale (Merchant Service Charges - MSC). Le commissioni interbancarie nell'ambito di tali sistemi sono i costi addebitati dall'emittente sulle operazioni effettuate con le carte che ha emesso. Il costo di queste commissioni è a carico dell'*acquirer*, poi trasferito sui commercianti sotto forma di MSC aumentate.

(12) Mentre in alcuni paesi non appartenenti all'UE (i.e. Australia e USA) sono state disciplinate, nell'UE la Commissione e le autorità nazionali per la concorrenza hanno adottato varie decisioni che, a norma delle regole unionali sulla concorrenza, vietano la stipula di intese specifiche sulle MIF.

(13) Con *acquiring* transfrontaliero s'intende una situazione in cui un commerciante si avvale dei servizi di un prestatore di servizio di pagamento *acquirer* residente in un altro paese. Con questo tipo di accordo, non solo tutti i commercianti beneficiano di una concorrenza più forte a livello di commissioni sul servizio commerciale (MCS), ma le imprese possono anche designare un unico *acquirer* per le loro operazioni, guadagnandoci in efficienza sul piano amministrativo e in una maggiore concorrenza transfrontaliera.

sposizioni che disciplinano i sistemi di carte internazionali le quali concorrono a rendere questo tipo di accordo meno interessante per i commercianti.

Un ulteriore nodo da sciogliere riguarda il ricorso alla c.d. carta multipla (14); si tratta di una pratica che consiste nel combinare più marchi di società di pagamento su una stessa carta o uno stesso dispositivo.

A giudizio della Commissione, occorre innanzitutto capire quali siano i benefici e/o gli svantaggi di una carta multipla, quindi stabilire se ed in quale misura le regole dei sistemi esistenti consentano ai marchi concorrenti nei mercati nazionali di figurare sulla stessa carta e se esistano riserve sotto il profilo della concorrenza derivanti da un utilizzo delle stesse intento a limitare o influenzare indebitamente la scelta del marchio e/o dello strumento di pagamento. Il quadro AUPE contiene infatti una norma secondo la quale il prestatore emittente, d'accordo col consumatore, può preselezionare il marchio da utilizzare nel punto vendita tra quelli figuranti su una carta che ne ospita più di uno.

Sempre al fine di ovviare alla frammentazione del mercato, bisognerebbe separare gli enti di gestione dei sistemi di carte di pagamento e gli enti di trattamento dei pagamenti effettuati mediante carte attraverso l'elaborazione di standard indipendenti per il trattamento dei sistemi; l'obiettivo è di evitare che i sistemi di carte di pagamento impongano ai loro convenzionati l'uso di affiliate, ostacolando così l'ingresso di società autonome di trattamento dei pagamenti e di nuovi sistemi di carte. Oggetto di esame saranno comunque anche: l'accesso ai sistemi di regolamento e compensazione dei pagamenti, l'impatto sul mercato del quadro AUPE, l'opportunità di autorizzare istituzioni non bancarie ad accedere ad informazioni sulla disponibilità di fondi nei conti bancari e la dipendenza dalle operazioni con carte di pagamento.

2) Trasparenza nel costo dei servizi di pagamento

Il secondo possibile modo per stimolare l'integrazione dei sistemi di pagamento è quello di fornire servizi di pagamento a tariffe trasparenti ed efficienti in termini di costi per i consumatori, i dettaglianti e altri operatori. L'opacità del costo reale dei servizi di pagamento, soprattutto per il mercato delle carte, sia per i consumatori che per i commercianti, si traduce in costi di pagamento più elevati per l'economia dell'UE. In particolare, le spese per i micropagamenti (15) sono spesso percepite come eccessive, sia dai consumatori che dai commercianti, perché di solito rappresentano una fetta del valore dell'operazione molto più grande che nei pagamenti di importi elevati. Questo deriva dalla non consapevolezza dei consumatori del costo totale dell'utilizzo di un determinato strumento di pagamento, vale a dire non solo dei costi direttamente a loro carico, ma anche delle spese sostenute dai commercianti. Ne consegue che i consumatori scelgono lo strumento di pagamento in base alla praticità o agli eventuali vantaggi che tale strumento può apportare loro; tale strumento può però non essere il migliore in termini di costi reali per l'economia. Rendere più trasparente il costo totale dell'utilizzo dei diversi strumenti di pagamento, informando correttamente i consumatori sui costi a carico del commerciante per l'uso e/o il trattamento di un determinato strumento di pagamento potrebbe abbassare il costo totale dei pagamenti per l'economia. Un'altra possibilità per migliorare la trasparenza delle tariffe applicate ai consumatori dai commercianti e promuovere l'uso degli strumenti di pagamento più efficienti consiste nel ricorso sistematico e generalizzato a sconti, maggiorazioni delle tariffe (16) e altre pratiche di orienta-

mento della scelta del cliente da parte del commerciante. Con riferimento alle maggiorazioni, non va ad ogni modo trascurato il rischio di abusi (17), perpetrati soprattutto per la mancanza di trasparenza e per l'assenza di uno strumento di pagamento alternativo pratico per evitare di pagare una maggiorazione. Come previsto dall'articolo 19 della direttiva 2011/83/UE (18), le maggiorazioni non devono essere utilizzate come fonte di reddito supplementare per i commercianti, ma limitarsi al costo effettivo dell'uso di uno strumento di pagamento. Da ultimo, modificando le norme che disciplinano i sistemi delle carte di pagamento (19), si potrebbe conferire più potere ai commercianti nei negoziati con gli *acquirer*, migliorando al contempo la capacità degli stessi di influenzare le decisioni dei consumatori; ciò consentirebbe di

Note:

(14) Attualmente, per i nuovi sistemi che intendono accedere al mercato, la soluzione migliore è di persuadere i prestatori di servizi di pagamento emittenti ad apporre il marchio del nuovo entrante sulle carte di pagamento che recano già il marchio di un sistema di pagamento (internazionale). In tal modo i consumatori, al momento del pagamento, avrebbero la possibilità di scegliere tra i due sistemi (a condizione che il commerciante li accetti entrambi), tenendo conto degli eventuali vantaggi offerti dall'emittente (accumulo di miglia aeree, ecc.) e degli incentivi utilizzati dal commerciante (maggiorazioni, riduzioni, orientamento del cliente verso un determinato sistema).

(15) I micro-pagamenti sono i pagamenti a basso importo, spesso, per loro natura, effettuati tramite carta, internet o telefono mobile.

(16) Direttiva 2007/64/CE, cit. L'art. 52, par. 3, prevede che: «... Il prestatore di servizi di pagamento non impedisce al beneficiario di imporre una spesa o di proporre una riduzione al pagatore per l'utilizzo di un determinato strumento di pagamento. Tuttavia, gli Stati membri possono vietare o limitare il diritto di imporre spese tenendo conto della necessità di incoraggiare la concorrenza e di promuovere l'uso di strumenti di pagamento efficienti ...». Gli Stati membri hanno scelto di applicare tale disposizione in modo radicalmente diverso nei loro territori. Le diverse scelte nazionali aumentano considerevolmente la complessità del mercato unico e sono fonte di confusione sia per i consumatori sia per i commercianti, in particolare nelle operazioni transfrontaliere.

(17) Si tratta di un aspetto particolarmente delicato per alcuni settori economici (il settore aereo, ad esempio).

(18) Direttiva 2011/83/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25.10.2011, sui diritti dei consumatori, recante modifica della direttiva 93/13/CEE del Consiglio e della direttiva 1999/44/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e che abroga la direttiva 85/577/CEE del Consiglio e la direttiva 97/7/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, in *G.U.U.E.*, L 304 del 22 novembre 2011. L'articolo 19 prescrive che: «... Gli Stati membri vietano ai professionisti di imporre ai consumatori, in relazione all'uso di determinati strumenti di pagamento, tariffe che superino quelle sostenute dal professionista per l'uso di detti strumenti ...».

(19) Le norme in questione sono la regola della non discriminazione, che vieta ai dettaglianti di orientare i clienti verso l'uso di uno strumento di pagamento di loro scelta, tramite maggiorazioni, sconti o qualsiasi altra forma di orientamento; l'obbligo di accettare tutte le carte, per cui i commercianti sono tenuti ad accettare tutte le carte di una stessa marca, anche se le commissioni hanno costi diversi; la pratica delle spese accorpate, applicata dagli *acquirer* delle carte. A causa dell'accorpamento delle spese, il commerciante si vede addebitare dall'*acquirer* solo una commissione media per i pagamenti con carta e non viene informato delle MIF applicate alle singole categorie di carta.

ridurre i costi delle carte di pagamento per l'economia e di moltiplicare le possibilità di adozione di nuovi sistemi concorrenziali da parte dei commercianti.

3) Completare la normazione di protocolli, interfacce, applicazioni e servizi accessori

Il terzo modo per stimolare l'integrazione dei sistemi di pagamento è quello di portare a termine la normazione di diversi elementi quali protocolli, interfacce, applicazioni e servizi, in modo da raggiungere l'inter-operabilità transfrontaliera, che consentirebbe agli utenti europei di beneficiare a pieno della concorrenza, della libertà di scelta e di operazioni di pagamento più efficaci. Il pagamento con carta implica uno scambio di dati tra i prestatori di servizi di pagamento *acquirer* e emittente ("settore A21" ossia "*acquirer-to-issuer*") ma anche tra il commerciante e l'*acquirer* ("settore T2A" ossia "*terminal-to-acquirer*"). Nel settore T2A, la frammentarietà dell'attività di normazione (20) ha un triplice effetto. L'assenza di standard comuni restringe la scelta dei potenziali prestatori di servizi agli *acquirer* nazionali, ostacolando in tal modo la realizzazione di un mercato unico competitivo dei servizi di pagamento. In secondo luogo, i commercianti devono mantenere diversi sistemi e protocolli per gestire gli scambi di dati nel processo di *acquiring*, riducendo così le possibilità di accentrare le operazioni e risparmiare sui costi. In terzo luogo, la mancanza di standard comuni spesso impedisce l'accettazione delle carte di debito all'estero. Nel settore A21, la situazione è altrettanto insoddisfacente (21). Un'ulteriore questione riguarda poi le procedure di certificazione, le quali sono fondamentali per garantire la sicurezza dei pagamenti, ma che, non essendo armonizzate a livello europeo (22), comportano costi supplementari eccessivi per i fabbricanti di carte e di terminali. L'EPC ha istituito un comitato misto (23) (*Cards Stakeholder Group*; d'ora in poi "*CSG*") che sta redigendo un documento sulla normazione delle carte AUPE, con l'obiettivo di armonizzare gli standard AUPE, affinché qualsiasi carta AUPE possa tecnicamente funzionare in qualsiasi terminale AUPE, e promuovere procedure e standard di certificazione armonizzati. Tuttavia, finora i risultati in termini di creazione di un vero e proprio mercato integrato delle carte sono limitati. Per quanto concerne da ultimo i pagamenti mobili e elettronici, mentre l'attività di normazione dei primi dovrebbe garantire la completa interoperabilità delle varie soluzioni e favorire standard aperti che rispondano alla mobilità dei consumatori, i secondi, attivati su una piattaforma comune quale internet dotata di protocolli di comunicazione definiti, non risentono dell'assenza di standard comuni, ma piuttosto della mancanza di interoperabilità tra i soggetti che intervengono nel trattamento dei pagamenti. La normazione dovrebbe infine garantire un accesso e un utilizzo agevoli delle soluzioni di pagamenti elettronici e mobili offerte ai consumatori.

4) Completare l'inter-operabilità tra prestatori di servizi di pagamento

Il quarto modo consiste nel perseguire la completa interoperabilità tra i prestatori di servizi di pagamento (24) di modo che ogni pagamento possa raggiungere qualunque beneficiario senza alcun pregiudizio per i soggetti e gli intermediari implicati. In linea con la proposta della Commissione sui bonifici e gli addebiti diretti, il principio di interoperabilità potrebbe applicarsi sia nel settore dei pagamenti mobili che in quello dei pagamenti elettronici.

Nel settore dei pagamenti mobili, uno dei freni principali pare essere lo stallo nel quale si trovano i gestori di telefonia

mobile, i prestatori di servizi di pagamento tradizionali (i.e. le banche) e gli altri soggetti interessati, quali i fabbricanti o i produttori delle applicazioni. Mentre i gestori di telefonia mobile cercano di mantenere il controllo dell'attività di loro competenza, gli operatori del settore dei pagamenti elettronici si mostrano intenzionati ad estendere la loro nel settore delle comunicazioni mobili. In tale contesto, in cui è probabile che a dominare l'intera catena di pagamento sarà il soggetto privato che controllerà l'interoperabilità, vi è un serio rischio di frammentazione dovuto a soluzioni proprietarie.

In merito ai pagamenti elettronici, l'EPC ha deciso di non istituire un proprio sistema bancario *online*, proponendo invece di elaborare un quadro di interoperabilità (25) che permetta ai diversi sistemi di entrare in concorrenza e alle banche di scegliere liberamente il proprio sistema.

5) Aumentare i requisiti di sicurezza dei pagamenti al dettaglio

Il quinto ed ultimo modo per stimolare l'integrazione dei sistemi di pagamento consiste nell'aumentare i requisiti di sicurezza dei pagamenti al dettaglio, fattore essenziale per gli

Note:

(20) Da alcune iniziative private sono scaturite varie specifiche tecniche, come l'EPAS (*Electronic Protocol Application Software*) e il C-TAP (*Common Terminal Acquirer Protocol*), progetti che però, essendo guidati da interessi commerciali diversi, sono spesso sviluppati in modo isolato e seguono direzioni diverse.

(21) Il trattamento dei pagamenti interbancari (autorizzazione, compensazione e regolamento delle operazioni) si basa attualmente su norme che variano a seconda dei singoli sistemi. Per ottenere una separazione completa tra sistema e trattamento, sarà necessario fissare standard di interoperabilità dei sistemi per il trattamento a livello A21. Il settore però non mostra di avere particolare urgenza di normare questo aspetto, che ancora non suscita pari interesse tra tutti gli operatori del mercato.

(22) Per ogni paese e per ogni sistema di carta esistono diversi criteri e procedure di valutazione per la certificazione obbligatoria delle carte con microprocessore, dei terminali di pagamento. Le iniziative OSeC (*Open Standards for Security and Certification*) e CAS (*Common Approval Scheme*), orientate al mercato, sono state varate per rispondere al problema. Se le prime risposte sono state promettenti, tali iniziative devono però ancora produrre risultati concreti sul mercato.

(23) Il CSG riunisce i rappresentanti dei settori chiave: commercianti, società di trattamento dei pagamenti effettuati mediante carta, sistemi di carte, prestatori di servizi di pagamento e prestatori di servizi tecnici.

(24) La cooperazione è un requisito fondamentale in un settore caratterizzato da una struttura a rete come quello dei pagamenti, in cui ogni pagamento richiede un accordo tra il prestatore di servizi di pagamento del pagatore e il prestatore di servizi di pagamento del beneficiario.

(25) Per il momento nessun prestatore di servizi non bancario è stato autorizzato a partecipare ai lavori. Tre sistemi bancari [iDEAL (Paesi Bassi), EPS (Austria) e GiroPay (Germania)] hanno intrapreso un esercizio di convalida del progetto (*proof of concept*) per verificare l'interoperabilità tra i sistemi stessi. È troppo presto per stabilire se questo progetto possa essere esteso a livello dell'UE. Allo stesso tempo, EBA Clearing, una società di compensazione e regolamento che riunisce circa 70 banche azioniste, ha annunciato il lancio di un'iniziativa di pagamento elettronico, basata su un servizio bancario online. Un progetto pilota dovrebbe essere avviato nel maggio 2012.

utenti dei sistemi di pagamento (26) e per i commercianti, soprattutto nell'ottica di prevenire le frodi. A livello europeo, la graduale sostituzione delle carte basate sulla firma con carte dotate di microprocessore e PIN (conformi allo standard EMV) ha contribuito notevolmente a ridurre le frodi nei punti vendita in Europa (27). È invece in aumento l'attività fraudolenta sul fronte delle operazioni con carta a distanza, in particolare i pagamenti via internet, che costituiscono già la maggioranza dei casi di frode.

Tra le possibili soluzioni per le operazioni bancarie *online* o le altre operazioni di pagamento via internet rientra la c.d. "autenticazione a due fattori", ossia l'uso di un codice PIN associato ad un codice unico dell'operazione, ricevuto per sms o tramite un dispositivo di autenticazione (token).

La protezione dei dati costituisce un secondo aspetto per questo settore, comportando tutti gli strumenti di pagamento citati il trattamento di dati personali e l'uso di reti di comunicazione elettronica. Le direttive 95/46/CE (28) e 2002/58/CE (29) definiscono il quadro giuridico applicabile al trattamento dei dati personali nell'UE e disciplinano le attività di trattamento effettuate in questo contesto dai diversi soggetti implicati in un'operazione di pagamento. È indispensabile che i meccanismi di autenticazione delle operazioni di pagamento siano concepiti fin dall'inizio in modo da includere le misure necessarie per assicurare la conformità ai requisiti di protezione dei dati. Inoltre, il numero di soggetti aventi accesso ai dati di autenticazione, durante o dopo un'operazione di pagamento, dovrebbe limitarsi a quelli strettamente indispensabili al compimento dell'operazione. Un mercato integrato dei pagamenti sicuri via internet potrebbe inoltre con-

tribuire alla lotta contro i siti *web* che offrono contenuti illeciti o che vendono prodotti contraffatti.

La Commissione, sulla scorta del Libro Verde e in base ai contributi pervenuti entro l'11 aprile 2012, annuncerà le prossime tappe nel secondo trimestre 2012. Le eventuali proposte saranno adottate nel quarto trimestre del 2012 o nel primo trimestre dell'anno successivo.

Note:

(26) I consumatori sono spesso informati dalla stampa, a giusto titolo, di casi di frode e uso improprio dei dati e sono perciò particolarmente sensibili all'aspetto della sicurezza nei pagamenti tramite carte e internet. Questo dato è stato confermato dalla consultazione pubblica sul futuro del commercio elettronico nel mercato interno, da cui è anche emerso come la sicurezza dei sistemi di pagamento sia uno dei principali freni all'adozione generalizzata del commercio elettronico.

(27) Alla fine del 2010, circa il 90% dei terminali di pagamento mediante carta nei punti vendita e l'80% delle carte di pagamento dell'UE erano conformi allo standard EMV.

(28) Direttiva 95/46/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 24 ottobre 1995, relativa alla tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati, in *G.U.C.E.*, L 281 del 23 novembre 1995.

(29) Direttiva 2002/58/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 luglio 2002, relativa al trattamento dei dati personali e alla tutela della vita privata nel settore delle comunicazioni elettroniche (direttiva relativa alla vita privata e alle comunicazioni elettroniche), in *G.U.C.E.*, L 201 del 31 luglio 2002.

LIBRI

COLLANA: **Commentari**

CONTRATTI

Formulario commentato

Con Cd-Rom

A cura di Francesco Macario

Il volume ricomprende un'ampia ed articolata raccolta delle formule di maggior uso nella **pratica commerciale nazionale ed internazionale** che consentono all'utente di affrontare la questione sottoposta al suo esame e di procedere all'impostazione pratica e corretta dell'atto senza sottoporsi ad un lungo lavoro di ricerca dottrinale e giurisprudenziale.

La casistica in materia è estremamente vasta e comprende le maggiori figure contrattuali utilizzate nelle **transazioni commerciali** (come ad esempio l'assicurazione, il mandato, la vendita, ecc.) e nella **pratica internazionale** (ad es. il contratto di "buy back"), oltre alle **tipologie contrattuali più attuali**, quali l'assistenza informatica e medico sanitaria, il "Call and put option", i "Financial futures" e il contratto di Call Center (Tele-assistenza).

Le **oltre 200 formule contrattuali**, selezionate in considerazione delle loro ric-

dute pratiche o implicazioni nell'attività commerciale, accolte di recente nella prassi o proporziate dalle ultime riforme legislative, sono corredate da un **commento d'autore** che ne evidenzia gli aspetti essenziali e fornisce ulteriori elementi per una migliore comprensione delle dinamiche della contrattazione e delle conseguenze sul piano giuridico di un determinato accordo, da una **rassegna di giurisprudenza** e dalla **bibliografia essenziale**, per approfondire gli aspetti più controversi.

Ipsoa 2011, Euro 150,00

Per informazioni e acquisti

- **Servizio Informazioni Commerciali**
(tel. 02.82476794 - fax 02.82476403)
- **Agente Ipsoa di zona** (www.ipsoa.it/agenzie)
- **<http://shop.wki.it/ipsoa>**



La nuova collana
curata dai professionisti
per i professionisti del diritto

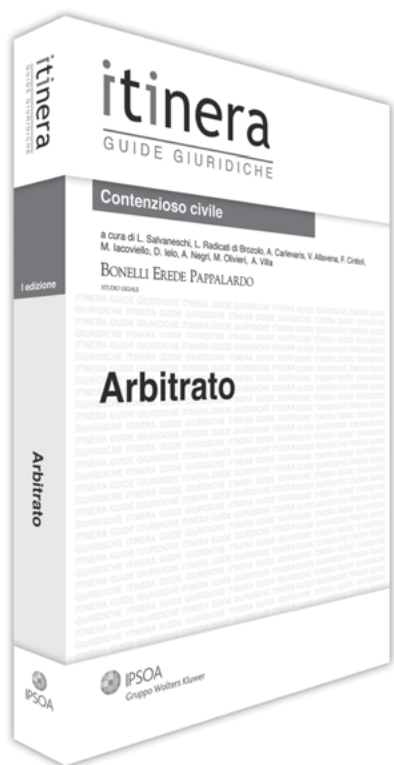
Contenzioso civile

a cura di

L. Salvaneschi, L. Radicati di Brozolo, A. Carlevaris, V. Allavena,
F. Cintioli, M. Iacoviello, D. Ielo, A. Negri, M. Olivieri, A. Villa

BONELLI EREDE PAPPALARDO

STUDIO LEGALE



Arbitrato

Il volume, curato dallo **Studio Bonelli Erede Pappalardo**, leader assoluto nell'ambito del contenzioso civile, affronta con un approccio **sistematico** e un taglio **assertivo** tutti gli aspetti relativi all'**arbitrato**.

In particolare viene analizzato:

- l'**arbitrato di diritto comune** (arbitrato rituale e irrituale, procedimento, istruzione probatoria e lodo);
- l'**arbitrato internazionale ed estero**;
- l'**arbitrato societario** (esteso anche all'arbitrato amministrato dalla Camera di Conciliazione e arbitrato presso la Consob e all'arbitrato bancario e finanziario);
- gli **arbitrati speciali** (nel diritto del lavoro e nelle materie di giurisdizione amministrativa).

Nella trattazione dei singoli istituti, sono contemplati tutti i profili attinenti al tema trattato: sostanziali, processuali e fiscali (laddove presenti).

Arricchiscono e completano l'opera **case history**, **esempi**, **schemi riepilogativi**, **approfondimenti** ed un dettagliato **indice analitico**.

Il volume è disponibile anche in **formato e-book**.



IPSOA
Gruppo Wolters Kluwer

Compili subito il coupon, e lo invii via fax allo **02.82476403**.
Può acquistare anche on line su www.shopwki.it oppure può
contattare l'**Agenzia** della Sua zona (www.shopwki.it/agenzie)
o rivolgersi alle **migliori librerie** della Sua città.

(00110186) Sì, desidero acquistare il volume **Arbitrato**, a cura dello Studio Bonelli Erede Pappalardo a **€ 57,00**.

Cognome e Nome	Azienda/Studio
Via	CAP
Città	
Tel.	Fax
e-mail (obbligatoria):	Cod. cliente

Partita IVA C.F.

(1002) Pagherò con bollettino postale premarcato sul c.c. n° 412205, intestato a Wolters Kluwer Italia s.r.l. Gestione abbonamenti Ipsoa, allegato alla fattura

Addebitare l'importo di € sulla mia carta di credito:

Mastercard (16 cifre) American Express (15 cifre) VISA (16 cifre) Diners (14 cifre)

n° Data di scadenza

Nome e indirizzo titolare carta di credito

Timbro e firma

TRATTAMENTO DATI PERSONALI
I dati personali saranno registrati su database elettronici di proprietà di Wolters Kluwer Italia S.r.l., con sede legale in Assago Milanofiori Strada 1-Palazzo F6, 20090 Assago (MI), titolare del trattamento e saranno trattati da quest'ultima tramite propri incaricati. Wolters Kluwer Italia S.r.l. utilizzerà i dati che la riguardano per finalità amministrative e contabili. I Suoi recapiti postali e il Suo indirizzo di posta elettronica saranno utilizzabili, ai sensi dell'art. 130, comma 4, del D.lgs. 196/03, anche a fini di vendita diretta di prodotti o servizi analoghi a quelli oggetto della presente vendita. Lei potrà in ogni momento esercitare i diritti di cui all'art. 7 del D.lgs. n. 196/2003, fra cui il diritto di accedere ai Suoi dati e ottenerne l'aggiornamento o la cancellazione per violazione di legge, di opporsi al trattamento dei Suoi dati ai fini di invio di materiale pubblicitario, vendita diretta e comunicazioni commerciali e di richiedere l'elenco aggiornato dei responsabili del trattamento, mediante comunicazione scritta da inviarsi a: Wolters Kluwer Italia S.r.l. - PRIVACY - Centro Direzionale - Milanofiori Strada 1-Pal. F6, 20090 Assago (MI), o inviando un Fax al numero: 02.82476.403.

* Diritto di recesso. Clausola di ripensamento ai sensi dell'art. 5 D.Lgs. n. 185/1999. Decorso 10 giorni lavorativi dalla data di ricevimento del bene da parte del cliente senza che questi abbia comunicato con raccomandata A.R. inviata a Wolters Kluwer Italia S.r.l. Milanofiori - Assago (o mediante e-mail, telegramma, telex o facsimile confermati con raccomandata A.R. nelle 48 ore successive), la propria volontà di recesso, la proposta si intenderà impegnativa e vincolante per il cliente medesimo. In caso di recesso da parte del cliente, entro lo stesso termine (10 giorni lavorativi dal ricevimento) il bene dovrà essere restituito per posta a Wolters Kluwer Italia S.r.l., Milanofiori, Strada 1 - Pal. F6, 20090 Assago (MI). Le spese di spedizione saranno a carico di Wolters Kluwer Italia S.r.l.

INDICE DEGLI AUTORI

Amendolagine Vito

Osservatorio di merito 397

Macario Francesco

Osservatorio di legittimità 393

Nocera Ivan Libero

Varianti operative della buona fede nella determinazione del compenso dell'avvocato 383

Paglietti Maria Cecilia

L'inderogabilità relativa del foro del consumatore 341

Picciano Irene

Osservatorio comunitario 431

Ruggi Manuela

Up front e *Mark to market* nelle operazioni in derivati 351

Salanitro Ugo

Squilibrio contrattuale e tecniche rimediali tra diritto privato e diritto del lavoro 403

Sangiovanni Valerio

Le polizze *linked* come prodotti finanziari e la forma scritta del contratto 358

Schiesaro Diego

Comunicazione dell'accettazione e conclusione del contratto 371

Settanni Giuseppe

Up front e *Mark to market* nelle operazioni in derivati 351

Tomasi Samuele

Struttura e qualificazione del *project financing* 417

INDICE CRONOLOGICO DEI PROVVEDIMENTI

Giurisprudenza

Corte di cassazione

12 luglio 2011, n. 15293 369

8 febbraio 2012, n. 1875 337

27 gennaio 2012, n. 1181 396

28 febbraio 2012, n. 2999 395

6 marzo 2012, n. 3477 394

16 marzo 2012, n. 4254 393

20 marzo 2012, n. 4372 393

26 marzo 2012, n. 4830 394

Tribunale

Brindisi, Sez. dist. Ostuni, 20 maggio 2011 381

Terni, 8 febbraio 2012 349

Como, 14 febbraio 2012 398

Modena, Sez. Pavullo nel Frignano, 1° marzo 2012 .. 400

Busto Arsizio, sez. dist. Gallarate, 8 febbraio 2012 ... 402

Busto Arsizio, sez. dist. Gallarate, 9 marzo 2012 401

Modena, sez. Pavullo nel Frignano, 9 marzo 2012 400

Cremona, 17 marzo 2012 397

Arezzo, sez. Sansepolcro, 20 marzo 2012 398

Giudice di Pace

Palermo, 25 gennaio 2012 357

Documentazione

Commissione europea

Libro Verde della Commissione, 11 gennaio 2012, doc. COM (2011) 941, def. 431

INDICE ANALITICO

Assicurazione

Le polizze *linked* come prodotti finanziari e la forma scritta del contratto (*Giud. Pace Palermo, 25 gennaio 2012*) con commento di Valerio Sangiovanni 357

Vessatorietà della clausola di limitazione dell'indennizzo all'intermediario (*Cass., Sez. III, 16 marzo 2012, n. 4254*) 393

Bancari (Contratti)

La prescrizione del diritto del cliente alla ripetizione d'indebito per anatocismo (*Trib. Cremona, 17 marzo 2012*) 397

Consumatore (Contratti del)

L'inderogabilità relativa del foro del consumatore (*Cass., sez. VI, 8 febbraio 2012, n. 1875*) con commento di Maria Cecilia Paglietti 337

La Commissione europea richiede un mercato integrato dei pagamenti tramite carte, internet e telefono (*Libro Verde della Commissione, 11 gennaio 2012, doc. COM(2011) 941, def.*) 431

Danno contrattuale

Danno non patrimoniale da inadempimento e causa in concreto (*Cass., Sez. III, 20 marzo 2012, n. 4372*) 393

Intermediazione finanziaria

La nullità di protezione invocata dall'investitore nei confronti della banca senza i relativi presupposti di legge (*Trib. Como, 14 febbraio 2012*) 398

Up front e *Mark to market* nelle operazioni in derivati (*Trib. Terni, Sez. pen., ord. 8 febbraio 2012*) con commento di Manuela Ruggi e Giuseppe Settanni... 349

Lavoro

Squilibrio contrattuale e tecniche rimediali tra diritto privato e diritto del lavoro di Ugo Salanitro 403

Locazione

Le obbligazioni di cedente e cessionario del contrat-

to di locazione immobiliare (<i>Trib. Modena, sez. Pavullo nel Frignano, 9 marzo 2012</i>)	400	Risoluzione del contratto	
La cessione d'azienda non comporta automaticamente con sé anche la locazione dell'immobile in cui è svolta l'attività (<i>Trib. Modena, Sez. Pavullo nel Frignano, 1° marzo 2012</i>)	400	Diffida ad adempiere e rinuncia agli effetti risolutori (<i>Cass., Sez. II, 6 marzo 2012, n. 3477</i>)	394
Mediazione		Rapporti con il recesso e caparra confirmatoria (<i>Cass., Sez. III, 28 febbraio 2012, n. 2999</i>).....	395
Conferimento dell'incarico e compenso del mediatore (<i>Cass., Sez. III, 26 marzo 2012, n. 4830</i>).....	394	Società	
Prestazione d'opera (Contratto di)		La revoca della proposta di vendita di quote societarie non tempestivamente accettata (<i>Trib. Busto Arsizio, sez. dist. Gallarate, 9 marzo 2012</i>).....	401
Varianti operative della buona fede nella determinazione del compenso dell'avvocato (<i>Trib. Brindisi, Sez. dist. Ostuni, 20 maggio 2011</i>) con commento di Ivan Libero Nocera	381	Transazione	
Pubblica amministrazione (Contratti contro la)		<i>Falsus procurator</i> e ratifica per <i>facta concludentia</i> (<i>Cass., Sez. III, 27 gennaio 2012, n. 1181</i>).....	396
Struttura e qualificazione del <i>project financing</i> di <i>Samuele Tomasi</i>	417	Trasporto	
Requisiti del contratto		Le conseguenze derivanti dall'inosservanza delle tariffe a forcilla nell'autotrasporto (<i>Trib. Busto Arsizio, sez. dist. Gallarate, 8 febbraio 2012</i>).....	402
Comunicazione dell'accettazione e conclusione del contratto (<i>Cass., Sez. II, 12 luglio 2011, n. 15293</i>) con commento di <i>Diego Schiesaro</i>	369	Viaggio (Contratti di)	
		La risarcibilità del danno da vacanza rovinata in assenza di inadempimento contrattuale (<i>Trib. Arezzo, sez. Sansepolcro, 20 marzo 2012</i>)	398

ON-LINE

Il Quotidiano Ipsoa

Professionalità quotidiana

Autori: AA.VV.

IL **Quotidiano Ipsoa** è un prodotto inedito, che deve la sua unicità soprattutto alla trasversalità delle materie trattate, garantendo ogni giorno informazioni multidisciplinari per i professionisti:

- le **materie**: fisco, diritto, lavoro e previdenza, bilancio e società, economia, finanziamenti e mercati;
- **due newsletter**: l'anteprima del mattino con le notizie utili per organizzare la giornata lavorativa; l'edizione del pomeriggio con tutti gli approfondimenti e i commenti d'autore legati alle principali novità;
- la **rassegna stampa** con collegamenti d'autore tra gli articoli più importanti tratti dalla stampa specializzata;

- lo **scadenario**, la **Gazzetta Ufficiale**, il **motore di ricerca** efficace e dettagliato.

Ogni area tematica propone le news del giorno più importanti corredate dal **commento degli autori** e si completa con contenuti specifici: **osservatorio di giurisprudenza**, **dati tabellari**, **rinnovi CCNL**.

Abbonamento annuale: € 250,00

Per informazioni e acquisti

- **Servizio Informazioni Commerciali**
(tel. 02.82476794 – fax 02.82476403)
- **Agente Ipsoa di zona** (www.ipsoa.it/agenzie)
- **http://ipshop.ipsoa.it**



NOTAIO *my* WEB

COMUNICAZIONE 360



L'ECCELLENZA DEL WEB PER LA COMUNICAZIONE DEL NOTAIO

notaiomyweb.it

YG4DT LE



OA SISTEMI
Gruppo Wolters Kluwer

Contratti d'impresa

a cura di L. Acciari, M. Bragantini, D. Braghini, E. Grippo,
P. Iemma, M. Zaccagnini



Contratti di finanziamento bancario, di investimento, assicurativi e derivati

Il volume affronta con approccio sistematico e taglio multidisciplinare tutti gli aspetti relativi ai contratti di finanziamento bancario, di investimento, assicurativi e derivati. In particolare vengono analizzati:

- i **contratti di finanziamento bancario**, inclusi quelli a supporto dell'acquisizione di partecipazioni, dei finanziamenti *corporate*, delle linee di credito per firma e delle altre forme di finanza straordinaria a supporto delle imprese, il credito al consumo e le altre forme di prestiti personali;
- i **contratti di garanzia** in uso nella prassi bancaria (es. pegno, ipoteca, fideiussione, mandato di credito);
- i **contratti di investimento** aventi ad oggetto la prestazione di servizi ed attività di investimento;
- il **contratto di assicurazione**, inclusi i prodotti finanziari assicurativi e l'intermediazione assicurativa;
- i **contratti derivati** maggiormente utilizzati (es. *forward*, *swap* e opzioni).

La Guida è arricchita da clausole contrattuali, *case history*, esempi, casistica, schemi riepilogativi e approfondimenti bibliografici. Un dettagliato indice analitico rende la consultazione estremamente efficace.

Il volume è disponibile anche in formato e-book.



IPSOA
Gruppo Wolters Kluwer

Compili subito il coupon, e lo invii via fax allo 02.82476403.
Può acquistare anche on line su www.shopwki.it oppure può contattare l'Agenzia della Sua zona (www.shopwki.it/agenzie) o rivolgersi alle migliori librerie della Sua città.

(00116660) Sì, desidero acquistare il volume **Contratti di finanziamento bancario, di investimento, assicurativi e derivati** - Studio legale Gianni - Origoni - Grippo - Cappelli & Partners a € 68,00.

Cognome e Nome _____		Azienda/Studio _____	
Via _____		CAP _____	
Città _____			
Tel. _____		Fax _____	
e-mail (obbligatoria): _____		Cod. cliente _____	
Partita IVA	_____	C.F.	_____

(1002) Pagherò con bollettino postale premarcato sul c.c. n° 412205, intestato a Wolters Kluwer Italia s.r.l. Gestione abbonamenti Ipsoa, allegato alla fattura

Addebitare l'importo di € sulla mia carta di credito:

Mastercard (16 cifre) American Express (15 cifre) VISA (16 cifre) Diners (14 cifre)

n° _____ Data di scadenza _____

Nome e indirizzo titolare carta di credito _____

Timbro e firma _____

TRATTAMENTO DATI PERSONALI
I dati personali saranno registrati su database elettronici di proprietà di Wolters Kluwer Italia S.r.l., con sede legale in Assago Milanofiori Strada 1-Palazzo F6, 20090 Assago (MI), titolare del trattamento e saranno trattati da quest'ultima tramite propri incaricati. Wolters Kluwer Italia S.r.l. utilizzerà i dati che La riguardano per finalità amministrative e contabili. I Suoi recapiti postali e il Suo indirizzo di posta elettronica saranno utilizzabili, ai sensi dell'art. 130, comma 4, del D.Lgs. 196/03, anche a fini di vendita diretta di prodotti o servizi analoghi a quelli oggetto della presente vendita. Lei potrà in ogni momento esercitare i diritti di cui all'art. 7 del D.Lgs. n. 196/2003, fra cui il diritto di accedere ai Suoi dati e ottenerne l'aggiornamento o la cancellazione per violazione di legge, di opporsi al trattamento dei Suoi dati ai fini di invio di materiale pubblicitario, vendita diretta e comunicazioni commerciali e di richiedere l'elenco aggiornato dei responsabili del trattamento, mediante comunicazione scritta da inviarsi a: Wolters Kluwer Italia S.r.l. - PRIVACY - Centro Direzionale Milanofiori Strada 1-Pal. F6, 20090 Assago (MI), o inviando un Fax al numero: 02.82476.403.

* Diritto di recesso. Clausola di ripensamento ai sensi dell'art. 5 D.Lgs. n. 185/1999. Decorsi 10 giorni lavorativi dalla data di ricevimento del bene da parte del cliente senza che questi abbia comunicato con raccomandata A.R. inviata a Wolters Kluwer Italia S.r.l. Milanofiori - Assago (o mediante e-mail, telegramma, telex o facsimile confermati con raccomandata A.R. nelle 48 ore successive), la propria volontà di recesso, la proposta si intenderà impegnativa e vincolante per il cliente medesimo. In caso di recesso da parte del cliente, entro lo stesso termine (10 giorni lavorativi dal ricevimento) il bene dovrà essere restituito per posta a Wolters Kluwer Italia S.r.l., Milanofiori, Strada 1 - Pal. F6, 20090 Assago (MI). Le spese di spedizione saranno a carico di Wolters Kluwer Italia S.r.l.