

i Contratti

Mensile di dottrina, giurisprudenza
e pratiche contrattuali

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

11 2012

www.ipsoa.it/icontratti

**Le Sezioni Unite
sul rilievo d'ufficio
della nullità del contratto**

**Responsabilità dell'avvocato
e quantificazione del danno**

**Mediazione civile e commerciale
e *intuitus personae*
del mediatore**



**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

TARIFFA R.O.C.: POSTE ITALIANE SPA SPEDIZIONE IN ABBONAMENTO POSTALE D.L. 353/2003 (CONV. IN L. 27/02/2004 N. 46) ART. 1, COMMA 1, DCB MILANO

00129444



5 000001 29444 1

CAMPAGNA
RINNOVO
RIVISTE
2013

Tutti i privilegi di
essere primi a rinnovare
l'abbonamento.

DICEMBRE

21

2012

Prezzo bloccato 2012

il costo dell'abbonamento non subisce aumenti



Versione tablet

per iPad e tablet Samsung e Android, compresa nel prezzo dell'abbonamento

GRATIS

Crediti formativi

sui moduli della Formazione Online IPSOA

GRATIS

OMAGGI dedicati

per la sua attività professionale e per il suo tempo libero

A SCELTA

SCONTO su libri

delle collane Itinera e Guide e Soluzioni

fino al
25%



VERSIONI
TABLET

Promozione speciale

su tutte le versioni tablet delle riviste del Catalogo IPSOA

a soli
€ 80



**Approfitti subito di queste opportunità
e rinnovi oggi stesso all'indirizzo:**



www.ipsoa.it/rinnoviriviste



IPSOA

Gruppo Wolters Kluwer

SOMMARIO

GIURISPRUDENZA

Nullità del contratto	LA RILEVABILITÀ OFFICIOSA DELLA NULLITÀ SECONDO IL CANONE DELLE SEZIONI UNITE: "EPPUR SI MUOVE"? <i>Cassazione civile, Sez. Un., 4 settembre 2012, n. 14828</i> Il commento di <i>Stefano Pagliantini</i>	869 874
Annulabilità del contratto	IL DOLO OMISSIVO INCIDENTE NEL PRISMA DELLA RESPONSABILITÀ PRECONTRATTUALE <i>Cassazione civile, Sez. II, 16 aprile 2012, n. 5965</i> Il commento di <i>Francesco Valenti</i>	888 891
Intermediazione finanziaria	CONTRATTI DERIVATI E COLLEGAMENTO NEGOZIALE <i>Tribunale di Milano, 23 marzo 2012, n. 3513</i> Il commento di <i>Francesco Autelitano</i>	900 905
Deposito	CONTRATTO DI PARCHEGGIO STIPULATO DALL'ALBERGATORE E RESPONSABILITÀ EX RECEPITO <i>Tribunale di Chieti, 22 febbraio 2012, n. 157</i> Il commento di <i>Gianfranco Orlando</i>	913 916
	OSSERVATORIO DI LEGITTIMITÀ a cura di <i>Francesco Macario</i> con la collaborazione di <i>Giulia Orefice e Francesco Palo Patti</i>	925
	OSSERVATORIO DI MERITO a cura di <i>Vito Amendolagine</i>	930

ARGOMENTI

Danno contrattuale	RESPONSABILITÀ DELL'AVVOCATO E QUANTIFICAZIONE DEL DANNO di <i>Francesca Benatti</i>	937
Prescrizione	LA PRESCRIZIONE COME "RIMEDIO CIVILE": PROFILI DI RAGIONEVOLEZZA DELL'ISTITUTO di <i>Francesco Longobucco</i>	947

CONTRATTI E UNIONE EUROPEA

	OSSERVATORIO COMUNITARIO a cura di <i>Pietro Michea, Studio legale De Berti, Jacchia, Franchini, Forlani - Bruxelles</i>	957
--	---	------------

ARBITRATO E MEDIAZIONE

Mediazione civile e commerciale	ESECUZIONE DELLA PRESTAZIONE DEL MEDIATORE E <i>INTUITUS PERSONAE</i> di <i>Dario Farace</i>	962
--	---	------------

INDICI

AUTORI
CRONOLOGICO
ANALITICO

969

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 Salanitro, Pietro Sirena, Michele Tamponi, Chiara Tenella Sillani

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

FOTOCOPOSIZIONE

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

dbConsultina 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: gennaio-dicembre; 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: € 240,00 (11 numeri)

ESTERO

Abbonamento annuale: € 480,00 (11 numeri)

MAGISTRATI e EDITORI 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: € 25,00

Arretrati: prezzo dell'anno in corso all'atto della richiesta

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.

Nullità del contratto

La rilevabilità officiosa della nullità secondo il canone delle Sezioni Unite: "Eppur si muove"?

CASSAZIONE CIVILE, Sez. Un., 4 settembre 2012, n. 14828 - Pres. Vittoria - Est. D'Ascola - P.m. Ciccolo (conf.) - A.K. A. c. Fall. Silvo Costruzioni

Il giudice di merito ha il potere di rilevare, dai fatti allegati e provati o emergenti *ex actis*, ogni forma di nullità non soggetta a regime speciale e, provocato il contraddittorio sulla questione, deve rigettare la domanda di risoluzione, volta ad invocare la forza del contratto. Pronuncerà con efficacia idonea al giudicato sulla questione di nullità ove, anche a seguito di rimessione in termini, sia stata proposta la relativa domanda. Nell'uno e nell'altro caso dovrà disporre, se richiesto, le restituzioni.

ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI

Conforme	Cass. 22 marzo 2005, n. 6170 e Cass. 7 febbraio 2011, n. 2956
Difforme	Cass. 18 aprile 1970, n. 1127; Cass. 11 marzo 1988, n. 2398; Cass. 23 settembre 2000, n. 12644; Cass. 14 gennaio 2003, n. 435; Cass. 14 ottobre 2005, n. 19903 e Cass. 27 aprile 2011, n. 9395.

Svolgimento del processo

1) La controversia giunge all'esame delle Sezioni Unite perché involge la questione, controversa in dottrina e giurisprudenza, relativa alla rilevabilità d'ufficio della nullità del contratto nell'ambito di una causa promossa per la risoluzione del contratto stesso.

Il (*Omissis*) l'odierno ricorrente A.K.A. stipulava contratto preliminare con il quale si impegnava a dare in permuta la proprietà di un terreno di circa 4.500 mq, sito in (*Omissis*), alla impresa Silvo Costruzioni di B. S., la quale si obbligava a fargli avere la proprietà di 400 mq del fabbricato che avrebbe costruito sul fondo.

In pari data l'impresa del B. acquistava il terreno dal proprietario tavolare, tale sig. P. B.

Intervenuto il fallimento della impresa Silvo Costruzioni, nel 1995 il curatore fallimentare comunicava lo scioglimento del contratto L. Fall., ex art. 72, comma 4, e, in seguito alla dichiarazione del fallimento, nel (*Omissis*) veniva dichiarata interrotta la causa avviata nel 1993 nei confronti della impresa Silvo, ai sensi dell'art. 2932 c.c.

Nel 2000 il dr. A. agiva per la risoluzione del contratto preliminare e la restituzione del terreno a favore proprio, in via subordinata, del proprietario tavolare, terzo che aveva dato esecuzione al contratto. Il Fallimento Silvo

Costruzioni resisteva, negando la legittimazione attiva dell'istante e il valore attribuito alle missive spedite dal curatore. Il tribunale, disattese le eccezioni pregiudiziali, rigettava la domanda, affermando che lo scioglimento del contratto aveva caducato la promessa di vendita e che le pretese del contraente *in bonis* dovevano essere soddisfatte mediante insinuazione al passivo.

1.1) In sede di appello il dr. A. chiedeva che fosse pronunciata la nullità del contratto preliminare per indeterminatezza dell'oggetto (omessa determinazione del fondo e delle porzioni di fabbricato). In subordine lamentava che la richiesta di restituzione del fondo non avrebbe potuto essere soddisfatta mediante l'insinuazione al passivo fallimentare, trattandosi di bene infungibile.

In giudizio interveniva la snc Floridia di B. S. & C. snc, aggiudicataria del terreno, che aderiva alle ragioni del Fallimento.

La Corte di appello di Venezia con sentenza 27 agosto 2008 dichiarava inammissibile, perché nuova, la prima domanda; in proposito osservava di non poter rilevare di ufficio la nullità del contratto, essendone stata richiesta inizialmente la risoluzione.

Rigettava il motivo di appello subordinato.

Il 14 marzo 2009 parte A. ha notificato ricorso per cassazione, affidandosi a tre motivi.

Il Fallimento Silvo costruzioni ha resistito con controrricorso.

Dopo il deposito di memorie ex art. 378 c.p.c., la Prima Sezione civile, con ordinanza n. 25151 del 2011, ha rilevato l'esistenza di contrasto di giurisprudenza in ordine alla rilevabilità d'ufficio della nullità del contratto e ha rimesso gli atti al Primo Presidente, che ha assegnato la causa alle Sezioni Unite.

Motivi della decisione

2) Secondo l'orientamento dominante in giurisprudenza, «il potere del giudice di dichiarare d'ufficio la nullità di un contratto ex art. 1421 c.c. va coordinato col principio della domanda fissato dagli artt. 99 e 112 c.p.c., sicché solo se sia in contestazione l'applicazione o l'esecuzione di un atto la cui validità rappresenti un elemento costitutivo della domanda, il giudice è tenuto a rilevare, in qualsiasi stato e grado del giudizio, l'eventuale nullità dell'atto, indipendentemente dall'attività assertiva delle parti. Al contrario, qualora la domanda sia diretta a fare dichiarare la invalidità del contratto o la risoluzione per inadempimento, la deduzione (nella prima ipotesi) di una causa di nullità diversa da quella posta a fondamento della domanda e (nella seconda ipotesi) di una qualsiasi causa di nullità o di un fatto costitutivo diverso dall'inadempimento, sono inammissibili: né tali questioni possono essere rilevate d'ufficio, ostandovi il divieto di pronunciare *ultra patita*» (tra le tante v. Cass. 2398/88; 6899/87). Cass. n. 1127/70 sostenne con chiarezza che la rilevabilità *ex officio* della nullità del contratto, sancita dall'art. 1421 c.c., opera, anche in sede di impugnazione, quando si chiedi in giudizio l'applicazione del contratto, perché in tal caso «la legge stessa respinge con la forza dei suoi principi imperativi gli effetti che promanano da un negozio affetto da nullità assoluta».

Aggiunse che quando in giudizio non si chiede l'applicazione del contratto, ma la risoluzione di esso, il giudice non può dichiarare *ex officio* la nullità, perché il divieto di decidere su domande non proposte si concreta in un preclusione all'esercizio della giurisdizione, la cui violazione «da luogo a vizio di *extrapetizione*».

Questo insegnamento si è tramandato con continuità di accenti (cfr. Cass. 14/71; 661/71; 3443/73; 243/77; 5295/78; 5766/79), sebbene significativamente resistito dalla coeva Cass. n. 578/70, la quale aveva, proprio in ipotesi di domanda di risoluzione di contratto preliminare relativo a compravendita nulla perché simulata, semplicemente osservato che la Corte di appello avrebbe dovuto senz'altro rilevare la nullità, «dal momento che la nullità può essere rilevata dal giudice anche d'ufficio» (v. anche Cass. 550/86).

2.1) Negli anni successivi, accanto a pronunce conformi all'orientamento tradizionale (indicativamente cfr. Cass. 4817/99; 1378/99; 4607/95; 4064/95; 1340/94; 141/93), costanti nel ribadire che la nullità del contratto è rilevabile d'ufficio, sempre che risultino acquisiti al processo gli elementi che la evidenziano, solo nella controversia promossa per far valere diritti presupponenti la validità del contratto stesso, non anche nella diversa ipotesi in cui la

domanda prescinde dalla suddetta validità, come quando la domanda sia diretta a far dichiarare l'invalidità del contratto o a farne pronunciare la risoluzione per inadempimento, mette conto segnalare, in senso opposto, qualche significativa presa di posizione del giudice di legittimità.

Trattasi di Cass. n. 2858/97 (e anche Cass. 6710/94), che ha ritenuto che «la nullità di un contratto del quale sia stato chiesto l'annullamento (ovvero la risoluzione o la rescissione) può essere rilevata d'ufficio dal giudice, in via incidentale, senza incorrere in vizio di *ultrapetizione*, atteso che in ognuna di tali domande è implicitamente postulata l'assenza di ragioni che determinino la nullità del contratto; pertanto il rilievo di quest'ultima da parte del giudice da luogo a pronuncia che non eccede il principio dell'art. 112 c.p.c.».

2.2) Fino all'anno 2005, nel corso del quale il contrasto si è radicato con maggior vigore, si censiscono numerose sentenze ispirate all'orientamento tradizionale (v. Cass. n. 123/00; 12644/00; 13628/01; 435/03; 2637/03).

Cass. 3 sez. civ. 22.3.2005 n. 6170 ha vistosamente infranto questo fronte giurisprudenziale, affermando, in accordo con la dottrina quasi unanime, che le domande di risoluzione e di annullamento presuppongono la validità del contratto, dunque «implicano, e fanno valere, un diritto potestativo di impugnativa contrattuale nascente dal contratto in discussione, non meno del diritto all'adempimento».

La Corte ha in quell'occasione evidenziato che la domanda di risoluzione contrattuale è animata da sostanziale identità di presupposti con la domanda di adempimento, secondo quanto riconosciuto da Cass. Sez. Un. 13533/01.

L'accertamento sulla nullità del contratto ha, secondo Cass. 6170/05, natura di pronuncia incidentale su una pregiudiziale in senso logico, con la conseguenza che: a) il giudice deve dichiarare d'ufficio la nullità negoziale in ogni caso; e b) l'accertamento d'ufficio ex art. 1421 c.c., ha effetto anche in successivi giudizi imperniati sul contratto dichiarato nullo, non perché si verta in ipotesi di cui all'art. 34 c.p.c., ma «perché l'efficacia della decisione di detta nullità, pregiudiziale alla statuizione di rigetto della domanda, costituisce giudicato implicito».

A pochi mesi di distanza, la sezione Lavoro della Corte (Cass. 19903/05) ha consapevolmente riaffermato l'orientamento precedente, ripetendo che la nullità può essere rilevata d'ufficio «solo se si pone in contrasto con la domanda dell'attore, solo se cioè questi ha chiesto l'adempimento del contratto, in quanto il giudicante può sempre rilevare d'ufficio le eccezioni, che non rientrano tra quelle sollevabili unicamente tra le parti e che soprattutto non amplino l'oggetto della controversia, ma che, per tendere al rigetto della domanda stessa, si configurano come mere difese del convenuto, dovendosi di contro pervenire a diverse conclusioni nei casi in cui la nullità si colloca non nell'ambito delle eccezioni ma nella zona delle difese dell'attore, che l'attore avrebbe potuto proporre, ma non ha proposto».

Secondo questa giurisprudenza, il rilievo di ufficio della

nullità avverso la domanda di esecuzione di un negozio nullo serve ad impedire che vi sia una sentenza di accoglimento, che sarebbe un indice di legittimità di una situazione giuridica che potrebbe poi rivelarsi pregiudizievole per tutti i consociati.

Questa *ratio* non vi sarebbe nel caso di rilievo in relazione ad azioni diverse da quelle per esecuzione. In queste azioni (risoluzione, etc.) l'eventuale rilievo non potrebbe portare ad un giudicato sulla nullità, ma solo ad una pronuncia incidentale.

La soluzione restrittiva, secondo Cass. 19903/05, sarebbe quindi preferibile perché: a) «evita una ingiustificata ingerenza nel potere delle parti di disporre delle eccezioni»; b) sarebbe conforme alla disciplina processuale che impone la completezza sin dall'inizio degli atti difensivi; c) previene «ampliamenti di poteri di iniziativa officiosa suscettibili di tradursi in un soggettivismo giudiziario, capace di incidere con ricadute negative anche sulla certezza del diritto».

2.3) L'ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite da conto del successivo radicalizzarsi delle due posizioni.

Il filone restrittivo ha trovato ripetute pedissequae conferme (cfr. Cass. 12627/06; 21632/06; 11550/07; 9395/11). L'orientamento favorevole al rilievo d'ufficio della nullità anche ove sia stata domandata la risoluzione del contratto, ripreso da Cass. 23674/08, è stato arricchito da Cass. 2956/11.

Quest'ultima, relativa a un caso di pretesa restitutoria fondata su domanda di risoluzione di un contratto preliminare di vendita immobiliare concluso oralmente, ha giudicato corretto l'operato del giudice di merito di prime cure, il quale aveva rilevato la nullità del negozio e attribuito all'attore la medesima bene della vita richiesto in citazione. Ha ritenuto che non sussistesse l'extrapetizione rilevata dal giudice di appello, giacché «rientra nel potere/dovere del giudice di individuare una patologia del contratto genetica e più radicale di quella azionata». Ha aggiunto che sarebbe altrimenti inutilmente procrastinata la soddisfazione della fondata pretesa alla restituzione, rimessa a un successivo giudizio e ha opportunamente osservato che in tali casi il giudice deve sottoporre al contraddittorio delle parti il rilievo officioso.

2.4) Intorno al problema del giudicato sono da segnalare altri arresti giurisprudenziali.

Cass. 8612/06 ha affermato che una sentenza di rigetto della domanda di risoluzione per inadempimento del conduttore nel pagamento dei canoni relativi ad un determinato periodo impedisce nel successivo giudizio, volto al conseguimento del corrispettivo della locazione, di rilevare d'ufficio la nullità del contratto (per vizio di forma), per essersi formato nel primo giudizio il giudicato sulla validità del contratto, che costituiva "presupposto logico giuridico essenziale" della prima decisione.

Su questa falsariga si è mossa anche Cass. 18540/09, che ha stabilito che il mancato appello avverso la sentenza di primo grado, la quale aveva implicitamente statuito sulla validità del contratto di cui era stata chiesta la risoluzione, aveva portato alla formazione del giudicato sul punto. Alla base di queste pronunce, esplicitamente nella se-

conda, vi è quindi il convincimento che il giudice dovesse rilevare d'ufficio la nullità del contratto e che tale omissione, non censurata, renda il difetto del negozio non più oggetto d'eccezione rilevabile in sede di legittimità o in altro giudizio.

Sono chiare a questo punto le conseguenze che sorgono in entrambe le opposte prospettive: ove si creda che nel giudizio di risoluzione non possa essere sollevata l'eccezione, si dovrà predicare la necessità di un secondo giudizio per far valere la nullità.

Qualora si ritenga che nel giudizio di risoluzione debba e possa essere rilevata anche d'ufficio la questione di nullità, si dovrà credere, che, in mancanza, si è formato il giudicato sulla validità del contratto.

Cass. 11356/06 ha prospettato diversa soluzione.

Pur ponendosi nella linea della rilevanza officiosa del contratto ex art. 1421 c.c. anche nell'ipotesi di domanda di risoluzione di esso, ha osservato che la pronuncia di rigetto non costituisce giudicato implicito - con efficacia vincolante nei futuri giudizi - laddove le questioni concernenti l'esistenza, la validità e la qualificazione del rapporto che ne costituisce il presupposto logico - giuridico non abbiano costituito oggetto di specifica disamina e valutazione da parte del giudice.

3) Da un lato l'ulteriore frazionarsi del quadro giurisprudenziale;

dall'altro le gravi incertezze derivanti dalla radicalizzazione delle conseguenze delle due tesi impongono la composizione del contrasto.

Occorre partire dai rilievi che da gran tempo la dottrina ha formulato con riguardo al rapporto tra azione di risoluzione e nullità del contratto.

Si è osservato che la domanda di risoluzione comporta l'esistenza di un atto valido, perché mira a eliminarne gli effetti. Domanda di adempimento e domanda di risoluzione implicano quindi allo stesso modo la richiesta di applicazione del contratto, presupponendo che esso sia valido.

La funzione dell'art. 1421 c.c., è di impedire che il contratto nullo, sul quale l'ordinamento esprime un giudizio di disvalore, possa spiegare i suoi effetti.

Il compito di far valere la nullità è in via di azione affidato a chiunque abbia interesse, ma al giudice, al quale si chiede di giudicare *secundum ius*, spetta di rilevare se un atto è nullo e quindi di evidenziare in giudizio la mancanza di fondamento di una domanda che presupponga la sussistenza dei requisiti di validità del contratto.

3.1) L'aver insistentemente negato che l'azione di risoluzione presupponga, dal punto di vista logico, la validità del contratto e che dunque sia possibile la risoluzione del contratto nullo è tesi invisa alla maggioranza della dottrina civilistica.

La spiegazione dell'atteggiamento giurisprudenziale ostile al rilievo officioso della nullità riposa sulla doppia natura della norma, che è all'incrocio tra diritto sostanziale e diritto processuale.

Se si rammentano le ragioni della giurisprudenza maggioritaria sopra riassunte, si nota che la ritrosia delle Corti rispetto al rilievo della nullità del contratto nasce da ti-

mori di natura processuale, quali la violazione del principio di terzietà e dell'obbligo di corrispondenza tra chiesto e pronunciato.

Ciò ha portato a una riduttiva lettura dell'art. 1421 c.c., ipotizzando che solo l'azione di adempimento richieda la verifica dell'esistenza dei requisiti di validità ed efficacia del negozio da cui è sorta l'obbligazione, questione su cui vi è invece da interrogarsi per ogni azione contrattuale.

Si è quindi verificata una inversione logica, prontamente segnalata in dottrina: per il timore dell'extrapetizione e quindi di ampliare indebitamente la formazione del giudicato, anziché ragionare sulla portata della decisione conseguente al rilievo officioso della nullità, si è preferito restringere l'area in cui detta questione è rilevabile, limitandola (oltre che all'azione di nullità espressamente proposta) all'azione di adempimento.

Questa linea interpretativa non è più sostenibile.

3.2) Essa in primo luogo svalisce la categoria della nullità, l'essenza della quale, pur con i molti distinguo dottrinali su cui non è il caso di soffermarsi, risiede nella tutela di interessi generali, di valori fondamentali o che comunque trascendono quelli del singolo.

La qualificazione negativa che l'ordinamento da del contratto viene elusa dall'orientamento fin qui dominante, il che è incoerente con l'insegnamento professato in ipotesi di domanda di esecuzione del contratto.

Si è infatti affermato (S.U. 21095/04) che la nullità può essere rilevata d'ufficio, in qualsiasi stato e grado del giudizio, indipendentemente dall'attività assertiva delle parti, quindi anche per una ragione diversa da quella espressamente dedotta, nel caso in cui sia in contestazione l'applicazione o l'esecuzione del contratto, la cui validità rappresenta quindi un elemento costitutivo della domanda; con la conseguenza che la contestazione della validità dell'atto non costituisce domanda giudiziale, bensì mera difesa, che non condiziona l'esercizio del potere di dichiarare d'ufficio la nullità per vizi diversi da quelli eccipiti.

3.3) In secondo luogo viene depotenziato il ruolo che l'ordinamento affida all'istituto della nullità, per esprimere il disvalore di un assetto di interessi negoziale.

Non può negarsi che, nonostante talune critiche degli operatori del diritto, esso è stato negli ultimi decenni ampliato, introducendo con la legislazione speciale nuovi casi di nullità contrattuale.

Questo ruolo trae forza anche dalla previsione della rilevanza di ufficio, che, salvi i casi di espressa deroga, contribuisce a definire il carattere indisponibile delle norme in tema di nullità.

Infatti, al di là delle distinzioni tra le stesse ipotesi di nullità previste nel codice, che anche in giurisprudenza sono state in proposito tentate, l'unica differenza che rilevi ai fini del disposto normativo in esame è quella ravvisabile con le nullità per le quali sia dettato un regime speciale, come nel caso delle c.d. nullità di protezione, in cui il rilievo del vizio genetico è espressamente rimesso alla volontà della parte.

3.4) Con riferimento al regime delle nullità, occorre por-

tare l'attenzione su quanto è stato stabilito dalla Corte di Giustizia delle Comunità Europee, Sez. IV, 4 giugno 2009, causa 0243/08 ha stabilito che il giudice deve esaminare d'ufficio la natura abusiva di una clausola contrattuale e, in quanto nulla, non applicarla, tranne nel caso in cui il consumatore vi si opponga.

L'uso in questa sentenza del termine obbligo, anziché di quello facoltà, in precedenza comune, è stato inteso come acquisita consapevolezza del concetto di dovere dell'ufficio di rilevare la nullità ogniqualvolta il contratto sia elemento costitutivo della domanda.

Dunque non di facoltà propriamente trattasi, ma di obbligo, così come il verbo "può" usato nell'art. 1421 c.c., è da intendersi "deve", laddove la domanda proposta implichi la questione da rilevare e non si ponga quindi un problema di corrispondenza tra chiesto e pronunciato.

Di sicura importanza è poi la sentenza Asturcom (6 settembre 2009 in procedimento C-40/08), in forza della quale il giudice è tenuto, a partire dal momento in cui dispone degli elementi di diritto e di fatto necessari a tal fine, a valutare d'ufficio il carattere abusivo della clausola contenuta in un contratto stipulato tra un professionista e un consumatore, qualora, secondo le norme procedurali nazionali, egli possa procedere a tale valutazione nell'ambito di ricorsi analoghi di natura interna. In tal caso, incombe a detto giudice di trarre tutte le conseguenze che ne derivano secondo il diritto nazionale, affinché il consumatore di cui trattasi non sia vincolato da detta clausola.

Dalla considerazione che la giurisprudenza comunitaria attribuisce al potere-dovere di rilievo d'ufficio della nullità, risulta ancor più appropriato parlare di disagio del civilista in caso di mancato uso dei poteri officiosi.

4) Si torna per questa via ai profili processuali, dai quali ha tratto spunto l'orientamento restrittivo.

Muovendo dal rilievo, sopra argomentato, che l'azione di risoluzione per inadempimento è coerente solo con l'esistenza di un contratto valido, va detto che la nullità del contratto è un evento impeditivo che si pone prioritariamente rispetto alla vicenda estintiva della risoluzione.

Il giudice chiamato a pronunciarsi sulla risoluzione di un contratto, di cui emerga la nullità dai fatti allegati e provati e comunque *ex actis*, non può sottrarsi all'obbligo del rilievo e ciò non conduce ad una sostituzione dell'azione proposta con altra.

Soltanto fa emergere una eccezione rilevabile d'ufficio, che può condurre a variabili sviluppi processuali, ma con cui viene qualificata una ineliminabile realtà del rapporto controverso, senza squilibrare i rapporti tra le parti, né introdurre una materia del contendere che non faccia già parte dell'oggetto del giudizio.

In quel giudizio, che mira a riconoscere vigore ai contratti, viene eccepito, anche d'ufficio, come d'obbligo, un impedimento costituito da un motivo di nullità, con la conseguenza, salvo quanto si dirà nel paragrafo seguente, del rigetto della domanda di risoluzione per una ragione che impedisce di accertare quale delle due parti sia inadempiente.

Opera così l'innegabile funzione oppositiva del potere-

dovere di cui all'art. 1421, sicuramente individuata dall'orientamento restrittivo, ma da esso non ben coniugata con la regola di cui all'art. 112 c.p.c., giacché la decisione, in questi limiti, resta sicuramente nell'ambito del *petitum*.

La stessa funzione, si badi, non è con altrettanto nitore ravvisabile nel caso di azione di annullamento, il che peraltro rafforza il convincimento che si viene esprimendo in tema di azione di risoluzione.

Invero alcuni autori, nell'indagare la tematica che ci occupa e più in generale la funzione dell'azione di nullità, hanno evidenziato che la rilevazione incidentale della nullità è doverosa nei casi di azione per l'esecuzione o la risoluzione del contratto, ma non nel caso in cui siano allegati altri vizi genetici, come avviene nell'azione di annullamento.

La relativa domanda non postula la validità del contratto, sicché, sebbene la tradizione giurisprudenziale e dottrinale dell'orientamento favorevole al rilievo d'ufficio apparenti le ipotesi di risoluzione, annullamento e rescissione, andrà a suo tempo verificato se sussistano i presupposti per questa equiparazione.

4.1) Gli orientamenti giurisprudenziali sin qui manifestatisi hanno trascurato gli esiti processuali che pure la dottrina aveva intuito da molto tempo e che ha ora delineato con precisione anche grazie, da ultimo, alle modifiche degli artt. 101 e 153 c.p.c..

Sin dalla versione originaria del codice di rito, il secondo comma dell'art. 183 prevedeva il dovere del giudice di indicare alle parti le questioni rilevabili d'ufficio, - tra le quali senza dubbio rientra la nullità del contratto - con la possibilità di armonizzare il principio di cui all'art. 1421 c.c. con quelli del contraddittorio, della domanda e della corrispondenza tra chiesto e pronunciato.

A seguito della riforma di cui alla L. n. 353 del 1990, l'introduzione del regime delle preclusioni ha reso ancor più stringente, per effetto delle scansioni temporali, questo obbligo del giudice (trasfuso prima nel terzo e ora nel quarto comma del medesimo articolo), indispensabilmente connesso alla conoscenza dei fatti di causa anche tramite la richiesta di chiarimenti, eventualmente in sede di libero interrogatorio.

È questo il manifestarsi del principio di collaborazione tra giudice e parti, e non un innaturale esercizio dei poteri processuali, come pure ha temuto parte della dottrina che ha sorretto l'orientamento restrittivo.

A seguito del rilievo officioso, le parti hanno possibilità di formulare domanda che ne sia conseguenza (arg. ex art. 183, comma 4, ora comma 5) e quindi anche la eventuale domanda di risoluzione potrà essere convertita in (o cumulata con) azione di nullità.

A favorire questo sviluppo processuale, che, è da credere, avrà corso nella maggior parte dei casi, confinando ad ipotesi residuali la insistenza esclusivamente nell'iniziale domanda di risoluzione, sono anche le recenti modifiche sopra indicate.

Il nuovo comma 2 dell'art. 101 c.p.c. (aggiunto dalla L. n. 69 del 2009, art. 45, ma già v. art. 384 c.p.c.) impone anche al giudice che sia in fase di riserva della decisione, se

ritiene di porre a fondamento di quest'ultima una questione rilevata d'ufficio, di assegnare alle parti un termine per memorie contenenti osservazioni sulla questione.

L'art. 153 ha ampliato la facoltà di essere rimessa in termini della parte che sia incorsa in decadenze per causa ad essa non imputabile, come accade quando il rilievo officioso giunga tardivamente.

In tal caso il giudice dovrà, nei limiti schiusi dal rilievo stesso, consentire la formulazione di ogni conseguente deduzione.

Giova osservare che già la problematica era stata messa fuoco in relazione alla nullità della sentenza c.d. della terza via (si veda Cass. 14637/01).

Con pienezza di argomenti, Cass. 21108/05 ha successivamente precisato che il giudice che ritenga, dopo l'udienza di trattazione, di sollevare una questione rilevabile d'ufficio e non considerata dalle parti, deve sottoporla ad esse al fine di provocare il contraddittorio e consentire lo svolgimento delle opportune difese, dando spazio alle consequenziali attività. La mancata segnalazione da parte del giudice comporta la violazione del dovere di collaborazione e determina nullità della sentenza per violazione del diritto di difesa delle parti, private dell'esercizio del contraddittorio, con le connesse facoltà di modificare domande ed eccezioni, allegare fatti nuovi e formulare richieste istruttorie sulla questione che ha condotto alla decisione solitaria. Qualora la violazione, nei termini suindicati, si sia verificata nel giudizio di primo grado, la sua denuncia in appello, accompagnata dalla indicazione delle attività processuali che la parte avrebbe potuto porre in essere, cagiona, se fondata, non già la regressione al primo giudice, ma, in forza del disposto dell'art. 354 c.p.c., comma 4, la rimessione in termini per lo svolgimento nel processo d'appello delle attività il cui esercizio non è stato possibile. È questa dunque la via da percorrere, che pone nel nulla tutte le perplessità in tema di extrapetizione, poteri del giudice e "soggettivismo giudiziario" a suo tempo fatte proprie dalla giurisprudenza maggioritaria riassunta sub 2.2.

4.1.1) Altro esito del rilievo d'ufficio della nullità e del relativo accertamento è l'accoglimento di ogni richiesta formulata unitamente alla domanda di risoluzione e compatibile con la diversa ragione rappresentata dalla nullità, come avviene nel caso di domanda restitutoria. Questa conseguenza si verifica senz'altro in ipotesi di modifica della domanda con richiesta di declaratoria della nullità.

Altrettanto avverrà però in ipotesi di rigetto - fondato sulla nullità contrattuale rilevata d'ufficio - della domanda di risoluzione, alla quale sia associata, anche originariamente, la richiesta di condanna alle restituzioni. Il rilievo della nullità fa venir meno la "*causa adquirendi*" e la richiesta di restituzione del bene consegnato in esecuzione del contratto, che era già stata formulata con la pretesa iniziale, sarà accolta sulla base di questo presupposto, senza bisogno di espressa dichiarazione della nullità.

Va infatti confermato che qualora venga acclarata la

mancanza di una "causa *adquirendi*" - tanto nel caso di nullità, annullamento, risoluzione o rescissione di un contratto, quanto in quello di qualsiasi altra causa che faccia venir meno il vincolo originariamente esistente - l'azione accordata dalla legge per ottenere la restituzione di quanto prestato in esecuzione del contratto stesso è quella di ripetizione di indebito oggettivo; ne consegue che, ove sia proposta una domanda di risoluzione del contratto per inadempimento e il giudice rilevi, d'ufficio, la nudità del medesimo, l'accoglimento della richiesta restitutoria conseguente alla declaratoria di nullità, non mutando la *causa petendi*, non viola il principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato (v. Cass. 2956/11 cit.) inoltre cfr. Cass. 9052/10; 1252/00; e anche 21096/05; 5624/09).

4.2) La ricostruzione del sistema ha conseguenze intuibili quanto al giudicato.

Qualora dopo il rilievo officioso sia stata formulata, tempestivamente o previa rimessione in termini, domanda volta all'accertamento della nullità e ad eventuali effetti restitutori, la statuizione sui punto, se non impugnata, avrà effetto di giudicato.

Nel caso in cui sia omesso il rilievo officioso della nullità, e l'omissione venga fatta valere in sede di appello, il giudice del gravame dovrà rimettere in termini l'appellante e procedere secondo quanto dettato da Cass. 21108 cit.

Ove non sia formulata tale domanda, il rilievo della nullità fa pervenire al rigetto della domanda di risoluzione con accertamento *incidenter tantum* della nullità, dunque senza effetto di giudicato sul punto.

Il giudicato implicito sulla validità del contratto, secondo il paradigma ormai invalso (cfr Cass, S.U. 24883/08; 407/11; 1764/11), potrà formarsi tutte le volte in cui la causa relativa alla risoluzione sia stata decisa nel merito, con esclusione per le sole decisioni che non contengano statuizioni che implicano l'affermazione della validità del contratto.

5) Venendo alla fattispecie per cui è causa, alla stregua dei principi sopra affermati vanno accolti i primi due motivi di ricorso, con i quali viene censurata la sentenza della Corte veneziana perché ha negato la rilevanza d'uffi-

cio della nullità del contratto per indeterminatezza dell'oggetto.

Nell'atto di appello era stato infatti denunciato (pag. 4) che il tribunale di Rovigo avrebbe dovuto rilevare la questione in ogni stato del giudizio e dichiarare la nullità del contratto.

La Corte di appello ha ritenuto che sarebbe stata introdotta una nuova *causa petendi* a sostegno della pretesa di restituzione dell'immobile, ponendo a base di essa la nullità del contratto, non dedotta in primo grado.

Dovrà invece attenersi ai principi enucleati dalle Sezioni Unite e, ove ritenga sussistente la ipotesi di nullità contrattuale prospettata, valutare convenientemente e riesaminare sotto ogni aspetto, ivi compresi i rilievi di merito mossi in controricorso, le domande formulate dall'appellante. Resta assorbito il terzo motivo di ricorso, che attiene alla violazione della L. Fall., art. 72. Sulla necessità di agire concorsualmente per il recupero del bene può infatti pesare la eventuale declaratoria di nullità del contratto, con gli effetti conseguenti.

Discende da quanto esposto l'accoglimento del ricorso nei limiti suddetti, con enunciazione del seguente principio:

Il giudice di merito ha il potere di rilevare, dai fatti allegati e provati o emergenti *ex actis*, ogni forma di nullità non soggetta a regime speciale e, provocato il contraddittorio sulla questione, deve rigettare la domanda di risoluzione, volta ad invocare la forza del contratto. Pronuncerà con efficacia idonea al giudicato sulla questione di nullità ove, anche a seguito di rimessione in termini, sia stata proposta la relativa domanda. Nell'uno e nell'altro caso dovrà disporre, se richiesto, le restituzioni. La sentenza impugnata va cassata e la causa rinviata per nuovo esame ad altra sezione della Corte di appello di Venezia, che provvedere anche in ordine alle spese di questo grado di giudizio.

P.Q.M.

La Corte accoglie il primo e secondo motivo di ricorso, assorbito il terzo. Cassa la sentenza impugnata in relazione ai motivi accolti e rinvia ad altra sezione della Corte di appello di Venezia, che provvedere anche sulla liquidazione delle spese del giudizio di legittimità.

IL COMMENTO

di Stefano Pagliantini

Finalmente le Sezioni Unite si sono pronunciate su di una questione - il rilievo d'ufficio della nullità di un contratto pendente una diversa domanda di impugnativa contrattuale - che si trascinava da decenni: nel farlo però, statuendo che il rilievo *incidenter tantum* vale nei soli casi di risoluzione, muovono da una premessa - la nullità come sanzione a tutela di valori fondamentali - ed approdano a dei corollari - a titolo di esempio l'esclusione della rilevanza per le nullità speciali incomplete ed il giudicato implicito sulla validità del contratto in caso di rigetto della domanda di risoluzione - che si annunciano come meritevoli di una rivisitazione critica. In chiusura l'autore mette poi in risalto altri fattori di criticità che si affollano intorno al perimetro applicativo dell'art. 1421 c.c., avviando in particolare una riflessione sul complesso rapporto interattivo che può instaurarsi tra nullità e risoluzione allorché residuino, in danno dell'attore, poste di interesse negativo e condizioni per un ingiustificato arricchimento del convenuto.

La vischiosità di un *decisum in itinere*

Se la nullità si è oramai trasformata in un'autentica *Baustelle*, la sentenza in epigrafe (1), nonostante tutti i rilievi critici che le si possono muovere, ha un indiscutibile pregio: *prova* ad archiviare l'annosa questione dei limiti alla rilevabilità d'ufficio della nullità di un contratto, non più circoscritta al solo caso nel quale l'attore domandi l'adempimento ma ricomprendente d'ora in poi tutte le ipotesi in cui sia stata chiesta la risoluzione. Altrove già si è avuto modo di evidenziare quali sono le ragioni che inducono a preferire un accertamento incidentale della nullità, non foss'altro per ovviare al notorio paradosso di una pronuncia che statuisca la risoluzione di un contratto nullo (2). A poco servirebbe perciò ripercorrere qui le tracce di un apparato argomentativo che pure altri di recente ha riprodotto (3). Torna assai più utile, in realtà, evidenziare alcuni dei chiaroscuri che, in maniera intermittente, da sempre contribuiscono ad aggiornare la vischiosità del tema in oggetto. Dei chiaroscuri, talora semplici equivoci talaltra degli autentici concettualismi, che la sentenza in esame, con una motivazione riccamente elaborata, cerca di disvelare, non riuscendovi però sempre anche a motivo dell'ambiguità di alcuni dei suoi passaggi argomentativi.

In un primo commento già si è parlato di una sentenza contraddistinta da un approccio «timido» e corredata sia di rilievi «oscuri ... [che di notazioni] meno facilmente comprensibili» (4). Due critiche severe di cui soltanto la seconda pare tuttavia cogliere nel segno. Il difetto di questo *dictum* non sembra infatti risiedere soltanto nel modo in cui dirime un conflitto giurisprudenziale innegabilmente, per quanto vi fosse più di una massima interlocutoria (5), acceso (6). Il discorso è più complesso ed involge da un lato la prospensione - spiccata in tutta la sentenza - a credere che un'interpretazione restrittiva dell'art. 1421 c.c. «svilisc[a] la categoria della nullità» investendo dall'altro il difficile connubio tra vecchie e nuove nullità, che la Corte combina nella prospettiva di un amalgama il cui *vestmentum* si mostra alla fine quanto meno sdruciolevole. Probabilmente, come subito si vedrà, certe ambiguità si debbono ad un'ordinanza di rimessione incentrata su di una fattispecie - preliminare di permuta di un terreno con un fabbricato erigendo, seguito dallo scioglimento del contratto ex art. 72 comma 4 l. fall. per fallimento dell'impresa di costruzioni decisamente spuria. Epperò la sensazione di una motivazione con troppe *rationes*, ove le due visuali del sostanziale e del processuale non sempre si allineano

virtuosamente, rimane. Insieme, sia detto per inciso, alla sensazione che il corpus motivare della Corte voglia, in qualche modo, fungere da un *prius in itinere* che sarà poi compito degli arresti successivi svolgere, per addizione o sottrazione, sì da levigare un precetto - l'art. 1421 - sempre più incrostato di mul-

Note:

(1) Occasionata dall'ordinanza di rimessione, resa da Cass., 28 novembre 2011, n. 25151, in *Foro it.*, 2012, I, 80, che viene felicemente contestualizzata, in *Annuario del contratto* 2011, diretto da D'Angelo-Roppo, Torino, 2012, 135 ss. Le sentenze - opposte - pronunziate da Cass. 7 febbraio 2011, n. 2956, in questa *Rivista*, 2011, 677 ss., con nota di Pirovano e da Cass. 27 aprile 2011, n. 9395, in *Rep. Foro it.*, 2011, voce *Contratto in genere*, n. 463 simboleggiano vividamente il contrasto. Nel senso dell'interpretazione estensiva, tra più recenti sentenze di merito, pure App. Milano, 27 luglio 2011, in questa *Rivista*, 2011, 1085 ss., mentre fin troppo equivoca si mostra Cass. 18 settembre 2012, n. 15650.

(2) Sia consentito il rinvio a Pagliantini, sub *Art. 1421*, in *Dei contratti in generale*, a cura di Navarretta-Orestano, Torino, 2012, III, 667 ss. e, in una prospettiva più di sistema, *Struttura e funzione dell'azione di nullità contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, I, 753 ss.

(3) V. da ultimo, per una sintesi informativa, Nardi, *Nullità del contratto e potere-dovere del giudice*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, II, 155 ss. prima ancora però, per un denso quadro, Mariconda, *La Cassazione rilegge l'art. 1421 c. c. e si corregge: è vera svolta?*, in *Corr. giur.*, 2005, 962 ss.

(4) V. Farina, *Brevi osservazioni 'a caldo' sull'atteso (ma tutto sommato, solo parziale) responso delle sezioni unite sui limiti della rilevabilità officiosa della nullità del contratto (Cass. civ., Sez. un., 4 settembre 2012, n. 14828, Est. D'Ascola)*, in *www.judicium.it*, 4. Pienamente adesive si mostrano invece le (brevi) considerazioni di Tarantino, *Le Sezioni Unite sulla rilevabilità d'ufficio della nullità: sì, anche se è stata chiesta la risoluzione del contratto*, in *Dir. giust.*, 2012, 765 e di Piazzese, nota anepigrafa, in *www.ildirittoamministrativo.it*.

(5) Si allude a quelle sentenze che, specie di recente, hanno legato la rilevabilità alla circostanza che la validità de contratto rappresenti *elemento costitutivo della pretesa*. Orbene, visto che la *causa petendi* della domanda di risoluzione è tutt'uno con l'inadempimento ed il *petitum*, a sua volta, si radica in una declaratoria di scioglimento del contratto, è di tutta evidenza che l'inadempiente convenuto in tanto potrà definirsi contraente infedele in quanto risulti preliminarmente valido - cioè non viziato da una causa di invalidità - il titolo legittimante la pretesa dell'attore. Ergo, pur pendendo una domanda di risoluzione, queste sentenze, all'apparenza in linea coll'indirizzo tradizionale, in realtà contemplan una rilevabilità *incidenter tantum*. V., per un campionario illustrativo, Cass. 23 gennaio 2009, n. 1788, in *Rep. Foro it.*, 2009, voce *Appalto*, n. 58 e Cass. 28 gennaio 2004, n. 1552, ivi, *Rep.*, 2004, voce *Contratto in genere*, n. 539. Da ultimo Cass. 10 maggio 2012, n. 7173, in *Dir. giust.*, 2012, 393, con osservazioni di A. Villa, *Ci sono limiti al potere del giudice di accertare d'ufficio la nullità del contratto* - della quale, significativamente, è estensore D'Ascola - e Cass. 11 luglio 2012, n. 11651, in *Guida dir.*, 2012, 39, 70.

(6) Eloquenti il periodare di Cass. 17 febbraio 2012, n. 2366, riproduttiva di quell'impostazione tradizionale - irrilevabilità per rispetto del principio dispositivo non potendosi ampliare l'oggetto della controversia - che già aveva contrastato, con ricchezza di argomenti, Cass. 22 marzo 2005, n. 6170, in *Nuova giur. comm.*, 2006, I, 372 ss., con nota di Dottore, *Il senso della rilevabilità d'ufficio della nullità negoziale nel sistema civilistico e processuale: la Cassazione torna sull'art. 1421 cod. civ.*

tiformi e spesso sfumate variabili applicative. Di qui la ragione dell'articolarsi di questo commento in un catalogo - cinque in tutto e prevedibilmente parziale - di obiezioni, unitamente alla disamina, in chiusa, di altre *quaestiones* - tre in totale - contigue e tutt'altro che di dettaglio.

Primo rilievo critico: le S.U. ed il *ρόπος* - inutile - dell'interesse generale. L'ambiguo sincretismo di un rilievo officioso oppositivo che, nella specie, *asseconda* e non vale a contraddire l'interesse negativo dell'attore

La prima perplessità - o critica che dir si voglia - è di taglio generale e riguarda quel passo, tutt'altro che di risulta nell'economia della motivazione, nel quale la Corte osserva che un rilievo officioso circoscritto all'adempimento «svilisce la categoria della nullità, l'essenza della quale ... risiede nella tutela di interessi generali», chiosando che la qualificazione negativa riservata dalla legge al contratto nullo «viene elusa» dall'interpretazione restrittiva dell'art. 1421 c.c. «fin qui dominante». Insomma, com'anche si legge in un passo di poco successivo, una rilevabilità officiosa ampliata scaturisce (dal) e supporta (il) «carattere indisponibile delle norme in tema di nullità». E il paradigma valutativo sottinteso, a voler trovare il modello di riferimento più prossimo, si ha l'impressione sia il *dictum*, sempre a Sezioni unite, di Cass. n. 21095 del 2004, sulla nullità delle clausole di anatocismo bancario (7). Se non fosse, verrebbe subito da far notare, che rieditando un binomio - nullità/valori fondamentali - ormai se non frusto assai discusso, si moltiplicano i motivi di critica: anche, è bene evidenziarlo, inutilmente.

Gli è infatti che una motivazione incistata sulla natura dell'interesse protetto, oltre a mostrarsi sviante perché consona in realtà alle sole fattispecie di nullità per illiceità (8), ha il difetto di rivelarsi esornativa: o, per dirlo nel modo che si legge in una celebre pagina carneluttiana (9), finisce per mostrarsi indispensabile nello stesso modo in cui può esserlo un'argomentazione *a posteriori*. Se si assume infatti, com'è corretto fare, che la domanda di adempimento e quella di risoluzione abbiano i medesimi presupposti, in quanto prima di accertare se il convenuto è inadempiente deve appurarsi se lo si può qualificare come debitore, non è poi più di una qualche utilità - oltre, lo si ripete, a fuorviare - insistere sulla funzionalità del rilievo d'ufficio ad elidere il «disvalore» regolamentare espresso dal contratto nullo. Basta, come ben vien messo in risalto, il notare che se la nullità di un contratto, del quale sia stata domanda-

ta la risoluzione, risulta dai fatti allegati o provati «e comunque *ex actis*», il rilevarla d'ufficio si iscrive in quella funzione di contrasto che l'art. 1421 ha nei riguardi di una fattispecie negoziale alla quale, proprio perché la si suppone risolvibile, si «mira» in realtà «a riconoscere vigore»: la motivazione, visto il rilevare della risoluzione come vicenda *temporalmente seconda*, già così è autosufficiente ed insistere su di un «*disagio del civilista* in caso di mancato uso dei poteri officiosi» finisce per mostrarsi non un *prius* ma un *post*, per di più inconferente rispetto ai casi di mancanza di un elemento essenziale del contratto (art. 1418 comma 2) o di una norma imperativa conosciuta per la tutela di un *interesse privato* (artt. 458, 2624 e 2744 c.c.). Cioè, per semplificare, nelle ipotesi di norme che sono sì imperative ma del genere *ordinativo* o *qualificativo* in quanto prescrittive di un *onere*. Quale sarebbe infatti il coefficiente di disvalore o di immeritevolezza insito, come nel caso che ha occasionato il *dictum* in epigrafe, in un preliminare di permuta di cui è supposta la nullità per indeterminatezza dell'oggetto (art. 1346 c.c.)? È vero che un contratto siffatto, in quanto spoglio del minimo di evidenza prescritta *ex lege* quale forma di controllo normativo della fattispecie, è nullo: ma, visto il primato della legge «sulla giuridicità dell'atto di autonomia privata» (10), perché risulta *inutile* non in quanto sia *immeritevole* (11). A tacere della circostanza che nullo - come predicato di un atto o di un contratto - è qualificativo che spesso si apprezza a posteriori, non una «verità ... palese ed indubbia *ex*

Note:

(7) Cass. 4 novembre 2004, n. 21095, in *Giur. it.*, 2005, 66 ss., con nota di Cottino, *Sull'anatocismo intervengono anche le Sezioni Unite*.

(8) Sia consentito il rinvio a Pagliantini, *Struttura e funzione dell'azione di nullità contrattuale*, cit. 755 ss. mentre, per una diversa lettura, v. Di Marzio, *La nullità del contratto*, Padova, 2008, 1047 ss.

(9) V. Carnelutti, *Il diritto come antistoria*, in *Riv. dir. proc.*, 1952, 256.

(10) Così Majello, *La patologia discreta del contratto annullabile*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, I, 345.

(11) Quando infatti l'incompletezza è tale da compromettere la stessa realtà della "regola" diventa ultroneo pensare ad un vaglio tutorio della nullità per un «contratto... così inconsistente da non poter dar seguito ad alcunché»: così Gentili, *Le invalidità*, in AA.VV., *I contratti in generale*, cura di E. Gabrielli, 2ª ed., Torino 2006, II, 1585. Il discorso è lo stesso quand'è questione di nullità per difetto di accordo, giacché trattasi di una comminatoria dettata per avviare ad un agire negoziale sì irrazionale, nel senso di inutile o incongruo, ma nella «stessa prospettiva [delle parti]», non in quella del sistema normativo (così Gentili, *Nullità di protezione e ruolo del notaio*, in *Riv. Not.*, 2010, 289). In giurisprudenza, isolata ma compiutamente, Cass. 6 ottobre 2006, n. 21632, in *Obbl. e contr.*, 2007, 494 ss. (in motivazione).

se» (12): un'«ipotesi» (13), traducibile in un risultato decisorio soltanto a seguito di un vaglio giudiziale. Con tutto quello che ne deriva, il rilievo tornerà più avanti, a fare della rilevabilità d'ufficio lo strumento *tipicamente* preposto alla tutela degli interessi indisponibili della collettività. Degli interessi, per altro, tutelabili nella *sola* misura in cui la nullità risulti *ex actis* perché, come le Sezioni Unite notano in conformità a quanto già statuito in Cass. n. 18128 del 2005 (14), l'art. 1421 non vale ad esonerare le parti dall'onere probatorio. Ergo rilettura dell'art. 1421 ma perdurante inammissibilità di un'istruzione probatoria officiosa (15).

Una piccola chiosa a margine.

Se la motivazione delle S.U. pecca, come si è cercato di evidenziare, di un eccesso argomentativo di stampo teleologico, forse in questo un'efficienza decampante l'ha avuta la stessa fattispecie decidenda, ben poco di ausilio ad una corretta rappresentazione del problema: per la semplice ragione che, nel giudizio di merito, non era stata domandata la *risoluzione* del contratto bensì, sul presupposto dell'intervenuto scioglimento della permuta ex art. 72 comma 4 l. fall., la *restituzione* del fondo (16). Ed il distinguo non è di poco conto. Gli è infatti che, con l'ammettere il rilievo *incidenter tantum* della nullità, visto che se il contratto *non è valido* la società fallita non ha acquisito alcun diritto, si finisce - nel caso *de quo* - per innescare una vicenda processuale - ex art. 103 l. fall. - in realtà *premiale* per l'attore. Che non a caso risulta avesse domandato la nullità in appello: col risultato poi, come si è ben messo in evidenza, che il rilievo officioso si mostra allora qui preordinato *esclusivamente* ad «un *accoglimento* (o, comunque, ad un *più favorevole* trattamento) della domanda di restituzione originariamente proposta» (17). Quindi una *quaestio nullitatis* che impinge qui tra le difese dell'attore. A non reggere più così - e si avrà modo di tornare sulla questione più avanti - è la valenza ostativa - impeditiva di una rilevabilità, che *qui* non si innesta sulla contestazione di inadempimenti reciproci fondanti domande incrociate di risoluzione ex art. 1453 c.c. di un contratto nullo perché carente della forma prescritta *ad substantiam* (18). Al contrario, nel caso *de quo* la rilevabilità assume la diversa foggia di uno strumento utile all'attore in quanto l'officioso riconoscimento giudiziale dell'originaria inefficacia del contratto funge da premessa certificante «l'inesistenza di diritti o rapporti» (19). Donde un rilievo officioso per un accertamento finalizzato *specificamente* a riottenere la libera disponibilità del bene. Ed allora, se così stanno le cose, sarebbe senz'altro servito di più, al fine di meglio declinare il

modus operandi dell'art. 1421, dedicare un maggior spazio illustrativo al problema del limite della domanda attorea. Che, giova evidenziarlo, nel corso del giudizio di primo grado era stata di *risoluzione*. Ragionare viceversa, nella situazione processuale descritta, di un'interpretazione antiletterale dell'art. 1421, che verrebbe a *depotenziare* «il ruolo affida[to] alla nullità» (§ 3.3), anziché diffondersi sull'applicazione di un rimedio che l'attore avrebbe potuto da subito azionare ma non ha viceversa azionato, suona come un fuori contesto.

Secondo rilievo critico: la trasposizione, nella *vexata quaestio*, delle nullità di protezione. Un duplicato argomentativo sviante e labile

La seconda perplessità è tutt'uno col richiamo - diffuso - alle sentenze della Corte di giustizia, per via dell'obbligo del giudice nazionale, quando si fa questione di clausole vessatorie nei rapporti *b2c*, di rilevare d'ufficio l'abusività seppur col limite, prima di procedere alla disapplicazione della clausola, dell'opposizione del consumatore. Un richiamo colto che - però - davvero non si comprende quale senso possa avere nel caso di specie. Delle due infatti l'una: o la citazione di *Pannon* e di *Asturcom* serve a suffragare obliquamente il successivo - e claudicante - riferimento ad un attore che, informato della questione rilevabile *ex officio*, ha la facoltà di convertire la sua domanda originaria in analogia così al canovaccio comunitario di una pregiudiziale prospettata

Note:

(12) Così Schlesinger, *Appunti in tema di invalidità di deliberazioni assembleari delle società azionarie dopo la riforma del 2003*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, I, 603 (anche per la citazione successiva).

(13) Cfr. attentamente Scognamiglio, *Regole di validità e di comportamento: i principi ed i rimedi*, in *Europa dir. priv.*, 2008, 613.

(14) V. Cass., Sez. un., 13 gennaio 2005, n. 18128, sulla riducibilità d'ufficio della clausola penale, in *Foro it.*, 2005, I, 2985 ss.

(15) Per un diverso approccio al problema, sia consentito il rinvio a Pagliantini, *L'interpretazione più favorevole per il consumatore ed i poteri del giudice*, in id., *La tutela del consumatore nell'interpretazione delle Corti*, Torino, 2012, 118 ss.

(16) V., per utili spunti, Balestra, *Le restituzioni nel fallimento*, in AA. VV., *Le azioni di restituzione da contratto*, Milano, 2012, 51 ss. (specialmente i §§ 2 e 3).

(17) V. Farina, *Brevi osservazioni 'a caldo'*, cit., 4 s..

(18) Di questo si dibatteva - e dopo Cass. 22 marzo 2005, n. 6170, cit. è il *decisum* che meglio illustra l'interpretazione estensiva dell'art. 1421 - in Cass. 15 settembre 2008, n. 23674, cit.

(19) Così E.F. Ricci, *Sull'accertamento della nullità e della simulazione dei contratti come situazioni preliminari*, in *Riv. dir. proc.*, 1994, 655 e Macagno, *La domanda di rivendica/restituzione*, in *Fall.*, 2011, 1052. Utili rilievi in D'Aquino, sub Art. 103, in *La legge fallimentare. Commentario teorico-pratico*, diretto da Ferro, Padova, 2007, 742 ss.

e seguita da un diritto di interpello al consumatore, ma, se così è, di nuovo tutto l'inciso ha il valore di una *ratio decidendi ad abundantiam* perché il rilevare una questione è concettualmente diverso dal segnalare alle parti una rilevanza; oppure la sottolineatura di un'interpretazione comunitariamente orientata dell'art. 1421 c.c. serve soltanto, come del resto si legge, a mettere in risalto - con un *può* che diventa *deve* ed una facoltà trasformata in un *obbligo* - che il rilievo officioso è consustanziale a tutte le ipotesi nelle quali «il contratto sia elemento costitutivo della domanda». Che di nuovo, tuttavia, assomiglia tanto ad un *obiter dictum*, *accidentale* rispetto alla constatazione che se la nullità funge da circostanza impeditiva, va da sé che allora è destinata ad atteggiarsi pregiudizialmente rispetto alla vicenda ablativa di una risoluzione. Oltretutto, per come è formulato, l'*excursus* sulle cd. nullità di protezione può alimentare viceversa il corposo equivoco di un diverso regime normativo, quanto alla rilevanza, tra nullità assolute e nullità cd. relative (20). Col risultato - dissonante - di trasformare un argomento rafforzativo in un enunciato che vulnera la motivazione.

Si legge infatti, nella chiusa del par. 3.3., che, raffrontando sinotticamente le nullità codicistiche e quelle speciali, l'unico distinguo normativo rilevante investe proprio l'art. 1421 c.c., laddove il «rilievo del vizio genetico [sia] espressamente rimesso alla volontà delle parti». Se ne dovrebbe allora dedurre, a seguire il periodare delle S.U., che le fattispecie di nullità di protezione incompleta, ove la *littera legis* non lo abbia statuito testualmente, sono sprovviste di una rilevanza officiosa: col risultato che, limitando la digressione ad un solo esempio, mentre il giudice potrà rilevare il difetto di forma di un contratto bancario (art. 127 comma 2 T.U.B.), gli sarà per contro precluso procedere allo stesso modo nel caso di preliminare di immobili da costruire ove faccia difetto il rilascio di una fideiussione richiesta a pena di nullità (art. 2 comma 1 l. n. 122 del 2005). Se non fosse che la più recente dottrina (21), per quanto ancora divisa sul modo di ricostruire la galassia delle nullità che giovano o possono farsi valere *esclusivamente* dal consumatore o dall'acquirente, è di preferenza orientata a ritenere o che l'art. 36 comma 3 cod. cons. possa fungere da norma generale (se non altro nel sottosegretario della legislazione consumeristica) ovvero che, nel caso ricorrano i presupposti per l'operare dell'analogia, la rilevanza officiosa costituisca il *proprium* anche di quelle nullità ormai classificate, nel lessico degli interpreti, di protezione virtuale. Detto altrimenti: il ragionamento della Corte implica che l'art. 1421 c.c. configuri una *norma generale* ed i casi

di irrilevanza officiosa altrettante *eccezioni*, da cui poi una tipicità delle fattispecie di nullità relativa non rilevabile ex officio. Cioè, per sintetizzare, la singola omessa statuizione quanto alla rilevanza non integra una mancanza di previsione - *rectius*, una lacuna in senso proprio - bensì una «tecnica di disciplina» (22). Ma la cornice argomentativa della Corte, in ogni caso difficilmente prospettabile in materia consumeristica, regge se si esclude che esista un qualsiasi rapporto di *somiglianza* tra figure di nullità relative irrilevanti e forme gemelle di nullità per converso rilevanti. Il che, stante spesso l'affinità se non l'identità del conflitto di interessi che la classe di queste nullità regola, è difficilmente sostenibile. Il tutto a prendere per buona la premessa che l'*incipit* eccettuativo dell'art. 1421 sia da riferire anche alla rilevanza officiosa e non soltanto al - primo - periodo sulla legittimazione relativa (23).

Quindi una motivazione che, rispetto ad una problematica già punteggiata di interrogativi vischiosi, complica anziché semplificare - come invece dovrebbe - i termini della discussione. Indirettamente il par. 3.3. delle Sezioni Unite, influenzato forse da un *decisum* di poco precedente assai discutibile (24), avalla

Note:

(20) Sui rapporti tra le due figure, d'obbligo è il riferimento a Scialisi, *Contratto e regolamento nel piano d'azione delle nullità di protezione*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, 480 ss.

(21) V., almeno ed in luogo di tanti, D'Amico, *Nullità virtuale - Nullità di protezione. (Variazioni sulla nullità)*, in *Le forme della nullità*, a cura di Pagliantini, Torino, 2009, 12 ss.; Gentili, *La «nullità di protezione»*, in *Europa dir. priv.*, 2011, 77 ss.; Girolami, *Le nullità di protezione nel sistema delle invalidità negoziali*, Padova, 2008, 433 ss.; G. Perlingieri, *La convalida delle nullità di protezione e la sanatoria dei negozi giuridici*, Napoli, 2010, 15 ss., 43 ss. e 52 ss.; Albanese, *Non tutto ciò che è 'virtuale' è razionale: riflessioni sul contratto nullo*, in *Europa e dir. priv.*, 2012, 516 s. e, per chi lo volesse, Pagliantini, *La nullità di protezione tra rilevanza d'ufficio e convalida: lettere da Parigi e dalla Corte di giustizia*, in *La tutela del consumatore nell'interpretazione delle Corti*, cit. 3 ss., 23 ss. e 27 ss.

(22) A voler riprendere la ficcante espressione di Belfiore, *Interpretazione della legge e analogia*, in *Annali del Seminario giuridico*, VI (2004 - 2005), Milano, 2006, 12.

(23) Si potrebbe poi aggiungere, sviluppando il ragionamento di un'acuta dottrina, che queste nullità esemplificano dei casi totalmente ignoti al legislatore del 1942: di talché verrebbe da domandarsi quanto sia «razionale invocare» la nominatività dell'*incipit* dell'art. 1421 «al fine di escludere il ricorso al procedimento analogico»: così Belfiore, *Interpretazione della legge e analogia*, cit. 13.

(24) Il riferimento è a Cass. 21 aprile 2011, n. 9263, in *Rep. Foro it.*, 2011, voce *Contratto in genere* n. 521 ove si discuteva sulla risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta di un contratto di mutuo in ECU: contratto - tra un professionista ed un consumatore - infarcito di clausole vessatorie, ma rispetto al quale la Cassazione del tutto sorprendentemente conclude per l'irrilevanza, distinguendo - era un caso di successione delle leggi nel tempo - tra nullità assolute e relative in quanto le seconde non mostrerebbero quella «connotazione di ordine pubblico» idonea a fondarne l'immediata applicazione ai rapporti in corso.

l'idea - che sembrava viceversa felicemente accantonata in proprio in virtù della Corte di giustizia (25) - di una nullità cd. relativa come *species* di concretizzazione di un'annullabilità rafforzata (26). Leggendo poi il dispositivo, visto che la rilevabilità ha per oggetto «ogni forma di nullità non soggetta a regime speciale», il disorientamento dell'interprete si accresce. Svolgendo i precedenti rilievi, si dovrebbe infatti concludere che l'art. 23 comma 3 T.U.F., comminando una nullità relativa carente del rilievo d'ufficio, postula un'irrilevabilità *ope iudicis* dell'eventuale vizio di forma del contratto relativo alla prestazione dei servizi di investimento. Sennonché il paradosso, contrariamente a quanto suole sentenziare la Corte di giustizia (27), di un professionista che potrà così domandare giudizialmente la risoluzione di un contratto asimmetrico affetto da una nullità non eccepita, avrebbe davvero del sorprendente: a tacere del fatto, ma qui il problema lo si può soltanto accennare di sfuggita, che a cascata un'irrilevabilità dovrebbe riconoscersi anche alle nullità conseguenti alla violazione delle prescrizioni imperative secondarie delle autorità indipendenti, nel caso di clausole contenute nei contratti di utenza illegittimamente deroganti all'effetto sostitutivo-integrativo di un regolamento conformativo sufficientemente dettagliato (28), se è vero che pure queste nullità c.d. protettive normalmente non sono assistite da un rilievo officioso nominativo. Insomma, l'inevitabilità di una nullità speciale rilevabile perché i casi di irrilevabilità coprono un ambito governato da una riserva di legge esclusiva (29), non convince. E d'altronde se le nullità di protezione - *speciali* per le S.U. - si caratterizzano per una natura ancipite, in quanto funzionali nel contempo alla tutela di un interesse generale (l'integrità/efficienza del mercato) e *particolare*/seriale (quello di cui risulta esponenziale la classe dei consumatori o dei clienti), non v'è chi non veda come un mancato rilievo *ope iudicis* finisca proprio per dimezzare la tutela di quel bene primario elevato dalle Sezioni Unite, in sintonia con quella dottrina che ragiona di un art. 1421 come rimedio per l'equità nei contratti e nell'intento di scoraggiare gli abusi (30), a predicato consustanziale della - o delle ? - nullità.

Terzo rilievo critico: l'obiter sulla questione - irrisolta - della rilevabilità d'ufficio pendente una domanda di annullamento o di rescissione

La terza perplessità attiene alla questione - alquanto disputata - della rilevabilità officiosa allorché penda una domanda di annullamento o di rescissione del contratto. Questione - può farsi rispettivamente il

caso della vendita di un immobile abusivo stipulata dall'acquirente a seguito di una macchinazione ordita dall'alienante oppure di una cessione di ramo d'azienda, privo di sufficiente autonomia, per un prezzo inferiore alla metà del suo valore (31) - sulla quale le Sezioni Unite assumono una posizione interlocutoria, osservando che «andrà a suo tempo verificato se sussistono i presupposti per [una] equiparazione» di queste due domande a quella di risoluzione. Il che, va da sé, espone la notazione a più di una riflessione critica. Per una pluralità di ragioni. È vero, per cominciare, che l'indirizzo articolatamente esposto da Cass., 22 marzo 2005, n. 6170 involge, oltre alla domanda di risoluzione, anche quelle di annullamento e di rescissione del contratto. Epperò, contemporaneamente, neanche va sotto-cuata la circostanza che tutte le sentenze - con la sola eccezione di Cass. n. 2858 del 1997 (32) - inclini

Note:

(25) V. CGUE, 4 giugno 2009, causa C-243/08, Pannon GSM Zrt. c.E. S. Gy rfi. Pur se è vero, e non meno discutibilmente, che l'equivoco permane anche in sede di esegesi dell'art. 28 l. not. V. il noto *revirement* di Cass. 11 novembre 1997, n. 11128 (consultabile, *inter alia*, in *Notariato*, 1998, p. 7 ss.) ed il *dictum* di Cass. 11 marzo 2011, n. 5913, in *Resp. civ. prev.*, 2011, 1537 ss. *Amplius*, da ultimo, Pagliantini, *La responsabilità disciplinare del notaio tra nullità parziale, relatività della legittimazione e nullità inequivoca: a proposito di Cass. n. 24867/2010 e di Cass. 5913/2011 (con una postilla)*, in AA.VV., *Il diritto vivente nell'età dell'incertezza. Saggi sull'art. 28 ed il procedimento disciplinare riformato*, 2ª ed. Torino, 2012, 59 ss.

(26) Che significa «trascurare tutta la più recente meditazione sul tema»: così, incisivamente, De Nova, *Gravità del comportamento del notaio e sanzione disciplinare: a proposito dell'art. 28 legge notarile*, ora in Id., *Il contratto. Dal contratto atipico al contratto alieno*, Padova, 2011, 634.

(27) Ma sembra viceversa di questo avviso, in dottrina, Sicchiero, *La risoluzione per inadempimento, artt. 1453-1459*, in *Il Codice Civile. Commentario*, Milano, 2007, 70-73. Adde, ma equivocando, Tarantino, *Le Sezioni Unite sulla rilevabilità d'ufficio della nullità: sì, anche se è stata chiesta la risoluzione del contratto*, cit. 765.

(28) V., da ultimo, Angelone, *Autorità indipendenti e eteroregolamentazione del contratto*, Napoli, 2012, 186 ss.

(29) Col risultato che al giudice sarebbe impedita l'attività «in via generale riconosciuta dall'art. 12, comma 2» delle preleggi (così Belfiore, *op. ult. cit.* 18).

(30) V. Di Marzio, *La nullità del contratto*, cit. 1050. E non dissimile Mantovani, *Le nullità e il contratto nullo*, in *Tratt. del contratto*, a cura di Roppo, IV Rimedi - 1, a cura di Gentili, Milano, 2006, 87 ss.

(31) V. Cass., 10 agosto 2002, n. 12142, in *Giust. civ.*, 2002, I, 3073 ss.

(32) V. Cass. 2 aprile 1997, n. 2858, in *Giust. civ.*, 1997, I, 2459 ss., con nota di Vidiri, *Sulla rilevabilità d'ufficio della nullità del contratto*, ricordata incidentalmente in motivazione, ove si dibatteva sulla nullità di una fideiussione per contrarietà al combinato disposto degli artt. 1418 e 2624 c.c., fideiussione prestata da una società per le obbligazioni personali del proprio ex socio di maggioranza (all'epoca dei fatti anche amministratore unico), come conseguenza del rigetto di una previa domanda di annullamento in forza dell'art. 1394 c.c.

a disattendere il *leading case* di Cass. n. 1127 del 1970 vertono in realtà su domande di risoluzione: e, a ben guardare, solo per inadempimento. Una *species* di risoluzione, questa, alla quale sembra consentito abbinare - seppur *ope interpretationis* vista la lettera degli artt. 1458 e 1467 comma 3 c.c. - quella per eccessiva onerosità sopravvenuta, mentre non si vede sulla scorta di quale assunto si potrebbe innescare una rilevabilità per il caso dell'impossibilità sopravvenuta. Il disposto dell'art. 1463 c.c. regola infatti una vicenda classificabile pur sempre come uno scioglimento "di diritto" del contratto (33): e l'automaticità dell'effetto ablativo *seu* liberatorio dovrebbe indurre ad escludere la rilevabilità.

Insomma, già sulla scorta di questa premessa si mostra agevole notare che sí il catalogo avvalorante l'interpretazione estensiva è piuttosto nutrito: ma principalmente trattasi di *obiter dicta*.

Nel merito poi, come le stesse Sezioni Unite si peritano di ricordare, l'idea di una rilevabilità officiosa includente tutte le forme di impugnazione del contratto si mostra malferma e legata probabilmente ad un equivoco. Più volte infatti la migliore dottrina ha messo in rilievo come, quando si fa questione di annullamento o di rescissione di un contratto, visto che vien supposta l'esistenza di un difetto genetico causa di invalidità, l'eventuale «accoglimento della domanda non presuppone, in realtà, né l'efficacia vincolante né la validità del contratto» (34). Se poi si aggiunge, come mostrano di credere le Sezioni Unite, che la *ratio* dell'art. 1421 c.c. si condensa nell'esigenza di evitare che riceva esecuzione un contratto riprovato dall'ordinamento perché vietato (35), non essendovi nei casi *de quibus* un *petitum* postulante la validità del contratto, proprio non sarebbe dato configurare una rilevabilità d'ufficio *incidenter tantum*. Se questa infatti è funzionale al rigetto della domanda di un attore lamentante un inadempimento, stante la circostanza che, promossa un'azione di annullamento o di rescissione, non si tratta di accertare pregiudizialmente l'efficacia originaria dell'atto, non vi sono le condizioni per dare ingresso ad un potere di rilevare d'ufficio la nullità del titolo in contestazione. È vero, fa eccezione il caso del contratto di mutuo usurario visto che, ai sensi dell'art. 1815 comma 2 c.c., la clausola è nulla e non sono dovuti interessi. Ma qui la rilevabilità si spiega col fatto che, a disapplicare una norma imperativa, è proprio la clausola che fonderebbe la rescindibilità del contratto: sicché il rilievo d'ufficio è pregiudiziale e tutt'uno coll'accertare il difetto «di uno dei presupposti dell'azione di rescissione» (36).

Insomma, a seguire il canovaccio argomentativo im-

bastito dalle Sezioni Unite, non sembra esserci modo di ragionare diversamente. Chi lo volesse fare, prendendo spunto da uno scritto del passato (37), dovrebbe considerare che, in quelle pagine, la *ratio* dell'art. 1421 è discutibilmente riconnessa all'art. 2907 c.c. e non, come invece risulta ormai acclarato, all'art. 112 c.p.c. Che poi, l'irrilevabilità officiosa di un contratto di cui è stata domandata la rescissione possa determinare il risultato *singulare*, ove il convenuto *in excipiendo* invochi l'applicazione dell'art. 1450 c.c., della riconduzione ad equità di un atto nullo, è vero: così come è esatto che, in previsione di un rigetto della domanda di annullamento, se è preclusa la rilevabilità officiosa, potranno svolgersi delle sanatorie indirette ove l'attore maturi l'idea che sia più utile (o conveniente) dare esecuzione spontanea al contratto (38). Se non fosse che, quelli richiamati, sono tutti corollari originati da un'omessa o difettosa applicazione di quell'art. 183 comma 4 c.p.c. - e sorprende molto che riguardo alla questione specifica in oggetto la notazione man-

Note:

(33) V., in luogo di tanti, Trimarchi, *Il contratto: inadempimento e rimedi*, Milano, 2010, 222.

(34) Così Consolo, *Poteri processuali e contratto invalido*, in *Europa dir. priv.*, 2010, 959. Per la rilevabilità invece Carratta, in Carratta-Taruffo, *Dei poteri del giudice*, in *Commentario al codice di procedura civile*, a cura di Chiarloni, Bologna, 2011, 182 ss.

(35) Per una declinazione critica di questo assunto sia consentito il rinvio a Pagliantini, *Struttura e funzione dell'azione di nullità contrattuale*, cit. 753 ss.

(36) Cfr Consolo, *op. ult. cit.* 959, nt. 30.

(37) Il rimando è a Stolfi, *Sopra un caso di modificazione della domanda in corso di giudizio*, in *Giur. it.*, 1948, I, 2, 151 ss. Ma l'apparentamento tra gli artt. 1421 e 2907 c.c. si legge anche in Irti, *Risoluzione di un contratto nullo*, in *Foro pad.*, 1971, 745. Per l'estensione della rilevabilità anche all'annullamento ed alla rescissione pure Roppo, *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di G. Ludica-P. Zatti, 2ª ed., Milano, 2011, 792.

(38) Si consideri, per altro, che l'ammissione secondo cui, in un processo d'impugnativa negoziale, il giudice può conoscere la nullità senza effetti di giudicato - senza cioè sostituire alla domanda originaria, ad es. d'annullamento, un'altra domanda (di nullità) - non è, in ogni caso, priva d'effetti. Ha come risultato che l'attore, ove intenda ottenere la declaratoria di nullità, deve instaurare un nuovo giudizio. Orbene, siccome non è «verosimile che l'attore si limiti ad attendere passivamente un'eventuale sentenza di rigetto» (così Corsini, *Rilevabilità d'ufficio della nullità contrattuale, principio della domanda e poteri del giudice*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, II, 684). In termini similari Massetani, *Ingiustificate limitazioni alla rilevabilità d'ufficio della nullità del contratto*, in *Foro it.*, 1989, I, 1940 s. In giurisprudenza, cfr. Cass., 14 dicembre 2004, n. 23292, in *Guida dir.*, 2005, 4, 69), specie se gli risulta che incombe la prescrizione delle azioni di restituzione (art. 2033 c.c.) o di risarcimento (art. 1338 c.c.), nulla esclude ch'egli offra al convenuto di transigere (rinunziando, dietro corrispettivo, a proporre l'azione di nullità contrattuale). Il risultato, non v'è chi non lo veda, è un consolidarsi *quoad effectum* e *ratione voluntatis* del negozio nullo: in deroga all'idea che vuole l'insanabilità (del negozio nullo) una nozione imprescindibile del diritto civile vigente.

chi - eletto, nel periodare della Corte, a disposizione fondante una conversione (?) della domanda di risoluzione in una di nullità. È noto infatti che, al fine di risolvere l'*impasse*, il richiamo all'art. 183 - comma 2 nella formulazione originaria - ha rappresentato da subito il congegno capace di «conciliare il principio posto dall'art. 1421 c.c. con il rispetto dei principi del contraddittorio, della domanda e della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato (artt. 99, 101 e 112 c.p.c.)» (39). Ed a convenire sul dato - per altro pacifico - che le questioni rilevabili d'ufficio ai sensi dell'art. 183 comma 4, includono sia i fatti costitutivi concorrenti od alternativi a quelli adottati dall'attore che i fatti impeditivi od estintivi omessi nella comparsa di risposta, col risultato allora che un vizio di nullità del contratto vi rientra a pieno, il problema sull'ampiezza del perimetro applicativo dell'art. 1421 quando si fa questione di annullabilità o rescindibilità di un dato titolo, si stempera molto fino a trasformarsi in un dato immanente alla strategia processuale delle parti.

Quarto rilievo critico: l'oscurità di una domanda di risoluzione che si converte (in) o si cumula (con) una di nullità

Quarta perplessità, inerente al modo di intendere la rilevabilità officiosa pendente una domanda di risoluzione per inadempimento. Per le Sezioni Unite infatti tutto bascula tra un'indicazione, resa dal giudice alla parte ex art. 183 comma 4 in merito alla rilevabilità di una *quaestio nullitatis* ed una facoltà conseguente dell'attore di promuovere un'azione di nullità, passando - testualmente - per una *conversione* dell'originaria domanda di risoluzione. Il che, se ricorda da vicino il periodare di quella dottrina propensa ad immaginare un'applicazione dell'art. 34 c.p.c. (40), in realtà non lo ricalca esattamente in quanto ipotizzare una *trasformazione* del *petitum* - nel segno di quanto si legge nell'art. 1453 comma 2 c.c.? - è concettualmente diverso dall'ipotizzare una domanda di accertamento incidentale negativo quale *posterius* di una pregiudiziale *quaestio nullitatis* rilevata *ex officio* dal giudice. Forse, come si può intuire dalla lettura del § 4.2., è all'art. 34 c.p.c. che la Corte intende alludere: ma allora il periodare del § 4.1 doveva essere ben più nitido. Come può, per esempio, discorrersi di un cumulo per subordinate delle domande, cioè se non fosse A che in subordinate sia almeno B, quando la *quaestio nullitatis* integra una pregiudiziale assorbente? Nullo e risolvibile sono due predicati *mutuamente esclusivi*. E non solo. *Nulla quaestio*, per vero, sulla circostanza che l'attore, reso edotto dal giudice, sulla base dei fatti allega-

ti, del ricorrere di una questione di nullità del contratto, abbia - *tendenzialmente però* (41) - tutto l'interesse a mutare *questa pregiudiziale* in un *dictum* provvisto del valore di un giudicato: non foss'altro, lo si vedrà tra breve, perché così vengono anestetizzati quei rischi che sono immanenti - in quanto propri - ad una nullità rilevata sì ma *non pronunziata*. In quest'ottica, anche il nuovo disposto degli artt. 101 comma 2 e 153 c.p.c. innegabilmente coopera al prodursi di un risultato - l'accertamento della nullità del contratto di cui è stata inizialmente chiesta la risoluzione - che verrà a mancare - *di massima* - in casi *rariores* etichettabili, come si esprime la Corte, alla stessa guisa di «ipotesi residuali». Insomma, rispetto a quanto aveva sentenziato Cass. n. 6170 del 2005 (42), le S.U. correggono il tiro: epperò, lo fanno in un modo che non convince.

Intanto una rilevabilità officiosa, se è davvero tale, ben poco si apparenta, come invece sembrano credere le Sezioni Unite, col successivo promuoversi di un'azione di nullità: ma poi, ed è forse l'obiezione più stringente, immaginare che l'attore, per effetto dell'indicazione seppur dovuta di cui all'art. 183 comma 4, sia autorizzato a convertire quella che era la sua prima diversa domanda, sembra davvero stridere con quel principio di terzietà del giudice, non a caso indicato dall'indirizzo restrittivo come la vera ragione ostativa ad una rilevabilità officiosa percepita altrimenti come una tecnica *ad adiuvandum* e non in contrasto con la domanda dell'attore. Insomma, del-

Note:

(39) Così Proto Pisani, *Nota anepigrafa*, in *Foro it.*, 1970, I, 1908 e successivamente Monticelli, *Fondamento e funzione della rilevabilità d'ufficio della nullità negoziale*, in *Riv. dir. civ.*, 1990, I, 669 ss.

(40) V., per tutti, Consolo, *Poteri processuali e contratto invalido*, cit. 977.

(41) V., *infra*, diffusamente § 7, testo e note. L'interesse lo si avrà, fermo restando il problema di tutti gli altri costi maturati *medio tempore*, allorché l'attore, come nel caso rimesso alle S.U., abbia eseguito la prestazione dovuta e, per via della compromessa situazione finanziaria in cui versa la controparte inadempiente, surroghi una controprestazione improbabile, ovvero un (possibile) effetto ablativo (più il risarcimento danni), con l'interesse a vedersi restituire almeno quanto adempiuto. Al contrario, com'anche più avanti si vedrà, questo interesse è ragionevole pensare difetti in tutta una serie di fattispecie, cominciando - se ne menziona qui una soltanto - dal caso in cui l'attore, adempiente in quanto ha versato un corrispettivo in danaro, voglia domandare la risoluzione ma, in luogo della *res restituenda*, chiedi il pieno risarcimento dei danni. Esempiare la fattispecie che si legge in De Nova, *Il contratto e le restituzioni*, in AA.VV., *Le azioni di restituzione da contratto*, cit. 7 s. Insomma, l'interesse ad agire in restituzione del *solvens* non gioca un ruolo unidirezionale ed assorbente.

(42) Che mostra di condividere Di Marzio, *La nullità del contratto*, cit. 1051.

le due l'una: o la nullità mantiene la sua veste specifica di eccezione di merito elevata d'ufficio o dal convenuto, fungendo così da fatto impediente un'azione per l'adempimento o la risoluzione del contratto (43). Se viceversa, pendente una domanda di risoluzione, si ragiona di una conversione o di un cumulo, rinnovandosi l'immagine di una nullità come difesa a sostegno di una domanda proponibile ma non proposta, l'art. 1421 c.c. perde la propria funzionalità oppositiva, rinviando la concezione tradizionale del limite non oltrepassabile dell'art. 112 c.p.c. Quindi una motivazione, quella delle Sezioni Unite, ambivalente ed insinuante il dubbio che perduri una commistione - nullità come eccezione paralizzante o difesa di un attore ora aspirante «all'accoglimento di una vera e propria azione volta a far positivamente accertare e dichiarare la nullità» (44) - in grado di far sbandare l'interprete.

(Segue) I paradossi di una rilevabilità incidenter tantum e l'equivoco di un giudicato implicito ove la domanda di risoluzione sia stata decisa nel merito

Tutto questo naturalmente non deve esimere dal rammentare che il distinguere tra una nullità rilevata ed una dichiarata ha dei riflessi di tipo sostantivo spiccatamente diversi.

Se rilievo *incidenter tantum* della nullità significa infatti senza efficacia di giudicato, l'ammissione di una rilevabilità siffatta nel corso di un giudizio, che sia per l'adempimento o la risoluzione del contratto, davvero rischia di generare degli effetti perversi. Qui si limita l'accenno a due.

Il primo.

Il venditore di un immobile, che domandi la condanna dell'acquirente alla corresponsione del prezzo convenuto, ove la sua istanza venga rigettata perché il giudice *rileva* la nullità del contratto dedotto in giudizio, non consegue in realtà un titolo assicurategli la restituzione del *bene* nel caso l'acquirente abbia *medio tempore* provveduto ad alienare la *res* ad un terzo. Innegabilmente si tratta di un paradosso: ma, complici la circostanza che la nullità è stata sí rilevata (epperò non dichiarata) e il fatto che il venditore può sì tentare una successiva azione ma per indebito ex art. 2033 e non di rivendica giacché il contratto originario è ancora - seppur solo formalmente - valido, non c'è qui un titolo trascrivibile ai sensi degli artt. 2652 e 2653 c.c. Col risultato che l'acquisto del terzo, avente causa dall'acquirente, il quale abbia nel frattempo trascritto, finirà per risultare inattuabile, eccettuata la variante residuale per il *dominus* originario di domandare la condanna

del primo acquirente al risarcimento del danno per equivalente. Il che però, non v'è chi non lo veda, adombra un riparto dei rischi, non soltanto processuali, del tutto insoddisfacente (45): si badi, anche a voler ragionare, come suona plausibile, di una «forza di titolo» del contratto nullo.

Per ovviare a questa singolare *impasse*, recentemente si è suggerito giustappunto di ampliare la «proposizione della domanda di accertamento incidentale della nullità ex art. 34 c.p.c.» (46): con l'utile risultato - per l'attore - di conseguire così una sentenza che *dichiara* la nullità del titolo suscettibile, nel contempo, di venire trascritta ex art. 2652 c.c. E, sia detto di passata, è un'interpretazione - non solo per l'effetto di opponibilità al terzo avente causa secondo trascrivente - che convince. Ammettendo l'esperibilità di una domanda di accertamento incidentale si ottiene infatti anche il secondo risultato - virtuoso - di neutralizzare il rischio insito in ogni rilievo *incidenter* della nullità. Perché, visto che sulla invalidità del contratto non si è formato alcun giudicato, non v'è niente che osti ad immaginare - ecco il secondo effetto perverso - un attore, soccombente nel primo giudizio di condanna all'adempimento o alla risoluzione, nella veste di convenuto condannato - paradossalmente - ad adempiere o a risarcire la controparte. Il tutto, a motivo del fatto che il secondo giudice, dopo aver escluso il ricorrere di una supposta nullità, si persuade viceversa che sussiste, nella specie, un inadempimento grave dell'originario attore.

Le Sezioni Unite, come poc'anzi si è potuto notare, escludono che, senza un'espressa domanda di parte, la rilevazione officiosa della nullità importi efficacia di giudicato sulla non validità del contratto, con l'aggiunta che però stona di ammettere un *giudicato implicito* sulla validità del titolo allorché viceversa, omessa l'indicazione ex art. 183 comma 4, il giudice addivenga al rigetto della domanda di risoluzione per l'aver escluso che il fatto allegato dall'attore costituisca inadempimento o che questo sia grave ai sensi dell'art. 1455 c.c. In sostanza, stando alle S.U., si avrebbe un giudicato

Note:

(43) V. Pagliantini, *Struttura e funzione dell'azione di nullità contrattuale*, cit. 766 ss.

(44) Farina, *Brevi osservazioni "a caldo"*, cit. 3 s.

(45) Per un quadro critico, in luogo di tanti, v. G. Gabrielli, *Invalidità e diritti dei terzi*, in Bellavista-Plaia (a cura di), *Le invalidità nel diritto privato*, Milano, 2012, 1 ss. Mentre per la distinzione tra una nullità in purezza e figure intermedie v. Roppo, *Il contratto*, cit., 823 (anche per la successiva citazione).

(46) Così Consolo, *op. loc. ult. cit.*

implicito sulla *validità* del contratto, col corollario perciò di una preclusione di successive azioni volte a far dichiarare la nullità di questo titolo, «tutte le volte in cui la causa relativa alla risoluzione sia stata decisa nel merito». Il che tuttavia, già ad una prima disamina esemplificativa, non regge. Si prenda il caso di un contratto di durata che abbia costituito oggetto di una prima sentenza di rigetto - della risoluzione - per carenza dei presupposti di cui all'art. 1564 c.c. Perché mai, se successivamente viene in contestazione un altro inadempimento reputato causa di una risoluzione totale o parziale, non potrebbe respingersi la relativa domanda a motivo di una nullità - rilevata e/o dichiarata - del contratto *de quo?* (47)

Il discorso cambia, ma non è a questo si intuisce che le Sezioni Unite intendono alludere, allorché il giudice respinga la domanda di nullità e l'attore non impugni, caso nel quale il principio che il contratto non sia nullo passa in giudicato. Ove pertanto, in un altro giudizio, colui che prima era convenuto reclami l'esecuzione, il giudice di questo secondo procedimento non potrà, ov'anche a suo avviso sussista, rilevare d'ufficio la nullità: per l'essersi formato un giudicato a tutti gli effetti (48). Quel giudicato che s'opponesse, si noti, alla rilevabilità pure quando la *quaestio nullitatis* risulti sollevata dal convenuto *ope exceptionis*: visto che l'eventuale pronuncia di condanna (all'adempimento) sentenza pure sulla nullità, nel senso di escluderla (49).

Su, in apicibus, tre quaestiones irrisolte: l'irrelevabilità officiosa di una causa di nullità diversa da quella dedotta; l'interesse contrario a convertire la domanda per il venir meno del risarcimento dei danni tra interesse negativo ed ingiustificato arricchimento; il perimento applicativo dell'art. 1421 c.c. quando si dibatte di una conversione ex art. 1424 c.c.

Se la *Neufassung* dell'art. 1421 c.c. deve svolgersi nei termini suggeriti dalle Sezioni Unite, il sospetto che della rilevabilità officiosa si continuerà a discutere per parecchio tempo pare più che fondato. L'aver innestato, nella trama della *alte Fassung* dell'art. 1421, il caso della risoluzione per inadempimento è probabile che riesca almeno a diradare il contenzioso, ma difficilmente - questo si vuol qui dire - sortirà l'effetto di confinare in un limbo quella che la Suprema Corte, senza tante *nuances*, ha etichettato come una «lettura riduttiva» - e quindi *agée* rispetto al mutato contesto normativo - dell'art. 1421. Non foss'altro, oltre alle ragioni poc'anzi trat-

tate, perché sullo sfondo rimangono insoluti non meno di altri tre quesiti. Dei quali, *in fine*, è opportuno brevemente occuparsi.

Il primo, plausibilmente destinato a diventare il nuovo motivo di disputa tra le ragioni delle Corti e quelle della dottrina. Si allude al caso del contratto *si nullo* ma per una *causa diversa* da quella che il giudice si persuade ricorra - ad es. un titolo d'acquisto nullo perché illegale e non in quanto provvisto, come asserisce l'attore, di una causa illecita-, per giurisprudenza consolidata della Cassazione integrante un'ipotesi indiscussa di irrilevabilità *ope iudicis* della ragione di nullità diversa da quella invocata e rigettata (50). Orbene, combinando il principio di unicità della domanda con l'idea che il giudicato di rigetto altro non accerti che la «(non in)esistenza del rapporto contrattuale», si produce così l'effetto di trasformare in inammissibili e di precludere «rinnovate azioni di nullità di [quello stesso] rapporto sotto ogni profilo» (51): con l'annesso risultato, se il giudicato di rigetto della domanda di nullità comporta un automatico ed incontestabile accertamento che il contratto impugnato non è nullo, che verranno a delinearci sia un'irrilevabilità successiva in senso stretto che una forma di sanatoria indiretta *erga omnes*. Implicita, questa seconda, in quel *decisum* che non si limita a dichiarare non nullo il contratto in un dato processo, ma irrettrabilmente ed a ogni effetto, cioè riguardo ad ogni altra diversa causa e rispetto a chiunque - creditori o aventi causa delle

Note:

(47) V., nel senso del testo, anche Farina, *Brevi osservazioni "caldo"*, cit. 6.

(48) V., *inter alia*, Cfr. Cass., 10 settembre 2010, n. 19282, in *Guida dir.*, 2010, 45, 55; Cass., 10 maggio 2005, n. 9779, in questa *Rivista*, 2005, 993; Cass., 19 gennaio 2005, n. 1097, *ivi*, 2005, 762 (pur se *obiter*) e Cass., 13 settembre 2002, n. 13438, *ivi*, 2003, 249.

(49) Così Cass., 26 maggio 2000, n. 8702, in *Gius*, 2000, 2476 e Cass., 14 gennaio 2003, n. 435, in *Arch. civ.*, 2003, 1257 ed in dottrina Roppo, *Il contratto*, cit. 793. Nella giurisprudenza di merito v. A. Milano, 9 maggio 2002, in *Gius*, 2003, 366.

(50) V., esemplificativamente, Cass., 13 dicembre 1996, n. 11157, in *Corr. giur.*, 1997, 691; Cass., 8 gennaio 2007, n. 89, in *Rep. Foro it.*, 2007, *Contratto in genere*, n. 523; Cass., 22 giugno 2007, n. 14601, in *Guida dir.*, 2007, 41, 66; Cass., 28 novembre 2008, n. 28424, in *Contr.*, 2009, 449 ss. nonché Cass., 26 giugno 2009, n. 15093, in *Rep. Foro it.*, 2009, *Sentenza civile*, n. 57.

(51) Cfr. Consolo, *Spiegazioni di diritto processuale*, I, cit., 223 s. (ov'anche, aggiunge questo a., quel «giudicato [abbia conosciuto] solo delle invalidità contrattuali allegate dall'attore». In giurisprudenza cfr. Cass., 29 marzo 2004, n. 6191, in *Giur. it.*, 2005, I, 103 ss. (la pronuncia d'appello viene cassata perché il giudice del merito aveva statuito d'ufficio la nullità del contratto non in ragione della sua pretesa vessatorietà, come lamentato dai resistenti, ma per difetto di un requisito essenziale) ed anche Cass., 28 luglio 2005, n. 15804, in *Guida dir.*, 2005, 37, 60.

parti - potesse avere interesse ad una futura declaratoria di nullità.

La migliore dottrina, notoriamente, ragiona in senso opposto sulla scorta del (condivisibile) rilievo che se la domanda di nullità implica l'accertamento negativo della non validità del contratto, visto che la si identifica in ragione del *petitum*, evidentemente non la si potrà mutare «in relazione alle singole cause ... che l'attore possa dedurre» (52). Di conseguenza il giudice, cui sia stata proposta istanza di nullità, dovrebbe avere il potere/dovere di accertare l'esistenza di tutte le possibili cause di nullità (e non solo di quella denunciata dall'attore) (53). Ma l'idea di un carattere autodeterminato della domanda ancora non fa breccia in Cassazione (54), neanche nei casi di una diversa qualificazione della causa di nullità denunciata (ad es. non per illiceità della causa ma dell'oggetto) o di nullità conclamata perché risultante dagli atti processuali (ad esempio contratto immobiliare stipulato verbalmente). Ed il paradosso diventa stringente, si prenda nota, allorché la nullità sia opposta in via di eccezione (55).

Il secondo interrogativo, indotto viceversa dal periodare delle Sezioni Unite, involge la constatazione secondo cui, per effetto della collaborazione tra giudice e parti ex art. 183 comma 4 c.p.c., siano catalogabili come «ipotesi residuali» i casi di «insistenza esclusivamente nell'iniziale domanda di risoluzione» (§ 4.1.). Il che, come si è cercato sopra di segnalare, è corretto: col solo distinguo - parrebbe tuttavia - dell'attore che abbia adempiuto a fronte di una mancata prestazione della controparte la quale, seppur supposta inadempiente, per un certo lasso di tempo abbia ciò nondimeno manifestato una *seria* volontà di adempiere per quanto *tardivamente*. Or bene potrà accadere, ove il perdurante c.d. inadempimento sia nel frattempo divenuto grave ed il contraente fedele persuasosi a domandare la risoluzione, che il profilarsi di una nullità finisca per avere l'effetto di spogliare il contraente fedele di un risarcimento danni, se è vero che la disciplina dell'indebito importa la sola retroversione della prestazione eseguita. Se l'apparente acquirente non ha versato il prezzo, è vero che la nullità del titolo ha nel contempo pure impedito l'attribuzione traslativa: epperò l'attore, astenutosi magari dall'agire in giudizio nel dubbio che il giudice possa rigettare la sua domanda ai sensi dell'art. 1455 c.c. (56), potrebbe nel frattempo aver perduto una specifica occasione alternativa di negoziare validamente con terzi. Il che, a tacere di tutte le altre spese inutilmente sostenute perché a posteriori infruttuose (57), integra una *species* di interesse negativo irrisarcibile però se non

chiamando in causa l'ipotesi - residuale - di cui all'art. 1338 c.c. (58). La risoluzione, forse sta qui l'equivoco, non è una semplice impugnativa contrattuale causante un controeffecto ablativo visto che la legge fa salvo l'effetto del risarcimento danni (anche nella forma di un interesse contrattuale negativo) (59). E se nel frattempo il bene si è deprezzato, di talché l'attore non può più venderlo per il valore di mercato che la *res* aveva al tempo in cui si era materializzata l'occasione alternativa rifiutata ma soltanto per un prezzo inferiore? Ad es. non più per 1000 ma, a motivo di un peggioramento del contesto economico complessivo, per una somma pari a 700 (60). Oppure si pensi all'ipotesi, tutt'altro che peregrina, di un contratto di prestazione d'opera professionale tra un ente locale ed un progettista, contratto nullo per difetto di forma scritta ma ove il professionista medio tempore non abbia fatto alcunché mentre i prezzi del materiale necessario per realizzare l'opera commissionata siano aumentati (61). Insomma, le restituzioni, senza il risarcimento di

Note:

(52) V. Consolo, *Poteri processuali e contratto invalido*, cit. 941 ss. e, per chi lo voglia, Pagliantini, sub Art. 1421, cit. 667-672.

(53) Così, *inter alios*, Consolo, *Poteri processuali e contratto invalido*, cit. 942 (che segnala come il rilievo «non avrà più ad oggetto una eccezione, ma un ulteriore titolo della domanda») e Mariconda, *La Cassazione rilegge l'art. 1421 c. c. e si corregge: è vera svolta?*, cit., 967.

(54) V. la recentissima Cass. 11 luglio 2012, n. 11651, cit. (quanto alla nullità di un pegno - di titoli di credito - per indeterminazione/indeterminabilità dell'oggetto sottoposto a garanzia) e, obliquamente, Cass. 18 settembre 2012, cit.

(55) V. acutamente Roppo, *Il contratto*, cit. 792, per il caso in cui il convenuto per l'adempimento eccipisca la nullità per indeterminazione dell'oggetto a fronte invece di una illiceità del contratto. Perché il giudice, se è ammesso a rilevare officiosamente ove il convenuto abbia opposto di aver adempiuto oppure se ha sollevato l'inadempimento della controparte, non dovrebbe «fare lo stesso» per una causa di nullità diversa da quella ritualmente eccipita?

(56) V., in luogo di tanti, Roppo, *Il contratto*, cit. 899 ss.

(57) Si pensi alle spese necessarie per approntare l'adempimento corrispettivo ovvero a quelle necessarie per ricevere e fruire della controprestazione.

(58) Di cui infatti, e per esempio, esclude l'applicabilità, da ultimo, Cass. 24 agosto 2012, n. 14626.

(59) V., per tutti, Luminoso, *Obbligazioni restitutorie e risarcimento del danno nella risoluzione per inadempimento*, in *Il contratto*. Silloge in onore di G. Oppo, Padova, 1992, 499 s.

(60) Si adatta qui un esempio che, nella diversa ottica della risarcibilità dell'interesse negativo nella risoluzione del contratto, formula Trimarchi, *Il contratto: inadempimento e rimedi*, cit. 100.

(61) Qui viceversa lo spunto, seppur nella diversa prospettiva di un progettista che di solito è adempiente, può trarsi dai casi decisi da Cass. 14 ottobre 2011, n. 21227, in *Rep. Foro it.*, 2011, voce *Comune*, n. 619e Cass. 14 aprile 2011, n. 8539, *ibid.*, voce *Contratti pubblici*, n. 459.

queste spese o voci di danno, attuano una finalità recuperatoria/ripristinativa, ma non riescono ad «approssimare meglio una valutazione in danaro dell'interesse leso» (62).

Non solo. Il caso deciso da Cass. n. 2956 del 2011 (63), acquisto di un bene immobile all'asta con finanziamento *pro parte* dell'attore seguito dall'inadempimento di un acquirente che si rifiuta di frazionare la *res* proporzionalmente al denaro investito, sembra poi sintomatico di un'incoerenza gemella a quella descritta, a riflettere seppur poco sulla circostanza che la restituzione avrà qui - come poi accaduto - per oggetto il solo contributo versato per l'acquisto, neanche comprensivo degli interessi maturati dal giorno del pagamento fino a quello della domanda se l'*accipiens* non risulta di mala fede (art. 2033 comma 1 c.c.). E, sebbene quanto alle restituzioni, le Sezioni Unite riconoscano che, se richieste (64), sono dovute nel medesimo procedimento sí da evitare il paradosso di un *solvens* costretto a domandare la ripetizione in un diverso e successivo processo (65), il problema del pregiudizio che potrebbe patire l'attore, a fronte di un convenuto che rimane titolare di un bene accresciutosi *medio tempore* di valore e potenzialmente oggetto di incompatibili scambi con terzi, sembra permanere intatto (66). Insomma, è esatto che la risoluzione del contratto nullo innesca il risultato incongruo di un convenuto obbligato a risarcire un danno ancillare ad un titolo irrimediabilmente inefficace *ab origine* (67), ma altrettanto vero è che una nullità abbinata alle regole seconde della *condictio indebiti* può sortire l'effetto di cancellare delle interinali voci di danno meramente patrimoniale. Forse allora che l'alternativa, almeno nel secondo dei casi prospettati, è immaginare - sia detto *per incidens* - il ricorso all'ingiustificato arricchimento ex art. 2041 c.c., visto nella sua versione *indiretta* perché prodotto da una vicenda particolarmente complessa? Riguardo a questo tipo di fattispecie la migliore dottrina sempre infatti ha mostrato di voler distinguere tra il fatto idoneo a determinare l'attribuzione (cioè il titolo) ed un secondo requisito, necessario invece alla giustificazione degli effetti (68). Orbene, qui la fattispecie - intesa verbale nulla, dazione della somma, acquisto del bene e successivo rifiuto di frazionarlo - è indubbiamente complessa: perciò potrebbe sostenersi che la condizione dell'attore risolvibile - ma divenuto giudizialmente edotto della nullità - risulta meritevole di una distinta tutela nei riguardi del convenuto arricchitosi giacché, pur vantando quest'ultimo una «legittimazione formale nei riguardi dell'incremento ricevuto» (69), per effetto della rilevata nullità si *cancella* la

specifico ed intrinseca ragione che il convenuto potrebbe eccepire, nei confronti dell'attore, per conservare il suddetto arricchimento (c.d. *Rechtsfertigungsgrund*). In caso contrario l'effetto sarà quello di riservare al convenuto una *condizione migliore* sia di quella che avrebbe avuto se non avesse concluso il contratto sia se lo avesse concluso ma al tempo stesso esattamente eseguito. Detto diversamente, qui si materializza una giusta causa operante autonomamente perché il meccanismo innescato dalla rilevanza officiosa può finire per *orientare soggettivamente il rischio* di una variazione - in più o in meno - del valore di mercato del bene in apparenza compravenduto.

Note:

(62) Così Trimarchi, *Il contratto: inadempimento e rimedi*, cit. 99.

(63) V. Cass. 7 febbraio 2011, n. 2956, cit.

(64) Perché l'ipotesi di una mancata domanda, ancorché ne pendano una per la declaratoria di nullità, è catalogabile - in linea di massima - come «una omissione non razionale dell'attore in nullità»: così De Nova, *Il contratto e le restituzioni*, cit., 6. Insomma, normalmente l'azione restitutoria è in *cumulo* con quella di nullità.

(65) Per quanto a destare perplessità, visto che impropriamente omologa fattispecie assai diverse, sia un motivare che facendo leva sulla mancanza di una causa *adquirendi*, accomuna ex art. 2033 ss. i (sicuri) casi di nullità e di annullamento a quelli - ben più discussi e discutibili - della rescissione e risoluzione, aggiungovi poi tutte le ipotesi nelle quali difetti o venga meno «il vincolo originario esistente». Un ragionamento del genere, detto compendiosamente, equivale ad azzerare tutte le differenze che la più attenta dottrina - v., *inter alios*, almeno De Nova, *Il contratto e le restituzioni*, in AA.VV., *Le azioni di restituzione da contratto*, cit. 1 ss.; Nicolussi, *Le restituzioni de iure condendo*, in *Europa dir. priv.*, 2012, 791; Bargelli, *Il sinallagma rovesciato*, Milano, 2010, *passim* 471 ss.; Carratta, *Diritto e processo nelle azioni di restituzione da contratto*, in AA.VV., *Le azioni di restituzione da contratto*, cit. 82 e 88 ss e Caporusso, *Le domande di restituzione conseguenti alla cassazione, tra esecuzione della sentenza e ripetizione dell'indebito*, in *Giusto proc. civ.*, 2012, 123 ss. - mette comunemente in risalto riguardo all'operatività differenziata delle norme sulla ripetizione dell'indebito.

(66) Dalla breve narrativa della vicenda, significativamente non risulta infatti che l'attore avesse domandato la nullità bensì l'accertamento della proprietà dell'immobile in proporzione al *quantum* versato ed in subordine la risoluzione del contratto. Che faceva così beneficiare l'attore del risarcimento danni.

(67) La riflessione, che è un vero π s della letteratura in argomento, si legge ad es. Monticelli, *Fondamento e funzione della rilevanza d'ufficio della nullità negoziale*, cit. 669 ss.

(68) Cfr., in luogo di tanti, Trabucchi, *Arricchimento (azione di)*, in *Enc. dir.*, III, Milano, 1959, 67 s.; Betti, *Teoria generale delle obbligazioni. III, Fonti e vicende dell'obbligazione*, Milano, 1954, 145 e, soprattutto, P. Barcellona, *Note critiche in tema di rapporti tra negozio e giusta causa dell'attribuzione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1965, 14 ss. e 22-24 nonché Breccia, *L'arricchimento senza causa*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, IX, 1, Torino, 2ª ed., 2002, 990 - 992.

(69) Così Trabucchi, *Arricchimento (azione di)*, cit. 68. Sull'arricchimento avente per oggetto «utilità che possono considerarsi comprese in un diritto di natura "proprietaria" dell'altro contraente» v. Trimarchi, *Il contratto: inadempimento e rimedi*, cit. 108.

Probabilmente il richiamo al cumulo delle domande, che le S.U. fanno, intende intercettare questo tipo di esigenza: ma lo strumento suggerito, di là dalle critiche poc'anzi oppostigli, non sembra il più appropriato, se non altro tecnicamente. Verrebbe da domandarsi, viceversa, se il canone del *distingue frequenter*, differenziando così tra i diversi casi che possono occasionare una domanda di risoluzione ex art. 1453 c.c., non meriti di essere meglio compulsato accantonando così una visione omologante della vicenda risolutiva destinata altrimenti, se gli esempi di cui sopra mimano un problema reale, a tradursi in un *deficit* di tutela. La rilevanza officiosa della nullità di un contratto denunziato come risolvibile, contratto che spesso non è affatto chiaro se sia nullo ovvero il suo contrario, se lo sia in tutto o in parte (70), *dischiude infatti una nuova - ed inaspettata - frontiera per il c.d. inadempimento efficiente*. Con tutti gli inconvenienti - salvo che le parti non abbiano convenuto contrattualmente la sorte delle prestazioni eseguite - che il richiamo di questa figura evoca. Degli inconvenienti - qui un surplus di utilità che sembra appropriato definire come un *profitto da nullità* - che la restituzione dell'arricchimento maturato dal preteso inadempiente può, se non elidere, quanto meno circoscrivere sì da evitare che per la parte di un contratto dubitativamente valido risulti *neutro*, ove il *petitum* non fuoriesca dall'obbligo restitutorio, «adempiere e non adempiere» (71). Riassuntivamente, un arricchimento come misura per ovviare al costo di un'operazione economica che la nullità può traslare sull'attore in risoluzione ove la reintegrazione in forma specifica operata dalla restituzione non provveda a garantire «la piena soddisfazione [del suo] interesse contrattuale» (72). Donde la conclusione che, in un contesto dai contorni molto sfumati, la varietà delle fattispecie risolutorie compone un affresco col quale la giurisprudenza, pur nella traiettoria di una rilevanza secondo il canone delle S.U., dovrà confrontarsi. Nei termini, è auspicabile, di una riflessione autonoma sulla *causa retinendi*.

Col terzo ed ultimo quesito, originato da un recente arresto della Suprema Corte (73), l'attenzione si sposta invece sul problema del rapporto - di reciproca esclusione - tra l'art. 1421 e l'art. 1424 c.c.

In un recente scritto (74), esaminando la discussa questione della rilevanza officiosa della conversione di un contratto nullo, a suggello dell'interpretazione favorevole, si adduce infatti l'argomento che il reputare necessaria un'istanza di parte avrebbe quale effetto, ove il giudice dichiarasse la nullità del contratto senza che i contraenti l'abbiano eccepita, di spo-

gliare le parti della facoltà di avvalersi dell'art. 1424 c.c., precludendogli così il risultato di «conseguire l'assetto di interessi dapprima divisato» (75). Insomma, si ipotizza una conversione disposta d'ufficio come modo per ovviare ad una rilevanza ex art. 1421 che verrebbe a neutralizzare, ove le parti già non dibattano sulla validità del titolo, la facoltà delle stesse di chiedere tempestivamente l'applicazione dell'art. 1424 c.c.

Ora, a tacer del fatto che una pluralità di argomenti - lessicali, di sistema e di tipo assiologico (76) - inducono decisamente a preferire quell'interpretazione contraria invalsa nella giurisprudenza di legitti-

Note:

(70) Così, limpidamente, De Nova, *Per una mappa delle nullità*, in Id. (a cura di), *Clausole a rischio di nullità*, a cura di G. De Nova, Padova 2009, 1.

(71) L'espressione, formulata in un contesto diverso ma contiguo, si legge in Trimarchi, *Il contratto: inadempimento e rimedi*, cit. 105. e, già prima, sul problema dell'arricchimento senza causa da inadempimento contrattuale, v. Sacco, *L'arricchimento ottenuto mediante fatto ingiusto*, Torino, 1959 (rist. Napoli, 1980), 152 ss.

(72) Cfr. Trimarchi, *op. ult. cit.*, 106. e Sacco, *L'arricchimento ottenuto mediante fatto ingiusto*, cit. 159 e 163.

(73) V. Cass. 30 aprile 2012, n. 6633, in *Rep. Foro it.*, 2012, voce *Contratto in genere*, n. 165, quanto alla nullità di una vendita - di cui siano parti due società - avente ad oggetto un'azienda commerciale turistica per difetto degli estremi del permesso di costruire (o di quello in sanatoria). La Corte è nitida nell'escludere che la vendita possa avere, in assenza di un'espressa indicazione delle parti, gli effetti di un preliminare. Financo nel caso in cui, del preliminare, questo contratto dovesse presentare i requisiti di forma e di sostanza.

(74) V. Giaimo, *Conversione del contratto nullo*, in *Il Codice Civile. Commentario* diretto da Busnelli, Milano, 2012, 106 ss.

(75) Cfr. Giaimo, *op. ult. cit.*, 114.

(76) Intanto la lettera dell'art. 1424 recita di un contratto nullo che può produrre gli effetti di un diverso contratto ove ricorra una specifica (e concreta) volontà pattizia così orientata: quindi nessun obbligo per il giudice di valutare *ex officio* la convertibilità di un negozio nullo (v., in luogo di tanti, De Nova, voce *Conversione del negozio nullo*, in *Enc. giur. Treccani*, IX, Roma, 1988, 3). Epperò, visto che la norma si presta effettivamente ad essere letta anche nel senso *non* di una conversione affidata al potere delle parti bensì allo scrutinio della loro volontà quale limite invalicabile per un sindacato giudiziale così libero però di articolarsi *ex fide bona* (v. Gandolfi, *La conversione dell'atto invalido*, Milano, 1988, 261 e Franzoni, sub *Art. 1424*, in *Commentario Scialoja-Branca*, Bologna, 1998, 249), c'è bisogno di corazzare l'argomento letterale dapprima con quello sistematico, evidenziando che la conversione è rappresentata edittalmente come una vicenda che non opera *ipso iure*, quale effetto automatico di una rilevata nullità ma soltanto su impulso della parte che sia interessata (v. Roppo, *Il contratto*, cit., 808) e poi con la notazione assiologica che la rilevanza si spiega col radicale disvalore del contratto nullo: mentre la conversione, nella misura in cui mette in giuoco un interesse lecito delle parti, non può che essere un affare endopattizio. Sicché, ov'anche il giudice accertasse il ricorrere dei presupposti per una conversione, le parti ben potrebbero fornire la prova del contrario.

mità (77), non v'è chi non veda come un siffatto pe-riodare equivalga a trascurare l'(ormai) indiscusso assunto che il giudice, quando viene in rilievo l'art. 1421 c.c., non può procedere *sua sponte* ma ha l'one-re, ai sensi dell'art. 101 comma 2 c.p.c., di attivare il contraddittorio, pena la nullità della sentenza. Il pe-riodare delle Sezioni Unite, sotto questo specifico profilo, è *tranchant*. Ove invece poi le parti, all'atto della stipula, dovessero *convenire* espressamente di escludere la conversione per il caso in cui il loro ac-cordo sia successivamente dichiarato nullo, va da sé che al giudice sarà precluso procedere ad un qualsia-si vaglio di siffatta clausola: la conversione infatti, anziché satisfattiva degli interessi delle parti, si tra-durrebbe in una forma di recupero eterodeterminata che urta contro l'intento univoco dei contraenti. Quindi, in un caso nel quale era stata acclarata la nullità di una cessione di uso perpetuo di posti auto all'interno di un condominio, non è consentito al giudice di convertire la fattispecie in un contratto costitutivo di un diritto di uso trentennale, avvalen-dosi del disposto dell'art. 979 comma 2 c.c. (78), se non v'è un'esplicita indicazione in tal senso delle parti. E dissentire da questo assunto, motivando da una valutazione giudiziale di buona fede valorizzan-te il principio costituzionale di solidarietà sociale (art. 2 Cost.) (79), prima ancora di documentare l'appiattimento su di un paternalismo *à la page*, è sintomo di un *pensée désirée* o, se lo si trova più cal-zante, di un *wishful thinking*.

A mo' di postilla

Nel commentare l'ordinanza di rimessione, un a. la salutava adesivamente dovendosi, anche a tutela di «incolpevoli parti», fare «definitiva chiarezza in ma-teria» (80). Ebbene, di là dalla maggior o minor fon-datezza di quanto sentenziato dalle S.U., non sarà facile però che l'auspicata chiarezza si realizzi: non foss'altro perché l'interesse dell'attore risolvete, ri-spetto ad una *quaestio nullitatis* occhieggiata in giudi-zio, può colorarsi diversamente a seconda dei costi o del depauperamento che il contratto nullo può aver-gli causato.

Note:

(77) V., *inter alios*, i dispositivi di Cass. 30 aprile 2012, n. 6633, cit.; Cass. 4 febbraio 2010, n. 2651, in *Riv. not.*, 2010, 1553 ss.; Cass. 1 agosto 2001, n. 10498, *ivi*, 2002, II, 184 ss. e Cass. 12 febbraio 1981, n. 875, in *Foro it.*, 1982, I, 1392). Per un'ampia di-samina della questione v., per altro, Cinque, *Conversione del contratto nullo: rilevanza ex officio e contratto contrario a nor-me imperative*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2003, I, 849 ss.

(78) Nella specie, infatti, parti del contratto erano due società di capitali: i giudici di legittimità - v. Cass. 5 marzo 2008, n. 6004, in *Rep. Foro it.*, 2008, voce *Contratto in genere*, n. 463 - hanno cas-sato la sentenza di merito che aveva disposto la conversione.

(79) Che affiora fin troppo scopertamente in Cass. 11 luglio 2012, n. 11749: sulla quale sia consentito il rinvio a Pagliantini, *I tratti diafani della contrattuale in Cassazione: a proposito della rinunzia preventiva al gravame e di nullità parziale ope iudicis*, in questa *Rivista*, 2012, 846 ss.

(80) V. Barone, in *Foro it.*, 2012, I, 80 (nota anepigrafa).

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>**

Annulabilità del contratto

Il dolo omissivo incidente nel prisma della responsabilità precontrattuale

CASSAZIONE CIVILE, Sez. II, 16 aprile 2012, n. 5965 - Pres. Rovelli - Est. Proto - P.m. Capasso - F. V. c. Gruppo La Perla S.p.a. ora Nute Partecipazioni S.p.a.

In ipotesi di domanda di risarcimento per dolo incidente relativa al danno derivante da un contratto valido ed efficace ma "sconveniente", l'eventuale esistenza dell'inganno nella formazione del consenso non incide sulla possibilità di far valere i diritti sorti dal medesimo contratto, ma comporta soltanto che il contraente, il quale abbia violato l'obbligo di buona fede, è responsabile del danno provocato dal suo comportamento illecito, commisurato al "minor vantaggio" ovvero al "maggior aggravio economico" prodotto dallo stesso. Tuttavia, pur non avendo il contraente diritto di occultare i fatti, la cui conoscenza sia indispensabile alla controparte per una corretta formazione della propria volontà contrattuale, l'obbligo informativo non può essere esteso fino al punto di imporre al medesimo contraente di manifestare i motivi per i quali stipula il contratto, così da consentire all'altra parte di trarre vantaggio non dall'oggetto della trattativa, ma dalle altrui motivazioni e risorse.

ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI

Conforme	Non sono stati rinvenuti precedenti specifici. Sull'applicabilità dell'1440 c.c. alle ipotesi di reticenza su fatti, la cui conoscenza risulti indispensabile alla controparte per una corretta formazione della propria volontà negoziale, v. Cass., 5 febbraio 2007, n. 4729, in <i>Foro it., Rep.</i> , 2007, voce <i>Contratto in genere</i> , n. 533.
Difforme	Non sono stati rinvenuti precedenti specifici.

Svolgimento del processo

Con sentenza del 6 maggio 2006 il Tribunale di Bologna accoglieva la domanda proposta da F.G. e F.V. nei confronti di La Perla S.p.A. e condannava la convenuta al risarcimento dei danni subiti dai F. in conseguenza della vendita di un terreno, alla quale essi si erano determinati per effetto di un consenso viziato da dolo incidente. Il Tribunale ravvisava la violazione, da parte dell'acquirente, dell'obbligo di buona fede e di tutela dell'affidamento quanto l'acquirente per avere taciuto che sul terreno oggetto di compravendita, prima del rogito era stata trasferita una potenzialità edificatoria e pertanto il terreno era stato venduto al prezzo di un terreno non edificabile e non al maggior prezzo che sarebbe stato richiesto se ne fosse stata conosciuta l'edificabilità.

All'esito di appello della soc. La Perla S.p.A., al quale resistevano gli attori, la Corte di Appello di Bologna, con sentenza del 12 novembre 2009, riformava la sentenza di primo grado e rigettava la domanda attorea senza, peraltro provvedere, in dispositivo, alla restituzione di quanto già corrisposto in esecuzione della sentenza dall'appellan-

te, pur avendo affermato, in motivazione, il diritto alla restituzione.

La Corte di Appello rilevava:

- che la società La Perla il 30 maggio 1997 presentava al Comune un progetto per la riqualificazione di un capannone industriale di sua proprietà;
- che il 5 marzo 1998 il progetto era modificato su richiesta del Comune con assunzione, da parte della società, dell'impegno a reperire una superficie di 7.000 mq.;
- che il 6 aprile 1998 il Comune accettava la proposta della società La Perla che aveva assunto l'impegno di reperire l'area;
- che il 17 luglio 1998 la società stipulava il preliminare di compravendita del terreno di proprietà dei F.;
- che il 24 novembre 1998 il Comune rilasciava alla soc. La Perla il certificato di destinazione urbanistica del terreno, dal quale risultava che l'area era classificata come zona per verde pubblico attrezzato e parcheggi;
- che alla data del rogito notarile di compravendita (14 gennaio 1999) il terreno era ancora classificato come zona destinata a verde e parcheggi;

– che l'area era resa edificabile solo a distanza di oltre due anni dal rogito, quando il Comune approvava la variante al PRG, mentre in precedenza tra il privato e il Comune, secondo quanto accertato dal CTU, era intercorso un semplice accordo di programma che non implicava un immediato cambio di destinazione di uso; il cambio di destinazione di uso, sempre secondo il CTU avrebbe potuto essere richiesto anche dai venditori se avessero reperito analoghe potenzialità edificatorie che consentissero di trasferire il costruito da un'area già costruita all'area non ancora costruita;

– che pertanto la concessione ad edificare sull'area che al momento dell'acquisto era destinata a verde e parcheggi era il frutto dell'attività posta in essere dall'acquirente, nell'ambito di un suo progetto imprenditoriale;

– che nessun inganno o raggirio era ravvisabile per l'omessa informativa, da parte dell'acquirente, del suo progetto imprenditoriale e il valore oggettivo del bene prescindendo dall'uso che l'acquirente si proponeva di farne;

– che l'accrescimento di valore era conseguenza del buon esito dell'operazione di riqualificazione urbana.

F.G. e F.V. propongono ricorso affidato ad un unico motivo e depositano memoria. Resiste con controricorso La Perla s.p.a. ora Nute Partecipazioni S.p.A. in conseguenza di cambio di denominazione e propone ricorso incidentale affidato ad un unico motivo di omessa pronuncia e deposita memoria.

Motivi della decisione

1. Con l'unico motivo del ricorso principale, deducendo violazione e falsa applicazione degli artt. 1175, 1375 e 1440 c.c., degli artt. 2, 41 e 42 Cost., i ricorrenti censurano (in realtà con argomenti attinenti alla motivazione sulla insussistenza del dolo incidente) la sentenza impugnata per non avere ravvisato, nei fatti provati in causa e riconosciuti nella stessa sentenza di appello, la violazione, da parte della società acquirente, del dovere di buona fede oggettiva, espressione del generale principio di solidarietà sociale riconosciuto dalla Costituzione; l'acquirente, secondo i ricorrenti, avrebbe violato l'obbligo di buona fede e di comportamento leale tacendo maliziosamente, durante le trattative, la circostanza che sul terreno (poi venduto corno terreno destinato a verde e a parcheggi) sarebbe stata portata una potenzialità edificatoria di 1.200 m.q. in quanto rientrava in un progetto di riqualificazione urbana; aggiungono che il giorno della stipula del preliminare (17 luglio 1998) il Comune di Bologna già aveva accettato che la proposta di riqualificazione urbana dell'area della soc. La Perla fosse indirizzata sul terreno di proprietà F.; il certificato di destinazione urbanistica che l'acquirente si era procurato per il rogito di acquisto non corrispondeva più alla realtà di fatto e se i venditori avessero conosciuto la nuova situazione di fatto avrebbero chiesto un prezzo maggiore.

I ricorrenti, al riguardo, richiamano precedenti di questa Corte che, tuttavia, nulla hanno a che vedere con il caso di specie: in Cass. 18 settembre 2009 n. 20106 si è affrontato un caso di abuso del diritto nell'esercizio del diritto di recesso *ad nutum* ravvisandosi a alterata la funzio-

ne obiettiva dell'atto rispetto al potere che lo prevede e, quindi, si è risolto un problema di correlazione tra i poteri conferiti e lo scopo per i quali essi sono conferiti; in Cass. 5 marzo 2009, n. 5348 si è applicato il principio di buona fede nell'interpretazione di una clausola negoziale del contratto di mediazione e in Cass. 11 giugno 2008 n. 15476 si è ravvisato un abuso nel frazionamento della domanda di adempimento di un'unica pretesa creditoria; nella controversia qui in esame, invece, non si discute di interpretazione di clausole contrattuali o di abusi nell'esercizio di poteri negoziali o processuali, ma del rilievo da attribuire, sotto il profilo risarcitorio, all'omessa informazione (relativa alla futura destinazione che l'acquirente avrebbe dato al terreno e alle sue iniziative per destinarla all'edificazione) da parte del venditore, pur in mancanza di una norma che imponga lo specifico obbligo informativo.

2. Il motivo è infondato.

Occorre premettere che nella fattispecie non viene in discussione il principio secondo il quale un suolo non edificabile, ma per il quale sia prevista, da strumenti urbanistici non ancora approvati, l'edificabilità costituisce un bene non omogeneo rispetto ad altri terreni non edificabili e che l'ignoranza su tale qualità possa integrare errore su una qualità essenziale (cfr. Cass. Cass. S.U. 1 luglio 1997, n. 5900, Cass. 11 settembre 2000 n. 11927).

Anzi, non essendo stata proposta domanda di annullamento, ma solo domanda risarcitoria per dolo incidente ed essendo stato richiesto il risarcimento di un danno che deriva da un contratto valido ed efficace ma "sconveniente", neppure è necessario indagare se l'inganno abbia riguardato una qualità essenziale del bene o se sia stato determinante per il consenso, in quanto l'attività ingannatrice, in questo caso, ha una minore incidenza minore influenzando solo su modalità del negozio che la parte non avrebbe accettato se non fosse stata fuorviata dal raggirio. Questa figura di dolo attiene dunque alla formazione del contratto e la sua eventuale esistenza non incide sulla possibilità di far valere i diritti sorti dal medesimo, ma comporta soltanto che il contraente in mala fede (ossia che ha violato l'obbligo di buona fede di cui all'art. 1337 c.c.) è responsabile dei danni provocati dal suo comportamento illecito ed i danni vanno commisurati al "minor vantaggio", ovvero al "maggior aggravio economico" prodotto dal comportamento tenuto in violazione dell'obbligo di buona fede (Cass. 29 settembre 2005, n. 19024; Cass. 8 settembre 1999, n. 9523).

Non è neppure posto in discussione il principio per il quale quando debba giudicarsi del requisito di volontà, cioè di libertà nella formazione di un negozio giuridico (o della buona fede di un comportamento) rileva anche l'errore di diritto perché, dovendosi valutare un atto di un soggetto responsabile, si ha riguardo al fatto in sé dell'ignoranza o della deviatà conoscenza, indipendentemente dalla ragione dell'errore.

Occorre infine precisare che l'affermazione (del tutto apodittica e indimostrata) dei ricorrenti secondo la quale la destinazione urbanistica del terreno al momento del rogito notarile (14 gennaio 1999) non era più quella (a

verde e parcheggi) indicata nel certificato di destinazione urbanistica presentato dalla società acquirente trova smentita nella sentenza impugnata laddove si rileva che alla data del 14 gennaio 1999 il terreno risultava sempre classificato come zona destinata a verde e parcheggi e che l'area divenne edificabile solo due anni dopo il rogito, a seguito di variante al P.R.G., come accertato dal CTU e non contestato dalle parti (v. pag. 12 della sentenza). La Corte di Appello, come già riferito nella parte in fatto, ha ritenuto insussistente il dolo incidente perché:

– nessun inganno o raggirio era ravvisabile nella condotta della società acquirente;

– secondo quanto riferito dal CTU, i cambiamenti della destinazione di uso del terreno avrebbero potuto essere richiesti anche dai venditori, se avessero reperito per proprio conto analoghe potenzialità edificatorie; - il valore oggettivo del bene prescindeva dall'uso che l'acquirente si proponeva di farne e l'accrescimento di valore per effetto del (successivo) cambio di destinazione di uso dipendeva dal buon esito dell'operazione di riqualificazione urbana (di un terreno già di proprietà della società e sul quale era collocato un opificio industriale da riqualificare in abitazioni);

– la concessione ad edificare era il frutto dell'attività posta in essere dall'acquirente. Secondo la prospettazione dei ricorrenti la mala fede (da ravvisarsi nella condotta contraria a buona fede) dell'acquirente sarebbe ravvisabile nel non avere dato, volutamente, una informazione che secondo buona fede il compratore era tenuto a dare nella fase di conclusione del contratto (sotto questo profilo, più precisamente avrebbe dovuto richiamarsi l'obbligo di buona fede sancito dall'art. 1337 c.c.).

In questo senso, la violazione di una regola di comportamento (che nella specie si dovrebbe ravvisare nell'obbligo di dare un particolare informazione), in quanto consapevolmente commessa per ottenere migliori condizioni di prezzo, potrebbe astrattamente configurarsi come dolo omissivo.

Tuttavia, nel caso concreto, alla luce degli elementi di fatto ricavabili dal ricorso e dalla sentenza impugnata (meno esplicitamente nella parte motivazionale e più esplicitamente nello svolgimento del processo, dove si fa esplicito riferimento al trasferimento dell'edificabilità da un sito già in proprietà al sito oggetto dell'acquisto) non v'è stata né la violazione di un obbligo di informazione, né la volontà di ottenere migliori condizioni di prezzo. Infatti il programmato utilizzo del bene da parte dell'acquirente era reso possibile solo grazie al fatto che egli era proprietario di altri immobili con una edificabilità suscettibile di essere trasferita su quello oggetto di acquisto; il terreno oggetto di acquisto, pertanto, non aveva una diversa qualificazione giuridica e un diverso valore economico rispetto a quello pattuito perché la possibilità edificatoria e l'ipotizzato incremento di valore scaturivano non già dal bene oggetto della vendita, ma dalla specifica relazione di quel bene con altri immobili di proprietà dell'acquirente che venivano correlativamente privati della potenzialità edificatoria e, quindi, impoveriti.

In conclusione, avuto riguardo alla sostanza economica

del contratto il maggior valore del suolo (reso edificabile) in relazione al quale è proposta domanda risarcitoria è conseguenza del minor valore di altri terreni dell'acquirente che hanno definitivamente perso l'attitudine edificatoria con la conseguenza che non solo il venditore non può dirsi danneggiato, ma addirittura l'accoglimento della sua pretesa si risolverebbe in un suo ingiustificato arricchimento con danno della controparte.

Né potrebbe invocarsi il principio per il quale l'ambito di rilevanza della regola posta dall'art. 1337 c.c., va oltre l'ipotesi della rottura ingiustificata delle trattative e assume il valore di una clausola generale che implica il dovere di trattare in modo leale, astenendosi da comportamenti maliziosi o anche solo reticenti e fornendo alla controparte ogni dato rilevante, conosciuto o anche solo conoscibile con l'ordinaria diligenza, ai fini della stipulazione del contratto (Cass. 29 settembre 2005, n. 19024). È pur corretto affermare che il contraente non ha diritto di occultare i fatti, la cui conoscenza è indispensabile alla controparte per una corretta formazione della propria volontà contrattuale (Cass. 5 febbraio 2007, n. 2479), ma l'obbligo informativo non può essere esteso fino al punto di imporre al contraente di manifestare i motivi (nella specie il trasferimento dell'edificabilità) per i quali stipula il contratto, così da consentire all'altra parte di trarre vantaggio non dall'oggetto della trattativa, ma dalle altrui motivazioni e dalle altrui risorse.

3. Il ricorso incidentale è fondato su un unico motivo di omessa pronuncia sulla domanda, formulata nel giudizio di appello all'udienza del 14 novembre 2006 e riproposta in sede di precisazione delle conclusioni, di restituzione delle somme pagate agli attori per effetto della sentenza di primo grado e costituite dal 70% della somma oggetto del precetto notificato dagli attori dopo la sentenza di primo grado, dalle spese di CTU e dell'imposta di registro e dal costo della fideiussione a garanzia del pagamento del rimanente 30%.

In motivazione la Corte di Appello ha dato atto dell'obbligo degli attori appellati di restituire all'appellante quanto da essi percepito in esecuzione della sentenza di condanna, ma non ha provveduto in tal senso nel dispositivo così che si configura in vizio di omessa pronuncia peraltro non rimediabile con una pronuncia in questa sede di legittimità in quanto nella domanda sulla quale è stata omessa la pronuncia erano comprese voci (il costo della fideiussione) che non sono state considerate neppure nella motivazione (v. il riferimento, in sentenza, al solo "percepito") ed era aggiunta la richiesta di rivalutazione.

Il ricorso incidentale deve quindi essere accolto con la cassazione della sentenza impugnata in relazione al motivo accolto e con rinvio, anche per la liquidazione delle complessive spese dell'intero giudizio ad altra sezione della Corte di Appello di Bologna.

P.Q.M.

La Corte rigetta il ricorso principale, accoglie il ricorso incidentale, cassa la sentenza impugnata e rinvia, anche per la liquidazione delle complessive spese dell'intero giudizio, ad altra sezione della Corte di Appello di Bologna.

IL COMMENTO

di Francesco Valenti

La sentenza in commento consente all'interprete di svolgere talune riflessioni sulla struttura e sulla portata del *dolus incidens*, fattispecie di scarsa applicazione giurisprudenziale fino a pochi anni or sono, la cui recente chiamata agli onori della ribalta si comprende in ragione del sempre maggior interesse che va coinvolgendo le tematiche dei c.d. "vizi incompleti del contratto" e degli obblighi precontrattuali di informazione. Nel caso di specie, individuato il *discrimen* tra dolo determinante e dolo incidente nella tendenziale attenzione di quest'ultimo alle modalità accessorie ed ai profili economici dell'operazione negoziale, si trattava di appurare se potesse effettivamente integrare la fattispecie di cui all'art. 1440 c.c. il comportamento dell'acquirente che, pur non avendo indotto in errore l'alienante mediante una condotta positiva, ne avesse corroborato la non veritiera rappresentazione della realtà mediante l'omissione di informazioni utili per poter negoziare migliori condizioni di prezzo. Il Supremo Collegio ha statuito a tal fine che l'acquirente, pur non potendo occultare circostanze indispensabili alla controparte per una corretta formazione della sua volontà negoziale, non può ritenersi gravato da un obbligo informativo esteso al punto da dover manifestare i motivi per i quali stipula il contratto, giacché ciò consentirebbe all'acquirente di trarre vantaggio non dall'oggetto della trattativa, ma dalle altrui motivazioni e risorse.

Il caso (*)

Con l'intenzione di riqualificare un capannone industriale di sua proprietà, una società presentava apposito progetto al Comune di Bologna. Il progetto veniva approvato con modificazioni, previa assunzione, da parte della stessa società, dell'impegno a reperire una superficie di 7 mila mq., sulla quale avrebbe dovuto trasferire la potenzialità edificatoria, in quel momento insistente sul terreno occupato dal capannone. A tal fine, la società stipulava un contratto di compravendita avente ad oggetto un terreno, classificato come zona per verde pubblico attrezzato e parcheggi, il quale, a distanza di due anni dal rogito, veniva reso edificabile dal Comune con variante apportata al piano regolatore generale.

In un secondo momento, i venditori si rivolgevano al Tribunale per chiedere la condanna della società acquirente al risarcimento dei danni subiti in conseguenza della vendita del terreno di cui erano proprietari, assumendo di essersi determinati alla conclusione del contratto per effetto di un consenso viziato da dolo incidente. Lamentavano gli attori di essere caduti vittime del contegno decipiente dell'acquirente, il quale avrebbe taciuto loro che, prima del rogito, sul terreno oggetto della compravendita era stata trasferita una potenzialità edificatoria: circostanza, quest'ultima, che li avrebbe indotti a vendere il bene al prezzo di un suolo non edificabile, e non al maggior prezzo che sarebbe stato richiesto ove ne avessero conosciuta l'edificabilità.

La società impugnava la pronuncia dinanzi alla Corte d'appello, che ribaltava la decisione di primo grado sulla base delle seguenti osservazioni: a) alla data fissata per il rogito, il terreno *de quo* risultava sempre

destinato a verde e parcheggi; b) non poteva essere ravvisato alcun inganno o raggio nell'omessa informazione, da parte dell'acquirente, del progetto imprenditoriale di cui questi si era fatto promotore, il buon esito del quale avrebbe costituito l'unica ragione dell'incremento di valore del bene.

Ricorrevano pertanto i venditori in Cassazione, la quale confermava la decisione d'appello considerando che, nel caso di specie, non poteva riscontrarsi né un contegno decettivo assunto in violazione di un obbligo d'informazione, né la volontà dell'acquirente di ottenere migliori condizioni di prezzo. Pur essendo pacifico che, durante la fase delle trattative, ciascuna parte ha il dovere di non occultare i fatti indispensabili all'altra per una corretta formazione del proprio consenso, la Corte precisa che l'obbligo informativo non può essere esteso fino al punto di imporre al contraente di manifestare i motivi per i quali questi stipula il contratto; ciò, infatti, consentirebbe all'altro contraente di trarre vantaggio non dall'oggetto della trattativa, ma dalle altrui motivazioni e dalla altrui risorse.

Il dolo incidente come paradigma dei c.d. "vizi incompleti del contratto"

La vicenda processuale dalla quale la sentenza in commento trae origine consente all'interprete di svolgere alcune riflessioni sulla struttura e sulla portata dell'art. 1440 c.c., enunciato normativo fino a pochi anni or sono di scarsa applicazione giurisprudenziale.

Nota:

(*) N.d.R.: Il presente contributo è stato sottoposto, in forma anonima, al vaglio del Comitato di Valutazione.

denziale (1), la cui recente chiamata agli onori della ribalta deve essere valutata alla luce della sempre maggior attenzione che si va sviluppando intorno alla categoria dei c.d. "vizi incompleti del contratto". Con tale locuzione si intende fare riferimento - come è noto - ad una vasta gamma di fattispecie, in cui il contegno contrario a buona fede, assunto da una parte nella fase anteriore alla conclusione del contratto, abbia contribuito a dar vita ad un regolamento di interessi che, pur valido ed efficace, si sia in concreto rivelato non conforme alle istanze dell'altra parte. L'impossibilità di azionare il rimedio invalidatorio non lascia, tuttavia, sguarnito sul piano delle tutele il contraente che abbia subito il pregiudizio, il quale potrà ottenere il risarcimento del danno in funzione "correttiva del risultato economico della complessiva relazione contrattuale", attraverso il sollievo dai rischi connessi alla condotta scorretta del proprio *partner* (2).

È evidente il nesso che lega siffatta tematica al "nuovo corso" intrapreso dalla responsabilità precontrattuale a seguito delle ormai celebri Cass. n. 19024 del 2005 e Cass., Sez. Un., nn. 26724 e 26725 del 2007 (3), alle quali va ascritto il merito non solo di aver ribadito il principio di separazione tra regole di validità e regole di comportamento (4), ma di avere, altresì, affermato che l'area della responsabilità *in contrahendo* si estende ben oltre le due tradizionali ipotesi *jehringhiane* (5) della rottura ingiustificata delle trattative e della conclusione di un contratto invalido, dovendo includere anche i casi concernenti contratti validamente stipulati e, ciononostante, rivelatisi pregiudizievoli per la parte vittima del comportamento *non iure* dell'altra.

In questa prospettiva, si comprende appieno l'importanza assunta dalla fattispecie del *dolus incidens*, il quale può essere definito come il *trait d'union* tra i due diversi e, al tempo stesso, inseparabili profili del dolo - vizio della volontà e qualificazione dell'atto illecito - che si riverberano nella convivenza, sancita dall'art. 1440 c.c., tra rimedio risarcitorio e validità del contratto (6).

Il problema dei confini tra dolo determinante e dolo incidente

La grande fecondità di spunti che la suddetta tematica offre alla riflessione dell'interprete non deve, tuttavia, sminuire l'arduo compito al quale questi è chiamato nella delimitazione dell'area coperta dal dolo incidente, soprattutto ove si considerino le obiettive incertezze che ancora permangono in ordine alla stessa definizione di ciò che integra la fattispecie del vizio rilevante ai fini dell'annullamento

del contratto (c.d. dolo determinante, o *dolus causam dans*, ex art. 1439 c.c.). Procedendo per gradi, occorre *in primis* rilevare che, da una semplice lettura degli artt. 1439 e 1440 c.c., si possono ricavare tre requisiti costitutivi, comuni ad entrambe le fattispecie considerate: a) un raggiro, ovvero sia un complesso di manovre, di artifici e, talvolta, di omissioni, dirette ad alterare l'altrui volontà negoziale; b) l'effettiva alterazione della volontà negoziale della vittima (la quale, in assenza del raggiro, non avrebbe contrattato affatto o avrebbe concluso il contratto a condizioni per sé più vantaggiose); c) il nesso causale tra raggiro ed alterazione della volontà (7).

Note:

(1) Poche, infatti, le pronunce fino all'inizio degli anni duemila: ex *paucis*, Cass., 14 maggio 1981, n. 3176, in *Mass. Giur. it.*, 1981; Cass., 4 aprile 1990, n. 2798, *ivi*, 1990; Cass., 16 agosto 1990, n. 8318, *ibidem*; Cass., 29 settembre 1991, n. 9227, in *Corr. giur.*, 1991, 306 ss.; Cass., 29 marzo 1999, n. 2956, in *Giur. it.*, 2000, 1192 ss.

(2) Mantovani, *sub artt. 1337-1338 c.c.*, in Bargelli-Breccia-Gabrielli-Gallo-Mantovani-Maugeri-Melli-Navarretta, *Dei contratti in generale (artt. 1321-1349)*, nel *Commentario del Codice civile*, diretto da Gabrielli, Torino, 2011, 476 ss.; della stessa A., *Vizi incompleti del contratto e rimedio risarcitorio*, Torino, 1995.

(3) Cass., 29 settembre 2005, n. 19024, in *Foro it.*, 2006, I, 1105 ss., con nota di Scoditti; in *Danno e resp.*, 2006, 25 ss., con commento di Roppo-Afferni; in *Giur. it.*, 2006, 1599 ss., con nota di Sicchiero; in *NGCC*, 2006, I, con nota di Passaro; nonché oggetto di commento da parte di Franzoni, *La Responsabilità precontrattuale: una nuova stagione*, in *Resp. civ.*, 2006, 295 ss.; Cass., Sez. Un., 19 dicembre 2007, nn. 26724 e 26725, in questa *Rivista*, 2008, 231 ss., con commento di Sangiovanni; in *Foro it.*, 2008, I, 784, con nota di Scoditti; in *Danno e resp.* 2008, 525 ss., con note di Roppo-Bonaccorsi; in *NGCC*, 2008, I, 445 ss., con nota di Salanitro; in *Corr. giur.*, 2008, 230 ss., con nota di Mariconda.

(4) La distinzione tra regole di validità e regole di comportamento è stata elaborata, come è noto, da P. Barcellona in *Profili della teoria dell'errore nel negozio giuridico*, Milano, 1962.

(5) Per una ricostruzione del pensiero del giurista tedesco cfr. Turco, *L'interesse negativo nella culpa in contrahendo (verità e distorsioni della teoria di Jehring nel sistema tedesco e italiano)*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, I, 165 ss. Per ulteriori approfondimenti sul tema della *culpa in contraendo* si rinvia a Id., *Interesse negativo e responsabilità precontrattuale*, Milano, 1990.

(6) Si veda, per tutti, Trabucchi, voce *Dolo (diritto civile)*, in *No-viss. dig. it.*, VI, Torino, 1957, 150.

(7) Si vedano sul punto Carresi, *Sui requisiti del dolo come vizio del consenso*, in *Giur. tosc.*, 1952, 288; Trabucchi, *op. cit.*, 150; Funaioli, voce *Dolo (dir. civ.)*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 747; Cavallo Borgia, *sub Artt. 1439-1440 c.c.*, in Galgano-Peccenini-Memmo-Franzoni-Cavallo Borgia, *Della simulazione. Della Nullità del contratto. Dell'annullabilità del contratto (artt. 1414-1446 c.c.)*, nel *Commentario al Codice civile*, diretto da Scialoia - Branca, Bologna-Roma, 1998, 444; Gentili, *Le invalidità*, nel *Trattato dei contratti*, diretto da Rescigno-Gabrielli, I, 2, Torino, 2006, 1614; Lobocono, *sub Artt. 1439-1440*, in Azzaro-Benedetti - Carusi-Di Raimo-Fici-Gabrielli-Giardina-Lobocono-Marini-Pagliantini-Poletti, *Dei contratti in generale (artt. 1425-1469 bis e leggi collegate)*, in *Commentario del Codice civile*, diretto da Gabrielli, Torino, 2011.

A questi requisiti, la giurisprudenza e la dottrina maggioritaria aggiungono - quale elemento insito nello stesso concetto di dolo - la specifica intenzione di ingannare, intesa non solo come consapevolezza della erroneità delle rappresentazioni indotte, ma anche come convinzione circa l'idoneità di siffatte rappresentazioni a fuorviare la vittima dell'inganno (8).

Non si è mancato inoltre di rilevare come il dolo determinante del consenso si distingua dal dolo incidente in ragione dell'oggetto sul quale cadono i raggiri, nel senso che l'alternativa tra rimedio invalidatorio e rimedio risarcitorio - sancita dagli artt. 1439 e 1440 c.c. - andrebbe ricollegata alla dicotomia che separa gli elementi essenziali dagli elementi secondari dell'operazione divisata dalle parti (9). Quest'ultima affermazione merita talune precisazioni. *Nulla quaestio se*, alludendo alla "essenzialità" dell'elemento colpito dal dolo, si intende ribadire l'esigenza che il contegno ingannevole dell'un contraente abbia ingenerato una falsa rappresentazione circa aspetti della realtà negoziale, rivelatisi, in concreto, determinanti del consenso dell'altro. A questo riguardo, si è giustamente osservato come la struttura del dolo negoziale, normalmente polarizzata intorno alla condotta del *deceptor* e al consenso viziato del *deceptus*, postuli altresì - quale medio logico insopprimibile - l'erronea rappresentazione del contratto, cosicché il perno, attorno al quale impostare il *discrimen* tra dolo determinante e dolo incidente, andrebbe proprio ricercato nello specifico aspetto del contratto che ha costituito oggetto di errore. *Re melius perpensa*, è lecito affermare che, ove l'errore indotto dagli altrui raggiri abbia riguardato un aspetto della realtà negoziale che condiziona la scelta di concludere il contratto, il dolo potrà dirsi determinante e, come tale, legittimare il contraente ingannato ad esperire l'azione di annullamento. Viceversa, qualora l'errore cada esclusivamente su singole modalità dell'accordo che non impediscano al *deceptus* di determinarsi egualmente alla stipulazione dell'atto, il dolo sarà incidente, residuando una responsabilità per risarcimento del danno a carico del soggetto che ha posto in essere i raggiri (10).

Decisamente troppo audace deve invece ritenersi l'opinione di chi - pur ravvisando correttamente nel dolo l'altrui induzione in errore - si spinge fino al punto di affermare che l'annullamento del contratto ai sensi dell'art. 1439 c.c. necessita che i raggiri usati abbiano provocato un errore essenziale, *ex art.* 1429 (11). Non così per la fattispecie del dolo incidente, la quale, attribuendo rilievo a circostanze puramente economiche del regolamento di interessi,

postula invece un errore di valutazione circa la congruità del corrispettivo pattuito rispetto al valore dell'oggetto. Il carattere dirompente di tale indirizzo di pensiero non pare certo ridimensionato dalla considerazione che «a chi agisce per ottenere l'annullamento del contratto viziato da dolo basterà provare l'errore cui è stato indotto, se l'errore verte sulla natura del contratto o sull'oggetto del contratto o sulla identità dell'oggetto». Pur essendo indubbio che, in tale ultima circostanza, la posizione del *deceptus* verrebbe ad essere notevolmente alleggerita rispetto all'ipotesi in cui l'errore indotto abbia colpito una qualità dell'oggetto o l'identità o qualità dell'altro contraente (12), resta il fatto, che ove una simile opinione fosse accolta, le prospettive di tutela contro la condotta antiggiuridica del *deceptor* si rivelerebbero in ogni caso estremamente deboli. In particolare, alla parte, spinta dall'altrui contegno decipiente a rappresentarsi i motivi dell'accordo in maniera difforme da come questi si presentano nella realtà, sarebbe preclusa *in toto* la possibilità di impugnare il contratto viziato. Ora, nessun dubbio che in un sistema giuridico come il nostro - ispirato, nella sostanza, al principio del rischio per l'iniziativa economica intrapresa - il contratto "assuma il carattere di un'operazione nella quale è tendenzialmente sfavorito il *partner* meno esperto, meno attento all'esame delle utilità che egli può trarre dall'affare, meno aggiornato nella conoscenza delle più recenti vicende del mercato e comunque obiettivamente meno in grado, per ragioni culturali o socio-economiche, di far pesare le sue reali aspirazioni nella determinazione del regolamento negoziale" (13). In questa prospettiva, già i legislatori ottocenteschi avevano ten-

Note:

(8) Trabucchi, *op. cit.*, 150; C. M. Bianca, *Il contratto*, in *Diritto civile*, 3, Milano, 1987, 665; Franzoni, *Un vizio del consenso: il dolo*, in *Studi in onore di Pietro Rescigno*, Milano, 1998. Dissente da questa posizione Sacco *L'errore e la mancata informazione*, ne *Il contratto*, a cura di Sacco-De Nova, Torino, 2004, 224 ss. In senso conforme alla dottrina maggioritaria, Cass., 10 luglio 1972, n. 2311, in *Rep. Foro it.*, 1972, voce *Contratti in genere*, n. 325, 691.

(9) Sul punto, Funaioli, *op. cit.*, 747.

(10) Navarretta, *Il contratto e l'autonomia privata*, in Breccia-Bruscaglia-Busnelli-Giardina-Giusti-Loi-Navarretta-Paladini-Poletti-Zana, *Diritto privato*, 1, Torino, 2009, 282 ss. In termini pressoché analoghi, Bigliuzzi Geri-Breccia-Busnelli-Natoli, *Diritto civile, Fatti e atti giuridici*, 2, Torino, 1987, 687 ss.

(11) Galgano, *Il negozio giuridico*, nel *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da Cicu e Messineo, Milano, 2002, 332.

(12) In quanto solo nel primo caso, ma non nel secondo, la prova circa il carattere determinante del consenso si ricaverebbe presuntivamente da quella dell'essenzialità dell'errore.

(13) Bigliuzzi Geri-Breccia-Busnelli-Natoli, *op. cit.*, 663.

tato di tracciare una linea distintiva, sia pur sfumata nei suoi precisi contorni, tra gli errori che attengono a termini o elementi essenziali dell'atto stipulato, e che sono in grado di acquistare un rilievo oggettivo sulla base di un apprezzamento medio, e gli errori che si riferiscono a valutazioni o a previsioni soggettive, relative alla convenienza economica dell'affare o, più in generale, ad altri moventi psicologici del tutto personali, che come tali esulano dalla possibilità di un controllo immanente al senso dello schema negoziale posto in essere (14). Sennonché le considerazioni che si attagliano perfettamente alla materia dell'errore spontaneo, difficilmente possono trovare rispondenza nella *ratio* che informa la disciplina legislativa in tema di errore indotto da dolo. Infatti, mentre il principio sotteso agli artt. 1428-1433 c.c. pare essere indiscutibilmente quello di conservazione del contratto, lo stesso non può dirsi a proposito dell'art. 1439 comma 1 c.c., dal cui enunciato emerge con chiarezza la volontà del legislatore tesa a tutelare la libera formazione del volere di ciascun contraente contro l'inganno perpetrato da controparte (15).

Conviene pertanto attribuire rilievo paritetico ad ogni tipo di errore indotto nel contraente dall'altrui contegno doloso, in sintonia con quanto sostenuto dalla dottrina largamente maggioritaria, a giudizio della quale «per la rilevanza giuridica del dolo è decisiva da sola l'influenza spiegata di fatto in concreto sulla motivazione del volere e non importa l'entità dell'errore provocato» (16).

Non in sintonia con la dottrina tradizionale pare invece collocarsi la pronuncia in commento: circostanza, quest'ultima, che una ricostruzione dell'*iter* logico-argomentativo seguito dai giudici di legittimità contribuirà forse a rendere più chiara. Nella motivazione si afferma testualmente che, ai fini della soluzione della controversia, non può essere invocato «il principio secondo il quale un suolo non edificabile, ma per il quale sia prevista, da strumenti urbanistici non ancora approvati, l'edificabilità costituisca un bene non omogeneo rispetto ad altri terreni non edificabili e che l'ignoranza su tale qualità possa integrare errore su una qualità essenziale» (17). Dalle prove emerse nel giudizio d'appello si è in effetti potuto evincere con chiarezza che, all'atto del rogito notarile, il terreno controverso risultava sempre classificato come zona destinata a verde urbano ed a parcheggi, e che la modifica al piano regolatore generale fu apportata ben due anni dopo la stipula. Trattandosi dunque di un terreno ancora privo di potenzialità edificatorie al momento della conclusione del contratto di vendita, sarebbe stato materialmente

impossibile che il consenso dei ricorrenti potesse essere stato alterato dalla falsa rappresentazione di una qualità *in illo tempore* inesistente (18), dovendosi escludere che un semplice errore di previsione o di valutazione sia idoneo ad integrare il requisito dell'essenzialità. In altre parole, un errore di previsione, anche se indotto da dolo, non potrebbe mai rilevare ai fini dell'annullamento del contratto, in quanto rientrando nella sfera dei motivi (19).

Note:

(14) L'art. 1110 c.c. 1865 statuiva che «l'errore di fatto non produce la nullità del contratto, se non quando cade sopra la sostanza della cosa che ne forma l'oggetto. Non produce la nullità, quando cade soltanto sulla persona colla quale si è contrattato, eccetto che la considerazione della persona colla quale s'intende contrattare sia la causa principale della convenzione».

(15) Si vedano al riguardo le considerazioni di R. Scognamiglio, *Contratti in generale*, nel *Trattato di diritto civile*, diretto da Grosso e Santoro Passarelli, Milano, 1966, 57.

(16) Così Betti, *Teoria generale del negozio giuridico*, nel *Trattato di diritto civile italiano*, diretto da Vassalli, Torino, 1960, 457. In senso conforme, Scognamiglio *op. cit.*, 56 ss.; Santoro Passarelli, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1966, 169 ss.; C.M. Bianca, *Il contratto*, in *Diritto civile*, 3, Milano, 1987, 625; Carresi, *Il contratto*, nel *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da Cicu e Messineo, XXI, 1, 1987, p. 459; Mirabelli, *Dei contratti in generale*, nel *Commentario UTET*, IV, 558; Cavallo Borgia, *op. cit.*, 440 ss.; Sacco, *op. cit.*, Torino, 2004.

(17) Sul punto, Cass., Sez. Un., 1 luglio 1997, n. 5900, in questa *Rivista*, 1998, 557 e in *Corr. giur.*, 1998, 97, con nota di Morozzo della Rocca.

(18) Cfr. Cass., 6 maggio 1991, n. 4984, in *Foro it.*, 1992, I, 466: «l'errore sulla natura edificatoria di un terreno (la quale, costituendo una sua qualità essenziale, determina l'annullabilità della relativa compravendita, ove l'alienante l'abbia ritenuto agricolo) deve sussistere al momento della prestazione del consenso, e presuppone l'esistenza di elementi obiettivi atti a dimostrare l'edificabilità attuale e concreta del suolo, non la mera prospettiva di futura possibilità di edificazione, ancorché quest'ultima possa incidere sul valore del bene (nella specie, la presa d'atto della sezione provinciale di controllo, condizione d'efficacia del provvedimento amministrativo che aveva conferito utilizzabilità edificatoria al terreno, era intervenuta dopo la stipulazione della compravendita)».

(19) Cfr. Franzoni, *op. cit.*, Milano, 1998, 320. Va peraltro rilevato come l'opinione della quale si è dato conto sia stata preceduta, sebbene in termini molto più espliciti, da un *obiter dictum* di una non troppo remota sentenza delle Sezioni Unite. Si allude a Cass., Sez. Un., 11 marzo 1996, n. 1955, in *Arch. civ.*, 1996, 865, nella quale, dopo la premessa che solo il dolo determinante può costituire causa di annullamento del contratto - e, quindi, solo se i raggiri usati siano stati tali che, senza di essi, l'altra parte non avrebbe mai contrattato - si afferma a chiare lettere che: «gli artifici e i raggiri determinano la volontà del contraente, in quanto generano nel *deceptus* una rappresentazione alterata della realtà, provocando nel suo meccanismo volitivo un errore essenziale ai sensi dell'art. 1429 c.c. Ne consegue che non è sufficiente una qualunque influenza psicologica sull'altro contraente, ma si richiedono artifici o raggiri, o anche semplici menzogne, che abbiano avuto comunque un'efficienza causale sulla determinazione volitiva della controparte e, quindi, sul consenso di quest'ultima». Sembra quindi che la sentenza *de qua* faccia proprio l'isolato contributo dottrinale di cui si è dato conto più indietro, anche se poi la Corte di legittimità, affermata l'eterodossia (segue)

Comunque, si prosegue, «non essendo stata proposta domanda di annullamento, ma solo domanda risarcitoria per dolo incidente ed essendo stato richiesto il risarcimento di un danno che deriva da un contratto valido ed efficace, ma sconveniente, neppure è necessario indagare se l'inganno abbia riguardato una qualità essenziale del bene o se sia stato determinante per il consenso, in quanto l'attività ingannatrice, in questo caso, ha una minore incidenza, influenzando solo su modalità del negozio che la parte non avrebbe accettato se non fosse stata fuorviata dal raggirio».

Anche quest'ultimo passaggio merita alcuni chiarimenti. Nel delineare le differenze tra la normativa sull'errore spontaneo e quella in materia di dolo, non si è potuto far a meno di rilevare che, mentre nella prima l'esigenza di conservazione del contratto risulta prevalente rispetto alla tutela della libera formazione del volere, nella seconda una maggior attenzione nei confronti delle istanze di autodeterminazione del contraente consente a quest'ultimo di potersi sempre liberare da un regolamento di interessi che non avrebbe affatto concluso senza la decozione della controparte. Va tuttavia osservato che, qualora il contegno doloso non sia idoneo a provocare l'annullabilità del contratto - e si ricada, pertanto, nell'area coperta dall'art. 1440 c.c. - la disciplina normativa appare invece ispirata ad una meno viva preoccupazione per la parte ingannata, rispetto a quella che sorregge l'impianto dell'art. 1439 comma 1 c.c. Riguardo all'art. 1440 c.c., il legislatore avrebbe infatti operato una scelta ben precisa: ritenere preminenti, rispetto all'interesse del *deceptus* alla liberazione da un vincolo non voluto a quelle condizioni, le esigenze di certezza e fluidità degli scambi, che si traducono nel già menzionato principio di conservazione del contratto. Scelta, questa, che lascerebbe alla parte vittima della condotta decipiente dell'altra la sola possibilità di ricorrere al rimedio risarcitorio.

Non pare quindi azzardato ritenere che la norma, quando si riferisce alle "condizioni diverse" che il *deceptus* avrebbe accettato in assenza dell'inganno, intenda alludere principalmente alle c.d. "clausole economiche" del regolamento d'interessi, in quanto frutto di un errore sulla congruità del valore della prestazione o di un mero errore di previsione (20). In tale prospettiva, il risarcimento del danno sarebbe chiamato ad assolvere una funzione correttiva dell'equilibrio economico risultante dal contratto, che, ex art. 1372 c.c., conserverebbe piena forza di legge tra le parti (21). Più precisamente, il risarcimento spettante alla vittima sarebbe diretto ad assi-

curare alla stessa vantaggi equivalenti a quelli del più favorevole contenuto economico-negoziiale, che essa avrebbe concordato con la controparte ove non fosse stata fuorviata dai raggiri (22).

Si comprende a questo punto la ragione che ha indotto i giudici del Supremo Collegio a ritenere che, qualora venga esperita domanda risarcitoria ex art. 1440 c.c., ogni accertamento sul carattere determinante ed essenziale dell'errore si rende superfluo: il dolo incidente, infatti, a differenza del dolo rilevante ai fini dell'annullamento del contratto, è definito strutturalmente da un raggirio che concerne le modalità accessorie del programma negoziale ed i profili economici dell'operazione. Ciò - come già si è accennato - è indiscutibilmente vero, ma solo in maniera tendenziale: il contraente fuorviato potrà infatti sempre dimostrare il proprio interesse all'annullamento del contratto, sostenendo che l'induzione in errore è stata determinante del consenso, ma dovrà farsi carico, in questo caso, di un non facile onere probatorio, proprio per la sussistenza di indici presuntivi di segno opposto (23).

Rilevanza del dolo omissivo incidente

Nel precedente paragrafo ci si è soffermati sul passaggio della motivazione della sentenza in commento, nel quale i giudici di legittimità hanno affermato che, diversamente dal caso di annullabilità per dolo determinante, nessun accertamento circa il carattere essenziale dell'errore indotto si rende necessario ove venga proposta domanda risarcitoria per dolo incidente. Quest'ultima figura di dolo, prosegue la motivazione, «attiene (...) alla formazione del contratto e la sua eventuale esistenza non incide sulla possibilità di far valere i diritti sorti dal medesimo, ma comporta soltanto che il contraente in mala fede (ossia

Note:

(continua nota 19)

tesi che l'errore indotto nel *deceptus* debba essere essenziale ex art. 1429 c.c., non solo non fornisce alcuna spiegazione della propria scelta, ma ne trae come conseguenza un'affermazione in linea con il suo costante orientamento.

(20) Al riguardo, Schiavone, voce *Dolo (raggiri) e responsabilità precontrattuale*, in *Resp. civ. e prev.*, 2008, 800 ss.

(21) Sul punto, per tutti, Mantovani, *op. cit.*, Torino, 1995, part. 16 ss., 132 ss.

(22) Così Luminoso, *La lesione dell'interesse contrattuale negativo (e dell'interesse positivo) nella responsabilità civile*, in *Contr. e impr.*, 1988, 798. Cfr. altresì C. M. Bianca, *op. cit.*, 628. Di lesione dell'interesse contrattuale negativo "formalmente autonoma" dalla *culpa in contraendo* e "funzionalmente assorbita" nella responsabilità per inadempimento del contratto concluso parla, invece, Turco, *op. cit.*, 2007, 195. Per approfondimenti, Id., *op. cit.*, Milano, 1990, 700 ss.

(23) Ancora Schiavone, *op. cit.*, 801.

che ha violato l'obbligo di buona fede di cui all'art. 1337 c.c.) è responsabile dei danni provocati dal suo comportamento illecito (...). Ebbene, secondo la prospettazione dei ricorrenti-venditori, la condotta contraria a buona fede del resistente-compratore - integrante la fattispecie del *dolus incidens* - sarebbe ravvisabile nel non aver quegli fornito un'informazione che, secondo correttezza, sarebbe stato tenuto a dare, e che avrebbe consentito al venditore, una volta entrato in possesso, di ottenere migliori condizioni di prezzo rispetto a quelle pattuite.

Le suddette considerazioni consentono di introdurre il tema della rilevanza del c.d. "dolo omissivo", ovvero della reticenza su aspetti o circostanze della vicenda negoziale, che ciascun contraente avrebbe interesse a conoscere per decidere in maniera pienamente consapevole se assumere o no il vincolo (24). A tale riguardo, ci si è chiesti se possa effettivamente integrare la fattispecie del vizio di dolo il comportamento del contraente che, pur non inducendo in errore la controparte mediante notizie false, parole o fatti, ne ingeneri, o ne corrobora, la falsa rappresentazione della realtà mediante l'omissione di informazioni rilevanti.

Nella direzione del pieno riconoscimento della reticenza si è mosso il legislatore della novella apportata al Codice del consumo nel 2007, il quale - oltre a prevedere specifici obblighi informativi a carico del professionista - all'art. 22 comma 1, ha configurato un vero e proprio dovere generale di informazione, precisando che sono in ogni caso dovute tutte «le informazioni rilevanti di cui il consumatore medio ha bisogno», nei diversi contesti, per assumere una decisione consapevole, e la cui omissione sia idonea ad indurlo «ad una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso» (25).

È noto invece come la prevalente giurisprudenza - in piena sintonia con quanto sostenuto dalla dottrina tradizionale (26) - ritenga insufficiente che la tenuta di una condotta puramente omissiva da parte di uno dei contraenti possa dar luogo, di per sé, all'annullamento del contratto. Si precisa infatti che, qualora il dolo consista in un'omissione, occorre che ad essa si accompagni tutta una condotta in cui si manifestino le malizie e le astuzie volte a realizzare l'inganno (27). Aderenti ad un orientamento ancor più restrittivo appaiono, invece, quelle pronunce, che vedono nella reticenza una possibile causa di annullamento del contratto *sub specie doli* soltanto nelle ipotesi in cui sussista un obbligo di informazione, derivante dalla legge in via immediata (ed è questo il caso del contratto di assicurazione, *ex art. 1892 c.c.*), ovvero mediata (come, ad esempio, nell'ipotesi della transa-

zione, *arg. ex art. 1971 c.c.*) (28). Occorre peraltro osservare che, già da alcuni anni, anche la giurisprudenza sta iniziando ad ammettere che: «il dolo quale vizio di annullamento del contratto non deve necessariamente consistere nell'inganno posso in essere con una condotta positiva di raggirio e/o mediante la comunicazione di notizie false ma può anche ravvisarsi quando siano state taciute da uno dei contraenti all'altro, in violazione del principio di buona fede, fatti o circostanze decisivi (c.d. dolo omissivo o *per silentium*) che, se conosciute, l'altra parte non avrebbe prestato il proprio consenso di talché la volontà contrattuale in concreto espressa dal *deceptus* può considerarsi viziata nel suo meccanismo formativo dall'aver confidato in una realtà che, pur avendo determinato la prestazione del consenso, si sia poi rivelata falsa allorché quella vera sia stata deliberatamente taciuta dal *decipiens*» (29).

Note:

(24) In particolare, Visintini, *La reticenza nella formazione dei contratti*, Padova, 1972, 1 ss., 91 ss., 251, ss.; Mantovani, *op. cit.*, Torino, 1995, 227 ss.; Sacco, *op. cit.*, 2004.

(25) Sul punto, senza alcuna pretesa di completezza, si rinvia a Granelli, *Le pratiche commerciali scorrette tra imprese e consumatori: l'attuazione della direttiva 2005/29/CE modifica il codice del consumo*, in *Obbl. contr.*, 2007, 781 ss.; Calvo, *Le pratiche commerciali sleali ingannevoli*, in Bargelli-Calvo-Ciatti-De Cristofaro-Di Nella-Di Raimo, in *Le pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori*, Torino, 2007, 177 ss.

(26) In tal senso, Stolfi, *Teoria del negozio giuridico*, Padova, 1947, 148 ss.; Trabucchi, *op. cit.*, 153; Pietrobon, *L'errore nella dottrina del negozio giuridico*, Padova, 1963, 104 ss.; Funaioli, *op. cit.*, 746; Santoro Passarelli, *op. cit.*, Napoli, 169. Per il possibile rilievo della reticenza *sub specie doli*, invece, Betti, *op. cit.*, 459.

(27) *Ex multis*, Cass., 24 giugno 2006, n. 9253, in *Riv. not.*, 2007, 393, con nota di Casu; Cass., 12 febbraio 2003, n. 2104, in *Not. giur. lav.*, 2003, 417; Cass., 11 ottobre 1994, n. 8295, in *Corr. giur.*, 1995, 47 ed in *Foro it.*, 1995, I, 1903, con nota di Bellantuo; Cass., 18 ottobre 1991, n. 11038, in *Dir. fall.*, 1992, II, 472; Cass., 12 dicembre 1983, n. 7472, in *Mass. Giur. it.*, 1983, 11.

(28) Cass., 29 aprile 1997, n. 3728, in *Mass. Giur. it.*, 1997; Cass., 4 luglio 1981, n. 4383, in *Giust. civ.*, 1981, I, 2515; Cass., 18 gennaio 1979, n. 348, in *Resp. civ. e prev.*, 1979, 740. In dottrina, si veda in particolare Stolfi, *op. cit.*, 153, secondo il quale il c.d. "dolo negativo" rileva, al di fuori di un complessivo disegno ingannatorio, soltanto ove concreti la violazione di un obbligo specifico di parlare imposto dalla legge. «L'obbligo deve essere specifico» - si dice - e «può derivare dalla legge o dalla natura del contratto, perché un obbligo generico di dire il vero non esiste da noi: d'altronde, se vi fosse, esso non provocherebbe mai l'annullabilità dell'atto, ma darebbe origine soltanto al ristoro dei danni *ex art. 2043 c.c.*». In senso difforme da quest'ultimo autore (ma sempre sul versante della dottrina che, ai fini dell'annullabilità, nega rilievo alla reticenza dolosa), Pietrobon, *op. cit.*, Padova, 1963, 104, il quale ritiene che il dolo omissivo possa rilevare ai fini risarcitori.

(29) Cass., 7 agosto 2002, n. 11896, in *Mass. Giust. civ.*, 2002, 1499. In senso conforme, si veda la recentissima Cass., 2 febbraio 2012, n. 1480, in questa *Rivista*, 2012, 679, con nota di Paulicelli. Cfr. altresì Trib. Pinerolo, 14 ottobre 2005, in *Giur. it.*, 2006, 525.

Sul versante della dottrina più recente, il sempre maggior interesse che si è riposto nel dolo omissivo va indubbiamente collegato alla valorizzazione del ruolo della buona fede precontrattuale *ex art. 1337 c.c.*, nella quale taluni autori hanno individuato - com'è noto - la fonte di una serie di obblighi reciproci a carico delle parti in trattativa, primo tra tutti il c.d. "dovere di informazione". In questa prospettiva, si è ravvisata nella reticenza una condotta idonea ad assumere rilievo sul piano dell'annullabilità del contratto, quale violazione di un dovere di informazione che, a sua volta, troverebbe fondamento nella norma sulla buona fede precontrattuale, e che richiederebbe l'accertamento in concreto della sussistenza di un nesso eziologico tra il contegno omissivo e l'altrui induzione in errore (30). Questa ricostruzione suscita invero molti interrogativi, soprattutto ove si consideri la discutibilità del richiamo all'art. 1337 c.c. per giustificare l'elevazione della reticenza dolosa al rango di causa di invalidità del contratto. Volendo infatti per il momento tacere ogni considerazione in merito alla impossibilità di scorgere nella buona fede la fonte di una serie di obblighi dal contenuto più o meno ampio - tra i quali ricomprendere anche quello (assai generico) di informazione (31) - occorre precisare che, per rendere rilevante la reticenza sotto il profilo dell'annullabilità, non basta l'idoneità del contegno negativo ad indurre (o a mantenere) il contraente in errore, ma è altresì necessario che tale contegno assuma i connotati tipici del *dolus causam dans*. In caso contrario, si rischierebbe di minare alla base la distinzione e la reciproca indipendenza tra l'area della validità e quella della responsabilità, in netto contrasto con quanto ormai sostenuto dalla dottrina e dalla giurisprudenza dominanti. In conclusione, pare corretto affermare che, qualora la reticenza dell'un contraente abbia in concreto determinato l'altro a contrattare, quest'ultimo potrà esperire domanda di annullamento ai sensi dell'art. 1439 c.c. (32) e, ove abbia confidato senza sua colpa nella validità del contratto, potrà altresì chiedere il risarcimento del danno *ex art. 1338 c.c.* (33).

Ammessa l'idoneità del dolo omissivo ad integrare i requisiti di cui all'art. 1439 c.c., interessa a questo punto soffermarsi sulla fattispecie presa in esame dalla decisione in commento, la quale - come già ampiamente detto - si colloca al di sotto dall'area coperta dal *dolus causam dans*.

I venditori, infatti, assumono che l'omissione di un'informazione rilevante da parte dell'acquirente li ha indotti a concludere il contratto a condizioni di-

verse - e, s'intende, più svantaggiose - da quelle che avrebbero potuto ottenere, ove il quadro della situazione negoziale fosse stato loro compiutamente delineato. In questo senso - afferma la Corte - potrebbe configurarsi astrattamente «la violazione di una regola di comportamento», ravvisabile «nell'obbligo di dare una particolare informazione», violazione che, «in quanto consapevolmente commessa per ottenere migliori condizioni di prezzo», darebbe luogo ad un'ipotesi di dolo incidente omissivo.

La questione specifica suscita un interrogativo molto più generale. Ci si chiede, cioè, dove vada tracciato il confine che separi i casi in cui l'omissione di informazioni rilevanti risulta idonea ad integrare la fattispecie dell'art. 1440 c.c., da quelli in cui, viceversa, il contegno astrattamente reticente di uno dei contraenti appare decisamente più pallido, perdendo rilievo finanche sul piano risarcitorio. Si detto infatti giustamente che non può essere disconosciuto al contraente il diritto di occultare fatti che concernono esclusivamente la propria sfera, come l'uso che farà dell'oggetto acquistato, nonché l'utile che ricaverà dall'affare, giacché di tali reticenze si alimenta il commercio: essere tenuti a comunicare circostanze del genere alla controparte equivarrebbe a precludersi la conclusione dell'affare (34).

Pacifico è che il criterio in virtù del quale tracciare la soglia di cui si è detto risiede nella buona fede oggettiva, principio «immanente all'intero sistema giuridico, in quanto riconducibile al dovere di solidarietà fondato sull'art. 2 Cost» (35).

Diverse, tuttavia, sono le applicazioni che la dottrina ha fatto in concreto di tale criterio. In modo assai approssimativo, si è affermata la sussistenza di un «dovere di comunicazione» limitato «alle circostanze che riguardano il soddisfacimento degli interessi che una parte può ragionevolmente pretendere di

Note:

(30) Visintini, *op cit.*, 97 ss.

(31) Cfr. Natoli, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da Cicu-Messineo, XVI, 1, Milano, 1974, 12 ss., 49 ss; Bigliazzi Geri, voce *Buona fede nel diritto civile*, in *Dig. disc. priv. (sez. civ.)*, IV, Torino, 1988, 169 ss; *Id.*, *Note in margine alla rilevanza dell'art. 1337*, in *Scritti in memoria di Domenico Barillaro*, Milano, 1982, 134 ss.

(32) Sul punto, per tutti, Mantovani, *op. cit.*, Torino, 1995, 234.

(33) In tal caso, infatti, si configurerebbe una violazione del dovere di comunicare alla controparte una causa di invalidità di cui l'altra fosse a conoscenza.

(34) Galgano, *op. cit.*, 335. Cfr. anche Sacco, *Il dolo*, nel *Trattato di diritto privato*, diretto da Rescigno, X, 2, 1982, 162.

(35) In questi precisi termini, Cass. 29 settembre 2005, n. 19024, cit. In dottrina, cfr. Natoli, *op. cit.*, 1 ss.; Rodotà, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969.

realizzare mediante l'atto negoziale» (36). A tale proposito, si è giustamente osservato che proprio la genericità del richiamo al principio di ragionevolezza appare utile al fine di compiere una prima delimitazione dell'ambito delle informazioni rilevanti; cosicché dovrebbero ritenersi meritevoli di comunicazione non solo i dati afferenti all'oggetto (in senso lato) del contratto (37), ma anche le circostanze sulle quali, in relazione alla natura del contratto e alla qualità delle parti, ciascuna di esse si attenda ragionevolmente di essere informata (38). Non dovrebbe invece risultare scorretta la mancata rivelazione dei motivi e degli scopi che possono aver indotto un soggetto ad avviare e condurre una trattativa, a meno che - si precisa - «essi non costituiscono la ragione esclusiva o principale che muove la parte a ricercare l'accordo e manifestino in modo palese questa loro natura, o siano stati rivelati alla controparte come tali» (39). Un altro utile criterio di selezione delle informazioni è quello ascrivibile alla distinzione tra circostanze "negative" e circostanze "positive": con le prime, intendendosi quelle che attengono a vizi o difetti del bene oggetto di scambio e che dovrebbero, pertanto, costituire oggetto di comunicazione; con le seconde, invece, quelle che riguardano proprietà nascoste del bene o, più in generale, elementi che comportino un suo notevole apprezzamento in termini di valore o di utilità, circostanze, queste ultime, che potrebbero, invece, legittimamente omettersi.

Alla luce delle considerazioni appena svolte, si comprendono le ragioni che ha indotto i giudici di legittimità a respingere il ricorso dei venditori. La Corte perviene infatti alla conclusione che, nel caso di specie, non può dirsi in concreto violata la regola che impone alle parti contrattuali «il dovere di trattare in modo leale, astenendosi da comportamenti maliziosi o anche solo reticenti e fornendo alla controparte ogni dato rilevante (...) ai fini della stipulazione del contratto». Non v'è alcun dubbio - si precisa - che il contraente non abbia «diritto di occultare i fatti, la cui conoscenza è indispensabile alla controparte per una formazione della propria volontà contrattuale» (40), ma ciò non implica che «l'obbligo informativo possa essere esteso fino al punto di imporre ad una parte di manifestare i motivi (...) per i quali stipula il contratto, così da consentire all'altra parte di trarre vantaggio non dall'oggetto della trattativa, ma dalle altrui motivazioni e dalle altrui risorse». Senza considerare, inoltre, che il progetto imprenditoriale dell'acquirente è potuto andare a buon fine solo grazie al fatto che questi era già proprietario di un immobile limitrofo con una

edificabilità suscettibile di essere trasferita sul terreno compravenduto, il quale - all'atto del rogito notarile - non possedeva affatto una diversa qualificazione giuridica e un differente valore economico rispetto a quello pattuito. Infine, si è giustamente evidenziato che l'accoglimento della pretesa dei venditori, comportando la condanna degli acquirenti al pagamento della differenza tra il corrispettivo pattuito ed il valore del suolo reso edificabile, avrebbe addirittura impoverito l'acquirente, giacché il trasferimento della potenzialità edificatoria sull'immobile oggetto del contratto ha comportato l'estinzione dello *jus aedificandi* sui terreni di cui egli era già proprietario.

Alcune brevi considerazioni sulla natura della responsabilità precontrattuale

Leggendo la sentenza in commento, si incontra assai frequentemente l'asserzione secondo la quale, durante la fase delle trattative e nella formazione del contratto, le parti risultano vincolate al rispetto di un generale obbligo di informazione, che trova fondamento nell'art. 1337 c.c., e la cui violazione, qualora abbia contribuito a determinare un assetto negoziale pregiudizievole per gli interessi di uno dei contraenti, potrà costituire fonte di responsabilità. Orbene, da quanto appena detto parrebbe emergere una chiara presa di posizione da parte dei giudici di legittimità in favore della natura contrattuale della responsabilità *in contrahendo* (41). Quando si affer-

Note:

(36) Benatti, *Culpa in contrahendo*, in *Contr. e impr.*, 1987, 295 ss.

(37) Cfr. Grisi, *L'obbligo precontrattuale di informazione*, Napoli, 1990, 93 ss.

(38) Mantovani, *op. cit.*, Torino, 1995, 241 ss. (per ulteriori riferimenti bibliografici si veda, in particolar modo, la nota 165 di pag. 242).

(39) Ancora Grisi, *op. cit.*, 98.

(40) Cfr. Cass., 5 febbraio 2007, n. 4729, in *Foro it.*, *Rep.*, 2007, voce *Contratto in genere*, n. 533.

(41) Per la qualificazione della *culpa in contrahendo* in termini di responsabilità contrattuale, *ex multis*, Stolfi, nota a Cass., 12 gennaio 1954, n. 22, in *Foro it.*, 1954, I, 1108 ss; Mengoni, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, in *Riv. dir. comm.*, 1956, 360 ss; Benatti, *La responsabilità precontrattuale*, Milano, 1963, 126 ss.; Id., *op. cit.*, 1987, 287; R. Scognamiglio, *Dei contratti in generale (artt. 1321-1352 c.c.)*, in *Commentario al Codice civile*, diretto da Scialoja-Branca, Bologna-Roma, 1970, 215; Visintini, *op. cit.*, 1974, 68 ss.; Turco, *op. cit.*, 1990, 723 ss; Mantovani, *op. cit.*, 1995, 152 ss; Castronovo, *Responsabilità aquiliana e responsabilità contrattuale*, in *La nuova responsabilità civile*, Milano, 1997, 191 ss.; Id., *La responsabilità precontrattuale*, in Castronovo-Mazzamuto, *Manuale di diritto privato europeo*, 2007, 334 ss; C. Scognamiglio, *Regole di validità e regole di comportamento. I principi ed i rimedi*, in *Eur. dir. priv.*, 2008, 631 (segue)

ma, infatti, che «il contraente in mala fede (ossia che ha violato l'obbligo di buona fede di cui all'art. 1337 c.c.) è responsabile dei danni provocati dal suo comportamento illecito (...)», il pensiero corre subito alle note parole di Luigi Mengoni, a giudizio del quale se «una norma giuridica assoggetta lo svolgimento di una relazione sociale all'imperativo della buona fede, ciò è indice sicuro che questa relazione si è trasformata, sul piano giuridico, in un rapporto obbligatorio, il cui contenuto si tratta appunto di specificare alla stregua di una valutazione di buona fede» (42). In questa prospettiva, la fase precontrattuale andrebbe ricostruita nei termini di un rapporto obbligatorio *ex lege* senza obbligo primario di prestazione, il quale, in quanto «generato dalla buona fede, in corrispondenza dell'affidamento, è funzionale alla tutela della sfera giuridica altrui, sia sotto il profilo della correttezza dell'affare, sia con riguardo agli altri interessi delle parti che in relazione alla trattativa possono risultare lesi» (43).

Altrettanto note sono le critiche mosse alla suddetta ricostruzione da parte di autorevole dottrina, secondo la quale sarebbe illegittimo «estrapolare dall'obbligazione il cuore della prestazione, privando l'art. 1218 c.c., che parla di *inesatta esecuzione della prestazione*, di una sua parte essenziale». Operando in questi termini, infatti, non solo si sconfesserebbe «il *proprium* dell'obbligazione, ma anche il *proprium* della responsabilità contrattuale, ovvero sia la capacità di una condotta *non iure* ad essere *in re ipsa* anche lesiva di un interesse: la condotta contraria a doveri di correttezza, viceversa, non lede di per sé alcun interesse se non, tautologicamente, quello ad una condotta conforme alla buona fede oggettiva. Ammettendo, del resto, che un tale puro interesse alla correttezza andasse difeso, si dovrebbe affermare» - ad esempio - «una responsabilità anche per l'aspirante acquirente al quale il promittente venditore abbia detto una piccola falsità, o rispetto al quale abbia commesso altra scorrettezza senza comunque ledere il suo affidamento (...)» (44). Appare pertanto più convincente una ricostruzione della responsabilità *in contrahendo* come sottotipo della responsabilità aquiliana (45), che individui il requisito del *contra ius* nella lesione di un interesse giuridicamente rilevante, consistente nell'affidamento nella conclusione del contratto, ovvero nella lesione dell'affidamento nella conclusione di un contratto non invalido o non viziato, ed il requisito del *non iure* nella contrarietà a buona fede dell'esercizio della libertà contrattuale, oppure dalla violazione del dovere di avviso o di uno dei molteplici doveri di informazione che limitano la suddetta libertà (46).

Note:

(continua nota 41)

ss. Sul versante giurisprudenziale, una chiara presa di posizione a favore della natura contrattuale della responsabilità *de quo* si rinviene in Cass., 20 dicembre 2011, n. 27648, in questa *Rivista*, 2011, 235, con nota di Della Negra, ove si afferma *expressis verbis* che, in tema di responsabilità precontrattuale, «la parte che agisca in giudizio per il risarcimento del danno subito ha l'onere di allegare, ed occorrendo provare, oltre al danno, l'avvenuta lesione della sua buona fede, ma non anche l'elemento soggettivo dell'autore dell'illecito, versandosi - come nel caso di responsabilità da contatto sociale, di cui costituisce una figura normativamente qualificata - in una delle ipotesi previste dall'art. 1173 c.c.». Per la giurisprudenza di merito, cfr. Trib. Genova, 22 marzo 2007, in *Plurisonline*.

(42) Mengoni, *op. cit.*, 1956, 364.

(43) Castronovo, *op. cit.*, 191-192.

(44) Navarretta, *L'ingiustizia del danno e i problemi di confine*, in Carusi-Di Majo-Micarelli-Navarretta-Poletti-Ruffolo, *Attuazione e tutela dei diritti. La responsabilità e il danno*, IV, 3, in *Diritto civile*, diretto da Lipari-Rescigno, Milano, 2009, 239.

(45) In tal senso, si vedano Fragali, *Dell'annullabilità del contratto*, nel *Commentario al Codice civile*, diretto da D'Amelio-Finzi, I, Firenze, 1948, 369; Barassi, *Teoria generale delle obbligazioni*, I, Milano, 1948; Osti, voce *Contratto*, nel *Noviss. Dig. it.*, IV, Torino, 1959, 514; Mirabelli, *op. cit.*, 96 ss, 114 ss; Carresi, *op. cit.*, 734 ss.; C. M. Bianca, *loc. cit.* (sia pure con talune oscillazioni); Sacco, *op. cit.*, 260 ss. Decisamente schierata (almeno fino ad ora) nell'accogliere la tesi della natura extracontrattuale della responsabilità *in contrahendo*, appare la giurisprudenza: *ex plurimis*, Cass., 23 aprile 1947, n. 608, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1947, III, 430; Cass., 12 gennaio 1954, n. 22, in *Foro it.*, 1954, I, 1108 ss, con nota di Stolfi; Cass., 23 giugno 1964, n. 1650, in *Mass. Giur. it.*, 1964; Cass., 28 gennaio 1972, n. 199, in *Foro it.*, 1972, I, 2088, con nota di Grossi; Cass., Sez. Un., 6 marzo 1976, n. 749, in *Giust. civ.*, 1976, I, 1761; Cass., 19 aprile 1983, n. 2705, in *Mass. Giur. it.*, 1983; Cass., 11 maggio 1990, n. 4051, in *Foro it.*, 1991, I, 184 ss.; Cass., 24 settembre 1999, n. 4299, in *Corr. giur.*, 1999, 1501, con nota di Ceccherini; Cass., 7 maggio 2004, n. 8723, in *Mass. Giur. it.*, 2004. Del medesimo avviso pare essere anche CGCE, 17 dicembre 2002, causa C-334/00, in *Riv. dir. internaz.*, 2003, 808 ss., nella quale la sussunzione entro l'area dei "delitti o quasi-delitti" risulta funzionale all'individuazione del giudice competente a conoscere della relativa controversia, indicato in quello del luogo in cui si è verificato l'evento dannoso.

(46) Navarretta, *op. cit.*, 258 ss.

Intermediazione finanziaria

Contratti derivati e collegamento negoziale

TRIBUNALE DI MILANO, 23 marzo 2012, n. 3513 - Pres. Cosentini - Rel. Ferrari - Dilaplast S.p.a. c. Unicredit Corporate Banking S.p.a.

L'intermediario finanziario, in forza degli obblighi contrattuali generali discendenti dall'art. 21 T.U.F., deve proporre strumenti finanziari rispondenti alle esigenze del cliente. Tali obblighi trovano piena applicazione anche nei confronti della clientela riconducibile al novero degli operatori qualificati di cui all'art. 31 Reg. Consob. Sussiste collegamento negoziale tra i contratti derivati stipulati dalle parti, di cui l'uno costituisca rinegoziazione del precedente, con la conseguenza che l'inadempimento relativo ad un contratto derivato assume rilievo con riferimento all'intero rapporto.

ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI

Conforme	Trib. Milano 19 aprile 2011, in questa <i>Rivista</i> , 2011, 761; App. Trento 5 marzo 2009, in <i>Giur. mer.</i> , 2009, 1512
Difforme	Non sono stati rinvenuti precedenti in termini.

Svolgimento del processo

Con atto di citazione ritualmente notificato Dilaplast s.p.a., conveniva in giudizio Unicredit Corporate Banking S.p.a., al fine di ottenerne la condanna al risarcimento dei danni conseguenti alla stipula di tre contratti in derivati.

L'attrice in particolare esponeva:

- che il 18 luglio 2000 stipulava con la convenuta un contratto denominato Z.E.T.A. Swap della durata di tre anni e riferito a un nozionale di euro 2.528.284,50;
- che detto contratto era stato presentato dai funzionari della banca come strutturato al fine di consentire all'attrice di cautelarsi a fronte del rischio di oscillazione dei tassi di interesse in relazione all'esposizione debitoria di Dilaplast nei confronti del sistema bancario;
- che tre giorni dopo la stipula di tale contratto il legale rappresentante dell'attrice, dietro le pressioni da parte dei funzionari di banca, sottoscriveva una dichiarazione autoreferenziale, qualificando la Dilaplast quale operatore qualificato ex art. 31 Reg. CONSOB;
- che il contratto concluso sin da subito dava luogo a ingenti perdite per l'attrice, tanto che proponeva a Dilaplast di risolvere anticipatamente il negozio e di rimodellarlo mediante la stipula il 30 ottobre 2001 di un nuovo contratto denominato Atlantic CMS Swap;
- che tale secondo contratto presentava parametri finanziari modificati rispetto al primo, nonché una scadenza posticipata all'1 novembre 2006;
- che anche in tale occasione la convenuta precisava come il secondo contratto avrebbe avuto la medesima funzione del primo, ma strutturato su parametri più favore-

voli per la cliente, al fine di recuperare le perdite già determinatesi per effetto dello Z.E.T.A. Swap;

- che Dilaplast, in occasione della stipula di tale secondo contratto, si rifiutava di sottoscrivere una nuova dichiarazione autoreferenziale ex art. 31 Reg. CONSOB;
- che, tuttavia, anche il nuovo contratto produceva oneri finanziari sfavorevoli a carico dell'attrice, tanto che il 28 febbraio 2003 Dilaplast accettava di rinegoziare il proprio rapporto, stipulando un terzo contratto, denominato Extra 2 Swap;
- che anche con tale terzo contratto venivano variati i parametri finanziari di riferimento e, in particolare, prolungata la scadenza sino al 3 marzo 2008 e aumentato il nozionale di riferimento sino a quattro milioni di euro;
- che con tale ultimo contratto, inoltre, veniva prevista apposita clausola di liquidazione del rapporto alla sua scadenza, con quantificazione degli importi dovuti tramite il richiamo a una formula matematica estremamente complessa;
- che anche in occasione della stipula di tale ultimo contratto Dilaplast non rilasciava nuova dichiarazione di operatore qualificato;
- che, a differenza di quanto prospettato dalla convenuta, tutti e tre i contratti conclusi difettevano della finalità conservativa prospettata e, soprattutto, non erano giustificabili e ricollegabili alla situazione debitoria di Dilaplast al momento della loro stipula;
- che, infatti, l'attrice aveva essenzialmente rapporti debitori con le banche tutti a breve termine e a tassi fissi e/o concordati di volta in volta con la controparte;
- che, pertanto, tali esposizioni debitorie, destinate per

loro stessa natura a variare notevolmente con il tempo e comunque regolamentate in forza di condizioni economiche differenti, di volta in volta concordate, per definizione non davano luogo a un rischio uniforme di variazione dei tassi di interesse, suscettibile di essere eliminato o attenuato mediante la stipula di contratti derivati del tipo di quelli sottoposti da Unicredit;

– che, infatti, i parametri finanziari previsti in tali contratti, fissati per tutta la durata del rapporto, non erano in alcun modo agganciabili a condizioni di finanziamenti a breve termine fra loro estremamente diversificate, mutevoli nell'arco di pochi mesi e soggette a sempre nuove contrattazioni e possibilità di recesso;

– che per quanto riguardava, invece, i debiti a lungo termine, Dilaplast aveva contratto nel 1995 un mutuo per un miliardo e duecento milioni di lire, nel 1996 un altro mutuo di tre miliardi di lire e nel 2000 un terzo mutuo di quattro miliardi di lire;

– che i primi due mutui avevano una durata rispettivamente sino al 31 dicembre 2002 e al 5 novembre 2001, per cui le scadenze creino del tutto incompatibili con il primo contratto ZETA Swap stipulato nel luglio 2000 e destinato ad operare sino al 17 luglio 2003;

– che, infatti, alla data di stipula di tale contratto il capitale dei due mutui era stato già in massima parte restituito, a fronte di un nozionale nettamente superiore al debito residuo e, oltretutto, determinalo in misura fissa sino alla scadenza (cd. nozionale *bullet*);

– che gli altri due contratti di swap, addirittura, coincidevano o erano successivi alla scadenza dei primi due contratti di mutuo;

– che, inoltre, il primo mutuo era strutturato sulla base di un tasso di interesse fisso, mentre il secondo mutuo aveva un tasso di interesse variabile, ma a condizioni completamente sganciate da quelle prese come riferimento con i contratti di swap;

– che il terzo mutuo, ottenuto dopo la stipula dello ZETA Swap, aveva decorrenza e scadenza finale del tutto incompatibili con i successivi contratti di swap, tanto che il terzo contratto derivato era destinato a operare per due anni oltre l'estinzione del prestito, comportando che per tale periodo l'attrice sarebbe rimasta esposta al rischio finanziario generato dallo swap, nonostante non fosse più tenuta a corrispondere interessi passivi in relazione al rapporto sottostante;

– che tali circostanze evidenziavano come i tre contratti di swap stipulati non avessero la dichiarata finizione di copertura, ma fossero di natura speculativa, rispondendo all'interesse esclusivo della stessa Unicredit e non della cliente;

– che i tre contratti in esame avevano alla loro scadenza comportato una perdita complessiva per l'attrice di euro 739.035,62, di cui circa la metà era stata determinata per effetto della clausola di liquidazione del terzo contratto;

– che aveva agito in violazione del disposto di cui all'art. 21 T.U.F., che impone all'intermediario finanziario di operare con diligenza, correttezza e trasparenza nell'interesse dei clienti e, quindi, sottoponendo a costoro contratti che fossero confacenti con le loro esigenze;

– che tale disposizione trovava applicazione generale, anche in relazione ai clienti operatori qualificati;

– che, in ogni caso, la dichiarazione autoreferenziale ex art. 31 Reg. CONSOB non era comunque efficace e idonea ad escludere la disciplina dettata a tutela degli investitori non professionali, considerato come la stessa fosse stata rilasciata in assenza dei presupposti sostanziali di esperienza e conoscenza dei mercati finanziari e dei contratti in derivati, circostanza perfettamente nota a Unicredit.

– che, pertanto, Unicredit si era resa responsabile della violazione anche delle disposizioni regolamentari, la cui applicabilità sarebbe stata teoricamente escisa nei confronti degli operatori qualificati;

– che, quindi, Unicredit non aveva ottemperato agli obblighi informativi imposti dall'art. 28 Reg. CONSOB, sia in occasione della stipula dei contratti, sia con riferimento alla loro chiusura e rinegoziazione;

– che, inoltre, la convenuta aveva violato l'art. 29 Reg. CONSOB, sottoponendo all'attrice operazioni finanziarie evidentemente non adeguate al cliente;

– che gli inadempimenti della convenuta avevano cagionato un danno, pari alle perdite patite per effetto dei tre swaps conclusi;

– che, in subordine, tali somme dovevano comunque essere restituite, costituendo un indebito conseguente alla nullità dei tre contratti per violazione di norme imperative poste a tutela dei risparmiatori.

Si costituiva ritualmente in giudizio Unicredit Corporate Banking s.p.a., contestando quanto *ex adverso* dedotto e, in particolare, rilevando come i contratti conclusi fossero compatibili con l'esposizione debitoria complessiva effettiva ente esistente in capo all'attrice, così come documentata dalle segnalazioni in Centrale Rischio; che tutta l'informativa era stata regolarmente fornita; che l'attrice aveva dichiarato di essere operatore qualificato non solo tre giorni dopo la stipula del primo swap, ma già anche in occasione della stipula del contratto quadro.

Successivamente allo scambio di memorie di replica, presentata l'istanza di fissazione dell'udienza, il Tribunale disponeva consulenza tecnica di ufficio diretta ad accertare la natura dei contratti oggetto di causa e la loro compatibilità con la reale esposizione debitoria dell'attrice.

All'esito, la causa era rinviata all'odierna udienza e decisa dal Tribunale in composizione collegiale.

Motivi della decisione

La domanda attorica e fondata e, pertanto, merita di trovare accoglimento.

Parte attrice, infatti, oltre a contestare l'efficacia e la validità della dichiarazione autoreferenziale di operatore qualificato ex art. 31 Reg. CONSOB, ha comunque essenzialmente imputato a Unicredit di non avere improntato la propria condotta contrattuale agli obblighi imposti all'intermediario finanziario dall'art. 21 TUF, norma destinata a trovare piena applicazione anche nei confronti della clientela riconducibile al novero degli operatori qualificati, non essendone esclusa l'operatività dal citato art. 31 Reg. CONSOB.

In particolare Dilaplast ha lamentato come, in occasione della stipula di tutti e tre i contratti di swap, la banca fosse venuta meno ai propri obblighi di operare secondo le esigenze e gli interessi specifici del cliente.

L'art. 21 TUF, infatti, dispone che nella prestazione dei servizi e delle attività di investimento e accessori i soggetti abilitati debbano comportarsi con diligenza, correttezza e trasparenza, per servire al meglio l'interesse dei clienti e per l'integrità dei mercati; l'interesse del cliente, quindi, deve sempre essere posto quale punto di riferimento dell'attività professionale espletata dall'intermediario finanziario, mentre nel caso di specie Unicredit, sin dall'inizio del rapporto, ossia già in occasione della stipula del primo contratto di swap, avrebbe proposto scientemente a Dilaplast un prodotto incongruente con le conosciute esigenze dell'attrice e, quindi, strutturalmente inidoneo a soddisfare le necessità alla quali, almeno teoricamente, il contratto sarebbe stato ricollegato.

Tale condotta, contrastante con quanto imposto dall'art. 21 TUF, come si è detto applicabile anche là dove l'attrice fosse inquadrata quale operatore qualificato, avrebbe a detta di Dilaplast concretato un inadempimento grave di Unicredit, tale da giustificare la condanna al risarcimento dei danni che ne sono discesi in capo alla cliente. Le contestazioni attoree hanno trovato adeguato riscontro nelle risultanze istruttorie acquisite nel corso del giudizio.

In proposito, infatti, è bene sin da subito rilevare - come fra le parti fosse sostanzialmente pacifico l'obiettivo perseguito da Dilaplast con i contratti di swap proposti da Unicredit, ossia approntare una copertura dai rischi connessi alle oscillazioni dei tassi di interesse, a fronte dell'esposizione debitoria della società.

Tale obiettivo di copertura, infatti, non solo non è stato oggetto di specifica contestazione da parte della convenuta, ma è stato riconosciuto espressamente in udienza dal procuratore speciale di Unicredit, ossia il dott. C., il quale descrivendo la natura dei contratti sottoposti a Dilaplast, ha precisato come il primo di essi rispondesse a una funzione di pura copertura all'interno di barriere predeterminate, in modo da assicurare una protezione molto elevata a fronte del rischio di innalzamento dei tassi di interesse; tale contratto era stato calibrato tenendo conto dei rischi corsi da Dilaplast in relazione al variare dei tassi di interesse, prendendo come punti di riferimento sia i mutui in corso, sia la situazione complessiva degli affidamenti a tasso variabile che la cliente aveva sui conti correnti.

In seguito ai risultati fortemente penalizzanti per l'attrice provocati da tale primo contratto, essendosi delineato dopo i fatti dell'11 settembre 2001 un andamento al ribasso dei tassi di interesse, Unicredit proponeva un IRS con cui la cliente pagava un tasso fisso e, viceversa, incassava un tasso variabile legato all'Euribor, a condizione che il Libor non raggiungesse predeterminati livelli.

Il dott. C. precisava come anche tale secondo contratto avesse una funzione di copertura pura.

Diversa era, invece, la natura del terzo contratto, l'Extra 2 Swap, in quanto lo stesso presentava caratteristiche mi-

ste, affiancando profili di mera copertura con la previsione di una clausola di liquidazione finale del rapporto con un moltiplicatore per 10, per cui il flusso di cassa alla scadenza, positivo o negativo che fosse per Dilaplast, sarebbe stato moltiplicato per 10, per effetto della leva pattuita; tale clausola finale, peraltro inequivocabilmente espressa nel contratto, aveva una connotazione tipicamente speculativa, non trovando giustificazione in una prospettiva di mera copertura e sul punto il dott. C. dichiarava di non conoscere le ragioni che avessero spinto l'attrice a rinegoziare il secondo swap conservativo con quello da ultimo descritto.

In realtà anche in tale caso deve registrarsi come nel corso del giudizio sia risultata pacifica fra le parti la ragione che aveva portato a rinegoziare il secondo contratto con la stipula dell'Extra 2 Swap, ossia cercare con la clausola finale di liquidazione di recuperare le perdite sino ad allora provocate dai primi due contratti: la clausola finale speculativa, quindi, si era risolta in una sorta di scommessa accettata da Dilaplast nel tentativo di rientrare dalle perdite dei primi due contratti.

Se, pertanto, deve riconoscersi come dato assodato la funzione di copertura pura dei contratti oggetto di causa, quanto meno in relazione ai primi due swaps, ritiene il Tribunale che vadano condivise le censure mosse dall'attrice in ordine all'intrinseca inadeguatezza tipologica degli strumenti finanziari offerti da Unicredit a fronte degli interessi di Dilaplast, così come perfettamente noti alla banca e da questa apertamente riconosciuti.

È, al riguardo, opportuno precisare che l'inadeguatezza di cui si sta parlando ben differisca dalla valutazione prettamente soggettiva di adeguatezza dell'investimento o dell'operazione alla quale fa riferimento l'art. 29 del Reg. CONSOB, considerato come tale ultima disposizione, peraltro suscettibile di trovare applicazione solo nei confronti degli investitori non qualificati, preveda che gli intermediari debbano astenersi dall'effettuare operazioni non adeguate al profilo di rischio del cliente, a meno che questi, debitamente avvisato, non confermi per iscritto la volontà a che l'operazione finanziaria sia comunque perfezionata.

Nel caso in esame, viceversa, non si pone un problema di valutare se i contratti di swaps sottoscritti fossero compatibili con il profilo di rischio di Dilaplast e se, quindi, Unicredit prima di proporli avrebbe dovuto avvisare la cliente di tale inadeguatezza e ottenere una conferma consapevole dell'ordine da parte dell'attrice; al contrario, dato per scontato che tali contratti fossero compatibili con il profilo di Dilaplast, Unicredit comunque, in forza degli obblighi contrattuali generali discendenti dal citato art. 21 TUF, avrebbe dovuto proporre strumenti che fossero rispondenti alle esigenze della cliente, pacificamente note all'intermediario.

Fatta tale premessa, ritiene il Tribunale come la doglianza mossa dall'attrice di inadeguatezza, nei termini sopra illustrati, vada riconosciuta come fondata in primo luogo a fronte di una disamina del rischio oggetto di copertura e, conseguentemente, del nozionale di riferimento al quale sono stati ricollegati i tre contratti di swaps.

Per quanto attiene, infatti, al primo profilo, la convenuta ha evidenziato come, a fronte di una esposizione debitoria complessiva di Dilaplast superiore a tredici milioni di euro, come emergente dalla Centrale Rischi interbancaria, trovasse giustificazione parametrare i primi due swaps a un nozionale di riferimento di circa due milioni e mezzo di euro, così come elevare il nozionale a quattro milioni di euro con l'Extra 2 Swap, in quanto a suo dire si sarebbe potuta riscontrare una incongruità con gli interessi di copertura della cliente solo là dove il nozionale fosse stato maggiore rispetto all'esposizione debitoria da fronteggiare, ma non certo nel caso opposto.

Senonché Dilaplast ha documentato la profonda differenziazione della propria esposizione debitoria, costituita in gran misura da debiti a breve termine a condizioni eterogenee, dipendendo essenzialmente dalle diversificate durate e dalla contrattazione di volta in volta con diversi istituti di credito dei tassi di interesse da applicare; e solo in parte più ridotta da contratti di mutuo a medio/lungo termine, peraltro con scadenze oggettivamente incompatibili con la durata dei contratti derivati sottoposti da Unicredit.

In particolare, in relazione a questi ultimi, va rilevato come l'attrice abbia documentato tre contratti di finanziamento, di cui i primi due risultavano in fase già avanzata alla stipula del primo swap, tanto che il capitale residuo da rimborsare a quella data era ormai fortemente ridotto, tale da non giustificare il nozionale adottato, mentre il terzo finanziamento non era stato ancora neppure contratto.

Alla stipula dell'Extra 2 Swap, inoltre, i primi due finanziamenti erano già esauriti, mentre il terzo era destinato a essere chiuso ben due anni prima della programmata scadenza del contratto derivato.

In ordine agli affidamenti in conto corrente, invece, le condizioni contrattuali gravanti sull'attrice erano fra loro differenziate e, quindi, difficilmente conciliabili con uno strumento di copertura calibrato a lungo termine e a condizioni predeterminate in modo rigido.

A fronte, peraltro, delle dichiarazioni rese in udienza da Unicredit, per tramite del proprio procuratore speciale dott. C., sappiamo che i contratti erano stati calibrati facendo riferimento non solo ai finanziamenti, ma anche agli affidamenti in conto corrente a tassi variabili, secondo quanto risultava dalle segnalazioni in Centrale Rischi, circostanza che porta a ritenere, nella prospettiva della convenuta, che l'esigenza di copertura fosse stata valutata facendo riferimento al dato costante di tali esposizioni debitorie a breve e, verosimilmente, al costo medio delle stesse in termini di oneri passivi.

Senonché, anche volendo ammettere come tecnicamente corretta - e di ciò si dubita - un'operazione di copertura a lungo termine ricollegata a esposizioni debitorie a breve fra di loro estremamente eterogenee e diversificate, rimarrebbe comunque incomprensibile la scelta del nozionale adottato, risultando lo stesso del tutto sganciato dal monte debiti emergente dalla Centrale Rischi.

Se, infatti, l'interesse dell'attrice era munirsi di una copertura dal rischio di oscillazione dei tassi di interesse da

corrispondere in relazione alla propria esposizione debitoria, Unicredit avrebbe dovuto prospettare uno strumento atto ad assicurare tale risultato con riferimento all'intera esposizione presa in considerazione o, diversamente, chiarire quali fossero stati i criteri di selezione dei debiti da prendere in esame al fine di calibrare il nozionale di riferimento.

Viceversa, come si è detto, la convenuta da un lato ha più volte ribadito come i contratti fossero stati delineati facendo richiamo non solo ai finanziamenti a medio lungo termine (come invece ritenuto logico e funzionalmente corretto da parte dell'attrice), ma anche agli affidamenti in conto corrente, dall'altro lato, tuttavia, non ha mai chiarito per quale ragione e secondo quale interesse del cliente il nozionale fosse stato quantificato nella misura convenuta, anziché in misura maggiore o minore.

Tale difetto di collegamento con la situazione specifica dell'attrice, in mancanza di adeguata ragione giustificatrice, attenua grandemente la funzione di copertura del prodotto, funzione invece pacificamente riconosciuta come causa concreta del contratto.

Parimenti, sotto il profilo strutturale, la finalità di copertura pura attribuita ai primi due swaps mal si concilia con i parametri tecnici di operatività dei contratti, se solo si consideri come i flussi di cassa fossero stati agganciati a indici di riferimento non ricollegabili all'esposizione debitoria dell'attrice; ciò valga, in particolare, per il richiamo all'indice Libor, non risultando nella massa debiti di Dilaplast voci passive i cui oneri fossero ricollegati a tale valore di riferimento, con il risultato di scollegare l'operatività del contratto alla variazione favorevole o meno dei tassi di interesse effettivi applicati ai debiti dell'attrice e, quindi, attenuare la funzione di copertura pura che il contratto avrebbe dovuto avere per rispondere all'interesse della cliente della banca.

L'incongruenza tipologica e per nozionale dei primi due contratti di swap rispetto alle effettive esigenze dell'attrice, porta, pertanto, già di per sé a ritenere come tali prodotti finanziari non rispondessero all'interesse dell'attrice, a prescindere da ogni ulteriore valutazione in ordine alla effettiva perseguibilità dell'obiettivo di copertura sulla base delle soglie dei tassi prese in considerazione al fine di orientare tra le parti i flussi di cassa.

Pari discorso, peraltro, deve essere condotto anche con riferimento al terzo contratto derivato stipulato dalle parti, l'Extra 2 Swap, in riferimento al quale si ripropone il problema riguardante l'incongruenza del nozionale di riferimento, elevato a quattro milioni di euro, rispetto alla situazione debitoria dell'attrice, tanto se riferita ai debiti a medio/lungo periodo ancora esistenti, quanto se ricollegata alla complessiva situazione, comprensiva delle posizioni passive a breve termine; in relazione a tale ultimo contratto, inoltre, si pone un ulteriore rilievo a fronte dei finanziamenti a lungo termine, in quanto l'unico mutuo ancora acceso era comunque destinato ad essere interamente estinto ben due anni prima della scadenza programmata dell'Extra 2 Swap, rilevandosi, quindi, anche un evidente scollamento sul piano propriamente temporale tra il derivato e la situazione sottostante di riferimento.

Le considerazioni espresse in ordine ai primi due contratti, in termini di loro inadeguatezza strutturale e tipologica a soddisfare gli interessi dell'attrice, non vengono meno anche in riferimento all'ultimo swap, nonostante lo stesso non fosse pacificamente finalizzato a una finalità di copertura pura, presentando una componente indiscutibilmente speculativa.

Si è detto come parte attrice non abbia negato di avere accettato tale ultimo contratto, essendo consapevole degli effetti speculativi derivatiti dalla leva per 10 contenuta nella clausola di finale liquidazione del rapporto; va, tuttavia, ribadito come la volontà negoziale confluita nella stipula di tale ultimo contratto fosse stata di fatto "coartata" dall'intento di recuperare le perdite create dai precedenti contratti, ossia dai due swaps la cui stipulazione, come si è visto, non è stata corrispondente all'esigenza di Dilaplast.

In sostanza, quindi, l'inadempimento di Unicredit agli obblighi alla stessa discendenti dall'art. 21 TUF, così come concretatosi con la proposta e quindi il perfezionamento dei primi due derivati che avrebbero dovuto soddisfare l'interesse di copertura della cliente, si è riverberato sul terzo contratto, il cui perfezionamento è stato sollecitato e favorito dalla esigenza, questa sì sopravvenuta, dell'attrice di recuperare i risultati fortemente negativi dei primi due contratti.

Considerato l'indiscusso collegamento negoziale esistente tra i tre contratti in derivati stipulati dalle parti, essendo pacificamente ciascuno la rinegoziazione del precedente, deve concludersi come l'inadempimento posto in essere dalla convenuta abbia interessato l'intero rapporto intercorso con Dilaplast preso in esame con la presente controversia, avendo Unicredit improntato la propria condotta contrattuale in aperto contrasto con le reali esigenze e gli interessi della cliente, interessi, come si è detto, all'intermediario perfettamente noti, come dalla stessa banca riconosciuto e dichiarato nel corso del giudizio. In sostanza, infatti, la convenuta, nella propria attività di intermediario finanziario, ha proposto a Dilaplast dei prodotti finanziari che per la loro stessa natura e struttura operativa non erano in grado di soddisfare le esigenze di copertura richieste e volute dalla cliente, violando in tal modo la regola di condotta contrattuale fondamentale dettata dall'art. 21 T.U.F. e procurando in tal modo all'attrice un danno.

L'inadempimento accertato in capo alla convenuta, pertanto, giustifica l'accoglimento della domanda attorea a prescindere, come si è detto, da una analisi della validità ed efficacia della dichiarazione autoreferenziale di operatore qualificato rilasciata dall'attrice e da questa contestata, per essere non rispondente alla propria reale situazione.

In accogliendo merito della domanda attorea, pertanto, la convenuta va condannata a risarcire l'attrice dei danni discesi dalla condotta inadempiente sopra accertata, danni da individuarsi nella sommatoria dei flussi di cassa negativi addebitati a Dilaplast per effetto dei tre swaps e, quindi, in euro 739.035,62, da maggiorarsi di soli interessi (come da domanda) al tasso legato dal 13 giugno 2008 (data della notifica della citazione) al saldo.

In relazione alla liquidazione del danno oggetto di risarcimento, infatti, non può essere accolta l'ulteriore pretesa attorea in merito a "tutti i costi e alle commissioni versate da Dilaplast s.p.a. in esecuzione dei contratti oggetto di causa", in quanto il pregiudizio derivarne dall'aver sostenuto tali esborsi deve considerarsi assorbito nella rifusione di tutti i "risultati" negativi dei tre contratti, trattandosi di condanna idonea a riportare l'attrice nella medesima situazione patrimoniale in cui versava prima della stipula dei contratti viziati dall'inadempimento della controparte.

D'altro canto, peraltro, lo scollegamento denunciato tra i derivati stipulati e la situazione debitoria di parte attrice non consente neppure di individuare se e in che misura la perdita determinata dallo swap abbia coinciso con un minore onere passivo gravante sull'attrice in relazione ai debiti sottostanti e, quindi, di circoscrivere all'interno del flusso di cassa finale complessivo l'importo che non si prospetterebbe quale danno per D.; in proposito, infatti, significativo è il fatto che la stessa banca non abbia neppure prospettato una difesa sul punto, evidentemente consapevole dell'impossibilità di controbilanciare in concreto i flussi dei derivati con gli oneri passivi sostenuti dalla cliente.

Le spese di lite seguono la soccombenza e, a seguito dell'abrogazione della tariffa forense disposta dall'art. 9 del decreto-legge n. 1/2012 e in mancanza dell'emanazione del decreto ministeriale ivi previsto, la liquidazione di esse va effettuata considerando l'importanza dell'opera prestata e il decoro della professione ai sensi dell'art. 2233 c.c.; dette spese, quindi, si liquidano in complessivi euro 24.778,00, oltre c.p.a. e oltre euro 1.318,00 per spese documentate (fra le quali non si ricomprende il compenso al consulente di parte in difetto di idonea prova dell'esborso).

A carico della convenuta vanno poste in via definitiva anche le spese di c.t.u., liquidate in complessivi euro 18.670,00, oltre a i.v.a. e previdenza e oltre a euro 698,00 a titolo di rimborso spese; nonché euro 5.345,00, oltre i.v.a. e previdenza, quale spesa riguardante l'opera prestata dal coadiutore del c.t.u., ing. M. M..

P.Q.M.

Il Tribunale in composizione collegiale, definitivamente pronunciando nel contraddittorio delle parti, ogni diversa istanza disattesa:

- in accoglimento della domanda proposta da Diplast s.p.a. nei confronti di Unicredit Corporate Banking s.p.a., condanna quest'ultima a pagare all'attrice a titolo di risarcimento danni la somma di euro 739.035,62, oltre a interessi al tasso legale dal 13.6.2008 al saldo;
- condanna la convenuta a rifondere l'attrice delle spese di lite, liquidate in complessivi euro 24.778,00, oltre c.p.a. e oltre euro 1.318,00 per spese;
- pone definitivamente a carico della convenuta le spese di c.t.u., liquidate in complessivi euro 18.670,00, oltre a i.v.a. e previdenza e oltre a euro 698,00 a titolo di rimborso spese; nonché euro 5.345,00, oltre i.v.a. e previdenza, quale spesa riguardante l'opera prestata dal coadiutore del c.t.u., ing. M. M.

IL COMMENTO

di Francesco Autelitano

Il commento si rivolge in particolare all'esame del rapporto intercorrente tra derivati rinegoziati fra le parti ed alla qualificazione di tale rapporto nell'ambito dell'istituto del collegamento negoziale accolta nella sentenza annotata.

Il caso di specie (*)

Le parti, con la prospettiva di copertura del rischio di oscillazione dei tassi di interesse, hanno stipulato un primo contratto derivato, cui è seguita l'evidenza di una perdita per il cliente, la risoluzione del contratto stesso e la stipula di un secondo contratto derivato, sempre con finalità di copertura ma con diversi parametri; successivamente, con analogo meccanismo di c.d. rinegoziazione (1), le medesime parti hanno sottoscritto un terzo contratto derivato.

Per i primi due contratti il Tribunale ha accertato che i prodotti finanziari proposti non rispondevano all'interesse dell'attrice.

Rispetto al terzo contratto derivato la motivazione ha rilevato che esso presentava una componente speculativa, accettata dal cliente. Tuttavia tale contratto si era reso necessario a causa dell'intento del cliente di recuperare le perdite generate dai precedenti derivati.

Da ciò deriva, a giudizio del Tribunale, che l'inadempimento della banca, riscontrato per i primi due contratti, si è riverberato sul terzo. Tale conclusione si giustifica in forza del «collegamento negoziale esistente tra i tre contratti in derivati stipulati dalle parti, essendo pacificamente ciascuno la rinegoziazione del precedente», sicché l'inadempimento ha interessato l'intero rapporto intercorso fra le parti.

Per quanto concerne, in particolare, la difformità delle operazioni rispetto alle esigenze del cliente, riscontrata riguardo ai primi due strumenti, la sentenza ha accertato che i derivati erano modulati senza tenere conto dell'eterogeneità dei debiti del cliente (essendovi debiti sia a breve che a medio/lungo termine e tassi diversificati); i debiti stessi erano sottoposti a scadenze incompatibili con la durata dei contratti derivati (alla data di stipula dello *swap* due dei tre finanziamenti in essere erano già quasi interamente rimborsati); con un nozionale sganciato dal monte debiti emergente dalla Centrale Rischi; e con applicazione di indici di riferimento (Libor) non risultanti dalla massa dei debiti esistente.

Su questi presupposti l'intermediario è stato giudicato inadempiente all'obbligo di cura dell'interesse del cliente ed è stato condannato a risarcire i danni,

commisurati alle perdite subite dal cliente stesso in conseguenza delle operazioni finanziarie poste in essere (2). Sono state invece escluse dal risarcimento le commissioni pagate per ciascuna operazione, in quanto le stesse sarebbero state a carico del cliente anche in caso di esatto adempimento da parte dell'intermediario.

Gli obblighi dell'intermediario finanziario e la disciplina degli "operatori qualificati"

La sentenza afferma che l'obbligo dell'intermediario che viene in rilievo nella fattispecie è quello di comportarsi con diligenza e professionalità nell'interesse dei clienti e tale obbligo è sancito dall'art. 21 TUF, «norma destinata a trovare piena applicazione anche nei confronti della clientela riconducibile al novero degli operatori qualificati, non essendone esclusa l'operatività dal citato art. 31 Reg. Consob» (3).

Note:

(*) *N.d.R.*: Il presente contributo è stato sottoposto, in forma anonima, al vaglio del Comitato di Valutazione.

(1) G. De Nova, *I contratti derivati come contratti alieni*, in *Riv. dir. priv.*, 2009, 19, a proposito di tale schema, qualificato usualmente come rinegoziazione, ritiene che sia preferibile parlare di novazione, in considerazione del fatto che il primo contratto si estingue.

(2) La sentenza, sul piano dei rimedi conseguenti alla violazione degli obblighi dell'intermediario, è conforme all'insegnamento delle Sezioni Unite, cfr. Cass., Sez. Un., 19 dicembre 2007, nn. 26724 e 26725, in questa *Rivista*, 2008, 221.

(3) La dottrina ha messo in luce che, accanto agli obblighi di natura regolamentare, ve ne sono altri previsti dalla legge; la deroga ai primi, prevista in talune fattispecie dal Regolamento Consob, non intacca i secondi, che restano pienamente operanti; cfr. D. Maffei, *Forme informative, cura dell'interesse ed organizzazione dell'attività nella prestazione dei servizi di investimento*, in *Riv. dir. priv.*, 2005, spec. 585, ove l'A. afferma: «il rispetto dei singoli obblighi di informazione - previsti dal Regolamento - non esaurisce ogni obbligo informativo in capo alla banca, la quale è tenuta, da un lato, ad acquisire dai clienti ogni informazione necessaria ed opportuna e, dall'altro, ad operare - nella prestazione della consulenza incidentale - in modo che i clienti siano sempre adeguatamente informati». In senso analogo cfr. altresì P. Fiorio, *La nozione di operatore qualificato per l'investitore persona giuridica*, in *Giur. it.*, 2008, 2246; D. Tomasini, *La nozione di «operatore qualificato» tra requisiti obiettivi e dichiarazioni autoreferenziali*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, 322; L. Picardi, *La negoziazione di strumenti finanziari derivati fra codice civile e legislazione speciale*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2006, II, 370.

In queste fattispecie è superfluo indagare se il cliente fosse o no (davvero) un operatore qualificato, questione che può rilevare se in gioco c'è la violazione di un obbligo previsto dal Regolamento Consob (4) (ad esempio l'obbligo di consegna del documento sui rischi generali, previsto dall'art. 28 Reg. Consob, non applicabile all'operatore qualificato). Qui, viceversa, l'obbligo che si assume violato (la cura dell'interesse del cliente) deriva, non dalla fonte secondaria, bensì dalla legge, come tale è sempre imposto all'intermediario e, al contempo, tutela tutti i clienti, esperti e non esperti (5).

Dunque se il cliente contesta alla banca di aver proposto strumenti finanziari non rispondenti alle di lui esigenze (come nel caso deciso dal Tribunale di Milano) poco rileva stabilire se si sia in presenza di un operatore qualificato, in quanto tale contestazione si fonda su un obbligo che è comunque a carico dell'intermediario e non subisce deroghe per effetto delle disposizioni regolamentari (6).

La motivazione parla di «inadeguatezza» degli strumenti negoziati, ma precisa subito che non fa riferimento al significato che il sostantivo ha nell'art. 29 Reg. Consob (7), bensì alla difformità dell'operazione rispetto agli interessi del cliente.

Il collegamento negoziale tra derivati rinegoziati

La sentenza, dunque, conferma opzioni interpretative già emerse in dottrina ed in giurisprudenza, in merito alla centralità dell'art. 21 TUF, al rapporto tra norme primarie e secondarie ed ai limiti di rilevanza della disciplina speciale dei c.d. «operatori qualificati» (8).

La stessa si segnala, altresì, per il richiamo all'istituto del collegamento negoziale, anch'esso già apparso in precedenti di merito (9) e che qui sfocia in un'applicazione meritevole di qualche ulteriore riflessione.

I Giudici rilevano che il cliente ha accettato di rinegoziare il secondo derivato, dando luogo ad un terzo contratto caratterizzato da una clausola speculativa (10).

Per tale ragione, con riferimento alla terza operazio-

ne persone giuridiche comuni che dichiarano di possedere una specifica competenza in materia finanziaria (cfr. art. 31 regolamento n. 11522/1998). Da qui i quesiti in ordine a quali presupposti debbano ricorrere per applicare lo «statuto» dell'operatore qualificato ed a quali obblighi residuino in capo all'intermediario in questa fattispecie. Sull'argomento la Corte di Cassazione ha giudicato che la dichiarazione con cui il cliente si autodefinisce operatore qualificato esonera la banca dall'onere di fare verifiche sul punto ed autorizza il giudice, in assenza di contrari elementi, ad utilizzare la dichiarazione come unica fonte di prova circa la sussistenza dei presupposti per applicare la disciplina speciale; cfr. Cass. 26 maggio 2009, n. 12138, in questa *Rivista*, 2009, 869, con nota di F. Autelitano, *Il contratto di investimento dell'operatore qualificato*; nonché in *Corr. giur.*, 2009, 1611, con nota di M. Sesta, *L'operatore qualificato del regolamento Consob arriva in Cassazione*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, 1213, con nota di L. Ruggeri, *L'operatore qualificato arriva in Cassazione*; e in *Foro it.*, 2010, 1, 1, 121.

(5) D. Maffei, *Forme informative*, cit., 591-592; Id., *Intermediario contro investitore: i derivati over the counter*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2010, 779 ss.

(6) Conf. Trib. Milano 19 aprile 2011, in questa *Rivista*, 2011, 761, con nota di F. Autelitano, *I derivati conclusi dagli "operatori qualificati": interesse del cliente e contratto unitario di cooperazione*.

(7) Riportiamo di seguito il testo dell'art. 29 reg. Consob n. 11522/1998: «1. Gli intermediari autorizzati si astengono dall'effettuare con o per conto degli investitori operazioni non adeguate per tipologia, oggetto, frequenza o dimensione. - 2. Ai fini di cui al comma 1, gli intermediari autorizzati tengono conto delle informazioni di cui all'articolo 28 e di ogni altra informazione disponibile in relazione ai servizi prestati. - 3. Gli intermediari autorizzati, quando ricevono da un investitore disposizioni relative ad una operazione non adeguata, lo informano di tale circostanza e delle ragioni per cui non è opportuno procedere alla sua esecuzione. Qualora l'investitore intenda comunque dare corso all'operazione, gli intermediari autorizzati possono eseguire l'operazione stessa solo sulla base di un ordine impartito per iscritto ovvero, nel caso di ordini telefonici, registrato su nastro magnetico o su altro supporto equivalente, in cui sia fatto esplicito riferimento alle avvertenze ricevute».

(8) La materia dei derivati finanziari è contrassegnata da ulteriori importanti questioni tuttora dibattute. Per un esame completo ed analitico di tali questioni cfr. D. Maffei, *Contratti derivati*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2011, 604 ss.; nonché, per un approfondimento del concetto di *mark to market* anche con il chiarimento di nozioni di matematica quantitativa applicate agli istituti giuridici in questione, cfr. G. Mantovano, *Mark to market, danno e truffa contrattuale al vaglio della Corte di Cassazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, 370 ss.

(9) Cfr. da ultimo Trib. Milano 19 aprile 2011, cit.; App. Trento 5 marzo 2009, in *Giur. mer.*, 2009, 1512, con nota di V. Sangiovanni, *I contratti derivati e il regolamento Consob n. 11522 del 1998*, 1516 ss., la cui massima così recita: «l'eventuale nullità di un contratto di swap concluso fuori sede per mancanza dell'indicazione del diritto di recesso di cui all'art. 30 del TUF travolge anche i successivi contratti di swap stipulati allo scopo di far fronte alle passività generate dai precedenti rapporti, dovendosi ritenere in tal caso sussistente un collegamento negoziale dovuto al nesso teleologico che lega i vari negozi ove la cessazione del precedente dipenda strettamente dalla stipula del successivo». Cfr., in dottrina, con specifico riferimento ai contratti stipulati nell'ambito del servizio di collocamento, M. Lobo, *I contratti aventi ad oggetto servizi di investimento*, in *I contratti di somministrazione di servizi*, a cura di R. Bocchini, Torino, 2006, 250-251.

(10) «La clausola finale speculativa, quindi, si era risolta in una sorta di scommessa accettata ... nel tentativo di rientrare dalle perdite dei primi due contratti», così la sentenza in motivazione.

Note:

(4) Il tema è noto: la legge impone agli intermediari finanziari determinate regole di comportamento da osservare nello svolgimento dei servizi di investimento (art. 21 TUF); il legislatore, al contempo, ha attribuito alla Consob il compito di sviluppare e formulare in termini analitici i predetti fondamentali criteri di comportamento; l'autorità di vigilanza ha anche stabilito che le disposizioni da essa stessa previste riguardo ai doveri caratterizzanti dell'intermediario non si applicano nei rapporti con gli operatori qualificati, categoria idonea a comprendere, accanto ai soggetti che operano professionalmente nel settore, anche le

ne in sé considerata, la sentenza non addebita alcun inadempimento all'intermediario.

Cionondimeno la stessa impone il risarcimento anche delle perdite specificamente connesse al terzo derivato (che, peraltro, da sole erano circa la metà del totale).

Le considerazioni addotte nella motivazione per pervenire a questa statuizione sono essenzialmente due. Con la prima si sostiene che «la volontà negoziale confluita nella stipula di tale ultimo contratto fosse stata di fatto "coartata" dall'intento di recuperare le perdite create dai precedenti contratti, ossia dai due swaps la cui stipulazione, come si è visto, non è stata corrispondente alle esigenze» del cliente.

In merito a tale prima considerazione, va rilevato che la coercizione della volontà giustificerebbe l'applicazione di altri rimedi (*in primis* quelli relativi ai vizi del consenso), ma non sarebbe idonea a fondare la condanna al risarcimento del danno da inadempimento, laddove il Giudice, come nella specie, abbia escluso i presupposti dell'inadempimento stesso.

La seconda considerazione svolta dalla sentenza è che l'inadempimento dei primi due derivati «si è riverberato sul terzo contratto».

In virtù di tale rilievo il Tribunale individua il fondamento della responsabilità dell'intermediario, anche per le perdite dell'ultima operazione, nel collegamento negoziale: «considerato l'indiscusso collegamento negoziale esistente tra i tre contratti in derivati stipulati dalle parti, essendo pacificamente ciascuno la rinegoziazione del precedente, deve concludersi come l'inadempimento posto in essere dalla convenuta abbia interessato l'intero rapporto intercorso».

Anche da questo angolo visuale la motivazione non risulta convincente.

L'effetto tradizionalmente attribuito al collegamento negoziale è incentrato nella regola *simul stabunt simul cadent*, per la quale il collegamento fra contratti determina che le vicende dell'uno si ripercuotono su quelle dell'altro, condizionandone la validità e l'efficacia (11). Le vicende giuridiche che si trasmettono da un contratto all'altro sono quelle invalidanti o quelle che comportano lo scioglimento del rapporto. Pertanto la causa di nullità che colpisce un contratto determina, secondo la teoria del collegamento negoziale, la nullità anche del contratto collegato, e così la risoluzione dell'uno produce quella dell'altro (12).

Viceversa non si può, a nostro avviso, invocare l'istituto (come ha fatto la sentenza qui annotata) per imporre l'obbligo di risarcimento del danno in relazione ad uno dei contratti collegati per il quale è stato escluso l'inadempimento.

L'obbligazione risarcitoria nasce dall'inadempimento della prestazione (art. 1218 c.c.). Se la singola prestazione considerata non è inadempita, non può farsene derivare alcun obbligo risarcitorio, né tale obbligo può fondarsi sul fatto che un'altra prestazione, collegata, non sia stata eseguita esattamente.

È peraltro indubbio che il verificarsi di una perdita finanziaria non dà luogo, di per sé, ad un danno risarcibile, potendo questa verificarsi anche in caso di esatto adempimento delle prestazioni a carico dell'intermediario (tanto più se l'operazione ha natura speculativa accettata dal cliente).

Nella fattispecie in esame, le perdite derivanti dal terzo derivato si possono tradurre in un danno risarcibile solo se sia riscontrabile l'inadempimento delle specifiche prestazioni relative al derivato stesso.

Da tale angolo visuale appare forse un po' affrettata l'affermazione per cui la domanda va accolta «a prescindere, come si è detto, da una analisi della validità ed efficacia della dichiarazione autoreferenziale di operatore qualificato rilasciata dall'attrice».

Dalla motivazione risulta che la firma del terzo derivato non è stata preceduta da alcuna dichiarazione del cliente in ordine alla propria natura di operatore qualificato (dichiarazione che ha accompagnato l'inizio del rapporto con il primo derivato). Posto che l'esperienza e la competenza del cliente devono essere valutate, non già in astratto, bensì con riferimento alla concreta operazione in questione (13),

Note:

(11) Cfr. Cass. 27 marzo 2007, n. 7524, in questa *Rivista*, 2008, 132; Cass. 16 maggio 2003, n. 7640, in *Gius.*, 2003, 2262; Cass. 21 dicembre 1999, n. 14372, in *Foro pad.*, 2000, I, 334. L'ampiezza del tema non ne consente l'esame neppure per cenni. Per un'ampia disamina critica e riferimenti in dottrina e giurisprudenza cfr. V. Barba, *La connessione tra i negozi e il collegamento negoziale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2008, 791-818 e 1167-1188, spec. 1179.

(12) Coerentemente i precedenti citati *supra*, che hanno richiamato il collegamento negoziale in materia di derivati, hanno esteso la nullità (App. Trento 5 marzo 2009, cit.) e, rispettivamente, la risoluzione (Trib. Milano 19 aprile 2011, cit.) a tutti i contratti avvinti dal collegamento stesso.

(13) L'art. 19, par. 2, dir. 2004/39/CE (c.d. direttiva MiFID) dispone che gli investitori devono ricevere informazioni appropriate affinché «possano ragionevolmente comprendere la natura del servizio di investimento e del tipo specifico di strumenti finanziari che vengono loro proposti nonché i rischi ad essi connessi, e, di conseguenza, possano prendere le decisioni in materia di investimenti con cognizione di causa». L'art. 31 della dir. 2006/73/CE (direttiva di secondo livello) prevede che il dovere di informazione è preordinato a «consentire al cliente di adottare decisioni di investimento informate». Il criterio viene espresso anche dalla normativa nazionale di recepimento ed il vigente Regolamento Consob sugli Intermediari (n. 16190/2007) lo riferisce sia alle informazioni da dare in sede di accordo iniziale (art. 27) sia riguardo all'esecuzione delle singole operazioni (art. 31); cioè in due articoli collocati rispettivamente nelle due indicate fasi (cfr. artt. 34, commi 2 e 3, Regolamento Intermediari).

tale mancanza risulta tutt'altro che irrilevante ai fini di accertare l'esatto adempimento dell'intermediario ai propri obblighi, con specifico riguardo al terzo derivato, di fonte non solo primaria ma anche secondaria.

A monte delle considerazioni sin qui esposte, sembra peraltro eccessivo affermare che sia «indiscusso» che i derivati rinegoziati danno vita ad un fenomeno di collegamento negoziale.

Si consideri, tra l'altro, che ciascun contratto, mediante la rinegoziazione, viene risolto per mutuo consenso, o comunque viene sciolto, e viene sostituito da un nuovo derivato (14).

È lecito dubitare che possano configurarsi il presupposto oggettivo (nesso teleologico fra i vari negozi) e soggettivo (intenzione delle parti rivolta ad uno scopo unitario) del collegamento, necessari per il trasferimento delle vicende patologiche da un contratto all'altro (15), qualora, nel momento della stipulazione di un derivato, i precedenti siano già cessati.

La sopra citata considerazione secondo cui, nella vicenda in esame, si verifica l'estinzione del contratto precedente, che viene sostituito e non semplicemente modificato dal contratto successivo, ha indotto la dottrina a qualificare il rapporto intercorrente tra i vari derivati «rinegoziati» nei termini della novazione contrattuale (16).

Altri interpreti hanno rilevato che l'istituto della novazione può trovare applicazione con riferimento all'obbligazione del cliente di pagare la somma dovuta in base alla perdita verificatasi nel primo derivato, la quale viene estinta e sostituita con altra obbligazione, diversa per il titolo o per l'oggetto (17), incorporata nel cosiddetto *upfront* e dedotta nel successivo derivato (18).

In quest'ultima prospettiva si è osservato che la differenza tra il collegamento negoziale e la novazione dell'obbligazione si coglie in caso di rapporto originario invalido. In particolare, l'art. 1234 comma 2 c.c. prevede che l'annullabilità del titolo da cui deriva l'obbligazione originaria non si trasmette all'obbligazione novata, se il debitore ha assunto il nuovo debito conoscendo il vizio del titolo originario. Viceversa, nel caso di collegamento negoziale, il vizio di un contratto si trasmetterebbe sempre all'altro (19).

In termini problematici è stato altresì prospettato il possibile inquadramento dei derivati «rinegoziati» nell'ambito della rinnovazione del contratto, senza peraltro addurre specifici argomenti interpretativi idonei a suffragare tale impostazione (20). Va al riguardo osservato che la dottrina qualifica la rinnovo-

vazione con riferimento al caso in cui il secondo contratto si sovrappone interamente al primo, al più modificandone la dimensione temporale con riguardo alla durata o alla decorrenza (21). In questo contesto i mutamenti sostanziali che normalmente si verificano tra i singoli derivati rinegoziati non consentono di mettere in luce elementi idonei a qualificare il rapporto nell'ambito della rinnovazione.

Da ultimo si rileva che l'intervento modificativo delle parti attinente al contenuto del rapporto potrebbe chiamare in gioco la rinegoziazione. Tuttavia quest'ultima classificazione non sembra cogliere i dati concreti della vicenda qui esaminata, la quale non è limitata ad una revisione parziale degli obblighi e delle clausole del contratto (22), ma si caratterizza per una sostituzione radicale di un contratto derivato con uno nuovo.

Note:

(14) G. De Nova, *I contratti derivati come contratti alieni*, cit., 19-20.

(15) Cass. 17 dicembre 2004, n. 23470; Cass. 21 luglio 2004, n. 13580.

(16) G. De Nova, *I contratti derivati come contratti alieni*, cit., 19.

(17) Il mutamento del titolo dell'obbligazione, conseguente alla clausola *upfront*, emerge con evidenza nell'ambito della tesi che qualifica tale clausola come un finanziamento, erogato dalla banca in favore del cliente al fine di consentire a quest'ultimo di chiudere il precedente derivato, dal quale era derivata una perdita. In questa prospettiva l'obbligazione di pagamento, originariamente fondata sul contratto di swap, viene ad assumere il diverso titolo costituito dal mutuo; cfr. sul punto D. Maffei, *Intermediario contro investitore*, cit., 795; U. Patroni Griffi, *I contratti derivati: nozione, tipologia e peculiarità del contenzioso*, in *www.dirittobancario.it*, ottobre 2012, 18.

(18) F. Caputo Nasseti, *Rinegoziazione dello swap e pagamento upfront tra collegamento negoziale, novazione oggettiva e rinnovazione del contratto*, in *Giur. comm.*, 2011, 890.

(19) F. Caputo Nasseti, *loc. cit.* Va tuttavia osservato che il secondo comma dell'art. 1234 c.c. costituisce espressione della regola generale della convalida del contratto annullabile, ex art. 1444 c.c. (cfr. G. Doria, *La novazione dell'obbligazione*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* già diretto da A. Cicu-F. Messineo-L. Mengoni, continuato da P. Schlesinger, Milano, 2012, 186 ss.). Pertanto il comportamento del debitore, consistente nell'assunzione della nuova obbligazione nella consapevolezza della causa di annullabilità del primo contratto, può essere comunque interpretato come idoneo a convalidare il contratto viziato, ai sensi dell'art. 1444, comma 2 c.c., anche nel quadro di un rapporto di collegamento negoziale.

(20) Cfr. ancora F. Caputo Nasseti, *loc. cit.*

(21) A. Gentili, *La replica della stipula: riproduzione, rinnovazione, rinegoziazione del contratto*, in *Contr. e impr.*, 2003, 674, secondo cui la rinnovazione riguarda «i casi in cui tra le stesse parti si fa luogo trascurando la precedente ad una nuova stipulazione, anche nella stessa forma o - al caso - in forma diversa, dello stesso contratto, e dunque si dà nuovo titolo a diritti ed obblighi dello stesso tipo, sugli stessi beni, fra le medesime parti».

(22) A. Gentili, *La replica della stipula*, cit., 703, rileva che nella rinegoziazione «l'intervento sul contenuto è necessariamente parziale».

Considerazione, quest'ultima, che, come visto, viene valorizzata da coloro che descrivono la fattispecie quale novazione contrattuale (23).

Le operazioni in derivati nell'ambito del contratto unitario d'intermediazione finanziaria

Il rapporto intercorrente tra i derivati successivamente rinegoziati fra le parti può essere ricostruito sulla base di una presa di posizione a nostro avviso più lineare e coerente (24).

È controverso se il contratto relativo alla prestazione dei servizi d'investimento (art. 23 T.U.F.) abbia la natura di contratto di mandato (25) oppure di rapporto composto da una pluralità di contratti secondo la sequenza contratto normativo/contratti esecutivi (26).

Dal contratto quadro derivano immediatamente determinate obbligazioni, in particolare quelle di informazione, che includono l'impegno di valutare secondo diligenza professionale i fatti rilevanti ai fini della scelta d'investimento e di esplicitarne l'esito alla controparte (27). Ne risulta il compimento di un'attività intellettuale, consistente nel fornire assistenza nelle decisioni d'investimento del cliente. Questa mira a soddisfare un interesse che non può dirsi meramente accessorio a quello avente ad oggetto l'esatta esecuzione dell'operazione finanziaria; essendo invece funzionale a realizzare la cooperazione dell'intermediario in favore del cliente, essenziale nell'economia del rapporto.

Col contratto quadro sorge immediatamente, altresì, l'obbligo di gestione delle situazioni di conflitto d'interessi.

La decisione in commento, nel rimarcare l'essenzialità dell'obbligo di curare l'interesse del cliente, conferma il rilevante contenuto deontico già di questo primo contratto.

Dunque non si tratterebbe di un contratto normativo (28), almeno non nell'accezione tradizionale di atto con il quale le parti concordano determinate

aprile 2005), in *Corr. giur.*, 2005, 1282 ss., il quale pure propende per l'unicità del contratto, accostabile al mandato. Seppure sulla scorta di un esame più problematico delle opzioni ermeneutiche, l'Autore conclude che «a ben riflettere, il carattere innovativo-negoziale di codesto ordine sarebbe tutto da discutere. Esso sembra, in realtà, appartenere più alla serie di atti che *in executivis* hanno la funzione di individuare e determinare la prestazione dovuta da colui che è già obbligato in base al contratto e che è solo in attesa che il soggetto creditore abbia a specificare l'oggetto del proprio obbligo. Si potrebbe parlare di obbligazione *lato sensu* generica, in cui spetta al creditore specificare di volta in volta la prestazione dovuta. Ove ciò fosse, ne risulterebbe notevolmente ridimensionata la pur declamata natura negoziale della decisione di investimento, giacché, in tal caso, l'elemento volitivo più semplicemente altro non rappresenterebbe che una modalità della prestazione dovuta. Potrebbe richiamarsi utilmente anche la norma sul mandato ove si prevede che il mandante dia istruzioni al mandatario circa l'incarico da eseguire (art. 1710 cod. civ.). Le istruzioni non hanno carattere negoziale ma contribuiscono a determinare la prestazione dovuta al mandatario» (*op. cit.*, 1286).

(26) V. Roppo, *La tutela del risparmiatore fra nullità e risoluzione (a proposito di Cirio bond & tango bond)*, nota a Trib. Genova 18 aprile 2005, Trib. Genova 15 marzo 2005, Trib. Mantova 1° dicembre 2004 e Trib. Venezia 22 novembre 2004, in *Danno resp.*, 2005, 604 ss.; Id., *La tutela del risparmiatore fra nullità, risoluzione e risarcimento (ovvero, l'ambaradan dei rimedi contrattuali)*, in *Contr. e imp.*, 2005, 900. Cfr. in questo senso, pur con qualche variante M. Lobbuono, *La responsabilità degli intermediari finanziari*, Napoli, 1999, 106 ss.; M. Salvatore, *Servizi di investimento e responsabilità civile*, Milano, 2004, 221 ss.; M. Dellacasa, *Negoziato di titoli obbligazionari e insolvenza dell'emittente: quale tutela per il risparmiatore non adeguatamente informato?*, nota a Trib. Milano 25 luglio 2005, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2006, I, 601; A. Luminoso, *Nullità del contratto di investimento per violazione degli obblighi di informazione da parte dell'intermediario*, nota a Trib. Cagliari 11 gennaio 2006, in *Resp. civ. prev.*, 2007, 1418 ss., spec. 1424; V. Sangiovanni, *L'art. 23 TUF e la sottoscrizione del contratto-quadro*, nota a Trib. Ancona 18 febbraio 2009, in *Giur. it.*, 2009, 1685. Nello stesso senso sembra orientato G. Cottino, *Una giurisprudenza in bilico: i casi Cirio, Parmalat, bonds argentini*, nota a Trib. Torino 7 novembre 2005, Trib. Catania 22 novembre 2005, Trib. Pinerolo 14 ottobre 2005, Trib. Torino 14 dicembre 2005, Trib. Milano 24 novembre 2005, Trib. Rimini 11 maggio 2005, Trib. Roma 17 novembre 2005, in *Giur. it.*, 2006, 3 ss.

(27) Atti di tal natura non sono propriamente tipici dell'obbligo d'informare, il quale si concretizza in una dichiarazione di scienza o in una attestazione (R. Sacco, *Il Fatto, L'atto, Il negozio giuridico*, in *Trattato di diritto civile*, dir. da R. Sacco, *La parte generale del diritto civile*, I, Milano, 2005, 320). Le valutazioni dell'intermediario inglobano una prognosi sul futuro, da effettuarsi secondo perizia e diligenza. È stato rilevato che l'informazione va tenuta distinta dalla valutazione, poiché quest'ultima è «espressiva di punti di vista sostanzialmente personali, e comunque di fatti non sottoponibili con immediatezza al giudizio di verità/falsità», mentre la prima è attività comunicativa diretta a rappresentare fatti storici (M. De Poli, *Asimmetrie informative e rapporti contrattuali*, Padova, 2002, 96-101; la cui argomentazione riecheggia il metodo di falsificazionista di Karl Popper, la cui estensione alle scienze sociali, per il vero, avviene non senza vivaci polemiche). In questa direzione è interessante notare che nel diritto svizzero la dottrina ritiene che il dovere di informazione, in base alla qualità delle parti ed alla natura del contratto, comprenda il dovere di consigliare; cfr. P. Engel, *Traité des obligations en droit suisse*, 2^a ed., Berna, 1997, 187; P. Tercier, *Le droit des obligations*, Zurich, 1999, 91.

(28) Così, invece, Trib. Rimini 12 ottobre 2010, in *Corr. mer.*, 2011, 139, che ha giudicato nulli tutti i derivati stipulati da una banca con un Comune per difetto di forma scritta del contratto quadro, espressamente qualificato come contratto normativo.

Note:

(23) G. Doria, *La novazione dell'obbligazione*, cit., 156 ss., pone in luce la differenza intercorrente tra novazione, da un lato, e ripetizione e rinnovazione del contratto, dall'altro lato.

(24) F. Autelitano, *I derivati conclusi dagli "operatori qualificati"*, cit., 776 ss.

(25) F. Galgano, *I contratti di investimento e gli ordini dell'investitore all'intermediario*, in *Contr. e imp.*, 2005, 889 ss.; Id., *Il contratto di intermediazione*, cit., 1 ss. La descrizione accolta dall'Autore si ritrova nella decisione di Cass., Sez. Un., 19 dicembre 2007, n. 26725, cit.; nonché in Trib. Rovereto 18 gennaio 2006, in *Contr. e imp.*, 2006, 579. Cfr., inoltre, A. di Majo, *Prodotti finanziari e tutela del risparmiatore* (Nota a Trib. Firenze 19

clausole e si impegnano a determinare in base ad esse il contenuto di futuri contratti da stipularsi fra loro (c.d. contratto normativo bilaterale o interno) ovvero con terzi (c.d. contratto normativo unilaterale o esterno) (29).

Né si tratta di un mandato, poiché requisito essenziale di tale tipo contrattuale è l'obbligazione di eseguire gli atti da esso previsti, mentre in base alla prassi ed alle indicazioni Consob l'intermediario ha la facoltà di non eseguire gli ordini del cliente; inoltre il mandato ha ad oggetto atti giuridici, mentre l'attività di assistenza e cura dell'interesse del cliente di cui s'è detto, e che caratterizza la parte più importante dei servizi d'investimento, si sostanzia in atti materiali (30).

Ponendo mente alla fase esecutiva del rapporto, è bensì vero che ciascuna concreta operazione finanziaria eseguita possa ricondursi ad un contratto a sé stante (così accade anche in ambito di negoziazione, laddove l'esecuzione dell'ordine del cliente consente di ravvisare la conclusione di un ulteriore contratto ex art. 1327 c.c.) (31). Tuttavia tale qualificazione dipende da una visione isolata del rapporto esecutivo, mentre considerazioni diverse si devono svolgere ove si adotti una visione d'insieme delle due fasi della vicenda.

Da questa seconda prospettiva si scorge un rapporto di reciproco condizionamento fra gli obblighi derivanti dal c.d. contratto quadro ed il contenuto del c.d. contratto esecutivo: le caratteristiche delle operazioni scaturiscono dalle valutazioni e dalle raccomandazioni dell'intermediario, ossia dalle prestazioni svolte in esecuzione del contratto iniziale.

Inoltre gli obblighi dell'intermediario si sviluppano in una linea di condotta continua, che va dal contratto, agli atti che concretano le singole operazioni finanziarie, all'attuazione degli stessi: gli obblighi d'informazione, quelli di valutare l'adeguatezza dell'investimento, quelli di gestione del conflitto d'interessi, sono tutti operanti sia prima che dopo il compimento degli investimenti.

Tanto il rapporto immediatamente riferito al concreto investimento, quanto il «contratto iniziale», costituiscono strumenti per coadiuvare l'investitore nella propria attività d'investimento (nelle decisioni che deve assumere, nel compimento delle operazioni).

Gli investimenti accedono al rapporto, sottoposto, nella sua globalità, a determinate condizioni generali di contratto (si tratta infatti di clausole predisposte unilateralmente dall'intermediario, non frutto di determinazione concorde fra le parti) (32).

La logica è quella di un'operazione economicamen-

te unitaria (33). Il rapporto è caratterizzato dall'assetto d'interessi radicato nella cooperazione nell'attività d'investimento del cliente, che esprime l'*ubi consistam* della vicenda (34).

La pronuncia del Tribunale di Milano, in uno con l'idea di fondo alla quale si ispira, offre un forte supporto alla predetta ricostruzione, laddove qualifica gli

Note:

(29) P. Sirena, *Effetti e vincolo*, in *Trattato del contratto*, a cura di V. Roppo, III, *Effetti*, a cura di M. Costanza, Milano, 2006, 103 ss., e dottrina *ivi* richiamata.

(30) Cfr. U. Carnevali, voce *Mandato*. I) *Diritto civile*, in *Enc. giuridica*, XIX, Roma, 1990, 2; A. Luminoso, *Mandato, commissione, spedizione*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da A. Cicu e F. Messineo, continuato da L. Mengoni, XXXII, Milano, 1984, 127 ss.

(31) V. Roppo, *La tutela del risparmiatore*, cit., 900.

(32) Il fatto che il contratto normativo abbia, quale sua caratteristica costante, la determinazione concorde delle clausole ad opera delle parti è riscontrato dalla prevalente dottrina, anche con la precisazione che ciò distingue il contratto normativo dalle condizioni generali predisposte unilateralmente secondo lo schema dell'art. 1341 c.c.; cfr. S. Maiorca, voce *Normativo (Contratto)*, in *Dig. disc. priv. Sez. civ.*, XIII, Torino, 1995, 173-174; P. Sirena, *Effetti e vincolo*, cit., 105 e *ivi* nota 114; V. Ricciuto, *La formazione progressiva del contratto*, in *I contratti in generale*, t. I, a cura di E. Gabrielli, in *Trattato dei contratti*, dir. da P. Rescigno ed E. Gabrielli, 2^a ed., Torino, 2006, 207, il quale sottolinea che le tecniche di formazione del contratto di cui agli artt. 1341 e 1342 c.c. «presuppongono entrambe la predisposizione unilaterale delle clausole, disciplinando i casi nei quali, diversamente che nel contratto normativo - genere di cui il contratto tipo è l'espressione più rappresentativa - le condizioni o il modulo è imposto all'altra parte, non rappresentando uno schema negoziale predisposto dai contraenti o da associazioni di categoria per disciplinare futuri rapporti contrattuali»; A. Orestano, *Accordo normativo e autonomia negoziale*, Padova, 2000, 2. G. Gitti, *Contratti regolamentari e normativi*, Padova, 1994, 38, rileva che, pur nei diversi risultati cui è pervenuta l'elaborazione dottrinale riguardo al tema del contratto normativo, tutti riconoscono «che si tratta di un accordo con cui le parti stabiliscono la regolamentazione cui dovranno essere uniformati i rapporti che esse porranno in essere in seguito». In Germania l'argomento è stato studiato con risultati, sul punto, non dissimili, di cui dà conto Id., *Contratti regolamentari e normativi*, cit., 214-218, nonché V. Rizzo, *Condizioni generali del contratto e predisposizione normativa*, Napoli, 1983, 156 ss. In tale contesto si è evidenziato che la predisposizione delle condizioni contrattuali ad opera di una sola parte va qualificata nell'ambito del negozio unilaterale e non del contratto normativo, cfr. Lukes, *Gedanken zur Begrenzung des Inhalts Allgemeiner Geschäftsbedingungen*, in *Juristische Schulung*, 1961, 477.

(33) E. Gabrielli, *Il contratto e le sue classificazioni*, in *I contratti in generale*, t. 1, a cura di E. Gabrielli, in *Trattato dei contratti*, cit., 63, pone in luce l'utilità del concetto di operazione economica, quale strumento idoneo ad evidenziare l'unitarietà dell'assetto globale di interessi, in particolare nelle fattispecie dotate di strutture particolarmente complesse.

(34) «Le prestazioni dell'intermediario sono atti di cooperazione», così D. Maffei *La natura e la struttura dei contratti di investimento*, in *Riv. dir. priv.*, 2009, 83; cfr. inoltre A. Gentili, *Inadempimento dell'intermediario e vizi genetici dei contratti di investimento*, *ibidem*, 33, il quale pure sottolinea che il compito principale dell'intermediario è di cooperare alle singole scelte di investimento del cliente.

obblighi di cura dell'interesse del cliente quali precetti basilari, caratterizzanti tutte le fasi del rapporto.

In virtù delle esposte considerazioni riteniamo che il rapporto d'intermediazione finanziaria configuri un contratto unitario, disciplinato da condizioni generali di contratto, con obblighi di prestazione, del quale gli atti funzionali alle singole operazioni finanziarie costituiscono la fase esecutiva.

Le argomentazioni poc'anzi svolte possono essere estese allo specifico ambito dei derivati, strumenti finanziari (cfr. art. 1, comma 2, lett. d, e, f, g, h, i, j, e art. 1, comma 3, TUF, nel testo vigente) da valutare alla stessa stregua dei valori mobiliari e di qualsiasi azione od obbligazione, quando siano oggetto di servizi d'investimento (art. 1, comma 2, lett. a, TUF). È del pari pacifico che la negoziazione, anche per conto proprio (*id est* in contropartita diretta), è un servizio d'investimento (art. 1, comma 5, TUF).

Su queste premesse va considerato che il c.d. contratto quadro su derivati è il contratto di cui all'art. 23 TUF, cioè è il contratto idoneo ad assolvere all'onere di forma ivi prescritto. Ed è perciò anche il contratto relativo alla prestazione dei servizi d'investimento di cui sopra s'è detto, fonte di obbligazioni, fra cui quelle di informazione, di assistenza, di cura dell'interesse del cliente.

Il predetto inquadramento, per i derivati, risulta coerente con la prassi accolta nell'ambito ISDA (International Swaps and Derivatives Association), il cui modello contrattuale predisposto per i derivati *over the counter* (OTC) prevede che il contratto quadro (*master agreement*) e tutti gli atti esecutivi (*confirmations*) formano un singolo contratto tra le parti, e non una pluralità distinta di contratti (35).

I singoli «contratti derivati esecutivi», visti in questa luce, sono «operazioni», cioè atti di esecuzione dell'unitario contratto (c.d. contratto quadro). E ciò indipendentemente dal fatto che, isolatamente considerati, possano avere essi stessi natura di contratto e dall'eventuale disciplina applicabile in sé a tale contratto (36). Il che non pare dissimile da quanto accade in caso di investimento in azioni, operazione deducibile in sé in un contratto di borsa, ma che nell'ottica del contratto d'intermediazione rileva come prestazione esecutiva resa dalla banca in favore del cliente (37).

Dalla suesaposta ricostruzione si possono trarre i seguenti risvolti applicativi.

Le parti stipulano il c.d. contratto quadro, in forza del quale l'intermediario è tenuto ad osservare gli obblighi di cui ai precetti previsti dal T.U.F. e dalla disciplina regolamentare, con riferimento a ciascuna operazione posta in essere.

In caso di inadempimento e di domanda di risoluzione, il giudizio di non scarsa importanza chiesto dall'art. 1455 c.c. va condotto avuto riguardo al complessivo assetto d'interessi delineato dai contraenti; la risoluzione comporta lo scioglimento dell'intero contratto e di tutte le operazioni finanziarie ed elimina la giustificazione causale delle prestazioni contrattuali, perciò il suo primo effetto è di obbligare le parti a restituirsi reciprocamente le medesime oppure (se non sono state eseguite) di liberare i contra-

Note:

(35) Cfr. Section 1(c) dell'ISDA Master Agreement (2002): «*All transactions are entered into in reliance on the fact that this Master Agreement and all Confirmations form a single agreement between the parties ... and the parties would not otherwise enter into any Transactions*».

(36) Non tiene conto di questa distinzione di piani Trib. Bologna 1° dicembre 2009, in *Giur. comm.*, II, 2011, 189 ss., il quale, giudicando in merito ad un contratto di swap stipulato da un Comune, ragiona della sua natura esclusivamente in relazione alle caratteristiche intrinseche dell'operazione, comportante uno scambio di flussi in base alle condizioni ed ai parametri prefissati, e così valutandolo come contratto di scambio; il che non consente di intendere l'operazione nella logica della più ampia vicenda cui aderisce, che attiene ad un rapporto di cooperazione.

(37) Sono già note fattispecie contrattuali in cui il contratto ha ad oggetto prestazioni, le quali, se considerate in modo indipendente, potrebbero dar luogo ad un contratto a sé stante. Nel contratto di somministrazione (art. 1559 c.c.) le prestazioni sono astrattamente riconducibili al tipo della vendita o della locazione. Tuttavia esse (anche se effettuate sulla scorta di specifici ordini del somministrato, eseguiti dal somministrante) non danno luogo ad altrettanti contratti di vendita o di locazione. La somministrazione non è la somma di più vendite (così G. Cottino, *Del contratto estimatorio. Della somministrazione*, in *Commentario del Codice Civile*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma, 1970, 78) ma resta un contratto unitario, in virtù della sua propria funzione economica. Analoga struttura è ravvisabile nel contratto d'appalto di servizi con prestazione continuata o periodica (art. 1677 c.c.), al quale è riferibile la norma dell'art. 1560, cfr. O. Cagnasso - G. Cottino, *Contratti commerciali*, in *Trattato di diritto commerciale*, dir. da G. Cottino, IX, 2ª ed., Padova, 2009, 600. Nonché nei contratti d'opera (art. 2222 c.c.), utilizzati nella prassi, in cui si stabilisca che il committente può chiedere, nell'ambito di un determinato arco temporale o a tempo indeterminato, la prestazione di determinati servizi, la cui disciplina ed effetti sono regolamentati nel contratto stesso; le singole richieste e relative esecuzioni non danno vita ad altrettanti, autonomi contratti. Analogo schema si può trovare, altresì, nel contratto di conto corrente bancario, ove si aderisca ad una delle tesi che lo qualifica come contratto unitario, tipico (cfr. M.R. Morelli, *Il conto corrente bancario*, in *Contratti bancari*, dir. da E. Gabrielli-F. Maimeri, in *Giur. sist. di dir. civ. e dir. comm.*, fondata da W. Bigiavi, Torino, 2002, 259 ss.), o atipico (cfr. G. Cavalli, voce *Conto corrente bancario*, in *Enc. giur.*, III, Roma, 1988, 3). Nell'ambito di tale contratto la banca, su ordine del cliente, esegue gli incarichi ricevuti, in base alle regole del mandato (art. 1856 c.c.). Ciò, secondo le predette tesi, non implica il sorgere di un nuovo, distinto contratto (di mandato), bensì costituisce attuazione del contratto di conto corrente medesimo, che mantiene la sua unitaria e più ampia funzione economica. La natura del contratto è peraltro molto discussa, e si ravvisano altresì proposte nel senso di qualificarlo come contratto normativo, oppure come insieme di più contratti collegati; v. una sintesi delle diverse tesi in M.R. Morelli, *Il conto corrente bancario*, cit., 254 ss.

enti dalla relativa obbligazione (art. 1458 c.c.); l'investitore non può chiedere la risoluzione del "contratto esecutivo" e, quindi, della sola operazione contestata (il che rileva nell'ipotesi in cui vi siano altre operazioni andate a buon fine).

Per quanto concerne specificamente le statuizioni contenute nella sentenza in commento, in merito al risarcimento del danno da inadempimento, si deve ritenere che il cliente può chiedere il risarcimento dei danni derivanti dalle singole operazioni pregiudizievoli e per le quali si sia manifestato l'inadempimento (38). In tal caso ha l'onere di provare il nesso causale tra inadempimento e danno.

Peraltro il predetto risarcimento è dovuto anche se, in ipotesi, altri investimenti siano stati fruttuosi, poiché ogni inadempimento obbliga a risarcire il danno, indipendentemente dal fatto che altre prestazioni siano state eseguite correttamente (non si può dar luogo a "compensazioni" fra vantaggi e svantaggi legati a distinte operazioni).

Un'ultima notazione, riguardo al caso deciso dal Tribunale di Milano, concerne l'esclusione dalle voci risarcibili delle commissioni pagate in relazione a ciascun derivato. La sentenza motiva tale esclusione affermando che la condanna a risarcire tutti i risultati negativi dei tre contratti è «idonea a riportare

l'attrice nella medesima situazione patrimoniale in cui versava prima della stipula dei contratti viziati dall'inadempimento della controparte».

Com'è noto, il risarcimento del danno da inadempimento tende a riportare il creditore in una situazione economica equivalente a quella in cui si sarebbe trovato se l'altro contraente avesse adempiuto esattamente la prestazione dovuta. Nella fattispecie è ben ipotizzabile che la diligente cura dell'interesse del cliente avrebbe dovuto indurre l'intermediario a sconsigliare la stipula di derivati (che il Giudice ha accertato essere in contrasto con le esigenze del cliente), il che avrebbe evitato il pagamento delle commissioni; pertanto, nell'ottica del contratto unitario, sopra riferita, anche tale costo può considerarsi un danno che sarebbe stato evitato in presenza di esatto adempimento delle obbligazioni dell'intermediario.

Nota:

(38) La sentenza ha escluso l'inadempimento dell'intermediario riguardo al terzo derivato, sul presupposto della dichiarata natura speculativa dello stesso. Tale giudizio, come si è poc'anzi esposto, non pare tenere adeguatamente conto dell'incisività degli obblighi di cura dell'interesse del cliente, avuto riguardo alle competenze e conoscenze del medesimo e sulla scorta di una valutazione unitaria della complessiva operazione.

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>**

Deposito

Contratto di parcheggio stipulato dall'albergatore e responsabilità *ex recepto*

TRIBUNALE DI CHIETI, 22 febbraio 2012, n. 157 - Giud. Ceccarini - Allianz S.p.a. c. Ristorante Albergo Dragonara s.r.l.

I
Il cliente può stipulare con l'albergatore un autonomo contratto di parcheggio, avente carattere atipico ma inquadrabile, ai fini della disciplina, nello schema generale del contratto di deposito, dal quale deriva una responsabilità *ex recepto* dell'albergatore.

II
Il depositario non si libera dalla responsabilità *ex recepto* provando di avere usato nella custodia la diligenza del buon padre di famiglia, e cioè di aver disposto un adeguato servizio di vigilanza, ma soltanto provando, a mente dell'art. 1218 c.c., che l'inadempimento è derivato da causa a lui non imputabile.

ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI

Conforme	I) Cass. 13 luglio 1982, n. 4128 in <i>Giust. civ. Mass.</i> 1982, 7 e in <i>Foro it.</i> 1982, I, 2163; Trib. Parma 24 novembre 1998, in <i>Resp. civ. e prev.</i> 1999, 1356; App. Milano 14 settembre 2001, in <i>Giur. milanese</i> , 2002, 452; Cass. 15 novembre 2002 n. 16079 in <i>Foro it.</i> , 2003, I, 1526; Cass. 12 marzo 2010, n. 6048, in <i>Danno e resp.</i> , 2011, 177 ss. e in <i>Giust. civ.</i> 2010, 2788; II) Cass. 22 dicembre 1983, n. 7557, in <i>Giust. civ. Mass.</i> , 1983, 11; Trib. Padova, 28 settembre 2005, n. 2429, in <i>Dejure</i> ; Cass. 13 marzo 2007 n. 5837, in <i>Giust. civ. Mass.</i> , 2007, 3 e in <i>Giur. it.</i> 2007, 8-9, 1912 (s.m.); Cass. 27 gennaio 2009, n. 1957, in <i>Foro it.</i> , 2009, 4, I, 1006; Cass., 10 marzo 2009, n. 5736, in <i>Giust. civ. Mass.</i> , 2009, 3, 420; Cass. 7 ottobre 2010, n. 20809, in questa <i>Rivista</i> , 2011, 567 ss.
Difforme	Non sono stati rinvenuti precedenti in termini.

Fatto

1. La Allianz S.p.a., surrogandosi nei diritti della SMEG S.p.a., proprietaria dell'autocarro Iveco Daily 35, targato (.....), ha convenuto in giudizio, innanzi a questo Tribunale, la Ristorante Albergo Dragonara S.r.l. per sentirla condannare al pagamento di euro 11.880,00 o della diversa somma ritenuta di giustizia, oltre interessi legali, a titolo di risarcimento del danno derivante dal furto del detto autocarro avvenuto nel parcheggio dell'Hotel Dragonara di San Giovanni Teatino, tra le ore 16,00 del 5 novembre 2007 e le ore 8,00 del giorno successivo, assumendo di avere pagato la detta somma a titolo di indennizzo alla proprietaria del mezzo, in virtù della polizza assicurativa n. (.....), e che dell'evento dannoso debba rispondere la società convenuta, quale custode del veicolo.

2. La Ristorante Albergo Dragonara S.r.l. si è costituita in giudizio e, in via principale, ha invocato il rigetto della domanda, perché infondata in fatto e in diritto, assumendo di non avere assunto alcun obbligo di custodia dell'auto-

carro in oggetto, e, comunque, di non essere tenuta a rispondere del furto del veicolo per espressa previsione dell'art. 1785 *quinquies* c.c., mentre, in subordine, ha invocato la limitazione di responsabilità sancita dall'art. 1783, ultimo comma, c.c. ed ha chiamato in garanzia la Itas Assicurazioni S.p.a. per essere da questa manlevata dalle conseguenze patrimoniali derivanti dall'eventuale accoglimento della domanda attrice.

3. La Itas Assicurazioni S.p.a. si è costituita in giudizio unitamente alla Itas Mutua e, in via preliminare, ha eccepito la propria carenza di legittimazione passiva, giacché il contratto di assicurazione posto a fondamento della chiamata in giudizio è stato stipulato con la convenuta Itas Mutua. Quest'ultima si è associata alle difese della propria assicurata, chiedendo il rigetto della pretesa risarcitoria avanzata dalla Allianz S.p.a. e, in subordine, ha eccepito la in operatività della garanzia e, comunque, la limitazione di responsabilità derivante dal massimale garantito.

4. Tutte le parti hanno invocato il diritto alla rifusione

delle spese di lite, salvo la Itas Assicurazioni, la quale ha rinunciato al rimborso in favore della convenuta.

Motivi della decisione

La Allianz S.p.a., surrogandosi nei diritti della Smeg S.p.a., proprietaria dell'autocarro Iveco Daily 35, targato (.....), ha agito in giudizio nei confronti della Ristorante Albergo Dragonara S.r.l. per sentirla condannare al pagamento di euro 11.880,00 o della diversa somma ritenuta di giustizia, a titolo di risarcimento del danno derivante dal furto del detto autocarro avvenuto nel parcheggio dell'Hotel Dragonara di San Giovanni Teatino, tra le ore 16,00 del 5 novembre 2007 e le ore 8,00 del giorno successivo. Relativamente alla fattispecie dedotta in giudizio, giova premettere che tra i doveri che incombono sull'albergatore in virtù del contratto di albergo, ai sensi degli artt. 1783 ss. c.c., non c'è quello della custodia dei veicoli dei clienti, poiché, com'è noto, l'art. 1785 *quinquies* c.c., introdotto dalla l. 10 giugno 1978, n. 316, che ha ratificato e dato esecuzione alla Convenzione europea sulla responsabilità degli albergatori firmata a Parigi il 17 dicembre 1962, prevede che le norme sulla responsabilità dell'albergatore per le cose portate in albergo non si applicano ai veicoli. Tuttavia, la Suprema Corte ha da tempo riconosciuto che, unitamente al contratto d'albergo, il cliente può stipulare con l'albergatore un autonomo contratto di parcheggio, avente carattere atipico ma inquadrabile, ai fini della disciplina, nello schema generale del contratto di deposito, dal quale deriva una responsabilità *ex recepto* dell'albergatore. Tale contratto, al pari del deposito, si perfeziona con la consegna della cosa, la quale, nel caso di specie, può essere effettuata simbolicamente, con la consegna delle chiavi (Cass. 12 marzo 2010, n. 6048), ovvero mediante la immissione del veicolo nell'apposita area riservata alla clientela, allestita per il parcheggio dall'albergatore e da questi custodita (cfr., con riferimento al parcheggio allestito da imprenditore pubblico o privato: Cass. 22 dicembre 1983, n. 7557; Cass. 2 marzo 1985, n. 1787; Cass. 10 dicembre 1996, n. 10986; Cass. 26 febbraio 2004, n. 3863; Cass. 13 marzo 2007, n. 5837; Cass. 27 gennaio 2009, n. 1957). D'altra parte, a seguito della conclusione di un siffatto contratto atipico, l'albergatore assume la responsabilità *ex recepto*, tipica del custode, la quale non può essere esclusa o limitata mediante avvisi verbali o la semplice apposizione di cartelli poiché la clausola di esonero dalla responsabilità ha carattere vessatorio e, come tale, è inefficace se non risulta specificamente approvata per iscritto (Cass. 1° dicembre 2004, n. 22598; Cass. 13 marzo 2007, n. 5837). Nel contratto di cui si tratta, il richiamo alla responsabilità del custode porta all'applicazione dell'art. 1768, 1° comma, c.c. secondo il quale, il depositario deve usare la diligenza del buon padre di famiglia. Al riguardo giova precisare che, secondo il ripetuto insegnamento della Suprema Corte, in caso di perdita della cosa depositata in seguito a furto, il depositario non si libera della responsabilità *ex recepto* provando di avere usato nella custodia la diligenza del buon padre di famiglia prescritta dall'art. 1768 c.c., e cioè di aver disposto un adeguato servizio di sorveglian-

za, ma soltanto provando, a mente dell'art. 1218 c.c., che l'inadempimento è derivato da causa a lui non imputabile (Cass. 10 marzo 2009, n. 5736; Cass. 12 aprile 2006, n. 8629; Cass. 8 agosto 1997, n. 7363). Peraltro, secondo questo giudicante, sempre sotto un profilo generale, deve escludersi che nel contratto atipico di parcheggio, stipulato con l'albergatore, quest'ultimo possa invocare, nel caso di furto di veicolo, il secondo comma del citato art. 1768 c.c., secondo il quale, nel caso di deposito gratuito, la responsabilità per colpa è valutata con minor rigore. Infatti, ancorché l'albergatore non abbia richiesto al cliente che soggiorna nell'albergo uno specifico compenso per l'utilizzo del parcheggio, tale prestazione deve ritenersi inscindibilmente connessa al contratto oneroso di albergo, del quale rappresenta una prestazione accessoria. Infine, nel caso di furto del veicolo nell'area di parcheggio dell'albergo, poiché l'albergatore non risponde dell'evento dannoso in virtù del contratto di albergo, ma, eventualmente, in virtù dell'autonomo contratto atipico stipulato con il cliente, non trova applicazione la limitazione di responsabilità sancita dall'ultimo comma dell'art. 1783 c.c., poiché la detta norma ha carattere eccezionale e, come tale, non è suscettibile di applicazione estensiva o analogica.

Alla luce dei suddetti principi e dell'attività istruttoria complessivamente svolta, l'azione di surroga spiegata dalla Allianz S.p.a. deve ritenersi fondata e meritevole di accoglimento. Ed invero, tra le parti risulta del tutto pacifico che l'autocarro Fiat Iveco Daily, targato (.....), di proprietà della Smeg S.p.a., sia stato rubato tra le ore 16,00 del 5 novembre 2007 e le ore 8,00 del giorno successivo, presso un parcheggio dell'Hotel Dragonara di San Giovanni Teatino, così come risulta dalla denuncia presentata da F. M., dipendente della proprietaria del mezzo, ai Carabinieri della Stazione di Sambuceto il giorno della scoperta del furto. D'altra parte, nel corso dell'interrogatorio formale, il legale rappresentante della società convenuta ha ammesso che, con il pernottamento in albergo, era stato messo a disposizione dei dipendenti della Smeg un posto auto nell'area di parcheggio ove è avvenuto il furto. Nel corso dell'interrogatorio formale, il legale rappresentante della convenuta ha dichiarato, altresì, che l'area in questione è sorvegliata mediante un sistema di videocamere collegate ad alcuni monitor posti nella hall dell'albergo e, fino alle tre del pomeriggio, anche da una persona addetta, ed è accessibile soltanto attraverso un ingresso munito di citofono e di una sbarra comandata dall'interno, sulla quale sono puntate le videocamere. Tali circostanze, confermate anche dai testi M. e C., dipendenti della parte convenuta, dimostrano che l'area di pertinenza dell'Hotel Dragonara, ove è avvenuto il furto, del veicolo, oltre ad essere recintata, è soggetta alla vigilanza continua del personale dell'albergo. Inoltre, il teste M. ha riferito che nell'area di pertinenza dell'hotel vi è un parcheggio munito di cartello, con il simbolo della telecamera, nel quale si avvisa che l'area è riservata alla clientela e che, per le lunghe soste, i clienti possono usufruire di altra area video-sorvegliata. Lo stesso ha precisato che all'ingresso del parcheggio vi è una ta-

bella che espone le tariffe del parcheggio, e tale circostanza risulta confermata dalle fotografie allegate all'atto di citazione. Infine, il teste M. ha riferito che i clienti dell'albergo che pernottano hanno diritto di parcheggiare nell'area video-sorvegliata, e che per tale servizio essi non pagano alcun sovrapprezzo.

Sulla base di tali risultanze istruttorie deve ritenersi che, tra le prestazioni offerte dall'Hotel Dragonara alla propria clientela, vi è quella della custodia dei veicoli in un'area di parcheggio appositamente attrezzata, la quale scaturisce da un contratto atipico di parcheggio annesso al contratto di albergo, che si perfeziona con la immissione del veicolo nella detta area e comporta l'assunzione, da parte dell'albergatore, della responsabilità *ex recepto* tipica del custode. Più in particolare, nel caso di specie, l'obbligo della custodia deriva non da espressa pattuizione, ma, piuttosto, dall'affidamento ingenerato nella clientela dalle caratteristiche dell'area ad essi riservata e dai sistemi di vigilanza e controllo di cui la stessa è dotata, mentre l'esonero dell'albergatore dalla responsabilità, per il caso di furto dei veicoli, non può fondarsi su comunicazioni verbali (che, peraltro, nel caso di specie, non risultano concretamente effettuate), né sulla prova di avere disposto un adeguato servizio di vigilanza, ma, a mente dell'art. 1218 c.c., soltanto la prova che l'inadempimento sia derivato da causa ad esso non imputabile. Infine, la prestazione in oggetto, in quanto annessa al contratto d'albergo ha carattere oneroso, ancorché, per i clienti che pernottano (a differenza di quelli che si fermano in albergo per il pasto o che soggiornano solo alcune ore o anche l'intera giornata, ma senza pernottare, i quali sono tenuti al pagamento del parcheggio secondo la tariffa esposta), il relativo prezzo sia compreso nel corrispettivo pattuito per la camera.

Secondo questo giudicante, nel caso di specie la convenuta non ha soddisfatto l'onere della prova a suo carico, e, per di più, le risultanze istruttorie evidenziano un sua precisa responsabilità per non avere impedito la sottrazione del mezzo attraverso l'utilizzo appropriato dei sistemi di videosorveglianza appositamente predisposti.

Sotto questo profilo, occorre poi considerare che, attraverso la produzione della polizza assicurativa stipulata con la Smeg S.P.A. e del certificato di proprietà del mezzo, l'attrice ha dimostrato di essere stata obbligata al pagamento dell'indennizzo per furto dell'autocarro in oggetto, mentre, attraverso la produzione dell'atto di quietanza del 4 marzo 2008, la stessa ha dimostrato di aver pagato alla propria assicurata la somma di euro 11.880,00 e di essersi contestualmente surrogata nei diritti ad essa spettanti contro il responsabile civile, fino alla concorrenza dell'indennizzo versato.

La convenuta deve essere, pertanto, condannata a rimborsare alla Allianz S.p.a. la somma di euro 11.880,00 da questa versata alla Smeg S.p.a. a titolo di indennizzo, oltre interessi legali correnti dal 4 marzo 2008 fino al soddisfo.

Infine, con riguardo all'azione di garanzia spiegata dalla Ristorante Albergo Dragonara S.r.l. nei confronti della Itas Assicurazioni, va accolta l'eccezione di carenza di le-

gittimazione passiva sollevata dalla terza chiamata, giacché la Polizza Dimensione Turismo n. (...), è stata stipulata dalla convenuta con la Ital Mutua. Invece, l'azione spiegata nei confronti di questa ultima società, spontaneamente costituitasi in giudizio, deve essere rigettata, poiché la detta polizza esclude dai rischi assicurati il furto dei veicoli del cliente regolarmente parcheggiati in rimessa o all'aperto in apposito spazio opportunamente attrezzato di pertinenza dell'albergo (crf. art. 37, comma 7, in relazione agli artt. 12 e ss. Sezione C).

Tra la Itas Assicurazioni e la Ristorante Albergo Dragonara S.r.l. le spese devono essere interamente compensate, così come richiesto dalla terza chiamata. Tra le altre parti le spese seguono invece la soccombenza e, tenuto conto della natura e del valore della controversia, nonché dell'importanza, della complessità e del numero delle questioni trattate, devono essere liquidate nella misura di cui appresso.

P.Q.M.

Il Tribunale, definitivamente pronunciando nel giudizio promosso dalla Allianz S.p.a. nei confronti della Ristorante Albergo Dragonara S.r.l., nel quale è stata chiamata in garanzia la Itas Assicurazioni S.p.a. ed è intervenuta volontariamente la Itas Mutua, ogni ulteriore istanza ed eccezione disattesa, così provvede:

1. accerta e dichiara la responsabilità della Ristorante Albergo Dragonara S.r.l. in ordine al furto dell'autocarro assicurato dalla società attrice e, per l'effetto, la condanna a pagare alla Allianz S.p.a. la somma di euro 11.880,00 oltre interessi legali correnti dal 4 marzo 2008 fino al soddisfo;
2. dichiara il difetto di legittimazione passiva della Itas Assicurazioni S.p.a.;
3. rigetta l'azione di garanzia spiegata dalla convenuta nei confronti della Itas Mutua,
4. compensa interamente le spese di lite tra la convenuta e la Itas Assicurazioni S.p.a.;
5. condanna la convenuta a rimborsare alle altre parti le spese del giudizio che liquida, in favore della Allianz S.p.a., in euro 432,00 per spese, euro 2.477,00 per diritti, ed euro 5.000,00 per onorari, e, in favore della Itas Mutua, in euro 105,00 per spese, euro 1988,00 per diritti ed euro 2.685,00 per onorari, oltre spese generali, IVA, e CPA come per legge.

Chieti, 21 febbraio 2012

IL COMMENTO di Gianfranco Orlando

La sentenza in esame sancisce la responsabilità dell'albergatore per il furto di un veicolo posteggiato in un'area di pertinenza dell'albergo in virtù della conclusione di un autonomo contratto di parcheggio. La soluzione sembra discendere dall'applicazione della disciplina del contratto di deposito e, in particolare, del regime della responsabilità *ex recepto*. L'autore evidenzia che questo particolare regime non riguarda tutti i contratti aventi ad oggetto un obbligo di "custodire", ma solo i casi in cui sia stato assunto uno specifico obbligo "di risultato" diretto alla "preservazione" del bene (il veicolo). Nel caso in cui, invece, un siffatto obbligo non sia stato dedotto in contratto, trova applicazione la disciplina del deposito ordinario, in forza della quale il depositario (il parcheggiatore) si intenderà liberato se dimostra di essersi comportato secondo la diligenza del buon padre di famiglia (tipica delle obbligazioni "di mezzi"). Nel caso di specie la concreta *ratio decidendi* appare correttamente adeguata alle conseguenze derivanti dalla riferita distinzione.

Il fatto (*)

Surrogandosi nei diritti del proprio assicurato, una società di assicurazioni agiva in giudizio nei confronti del gestore di un albergo per vederlo condannare al pagamento del risarcimento del danno derivante dal furto di un autoveicolo avvenuto nel parcheggio (custodito) dell'albergo.

La questione sorta innanzi al Tribunale di Chieti ruotava attorno alla verifica se al gestore d'albergo fosse ascrivibile una responsabilità per l'avvenuto furto.

Prima facie, la soluzione sembrerebbe dover essere negativa. È noto, infatti, che non si possono applicare ai veicoli del cliente le disposizioni relative al deposito in albergo. A sancirlo è l'art. 1785-*quinquies* c.c. (1), ai sensi del quale le disposizioni sulla responsabilità dell'albergatore per le cose portate in albergo, previste dagli artt. 1783 ss. c.c., «...non si applicano ai veicoli, alle cose lasciate negli stessi, né agli animali vivi».

Nonostante ciò, la sentenza in commento ha affermato la responsabilità dell'albergatore. Vediamo perché.

Qualificazione del contratto: contratto di deposito in albergo o contratto di parcheggio?

Da quanto è dato desumere dall'esposizione degli elementi di fatto esposti nella sentenza, risulta che l'albergatore aveva messo a disposizione del cliente, oltre ad una camera per il pernottamento, un'area di pertinenza per il posteggio del proprio veicolo. Il fatto non è stato, tuttavia, ritenuto di per sé sufficiente a ricondurre la fattispecie nel tipo del deposito in albergo: il giudice ha reputato, infatti, che il contratto - sebbene concluso in occasione del pernottamento - fosse dotato di una propria autonomia (2).

Nonostante l'inclinazione a far sembrare integrati

altri tipi contrattuali, infatti, la fattispecie in esame appare essenzialmente caratterizzata dall'affidamento in custodia del veicolo (3).

Conseguentemente, per tale bene non si applicano le disposizioni sul regime di responsabilità del deposito *in albergo*, bensì le norme generali sul contratto di deposito ordinario (4) (*rectius*: sul contratto di posteggio) (5).

Note:

(*) N.d.R.: Il presente contributo è stato sottoposto, in forma anonima, al vaglio del Comitato di Valutazione.

(1) Introdotto dalla l. 10 giugno 1978, n. 316 (in Suppl. ord. a G.U.R.I. 3 luglio 1978 n. 183) che ha ratificato e dato esecuzione alla *Convenzione europea sulla responsabilità degli albergatori per le cose portate dai clienti in albergo*, con allegato, firmata a Parigi il 17 dicembre 1962.

(2) Cass. 13 luglio 1982 n. 4128 in *Giust. civ. Mass.* 1982, 7 e in *Foro it.* 1982, I, 2163; Trib. Parma 24 novembre 1998, in *Resp. civ. e prev.* 1999, 1356 con nota di Fiaccadori; App. Milano 14 settembre 2001, in *Giur. milanese*, 2002, 452; Cass. 12 marzo 2010, n. 6048, in *Danno e resp.*, 2011, 177 ss. con nota di Baldassarre, *Contratto di parcheggio e deposito: una storia infinita*, 179 ss.; e in *Giust. civ.* 2010, 12, con nota di Cocuccio, *Furto di autovettura e responsabilità dell'albergatore in forza di un contratto di deposito*, 2788 ss.; Vanacore, *Furto di autovettura parcheggiata in hotel: il punto della III sezione su qualificazione del contratto ed obbligazione di restituzione*, in *Resp. civ.*, 11, 783 ss.

(3) Per le varie ipotesi che si possono configurare v. Carnevali, *Commento alla legge 10 giugno 1978, n. 316*, sub Art. 1785-*quinquies*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1979, 154 s.; Scalisi, *Il contratto di deposito. Del deposito in generale. Del deposito in albergo. Del deposito nei magazzini generali*, Artt. 1766 - 1797, in *Il Codice civile commentato*, diretto da Busnelli, Milano, 2011, 336 ss.

(4) Rispetto al deposito ordinario, il deposito in albergo prevede una particolare disciplina della responsabilità - contenuta nell'art. 1783 c.c. (responsabilità "aggravata" o *ex recepto*) - per l'ipotesi di deterioramento, distruzione o sottrazione delle cose portate in albergo; v. Cocuccio, *Furto*, cit.; Id., *Responsabilità dell'albergatore per furto di autovettura*, in *Dir. turismo*, 2003, 373.

(5) Carnevali, *op. cit.*, 154; Preden, voce *Albergo (contratto di)*, in *Enc. dir.*, Il agg., 1998, 61; Zuddas, *Il deposito in albergo e nei magazzini generali*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da Buonocore, II, 3, IV, Torino, 2006, 72. Per la giurisprudenza, v. *supra*, nota 2.

Si comprende, in tal modo, perché è stata ritenuta inconsistente l'obiezione diretta a sostenere che l'albergatore non era responsabile in virtù dell'art. 1785-*quinquies* c.c. Il contratto d'albergo, infatti, non aveva rilievo per la soluzione del caso.

Piuttosto, occorre valutare se il gestore era da ritenersi responsabile in virtù dell'autonomo contratto di parcheggio.

Com'è noto, si ritiene che quest'ultimo contratto consista in un contratto di deposito (6) (o comunque in un contratto atipico per il quale, in assenza di un'espressa disciplina, si applicano le norme generali sul contratto di deposito (7)).

Da qui emerge anche la rilevanza data, per giungere alla soluzione del caso, all'ulteriore profilo relativo alla gratuità od onerosità del contratto.

Ad avviso del giudice (8), infatti, si doveva escludere che nel contratto in esame l'albergatore potesse invocare a proprio favore il secondo comma dell'art. 1768 c.c. (in virtù del quale, quando il deposito è gratuito, la responsabilità per colpa del custode va valutata con minor rigore), in quanto - sebbene per il servizio offerto non era stato previsto un sovrapprezzo - il corrispettivo per il deposito del veicolo era "compreso" nel prezzo per il pernottamento in albergo (9).

Il contratto doveva quindi considerarsi a titolo oneroso (10). L'accessorietà che legava i suddetti contratti non era dunque idonea ad escludere la loro reciproca autonomia, ma colorava il contratto di parcheggio dell'onerosità.

Parcheggio, deposito ordinario e responsabilità *ex recepto*

Il richiamo alla responsabilità del custode evoca immediatamente il primo comma dell'art. 1768 c.c. secondo cui il custode, nell'adempiere alla propria obbligazione, deve usare la diligenza del buon padre di famiglia.

Nondimeno, l'applicazione in concreto di questa norma appare del tutto particolare. E lo si deduce dall'argomentazione che, nella motivazione della sentenza, fa seguito all'invocazione della norma citata.

Scrivono l'estensore: «(...) Il depositario non si libera dalla responsabilità *ex recepto* provando di avere usato nella custodia la diligenza del buon padre di famiglia, e cioè di aver disposto un adeguato servizio di vigilanza, *ma soltanto provando, a mente dell'art. 1218 c.c., che l'inadempimento è derivato da causa a lui non imputabile*» (11).

Questa idea ricorre spesso nei massimari - anche di legittimità - aventi ad oggetto casi simili al nostro (12); e sembra essere per molti versi espressione dell'idea secondo cui il regime della responsabilità *ex recepto* si

deve applicare *in ogni caso* in cui ricorre un obbligo di "custodire" (anche per semplice deposito ordinario). In realtà, è opportuno soffermarsi sulla questione, facendo innanzitutto un passo indietro.

In dottrina si è detto che la clausola generale della diligenza del depositario non assolve soltanto alla comune funzione di misura e grado del comportamento dovuto dal debitore, ma anche a quella di determinare il contenuto di un obbligo specifico che la genericità della *causa custodiendi* lascia necessariamente al depositario (13).

Si segnala, quindi, la necessità di adeguare il modello di diligenza in base alla natura della prestazione. È possibile, tuttavia, fare un passo ulteriore. Si può ritenere, infatti, che questa particolare incidenza sul contenuto della prestazione non indichi tanto (o solo) la (tradizionale) (14) "elasticità" quale criterio di valutazione dell'esecuzione della prestazione, ma alluda, in realtà, a qualcosa di più profondo.

È sufficiente, infatti, un confronto tra la diligenza del depositario comune (quale configurabile alla stregua degli artt. 1766, 1768, 1780 c.c.), da un lato, e quella che, dall'altro, inerisce ad ipotesi tipiche di responsabilità *ex recepto* (come quella del contratto di trasporto (15), del deposito in albergo (16), del deposito in magazzini generali (17) o in cassette di sicurezza) (18), per capire che non si tratta tanto di un criterio di "misura", ma dell'esatta individuazione del *contenuto della prestazione* dedotta in contratto.

Ed in effetti è già una sensazione diffusa nel senso comune quella che coglie una chiara differenza negli scopi perseguiti tra chi, ad esempio, affida a taluno in custodia un proprio animale domestico prima di partire per un viaggio (obbligo di *custodia diligente*: affido la cosa perché il depositario se ne prenda cura diligentemente, con l'obbligo di restituirlo al mio ritorno) e chi, invece, deposita un oggetto prezioso in una cassetta di sicurezza in banca (obbligo di *sicurezza* o *conservazione* del bene: affido il bene in custodia, non solo perché se ne prenda cura, ma perché venga preservato da particolari eventi, come, ad es., i furti che potrebbero interessare la mia abitazione). In quest'ultimo caso, infatti, è evidente che eventi quali il furto, l'incendio, ecc. sono proprio quegli avvenimenti che il creditore voleva evitare affidando il bene in custodia al debitore (che si è obbligato ad evitarli).

Questa distinzione esprime tutta la differenza che corre tra la custodia dedotta in un'obbligazione "di mezzi" e quella di un'obbligazione "di risultato". Da essa, peraltro, discende anche la ragione per cui solo in quest'ultimo caso ha senso discutere di responsabilità *ex recepto*.

Anche dall'analisi dei dati positivi (19) e dalle con-

crete *rationes decidendi* giurisprudenziali (20) sui contratti che configurano classiche ipotesi di responsabilità *ex recepto*, peraltro, risulta evidente che la prestazione dedotta in questi ultimi casi non consiste solo nella semplice “custodia diligente” finalizzata alla restituzione della cosa, bensì nella “sicurezza” del bene (21).

Detto altrimenti, nei casi di responsabilità *ex recepto* l'attività di custodia dei beni da parte del debitore ha una connotazione più incisiva rispetto a quella che si può pretendere nel deposito ordinario. O meglio: la particolare attività di custodia diretta alla “conservazione” del bene, giustifica il regime della responsabilità *ex recepto*, il quale, invece, non ha ragione d'essere per il mero obbligo di custodia diligente cui è tenuto il depositario comune.

In caso di assunzione dell'obbligo di “conservazione”, infatti, la prestazione di custodia si connota come un particolare *risultato da raggiungere* (22): il depositante affida la cosa in custodia proprio perché il suo intento è la preservazione della stessa da un'eventuale perdita (ad es. per furto); e il custode assume l'obbligo precipuo di raggiungere questo risultato (la protezione dai furti).

Negli altri tipi di deposito, invece, il debitore non assume un siffatto obbligo.

Certo, è evidente che anche in quest'ultimo caso l'interesse del creditore è quello che la cosa sia preservata nella sua integrità fisica al fine di essere restituita. Nondimeno, ciò non implica che vi sia l'assunzione di uno specifico obbligo di “conservazione” (intesa in senso pregnante, come preservazione o sicurezza del bene da eventi che ne possono determinare la perdita o il deterioramento). Nel caso del deposito ordinario, infatti, il risultato *in obligatione* avrà ad oggetto solo lo svolgimento di una diligente attività di custodia (art. 1768 c.c.).

Occorrerebbe, quindi, prendere atto del fatto che tra l'ipotesi del deposito al quale sia applicabile il regime della responsabilità *ex recepto* e quella del deposito ordinario, corre una differenza sostanziale, in quanto tali contratti hanno ad oggetto prestazioni per buona parte diverse.

Tutto ciò induce a ritenere, innanzitutto, che, contrariamente a quanto spesso affermato in giurisprudenza, non ogni tipo di deposito (disciplina applicabile analogicamente al caso di specie) comporta l'applicazione della responsabilità *ex recepto*.

In secondo luogo, se ciò è vero, non è possibile pervenire alla corretta soluzione del caso in esame se non viene vagliata la precisa connotazione dell'oggetto del contratto di posteggio concluso: esso pre-

vedeva solo la diligente predisposizione dei mezzi per la custodia della cosa in vista della restituzione, o anche l'obbligo di “preservazione” del bene (quale “risultato” al quale il debitore era obbligato)?

Note:

(6) Cass. 2 marzo 1985, n. 1787, in *Giur. it.*, 1985, I, 1, 1170; cfr. Ciatti, *Contratto di parcheggio e deposito*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, I, 1235.

(7) Cfr. Cass. 25 febbraio 1981, n. 1144, in *Giur. it.*, 1981, I, 1, 1584; Cass. 27 maggio 1982, n. 3288, in *Giust. civ. Mass.* 1982, 5; Cass. 22 dicembre 1983, n. 7557 *ivi*, 1983, 11; Cass. 3 dicembre 1990, n. 11568, in *Arch. circ. sin.*, 1991, 208; Cass. 23 agosto 1990, n. 8615, in *Resp. civ. e prev.* 1991, 279; Trib. Parma 24 novembre 1998, cit.; Cass., 1° ottobre 1999, n. 10892, in questa *Rivista*, 2000, 379, con nota di Natale, *La tutela del proprietario terzo rispetto al contratto di deposito*; Gallone, *Parcheggio, contratto di posteggio e responsabilità*, Padova, 1999; App. Milano 12 gennaio 2000, in *Gius.*, 2000, 1741; App. Milano 1° febbraio 2000, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2000, I, 441, con nota di Chindemi, *Il contratto di parcheggio di autovettura in area recintata. Contratto di deposito o locazione d'area?*; App. Milano 30 maggio 2000, *ivi*, 2001, I, 40 con nota di Chindemi, *Limiti della responsabilità del gestore di parcheggio in area recintata*; Trib. Roma, 13 gennaio 2001 in *Arch. giur. circol. sin.*, 2001, 663, con nota di Santarsiere; App. Napoli 18 maggio 2001, in *Giur. merito* 2003, 891, con nota di D'Alonzo, *In tema di contratto di posteggio di autoveicoli*, 894 ss.; Cass. 26 febbraio 2004 n. 3863, in *Foro it.* 2004, I, 2133 con nota di Bitetto, *Il contratto di parcheggio: declino del potere normativo d'impresa e tutela del contraente debole nelle “quick hand transactions” (contratti di massa a conclusione rapida)!*; in *Dir. giust.*, 2004, 20, 30, con nota di De Giorgi, *Il parcheggio è deposito, non locazione*; in *Resp. civ. e prev.* 2004, 3, 717, con nota di Gorgoni, *Parcheggio e custodia: tra negazione dell'utilità della disciplina contrattuale di diritto comune e svalutazione del consenso*; in *Giur. it.*, 2005, 268, con nota di Caterina, *La costosa custodia: la qualificazione del contratto di parcheggio e le sue conseguenze*; Cass. 13 marzo 2007, n. 5837, *ivi*, 2007, 8-9, 1912; Cass. 27 gennaio 2009, n. 1957 in *Giust. civ. Mass.* 2009, 1, 126.

(8) Conf. Cass. 12 marzo 2010, n. 6048, cit.

(9) Il punto viene affrontato nella sentenza come segue: «...la prestazione in oggetto, in quanto annessa al contratto d'albergo, ha carattere oneroso, ancorché, per i clienti che pernottano (a differenza di quelli che si fermano in albergo per il pasto o che soggiornano solo per alcune ore o anche per l'intera giornata, ma senza pernottare, i quali sono tenuti al pagamento del parcheggio secondo la tariffa esposta), il relativo prezzo sia compreso nel corrispettivo pattuito per la camera».

(10) Nardi, *op. cit.*, 132.

(11) Corsivi nostri.

(12) Cass. 8 agosto 1997, n. 7363, in *Giust. civ. Mass.* 1997, 1373; Cass. 12 aprile 2006, n. 8629, *ivi*, 2006, 4; Cass. 13 marzo 2007, n. 5837, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, I, 1234; Cass. 10 marzo 2009, n. 5736, in *Giust. civ. Mass.*, 2009, 3, 420; 07 ottobre 2010 n. 20809, in questa *Rivista*, 2011, 567 ss.; di recente v. Cass. Sez. Un. 28 giugno 2011, n. 14319, in *Giust. civ. Mass.* 2011, 971, e in *Corr. giur.*, 2012, con nota di Amendolagine, *L'accordo delle parti sulla qualificazione del contratto come parcheggio senza custodia esclude la responsabilità del gestore dell'area in caso di furto del veicolo*; in *Giur. it.*, 7, 2012, con nota di Cantile, *Il contratto atipico di parcheggio senza custodia*, 1574 ss., che, tra l'altro, come si vedrà, pur distinguendo opportunamente le ipotesi di parcheggio “non custodito” e parcheggio “custodito”, spreca l'opportunità di precisare che in quest'ultimo caso occorre distinguere a seconda che sia

Un intermezzo: "contenuto" e "ampiezza" dell'onere della prova nella responsabilità ex recepto

La risposta alla domanda non è priva di conseguenze, e lo si capisce dal regime di responsabilità connessa alle due specie di obbligazioni.

Si ritiene comunemente, infatti, che nelle ipotesi di *receptum* penda sul debitore un particolare "aggravio" dell'onere probatorio. Ed è evidente che l'aggravamento di cui si discute non attiene al piano della *distribuzione* dell'onere della prova, bensì a quello dell'*ampiezza* della prova da fornire. In altri termini, la particolarità della figura consiste nel definire un particolare assetto in cui ciò che rileva è quali prove deve produrre il debitore per andare esente da responsabilità per inadempimento (23).

Per valutare adeguatamente questo punto, è opportuno ricordare che il giudizio di responsabilità contrattuale deve essere calibrato sul particolare contenuto della prestazione dovuta dal debitore: solo in relazione ai particolari obblighi assunti, infatti, si può stabilire se il debitore è, o non è, responsabile: individuazione dell'oggetto dell'obbligazione e responsabilità, infatti, vanno di pari passo (24).

Note:

dedotta una prestazione "di mezzi" oppure "di risultato".

(13) De Gennaro, *Del deposito*, in *Commento al codice civile*, diretto da D'Amelio-Finzi, Libro IV, II, 1, Firenze, 1947, 602.

(14) Dalmartello-Portale, voce *Deposito (diritto vigente)*, in *Enc. dir.*, XII, Milano 1964, 259.

(15) Cass. 14 luglio 2003 n. 10980 in *Giust. civ.* 2004, I, 1024 e in *Dir. trasporti*, 2004, 996 s.m.; Cass. 14 novembre 2006, n. 24209, in *Giust. civ. Mass.*, 2006, 11 e in *Dir. trasporti*, 2007, 3, 939, s.m.; in dottrina, per una trattazione generale v. Busti, *Contratto di trasporto terrestre*, in *Trattato Cicu-Messineo*, Milano, 2007, 720 ss., 808 ss.

(16) Cass. 29 gennaio 1981 n. 690, in *Giust. civ. Mass.* 1981, 1; in *Foro it.* 1981, I, 1321, in *Giust. civ.*, 1981, I, 2693; Cass. 21 dicembre 1990 n. 12120 in *Giust. civ. Mass.*, 1990, 12; Cass. 7 maggio 2009, n. 10493, *ivi*, 2009, 732 e in *Giust. civ.* 2010, I, 2274. In dottrina, cfr. Mastropaolo, *Il deposito in albergo*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Rescigno, 12, IV, Torino, 1985, 551; Preden, voce *Albergo*, cit.; La Torre, *Il contratto di deposito in albergo*, in *Manuale di diritto del turismo*, a cura di Franceschelli-Morandi, Torino, 2007, 307 ss.

(17) Cass. 11 maggio 1991 n. 5267, in *Giust. civ. Mass.* 1991, 5; Cass. 20 gennaio 1997 n. 534, *ivi* 1997, 88 e in *Foro it.* 1997, I, 766; Trib. Venezia 2 maggio 2007, in *Resp. civ. e prev.* 2007, 11, 2361; Cass. 27 maggio 2010, n. 12972, in *Giust. civ. Mass.* 2010, 5, 822.

(18) Cass. 27 agosto 1997 n. 8065 in *Giust. civ. Mass.* 1997, 1530; Cass. 5 aprile 2005 n. 7081 in questa *Rivista*, 2005, 969 con nota di Carnevali; Cass. 4 novembre 2009 n. 23412, in *Giust. Civ.*, 2010, I, I, 41; Cass. 27 dicembre 2011 n. 28835, *ivi*, 2011, 1859; Cass. 22 dicembre 2011, n. 28314, *ibidem*, 1826.

(19) L'art. 1693 c.c., ad es., dispone che: «il vettore è responsabile della perdita e dell'avaria...». Se ne può dedurre, quindi, che

la perdita o l'avaria costituiscono (non l'impedimento sopravvenuto che esonera il debitore da responsabilità, *bensì*) *proprio l'evento dannoso che il debitore aveva assunto l'obbligo specifico di evitare*, e di cui, pertanto, deve rispondere se non prova un fatto estraneo che ha reso impossibile - senza colpa del debitore - evitare la perdita o l'avaria della cosa. Con formula analoga, poi, l'art. 1783 c.c. statuisce che: «gli albergatori sono responsabili di ogni deterioramento, distruzione o sottrazione delle cose portate dal cliente in albergo»; e, ancora, l'art. 1787 c.c. dispone che: «I magazzini generali sono responsabili della conservazione delle cose depositate»; norme per le quali valgono, in sostanza, le stesse considerazioni esposte per il contratto di trasporto.

(20) Cass. 10 aprile 1986 n. 2515 in *Giust. civ. Mass.* 1986, 4; Cass. 4 ottobre 1991 n. 10392, *ivi* 1991, 10; Cass. 18 ottobre 1991 n. 11004 in *Riv. giur. sarda* 1993, 10, con nota di Chessa; Cass. 8 agosto 1996 n. 7293 in *Dir. trasp.*, 1998, 105, con nota di Commellini; Cass. 7 ottobre 1996 n. 8750 in *Giust. civ. Mass.* 1996, 1382; Cass. 21 dicembre 1999 n. 14397, *ivi*, 1999, 2598; Cass. 23 marzo 2001, n. 4236, *ivi*, 2001, 571; Cass. 14 luglio 2003 n. 10980 *ivi*, 2003, 7-8; Cass. 14 novembre 2006, n. 24209, *ivi*, 2006, 11; Cass. 8 agosto 2007, n. 17398, *ivi*, 2007, 7-8; Cass., 9 agosto 2007, n. 17478, *ibidem*, 7-8; Cass. 10 marzo 2009 n. 5736, *ivi*, 2009, 3, 420; Cass. 27 marzo 2009, n. 7533, *ibidem*, 540; Cass. 13 maggio 2009 n. 11024, *ibidem*, 765; Cass. 21 aprile 2010 n. 9439 *ivi*, 2010, 570.

(21) D'Amico, *La responsabilità ex recepto e la distinzione tra obbligazioni "di mezzi" e "di risultato"*. Contributo alla teoria della responsabilità contrattuale, Napoli, 1999, 88 ss.

(22) Ciò contrariamente a quella parte della dottrina che tende a svalutare la distinzione tra obbligazione "di mezzi" e "di risultato": Mengoni, *Obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi (Studio critico)*, in *Riv. dir. comm.*, 1954, I, 185 ss.; 280 ss.; 366 ss.; Rescigno, voce *Obbligazioni (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, XXIX, Milano, 1979, 190-192; Castronovo, *Profili della responsabilità medica*, in *Studi in onore di Pietro Rescigno*. V. *Responsabilità civile e tutela dei diritti*, Milano, 1998, 117 ss.; Mazzamuto, *Equivoci e concettualismi nel diritto europeo dei contratti: il dibattito sulla vendita dei beni di consumo*, in *Eur. dir. priv.*, 2004, 1068 s.; Nicolussi, *Il commiato della giurisprudenza dalla distinzione tra obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi*, in *Eur. dir. priv.*, 2006, 2, 781 ss.; Id. *Sezioni sempre più unite contro la distinzione tra obbligazioni di risultato e obbligazioni mezzi. La responsabilità del medico*, in *Danno e resp.*, 2008, 871 ss. Di recente in generale sul tema v. la seria indagine di Piraino, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi» ovvero dell'inadempimento incontrovertibile e dell'inadempimento controvertibile*, in *Eur. dir. priv.*, 2008, 83 ss.; Id. *Adempimento e responsabilità contrattuale*, Napoli, 2011, 535 ss. (per quest'ultimo A. la distinzione ha una valenza meramente "tipologica" - su cui Di Majo, *Delle obbligazioni in generale*, in *Commentario Scialoja-Branca*, a cura di Galgano, 1173-1176, Bologna-Roma, 1988, 89 ss.); su recenti proposte di riforma a livello europeo v. Stanzione, *Il Regolamento di Diritto comune europeo della vendita*, in questa *Rivista*, 2012, 624 ss.

(23) Una dottrina (Piraino, *Adempimento*, cit. 537, spec. nota 80) precisa che la riferita distinzione - avendo un valore meramente tipologico - può solo favorire un approccio più concreto e realistico al problema della puntuale rappresentazione dell'adempimento "inesatto"; e quindi può esser utile solo alla migliore individuazione dei temi di prova (o, se si vuole, dei contenuti che essa può assumere). Tuttavia, ci sembra che l'individuazione dei temi di prova abbia anche rilevanti conseguenze sulla distribuzione del rischio contrattuale e, in ultima analisi, sul fondamento della responsabilità contrattuale.

(24) Ritiene che dal particolare contenuto dell'obbligazione discenda la natura della responsabilità contrattuale Osti (in *Revisione critica della teoria sulla impossibilità della prestazione*, 1918, 425-426, ora in *Scritti giuridici*, Milano, 1973, I, 123 ss.). (segue)

Ci viene quindi utile la conclusione raggiunta nel paragrafo precedente.

I temi di prova per il caso di furto della cosa da restituire al creditore si articolano in modo diverso nelle due specie di prestazioni viste (“di mezzi” e “di risultato”).

Quando la prestazione dedotta in contratto consiste nel porre in essere comportamenti adeguati a modelli normali di diligenza, prudenza e perizia (e ciò affinché il risultato finale al quale il creditore aspira - ossia, nel nostro caso, la restituzione della cosa - resti possibile), il debitore che provi di aver tenuto tali comportamenti avrà, in sostanza, provato di aver adempiuto al proprio obbligo, e pertanto andrà esente da responsabilità. Sarà, quindi, il creditore a dover dimostrare che la causa che (nonostante la diligenza allegata dal debitore) ha reso impossibile la restituzione del bene, si è in realtà presentata con modalità tali che avrebbero consentito di prevederne l'insorgere e l'operare (25).

In tal caso, quindi, il creditore deve dimostrare che l'evento che ha reso impossibile la prestazione era prevedibile ed evitabile se il debitore avesse “davvero” usato la diligenza dovuta. Ed è chiara, allora, la ragione per cui questa prova avrà ad oggetto l'individuazione *specifica e circostanziata* di tale evento, il quale indurrà a formulare un giudizio di *colpa* del debitore (26).

Anche nelle obbligazioni di risultato, ovviamente, trova applicazione l'art. 1218 c.c. (ossia l'onere, per il debitore, di provare che l'impossibilità sopravvenuta della prestazione non è a lui imputabile). Tuttavia, data la particolarità della prestazione dedotta in contratto, le prove da fornire differiscono dall'ipotesi precedente.

Nelle ipotesi di *receptum*, infatti, poiché la pretesa del creditore non riguarda la mera attività di custodia - bensì l'*obbligo di evitare che certi eventi causino la perdita della cosa* - è chiaro che il debitore non si può limitare ad allegare che tali eventi si sono verificati. La semplice allegazione di un furto, infatti, non darebbe prova dell'impossibilità della prestazione in virtù di una causa estranea, bensì proprio la prova del mero *fatto di inadempimento* (ti ho consegnato la cosa proprio per preservarla dai furti, e ora non stai dimostrando altro che il furto, che avevi l'obbligo di evitare, si è verificato!).

Conseguentemente, quindi, per andare esente da responsabilità, occorrerà che il debitore dimostri che l'adempimento dell'obbligazione assunta è stato reso impossibile dalle “particolari modalità” (ad es. rapina a mano armata) con le quali la sottrazione della cosa è avvenuta; modalità tali da escludere l'imputa-

bilità al debitore per non averla evitata. In tal caso, quindi, spetta al debitore provare il fatto *specifico e circostanziato* che ha determinato la perdita del bene, perché solo in tal modo egli può dimostrare la non imputabilità del fatto estintivo (27).

Risiede qui, probabilmente, il senso di quello che, con terminologia imprecisa, si suole denominare “aggravamento” della responsabilità *ex recepto*.

Le fisionomie del contratto di parcheggio

Consapevoli delle rilevanti conseguenze che derivano dall'esatta individuazione della prestazione di custodire dedotta *in obligatione*, è d'obbligo a questo punto tentare di rispondere alla domanda se nel contratto in esame fosse configurabile un'obbligazione “di mezzi” oppure un'obbligazione “di risultato”.

La risposta al quesito sarebbe, però, troppo affrettata se prima non si riflettesse sulla seguente alternativa: per stabilire quale forma di custodia è dedotta nel contratto di parcheggio, è necessaria una espressa pattuizione *ad hoc* oppure è sufficiente l'affidamento creato nel titolare del veicolo dall'insieme delle cir-

Note:

(continua nota 24)

Secondo questo insigne A., nelle obbligazioni di risultato: «...il concetto di diligenza non troverà applicazione, e la responsabilità del soggetto sarà collegata puramente e semplicemente alla mancanza del resultamento concreto la cui apprestazione costituisce il contenuto del dovere, non avendo altro limite fuor che la sopravvenuta inidoneità di tal resultamento concreto a costituire oggetto di un dovere, come ad es. per il sopravvenire in riguardo ad esso (per dirla con lo Hartmann) della necessità negativa del non verificarsi, o in altri termini, per il divenire esso impossibile in modo obiettivo e assoluto», mentre per le obbligazioni di mezzi «...il dovere sarà solo di una determinata diligenza, e la responsabilità del soggetto passivo avrà per esclusivo fondamento la colpa».

(25) D'Amico, *op. cit.*, 124 ss.

(26) In questi casi, dunque, il rischio che il creditore non riesca a fornire la prova circostanziata della causa specifica della impossibilità (ad es. perché l'evento è rimasto *ignoto*) grava tutto su di lui. Il debitore potrà essere ritenuto responsabile solo se risulti *positivamente* la sua negligenza. Per il riflesso di questo fenomeno sul fondamento della responsabilità contrattuale, v. nota seguente.

(27) È possibile, a questo punto, tentare di ricavare dall'analisi fin qui svolta alcune considerazioni di carattere generale (per cui si rinvia a D'Amico, *op. cit.*). È chiaro che se il debitore deve provare la causa *specifica* che ha reso impossibile l'adempimento, ricade conseguentemente su di lui il c.d. *rischio della causa ignota*, ossia il rischio che egli non riesca a fornire la prova del fatto concreto che ha determinato la perdita del bene (per l'accollo al debitore delle cause ignote v. Majello, *Custodia e deposito*, Napoli, 1958, rist., Napoli, 2010, 232-233). Orbene, poiché la responsabilità del debitore prescinde dalla colpa, il sistema profila su di lui una forma di responsabilità *oggettiva*, fondata sul *rischio* strettamente connesso al tipo di attività svolta. E, infatti, non è un caso che nelle fattispecie tipiche di responsabilità *ex recepto* il debitore è sempre un imprenditore.

costanze del caso concreto (recinzioni, dispositivi di controllo in accesso e uscita ecc.)?)

Nella sentenza in esame sembra che l'adesione sia tutta per questa seconda opzione. Il giudice, infatti, precisa che: «...nel caso di specie, l'obbligo della custodia deriva non da espressa pattuizione, ma, piuttosto, dall'affidamento ingenerato nella clientela dalle caratteristiche dell'area ad essi riservata e dai sistemi di vigilanza e controllo di cui la stessa è dotata, mentre l'esonerazione dell'albergatore dalla responsabilità, per il caso di furto dei veicoli, non può fondarsi su comunicazioni verbali (che, peraltro, nel caso di specie, non risultano concretamente effettuate)» (28). Egli, inoltre, spende giustamente non poche energie nel mostrare che: l'area di parcheggio era accessibile soltanto mediante un ingresso munito di citofono e di una sbarra, comandata dall'interno, sulla quale erano puntate le videocamere; l'area era sorvegliata mediante un sistema di videocamere collegate ad un monitor posto nella *hall* dell'albergo e, fino ad un certo orario della giornata, da una persona addetta. Il parcheggio, quindi, era recintato; era soggetto alla vigilanza del personale dell'albergo; era munito di un cartello col simbolo della telecamera, nel quale si avvisava, tra l'altro, che l'area era riservata alla clientela; e vi era, inoltre, una tabella con le tariffe del parcheggio a significare che, di regola, se non si pernotta, il servizio è a pagamento.

Il sottinteso di questa accurata esposizione degli elementi di fatto è che la predisposizione materiale di un tale servizio di parcheggio - conosciuto dal depositante-proprietario del veicolo - rende possibile la configurazione solo di un particolare programma di interessi: chiunque concluda un contratto di parcheggio in un'area di questo tipo, fa affidamento sull'esistenza di un particolare obbligo di custodia.

Orbene, la deduzione riferita va precisata per evitare equivoci.

Innanzitutto, non è detto che chi ha diligentemente predisposto un accurato sistema di accesso e uscita dei veicoli e/o di sorveglianza non possa che assumere un obbligo di *conservazione* (inteso in senso pregnante e tecnico, come s'è detto in precedenza) delle cose a lui affidate. La scrupolosa e accurata predisposizione di mezzi potrebbe essere semplicemente il frutto della serietà con cui il depositario tenta di adeguarsi al modello di diligenza. Conseguentemente, questo non può, di per sé, autorizzare qualunque controparte contrattuale ad intendere automaticamente dedotto in contratto un obbligo "di risultato". Ogni depositante, altrimenti, costruirebbe a proprio piacimento l'obbligo contrattuale sulla base della semplice esistenza, nell'altra parte, di un particolare modo di organizzazione della

propria sfera; e si attribuirebbe rilievo determinante ad un criterio che rinvia ad un piano soggettivo di valutazione, anziché di interpretazione secondo buona fede (intesa in senso oggettivo) (29). Il parcheggiatore, inoltre, potrebbe aver predisposto una siffatta organizzazione solo per tutelarsi contro il rischio che i titolari dei veicoli escano dall'area di parcheggio senza pagare (30). E si potrebbe arrivare, infine, al risultato paradossale di aggravare la responsabilità proprio del soggetto che (pur volendosi vincolare solo ad un'obbligazione "di mezzi") si è preoccupato di essere diligente; giungendo così a sancire una *regula iuris* per cui più si è scrupolosi, più si corre il rischio di rispondere per la perdita della cosa (creando così, tra l'altro, un evidente disincentivo all'adeguamento ai limiti massimi del modello di diligenza).

D'altro canto, però, è vero che chi, dietro pagamento di un corrispettivo, posteggia un veicolo in un luogo recintato e sorvegliato (con mezzi e strumenti come quelli del caso di specie), si aspetta qualcosa di diverso da chi chiede semplicemente di lasciare il proprio veicolo in un luogo incustodito e aperto al pubblico (31).

Note:

(28) All'affidamento indotto nel titolare del veicolo dalle modalità del parcheggio aveva, infatti, dato rilievo Cass., 13 marzo 2007, n. 5837, cit. secondo cui: «...l'offerta della prestazione di parcheggio, cui segue l'accettazione attraverso l'immissione del veicolo nell'area, ingenera l'affidamento che in essa sia compresa la custodia, restando irrilevanti eventuali condizioni generali di contratto predisposte dall'impresa che gestisce il parcheggio, che escludano un obbligo di custodia, poiché — per le modalità pressoché istantanee con cui il contratto si conclude — è legittimo ritenere che tale conoscenza sfugga all'utente. Peraltro, dall'applicazione della disciplina generale del contratto di deposito deriva la conseguente responsabilità ex recepto del gestore, di modo che la eventuale clausola di esclusione della responsabilità di quest'ultimo nel caso di furto del veicolo, avendo carattere vessatorio, è inefficace, qualora non sia stata approvata specificamente per iscritto»; cfr. Cass., 27 gennaio 2009, n. 1957, in *Arch. giur. circ. sin.*, 2009, 295; in *Vita not.*, 2009, 890.

(29) Petti, *Parcheggio di autoveicolo e responsabilità ex recepto del gestore*, in questa *Rivista*, 2007, 1085.

(30) È quanto emerge anche dal punto 3 della motivazione di Cass. Sez. Un. 28 giugno 2011 n. 14319, cit., secondo cui non può ritenersi che i presupposti per tutelare l'affidamento incolpevole dell'utente sulla custodia siano costituiti dalle modalità con cui è offerta al pubblico la prestazione, e cioè l'apparente predisposizione del servizio - area recintata o chiusa, autosilo, sbarra meccanica di entrata e uscita del parcheggio - perché le strutture ed i meccanismi predisposti costituiscono modalità organizzativa del gestore per lo stazionamento dei veicoli, volte a delimitare l'area ad esso destinata per escluderla dalla viabilità e ad impedire, mediante meccanismi automatizzati di controllo o personale a tal fine addetto, la gratuita utilizzazione dell'area, garantendo invece al gestore la riscossione del corrispettivo della sosta prima di consentire l'uscita del veicolo; Spagnolo, *Il contratto di parcheggio: obbligo di custodia a carico del gestore del parcheggio?*, in *Obblig. e contr.*, 2012, 99.

(31) Caterina, *op. cit.*, 271 ss.

Come si vede, il problema dell'esatta individuazione dell'obbligo pattuito non è immediato (specialmente quando nel contratto nulla viene espressamente precisato (32)).

Per tentare di trovare un'uscita, si può partire da quanto statuito di recente dalle Sezioni Unite (33), le quali hanno precisato che l'operazione ermeneutica preliminare per individuare la disciplina applicabile è accertare, "in base alla volontà manifestata dalle parti", quale sia il tipo di contratto di parcheggio concluso, in particolare se sia "con" o "senza custodia" (34).

La Suprema Corte ha richiamato l'attenzione all'incidenza della volontà negoziale nella determinazione dell'oggetto del contratto in esame.

Da tempo, l'offerta di un servizio di parcheggio viene ricondotto all'istituto dell'offerta al pubblico (1336 c.c.).

Si può, quindi, legittimamente pensare che il modo in cui il servizio è offerto dal parcheggiatore (recinzione, videocamere ecc.) costituisca un insieme di "segnali significanti" che integrano il contenuto oggettivo di una manifestazione tacita di volontà (35).

Detto altrimenti, l'aver predisposto un particolare assetto organizzativo destinato alla ricezione di mezzi di trasporto, integra un comportamento significativo percepibile dal titolare del veicolo. Egli, quindi, si vede obblato di un'offerta in cui quella particolare organizzazione non è estranea al contratto. Pertanto, anche quando - come nel caso di specie - non ci sia un contratto scritto (ma esso si concluda in forma orale o tacita), si avrà di regola una manifestazione di volontà che segnala la presenza dell'obbligo di custodia come oggetto del contratto.

Ciò porta ad almeno due risultati.

Il primo agevola la comprensione della ragione per cui le Sezioni Unite hanno precisato che l'assunzione dell'obbligo di custodire i veicoli è esclusa *solo se* l'avviso "parcheggio incustodito" è esposto in modo adeguatamente percepibile prima della conclusione del contratto (artt. 1326 comma 1 e 1327 c.c.). Senza la ricostruzione dell'offerta in termini di manifestazione in senso stretto, infatti, si porrebbe (ingiustificatamente) a carico del debitore (il parcheggiatore) l'onere di precisare ciò che "non è" dedotto in contratto (mentre, per regola generale, è il creditore che deve provare di avere acquistato una particolare pretesa). Invece tutto si riconduce a ragionevolezza se - prendendo in considerazione il caso in cui il parcheggiatore abbia predisposto un particolare assetto organizzativo per la ricezione dei veicoli (e non è un caso che la sentenza avesse ad oggetto un particolare tipo di parcheggio esercitato in via imprenditoriale) - l'onere di precisare l'esclusione della custodia dei ve-

coli risulta necessario per chiarire l'equivocità dei segnali che compongono l'oggetto della proposta (36).

Note:

(32) Qualora al momento della stipula del contratto il punto venga precisato espressamente *nulla quaestio*. Sotto questo profilo, quindi, occorre confrontare quanto affermato, seppur incidentalmente, nella sentenza in commento con quanto statuito dalle Sezioni Unite. Afferma l'estensore della nostra sentenza: «...a seguito della conclusione di un siffatto contratto atipico, l'albergatore assume la responsabilità *ex recepto*, tipica del custode, la quale non può essere esclusa o limitata mediante avvisi verbali o la semplice apposizione di cartelli poiché la clausola di esonero dalla responsabilità ha carattere vessatorio e, come tale, è inefficace se non risulta *specificamente approvata per iscritto*» (corsivi nostri). Le Sezioni Unite, però, hanno chiarito che l'esclusione dell'obbligo di custodia non comporta violazione ai sensi art. 1341 comma 2 c.c. «...poiché è oggetto di proposta negoziale, manifestata prima dell'accettazione di essa...»; non potendosi, inoltre, neanche «...presumere nessuna vessatorietà di essa poiché le caratteristiche del servizio da fornire secondo le modalità indicate non sono determinate successivamente alla conclusione del contratto stesso, né attengono ai suoi effetti o garanzie legali, ovvero alla limitazione di adempimento di obblighi o esonero di responsabilità». Questo significa, in sostanza, che l'esclusione della custodia connota *ab origine* il contenuto dell'offerta al pubblico (art. 1336 c.c.), e non integra una clausola di limitazione della responsabilità da approvare specificamente per iscritto.

(33) Cass., Sez. Un., 28 giugno 2011, n. 14319, cit.

(34) Le Sezioni Unite si sono lasciate sfuggire l'occasione di precisare se davvero tutti i contratti che prevedono una "custodia" (in particolare se oggetto di un'obbligazione di mezzi o di risultato) sono uguali (*rectius*: se fanno sorgere obblighi identici). Ad ogni modo, ad avviso della Suprema Corte il parcheggio "senza custodia" si configura solo se interesse concreto e prevalente del titolare del veicolo è concludere un contratto che gli assicuri uno spazio per lo stazionamento del veicolo, pagando la somma corrispettiva della prestazione del gestore (il quale mette a disposizione un'area senza assumere la detenzione del veicolo). Qualora, invece, il titolare del veicolo «...intenda assicurarsi non solo l'utilizzazione dell'area, ma anche la conservazione [da intendere in senso tecnico? *È qui che emerge l'ambiguità della sentenza; N.d.A.*] e la restituzione del veicolo (...), si configura il contratto di parcheggio con custodia a cui è applicabile la disciplina sul deposito». Secondo la Suprema Corte, quindi, se le parti si sono accordate su un parcheggio "senza custodia", significa che hanno escluso l'obbligo del parcheggiatore di controllare che il veicolo venga prelevato soltanto da colui che lo ha parcheggiato, e perciò non può essergli richiesta in fase esecutiva del rapporto una prestazione ulteriore a quella offerta ed accettata dal depositante, rimasta estranea al procedimento di contrattazione (e su cui è stato parametrato il corrispettivo da pagare). Cfr., inoltre, Trib. Milano 11 marzo 1996, cit.; App. Milano 30 maggio 2000, cit.

(35) Scalisi, voce *Manifestazione in senso stretto*, in *Enc. dir.*, XXV, Milano, 1975, ad vocem.

(36) Gorgoni, *op. cit.*: «Il parcheggiatore, proprio per questo, si fa carico dell'affidamento che la propria predisposizione materiale, con tutte le caratteristiche sue proprie servizio di videosorveglianza, presenza sul posto di soggetti che appaiano deputati alla sorveglianza, chiusura del parcheggio, delimitazione della durata del contratto, ecc. ha ingenerato colpevolmente nel cliente. Ovvero se si vuole rovesciare il discorso sarà suo onere rendere nota al cliente, avvalendosi dei mezzi adeguati, l'offerta di un servizio diverso, più circoscritto, per così dire, di mera concessione di uno spazio: anche in vista del superamento dell'operatività del principio, sancito dall'art. 1177 c.c., che impone l'obbligo di custodire la cosa a chiunque abbia quello di consegnarla».

Il secondo risultato consiste nella necessità di ricostruire l'oggetto del contratto di parcheggio in base alle diverse situazioni ricorrenti al momento della conclusione. Perché se è vero che "in certi casi" il contratto comprende l'obbligo di custodia, è chiaro che ciò non accade "sempre".

Il punto conclusivo di questo percorso è la constatazione per cui dietro la denominazione "contratto di parcheggio" diffusa nel linguaggio comune, in realtà, non esiste un unico tipo omogeneo di obblighi (37), ma sono sottese prestazioni tra loro profondamente diverse. E, proprio a causa della loro eterogeneità, esse vanno individuate in concreto, con specifica ricostruzione dell'oggetto del contratto. Detto altrimenti, il contratto di posteggio non ha un'unica fisionomia, ma tante (con assunzione di obblighi anche molto diversi tra loro) (38).

L'accordo con cui il titolare di un veicolo chiede ad altri di lasciarlo in una certa area, quindi, si configurerà talvolta come una semplice locazione d'area (se l'obbligo assunto riguarda appunto il mero godimento dell'area) (39), talvolta come un contratto assimilabile al deposito (se, oltre all'uso del luogo, viene dedotto anche un obbligo di custodia diligente), e talvolta come un contratto assimilabile al deposito "avente ad oggetto la conservazione" della cosa (se viene dedotto anche l'obbligo specifico "di risultato" consistente nel preservarla da eventi che ne determinerebbero il danneggiamento o la perdita (40)) o, se si vuole, come un appalto di servizi (41) (se il contratto si caratterizza per l'aggiunta di altri obblighi di fare - ad es. di vigilanza - prestati per mezzo di un'organizzazione di carattere imprenditoriale).

È chiaro, peraltro, che l'individuazione dell'oggetto dell'obbligazione andrà svolta caso per caso, consistendo quest'opera in nient'altro che nell'esatta individuazione dell'oggetto del contratto (godimento dell'area, custodia diligente o custodia per la *sicurezza* della cosa) (42).

Anche quando l'assunzione dell'obbligo di custodia sia inequivoco, quindi, occorre dare accurato spazio al problema dell'esatta individuazione del "tipo di custodia" dedotta *in obligatione*. Non ci si può, infatti, limitare ad affermare in modo generico la presenza di un obbligo di custodia ma, come s'è visto, è opportuno individuare *quale* custodia è stata pattuita.

Conclusioni

Nella sentenza in esame, il giudicante sottolinea che l'albergatore non solo non ha allegato la prova specifica dell'irresistibilità della perdita del veicolo (mediante il presunto furto), ma: «... per di più, le risultanze istruttorie evidenziano una sua precisa re-

sponsabilità per non avere impedito la sottrazione del mezzo attraverso l'utilizzo appropriato dei sistemi di videosorveglianza appositamente predisposti» (43).

Ciò induce a pensare che il giudice, per sua valutazione di merito, ha reputato che "impedire la sottrazione del mezzo" fosse oggetto dell'obbligazione ("di risultato") assunta dal gestore dell'albergo.

Orbene, se il giudicante ha così ritenuto - benché l'esistenza di un obbligo di "conservazione" della cosa sarebbe forse dovuta emergere in modo più esplicito (44) - l'applicazione del regime della responsabilità *ex recepto* appare coerente col sistema descritto: la concreta *ratio decidendi*, infatti, si presenta adeguata alla natura della prestazione dedotta *in obligatione* (45).

Note:

(37) Lapertosa, *Il contratto di posteggio*, in *Resp. civ. prev.*, 2005, 552.

(38) D'altronde, si potrebbe pensare che una parte della dottrina descrive come un contrasto giurisprudenziale volto a chiarire se il contratto di parcheggio consista in una semplice locazione di area o in un contratto di deposito (al quale si potrebbe aggiungere l'appalto di servizio: è possibile, infatti, che il parcheggiatore assuma proprio un'obbligazione - "di risultato" - consistente nel servizio di parcheggio) sia stato, per molti versi, solo un contrasto apparente, in quanto si è talvolta trattato di pronunciamenti che avevano ad oggetto fattispecie diverse.

(39) Ciò avverrà tutte le volte in cui l'interesse perseguito è il mero reperimento di uno spazio in cui lasciare l'autovettura, e non la tutela dello stesso da danneggiamenti e sottrazioni; cfr. App. Milano 30 maggio 2000, cit. Trib. Mantova 18 luglio 2002 in *Gius* 2002, 2237; Trib. Milano 5 maggio 2003, in *Giur. milanese*, 2003, 365.

(40) È in questo caso che il contratto di parcheggio presenta i maggiori profili di analogia con il deposito in albergo; cfr. Caterina, *op. cit.*, 273 ss.

(41) Lapertosa, *op. cit.*, 553.

(42) cfr. Cass. 25 febbraio 1981 n. 1144, cit., secondo cui rientra nei compiti del giudice del merito, sulla base delle modalità contrattuali relative alla fattispecie, stabilire se l'esecuzione della custodia - risultante da apposita clausola che, per la sua efficacia, non è bisognevole di approvazione scritta - sia da riguardare o meno come limitazione dell'oggetto del contratto di deposito (in quel caso, nel senso di escludere dall'obbligo della custodia le cose contenute nel veicolo).

(43) Corsivi aggiunti.

(44) La mancata esplicitazione sembra comunque sopperita dall'accurata descrizione degli elementi di fatto, che, nell'insieme, appaiono segnalare l'assunzione non solo di un obbligo di custodia, ma anche di controllo e vigilanza (e quindi, per certi versi, assimilabile ad un appalto di servizi: Lapertosa, *loc. cit.*).

(45) Ciò, in ogni caso, a patto che sia chiaro che la generica affermazione dell'applicazione della disciplina del deposito non può, di per sé, giustificare l'applicazione della responsabilità *ex recepto* (che riguarda, invece, solo alcuni particolari tipi di contratto aventi ad oggetto la custodia per la *sicurezza* della cosa affidata); e ciò contrariamente a quanto si legge in molte massime giurisprudenziali: Cass. 1° dicembre 2004, n. 22598 in *Giust. civ. Mass.* 2005, 1, e in *Giust. civ.* 2005, 11, I, 2635; Cass. 27 gennaio 2009 n. 1957 in *Foro it.*, 2009, 4, I, 1006, e in *Dir. giust.* 2009, 50 con nota di Palombella, *Parcheggio autorizzato, il gestore risponde del furto dell'auto anche se il cartello all'ingresso ne esclude la responsabilità*; Cass. 13 marzo 2007 n. 5837, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, I, 1234, con nota di Ciatti.



IPSOA

Gruppo Wolters Kluwer



CODICE DI PROCEDURA CIVILE COMMENTATO

LA "SEMPLIFICAZIONE" DEI RITI e le altre riforme processuali 2010-2011

Il volume, diretto dal Prof. Claudio Consolo e frutto della collaborazione ed esperienza di 25 professionisti del diritto (professori, avvocati, magistrati e ricercatori), propone:

- il commento, articolo per articolo, al d.lgs. 1° settembre 2011, n. 150, sulla **riduzione e semplificazione dei procedimenti civili**;
- il commento alla l. 12 novembre 2011, n. 183, in tema di **posta elettronica certificata, riduzione e accelerazione del contenzioso pendente davanti alle Corti d'appello e alla Corte di cassazione e spese di giustizia**;
- il commento al d.l. 22 dicembre 2011, n. 212, conv. in l. 17 febbraio 2012, n. 10, in tema di **patrocinio obbligatorio, spese di giustizia e richiesta dell'inventario**;
- il commento alla l. 29 dicembre 2011, n. 218, in tema di **riduzione dei termini di comparizione e di costituzione in giudizio in caso di opposizione a decreto ingiuntivo**.

Completa l'Opera un dettagliato **indice analitico-alfabetico**, che ne agevola la consultazione.

Diretto da: Claudio Consolo

Autori: G. Balena, G. Casarotto, A. Chizzini, C. Consolo, M. De Cristofaro, B. Gambineri, S. Giovannini, C. Glendi, P.P. Lanni, M. Marinelli, G. Mauro Pellegrini, M. Montanari, F. Murino, I. Pagni, A. Pasqualin, L. Penasa, M. Piloni, A. Piraino, P. Porreca, A.A. Romano, A. Scala, S. Turatto, A. Villa, P. Widmann

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.

(00133535) Sì, desidero acquistare il volume **Codice di procedura civile - La "semplificazione" dei riti e le altre riforme processuali 2010-2011, I ed., pagg. 576 a € 60,00.**

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.

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

COMODATO

COMODATO PRECARIO E ASSEGNAZIONE DELLA CASA FAMILIARE

Cassazione civile, Sez. I, 2 ottobre 2012, n. 16769 - Pres. Luciccoli - Est. Campanile - P.m. Fucci (conf.) - S. U. c. P. M. G.

Il comodato precario è incompatibile con la specificità della destinazione dell'immobile a casa familiare, quando anche se ne disponga l'assegnazione in favore di uno dei due coniugi affidatari.

La questione

Il comodante chiede il rilascio dell'appartamento di proprietà dato in comodato al figlio e da questi adibito a casa coniugale, alla luce del provvedimento di assegnazione dell'immobile, nell'ambito del procedimento di separazione personale, alla nuora, assegnataria dei figli minori. I giudici di primo e secondo grado rigettano la richiesta, argomentando come il bene dato in comodato per essere destinato a casa coniugale si qualifichi come contratto a tempo indeterminato, funzionale al perseguimento delle esigenze della famiglia e, pertanto, il comodante che voglia ottenerne il rilascio anticipato debba dimostrare l'urgente ed impreveduto bisogno sopravvenuto, ex art. 1809, comma 2 c.c., prova non prodotta nel giudizio in questione.

La Suprema Corte conferma l'orientamento in esame, evidenziando come il successivo provvedimento di assegnazione della casa familiare «in favore del coniuge affidatario di figli minorenni o convivente con figli maggiorenni non autosufficienti senza loro colpa, non modifica né la natura, né il contenuto del titolo di godimento sull'immobile, atteso che l'ordinamento non stabilisce una "funzionalizzazione assoluta" del diritto di proprietà del terzo a tutela di diritti che hanno radice nella solidarietà coniugale o postconiugale, con il conseguente ampliamento della posizione giuridica del coniuge assegnatario». Di talché il provvedimento di assegnazione che di fatto "concentra" il godimento del bene in capo ad uno solo dei coniugi resta regolato dalle medesime norme, afferenti al contratto di comodato, che ne regolavano l'utilizzo «nella fase fisiologica della vita matrimoniale». Si specifica, infatti, che la destinazione del bene a casa familiare contiene implicitamente in sé il carattere di durata del rapporto, rimanendo irrilevante l'eventuale crisi della vita coniugale qualora comunque se ne continui a disporre per esigenze strettamente familiari. La strumentalità del bene, dunque, finalizzato a rappresentare il punto di riferimento del nucleo familiare è «incompatibile con un godimento contrassegnato dalla provvisorietà e dall'incertezza che caratterizzano il comodato precario, e che legittimano la cessazione *ad nutum* del rapporto su iniziativa del comodante».

I precedenti

In senso conforme, Cass., Sez. Un., 21 luglio 2004, n. 13603,

in *Dir. fam.*, 2005, 53 e in *Familia*, 2004, 867. Sul punto è di recente tornata Cass., 13 febbraio 2006, n. 3072, in *Foro it., Rep.* 2006, voce *Comodato*, n. 12 che specifica come «ove il comodato di un bene immobile sia stato stipulato senza limiti di durata in favore di un nucleo familiare (nella specie, dal genitore di uno dei coniugi), si versa nell'ipotesi del comodato a tempo indeterminato, caratterizzato dalla non prevedibilità del momento in cui la destinazione del bene verrà a cessare», nonché Cass., 14 febbraio 2012, n. 2103, in *Fam. e dir.*, 2012, 693; Cass., 21 giugno 2011, n. 13592, in questa *Rivista*, 2011, 1103, relativa a nucleo familiare di fatto; Cass., 28 febbraio 2011, n. 4917, in *Fam. e min.*, 2011, 4, 20; Cass., 11 agosto 2010, n. 18619, in *Giur. it.*, 2011, 1279: «l'effettività della destinazione a casa familiare da parte del comodante non può essere desunta dalla mera natura immobiliare del bene concesso, ma implica un accertamento in fatto, che postula una specifica verifica della comune intenzione delle parti attraverso una valutazione globale del contesto nel quale il contratto si è perfezionato, della natura dei rapporti tra le medesime, degli interessi perseguiti e di ogni altro elemento che possa fare luce sulla effettiva intenzione di dare e ricevere il bene allo specifico fine della sua destinazione a casa familiare».

CONTRATTO PRELIMINARE

PRELIMINARE DI CONCESSIONE DI GODIMENTO DI LOCALI: È NULLO SE L'IMPEGNO È GENERICO

Cassazione civile, Sez. III, 11 ottobre 2012, n. 17324 - Pres. Trifone - Est. De Stefano - P.m. Destro (conf.) - S.r.l. c. S.r.l.

È nullo per indeterminabilità dell'oggetto il contratto preliminare di concessione del godimento di locali se l'impegno è generico, mancando l'indicazione del corrispettivo, nonché la descrizione dei beni e l'indicazione della durata.

La questione

La parte chiede i danni per inadempimento dell'obbligo a contrarre, contenuto in una complessiva operazione di cessione del ramo d'azienda, avente ad oggetto la stipula di un contratto "di comodato e/o affitto" di locali funzionali all'esercizio di attività scolastica.

La Suprema Corte, conformemente alle pronunce di primo e secondo grado, rigetta il ricorso, osservando come il tenore letterale della clausola contrattuale con la quale si era assunto "l'obbligo di concludere con la parte cessionaria un contratto di comodato e/o affitto per i locali che occorreranno all'esercizio della specifica gestione scolastica" risulta oltremodo generico e non permette di individuare con precisione il tipo contrattuale che le parti si accingeranno a concludere. È chiaro come l'alternatività tra comodato e locazione, due

contratti dai differenti caratteri, l'uno connotato da una presunta gratuità della prestazione e l'altro invece oneroso, non permette già *ab origine* la corretta individuazione dell'oggetto negoziale e pertanto determina la nullità dell'accordo preliminare, ai sensi dell'art. 1418 comma 2 c.c. D'altra parte neanche la successiva stipula del contratto di locazione, poi annullato, secondo la Suprema Corte, può valere a colmare le lacune, in quanto inidoneo a costituire «punto di riferimento *ab estrinseco*» della stipulazione precedente. Non può ammettersi, dunque, il risarcimento dei danni derivanti dal mancato adempimento di un preliminare, con il quale la parte si impegna a stipulare un futuro contratto di godimento di locali, qualora questo risulti, nella formulazione letterale e nel deducibile contenuto sostanziale, di carattere vago e generico, tanto da non contemplare la descrizione dei beni, l'indicazione della durata e, se oneroso, il corrispettivo pattuito per il godimento, non rilevando neanche anteriori manifestazioni della volontà delle parti se non trasfuse nel documento.

I precedenti

Analogamente, Cass., 18 giugno 2008, n. 16597, in *Riv. not.*, 2009, 225, relativamente al contratto preliminare di società; Trib. Roma, 18 maggio 1979, in *Giur. comm.*, 1982, II, 544 secondo cui: «il contratto preliminare di società che impegni genericamente i contraenti a costituire una società commerciale, senza indicarne il tipo, mancando della specificazione di un elemento essenziale del contratto definitivo, ha un oggetto indeterminato ed indeterminabile ed è quindi affetto da una nullità radicale rilevabile d'ufficio».

DANNO CONTRATTUALE

RESPONSABILITÀ MEDICA PER OMESSA

DIAGNOSI DI MALFORMAZIONI FETALI

E NASCITA INDESIDERATA

Cassazione civile, Sez. III, 2 ottobre 2012, n. 16754 - Pres. Amatucci - Est. Travaglini - P.m. Fresa (conf.) - O. G. ed altri c. Ina assitalia s.p.a. e altri

I

La responsabilità sanitaria per omessa diagnosi di malformazioni fetali e conseguente nascita indesiderata va estesa, oltre che nei confronti della madre nella qualità di parte contrattuale (di un rapporto da contatto sociale qualificato), anche al padre e ai fratelli e alle sorelle del neonato, che rientrano a pieno titolo tra i soggetti protetti dal rapporto intercorrente tra il medico e la gestante, nei cui confronti la prestazione è dovuta.

II

In caso di omessa diagnosi di malformazioni fetali nei confronti della madre, la propagazione intersoggettiva dell'illecito legittima il neonato, tramite il suo legale rappresentante, ad agire in giudizio per il risarcimento del danno relativo non alla mera esistenza (ossia alla circostanza che sia nato), né alla malformazione considerata individualmente, ma alla sua stessa esistenza diversamente abile, che discende a sua volta dalla possibilità legale dell'aborto.

La questione

Appena venuta a conoscenza del proprio stato di gravidanza una signora si rivolge a un medico chiedendo di essere sottoposta a tutti gli accertamenti necessari ad escludere malformazioni del feto. La signora rappresenta al medico che la nascita di un bimbo sano costituisce una condizione imprescindibile per la prosecuzione della gravidanza. Il medico, tuttavia, fa eseguire alla gestante il solo "Tritest", omettendo di prescrivere accertamenti più specifici al fine di escludere malformazioni del feto. La bambina nasce affetta da sindrome di "Dawn".

La madre, il padre, i fratelli e la bambina affetta da sindrome di "Dawn" (questi ultimi ovviamente attraverso i genitori rappresentati) agiscono in giudizio, per ottenere il risarcimento del danno da inadempimento contrattuale derivante dalla mancata corretta informazione della madre circa lo stato del feto e i test eseguibili per valutare la presenza di handicap.

I giudici del merito rigettano le pretese risarcitorie dei familiari, affermando - per quanto riguarda la posizione della fanciulla diversamente abile, in aderenza a un precedente della Cassazione - che il minore non può far valere come proprio danno da inadempimento contrattuale «l'essere egli affetto da malformazioni congenite per non essere stata la madre, per difetto di informazione, messa in condizione di tutelare il di lei diritto alla salute facendo ricorso all'aborto».

La lunga motivazione della Suprema Corte prende posizione su vari aspetti della vicenda, che non possono essere sintetizzati in questa sede. Tra i profili più significativi analizzati, si segnalano la presa di posizione sulla questione della platea di soggetti che nella descritta fattispecie hanno diritto al risarcimento del danno in dipendenza della mancata informazione del medico e sul problema relativo al risarcimento del danno chiesto dal minore handicappato. Su entrambe le problematiche la sentenza in esame segna un *revirement* rispetto alla passata giurisprudenza di legittimità.

Anzitutto, con riguardo ai familiari legittimati a chiedere il risarcimento del danno, la Suprema Corte afferma che, alla stessa stregua del padre (già in diverse occasioni individuato come soggetto leso dalla mancata informazione del medico circa le condizioni del feto), anche i fratelli del bambino nato con malformazioni hanno diritto ad ottenere un ristoro. Infatti, rispetto ad essi «non può non presumersi l'attitudine a subire un serio danno non patrimoniale, anche a prescindere dagli eventuali risvolti e dalle inevitabili esigenze assistenziali destinate ad insorgere, secondo l'*id quod plerumque accidit*». Il pregiudizio sofferto dai fratelli attiene, tra l'altro, alla «minor disponibilità dei genitori nei loro confronti, in ragione del maggior tempo necessariamente dedicato al figlio affetto da handicap, nonché nella diminuita possibilità di godere di un rapporto parentale con i genitori stessi costantemente caratterizzato da serenità e distensione».

Quanto al diritto di risarcimento del minore handicappato, nato - a seguito della omessa rilevazione, da parte del sanitario, della malformazione genetica - da una madre che contestualmente alla richiesta dell'esame diagnostico, abbia manifestato la volontà di non portare a termine la gravidanza nell'ipotesi di risultato positivo del test, la Corte statuisce che dal momento della nascita il minore ha diritto al risarcimento del danno. I giudici di legittimità precisano che la situazione giuridica tutelata è il diritto alla salute in vita e non il diritto a nascere sano, in quanto il concepito non è da considerarsi un soggetto giuridico. Il risarcimento riguarda quindi il danno che il bambino soffre nel corso della propria esistenza e rientra nella categoria dei c.d. "danni futuri", dal momento che soltanto con la nascita, evento successivo all'illecito, si veri-

ficherà il danno. La soluzione è in parte ripresa da una recente sentenza della Cassazione, che ha ritenuto irrilevante la non contemporaneità fra la condotta dell'autore dell'illecito e il danno (in proposito, la Corte ha quindi cura di precisare che la questione della soggettività giuridica del feto non rileva in ordine alla risarcibilità del danno).

In conclusione, la sentenza offre un'approfondita disamina degli elementi della fattispecie della responsabilità medica nei confronti del neonato (legittimazione attiva, oggetto della tutela, evento di danno, nesso causale, colpa dell'agente, presupposti normativi e fattuali e riparto degli oneri probatori).

I precedenti

Sulla risarcibilità del danno del bambino affetto da *handicap*, v., in senso difforme, Cass., 29 luglio 2004, n. 14488, in *Foro it.*, 2004, I, 3327, secondo cui, ove la mancata informazione del medico sulla possibilità di gravi malformazioni fetali abbia determinato l'impossibilità per la gestante dell'esercizio del diritto di scegliere se interrompere o meno la gravidanza, non sussiste il diritto al risarcimento per "vita ingiusta" del bimbo concepito se il suo *handicap* non è stato provocato, aggravato dall'errore del ginecologo o se in ogni caso non poteva essere evitato.

Diversamente dal caso riportato, con riferimento ad un comportamento commissivo dei sanitari che abbiano mancato di informare la madre (il cui rapporto con i medici produce effetti protettivi nei confronti del nascituro) dei probabili rischi connessi all'assunzione di farmaci per facilitare il concepimento, Cass., 11 maggio 2009, n. 10741, in *Giur. it.*, 2010, 67, si è espressa nel senso che, alla luce della soggettività giuridica - entro determinati limiti - del concepito e il suo diritto a nascere, quando tali sostanze abbiano determinato l'insorgenza di gravi malformazioni del nascituro, i medici rispondono nei confronti di questo e dei suoi genitori per i danni, patrimoniali e non, connessi a rilevanti patologie del feto. Nel senso che, anche il soggetto nato dopo la morte del padre naturale, verificatasi per fatto illecito di un terzo durante la gestazione, ha diritto nei confronti del responsabile al risarcimento del danno per la perdita del relativo rapporto e per i pregiudizi di natura non patrimoniale e patrimoniale che gli siano derivati, v. Cass., 3 maggio 2011, n. 9700, in *Corr. giur.*, 2012, 382.

EFFETTI DEL CONTRATTO

MANDATO AL PROFESSIONISTA IN VIOLAZIONE
DI NORME SPORTIVE: È CONTRATTO
NON MERITEVOLE DI TUTELA

Cassazione civile, Sez. III, 4 settembre 2012, n. 14828 - Pres. Trifone - Est. Petti - P.m. Corasaniti (conf.) - S. L. c. S. A.

Non sono meritevoli di tutela gli interessi perseguiti da un contratto di mandato professionale stipulato in violazione di norme dell'ordinamento sportivo, sicché il soggetto che ha agito nella duplice veste di avvocato e agente di calciatori non ha diritto al compenso professionale del calciatore (nella specie, era stato stipulato un mandato in esclusiva, sanzionato da una pesantissima penale per qualsiasi tipo di inosservanza delle direttive e dei controlli del procuratore vigilante).

La questione

Un avvocato conviene in giudizio un calciatore professionista

e ne chiede la condanna al pagamento di una somma di denaro, in relazione ad inadempienze ai patti contrattuali.

Il giocatore era stato ingaggiato dalla Hellas Verona per le stagioni 1999-2003 e nel corso del 2003 aveva sottoscritto direttamente con la Brescia Calcio un contratto di prestazioni sportive, violando i patti contrattuali con pregiudizio per la immagine professionale del procuratore sportivo.

Il convenuto, chiede il rigetto delle pretese, sul rilievo che al tempo della stipula entrambe le parti avevano accettato le regole proprie dell'ordinamento sportivo del calcio italiano, anche in tema di contrattazione e che il contratto apertamente le violava, onde doveva ritenersi nullo ai sensi del capoverso dell'art. 1322 c.c.

La Suprema Corte, investita della questione, afferma che un contratto posto in frode alle regole proprie della FIGC - che, tra l'altro, sanciscono il principio della leale collaborazione tra calciatore e procuratore -, e senza l'osservanza delle prescrizioni formali e sostanziali all'uopo richieste in favore della serietà degli agenti procuratori e dei diritti del calciatore professionista, non può ritenersi idoneo, sotto il profilo della meritevolezza della tutela dell'interesse perseguito ex art. 1322, comma 2, c.c. Inoltre, poiché l'azione è stata proposta su domanda fondata su titolo nullo, non è possibile richiedere, anche se in *limine iudicii*, l'indennità per arricchimento senza causa, posto che la causa era invece «ben reale e decisamente nulla».

I precedenti

In senso conforme, Cass., 23 febbraio 2004, n. 3545, in questa *Rivista*, 2004, 881, secondo cui, l'inidoneità di un contratto a realizzare nell'ordinamento sportivo (nel quale è destinato ad operare per volontà delle parti) la propria funzione economico-sociale (perché concluso in violazione di particolari prescrizioni da quell'ordinamento dettate a pena di nullità) comporta nullità nell'ordinamento statale per inidoneità funzionale della causa anche in tale ordinamento. Nello stesso senso già Cass., 5 gennaio 1994, n. 75, in *Giur. it.*, 1994, I, 1, 1498.

GIOCO E SCOMMESSA

SCAMBIO DI *FICHES* CONTRO ASSEGNO BANCARIO

Cassazione civile, Sez. I, 1 ottobre 2012, n. 16670 - Pres. Plenteda - Est. Rordorf - P.m. Carestia (conf.) - N. R. c. Gestione Stralcio Comunale del Casinò municipale di Sanremo

L'operazione mediante la quale il cliente di una casa da gioco si rifornisce di *fiches*, dando in cambio assegni bancari costituisce un negozio traslativo di acquisto di beni o servizi, non avendo alcuna funzione di finanziamento non autorizzata.

La questione

La parte chiede al Casinò di Sanremo la restituzione di quanto versato tramite assegni bancari in cambio di *fiches*, sostenendo che tale operazione sottenda una forma di esercizio del credito, quindi di finanziamento non autorizzata, come tale nulla. Propone, inoltre, in subordine domanda di annullamento del negozio, in quanto stipulato in condizione d'incapacità naturale, "derivante dalla stessa sua propensione al gioco d'azzardo".

La Suprema Corte, condividendo le conclusioni dei giudici di merito, rigetta il ricorso ed osserva come lo scambio tra as-

segno bancario, quale normale mezzo di pagamento e *fiches*, strumentali al gioco d'azzardo, non ha la funzione di consentire al cliente del Casinò di finanziarsi per poter giocare, perché non ne aumenta la disponibilità economica. Pertanto, l'operazione con la quale una parte paga con l'assegno ciò che riceve sotto forma di *fiches* è un mero acquisto «di strumenti necessari al gioco, i quali hanno appunto per questo un valore convenzionale che ne consente poi, in caso di vincita, la conversione in una corrispondente somma di denaro». Si tratta, dunque, di un negozio traslativo di beni, considerata l'equiparazione del pagamento con assegno alla dazione del denaro contante. Neanche l'eventuale non copertura dell'assegno vale a modificare la struttura del rapporto in un'attività di finanziamento: la questione, infatti, anche se anomala, caratterizza spesso il contratto di scambio. Solo l'utilizzo delle *fiches* fuori del circuito del gioco d'azzardo, «monetizzandole come se si trattasse invece di proventi di una vincita di gioco, costituisce con ogni evidenza un uso distorto» dello strumento negoziale.

Per quanto riguarda, invece, la domanda di annullamento del contratto per incapacità naturale al momento della stipula, la Suprema Corte evidenzia come, a differenza di quanto sostenuto dal ricorrente, la malafede dell'altro contraente non possa derivare *in re ipsa* dal fatto notorio del gioco d'azzardo, indice dello stato patologico alterato di chi abitualmente lo pratica. Infatti, anche se l'art. 428, comma 2 c.c., non richiede ai fini dell'annullamento negoziale, «a differenza dell'ipotesi del comma 1, la sussistenza di un grave pregiudizio, che può solo costituire indizio rivelatore dell'essenziale requisito

della mala fede dell'altro contraente», è pur vero che nel caso di specie era mancata la prova dell'effettivo stato di incapacità al momento della conclusione dell'accordo e quindi la decisione del giudice non avrebbe comunque potuto riconoscere l'invalidità dello strumento negoziale. D'altra parte, argomenta la Suprema Corte, non vi è sempre una correlazione necessaria tra stato di incapacità del volere ed abituale gioco d'azzardo, tale da compromettere qualsiasi stipulazione intrattenuta con la casa di gioco; pertanto, la valutazione di annullabilità del contratto deriverà pur sempre da un accertamento concreto ed effettivo che tenga conto della specificità del singolo caso.

I precedenti

Non si rinvengono precedenti negli esatti termini. In generale sui negozi riguardanti *fiches*, v. Trib. Milano, 1 settembre 2006, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2008, II, 349, secondo cui «il cambio di *fiches* è un negozio avente causa autonoma, non necessariamente collegata al gioco, dal momento che la consegna di *fiches* ad uno dei partecipanti al gioco non è elemento determinante ed esclusivo per la qualificazione del rapporto come associazione alla giocata, dovendo il relativo accertamento avvenire sulla base della volontà negoziale delle parti e della concretezza del rapporto tra le stesse maturato». Sulla funzione del "grave pregiudizio", quale indice rivelatore della malafede del contraente, ai fini dell'annullabilità del contratto per incapacità di intendere e di volere, cfr., tra le altre, Cass., 26 febbraio 2009, n. 4677, in *Foro it.*, Rep. 2009, voce *Interdizione, inabilitazione e amministrazione di sostegno*, n. 30.

LIBRI

COLLANA: **Commentari**

Processo civile – formulario commentato

I procedimenti speciali – II ed.

con CD-Rom

Diretto da Claudio Consolo e Vincenzo Mariconda

Il volume, inserito all'interno della Collana "Commentari", contiene tutte le **formule** relative ai **procedimenti speciali** del processo civile:

- il procedimento di **ingiunzione**
- il procedimento per **convalida di sfratto**
- i procedimenti **cautelari** e **possessori**
- i procedimenti in materia di **famiglia** e di **stato delle persone**
- la **copia** e la **collazione** di atti pubblici
- i procedimenti relativi all'**apertura delle successioni**
- lo **scioglimento di comunioni**
- il processo di **liberazione degli immobili dalle ipoteche**
- l'**arbitrato**

Particolare attenzione è dedicata alle novità introdotte dal **d.lgs. 1° settembre 2011, n. 150**, in materia di **riduzione e semplificazione** dei procedimenti civili di cognizione.

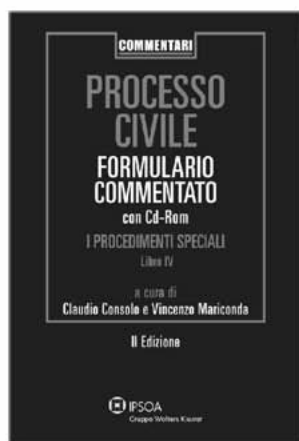
Ogni articolo di riferimento è strutturato in quattro "moduli": un **inquadramento funzionale** che rappresenta un ampio e utile commento d'autore; un breve paragrafo che suggerisce gli **errori da evitare**; la **formula** in senso stretto; una **rassegna della giurisprudenza** più significativa, di legittimità e di merito.

Il **Cd-Rom** allegato contiene oltre **300 formule**, utilizzabili con qualunque sistema di videoscrittura ed **adattabili al caso specifico**.

Ipsoa 2012, pagg. 2100, Euro 145,00

Per informazioni e acquisti

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



studi e materiali

Quaderni trimestrali del Consiglio Nazionale del Notariato



La Rivista offre la raccolta periodica dei lavori approvati dalle **Commissioni Studi del Consiglio Nazionale del Notariato** suddivisi per materie di competenza (civiltistici, di impresa, tributari, esecuzioni immobiliari, informatica giuridica, comunitari e internazionali), nonché degli approfondimenti e delle interpretazioni operative del Consiglio Nazionale.

La sezione **Materiali** pubblica lavori che, pur senza costituire studi approvati dal Consiglio Nazionale, presentano comunque profili di particolare interesse. In questa sezione sono pubblicati anche studi e ricerche sulla storia del notariato.

Una sezione contiene **le risposte** che l'Ufficio Studi del Consiglio Nazionale formula a **specifici quesiti** di interesse generale.

L'abbonamento alla rivista comprende il CD-ROM della Raccolta delle annate dal 2008 al 2012

Oggi anche su tablet

PER ACQUISTI E INFORMAZIONI

- **Informazioni Commerciali Ipsoa**
Fax 02.82476403 - Tel. 02.82476794
- **Agenzie Ipsoa** www.ipsoa.it/agenzie
- **www.shopwki.it**

SHOPWKI.it
IL NEGOZIO ON LINE DI WOLTERS KLUWER ITALIA

Osservatorio di merito

a cura di **Vito Amendolagine**

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

ASSICURAZIONE

LA PRESCRIZIONE DEL DIRITTO ALL'INDENNIZZO
CONTRATTUAMENTE PREVISTO
NEI CONFRONTI DELL'ASSICURATORE

@ Tribunale di Siena, 26 agosto 2012 - Giud. Caramellino - X c. Y

Le trattative per comporre bonariamente una vertenza assicurativa, le proposte, le concessioni e le rinunce fatte dalle parti a scopo transattivo, se non raggiungono l'effetto desiderato, non avendo come proprio presupposto l'ammissione totale o parziale della pretesa avversaria e non rappresentando, quindi, riconoscimento del diritto altrui, ai sensi dell'art. 2944 c.c., non hanno efficacia interruttiva della prescrizione, né possono importare rinuncia tacita a far valere la prescrizione stessa, perché non costituiscono fatti incompatibili in maniera assoluta con la volontà di avvalersi della causa estintiva del diritto altrui, come richiesto dal disposto dell'art. 2937 comma 3 c.c.

La questione

X chiede la corresponsione dell'indennizzo a suo dire dovuto a seguito dell'incidente stradale occorso il 3 febbraio 1999, in virtù di polizza assicurativa decennale per infortuni del conducente di autoveicoli ad uso privato, da lei conclusa il 12 aprile 1994, allegando che dal sinistro sia derivata l'invalidità permanente del 12-13%, temporanea totale per 40 giorni, temporanea parziale per 60 giorni, nonché la necessità di spese mediche per €441,57. Sostiene che la visita medico-legale del perito dell'assicuratore abbia interrotto la prescrizione e abbia concretato implicita rinuncia alla stessa. L'assicuratore convenuto eccepisce la prescrizione, la perdita del diritto all'indennizzo ex art. 1915 c.c. per il ritardo nella denuncia di sinistro, contestando l'efficacia interruttiva della prescrizione dei fatti *ex adverso* allegati, ed eccependo la deroga pattizia alla giurisdizione statale per l'esistenza di una clausola compromissoria. Il Tribunale adito rigetta le domande attoree ritenendole infondate, rilevando in primo luogo che il contratto di assicurazione dedotto in giudizio costituisce contratto per adesione a mente dell'art. 1341 c.c., ma non emerge che la clausola compromissoria sia stata specificamente approvata per iscritto dal contraente aderente, vale a dire dall'assicurato, pertanto essa è inefficace ai sensi dell'art. 1341 comma 2 c.c. In ogni caso, la clausola compromissoria non opera con riferimento alla presente lite, in cui si pone questione circa l'*an debeatur* sotto il profilo dell'intervenuta prescrizione, poiché il suo ristretto ambito si esaurisce alle divergenze sul grado di invalidità permanente o sulla liquidabilità della diaria, nonché sull'applicazione di quanto previsto all'art. 8.2 dei criteri di indennizzabilità, coerentemente con la composizione esclusivamente medica del collegio arbitrale prevista nella clausola in esame.

Ritenuta pertanto la propria competenza, deve vagliarsi la questione preliminare di merito di prescrizione ex art. 2952 comma 2 c.c., che viene in considerazione nel suo testo vigente al tempo tanto del fatto costitutivo dedotto quanto della domanda giudiziale, entrambi anteriori al d.l. n. 134 del 2008 (non dotato di efficacia retroattiva, in assenza di deroghe all'art. 11 preleggi).

Quanto alla contro-eccezione di rinuncia alla prescrizione ex art. 2937 c.c., per il Tribunale giova ricordare che tale rinuncia può conseguire anche da una proposta transattiva, qualora questa, anziché presupporre la contestazione del diritto della controparte, venga formulata in circostanze e con modalità tali da implicare ammissione del diritto stesso, e sia rivolta solo ad ottenere un componimento sulla liquidazione del *quantum*. Invece non costituisce atto interruttivo della prescrizione, ai sensi dell'art. 2944 c.c., l'invito, rivolto dalla compagnia assicuratrice al soggetto danneggiato, a sottoporsi a visita medica presso un sanitario indicato dalla compagnia stessa, atteso che detta visita, essendo finalizzata non necessariamente alla valutazione delle lesioni ma anche alla verifica della compatibilità eziologica tra queste ultime e l'incidente, non si traduce in un riconoscimento univoco del diritto del danneggiato né esclude la possibilità di negarlo successivamente al suo espletamento. Per quanto attiene invece alla contro-eccezione di interruzione della prescrizione, posto che il fatto costitutivo allegato dall'attrice data pacificamente 3 febbraio 1999, deve accertarsi se il termine annuale di prescrizione sia spirato anteriormente al 15 aprile 2002, data di perfezionamento della notificazione della citazione, o se sia *medio tempore* intervenuta una successione di fatti interruttivi a distanza infrannuale. Il primo atto scritto inequivocabilmente concretante costituzione in mora è la richiesta di risarcimento, *rectius* indennizzo, pervenuta all'assicuratore il 15 dicembre 2000, seguita da ulteriori solleciti trasmessi il 10 aprile 2001 via fax, il 28 maggio 2001 per lettera raccomandata a.r. e il 9 agosto 2001 per fax. Parte convenuta ha inoltre riconosciuto come veritiera la data, di per sé sprovvista di certezza, del 26 novembre 1999 che compare sull'avviso di sinistro prodotto dall'attrice, suscettibile di integrare la costituzione in mora interruttiva della prescrizione. Si pone pertanto la questione di fatto, se tra il 26 novembre 1999 ed il 15 dicembre 2000 l'assicuratore sia stato costituito in mora ex artt. 2943, terzo comma e 1219 c.c. in tempo utile a impedire il decorso continuativo di un anno.

Secondo il Tribunale le allegazioni attoree non colgono nel segno per l'assorbente ragione di diritto che l'art. 1219 c.c. prevede la sola - indefettibile - forma scritta per la costituzione in mora mediante inequivocabile intimazione di pagamento. È quindi vero che l'uso della lettera raccomandata a.r. costituisce modalità di trasmissione non indefettibile se non prescritta contrattualmente, ma sono del pari insuperabili la necessità della forma scritta dell'intimazione di pagamento nonché, in punto di fatto, il pacifico dato della mera oralità di tutte le richieste di corresponsione dell'indennizzo comprese tra il 26 novembre 1999 ed il 15 dicembre 2000. L'annualità del termine prescrizionale vigente *ratione temporis* è quindi

ragione di accoglimento dell'eccezione di parte convenuta e consequenziale reiezione di ogni domanda attorea.

I precedenti

Cass. 21 dicembre 2011, n. 27928, in *Mass. Giust. civ.*, 2011, 1810; Cass. 9 settembre 2011, n. 18557, *ibidem*, 1283; Cass. 12 febbraio 2010, n. 3371, in *Guida dir.*, 2010, 16, 87 (s.m.); Cass. 14 luglio 2009, n. 16379, in *Mass. Giust. civ.*, 2009, 7-8, 1088; Cass. 6 marzo 2008, n. 6034, *ivi*, 2008, 3, 369.

CONTRATTI DEI CONSUMATORI

LA RESPONSABILITÀ DEL PRODUTTORE
PER LA MESSA IN COMMERCIO
DI UN FARMACO DIFETTOSO

Tribunale di Sassari, 12 luglio 2012 - Giud. Bruno - C. R. c. N. s.p.a.

La responsabilità del produttore per la messa in commercio di un farmaco non può comprendere anche quella derivante dal cd. "rischio di sviluppo", espressamente escluso dal d.P.R. n. 224 del 1988, con il quale è stata recepita la direttiva 85/374/CEE, specie laddove si consideri da un lato l'irrinunciabilità del farmaco per la platea dei potenziali fruitori dello stesso e dall'altro, la possibilità che lo stesso farmaco generi effetti collaterali non conosciuti né conoscibili preventivamente sulla scorta delle esistenti cognizioni tecnico-scientifiche al momento dell'immissione in circolazione.

La questione

C.R. conviene in giudizio la N. s.p.a. chiedendo l'accertamento della responsabilità in qualità di produttore, per la messa in commercio di un farmaco difettoso, invocandone la colpa nella produzione dei danni che ne sono conseguiti, ai sensi del d.P.R. n. 224/1988 con cui è stata recepita la Direttiva 85/374/CEE. La domanda, sebbene giudicata ammissibile dal Tribunale sotto il profilo della prescrizione non ancora compiutasi, stante la mancata revoca dell'autorizzazione alla commercializzazione del farmaco di cui trattasi da cui decorre la conoscenza o conoscibilità del difetto, a nulla rilevando la sua sospensione, stante il mancato raggiungimento della prova sul nesso di causalità che necessariamente deve intercorrere tra l'evento ed il suo determinarsi in ragione del principio della probabilità relativa ovvero del "più probabile che non" e di quanto sancito in argomento dall'art. 6 del d.P.R. n. 224 del 1988. In particolare, la normativa di recepimento della direttiva del Consiglio 85/374/CEE già prevedeva all'art. 6 che la responsabilità del produttore è esclusa se lo stato delle conoscenze scientifiche e tecniche al momento in cui il produttore ha messo in circolazione il prodotto non permetteva ancora di considerare il prodotto come difettoso (c.d. rischio di sviluppo). L'art. 7 lett. c della citata direttiva è stato interpretato da CGCE, Sez. V, 29 maggio 1997, causa C-300/95, laddove si specifica che le conoscenze tecniche e scientifiche a cui la norma si riferisce sono quelle costituenti lo stato oggettivo delle conoscenze scientifiche e tecniche di cui il produttore si presume sia informato e che la relativa cognizione sia accessibile al momento della messa in commercio del prodotto considerato. Conseguente, nella fattispecie esaminata dal Tribunale, si rigetta la domanda attorea perché

posto che il criterio per valutare la condotta della convenuta è quello della oggettiva conoscenza del difetto in base al più avanzato livello della tecnica e scienza combinato con quello della relativa accessibilità delle informazioni, risulta acclarato in atti di causa come al momento dell'immissione in commercio del prodotto non vi poteva essere alcuna possibilità di conoscenza da parte della convenuta degli effetti collaterali dell'uso del farmaco e tantomeno in occasione delle relative e successive cure.

I precedenti

Trib. Roma 16 gennaio 2009, in *Foro it.*, 2009, 10, I, 2858; Trib. Roma, 20 aprile 2002, *ivi*, 2002, I, 3225; App. Trieste 16 giugno 1987, in *Resp. civ. e prev.*, 1989, 334.

LAVORO

LA RESPONSABILITÀ DEL DATORE DI LAVORO
PER FATTI ILLECITI DEL PROPRIO DIPENDENTE

@ Tribunale di Milano, 3 settembre 2012 - Giud. Spera - V. C. c. Telecom Italia s.p.a. e Internazionale F.C.

L'unicità del fatto dannoso richiesta dall'art. 2055 c.c. ai fini della configurabilità della responsabilità solidale degli autori dell'illecito - anche laddove concernente quella del datore di lavoro per il fatto dei suoi dipendenti - va intesa in senso non assoluto, ma relativo, sicché ricorre tale responsabilità, volta a rafforzare la garanzia del danneggiato e non ad alleviare la responsabilità degli autori dell'illecito, pur se il fatto dannoso sia derivato da più azioni o omissioni, dolose o colpose, costituenti fatti illeciti distinti, e anche diversi, sempre che le singole azioni o omissioni, legate da un vincolo di interdipendenza, abbiano concorso in maniera efficiente alla produzione del danno, a nulla rilevando, l'assenza di un collegamento psicologico tra le stesse.

La questione

Il sig. V. C. conviene in giudizio la società Telecom Italia S.p.a. chiedendo di accertare e dichiarare la condotta illecita ex art. 2043 c.c. del sig. G. T. - nella sua qualità di responsabile della funzione *Security* della società convenuta - e per l'effetto accertare e dichiarare la responsabilità ex art. 2049 c.c. della Telecom, condannandola al risarcimento in proprio favore di tutti i danni patrimoniali e non patrimoniali patiti e patienti e quantificati in euro 12 milioni.

A fondamento della propria domanda l'attore espone di aver appreso dai mezzi di informazione nel settembre 2006 che le proprie utenze telefoniche, fisse e mobili, venivano illecitamente intercettate, e comunque controllate, e che tali illecite attività sarebbero state compiute tramite il sig. G. T. (dirigente Telecom) su commissione della società sportiva Inter presso cui l'attore era all'epoca tesserato.

Si costituisce in giudizio la convenuta Telecom Italia S.p.a. contestando integralmente gli assunti attorei.

Si costituisce in giudizio altresì la terza chiamata chiedendo che venisse dichiarata inammissibile la domanda dell'attore in quanto prescritta.

Il Tribunale giudica parzialmente fondata la domanda attorea, rilevando che sul risarcimento del danno, ai sensi dell'art. 2947 c.c. la prescrizione del diritto si verifica con il decorso di cinque anni dall'epoca della commissione dell'illecito. L'atto-

re, nella propria memoria ex art. 183 n. 1, c.p.c. ha precisato che la prescrizione inizierebbe a decorrere dal momento in cui si verifica la lesione del diritto che nel caso di specie sarebbe avvenuta solo nel 2006, momento in cui l'attore ha preso consapevolezza della illecita intromissione nella propria sfera privata. L'eccezione di prescrizione è quindi infondata.

Sulla responsabilità delle convenute dall'istruttoria della causa può ritenersi accertata la commissione di un fatto illecito commesso ai danni dell'attore, consistente nell'abusivo controllo del traffico telefonico in entrata ed in uscita dalle utenze allo stesso intestate.

A tal riguardo, la responsabilità indiretta ex art. 2049 c.c. del datore di lavoro per il fatto dannoso commesso dal dipendente non richiede che tra le mansioni affidate all'autore dell'illecito e l'evento sussista un nesso di causalità, essendo sufficiente che ricorra un rapporto di occasionalità necessaria tale per cui le funzioni esercitate abbiano determinato o anche soltanto agevolato la realizzazione del fatto lesivo. È irrilevante, pertanto, che il dipendente abbia superato i limiti delle mansioni affidategli, od abbia agito con dolo e per finalità strettamente personali.

È sufficiente, quindi, la dimostrazione del compimento dell'illecito da parte del dipendente per determinare una declaratoria di responsabilità della convenuta ex art. 2049 c.c. come accertato dal Tribunale nella fattispecie per cui è causa.

Il Tribunale precisa poi che anche a voler ritenere che il controllo sul traffico telefonico non abbia costituito oggetto di uno specifico incarico, l'altra convenuta sarebbe comunque responsabile per l'attività illecita commessa in esecuzione dell'incarico dalla stessa commissionato.

Nel caso di specie, la commissione del fatto illecito consistente nell'indebita intrusione nella sfera privata altrui mediante il controllo del traffico telefonico - quand'anche non fosse stato espressamente commissionato - non può ritenersi evento imprevisto ed imprevedibile. Alla luce di quanto esposto deve dichiararsi quindi la responsabilità solidale di entrambe le convenute nella produzione dei danni subiti dall'attore.

I precedenti

Cass. 12 marzo 2010, n. 6041, in *Mass. Giust. civ.*, 2010, 3, 360; Cass. 22 agosto 2007, n. 17836, *ivi*, 2007, 7-8; Cass. 24 gennaio 2007, n. 1516, *ibidem*, 1.

LEASING

CONCESSIONE ABUSIVA DEL CREDITO NEL SALE AND LEASE BACK

Tribunale di Rovereto, 6 agosto 2012 - Giud. Dies - Agria Holding S.p.A. c. Trentino Sviluppo S.p.A. e Banca di Trento e Bolzano S.p.A.

In tutti i casi di sale and lease back, la vendita dell'immobile al finanziatore ha in sostanza una funzione di garanzia sul finanziamento concesso in forma di prezzo e di cui si ottiene la restituzione mediante i canoni di locazione e ciò logicamente impone di estinguere eventuali garanzie reali, perché altrimenti il finanziatore sarebbe privato, in caso di escussione della garanzia reale pozio-re, di qualsiasi garanzia per la restituzione del finanziamento concesso.

La questione

Il giudizio instaurato davanti al Tribunale di Rovereto ha per oggetto una richiesta di risarcimento di danni promossa dalla società attrice Agria Holding S.p.A. contro le società convenute, sulla base di una fattispecie invocata come *causa petendi* della domanda costituita da un preteso abusivo credito erogato ad una propria società controllata, la Salumificio Marsilli S.p.A., da parte della Trentino Sviluppo S.p.A. mediante un'operazione di *lease back* dello stabilimento industriale sito in Trambileno nonché da parte della Banca di Trento e Bolzano S.p.A., mediante un'anticipazione su fatture.

In particolare il contratto di *lease back* risulta stipulato in data 18 ottobre 2007 e, contestualmente ad esso, risulta stipulato un contratto di cessione di azioni della Marsilli da Agria a TS, avente ad oggetto una sola azione al valore nominale di euro 1.000,00 nonché un contratto denominato "Patti parasociali", in forza del quale Trentino Sviluppo era legittimata a designare un componente nell'organo di vigilanza e nel C.d.A. della Marsilli ed Agria era sostanzialmente gravata dell'obbligo di ripianare le eventuali perdite e ad effettuare un aumento di capitale entro il 31 dicembre 2008.

Le società convenute chiedono il rigetto della domanda attorea per la radicale assenza dei suoi elementi costitutivi.

Il Tribunale giudica la domanda proposta dall'attrice manifestamente infondata.

Il contrasto è basato sull'interpretazione del fatto donde trae origine il presente giudizio, nonché sulle conseguenti valutazioni in diritto ed in particolare, sugli elementi costitutivi della fattispecie di responsabilità invocata, denominata abusiva concessione di credito.

Altrettanto pacifica tra le parti, che però ne traggono opposte conseguenze giuridiche, è il collegamento funzionale tra i contratti mediante i quali si è realizzata l'operazione di finanziamento, che del resto emerge in tutta evidenza dalle stesse previsioni contrattuali. Depongono chiaramente in questo senso i continui riferimenti in ciascun contratto agli altri, in particolare il riferimento contenuto nei patti parasociali al contratto di *lease back* che viene espressamente qualificato come condizione essenziale del contratto. Ciò rende evidente che ciascun contratto trova giustificazione sul piano causale negli altri e non può essere correttamente interpretato senza considerare questa circostanza.

Sul piano tecnico giuridico poi non appare inutile evidenziare, ad ulteriore conferma dello stretto collegamento funzionale tra i diversi contratti, come i patti parasociali solo in minima parte prevedono obblighi reciproci tra le parti del contratto stesso, ossia Trentino Sviluppo e Agria, perché gli obblighi fondamentali sono assunti da Agria in favore di un soggetto formalmente estraneo al contratto, ossia Marsilli, secondo uno schema riconducibile al contratto in favore del terzo, al fine di perseguire, come si legge nelle premesse del contratto, l'obiettivo di favorire e sostenere lo sviluppo del piano industriale per il rilancio di Marsilli, che costituisce anche l'obiettivo essenziale della complessiva operazione di finanziamento realizzata mediante il contratto di *lease back*.

L'indicato collegamento funzionale tra i diversi contratti comporta una rilevante conseguenza ai fini della decisione, ossia che Agria non può ritenersi soggetto terzo, estraneo alla complessiva operazione di finanziamento in favore di Marsilli.

Al riguardo, il Tribunale rileva come d'altra parte è la stessa natura dell'azione proposta che rende evidente come rilevi non tanto il profilo interno della relazione contrattuale, ma il profilo per così dire esterno, ossia l'attività materiale che produce il contratto, come ampiamente dimostrato dalla elabo-

razioni di figure di responsabilità extracontrattuale fondate sul contratto. Se pertanto un soggetto partecipa attivamente all'attività materiale che conduce al contratto, pur non assumendo formalmente la qualifica di parte contrattuale ai sensi dell'art. 1372 c.c., non può tuttavia, ai fini delle fattispecie di responsabilità extracontrattuale invocata, ritenersi soggetto estraneo all'attività stessa. Ne consegue, pertanto, che una volta accertato lo stretto collegamento funzionale tra il contratto di *lease back*, al quale il medesimo soggetto è formalmente estraneo ed i patti parasociali, di cui invece è parte a tutti gli effetti e la sua necessaria attiva partecipazione dalle trattative poste in essere per la complessiva operazione di finanziamento ad un terzo soggetto, non può pretendere di essere considerato soggetto estraneo semplicemente richiamando l'art. 1372 c.c. in relazione al contratto di *lease back*. In ordine alla qualità dei soggetti del complesso rapporto per cui è causa, il Tribunale rileva come la normale riferibilità agli istituti di credito non si configura alla stregua di un elemento costitutivo della stessa fattispecie potendo trovare applicazione anche ai finanziatori professionali non qualificabili come istituti di credito. In tal caso la fattispecie di responsabilità potrà assumere una diversa connotazione, con specifico riferimento alle regole e criteri tecnici alla stregua dei quali valutare l'abusività o meno della concessione di credito, ma tutto ciò non consente di escludere già in astratto la configurabilità della responsabilità invocata. La relativa violazione ben consentirebbe, in astratto, di qualificare l'eventuale concessione di credito come abusivo.

Sempre parere del Tribunale adito, occorre premettere che con la locuzione abusiva concessione del credito si fa in realtà riferimento ad almeno due distinte fattispecie, fondate su autonomi elementi costitutivi ed alle quali si riferiscono conseguentemente distinte domande risarcitorie.

In base alla prima fattispecie la concessione abusiva del credito si configura come fonte di responsabilità perché crea nel mercato una falsa apparenza di solvibilità dell'impresa finanziata in realtà decotta, così ponendo il problema dell'affidamento dei terzi, in particolare dei creditori, che facciano erroneamente affidamento in uno stato di cose difforme dalla realtà. In questa prospettiva il fatto generatore di danno è l'erogazione abusiva del credito in quanto tale in stretta correlazione con la qualità professionale del finanziatore, essendo un dato di difficile confutazione la forza di persuasione, per gli operatori del mercato, che si libera dall'attività di finanziamento professionalmente organizzata. Più precisamente il fatto generatore della responsabilità è l'abusiva erogazione del credito in quanto tale, perché idonea a determinare una falsa apparenza di solvibilità del finanziato. Trattandosi di una responsabilità per creazione di una falsa apparenza sulla situazione patrimoniale del finanziato deve escludersi alla radice una legittimazione ad agire di quest'ultimo, sia perché si tratta del soggetto che ha richiesto il finanziamento abusivo, condotta che si configura come causa efficiente del danno, sia soprattutto perché non è seriamente prospettabile che un soggetto possa incorrere in errore sul proprio stato di insolvenza per un finanziamento da lui stesso richiesto e concesso incautamente da un istituto di credito ed anche se si volesse ritenere prospettabile si dovrebbe comunque ritenere trattarsi di errore sicuramente colpevole, con conseguente insussistenza dell'ingiustizia del danno, alla luce di quanto subito si preciserà in merito.

Ed è proprio l'impossibilità stessa di riconoscere un diritto di risarcimento del fallito al quale possa succedere il curatore fallimentare, la ragione fondamentale che hanno indotto le Sezioni Unite a negare, in riferimento a questa specifica fat-

tispecie di responsabilità, la legittimazione ad agire appunto del curatore fallimentare, dovendosi piuttosto riconoscere un diritto di risarcimento del singolo terzo creditore che deve essere valutato caso per caso nella sua esistenza e nella sua entità, essendo dipendente dalla specifica relazione giuridica con il terzo danneggiato.

Del tutto diverse ed autonome sono invece le fattispecie di responsabilità in cui il danno non è originato dall'erogazione abusiva del credito in quanto tale, per aver creato una falsa apparenza di solvibilità del debitore, ma dalla sua successiva illecita utilizzazione per aver consentito ad un'impresa in realtà insolvente di mantenersi artificialmente sul mercato, in violazione alle regole che vietano l'esercizio dell'impresa in danno dei creditori, così aggravando il dissesto, con pregiudizio in primo luogo della società finanziata e poi anche della massa dei creditori. In tal caso, in realtà, la responsabilità della banca per "abusivo esercizio del credito" si configura come un'ipotesi di concorso nella responsabilità per *mala gestio* degli amministratori, fonte della responsabilità di cui agli artt. 2392 e 2393 c.c., in riferimento alla quale non vi è ragione alcuna di escludere la legittimazione attiva del curatore fallimentare, essendo ravvisabile un diritto al risarcimento del soggetto finanziato al quale il curatore può succedere.

Dalla piana interpretazione dell'atto di citazione e dall'allegazione degli elementi costitutivi della responsabilità invocata emerge come l'unica fattispecie di responsabilità oggetto della domanda azionata nella presente sede sia la prima e non anche la seconda. Da ciò emerge in modo piano il difetto di legittimazione attiva della società attrice una volta ritenuto che essa non può ritenersi soggetto estraneo all'operazione di finanziamento. Invero, nella fattispecie esaminata, il preteso abusivo finanziamento è stato concesso anche su richiesta dell'attore, che direttamente intervenuto nelle relative trattative, ha posto in essere i presupposti economici e giuridici, affinché l'intera operazione potesse andare in porto, mediante l'impegno contrattuale assunto coi patti parasociali di sostenere finanziariamente la propria società controllata, nei termini sopra riportati, che rendevano perseguibile il piano industriale. Non può, pertanto, pretendere il medesimo attore, paradossalmente, di convertire in danno gli impegni liberamente assunti sulla base di un contratto che ha reso possibile il preteso finanziamento illecito e che, pertanto, ne costituisce piuttosto la causa. In buona sostanza causa efficiente e da sola sufficiente a causare il danno, a norma dell'art. 41 comma 2 c.p. è lo stesso comportamento contrattuale dell'istante, in mancanza del quale il finanziamento non sarebbe stato mai concesso.

Sul piano concreto, poi, l'abusività o meno del finanziamento concesso all'impresa in crisi va valutata alla stregua della ragionevolezza e fattibilità del piano di ristrutturazione industriale, al quale anche il finanziatore necessariamente partecipa.

Dal momento che la fattispecie di responsabilità invocata dall'attore si traduce in sostanza in un caso di tutela dell'affidamento dei terzi per la falsa apparenza di solvenza del finanziato, nessuna responsabilità può esservi se il soggetto che agisce fosse o dovesse essere, utilizzando l'ordinaria diligenza, pienamente consapevole dello stato di dissesto del finanziato. Invero la tutela dell'affidamento in false apparenze sono generalmente tutelate dall'ordinamento solo sul presupposto di un affidamento incolpevole. Da ciò deriva che lo stato soggettivo del danneggiato non rileva unicamente, come accade in via generale nella materia della responsabilità civile, quale possibile concorso di cause nel produrre il danno ma, in modo assai più pregnante, come elemento di defini-

zione del danno ingiusto, nel senso che un danno di un soggetto che fosse o dovesse essere consapevole del dissesto in cui versava il finanziato, non può ritenersi "ingiusto", non derivando dalla lesione di un interesse meritevole di protezione giuridica. In tal caso, invero, la pretesa lesione della libertà contrattuale dell'attore o in realtà non sussiste oppure, pur sussistendo, non è ritenuto dall'ordinamento giuridico un interesse meritevole di protezione. Piena conferma a questa impostazione si ha dal rilievo che tutti gli attori del mercato hanno l'obbligo di assumere il rischio delle proprie scelte professionali e non possono pretendere di scaricarlo sugli altri imprenditori, ancorché particolarmente qualificati. Ed è appena il caso di rilevare come l'obbligo di informarsi sullo stato di solvenza o meno del debitore muti in ragione sia della natura che dei rapporti giuridici del soggetto in relazione al quale deve essere apprezzato. Così diverse sono le posizioni di un semplice consumatore, di un piccolo fornitore, di un grande fornitore, di un socio di minoranza, di un socio di maggioranza o totalitario, di un istituto di credito e così via.

I precedenti

Cass., 23 luglio 2010, n. 17284, in *Guida dir.*, 2010, 43, 77 (s.m.); Cass., 1° giugno 2010, n. 13413, in *Giust. civ.*, 2011, 1283; Cass. Sez. Un. 28 marzo 2006, n. 7029, in *Mass. Giust. civ.*, 2006, 4.

MANDATO

CONTRATTO CONCLUSO CON IL PROFESSIONISTA
E INADEMPIMENTO DEL CLIENTE
ALL'OBBLIGAZIONE PRIMARIA

@ Tribunale di Reggio Emilia, 25 settembre 2012 - Giud. Morlini - Geom. A. c. Biserni Costruzioni

Il mancato pagamento del compenso pattuito con il professionista non può essere paralizzato da una paventata responsabilità invocata dalla cliente nei confronti del medesimo riguardante il mancato e puntuale rispetto da parte di quest'ultimo delle indicazioni fornitegli in corso d'opera nell'esecuzione del mandato professionale.

La questione

Il geometra A. chiede la condanna della Biserni Costruzioni al pagamento della complessiva somma di €5.616,00 per il compenso relativo all'attività di consulente tecnico di parte prestata in due distinte controversie giurisdizionali. La convenuta resiste, contrastando la domanda proposta nei suoi confronti, ed addebitando all'attore, in via riconvenzionale, l'esito negativo della controversia, contestando in particolare di non avere sostenuto che si sarebbero potuti accertare i difetti delle opere eseguite da controparte. A seguito della proposizione della riconvenzionale, la Biserni chiede ed ottiene la chiamata in giudizio della propria assicurazione per essere eventualmente manlevata nelle denegata ipotesi di condanna. Il Tribunale ritiene la domanda attorea fondata, e come tale meritevole di accoglimento.

Ribadito infatti che non è in contestazione né l'effettivo svolgimento dell'attività professionale, né l'astratta adeguatezza del compenso richiesto, risulta di palmare evidenza l'insussistenza dell'addebitata responsabilità professionale, risultando infondato il rilievo per il quale l'attore non avrebbe evidenziato i difetti delle opere eseguite da controparte o non

avrebbe comunque sostenuto la tesi che, anche in assenza di tale preventivo accertamento, i difetti erano ancora riscontrabili. Rileva a tal riguardo il Tribunale che è facile replicare che, in realtà, l'attore, in corso di causa, ha sempre sostenuto l'esistenza di tali difetti e la persistente possibilità di accertarli in corso di causa.

Senza quindi nemmeno dovere dar corso all'istruttoria testimoniale richiesta da parte convenuta, e previa quindi conferma del rigetto delle istanze istruttorie reiterate in sede di precisazione delle conclusioni, deriva l'infondatezza del rilievo mosso all'opera del geometra A. ciò che impone l'accoglimento della domanda attorea, con il riconoscimento dei richiesti interessi ex d.lgs. n. 231 del 2002, decorrenti dal 16 aprile 2009, data della nota *pro forma*, nonché ed il rigetto della riconvenzionale, fondata su un preteso inadempimento del medesimo attore agli obblighi derivanti dallo stesso rapporto contrattuale. In ragione del rigetto della domanda riconvenzionale, rimane ovviamente assorbita la domanda di garanzia proposta dall'istante nei confronti del proprio assicuratore.

I precedenti

Non si rivengono precedenti editi nei medesimi termini.

TRANSAZIONE

MANCATO RISPETTO DELL'ACCORDO
TRANSATTIVO RIFERITO AD UN'OBBLIGAZIONE
PREESISTENTE TRA LE PARTI

@ Tribunale di Reggio Emilia, 4 agosto 2012 - Giud. Morlini - X c. Y

Al contenuto delle dichiarazioni sottoscritte giudizialmente dal procuratore di una parte, può essere attribuito valore negoziale riferibile alla medesima parte interessata quando quegli stessi scritti rechino anche la sottoscrizione della parte stessa, in calce od a margine dell'atto a cui si riferiscono le stesse dichiarazioni, in tale ipotesi, dovendo presumersi che la parte abbia avuto la piena conoscenza del contenuto assumendosene anch'essa la relativa titolarità.

La questione

X. si attiva giudizialmente nei confronti di Y., oltre che di altro debitore, azionando come titolo esecutivo un decreto ingiuntivo.

Successivamente le parti raggiungono un accordo transattivo che prevede il pagamento del debito da parte di Y. in rate dilazionate e scadenti nel luglio 2009, nonché l'impegno di X. a rinunciare "sin da oggi" all'esecuzione forzata del proprio credito.

X., pochi giorni dopo, effettivamente rinuncia all'azione nell'esecuzione pendente, ma successivamente, propone nuovo procedimento di esecuzione forzata, dando atto dell'avvenuta corresponsione di alcuni acconti rispetto al debito originario, e deducendo che Y. non aveva onorato il pagamento di tutto il debito.

Pertanto, Y. propone opposizione all'esecuzione ex art. 615 c.p.c., domandando la sospensione dell'esecuzione stessa in ragione dell'esistenza dei "gravi motivi" di cui all'art. 624 c.p.c., deducendo di avere estinto tutto il debito, ed argomentando che la prova di tale estinzione deriva dallo stesso

contenuto dell'atto di rinuncia alla precedente esecuzione, ove X. dava atto di rinunciare all'azione poiché il Y. aveva provveduto ad estinguere la propria obbligazione debitoria. Resiste X., eccependo che la rinuncia all'esecuzione era diretta e necessitata conseguenza dell'accordo transattivo, poi inadempito da Y.

Il Tribunale ritiene che nella presente fattispecie, vada innanzitutto chiarito che l'atto di rinuncia all'esecuzione, non può essere inteso quale quietanza liberatoria rispetto al credito azionato, a ciò ostando sia il contenuto letterale dell'atto stesso, posto che l'inciso «ha provveduto ad estinguere la propria posizione debitoria» è inserito in un ben più articolato e complesso atto processuale finalizzato alla rinuncia all'azione nel procedimento esecutivo, così dando spessore al precedente accordo di rinunciare «sin da oggi» all'esecuzione stessa, sia la provenienza dell'atto, e cioè il fatto che lo stesso è firmato dal solo legale di X., e quindi da persona inidonea a rendere dichiarazione confessoria.

Ciò posto, secondo il Tribunale, l'elemento indiziario offerto dall'inciso sopra riportato, non è sufficiente a far ritenere provata l'effettiva corresponsione, da parte di Y., di tutte le somme indicate nell'accordo transattivo.

Infatti, per un verso, non è credibile che un debitore, dopo avere concordato una rateizzazione del debito per oltre un anno, estingua poi pochi giorni dopo l'intero debito, mentre per altro verso, è del tutto irragionevole ipotizzare che, volendo procedere ad una estinzione anticipata del debito, lo si faccia senza farsi rilasciare una vera e propria ricevuta di pagamento con rituale quietanza liberatoria.

I precedenti

Non si rinvergono precedenti editi nei medesimi termini.

VENDITA

INADEMPIMENTO NELLA FORNITURA DI BENI
DIFFORMI DALLE CARATTERISTICHE
PREVISTE DA CONTRATTO

Tribunale di Milano, 23 luglio 2012 - Giud. Antenore - Sirti s.p.a. c. Elef s.r.l. e Z

Si ha vizio redibitorio ovvero mancanza di qualità essenziali della cosa consegnata al compratore qualora questa presenti imperfezioni concernenti il processo di produzione o di fabbricazione che la rendano inidonea all'uso cui dovrebbe essere destinata o ne diminuiscano in modo apprezzabile il valore, ovvero appartenga ad un tipo diverso o ad una specie differente da quella pattuita. Si ha invece consegna di *aliud pro alio* che dà luogo all'azione contrattuale di risoluzione o di indempimento ai sensi dell'art. 1453 c.c. svincolata dai termini di decadenza e prescrizione previsti dall'art. 1495 c.c., qualora il medesimo bene sia completamente diverso da quello pattuito, in quanto appartenendo ad un genere diverso, si riveli essere del tutto inidoneo ad assolvere la destinazione economico-sociale della cosa venduta e quindi, a fornire l'utilità richiesta.

La questione

L'attore Sirti s.p.a. propone domanda di condanna della convenuta Elef s.r.l. instando per il risarcimento dei danni occor-

si per i costi derivanti dalla riparazione, rimessa in pristino di alcuni prodotti oggetto di una fornitura eseguita dalla medesima convenuta e dei quali l'attore lamenta la sostanziale difformità dalle caratteristiche essenziali convenute in precedenza, e quindi, la sussistenza di ulteriori difetti.

La convenuta si costituisce eccependo la decadenza dalla garanzia richiesta e/o la prescrizione della relativa azione, contestando nel merito la fondatezza della domanda attorea, chiedendone il rigetto, e comunque estendendo il contraddittorio alla Zurich International Italia, con la quale è assicurata per la responsabilità civile.

Il Tribunale rigetta tutte le domande, rilevando come l'eccezione formulata dalla convenuta di prescrizione sia infondata, essendo pacifico che in occasione della controversia insorta, tra le parti si verte in tema di contratto di vendita e di garanzia dei beni venduti, e il venditore non può che fare riferimento all'inerzia del titolare del diritto al momento della consegna dei beni e prolungatasi oltre il tempo previsto dalla legge. A tal riguardo, è quindi chiaro come nel quadro fattuale in cui si iscrive la relativa eccezione di prescrizione, risultando dalla stessa proposizione dell'eccezione evidente la volontà della parte interessata di volersi avvalere dell'effetto estintivo, è implicito il momento iniziale dell'inerzia, al pari delle norme che la disciplinano, rappresentando una questione di diritto la cui identificazione spetta al potere-dovere del giudice e, per la quale, il Tribunale adito non è vincolato dalle allegazioni di parte.

Alla luce di quanto innanzi esposto, per il Tribunale risulta quindi accertato che il termine annuale di prescrizione previsto dall'art. 1495 c.c. è ormai ampiamente decorso e che la notifica del ricorso per a.t.p. che con l'instaurazione del relativo giudizio determinerebbe ai sensi dell'art. 2943 c.c., l'interruzione della prescrizione sino al deposito della relazione del consulente nominato è intervenuta dopo che il termine di prescrizione di cui si discute era già interamente decorso.

I precedenti

Cass. 18 maggio 2011, n. 10916, in *Mass. Giust. civ.*, 2011, 763; Cass. 22 ottobre 2010, n. 21752, *ivi*, 2010, 1361; Cass. 22 maggio 2007, n. 11843, *ivi*, 2007, 5; Cass. 7 marzo 2007, n. 5202, in *Guida dir.*, 2007, 17, 79 (s.m.).



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.

Danno contrattuale

Responsabilità dell'avvocato e quantificazione del danno

di **Francesca Benatti**

Nel presente contributo si esamina il tema della quantificazione dei danni, nelle ipotesi di responsabilità dell'avvocato alla luce delle tendenze degli ordinamenti stranieri, con particolare riferimento al danno da perdita di *chance*. Sono poi valutati i limiti e le possibili fattispecie di applicazione del danno morale.

Il tema

Il tema della responsabilità dell'avvocato ha assunto maggiore rilevanza negli ultimi anni seguendo la stessa evoluzione di quello della responsabilità medica. In precedenza il problema era poco avvertito anche per l'esiguo numero di cause intentate. Ciò era dovuto soprattutto al contesto sociale caratterizzato da maggiore coesione e uniformità di valori, nonché da un grande rispetto per questa figura professionale: prevaleva, infatti, l'opinione che gli avvocati agissero sempre con cura e attenzione e quindi l'esito del processo non potesse dipendere da una loro eventuale negligenza.

Inoltre nei casi in cui si agiva in giudizio nei confronti dell'avvocato, l'orientamento era restrittivo: si temeva che, se ogni esito sfavorevole di una lite avesse determinato la sua responsabilità, pochi avrebbero svolto questa professione, in particolare l'avrebbero esercitata coloro che avevano patrimoni ingenti, tali cioè da potere sostenere il rischio. Questo indirizzo si rifletteva anche nella quantificazione del danno e al riguardo si ricorda la sentenza Pasini c. Giannini. Essa aveva stabilito l'impossibilità di concedere un risarcimento fondato su stime e probabilità (1): «Nel calcolo concorrono elementi di difficile valutazione quali l'opinione personale del giudice, l'apprezzamento che egli dovrà fare delle prove. L'apprestamento delle stesse per opera dei vari litiganti, il regolare corso del processo, l'attività delle parti, le loro risorse defensionali (...) Elementi subiettivi influiscono grandemente sul risultato del giudizio» (2).

Il problema che veniva sottolineato dalla dottrina era, però, quella della scarsa tutela del cliente, spesso privo di rimedi nei confronti del legale. Un tentativo di migliorare tale situazione avveniva attraverso l'introduzione del concetto di certezza morale

e poi di ragionevole certezza. È vero che qui siamo sul piano del nesso causale (3) e non su quello della natura e quantificazione dei danni, ma si inizia a preparare il terreno per la risarcibilità anche della semplice *chance*.

Secondo parte della dottrina i due criteri sarebbero diversi e più soddisfacente risulterebbe quello della ragionevole certezza (4). Tuttavia essi sembrano oggi utilizzati in maniera analoga (5), anche se la Cassazione si riferisce in prevalenza alla ragionevole certezza (6). Viene espressamente affermato come

Note:

(1) Le ragioni di questo orientamento fondate sulla tesi secondo cui il danno causato dal giudicato non può essere ritenuto ingiusto e risarcibile, giacché la sentenza passata in giudicato si stacca dalle cause concrete che l'hanno prodotta, divenendo unica espressione della realtà giuridica e implicando una presunzione di verità assoluta, sono esposte da Barca, *La responsabilità contrattuale dell'avvocato nell'espletamento dell'incarico ricevuto*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2001, II, 502, e Favale, *La responsabilità civile del professionista forense*, Padova, 2011, 206 ss.

(2) V. Favale, *op. cit.*, 206 ss, dove sono riportati anche i commenti alla decisione di Carnelutti, *Rimedi contro la negligenza del difensore*, in *Riv. dir. proc.*, 1932, II, 57 ss., e Calamandrei, *Limiti di responsabilità del legale negligente*, *ivi*, 1931, II, 267 ss. Nel dibattito si ritrovano in nuce tutti gli argomenti favorevoli e contrari al risarcimento del danno da *chance*: sul punto cfr. anche Cattaneo, *La responsabilità civile del legale*, in *Riv. dir. civ.*, 1957, I, 87; *Id.*, *La responsabilità civile del professionista*, Milano, 1958, 182 ss.

(3) Sul problema del nesso causale, v. Franciosi, *La responsabilità civile dell'avvocato*, in *Resp. civ. prev.*, 2001, I, 822; Rossetti, *Sulla responsabilità dell'avvocato pesa la prova del nesso causale*, in *Dir. e giust.*, 2001, 12, 45.

(4) In questo senso Favale, *op. cit.*, 207 ss.; Facci, *L'errore dell'avvocato, l'appello tardivo e la perdita di chance di vincere il processo*, in *Resp. civ. e prev.*, 2002, 1379.

(5) Barca, *op. cit.*, 498 ss., in cui si ritrova un'ampia analisi giurisprudenziale.

(6) Utilizza ancora il criterio della certezza morale Cass., 27 maggio 2009, n. 12354.

debba essere dimostrato «con ragionevole certezza che il gravame, se proposto sarebbe stato accolto, secondo il criterio del più probabile che non» (7). Da qui ad arrivare ad affermare l'ammissibilità del risarcimento anche di quella probabilità il passo è stato abbastanza breve, anche se si è giustamente precisato che non vi è in questi casi l'allentamento del nesso eziologico, il quale è ugualmente certo ma è non tra l'inadempimento e l'evento finale (nella specie perdita del processo), bensì tra la condotta negligente e le *chances* realmente perdute che il cliente aveva di far valere le sue tesi difensive in giudizio (8). In realtà l'obiezione che si può subito muovere è che, se non si sa come il cliente avrebbe vinto il processo, risulta molto difficile stabilire il quantum. Va detto, poi, che si assiste ad una certa confusione sul punto e spesso viene deciso, attraverso il nesso di causalità, quello che è un problema di quantificazione e attraverso la quantificazione del danno il problema della causalità. I due piani sono sicuramente connessi, ma dovrebbero rimanere distinti.

Oggi nella responsabilità dell'avvocato vige il principio espresso, fra le altre, dalla Cassazione nella sentenza n. 20828 del 2009, in cui è affermato che «il cliente non può limitarsi a dedurre l'astratta possibilità della riforma in appello di tale pronuncia in senso a lui favorevole, ma deve dimostrare l'erroneità della pronuncia in questione oppure produrre nuovi documenti o altri mezzi di prova idonei a fornire la ragionevole certezza che il gravame, se proposto, sarebbe stato accolto, secondo il criterio del "più probabile che non", poiché l'accertamento del rapporto di causalità ipotetica passa attraverso l'enunciato contro fattuale che pone al posto dell'omissione il comportamento alternativo dovuto alla luce del quale verificare se la condotta doverosa avrebbe evitato il danno lamentato dal danneggiato» (9). Anche recentemente la Cassazione ha sostenuto «che la violazione dell'obbligo della diligenza del professionista va rapportato all'idoneità dell'attività dallo stesso prestata ad incidere sugli interessi del cliente e quindi deve concretare un inadempimento in ciò rilevante ma, ripetersi, per poter giudicare tale rilevanza deve operarsi una prognosi dei futuri sviluppi difensivi della causa: la c.d. perdita di *chances* di vittoria». Va osservato che la sentenza confonde due piani diversi: quello dell'inadempimento e quello delle sue conseguenze. Infatti, in primo luogo, deve essere valutata l'esistenza di un inadempimento contrattuale e poi i suoi effetti ai sensi dell'art. 1223 c.c. Potrebbe, infatti, verificarsi una fattispecie di inadempimento che non causa alcun danno. È chiaro che, se l'avvocato vince la cau-

sa nonostante aver commesso un errore, il cliente non avrà interesse ad agire in giudizio, ma si tratterebbe comunque di un inadempimento.

Il danno da *chance*

La dottrina che sostiene la risarcibilità del danno da *chance* (10) nell'ambito della responsabilità dell'avvocato (11) muove, innanzitutto, dalle ragioni che sono alla base della teoria del danno da *chance* nella responsabilità e cioè che la *chance* ha un valore. Anche la Cassazione accoglie questa tesi in alcune sentenze, in cui si afferma che «la *chance* è anch'essa un bene patrimoniale, la cui perdita produce un danno attuale e risarcibile tutto che ne sia provata l'esistenza» (12). La dottrina ritiene che anche meno del 50% di probabilità di guarigione da una malattia mortale, il 45% di possibilità di vincere una causa o il 59% di ottenere una determinata concessione edilizia hanno un valore per cui una persona sarebbe disposta a pagare. In alcuni casi, questo valore si riflette in un mercato reale: un processo con una probabilità del 50% di successo ha il valore vero e proprio di una transazione, il 61% di possibilità di un terreno munito di permesso a costruire avrà un valore di mercato superiore a quello di uno privo della possibilità di edificare. Ma lo stesso principio si applica anche se non c'è un effettivo mercato. È evidente che in questi casi il valore si deve presumere. Il corollario di questa tesi è che si debba compensare anche la riduzione della *chance*, se significativa.

Un ulteriore argomento a favore della concessione del danno da *chance* muove da un'esigenza di giustizia: il cliente verrebbe quasi sempre privato della possibilità di vedersi risarcita la opportunità persa, anche per la difficoltà di raggiungere la prova, particolarmente onerosa, e quindi dovrebbe quasi sempre

Note:

(7) Cass., 29 settembre 2009, n. 20828.

(8) Procida Mirabelli di Lauro-Feola, *La responsabilità civile*, Milano, 2008, p. 226.

(9) Cass. 29 settembre 2009, n. 20828.

(10) V. Cosentino, *Colpa professionale dell'avvocato e "chance" di vittoria del cliente* (Nota a Trib. Roma, 11 ottobre 1995), in *Danno e resp.*, 1996, 644.

(11) Un'analisi storico-comparatistica è svolta da Feola, *Nesso di causalità e perdita di chance nella responsabilità civile del professionista forense*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2004, 151 ss.

(12) Cass. 19 dicembre 1985, n. 6506, in *Foro it.*, 1986, I, 390, riportata da C. Castronovo, *La nuova responsabilità civile*, Milano, 2006, 545, nota 212. L'autore inquadra la risarcibilità del danno da *chance* nell'ambito contrattuale in quanto «indice di una relazione tra soggetti determinati fondata sull'affidamento, in ossequio al principio di buona fede».

sopportare da solo il rischio di una negligenza dell'avvocato (13). Quest'ultimo, invece, non sopporterebbe alcun danno, malgrado il suo comportamento non corretto.

Una parte della dottrina fonda il risarcimento della perdita di chance su ragioni di efficienza giuridica (14). Si è sostenuto che è possibile ottenere un'effettiva deterrenza mediante la concessione della perdita di chance e la misurazione dei danni attraverso la diminuzione del danno reale o potenziale dell'attore per la probabilità che il convenuto abbia causato il danno. Sono criticate le regole - quale poteva essere quella applicata in Italia precedentemente alla modifica dell'orientamento giurisprudenziale - che portano al tutto o niente perché troppo rigide e imprecise. Questo approccio non incentiverebbe l'avvocato a prendere le precauzioni necessarie né a comportarsi secondo la diligenza dovuta.

Le tesi fin qui esposte non sono pienamente condivisibili. Prima ancora di valutare l'efficienza o meno del danno da chance, bisogna riflettere se esso è effettivamente applicabile nell'ambito della responsabilità dell'avvocato. È facilmente comprensibile la sua ammissibilità nella responsabilità medica, ma questa fattispecie presenta peculiarità che la differenziano da altre fattispecie.

Un esempio serve a illustrare queste caratteristiche. Il paziente A viene visitato dal medico B, lamentando dolori alla testa. B prescrive alcuni esami, ma non tutti quelli che un medico scrupoloso avrebbe richiesto. Sulla base di essi, B non trova nulla di patologico. Sette mesi più tardi, i dolori continuano e A consulta un altro medico. Quest'ultimo fa eseguire tutti gli esami che un'indagine accorta e completa esige e dal loro esito risulta che A ha un tumore al cervello. Purtroppo, data la sua condizione, A non ha ormai più del 10% di opportunità di guarire. In base ai protocolli emerge che, se B, il primo medico, avesse fatto ricorso a tutti gli esami, la probabilità di guarigione sarebbe salita al 60%. Senza il danno da perdita di chance, A non potrebbe ottenere alcun risarcimento perché, anche se il primo medico avesse fatto eseguire i test giusti, avrebbe comunque avuto 4 possibilità su 10 di morire. Al massimo, quindi, la diligenza di B serviva solo a rendere un po' meno probabile la sua morte.

La vera differenza sta in questo. Il prerequisite fondamentale per il risarcimento della perdita di una chance nel contesto medico è l'esistenza di informazioni statistiche affidabili e controllabili, raccolte attraverso studi rigorosi e classificate secondo parametri oggettivi. È il tipo di informazioni che permette di dire con una certa sicurezza che in una determi-

nata situazione e con certe caratteristiche solo 3 pazienti su 10 sarebbero sopravvissuti senza una negligenza del medico.

Nell'ambito della responsabilità dell'avvocato mancano proprio queste statistiche e dati, il che rende difficile, se non impossibile, determinare la chance persa. Infatti, in presenza di un errore del legale, ad esempio la mancata impugnazione di una sentenza, si può ritenere che sia stata persa un'opportunità, ma non si sa come possa essere quantificata: questo è, dunque, il vero problema, come si possa concretamente accertare se la chance persa è del 20%, del 30% o del 40%. Bisogna, poi, considerare l'esistenza di tre gradi di giudizio, nei quali la decisione può essere modificata. Ogni sentenza è il risultato di quel procedimento e perciò vanno considerate la difesa di controparte, lo svolgimento della fase istruttoria, la stessa percezione che ha il giudice del caso concreto, e le sue personali convinzioni giuridiche e anche ideologiche.

La stessa attendibilità delle tesi giuridiche non è facilmente valutabile: è sempre possibile una modifica di indirizzo della Corte suprema che trasformi un orientamento consolidato in uno ormai superato. Inoltre, anche se arrivassimo a stabilire quale chance è stata persa - e come si è detto non è razionalmente possibile - è necessaria un'ulteriore riflessione per quantificarla. Infatti, se anche ci fossero state il 60% di possibilità di conseguire una decisione favorevole in appello, non è agevole prevedere come sarebbe stato vinto, se la parte avrebbe ottenuto l'accoglimento di tutte le sue pretese o solo di alcune e in che limiti, se qualche domanda riconvenzionale sarebbe stata accolta, se sarebbero state compensate o meno le spese legali. È evidente che occorre compiere un ragionamento troppo ipotetico, non basato su criteri precisi a cui fare riferimento. E questo è ancora più grave se si tratta di un danno di per sé già speculativo e con numerose difficoltà di determinazione (15).

Una delle problematiche centrali nella teoria stessa

Note:

(13) Procida Mirabelli di Lauro-Feola, *La responsabilità civile*, cit., 225. L'argomento è stato utilizzato ampiamente nell'ambito medico: v. Scott, *Causation in Medico-Legal Practice: A Doctor's Approach to the "Lost Opportunity" Cases*, 55 Mod. L. Rev. 521, 524-25 (1992).

(14) v. Fischer, *Tort recovery for loss of chance*, 36 Wake Forest L. Rev., 2001, 605, 627 ss.

(15) «*What is incorrectly called chance is insufficient information on the part of the judge about how destiny took its course*», Savatier, *Une faute peut-elle engendrer la responsabilité d'un dommage sans l'avoir causé* (1970), citato in Laferrière [1991] I SCR 541, 574.

del danno da chance è anche la necessità di fissare fino a quale soglia la chance vada risarcita, fino a che punto l'aspettativa è ragionevole e pertanto meritevole di tutela. Non condivisibile è la tesi secondo cui il risarcimento del danno andrebbe escluso solo nelle ipotesi in cui le probabilità di successo sono uguali a zero, poiché è assolutamente certo che l'azione non avrebbe avuto alcuna possibilità di essere accolta (16). In *common law* si parla a proposito di risarcibilità solo della "substantial chance" e in tal senso è anche una dottrina italiana attenta (17), la quale però avverte che neanche questo è un concetto di semplice definizione. Esso deve essere inteso in senso quantitativo, ma ciò non risolve le difficoltà: è rilevante soltanto una chance del 51% ma non quella del 49% (18)? Cosa significa in pratica "sostanziale"? Un esempio di questa incertezza si rinviene in un caso statunitense, dove un errore medico aveva contribuito a causare la morte di una ragazza. Dati statistici avevano dimostrato che in assenza di questa negligenza la chance di sopravvivenza sarebbero state del 37,5%. In primo grado questa non era considerata una *substantial chance*; in appello la decisione veniva modificata sul punto e poi confermata dalla Corte Suprema dello Stato. Questo caso dimostra come la percezione del concetto possa essere differente e suscettibile delle più diverse interpretazioni.

La stessa nozione di *chance* significativa ha connotati soggettivi e potrebbe risultare fuorviante nell'applicazione pratica. Infatti è stato dimostrato che le persone attribuiscono valori diversi alle occasioni perdute a seconda di dove si verificano sulla scala delle probabilità. Ciò vuol dire che solitamente è considerata più rilevante una riduzione di *chance* dal 40% a 0 che dall'80% al 40%. Ma solo l'analisi del fatto concreto permette una valutazione. Nell'ambito della responsabilità medica il problema della soglia potrebbe forse essere risolto diversamente da altre fattispecie e condurre anche al risarcimento di una chance minima proprio per la diversa rilevanza degli interessi in gioco, trattandosi dei beni della vita e della salute. Chiunque pagherebbe per avere il 10% di possibilità di sopravvivere ad una determinata malattia. È stato efficacemente detto che «un paziente con un tumore darebbe qualsiasi cosa per avere una scelta tra tre porte dietro a due delle quali c'è la morte, nella terza la vita» (19). Un medico che priva un paziente di questa opportunità, anche se è solo un terzo delle ipotesi, causa comunque un danno reale. Diversamente nella responsabilità dell'avvocato, la liquidazione della chance minima è meno spiegabile anche perché il 10% di probabilità

di vincere il processo, per tutte le difficoltà di quantificazione prima indicate, potrebbe equivalere in una maggioranza di casi a 0.

La difficoltà di quantificare le *chances* perse (20) è adottata come argomento dalla giurisprudenza statunitense per utilizzare il metodo del processo virtuale. Generalmente in un caso di *legal malpractice* l'attore deve dimostrare con un ragionevole grado di certezza o, addirittura, con uno standard più elevato in alcune giurisdizioni, che senza la colpa o il dolo dell'avvocato sarebbe stato ottenuto un risultato più favorevole nel sottostante giudizio. Si tratta appunto del cosiddetto "trial within a trial", cioè del processo nel processo, in cui viene ricostruita l'azione originaria o una sua parte se l'errore ne inficia solo una fase, con la riproposizione delle stesse difese, delle stesse prove e subordinando alle stesse regole che sarebbero state applicate nel procedimento inficiato dall'errore dell'avvocato. Il vantaggio di questo metodo è una maggiore oggettività rispetto al danno da *chance*, giacché il rifacimento del processo permette di arrivare ad un risultato più obiettivo e quindi meno imprevedibile e incerto. Ma esso presenta anche inconvenienti. Infatti la dottrina americana critica questo indirizzo per ragioni analoghe a quelle che hanno portato in Italia a superare l'orientamento tradizionale ed ad applicare la teoria della perdita di chance, cioè per il rischio elevato del tutto o niente a carico solo del cliente, che è costretto a sopportare anche i costi del nuovo giudizio e la asimmetria fra le parti, senza poi tenere conto che spesso vi è una concreta impossibilità di ricostruzione dell'azione.

Anche la motivazione fondata su ragioni di correttezza e giustizia non è pienamente convincente. Se è vero che il cliente non deve sopportare da solo le conseguenze della negligenza o dell'imperizia del-

Note:

(16) Procida Mirabelli di Lauro-Feola, *La responsabilità civile*, cit., 227.

(17) Mazzamuto, *Il danno da perdita di una ragionevole aspettativa patrimoniale*, in *Eur. e dir. priv.*, 2010, 86; v. anche R. Conte, *Profili di responsabilità dell'avvocato*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2001, II, 822.

(18) De Fazio, *Responsabilità del legale e perdita della chance di vincere il processo*, in *Resp. civ. e prev.*, 1997, 1178 ss., ritiene che la *chance* di vincere un processo debba essere superiore al 50%.

(19) 828 S.W.2d 681, 684 (Mo. 1992).

(20) Sul danno da *chance* in *common law* v. Hamer, *Chance Would Be a Fine Thing: Proof of Causation and Quantum In An Unpredictable World*, 23 *Melb. U. L. Rev.* 1999, 557.

l'avvocato, non si può comunque concedere un risarcimento più elevato di quanto sia provato e soprattutto mettere il cliente in una posizione migliore di quella che avrebbe avuto alla fine del processo. In assenza di parametri certi o verificabili questo potrebbe facilmente accadere. Nel tutelare il cliente non si deve penalizzare il difensore e si avverte che può rispondere ad esigenze di giustizia anche la restituzione del compenso nonché il risarcimento delle spese e degli ulteriori danni causati dall'inadempimento dell'avvocato, se dimostrati.

Infine va valutata la validità della tesi sulla funzione deterrente come fondamento del danno da chance. Non si può negare che essa sta oggi assumendo grande rilevanza nel dibattito dottrinale ed è anche stata riconosciuta in alcune recenti sentenze della Cassazione. La questione è delicata e ancora incerta, ma si possono fare alcune riflessioni che possono condurre al risultato che non è necessario il risarcimento del danno da chance nell'ambito della responsabilità dell'avvocato per conseguirla. Infatti in seguito all'inadempimento, il risarcimento delle spese e dei danni provati, nonché la restituzione del compenso assolvono una funzione compensativa. Devono, però, essere considerate le conseguenze non direttamente economiche di un errore del difensore, che sono di per sé già deterrenti. Infatti, la perdita del cliente è sicuramente un evento grave, sia perché potrebbe essere un cliente importante o addirittura il principale sia perché il procedimento inficiato dall'errore o l'attività di consulenza in sé potrebbero essere economicamente vantaggiosi o tali da migliorare il profilo dello studio. In tal senso non può non essere considerata la lesione all'immagine che la negligenza e l'imperizia possono causare e che si possono riflettere in pubblicità negativa con conseguente diminuzione della clientela. È oggi consolidata la tesi che l'immagine sia un bene giuridico con un valore patrimoniale e quindi la sua perdita sia un danno. Si pensi, ad esempio, ad un avvocato esperto in una determinata tipologia di procedimenti e che per questa sua fama abbia una posizione di rilievo nel mercato: un errore vanificherebbe tutto il suo impegno passato per acquisire notorietà e non è possibile non immaginare gli effetti in termini economici.

L'analisi merita una precisazione e cioè che la quantificazione dei danni è un tema pragmatico «... [che] non si presta a regole *hard-and-fast* ... né auspicabile né praticabile cercare di formulare una disciplina esaustiva e completa delle circostanze in cui è opportuno che un tribunale valuti i danni sul-

la base di ciò che ha stato perso» (21). Ci possono, dunque, essere casi eccezionali di responsabilità medica, dove la chance è così speculativa da non poter essere determinata, ad esempio quando il caso non è previsto da protocolli o si utilizza una terapia sperimentale, e altri di responsabilità dell'avvocato in cui invece si può arrivare a stabilirla. E, infatti, nella stessa giurisprudenza americana ostile al danno da *chance* nella *legal malpractice*, si rinven- gono sentenze in cui è affermata la sua potenziale ammissibilità, qualora vi siano parametri di riferimento obiettivi (22). E forse potrebbe essere configurata una sua applicazione nelle ipotesi di responsabilità per negligenza dell'avvocato nell'attività di consulenza, di redazione di contratti, quando cioè si riescono a quantificare in modo più o meno preciso le possibilità perse e gli effetti dell'errore in cui è incorso (23).

L'ultimo aspetto che deve essere considerato in relazione alla perdita di opportunità è una valutazione dei criteri seguiti. La Cassazione rileva che «il danno derivante da eventuali omissioni dell'avvocato (nella specie, redazione e notifica di un atto d'appello privo della indispensabile indicazione della data d'udienza di comparizione) in tanto è ravvisabile in quanto sulla base di criteri probabilistici si accerti che senza quell'omissione il risultato sarebbe stato conseguito» (24). Quando si valutano i parametri di riferimento, si rileva che spesso le cifre sono calcola-

Note:

(21) Commonwealth v Amann Aviation Pty Ltd (1991) 174 CLR 64,119, 120 che riporta Takaro Properties Ltd v Rowling [1986] 1 NZLR 22, 69 (Cooke J).

(22) Rivers v. Moore, Myers & Garland, LLC, 236 P.3d 284 (2010).

(23) Un esempio del dibattito si ricava da Allied Maples, [1995] 1 WLR 1602, dove era stata chiesta la consulenza di uno studio legale nell'acquisto di un'impresa. Il parere era stato negligente e l'affare si era rivelato svantaggioso. Nella *dissenting opinion* viene rilevato che: «*We might have [provided a warranty]; we might not. It is really not possible to say. That does not lead to the conclusion that there was a 50 per cent chance or any substantial chance: it is still all speculation. Nor will it avail the plaintiffs to obtain apparent admissions from [the defendants] that: 'Of course we might have yielded; so there was a chance,' and then to drive the witness into hazarding a percentage by asking: 'A 50 per cent chance? 40 per cent? 30 per cent?' until he reluctantly accepts a figure. That would not be inviting the witness to give evidence, but to speculate.*». Mentre l'opinione di maggioranza stabilisce che esso è risarcibile perché non «*arbitrary and wholly unpredictable. Those with experience of commercial negotiation are able, with a reasonable degree of accuracy, to form a view of what can be achieved by such negotiation. ... It is possible to make an informed judgement of what the chances were of achieving certain results.*».

(24) Cass., 27 marzo 2006, n. 6967 .

te in modo imprevedibile (25) e che la *chance* è quantificata in modo casuale sulla base della fondatezza o meno delle tesi sostenute o della gravità dell'errore del legale. Raramente ci si addentra in un esame attento. Il risultato è che in assenza di criteri obiettivi il risarcimento diventa speculativo e non realmente compensativo.

Il danno morale

Nei paesi che da tempo adottano il danno da *chance* come rimedio nella responsabilità dell'avvocato, il dibattito si è spostato sull'analisi delle fattispecie in cui sarebbe ammissibile il risarcimento dei danni non patrimoniali e sulla loro determinazione. In *common law*, ad esempio, che, come si è scritto non riconosce la *loss of chance* per *legal malpractice*, il risarcimento del danno morale in questi casi è sempre stato concesso, seppur in modo limitato, se era provata con ragionevole certezza l'esistenza di una sofferenza o meglio di quello che viene chiamato "*emotional distress*", causato principalmente da *physical injury* e di un comportamento grave dell'avvocato. Questa limitata applicazione è spiegabile con l'utilizzo del criterio della *foreseeability* che esclude il risarcimento di danni non prevedibili al momento della conclusione del contratto (26). Seppur meno diffuso è ritenuto configurabile anche il risarcimento del pregiudizio all'immagine.

La diffusione del danno morale nella responsabilità del legale si rinviene soprattutto in Spagna (27) e in Sud America, dove esso viene generalmente liquidato indipendentemente dalla valutazione della situazione concreta. In una sentenza del Tribunale supremo spagnolo riguardante l'errore di un avvocato che non aveva chiesto il lucro cessante e successivamente non aveva appellato la sentenza, il danno concesso è definito "*moral*" (28), pur essendo patrimoniale, e quantificato senza alcuna analisi della fattispecie in oggetto. Infatti viene affermato che la negligenza «*ocasionó un evidente y ostensible daño moral a los allí apelantes, que consistió en dejarles irremisiblemente privados del conocimiento y resolución, por el Tribunal competente, de dichos recursos de apelación y, en su caso, también de los posteriores recursos de casación, cuyo daño moral, claramente producido, es el que la sentencia recurrida ha declarado indemnizable en la cuantía ya dicha y esta Sala de casación lo considera totalmente ajustado a derecho*» (29). Ciò che viene considerato determinante è la perdita dell'opportunità di agire o difendersi in giudizio, spesso con riferimento all'art. 24 Cost. (30)

Indirizzi minoritari sono, invece, quelli che adottano la definizione di danno morale per la somma con-

cessa previo esame dell'esistenza effettiva di una possibilità perduta oppure lo considerano come «*pérdida de oportunidad como daño moral, cuyo valor se identifica plenamente con el de la pretensión frustrada, pero sin examen de su viabilidad*» (31). Rare sono, infine, le decisioni che fanno riferimento al «*daño como material y su valoración se vincula a la viabilidad de la pretensión fracasada, previo su completo examen*», con un processo logico simile a quello del *trial within a trial* statunitense. Si può ricordare il caso deciso dal Tribunale supremo, in cui un'assicurazione lamentava che il suo difensore in una causa non aveva eccitato i massimali della polizza e quindi aveva causato la sua condanna ad una somma superiore a quella prevista contrattualmente. Il legale veniva condannato a risarcire il quantum in eccesso e il danno era definito "*material*" (32).

In questa prospettiva emerge come il danno da *chance* sia qualificato come morale (33), con il ri-

Note:

(25) In un caso si è liquidata la differenza fra quanto la parte ha ottenuto in primo grado e ciò che avrebbe ricevuto in via transattiva senza l'errore dell'avvocato che ha determinato il passaggio in giudicato della sentenza (Cass., 13 maggio 2011, n. 10686).

(26) Sulla *foreseeability* in ambito contrattuale v. F. Benatti, *Correggere e punire dalla law of torts all'inadempimento del contratto*, Milano, 2008, 192 ss.

(27) V., *ex multis*, sulla responsabilità dell'avvocato Gomez Pomar, *Pleitos tengas: pérdida de un litigio, responsabilidad del abogado y daño moral*, in *Dret*, 3/2003; Crespo Mora, M^a Carmen, *La responsabilidad del abogado en el Derecho Civil*, Civitas, Madrid, 2005; Id, *Algunos aspectos problemáticos de la responsabilidad civil de los abogados en derecho español*, in *Revista Chilena de Derecho Privado*, 2009, 101 ss.

(28) A favore del carattere morale del danno da *chance* si veda in dottrina Mariano Yzquierdo Tolsada, *Comentario a la STS de 28 de enero de 1998*, in *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, N^o 47, Madrid, abril-agosto 1998, 680.

(29) STS, 25.6.1998.

(30) «*Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión*».

(31) STS, 1^a, 28 gennaio 1998.

(32) STS, 1^a, 30 novembre 2005.

(33) Sembra propendere per il danno da *chance* come danno patrimoniale STS 27.7.2006: «*Cuando el daño consiste en la frustración de una acción judicial (aun cuando, insistimos, en un contexto descriptivo, ligado a la llamada a veces concepción objetiva, el daño padecido pueda calificarse como moral, en cuanto está relacionado con la privación de un derecho fundamental), el carácter instrumental que tiene el derecho a la tutela judicial efectiva determina que, en un contexto valorativo, el daño deba calificarse como patrimonial si el objeto de la acción frustrada, como sucede en la mayoría de las ocasiones (y, desde luego, en el caso enjuiciado), tiene como finalidad la obtención de una ventaja de contenido económico mediante el reconocimiento de un derecho o la anulación de una obligación de esta naturaleza*».

schio di risarcimenti causali o sproporzionati. A questa giurisprudenza è agevole obiettare che è tecnicamente scorretto inserire la “perdita di chance” all’interno del più generico “danno morale”. Essa, infatti, dovrebbe avere un contenuto fondamentalmente patrimoniale, altrimenti porterebbe la compensazione per crediti che sono bassi o con zero probabilità di successo oppure manifestamente infondati. Questo orientamento nasce sicuramente come strumento per superare le difficoltà di raggiungimento della prova anche alla luce della giurisprudenza restrittiva, soprattutto in Spagna, sulla risarcibilità del lucro cessante. È messo, però, in luce come questa casualità nel risarcimento possa di fatto tradursi in una violazione dell’art. 24 sul diritto di difesa, e viene auspicato un esame più attento.

È noto che Italia, in seguito alle sentenze gemelle del 2008, è possibile anche in caso di inadempimento contrattuale ottenere il risarcimento del danno morale, qualora vengano lesi interessi della persona costituzionalmente garantiti (34). Una dottrina attenta osserva come esso dovrebbe essere risarcibile sempre quando gli interessi non patrimoniali hanno “rilievo all’interno del piano delle obbligazioni contrattuali o perché la singola obbligazione è preordinata al loro soddisfacimento o perché tali interessi rientrano comunque nell’area di protezione offerta dal contratto grazie agli obblighi integrativi di cui all’art. 1175 c.c., anche facendo leva sulla presunzione e sulla causa, intesa come funzione economica-individuale” (35). In base a questa tesi la loro liquidazione deve essere compiuta sia sulla base della prevedibilità del danno - come avviene in *common law* - sia attraverso un’analisi degli obblighi delle parti.

Allo stato la giurisprudenza non si è ancora espressa in ipotesi in cui è stata ravvisata colpa o il dolo dell’avvocato: esso è stato concesso in altri casi di responsabilità professionale, fra cui quella del notaio e del medico, dove però è più facile configurarla proprio per le caratteristiche dell’attività svolta che incide direttamente sulla salute e la vita delle persone. Non è stato, invece, recentemente ammesso per l’errore di un architetto che non aveva ottenuto le concessioni necessarie a realizzare un certo progetto, in quanto il tribunale ha ritenuto che la “costruzione della casa da sogni” non potesse essere ritenuto un interesse non patrimoniale da tutelare (36). In realtà, diversamente dalla statuizione della decisione, in fattispecie come questa dovrebbe essere centrale l’analisi del fatto concreto e quindi anche dell’investimento, delle aspirazioni riposte, dal contesto in cui si inserisce. Un esempio in cui sarebbe

plausibile la sua liquidazione è quello della persona che lavora tutta una vita, facendo magari sacrifici, per potersi godere un determinato bene, sul quale proietta sue singolari aspettative e che per errore altrui ne viene privato.

È chiaro, dunque, che la prima questione è un’individuazione, per quanto possibile precisa, dei confini entro cui il danno morale può essere concesso, proprio perché, al di là dei dibattiti che hanno coinvolto la nostra dottrina e giurisprudenza, si è constatata un’estensione dei risarcimenti dei danni non patrimoniali, se non dal punto di vista quantitativo, almeno da quello della frequenza. Come rilevato dalla dottrina più qualificata e soprattutto sulla base dell’esempio offerto dalla Spagna e Sud America, il danno morale non può divenire una panacea per risolvere il problema della responsabilità dell’avvocato, senza entrare nella complessità delle prove che prevedono la valutazione del successo di un appello non posto o mal concepito, quindi di fatto ammettendo un indennizzo per le perdite che, invece, hanno una stretta economica e che vanno dimostrate (37). Si può ancora aggiungere che non è certo che per la violazione di contratti di questo tipo si generi un danno morale. Esso raramente può essere liquidato, senza ricorrere a interpretazioni estensive, quando l’impatto è solo o principalmente su interessi economici, anche perché, come continuamente ribadito dalla nostra giurisprudenza, il danno morale deve essere provato e non può essere soltanto presunto. E in effetti in tal senso si può ricordare proprio la preoccupazione espressa in giurisprudenza in cui si afferma che una concessione senza controlli del danno morale «innescherebbe sotto un altro profilo la stessa dinamica incontrollabile che ha poi determinato il nascere del fenomeno del danno esistenziale (...) si darebbe cioè ingresso a tutte queste fantasiose e a volte risibili prospettazioni di pregiudizi» (38).

Una prima ipotesi (39) in cui potrebbe essere confi-

Note:

(34) V. Mazzamuto, *Il danno non patrimoniale contrattuale*, in *Eur. e dir. priv.*, 2012, 441, nota 10, dove è riportata una bibliografia estensiva.

(35) Mazzamuto, *op. cit.*, 454.

(36) Favale, *op. cit.*, 226 ss.

(37) La tesi è espressa da Moreo-Ariza, *La compleja configuración del daño en la responsabilidad civil de l’abogado*, in www.indret.com.

(38) Trib. Trieste, 8 gennaio 2009, in Favale, *op. cit.*, 233.

(39) Rhoades & Morgan, *Recovery For Emotional Distress Damages In Attorney Malpractice Actions*, 45 S. C. L. Rev. 1993-1994, p. 837 ss.

gurabile la concessione del danno morale è la responsabilità dell'avvocato derivante da procedimenti di separazione e divorzio.

Ugualmente sono prospettabili i danni morali, quando errori dell'avvocato possono portare a condizioni di divorzio diverse, da quelle che avrebbero potuto ottenersi con una corretta difesa, soprattutto con riferimento all'affidamento dei figli, o comunque rendere più complesso e problematico il processo (40). Sempre nell'ambito del diritto delle persone e di famiglia, i danni morali sono stati riconosciuti per negligenza o imperizia in ipotesi di riconoscimento di paternità, di procedimenti di adozione, ecc. Il diritto di famiglia resta, dunque, uno delle aree possibili di estensione del danno morale (41).

Per le medesime ragioni casi di colpa dell'avvocato nei procedimenti di responsabilità medica possono portare alla liquidazione dei danni non patrimoniali per la natura degli interessi in gioco, così può avvenire nei processi assicurativi o laburistici.

Un ulteriore ambito in cui il danno morale potrebbe essere concesso è il procedimento penale e l'ipotesi classica è quella del rigetto dell'istanza di libertà provvisoria per un errore del difensore. I casi sono molto frequenti nella giurisprudenza di *common law* con motivazioni che possono essere considerate valide anche da noi. Ad esempio, è stato sostenuto che «se lo scopo nel vietare il risarcimento dei danni morali in assenza di lesioni fisiche o comunque di un comportamento doloso e grave è per poter effettuare un controllo sulle domande fraudolente o speculative, la necessità di questo controllo è semplicemente inesistente quando la perdita della libertà e il suo conseguente impatto sulla [vita del cliente] non è solo una conseguenza ragionevole e prevedibile dell'incompetenza professionale dell'avvocato nella difesa del cliente in un'ipotesi di omicidio, ma è praticamente un risultato garantito» (42). Ugualmente si è rilevato che «come conseguenza diretta della negligenza del [l'avvocato], il ricorrente è stato privato con la forza della sua libertà e inviato in un ospedale psichiatrico. La paura e la sofferenza dovute a tale avvenimento straziante possono difficilmente essere sopravvalutate (...) e quindi è ritenuta necessaria la liquidazione dei danni morali» (43).

Questi esempi non sono esaustivi; l'importante è mettere in evidenza l'esigenza di compiere sempre un esame puntuale e completo del caso concreto. Sarebbe facile, infatti, sostenere che i contratti tra avvocato e clienti hanno natura personale e che proprio alla luce di questo rapporto fiduciario l'avvocato concluda sempre il contratto con la consapevolezza che ogni inadempimento probabilmente si

tradurrà in angoscia e sofferenza mentale del cliente (44), ma questo argomento non è sufficiente. È stato giustamente sottolineato in una sentenza statunitense che «Generally, the only foreseeable impact on the plaintiff from an attorney's wrongdoing is an economic loss. It is foreseeable that the plaintiff would be annoyed and inconvenienced by the attorney's failure, for example, to file suit within the applicable statute of limitations. However, the disappointment one might feel upon learning that counsel has missed a filing deadline falls far short of the shock, grief, anxiety or nervousness which characterize the cases imposing liability for negligent infliction of emotional distress» (45). Allo stesso modo potrebbe essere negato il suo risarcimento senza tenere conto di quelli che sono gli interessi e gli obblighi delle parti.

Una particolare attenzione deve essere posta anche nella eventuale quantificazione del danno morale per la facilità che esso possa tradursi più in una deterrenza che non in una reale compensazione, (anche perché, come si è visto, le ipotesi in cui sarebbe configurabile sono appunto quelle che anche a livello emotivo sembrano le più meritevoli di una sanzione) oppure sia talmente irrisorio da non risultare neppure compensativo.

Da ultimo deve essere ricordato come fra i danni non patrimoniali grande risalto e una certa capacità espansiva potrebbe avere quello alla reputazione. Ipotesi in cui è configurabile si hanno quando il cliente viene presentato in modo sfavorevole negli atti, o vengono rivelate notizie non necessarie al procedimento che, però, si riflettono in una perdita d'immagine, oppure se sono intraprese azioni giudiziali o stragiudiziali prive di fondamento, che potrebbero essere ricomprese addirittura nella nozione di lite temeraria.

Osservazioni conclusive

Il tema del danno nella responsabilità dell'avvocato è delicato. La liquidazione della perdita di chance non pare efficiente o corretta stante le peculiarità di questa fattispecie, mentre sembrano preferibili il

Note:

(40) Person, 611 N.E.2d at 1352.

(41) V. per la casistica statunitense Rhoades-Morgan, *Recovery For Emotional Distress Damages In Attorney Malpractice Actions*, 45 S. C. L. Rev. 1993-1994, 847 ss.

(42) 264 Cal. Rptr. 448, 454 (Ct. App. 1989).

(43) 829 F.2d 196, 221-222 (1st Cir. 1987).

(44) Questo aspetto è evidenziato in Timms vs. Rosenblum 713 F. Supp. 948, 955 (E.D. Va. 1989).

(45) Pleasant v. Celli (1993) 18 Cal. App. 4th 841.

rimborso o la restituzione del compenso, unitamente ai danni provati, se non altro perché agevolmente quantificabili. Il rischio evidente, infatti, è quello di risarcire un'opportunità che in concreto il cliente non aveva mai avuto: è difficile, se non praticamente impossibile, conoscere realmente se e con quali modalità una causa sarebbe stata vinta.

Allo stesso modo scegliere di risarcirla significa preferire che le conseguenze di un errore vengano sopportate quasi esclusivamente dall'avvocato, anche per ottenere un effetto deterrente. In quest'ultimo caso si auspicherebbe l'esposizione di una maggior chiarezza e precisione dei criteri seguiti, tali da esse-

re presi a modello per le future decisioni e non quella casualità rinvenuta spesso nella quantificazione con una disordinata valutazione dei danni addossati all'avvocato senza alcuna coerenza sistematica. Il pericolo, infatti, è che la chance diventi un modo per liquidare un danno non certo e non facilmente determinabile, con possibili riflessi sanzionatori, soprattutto in un ordinamento in cui potrebbero trovare un'applicazione diffusa i danni non patrimoniali. E non si capisce perché solo all'avvocato dovrebbe essere esteso questo principio, quando non viene adottato in ambiti in cui sarebbe probabilmente più giustificato.

RIVISTE

Il Diritto industriale

Bimestrale di dottrina e giurisprudenza sulle creazioni intellettuali e sulla concorrenza

Direzione scientifica: Giorgio Floridia

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:

- 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/il_lavoronellagiurisprudenza, permette all'utente di accedere a tutte le novità d'interesse e all'anteprima della Rivista cartacea.

Abbonamento annuale: € 172,00

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**



COLLANA CODICI LEGALI 2012

Propone il testo aggiornato dei **4 Codici**, il **Trattato sul funzionamento UE (ex Trattato CE)**, la **Costituzione della Repubblica italiana** e una ricca raccolta di **Leggi complementari** suddivise per materia.

La sezione **Giurisprudenza** riporta le massime delle Sezioni Unite della Cassazione civile e penale (segnalate con una bilancina posta prima di ciascun articolo del codice).

Compreso nel prezzo, l'**aggiornamento on-line** del testo dei codici.

CODICE CIVILE - XVIII ed.

a cura di Piero Schlesinger

pag. 2464, € 28,00, cod. 00129702

Aggiornato, da ultimo, con: D.L. 2 marzo 2012, n. 16, c.d. "**decreto semplificazioni tributarie**"; D.L. 9 febbraio 2012, n. 5, conv., con modif., dalla L. 4 aprile 2012, n. 35, c.d. "**semplificazione e sviluppo**"; L. 27 gennaio 2012, n. 3, c.d. "**sovraindebitamento**"; D.L. 24 gennaio 2012, n. 1, conv., con modif., dalla L. 24 marzo 2012, n. 27, c.d. "**decreto liberalizzazioni**"; D.M. 12 dicembre 2011, sulla modifica del **saggio di interesse legale**; D.L. 6 dicembre 2011, n. 201, conv., con modif., dalla L. 22 dicembre 2011, n. 214, "**Disposizioni urgenti per la crescita, l'equità e il consolidamento dei conti pubblici**"; L. 12 novembre 2011, n. 183, c.d. "**Legge di stabilità 2012**".



CODICE DI PROCEDURA CIVILE - XVIII ed.

a cura di Claudio Consolo

pag. 2176, € 27,00, cod. 00129703

Aggiornato, da ultimo, con: D.L. 9 febbraio 2012, n. 5, conv., con modif., dalla L. 4 aprile 2012, n. 35, c.d. "**semplificazione e sviluppo**"; L. 27 gennaio 2012, n. 3, c.d. "**sovraindebitamento**"; D.L. 24 gennaio 2012, n. 1, conv., con modif., dalla L. 24 marzo 2012, n. 27, c.d. "**decreto liberalizzazioni**"; L. 29 dicembre 2011, n. 218, in materia di "**opposizione a decreto ingiuntivo**"; D.L. 22 dicembre 2011, n. 212, conv., con modif., dalla L. 17 febbraio 2012, n. 10, "**Disposizioni urgenti per l'efficienza della giustizia civile**"; L. 11 novembre 2011, n. 180, "**Norme per la tutela della libertà d'impresa. Statuto delle imprese**"; D.lgs. 15 novembre 2011, n. 195, "**disposizioni correttive e integrative al codice del processo amministrativo**"; L. 12 novembre 2011, n. 183, c.d. "**Legge di stabilità 2012**"; D.lgs. 1° settembre 2011, n. 150, in materia di "**semplificazione e riduzione dei procedimenti civili**".



CODICE PENALE CODICE DI PROCEDURA PENALE - XVI ed.

a cura di Giovanni Fiandaca
e Angelo Giarda

pag. 2272, € 30,00, cod. 00129704

Il codice penale è corredato dalle note procedurali, segnalate per ciascun tipo di reato.

Aggiornato, da ultimo, con: L. 15 febbraio 2012, n. 12, "**Norme in materia di misure per il contrasto ai fenomeni di criminalità informatica**"; L. 27 gennaio 2012, n. 3, c.d. "**sovraindebitamento**"; D.L. 22 dicembre 2011, n. 211, conv., con modif., dalla L. 17 febbraio 2012, n. 9, c.d. "**sovraffollamento delle carceri**"; L. 12 novembre 2011, n. 183, c.d. "**Legge di stabilità 2012**"; D.lgs. 6 settembre 2011, n. 159, c.d. "**Codice delle leggi antimafia**"; L. 14 settembre 2011, n. 148, in materia di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro; D.L. 13 agosto 2011, n. 138, conv., con modif., dalla L. 14 settembre 2011, n. 148, di "**stabilizzazione finanziaria**"; D.lgs. 7 luglio 2011, n. 121, in materia di "**reati ambientali**".



Può acquistare 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.

Prescrizione

La prescrizione come “rimedio civile”: profili di ragionevolezza dell’istituto

di **Francesco Longobucco**

Il presente contributo analizza in prospettiva evolutiva il tema della disciplina della prescrizione nel sistema italo-comunitario delle fonti. L’idea di fondo è che l’istituto della prescrizione oggi resta sospeso, da un lato, tra esigenze di certezza, dall’altro lato, altresì e in misura sempre maggiore, tra bisogni di giustizia sostanziale e di equità del caso concreto. Proprio la progressiva riconduzione della prescrizione al tema fondamentale del rapporto giuridico, valorizzando segnatamente il profilo funzionale degli interessi e la configurazione di una pluralità di *statuti della prescrizione*, convalidano il convincimento che anche l’istituto in parola attraverso oggi quella stagione di “crisi della fattispecie” già riferita dalla civilistica italiana alla materia dei contratti. Ne consegue la necessità - in attesa di una riforma organica del legislatore interno - di risolvere i singoli problemi della prescrizione, prendendo altresì spunto dalla giurisprudenza comunitaria, attraverso il canone della ragionevolezza e la tecnica del bilanciamento di interessi. Ciò comporta il dare atto che il tradizionale “effetto estintivo” della prescrizione cede lentamente il passo al c.d. “effetto debole o preclusivo” dell’istituto, il quale assume propriamente, come di recente è stato opportunamente posto in luce, la connotazione di un *rimedio civile del nostro sistema normativo*, ovvero di una *tecnica di difesa* del privato. Occorre quindi verificare, di volta in volta e ancora sull’esempio delle decisioni dei giudici europei, non tanto se i termini di prescrizione o di decadenza riguardino l’estinzione del diritto o l’improponibilità dell’azione, ma se in concreto essi elidano il principio secondo il quale non ha senso riconoscere un diritto se non si concede a monte un rimedio effettivo, laddove l’effettività della tutela rimediale presuppone che, entro margini ragionevoli, sia sempre possibile accedere ad una Corte e che vi sia dunque una considerazione del merito della controversia.

Introduzione (*)

Quello della prescrizione è, come noto, uno tra gli istituti più controversi del nostro ordinamento. Limitandosi all’analisi delle norme codicistiche, e lasciando la legislazione speciale (si pensi a quella tributaria), sorgono infatti incertezze, oggi non del tutto sopite, in merito all’oggetto, al fondamento, alla natura e agli effetti della prescrizione stessa (1).

Note:

(*) N.d.R.: Il presente contributo è stato sottoposto, in forma anonima, al vaglio del Comitato di Valutazione.

(1) La letteratura sul tema è vastissima. Non potendo in questa sede dare conto di tutti i profili dell’istituto, per una più compiuta analisi e salvo richiamare la seguente dottrina nelle note successive per singoli aspetti, v. i lavori, sotto il vecchio codice, di G. Mirabelli, *Della prescrizione secondo le leggi italiane*, Torino, 1901; G. Pugliese, *La prescrizione estintiva*, Torino, 1924; F. Santoro Passarelli, *Prescrizione e decadenza*, in *Riv. dir. civ.*, 1926, 556 ss.; F. Carnelutti, *Appunti sulla prescrizione*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1933, I, 32 ss.; E. Gropallo, voce *Prescrizione civile*, in *Nuovo Dig. it.*, X, Torino, 1939, 207 ss.; e, sotto il vigente codice civile, di W. D’Avanzo, *Della prescrizione*, in *Comm. cod. civ. diret-*

to da D’Amelio e Finzi, *Libro VI*, Firenze, 1943; G. Branca, *Non uso e prescrizione*, in *Scritti in onore di Ferrini*, Milano, 1947, I, 169 ss.; V. Tedeschi, *Lineamenti della distinzione tra prescrizione estintiva e decadenza*, Milano, 1948; A. Candian, *Decadenza e prescrizione*, in *Temi*, 1950, 1 ss.; C. Zappulli, *Della prescrizione*, in *Comm. cod. civ., Libro VI*, Milano, 1956; P. Trimarchi, *Prescrizione e decadenza*, in *Jus*, 1956, 218 ss.; E. Giusiana, *Appunti sulla prescrizione*, in *Riv. dir. civ.*, 1957, 424 ss.; R. Ferrucci, voce *Della prescrizione*, in *Comm. cod. civ., Libro VI*, 4, Torino, 1964; Id., voce *Prescrizione estintiva (diritto civile)*, in *Noviss. Dig. it.*, XIII, Torino, 1968, 642 ss.; F.S. Gentile, *Prescrizione estintiva e decadenza. Commento agli artt. 2934-2969*, in *Nuovo cod. civ. comm., Libro 111*, Roma, 1964; C. Ruperto, *Prescrizione e decadenza*, in *Giur. sist. civ. e comm.* diretta da Bigiavi, Torino, 1968; G. Azzariti e G. Scarpello, *Della prescrizione e della decadenza*, in *Comm. cod. civ. a cura di Scialoja e Branca, Libro VI, Della tutela dei diritti*, Artt. 2934-2969, Bologna-Roma, 1962; B. Grasso, *Sulla distinzione tra prescrizione e decadenza*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1970, 866 ss.; A. Auricchio, *Appunti sulla prescrizione*, Napoli, 1971. Tra i più recenti lavori monografici v., senza pretesa di completezza, B. Troisi, *La prescrizione come procedimento*, Camerino-Napoli, 1980; G. Panza, *Contributo allo studio della prescrizione*, Napoli, 1984; P. Vitucci, *La prescrizione*, tomo 1, in *Cod. civ. comm.* diretto da Schlesinger, Artt. 2934-2940, Milano, 1990; E. Minervini, *La prescrizione ed i “terzi”*, Napoli, 1994; V. Carbone, A. Batà, G. Travaglino e M.V. De Genaro, *La prescrizione e la decadenza*, Milano, 2001; D. Leban,

A complicare il quadro è l'esame, oggi imprescindibile per il giurista, della normativa interna anche nel contesto del diritto comunitario e della giurisprudenza della Corti sovranazionali.

Proprio la collocazione della prescrizione nel sistema italo-comunitario delle fonti rende possibile coglierne l'odierna portata evolutiva, con la conseguenza della opportunità di una rivisitazione delle attuali regole codicistiche domestiche. Si intensificano infatti quella casistica e quelle decisioni volte a dare risalto ad un'idea di prescrizione non più e non unicamente intesa come fonte di certezza giuridica bensì, in una prospettiva più moderna, quale *rimedio civile dell'ordinamento* ovvero *tecnica di difesa del privato* (2). Sì che l'istituto in parola oggi resta sospeso tra esigenze di certezza, da un lato, ma, come si osserverà più innanzi, anche di giustizia e di equità del caso concreto, queste ultime in qualche misura destinate a prevalere sulle prime.

La prescrizione nel prisma degli interessi sottesi ai concreti rapporti giuridici

In vero un tale sviluppo interpretativo richiama all'attenzione anzitutto l'annoso problema del fondamento della prescrizione nel nostro ordinamento. È noto infatti che, a tutt'oggi, si discute se la prescrizione abbia finalità pubblicistiche ovvero privatistiche. Alle tesi classiche e prevalenti, le quali individuano nell'istituto in questione la funzione pubblicistica di garantire la certezza del diritto (3), di sanzione contro la negligente inerzia del titolare del diritto (4), di attuare l'esigenza di tutelare «la mobilità» dei beni quanto a utilizzazione e disposizione (5), di adeguare la situazione di diritto alla situazione di fatto (6), di realizzare una presunzione di pagamento o di remissione del debito risultante dal decorso del tempo (7) e dalla necessaria temporaneità dei rapporti giuridici (8), si contrappongono le opinioni che al contrario ravvisano il fondamento della prescrizione «nell'affermazione di un interesse privato, nella sua liberazione da un vincolo di subordinazione» (9).

In tale contesto si inserisce altresì il dibattito in merito alla definizione del concetto di «non esercizio» del diritto (i.e. *inerzia* del titolare): all'opinione tradizionale e dominante che considera il mancato esercizio della situazione in un'ottica meramente oggettiva e tranciante si replica, in vero, che sarebbe più corretto discorrere di inattuazione del rapporto e, segnatamente, di mancata attuazione del contenuto essenziale di un determinato rapporto, mutando di volta in volta le circostanze idonee a far considerare appunto non attuato un concreto regolamento di interessi (10).

Proprio la progressiva riconduzione della prescrizione al tema fondamentale del rapporto giuridico, valorizzando segnatamente la prospettiva funzionale degli interessi nel caso concreto, apre la «stura» ad una più attuale concezione dell'istituto. Si giustifica, in tal senso, il riferimento al rapporto giuridico qua-

Note:

(continua nota 1)

Prescrizione e decadenza nel diritto privato, Padova, 2003; G. Del Signore, *Contributo alla teoria della prescrizione*, Padova, 2004; G. Molfese, *Prescrizione e decadenza in materia civile*, Milano, 2005; P.G. Monateri e C. Costantini, *La prescrizione*, in *Tratt. dir. civ. diretto da Sacco*, Parte 5, *La parte generale del diritto civile*, Torino, 2009.

(2) Lo spunto è sviluppato, recentemente, da A. Di Majo, *Un istituto mal tollerato: la prescrizione*, in *Corr. giur.*, 2011, 488 ss.

(3) Attribuisce una finalità pubblicistica all'istituto della prescrizione (rimarcata peraltro dalla Relazione al c.c. n. 1199) la dottrina prevalente, da Dunod, *Trattato della prescrizione*, Napoli, 1828, 17, a Savigny, *Sistema del diritto romano attuale*, trad. it., V, Torino, 1898, 309 ss.; da Windscheid, *Diritto delle pandette*, trad. it., I, 1, Torino, 1902, 428 ss., a Troplong, *Della prescrizione*, trad. it., I, Palermo, 1847, 26 ss.; per la dottrina italiana v., tra gli altri, Ricci, *Corso teorico-pratico di diritto civile*, V, Torino, 1907, 272 ss.; E. Pacifici-Mazzoni, *Istituzioni di diritto civile italiano*, II, tomo 2, Torino, 1927-29, 42; e per la dottrina più recente, A. Romano, *Note in tema di decadenza*, in *Riv. trim. proc. civ.*, 1967, 181 ss.; G. Azzariti e G. Scarpello, *Della prescrizione*, cit., 203. In giurisprudenza cfr., da ultimo e nella prospettiva del testo, Cass. 11 febbraio 2010, n. 3082, in *Rep. Foro it.*, 2010, voce *Prescrizione e decadenza*, n. 29; Cass., sez. lav., 27 giugno 2008, n. 17644, *ivi*, 2008, voce cit., n. 37. Quanto alla decadenza, l'assunto è ribadito da Cass. 18 gennaio 2007, n. 1090, in *Vita not.*, 2007, 185.

(4) F. Messineo, *Manuale di diritto civile e commerciale*, Milano, 1959, I, 187 ss.; A. Candian, *Decadenza e prescrizione*, cit., 7; R. Caponi, *Gli impedimenti all'esercizio dei diritti nella disciplina della prescrizione*, in *Riv. dir. civ.*, 1996, I, 721. In giurisprudenza, di recente, Cass. 11 febbraio 2010, n. 3078, in *Rep. Foro it.*, 2010, voce *Prescrizione e decadenza*, n. 28.

(5) P. Trimarchi, *Prescrizione e decadenza*, cit., 232 ss.

(6) F. Santoro Passarelli, *Dottrine generali*, cit., 120; A. Falzea, voce *Efficacia giuridica*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, 1965, 500 ss.

(7) Cfr., in giurisprudenza, Cass. 12 giugno 1963, n. 1568, in *Rep. Foro it.*, 1963, voce *Prescrizione in materia civile*, n. 7.

(8) Da ultimo v. P. Rescigno, *Manuale di diritto privato italiano*, Napoli, 1996, 253. V., su tale profilo, l'indagine di M. Ferrario Herculani, *La durata delle obbligazioni di origine volontaria e la libertà del debitore*, Padova, 2009, spec. 10.

(9) Testualmente A. Auricchio, *Appunti sulla prescrizione*, cit., 57; analogamente B. Grasso, *Sulla distinzione tra prescrizione e decadenza*, cit., 890. V., altresì, A. Di Majo, *Decadenza, prescrizione e giurisprudenza costituzionale*, in *Riv. giur. lav.*, 1976, II, 288 ss. Collega gli effetti della prescrizione al principio dell'autonomia privata E. Giusiana, *Appunti sulla prescrizione*, cit., 424 ss., spec. 426, 427 e 433. Recentemente, di «una diversa visione dell'interesse pubblico» discorre S. Patti, *Certezza e giustizia nel diritto della prescrizione in Europa*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2010, 27. In giurisprudenza, un chiaro esempio della tendenza a sospingere l'istituto della prescrizione nell'ambito del rapporto tra privati è esplicitato da Cass. 18 gennaio 2011, n. 1084, in *Corr. giur.*, 2011, 488 ss., con nota di A. Di Majo, *Un istituto mal tollerato: la prescrizione*, cit., su cui v. le successive citazioni.

(10) Così B. Troisi, *La prescrizione*, cit., 35, 100 ss., 130 ss.

le necessario punto di incidenza della prescrizione delle situazioni (non soltanto di diritto soggettivo). Si pensi, per esemplificare, al caso dei diritti potestativi. Questi ultimi sono stati generalmente considerati imprescrittibili (11), ma taluni autori non esitano, proprio nell'ottica del rapporto, a ritenere soggetti a prescrizione anche i diritti potestativi, almeno in quelle ipotesi nelle quali è configurabile l'adempimento della soggezione (12).

Si legittima, ancora, il tentativo, già compiuto in passato, di identificare l'effetto della prescrizione nella modificazione della disciplina del rapporto-regolamento, che, secondo taluni, farebbe mutare l'obbligazione civile in obbligazione naturale (13).

Prende corpo poi la concezione della prescrizione in chiave procedimentale (14), laddove l'effetto estintivo rappresenterebbe l'effetto costante della prescrizione, ma non sarebbe idoneo a individuare la funzione specifica della singola e concreta ipotesi di prescrizione: a tal fine sarebbe invece necessario tenere conto degli ulteriori effetti essenziali che ne derivano e che variano col variare dei rapporti su cui essi incidono (si pensi alla differenza tra rapporti reali e rapporti obbligatori, rapporti di lavoro, obbligazioni tributarie, risarcimento del danno in caso di violazione di norme sulla concorrenza sleale ex art. 2600 c.c.) (15). In tale prospettiva ricostruttiva la natura procedimentale della prescrizione condurrebbe ad identificare, a seconda dei casi, tre fasi: una preliminare, la quale coincide nella inattuazione del rapporto quale causa della sua estinzione; una fase costitutiva che si identifica con l'eccezione di prescrizione; infine, una fase integrativa dell'efficacia, costituita dall'emissione della sentenza dichiarativa dell'estinzione e ad azione retroattiva. Tale ultima fase potrebbe venire meno ove il "procedimento di prescrizione" termini al di fuori del processo a seguito dell'esercizio meramente stragiudiziale dell'eccezione (16).

In definitiva l'opportunità metodologica, testé richiamata, di rinvenire il fondamento della prescrizione in relazione ai singoli rapporti giuridici, di là da prospettive astrattizzanti e generalizzanti - la prescrizione applicata monoliticamente in termini "generali" e "astratti" unicamente sul modello delle classiche obbligazioni pecuniarie -, apre la via ad uno studio casistico dell'istituto in questione e strettamente correlato agli interessi rilevanti nonché alla loro concreta sistemazione sul piano del regolamento, con una serie di differenti *statuti della prescrizione* (17).

Donde la possibilità, già esplorata in dottrina, di applicare la teoria delle vicende giuridiche anche al

rapporto prescrivibile (novazione, compensazione, ecc.) (18). Nonché l'ampia legittimazione ad eccipere la prescrizione da parte di una serie di «soggetti (tutti potenzialmente) interessati»: 1) soggetto passivo del rapporto (debitore); 2) legittimato è anche il soggetto attivo del rapporto (creditore), il quale potrebbe non avere interesse all'attuazione del rapporto e dunque intenda farlo dichiarare prescritto; 3) i terzi-creditori, in quanto portatori di un interesse meritevole di tutela; 4) gli altri terzi interessati (il delegato, l'espromittente, l'accollante, ecc.), i quali non agiscono *iure proprio* ma «nei limiti del proprio interesse e possono opporsi successivamente alla rinuncia della parte» (19). Il tutto, dunque, secondo una logica di discrezionalità nell'esercizio dell'eccezione di prescrizione e di verifica dunque, volta per

Note:

(11) L. Cariota Ferrara, *Diritto potestativi, rappresentanza, contratto a favore di terzi*, in *Riv. dir. civ.*, 1960, I, 358 ss. Da ultimo R. Calvo, «In facultativis non datur praescriptio»: *vincoli preparatori, circolazione giuridica ed estinzione dei diritti potestativi*, in *Studi in onore di Giacobbe*, a cura di G. Dalla Torre, tomo 1, Milano, 2010, 509. In giurisprudenza, ritiene inammissibile un atto stragiudiziale di costituzione in mora a fini interruttivi, per i diritti potestativi, Cass. 3 dicembre 2003, n. 18477, in *Rep. Foro it.*, 2003, voce *Prescrizione e decadenza*, n. 65; Cass., sez. lav., 23 agosto 2000, n. 11020, *ivi*, 2000, voce cit., n. 42. Imprescrittibili sono ritenute, generalmente, anche le c.d. *facoltà insite nei diritti*: cfr., sul punto, Cass. 7 giugno 2000, n. 7727, *ivi*, 2000, voce *Comunione e condominio*, n. 68, secondo la quale, appunto, l'azione del condomino a tutela del decoro architettonico dell'edificio in condominio, estrinsecazione di facoltà insita nel diritto di proprietà, è imprescrittibile, in applicazione del principio per cui in *facultativis non datur praescriptio*.

(12) V., in tal senso, P. Perlingieri, *Rapporto preliminare e servizio su edificio da costruire*, Napoli, 1965, 162 ss.; B. Troisi, *La prescrizione*, cit., 135 ss. Preferisce discorrere, per i diritti potestativi, di termini di decadenza, anziché di termini di prescrizione, A. Di Majo, *Diritti potestativi o rimedi: in margine alla revocatoria fallimentare*, in *Corr. giur.*, 1997, 181.

(13) V., segnatamente, P. Perlingieri, *Dei modi di estinzione dell'obbligazione diversi dall'adempimento*, in *Comm. cod. civ.* a cura di Scialoja e Branca, *Libro IV, Delle obbligazioni*, artt. 1230-1259, Bologna-Roma, 1975, 15.

(14) È d'obbligo il rinvio in argomento a S. Romano, *Introduzione allo studio del procedimento giuridico nel diritto privato*, Milano, 1961, 80 ss. (anche nel recente ricordo di P. Perlingieri, *La concezione procedimentale del diritto di Salvatore Romano*, in *Rass. dir. civ.*, 2006, 425 ss.). V., inoltre, G. Benedetti, *Dal contratto al negozio giuridico unilaterale*, Milano, 1969, rist., 2007, 48 ss.; B. Troisi, *La mediazione come atto del procedimento di formazione del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, II, 37 ss.; *Id.*, *La prelazione volontaria come regola privata, integrativa del procedimento di formazione del contratto*, *ivi*, 1984, II, 580 ss.

(15) B. Troisi, *La prescrizione*, cit., 34 s.

(16) B. Troisi, *La prescrizione*, cit., 208.

(17) A tale idea si ispira, già, lo studio di B. Troisi, *La prescrizione*, cit., *passim*.

(18) B. Troisi, *La prescrizione*, cit., 122 ss. ed *ivi* i relativi richiami di dottrina.

(19) B. Troisi, *La prescrizione*, cit., 190 ss.

volta, dell'interesse dei privati (anche terzi) alla concreta attuazione del rapporto.

Ricadute sul fondamento della prescrizione

La prospettiva funzionale degli interessi, nella quale si concreta la dinamica procedimentale della prescrizione, è in grado di incidere allora sullo stesso fondamento della prescrizione.

Di tale consapevolezza risulta oggi investita la stessa giurisprudenza di legittimità la quale, in una recente pronuncia e recependo evidentemente le istanze della dottrina sopra richiamata (20), ha individuato, accanto alla tradizionale propensione delle norme sulla prescrizione a realizzare finalità di ordine pubblico e di certezza, soprattutto quella di «realisticamente» dare corpo a «più pragmatiche finalità di tutela di un interesse sostanzialmente privato» (21), ossia quello del debitore ad essere liberato da obblighi, oneri, pesi e da bilanciare con quello dell'avente diritto che può contrastare la propria inerzia in vario modo. In tal guisa l'interesse pubblico sotteso alle norme sulla prescrizione rimarrebbe connesso esclusivamente all'aspetto dell'inderogabilità delle stesse norme da parte dei privati, ma non identificerebbe la *ratio* dell'istituto, ovvero quella di tutelare sostanzialmente l'interesse del debitore (22).

Tale impostazione induce a ripensare alcune questioni rilevanti tradizionalmente connesse al tema in esame.

Si pensi al profilo dell'indisponibilità delle situazioni. La stessa indisponibilità di un diritto o di una situazione deve essere valutata sulla base di un criterio funzionale e non meramente quantitativo, che tenga conto altresì del concreto assetto di interessi presente in un determinato rapporto (23).

Si ponga mente inoltre alla questione della natura dell'eccezione di prescrizione. Si tratta di eccezione in senso sostanziale (24), atta a definire la fase costitutiva del procedimento di prescrizione, la quale dunque si configura come potere formativo del privato preordinato ad incidere sulla sfera giuridica altrui in posizione di soggezione. Ma, come è stato rilevato, siffatta eccezione assume anche una veste processuale (ovvero di eccezione in senso stretto) (25), giacché anche «atto processuale normativo» (26) che, quale comportamento processuale, si associa all'inerzia del titolare, così producendo l'estinzione del rapporto (27). Si che la prescrizione involge necessariamente il rapporto tra «diritto», «processo» e «giudizio» (28). In tale contesto si inserisce infine il tema della perpetuità dell'eccezione di prescrizione, a lungo negata sull'assunto che «la prescrizione, estinguendo il

diritto, ne fa logicamente cessare qualsiasi effetto» (inclusa la possibilità di far valere la prescrizione stessa in via di eccezione) (29). Viceversa, un'interpretazione maggiormente sensibile al profilo degli interessi nel rapporto, consente di avallare la perpetuità dell'eccezione e di ritenerla ammissibile «finché non via sia un interesse attuale ad opporre la prescrizione» (30). Del pari, sempre nell'ottica di valorizzare il profilo funzionale del rapporto, si ammette pacificamente che sia possibile valersi dell'eccezione di inadempimento anche nell'ipotesi nella quale il diritto sia già prescritto (31).

Ragionevolezza e danni c.d. lungolatenti

Ma oltre a suggerire un'interpretazione estensiva, in passato in vero negata, delle disposizioni normative che ammettono l'opponibilità della prescrizione in via di eccezione sulla base del principio generale in virtù del quale l'eccezione, ancorché caduca, vige per il tempo in cui vive la situazione opposta (32), la

Note:

(20) Cfr. Cass. 18 gennaio 2011, n. 1084, cit.

(21) Testualmente Cass. 18 gennaio 2011, n. 1084, cit.

(22) Per riprendere le osservazioni svolte da A. Di Majo, *Un istituto mal tollerato: la prescrizione*, cit., 492.

(23) B. Troisi, *La prescrizione*, cit., 130 ss.

(24) V., per tutti, R. Bolaffi, *Le eccezioni nel diritto sostanziale*, Milano, 1936, *passim*. Da ultimo, A. Lasso, *Le eccezioni in senso sostanziale*, Napoli, 2007. In giurisprudenza, la questione della natura dell'eccezione di prescrizione è affrontata da Cass., sez. un., 3 febbraio 1998, in *Foro it.*, 1998, I, 764.

(25) V., tra gli altri, V. Colesanti, voce *Eccezione (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, 1965, 172 ss. Afferma la natura di eccezione in senso stretto, tra le più recenti, Cass. 13 luglio 2009, n. 16326, in *Rep. Foro it.*, 2009, voce *Prescrizione e decadenza*, n. 32. *Contra*, però, Cass. 15 ottobre 2009, n. 21929, *ibidem*, n. 83.

(26) In proposito M. Cappelletti, *L'eccezione come controdiritto del convenuto*, in *Riv. dir. proc.*, 1961, 268 ss.

(27) B. Troisi, *La prescrizione*, cit., 64 s.

(28) Sul rapporto tra i tre termini richiamati nel testo si rinvia a V. Colesanti, voce *Eccezione*, cit., 179 ss.

(29) G. Azzariti e G. Scarpello, *Della prescrizione*, cit., 216, i quali ritengono di carattere eccezionale le disposizioni che ammettono l'opponibilità in via di eccezione di diritti già prescritti (oltre all'art. 1442, quelle degli artt. 1495 e 1667 c.c., mentre la regola inversa è dettata dall'art. 1449 c.c.). Il principio della perpetuità dell'eccezione non è estensibile alla decadenza: così Trib. Roma 19 novembre 1991, in *Rass. equo canone*, 1992, 438.

(30) Il rilievo è di P. Vitucci, *Tant dure l'action tant dure l'exception*, in nota ad App. Trento 27 aprile 1985, in *Giur. it.*, 1986, 247. Già Troplong, *Della prescrizione*, cit., 405 (dalla vers. originale), rilevava come la perpetuità dell'eccezione rappresenta un *homage rendu à la raison*.

(31) V. proprio G. Azzariti e G. Scarpello, *Della prescrizione*, cit., 217 ss. In giurisprudenza cfr. Cass. 13 marzo 1952, in *Rep. Foro it.*, 1952, voce *Prescrizione in materia civile*, n. 2.

(32) Così A. Auricchio, *Appunti sulla prescrizione*, cit., 53 ss.

concezione funzionale della prescrizione induce l'interprete ad accostarsi in maniera più duttile, da un lato, al profilo della rilevanza degli impedimenti soggettivi di fatto e degli stati di conoscenza, dall'altro lato, all'aspetto delle cause di interruzione e sospensione della prescrizione.

Sotto il primo aspetto, giova rilevare che anche nel nostro ordinamento - in linea con il recente DCFR (33) e con altre esperienze straniere come quella tedesca: si pensi all'art. 199 BGB come modificato a seguito della modernizzazione del diritto delle obbligazioni (34) - la giurisprudenza di legittimità è stata in grado di offrire soluzioni ragionevoli a problemi di grande attualità (35). Il riferimento è al sistema dei c.d. danni lungolatenti, per i quali si intende un effetto dannoso che può verificarsi a distanza di tempo, anche notevole, rispetto al momento nel quale è stata posta in essere la condotta dannosa. Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione (36), esaminando per esempio ipotesi di malattie infettive causate da contagi virali post-trasfusionali, hanno evidenziato che, in presenza di un danno lungolatente, gli effetti del quale si manifestano in un momento molto successivo alla sua causazione, il termine di prescrizione di cinque anni fissato dall'art. 2947, comma 1, c.c., può farsi decorrere non da quando il fatto si è verificato o il danno è avvenuto, ma da quando il danneggiato, presa coscienza del nesso esistente tra danno presente e causa remota, chiede di potersi avvalere del suo diritto.

Lo stesso può affermarsi per la questione della prescrizione degli interessi anatocistici. Le Sezioni Unite della Cassazione (37), con interpretazione condivisibile e funzionalmente piegata alla tutela dei clienti, hanno recentemente concluso che il termine decennale di prescrizione per richiedere alla banca gli interessi anatocistici indebitamente pagati decorre dalla data in cui è stato estinto il saldo di chiusura del conto e non dalla singola annotazione a debito del correntista. Quindi «il tempo non può legittimamente cancellare pretese solo quando abbiano

creditore di agire. E l'art. 7:304 contempla un'ipotesi non di sospensione, bensì di proroga della scadenza del termine prescrizione nel caso di trattative tra le parti aventi ad oggetto l'esistenza del diritto oppure circostanze rilevanti per un'azione in giudizio.

(34) Mentre il § 198 S. 1, nella sua versione originaria, faceva coincidere con la «*Entstehung des Anspruchs*» il momento di inizio del termine prescrizione, l'attuale § 199 Abs. 1 BGB - ispirandosi al particolare regime che già era in vigore nella materia delle *unerlaubte Handlungen* (§ 852 Abs. 1 BGB vecchio testo) - attribuisce altresì rilievo, rispetto alla *regelmäßige Verjährungsfrist*, ad un presupposto di tipo soggettivo, stabilendo che il decorso della prescrizione non si abbia se non con la fine dell'anno nel quale, venuto in essere il diritto cui essa si riferisce, o il creditore abbia acquisito conoscenza tanto delle circostanze su cui la propria pretesa è fondata quanto della persona del debitore o tale conoscenza sia mancata per colpa grave. Così *Anspruchsentstehung e Kenntnis o grob fahrlässige Unkenntnis vom Anspruch*, nel condizionare dunque il decorso della prescrizione ordinaria, fungono altresì da criteri di determinazione del suo momento iniziale, questo coincidendo con le ore ventiquattro dell'ultimo giorno dell'anno in cui si realizza la coesistenza dei due elementi in discorso. Si noti, inoltre, che «l'elemento soggettivo, stando al chiaro tenore letterale del nuovo § 199, viene configurato non come una semplice causa di sospensione, bensì come il vero e proprio presupposto cui è subordinato l'inizio del decorso della prescrizione. A tale differenza conseguono notevoli implicazioni sul piano dell'onere della prova: non è infatti il creditore a dover dimostrare che i presupposti sostanziali della pretesa gli erano ignoti, e che questa ignoranza non era ascrivibile ad una sua colpa grave, ma è per contro il debitore a dover provare che i suddetti presupposti erano noti al creditore o erano stati da lui ignorati per colpa grave» (testo in trad. it. di G. De Cristofaro, in C.W. Canaris, *La riforma del diritto tedesco delle obbligazioni*, in *I quaderni della Rivista di diritto civile*, Padova, 2003, 90). Per maggiori ragguagli sul tema v., in ogni caso, S. Delle Monache, *Profili generali del nuovo sistema della prescrizione*, in *La riforma dello Schuldrecht tedesco: un modello per il futuro diritto europeo delle obbligazioni e dei contratti?*, a cura di Cian, Padova, 2004, 127 ss. V., altresì, R. Caponi, *La nuova disciplina della prescrizione nel codice civile tedesco: spunti per una riforma italiana*, in *Corr. giur.*, 2006, 1321 ss.

(35) Già in dottrina si è peraltro opportunamente rilevato che talvolta gli artt. 3 e 24, comma 1, Cost. impongono l'adeguamento correttivo della disciplina codicistica in materia di decorrenza dei termini prescrizione in presenza di impedimenti economico-sociali all'esercizio di un diritto: v., per tutti, R. Caponi, *Gli impedimenti all'esercizio dei diritti nella disciplina della prescrizione*, cit., 744 ss.

(36) Cfr. Cass., sez. un., 11 gennaio 2008, n. 580. La pronuncia ha ricevuto numerosi commenti di dottrina: per una ricostruzione delle diverse posizioni, anche giurisprudenziali, sia consentito il rinvio a F. Longobucco, *Ragionevolezza del termine di prescrizione e danni lungolatenti alla persona*, in G. Perlingieri e G. Carapezza Figlia (a cura di), *L'interpretazione secondo Costituzione» nella giurisprudenza. Crestomazia di decisioni giuridiche*, II, Napoli, 2012, 523 ss. V., peraltro, L. Viola, *La nuova responsabilità civile lungolatente: riflessioni dopo la pronuncia delle S.U. n. 581/2008*, in *Resp. civ.*, 2008, 368 ss. Da ultimo, e per riferimenti più generali al tema, M. Tesaro, *Decorrenza della prescrizione e autoreponsabilità. La rilevanza civilistica del principio contra non valentem agere non currit praescriptio*, Padova, 2006; anche G. Anzani, *Riflessioni su prescrizione e responsabilità civile*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, 199 ss.

(37) Cass., sez. un., 2 dicembre 2010, n. 24418, in questa *Rivista*, 2011, 221 ss., con nota di C.M. Nanna, *Asimmetrie contrattuali e ripetibilità degli interessi anatocistici*. V., sul tema, anche B. Troisi, *Brevi note in tema di decorrenza del termine di prescrizione del diritto del cliente alla ripetizione degli interessi anatocistici*, in *Riv. giur. sarda*, 2010, 221 ss.

Note:

(33) Cfr., segnatamente, l'art. 7:301 DCFR il quale stabilisce, infatti, che: «*The running of the period of prescription is suspended as long as the creditor does not know of, and could not reasonably be expected to know of: a) the identity of the debtor; or b) the facts giving rise to the right including, in the case of a right to damage, the type of damage*». Il D.C.F.R., sulle orme dell'art. 17:105 dei P.E.C.L., ha dunque accolto la soluzione che considera l'ignoranza circa i fatti costitutivi del diritto come motivo di sospensione del termine prescrizione, e pertanto l'onere della prova delle circostanze che determinano la sospensione incombe sul creditore, cioè sul soggetto nella cui sfera esse sorgono e si collocano. L'art. 7:303, poi, prevede un'altra causa di sospensione in presenza di ostacoli imprevedibili che impediscono al

acquisito consistenza e visibilità i presupposti materiali delle stesse» (38). Lo stesso Milleproroghe (l. n. 10 del 2011) è stato dichiarato illegittimo dalla Corte costituzionale (39), nella parte in cui, con una norma “salva-banche”, ha ricondotto il *dies a quo* al momento dell’annotazione e non della chiusura del conto, con palese violazione del canone della ragionevolezza delle norme (art. 3 Cost.).

Nella medesima prospettiva di valorizzazione degli stati soggettivi di conoscenza della vittima è destinata a risolversi anche la questione della decorrenza del termine di prescrizione in caso di lesione dei diritti dei consumatori conseguente alla violazione delle norme *antitrust* da parte delle imprese. Ciò in quanto la vittima di un illecito anticoncorrenziale spesso viene a conoscenza dell’ingiustizia del danno subito, in genere, grazie alle informazioni date dalla stampa e/o da altri mezzi di comunicazione di massa e tale circostanza di frequente segue l’emanazione del provvedimento dell’Autorità garante che accerta la condotta illecita (40). In definitiva la specifica valorizzazione degli stati di conoscenza ai fini del decorso della prescrizione realizza un inevitabile compromesso tra l’esigenza di tutela dell’interesse maggiormente meritevole del rapporto e quella della certezza del diritto che pervade la *ratio* stessa degli artt. 2934 ss. c.c. Tanto può affermarsi per il tramite di un’interpretazione ispirata alla ragionevolezza del principio *contra non valentem agere non currit praescriptio* e sull’assunto che gli stessi obiettivi di tutela delle norme sulla prescrizione stanno oggi progressivamente muovendo dall’interesse pubblico e astratto alla certezza dei rapporti al bilanciamento funzionale degli interessi delle parti private. L’incidenza che il dato costituzionale - in particolare del referente *ex art. 24 Cost.* - assume nella ricostruzione del fenomeno prescrizione giustifica, infatti, la necessità di un attento esame del «comportamento che, a prescindere dall’esercizio del diritto, appaia per l’evidenza ed univocità delle circostanze come ragionevolmente concludente con riferimento all’interesse del titolare del diritto» (41).

Bilanciamento di interessi e cause di interruzione/sospensione della prescrizione

Venendo all’esame del secondo profilo più su introdotto, segnatamente quello delle cause di interruzione-sospensione della prescrizione, appare certamente condivisibile il passo in avanti compiuto dalla Cassazione nel 2011, nella sentenza dietro già richiamata (42), che riconduce l’effetto interruttivo-sospensivo della instaurazione di un giudizio *ex art.*

2945 c.c. anche ai giudizi aventi un oggetto diverso dal diritto prescrivibile purché ricondotti ad un comportamento dell’avente diritto volto, non equivocamente, a manifestare il proprio intendimento di esercitare il diritto. Tale pronuncia - nel rovesciare esiti già raggiunti in passato: si pensi ad una pronuncia del 2004 che nega rilevanza agli impedimenti di fatto e dunque all’ignoranza, colpevole o meno che essa sia, salvo derivi da un comportamento doloso della controparte (43) - si uniforma a quella dottrina la quale, già da tempo, ritiene che l’atto interruttivo non postula alcuna formalità o tipicità tassative, trattandosi di atto libero nella forma, purché esprime nel contenuto un’inequivoca volontà di far valere il diritto (44); si tratterebbe, come è stato notato, di un vero e proprio negozio giuridico diverso dagli atti processuali tradizionalmente e tipicamente annoverabili nella categoria degli atti interruttivi (45). An-

Note:

(38) Così A. Di Majo, *Un istituto mal tollerato: la prescrizione*, cit., 492 ss.

(39) Corte cost. 5 aprile 2012, n. 78, in *Banca Borsa tit. cred.*, II, 2012, 431 ss., con nota di A.A. Dolmetta, *Dopo la sentenza della Corte Costituzionale n. 78/2012 (retroattività di leggi bancarie, prescrizione della ripetizione per titolo invalido di versamenti di c/c e diritto vivente dell’anatocismo)*. V., sul punto, le osservazioni di G. D’Amico, *Operazioni bancarie in conto corrente e decorrenza della prescrizione*, in questa *Rivista*, 2012, 445 ss.

(40) La questione è affrontata da Cass. 2 febbraio 2007, n. 2305, in *Foro it.*, 2007, I, 1097 ss., con osservazioni di A. Palmieri e R. Pardolesi, *Il danno antitrust in cerca di disciplina (e di identità?)*; in *Corr. giur.*, 2007, 653, con nota di S. Bastianon, *Tutela risarcitoria antitrust, nesso causale e danni “lungolatenti”*. Sia consentito altresì il rinvio a F. Longobucco, *Danno da contrattazione antitrust e problema dell’exordium praescriptionis: un caso di doloso occultamento del debito?* (nota ad App. Salerno 29 luglio 2009, n. 706), in *Le Corti salernitane*, 1-2/2011, 58 ss. Più in generale sul tema a F. Longobucco, *Violazione di norme antitrust e disciplina dei rimedi nella contrattazione “a valle”*, Napoli, 2009, 199 ss.

(41) In tali termini G. Panza, *L’esordio della prescrizione del diritto alla indennizzabilità dei danni da invalidità permanente*, in *Id.*, *Scritti vari di diritto civile*, Bari, 1993, 513; *Id.*, *Contributo allo studio della prescrizione*, cit., 7 ss.

(42) Cass. 18 gennaio 2011, n. 1084, cit.

(43) Cfr. Cass. 28 gennaio 2004, n. 1547, in *Danno resp.*, 4, 2004, 389 ss., con nota adesiva di P.G. Monateri, *La prescrizione e la sua decorrenza dal fatto: una sentenza da elogiare*.

(44) Cfr. la risalente Cass. n. 908 del 1976. In dottrina v. G. Panza, *Contributo allo studio della prescrizione*, cit., 62, il quale così opina in base alla *ratio* dell’inerzia del titolare.

(45) V., sul punto, P.G. Monateri, *La prescrizione e la sua decorrenza dal fatto*, cit., 391, secondo il quale «il Codice richiede atti processuali di interruzione, mentre con l’interpretazione sin qui seguita [estensiva delle cause di interruzione/sospensione della prescrizione], si riporta l’atto interruttivo alla figura del negozio giuridico quale manifestazione della volontà del titolare di far valere il proprio diritto. In quanto negozio allora evidentemente la sua forma può essere libera, e importa solo il suo contenuto di

(segue)

che il profilo della rilevanza interruttiva-sospensiva degli impedimenti di fatto - sia pure nei limiti della diligenza e dell'auto-responsabilità del debitore - viene dunque esaminato dai giudici della Cassazione (46) nel quadro di una generale ragionevolezza entro la quale si spegne la forza dell'interpretazione meramente letterale (47) se eccessivamente pregiudizievole per una delle parti del rapporto. Il che giustifica, *de iure condendo*, l'adozione legislativa anche in Italia - da più parti auspicata e non ancora realizzata - di un sistema graduato (soggettivo/oggettivo) di decorso del termine prescrizionale (48), in un contesto di reciproca circolazione europea dei diversi modelli prescrizionali e particolarmente sul modello dei Principi di diritto europeo dei contratti, della Convenzione di Vienna sulla vendita di beni mobili e dei Regolamenti Roma I e II, del DCFR, ovvero sul modernizzato modello tedesco.

Ubi remedium ibi ius ... nella giurisprudenza europea

Se dunque è vero, come è vero, che l'odierna nomofilachia e la stessa interpretazione del giudice comune deve essere conforme alla legalità costituzionale e a quella comunitaria (49), non può non sottacersi che la stessa giurisprudenza delle Corti europee (sia della Corte di giustizia sia della Corte europea dei Diritti dell'Uomo) vanno sviluppando attualmente un modello di prescrizione del tutto peculiare nel quale i termini di prescrizione e decadenza sono concepiti sì come legittimi, ma altresì come potenziali ostacoli all'accesso degli individui ad una tutela effettiva, con conseguente necessità per i giudici nazionali di procedere caso per caso ad un'applicazione dei termini prescrizionali e di decadenza stessi rispettosa del parametro della ragionevolezza (oggi largamente penetrato nel nostro sistema privatistico) (50). Emerge, cioè, l'indubbia tendenza della giurisprudenza comunitaria e della giurisprudenza Corte europea dei diritti umani (51), in un'ottica larga-

degli atti interruttivi della prescrizione, oltre alle pronunce già citate, anche Cass. 14 luglio 2009, n. 16379, in *Foro it.*, 2010, I, 494: la proposta transattiva integra gli estremi dell'atto idoneo ad interrompere la prescrizione, tutte le volte in cui, dal comportamento di una delle parti, emerge il riconoscimento dell'altrui diritto di credito, mentre risulti che il mancato raggiungimento della transazione dipenda esclusivamente da questioni attinenti alla liquidazione del *quantum*. Cass. 23 febbraio 2010, n. 4324, in *Rep. Foro it.*, 2010, *Prescrizione e decadenza*, n. 32: il riconoscimento del diritto, idoneo ad interrompere il corso della prescrizione, non deve necessariamente concretarsi in uno strumento negoziale, cioè in una dichiarazione di volontà consapevole diretta all'intento pratico di riconoscere il credito, e può, quindi, anche essere tacito e concretarsi in un comportamento obiettivamente incompatibile con la volontà di disconoscere la pretesa del creditore; pertanto, il pagamento parziale, ove non accompagnato dalla precisazione della sua effettuazione «in acconto», non può valere come riconoscimento, rimanendo comunque rimessa al giudice di merito la relativa valutazione, tenendo conto del contesto in cui avviene il pagamento e del tipo di «parzialità» riscontrabile.

(47) V., ancora, P.G. Monateri, *La prescrizione e la sua decorrenza dal fatto*, cit., 391, spec. nota 11, ove il richiamo al parametro - ineludibile per l'Autore - dell'art. 12 preleggi.

(48) In tal senso muovono le recenti osservazioni di M. Bona, *Appunti sulla giurisprudenza comunitaria e Cedu in materia di prescrizione e decadenza: il parametro della «ragionevolezza»*, in *Resp. civ. prev.*, 2007, 1733. V., altresì, S. Patti, *Certezza e giustizia nel diritto della prescrizione*, cit., 21 ss.

(49) Sull'interpretazione degli istituti civilistici conforme al diritto comunitario v. P. Perlingieri, *Diritto comunitario e legalità costituzionale. Per un sistema italo-comunitario delle fonti*, 5ª ed. rist., Napoli, 2004, 135 ss.; Id., *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti* (1983), 3ª ed., Napoli, 2006, spec. 284 ss. e 592 ss.; P. Perlingieri-P. Femia, *Nozioni introduttive e principi fondamentali del diritto civile*, con la collaborazione di L. Tullio, 2ª ed., Napoli, 2004, 183 ss.; A. Luminoso, *L'interpretazione del diritto privato comunitario. Regole e tecniche*, in *Diritto privato 2001-2002*, VII-VIII, *L'interpretazione e il giurista*, Padova, 2003, 586 ss.; diffusamente sul tema: A. Trabucchi, *Il codice civile di fronte alla normativa comunitaria*, in *Riv. dir. civ.*, 1993, 715; Id., *Incidenza del diritto comunitario sul diritto interno in Italia*, in V. Rizzo (a cura di), *Diritto privato comunitario*, I, *Fonti, principi, obbligazioni e contratti*, Napoli, 1997, 77 ss.; G. Chiné, *Fonti interne e fonti comunitarie: criteri di risoluzione delle antinomie e tutela delle posizioni giuridiche soggettive di diritto comunitario*, in N. Lipari (a cura di), *Giurisprudenza costituzionale e fonti del diritto*, Napoli, 2006, 209 ss. Da ultimo, sia consentito il rinvio a F. Longobucco, *Nomofilachia e principi di diritto comune europeo*, in G. Perlingieri-G. Carapezza Figlia (a cura di), *L'«interpretazione secondo Costituzione» nella giurisprudenza*, cit., I, 75 ss.

(50) Per la trattazione del tema v. E. Del Prato, *Ragionevolezza e bilanciamento*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, I, 23 ss.; E. Giorgini, *Ragionevolezza e autonomia negoziale*, Napoli, 2010; S. Patti, *La ragionevolezza nel diritto civile*, Napoli, 2012.

(51) Cfr., tra le pronunce più rappresentative, C. eur. dir. umani, 23 ottobre 1996, Stubbings e altri c. Regno Unito, in <http://www.echr.coe.int>. La Corte di Strasburgo, occupandosi delle azioni risarcitorie esperite da tre vittime di abusi sessuali perpetrati in famiglia (piccolissime all'epoca delle molestie e delle violenze subite) e risalenti agli anni sessanta (ma con la consapevolezza e, di conseguenza, riflessi di ordine psichici manifestatisi nelle vittime solo alla fine degli anni settanta), ha per l'appunto sancito il principio per cui, se indubbiamente gli Stati contraenti (ossia i legislatori nazionali) godono di un certo qual margine di discrezionalità («*a certain margin of appreciation*») nello stabilire delle limitazioni al diritto di accesso alla giustizia e questo diritto non è da considerarsi «*assoluto*», tuttavia - proprio al-

Note:

(continua nota 45)

volontà. Ma gli atti processuali *non* sono negozi giuridici, infatti *non* sono dichiarazioni *private* di volontà, bensì richieste indirizzate agli organi dello Stato come atti tipici di deduzione in rapporto processuale delle pretese private. Onde se la strada scelta dal legislatore è stata quella degli atti processuali, tale scelta risulta del tutto snaturata se l'atto interruttivo viene invece ricondotto nell'alveo negoziale. Anzi la scelta del legislatore è stata proprio quella opposta alla negoziabilità dell'atto interruttivo, onde nessuna mera dichiarazione di parte, con la quale non si deduca la pretesa in giudizio, può, secondo noi, valere a interrompere il decorso della prescrizione» (corsivo originale).

(46) Si ispirano ad una logica più elastica, nella considerazione

mente ispirata al brocardo *ubi remedium ibi ius*, di ridefinire e di ridimensionare entro margini rilevanti il secolare «mito della certezza del diritto» quale (unica) giustificazione delle norme prescrizionali (52). Ciò con particolare attenzione, come si è visto, al quadro cognitivo del soggetto leso ai fini dell'individuazione dell'*exordium praescriptionis* e con il necessario riconoscimento di un margine non arbitrario di *judicial discretion* per i giudici nostrani (53). Una discrezionalità non arbitraria - esercitata finanche per il tramite della disapplicazione delle norme interne sulla prescrizione e decadenza in conformità al diritto comunitario (54) -, che consenta ai giudici degli Stati membri l'individuazione di soluzioni equilibrate e soprattutto rispettose del principio di effettività della tutela giurisdizionale, ovvero un bilanciamento tra il mito della certezza e i nuovi livelli di protezione, anche per via rimediabile, dei diritti fondamentali degli individui (diritto alla salute, diritti dei consumatori e degli utenti, ecc.) (55).

Profili evolutivi dell'istituto anche a confronto con la decadenza: la prescrizione come "rimedio civile"

Pure la prescrizione, istituto da sempre emblema della certezza inflessibile, attraversa pertanto quella stagione significativa che l'odierna civilistica ha già definito, con riguardo alla materia dei contratti, di «crisi della fattispecie» (56). L'abbandono di interpretazioni eccessivamente dogmatiche delle regole codicistiche verso approcci più equi sul piano della giustizia sostanziale dei rapporti privati contribuisce a garantire alla prescrizione la veste di un rimedio effettivo nel quadro dei principi del giusto processo europeo. Si tratta, in particolare, di un *rimedio civile del nostro sistema normativo*, perché esso fa a meno di un giudizio sulla fondatezza e/o infondatezza di pretese (57). Come tutti i rimedi esso è posto a disposizione dei soggetti che si intendono tutelare (e quindi dei soggetti debitori e/o dei proprietari gravati da pesi) (58).

Corollario di questo nuovo moderno approccio è il graduale passaggio, che oggi si impone anche a livello comunitario e internazionale, dal tradizionale «effetto estintivo» al c.d. «effetto preclusivo» della prescrizione, il quale non comporta l'estinzione del diritto come il primo, ma concede al debitore, una volta decorso il termine, di rifiutare legittimamente la richiesta dell'obbligazione (59). Al livello europeo si parla oggi di «effetto debole» della prescrizione, che richiama, in certo qual modo, il già noto effetto della remissione del debito *ex art. 1236 c.c.* La conseguenza dirimente è che il decorso del termine prescrizionale non estingue il rapporto giacché esso,

Note:

(continua nota 51)

la luce ed ai sensi dell'art. 6 (1) della Convenzione Europea - istituti quali quello della prescrizione o della decadenza o del *limitation law* non possono spingersi ad azzerare oppure a restringere eccessivamente il diritto di una vittima di vedere le sue pretese equamente considerate da una Corte a tal punto da menomare alla radice l'essenza stessa di questo diritto. Per maggiori riferimenti, anche giurisprudenziali, si rinvia all'analisi di M. Bona, *Appunti sulla giurisprudenza comunitaria e Cedu in materia di prescrizione e decadenza*, cit., 1714 ss.

(52) Cfr., sul punto specifico, T. Tridimas, *Enforcing Community Rights in National Courts*, in *The Future of Remedies in Europe*, edited by C. Kilpatrick, T. T. Novitz, P. Skidmore, Oxford, 2000, 36: «*The starting point of the Court's approach remains the universality of remedies. Where there is a right, there must be a remedy (ubi jus ibi remedium), so that national courts must in principle provide a remedy for the protection of Community rights, and offer the individual the opportunity to assert rights derived from Community law*». Cfr., altresì, M. Ruffert, *Rights and Remedies in European Community Law: A Comparative View* (1997) 34 CML Rev 307.

(53) M. Bona, *Appunti sulla giurisprudenza comunitaria e Cedu in materia di prescrizione e decadenza*, cit., spec. 1736.

(54) Cfr., per esempio, M. Padellaro e P. Tomassi, *Diritto comunitario, termini di prescrizione e disapplicazione della normativa interna*, (nota a CGCE 27 febbraio 2003, n. 237/00), in *Riv. amm. appalti*, 2003, 257.

(55) M. Bona, *Appunti sulla giurisprudenza comunitaria e Cedu in materia di prescrizione e decadenza*, cit., 1710: la valenza del principio *contra non valentem agere non currit praescriptio* risulta alquanto discussa «soprattutto in relazione alle pretese aventi per oggetto il risarcimento dei danni alla persona e da uccisione, ove la conoscibilità, da parte dei titolari dei diritti lesi, dei dati fattuali, su cui si fondano le aspirazioni di ricevere una tutela rimediabile, assume spesso rilievo dirimente per gli attori e per l'effettività della tutela rimediabile (stessa) loro garantita sulla carta dall'ordinamento» (corsivo aggiunto).

(56) Sì che il superamento del metodo della sussunzione (su cui v. P. Perlingieri, *Interpretazione e qualificazione: profili dell'individuazione normativa*, in *Id.*, *Il diritto dei contratti tra persona e mercato*, Napoli, 2003, 6 ss.; *Id.*, *In tema di tipicità e atipicità dei contratti*, *ibidem*, 392) dovrebbe oggi riguardare anche la nostra disciplina della prescrizione e della decadenza.

(57) A. Di Majo, *Un istituto mal tollerato: la prescrizione*, cit., 493, nota 3, il quale, tuttavia, discorre di «rimedio civile *extra-ordinem*».

(58) A. Di Majo, *Un istituto mal tollerato: la prescrizione*, cit., 493, nota 3. Già in tal senso militano i rilievi, con riguardo al tema dell'eccezione di giudicato, di N. Trocker, *I limiti soggettivi del giudicato tra tecniche di tutela sostanziale e garanzie di difesa processuali*, in *Riv. dir. proc.*, 1988, 35.

(59) Ancora una volta è di esempio il quadro offerto del legislatore tedesco. Il § 214 Abs. 1 *BGB* nuovo testo ripropone infatti, con alcune variazioni lessicali, il contenuto del § 222 Abs. 1 ora abrogate, individuando l'effetto della prescrizione in ciò, che dopo che questa abbia avuto luogo il debitore può legittimamente rifiutarsi di eseguire la propria prestazione. La *Verjährung* non conduce dunque all'estinzione del rapporto rispetto al quale opera; essa, piuttosto, determina il sorgere, in capo al debitore, di un diritto che questi può in ogni momento opporre al titolare della pretesa: il diritto, per l'appunto, a non eseguire la prestazione dovuta o *Leistungsverweigerungsrecht*. In altre parole, il decorso del termine prescrizionale, senza riflettersi direttamente sulla sfera del creditore provocando il venir meno dello *Anspruch*, genera una *Einrede* a favore del debitore, rendendone legittimo il rifiuto dell'adempimento: v. S. Delle Monache, *Profili generali del nuovo sistema della prescrizione*, cit., 134 s.

in virtù di peculiari finalità di tutela, potrebbe formare oggetto al limite anche di cognizione giudiziale (benché sia maturata la prescrizione) (60).

Si riduce altresì, per concludere, il divario tra «*substance*» e «*procedure*» (61), divario che ha animato in passato il dibattito dottrinale circa la prescrittibilità dei diritti ovvero delle azioni (62).

Nel contesto evolutivo fin qui descritto, infatti, non è tanto questione se i termini di prescrizione o di decadenza riguardino l'estinzione del diritto o l'improprietà dell'azione, ma se in concreto, caso per caso, essi elidano il principio secondo il quale non ha senso riconoscere un diritto se non si concede a monte un rimedio effettivo, laddove l'effettività della tutela rimediabile presuppone che, entro margini ragionevoli, sia sempre possibile accedere ad una Corte e che vi sia dunque una considerazione del merito della controversia. In questa prospettiva, pertanto, anche l'annoso problema nazionale della distinzione tra prescrizione e decadenza è destinato a conciliarsi, sul piano funzionale, dietro il paradigma delle strategie rimediali civili. Nella stessa ottica andranno affrontati, peraltro, i problemi concernenti il rapporto tra autonomia privata e prescrizione già in altri ordinamenti - si pensi ancora a quello tedesco - oggetto di organica sistemazione da parte del legislatore (63).

esclusa né resa più gravosa, consentendosi per contro un suo abbreviamento o comunque che fosse facilitata, la nuova regola - contenuta nel comma 2 del citato § 202 nuovo testo - è nel senso che non si possa negozialmente prolungare la *Verjährung* oltre il termine di trent'anni decorrente «*ab dem gesetzlichen Verjährungsbeginn*»; pertanto, quando tale limite sia rispettato, saranno validi anche gli accordi che generino a carico del debitore una situazione peggiore di quella che si sarebbe determinata per effetto dell'applicazione della disciplina di fonte legale. Ulteriormente riducendo, rispetto al passato, l'area della nullità degli accordi sulla *Verjährung*, il legislatore tedesco della riforma ha dunque delineato un sistema che ancora più nettamente si distanzia dalla prospettiva che è propria, invece, del nostro ordinamento: il quale - com'è noto - si caratterizza per la presenza di una disposizione, l'art. 2936 c.c., che, nel dichiarare la nullità di «ogni patto diretto a modificare la disciplina legale della prescrizione», mette in evidenza il carattere cogente dell'intero complesso di norme su cui la disciplina stessa si fonda. Si che il solo margine di operatività concesso all'autonomia privata, nella materia in esame, è relativo agli effetti della prescrizione ormai compiutasi (art. 2937, comma 2, c.c.): v. S. Delle Monache, *Profili generali del nuovo sistema della prescrizione*, cit., 132 s.

Note:

(60) Si ponga mente al caso emblematico dei contratti dei consumatori: la CGCE 21 novembre 2002, n. 473/00, in *Foro it.*, 2003, IV, 16, ha infatti sentenziato che «la direttiva concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori osta ad una normativa interna che, in un'azione promossa da un professionista nei confronti di un consumatore e basata su un contratto stipulato tra loro, vieta al giudice nazionale, alla scadenza di un termine di decadenza, di rilevare, d'ufficio o a seguito di un'eccezione sollevata dal consumatore, il carattere abusivo di una clausola inserita nel suddetto contratto» (entrando così nel merito della controversia).

(61) Così N. Trocker, *Il diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva nell'opera della Corte di giustizia della Comunità Europea*, in M. Taruffo-V. Varano, *Diritti fondamentali e giustizia civile in Europa*, Torino, 2001, 283.

(62) Rispetto alle più risalenti teorie sostanzialistiche invero maggioritarie (anche a livello comunitario: si pensi alla Convenzione di Vienna sulla vendita di beni mobili e agli ultimi Regolamenti Roma I e II) - poiché si prescrivono i «diritti» e i «rapporti» - si è riproposta di recente, infatti, la teoria secondo la quale la prescrizione riguarda l'azione e non il diritto: v. Panza, *Contributo allo studio della prescrizione*, cit., 17 ss., per il quale l'inerzia non coincide con il mancato esercizio del diritto, bensì con il mancato esercizio dell'«interesse ad agire». V., inoltre e analogamente, F. Gazzoni, *Manuale di diritto privato*, 15ª ed., Napoli, 2011, 110 ss.

(63) Il § 202 BGB nuovo testo amplia infatti gli spazi a disposizione dell'autonomia privata nel settore in esame. Mentre, secondo la normativa precedente - e salvo alcune eccezioni -, la prescrizione non poteva, mediante atto negoziale, essere né

COMMENTARIO del CODICE di PROCEDURA CIVILE

diretto da

Romano Vaccarella, Bruno Sassani, Luigi Paolo Comoglio, Claudio Consolo



**Vi presentiamo un commentario davvero autorevole,
non solo sulla carta.**



Approfondisci la tua conoscenza del processo civile con la guida dei più insigni giuristi italiani. Scegli uno strumento di lavoro innovativo, completo, approfondito e - per la prima volta -

multiplatforma: il Commentario del Codice di Procedura Civile è infatti disponibile in formato cartaceo, e-book e "in the cloud", permettendoti di consultarlo ogni volta che ne hai bisogno.

www.commentariocpc.it

UTET[®]
GIURIDICA

Osservatorio comunitario

a cura di **Pietro Michea** *Studio Legale De Berti Jacchia Franchini Forlani - Bruxelles*

@ Il testo integrale del provvedimento contrassegnato è disponibile su: www.ipsoa.it/contratti

PROVE IN MATERIA CIVILE E COMMERCIALE

LA CORTE DI GIUSTIZIA SI PRONUNCIA
SULLA COOPERAZIONE NEL SETTORE DELL'ASSUNZIONE
DELLE PROVE IN MATERIA CIVILE O COMMERCIALE

Corte di Giustizia dell'Unione Europea, 6 settembre 2012,
causa C-170/11 - *Lippens e a./Kortekaas e a.*

Il caso

In data 6 settembre 2012, la Corte di Giustizia dell'Unione europea si è pronunciata sull'interpretazione del regolamento (CE) n. 1206/2001 del Consiglio, del 28 maggio 2001, relativo alla cooperazione fra le autorità giudiziarie degli Stati membri nel settore dell'assunzione delle prove in materia civile o commerciale (1) (d'ora in poi il "regolamento n. 1206/2001").

La domanda di pronuncia pregiudiziale è stata presentata nell'ambito di una controversia tra, da un lato, i sigg. *Lippens, Mitter* e *Votron* (in prosieguito "i convenuti"), residenti in Belgio e dirigenti dell'*Ageas NV*, già *Fortis NV* ("Fortis"), e, dall'altro, il sig. *Kortekaas*, la *Kortekaas Entertainment Marketing BV*, la *Kortekaas Pensioen BV*, i sigg. *De Kat* e *Visch*, la sig.ra *Böckerink* e la *Laminco GLD N-A* (in prosieguito "i ricorrenti"). Questi ultimi hanno avviato nei confronti dei convenuti, e della *Fortis* medesima, un procedimento per il risarcimento dei danni patiti per aver acquistato o conservato valori mobiliari in seguito alle informazioni diffuse pubblicamente nel 2007 e nel 2008 dai convenuti medesimi relative alla situazione finanziaria della *Fortis* e ai dividendi che quest'ultima avrebbe distribuito nel 2008. Nel contesto del procedimento, i ricorrenti hanno depositato presso l'autorità giudiziaria una domanda di audizione a futura memoria dei convenuti in qualità di testimoni al fine di fare chiarezza sulle allegazioni e sulle informazioni di cui essi disponevano nel suddetto periodo. La domanda è stata accolta in primo grado con la precisazione che l'audizione sarebbe stata effettuata da un giudice istruttore nominato a tal fine. Avverso l'ordinanza dell'autorità giudiziaria che ha respinto la richiesta dei convenuti di disporre una commissione rogatoria per poter essere sentiti da un giudice francofono in Belgio, loro Stato di residenza, gli stessi hanno proposto ricorso in appello. Il giudice dell'appello ha confermato l'ordinanza poiché la legislazione nazionale non prevede l'obbligo, ma solo la facoltà, per il giudice che deve ascoltare un testimone residente all'estero di disporre una commissione rogatoria (2). In forza di tale disciplina, i convenuti, in qualità di testimoni, dovrebbero essere sentiti dall'autorità giudiziaria dinanzi alla quale la causa di merito è pendente anche in considerazione del fatto che non vi sarebbe nessuna circostanza che giustifichi una deroga a tale regola neppure di ragione linguistica poiché i convenuti potrebbero farsi assistere da un interprete durante l'audizione nei Paesi Bassi.

Contro l'ordinanza del giudice dell'appello, i convenuti hanno

presentato ricorso in cassazione presso il giudice del rinvio il quale, in ragione dell'obiettivo perseguito dal regolamento n. 1206/2001 consistente nel facilitare l'assunzione delle prove e non nell'imporre agli Stati membri metodi di assunzione delle stesse differenti da quelli contemplati dal diritto nazionale, ha ritenuto che nessuna disposizione dello stesso consente di concludere che i metodi di assunzione previsti da quest'ultimo escludono il ricorso a quelli previsti dal diritto degli Stati membri. Nonostante ciò, il giudice del rinvio, visto quanto statuito dalla Corte di Giustizia nella sentenza *St. Paul Dairy* (3), ha chiesto alla stessa se le disposizioni del regolamento n. 1206/2001, in particolare l'art. 1, par. 1 (4), del medesimo, debbano essere interpretate nel senso che l'autorità giudiziaria competente di uno Stato membro che intenda sentire come testimone una parte residente in un altro Stato membro deve sempre applicare, per procedere ad una siffatta audizione, i metodi di assunzione delle prove previsti da detto regolamento o se, al contrario, tale autorità giudiziaria abbia la facoltà di citare tale parte a comparire dinanzi a sé e di sentirla ai sensi del proprio diritto nazionale.

Le questioni

Nel rispondere al quesito sottopostole, la Corte di Giustizia ha da subito constatato che l'ambito di applicazione *ratione materiae* del regolamento n. 1206/2001 è limitato a due metodi di assunzione delle prove.

1) Il primo metodo consiste nell'esecuzione di un'assunzione delle prove da parte dell'autorità giudiziaria, richiesta ai sensi degli artt. da 10 a 16 del regolamento n. 1206/2001 (5), in se-

Note:

(1) Regolamento (CE) n. 1206/2001 del Consiglio, del 28 maggio 2001, relativo alla cooperazione fra le autorità giudiziarie degli Stati membri nel settore dell'assunzione delle prove in materia civile o commerciale, in *GU.C.E.*, L 174 del 27 giugno 2001.

(2) L'art. 176, par. 1, del *Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering* (codice di procedura civile; d'ora in poi "WBR") prevede che «... Se non altrimenti disposto da convenzione o da regolamento dell'UE, il giudice, ove un testimone risiede all'estero, può chiedere ad un'autorità del paese di residenza del testimone, che esso stesso indicherà, di procedere all'audizione, se possibile sotto giuramento, o di affidare detta audizione al funzionario consolare olandese nella cui circoscrizione detto testimone risiede...».

(3) CGCE 28 aprile 2005, causa C-104/03, *St. Paul Dairy*.

(4) Il regolamento (CE) n. 1206/2001, cit., all'art. 1, paragrafo 1, prevede che «... Il presente regolamento si applica in materia civile o commerciale allorché, conformemente alle disposizioni della propria legislazione, l'autorità giudiziaria di uno Stato membro chiede: a) che l'autorità giudiziaria competente di un altro Stato membro proceda all'assunzione delle prove, o b) di procedere direttamente essa stessa all'assunzione delle prove in un altro Stato membro...».

(5) Regolamento (CE) n. 1026/2001, cit. L'art. 10 prevede che «... 1. L'autorità giudiziaria richiesta dà esecuzione alla richiesta sen-

(segue)

guito ad una domanda dell'autorità giudiziaria richiedente di uno Stato membro (d'ora in poi l'"assunzione mediata delle prove").

2) Il secondo metodo consente, nel rispetto delle modalità determinate dall'art. 17 dello stesso (6), l'esecuzione diretta di una siffatta assunzione di prove da parte dell'autorità giudiziaria richiedente in un altro Stato membro (in prosieguo l'"assunzione diretta delle prove").

Dunque, il regolamento n. 1206/2001 è applicabile soltanto a tali due fattispecie di assunzione delle prove e non contiene alcuna disposizione che disciplini o escluda la possibilità, per l'autorità giudiziaria di uno Stato membro, di citare a comparire e a rendere testimonianza direttamente al suo cospetto una parte residente in un altro Stato membro. Sulla base di quanto sopra detto, un'interpretazione delle disposizioni del regolamento n. 1206/2001 che vieti in generale ad un'autorità giudiziaria di uno Stato membro di citare dinanzi a sé e di sentire come testimone, in forza del proprio diritto nazionale, una parte residente in un altro Stato membro non risponderebbe all'obiettivo, consacrato ai considerando 2, 7, 8, 10 e 11, dello stesso (7), di semplificare e rendere più efficace e rapido lo svolgimento delle assunzioni transfrontaliere delle prove. Proprio al fine di perseguire tale obiettivo, il regolamento ha istituito una disciplina vincolante per tutti gli Stati membri (8), evitando così il rallentamento dei procedimenti nazionali dovuto all'assunzione di prove in un altro Stato membro. Cionondimeno, è evidente che, in determinate circostanze, quale quella in cui la parte citata come testimone è disposta a comparire volontariamente, per l'autorità giudiziaria competente potrebbe rivelarsi più semplice, efficiente e rapido sentire tale persona ai sensi delle disposizioni del proprio diritto nazionale invece che ricorrere ai metodi di assunzione delle prove previsti dal regolamento n. 1206/2001. Infatti, l'audizione effettuata dall'autorità giudiziaria competente in applicazione del proprio diritto nazionale, che consente alla stessa di interrogare la parte direttamente, di confrontarla con le dichiarazioni di altre parti o testimoni eventualmente presenti all'audizione e di verificare essa stessa, mediante eventuali domande aggiuntive, la credibilità della testimonianza resa, si differenzia sia dall'assunzione mediata delle prove sia dall'assunzione diretta delle prove, così come disciplinate dal regolamento n. 1206/2001. Tale differenza sussiste, in caso di assunzione mediata delle prove, nonostante l'art. 12 (9) del medesimo regolamento consenta, a determi-

Note:

(continua nota 5)

za indugio, al più tardi entro 90 giorni dalla sua ricezione. - 2. L'autorità giudiziaria richiesta dà esecuzione alla richiesta applicando le leggi del proprio Stato membro. - 3. L'autorità giudiziaria richiedente può chiedere che la richiesta sia eseguita secondo una procedura particolare prevista dalla legge del proprio Stato membro (...). L'autorità giudiziaria richiesta accoglie tale richiesta a meno che detta procedura non sia incompatibile con le leggi del suo Stato membro o per notevoli difficoltà d'ordine pratico. Se l'autorità giudiziaria richiesta non accoglie la richiesta per uno dei summenzionati motivi, ne informa l'autorità giudiziaria richiedente (...). - 4. L'autorità giudiziaria richiedente può chiedere all'autorità giudiziaria richiesta di avvalersi delle tecnologie della comunicazione per l'esecuzione dell'assunzione delle prove, in particolare utilizzando la videoconferenza e la teleconferenza. L'autorità giudiziaria richiesta ottempera a tale richiesta salvo qualora questa sia incompatibile con le leggi del suo Stato membro o sussistano notevoli difficoltà di ordine pratico ...».

(6) Regolamento (CE) n. 1026/2001, cit. L'art. 17 prescrive che «... 1. Un'autorità giudiziaria che chieda di procedere direttamente al-

l'assunzione delle prove in un altro Stato membro introduce in tale Stato una richiesta presso l'organo centrale o le autorità competenti (...). (...) - 3. L'assunzione delle prove è eseguita da un magistrato o da un'altra persona, quale un perito, designata in conformità della legge dello Stato membro dell'autorità giudiziaria richiedente. - 4. Entro 30 giorni dalla ricezione della richiesta l'organo centrale o l'autorità competente dello Stato membro richiesto comunica all'autorità giudiziaria richiedente (...) se la richiesta è accolta e, se necessario, a quali condizioni dev'essere eseguita in conformità della legge del suo Stato membro. In particolare, l'organo centrale o l'autorità competente può incaricare un'autorità giudiziaria del proprio Stato membro di partecipare all'esecuzione dell'assunzione delle prove per garantire la corretta applicazione del presente articolo e delle condizioni prescritte. L'organo centrale o l'autorità competente incoraggiano l'utilizzazione delle tecnologie della comunicazione, quali videoconferenze e teleconferenze. 5. L'organo centrale o l'autorità competente possono rifiutare l'assunzione diretta delle prove solo qualora: a) la richiesta non rientri nell'ambito d'applicazione del presente regolamento di cui all'art. 1, b) la richiesta non contenga tutte le informazioni necessarie ai sensi dell'art. 4 ovvero, c) l'assunzione diretta delle prove richiesta sia contraria a principi fondamentali della legge del suo Stato membro. 6. Fatte salve le condizioni stabilite a norma del paragrafo 4, l'autorità giudiziaria richiedente esegue la richiesta in conformità della legge del suo Stato membro ...».

(7) Regolamento (CE) n. 1206/2001, cit. Ai sensi dei considerando 2, 7, 8, 10 e 11: «... Il corretto funzionamento del mercato interno presuppone che la cooperazione tra le autorità giudiziarie nel settore dell'assunzione delle prove sia migliorata, in particolare semplificata e accelerata ... Poiché per pronunciarsi in merito ad un procedimento civile o commerciale pendente dinanzi ad un'autorità giudiziaria di uno Stato membro è spesso necessario assumere prove in un altro Stato membro, l'azione della Comunità non può limitarsi al solo settore della trasmissione degli atti giudiziari ed extragiudiziali in materia civile o commerciale rientrando nel regolamento (CE) n. 1348/2000 del Consiglio, del 29 maggio 2000, relativo alla notificazione e alla comunicazione negli Stati membri degli atti giudiziari ed extragiudiziali in materia civile o commerciale [G.U.C.E., L 160, 37]. Occorre pertanto continuare a migliorare la cooperazione tra le autorità giudiziarie degli Stati membri nel settore dell'assunzione delle prove ... Presupposto per l'efficienza dei procedimenti giudiziari in materia civile o commerciale è che la trasmissione e l'esecuzione della richiesta di esecuzione dell'assunzione delle prove avvenga in modo diretto e con il mezzo più rapido tra le autorità giudiziarie degli Stati membri ... Una richiesta di esecuzione dell'assunzione delle prove dovrebbe essere eseguita rapidamente. Tuttavia, nei casi in cui non sia possibile soddisfare la richiesta 90 giorni dopo la sua ricezione da parte dell'autorità giudiziaria richiesta, quest'ultima dovrebbe informarne l'autorità giudiziaria richiedente indicando i motivi che si oppongono a un'esecuzione rapida della richiesta ... Per garantire l'efficacia del presente regolamento, la facoltà di rifiutare l'esecuzione di una richiesta di esecuzione dell'assunzione delle prove dovrebbe essere limitata a ben definite situazioni eccezionali ...».

(8) Si veda sul punto CGUE 17 febbraio 2011, causa C-283/09, Wery ski, punto 62, laddove la Corte di Giustizia ha rammentato che «... in base al secondo, settimo, ottavo, decimo e undicesimo 'considerando' del regolamento n. 1206/2001, quest'ultimo ha come obiettivo il semplice, efficiente e rapido svolgimento delle assunzioni transfrontaliere delle prove. L'assunzione, da parte dell'autorità giudiziaria di uno Stato membro, delle prove in un altro Stato membro non deve generare un rallentamento dei procedimenti nazionali. Ciò è il motivo per cui è stata istituita, con il regolamento n. 1206/2001, una disciplina vincolante per tutti gli Stati membri - ad eccezione del Regno di Danimarca - al fine di rimuovere gli ostacoli che possono presentarsi in questo settore ...».

(9) Regolamento (CE) n. 1026/2001, cit. L'art. 12 prevede che «... 1. Ove compatibile con la legge dello Stato membro dell'au-
(segue)

nate condizioni, la presenza e la partecipazione di delegati dell'autorità giudiziaria richiedente. Ugualmente, in caso di assunzione diretta delle prove, sebbene sia consentito all'autorità giudiziaria richiedente di effettuare essa stessa un'audizione conformemente al proprio diritto nazionale, la procedura rimane comunque soggetta all'autorizzazione e alle condizioni imposte dall'organismo centrale o dall'autorità competente dello Stato membro richiesto nonché ad altre modalità previste nell'art. 17 del regolamento n. 1206/2001. Infine, l'interpretazione secondo cui il regolamento n. 1206/2001 non disciplina in modo esaustivo l'assunzione transfrontaliera delle prove, ma mira solamente a facilitarla, è corroborata dall'art. 21, par. 2, dello stesso (10). In tale contesto, quanto disposto dalla Corte di Giustizia al punto 23 della sentenza *St. Paul Dairy* (11) non può essere interpretato nel senso di imporre all'autorità giudiziaria di uno Stato membro, competente a conoscere della causa nel merito e che intenda sentire un testimone residente in un altro Stato membro, di procedere a tale audizione ai sensi delle norme previste dal regolamento n. 1206/2001. Infatti, nel contesto delle circostanze all'origine della suddetta sentenza, la domanda di audizione di testimoni a futura memoria, rivolta direttamente all'autorità giudiziaria dello Stato membro di residenza del testimone, la quale non era tuttavia competente a conoscere del merito della causa, poteva effettivamente essere utilizzata come uno strumento per aggirare le norme del regolamento n. 1206/2001, in quanto poteva privare l'autorità giudiziaria competente, cui tale domanda doveva essere rivolta, della possibilità di procedere all'audizione del testimone secondo le norme previste da detto regolamento. In conclusione, l'autorità giudiziaria competente di uno Stato membro ha la facoltà di citare dinanzi a sé, come testimone, una parte residente in un altro Stato membro e di sentirla conformemente al proprio diritto nazionale. Inoltre, rimane libera di trarre dalla mancata comparizione, non giustificata da un motivo legittimo, di una parte come testimone le eventuali conseguenze previste dal diritto del proprio Stato membro, purché siano applicate nell'osservanza del diritto dell'Unione.

La decisione

Per questi motivi, la Corte di Giustizia ha dichiarato che le disposizioni del Regolamento (CE) n. 1206/2001, in particolare l'art. 1 par. 1 del medesimo, devono essere interpretate nel senso che l'autorità giudiziaria competente di uno Stato membro che intenda sentire come testimone una parte residente in un altro Stato membro ha la facoltà, per procedere ad una siffatta audizione, di citare tale parte a comparire al suo cospetto e di sentirla conformemente al proprio diritto nazionale.

CONTRATTI DEI CONSUMATORI

COMPETENZA IN MATERIA DI CONTRATTI
CONCLUSI DAI CONSUMATORI A DISTANZA

Corte di Giustizia dell'Unione Europea, 6 settembre 2012,
causa C-190/11 - *Mühlleitner c. Yusufi e altri*

Il caso

In data 6 settembre 2012, la Corte di Giustizia dell'Unione europea si è pronunciata sull'interpretazione dell'art. 15, par. 1, lett. c), del regolamento (CE) n. 44/2001 del Consiglio, del 22 dicembre 2000, concernente la competenza giurisdizionale,

il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale (12) (d'ora in poi il "regolamento n. 44/2001"). La domanda di pronuncia pregiudiziale è stata sollevata nell'ambito di una controversia tra la sig.ra *Mühlleitner* (in prosieguo "la ricorrente"), residente in Austria, ed i sigg. *Yusufi* (in prosieguo "i convenuti"), i quali svolgono un'attività commerciale di vendita al dettaglio di automobili, per tramite dell'*Autohaus Yusufi GbR* (d'ora in poi "*Autohaus Yusufi*"), società semplice con sede in Amburgo. Nello specifico, la ricorrente ha effettuato la ricerca di un'autovettura di marca tedesca che intendeva acquistare per uso privato su un sito *internet* tedesco. La selezione, da un elenco di autovetture corrispondenti alle caratteristiche precisate, di quella che meglio combaciava con i criteri di ricerca specificati ha reindirizzato la ricorrente verso un'offerta dei convenuti. Dopo aver avuto contatti a distanza con gli stessi per telefono e per posta elettronica al fine di ottenere informazioni più dettagliate in relazione al veicolo proposto sulla piattaforma di ricerca, la ricorrente si è recata in Germania per sottoscrivere il contratto di vendita del veicolo in questione. Ritornata in Austria, ha scoperto che il veicolo acquistato era viziato da alcuni difetti sostanziali e ha chiesto, pertanto, ai convenuti di provvedere alla loro riparazione. In seguito al loro rifiuto, la ricorrente ha adito il giudice del luogo di propria residenza, con

Note:

(continua nota 9)

torità giudiziaria richiedente, i delegati di detta autorità hanno facoltà di assistere all'esecuzione dell'assunzione delle prove da parte dell'autorità giudiziaria richiesta. 2. Ai fini del presente articolo, il termine "delegato" comprende i magistrati designati dall'autorità giudiziaria richiedente in conformità della legge del suo Stato membro. L'autorità giudiziaria richiedente può inoltre designare, in conformità della legge del proprio Stato membro, altre persone, quali, ad esempio, periti. (...) 4. Se viene chiesta la partecipazione dei delegati dell'autorità giudiziaria richiedente all'esecuzione dell'assunzione delle prove, l'autorità giudiziaria richiesta determina, a norma dell'articolo 10, le condizioni alle quali essi possono partecipare ...».

(10) Regolamento (CE) n. 1026/2001, cit. L'art. 21, paragrafo 2, prevede che «... Il presente regolamento non osta a che gli Stati membri mantengano o concludano accordi o intese tra due o più Stati membri intesi a facilitare l'assunzione delle prove, sempre che siano compatibili con le sue disposizioni ...».

(11) Si veda CGCE, *St. Paul Dairy*, cit., punto 23, laddove la Corte di Giustizia ha disposto che «... una domanda di audizione di un teste in circostanze come quelle della causa principale potrebbe essere utilizzata come un mezzo per sfuggire alle norme che disciplinano, con le stesse garanzie e con gli stessi effetti per tutti i singoli, la trasmissione e la trattazione delle domande formulate da un organo giurisdizionale di uno Stato membro e dirette ad ottenere il compimento di atto istruttorio in un altro Stato membro ...».

(12) Regolamento (CE) n. 44/2001 del Consiglio, del 22 dicembre 2000, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, in *GUCE* L 12 del 16 gennaio 2001. L'art. 15, par. 1, lett. c), prevede che «... Salve le disposizioni dell'articolo 4 e dell'articolo 5, punto 5, la competenza in materia di contratti conclusi da una persona, il consumatore, per un uso che possa essere considerato estraneo alla sua attività professionale è regolata dalla presente sezione: (...) c) (...) qualora il contratto sia stato concluso con una persona le cui attività commerciali o professionali si svolgono nello Stato membro in cui è domiciliato il consumatore o sono dirette, con qualsiasi mezzo, verso tale Stato membro o verso una pluralità di Stati che comprende tale Stato membro, purché il contratto rientri nell'ambito di dette attività ...».

una domanda di risoluzione per vizi occulti del contratto di vendita, di rimborso del prezzo di vendita nonché di risarcimento dei danni subiti. La stessa ha asserito che il contratto era stato concluso quale "consumatrice" con un'impresa che aveva diretto la sua attività commerciale o professionale verso l'Austria; questa fattispecie sarebbe ricompresa nell'art. 15, par. 1, lett. c), del regolamento n. 44/2001. Di contro, i convenuti hanno contestato lo status di "consumatrice" della ricorrente, la competenza giurisdizionale internazionale dei giudici austriaci e di aver diretto la propria attività verso l'Austria, sostenendo invece che il luogo di conclusione del contratto di vendita era la Germania, presso la sede della loro impresa. Tutto ciò comportava che i giudici tedeschi dovevano conoscere della controversia. Il giudice di primo grado ha respinto il ricorso dichiarandosi incompetente.

Pur non contestando lo status di "consumatrice" della ricorrente, il giudice ha riconosciuto che la possibilità di consultare il sito *internet* dell'*Autohaus Yusufi* in Austria non era sufficiente a fondare la competenza dei giudici austriaci, che il contatto telefonico della ricorrente era all'origine della conclusione del contratto e che non risultava che i convenuti avevano diretto la loro attività verso l'Austria.

Il giudice dell'appello ha confermato la decisione di primo grado aggiungendo che, in forza di quanto congiuntamente dichiarato dal Consiglio e dalla Commissione in relazione agli artt. 15 e 73 del regolamento n. 44/2001, a margine dell'adozione del medesimo (13), il sito *internet* dei convenuti presentava le caratteristiche di un sito c.d. "passivo" e che, inoltre, il contratto non era stato concluso a distanza. In seguito, il giudice del rinvio, presso cui la ricorrente ha proposto ricorso per cassazione, ha deciso di sospendere il procedimento in attesa della pronuncia della Corte di Giustizia nelle cause *Pammer e Hotel Alpenhof* (14). Infatti, tale sentenza, nel fornire precisazioni in merito alla nozione di "attività diretta verso lo Stato in cui è domiciliato il consumatore", ha avvalorato la convinzione del giudice del rinvio secondo cui i convenuti avevano diretto le loro attività commerciali verso l'Austria. Nonostante ciò, quest'ultimo ha chiesto alla Corte di Giustizia se, visto quanto statuito dalla stessa ai punti 86 e 87 della sentenza *Pammer e Hotel Alpenhof* (15), l'applicazione dell'articolo 15, paragrafo 1, lettera c), del regolamento n. 44/2001, presupponga che il contratto tra consumatore e imprenditore sia stato concluso a distanza.

Le questioni

La Corte di Giustizia ha risposto al quesito pregiudiziale alla luce di una serie di considerazioni preliminari quali il carattere derogatorio - sia rispetto alla regola generale di competenza giurisdizionale di cui all'art. 2, par. 1, che a quella di competenza giurisdizionale speciale in materia di contratti di cui all'articolo 5, punto 1 - dell'art. 15, par. 1, lett. c), del regolamento n. 44/2001 (16), l'interpretazione restrittiva ed autonoma che ne deve essere data (17) ed, infine, la funzione di tutela del consumatore quale parte più debole del contratto che tale disposizione assolve (18), anche se ciò non implica che tale tutela sia assoluta. Detto ciò, la Corte di Giustizia ha posto l'accento sul fatto che l'art. 15, par. 1, lett. c), del regolamento n. 44/2001, non condiziona espressamente la sua applicazione alla circostanza che i contratti ricompresi nella sua sfera di applicazione siano stati conclusi a distanza; piuttosto, dal tenore letterale di tale disposizione, risulta che essa si applica qualora due condizioni specifiche siano soddisfatte, cioè, in primo luogo, che il commerciante eserciti la propria attività commerciale o professionale nello Stato membro di residenza del consumatore ovvero che, con qual-

siasi mezzo, egli diriga dette attività verso tale Stato membro o verso una pluralità di Stati che comprende il medesimo Stato membro e, in secondo luogo, che il contratto controverso rientri nell'ambito di detta attività. Altre condizioni specifiche, quale quella a suo tempo prevista dall'articolo 13 della Convenzione di Bruxelles (19) - che l'art. 15 del regolamento n.

Note:

(13) La dichiarazione congiunta del Consiglio e della Commissione in relazione agli articoli 15 e 73 del regolamento n. 44/2001 fatti a margine dell'adozione del medesimo regolamento pone il principio secondo cui un sito *Internet* puramente «passivo» non è sufficiente per ritenere che un'attività sia diretta verso lo Stato del consumatore.

(14) CGUE 7 dicembre 2010, cause riunite C-585/08 e C-144/09, *Pammer e Hotel Alpenhof*.

(15) CGUE, *Pammer e Hotel Alpenhof*, cit., punti 86 e 87, laddove la Corte di Giustizia, in risposta all'argomentazione della società *Hotel Alpenhof* secondo cui il contratto con il consumatore era stato concluso in loco e non a distanza, considerato che la consegna delle chiavi della stanza ed il pagamento erano stati effettuati sul posto e che, pertanto, non poteva trovare applicazione l'art. 15, paragrafo 1, lett. c), del regolamento n. 44/2001, ha chiarito che «... la circostanza che le chiavi siano state consegnate al consumatore e che il pagamento sia stato effettuato da quest'ultimo nello Stato membro sul territorio del quale il commerciante è stabilito non osta all'applicazione di tale disposizione, qualora la prenotazione e la relativa conferma abbiano avuto luogo a distanza, in modo tale che il consumatore abbia assunto gli obblighi contrattuali a distanza ...».

(16) Si veda CGUE, *Pammer e Hotel Alpenhof*, cit., punto 53, dove la Corte di Giustizia ha ricordato che «... Il menzionato art. 15, n. 1, lett. c), costituisce una deroga tanto alla regola generale di competenza giurisdizionale sancita dall'art. 2, n. 1, del regolamento n. 44/2001, che attribuisce la competenza ai giudici dello Stato membro sul territorio del quale il convenuto è domiciliato, quanto alla regola di competenza giurisdizionale speciale in materia di contratti, dettata dall'art. 5, punto 1, del regolamento medesimo, secondo cui il giudice competente è quello del luogo in cui è stata o deve essere eseguita l'obbligazione dedotta in giudizio ...».

(17) Si veda CGUE, *Pammer e Hotel Alpenhof*, cit., punto 55. In merito la Corte di Giustizia ha rimarcato che «... Il regolamento n. 44/2001 non contiene alcuna definizione della nozione di attività «diretta verso» lo Stato membro sul territorio del quale il consumatore è domiciliato, contenuta nel suo art. 15, n. 1, lett. c). Tale nozione, al pari di quelle contenute nell'art. 13 della Convenzione di Bruxelles, sostituito da detto art. 15, dev'essere interpretata in maniera autonoma, facendo principalmente riferimento al sistema e alle finalità del regolamento medesimo, al fine di garantirne la piena efficacia ...».

(18) Si veda CGCE 14 maggio 2009, causa C-180/06, *Ilseger*, punto 41. La Corte di Giustizia ha rilevato che «... nella misura in cui il regolamento n. 44/2001 ha ormai sostituito la convenzione di Bruxelles nei rapporti tra gli Stati membri, fatta eccezione per il Regno di Danimarca, l'interpretazione fornita dalla Corte in riferimento a tale convenzione vale anche per il regolamento di cui sopra, qualora le disposizioni dell'uno e dell'altra possano essere qualificate come equivalenti. Occorre aggiungere che, nel sistema istituito dal detto regolamento, l'art. 15, n. 1, lett. c), di quest'ultimo occupa, come risulta dal suo tredicesimo 'considerando', il medesimo posto e assolve la medesima funzione di tutela della parte più debole che l'art. 13, primo comma, punto 3, della convenzione di Bruxelles ...».

(19) Convenzione di Bruxelles del 1968 concernente la competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, *GUCE* L 299 del 31 dicembre 1972. L'art. 13, (segue)

44/2001 ha sostituito - secondo cui il consumatore doveva aver compiuto nel proprio Stato gli atti necessari per la conclusione del contratto, non possono essere richieste (20). La ragione di ciò si fonda sull'assunto che il testo dell'art. 13 della Convenzione di Bruxelles non coincide integralmente con quello corrispondente del regolamento n. 44/2001 (21). Se ne deduce che il legislatore dell'UE ha deciso di sostituire i requisiti, da un lato, riguardanti il commerciante, e, dall'altro, il consumatore, di cui all'art. 13 comma 1 punto 3, della Convenzione di Bruxelles, con requisiti riguardanti unicamente il commerciante (22). È opportuno osservare che l'inserimento di un requisito legato alla conclusione a distanza dei contratti stipulati con i consumatori, in forza dell'interpretazione teleologica dell'art. 15, par. 1, lett. c), del regolamento n. 44/2001, sarebbe ugualmente in conflitto con l'obiettivo perseguito da tale disposizione (i.e. la tutela dei consumatori in quanto parti deboli del contratto), nella sua formulazione meno restrittiva. Per concludere, la Corte di Giustizia ha chiarito che la portata di quanto dalla stessa statuito ai punti 86 e 87 della sentenza *Pammer e Hotel Alpenhof* non può essere estesa oltre le specifiche circostanze di tale controversia. La conseguenza di ciò è che l'unico requisito essenziale cui è subordinata l'applicazione dell'art. 15, par. 1, lett. c), del regolamento n. 44/2001, è quello legato all'attività commerciale o professionale diretta verso lo Stato di residenza del consumatore. Nel valutare la sussistenza di tale requisito, l'avvio di contatti a distanza, la prenotazione di un bene o servizio a distanza oppure la conclusione a distanza di un contratto stipulato con un consumatore possono solo essere considerati come indizi di riconducibilità del contratto ad un'attività del genere.

Le decisioni

Per questi motivi, la Corte di Giustizia ha dichiarato che l'art. 15 par. 1 lett. c del regolamento (CE) n. 44/2001 dev'essere interpretato nel senso che non richiede che il contratto tra il consumatore ed il professionista sia stato concluso a distanza.

Note:

(continua nota 19)

primo comma, punto 3, come modificata dalle successive convenzioni relative all'adesione dei nuovi Stati membri a tale convenzione, così recita: «... *In materia di contratti conclusi da una persona per un uso che possa essere considerato estraneo alla sua attività professionale, in appresso denominata "consumatore", la competenza è regolata dalla presente sezione, salve le disposizioni dell'articolo 4 e dell'articolo 5, punto 5. (...) 3) qualora si tratti di un altro contratto che abbia per oggetto una fornitura di servizio o di beni mobili materiali se: a) la conclusione del contratto è stata preceduta da una proposta specifica o da una pubblicità nello Stato in cui il consumatore ha il proprio domicilio e se b) il consumatore ha compiuto in tale Stato gli atti necessari per la conclusione del contratto ...».*

(20) A tal proposito, si deve rilevare che, nell'esposizione dei motivi della proposta di regolamento (CE) del Consiglio concernente la competenza giurisdizionale nonché il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, presentata dalla Commissione a Bruxelles, il 14 luglio 1999 [COM(1999) 348 def.], tale istituzione considerava che «l'eliminazione della condizione contenuta nell'ex art. 13 [della Convenzione di Bruxelles], secondo cui il consumatore doveva aver compiuto nel proprio Stato gli atti necessari per la conclusione del contratto, implica che l'art. 15, primo comma, punto 3 [diventato art. 15, paragrafo 1, lettera c), del regolamento Bruxelles I], si applica anche ai contratti conclusi in uno Stato membro diverso da quello del consumatore».

(21) Si veda CGUE, *Pammer e Hotel Alpenhof*, cit., punto 59, laddove la Corte di Giustizia ha rilevato che «... il testo dell'art. 15, n. 1, del regolamento n. 44/2001 non coincide integralmente con quello dell'art. 13, primo comma, della Convenzione di Bruxelles. In particolare, al punto 50 della menzionata sentenza, la Corte ha dichiarato che gli specifici presupposti di applicazione che tali contratti devono soddisfare risultano attualmente formulati in termini più generali rispetto al passato, affinché sia assicurata una migliore tutela dei consumatori in considerazione dei nuovi mezzi di comunicazione e dello sviluppo del commercio elettronico ...».

(22) Al riguardo, non è irrilevante il fatto che, nella relazione del 18 settembre 2000 della commissione giuridica e del mercato interno del Parlamento europeo sulla proposta del futuro regolamento n. 44/2001 (documento definitivo A5-0253/2000, emendamento 23 e motivazione), sia fatta menzione del dibattito relativo all'opportunità di aggiungere il requisito secondo cui i contratti stipulati con i consumatori devono essere stati conclusi a distanza nonché gli argomenti che hanno, invece, condotto infine a non adottare tale emendamento. Inoltre, la nuova formulazione, meno restrittiva, del precedente art. 13 della Convenzione di Bruxelles si riflette del pari in accordi paralleli alla Convenzione di Bruxelles ed al regolamento n. 44/2001, segnatamente nell'art. 15, paragrafo 1, lettera c), della convenzione allegata alla decisione 2007/712/CE del Consiglio, del 15 ottobre 2007, relativa alla firma, a nome della Comunità, della convenzione concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale.

Mediazione civile e commerciale

Esecuzione della prestazione del mediatore e *intuitus personae*

di **Dario Farace**

Il saggio analizza la rilevanza dell'elemento personale nei contratti, con uno specifico riferimento al contratto che lega organismo e mediatore in base alla nuova disciplina della «mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali». Una particolare considerazione dell'elemento personale rileva in molti contratti, ma non sempre nella stessa maniera e con la stessa intensità. Il contratto stipulato tra organismo e mediatore, che sembra riconducibile allo schema del contratto d'opera intellettuale, parrebbe caratterizzarsi per un particolare rilievo della persona del mediatore nell'esecuzione della prestazione. Questo rilievo parrebbe dovuto in special modo alla fiducia che deve intercorrere non solo tra mediatore e organismo, ma anche tra mediatore e parti. Da ciò discende l'inquadramento tra i contratti d'opera intellettuale in cui la collaborazione di altri soggetti sia incompatibile con l'oggetto della prestazione (art. 2232 c.c.), e una disciplina particolare, che il saggio approfondisce sotto il profilo dell'*intuitus personae*.

«Il mediatore designato esegue personalmente la sua prestazione» (*)

La recente riforma dettata in tema di mediazione e conciliazione delle controversie civili e commerciali (1), ed in particolare l'art. 14 d.m. 18 ottobre 2010, n. 180 (*Registro degli organismi di mediazione e elenco dei formatori per la mediazione*), suscita alcune notazioni a margine di un tema classico: la rilevanza della persona nei contratti.

L'art. 14 si compone di un unico comma: il mediatore designato esegue personalmente la sua prestazione. È appena il caso di soffermarsi sull'importanza che riveste tale disposizione: un indizio pare si possa cogliere già nella rubrica dell'articolo, *Natura della prestazione*; e alla prestazione del mediatore non sono dedicate altre disposizioni. Di più, all'interno del Capo III (*Servizio di mediazione e prestazione del mediatore*), nel quale si trova l'art. 14, questa è l'unica disposizione che si riferisca specificamente agli obblighi che incombono sul mediatore, essendo le altre dedicate agli obblighi gravanti sull'organismo di mediazione. Questi dati non sembrano privi di significato: se il decreto n. 180 del 2010 ha ritenuto di porre in tale risalto la personalità della prestazione, parrebbe difficile dubitare del particolare valore ad essa riconnesso (ed è noto che *si vis intelligere nigra, lege rubra*). Infine, è persino banale ricordare che la mediazione e conciliazione delle controversie civili e commerciali non è un istituto di rilevanza marginale, e le norme ad esso relative

non sono affatto di sporadica applicazione. Nonostante la natura regolamentare della norma, si può comunque verificare se gli spunti ermeneutici da essa offerti debbano essere necessariamente circoscritti alla disciplina di mediazione e conciliazione, o possano anche essere occasione per una riflessione di carattere più generale.

Note:

(*) *N.d.R.*: Il presente contributo è stato sottoposto, in forma anonima, al vaglio del Comitato di Valutazione.

(1) In argomento si è già formata una ricca letteratura. V. per tutti C. Besso (a cura di), *La mediazione civile e commerciale*, Torino, 2010; U. Carnevali, *La nuova mediazione civile*, in questa *Rivista*, 2010, 437 ss.; L. Dittrich, *Il procedimento di mediazione nel d.lgs. n. 28 del 4 marzo 2010*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, 575 ss.; C. Vaccà-M. Martello, *La mediazione delle controversie. D.Lgs. 4 marzo 2010, n. 28 e D.M. 18 ottobre 2010, n. 180*, Milano, 2010; E. Zucconi Galli Fonseca, *La nuova mediazione nella prospettiva europea: note a prima lettura*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2010, 653 ss.; G. Arieta, *La domanda di mediazione e le regole di instaurazione del procedimento*, in *Corr. giur.*, 2011, 565 ss.; M. Bove (a cura di), *La mediazione per la composizione delle controversie civili e commerciali*, Padova, 2011; V. Cuffaro, *Spontaneità della conciliazione e obbligatorietà della mediazione*, in *Corr. merito*, 2011, 5 ss.; F. Cuomo Ulloa, *La mediazione nel processo civile riformato*, Bologna, 2011; R. Tiscini, *La mediazione civile e commerciale. Composizione della lite e processo nel d.lgs. n. 28/2010 e nei d.m. nn. 180/2010 e 145/2011*, Torino, 2011; B. Sassani-F. Santagada (a cura di), *Mediazione e conciliazione nel nuovo processo civile. Commento organico al d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28, 2ª ed.*, Roma, 2011; M. Bove, *Le sanzioni per la mancata cooperazione in mediazione*, in *Società*, 2012, 303 ss.; A. Castagnola-F. Delfini (a cura di), *La mediazione nelle controversie civili e commerciali. Commentario al decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28 e al decreto ministeriale 18 ottobre 2010, n. 180, 2ª ed.*, Padova, 2012.

L'intuitus personae nei contratti

Si distinguono solitamente i contratti c.d. impersonali dai contratti stipulati *intuitu personae*: nei primi, la concreta persona del contraente è giuridicamente indifferente. Per i secondi, la persona del contraente è un elemento che acquista una rilevanza particolare, nel senso che uno dei contraenti sceglie come controparte una determinata persona, in ragione delle sue caratteristiche, delle sue attitudini a svolgere la prestazione dovuta, e così via. L'*intuitus personae* non è stato definito, né disciplinato dal legislatore. È noto che la categoria dei contratti stipulati *intuitu personae* è stata sottoposta negli ultimi decenni a forti ripensamenti critici: ne sono stati messi in dubbio tanto l'autonomia scientifica (2), quanto il contenuto e le applicazioni (3). In origine il concetto di *intuitus personae* si presenta come coincidente con quello di *fiducia*, tanto che «i due termini si ritrovano usati come sinonimi» (4). Il legislatore ha espressamente menzionato i contratti privi di «carattere personale», ad esempio all'art. 2558 c.c. (che prevede il subentro dell'acquirente di un'azienda all'alienante nei contratti stipulati per l'esercizio dell'azienda stessa che non abbiano carattere personale).

La dottrina ha cercato di definire in generale l'*intuitus personae* (5) e di chiarire le caratteristiche principali dei contratti stipulati *intuitu personae* (6), distinti dai contratti impersonali. L'interprete prende subito atto di una certa promiscuità terminologica, tanto da far dire che «l'*intuitus personae* spesso è solo una formula lessicale per alludere al rilievo, da accertare, della persona del contraente» (7). Tale rilievo

Note:

(2) Secondo C. Smuraglia, *La persona del prestatore nel rapporto di lavoro*, Milano, 1967, 15 s., «l'unico dato veramente caratteristico e costante dell'*intuitus* è la particolare considerazione che uno dei contraenti abbia fatto della persona (o di alcune qualità fondamentali) dell'altro. Questa considerazione deve essere stata tale da aver determinato la parte a contrarre, sì che possa dirsi che se essa fosse mancata, il contratto non sarebbe stato stipulato, almeno con quella particolare persona. Ma occorre avvertire che questo non significa, a nostro avviso, che la considerazione della persona entra nella causa del contratto (...) Non diremmo neppure che la considerazione della persona venga ad integrare la causa, la quale non può che essere quella tipica di quel particolare negozio; né ci sembra che l'elemento dell'*intuitus*, così qualificato, possa bastare per far uscire il contratto dal tipo, dando vita ad un rapporto d'altro genere, eventualmente atipico. Ragionevolmente, può dirsi soltanto che in queste ipotesi, il movente personale influisce in modo caratteristico sulla struttura di quel particolare negozio, presentandosi come essenziale per la determinazione del consenso ed attribuendo un colore particolare alla causa stessa». Scrive A. Cataudella, *op. cit.*, 197: «può dirsi che l'*intuitus personae* concorre alla caratterizzazione del tipo sul piano sociale. Non però sul piano legale», che «è delineato in modo tale da abbracciare anche fattispecie non

caratterizzate dall'*intuitus personae*». Pertanto «L'individuazione, accanto alle regole dettate con riferimento al tipo legale nella sua estensione più ampia, di norme che suppongono una fattispecie più complessa rispetto a quella tipica, giustifica la configurazione, nell'ambito del tipo legale, di un sottotipo caratterizzato, appunto, dalla presenza dell'*intuitus personae*. Sottotipo che trova concreto riscontro ogniqualvolta la fattispecie presenti i caratteri fondamentali del tipo, senza che vi sia una precisa presa di posizione delle parti che escluda la presenza dell'*intuitus personae*: e ciò proprio perché la considerazione determinante della persona è propria del tipo sociale, presentandosi come una sua nota formale».

V. altresì A. Galasso, *La rilevanza della persona nei rapporti privati*, Napoli, 1974, 21: «Si tratta, cioè, non di attribuire o negare dignità "dogmatica" ad una categoria giuridica che, quanto più appare sfuggente, tanto più sembra ricorrere nelle argomentazioni degli studiosi e nelle motivazioni dei giudici, bensì di accertare la sua effettiva incidenza nel regime dei rapporti privati. Sicché dalla verifica dell'ipotesi prospettata in apertura affiorerà un quadro forse insospettato e sicuramente eterogeneo di situazioni e di regole connesse all'*intuitus personae*».

(3) Cfr. A. Dalmartello-G.B. Portale, voce *Deposito (Diritto vigente)*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, 254: «La verità sta, forse, nel rilievo che il carattere di fiducia non può essere considerato come un connotato rigido ed indiscriminato, in quanto esso è suscettibile di gradazione a seconda della maggiore o minore delicatezza dei compiti affidati all'obbligato».

(4) Cfr. A. Galasso, *op. cit.*, 8.

(5) «*Intuitus personae* sta a significare, letteralmente, "contemplazione, considerazione della persona". S'intende, però, che una qualche considerazione della persona della controparte non può, al limite, mancare quasi mai. La contemplazione della persona e delle sue qualità, per assumere rilievo giuridico proprio, deve - adunque - essere particolarmente penetrante»: così A. Cataudella, *Intuitus personae e tipo negoziale*, 1972, ora in *Id.*, *Scritti giuridici*, Padova, 1991, 173. V. pure E. Simonetto, *L'«intuitus personae» e il trasferimento delle azioni e delle quote delle società cooperative con l'«autorizzazione» di cui all'art. 2523*, in *Studi in onore di G. Scaduto*, III, *Diritto civile e diritto romano*, Padova, 1970, 225-226: «La chiave per aprire la porta a considerazioni conclusive è certamente costituita dalla individuazione dell'esatto significato dell'*intuitus personae* consiste nella considerazione della persona o meglio di determinate sue qualità oggettive o soggettive a seconda del tipo di società e del tipo di partecipazione sociale». F. Messineo, *Il contratto in genere*, in *Tratt. dir. civ. comm. Cicu-Messineo*, XXI, 1, rist. em., Milano, 1973, 794-795; C. Trentini, *Cessione d'azienda e trasferibilità della fideiussione*, in questa *Rivista*, 2002, 270-272. Scrive V. Roppo, *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Ludica-Zatti, 2ª ed., Milano, 2011, 741: «La legge e gli interpreti identificano una serie di contratti, accomunati sotto la denominazione di contratti "personali" o *intuitu personae*, che per certe loro caratteristiche pongono esigenze di tutela di determinati interessi, normalmente soddisfatte con una previsione di intransmissibilità del rapporto contrattuale. Ma caratteristiche ed esigenze possono essere diverse; e diverse le corrispondenti discipline».

(6) Per tutti, cfr. F. Messineo, *op. loc. ult. cit.*

(7) Così A. Gentili, *Le invalidità*, in E. Gabrielli (a cura di), *I contratti in generale*, in *Trattato contratti*, a cura di Rescigno-Gabrielli, 2ª ed., Torino, 2006, 2, 1607. L'A. prosegue affermando: «Il criterio oggettivo di accertarlo facendo riferimento a tipologie negoziali nelle quali la persona del contraente assumerebbe sempre essenziale importanza è oggi per lo più superato in favore di un criterio soggettivo, secondo il quale l'essenzialità della persona e delle sue qualità per il consenso deve essere accertata in riferimento agli interessi dedotti nel contratto considerato. Ma si fa notare che in quelle tipologie legali in cui la rilevanza della persona è sicura, chi chiede l'annullamento è dispensato dalla prova del rilievo determinante dell'errore».

vo, molto schematicamente, si può fondare su una base soggettiva o su una base oggettiva. Nel primo caso, la rilevanza della persona è legata ad una caratteristica soggettiva, relativa alla parte (o alle parti) del contratto (8), che si vuole stipulare con Tizio, e non con altri. Nel secondo caso, la rilevanza della persona si basa su una caratteristica oggettiva, legata all'oggetto del contratto (9) (per cui si protegge l'interesse a far eseguire solo dal debitore, e non da altri, la prestazione dovuta).

La particolare rilevanza della persona può essere prevista dall'ordinamento o disposta dai privati (10).

Tradizionalmente si comprendono, tra le conseguenze sulla disciplina: l'essenzialità dell'errore nella persona dell'altro contraente; l'affidamento nella (o, con più forza, la pretesa alla) personale esecuzione dell'impegno negoziale, cui si collega il diritto di rifiutare la prestazione che sia opera di persona diversa dal contraente; l'intrasmissibilità *inter vivos* o anche *mortis causa* del contratto; il diritto di recesso dal contratto spettante all'erede o all'altro contraente. È appena il caso di avvertire che non si ha alcun "decalogo" dei contratti stipulati *intuitu personae*: descrivere concretamente confini e lineamenti fondamentali della categoria coinvolge la sensibilità del singolo interprete, e molte fattispecie legislative presentano in ogni caso caratteristiche peculiari insuscettibili di generalizzazione. Non a caso, gli stessi caratteri essenziali dell'*intuitus personae* sono stati posti in discussione, per tacere delle difficoltà emerse nel cercare di individuare quali contratti, materialmente, potessero essere definiti *intuitu personae* e quali no, e quale ruolo possa avere l'autonomia privata nell'escludere o ridurre la rilevanza dell'elemento personale.

Oltre alla tradizionale divisione tra contratti personali e impersonali, è stata sostenuta (11) l'opportunità di una tripartizione tra contratti di fiducia, contratti personali e contratti impersonali: nei primi, oltre ad una particolare considerazione della persona e delle sue qualità, vi sarebbe anche un elemento fiduciario, talmente forte che il contraente è indotto a stipulare il contratto proprio con quella controparte, e non con soggetti diversi. Nei secondi, la

gibile per antonomasia»; P. Gallo, *Formazione del consenso*, in A. Palazzo (a cura di), *I contratti di donazione*, in *Trattato dei contratti*, a cura di Rescigno-Gabrielli, Torino, 2009, 23-24: «In materia di donazione l'*intuitus personae* assume per ovvi motivi una rilevanza ancora maggiore che in materia di contratti a titolo oneroso»; Cass., Sez. II, 28 novembre 2001, n. 15121, in *Pluris*: «La donazione ha carattere strettamente personale, è atto *intuitu personae*». Con particolare riferimento alla donazione con patto di reversibilità, cfr. A. Palazzo, *Le donazioni*, in *Comm. c.c. Schlesinger*, Artt. 769-809, Milano, 1991, 20.

(9) A mero titolo di esempio, si pensi ai contratti di rappresentazione e di esecuzione artistica: cfr. per tutti V.M. de Sanctis-Mar. Fabiani, *I Contratti di Diritto di Autore*, in *Tratt. dir. civ. comm. Cicu-Messineo*, 2ª ed., Milano, 2007, 186; G. Magri, voce *Scritture teatrali*, in *Dig. disc. civ.*, agg. 5, Torino, 2010, 900: «il contratto che lega il teatro al cantante è basato sull'*intuitus personae* e sull'affidamento che l'Ente riveste nelle doti artistiche dell'esecutore».

(10) Cfr. ancora A. Gentili, *op. cit.*, 1607-1608: il criterio oggettivo di accertare il rilievo della persona del contraente «facendo riferimento a tipologie negoziali nelle quali la persona del contraente assumerebbe sempre essenziale importanza è oggi per lo più superato in favore di un criterio soggettivo, secondo il quale l'essenzialità della persona e delle sue qualità per il consenso deve essere accertata in riferimento agli interessi dedotti nel contratto considerato. Ma si fa notare che in quelle tipologie legali in cui la rilevanza della persona è sicura, chi chiede l'annullamento è dispensato dalla prova del rilievo determinante dell'errore».

(11) Cfr. G.G. Auletta, *Azienda. Opere dell'ingegno e invenzioni industriali. Concorrenza*, in G.G. Auletta-R. Franceschelli-D. Rende, *Libro quinto. Del lavoro*, Art. 2555-2642, in *Comm. c.c. Scialoja-Branca*, XXXII, Bologna-Roma, 1947, 56, che però usa una terminologia diversa: «Si ha contratto con carattere personale quando l'altro contraente ha concluso il contratto per le qualità personali o per la posizione dell'alienante, sicché la persona dell'alienante è stata considerata in senso assoluto come presupposto della volontà di costituzione del rapporto; in altri casi, viceversa, le qualità e la posizione dell'alienante vengono prese in considerazione solo in senso relativo per la costituzione del rapporto, poiché lo stesso si sarebbe stretto con qualunque altro contraente, che avesse avuto le qualità dell'alienante». Come si vede, nel linguaggio della dottrina la prima categoria è stata poi designata con il nome di contratti *intuitu personae*, mentre la seconda è stata chiamata con il nome di contratti personali o a rilevanza personale: cfr. per tutti A. Luminoso, *Mandato, commissione, spedizione*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, XXXII, Milano, 1984, 181; F. Galgano, *Trattato di diritto civile*. II, *Le obbligazioni in generale, il contratto in generale, i singoli contratti*, 2ª ed. accr., Padova, 2010, 352, nt. 70: «Dal contratto "personale" va tenuto distinto, sebbene venga spesso confuso con esso, il contratto *intuitu personae*, i caratteri del quale pongono un ulteriore limite alla circolazione del contratto. Si è in presenza di un contratto di tal genere quando l'identità o le qualità personali di uno dei contraenti sono determinanti del consenso dell'altro o degli altri contraenti: non l'alternativa se concludere o non concludere il contratto viene qui in considerazione, bensì l'alternativa se concluderlo con quella data persona oppure con un'altra»; M. Franzoni, *Fiducia, simulazione, contratto indiretto*, in *Diritto civile Lipari-Rescigno, Obbligazioni, Il contratto in generale*, III, 2, Milano, 2009, 832: «Il contratto fiduciario indica diverse ipotesi: a) quella che vede la conclusione di un contratto in ragione della qualità personale di uno dei contraenti, i c.d. contratti *intuitu personae*, come la scelta del fideiussore, oppure i c.d. contratti personali, nei quali la rilevanza della persona del contraente diviene determinante nel momento della esecuzione del contratto, come il contratto d'opera con il medico curante; b) (...)»; G.U. Tedeschi, *L'azienda*, in *Tratt. dir. priv. Rescigno*, XVI, *Impresa e lavoro*, 2.4, 2ª ed., Torino, 2012, 96: «I contratti a carattere personale cui allude l'art. 2558, 1° comma, costituiscono una categoria più ristretta di quella, peraltro non precisamente delimitabile, dei contratti caratterizzati dall'*intuitus personae*».

Note:

(8) Come esempio si può portare il caso della donazione: per tutti G. Bonilini, *I vincoli preliminari alla donazione*, in *Trattato di diritto delle successioni e delle donazioni*, diretto da G. Bonilini, VI. *Le donazioni*, Milano, 2009, 636: «La donazione è, per eccellenza, alienazione *intuitu personae*, determinata esclusivamente dall'identità e da qualche qualità del donatario, come tale infun-

considerazione della persona, e delle sue qualità, sarebbe presente ma meno intensa rispetto alla categoria precedente, per cui il contraente potrebbe comunque stipulare con un soggetto avente le medesime qualità della controparte. Nei contratti impersonali, infine, non rilevarebbe affatto la considerazione della persona.

Un dato emerge con sicurezza: una particolare considerazione dell'elemento personale rileva in molti contratti, ma non sempre nella stessa maniera e con la stessa intensità. Tale intensità deve essere accertata dall'interprete, e può dipendere dalla valutazione compiuta in generale dall'ordinamento, o in casi specifici dalla volontà delle parti.

Prestazione d'opera intellettuale e *intuitus personae*

Muoviamo ora dal rapporto che intercorre tra il mediatore e l'organismo di appartenenza. Ogni mediatore si obbliga, nei confronti dell'organismo di appartenenza, a svolgere una prestazione d'opera intellettuale (12). Il mediatore designato opera quindi come un ausiliario dell'organismo (13), ad esso legato da un contratto ascrivibile alla figura del contratto d'opera intellettuale. Tanto la dottrina, quanto la giurisprudenza, riconoscono la rilevanza che acquista la persona del prestatore d'opera intellettuale (14). Non è indifferente, per il creditore della prestazione, la persona del debitore che la esegue.

Che nel contratto d'opera intellettuale la persona del prestatore acquisti una particolare rilevanza, non è revocato in dubbio. L'interprete ricava inequivocabilmente questo dato dalla lettura, tra gli altri, dell'art. 2232 c.c., a tenore del quale il professionista intellettuale «deve eseguire personalmente» l'incarico assunto, ma può valersi di sostituti e ausiliari se tali forme di collaborazione sono consentite «dal contratto o dagli usi» e non sono incompatibili con l'oggetto della prestazione, e comunque «sotto la sua direzione e responsabilità». Riecheggiava l'art. 2232 c.c. anche l'art. 14 d.m. 23 luglio 2004, n. 222 (che disponeva «Il conciliatore designato deve eseguire personalmente la sua prestazione; della sua opera risponde anche l'ente o l'organismo di appartenenza»), il cui confronto con l'art. 14 d.m. n. 180 del 2010 appare particolarmente significativo.

Nell'art. 14 d.m. n. 180 del 2010, differentemente dall'art. 14 d.m. n. 222 del 2004, si legge «esegue» invece di «deve eseguire»: se dunque in generale il contratto d'opera intellettuale è caratterizzato da una particolare rilevanza della persona,

l'esegesi dell'art. 14 parrebbe suggerire all'interprete che il mutamento denoti la volontà di rafforzare tale elemento, nella maggior misura possibile. Con riferimento al contratto che lega mediatore e organismo, la personalità della prestazione parrebbe costituire un requisito indispensabile e indefettibile. Si pone allora il seguente quesito: l'*intuitus personae* qualifica il contratto che lega il mediatore all'organismo al punto da rendere l'esecuzione non personale «incompatibile con l'oggetto della prestazione» (secondo la formula usata dall'art. 2232 c.c.), con la conseguenza che non

Note:

(12) Cfr. C. Besso, *La mediazione: definizioni e tipologie*, in Ead. (a cura di), *La mediazione civile e commerciale*, cit., 44 e spec. 45-46: «il mediatore (...) è invece legato all'organismo da un rapporto di prestazione d'opera intellettuale, in forza del quale si impegna, in cambio di un compenso, ad assistere le parti nella ricerca della composizione della lite (...). Il contratto si perfeziona quando l'accettazione dell'incarico da parte del mediatore giunge all'organismo. Il mediatore è un ausiliario, che ai sensi dell'art. 2232 c.c. opera sotto la "direzione e responsabilità" dell'organismo»; C. Vaccà, *Il mediatore*, in C. Vaccà-M. Martello, *op. cit.*, 193-194; A. Giordano, *Gli organismi di mediazione e i mediatori secondo il d.lgs. n. 28/2010. Alla ricerca di un'identità controversa tra regole dell'economia e principi del diritto*, in *Giureta*, 2012, 163. Scrive R. Tiscini, *op. cit.*, 36: il mediatore è «vincolato con l'organismo in base ad un contratto inquadrabile nella prestazione d'opera intellettuale (...) ma con profili anche del contratto di mandato». Secondo C. Troisi, *Evoluzione delle ADR in Italia*, in G. Autorino-D. Novello-C. Troisi, *Mediazione e conciliazione nelle controversie civili e commerciali*, Santarcangelo di Romagna, 2011, 146-147, «Sembrirebbe trovarsi di fronte ad una prestazione intellettuale, normalmente resa nell'ambito di un contratto d'opera professionale. Non risulta ancora ben chiaro, peraltro, il rapporto che si instaura tra mediatore e organismo pure al fine di rintracciare eventuali profili di corresponsabilità (...) L'organismo di mediazione potrebbe considerarsi, dunque, responsabile per le attività riconducibili alla prestazione d'opera intellettuale del mediatore, rispondendo dei danni provocati dalla condotta dolosa e negligente dello stesso da esso nominato (ex art. 1228 c.c.)».

(13) Cfr. C. Besso, *op. loc. ult. cit.*; R. Tiscini, *op. loc. ult. cit.* Non pare dubbio che il mediatore legato all'organismo da un contratto d'opera intellettuale rivesta la qualifica di ausiliario dell'organismo: «L'ausiliario è il soggetto che esplica un'attività di collaborazione con il debitore per l'esecuzione dell'opera o del servizio dedotti in obbligazione» (così C.M. Bianca, *Diritto civile. IV. L'obbligazione*, Milano, 1993, rist. 1998, 280).

(14) Sulla rilevanza della persona nei contratti d'opera intellettuale, cfr. per tutti M. Rabitti, *Il contratto d'opera intellettuale*, in P. Sirena (a cura di), *I contratti di collaborazione*, in *Tratt. contratti Rescigno-Gabrielli*, Torino, 2011, 773 e spec. 813 ss.; M.A. Livi, *Il contratto d'opera*, in *Diritto civile Lipari-Rescigno*, III, 3, *I contratti*, Milano, 2009, 369; G. Musolino, *Contratto d'opera professionale*, in *Comm. c.c. Schlesinger-Busnelli*, Artt. 2229-2238, Milano, 2009, 214-215; A. Perulli, *Il lavoro autonomo. Contratto d'opera e professioni intellettuali*, in *Tratt. dir. civ. comm. Cicu-Messineo*, Milano, 1996, spec. 513 ss.; G. Giacobbe, voce *Professione* (III. *Professioni intellettuali*), in *Enc. dir.*, XXXVI, Milano, 1987, 1075; G. Cattaneo, *La responsabilità del professionista*, Milano, 1958, 81 ss.; Cass., Sez. II, 7 gennaio 1993, n. 79, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1994, I, 673 ss., con nota di A. Alesii, *Il medico dentista: professionista o manager?*

sarebbe possibile applicare le deroghe previste dall'art. 2232 c.c.? Si potrebbe rispondere negativamente a tale interrogativo, sulla base di due argomenti. Il dato letterale, anche se corroborato dal raffronto con l'art. 14 d.m. n. 222 del 2004, potrebbe non richiedere necessariamente questa interpretazione e limitarsi semplicemente a richiamare l'attenzione sul requisito della personalità. In ogni caso, il dato letterale potrebbe non rivestire un'importanza decisiva: la giurisprudenza ammette, in determinate circostanze, persino la possibilità di una interpretazione antiletterale (15). Sulla base di questi argomenti, si potrebbe ritenere che l'oggetto della prestazione che deve essere eseguita dal mediatore non sia incompatibile con un'esecuzione non personale.

La dottrina non ha mancato di evidenziare come la personalità della prestazione, se da un lato deve considerarsi come requisito tipologico del contratto d'opera intellettuale (16), può soffrire in concreto una serie di deroghe, già previste dalla legge stessa (17). Ancora, poiché il mediatore esegue una prestazione d'opera intellettuale, il requisito della personalità si ricava comunque dall'art. 2232 c.c., che si applica a qualunque «contratto che ha per oggetto una prestazione d'opera intellettuale», come dispone l'art. 2230 c.c., senza bisogno di un'ulteriore norma regolamentare. Si può pensare che il d.m. n. 180 del 2010 abbia voluto sottolineare, con una certa enfasi, che la personale esecuzione della prestazione è imposta a qualunque mediatore, indipendentemente dal contratto che in concreto lo leghi all'organismo. Questa conclusione è certamente condivisibile, ma forse l'interprete non può fermarsi ad essa. L'argomento decisivo parrebbe infatti essere legato alla particolare importanza riconnessa dal legislatore alla fiducia (18) che deve intercorrere non solo tra il mediatore e l'organismo, ma anche tra il mediatore e le parti, ai fini di un efficace procedimento di mediazione. Il che spiega l'insistenza legislativa sulla riservatezza, imparzialità e idoneità al corretto e sollecito svolgimento dell'incarico (v. in particolare gli artt. 1, 3, 9, 10, 14 e 16 d.lgs. n. 28 del 2010, nonché gli artt. 1, 4, 6, 8, 10, 14, 15, 18 e 19 d.m. n. 180 del 2010). L'esegesi parrebbe consegnare all'interprete un contratto in cui l'esecuzione non personale sarebbe incompatibile con l'oggetto della prestazione, che può essere eseguita esclusivamente dal mediatore.

La disciplina

La disciplina del contratto che lega mediatore e organismo presenta, sotto il profilo dell'*intuitus*

personae, alcuni aspetti peculiari. Viene per prima in rilievo l'inoperatività delle deroghe previste nella II parte dell'art. 2232 c.c. sulla possibilità che il mediatore non esegua personalmente la prestazione dovuta. Anche la collocazione dell'art. 14 all'interno del Capo dedicato al servizio di mediazione suggerisce che organismo e mediatore non possano pattuire la possibilità di un'esecuzione non personale della prestazione d'opera intellettuale.

Note:

(15) Cfr. Cass., Sez. V, 20 giugno 2007, n. 14376, in *Corr. giur.*, 2008, 825 ss., con nota di G. Pelagatti, *Efficacia sociale del linguaggio e interpretazione "antiletterale"*: «Il contesto normativo è l'insieme delle disposizioni normative di un ordinamento giuridico e delle formule non poste, cioè della formule prodotte dalle fonti non scritte. Nell'interpretazione normativa si deve tener conto anche di questo secondo contesto e non si può escludere che, utilizzando le molteplici e complesse tecniche elaborate dalla dottrina giuridica e dalla giurisprudenza, non si possa e non si debba giungere sia ad estrarre più significati dalla stessa formula letteraria, a seconda del contesto nel quale si opera, sia a giungere addirittura ad un'interpretazione antiletterale o solo apparentemente antiletterale»; Cass., Sez. V, 7 maggio 2007, n. 10333, in *Pluris*: «Se, poi, si abbia motivo di ritenere, come può ben accadere, che il risultato dell'interpretazione letterale sia insoddisfacente, soccorrono gli altri numerosi metodi suggeriti dallo stesso legislatore e quelli elaborati dalla dottrina e dalla giurisprudenza (per esempio quelli che comportano un'interpretazione normativa antiletterale [...])».

(16) V. per tutti F. Santoro-Passarelli, voce *Professioni intellettuali*, in *Noviss. Dig. it.*, XIV, Torino, 1967, 25: «l'obbligazione di prestare l'opera intellettuale deve essere per sua natura adempita personalmente dal professionista»; G. Giacobbe, *op. cit.*, 1073-1075.

(17) V. ad es. P. De Angelis, *Il contratto d'opera intellettuale*, in C. Ibba-D. Latella-P. Piras-P. De Angelis-C. Macrì, *Le professioni intellettuali*, in *Giur. sist. civ. comm.* Bigliani, Torino, 1987, 159: «Le deroghe alla personalità della prestazione consentite dall'art. 2232 non permettono di considerarlo alla stregua di un elemento tipico ed indefettibile del contratto», aggiungendo tuttavia poco dopo che «La personalità dell'esecuzione della prestazione intellettuale, comunque, rappresenta sicuramente uno degli indici rivelatori della presenza di un contratto d'opera professionale: unito agli altri d'anzì esaminati può indicare all'interprete la qualificazione del rapporto come d'opera intellettuale».

(18) Sull'importanza della fiducia nel procedimento di mediazione si è espressa la Circolare 20 dicembre 2011 (*Interpretazione misure correttive decreto interministeriale 145/2011*), in *www.giustizia.it*: «Le parti, cioè, devono potere individuare unicamente nel mediatore titolare il soggetto gestore di tutte le fasi del percorso di mediazione, ciò allo scopo di instaurare compiutamente il necessario rapporto di fiducia che costituisce una componente essenziale della riuscita di una mediazione». In dottrina, v. per tutti N.G. Rocco di Torrepadula, *Obblighi del mediatore*, in N.G. Rocco di Torrepadula-S. Romano-S. Rubiu, *Sub art. 14 (Obblighi del mediatore)*, in A. Castagnola-F. Delfini (a cura di), *op. cit.*, 271; M. Di Rocco, *Il procedimento di mediazione: la fase introduttiva*, in M. Bove (a cura di), *La mediazione per la composizione delle controversie civili e commerciali*, cit., 440-441.

L'art. 8 comma 1 d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28 (*Attuazione dell'articolo 60 della legge 18 giugno 2009, n. 69, in materia di mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali*), dispone che «nelle controversie che richiedono specifiche competenze tecniche, l'organismo può nominare uno o più mediatori ausiliari». Naturalmente il mediatore può avvalersi, come ogni altro professionista, di alcuni soggetti che lo assistano nei suoi compiti (ad esempio, una segreteria), anche nominati *ad hoc* (è il caso, ad esempio, degli esperti iscritti negli albi dei consulenti presso i tribunali: art. 8 comma 4 d.lgs. n. 28 del 2010), ma la prestazione che egli è tenuto a svolgere non potrà essere imputabile che a lui.

Il mediatore designato che abbia accettato l'incarico potrà essere sostituito, su istanza di parte, dal responsabile dell'organismo (art. 14 comma 3 d.lgs. n. 28 del 2010, che prevede anche il caso in cui il mediatore sia responsabile dell'organismo). Diverso è il caso dei c.d. co-mediatori, *id est* i soggetti che, nelle controversie che richiedono specifiche competenze tecniche, possono essere nominati dall'organismo (e dunque non dal mediatore o dalle parti o da essi congiuntamente) per assistere il mediatore in base all'art. 8 comma 1 d.lgs. n. 28 del 2010. Non è superfluo ricordare che, in base all'art. 1 lett. c d.m. n. 180 del 2010, l'attività di mediazione può essere svolta anche collegialmente da più persone fisiche. Ognuna delle quali, comunque, dovrà compiere personalmente la sua opera. A maggior ragione non può parlarsi di sostituzione qualora, non potendosi procedere alla nomina di un co-mediatore, il mediatore si avvalga «di esperti iscritti negli albi dei consulenti presso i tribunali» (art. 8 comma 4 d.lgs. n. 28 del 2010), o «delle strutture, del personale e dei mediatori di altri organismi con i quali abbia raggiunto a tal fine un accordo» (art. 7 comma 2 lett. b d.m. n. 180 del 2010).

Il mediatore che non esegua personalmente la sua prestazione compie un grave inadempimento, che potrebbe dar luogo alla risoluzione del contratto che lo lega all'organismo, nonché al risarcimento dei danni, e non sembra da escludere la possibilità di prevedere sanzioni disciplinari a suo carico (cfr. inoltre quanto dispone l'art. 4 comma 3 lett. c d.m. n. 180 del 2010).

Tale inadempimento parrebbe rilevare anche nei confronti del Ministero della Giustizia, cui sono deputate (art. 16 d.lgs. n. 28 del 2010) la formazione e la revisione del Registro contenente gli organismi abilitati, l'iscrizione, la sospensione e la cancellazione degli iscritti, nonché la vigilanza sul registro me-

desimo. In particolare, l'art. 10 comma 1 d.m. n. 180 del 2010 dispone che la reiterata violazione degli obblighi del mediatore può portare alla sospensione e, nei casi più gravi, alla cancellazione dell'organismo dal Registro.

Il mediatore non può affidare a eventuali submediatori una parte dei suoi compiti, o cedere ad altri soggetti la gestione della controversia (19). Del pari da escludere parrebbe l'applicabilità analogica di norme come quelle contenute nell'art. 1656 c.c. (che impone l'autorizzazione del committente al contratto di subappalto), nell'art. 1717 c.c. (che permette, a determinate condizioni, la sostituzione del mandatario), e via discorrendo, che pure si riferiscono a rapporti in cui la persona acquista una particolare rilevanza.

Un'ultima notazione. In base all'art. 7 comma 5 lett. c d.m. n. 180 del 2010, il regolamento di procedura deve prevedere la possibilità di comune indicazione del mediatore ad opera delle parti, ai fini della sua eventuale designazione da parte dell'organismo. La dottrina ha lamentato la modesta incidenza della volontà delle parti nella designazione del mediatore (20), atto che l'art. 8 comma 1 d.lgs. n. 28 del 2010 ha riservato all'organismo. Un mediatore che riscuota la fiducia delle parti ha probabilmente maggiori possibilità di portare a termine con successo il procedimento. Tra i mezzi più adatti a rafforzare il ruolo spettante alla volontà delle parti nella designazione, e quindi a incrementare la fiducia che esse ripongono nel mediatore, si potrebbe menzionare la clausola di gradimento (21). In base ad una possibile applicazione della clausola, l'organismo si obbligerebbe a sottoporre la persona dell'aspirante contraente (nella specie, il mediatore contattato per primo) al gradimento (*placet*) delle parti interessate. Il diniego del *placet* potrebbe essere ammesso in presenza di motivi validi ed adeguati, che non siano tanto gravi da compromettere l'imparzialità del me-

Note:

(19) Rileva A. Iannini, *Guida alla nuova mediazione e conciliazione*, Matelica, 2010, 163, come «Non rientra infatti nell'ipotesi della delega di funzione né la co-mediazione né la possibilità, pure offerta dal decreto ministeriale, della proposta di mediazione praticata da mediatore diverso rispetto a quello che ha condotto il percorso mediativo».

(20) V. per tutti M. Rubino-Sammartano, *Mediazione obbligatoria: luci ed ombre*, in *Foro pad.*, 2010, II, 165: «Sarebbe stato preferibile che il diritto delle parti di scegliere il mediatore fosse indicato come criterio principale di scelta e non solo incidentalmente come una semplice soluzione possibile».

(21) Sulla clausola di gradimento, sia consentito un rinvio a D. Farace, *La clausola di gradimento*, Milano, 2012 (in corso di pubblicazione).

diatore (22), ma sufficienti per incrinare la fiducia che una o entrambe le parti dovrebbero riporre in lui. Il diniego del *placet* dovrebbe essere comunicato, in un termine necessariamente breve, alla controparte e all'organismo. Un diniego ingiustificato, manifestato, ad esempio, a fini meramente dilatori, potrebbe essere preso in considerazione dal mediatore successivamente designato, ed eventualmente anche dal giudice, qualora la mediazione fallisca (cfr. art. 8 comma 5 d.lgs. n. 28 del 2010). Una clausola di gradimento potrebbe essere inserita nel regola-

mento di procedura e impegnare l'organismo, qualora le parti manifestino un diniego motivato del *placet*, a designare un altro mediatore.

Nota:

(22) In questo caso, infatti, il mediatore non dovrebbe sottoscrivere la dichiarazione di imparzialità, presupposto per l'inizio del procedimento di mediazione (art. 7, comma 5, lett. a, d.m. n. 180 del 2010). Il difetto di imparzialità legittima la parte a chiedere la sostituzione del mediatore (art. 14, comma 3, d. lgs. n. 28 del 2010).

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_lavoronellagiurisprudenza, permette all'utente di accedere a tutte le novità d'interesse e all'anteprima della Rivista cartacea.

Abbonamento annuale: € 224,00

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>



INDICE DEGLI AUTORI

Amendolagine Vito

Osservatorio di merito 930

Autelitano Francesco

Contratti derivati e collegamento negoziale 905

Benatti Francesca

Responsabilità dell'avvocato e quantificazione del danno 937

Farace Dario

Esecuzione della prestazione del mediatore e *intuitus personae* 962

Longobucco Francesco

La prescrizione come "rimedio civile": profili di ragionevolezza dell'istituto 947

Macario Francesco

Osservatorio di legittimità 925

Michea Pietro

Osservatorio comunitario 957

Orlando Gianfranco

Contratto di parcheggio stipulato dall'albergatore e responsabilità *ex recepto* 916

Pagliantini Stefano

La rilevabilità officiosa della nullità secondo il canone delle Sezioni Unite: "Eppur si muove"? 874

Valenti Francesco

Il dolo omissivo incidente nel prisma della responsabilità precontrattuale 891

INDICE CRONOLOGICO DEI PROVVEDIMENTI

Giurisprudenza

Corte di Giustizia dell'Unione Europea

6 settembre 2012, causa C-170/11 957

6 settembre 2012, causa C-190/11 959

Corte di cassazione

16 aprile 2012, n. 5965 888

4 settembre 2012, n. 14828 869

1° ottobre 2012, n. 16670 927

2 ottobre 2012, n. 16754 926

2 ottobre 2012, n. 16769 925

11 ottobre 2012, n. 17324 925

Tribunale

Chieti, 22 febbraio 2012, n. 157 913

Milano, 23 marzo 2012, n. 3513 900

Sassari, 12 luglio 2012 931

Milano, 23 luglio 2012 935

Reggio Emilia, 4 agosto 2012 934

Rovereto, 6 agosto 2012 932

Siena, 26 agosto 2012 930

Milano, 3 settembre 2012 931

Reggio Emilia, 25 settembre 2012 934

INDICE ANALITICO

Annulabilità del contratto

Il dolo omissivo incidente nel prisma della responsabilità precontrattuale (*Cass., Sez. II, 16 aprile 2012, n. 5965*) con commento di *Francesco Valenti* 889

Assicurazione

La prescrizione del diritto all'indennizzo contrattualmente previsto nei confronti dell'assicuratore (*Trib. Siena, 26 agosto 2012*) 930

Comodato

Comodato precario e assegnazione della casa familiare (*Cass., Sez. I, 2 ottobre 2012, n. 16769*) 925

Consumatori (Contratti dei)

Competenza in materia di contratti conclusi dai consumatori a distanza (*CGCE, 6 settembre 2012, causa C-190/11*) 959

La responsabilità del produttore per la messa in commercio di un farmaco difettoso (*Trib. Sassari, 12 luglio 2012*) 931

Danno contrattuale

Responsabilità dell'avvocato e quantificazione del danno di *Francesca Benatti* 937

Responsabilità medica per omessa diagnosi di malformazioni fetali e nascita indesiderata (*Cass., Sez. III, 2 ottobre 2012, n. 16754*) 936

Deposito

Contratto di parcheggio stipulato dall'albergatore e responsabilità *ex recepto* (*Trib. Chieti, 22 febbraio 2012, n. 157*) con commento di *Gianfranco Orlando* 913

Effetti del contratto

Mandato al professionista in violazione di norme sportive: è contratto non meritevole di tutela (*Cass., Sez. III, 4 settembre 2012, n. 14828*) 927

Gioco e scommessa

Scambio di *fiches* contro assegno bancario (*Cass., Sez. I, 1° ottobre 2012, n. 16670*) 972

Intermediazione finanziaria

Contratti derivati e collegamento negoziale (*Trib. Milano, 23 marzo 2012, n. 3513*) con commento di *Francesco Autelitano* 900

Lavoro

La responsabilità del datore di lavoro per fatti illeciti del proprio dipendente (*Trib. Milano, 3 settembre 2012*).....

931

Leasing

Concessione abusiva del credito nel sale and lease back (*Trib. Rovereto, 6 agosto 2012*).....

932

Mandato

Contratto concluso con il professionista e inadempimento del cliente all'obbligazione primaria (*Trib. Reggio Emilia, 25 settembre 2012*).....

934

Mediazione civile e commerciale

Esecuzione della prestazione del mediatore e *intuitus personae* di *Dario Farace*.....

962

Nullità del contratto

La rilevanza officiosa della nullità secondo il canone delle Sezioni Unite: "Eppur si muove"? (*Cass., Sez. Un., 4 settembre 2012, n. 14828*) con commento di *Stefano Pagliantini*.....

869

Preliminare (Contratto)

Preliminare di concessione di godimento di locali: è nullo se l'impegno è generico (*Cass., Sez. III, 11 ottobre 2012, n. 17324*).....

952

Prescrizione

La prescrizione come "rimedio civile": profili di ragionevolezza dell'istituto di *Francesco Longobucco* .

947

Prove in materia civile e commerciale

La Corte di Giustizia si pronuncia sulla cooperazione nel settore dell'assunzione delle prove in materia civile o commerciale (*CGUE, 6 settembre 2012, causa C-170/11*).....

957

Transazione

Mancato rispetto dell'accordo transattivo riferito ad un'obbligazione preesistente tra le parti (*Trib. Reggio Emilia, 4 agosto 2012*).....

934

Vendita

Inadempimento nella fornitura di beni difformi dalle caratteristiche previste da contratto (*Trib. Milano, 23 luglio 2012*).....

935

LIBRI

COLLANA: ITINERA – Guide giuridiche

Famiglia

Studio Rimini

a cura di Carlo Rimini

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 in **formato ebook**.

Ipsoa 2012, Euro 55,00

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>**





SICUREZZA SUL LAVORO

SEI IN REGOLA CON LA FORMAZIONE OBBLIGATORIA IN MATERIA DI SICUREZZA?

Art. 37 D.Lgs. 81/08 e Accordo Stato-Regioni

Il nuovo **Accordo Stato-Regioni** rende obbligatoria, **entro il 26 gennaio 2013**, la formazione per lavoratori, preposti, dirigenti e datori di lavoro con ruolo RSPP. La Scuola di formazione Ipsoa eroga differenti corsi in materia di sicurezza, in aula, e-learning e ad hoc, che rispettano tutti i requisiti previsti dalla normativa.

CORSI A CATALOGO A NOVEMBRE

FORMAZIONE GENERALE E SPECIFICA LAVORATORI E PREPOSTI

Milano

Firenze

Roma

Torino

Napoli

Bologna

**Per informazioni sui corsi, su progetti ad hoc
e per verificare la possibilità di finanziare i progetti
attraverso i Fondi interprofessionali**

CONTATTACI

Tel. 02/82476.1 - Mail: formazione.ipsoa@wki.it





Edicola Professionale

le più autorevoli riviste professionali si muovono con te!



Edicola Professionale,
l'app per tablet gratuita, dedicata agli abbonati
alle riviste **Ipsoa** e **il fisco**

registrati su

www.edicolaprofessionale.com

scarica gratuitamente l'app da AppStore e Google Play

Per consultare le riviste è necessario essere abbonati



Buona lettura... digitale!



CEDAM



Apple è un marchio di Apple Inc. • Android è un marchio di Google Inc.

UTET Giuridica® è un marchio registrato e concesso in licenza da UTET S.p.A. a Wolters Kluwer Italia S.r.l.

Y88DT-LE