

# i Contratti

Mensile di dottrina, giurisprudenza  
e pratiche contrattuali

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

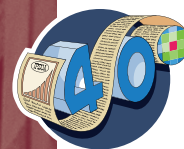
6 2012

[www.ipsoa.it/icontratti](http://www.ipsoa.it/icontratti)

**Operazioni bancarie in conto  
corrente e decorrenza  
della prescrizione**

**Profili sostanziali  
della *Class action***

**Transazione pro quota  
e obbligazione solidale**



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





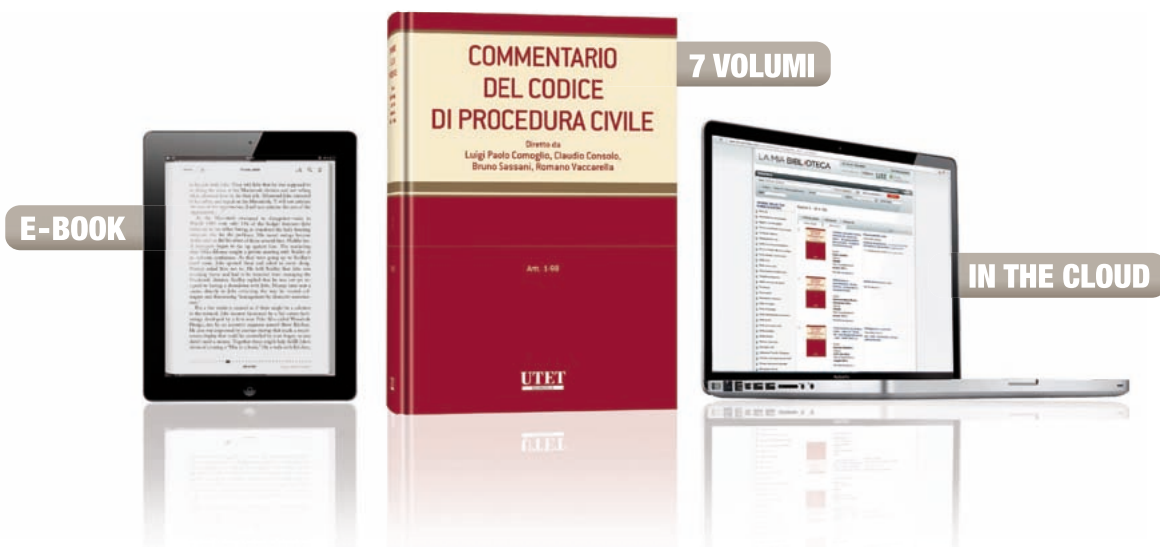
# COMMENTARIO del CODICE di PROCEDURA CIVILE

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](http://www.commentariocpc.it)

**UTET**<sup>®</sup>  
GIURIDICA

# SOMMARIO

## GIURISPRUDENZA

|                                  |   |            |
|----------------------------------|---|------------|
| <b>Contratti bancari</b>         | OPERAZIONI BANCARIE IN CONTO CORRENTE E DECORRENZA DELLA PRESCRIZIONE<br><i>Corte costituzionale, 5 aprile 2012, n. 78</i>  | <b>445</b> |
|                                  | Il commento di <i>Giovanni D'Amico</i>  | <b>454</b> |
| <b>Obbligazioni solidali</b>     | TRANSAZIONE PRO QUOTA E OBBLIGAZIONE SOLIDALE: LA CLAUSOLA CHE ESCLUDE L'APPROFITTAZIONE DEI CONDEBITORI NON STIPULANTI<br><i>Cassazione civile, Sez. Un., 30 dicembre 2011, n. 30174</i> | <b>469</b> |
|                                  | Il commento di <i>Vincenzo Paternostro</i>  | <b>474</b> |
| <b>Risoluzione del contratto</b> | MUTUO DISSENSO E CONTRATTI INTEGRALMENTE ESEGUITI<br><i>Cassazione civile, Sez. trib., 6 ottobre 2011, n. 20445</i>   | <b>478</b> |
|                                  | Il commento di <i>Gianfranco Orlando</i>  | <b>482</b> |
| <b>Danno contrattuale</b>        | DANNO ALL'INSEGNANTE E CONCORSO DI RESPONSABILITÀ CONTRATTUALE ED EXTRACONTRATTUALE DEL COMUNE<br><i>Cassazione civile, Sez. III, 27 giugno 2011, n. 14107</i>                            | <b>491</b> |
|                                  | Il commento di <i>Stefano Guadagno</i>  | <b>493</b> |
|                                  | OSSERVATORIO DI LEGITTIMITÀ<br>a cura di <i>Francesco Macario</i><br>con la collaborazione di <i>Giulia Orefice e Francesco Palo Patti</i>  | <b>503</b> |
|                                  | OSSERVATORIO DI MERITO<br>a cura di <i>Vito Amendolagine</i>  | <b>507</b> |

## ARGOMENTI

|                                    |  |            |
|------------------------------------|--|------------|
| <b>Tutela dei consumatori</b>      | AZIONE DI CLASSE: PROFILI SOSTANZIALI<br>di <i>Francesco Camilletti</i>  | <b>515</b> |
| <b>Intermediazione finanziaria</b> | MANCANZA DI FORMA AD SUBSTANTIAM EX ART. 23 T.U.F.<br>di <i>Luca Dambrosio</i>   | <b>520</b> |
| <b>Diritto privato comparato</b>   | MUTAMENTO DELLE CIRCOSTANZE ED ECCESSIVA ONEROSITÀ SOPRAVVENUTA NEL DIRITTO LUSO-BRASILIANO<br>di <i>Alfredo Calderale</i> | <b>527</b> |

## CONTRATTI E UNIONE EUROPEA

|  |  |            |
|--|--|------------|
|  | OSSERVATORIO COMUNITARIO<br>a cura di <i>Irene Picciano, Studio legale De Berti, Jacchia, Franchini, Forlani - Bruxelles</i> | <b>541</b> |
|--|--|------------|

INDICI

AUTORI  
CRONOLOGICO  
ANALITICO

545

COMITATO PER LA VALUTAZIONE

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

i Contratti

Mensile di dottrina, giurisprudenza  
e pratiche contrattuali

EDITRICE

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

INDIRIZZO INTERNET

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

DIRETTORE RESPONSABILE

Giulietta Lemmi

REDAZIONE

Isabella Viscardi, Ines Attorresi, Veronica Lodato,  
Ermanno Pagella

FOTOCOMPOSIZIONE

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

REALIZZAZIONE GRAFICA

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

PUBBLICITÀ

**db Consulting** s.r.l.  
EVENTS & ADVERTISING

db Consulting srl Events & Advertising  
via Leopoldo Gasparotto 168  
21100 Varese  
tel. 0332/282160 - fax 0332/282483  
e-mail: [info@db-consult.it](mailto:info@db-consult.it)  
[www.db-consult.it](http://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](mailto: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](mailto:servizioclienti.ipsoa@wki.it) - [www.ipsoa.it/servizioclienti.it](http://www.ipsoa.it/servizioclienti.it)  
Compresa nel prezzo dell'abbonamento l'estensione on line della rivista, consultabile all'indirizzo <http://www.ipsoa.it/contratti>

ITALIA

Abbonamento annuale: € 235,00 (11 numeri)

ESTERO

Abbonamento annuale: € 470,00 (11 numeri)

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

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

MODALITÀ DI PAGAMENTO

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

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

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

oppure

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

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

DISTRIBUZIONE

Vendita esclusiva per abbonamento

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

Egregio Abbonato,

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

Contratti bancari

# Operazioni bancarie in conto corrente e decorrenza della prescrizione

CORTE COSTITUZIONALE, 5 aprile 2012, n. 78 - Pres. Quaranta - Red. Criscuolo

**I**  
La disposizione dell'art. 2 comma 61 l. 26 febbraio 2011, n. 10 (di conv. del d.l. 29 dicembre 2010, n. 225), con la sua efficacia retroattiva, lede il canone generale della ragionevolezza delle norme (art. 3 Cost.), in quanto essa è intervenuta sull'art. 2935 c.c. in assenza di una situazione di oggettiva incertezza del dato normativo, perché, in materia di decorrenza del termine di prescrizione relativo alle operazioni bancarie regolate in conto corrente, a parte un indirizzo del tutto minoritario della giurisprudenza di merito, si era ormai formato un orientamento maggioritario in detta giurisprudenza, che aveva trovato riscontro in sede di legittimità ed aveva condotto ad individuare nella chiusura del rapporto contrattuale o nel pagamento solutorio il *dies a quo* per il decorso del suddetto termine. Inoltre, la soluzione fatta propria dal legislatore con la norma denunciata non può sotto alcun profilo essere considerata una possibile variante di senso del testo originario della norma oggetto d'interpretazione.

**II**  
La ripetizione dell'indebitto oggettivo postula un pagamento (art. 2033 c.c.) che, avuto riguardo alle modalità di funzionamento del rapporto di conto corrente, spesso si rende configurabile soltanto all'atto della chiusura del conto. Ne deriva che ancorare con norma retroattiva la decorrenza del termine di prescrizione all'annotazione in conto significa individuarla in un momento diverso da quello in cui il diritto può essere fatto valere, secondo la previsione dell'art. 2935 c.c. Pertanto, la norma censurata, lungi dall'esprimere una soluzione ermeneutica rientrante tra i significati ascrivibili al citato art. 2935 c.c., ad esso nettamente deroga, innovando rispetto al testo previgente, peraltro senza alcuna ragionevole giustificazione.

## ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI

|                 |   |
|-----------------|---|
| <b>Conforme</b> | Non sono stati rinvenuti precedenti in termini. |
| <b>Difforme</b> | Non sono stati rinvenuti precedenti in termini. |

(Omissis).

### Considerato in diritto

1.— Il Tribunale di Brindisi, sezione distaccata di Ostuni, con l'ordinanza indicata in epigrafe, dubita, in riferimento agli articoli 3, 24, 101, 102, 104, 111 e 117, primo comma, della Costituzione, nonché ai limiti interni individuati da questa Corte in ordine all'ammissibilità di una legge d'interpretazione, della legittimità costituzionale dell'art. 2, comma 61, del decreto-legge 29 dicembre 2010, n. 225 (Proroga di termini previsti da disposizioni legislative e di interventi urgenti in materia tributaria e di sostegno alle imprese e alle famiglie), convertito, con modificazioni, dalla legge 26 febbraio 2011, n. 10 (comma aggiunto dalla legge di conversione), che così dispone: «In ordine alle operazioni bancarie regolate in conto

corrente l'articolo 2935 del codice civile si interpreta nel senso che la prescrizione relativa ai diritti nascenti dall'annotazione in conto inizia a decorrere dal giorno dell'annotazione stessa. In ogni caso non si fa luogo alla restituzione d'importi già versati alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto».

Ad avviso del rimettente, la norma censurata violerebbe i menzionati parametri costituzionali, in primo luogo, per contrasto col principio di ragionevolezza (art. 3 Cost.), in quanto: 1) mancherebbe una norma specifica da interpretare, quale condizione dell'esercizio del potere di legislazione a fini interpretativi, cioè una norma che disciplini di per sé la decorrenza della prescrizione con riguardo al singolo contratto bancario regolato in conto corrente, essendo la lacuna colmata dagli interpreti con l'applicazione di una norma generale, qual è l'art. 2935 c.c., non-



ché di principi desumibili dalla disciplina delle singole operazioni bancarie e di principi in tema di estinzione del rapporto obbligatorio e di *condictio indebiti*; 2) la soluzione interpretativa prescelta dal legislatore non potrebbe essere inclusa tra quelle legittimamente desumibili dalla disciplina complessiva dell'istituto, perché, come posto in luce dalla Corte di cassazione a sezioni unite nella sentenza n. 24418 del 2 dicembre 2010, in armonia con i principi generali in materia di adempimento, di ripetizione d'indebito e con quelli relativi alla causa del contratto di conto corrente bancario, la decorrenza della prescrizione dovrebbe essere individuata: a) nella chiusura del rapporto, quando non siano effettuati versamenti in pendenza del rapporto stesso, oppure allorché il versamento (effettuato in pendenza del rapporto), abbia funzione meramente ripristinatoria dell'affidamento; b) nel versamento, in ipotesi di conto passivo senza affidamento o di superamento del limite affidato.

Inoltre, la norma in questione si porrebbe in contrasto con i principi di ragionevolezza e di uguaglianza, e, quindi, ancora con l'art. 3 Cost., perché: 1) essa, con una previsione ad hoc, introdurrebbe una disciplina che, menomando i poteri di reazione processuale dei clienti del sistema bancario, assicurerebbe un ingiustificato privilegio per le banche, determinando un'inammissibile disparità di trattamento tra due categorie di soggetti; 2) introdurrebbe un termine per il decorso della prescrizione diverso, non soltanto dall'unico coerente (chiusura del conto) con la causa dei contratti bancari regolati in conto corrente (in particolare, del contratto di apertura di credito), ma anche dallo statuto normativo dei singoli tipi contrattuali, recanti profili di affinità con il rapporto de quo (mandato, deposito, per i quali la prescrizione dei diritti dai medesimi derivanti decorrerebbe dalla cessazione dei contratti stessi), così creando un'inammissibile disparità di trattamento tra tipologie contrattuali assimilabili sotto il profilo funzionale; 3) la censurata paralisi dei poteri sostanziali e processuali volti a tutelare gli utenti del sistema bancario sarebbe destinata ad operare soltanto per le somme già versate alla data di entrata in vigore della legge di conversione del citato d.l., con ingiustificata compressione del diritto a ripetere l'indebito per chi abbia posto in essere pagamenti fino alla suddetta soglia temporale.

La norma censurata si porrebbe, altresì, in contrasto: 1) con l'art. 24 Cost., sotto il profilo della indefettibilità della tutela giurisdizionale, in quanto la prima parte di essa farebbe decorrere la prescrizione da una circostanza di fatto, cioè l'annotazione, esulante dalla sfera conoscitiva e di conoscibilità del cliente, mentre la seconda parte - in base ad una possibile opzione interpretativa, peraltro (ad avviso del rimettente) suscettibile di essere esclusa con un'esegesi della norma costituzionalmente orientata - introdurrebbe il divieto di ripetizione delle somme indebitamente corrisposte dal cliente alla banca, alla data di entrata in vigore della legge di conversione del decreto-legge n. 225 del 2010; 2) con gli artt. 101, 102 e 104 Cost., sotto il profilo dell'integrità delle attribuzioni costituzionalmente riservate al potere giudiziario, trattan-

dosi di stabilire «se la statuizione contenuta nella norma censurata integri effettivamente i requisiti del precetto di fonte legislativa, come tale dotato dei caratteri di generalità e astrattezza, ovvero sia diretta ad incidere su concrete fattispecie *sub iudice*, a vantaggio di una delle due parti del giudizio»; 3) con l'art. 111 Cost., sotto il profilo del giusto processo, sub specie della parità delle armi, in quanto la norma censurata, supportata da una espressa previsione di retroattività, verrebbe a sancire - se non altro dalle ipotesi in cui dalle indebite annotazioni della banca sia già decorso un decennio - la paralisi processuale della pretesa fatta valere da chi abbia agito in giudizio, sperando un'azione di ripetizione d'indebito.

Infine, la norma di cui si tratta violerebbe l'art. 117, primo comma, Cost., attraverso la violazione dell'art. 6 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU), come diritto ad un giusto processo, in quanto il legislatore nazionale, in presenza di un notevole contenzioso e di un orientamento della Corte di cassazione sfavorevole alle banche, avrebbe interferito nell'amministrazione della giustizia, assegnando alla norma interpretata un significato vantaggioso per una parte del processo, in assenza di «motivi imperativi di interesse generale», come enucleati dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo.

2.— Il Tribunale di Benevento, con l'ordinanza indicata in epigrafe, dubita, in riferimento agli artt. 3, 24, 41, 47 e 102 Cost., della legittimità costituzionale dell'art. 2, comma 61, del d.l. n. 225 del 2010, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 10 del 2011 (comma aggiunto da detta legge di conversione).

Secondo il giudice *a quo*, il primo periodo della norma censurata, «se dovesse interpretarsi nel senso che la prescrizione decennale (dell'azione di ripetizione dell'indebito) decorre non dalla data di estinzione del rapporto di conto corrente - come confermato di recente da Cass., sez. un., n. 24418 del 2010 - ma dal giorno di ogni singola annotazione in conto», violerebbe l'art. 3 Cost., sotto il profilo della irragionevolezza della norma stessa, per aver travalicato i limiti interni all'ammissibilità delle norme interpretative e, in generale, all'efficacia retroattiva delle leggi, in quanto: 1) non vi sarebbe stato alcun dubbio interpretativo in ordine alla decorrenza della prescrizione dei diritti nascenti dall'annotazione nelle operazioni bancarie in conto corrente, perché sul punto vi sarebbe stata costante giurisprudenza della Corte di cassazione, ribadita, da ultimo, dalla medesima Corte a sezioni unite (sentenza n. 24418 del 2010); 2) la norma in questione, pur qualificandosi interpretativa, di fatto avrebbe carattere innovativo, ponendosi in contrasto con la disciplina normativa e la natura giuridica delle operazioni bancarie in conto corrente, di cui agli artt. 1852-1857 cod. civ., nonché con il principio generale di cui all'art. 2935 cod. civ., in tema di decorrenza della prescrizione, «considerato che la dottrina e la giurisprudenza hanno sempre ritenuto che nei contratti bancari di credito con esecuzione ripetuta di più prestazioni, quali contratti unitari, fonti di un unico rapporto giuridico an-

che se articolati in una pluralità di atti esecutivi, solo con il conto finale si stabiliscono definitivamente i crediti e i debiti delle parti e se ne determina l'esigibilità».

Ancora, sarebbe violato l'art. 3 Cost., per disparità di trattamento e per contrasto col principio di uguaglianza, qualora «la norma censurata si applicasse anche per il passato ed ai giudizi in corso».

Inoltre, la norma in questione: a) si porrebbe in contrasto con gli artt. 41 e 47 Cost., frustrando i principi di tutela del risparmio delle famiglie e delle imprese e, dunque, la libera iniziativa economica, perché verrebbe ad incidere in senso negativo sulle legittime aspettative, coltivate da queste ultime, di ottenere in restituzione ingenti somme indebitamente contabilizzate dalla controparte durante lo svolgimento di rapporti in conto corrente e riscosse in violazione di norme di ordine pubblico (quale il divieto di anatocismo); b) rischierebbe di pregiudicare anche il diritto delle banche ad ottenere in restituzione somme date a mutuo ai correntisti in regime di apertura di credito in conto corrente, se annotate prima di dieci anni dalla formale richiesta di rientro o di pagamento del saldo finale di chiusura del conto; c) violerebbe l'art. 24 Cost., in quanto, se essa si applicasse anche per il passato ed ai giudizi in corso, impedirebbe ai titolari di diritti di ottenere la realizzazione in via giudiziaria, poiché le norme sulla prescrizione, pur avendo natura sostanziale, produrrebbero effetti sul piano processuale, stante l'efficacia estintiva delle stesse; d) violerebbe l'art. 102 Cost., perché, se si applicasse anche per il passato ed ai giudizi in corso, «comporterebbe una invasione ingiustificata delle prerogative giudiziarie».

Infine, con riguardo al secondo periodo della norma censurata, «se dovesse interpretarsi nel senso che nelle operazioni bancarie regolate in conto corrente ciascuna delle parti può non restituire gli importi già versati alla data del 27 febbraio 2011 - data di entrata in vigore della legge di conversione n. 10 del 2011 - anche se non dovuti», sarebbero violate le norme costituzionali sopra richiamate, nonché i canoni di logica elementare, in quanto la norma irragionevolmente stabilirebbe che chi (anche una banca) abbia versato alla data del 27 febbraio 2011 degli importi a credito in un rapporto regolato in conto corrente, «in ogni caso» non potrebbe ottenerli in restituzione dal suo debitore.

3.— Il Tribunale di Lecce, sezione distaccata di Maglie, con l'ordinanza indicata in epigrafe, ha sollevato, in riferimento agli artt. 3, 23, 24, 47, 111 e 117, primo comma, Cost., questione di legittimità costituzionale del già citato art. 2, comma 61.

Ad avviso del rimettente, il primo periodo della norma censurata violerebbe l'art. 3 Cost., sotto il profilo della irragionevolezza e della lesione del principio di affidamento, in quanto: 1) facendo decorrere la prescrizione dell'azione di ripetizione dell'indebitato dalla data dell'annotazione, attribuirebbe a quest'ultima un effetto solutorio che essa non può avere, non essendovi stato pagamento, e ciò in contrasto con la ricostruzione operata dalla Corte di cassazione, con la sentenza n. 24418 del 2010; 2) se la norma, invece, dovesse essere interpretata nel senso che si riferisce all'azione diretta a far dichiarare la nullità

della previsione contrattuale in base alla quale l'annotazione è stata effettuata, si sarebbe in presenza di una disposizione di carattere eccezionale, priva di qualsiasi giustificazione, essendo principio generale, non suscettibile di eccezioni, quello secondo cui l'azione di nullità è imprescrittibile; 3) la norma violerebbe tutti i limiti interni all'ammissibilità delle norme interpretative e all'efficacia retroattiva della legge, perché introdurrebbe una deroga ingiustificata al principio generale stabilito dall'art. 2935 cod. civ., e cagionerebbe una lesione all'affidamento dei risparmiatori, ingenerato dalla legge vigente e da consolidata giurisprudenza in ordine all'aspettativa di ottenere la ripetizione di quanto illegittimamente addebitato dalle banche, così minando la certezza dei rapporti giuridici e la coerenza del sistema.

Inoltre, la norma in questione si porrebbe in contrasto con gli artt. 24 e 111 Cost., perché: a) consentirebbe alla banca, attraverso l'annotazione in conto, di precostituire la prova della data di decorrenza del termine di prescrizione, sovvertendo i principi generali in materia di prova, di cui agli artt. 2709 e seguenti cod. civ. e 634 del codice di procedura civile; b) attribuirebbe alla medesima banca un potere di attestazione, in contrasto con la natura privatistica degli istituti di credito; c) consentirebbe ad una delle parti di godere di una posizione privilegiata nella costituzione della prova, in contrasto con l'esigenza che la difesa in giudizio si svolga in modo adeguato e con parità delle armi tra i contendenti.

Ancora, sarebbero violati l'art. 47 Cost., in quanto la norma censurata introdurrebbe una disciplina di privilegio per le banche e, quindi, di svantaggio per i singoli risparmiatori, nonché l'art. 117, primo comma, Cost., in relazione all'art. 12 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, perché detta norma, introducendo una disciplina di palese favore per le banche e sfavorevole ai consumatori, si porrebbe in contrasto col principio fondamentale secondo cui, nei rapporti con le imprese, deve essere assicurata particolare tutela e protezione al consumatore, in quanto contraente più debole, nell'ottica di un necessario riassetto degli equilibri esistenti.

Quanto al secondo periodo della norma censurata, esso, ad avviso del rimettente, si presterebbe a due possibili interpretazioni: quella alla stregua della quale per «importi già versati» si dovrebbero intendere gli importi già annotati e quella per cui con la detta espressione si dovrebbe avere riguardo agli importi che, a chiusura del conto, siano stati determinati ed, eventualmente, anche corrisposti.

La norma, comunque, violerebbe gli artt. 3, 24 e 111 Cost., perché: 1) essa, in modo irrazionale, determinerebbe un principio di irripetibilità connesso al mero dato di fatto dell'entrata in vigore della legge, in difetto di ogni esigenza di ordine pubblicistico; 2) del pari in modo irrazionale sarebbero cancellati i diritti delle parti, scaturenti da un eventuale errore di calcolo o da nullità delle clausole sulla cui base i calcoli stessi siano stati effettuati; 3) si tratterebbe di una norma irragionevolmente retroattiva, con incidenza su posizioni giuridiche già formatesi, anche se non ancora giuridicamente accertate; 4) la norma, operando retroattivamente, lederebbe l'affidamento

dei cittadini nella legge; 5) sarebbe altresì violato il principio della certezza del diritto.

Infine, la norma censurata si porrebbe in violazione dell'art. 23 Cost., perché avrebbe un sostanziale effetto ablativo nei confronti di chi sia stato vittima di un errore di annotazione ovvero di un'annotazione in base a clausola nulla, nonché in violazione dell'art. 117, primo comma, Cost., in relazione all'art. 1 del Protocollo numero 1 della CEDU, come interpretato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, nel senso che la nozione di "beni" può comprendere sia beni effettivi, sia valori patrimoniali, compresi i crediti, in virtù dei quali il ricorrente potrebbe pretendere di avere almeno la "speranza legittima" di ottenere l'effettivo godimento di un diritto di proprietà, mentre la norma di cui si tratta si risolverebbe in una ingiustificata ablazione di un diritto di credito.

4.— Il Tribunale di Nicosia, con l'ordinanza indicata in epigrafe, dubita della legittimità costituzionale della norma in esame, in riferimento agli artt. 3, 24, 102 e 117, primo comma, Cost., limitatamente al secondo periodo della norma stessa.

Il rimettente ritiene che la norma censurata violi: a) l'art. 3 Cost., sotto il profilo della irragionevolezza, perché ammetterebbe o escluderebbe la restituzione dell'indebitto unicamente in base al dato temporale, in tal guisa differenziando senza ragionevole giustificazione i rapporti regolati in conto corrente bancario dai rapporti regolati in conto corrente ordinario o maturati in rapporti di altra natura; b) l'art. 24 Cost., in quanto, nel disporre che non si faccia luogo alla restituzione delle somme già versate alla data di entrata in vigore della legge di conversione, impedirebbe di fatto la tutela giurisdizionale del diritto (sia del correntista sia dell'istituto di credito) alla restituzione di somme non dovute, incidendo retroattivamente sul diritto all'effettività della tutela giurisdizionale delle situazioni giuridiche soggettive; c) l'art. 102 Cost., in quanto la norma, data la sua valenza retroattiva, si porrebbe in contrasto con le attribuzioni del potere giurisdizionale, incidendo sulle pronunzie di condanna alla ripetizione dell'indebitto e sui giudizi ancora pendenti; d) l'art. 117, primo comma, in relazione all'art. 6 CEDU, come diritto ad un giusto processo, nell'interpretazione datane dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, in quanto la norma censurata, essendo destinata ad incidere retroattivamente su diritti già maturati in base all'ordinamento preesistente, verrebbe ad interferire, determinando un vantaggio per una delle parti del giudizio, su singole cause o su determinate tipologie di controversie già pendenti, in assenza di ragioni imperative d'interesse generale.

5.— Il Tribunale di Venezia, con l'ordinanza indicata in epigrafe, ha sollevato, in riferimento agli artt. 3, 24, 47, 101, 102, 104, 111 e 117, primo comma, Cost., questione di legittimità costituzionale del medesimo art. 2, comma 61.

Il rimettente, con riguardo al primo periodo della norma censurata, «se dovesse interpretarsi nel senso che la prescrizione decennale (dell'azione di ripetizione dell'indebitto) decorre non dalla data di estinzione del rapporto di conto corrente - come confermato di recente da Cass.,

sez. un., n. 24418 del 2010 - ma dal giorno di ogni singola annotazione in conto», e al secondo periodo della norma censurata, «se dovesse interpretarsi nel senso che nelle operazioni bancarie regolate in conto corrente ciascuna delle parti può non restituire gli importi già versati alla data del 27 febbraio 2011 - data di entrata in vigore della legge n. 10 del 2011 - anche se non dovuti», e con riguardo ad entrambi i periodi «in ipotesi di ritenuta applicabilità tout court della (duplice) nuova norma anche alle questioni in esame», sostiene che la norma suddetta violerebbe l'art. 3 Cost., perché irragionevole, in quanto: 1) essa, superando i limiti interni all'ammissibilità di norme interpretative, derogherebbe all'art. 2935 cod. civ., ponendosi in aperto contrasto con l'orientamento della giurisprudenza in materia, confermato dalla Corte di cassazione a sezioni unite con la citata sentenza n. 24418 del 2010; 2) la norma stessa si porrebbe in funzione "derogativa" in riferimento all'art. 2033 cod. civ. e, senza adeguata giustificazione, derogherebbe a disposizioni dell'ordinamento di carattere generale, annullando, con l'esclusione del diritto alla ripetizione, i diritti in danno del contraente debole, nell'ambito dei rapporti di conto corrente bancario.

Inoltre, la norma in questione violerebbe: a) l'art. 3 Cost., sotto il profilo del principio di uguaglianza, perché la preclusione all'azione di ripetizione di somme indebitamente versate alla data di entrata in vigore della legge di conversione darebbe luogo ad una ingiustificata compressione del diritto di ripetere l'indebitto, per chi abbia posto in essere pagamenti fino alla suddetta soglia temporale, e non anche per chi non versi ancora nella predetta situazione giuridica; b) gli artt. 24 e 111 Cost., con riferimento al principio inderogabile dell'effettività della tutela giudiziaria e del giusto processo; c) gli artt. 101, 102 e 104 Cost., sotto il profilo della invulnerabilità delle funzioni costituzionalmente riservate al potere giudiziario; d) l'art. 47 Cost., perché la ritenzione di somme indebite, illegittimamente sottratte ai risparmi dei cittadini, implicherebbe una grave compromissione del principio di tutela del risparmio; e) l'art. 117, primo comma, Cost., in relazione all'art. 6 della CEDU, perché, modificando con efficacia retroattiva, in senso sfavorevole agli interessati, disposizioni di legge attributive di diritti, la cui lesione abbia dato luogo ad azioni giudiziarie ancora pendenti all'epoca della modifica, verrebbe ad interferire con l'amministrazione della giustizia, in assenza di motivi imperativi d'interesse generale.

6.— Il Tribunale di Potenza, con le tre ordinanze di analogo tenore indicate in epigrafe, dubita, in riferimento agli artt. 3 e 24 Cost., della legittimità costituzionale della normativa più volte indicata.

Il rimettente ritiene che la norma censurata violi i limiti interni all'ammissibilità di una legge d'interpretazione autentica e alla efficacia retroattiva delle leggi, sotto il profilo della irragionevolezza e della lesione del legittimo affidamento (art. 3 Cost.), in quanto: 1) non vi sarebbe stato alcun dubbio interpretativo in ordine alla decorrenza della prescrizione dei diritti nascenti dall'annotazione nelle operazioni bancarie in conto corrente, perché, da ultimo, la Corte di cassazione a sezioni unite, con la sen-



tenza n. 24418 del 2010, avrebbe ribadito che, nei contratti bancari in conto corrente, il termine di prescrizione decennale dell'azione di ripetizione dell'indebito (ad esempio, per nullità della clausola di capitalizzazione degli interessi) decorre, qualora i versamenti eseguiti dal correntista in pendenza di rapporto abbiano avuto funzione ripristinatoria della provvista, dalla data di estinzione del saldo di chiusura del conto in cui gli interessi non dovuti sono stati registrati; 2) la statuizione normativa, secondo la quale la prescrizione del diritto alla ripetizione dell'indebito dovrebbe decorrere dall'annotazione in conto dell'addebito degli interessi, attribuendo a detta annotazione l'efficacia di un pagamento, introdurrebbe un concetto del tutto innovativo, ponendosi al di fuori delle possibili varianti interpretative delle norme preesistenti, avuto riguardo anche alle risultanze della citata sentenza della Corte di legittimità; 3) qualora l'applicazione della norma censurata si estendesse anche ai giudizi in corso, resterebbe violato anche il principio del legittimo affidamento delle parti, in relazione all'applicazione di un orientamento consolidato in tema di prescrizione, essendo stato operato, per via legislativa, un vero e proprio *overruling*.

L'art. 3 Cost. sarebbe, altresì, violato sotto il profilo della ragionevolezza e dell'uguaglianza, perché la mancata restituzione degli importi già versati, alla data di entrata in vigore della legge di conversione, creerebbe una ingiustificata disparità di trattamento tra debitori che abbiano versato somme prima dell'entrata in vigore della legge e debitori che abbiano versato tali somme in epoca successiva.

Infine, sarebbe violato l'art. 24 Cost., in quanto la norma in questione, rendendo impossibile la restituzione degli importi già versati alla data della sua entrata in vigore, impedirebbe ai titolari di un diritto di ottenerne la realizzazione per via giudiziaria.

7.— Il Tribunale di Catania, sezione distaccata di Belpasso, con l'ordinanza indicata in epigrafe, solleva questione di legittimità costituzionale della norma già censurata con le precedenti ordinanze, in riferimento agli artt. 3, 24, 41, 47 e 102 Cost., svolgendo considerazioni identiche a quelle contenute nell'ordinanza del Tribunale di Benevento (punto 2 che precede), alla quale si rinvia.

8.—Le nove ordinanze di rimessione, qui riassunte, sollevano tutte questione di legittimità costituzionale della medesima norma (art. 2, comma 61, del d.l. n. 225 del 2010, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 10 del 2001 - comma aggiunto in sede di conversione), adducendo argomenti analoghi o identici.

Pertanto, i relativi giudizi vanno riuniti per essere definiti con unica sentenza.

9.— In relazione all'ordinanza di rimessione del Tribunale di Brindisi, sezione distaccata di Ostuni, l'istituto di credito resistente (Banca Monte dei Paschi di Siena, s.p.a., quale incorporante della Banca Antoniana Popolare Veneta s.p.a., poi Banca Antonveneta s.p.a.) ha eccepito la manifesta inammissibilità della questione, sia per carenza motivazione sulla rilevanza, sia perché il rimettente avrebbe articolato in modo indistinto le sue censure rispetto alle due diverse disposizioni che com-

pongono la norma di cui si discute, sia perché - pur prendendo le mosse dalla sentenza resa dalla Corte di cassazione a sezioni unite, n. 24418 del 2010, che aveva avuto riguardo ad un contratto di apertura di credito bancario in conto corrente - egli avrebbe ommesso di distinguere tra conti correnti ordinari e conti correnti con apertura di credito, tra annotazioni per un prelievo e per un versamento, tra versamenti con cui il correntista "rientra" dal cosiddetto extrafido e versamenti riespansivi del credito assentito dalla banca, trascurando di dare qualsiasi informazione in ordine al titolo dedotto dall'attore nel giudizio principale, a sostegno della sua pretesa restitutoria.

Inoltre, il giudice a quo avrebbe ommesso qualsiasi cenno in ordine alla qualificazione delle annotazioni per le quali si sarebbe potuto agire per la ripetizione dell'indebito, se vi fosse un'apertura di credito regolata in conto corrente, se vi fossero stati versamenti da parte del correntista.

Anche l'Avvocatura generale dello Stato, intervenuta nel giudizio in rappresentanza e difesa del Presidente del Consiglio dei ministri, ha sostenuto che la questione sarebbe inammissibile, perché il Tribunale avrebbe ommesso di valutarne la rilevanza, limitandosi «a svolgere astratte considerazioni sulla legittimità della norma censurata, senza tuttavia spiegare se e in quali termini la sua applicazione possa incidere concretamente sull'esito della causa pendente dinanzi a sé». In particolare, il rimettente avrebbe richiamato i principi sull'indebito pagamento enunciati dalla Corte di cassazione a sezioni unite (sentenza n. 24418 del 2010), principi che sarebbero rimasti lesi dalla censurata norma interpretativa, ma avrebbe ommesso di dimostrare le sue affermazioni, trascurando di specificare se la domanda proposta nel giudizio principale potesse essere accolta sulla base di quei principi, in modo da far emergere la rilevanza, ai fini del decidere, della normativa sopravvenuta che, individuando una diversa decorrenza dei termini di prescrizione, avrebbe precluso l'esercizio dell'azione restitutoria. Inoltre, il giudice a quo avrebbe proposto una lettura confusa ed indifferenziata della norma in esame, senza operare la necessaria distinzione tra le sue diverse disposizioni.

Le suddette eccezioni non sono fondate.

Il rimettente, descrivendo lo svolgimento del processo principale, riferisce quanto segue: «Con atto di citazione notificato il 18.04.2005 il sig. C. S. conveniva in giudizio la Banca A.P.V. s.p.a. chiedendo che fosse rideterminato il saldo del conto corrente n. 2741/R, acceso in data 11.04.1994, sino alla data dell'ultima operazione avvenuta il 29.12.1998; in particolare, chiedeva che i conteggi fossero riformulati tenendo conto dell'ormai consolidato indirizzo giurisprudenziale circa la nullità della capitalizzazione trimestrale degli interessi passivi e della c. m. s., affinché la banca fosse condannata alla restituzione dell'indebito versato.

Costituitasi in giudizio, la banca convenuta contestava le eccezioni e le richieste attoree, concludendo per il rigetto integrale della domanda ed opponendo, preliminarmente, la liceità della capitalizzazione trimestrale degli interessi e, quindi, l'eccezione di prescrizione estintiva». Il giudice a quo prosegue esponendo che, allo scopo di

procedere al ricalcolo del saldo, aveva disposto una consulenza tecnica; che la relazione del consulente era stata depositata, con il ricalcolo del saldo compiuto «alla stregua dei criteri di cui alla ordinanza ammissiva della ctu»; che egli aveva considerato la causa matura per la decisione ma, entrato in vigore l'art. 2, comma 61, della legge n. 10 del 2011, recante conversione del d.l. n. 225 del 2010, aveva ritenuto sussistenti i presupposti per sollevare questione di legittimità costituzionale di tale norma, osservando, sotto il profilo della rilevanza «ai fini del *thema decidendum*», che senza dubbio «la natura assertivamente interpretativa della stessa, unitamente all'eccezione di prescrizione, sollevata da parte convenuta» ne imponevano l'applicazione nel caso concreto.

Come si vede, il rimettente, in forma concisa ma sufficiente, si è pronunciato sulla rilevanza della questione nel caso di specie. Egli ha individuato il rapporto negoziale (contratto di conto corrente bancario), precisandone l'arco temporale di operatività, ha chiarito l'oggetto della pretesa azionata dall'attore (ripetizione d'indebito oggettivo per nullità della clausola di capitalizzazione trimestrale degli interessi passivi e della commissione di massimo scoperto, così indicando il titolo dedotto a sostegno della domanda), ha posto l'accento sull'eccezione di prescrizione sollevata dall'istituto di credito convenuto e, dovendo pronunciarsi su detta eccezione, ha considerato necessario lo scrutinio di legittimità costituzionale della norma sopravvenuta che, intervenendo sulla decorrenza del termine di prescrizione in ordine alle operazioni bancarie regolate in conto corrente, evidentemente incide anche sui risultati del ricalcolo del saldo effettuato dal consulente «alla stregua dei criteri di cui all'ordinanza ammissiva della ctu». Il che, del resto, si evince con chiarezza dall'affermazione del giudicante, secondo cui egli, dovendo pronunciarsi sull'eccezione di prescrizione, non può prescindere dall'esame della norma censurata.

Quanto, poi, al rilievo secondo cui il giudice a quo avrebbe svolto argomenti che fanno indistinto riferimento ad entrambi i periodi di cui si compone il citato art. 2, comma 61, così incorrendo in un vizio di contraddittorietà intrinseca e in un difetto di motivazione, si deve osservare che la presunta contraddizione non sussiste, perché il contenuto delle singole censure consente d'individuare la norma di volta in volta denunciata, mentre, in ordine all'asserito difetto di motivazione, si deve rinviare alle considerazioni dianzi svolte.

10.— L'istituto bancario e la difesa dello Stato eccepiscono un ulteriore profilo di inammissibilità, che sarebbe ravvisabile nel fatto che il rimettente avrebbe omissis di sperimentare la possibilità di pervenire ad una interpretazione costituzionalmente orientata della norma. Al riguardo, sono richiamate alcune recenti pronunzie di giudici di merito che, facendo leva su tale interpretazione, avrebbero respinto la questione di legittimità costituzionale qui in esame.

Neppure tale eccezione è fondata.

Fermo il punto che alcune pronunzie adottate in sede di merito non sono idonee ad integrare un "diritto vivente", si deve osservare che, come questa Corte ha già afferma-

to, l'univoco tenore della norma segna il confine in presenza del quale il tentativo interpretativo deve cedere il passo al sindacato di legittimità costituzionale (sentenza n. 26 del 2010, punto 2, del Considerato in diritto; sentenza n. 219 del 2008, punto 4, del Considerato in diritto).

Nel caso in esame, il dettato della norma è, per l'appunto, univoco. Nel primo periodo essa stabilisce che, in ordine alle operazioni bancarie regolate in conto corrente (il richiamo è all'art. 1852 cod. civ.), l'art. 2935 cod. civ. si interpreta nel senso che la prescrizione relativa ai diritti nascenti dall'annotazione in conto inizia a decorrere dal giorno dell'annotazione stessa (il principio è da intendere riferito a tutti i diritti nascenti dall'annotazione in conto, in assenza di qualsiasi distinzione da parte del legislatore). Il secondo periodo dispone che, in ogni caso, non si fa luogo alla restituzione di importi già versati alla data di entrata in vigore della legge di conversione del d.l. n. 225 del 2010; ed anche questa disposizione normativa è chiara nel senso fatto palese dal significato proprio delle parole (art. 12 disposizioni sulla legge in generale), che è quello di rendere non ripetibili gli importi già versati (evidentemente, nel quadro del rapporto menzionato nel primo periodo) alla data di entrata in vigore della legge di conversione.

Questo è, dunque, il contesto normativo sul quale l'ordinanza di rimessione è intervenuta. Esso non si prestava ad un'interpretazione conforme a Costituzione, come risulterà dalle considerazioni che saranno svolte trattando del merito. Pertanto, la presunta ragione d'inammissibilità non sussiste.

11.— La questione è fondata.

L'art. 2935 cod. civ. stabilisce che «La prescrizione comincia a decorrere dal giorno in cui il diritto può essere fatto valere». Si tratta di una norma di carattere generale, dalla quale si evince che presupposto della prescrizione è il mancato esercizio del diritto da parte del suo titolare. La formula elastica usata dal legislatore si spiega con l'esigenza di adattarla alle concrete modalità dei molteplici rapporti dai quali i diritti soggetti a prescrizione nascono.

Il principio posto dal citato articolo, peraltro, vale quando manchi una specifica statuizione legislativa sulla decorrenza della prescrizione. Infatti, sia nel codice civile sia in altri codici e nella legislazione speciale, sono numerosi i casi in cui la legge collega il *dies a quo* della prescrizione a circostanze o eventi determinati. In alcuni di questi casi l'indicazione espressa della decorrenza costituisce una specificazione del principio enunciato dall'art. 2935 cod. civ.; in altri, la determinazione della decorrenza stabilita dalla legge costituisce una deroga al principio generale che la prescrizione inizia il suo corso dal momento in cui sussiste la possibilità legale di far valere il diritto (non rilevano, invece, gli impedimenti di mero fatto).

In questo quadro, prima dell'intervento legislativo concretato dalla norma qui censurata, con riferimento alla prescrizione del diritto alla ripetizione dell'indebito nascente da operazioni bancarie regolate in conto corrente, nella giurisprudenza di merito si era formato un orienta-

mento, peraltro minoritario, secondo cui la prescrizione del menzionato diritto decorreva dall'annotazione dell'addebito in conto, in quanto, benché il contratto di conto corrente bancario fosse considerato come rapporto unitario, la sua natura di contratto di durata e la rilevanza dei singoli atti di esecuzione giustificavano quella conclusione.

In particolare, gli atti di addebito e di accredito, fin dalla loro annotazione, producevano l'effetto di modificare il saldo, attraverso la variazione quantitativa, e di determinare in tal modo la somma esigibile dal correntista ai sensi dell'art. 1852 cod. civ.

A tale indirizzo si contrapponeva, sempre nella giurisprudenza di merito, un orientamento di gran lunga maggioritario secondo cui la prescrizione del diritto alla ripetizione dell'indebito doveva decorrere dalla chiusura definitiva del rapporto, considerata la natura unitaria del contratto di conto corrente bancario, il quale darebbe luogo ad un unico rapporto giuridico, ancorché articolato in una pluralità di atti esecutivi: la serie successiva di versamenti e prelievi, accreditamenti e addebiti, comporterebbe soltanto variazioni quantitative del titolo originario costituito tra banca e cliente; soltanto con la chiusura del conto si stabilirebbero in via definitiva i crediti e i debiti delle parti e le somme trattenute indebitamente dall'istituto di credito potrebbero essere oggetto di ripetizione.

Nella giurisprudenza di legittimità, prima della sentenza n. 24418 del 2 dicembre 2010, resa dalla Corte di cassazione a sezioni unite, non risulta che si fossero palesati contasti sul tema in esame. Infatti, essa aveva affermato, in linea con l'orientamento maggioritario emerso in sede di merito, che il termine di prescrizione decennale per il reclamo delle somme trattenute dalla banca indebitamente a titolo di interessi su un'apertura di credito in conto corrente decorre dalla chiusura definitiva del rapporto, trattandosi di un contratto unitario che dà luogo ad un unico rapporto giuridico, anche se articolato in una pluralità di atti esecutivi, sicché soltanto con la chiusura del conto si stabiliscono definitivamente i crediti e i debiti delle parti tra loro (Corte di cassazione, sezione prima civile, sentenza 14 maggio 2005, n. 10127 e sezione prima civile, sentenza 9 aprile 1984, n. 2262).

Con la citata sentenza n. 24418 del 2010 (affidata alle sezioni unite per la particolare importanza delle questioni sollevate: art. 374, secondo comma, cod. proc. civ.) la Corte di cassazione, con riguardo alla fattispecie al suo esame (contratto di apertura di credito bancario in conto corrente), ha tenuto ferma la conclusione alla quale la precedente giurisprudenza di legittimità era pervenuta ed ha affermato, quindi, il seguente principio di diritto: «Se, dopo la conclusione di un contratto di apertura di credito bancario regolato in conto corrente, il correntista agisce per far dichiarare la nullità della clausola che prevede la corresponsione di interessi anatocistici e per la ripetizione di quanto pagato indebitamente a questo titolo, il termine di prescrizione decennale cui tale azione di ripetizione è soggetta decorre, qualora i versamenti eseguiti dal correntista in pendenza del rapporto abbiano avuto solo funzione ripristinatoria della provvista, dalla data in

cui è stato estinto il saldo di chiusura del conto in cui gli interessi non dovuti sono stati registrati».

Rispetto alle pronunzie precedenti, la sentenza n. 24418 del 2010 ha aggiunto che, quando nell'ambito del rapporto in questione è stato eseguito un atto giuridico definibile come pagamento (consistente nell'esecuzione di una prestazione da parte di un soggetto, con conseguente spostamento patrimoniale a favore di altro soggetto), e il *solvens* ne contesti la legittimità assumendo la carenza di una idonea causa giustificativa e perciò agendo per la ripetizione dell'indebito, la prescrizione decorre dalla data in cui il pagamento indebito è stato eseguito. Ma ciò soltanto qualora si sia in presenza di un atto con efficacia solutoria, cioè per l'appunto di un pagamento, vale a dire di un versamento eseguito su un conto passivo ("scoperto"), cui non accede alcuna apertura di credito a favore del correntista, oppure di un versamento destinato a coprire un passivo eccedente i limiti dell'accreditamento (cosiddetto extra fido).

In particolare, con riferimento alla fattispecie (relativa ad azione di ripetizione d'indebito proposta dal cliente di una banca, il quale lamentava la nullità della clausola di capitalizzazione trimestrale degli interessi), la Corte di legittimità non ha condiviso la tesi dell'istituto di credito ricorrente, che avrebbe voluto individuare il *dies a quo* del decorso della prescrizione nella data di annotazione in conto di ogni singola posta di interessi illegittimamente addebitati al correntista. Infatti, «L'annotazione in conto di una siffatta posta comporta un incremento del debito del correntista, o una riduzione del credito di cui egli ancora dispone, ma in nessun modo si risolve in un pagamento, nei termini sopra indicati: perché non vi corrisponde alcuna attività solutoria del correntista medesimo in favore della banca. Sin dal momento dell'annotazione, avvedutosi dell'illegittimità dell'addebito in conto, il correntista potrà naturalmente agire per far dichiarare la nullità del titolo su cui quell'addebito si basa e, di conseguenza, per ottenere una rettifica in suo favore delle risultanze del conto stesso. E potrà farlo, se al conto accede un'apertura di credito bancario, allo scopo di recuperare una maggiore disponibilità di credito entro i limiti del fido concessogli. Ma non può agire per la ripetizione di un pagamento che, in quanto tale, da parte sua non ha ancora avuto luogo».

Come si vede, dunque, a parte la correzione relativa ai versamenti con carattere solutorio, la citata sentenza della Corte di cassazione a sezioni unite conferma l'orientamento della precedente giurisprudenza di legittimità, a sua volta in sintonia con l'orientamento maggioritario della giurisprudenza di merito.

12.— In questo contesto è intervenuto l'art. 2, comma 61, del d.l. n. 225 del 2010, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 10 del 2011.

La norma si compone di due periodi: come già si è accennato, il primo dispone che «In ordine alle operazioni bancarie regolate in conto corrente l'art. 2935 cod. civ. si interpreta nel senso che la prescrizione relativa ai diritti nascenti dall'annotazione in conto inizia a decorrere dal giorno dell'annotazione stessa».

La disposizione si auto-qualifica di interpretazione e,



dunque, spiega efficacia retroattiva come, del resto, si evince anche dal suo tenore letterale che rende la stessa applicabile alle situazioni giuridiche nascenti dal rapporto contrattuale di conto corrente e non ancora esaurite alla data della sua entrata in vigore.

Orbene, questa Corte ha già affermato che il divieto di retroattività della legge (art. 11 delle disposizioni sulla legge in generale), pur costituendo valore fondamentale di civiltà giuridica, non riceve nell'ordinamento la tutela privilegiata di cui all'art. 25 Cost. (sentenze n. 15 del 2012, n. 236 del 2011, e n. 393 del 2006). Pertanto, il legislatore - nel rispetto di tale previsione - può emanare norme retroattive, anche di interpretazione autentica, purché la retroattività trovi adeguata giustificazione nell'esigenza di tutelare principi, diritti e beni di rilievo costituzionale, che costituiscono altrettanti «motivi imperativi di interesse generale», ai sensi della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU).

La norma che deriva dalla legge di interpretazione autentica, quindi, non può dirsi costituzionalmente illegittima qualora si limiti ad assegnare alla disposizione interpretata un significato già in essa contenuto, riconoscibile come una delle possibili letture del testo originario (*ex plurimis*: sentenze n. 271 e n. 257 del 2011, n. 209 del 2010 e n. 24 del 2009). In tal caso, infatti, la legge interpretativa ha lo scopo di chiarire «situazioni di oggettiva incertezza del dato normativo», in ragione di «un dibattito giurisprudenziale irrisolto» (sentenza n. 311 del 2009), o di «ristabilire un'interpretazione più aderente alla originaria volontà del legislatore» (ancora sentenza n. 311 del 2009), a tutela della certezza del diritto e dell'eguaglianza dei cittadini, cioè di principi di preminente interesse costituzionale. Accanto a tale caratteristica, questa Corte ha individuato una serie di limiti generali all'efficacia retroattiva delle leggi, attinenti alla salvaguardia, oltre che dei principi costituzionali, di altri fondamentali valori di civiltà giuridica, posti a tutela dei destinatari della norma e dello stesso ordinamento, tra i quali vanno ricompresi il rispetto del principio generale di ragionevolezza, che si riflette nel divieto di introdurre ingiustificate disparità di trattamento; la tutela dell'affidamento legittimamente sorto nei soggetti quale principio connaturato allo Stato di diritto; la coerenza e la certezza dell'ordinamento giuridico; il rispetto delle funzioni costituzionalmente riservate al potere giudiziario (sentenza n. 209 del 2010, citata, punto 5.1, del Considerato in diritto).

Ciò posto, si deve osservare che la norma censurata, con la sua efficacia retroattiva, lede in primo luogo il canone generale della ragionevolezza delle norme (art. 3 Cost.). Invero, essa è intervenuta sull'art. 2935 cod. civ. in assenza di una situazione di oggettiva incertezza del dato normativo, perché, in materia di decorrenza del termine di prescrizione relativo alle operazioni bancarie regolate in conto corrente, a parte un indirizzo del tutto minoritario della giurisprudenza di merito, si era ormai formato un orientamento maggioritario in detta giurisprudenza, che aveva trovato riscontro in sede di legittimità ed aveva condotto ad individuare nella chiusura del rapporto con-

trattuale o nel pagamento solutorio il *dies a quo* per il decorso del suddetto termine.

Inoltre, la soluzione fatta propria dal legislatore con la norma denunciata non può sotto alcun profilo essere considerata una possibile variante di senso del testo originario della norma oggetto d'interpretazione.

Come sopra si è notato, quest'ultima pone una regola di carattere generale, che fa decorrere la prescrizione dal giorno in cui il diritto (già sorto) può essere fatto legalmente valere, in coerenza con la *ratio* dell'istituto che postula l'inerzia del titolare del diritto stesso, nonché con la finalità di demandare al giudice l'accertamento sul punto, in relazione alle concrete modalità della fattispecie. La norma censurata, invece, interviene, con riguardo alle operazioni bancarie regolate in conto corrente, individuando, con effetto retroattivo, il *dies a quo* per il decorso della prescrizione nella data di annotazione in conto dei diritti nascenti dall'annotazione stessa.

In proposito, si deve osservare che non è esatto (come pure è stato sostenuto) che con tale espressione si dovrebbero intendere soltanto i diritti di contestazione, sul piano cartolare, e dunque di rettifica o di eliminazione delle annotazioni conseguenti ad atti o negozi accertati come nulli, ovvero basati su errori di calcolo. Se così fosse, la norma sarebbe inutile, perché il correntista può sempre agire per far dichiarare la nullità - con azione imprescrittibile (art. 1422 cod. civ.) - del titolo su cui l'annotazione illegittima si basa e, di conseguenza, per ottenere la rettifica in suo favore delle risultanze del conto. Ma non sono imprescrittibili le azioni di ripetizione (art. 1422 citato), soggette a prescrizione decennale.

Orbene, come sopra si è notato l'ampia formulazione della norma censurata impone di affermare che, nel novero dei «diritti nascenti dall'annotazione», devono ritenersi inclusi anche i diritti di ripetere somme non dovute (quali sono quelli derivanti, ad esempio, da interessi anatocistici o comunque non spettanti, da commissioni di massimo scoperto e così via, tenuto conto del fatto che il rapporto di conto corrente di cui si discute, come risulta dall'ordinanza di rimessione del Tribunale di Brindisi, si è svolto in data precedente all'entrata in vigore del decreto legislativo 4 agosto 1999, n. 342, recante modifiche al d.lgs. 1° settembre 1993, n. 385 (Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia). Ma la ripetizione dell'indebito oggettivo postula un pagamento (art. 2033 cod. civ.) che, avuto riguardo alle modalità di funzionamento del rapporto di conto corrente, spesso si rende configurabile soltanto all'atto della chiusura del conto (Corte di cassazione, sezioni unite, sentenza n. 24418 del 2010, citata).

Ne deriva che ancorare con norma retroattiva la decorrenza del termine di prescrizione all'annotazione in conto significa individuarla in un momento diverso da quello in cui il diritto può essere fatto valere, secondo la previsione dell'art. 2935 cod. civ.

Pertanto, la norma censurata, lungi dall'esprimere una soluzione ermeneutica rientrante tra i significati ascrivibili al citato art. 2935 cod. civ., ad esso nettamente derogando, innovando rispetto al testo previgente, peraltro senza alcuna ragionevole giustificazione.

Anzi, l'efficacia retroattiva della deroga rende asimmetrico il rapporto contrattuale di conto corrente perché, retrodatando il decorso del termine di prescrizione, finisce per ridurre irragionevolmente l'arco temporale disponibile per l'esercizio dei diritti nascenti dal rapporto stesso, in particolare pregiudicando la posizione giuridica dei correntisti che, nel contesto giuridico anteriore all'entrata in vigore della norma denunciata, abbiano avviato azioni dirette a ripetere somme ai medesimi illegittimamente addebitate.

Sussiste, dunque, la violazione dell'art. 3 Cost., perché la norma censurata, facendo retroagire la disciplina in esso prevista, non rispetta i principi generali di eguaglianza e ragionevolezza (sentenza n. 209 del 2010).

13.— L'art. 2, comma 61, del d.l. n. 225 del 2010 (primo periodo), convertito, con modificazioni, dalla legge n. 10 del 2011, è costituzionalmente illegittimo anche per altro profilo.

È noto che, a partire dalle sentenze n. 348 e 349 del 2007, la giurisprudenza di questa Corte è costante nel ritenere che le norme della CEDU - nel significato loro attribuito dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, specificamente istituita per dare ad esse interpretazione e applicazione - integrino, quali "norme interposte", il parametro costituzionale espresso dall'art. 117, primo comma, Cost., nella parte in cui impone la conformazione della legislazione interna ai vincoli derivanti dagli obblighi internazionali (*ex plurimis*: sentenze n. 1 del 2011; n. 196, n. 187 e n. 138 del 2010; sulla perdurante validità di tale ricostruzione anche dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, sentenza n. 80 del 2011).

La Corte europea dei diritti dell'uomo ha più volte affermato che se, in linea di principio, nulla vieta al potere legislativo di regolamentare in materia civile, con nuove disposizioni dalla portata retroattiva, diritti risultanti da leggi in vigore, il principio della preminenza del diritto e il concetto di processo equo sanciti dall'art. 6 della Convenzione ostano, salvo che per imperative ragioni di interesse generale, all'ingerenza del potere legislativo nell'amministrazione della giustizia, al fine di influenzare l'esito giudiziario di una controversia (*ex plurimis*: Corte europea, sentenza sezione seconda, 7 giugno 2011, Agrati ed altri contro Italia; sezione seconda, 31 maggio 2011, Maggio contro Italia; sezione quinta, 11 febbraio 2010, Javague contro Francia; sezione seconda, 10 giugno 2008, Bortesi e altri contro Italia).

Pertanto, sussiste uno spazio, sia pur delimitato, per un intervento del legislatore con efficacia retroattiva (fermi i limiti di cui all'art. 25 Cost.), se giustificato da «motivi imperativi d'interesse generale», che spetta innanzitutto al legislatore nazionale e a questa Corte valutare, con riferimento a principi, diritti e beni di rilievo costituzionale, nell'ambito del margine di apprezzamento riconosciuto dalla giurisprudenza della Cedu ai singoli ordinamenti statali (sentenza n. 15 del 2012).

Nel caso in esame, come si evince dalle considerazioni dianzi svolte, non è dato ravvisare quali sarebbero i motivi imperativi d'interesse generale, idonei a giustificare l'effetto retroattivo. Ne segue che risulta violato anche il parametro costituito dall'art. 117, primo comma, Cost.,

in relazione all'art. 6 della Convenzione europea, come interpretato dalla Corte di Strasburgo.

Pertanto, deve essere dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 2, comma 61, del d.l. n. 225 del 2010, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 10 del 2011 (comma introdotto dalla legge di conversione). La declaratoria di illegittimità comprende anche il secondo periodo della norma («In ogni caso non si fa luogo alla restituzione di importi già versati alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto»), trattandosi di disposizione strettamente connessa al primo periodo, del quale, dunque, segue la sorte.

14.— Ogni altro profilo, emergente dall'ordinanza del Tribunale di Brindisi e dalle altre ordinanze di rimessione indicate in epigrafe, resta assorbito.

#### PER QUESTI MOTIVI LA CORTE COSTITUZIONALE

riuniti i giudizi,

dichiara l'illegittimità costituzionale dell'articolo 2, comma 61, del decreto-legge 29 dicembre 2010, n. 225 (Proroga di termini previsti da disposizioni legislative e di interventi urgenti in materia tributaria e di sostegno alle imprese e alle famiglie), convertito, con modificazioni, dalla legge 26 febbraio 2011, n. 10.

Così deciso in Roma, nella sede della Corte costituzionale, Palazzo della Consulta, il 2 aprile 2012.

F.to:

Alfonso QUARANTA, Presidente  
Alessandro CRISCUOLO, Redattore  
Roberto MILANA, Cancelliere

Depositata in Cancelleria il 5 aprile 2012.

## IL COMMENTO

di Giovanni D'Amico

La nota ricostruisce il dibattito intorno alla questione dell'inizio del termine di prescrizione dell'azione di ripetizione di interessi anatocistici indebitamente pagati dal correntista. In particolare viene ripresa la problematica sollevata dalla sentenza n. 24418 del 2010 delle Sezioni Unite, che torna ad essere il punto di riferimento della discussione in materia dopo la recente dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art. 2 comma 61 l. 26 febbraio 2011, n. 10, operata dalla sentenza n. 78 del 2012 della Corte costituzionale.

### **Premessa. Da Cass., Sez. Un., n. 24418 del 2010 a Corte Cost. n. 78 del 2012 e ritorno**

La discussione "senza fine" sul tema dell'anatocismo - avviatasi ormai quasi un quarto di secolo fa - rischia di arricchirsi di un nuovo (e non è detto che sia l'ultimo) capitolo, non meno polemico di quelli che lo hanno preceduto, e con la particolarità però di assomigliare ad una sorta di «commedia degli equivoci».

Nulla di cui meravigliarsi, per carità! Già nelle precedenti discussioni sulla "questione anatocismo" (o meglio, e più precisamente: sulla *quérelle* relativa all'anatocismo nei rapporti bancari, perché è pressoché esclusivamente in questo campo che si sono alimentati il dibattito teorico e il contenzioso giudiziario in questi anni) era, a più riprese, emerso (o quanto meno era stato fatto balenare) il dubbio che la discussione poggiasse su basi "concettuali" malcerte (o, comunque, bisognose di *preliminari* chiarimenti di fondo), al punto da investire in radice la stessa esistenza dell'oggetto del contendere, ponendosi da alcuni il quesito se il fenomeno dell'anatocismo bancario possa veramente essere ricondotto alla previsione dell'art. 1283 c.c., o se non vada invece spiegato secondo i meccanismi propri (per quanto ancora misteriosi) di quel particolare contratto che è il conto corrente bancario (1).

Va subito detto che questi dubbi (dottrinali) - per lo più (se non sempre) avanzati dal fronte che ha difeso in questa vicenda la posizione e gli interessi delle banche - non hanno avuto significativo seguito nella giurisprudenza (e, d'altra parte, se non fosse stato così, il *révirement* del 1999 avrebbe avuto il fiato corto, e non si sarebbe consolidato, come pur invece è avvenuto), al punto da indurre l'accusa di una elusione (o, addirittura, di una rimozione) del problema (2).

Può darsi che non sia così, e che non di "elusione" (o rimozione, che dir si voglia) si sia trattato, ma di consapevole - se pur (solo) implicita - non condivisione dell'assunto teorico poc'anzi richiamato. Ma anche ammesso ciò, non può cionondimeno ne-

garsi che proprio questo mancato chiarimento di fondo sia, per altro verso, certamente alla base dei molti equivoci che - a nostro avviso - hanno caratterizzato (e caratterizzano ancora) l'ultimo capitolo della *quérelle* sull'anatocismo bancario, di cui ci occupiamo in questa sede.

È bene riassumere - sia pure in maniera sintetica (per quanto possibile) - i "passaggi" che hanno portato alla recentissima pronuncia della Corte costituzionale in commento, ultima puntata della vicenda. Come è noto, in sede di controversie tra banche e clienti relative al profilo dell'addebito in conto di interessi anatocistici (3), una delle eccezioni più frequentemente sollevate dalle banche - essendo il rapporto di conto corrente un rapporto che si protrae

#### **Note:**

(1) Il riferimento è soprattutto alle prese di posizione di P. Ferro-Luzzi, *Dell'anatocismo; del conto corrente bancario e di tante cose poco commendevoli*, in *Riv. dir. priv.*, 2000, 201 ss.; Id., *Le opzioni ermeneutiche dell'ambito semantico; l'anatocismo arriva alla Corte Costituzionale*, *ibidem*, 734 ss.; Id., *Una nuova fattispecie giurisprudenziale: "l'anatocismo bancario"; postulati e conseguenze*, in *Giur. comm.*, 2001, 5 ss. La tesi di P. Ferro-Luzzi (sulla quale ci soffermeremo più avanti) è ripresa da U. Morena, *Sulla non configurabilità della fattispecie "anatocismo" nel conto corrente bancario*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, 17 ss.

(2) Accusa che - come si dirà - ha colpito anche la recente pronuncia della 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* ed in *Corr. giur.*, 2011, 817, con nota di Rolfi (autore al quale si deve il rilievo qui ricordato).

(3) Controversie che si instaurano generalmente alla chiusura del conto corrente, e che possono essere introdotte (come più frequentemente accade) dalla banca, che richiama il pagamento del saldo negativo risultante all'estinzione del rapporto, ovvero (ipotesi meno frequente, ma tutt'altro che rara) dal cliente che, indipendentemente da un sollecito di pagamento, chiedi il ricalcolo del saldo espungendo dal conto gli interessi anatocistici calcolati e annotati in conto dalla banca (in maniera o in misura suppostamente illegittima). Può aggiungersi - ma è profilo del quale, in questa sede, non interessa occuparsi - che la contestazione del cliente (vuoi in sede di eccezione sollevata nei confronti della banca agente, vuoi in sede di azione) non riguarda quasi mai solo la questione degli interessi anatocistici, accompagnandosi (di solito) a questa anche altre problematiche (interessi "uso piazza", commissioni di massimo scoperto, ecc.).



generalmente per svariati anni - è l'eccezione di prescrizione.

L'eccezione (che ha senso, naturalmente, nell'ambito della premessa che gli interessi anatocistici addebitati al cliente siano da considerarsi illegittimi, in quanto derivanti dall'applicazione di una clausola nulla) (4) non mira ovviamente a contestare l'esercizio in sé del diritto di far accertare la nullità (l'azione di nullità è, infatti, *imprescrittibile*), mentre è volta piuttosto a paralizzare l'effetto pratico più rilevante della (in ipotesi) riconosciuta (5) nullità della clausola anatocistica, ossia l'effetto di rendere indebiti (= non dovuti), e pertanto *ripetibili*, gli interessi in virtù di quella clausola addebitati al cliente. Su questa base (alla quale consegue, in virtù del combinato disposto degli artt. 1422, 2033 e 2946 c.c., l'applicazione del termine di prescrizione ordinario, ossia del termine decennale) (6), l'orientamento prevalente era nel senso che la prescrizione della suddetta azione di ripetizione decorresse dalla chiusura del rapporto di conto corrente (7), anche

**Note:**

(4) È appena il caso di evidenziare che, per le banche, la eccezione di cui parliamo nel testo è svolta in subordine al (mancato accoglimento della) difesa principale che esse oppongono ai clienti: ossia la piena validità ed efficacia delle clausole anatocistiche, nella forma che dette clausole avevano assunto nel nostro sistema, ossia la forma della c.d. «capitalizzazione trimestrale degli interessi». La illegittimità della capitalizzazione trimestrale (quale veniva praticata sul presupposto - riconosciuto come infondato dal *révirement* del 1999 - dell'esistenza di «usi normativi» che la legittimassero ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 1283 c.c.) riguarda - è bene precisarlo - soltanto le clausole «anatocistiche» contenute in contratti anteriori al d.lgs. 4 agosto 1999, n. 342 (c.d. decreto «salva banche»), il quale ha modificato l'art. 120 T.U.B. attribuendo al CICR il potere di stabilire «modalità e criteri per la produzione di interessi sugli interessi maturati nelle operazioni poste in essere nell'esercizio dell'attività bancaria». È noto, poi, come il CICR - con Delib. 9 febbraio 2000 (in *G.U.*, L 43 del 22 febbraio 2000 ed entrata in vigore il 22 aprile 2000) - abbia stabilito (art. 2) che «*Nel conto corrente l'accredito e l'addebito degli interessi avviene sulla base dei tassi e con le periodicità contrattualmente stabiliti. Il saldo periodico produce interessi secondo le medesime modalità. 2. Nell'ambito di ogni singolo conto corrente deve essere stabilita la stessa periodicità nel conteggio degli interessi creditori e debitori. (...)»*. Come risulta chiaramente dalla disposizione citata, in materia di rapporti bancari (più precisamente: nell'ambito del rapporto di conto corrente) si consente all'autonomia privata uno spazio di esplicazione maggiore di quanto non preveda in generale l'art. 1283 c.c. (che - in mancanza di usi normativi contrari - consente soltanto una convenzione anatocistica posteriore alla scadenza degli interessi, e sempre che si tratti di interessi dovuti almeno per sei mesi). Nulla osta, dunque, più ad una convenzione anatocistica anteriore alla scadenza degli interessi, e in base alla quale la «capitalizzazione» avvenga con una periodicità inferiore ai sei mesi (di fatto, nei nuovi contratti le banche hanno inserito clausole anatocistiche del tutto identiche a quelle precedentemente in uso, ossia clausole prevedenti la periodicità *trimestrale* della chiusura contabile del conto e della conseguente capitalizzazione degli interessi). Ma - per l'appunto - è necessaria adesso una apposita clausola contrattuale (mentre prima si riteneva

esistente un «uso normativo», onde - quand'anche il contratto avesse taciuto - si sarebbe dovuto comunque applicare la capitalizzazione trimestrale, tale essendo il contenuto del suddetto preteso «uso»), clausola che deve essere stipulata per iscritto, anzi - per essere più precisi - deve essere *specificamente approvata* per iscritto, come si evince chiaramente dall'art. 6 della citata Delibera CICR (vi è - dunque - un'equiparazione della clausola anatocistica al requisito formale che l'art. 1341 comma 2 c.c., richiede per le clausole «vessatorie»). Peraltro, va ricordato che per i contratti già in corso la norma transitoria dell'art. 7 prevede(va) che: «*1. Le condizioni applicate sulla base dei contratti stipulati anteriormente alla data di entrata in vigore della presente delibera devono essere adeguate alle disposizioni in questa contenute entro il 30 giugno 2000 e i relativi effetti si producono a decorrere dal successivo 1° luglio. - 2. Qualora le nuove condizioni contrattuali non comportino un peggioramento delle condizioni precedentemente applicate, le banche e gli intermediari finanziari, entro il medesimo termine del 30 giugno 2000, possono provvedere all'adeguamento, in via generale, mediante pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana. Di tali nuove condizioni deve essere fornita opportuna notizia per iscritto alla clientela alla prima occasione utile e, comunque, entro il 31 dicembre 2000. - 3. Nel caso in cui le nuove condizioni contrattuali comportino un peggioramento delle condizioni precedentemente applicate, esse devono essere approvate dalla clientela»*. Va tuttavia detto che - sempre con riferimento ai contratti «in corso» - se l'adempimento delle formalità previste dal cit. art. 7 può aver garantito la legittimità della capitalizzazione trimestrale degli interessi per il futuro (ossia: a partire dal 1° luglio 2000), esso non ha di certo «sanato» l'illegittimità pregressa (= per il passato) di tale capitalizzazione. Ne consegue che - se al momento in cui è divenuta efficace (*rectius*: legittima) la «nuova» regola di capitalizzazione trimestrale - esisteva sul conto un «saldo» risultante dalla pregressa (illegittima) capitalizzazione trimestrale degli interessi, la banca avrebbe dovuto ricalcolare tale saldo «depurandolo» degli interessi anatocistici (nulli) in esso inglobati. Ove un tale ricalcolo non sia stato effettuato (ed è da supporre che nessuna banca lo abbia effettuato spontaneamente, ossia in assenza di una specifica richiesta del cliente), è evidente che tutte le successive annotazioni degli interessi calcolati sui saldi precedenti (e i nuovi «saldi» da esse via via determinati) non possano non risultare inficiate da questo vizio di origine (e cioè dall'essere «derivate» da quel primo «saldo» inesatto e illegittimo). Con la conseguenza che - alla chiusura del rapporto - il cliente potrà comunque chiedere che il saldo finale sia ricalcolato «depurando» il conto degli interessi «anatocistici» illegittimamente in esso annotati anteriormente al 1° luglio 2000.

(5) Dal giudice, che abbia respinto l'argomentazione «principale» della banca.

(6) Opinione ormai pacifica. Cfr., per tutti, Maffei, *Anatocismo bancario e ripetizione degli interessi da parte del cliente*, in questa *Rivista*, 2001, 406 ss., spec. 410, ove si osserva che non vi è ragione per affacciare il dubbio che il termine di prescrizione del diritto del cliente alla ripetizione sia di 5 anni (anziché di 10) in virtù del disposto dell'art. 2948 n. 4 c.c., perché quest'ultima norma riguarda la prescrizione del diritto ad ottenere interessi «dovuti», mentre nel nostro caso si tratta della ripetizione di interessi «non dovuti».

(7) L'argomento fondamentale utilizzato a questo fine è quello secondo cui, essendo il conto corrente bancario un contratto di durata avente un carattere unitario, solo al termine del rapporto sarebbe possibile stabilire se sussista o meno (e in che misura) una ragione di debito/credito tra le parti: cfr., già, Cass. 9 aprile 1984, n. 2262, in *Foro it. Rep.*, 1984, voce *Contratti bancari*, n. 24. Si noti sin da ora che - ragionando nella logica dell'art. 2033 c.c. (ripetizione *del pagamento* indebito) - a rigore, il termine di prescrizione dell'azione non decorrerebbe neanche dalla chiusura del conto (con l'annotazione del «saldo finale»), bensì soltanto a partire dal giorno in cui il correntista abbia a pagare (in tutto *(segue)*)

se non mancavano opinioni (minoritarie) secondo le quali il *dies a quo* di inizio del corso del termine prescrizionale andava individuato invece nel momento dell'addebito in conto (con la relativa «annotazione») degli interessi (8).

La situazione sotto questo profilo viene interamente sottoposta a riconsiderazione dal ben noto intervento delle Sezioni unite del dicembre 2010 (9).

Le Sezioni Unite infatti assumono una posizione alquanto articolata, che ci sembra sintetizzabile, attraverso i seguenti passaggi fondamentali:

a) I giudici del Supremo collegio, *in limine*, dichiarano di ritenere «degne di attenzione» le critiche mosse dalla (banca) ricorrente all'orientamento dominante secondo il quale il *dies a quo* del termine decennale di prescrizione decorrerebbe dalla chiusura definitiva del rapporto, per la ragione che si tratterebbe «di un contratto unitario che dà luogo ad un unico rapporto giuridico, anche se articolato in una pluralità di atti esecutivi, sicché è solo con la chiusura del conto che si stabiliscono definitivamente i crediti e i debiti delle parti tra loro»;

b) In effetti - osservano le S.U. - l'argomento dell'unitarietà del rapporto giuridico derivante dal contratto di conto corrente bancario «non è, di per sé solo, elemento decisivo» per accogliere la tesi dominante (1), che perviene a risultati bensì condivisibili, ma solo nella maggior parte dei casi, non sempre; il che - secondo i giudici delle S.U. - deriva appunto dal fatto che il problema della decorrenza della prescrizione dell'azione di ripetizione va affrontato sulla base di premesse teoriche diverse dalla teoria dell'«unitarietà» del rapporto di conto corrente (11);

c) Questa premessa, tuttavia, non porta le Sez. un. ad accogliere la tesi delle banche, e cioè che il *dies a quo* del termine di prescrizione dell'azione di ripetizione vada identificato nell'annotazione in conto degli interessi (anatocistici) (12), sul presupposto

### Note:

(continua nota 7)

o in parte) il saldo finale (in ipotesi) negativo risultante a suo debito (cfr. esattamente Cass. n. 24418 del 2010, cit., dove si legge: «... Di pagamento, nella descritta situazione, potrà dunque parlarsi soltanto dopo che, conclusosi il rapporto di apertura di credito in conto corrente, la banca abbia esatto dal correntista la restituzione del saldo finale, nel computo del quale risultino compresi interessi non dovuti e, perciò, da restituire se corrisposti dal cliente all'atto della chiusura del conto»).

(8) Era questa la tesi sostenuta quasi sempre dalle banche, seguendo la prospettazione del problema proveniente da una autorevole posizione dottrinale (P. Ferro Luzzi, di cui si vedano sin d'ora gli scritti già citati nella nota 1). Nello stesso senso v. Maffei, *op. cit.*, 410 (il quale parla di decorrenza della prescrizione dal momento «dell'accre-ditamento a favore della banca delle singole somme corrispondenti agli interessi sugli interessi capitalizzati

trimestralmente»), alla cui opinione presta adesione Porcelli, *La disciplina degli interessi bancari tra autonomia ed eteronomia*, Napoli, 2003, 315. Analogamente Scotti Camuzzi, *La restituzione ai clienti degli interessi anatocistici che la banca ha addebitato in passato sui loro c/c*, in *Giur. comm.*, 2001, I, 253 ss., 260 e Colombo, *L'anatocismo*, Milano, 2007, spec. 135 ss.

(9) Cass., Sez. Un., 2 dicembre 2010, n. 24418, cit.

(10) Va evidenziata una certa ambiguità di questo «passaggio» della motivazione della pronuncia. Le S.U. non escludono del tutto la rilevanza dell'argomento della «unitarietà» del rapporto di conto corrente, ma lo ritengono non decisivo, o meglio *non sufficiente* a supportare la conclusione secondo cui la prescrizione decorre dalla chiusura del conto (conclusione - va subito detto - che le stesse S.U. pervengono a ritenere corretta in concreto *nella stragrande maggioranza dei casi*, ma sulla base di un ragionamento che non fa leva sul principio di «unitarietà» del conto corrente). Esse peraltro sembrano intendere il principio di «unitarietà» del conto corrente in un significato non del tutto proprio, come emerge dal richiamo che viene fatto alla circostanza che anche in altri «*rapporti di durata*» (locazione, affitto, somministrazione periodica di cose) che implicano «prestazioni in denaro ripetute e scaglionate nel tempo» (sottinteso: *come sono gli interessi che maturano sul conto corrente*), «l'unitarietà del rapporto contrattuale e il fatto che esso sia destinato a protrarsi ancora per il futuro non impedisce di qualificare indebitamente ciascun singolo pagamento non dovuto, se ciò dipende dalla nullità del titolo giustificativo dell'esborso, sin dal momento in cui il pagamento medesimo abbia avuto luogo». Probabilmente, *così inteso*, il principio di unitarietà non vale - né nei rapporti richiamati né nel conto corrente bancario - a giustificare lo spostamento della decorrenza del termine di prescrizione alla chiusura del rapporto. Il che non esclude tuttavia che - *inteso in maniera diversa* (ad es. come «*inscindibilità*» delle prestazioni) - il principio di «unitarietà» (ammesso che esso ricorra nel caso del conto corrente bancario; ciò di cui può comunque dubitarsi) possa effettivamente giustificare la decorrenza della prescrizione dalla chiusura del rapporto. Di sicuro, comunque, non ci sembra (lo si ripete) che detto principio possa riallacciarsi alla sola circostanza (di per sé, estrinseca) che esistano una pluralità di prestazioni, ossia che il contratto sia un contratto «di durata».

(11) Condivide, fra gli altri, la critica che le S.U. muovono al principio di «unitarietà» del contratto di conto corrente come fondamento della decorrenza della prescrizione dalla chiusura del rapporto, Rolfi, *Le Sezioni Unite e l'anatocismo*, cit., 823, il quale osserva che «... a porre problemi di determinazione della decorrenza della prescrizione nel caso del conto corrente bancario non è tanto l'unitarietà del rapporto - che di per sé non impedisce che nel corso del medesimo vengano effettuati pagamenti intermedi non dovuti, - quanto la ricostruzione del rapporto di conto corrente bancario in termini di rapporto meramente «contabile», cioè di rapporto nel quale le singole operazioni in dare o avere vengono concepite come mere operazioni contabili, prive di effettivo carattere di spostamento patrimoniale. - In altri termini - e le Sezioni Unite sono molto lucide nel cogliere questo profilo - il problema del rapporto tra conto corrente bancario e decorrenza della prescrizione si riassume nello stabilire quando in tale tipo di contratto si verifichi un pagamento, e cioè un effettivo trasferimento patrimoniale ...».

(12) A voler essere precisi, bisognerebbe distinguere tra l'operazione di annotazione in conto degli interessi (c.d. capitalizzazione degli interessi, secondo la periodicità contrattualmente prevista, di solito trimestrale), e l'addebito degli interessi anatocistici. Gli interessi capitalizzati (ossia «annotati sul conto») sono gli interessi maturati (nel trimestre) sul «capitale» costituito dal saldo esistente all'inizio del periodo (trimestre), capitale che comprende bensì anche gli interessi conteggiati e portati in conto alla chiusura (contabile) del trimestre precedente, ma che non è costituito solo da tali interessi. Fermo restando dunque che dal punto di vista temporale «annotazione in conto degli in-

(segue)

(implicito) che questa annotazione (ossia "l'addebito" degli interessi, che si realizza con la loro "capitalizzazione", con conseguente determinazione del nuovo «saldo» del conto) equivalga a un "pagamento" (ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 2033) (13);

d) le S.U., infatti, respingono esplicitamente l'idea (sostenuta dalle banche) che l'annotazione in conto degli interessi (anatocistici) costituisca (o equivalga di per sé a) un "pagamento" (14) (premessa necessaria per poter agganciare all'annotazione il sorgere del diritto alla ripetizione dell'indebito), e ritengono che di "pagamento" possa parlarsi solo con riferimento ad annotazioni di (successivi) "versamenti" affluiti sul conto (a favore del correntista) (15), e sempreché tali "versamenti" non abbiano (avuto) - *come, del resto, solitamente accade* - una funzione meramente "ripristinatoria" della provvista;

e) in conclusione - secondo le S.U. - solo nel caso in cui ci si trovi di fronte ad un conto "scoperto" (ossia ad un conto il cui passivo abbia superato l'affidamento concesso dalla banca con l'apertura di credito) (16), oppure nel caso di conto passivo *in assenza*

mento in cui essa avviene) - essi non esistono più (= il debito è stato estinto), e dunque non è neanche possibile che possano produrre altri interessi (*ergo*: l'anatocismo non è un fenomeno configurabile nel conto corrente bancario). La tesi, così sinteticamente riassunta - per quanto apparentemente suggestiva - non ci sembra fondata. Va anzitutto osservato che, se pure si dovesse ammettere che l'annotazione in conto degli interessi equivalga al loro "pagamento", ciò non escluderebbe affatto la configurabilità del fenomeno anatocistico, né farebbe venir meno le ragioni per le quali il legislatore circonda di tante cautele la clausola anatocistica (chiedendo che essa risponda a determinati requisiti - ad es. di forma - prescrivendo, inoltre, che si debba prevedere una cadenza della c.d. "capitalizzazione" [degli interessi] almeno semestrale, secondo quanto stabilisce in generale l'art. 1283 c.c., derogabile tuttavia da "usi normativi", e, ora, nel settore bancario e in virtù del nuovo art. 120 T.u.b., anche dalla autonomia privata, con pochi o pochissimi limiti [sostanzialmente il limite della reciprocità]). Ragioni che si riassumono nel fatto che la previsione che gli interessi debbano essere pagati a scadenze troppo ravvicinate aumenta il costo (più o meno occulto) del finanziamento. È appena il caso di aggiungere che dalla tesi sopra esposta (e, in particolare, da quella sua parte che assume essere le «annotazioni in conto» dei "pagamenti") deriva come "collaterale" inevitabile quello della decorrenza della prescrizione dell'azione di ripetizione dall'effettuazione delle singole annotazioni. Su questo profilo, v. subito *infra* nel testo.

(14) «... L'annotazione in conto di una siffatta posta - si legge nella motivazione della sentenza delle Sezioni Unite - comporta un incremento del debito del correntista, o una riduzione del credito di cui egli ancora dispone, ma in nessun modo si risolve in un pagamento (...). Sin dal momento dell'annotazione, avvedutosi dell'illegittimità dell'addebito in conto, il correntista potrà naturalmente agire per far dichiarare la nullità del titolo su cui quell'addebito si basa e, di conseguenza, per ottenere una rettifica in suo favore delle risultanze del conto stesso. E potrà farlo, se al conto accede un'apertura di credito bancario, allo scopo di recuperare una maggiore disponibilità di credito entro i limiti del fido concessogli. Ma non può agire per la ripetizione di un pagamento che, in quanto tale, da parte sua, non ha ancora avuto luogo...» (così Cass. n. 24418 del 2010, cit.).

(15) Le disponibilità sul conto (a favore del correntista) possono costituirsi in vario modo: con versamenti diretti, con accrediti e con concessione di credito da parte della banca. I versamenti consistono nel deposito di contante, ovvero nella rimessa per l'incasso di titoli di credito (assegni, vaglia, ecc.). L'accredito può derivare da un giro-conto (ossia dal trasferimento di una posta attiva da un conto ad altro del correntista presso la stessa banca), oppure da un bonifico disposto dallo stesso correntista o da un terzo. Infine, la disponibilità sul conto può derivare dalla concessione di credito da parte della banca: ad es. (ed è al forma più usuale) attraverso la concessione di una "apertura di credito", ma anche attraverso l'erogazione di un mutuo, o di una anticipazione su titoli, ecc.

Nel prosieguo si utilizzerà il termine "versamento" in una accezione lata, comprensiva di tutte le modalità che aumentano le "disponibilità" sul conto per il cliente, attraverso l'annotazione in conto di poste a suo credito.

(16) Si è acutamente rilevato (Rolfi, *Le Sezioni Unite e l'anatocismo*, cit., 824) che il *decisum* delle Sezioni Unite si concentra sull'apertura di credito, e si allontana - almeno parzialmente - dal conto corrente non assistito da apertura di credito e connesso ad un normale deposito di somme. In altre parole, l'attenzione delle Sezioni Unite è per l'ipotesi in cui in conto corrente venga regolata una apertura di credito, fattispecie che - se pur può ricorrere anche nei confronti di un "consumatore" - costituisce modello contrattuale scelto soprattutto dall'imprenditore, cioè da chi utilizza il conto corrente in funzione della propria attività professionale. Il che - scrive sempre Rolfi - «allontana la decisione delle Sezioni Unite dalla prospettiva "consumeristica" - a volte grossolana e plateale - dei precedenti "antianatocismo", contrariamente a quanto potrebbe opinarsi».

#### Note:

(continua nota 12)

teressi" e "addebito degli interessi anatocistici" avvengono nello stesso momento (perché la prima operazione *contiene* anche la seconda), bisognerebbe essere in condizione di "scorporare" dall'importo complessivo degli interessi maturati nel trimestre la parte che è costituita dagli interessi "anatocistici" (cioè dagli interessi maturati sugli interessi).

(13) La tesi secondo cui l'annotazione in conto degli interessi costituisce "pagamento" (degli stessi) - come già evidenziato - è sostenuta soprattutto da P. Ferro-Luzzi, negli scritti citati *retro* alla nota 1. Secondo questo A. - più precisamente - non solo l'«annotazione» degli interessi, ma qualsiasi altra «annotazione in conto» (sia che si tratti di annotazioni "a debito" del cliente sia che si tratti di annotazioni "a credito") si risolve in un "pagamento" (e nella correlativa estinzione di un debito): del cliente verso la banca se si tratta di una annotazione "a debito" (che implica una "utilizzazione" del "saldo disponibile" da parte del cliente), della banca verso il cliente, se si tratta di una annotazione "a credito" (che implica un aumento del "saldo disponibile" a favore del cliente). A giudizio della dottrina in esame, infatti, l'essenza del conto corrente bancario (ossia il contenuto essenziale del contratto in esame) consiste nell'accordo tra banca e cliente per dare pieno valore solutorio delle reciproche obbligazioni pecuniarie alle "annotazioni" (ossia a quella che l'A. chiama «moneta bancaria» o scritturale), evitando dazioni di moneta legale. Ne discende appunto che - come sopra detto - quando la banca (ad es.) annota in conto gli interessi, è come se il cliente avesse pagato (in moneta legale) il debito verso la banca a tale titolo, salvo che qui il pagamento avviene non con «moneta legale» (ossia consegnando danaro alla banca), bensì con «moneta scritturale» (l'annotazione in conto "a debito", che significa che egli *ha utilizzato* una parte del "saldo disponibile" per adempiere a un suo debito). Corollario di questa impostazione è che - essendo gli interessi (dovuti) «pagati» *con l'annotazione* (e al mo-



di *fido*, si può ritenere che l'afflusso di somme sul conto ("versamenti") costituisca un "pagamento" da parte del correntista (17), con il corollario (se si tratta di un pagamento non dovuto) che inizierà a decorrere dall'annotazione di esso il termine di prescrizione decennale dell'azione di ripetizione (18).

La tesi delle S.U. - sopra sinteticamente richiamata - ha suscitato diverse critiche, sulle quali non interessa per il momento soffermarsi (19).

Interessa invece evidenziare subito che - se da un lato è vero che il criterio proposto dalle Sezioni Unite conduce ad un risultato di fatto largamente coincidente con quello della opinione dominante, ossia la decorrenza del termine prescrizione dalla chiusura del conto (la differenza sta nel fatto che ciò accadrebbe sempre, secondo la tesi tradizionale; solo nella maggior parte dei casi, secondo le S.U.) - d'altro canto è anche vero che è stato proprio il ragionamento svolto dai giudici del Supremo Collegio ad offrire il destro per il successivo intervento (... in aiuto delle banche) del legislatore.

Aperta, infatti, la breccia nel principio di "unitarietà" del contratto di conto corrente (principio sul quale - per l'innanzi - era stata poggiata, come abbiamo visto, l'affermazione della decorrenza della prescrizione solo a partire dalla chiusura del conto), è parso possibile (al legislatore) riprendere la tesi (sostenuta dalle banche) secondo la quale (all'opposto di quanto si vorrebbe desumere dal c.d. principio di unitarietà) non sarebbe peregrino - nel contratto di conto corrente bancario - far decorrere la prescrizione dalla data delle annotazioni in conto (20), e dunque anche in corso di rapporto.

Si arriva così al famoso comma 61 dell'art. 2 del Decreto "Milleproroghe" di fine 2010 (21), che viene così formulato: «In ordine alle operazioni bancarie regolate in conto corrente l'articolo 2935 del codice civile si interpreta nel senso che la prescrizione relativa ai diritti nascenti dall'annotazione in conto inizia a decorrere dal giorno dell'annotazione stessa. In ogni caso non si fa luogo alla restituzione degli importi già versati alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto».

La norma scatena subito una ridda di interpretazioni.

L'obiettivo del legislatore sembra essere quello - ancora una volta - di andare in soccorso delle banche, chiudendo (forse definitivamente) la questione "anatocismo" (22). La lettera della legge peraltro (e non è dato sapere se consapevolmente o inconsapevolmente) non esprime in maniera esplicita questa intenzione (che pur sembra fuori discussione), e si

### Note:

(17) Abbiamo peraltro già evidenziato che i "versamenti" sul conto possono anche consistere in bonifici disposti da terzi (per pagamenti che tali terzi devono effettuare a favore del correntista) o da finanziamenti concessi dalla stessa banca (mediante mutui, sconti bancari, ecc.) e accreditati (a favore del correntista) sul conto (v. la penultima nota).

(18) Non c'è dubbio che la distinzione intorno alla quale ruota il ragionamento delle Sezioni Unite complicherà non poco il lavoro dei C.T.U. nei giudizi in materia di anatocismo. Il che emerge abbastanza chiaramente dagli interventi che si sono già registrati a questo proposito: v., fra le altre, le posizioni (peraltro alquanto diverse) di Dell'Anna Misurale, *op. cit.*, 15 ss., e di Marcelli, *Prescrizione e anatocismo negli affidamenti bancari. I principi giuridici stabiliti dalla sentenza della Cassazione S.U. 2 dicembre 2010, n. 24418: quelli enunciati e quelli impliciti*, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it), doc. n. 235/2011.

(19) Si veda, comunque, sin da ora Dolmetta, *Versamenti in conto corrente e prescrizione dell'indebitato*, in questa *Rivista*, 2011, 498, della cui posizione ci occuperemo ampiamente più avanti.

(20) In base alla formulazione dell'art. 2 comma 61, peraltro - come si vedrà - non era neanche possibile affermare con certezza che il legislatore avesse inteso alludere alla data delle annotazioni in conto degli interessi, ovvero a quella delle annotazioni di "versamenti" sul conto (v. subito *infra*, nel testo).

(21) D.l. 29 dicembre 2010, n. 225, conv. con modif. dalla l. 26 febbraio 2011, n. 10, recante: «Proroga di termini previsti da disposizioni legislative e di interventi urgenti in materia tributaria e di sostegno alle imprese e alle famiglie».

(22) È chiaro, infatti, che rendere ripetibili gli interessi anatocistici solo nei limiti del decennio decorrente dalle singole "annotazioni" in conto (ammesso che la formula del comma 61 potesse interpretarsi come riferita proprio alla annotazione in conto degli interessi: v. *infra*) significava fermare le richieste al più tardi - nella risalita all'indietro (a partire dalla data di un ipotetico atto di citazione) - al dicembre 2000, e dunque a un'epoca in cui le banche avevano già (almeno in teoria) adeguato i propri contratti alla delibera del CICR (e, in particolare, all'art. 6 per i contratti "nuovi", e all'art. 7 per i contratti "in corso"). Va, peraltro, ricordato che - secondo un indirizzo seguito da una parte (non piccola) della giurisprudenza di merito - non è affatto vero che l'"adeguamento" dei vecchi contratti che le banche hanno realizzato seguendo la procedura di cui all'art. 7 del CICR (pubblicazione in *G.U.* entro il 30 giugno 2000 e notizia per iscritto ai clienti - "alla prima occasione utile" e, comunque, entro il 31 dicembre 2000 - delle «nuove condizioni») sia stato sufficiente a mettere al riparo (dal giorno in cui i detti oneri sono stati adempiuti) la validità e la efficacia delle clausole anatocistiche "adeguate". Si ritiene, infatti, da parte di molti giudici, che l'art. 7 cit. - essendo strettamente collegato al comma 3 dell'art. 25 d.lgs. n. 342 del 1999 - abbia seguito la sorte di questa disposizione (dichiarata - com'è noto - incostituzionale da Corte cost. 17 ottobre 2000, n. 425, in *Foro it.*, 2000, I, 3045), risultando a sua volta travolto (cfr. Trib. Torino, 5 ottobre 2007, in *Foro it.*, 2008, I, 646 ss.). Comunque - sempre secondo l'orientamento in questione - ammesso pure (ma non concesso) che l'art. 7 della Delibera CICR possa considerarsi "sopravvissuto" alla suddetta pronuncia della Corte cost. -, ugualmente alle banche non sarebbe bastato seguire la procedura di cui a tale disposizione, perché - essendo (a seguito della pronuncia del giudice costituzionale, che ha abrogato il 3° comma dell'art. 25) risultata non sanata la nullità delle clausole anatocistiche pregresse - le banche, introducendo la capitalizzazione trimestrale "adeguata" (*id est*: con previsione di reciprocità), avrebbero comunque previsto un trattamento "peggiorativo" per i clienti (rispetto alla situazione precedente, risultante dall'azzeramento della clausola anatocistica), e dunque avrebbero dovuto (ai sensi dello stesso art. 7 Delibera CICR, comma 3) chiedere e ottenere l'approvazione dei clienti (cosa che nessuna banca ha fatto), non essendo sufficiente all'uopo una mera accettazione "tacita" (mancata contestazione degli estratti-conto) (cfr. Trib. Mondovì, 17 febbraio 2009, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it), doc. 1607).

presta pertanto (come di fatto è avvenuto) a una pluralità di letture (23).

Gli interpreti si dividono:

a) alcuni giudici hanno ritenuto che la disposizione (24) - interpretata nel senso che essa disponesse (25), *anche* (26) se non, addirittura, esclusivamente, la decorrenza della prescrizione *dell'azione di ripetizione* (27) dall'annotazione in conto degli interessi anatocistici (in ipotesi illegittimi) - fosse senz'altro da considerarsi incostituzionale, per violazione dei limiti che il legislatore incontra nell'emanare norme interpretative (retroattive) (28);

b) altri giudici hanno ritenuto, invece, che la norma - purché correttamente interpretata (cosa che si assume non abbiano fatto i giudici che ne hanno sospettato la illegittimità costituzionale) (29) - si sottragga alle censure di incostituzionalità.

In particolare, il Tribunale di Milano - con due ordi-

**Note:**

(23) Tanto più che la norma non fa nessun riferimento esplicito né agli interessi anatocistici né all'azione di ripetizione che (in ipotesi) potrebbe considerarsi scaturente dal loro addebito in conto (attraverso una annotazione).

(24) Il riferimento è - ovviamente - alla prima parte dell'art. 2 comma 61.

(25) *Retroattivamente*, considerata la sua natura di norma di «interpretazione autentica».

(26) Abbiamo or ora evidenziato (v. nt. 23) come la formulazione legislativa fosse affatto generica e ampia: essa, quindi, era riferibile sia agli interessi anatocistici (e all'azione di ripetizione per il pagamento non dovuto di tali interessi), sia ad altre ipotetiche fattispecie illegittimità degli interessi (ad es. interessi "uso piazza", interessi usurari, ecc.), e/o a "diritti" (nascenti dall'annotazione) diversi dal diritto a ripetere l'indebito (anzi - siccome molti contestavano e contestano, come diremo subito, che l'annotazione possa essere qualificata come un "pagamento" - proprio il diritto alla ripetizione dell'indebito potrebbe *non rientrare* - se si accede a queste tesi - tra gli "ipotetici" «diritti nascenti dall'annotazione», cui la norma avrebbe inteso riferirsi: v. anche la nota seguente).

(27) L'idea che la formula «diritti nascenti dall'annotazione» possa riferirsi al *diritto di ripetizione di somme indebitamente pagate* dal cliente alla banca è il frutto di una lettura della norma non tanto basata sul suo tenore "letterale" (che condurrebbe a ben altro esito, considerato che l'«annotazione in conto degli interessi» non equivale - secondo molti - a "pagamento" degli stessi), quanto piuttosto sulla «*intenzione del legislatore*» (o, almeno, su quella che l'interprete opina essere stata l'intenzione del legislatore). Il ragionamento non può non apparire contorto: si attribuisce al legislatore l'idea (che si ritiene, comunque, erronea) che l'annotazione (degli interessi) sia un "pagamento", e l'intenzione conseguente di far decorrere da tale annotazione il termine di prescrizione *dell'azione di ripetizione*; si afferma, appunto, che quest'ultima soluzione - essendo basata su una premessa "erronea" - non rientra (neanche in astratto) «tra le possibili opzioni ermeneutiche dell'art. 2935 c.c. e della disciplina della materia»; si conclude pertanto che la norma del comma 61, ponendosi come norma di «interpretazione autentica» dell'art. 2935 c.c. (mentre invece essa è una norma "innovativa") è irragionevole (così Trib. Brindisi, Sez. dist. Ostuni, 14 marzo 2011, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it); le argomentazioni di questa ordinanza di rimesione sono ampiamente accolte dalla sentenza della Corte costi-

tuzionale in commento, che ha deciso sulla questione di legittimità costituzionale). Si potrebbe forse replicare a un ragionamento siffatto con le parole di Betti, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Milano, 1971, 190, cit. da F. e G. Dell'Anna Misurale): "(...) risolvendo il problema dell'intelligibilità del precetto, l'interpretazione autentica soddisfa un'esigenza formale di certezza del diritto e di eguaglianza, cioè di uniformità del trattamento giuridico di fattispecie identiche, rimuovendo la possibile disparità dipendente dalla pluralità di significati attribuibili al precetto. Del resto, la scelta dell'apprezzamento interpretativo può essere suggerita e dettata da criteri di convenienza (particolarmente da criteri di politica legislativa) tali da portare a risultati che divergono in maggiore o minore misura da quelli cui avrebbe portato una corretta applicazione dei criteri ermeneutici». E ancora: «(...) Il suo valore vincolante non è condizionato dall'esattezza dell'apprezzamento interpretativo che essa enuncia: esattezza controllata alla stregua dei criteri ermeneutici. Non costituisce una giustificazione di quel valore, ma una petizione di principio, il dire che chi compie un'interpretazione autentica adotti la finzione che essa equivalga logicamente ad un'interpretazione ricognitiva anche quando non coincide coi risultati di questa. [...] Sotto l'aspetto sostanziale chi è competente a operare un'interpretazione autentica, non è un interprete qualsiasi che si trovi in posizione di stretta subordinazione rispetto a un'alterità irriducibile che lo trascende, ma è lo stesso autore del precetto da interpretare: e come tale, esso [...] è in posizione da escludere ogni diversa intelligenza del precetto interpretato». Forse, peraltro, il vero limite della disposizione del comma 61 consiste(va) nel presentarsi come una norma di interpretazione autentica dell'art. 2935 c.c. (il cui significato - questo sì "univoco", e dunque non bisognevole di alcuna interpretazione "autentica" - è stato naturalmente ribadito, nel senso di riconfermare la regola secondo la quale la prescrizione decorre dal momento in cui il diritto può essere esercitato), mentre invece essa avrebbe semmai dovuto interpretare autenticamente l'art. 2033 c.c. (*con una formula del tipo: «Ai fini dell'art. 2033 c.c. si considera "pagamento" l'annotazione in conto degli interessi scaturente da un'operazione regolata in conto corrente ai sensi dell'art. 1852 c.c.»*).

(28) Si veda, tra le altre, l'ordinanza di rimessione alla Corte Costituzionale di Trib. Brindisi, Sez. dist. Ostuni, 14 marzo 2011, cit.; *adde*: Trib. Benevento, 10 marzo 2011, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it).

(29) Ossia interpretata secondo la sua lettera, e attribuendo alla stessa un significato ragionevole (quale *non è* - secondo i giudici milanesi, cit. subito *infra* nel testo - quello di supporre, sulla base di una presunta "intenzione del legislatore", che la norma, parlando di «diritti nascenti dall'annotazione» abbia inteso riferirsi al *diritto alla ripetizione di un pagamento indebito*). Detto altrimenti: anche i giudici milanesi ritengono (e danno, anzi, per scontato) che l'annotazione in conto degli interessi *non* sia un "pagamento"; ma proprio per questo - essi opinano - non si può pensare che il legislatore, con la formulazione del comma 61, abbia inteso far decorrere dall'annotazione un diritto di ripetizione che non può scaturire da questo tipo di atto, non essendo esso un "pagamento". Cfr. anche quanto scrive Dolmetta, *Versamenti in conto corrente e prescrizione dell'indebito*, in questa *Rivista*, 2011, 494: «(...) l'annotazione in conto, a cui risoluta viene a riferirsi la regola qui in esame, non è un pagamento del cliente. E non solo perché l'annotazione è - per sua propria definizione - attività esclusiva della banca, che pure è tenuta - nell'ambito del servizio imprenditoriale che essa appronta, offrendo al mercato il prodotto "conto corrente di corrispondenza" - ad eseguirla, per le occorrenze. Ma altresì perché, per sua natura, un'annotazione non produce spostamenti patrimoniali; né mai potrebbe produrli. Può essere - è del tutto normale, anzi - che a un'annotazione corrispondente (= faccia riscontro) il verificarsi di uno spostamento patrimoniale: quando, per l'appunto, un versamento alla banca ovvero un prelievo dalla banca vi sia stato; non diversamente è normale anche che la fatta annotazione risponda all'esistenza di un debito e, dunque, di un credito. Resta incontestabile, insomma, che l'annotazione dichiara (cose corrette o cose non corrette), non costituisce».

nanze (del 4 e del 7 aprile 2011) - ha sostenuto che il diritto nascente dall'annotazione non può essere (come hanno ritenuto i sostenitori dell'incostituzionalità della disposizione) il *diritto a ripetere* le somme pagate a titolo di interessi passivi anatocistici illegittimamente addebitati, «in quanto l'azione di ripetizione dell'indebitato presuppone che ci sia stato un pagamento non dovuto, mentre le mere annotazioni [degli interessi] sul conto corrente non si concretano in pagamenti, i quali, tutt'al più, possono configurarsi in riferimento alle rimesse effettuate dal correntista» (30).

Secondo i giudici milanesi il legislatore ha, invece, voluto riferirsi proprio alle «annotazioni», e ai diritti che da esse discendono, e in particolare al *diritto di impugnare il conto* che abbia incluso partite a credito della banca che si assumano dal cliente insussistenti per la nullità dell'atto che le avrebbe generate (come avviene nel caso dell'annotazione degli interessi anatocistici) (31). Sarebbe questo il diritto che - secondo la nuova norma - si sarebbe prescritto (in dieci anni) a decorrere dalla «annotazione» (ossia dal fatto da cui il diritto stesso scaturisce) (32), con la precisazione che, intervenuta tale prescrizione e divenute *incontestabili* le annotazioni non tempestivamente impugunate, il correntista non avrebbe potuto più sottrarsi al pagamento del saldo risultante a suo carico (sulla base anche di quelle annotazioni) (33). Come l'art. 1422 c.c., dopo aver affermato l'imprescrittibilità dell'azione di nullità, fa salvi gli effetti della prescrizione dell'azione di ripetizione (dell'indebitato), così il comma 61 citato avrebbe fatto salvi gli effetti della pre-

### Note:

(30) Posto che le «annotazioni» (e - in particolare, ma non solo - le annotazioni degli interessi) non equivalgono a «pagamenti», per i giudici milanesi la norma dell'art. 61 non riguarda (*non può riguardare*) la prescrizione del «diritto alla ripetizione» (che presuppone un pagamento), bensì la prescrizione del diritto ad ottenere la correzione del conto (in particolare - per quel che qui interessa - nel caso di illegittima inserzione in esso di interessi anatocistici illegittimi). Ferma la imprescrittibilità dell'azione di nullità (imprescrittibilità che, fra l'altro, ha sempre portato ad escludere che il termine decadenziale di sei mesi dalla ricezione dell'estratto conto, di cui all'art. 1832 c.c., si applichi anche alle scritturazioni la cui erroneità derivi dalla nullità del titolo che dovrebbe legittimarle), il comma 61 avrebbe (secondo i giudici milanesi) voluto dire che, decorsi dieci anni dall'annotazione, si prescrive comunque il diritto di ottenere la eliminazione/correzione/modifica della «annotazione», con la conseguenza che quest'ultima diventa definitiva (e incontestabile) (*ergo*: il cliente non può più contestare il saldo che si sia formato sulla base di quella scritturazione). Il provvedimento dei giudici milanesi contiene *in nuce* (se non ci inganniamo) il nucleo essenziale della tesi sostenuta (con riferimento alla prima parte del comma 61) da Dolmetta, *op. cit.*, 490, nota 20 (ove si manifesta l'esigenza

che l'opinione dei giudici milanesi secondo cui la prescrizione rimarrebbe confinata alle rettifiche riceva qualche parola di spiegazione e di giustificazione in più), tesi che concentra l'attenzione sul fatto che, avendo l'«annotazione» una «*natura contabile*», analoga natura devono (per coerenza) avere anche i «diritti nascenti dall'annotazione» di cui parla il comma 61. Dolmetta sviluppa però anche l'argomentazione secondo cui - al di là del disposto della prima parte del comma 61 (che - a suo giudizio - avrebbe, come visto, una portata alquanto modesta, limitandosi ad introdurre un termine di prescrizione dell'azione di correzione di «annotazioni» illegittime) - è da ritenere che i versamenti sul conto siano dei veri e propri «pagamenti» (onde, dalla loro «annotazione» in conto - o meglio dall'invio al cliente del primo estratto-conto successivo - decorra la prescrizione del diritto di ripetizione, senza che si debba attendere la chiusura finale del conto), e ciò non soltanto nell'ipotesi del conto «scoperto» (come vorrebbero le Sezioni unite), ma anche nel caso del conto semplicemente «passivo» (con saldo rientrante nei limiti del fido concesso). Si nota qui la differenza tra la tesi di Dolmetta e quella dei giudici del Tribunale di Milano (tesi solo apparentemente simili). Questi ultimi - a ben vedere - non attribuiscono affatto alla introduzione della disposizione della prima parte del comma 61 quella «limitata» portata (al limite dell'innocuo) di cui parla Dolmetta (semplice prescrizione del diritto di ottenere la rettifica, fermo restando - se non capiamo male - che, pur maturata una tale prescrizione, il cliente non perde la possibilità di *ripetere* - ormai però solo alla fine del rapporto - eventuali pagamenti di interessi indebiti, salvo che non si sia prescritto anche il diritto alla ripetizione, che per Dolmetta decorre da qualsiasi «versamento» che sia affluito su un conto passivo), ma intendono invece che la prescrizione del diritto a chiedere la rettifica dell'annotazione rende incontestabile anche il contenuto dell'annotazione stessa. Seguendo la tesi dei giudici milanesi, trascorsi dieci anni dalle singole annotazioni illegittime (degli interessi) non sarebbe più possibile (ottenere la rettifica e nemmeno) contestare la debenza degli interessi (sia pur illegittimamente annotati); seguendo la tesi di Dolmetta, invece, il termine di prescrizione, riguardando i versamenti, decorrerebbe da essi, sì che resterebbe irrilevante - rispetto all'azione di ripetizione (esercitabile anche prima della chiusura del conto) - che si sia prescritta la semplice azione per ottenere la rettifica del conto.

(31) Anche questa prospettiva - a ben vedere - era «suggerita» da un passaggio della motivazione di Cass., Sez. Un., n. 24418 del 2010, cit. Nel brano già citato *retro*, alla nota 7, i giudici del Supremo Collegio infatti osservavano che «... Sin dal momento dell'annotazione [di interessi anatocistici], avvedutosi dell'illegittimità dell'addebito in conto, il correntista», sebbene non possa agire per la ripetizione di indebitato (perché l'annotazione non equivale a pagamento) potrà però «naturalmente *agire* per far dichiarare la nullità del titolo su cui quell'addebito si basa e, di conseguenza, *per ottenere una rettifica in suo favore delle risultanze del conto stesso*. E potrà farlo, se al conto accede un'apertura di credito bancario, *allo scopo di recuperare una maggiore disponibilità di credito entro i limiti del fido concessogli ...*».

(32) È appena il caso di ribadire che - vista la formulazione assolutamente generale della disposizione del comma 61 - la norma si sarebbe potuta applicare all'annotazione di *qualsiasi posta* «*illegittima*» (non solo interessi «anatocistici», ma anche interessi ultralegali convenuti con rinvio agli «usi di piazza», interessi usurari, commissioni di massimo scoperto, ecc.), con la conseguenza di rendere - dopo dieci anni dall'annotazione - incontestabile la risultanza del conto che non sia stata impugnata tempestivamente dal cliente.

(33) Come osserva Sesta, *L'anatocismo bancario tra interventi legislativi e nuovi dubbi di legittimità costituzionale*, in *Corr. giur.*, 2011, 747, «... in questo contesto, se a detta annotazione fa seguito un pagamento nei sensi sopra precisati, consegue, in linea di principio, il sorgere dell'azione di ripetizione di indebitato, con prescrizione decennale decorrente dal momento del pagamento stesso; ma se detto pagamento non viene effettuato, l'azione di ripetizione di indebitato non sorge neppure».



scrizione dell'azione per la correzione di annotazioni illegittime (34).

c) infine, altre opinioni (sia in giurisprudenza che in dottrina) hanno variamente cercato di fornire una «lettura costituzionalmente orientata» del comma 61. In questa prospettiva, possono ricordarsi ad es. le pronunce di quei giudici che hanno ritenuto possibile un'interpretazione della disposizione «... che ne escluda quanto meno l'applicazione ai rapporti instaurati prima della sua entrata in vigore» (il che - si noti - parrebbe, però, in contrasto con la natura di norma di «interpretazione autentica» che pressoché tutti hanno attribuito alla disposizione in esame) (35).

E, analogamente, si erano poste in funzione di fornire una interpretazione «costituzionalmente orientata» (*rectius*: compatibile con la Costituzione, a fronte delle altre possibili interpretazioni che invece - asseritamente - non lo sarebbero state), quelle letture del comma 61 che avevano tentato di ricondurlo (pressoché interamente) nell'alveo delle conclusioni cui erano pervenute le Sezioni Unite (36) (quasi che scopo, appunto, della disposizione fosse stato - non tanto «contrastare» la [o reagire alla] pronuncia dei giudici del Supremo Collegio - quanto piuttosto «fissarne» i risultati con una norma di legge vincolante) (37).

La Corte costituzionale ha, comunque, esplicitamente disatteso queste (e altre possibili) «interpretazioni adeguatrici», ritenendole non conformi al dettato «univoco» della disposizione dell'art. 2 comma 61 del «Milleproroghe 2010», e dichiarando la norma impugnata - in base al ritenuto significato «inequivoco» della stessa - costituzionalmente illegittima.

### **(Segue) Alcuni rilievi sulla pronuncia dei giudici di Palazzo della Consulta**

Prima di passare ad analizzare le conseguenze della pronuncia della Corte costituzionale sul tema «sostanziale» sul quale intendeva incidere la disposizione dichiarata illegittima, conviene soffermarsi brevemente sull'*iter* argomentativo sotteso alla sentenza in esame; *iter* relativamente al quale - va subito detto - sembra possibile avanzare più di una riserva. Va premesso che - sebbene i giudici esordiscano nel loro ragionamento (v. il par. 10 della motivazione) dichiarando che la formula del comma 61 è da intendersi come riferita «a tutti i diritti nascenti dall'annotazione in conto, in assenza di qualsiasi distinzione da parte del legislatore» - di fatto essi finiscono per considerare solo la fattispecie del «diritto alla ripetizione dell'indebito pagamento», ossia proprio il «drit-

to» relativamente al quale poteva dubitarsi (e in effetti si era - da alcuni - esplicitamente dubitato, come sopra abbiamo già ricordato) che potesse ricomprendersi nella formula «*diritti nascenti dall'annotazione*» (se si accetta - come a noi sembra debba farsi - la tesi secondo cui l'annotazione non è un pagamento) (38).

La decisione della Corte costituzionale finisce così

#### **Note:**

(34) Cfr. Sesta, *loc. cit.*, il quale osserva che in tal modo interpretata la previsione «è perfettamente coerente con la generale disposizione dell'art. 1422 c.c., che, se da un lato stabilisce l'imprescrittibilità dell'azione di nullità, dall'altro fa salva la prescrizione delle «azioni di ripetizione»». Il richiamo all'art. 1422 c.c. non ci sembra però del tutto corretto, atteso che l'assunto dei giudici milanesi è proprio quello che il comma 61 non si riferisca alle «azioni di ripetizione» (di un pagamento indebito), ma riguardi altro tipo di azione. Più in generale deve osservarsi che questo A. (che condivide, in buona sostanza, quella che egli chiama l'«interpretazione costituzionalmente orientata» proposta dai giudici milanesi) prospetta una lettura del comma 61 come norma di «interpretazione autentica» (non si capisce se dell'art. 2935 c.c. - come la disposizione stessa sembrerebbe indicare - ovvero dell'art. 1832 c.c.), senza chiarire dove risiedesse (in passato) il «dubbio interpretativo» (o - se si vuole - il contrasto giurisprudenziale) che deve sussistere per legittimare l'intervento «chiarificatore» del legislatore.

(35) Cfr. Trib. Ferrara, 29 marzo 2011, *inedita*, in Dolmetta, *op. cit.*, 491 e nota 11

(36) Si veda il tentativo in tal senso di Stilo, *Prescrizione e anatocismo nei rapporti bancari: principi giurisprudenziali e riforme legislative*, in questa *Rivista*, 2011, 637.

(37) A rigore, dunque, quella che si proponeva (da questa tesi) era una interpretazione conforme .... alle Sezioni Unite (naturalmente sul presupposto - implicito - che solo in tal modo la norma potesse risultare anche conforme alla Costituzione).

(38) Ma non basta. Non solo i giudici della Consulta riferiscono la formula normativa a un *quid* al quale quella formula avrebbe dovuto considerarsi (almeno *prima facie*) non riferibile. Essi fanno di più: ritengono cioè che proprio con riguardo a quelli che con maggior sicurezza sono invece qualificabili come «diritti nascenti dall'annotazione» - ossia i «diritti di contestazione, sul piano cartolare, e dunque di rettifica o di eliminazione delle annotazioni conseguenti ad atti o negozi accertati come nulli, ovvero basati su errori di calcolo» - la disposizione del comma 61 «sarebbe [stata] inutile, perché il correntista può sempre agire per far dichiarare la nullità - con azione imprescrittibile (art. 1422 c.c.) - del titolo su cui l'annotazione illegittima si basa e, di conseguenza, per ottenere la rettifica in suo favore delle risultanze del conto». Il che è vero solo in parte, perché omette di segnalare che l'art. 1422 c.c. (che fa salva la prescrivibilità solo delle azioni di ripetizione) è una norma ordinaria, e nulla esclude che ad essa il legislatore potesse/possa affiancare una ulteriore disposizione che (ferma la imprescrivibilità dell'azione di nullità) faccia salva (come per le azioni di ripetizione) la prescrizione di altri tipi di azione, e in particolare dell'azione per ottenere la «rettifica» e la «correzione» delle risultanze del conto. Né si potrebbe obiettare che ammettere l'estinzione per prescrizione di questa azione significherebbe svuotare di qualsiasi valore l'*imprescrivibilità* dell'azione di nullità (che peraltro - si ripete - è «presidiata» solo da una norma di legge ordinaria). In realtà residuerebbe pur sempre un'utilità nel far dichiarare (= accertare) la illegittimità di annotazioni effettuate sulla base di titoli «nulli», perché ciò potrebbe costituire premessa per un'eventuale richiesta di risarcimento dei danni subiti.

per basarsi su un sillogismo alquanto debole, perché è errata (o, quanto meno, tutt'altro che certa) in particolare la premessa maggiore. Il sillogismo è il seguente:

– *Premessa maggiore*: tra «i diritti nascenti dall'annotazione» di cui parla il comma 61 «devono ritenersi inclusi anche i diritti di ripetere somme non dovute (quali sono quelli derivanti, ad esempio, da interessi anatocistici o comunque non spettanti, da commissioni di massimo scoperto, e così via»;

– *Premessa minore*: la ripetizione dell'indebito oggettivo «postula un pagamento (art. 2033 c.c.) che, avuto riguardo alle modalità di funzionamento del rapporto di conto corrente, spesso si rende configurabile solo alla chiusura del conto (Cass., sent. n. 24418 del 2010)»;

– *Conclusione*: «...Ne deriva che ancorare con norma retroattiva la decorrenza del termine di prescrizione all'annotazione in conto significa individuarla in un momento diverso da quello in cui il diritto può essere fatto valere, secondo la previsione dell'art. 2935 c.c.», onde «la norma censurata, lungi dall'esprimere una soluzione ermeneutica rientrante tra i significati ascrivibili al citato art. 2935 c.c., ad esso nettamente deroga, innovando rispetto al testo previgente, peraltro senza alcuna ragionevole giustificazione».

Sennonché - dopo quanto si è sopra osservato - appare evidente che è solo in conseguenza della (discutibile) interpretazione del comma 61 accolta dai giudici della Consulta che si può affermare che la norma censurata non esprime «una soluzione ermeneutica rientrante tra i significati ascrivibili al citato art. 2935 c.c.», perché - se, invece, per «diritti nascenti dall'annotazione» si fossero intesi (solo) i «diritti di rettifica» - sarebbe stato affatto chiaro (e, anzi, persino tautologico) ritenere che tali diritti possono esercitarsi dal momento dell'annotazione, e dunque la previsione del comma 61 non sarebbe apparsa «estranea» alla logica e al contenuto dell'art. 2935 c.c. (anzi sarebbe stata pienamente conforme al contenuto di questa disposizione).

### L'addebito in conto degli interessi non è "pagamento"

L'intervento della Corte costituzionale - indipendentemente dal giudizio che su di esso si ritenga di esprimere (39) - ha «riportato» indietro le lancette al momento in cui era stata emanata la sentenza delle Sezioni Unite del dicembre 2010. Occorre, allora, tornare a riflettere sui contenuti di quest'ultima pronuncia.

Un punto fissato con molta decisione (ma, forse,

con argomentazioni non sufficientemente chiare) dalle Sezioni Unite consiste - lo abbiamo già accennato - nell'affermazione secondo cui l'addebito in conto degli interessi non costituisce «pagamento», onde non può da esso (*recte*: dalla sua annotazione) farsi decorrere il termine di prescrizione di una ipotetica azione di ripetizione.

È stata disattesa in tal modo, con nettezza, la posizione da sempre adottata dalle banche nel contenzioso (in materia di interessi anatocistici) che le ha contrapposte in questi anni ai clienti, posizione che aveva trovato accoglienza - come già ricordato - in un (minoritario) orientamento giurisprudenziale (40), e, soprattutto, supporto in un indirizzo dottrinale non poco agguerrito.

L'assunto fondamentale su cui si fonda questo orientamento - come già evidenziato - è che «gli addebiti in conto corrente costituiscono a tutti gli effetti dei pagamenti, in quanto vanno ad erodere la somma capitale disponibile per il correntista», con l'aggiunta che il richiamo alla natura «unitaria» del rapporto contrattuale di conto corrente «non incide sulla valenza autonoma delle singole operazioni di pagamento e sulla tutela dei diritti dalle stesse scaturenti», e non impedisce pertanto che un addebito non dovuto possa essere chiesto in ripetizione già nel corso dello svolgimento del rapporto (e senza attendere la sua chiusura) (41).

#### Note:

(39) V. quanto osservato nel paragrafo precedente.

(40) Cfr., ad es., Trib. Torino, 30 ottobre 2003, in *Giur. it.*, 2004, 102; Trib. Mantova, 12 luglio 2008, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it); Trib. Teramo, 18 gennaio 2010, in <http://annamaria.tanzi.files.wordpress.com/2011/03/tribunale-di-teramo-18-01-2010-n-84.pdf>.

(41) I brani riportati tra virgolette si leggono in Trib. Monza, 3 settembre 2008, *inedita*. Meno convincente (per quanto suggestivo) è un ulteriore argomento (che si legge, ad es., in Trib. Mantova, 12 luglio 2008, cit), che fa leva sulla funzione della prescrizione: «Il fondamento della prescrizione risiede nella certezza del diritto e nell'oggettiva necessità che, decorso un determinato lasso di tempo, la situazione di fatto sia assimilata a quella di diritto, tanto che l'istituto non è derogato neppure per i diritti costituzionalmente garantiti, fatte salve le eccezioni previste dalla legge. È altresì noto che allorché venga meno la causa di un rapporto o di un'attribuzione patrimoniale si verifica un'ipotesi di indebito oggettivo [...] Con riguardo al giorno di decorrenza a questo giudice pare piuttosto strano il regime privilegiato attribuito al correntista da Cass. 9 aprile 1984, n. 2262 (e da ultimo anche Cass. 14 maggio 2005, n. 10127, ove tuttavia la suprema corte rimanda alle sue pregresse decisioni senza una espressa motivazione sul punto) in forza del quale il termine decorra dalla chiusura del conto e non già dal momento in cui il diritto alla ripetizione può essere fatto valere, consentendo quindi al correntista di agire verso la banca per il recupero di illegittimi addebiti di vari decenni prima. [...] La ratio della prescrizione verrebbe dunque frustrata, tanto più che la possibilità di ottenere la restituzione non sorge alla chiusura del conto, ma può essere esercitata (segue)

Salvo quanto preciseremo in seguito a quest'ultimo proposito (42), e premesso comunque sin da ora che deve a nostro avviso condividersi la conclusione cui sono pervenute le Sezioni Unite, va cionondimeno riconosciuto che l'affermazione secondo cui l'addebito in conto degli interessi è un «pagamento» (o equivale a un «pagamento») merita(va) sicuramente maggiore considerazione, di quanta non sembrino avergliene riservata le Sezioni Unite (43). Vediamo perché.

Se il cliente utilizza la «provvista» presente sul conto (con conseguente annotazione di un importo a suo debito), *disponendone a favore di terzi*, non c'è dubbio che quest'atto possa costituire (*nel rapporto con il terzo*) il «pagamento» di un debito (44). Ecco allora profilarsi la domanda: *perché mai non dovrebbe affermarsi la stessa cosa con riferimento al «pagamento» degli interessi dovuti alla banca in base al rapporto di apertura di credito (e considerare allo stesso modo l'addebito di tali interessi sul conto)?*

Non varrebbe obiettare a questa (suggestiva) argomentazione che il parallelo non regge, perché - nei rapporti tra banca e cliente - l'utilizzazione (da parte del secondo) delle disponibilità esistenti sul conto (già passivo, o che lo diventa a seguito di detta utilizzazione) determina semmai un *incremento del debito* verso la banca; né varrebbe obiettare che la medesima utilizzazione non è «pagamento» per il fatto che essa si presenta anzi come *esercizio di un diritto (di credito) che il correntista ha nei confronti della banca* (che gli ha concesso un «fido»).

Ad entrambe le obiezioni è agevole, infatti, replicare:

a) quanto alla prima, che la circostanza che aumenti il «debito» (potenziale) verso la banca con riferimento al «saldo» (sia pur provvisorio) del conto, non esclude che, per altro verso, il cliente si sia «liberato» di un'altra (e preesistente) obbligazione che egli aveva nei confronti della banca (l'obbligazione di corrispondere gli interessi): *se ne è liberato, appunto, utilizzando «danaro» che egli ha ricevuto in prestito (attraverso la «disponibilità» del fido) dalla stessa banca*! L'esistenza di questi due diversi piani (e di questi distinti rapporti) consente dunque di spiegare come lo stesso atto valga ad un tempo come «pagamento» (e, dunque, estinzione di una obbligazione) e come «assunzione di una distinta obbligazione» (45):

b) quanto alla seconda, che anch'essa trova lineare spiegazione nell'esistenza di una duplicità di piani che vanno tenuti distinti, sì che la circostanza che il cliente abbia un «diritto» di disporre della «provvista» esistente sul conto non esclude che, quando l'esercizio di tale diritto implichi l'utilizzazione del

«fido» concesso dalla banca (46), sorga l'ovvio obbligo di restituire poi (e quando diventerà esigibile per la banca il credito) la somma presa in prestito. Si deve, allora, concludere che è erronea (o, quanto meno, apodittica) l'affermazione secondo la quale l'annotazione in conto di una posta di interessi illegittimamente addebitati dalla banca al correntista «[comporta un incremento del debito del correntista, o una riduzione del credito di cui egli ancora dispone], *ma in nessun modo si risolve in un pagamento*» (47)?

Se teniamo presenti le repliche sopra riportate, si dovrebbe rispondere a questa domanda affermativamente. Sennonché - a supporto della propria conclusione - le Sezioni Unite adducono una ulteriore argomentazione, che appare (questa volta) difficilmente confutabile.

L'argomentazione è introdotta prospettando il caso in cui, pendente un'apertura di credito (regolata in conto corrente), il correntista utilizzi il fido che gli è

#### Note:

(continua nota 41)

tata dal cliente in qualsiasi momento una volta postulata l'erroneità della scritturazione, senza che rilevi l'ignoranza del relativo diritto. La disposizione dell'art. 2935 c.c., infatti, nello stabilire che la prescrizione decorre dal giorno in cui il diritto può essere fatto valere, ha riguardo solo alla possibilità legale di esercizio, non influendo sul decorso della prescrizione l'impossibilità di fatto, quale l'ignoranza da parte del titolare dell'esistenza del diritto». Con riferimento al brano citato può osservarsi che tutto il ragionamento è destinato a cadere se viene meno l'assunto (che i giudici danno per buono *apoditticamente*) secondo cui l'annotazione in conto degli interessi illegittimi è «pagamento». Se, infatti, detta annotazione non può considerarsi come «pagamento», allora riemerge la regola generale dell'art. 1422 c.c., secondo il quale l'azione di nullità è *imprescrittibile* (facendosi salvi solo gli effetti della prescrizione *delle azioni di ripetizione*).

(42) Osserviamo, comunque, sin da ora che è vero sì che il cliente può agire immediatamente per contestare un'annotazione illegittima (quale l'addebito in conto di interessi anatocistici non dovuti), ma non è detto che questa sia una «azione di ripetizione» di un «pagamento» indebito ai sensi dell'art. 2033 c.c., e non piuttosto un altro tipo di azione. È inesatto quindi (e costituisce una inversione logica) ricavare di per sé dalla possibilità di agire immediatamente la natura di «pagamento» dell'annotazione (degli interessi).

(43) Si veda la scarna motivazione sul punto contenuta nella sentenza delle Sezioni Unite.

(44) Si pensi all'ipotesi in cui il correntista abbia emesso un assegno contenente l'ordine alla banca di pagare a Tizio (creditore del correntista) una certa somma di danaro.

(45) Non importa approfondire qui la questione se il fenomeno descritto sia o meno giuridicamente inquadrabile negli schemi della «novazione» (per la negativa - verso la quale propenderemo anche noi - v. ad es. Ferro Luzzi)

(46) E, dunque, in presenza di un conto con un saldo già «passivo», o che tale diventi a seguito dell'atto di disposizione del correntista.

(47) Così Cass., sez. un., n. 24418 del 2010, cit.



stato concesso, *senza avvalersi (mai) della facoltà di effettuare versamenti*. Sul conto risulteranno “addebitate” le varie “utilizzazioni del fido”, e figureranno quindi anche le annotazioni relative all’addebito degli interessi (dovuti alla banca) in relazione alle disponibilità utilizzate.

In una situazione siffatta - osservano le Sezioni Unite - non si dubiterebbe che, prima della chiusura del conto, nessun “pagamento” la banca abbia ricevuto dal cliente (pur avendo essa “annotato in conto” gli interessi nel frattempo maturati). La banca avrà bensì maturato (e/o incrementato) un “credito” (potenziale) verso il cliente (credito che potrà poi far valere alla chiusura del conto, se ancora sussisterà a quel momento un “saldo” a suo favore), ma non avrà certamente ricevuto un “pagamento”.

Va detto - ad onor del vero - che l’esempio proposto dalle Sezioni Unite è certamente un’*ipotesi-limite*, perché si tratta, a ben vedere, di un caso in cui l’apertura di credito, sebbene formalmente “abbinata” a un conto corrente, *di fatto* è come se operasse da sola (il conto esiste, ma registra solo partite “negative” - sostanzialmente l’addebito degli interessi che maturano a carico del cliente -, il che fa venir meno la sua “funzione”, comunque la si voglia descrivere ed individuare) (48).

E tuttavia l’argomento resiste, e persuade della esattezza (con tutta probabilità) della affermazione che conclude il ragionamento: *la semplice annotazione in conto degli interessi non costituisce “pagamento”, e dunque non è da essa che può farsi decorrere il termine di prescrizione di una eventuale azione di ripetizione di indebito*.

### Nota:

(48) Non è certo questa la sede per riprendere la discussione (risalente e, tuttavia, ancora lontana dal potersi dire conclusa) circa la natura giuridica del conto corrente bancario, e, in particolare, circa la “autonomia” del relativo rapporto. Il problema - com’è noto - consiste nello stabilire se il conto corrente sia una semplice modalità attraverso la quale possono essere “regolati” il deposito bancario, l’apertura di credito e altre “operazioni” bancarie, ovvero se esso dia luogo ad un rapporto autonomo. Al riguardo, va anzitutto precisato - a nostro avviso - che il “di più” che la c.d. «regolazione» in conto corrente delle “operazioni” predette consente (rispetto alle ipotesi in cui dette operazioni si presentino in forma “semplice”), non consiste tanto nel consentire una ripetuta utilizzazione delle somme “depositate” ovvero “accreditate” alla banca (tramite l’apertura di credito). È questo un effetto che si verificherebbe comunque (ovviamente in presenza di “versamenti” che ripristino la “provvista” complessiva del cliente), anche se (per quanto l’ipotesi appaia del tutto astratta) “depositi” di somme e atti di utilizzazione delle disponibilità complessivamente esistenti (cioè comprensive anche delle somme messe a disposizione con l’apertura di credito) non avvenissero mediante “annotazione” *in un conto unico e unitario*, ma venissero effettuate isolatamente e atomistica-

mente. Piuttosto la «regolazione in conto corrente» implica (ed è questo che *non* è affatto già contenuto nel semplice rapporto di deposito o di apertura di credito, o nelle altre operazioni cui si riferisce l’art. 1852 c.c.) l’obbligo che la banca assume di espletare un «servizio di cassa» a favore del cliente (“gestione” di pagamenti di terzi verso il cliente, a mezzo di assegni, bonifici, ecc.; gestione di pagamenti del cliente verso terzi, a mezzo di assegni, bonifici, RID, ecc.), impegnandosi a “conteggiare” in un’unica “matrice” (come taluno la chiama) tutte le “entrate” e le “uscite” che riguardino quel cliente (il quale naturalmente - *ma non si tratta di un effetto del contratto di conto corrente*, bensì semmai degli altri rapporti che sono “regolati” attraverso il conto - può disporre delle somme che risultano «a suo credito», in base alla risultanze del conto, in ciascun singolo momento). Orbene questo obbligo può essere assunto *del tutto indipendentemente dall’esistenza (attuale) di un deposito o di un’apertura di credito* (o di altra operazione, i cui “esiti” siano destinati a confluire sul conto), sebbene sia del tutto evidente che non si procederà *in concreto* alla “apertura” di alcun conto corrente (ossia alla stipula del relativo contratto) se non in occasione proprio della conclusione di uno di quei rapporti che possono essere (e, in genere, sono) regolati in conto corrente (l’apertura del conto si accompagna, di solito, quanto meno al deposito di una qualche somma - per quanto modesta - destinata a cominciare a costituire quella “provvista” sulla quale graveranno anche le spese di “tenuta conto” dovute alla banca, e le altre commissioni e “competenze” che la stessa via via addebiterà, in relazione ai diversi “servizi” forniti al cliente). Se quanto detto è vero, deve evidentemente riconoscersi la “autonomia” del contratto di conto corrente, dovendosi altresì respingere anche le tesi che configurano il conto corrente come un contratto «misto» che risulterebbe dalla “combinazione” di una componente “gestoria” (mandato) - che costituirebbe la componente costante del rapporto - e di una componente “variabile” - costituita dalla/e singola/e operazione/i che di volta in volta può/possono in concreto trovare regolazione nel conto corrente. Né vale dire che il (contratto di) conto corrente non può ricevere esecuzione se non è “collegato” ad un altro rapporto (deposito, apertura di credito, ecc.) idoneo a creare la “provvista” necessaria perché la banca possa adempiere alla propria funzione di “cassiere”. È agevole replicare che proprio questa osservazione dimostra che il suddetto “collegamento” rileva, per l’appunto, nella fase della “esecuzione” del rapporto, ma non ai fini del sorgere di esso (altrimenti bisognerebbe dire che il contratto di mandato non viene ad esistenza sino a quando il mandante non abbia fornito al mandatario i mezzi necessari per l’espletamento dell’incarico). Del resto, la “autonomia” (e, per così dire, la “autosufficienza”) del conto corrente si coglie anche sul piano logico. È banale osservare che in tanto un deposito o un’apertura di credito possono essere “regolati in conto corrente” in quanto un rapporto di conto corrente preesista (logicamente, se non temporalmente) al deposito o all’apertura di credito. Il che è abbastanza evidente - ad es. - nell’ipotesi in cui da un conto corrente *inizialmente non affidato* si arrivi alla costituzione (tacita) anche di un rapporto di apertura di credito, come si ritiene avvenga allorché la banca - in maniera non occasionale ed episodica - dia esecuzione a “disposizioni” del cliente anche in mancanza di copertura sul conto, così dimostrando di riconoscere (entro un certo limite) un “affidamento” al cliente. Sul problema della natura giuridica del contratto di conto corrente - appena sfiorato dalle precedenti considerazioni - si vedano, nella letteratura più recente, almeno: Maccarone, *Osservazioni in tema di conto corrente bancario*, in Portale (a cura di), *Le operazioni bancarie*, Milano, 1978, II, 607 ss., spec. 613 ss.; Santoro, *Il conto corrente bancario*, in *Commentario del codice civile*, diretto da P. Schlesinger, Milano, 1992; Barbiera-Gentile, *Diritto della banca e dei contratti bancari* (riedizione arricchita e aggiornata del volume *Diritto bancario* di M. Spinelli-G. Gentile), Padova, 2003, spec. 198 ss.; Ferro-Luzzi, *Lezioni di diritto bancario*, I, *Parte generale*<sup>2</sup>, Torino, 2004, 209 ss.; Giorgianni-Tardivo, *Manuale di diritto bancario*<sup>2</sup>, Milano, 2009, 451 ss., specie 461 ss.



**Non sono “pagamenti” neanche (le annotazioni dei) “versamenti” effettuati su un conto (affidato e) “passivo”**

È stato giustamente rilevato che la pronuncia delle Sezioni Unite ha singolarmente suscitato reazioni (almeno apparentemente) contraddittorie, se è vero che «a dare ascolto alle associazioni degli utenti dei servizi bancari la sentenza sarebbe stata favorevole alle loro ragioni almeno quanto lo sarebbe stata alle ragioni delle banche stando ai commenti dell’Abi» (49).

Occupandoci, appunto, della posizione delle banche (e cercando di capire le ragioni del loro giudizio non del tutto negativo sulla sentenza in esame), va osservato che in effetti esse, se da un lato hanno visto messa (probabilmente in maniera definitiva) fuori gioco l’eccezione di prescrizione nel modo in cui solitamente la formulavano (ipotizzandone, cioè, il decorso dalle singole «annotazioni degli interessi») (50), per altro verso si sono viste aprire un varco (forse inatteso) alla possibilità di affermare che la prescrizione cominci a decorrere *anche in costanza di rapporto*, se pure dalla «annotazione delle rimesse» (e non degli interessi).

Si tratta - va detto subito - di un varco che (se si tengono fermi i limiti indicati dalle Sezioni Unite) è, per la verità, assai “stretto” (in quanto - secondo la sentenza del 2010 - si potrebbe parlare di “pagamento”, e quindi potrebbe ipotizzarsi l’inizio del corso della prescrizione dell’azione di ripetizione dell’indebito, solo con riferimento a “rimesse” che siano fatte su un conto “scoperto” o non affidato, ma non anche con riferimento a rimesse su un conto semplicemente “passivo”).

Tuttavia, è plausibile che le banche coltivino in questo momento la speranza che tale “spiraglio” possa allargarsi (51), il che difatti è quanto ha tentato di fare quasi subito una parte della dottrina (52).

Prima di esporre la posizione di questa dottrina, è bene completare l’illustrazione del ragionamento svolto dalle Sezioni Unite.

Queste ultime - mentre hanno negato recisamente (come abbiamo visto nel paragrafo precedente) che la semplice “annotazione in conto” degli interessi possa considerarsi “pagamento” - hanno invece affermato che tale qualificazione può (almeno in astratto) riconoscersi ai versamenti in conto.

Epperò, non tutte le volte in cui il “versamento” avvenga in una situazione in cui si profili un debito (del cliente) verso la banca (53), esso può essere considerato come un “pagamento”. Perché sia qualificabile come tale, occorre infatti - affermano le Se-

zioni Unite - che esso «abbia avuto lo scopo e l’effetto di uno spostamento patrimoniale in favore della banca». Orbene - a parere dei giudici del Supremo Collegio - non potrebbe dirsi che un “versamento” abbia lo scopo e l’effetto di uno spostamento patrimoniale in favore della banca, sino a quando esso intervenga su un conto semplicemente “passivo” (il cui saldo, cioè, non abbia superato il limite del fido in ipotesi accordato dalla banca).

In tal caso infatti - così sembrano aver ragionato i giudici - scopo (ed effetto) del versamento è quello di ripristinare la provvista che potrà poi essere successivamente utilizzata *dallo stesso correntista*, e dunque non si potrebbe parlare di “pagamento” (inteso come «spostamento patrimoniale» a favore del creditore, in questo caso, la banca).

Il ragionamento è formalmente corretto, pur se esso possa lasciar sussistere qualche residuo dubbio (e meriti, comunque, una qualche esplicazione ulteriore, rispetto alla formulazione sintetica - e in parte criptica - che gli danno le Sezioni Unite).

Cominciamo con l’osservare che sulla “provvista”, ricostituita nel modo ipotizzato (e cioè attraverso “versamenti” che affluiscono sul conto), la banca potrà “prelevare” (*rectius*: “addebitare” sul conto in occasione della sua successiva chiusura contabile, come - del resto - essa aveva già fatto in occasione

**Note:**

(49) Così F. e G. Dell’Anna Misurale, *op. cit.*, par. 3 (che traggono spunto da questa constatazione per evidenziare la scarsa “chiarzza” della soluzione fatta propria dai giudici del Supremo Collegio).

(50) V. il paragrafo precedente.

(51) E la “leva” che verrà verisimilmente utilizzata per “tentare” questo allargamento sarà con tutta probabilità costituita dall’abbandono (da parte delle Sezioni Unite) del principio di «unitarietà» del conto corrente, e dall’“apertura” (che si è voluto in ciò vedere) alla considerazione “atomistica” delle singole operazioni annotate sul conto. Insomma: aperto questo varco, non è escluso - si sarà pensato - che siano possibili degli ulteriori passi in avanti, in direzione di quella che viene prospettata come la riconduzione (del trattamento) dei versamenti in conto corrente al diritto comune dei contratti.

(52) Dopo la sentenza delle Sezioni Unite, è stato Dolmetta per primo (se non ci inganniamo) a cercare di “adattare” quelle impostazioni al “nuovo corso” dei giudici del Supremo Collegio, spostando il problema della qualificazione come “pagamenti” (ai fini del decorso della prescrizione) dalla «annotazione degli interessi» alla «annotazione delle rimesse» (su un conto passivo) (rimangono invece ancorati alla impostazione precedente - ruotante intorno alla possibilità di qualificare come “pagamenti” le stesse “annotazioni in conto degli interessi”, F. e G. Dell’Anna Misurale, *op. cit.*, *passim*).

(53) È chiaro, invece, che se il versamento affluisce su un conto che presenta (in quel momento) un saldo positivo, non si pone (neanche in astratto) la questione di considerarlo come “pagamento”.

delle precedenti chiusure periodiche) gli interessi che le spettano.

Certo, fintantoché il calcolo degli interessi passivi non porti il “saldo negativo” a superare l’ammontare del fido concesso, il suddetto “prelievo” non andrà al di là della mera “annotazione sul conto” degli interessi, e non consisterà in particolare nella “esazione” materiale degli interessi medesimi (la banca, infatti, *fino al limite del fido concesso*, si è impegnata a “finanziare” il correntista per tutta la durata del contratto di apertura di credito).

Ma una situazione siffatta, prima o poi, condurrebbe (se non intervenissero ulteriori “versamenti”) all’esaurimento del fido, *anche se si immaginasse che le uniche annotazioni “a debito” siano quelle degli interessi dovuti alla banca*; e, superato questo limite, sarebbe evidente che i “versamenti” (successivi) rappresentano veri e propri “pagamenti”, *quanto meno di quella parte di interessi il cui importo - annotato sul conto - abbia determinato a un certo momento lo “sconfinamento” dal fido* (54).

Hanno dunque ragione le Sezioni Unite. L’argomentazione da esse sviluppata è - come già evidenziato - ineccepibile.

Solo che - alla fine e a ben vedere - la conclusione di tale ragionamento porta a smentire non solo (e non tanto) l’assunto delle banche secondo cui la prescrizione decorre già in corso di svolgimento del rapporto di conto corrente (perché è *normale* che si abbiano “pagamenti” anche durante tale svolgimento) (55), quanto soprattutto l’assunto della giurisprudenza e della dottrina sin qui dominanti, ossia l’assunto che la prescrizione (dell’azione di ripetizione di indebito) decorra (nel conto corrente bancario) *dalla chiusura del rapporto*.

Questo assunto si rivela *concettualmente erroneo*. Se pure è vero che - *nella maggior parte dei casi* - si verifica proprio questo (perché il saldo del conto corrente - durante il rapporto - si è mantenuto entro i limiti del fido, ovvero ha avuto “sconfinamenti” occasionali, più o meno immediatamente “rientrati”) (56) - ciò avviene (come ormai dovrebbe essere chiaro) *in via di mero fatto* (57), e non in virtù di una caratteristica *giuridica* del contratto di conto corrente (la c.d. “unitarietà” del rapporto), che è tanto poco sussistente da non impedire che si possano configurare veri e propri “pagamenti” *anche in costanza di rapporto* (naturalmente, se sussistano i presupposti perché ricorra la fattispecie “pagamento”, in base alle precisazioni sopra svolte).

Per altro verso, deve però ribadirsi (e lo puntualizzano, correttamente, le Sezioni Unite) che - fuori dalla predetta ipotesi dello sconfinamento (= conto

scoperto) - il versamento su conto (pur “passivo”) *non è (tecnicamente) un pagamento* (cfr. *amplius* il paragrafo seguente).

E - può aggiungersi sin da ora - esso non è neanche qualificabile come adempimento “anticipato” (ex art. 1185 c.c.) del credito (eventuale) che potrà sorgere a favore della banca in relazione alla risultanza di un saldo finale negativo al momento della chiusura del conto. È evidente, infatti, che, proprio per il fatto che un tale credito della banca è meramente *eventuale*, non ha senso configurare un pagamento “anticipato” di qualcosa che non si sa se mai

### Note:

(54) La situazione appena descritta (ossia di un conto che risulti “movimentato” soltanto dall’addebito degli interessi e competenze dovuti alla banca) corrisponde, a un dipresso, a quello che generalmente accade quando il cliente ha pressoché interamente esaurito il fido che gli era stato concesso, e non riesce ad ottenere ampliamenti di esso (intendiamo riferirci ad ampliamenti veri e propri, e non ai c.d. ampliamenti “di fatto”), sicché al successivo o ai successivi addebiti degli ulteriori interessi e competenze maturati, il conto va (come suol dirsi) in “scopertura”. In altre parole, si tratta della situazione propria di un conto corrente *di fatto* “fermo”, o “non operativo” che dir si voglia (tale essendo la situazione di un conto che “corre” ormai soltanto nelle poste “passive” verso la banca, senza che il correntista abbia la possibilità o l’intenzione di effettuare versamenti che restituiscano “operatività” al conto medesimo). D’altro canto, pure ipotizzando un conto (ancora) “operativo” (nel quale cioè continuino a comparire “a debito” - *sub specie* di pagamenti verso terzi - altre poste diverse dalla annotazione degli interessi e competenze dovuti alla banca), e supposto che il correntista mantenga (su tale conto, in ipotesi già “passivo” per un certo ammontare, o che prima o poi lo diventi) un livello dei “versamenti” (e, più in generale, delle “entrate” a vario titolo veicolate sul conto) tale da essere più o meno equivalente al livello dei pagamenti verso i “terzi” (diversi dalla banca), prima o poi, anche in questo caso, l’accumulo degli interessi comunque raggiungerebbe e supererebbe il livello del fido concesso dalla banca, così determinandosi ancora una volta la situazione precedentemente descritta (cioè la situazione di un conto che - sia pure *di fatto* - diventa non più “operativo”, *salvo appunto che intervengano versamenti “addizionali” che ripristino congruamente la provvista, e non si limitino semplicemente a mantenere in equilibrio “entrate” e “uscite” senza far scendere significativamente il livello del «saldo»*).

(55) Va ricordato, tuttavia, che la posizione delle banche è in realtà un’altra (e questa posizione - abbiamo visto - viene decisamente respinta dalle Sezioni Unite), e cioè che la semplice annotazione in conto degli interessi costituisca di per sé “pagamento” (indipendentemente dalla circostanza che essa avvenga su un conto “scoperto” ovvero su un conto meramente “passivo”). E a questa premessa le banche ricollegano l’affermazione della “normalità” di “pagamenti” che intervengano in corso di rapporto.

(56) È chiaro che la banca non accetterebbe (non accetta) una situazione di “sconfinamento” che si protragga per lungo tempo. Verificatosi dunque uno “sconfinamento”, o il cliente “rientra” nei limiti del fido (in tempi brevi, o addirittura brevissimi), oppure la banca provvederà a “revocare” il fido, recedendo dall’apertura di credito e chiedendo il pagamento del saldo risultante sul conto.

(57) V. la nota precedente.

verrà ad esistenza (e in che misura verrà ad esistenza) (58).

**(Segue) Replica alle critiche mosse da Dolmetta alla pronuncia delle Sezioni Unite**

La pronuncia delle Sezioni Unite, ampiamente analizzata nel paragrafo precedente, è stata - come si è già anticipato - criticata da una parte della dottrina. In particolare si è contestata la tesi dei giudici del supremo Collegio secondo cui solo i versamenti effettuati a fronte di un "extrafido" (conto "scoperto") sarebbero qualificabili come "pagamenti", mentre tali non potrebbero ritenersi i versamenti "intrafido" (ossia su conto semplicemente "passivo").

«(...) Non è vero - si è scritto - che i versamenti intrafido abbiano natura esclusivamente ripristinatoria, come sostengono invece le Sezioni Unite. La tesi, che oggi esse hanno ripreso, si trova contraddetta dal dato strutturale: non si comprende come si possa "riespandere la misura dell'affidamento utilizzabile in futuro" senza che risulti precedentemente estinto il montante di debito precedente. Non lo si comprende proprio sul piano della causa delle attribuzioni patrimoniali: dato un limite di fido (la "somma di danaro a disposizione"), che in parte o in toto sia stato utilizzato, un nuovo e corrispondente utilizzo (perché la disponibilità è ripristinata) può avvenire solo o in ragione di un incremento negoziale del detto limite o per l'effetto, appunto, di uno spostamento patrimoniale a favore della banca» (59).

L'equivoco sotteso a queste affermazioni è - a nostro avviso - facilmente evidenziabile. La "rimessa" che intervenga su un conto (meramente) "passivo" ripristina semplicemente la provvista, e non determina alcuno «spostamento patrimoniale» a favore della banca (60), la quale non vede in alcun modo mutata la propria posizione. Come, prima di quella rimessa, la banca era obbligata (in virtù dell'impegno assunto con il contratto di apertura di credito) a "tenere disposizione" una certa somma (che potrebbe risultare, in quel dato momento, magari prossima ad esaurirsi, a seguito delle precedenti utilizzazioni da parte del cliente), così - dopo la rimessa - l'obbligo della banca sussiste (precisamente) entro gli stessi limiti.

Certo, la banca ha visto rientrare nelle propria "cassa" delle somme (versamenti effettuati sul conto); ma contestualmente ha visto altresì riespandersi (esattamente nella stessa misura) il proprio impegno di "mantenimento a disposizione" del cliente di altrettante somme. Dove sta lo «spostamento patrimoniale» che si vorrebbe essersi verificato a seguito della "rimessa" (se questa è servita semplicemente ad aumen-

tare la "disponibilità" a favore del cliente)? In che senso si può parlare di un «pagamento»?

La *fictio* (e, se si vuole, la forzatura) che si nasconde dietro questa qualificazione, emerge chiaramente quando - per sorreggere la stessa - la dottrina in esame è costretta a individuare il «credito» di cui il versamento costituirebbe "adempimento" bensì nell'importo *attuale* corrispondente alle somme utilizzate dal cliente sul fido che gli è stato concesso (che è tradotto nella misura del saldo negativo temporaneo), ma parlando al contempo (e non senza contraddizione) di un pagamento "*anticipato*" dello stesso (in quanto credito "*inesigibile*" sino alla chiusura finale del conto) (61).

Non ci si accorge però - così ragionando - che il problema non è soltanto (o tanto) quello della c.d. *inesigibilità* (62). Il problema è che, alla chiusura del conto (*rectius*: allo scioglimento del rapporto di apertura di credito, regolato in conto corrente), quel "credito" potrebbe non esserci né tanto né punto, se il saldo del conto dovesse nel frattempo essere ritornato "positivo".

E, allora, appare chiaro come ciò che - in un conto corrente cui acceda una apertura di credito - banca e correntista intendono fare è proprio di non conside-

**Note:**

(58) Si conferma, pertanto, l'esattezza dell'opinione (largamente diffusa) che ritiene l'art. 1185 c.c. inapplicabile all'apertura di credito in conto corrente (cfr., ad es., Fiorentino, *Del conto corrente. Dei contratti bancari*, in *Commentario del codice civile*, a cura di Scialoja-Branca, IV, *Delle obbligazioni*, sub artt. 1823-1860, Bologna-Roma, 1969, 38 ss.; Molle, *I contratti bancari*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da Cicu-Messineo, Milano, 1981, 132). Richiama invece l'art. 1185 c.c. (per corroborare la tesi che anche le rimesse sul conto "passivo" sono "pagamenti"), Dolmetta, *op. cit.*, 499 (v. il paragrafo seguente).

(59) Così Dolmetta, *op. cit.*, 498.

(60) Detto altrimenti, e in maniera semplice, effettuando una rimessa - nelle condizioni ipotizzate - il correntista non intende "pagare" un debito verso la banca (che al momento in ipotesi ancora non c'è, non essendosi verificato alcuno "sconfinamento"), ma solamente immettere sul conto risorse che potranno essere utilizzate per adempiere debiti (già esistenti o che potranno sorgere) nei confronti di terzi *diversi dalla banca*. È solo quando si determina uno "sconfinamento" che sorge (per l'eccezione rispetto al fido) un credito immediatamente esigibile della banca, ed è solo in questo caso - dunque - che un ipotetico successivo "versamento" non potrà non avere *la finalità (e l'effetto)* di costituire la provvista per "pagare" (fra gli altri) *anche questo debito*.

(61) Seguendo la tesi (qui contestata) potrà poi trattarsi - a seconda dei casi - di un pagamento *totale* (se il versamento in questione valga a riportare a un importo uguale o maggiore di zero il saldo del conto), ovvero di un pagamento *parziale* (qualora, nonostante il versamento, il saldo continui ad essere negativo, se pur per un importo minore).

(62) Abbiamo già dichiarato (v. *retro*, testo e nota 57) l'adesione alla tesi (largamente diffusa) che afferma la inapplicabilità dell'art. 1185 c.c. nel conto corrente bancario.



rare *medio tempore* il «saldo» (eventualmente negativo) che risulterà dalle operazioni via via registrate sul conto *in termini di "credito"/"debito"*, vincolandosi piuttosto (e semplicemente) ad accettare un meccanismo in virtù del quale quel «saldo» abbia la (sola) funzione di determinare di momento in momento la

quantità di moneta di cui il correntista può (residualmente) disporre.

Risulta così confermato che i «versamenti» su un conto «intrafido» *non sono tecnicamente "pagamenti del cliente a favore della banca*, non essendoci un «credito» che essi vadano ad estinguere.

## 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](http://www.ipsoa.it/il_lavoronellagiurisprudenza), permette all'utente di accedere a tutte le novità d'interesse e all'anteprima della Rivista cartacea.

**Abbonamento annuale: € 219,00**

#### Per informazioni e acquisti

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





Obbligazioni solidali

# Transazione *pro quota* e obbligazione solidale: la clausola che esclude l'approfittamento dei condebitori non stipulanti

CASSAZIONE CIVILE, Sez. Un., 30 dicembre 2011, n. 30174 - Pres. Vittoria - Est. Rordorf - P.m. Ciccolo - Compagnia Tirrena di Assicurazioni S.p.a. in l.c.a. c. Intesa Sanpaolo S.p.a.

**I**  
La norma di cui all'art. 1304 comma 1 c.c. si riferisce unicamente alla transazione che abbia ad oggetto l'intero debito, e non la sola quota del debitore con cui è stipulata (spettando al giudice del merito verificare quale sia l'effettiva portata contenutistica del contratto), giacché è la comunanza dell'oggetto della transazione stessa a far sì che possa avvalersene il condebitore solidale pur non avendo partecipato alla sua stipulazione e, quindi, in deroga al principio per cui il contratto produce effetti soltanto tra le parti. La conseguente riduzione dell'ammontare dell'intero debito, pattuita in via transattiva con un solo dei debitori, che opera anche nei confronti del condebitore il quale dichiara di voler profittare della transazione, non può essere impedita dall'inserimento nel medesimo contratto di una clausola di contrario tenore, essendo inibito alle parti contraenti disporre dell'anzidetto diritto potestativo che la legge attribuisce ad un terzo estraneo al vincolo negoziale.

**II**  
Ove la transazione stipulata tra il creditore ed uno dei condebitori solidali abbia avuto ad oggetto solo la quota del condebitore che l'ha stipulata, il residuo debito gravante sugli altri debitori in solido si riduce in misura corrispondente all'importo pagato dal condebitore che ha transatto solo se costui ha versato una somma pari o superiore alla sua quota ideale di debito; se, invece, il pagamento è stato inferiore alla quota che faceva idealmente capo al condebitore che ha raggiunto l'accordo transattivo, il debito residuo gravante sugli altri coobbligati deve essere ridotto in misura pari alla quota di chi ha transatto.

## ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI

|                 |   |
|-----------------|---|
| <b>Conforme</b> | Cass., Sez. III, 19 aprile 1991, n. 4257, in <i>Riv. not.</i> , 1992, 1580; Cass., Sez. III, 3 marzo 2011, n. 5108, in <i>Giust. civ. Mass.</i> 2011, 3, 341. |
| <b>Difforme</b> | Cass., Sez. III, 3 marzo 1997, n. 1873, in questa <i>Rivista</i> , 1997, 485, con nota di Delfini.  |

### Svolgimento del processo

L'Istituto Bancario San Paolo Imi s.p.a. (in seguito incorporato nella società Intesa San Paolo e che con tale denominazione verrà d'ora innanzi designato) con atto notificato il 10 maggio 2001 propose opposizione avverso il diniego di ammissione di un proprio credito per complessivi Euro 8.516.792,67 al passivo della liquidazione coatta amministrativa della Compagnia Tirrena di Assicurazione s.p.a. (in prosieguo Tirrena). Il credito, secondo quanto prospettato dall'opponente, derivava da due let-

tere di patronage con le quali, negli ultimi mesi del 1989, la Tirrena aveva prestato garanzia per debiti bancari facenti capo alla Edilizia Borghese s.p.a. L'opposizione fu accolta dal Tribunale di Roma, la cui decisione venne poi confermata in secondo grado dalla Corte d'appello di Roma con sentenza depositata il 4 febbraio 2008.

La corte d'appello reputò che le lettere di patronage a suo tempo sottoscritte dal legale rappresentante della Tirrena implicassero l'assunzione di un vero e proprio obbligo di garanzia per i debiti bancari facenti capo alla Edilizia Bor-

ghese, società indirettamente controllata dalla medesima Tirrena; che l'assunzione di un tal genere di garanzia non potesse dirsi estranea all'oggetto sociale di quest'ultima e non esulasse dai poteri dell'amministratore delegato che aveva apposto la sua firma sulle menzionate lettere di patronage;

che fosse infondata la pretesa del commissario liquidatore di profittare di una transazione in precedenza stipulata dall'Intesa San Paolo con un altro debitore in solido, la Milano Assicurazioni s.p.a., avendo le parti dell'accordo transattivo espressamente limitato gli effetti di detto accordo ai reciproci rapporti; che, infine, nessun ingiustificato arricchimento si fosse verificato in favore dell'Intesa San Paolo, il cui credito era stato ammesso al passivo previa detrazione di quanto già riscosso in adempimento della surriferita transazione.

La Tirrena in liquidazione coatta ha proposto ricorso per cassazione avverso tale sentenza prospettando cinque motivi di censura, ai quali l'Intesa San Paolo ha replicato con controricorso.

Con ordinanza del 1 febbraio 2011, n. 2346, la terza sezione di questa corte, cui era stato originariamente assegnato il ricorso, ha prospettato l'opportunità che se ne occupino le sezioni unite, trattandosi di risolvere, tra l'altro, due questioni di massima di particolare importanza: la prima afferente all'esatta individuazione della portata e dei limiti del divieto di svolgere attività commerciali diverse da quella assicurativa, riassicurativa e di capitalizzazione, o a queste connesse, imposto alle società assicurative dalla L. n. 295 del 1978, art. 5; la seconda relativa alla possibilità che il creditore ed uno dei debitori in solido, nel transigere la lite tra loro insorta, escludano la potestà degli altri debitori in solido di profittare degli effetti della transazione, a norma dell'art. 1304 c.c., comma 1.

Il ricorso è stato quindi rimesso all'esame delle sezioni unite.

Sono state depositate memorie.

### Motivi della decisione

1. Prima di affrontare le due questioni per le quali il ricorso è stato affidato alle sezioni unite, occorre brevemente farsi carico dell'esame del primo motivo d'impugnazione, che mette in discussione la possibilità stessa di ravvisare, nella fattispecie di cui si tratta, l'esistenza di un obbligo di garanzia assunto dalla Tirrena per i debiti della Edilizia Borghese nei confronti dell'Intesa San Paolo. Le censure in tal senso formulate dalla ricorrente, riferite a pretesi errori di diritto e ad assenti vizi di motivazione dell'impugnata sentenza, sono destituite di fondamento. Nessuna violazione delle norme sull'interpretazione dei contratti è dato riscontrare, avendo la corte di merito correttamente desunto dal chiaro tenore delle surriferite lettere di *patronage*, oltre che dal successivo comportamento delle parti, l'intenzione della Tirrena di assumere direttamente nei confronti della banca creditrice l'obbligazione di garanzia di cui si discute ed essendo ciò assorbente rispetto ad ogni altro profilo di censura dedotto nel ricorso, ivi compreso quello relativo alla necessità che l'assunzione dell'obbligo di garanzia risulti in modo

espesso, poiché è proprio nelle espressioni adoperate nei testi contrattuali che la volontà di assumere un tale obbligo è stata inequivocabilmente individuata dalla corte di merito.

Per il resto, non emergono lacune o contraddizioni della motivazione dell'impugnata sentenza su punti che possano dirsi decisivi, mentre le critiche formulate nel motivo di ricorso in esame investono aspetti dell'interpretazione data in concreto agli specifici contratti di cui si tratta, che rientrano nell'esclusiva competenza del giudice del merito e non sono suscettibili di riesame ad opera della Corte di Cassazione.

Risulta perciò assodato che la Tirrena, con le lettere di patronage prodotte in giudizio nella presente causa, s'impegnò verso la banca creditrice a garantire l'esposizione debitoria della Edilizia Borghese, società avente oggetto immobiliare, partecipata al 100% da altra società, l'Istituto Finanziario Italiano s.p.a., a propria volta controllata dalla stessa Tirrena.

2. Ciò posto, si può senz'altro passare all'esame del secondo motivo di ricorso, il quale, nel denunciare la violazione della citata l. n. 295 del 1978, art. 5, comma 2, oltre che di svariati articoli del codice civile, tocca la questione dei limiti entro cui è consentito alle imprese assicurative lo svolgimento di attività non direttamente ed immediatamente afferenti alle nozioni di assicurazione, riassicurazione o capitalizzazione.

Giova premettere che, ai fini della risoluzione di tale questione, non sembra decisivo il fatto che lo statuto della società Tirrena espressamente ricomprenda nell'oggetto sociale il rilascio di fideiussioni inerenti alle finalità sociali o idonee a facilitarne il conseguimento. Dovendosi infatti privilegiare l'interpretazione di tale clausola che ne preservi la validità, è chiaro che essa va intesa come volta a consentire unicamente la prestazione di quelle garanzie che possano considerarsi ammesse dall'ordinamento, in relazione al tipo di attività svolta dall'impresa assicurativa ed ai limiti ad essa inerenti, e non anche di quelle eventualmente eccedenti tali limiti.

D'altronde, occorre anche sottolineare come i limiti posti dal legislatore alla possibilità che un'impresa di assicurazioni svolga attività extrassicurativa abbiano carattere inderogabile, perché rispondono ad un interesse di ordine generale - che si è soliti identificare con l'esigenza di non dilatare eccessivamente l'area del rischio imprenditoriale cui tali imprese sono esposte, oltre che nel più agevole controllo su di esse da parte delle autorità di vigilanza - derivante dalla natura stessa dell'assicurazione e dalla funzione sociale che le è propria. Ne consegue che i contratti eventualmente stipulati in violazione di tale divieto sono da considerare nulli, a norma dell'art. 1418 c.c., comma 1, (in tal senso già Cass. 14 ottobre 2010, n. 21247).

Occorre, però, individuare correttamente i confini del divieto espresso dalla citata L. n. 295 del 1978, art. 5, comma 2 (abrogato e sostituito prima dal D.Lgs. n. 175 del 1995, art. 7, comma 2, e poi dal D.Lgs. n. 209 del 2005, art. 11, ma nondimeno applicabile *ratione temporis* alla presente fattispecie) ed, in particolare, stabilire quali

operazioni possano esser considerate lecite, in quanto "connesse" con l'oggetto proprio dell'impresa assicurativa, e quali invece debbano dirsi vietate perché implicanti il compimento di "altra attività commerciale".

A tal riguardo appare anzitutto necessario puntualizzare che la norma in esame è volta a circoscrivere l'area dell'attività imprenditoriale della società assicurativa, come agevolmente si desume dal suo riferimento all'oggetto sociale, nel senso d'impedire che detta attività assuma una portata incompatibile con quella tipica e specifica di una simile impresa. Altro è, però, il porre in essere un'attività imprenditoriale (eventualmente eccedente i limiti legali sopra indicati), altro è compiere singoli e specifici atti negoziali, quali quelli implicanti l'assunzione di obblighi di garanzia, che di per sé soli non connotano in alcun modo una specifica attività d'impresa. È il possibile oggetto sociale dell'impresa assicurativa ad essere limitato dalla norma, non la capacità d'agire dell'ente personificato, la quale perciò conserva la sua naturale portata generale come per qualsiasi altro soggetto giuridico.

In tanto, allora, l'assunzione di garanzie per debiti di terzi potrebbe assumere i connotati di un'attività imprenditoriale extrassicurativa, in quanto si esplicasse in modo sistematico e nei confronti di un'indeterminata platea di soggetti, venendo perciò a rivestire le sembianze di un'attività di tipo finanziario, che comporterebbe l'assunzione di un rischio d'impresa ulteriore e diverso da quello assicurativo. Ma non è questo il caso della prestazione di singole garanzie in favore di società facenti parte di un gruppo di cui la stessa impresa assicurativa è a capo.

D'altronde, quando si tratta dell'esercizio di un'impresa, per individuare una significativa connessione tra l'attività dell'impresa medesima e singoli atti negoziali da essa realizzati non rileva tanto il dato statico ed oggettivo di ciò in cui l'una e gli altri consistono, quanto il legame funzionale tra essi: il fatto, cioè, che quegli atti siano espletati in vista delle stesse finalità che connotano lo svolgimento dell'impresa. Il nesso di strumentante, oggi richiamato in modo esplicito dalla nuova formulazione del citato D.Lgs. n. 209 del 2005, art. 11, comma 4, già nel vigore della pregressa normativa appariva idoneo a far considerare l'atto strumentale come connesso all'oggetto dell'attività assicurativa in senso proprio. Ne sarebbe altrimenti derivata una rigidità, nell'individuazione degli atti consentiti e di quelli vietati ad un'impresa di assicurazione, del tutto incompatibile con le esigenze dinamiche di quella (come di qualsiasi altra) impresa, non potendosi fissare a priori una tassonomia di atti connessi o non connessi all'oggetto assicurativo, ma dipendendo piuttosto la liceità di quegli atti dalla loro concreta attinenza alle mutevoli finalità dell'impresa; con il solo ovvio limite - quello sì davvero imprescindibile, perché coerente con lo scopo del divieto legale - che il loro compimento non si traduca in una sistematica attività implicante l'assunzione di un rischio imprenditoriale indipendente e estraneo rispetto a quello tipico dell'assicuratore: nel che risiede il senso dell'ulteriore specificazione della norma, volto appunto a vietare il compimento di qualsiasi attività commerciale definita "altra".

Per questa ragione non può dirsi di per sé vietato che una società esercente attività assicurativa acquisisca partecipazioni in società aventi oggetto diverso, volta che tale acquisizione non comporti l'esercizio di un'attività di trading finanziario incoerente con l'oggetto assicurativo, ma sia uno dei mezzi adoperati per la conservazione delle riserve patrimoniali di cui detta società ha bisogno per assolvere correttamente i propri compiti istituzionali. Ed in questa logica si è significativamente collocata anche la Corte di Giustizia dell'Unione Europea quando, chiamata ad interpretare il divieto di attività extrassicurative posto dall'art. 8, n. 1, lett. b), della direttiva 73/239/Cee, ha escluso che contrasti con tale divieto la possibilità per un'impresa di assicurazioni di detenere partecipazioni di altra società operante in aree diverse, purché nei limiti delle riserve disponibili (Corte di Giustizia 21 settembre 2000, C/109/99).

Ma se questo è vero, se cioè non può dirsi di per sé anomalo il fatto che una società di assicurazioni detenga, come nella specie è accaduto, una partecipazione di controllo (poco rileva se diretta o indiretta) in una società immobiliare, allora neppure si può sostenere che nel divieto dianzi richiamato è ricompresa la prestazione di garanzie per i debiti di quest'ultima. Non è infatti anomalo, in via di principio, che la società capogruppo si renda garante per le esposizioni debitorie di una o più delle sue controllate, nella misura in cui vi possa corrispondere un interesse del gruppo nel suo insieme e, di riflesso, un interesse della stessa controllante. Il prestare garanzia, in sé considerato, lungi dall'integrare gli estremi di un'attività commerciale incoerente ed incompatibile con l'oggetto sociale della garante, ben può configurarsi come un atto strumentale alla conservazione del valore della partecipazione azionaria di cui la stessa garante è titolare, e quindi condividere la medesima finalità cui è ispirata la detenzione della partecipazione.

Alla stregua di tale principio, che induce a disattendere il diverso orientamento manifestato sul punto da Cass. n. 21247/10, cit. (preceduta da Cass. n. 4981/01 e seguita da Cass. n. 10007/11), il motivo di ricorso di cui si tratta va rigettato.

3. Prima di soffermarsi sull'altra delle due questioni che hanno determinato l'assegnazione del presente ricorso alle sezioni unite, occorre procedere all'esame del terzo motivo d'impugnazione, che concerne l'asserito difetto di poteri rappresentativi in capo all'amministratore delegato della Tirrena che ebbe a sottoscrivere le più volte menzionate lettere di patronage.

La società ricorrente, muovendo dal presupposto che all'amministratore delegato era stato conferito unicamente il potere di rilasciare fideiussioni a favore di istituti bancari e casse di risparmio per operazioni riguardanti società finanziarie ed assicurative del gruppo, sostiene trattarsi di un'indicazione tassativa, onde male l'avrebbe interpretata la corte territoriale ritenendo vi potesse esser compresa anche la stipulazione di contratti autonomi di garanzia; e lamenta inoltre che la medesima corte territoriale non abbia considerato il fatto che le operazioni per le quali la garanzia era stata prestata non riguardavano una società finanziaria o assicurativa, bensì immobiliare,

e che tale società non era neppure direttamente controllata dalla Tirrena.

Nemmeno tali doglianze colgono nel segno.

L'impugnata sentenza non manca di sottolineare come l'attribuzione di poteri rappresentativi all'amministratore delegato della Tirrena, lungi dall'essere espressa con un elenco tassativo, fosse assai ampia e generica, sino ad autorizzarlo a «spendere la firma sociale in tutti i rapporti con amministrazioni pubbliche e private, banche ed altri enti senza eccezione alcuna», in coerenza, del resto, con la previsione statutaria che attribuiva al medesimo consigliere delegato la qualifica di legale rappresentante della società. Logica - e non censurabile in questa sede - è dunque l'ulteriore deduzione secondo cui la successiva formula riguardante il potere di sottoscrivere fideiussioni per debiti delle società del gruppo debba essere interpretata estensivamente: sia quanto alla natura giuridica dei contratti mediante i quali la società assuma su di sé la garanzia per debiti altrui, sia quanto al perimetro delle società comprese nel gruppo i cui debiti si intendano garantire. Non infondatamente, del resto, la contro-ricorrente ha obiettato che, anche a norma del testo allora in vigore dell'art. 2384 c.c., le eventuali limitazioni al potere di compiere atti rientranti nell'oggetto sociale da parte degli amministratori forniti della legale rappresentanza dell'ente non risulterebbero comunque opponibili ai terzi di cui non sia stata provata la mala fede.

4. Il quarto ed il quinto motivo del ricorso sono collegati e possono perciò essere esaminati congiuntamente.

Si tratta della già accennata questione se il creditore ed uno dei debitori in solido, nel transigere la lite tra loro insorta, possano impedire agli altri debitori in solido di profittare degli effetti della transazione, come previsto dall'art. 1304 c.c., comma 1.

Questione che nella fattispecie in esame concretamente si pone, giacché è pacifico che la Tirrena ebbe a transigere una lite con altro istituto di credito verso il quale aveva assunto il medesimo obbligo di garanzia in forza del quale l'Intesa San Paolo ha chiesto di essere ammessa al passivo della liquidazione coatta della società garante.

A ciò aggiungasi che, secondo la società ricorrente, la corte d'appello avrebbe determinato il residuo credito dell'Intesa San Paolo senza conteggiare correttamente quanto già corrisposto dall'altro debitore in solido, incorrendo così in un difetto di motivazione e nella violazione del principio che vieta l'indebito arricchimento e che sottosta anche all'applicazione dell'art. 1304 c.c., comma 1.

4.1. A tal riguardo è opportuno anzitutto rilevare come l'apparente contrasto riscontrabile nella lettura di alcune massime estratte da sentenze di questa corte (Cass. n. 5108 del 2011 e n. 4257 del 1991, da un lato, Cass. n. 1873 del 1997 e n. 24 del 1968, dall'altro) sembra in realtà agevolmente componibile in base alla diversa portata che, di volta in volta, può assumere la transazione intervenuta tra il creditore ed uno di più condebitori solidali.

Decisiva in tal senso, come è stato sottolineato anche dalla dottrina maggioritaria, appare la circostanza che la transazione riguardi l'intero debito o che invece abbia ad

oggetto unicamente la quota del debitore con cui è stipulata. Ipotesi, quest'ultima, certamente configurabile - sempre che, beninteso, l'obbligazione sia per sua natura scindibile e che non si tratti di solidarietà pattuita nell'interesse di uno dei condebitori - quando vi consenta il creditore nel cui interesse il vincolo della solidarietà passiva è concepito, senza che sia necessario postulare un preventivo scioglimento della solidarietà, che ben può invece realizzarsi nel contesto medesimo della transazione. Né occorre a tal fine postulare un'indispensabile diversità dei titoli da cui dipendono le diverse obbligazioni legate dal vincolo della solidarietà, volta che tale vincolo sia unicamente funzionale ad una migliore realizzazione del credito e nulla perciò valga ad ostacolare la libera esplicazione dell'autonomia negoziale delle parti che intendono escluderlo per una quota parte del credito stesso. La transazione prò quota, in quanto tesa a determinare lo scioglimento della solidarietà passiva rispetto al debitore che vi aderisce, non può coinvolgere gli altri condebitori, i quali dunque nessun titolo avrebbero per profittarne, salvo ovviamente che per gli effetti derivanti dalla riduzione del loro debito in conseguenza di quanto pagato dal debitore transigente. La previsione dell'art. 1304 c.c., comma 1, non si riferisce a questa fattispecie (in tal senso si vedano anche Cass. n. 16050 del 2009, Cass. n. 14550 del 2009, Cass. n. 7485 del 2007, Cass. n. 9396 del 2006 e Cass. n. 8946 del 2006).

È la transazione riguardante l'intero debito quella cui, viceversa, detta norma si riferisce, perché è la comunanza dell'oggetto della transazione a far sì che di questa possa avvalersi il condebitore in solido, pur non avendo partecipato alla sua stipulazione e quindi in deroga al principio secondo cui il contratto produce effetto solo tra le parti. La riduzione dell'ammontare del debito eventualmente pattuita in via transattiva con uno solo dei debitori opererà, in tal caso, anche per gli altri che dichiarino di volersene avvalere, non diversamente da quel che sarebbe accaduto se anch'essi avessero sottoscritto la medesima transazione. Né tale conseguenza potrebbe essere evitata introducendo nella transazione per l'intero debito una clausola di contrario tenore, per l'ovvia considerazione che una simile clausola sarebbe destinata ad incidere su un diritto potestativo che la legge attribuisce ad un soggetto terzo, rispetto ai contraenti, e del quale perciò questi ultimi non sarebbero legittimati a disporre.

Lo stabilire poi se, in concreto, la transazione tra il creditore ed uno dei debitori in solido ha avuto ad oggetto l'intero debito o solo la quota del debitore transigente comporta, evidentemente, un'indagine sul contenuto del contratto e sulla comune volontà che in esso i contraenti hanno inteso manifestare, da compiere ad opera del giudice di merito secondo le regole di ermeneutica fissate nell'art. 1362 c.c. e segg.

4.2. Giova però ancora interrogarsi, ove l'indagine sopra menzionata conduca alla conclusione che le parti hanno inteso focalizzare la transazione unicamente su una determinata quota di debito, su quale sia il residuo credito azionabile nei confronti degli altri debitori rimasti estranei.

La risposta della giurisprudenza a questo interrogativo



non sempre è stata chiara. In taluni casi si è affermato che il credito verso gli altri condebitori si riduce in proporzione alla quota transatta (cfr. Cass. n. 16050 del 2009, Cass. n. 7485 del 2007, Cass. n. 8946 del 2006, Cass. n. 7212 del 2002, Cass. n. 2931 del 1999 e Cass. 7413 del 1991); in altri casi si è detto che esso si riduce in misura pari all'ammontare di quanto il creditore ha già percepito a seguito della transazione (cfr. Cass. n. 5108 del 2011, Cass. n. 14550 del 2009 e Cass. n. 4820 del 1979).

Il risultato non è però necessariamente il medesimo. Qualora, infatti, la transazione porti all'uscita di scena di uno dei debitori solidali, ma al tempo stesso alla soddisfazione del credito in misura minore rispetto alla quota ideale gravante su quel debitore (si faccia l'esempio di un credito verso tre condebitori solidali, d'importo pari a 90, e si ipotizzi che la transazione sulla quota di uno dei debitori abbia determinato il pagamento di 20), un conto è affermare che gli altri condebitori restano tenuti per l'ammontare non soddisfatto del credito (pari, nell'esempio fatto, a 70), altro dire che il loro debito si riduce in misura proporzionale alla quota ideale del debitore venuto meno (ciò che, nel suddetto esempio, legittimerebbe il creditore a pretendere dai condebitori esclusi dalla transazione solo 60).

Considerato allora che la transazione parziaria non può né condurre ad un incasso superiore rispetto all'ammontare complessivo del credito originario, né determinare un aggravamento della posizione dei condebitori rimasti ad essa estranei, neppure in vista del successivo regresso nei rapporti interni, è giocoforza pervenire alla conclusione che il debito residuo dei debitori non transigenti è destinato a ridursi in misura corrispondente all'ammontare di quanto pagato dal debitore che ha transatto solo se costui ha versato una somma pari o superiore alla sua quota ideale di debito.

In caso contrario, se cioè il pagamento è stato inferiore alla quota che faceva idealmente capo al transigente, il debito residuo che resta tuttora a carico solidale degli altri obbligati dovrà essere necessariamente ridotto (non già di un ammontare pari a quanto pagato, bensì) in misura proporzionale alla quota di chi ha transatto, giacché altrimenti la transazione provocherebbe un ingiustificato aggravamento per soggetti rimasti ad essa estranei.

4.3. Nel caso in esame la corte d'appello, nell'escludere che la Tirrena potesse profittare della transazione intervenuta tra la creditrice Impresa San Paolo e l'altra condebitrice in solido, Milano Assicurazioni, non ha svolto alcuna indagine sul contenuto di tale transazione, né ha spiegato le ragioni per le quali questa possa avere eventualmente riguardato la sola quota debitoria facente capo alla società da ultimo menzionata e non anche l'intero debito.

Neppure ha chiarito secondo quale criterio, per effetto dell'esecuzione di detta transazione, è stato quantificato il debito residuo gravante sulla Tirrena.

5. L'impugnata sentenza deve perciò essere cassata, con rinvio alla Corte d'appello di Roma (in diversa composizione), che giudicherà attenendosi al seguente principio di diritto:

«Il debitore che non sia stato parte della transazione stipulata dal creditore con altro debitore in solido non può profittarne se, trattandosi di un'obbligazione divisibile ed essendo stata la solidarietà prevista nell'interesse del creditore, l'applicazione dei criteri legali d'interpretazione dei contratti porti alla conclusione che la transazione ha avuto ad oggetto non l'intero debito ma solo la quota di esso riferibile al debitore che ha transatto; in caso contrario il debitore ha diritto a profittare della transazione senza che eventuali clausole in essa inserite possano impedirlo.

Qualora risulti che la transazione ha avuto ad oggetto solo la quota del debitore che la ha stipulata, il residuo debito gravante sugli altri debitori in solido è destinato a ridursi in misura corrispondente all'ammontare di quanto pagato dal debitore che ha transatto solo se costui ha versato una somma pari o superiore alla sua quota ideale di debito; se invece il pagamento è stato inferiore alla quota che faceva idealmente capo a un debitore che ha raggiunto l'accordo transattivo, il debito residuo gravante sugli altri coobbligati deve essere ridotto in misura proporzionale alla quota di chi ha transatto».

5. Al giudice di rinvio si richiede anche di provvedere sulle spese del giudizio di legittimità.

#### P.Q.M.

La corte, pronunciando a sezioni unite, accoglie il quarto ed il quinto motivo del ricorso e rigetta gli altri; cassa l'impugnata sentenza e rinvia la causa alla Corte d'appello di Roma, in diversa composizione, demandandole di provvedere anche sulle spese del giudizio di legittimità.

## IL COMMENTO

di Vincenzo Paternostro

La sentenza concerne l'ipotesi in cui il creditore ed uno dei condebitori solidali addivengano ad un accordo transattivo *pro quota* contenente una clausola che esclude gli altri condebitori dall'approfittamento. Nel risolvere un contrasto giurisprudenziale manifestatosi in seno alla Terza Sezione, le Sezioni Unite analizzano la validità di tale clausola, e specificano le modalità con cui gli effetti della stessa si riverberano sul debito residuo.

### Il caso

La fattispecie portata all'esame delle Sezioni Unite riguarda, tra gli altri, un tema di notevole interesse: la possibilità che il creditore ed uno dei debitori in solido, nel transigere la lite tra loro insorta, escludano gli altri condebitori dalla possibilità di fruire, ai sensi dell'art. 1304 comma 1 c.c., degli effetti della transazione. La norma dispone infatti che «*La transazione fatta dal creditore con uno dei debitori in solido non produce effetto nei confronti degli altri, se questi non dichiarano di volerne profittare*». Queste poche righe hanno acceso un vivace dibattito sia giurisprudenziale che dottrinale (1).

Questa, in sintesi, la vicenda di fatto.

La società attrice spiegava, in data 10 maggio 2001, opposizione avverso il diniego di ammissione di un proprio credito al passivo della liquidazione coatta amministrativa della convenuta. Tale credito derivava da due lettere di patronage con cui quest'ultima aveva garantito, unitamente ad altri soggetti, debiti bancari facenti capo ad una propria controllata. Il Tribunale di Roma, con sentenza n. 12673 del 2004, accoglieva l'opposizione.

Pertanto, la società soccombente proponeva appello, sulla base di sei motivi di impugnazione, tra i quali l'operatività, nel caso di specie, dell'art. 1304 c.c. Allegava infatti l'Appellante che controparte aveva stipulato una transazione con altro condebitore in solido, e che l'adempimento da parte di quest'ultimo avrebbe rideterminato il debito nella misura concordata transattivamente, estinguendo l'obbligazione a vantaggio dei condebitori solidali, avendo l'esponente espressamente dichiarato di voler profittare della transazione stessa.

La Corte d'Appello, nel rigettare l'impugnazione (2), rilevava innanzitutto che la transazione *de qua* prevedeva, da parte della società appellata, la rinuncia nei soli confronti del condebitore solidale stipulante e che la tesi dell'inderogabilità dell'art. 1304 c.c., nella misura in cui «*attribuirebbe al coobbligato un vero e proprio diritto potestativo a fronte del quale l'altra parte verrebbe a trovarsi in una condizione di sog-*

*gezione*», non era condivisibile. Ciò anche alla luce del principio di portata generale enunciato dalla Suprema Corte nella sentenza n. 4257 del 1991 (3), per cui deve ritenersi esclusa l'efficacia dell'art. 1304 c.c. in tutti i casi in cui il negozio transattivo contenga la manifestazione di volontà del creditore di limitare l'efficacia della transazione al debitore contraente, senza possibilità che gli altri possano avvalersene (4).

Neppure trovava riscontro in sede di gravame il motivo secondo cui, in caso di ammissione al passivo del credito vantato dalla società appellata nei confronti dell'appellante, si sarebbe determinato in favore della prima un ingiustificato arricchimento. La Corte respingeva anche tale doglianza rilevando che il giudice di primo grado aveva ammesso al passivo l'appellata non per l'intero credito, bensì per il residuo derivante dall'avvenuta transazione con il terzo condebitore.

Avverso la sentenza della Corte d'Appello di Roma n. 431 del 2008 ricorreva in Cassazione la società

### Note:

(1) Sulla transazione nei rapporti solidali, v. Cerdonio Chiaromonte, *Transazione e solidarietà*, Padova, 2002; Costanza, *Obbligazioni solidali e transazione*, Milano, 1978.; D'Adda, *L'oggetto della transazione: il caso della transazione con il debitore solidale*, in *Riv. dir. priv.*, 2007, 307; D'Arcangelo, *Obbligazioni solidali e transazione*, in *Obbl. contr.*, 2006, 140; Della Bella, *La transazione nelle obbligazioni solidali: una questione ancora aperta*, in *Resp. civ. prev.*, 2002, 1062; Del Prato, *Sulla transazione del debitore in solido*, in *Riv. dir. priv.*, 2009, 63; Schlesinger, *Effetti della transazione operata da uno dei condebitori in solido*, in *Corr. giur.*, 1992, 426; Gentili, *Solidarietà e transazione secondo l'art. 1304 c.c.*, in *Obbl. contr.*, 2009, 307.

(2) App. Roma, Sez. I, 4 febbraio 2008, n. 431, in *DeJure*.

(3) Cass., Sez. III, 19 aprile 1991, n. 4257, in *Riv. not.*, 1992, 1580.

(4) Cerdonio Chiaromonte, *Transazione novativa e transazione pro quota: intorno ad alcuni recenti interventi*, in *Riv. not.*, 2009, 1361, cui si rimanda per un'approfondita disamina in ordine ai confini tra la fattispecie di transazione sull'intero debito e transazione *pro quota*. Di particolare interesse come l'Autrice affermi che «*non persuade l'idea che sia ritenuto elemento sufficiente alla qualificazione di una transazione come limitata alla quota una dichiarazione di salvezza dei diritti del creditore nei confronti dei condebitori non transigenti*».

soccombente in appello. Con ordinanza del 1° febbraio 2011, n. 2346 la Sezione III, assegnataria del ricorso, prospettava che lo stesso fosse esaminato dalle Sezioni Unite, posta la rilevanza delle questioni in oggetto e la sussistenza di contrasti giurisprudenziali in seno alla Suprema Corte.

Con la sentenza n. 30174 del 2011 le Sezioni Unite hanno cassato con rinvio alla Corte d'Appello di Roma la pronuncia, enunciando, essenzialmente, due principi giuridici: (i) in caso di transazione stipulata tra il creditore ed uno dei condebitori in solido, l'altro condebitore non può profittarne se, trattandosi di un'obbligazione divisibile ed essendo stata la solidarietà prevista nell'interesse del creditore, l'applicazione dei criteri legali di interpretazione del contratto porti alla conclusione che la transazione ha avuto ad oggetto non l'intero debito ma solo la quota riferibile al condebitore stipulante; (ii) qualora risulti inoltre che la transazione ha avuto ad oggetto solo la quota del condebitore stipulante, «*il residuo debito gravante sugli altri debitori in solido è destinato a ridursi in misura corrispondente all'ammontare di quanto pagato dal condebitore che ha transatto solo se costui ha versato una somma pari o superiore alla sua quota ideale di debito*»; altrimenti, il debito residuo gravante sugli altri coobbligati deve essere ridotto in misura proporzionale alla quota di chi ha transatto. A tali due principi fa da implicito corollario il fatto che, invece, nella transazione avente ad oggetto l'intero debito solidale, il patto che esclude l'approfittamento dei consorti sia invalido.

### **La clausola che esclude i condebitori non stipulanti**

L'art. 1304 comma 1 c.c. stabilisce l'improduttività di effetti della transazione stipulata tra il creditore ed uno dei debitori in solido, fatta salva l'ipotesi in cui sia proprio uno dei condebitori a dichiarare di voler profittare della transazione.

Da ciò deriva il quesito per la cui soluzione sono state investite le Sezioni Unite: possono il creditore ed uno dei debitori in solido stipulare tra loro una transazione contenente una clausola che escluda la possibilità per gli altri condebitori di profittarne? (5)

La risposta della Suprema Corte è affermativa, nel caso in cui l'obbligazione solidale sia per sua natura scindibile e non si tratti di solidarietà pattuita nell'interesse di uno dei condebitori posto che, comunque, come anticipato, in ipotesi di transazione dell'integrale debito solidale tale clausola sarebbe invece invalida.

Invero, la rimessione della questione alle Sezioni Unite deriva, oltre che dall'importanza della mate-

ria, dall'esistenza in seno alla Suprema Corte di un contrasto giurisprudenziale, segnatamente tra le sentenze n. 1873 del 1997 (6) e n. 5108 del 2011 (7).

La prima delle summenzionate pronunce sanciva essenzialmente l'inderogabilità di quanto disposto dall'art. 1304 comma 1 c.c. Affermava infatti la Sez. III, in un caso in materia di sinistri stradali, che qualora sia intervenuta una transazione tra il danneggiato e l'assicuratore del danneggiante, debitore in solido con il danneggiante stesso, il creditore non possa domandare al condebitore non stipulante «*il pagamento, nei limiti del massimale, della differenza fra la misura del pregiudizio effettivamente subito e la minore somma transattivamente determinata*» nell'ipotesi in cui quest'ultimo, ai sensi dell'art. 1304 comma 1 c.c., abbia dichiarato di voler profittare dell'intervenuto accordo *inter alios*. Con ciò, di fatto, la Suprema Corte affermava che la dichiarazione di approfittamento supera il rilievo che potrebbe avere la clausola dell'accordo transattivo che prevede il diritto del danneggiato di agire nei confronti del responsabile del danno per il recupero integrale di quanto dovutogli.

Contrariamente pronunciava sempre la Terza Sezione, nella seconda delle citate sentenze, ove stabiliva la validità e l'efficacia della clausola con cui il creditore ed uno dei debitori solidali avessero escluso la possibilità per gli altri condebitori di profittare degli effetti della transazione stessa, sulla scorta del ragionamento secondo cui, dal momento che i condebitori non stipulanti possono, omettendo di pronunciare la dichiarazione di approfittamento, escludere l'efficacia della transazione nei loro confronti, allo stesso modo può il creditore, in forza del principio di libertà negoziale, impedire l'estensione dell'efficacia dell'accordo agli stessi.

Per meglio contestualizzare il dibattito sviluppatosi prima e dopo le due succitate pronunce, occorre segnalare altresì le diverse posizioni assunte dalla dot-

#### **Note:**

(5) Gentili, *loc. cit.*, analizza un presupposto fondamentale: le argomentazioni favorevoli alla validità delle clausole di esclusione si fonda sul presupposto che il condebitore solidale sia un terzo rispetto alle parti della transazione. Secondo l'Autore, tuttavia, così non è, posto che «*il contitolare non è terzo, ma parte del rapporto, se non dell'atto. E perciò non si può transigere senza incidere potenzialmente anche la sua sfera. Precludendogli l'accesso all'accordo che governa un rapporto di cui anch'egli è parte si modificherebbe la sua posizione giuridica*».

(6) Cass., Sez. III, 3 marzo 1997, n. 1873, in questa *Rivista*, 1997, 485, con nota di Delfini.

(7) Cass., Sez. III, 3 marzo 2011, n. 5108, in *Giust. civ. Mass.* 2011, 3, 341; in senso conforme cfr. Cass. 19 aprile 1991 n. 4257.



trina in tema di transazione parziale/transazione sull'intero debito.

Vi sono autori (8) che, contrariamente all'opinione maggioritaria, hanno affermato l'applicabilità del comma 1 dell'art. 1304 anche alle ipotesi di transazione parziale.

Altri (9), assumendo che il dettato normativo non fosse applicabile alla transazione *pro quota*, si sono preoccupati di trovare criteri di distinzione tra quest'ultima e quella sull'intero debito solidale. Le tesi volte a privilegiare l'identificazione della transazione quale riguardante l'intero debito (tra le varie, in ipotesi di mancata esplicita dichiarazione delle parti di parzialità della transazione) non paiono tuttavia convincenti, in primo luogo dovendo l'interprete concentrarsi ex art. 1362 comma 1 c.c. sulla comune intenzione delle parti al momento della stipula.

Il passo avanti esplicativo operato dalla sentenza delle Sezioni Unite in commento è inerente in primo luogo il distinguo tra transazione *pro quota* e transazione riguardante l'intero debito (10). Nel primo caso, infatti, i debitori solidali non hanno alcun titolo per profittare della transazione stipulata tra il creditore ed il loro condebitore (fatta eccezione per la corrispettiva riduzione dell'ammontare del loro debito, su cui si tornerà *infra*).

È invece alla transazione relativa all'intera obbligazione che si riferisce il primo comma dell'art. 1304 c.c., laddove «è la comunanza dell'oggetto della transazione a far sì che di questa possa avvalersi il condebitore in solido, pur non avendo partecipato alla sua stipulazione e quindi in deroga al principio secondo cui il contratto produce effetto solo tra le parti». Tale ultimo assunto era già stato peraltro sviluppato dalla dottrina (11), che riferendosi all'inefficacia sia degli effetti favorevoli che degli effetti sfavorevoli della transazione nei confronti dei condebitori solidali, aveva ravvisato nell'art. 1304 c.c. un'applicazione del principio di relatività degli effetti contrattuali di cui all'art. 1372.

La soluzione alla quale sono pervenute le Sezioni Unite trae spunto da quanto già più volte sottolineato dalla dottrina maggioritaria (12). La dottrina ha anche avuto modo di "orientare" la decisione delle Sezioni Unite nella delibazione della validità o meno delle clausole di esclusione dell'operatività dell'art. 1304 c.c. La riflessione di maggior interesse (13) tiene conto di due spinte contrapposte: da un lato, a favore della validità delle suddette clausole, vi è il principio per cui le parti possono liberamente determinare il contenuto del contratto; dall'altro, parrebbe altresì vero che la transazione debba spiegare i propri effetti solo nei confronti dei contraen-

ti, e dunque non possa imporre un divieto al condebitore non stipulante, che rispetto al contratto è terzo estraneo.

La soluzione scelta dalla Suprema Corte pare avere accolto le istanze di coloro i quali, ritenendo che il condebitore non stipulante non si possa considerare terzo rispetto ad una transazione che produce effetti su di una situazione giuridica anche a lui comune, auspicavano la consacrazione giurisprudenziale della validità delle clausole in commento, sempre e comunque con riferimento all'ipotesi di transazione parziale.

### Gli effetti della clausola sul debito residuo

Come anticipato, le Sezioni Unite, nella sentenza in commento, hanno enunciato un principio di diritto che è in realtà suddivisibile in due sub-principi, dei quali il secondo è corollario del primo.

Posta la premessa che, nel caso in cui l'obbligazione solidale sia per sua natura scindibile e non si tratti di solidarietà pattuita nell'interesse di uno dei condebitori, il creditore ed uno dei debitori in solido possono stipulare tra loro una transazione contenente una clausola che escluda la possibilità per gli altri condebitori di profittarne, la Suprema Corte affronta le conseguenze dirette e concrete di tale *dictum*, affermando che «il residuo debito gravante sugli altri debitori in solido è destinato a ridursi in misura corrispondente all'ammontare di quanto pagato dal condebitore che ha transatto solo se costui ha versato una som-

#### Note:

(8) Gitti, *L'oggetto della transazione*, Milano, 1999, secondo cui la norma dell'art. 1304 c.c. sarebbe applicabile «anche nel caso, da essa non espressamente previsto, in cui la transazione sia stata oggettivamente limitata dalle parti, nell'ambito dell'obbligazione solidale, alla pretesa quota interna di uno dei consorti».

(9) Rubino, *Delle obbligazioni*, in *Commentario Scialoja-Branca, Artt. 1285-1230*, 2ª ed., Bologna-Roma, 1961; Riccio, *Le diverse specie di obbligazioni*, in *Le obbligazioni*, I, 2, Torino, 2004. In tale ottica, si è ritenuto che, posto che la transazione stipulata tra il creditore ed uno dei condebitori non ha incidenza sul rapporto solidale, gli altri debitori non possono approfittare della stessa.

(10) Cerdonio Chiaromonte, *loc. cit.*

(11) Rubino, *loc. cit.*; Cerdonio Chiaromonte, *loc. cit.*

(12) Cassani, *La quantificazione del risarcimento nell'azione di responsabilità contro gli amministratori*, commento a Cass., Sez. I, 8 luglio 2009, n. 16050, in *Società*, 2010, 407. In particolare, il quesito si era posto in tema di transazione tra il curatore ed i sindaci della società fallita, accordi sovente contenenti clausole in forza delle quali il fallimento si riservava la possibilità di agire nei confronti degli altri coobbligati (ossia gli amministratori). L'esame di tali fattispecie aveva già indotto la giurisprudenza, sia di legittimità che di merito, e la dottrina ad affermare che la transazione *pro quota* tra il creditore ed uno dei debitori in solido produce quale effetto la dissoluzione del rapporto solidale.

(13) Gentili, *loc. cit.*

ma pari o superiore alla sua quota ideale di debito; se invece il pagamento è stato inferiore alla quota che faceva idealmente capo al condebitore che ha raggiunto l'accordo transattivo, il debito residuo gravante sugli altri coobbligati deve essere ridotto in misura proporzionale alla quota di chi ha transatto».

Conseguenza di tale enunciazione, oltre che della considerazione che il giudice del merito non avesse svolto opportune indagini sulla natura integrale o parziale della transazione intercorsa tra le parti, è stato il rinvio della sentenza cassata alla Corte d'Appello, la quale, nel pronunciarsi, aveva omissis, secondo la Cassazione, di chiarire il criterio di quantificazione del debito residuo in capo ai condebitori non stipulanti.

Tale affermazione trae spunto da un corretto approccio logico-giuridico: posto che la transazione parziale non può essere fonte di un arricchimento senza causa del creditore e di un corrispondente depauperamento ingiustificabile dei condebitori non stipulanti, l'unico possibile effetto dell'accordo nell'ipotesi (senz'altro più frequente) in cui il debitore stipulante paghi meno della quota di sua spettanza, è la corrispondente diminuzione di quanto dovuto *pro quota* dagli altri condebitori (14).

Viene a questo punto da domandarsi quale sorte ab-

bia il vincolo di solidarietà tra i condebitori non stipulanti, posta la frattura dello stesso nei confronti del debitore parte dell'accordo transattivo. Ebbene, si osserva in merito come, nel caso di pluralità di condebitori non stipulanti, non vi sia ragione per cui il vincolo di solidarietà passiva tra essi intercorrente debba interrompersi, con la conseguenza che il creditore, sempre nell'ipotesi in cui la transazione abbia avuto ad oggetto un pagamento inferiore in valore alla quota del condebitore stipulante, potrà rivolgersi ad uno qualsiasi di essi per ottenere, nella misura proporzionalmente ridotta a seguito della transazione, il residuo spettantegli, fatto salvo il diritto al regresso.

### Nota:

(14) Dellacasa, in *Le obbligazioni*, a cura di V. Cuffaro, in *Commentario del codice civile*, diretto da E. Gabrielli, in corso di pubblicazione. Interessante Schlesinger, *loc. cit.*, che propone una ricostruzione diametralmente opposta: la transazione stipulata tra il creditore ed uno dei condebitori solidali costituirebbe una mera rinuncia da parte del primo ad esigere dal secondo l'intera prestazione. Conseguentemente, gli altri debitori (non stipulanti) potrebbero trovarsi legittimati, in caso di pagamento superiore al valore della loro quota, ad agire in regresso anche nei confronti dello stipulante. Tale tesi, per quanto proveniente da autorevolissima Dottrina, non pare condivisibile, né è stata fatta propria dalle Sezioni Unite.

## 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://www.ipsoa.it/agenzie))
- **<http://shop.wki.it/ipsoa>**



Risoluzione del contratto

# Mutuo dissenso e contratti integralmente eseguiti

CASSAZIONE CIVILE, Sez. trib., 6 ottobre 2011, n. 20445 - Pres. Pivetti - Rel. Olivieri - Agenzia delle Entrate c. S.A.I.F. S.p.A. in fallimento

**Il mutuo dissenso costituisce un atto di risoluzione convenzionale (o un accordo risolutorio), espressione dell'autonomia negoziale dei privati, i quali sono liberi di regolare gli effetti prodotti da un precedente negozio, anche indipendentemente dall'esistenza di eventuali fatti o circostanze sopravvenute, impeditivi o modificativi dell'attuazione dell'originario regolamento di interessi, dando luogo ad un effetto ripristinatorio con carattere retroattivo, anche per i contratti aventi ad oggetto il trasferimento di diritti reali.**

## ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI

|                 |   |
|-----------------|---|
| <b>Conforme</b> | Cass., 29 aprile 1993, n. 5065, in <i>Giust. civ. Mass.</i> , 1993, 790; Trib. Macerata, 2 marzo 2009, in <i>Foro it.</i> , 2009, 6, I, 1915 e in <i>Vita not.</i> , 2009, 3, 1307.   |
| <b>Difforme</b> | Trib. Catania, 26 gennaio 1983, in <i>Vita not.</i> 1984, 809; Cass. 20 dicembre 1988, n. 6959, in <i>Giust. civ. Mass.</i> , 1988, 12; Cass., 7 marzo 1997, n. 2040, in questa <i>Rivista</i> , 1997, 545; Cass., 15 maggio 1998, n. 4906, in <i>Giust. civ. Mass.</i> , 1998, 1046. |

### Svolgimento del processo

Con sentenza 23 maggio 2005 la 13A sezione della di Bari, rigettava l'appello proposto dall'Ufficio finanziario, confermando la sentenza impugnata, rilevando che il contratto stipulato in data 14 dicembre 1993 tra SAIF s.p.a. ed Edilizia Napoli Nord s.r.l. aveva effetto risolutorio del precedente contratto stipulato per atto pubblico in data 23.12.1992 tra le stesse parti con il quale la SAIF s.r.l. - successivamente dichiarata fallita in data 25 novembre 1996 dal Tribunale di Bari - aveva acquistato da Edilizia Napoli Nord s.r.l. un fabbricato in costruzione per il prezzo di L. 14.047.803.346 oltre Iva al 4%.

I Giudici di appello rilevavano che l'atto di risoluzione era intervenuto nell'ambito della soluzione transattiva concordata tra le parti in ordine alla controversia insorta sulla esecuzione dell'appalto di lavori commissionato dalla acquirente alla venditrice. Pertanto con il contratto del 14 dicembre 1993 si procedeva al ritrasferire l'immobile al medesimo prezzo corrisposto (nonché alla corresponsione a SAIF di un indennizzo di L. 2 miliardi a tacitazione di pretese risarcitorie) ed al rimborso da parte di Edilizia Napoli Nord della IVA pagata da SAIF, con contestuale emissione da parte della stessa Edilizia Napoli Nord di nota di credito n. (*Omissis*) - con aliquota IVA al 4% - a compensazione della fattura emessa in occasione del primo contratto.

La identità del contenuto dei due contratti e la motivazione relativa alla volontà manifestata dalle parti di risolvere stragiudizialmente la controversia tra le stesse insorta, legittimava la operazione eseguita che doveva ricon-

dursi sotto la disciplina del D.P.R. n. 633 del 1972, art. 26, non potendo dar luogo il secondo atto ad una nuova operazione economica a fini fiscali come riteneva l'Ufficio finanziario che qualificava il secondo atto come retrovendita.

Avverso la sentenza di appello ha proposto ricorso per cassazione la Agenzia delle Entrate deducendo un unico motivo. Resiste con controricorso il Fallimento SAIF s.p.a.

### Motivi della decisione

1. I Giudici di appello hanno fondato la propria decisione qualificando il contratto stipulato dalle parti in data 14 dicembre 1993 come atto di mutuo dissenso volto allo scioglimento del precedente atto pubblico in data 23 dicembre 1992. A tale conclusione sono pervenuti all'esito della interpretazione del contenuto dei due atti negoziali nonché dei rapporti intercorsi tra le parti nel periodo di tempo tra la stipula del primo e del secondo contratto. Quanto al primo aspetto i Giudici di merito hanno rilevato che le disposizioni e clausole pattizie di entrambi i contratti erano da ritenersi identiche e contrarie, sicché il secondo contratto veniva ad elidere gli effetti del primo. Quanto al secondo aspetto i Giudici rilevavano che la società prima acquirente aveva commissionato all'alienate l'appalto dei lavori di ultimazione dell'immobile compravenduto, nonché aveva conferito alla stessa mandato a vendere le singole unità immobiliari. Essendo insorta tra le parti controversia in ordine all'esatto adempimento dei rapporti obbligatori, le parti erano pervenute



alla definizione delle reciproche pretese, ripristinando lo "status quo ante" mediante la risoluzione di comune accordo tutti rapporti negoziali intercorsi tra di esse (contratto di compravendita - con restituzione del medesimo importo corrisposto a titolo di prezzo ed emissione, restituzione all'originario acquirente dell'IVA applicata al 4% e contestuale emissione di nota credito di pari importo; contratto di appalto - con corresponsione a SAIF di un indennizzo a tacitazione di ogni pretesa di natura risarcitoria; contratto di mandato a vendere), dovendo sussumersi tale accordo nella figura dell'accordo transattivo. Inoltre elemento decisivo a sostegno della qualificazione del secondo atto come negozio risolutorio veniva attribuito dai Giudici di merito alla circostanza che il secondo contratto era intervenuto entro l'anno dalla stipula del primo, elemento questo espressamente considerato dal D.P.R. n. 633 del 1972, art. 26, commi 2 e 3 per il riconoscimento di diritto alla detrazione-restituzione della imposta versata per la operazione eseguita e successivamente venuta meno «in dipendenza di sopravvenuto accordo fra le parti.

2. La Agenzia delle Entrate censura la sentenza di appello, denunciando vizio di violazione e falsa applicazione degli artt. 1321, 1343 c.c., dell'art. 1470 c.c. e segg., dell'art. 1362 c.c. e segg. e dell'art. 1453 c.c., del D.P.R. n. 633 del 1972, artt. 21 e 26 nonché vizio di motivazione, in quanto i Giudici di merito che avrebbero desunto l'effetto risolutorio del secondo contratto da una vicenda inerente un altro e distinto rapporto contrattuale intercorso tra e parti (appalto lavori), in ordine al quale soltanto era insorta controversia e dunque sussisteva la esigenza della stipula di un atto transattivo: con la conseguenza che dovevano essere tenute distinte le cause negoziali relative alla transazione, avente ad oggetto il rapporto di appalto, ed alla retrovendita immobiliare che configurava, pertanto, un nuovo negozio traslativo ed andava quindi assoggettata ad IVA all'aliquota del 9% vigente al tempo della stipula. Pur senza negare che la retrocessione della proprietà dell'immobile era stata determinata dalla risoluzione del contratto di appalto, tuttavia ciò configurava soltanto il motivo ma non la causa giustificativa del nuovo atto.

Inoltre la autonomia del successivo negozio di vendita derivava necessariamente dal fatto che il primo contratto aveva ormai prodotto i propri effetti traslativi e pertanto non poteva configurarsi un negozio risolutorio di un contratto già eseguito.

3. Controdeduce il Fallimento SAIF s.p.a. aderendo alle argomentazioni poste a base della decisione impugnata e rilevando che indipendentemente dalla qualificazione del secondo contratto come atto transattivo, era innegabile che la originaria operazione eseguita dalle parti (trasferimento della proprietà immobiliare) era venuta meno, entro l'anno, per volontà delle parti contraenti, con la conseguenza che dovevano comunque ritenersi integrati i presupposti che legittimavano il recupero dell'IVA assolta in occasione della stipula del contratto risolto per mutuo dissenso.

4. Il ricorso deve essere rigettato in relazione ad entram-

be le censure prospettate con l'unico complesso motivo. Occorre premettere che la qualificazione del contratto è una operazione ermeneutica volta ad identificare il modello legale astratto di contratto all'interno del quale sussumere il contratto in concreto stipulato, a fine di assoggettare quest'ultimo alla disciplina dettata dal primo. Tale operazione strutturalmente si articola in tre fasi, la prima delle quali consiste nella ricerca della comune volontà dei contraenti, la seconda nella individuazione della fattispecie legale e l'ultima consiste nel giudizio di rilevanza giuridica qualificante gli elementi di fatto in concreto accertati (cfr. Corte cass. sez. III, 16 giugno 1997, n. 5387; Corte cass. sez. III, 5 luglio 2004, n. 12289).

La prima fase si risolve in un tipico accertamento di fatto riservato al giudice di merito, sindacabile in sede di legittimità solo per vizi di motivazione in relazione ai canoni di ermeneutica contrattuale di cui all'art. 1362 c.c. e segg. Le successive consistono nella ricerca del paradigma legale da applicare alla fattispecie (*id est* della norma o del complesso normativo in base al quale si intende regolare il rapporto dedotto in giudizio) e nella qualificazione che procede secondo il modello della sussunzione - cioè del confronto tra fattispecie contrattuale concreta e tipo astrattamente definito dalla norma - per verificare la corrispondenza degli elementi di fatto accertati a quelli individuanti la fattispecie normativa. Queste fasi comportano applicazione di norme giuridiche ed il giudice non è vincolato dal "nomen juris" adoperato dalle parti, ma può correggere la loro autoqualificazione quando riscontri che non corrisponde alla sostanza del contratto come da esse voluto. La ricostruzione data dal giudice di merito è incensurabile in sede di legittimità allorché si risolve nella richiesta di una nuova valutazione dell'attività negoziale oppure nella contrapposizione di un'interpretazione della medesima a quella del giudice di merito (cfr. Corte cass. sez. II, 3 novembre 2004, n. 21064; Corte cass., sez. III, 22 giugno 2005, n. 13399).

Tanto premesso, con riferimento alla asserita violazione delle norme codicistiche indicate in rubrica, palesemente privo di pregio è l'assunto della ricorrente secondo cui la risoluzione con efficacia *ex tunc* opera esclusivamente quale rimedio ai vizi funzionali della causa e cioè alle situazioni patologiche connesse alla esecuzione del contratto, essendo appena il caso di rilevare che la figura del mutuo dissenso (o mutuo consenso o risoluzione convenzionale o accordo risolutorio: cfr. artt. 1321 e 1372 c.c.) costituisce espressione della autonomia negoziale dei privati che bene sono libere di regolare gli effetti prodotti da un precedente negozio a prescindere dalla esistenza di eventuali fatti o circostanze sopravvenute impeditivi o modificativi della attuazione dell'originario regolamento di interessi: come infatti ribadito dalle pronunce di questa Corte la risoluzione del contratto per mutuo dissenso costituisce un caso di ritrattazione bilaterale del contratto con la conclusione di un nuovo negozio uguale e contrario a quello da risolvere» (cfr. Corte cass. sez. III, 10 marzo 1966, n. 683; *id.* sez. II, 30 agosto 2005, n. 17503; *id.* sez. III, 10 luglio 2008, n. 18859).

Inconsistente è altresì la obiezione secondo cui il con-

tratto da risolvere per mutuo consenso aveva già prodotto i propri effetti, trattandosi di contratto ad efficacia reale.

La risoluzione convenzionale integra, infatti, un contratto autonomo con il quale le stesse parti o i loro eredi ne estinguono uno precedente, liberandosi dal relativo vincolo e "la sua peculiarità è di presupporre un contratto precedente fra le medesime parti e di produrre effetti estintivi delle posizioni giuridiche create da esso" (cfr. Corte cass. sez. III, 27 novembre 2006).

L'effetto ripristinatorio è, peraltro, espressamente previsto (art. 1458 c.c.) per il caso di risoluzione per inadempimento anche dei contratti aventi ad oggetto il trasferimento di diritti reali, non essendo dato pertanto riscontrare impedimenti ad un accordo risolutorio con effetto retroattivo di un contratto ad efficacia reale, fatto salvo l'onere della forma "ad substantiam": "la forma scritta costituisce requisito necessario dei contratti risolutivi del diritto di proprietà sui beni immobili, dovendo dai medesimi trarsi con sufficiente certezza tutti gli elementi del negozio cui le parti abbiano inteso dare vita, quali l'indicazione del bene ritrasferito e del prezzo, nonché la manifestazione della effettiva volontà di operare il nuovo trapasso del bene" (cfr. con riferimento a contratto di compravendita immobiliare: Corte cass, sez. III, 18 febbraio 1980, n. 1186; id. sez. II, 14 febbraio 1981; id. sez. II, 14 luglio 1989 n. 3288; id. sez. II, 7 marzo 1997, n. 2040; id. sez. II, 15 maggio 1998, n. 4906, «nel caso di contratto di trasferimento della proprietà immobiliare, per la cui validità la legge richiede la forma scritta ad substantiam, anche il suo scioglimento per mutuo consenso deve risultare da atto scritto poiché per effetto di esso si opera un nuovo trasferimento della proprietà al precedente proprietario (v. sent. 20 dicembre 1988, n. 6959; sent. 28 agosto 1990, n. 8878)...»: cfr. con riferimento al contratto di vendita di cosa futura Corte cass. sez. II, 6 novembre 1991, n. 11840 che desume l'obbligo della forma scritta dell'accordo risolutorio dalla efficacia definitiva e non meramente obbligatoria della vendita).

Del pari manifestamente infondato è il denunciato vizio di sussunzione della fattispecie concreta nello schema normativo del D.P.R. n. 633 del 1972, art. 26, commi 2 e 3 nonché la censura per vizio motivazionale.

La norma invocata attribuisce al cedente (nella specie alla Edilizia Napoli Nord s.r.l.) di portare in detrazione l'imposta - previa registrazione D.P.R. n. 633 del 1972, ex art. 25 - in ogni caso in cui «un'operazione per la quale sia stata emessa fattura... viene meno in tutto od in parte, o se ne riduce l'ammontare imponibile, in conseguenza di dichiarazione di nullità, annullamento, revoca, risoluzione, rescissione e simili, o per mancato pagamento...» (comma 2). Qualora tali eventi si verificano "in dipendenza di sopravvenuto accordo tra le parti la neutralità fiscale può essere fatta valere esclusivamente entro l'anno dalla operazione imponibile (comma 3). Orbene gli elementi normativi della fattispecie possono quindi individuarsi:

a) nella realizzazione di una operazione imponibile, per la quale sia stata emessa fattura, che deve essere «vera e reale e non già del tutto inesistente», come deve argomen-

tarsi dalla disposizione di chiusura del d.P.R. n. 633 del 1972, art. 21, comma 7 che individua il presupposto impositivo, in caso di operazione inesistente, e dunque in assenza di un fatto imponibile definito nel suo effettivo contenuto economico D.P.R. n. 633 del 1972, ex art. 6, nel mero elemento cartolare della fattura (cfr. Corte cass. sez. V, 10 giugno 2005 n. 12353);

b) nella realizzazione di una causa di scioglimento del contratto (cui consegue i venir meno della "operazione imponibili": nella specie cessione di bene immobile), non occorrendo uno specifico accertamento negoziale o giudiziale della intervenuta risoluzione (Corte cass. sez. III, 21 gennaio 2010, n. 987). Deve sussistere quindi un titolo idoneo a realizzare gli effetti risolutivi del precedente contratto (Corte cass. Sez. I., 23 marzo 1993, n. 4767 ove si esclude che un "accordo" comportante variazioni dell'imponibile o dell'imposta riguardo ad una precedente operazione regolarmente assoggettata ad IVA non può essere desunto dal mero fatto che una delle parti del rapporto di cessione ha emesso, senza neppure indicarne la causa, alcune "note di accredito"): con la conseguenza che riacordo risolutorio di un contratto per il quale sia richiesta la forma scritta "ad substantiam" è soggetto alla stessa forma stabilita per la sua conclusione e l'anzidetto requisito formale può ritenersi sussistente solo in presenza di un documento che contenga in modo diretto la dichiarazione della volontà negoziale e che venga redatto al fine specifico di manifestare tale volontà (Corte cass. sez. II, 7 marzo 1997, n. 2040; id. sez. III, 27 novembre 2006, n. 25126; id. sez. II, 6 aprile 2009, n. 8234):

c) nella identità delle parti dell'accordo risolutorio e del negozio oggetto di risoluzione consensuale (Corte cass. sez. V, 12 febbraio 2010, n. 3380);

d) nel regolare adempimento degli obblighi di registrazioni previsti dal D.P.R. n. 633 del 1972: in tema di detrazioni IVA, la norma di cui al D.P.R. n. 633 del 1972, art. 26, comma 2 - a mente della quale le ragioni per cui un'operazione fatturata viene meno in tutto o in parte, ovvero sia ridotta nel suo ammontare imponibile, possono essere varie, e consistere, in particolare, non solo nella nullità, nell'annullamento, nella revoca, nella risoluzione, nella rescissione, ma anche in ragioni "simili", quali il mancato pagamento o la concessione di abbuoni o sconti previsti contrattualmente - va interpretata nel senso che ciò che rileva, per volontà legislativa, non è tanto la modalità secondo cui si manifesta la causa della variazione dell'imponibile IVA, quanto, piuttosto, che, tanto della variazione, quanto della sua causa, si effettui registrazione ai sensi degli artt. 23, 24 e 25 del citato D.P.R. (Corte cass. 5<sup>a</sup> sez. 6.7.2001 n. 9195. Sui rispettivi obblighi di registrazione gravanti sul cedente e sul cessionario: cfr. Corte cass. sez. I, 11 giugno 1993, n. 6552).

e) nel lasso temporale infrannuale entro il quale deve verificarsi la vicenda risolutoria nel caso in cui l'effetto risolutorio trovi titolo in un accordo di mutuo dissenso: la prova relativa può legittimamente essere fornita soltanto attraverso l'indicazione di quei dati che risultino idonei a collegare le due operazioni - essendo lo scopo perseguito

dalla legge quello di impedire pericolose forme di elusione degli obblighi del contribuente, ed essendo tale scopo perseguibile attraverso il principio di immodificabilità, sia unilaterale, sia concordata tra le parti, delle registrazioni obbligatorie, fatto salvo il caso di successive variazioni dell'imponibile o dell'imposta, ex art. 26 citato - mercè dimostrazione, da parte del contribuente, dell'identità tra l'oggetto della fattura e della registrazione originarie, da un canto, e l'oggetto della registrazione della variazione, dall'altro, sì da palesare inequivocabilmente la corrispondenza tra i due atti contabili (Corte cass. sez. V, 6 luglio 2001, n. 9188).

Orbene i Giudici territoriali hanno correttamente ricondotto la fattispecie concreta nello schema normativo del d.P.R. n. 633 del 1972, art. 26, commi 2 e 3, ravvisando la identità di contenuto dei due atti negoziali uguali e contrari (quanto all'oggetto - proprietà dell'immobile - ed alla prestazione avente ad oggetto il pagamento del prezzo, nonché quanto alla forma), accertando la identità delle parti contraenti, la eseguita registrazione della variazione contabile ai fini della detrazione IVA da parte del cedente, la esatta corrispondenza dell'imposta versata e di quella recuperata (con applicazione della identica aliquota pari al 4%), la esistenza del presupposto temporale richiesto dal d.P.R. n. 633 del 1972, art. 26, comma 3.

Hanno inoltre desunto l'effetto risolutorio del primo contratto dall'inserimento del contratto stipulato in data 14 dicembre 1993 nell'ambito della composizione transattiva, con la quale le medesime parti hanno voluto definire tutti i rapporti pendenti, della più ampia vicenda negoziale intercorsa tra le parti che oltre al contratto di compravendita concerneva anche il contratto di appalto relativo alla esecuzione dei lavori di ultimazione dell'intero immobile ed il contratto di mandato a vendere le singole unità immobiliari.

Evidente è la confusione in cui incorre la Agenzia delle Entrate laddove ipotizza una mancanza originaria della causa negoziale dell'accordo risolutorio allegando che il contenzioso tra le parti concerneva esclusivamente il rapporto originato dal contratto di appalto, in tal modo non considerando che, tanto gli artt. 1321 e 1372 c.c. quanto il d.P.R. n. 633 del 1972, art. 26, comma 3, prevedendo espressamente l'accordo delle parti quale negozio risolutorio idoneo a determinare il venir meno della "operazione imponibile", prescindono del tutto da eventuali vizi genetici o funzionali della causa del contratto che le stesse intendono risolvere.

La critica motivazionale della ricorrente, pertanto, si risolve soltanto nel contrapporre una diversa ricostruzione giuridica dei fatti rispetto a quella effettuata dai Giudici di merito, senza individuare specificamente gli errori logici che inficiano la *ratio decidendi* della sentenza impugnata, con la conseguenza che l'accertamento della risoluzione del contratto per mutuo dissenso costituisce apprezzamento di fatto del Giudice di merito, che rimane incensurabile in sede di legittimità in presenza di congrua motivazione (Corte cass. sez. III, 27 novembre 2006, n. 25126).

5. Il ricorso deve essere, pertanto, rigettato ed in applicazione del principio di soccombenza la parte ricorrente va

condannata alla rifusione delle spese del presente giudizio che si liquidano in dispositivo.

**P.Q.M.**

La Suprema Corte di cassazione:

– rigetta il ricorso e condanna la Agenzia delle Entrate alla rifusione delle spese di lite del presente giudizio che liquida in Euro 7.200,00 (di cui Euro 7.000,0 per onorari) oltre rimborso forfetario spese generali ed accessori di legge.



## IL COMMENTO di Gianfranco Orlando

Con la sentenza in esame la Corte di Cassazione afferma la possibilità di stipulare un accordo di mutuo dissenso avente ad oggetto contratti che hanno già ricevuto integrale esecuzione. Nonostante la decisione si inserisca in una corrente interpretativa che sembra acquistare sempre più consensi, l'autore sottolinea i profili di criticità di questa impostazione, evidenziando in particolare l'impossibilità di sciogliere contratti non più attuali e pendenti, posto che la piena realizzazione dei rispettivi diritti e obblighi negoziali ha ripristinato lo stato di libertà tra le parti, le quali non sono più assoggettate ad alcuna relazione giuridica qualificata. Conseguentemente, preclusa la rimozione di un legame che si è già di per sé sciolto in modo conforme al titolo, si potrà, al più, procedere alla stipula di un contratto diretto a ricreare la situazione precedente alle modificazioni giuridiche derivate dal titolo originario, mediante però la produzione di nuovi effetti costitutivi.

### Il fatto

In data 23 dicembre 1992, le parti della controversia in esame stipulavano una pluralità di contratti seguendo una sequenza alquanto diffusa, ossia: la vendita di un fabbricato in costruzione (1); il successivo appalto per l'ultimazione dell'edificio, affidato alla stessa società venditrice; e, infine, il conferimento alla medesima del mandato a vendere le singole unità immobiliari.

Successivamente, a poco meno di un anno, i medesimi soggetti stipularono un ulteriore contratto, denominato nella sentenza come "mutuo dissenso" (2), con cui intendevano perseguire un effetto *risolutorio* dei pregressi accordi contrattuali.

Detto atto si inseriva nell'ambito della composizione transattiva della controversia insorta in ordine all'esecuzione dell'appalto di lavori. Si procedeva, così, a seguito della conclusione di questo nuovo contratto, alla reintestazione (3) dell'immobile in capo all'originaria parte venditrice, alla restituzione del prezzo corrisposto dall'originaria acquirente, alla corresponsione a quest'ultima di un indennizzo a tacitazione delle pretese risarcitorie per l'inesecuzione dell'appalto, nonché al rimborso da parte della venditrice dell'imposta IVA pagata dall'acquirente, con contestuale emissione di una nota di credito a compensazione della fattura emessa in occasione del primo contratto.

L'identità tra le parti e il perseguimento di un effetto risolutorio della compravendita ha indotto i giudici di merito a ricondurre la fattispecie sotto la disciplina tributaria dell'art. 26 comma 2 e 3 d.P.R. n. 633 del 1972 (4), ritenendosi che il secondo contratto non avesse dato luogo, ai fini fiscali, ad una "nuova operazione economica", non essendosi prodotto alcun effetto traslativo.

Di contrario avviso è stata, invece, l'Agenzia delle entrate che, ricorrendo in Cassazione, ha contestato

la sussunzione della fattispecie nella norma citata ritenendo che il secondo contratto avesse dato luogo ad un vero e proprio trasferimento e andasse, quindi, qualificato come retrovendita, avendo il primo contratto esaurito i propri effetti.

La Corte di Cassazione, disattendendo i rilievi della ricorrente, ha stabilito che gli obblighi fiscali erano stati correttamente assolti dalle parti, confermando la corretta qualificazione data al contratto dalle stesse.

A parte la soluzione del problema fiscale (di per sé segnalatrice di una visione che, per le ragioni che verranno esposte in conclusione, non può essere trascurata), non sembra persuasivo l'*iter* argomentativo seguito per pervenire a tale esito; *iter* che si fonda su una ricostruzione del piano civilistico della vicenda, che presenta non pochi profili di criticità.

In particolare, nella sentenza in esame si ritiene pos-

### Note:

(1) È bene precisare che oggetto della vendita non era un bene futuro, ma l'edificio nello stato in cui si trovava al momento della stipula. Dal testo della sentenza si evince, infatti, che «*il contratto da risolvere per mutuo consenso aveva già prodotto i propri effetti, trattandosi di contratto ad efficacia reale*», e non obbligatoria, come sarebbe stato in caso di vendita di cosa futura.

(2) Intendendosi, per il momento, con tale espressione il contratto menzionato dall'art. 1372 comma 1 c.c. Tale contratto è detto anche "mutuo consenso" o "risoluzione convenzionale" o "accordo risolutorio". Per le varie denominazioni v. Luminoso, *Il mutuo dissenso*, Milano, 1980, 18, nota 36.

(3) Si è preferito, per il momento, utilizzare questo termine generico senza precisare se detta "reintestazione" sia avvenuta per effetto di un "ritrasferimento".

(4) La norme citate attribuiscono al cedente la possibilità di portare in detrazione l'imposta in ogni caso in cui: «*...un'operazione per la quale sia stata emessa fattura.....viene meno in tutto od in parte, o se ne riduce l'ammontare imponibile, in conseguenza di dichiarazione di nullità, annullamento, revoca, risoluzione, rescissione e simili, o per mancato pagamento...*». Qualora tali effetti si producano: «*...in dipendenza di sopravvenuto accordo tra le parti la neutralità fiscale può essere fatta valere esclusivamente entro l'anno dalla operazione imponibile*».

sibile non considerare il contratto stipulato come una nuova operazione economica fiscalmente rilevante, esclusivamente sulla base dell'assunto secondo il quale il (contratto di) mutuo dissenso darebbe luogo ad un automatico effetto ripristinatorio, con carattere retroattivo, anche per i contratti che hanno del tutto esaurito la loro fase esecutiva.

La questione, com'è evidente, investe i nodi classici del mutuo dissenso, e segnatamente quello relativo alla delimitazione dell'oggetto (si può sciogliere un negozio i cui effetti sono già esauriti o solo quello da cui promana un rapporto giuridico ancora in attesa di esecuzione?) (5), e il tipo di effetti prodotti (comporta un nuovo trasferimento o un automatico ripristino dello *status quo ante*, senza dar luogo ad un trasferimento in senso tecnico?).

Tali quesiti, s'intende, non sono puramente teorici in quanto la loro soluzione è foriera di rilevanti conseguenze pratiche concernenti, innanzitutto, gli obblighi di legge (non solo quelli fiscali, che venivano in gioco nel nostro caso) da osservare al momento della stipula dei contratti traslativi di immobili (6). Stupisce, peraltro, che nelle ultime battute della motivazione, la Corte di Cassazione abbia affermato che la critica della ricorrente si fosse risolta soltanto nel contrapporre «...una diversa ricostruzione giuridica dei fatti rispetto a quella effettuata dai Giudici di merito» senza individuare specificamente gli errori logici che inficiano la *ratio decidendi* della sentenza impugnata «...con la conseguenza che l'accertamento della risoluzione del contratto per mutuo dissenso costituisce apprezzamento di fatto del giudice di merito, che rimane incensurabile in sede di legittimità». La ricorrente, infatti, aveva espressamente denunciato (sebbene sulla base di considerazioni non del tutto appropriate) (7) l'impossibilità di stipulare un contratto di mutuo dissenso per contratti che hanno già prodotto i propri effetti traslativi. Per cui non sembra possibile ritenere che la contestazione abbia avuto ad oggetto un elemento (apprezzabile solo su un piano) di fatto, visto che è proprio la riferibilità di un siffatto contratto ad una qualche fattispecie normativa il problema (di qualificazione del contratto) da risolvere.

### Mutuo dissenso e risoluzione per inadempimento

Si è già dato atto della circostanza che lo scioglimento per mutuo dissenso si inseriva nell'ambito della composizione transattiva della controversia insorta sull'esecuzione dell'appalto stipulato tra l'acquirente e la società venditrice.

A quanto è dato sapere, la volontà dei contraenti

#### Note:

(5) Si discute anche sull'altra ipotesi, qui non oggetto di specifico esame, del contratto in cui la fase esecutiva è iniziata ma non si è ancora del tutto esaurita. Sostengono la possibilità di mutuo dissenso anche di questa fattispecie Luminoso, *op. cit.*, *passim*; Capozzi, *Mutuo dissenso - Donazione di bene immobile - Ammissibilità - Effetti*, in *Vita not.* 1973, 608 ss.; Id. *Il mutuo dissenso nei contratti ad effetti reali*, in *Studi in ricordo di A. Auricchio*, Napoli, 1983, 298 ss.; Id. *Il mutuo dissenso nella pratica notarile*, in *Vita not.* 1993, 635 ss.; Franzoni, *Degli effetti del contratto*, I, *Efficacia del contratto e recesso unilaterale*, in *Il Codice civile. Commentario*, diretto da Schlesinger, Milano, 1998, 42 ss.; Galgano, in Galgano-Visintini, *Degli effetti del contratto. Della rappresentanza. Del contratto per persona da nominare*, Art. 1372-1405, in *Commentario Scialoja-Branca*, a cura di Galgano, Bologna-Roma 1993, 18-19; Gradassi, *Requisiti formali della risoluzione consensuale di compravendita immobiliare*, in *Notariato*, 6, 1997, 518 ss.; Cappelletti, *Il mutuo dissenso nei contratti ad effetti reali*, in *Rass. dir. civ.* 1999, 241 ss.; Patti, *Il mutuo dissenso (art. 1372 c.c.)*, in *Vita not.*, 1999, 1658 ss.; Bianca, *Diritto civile*, 3 il contratto, 2ª ed., Milano, 2000, 735; Magnani, *La risoluzione della donazione per mutuo dissenso (un rimedio alla potenziale incommerciabilità degli immobili provenienti da donazione)*, in *Riv. not.*, 2004, 1, 113 ss.; Cogoli, *Lo scioglimento della donazione per mutuo consenso*, in questa *Rivista*, 2006, 619 ss.; Amadio, *Inattuazione e risoluzione: la fattispecie*, in *Tratt. contratto dir.* Roppo, V, *Rimedi - 2*, cur. Roppo, Milano, 2006, 45 s.; Sirena, *Effetti e vincolo*, in *Tratt. del contratto dir.* Roppo, III, *Gli effetti*, a cura di Costanza, Milano, 2006, 85 ss.; Angeloni, *Nuove cautele per rendere sicura la circolazione dei beni di provenienza donativa nel terzo millennio*, in *Contr. e impr.*, 2007, 938 ss.; Casino, *Il mutuo dissenso e la legge di registro*, in *Not.*, 2008, 5, 549 ss.; Girolami, *Risoluzione, mutuo dissenso e tutela dei terzi*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, 208 ss.; Alcaro (coll. Alamanni), *Il mutuo dissenso*, in Alcaro-Bandinelli-Palazzo, *Effetti del contratto in Trattato di diritto civile Consiglio Nazionale del Notariato*, diretto da Perlingieri, Napoli, 2011, 67 ss.

(6) Com'è noto, per i contratti che comportano un trasferimento immobiliare la legge impone (per lo più a pena di nullità, specie se ricevuti in forma pubblica) l'allegazione di particolari documenti (si pensi, ad es., al certificato di cui all'art. 30 comma 2 T.U. n. 380 del 2001); la documentazione di particolari dichiarazioni (si pensi, ad es., alle menzioni obbligatorie ex art. 40 l. n. 47 del 1985, 46 T.U. n. 380 del 2001 o a quelle ex art. 29 comma 1bis l. n. 52 del 1985); l'osservanza di alcuni obblighi, quali autorizzazioni o preclusioni legali (si pensi, ad es., a quelle imposte dal d.lgs. n. 42 del 2004 - Codice dei beni culturali e del paesaggio - la cui violazione, tra l'altro, comporta anche conseguenze di carattere penale), etc. Sul punto v. Capozzi, *Il mutuo dissenso nella pratica...*, cit., 645, il quale, tuttavia, aderisce alla tesi qui non condivisa per cui il mutuo dissenso non comporta un "trasferimento", ritenendo, pertanto, non necessario rispettare tali obblighi (v. *infra* nel testo). Cfr. anche Gradassi, *loc. cit.*

(7) L'Ufficio finanziario avvalorava, infatti, la propria tesi rilevando che il mutamento di titolarità dell'immobile configurava necessariamente un nuovo negozio traslativo (ed andava, quindi, assoggettata ad IVA all'aliquota del 9% vigente al tempo della stipula) in quanto la controversia era insorta solo per il rapporto di appalto (che, si riteneva, è «...vicenda inerente un altro e distinto rapporto contrattuale intercorso tra e parti»). Prescindendo dalla specifica ricostruzione data dalle parti del contratto (che verrà criticamente esaminata nel testo), in ogni caso, la posizione della ricorrente non convince in quanto è noto che la transazione c.d. *mista* è proprio quella in cui si prendono in considerazione rapporti e diritti diversi rispetto a quelli litigiosi (comma 2 dell'art. 1965 c.c.). Quindi la transazione poteva concernere anche la compravendita. Problema diverso (per cui v. a breve nel testo) è poi se la transazione abbia costituito un effetto traslativo (come riteneva l'Agenzia delle entrate) oppure *eliminativo* del valore giuridico del precedente contratto.

non era diretta a realizzare la reintestazione della proprietà immobiliare in capo all'originaria parte venditrice per mezzo di un effetto traslativo derivante direttamente dal contratto di transazione, ma tale risultato si sarebbe dovuto realizzare attraverso la risoluzione della precedente vendita (prevista all'interno dell'accordo transattivo *sub specie* di manifestazione di un "mutuo dissenso") con il ripristino (automatico e retroattivo) dello *status quo ante*.

L'adesione della Corte di Cassazione a questa prospettiva transita dall'affermazione secondo cui: «L'effetto ripristinatorio è, peraltro, espressamente previsto (art. 1458 c.c.) per il caso di risoluzione per inadempimento anche dei contratti aventi ad oggetto il trasferimento di diritti reali, non essendo dato pertanto riscontrare impedimenti ad un accordo risolutorio con effetto retroattivo di un contratto ad efficacia reale».

L'assimilazione del mutuo dissenso alla risoluzione per inadempimento non è nuova (8), ma non per questo appare un'idea convincente (9).

Parificare un accordo avente ad oggetto un rapporto che si è pienamente svolto in modo fisiologico e la tipica risoluzione da vizio funzionale (qual è la risoluzione per inadempimento, quand'anche consegua ad un accordo tra le parti, anziché ad una pronuncia giudiziale), significa non tener conto del fatto che le due fattispecie hanno funzioni del tutto differenti (10). Mentre, infatti, col mutuo dissenso le parti concordano l'estinzione di un rapporto (ma v. precisazioni *infra*) tra loro in essere in quanto, evidentemente, non lo reputano più idoneo a soddisfare i loro interessi, il meccanismo della risoluzione per inadempimento ha essenzialmente funzione rimediabile e opera come mezzo di tutela della parte contrattuale al sopravvenire di patologie funzionali che incidono, alterandolo, sullo svolgimento del rapporto secondo il programma negoziale originariamente previsto (11).

Senza contare, peraltro, che la (pur diffusa) imprecisa descrizione della risoluzione per inadempimento come istituto regolante un vizio funzionale (talvolta addirittura riferito alla "causa", con un'evidente sovrapposizione tra programma negoziale e rapporto) (12), non deve indurre a ritenere che essa incide sulla fonte, essendo chiaro che opera sul rapporto.

La differenza di funzioni impedisce, quindi, la possibilità di sovrapporre i due istituti.

Se, peraltro, l'assimilazione alla risoluzione per inadempimento serve a giustificare l'effetto retroattivo del mutuo dissenso oppure per giustificare la possibilità per l'autonomia privata di incidere, in una certa prospettiva (come si vedrà), sulla fonte anziché sugli effetti, va detto che si rivela un'operazione non ne-

cessaria, potendo tali risultati essere attinti per altre vie.

### Il mutuo dissenso di contratti che hanno avuto integrale esecuzione

All'obiezione della ricorrente per cui l'effetto risolutorio era impedito dalla circostanza che il contratto aveva già prodotto (ma meglio sarebbe stato dire "esaurito") i propri effetti, la Corte di Cassazione ha replicato che: «...la risoluzione convenzionale integra un contratto autonomo con il quale le stesse parti o i loro eredi ne estinguono uno precedente, *liberandosi dal relativo vincolo*» (13).

Dunque, a quanto pare, la Corte ritiene ancora sus-

#### Note:

(8) Gradassi, *op. cit.*, 520 ss. e nota 13, sostiene l'applicabilità diretta del meccanismo della risoluzione per inadempimento. Una dottrina (Sirena, *op. cit.*, 86) ritiene che qualora la fattispecie "di base" presenti i presupposti della risoluzione per inadempimento, la risoluzione potrà avvenire per mutuo dissenso (significativamente denominato, in generale, *patto risolutorio*). L'A. precisa (*ivi* nota 4), inoltre, che ciò non è possibile nel caso in cui il contratto sia annullabile o rescindibile. Ritiene, peraltro, che il patto non rimuova l'atto, ma risolva il rapporto (estinguendolo se gli effetti si sono già prodotti o, se questi devono ancora prodursi, impedendoli; *ivi* 98). Un cenno ai contratti "risolutori" si trova anche in Roppo, *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di Iudicazatti, Milano 2001, 540; nonché in Santoro-Passarelli, *Dottrine generali del diritto civile*, 9ª ed., Napoli, rist. 1997, 217 s.

(9) Nel senso del testo anche Luminoso, *op. cit.*, 372 ss., che contesta, altresì, la denominazione del contratto di mutuo dissenso come *risoluzione convenzionale o volontaria* (*ivi* 19, nota 36); Cappelletti, *loc. cit.*; Alcaro, *op. cit.*, 81-83, per cui il mutuo dissenso è estrinsecazione di un potere dispositivo generale, a fronte del carattere tipico, come rimedio a un'anomalia sopravvenuta, rappresentato dalla risoluzione per inadempimento; Turco, *Lezioni di diritto privato*, Milano, 2011, 594, per cui lo scioglimento per mutuo dissenso mira a privare il contratto della sua forza vincolante per circostanze diverse da vizi che, pur concernendo il rapporto derivante dall'atto, non si palesano neppure riconducibili in via di principio ad uno specifico difetto di funzionamento di tale rapporto dovuto a cause ad esso inerenti, contestuali o sopravvenute alla stipula.

(10) Luminoso, *op. cit.*, 372 ss., segnala che, anche ammettendo la categoria delle *convenzioni risolutorie*, se ne deve comunque riconoscere l'autonomia dal mutuo dissenso. Pur essendo entrambe dirette ad eliminare il regolamento impegnativo, esse divergono evidentemente per funzione e presupposti. Il mutuo dissenso, infatti, prescinde da un vizio strutturale o funzionale, mentre la convenzione risolutoria presuppone un concorde riconoscimento della sussistenza dei fatti di legge che viciano il contratto, e sui quali le parti intendono incidere per rimuovere la lesione subita.

(11) Più profondamente, Belfiore (voce, *Risoluzione del contratto per inadempimento*, in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989, *ad vocem*) precisa che la *ratio* risiede nell'esigenza di sottoporre a controllo il rischio che «la tecnica del risarcimento del danno risulti per ragioni di fatto (*insufficienza del patrimonio del debitore*) e/o di diritto (art. 1223-1225 c.c.) inidonea a salvaguardare la logica dello scambio e, correlativamente, la funzionalità del mercato in quanto meccanismo generale di allocazione delle risorse».

(12) Amadio, *op. cit. spec.* 5 ss.

(13) Corsivo nostro.



sistente un *vincolo* tra le parti (evidentemente suscettibile di essere sciolto) ancorché il contratto avesse, nella specie, già prodotto ed esaurito i propri effetti.

Orbene, è proprio questa argomentazione che, per una serie di ragioni sia logiche che giuridiche, risulta poco persuasiva (14).

Escluso, come s'è visto in precedenza, che lo scioglimento di un rapporto contrattuale del tutto esaurito possa avvenire per applicazione della disciplina sulla risoluzione per inadempimento, l'ammissibilità di tale risultato (15) viene di solito giustificata in vario modo (16).

A sostegno di essa viene portata avanti, innanzitutto, l'idea secondo cui il mutuo dissenso è un contratto diretto all'*eliminazione* della *regola impegnativa* contrattuale originaria, sicché le situazioni create non potrebbero permanere in assenza del loro (originario) titolo giustificativo.

In questa prospettiva, l'eliminazione della "forza giuridica" del precedente contratto (17), incidendo retroattivamente sulla regola vincolante (18), determinerebbe, in modo automatico, il sorgere di meri obblighi restitutori, ma non effetti traslativi.

Su questa ricostruzione si tornerà a breve. Per il momento occorre aggiungere che altra diffusa considerazione (19) è secondo cui la possibilità di utilizzare il mutuo dissenso anche rispetto a contratti che hanno già iniziato e compiuto la fase esecutiva, troverebbe fondamento nel primo comma dell'art. 1372 c.c., il quale prevede la possibilità di sciogliere il contratto senza operare alcuna distinzione tra contratti ad effetti reali e contratti ad effetti obbligatori.

È possibile, tuttavia, osservare che questa opinione pare, innanzitutto, confutata dalla constatazione che la previsione legislativa da ultimo citata, per quanto generale, è pur sempre riferita ad un "contratto", e dunque ad un atto che, per definizione (art. 1321 c.c.), può estinguere solo *rapporti* giuridici patrimoniali. Rapporti che, salve le precisazioni che seguono, non sembrano più sussistere nell'ipotesi che si sta considerando.

### Segue. Incidenza sull'atto o sul rapporto?

L'idea per cui oggetto del (contratto di) mutuo dissenso può essere solo un rapporto giuridico (20) merita alcuni chiarimenti.

È chiaro che, in linea generale, tutte le situazioni soggettive sono sempre comprese entro un qualche tipo di rapporto giuridico (obbligatorio o reale) (21), del quale la situazione (attiva o passiva, non importa) è un elemento.

#### Note:

(14) E non sembra aiutare molto l'aggiunta, nella sentenza in esame, della citazione di un precedente secondo cui la peculiarità del mutuo dissenso «...è di presupporre un contratto precedente fra le medesime parti e di produrre effetti estintivi delle posizioni giuridiche create da esso (cfr. Cass. 27.11.2006)», posto che ciò può avvenire, ma non per questo si giustifica il preteso effetto di scioglimento da un (presunto) vincolo.

(15) Molti autori tra quelli indicati *supra* alla nota 5, pur ammettendo che il mutuo dissenso possa sciogliere il contratto anche dopo la produzione dell'effetto, non precisano se lo consentono anche dopo il suo esaurimento. Esplicitano, ad es., in tal senso: Luminoso, *op. cit.* 39 ss. ma v. *passim*; Galgano, *op. cit.*, 19; Franzoni, *op. cit.* 67; Amadio, *op. cit.*, 45 nota 57.

(16) Sebbene non citato nella sentenza in esame, si ritiene (Capozzi, *op. ul. cit.*, 638) che costituisca un sicuro indice positivo favorevole alla concezione che ammettere "convenzioni" risolutorie, l'art. 2655 c.c. che, come sembrerebbe emergere dalla lettura combinata dei commi 1 e 2, stabilisce che esse possono essere annotate a margine della trascrizione od iscrizione dell'atto da risolvere (condividono la tesi dell'annotazione del mutuo dissenso ai sensi della norma in esame anche Galgano, *op. cit.*, 23; Franzoni, *op. cit.*, 70-71; Trib. Macerata, 2 marzo 2009, in *Vita not.* 2009, 3, 1307, nota di Chiaromanni). In realtà, anche questa interpretazione non persuade in quanto l'art. 2655 c.c. è riferibile certamente ad ipotesi per le quali la risoluzione può essere effetto di una convenzione, ma non per questo esso legittima, per ciò solo, la risoluzione per mutuo dissenso di contratti che hanno esaurito i loro effetti. La norma, infatti, si riferisce ad altre ipotesi (come quella in cui nel contratto è prevista una clausola risolutiva espressa ex art. 1456 c.c.). È da ricordare, inoltre, che la legge prevede espressamente ipotesi di trascrizione di contratti ad effetti obbligatori, che possono pacificamente essere oggetto di mutuo dissenso; senza contare che si ritiene ormai ammissibile anche la trascrizione di contratti ad effetti reali differiti (Pugliatti, *La trascrizione immobiliare*, in *Trattato di diritto civile commerciale*, diretto da Cicu-Messineo, Milano, 1957, 117 ss; di recente Graziano, *La Cassazione torna a pronunciarsi sulla trascrizione della compravendita di cosa futura*, in *Rass. dir. civ.*, 2011, 1, 236; *contra* Triola, voce *Trascrizione*, in *Enc. dir.*, XLIV, Milano, 1992, *ad vocem*). Su questi rilievi correttamente Galati, *Mutuo dissenso e contratti ad effetti reali*, in *www.treccani.it*. Altro indice a favore della tesi della "risoluzione" sembra essere stato di recente fornito dall'espressa previsione in tema di patto di famiglia (768-septies c.c.), al quale, tuttavia, si può qui fare solo qualche breve cenno. In generale, ritiene che la nuova norma confermi la tesi della natura "risolutoria" Bevivino, *Il patto di famiglia: fra negozio e procedimento*, in *Giust. civ.* 2010, 5, 217 ss. Più prudente, invece, Petrelli, *La nuova disciplina del "patto di famiglia"*, in *Riv. not.* 2006, 2, 40 ss., secondo cui «la nuova norma non contiene elementi decisivi per la scelta tra le due opzioni interpretative...», ma poi aggiunge: «... anche se il riferimento testuale allo "scioglimento" sembra presupporre più una vicenda risolutoria che traslativa».

(17) Si usa questa formula sintetica al posto di quella più corretta di *regola* o *regolamento impegnativo*, come d'altronde anche Luminoso, *op. cit.*, 234, nota 272.

(18) fatti comunque salvi i diritti dei terzi; v. tra gli altri Roppo, *op. cit.* 541.

(19) Franzoni, *op. cit.* 68; Galgano, *op. cit.* 18, Capozzi, *Il mutuo dissenso nella pratica notarile*, *cit.*, 638.

(20) Si ritiene che rapporti giuridici suscettibili di estinzione possano derivare anche da atti negoziali non contrattuali, Toschi Vespasiani, *Riflessioni intorno al mutuo dissenso: spunti per il ripensamento di un dibattito nell'ottica di un raccordo tra opzioni dogmatiche e prassi negoziale*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, 1, 310.

(21) Si pensi a tutti quei rapporti che danno luogo a diritti reali su cosa altrui (enfiteusi, usufrutto, uso, abitazione, servitù), sebbene (segue)

Ai nostri fini, una prima selezione tra tutti i rapporti giuridici rilevanti, indica come possibile oggetto del contratto di mutuo dissenso, ovviamente, solo quelli originati dal c.d. contratto "di base" (22).

Ma occorre, poi, domandarsi se davvero oggetto del contratto in esame possano essere *tutti* i possibili rapporti giuridici che sorgono in riferimento alle vicende promanate dal primo contratto.

Com'è noto, il rapporto giuridico contrattuale consiste in un vincolo che lega le parti a futuri comportamenti qualificati (in termini di diritti e obblighi) dal titolo (23). Esso, quindi, è agli antipodi rispetto allo «stato di libertà».

Nel nostro caso, il fatto costitutivo del rapporto è un atto (il contratto) che vincola le parti a tenere comportamenti per realizzare gli interessi definiti dallo stesso. Conseguentemente, una volta esercitati i diritti e adempiuti gli obblighi previsti dal contratto (esauritasi, insomma, la fase esecutiva), non ci sembra che possa individuarsi tra le parti alcuna situazione di potere e dovere (e, quindi, alcun particolare rapporto, suscettibile di poter essere sciolto), ma solo il ritorno allo stato di libertà (24).

Pertanto, poiché il vincolo giuridico è da ritenersi già sciolto, appare inconcepibile lo scioglimento per mutuo dissenso di un rapporto non più esistente (25).

Non sembra possibile, peraltro, accogliere una nozione del rapporto contrattuale così lasca da far pensare che esso permanga tra le parti anche al di là di quanto necessario per la sua funzione (che è quella di provocare e disciplinare le modificazioni giuridiche divise dalle parti) e si perpetui, anche dopo il suo esaurimento, nelle situazioni giuridiche create (26).

Né sembra che sposti di molto questa conclusione la circostanza per cui la fonte contrattuale, anche dopo aver compiuto interamente la sua funzione di regolazione del rapporto (o, se si vuole, di disciplina dei comportamenti delle parti diretti alla realizzazione del diritto regolamento di interessi), svolga anche la funzione (essenzialmente diversa) di giustificare (nei confronti di chiunque) i diritti sorti in base ad essa: ciò infatti non esclude che la sua funzione non sia più quella di disciplinare un rapporto (ormai esaurito), e che pertanto oggetto del mutuo dissenso sarebbe comunque, in tal caso, uno «stato di libertà» (27). Quel che rimane dopo l'adempimento dei de-

giuridici "in senso tecnico", Pugliatti, voce *Acquisto del diritto (teoria generale)*, in *Enc.dir.*, I, Milano, 1958, 509.

(22) Carresi, *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile commentato*, diretto da Cicu-Messineo-Mengoni, XXI, 2, Milano, 872.

(23) È appena il caso di precisare che, com'è noto, secondo chiara dottrina (Pugliatti, *Il rapporto giuridico unisoggettivo*, in Id., *Diritto civile. Metodo. Teoria. Pratica*, Milano, 1951, 395) il riferimento alla definizione tradizionale del rapporto giuridico come relazione tra soggetti (Allara, *Le nozioni fondamentali del diritto civile*, Torino, 193) va precisato col riferimento, quanto al profilo strutturale, alle sole relazioni tra situazioni attive e passive correlate e complesse giustificate da interessi in conflitto (Perlingieri-Femia, *Nozioni introduttive e principi fondamentali del diritto civile*, 2ª ed., Napoli, 2004, 114).

(24) «Costituzione, modificazione, estinzione si hanno quando nasce, si modifica, si estingue non ogni situazione in genere, ma una situazione dotata di specifica rilevanza per il diritto: una situazione che non si confonda con lo stato generico di libertà, ma che comporti delle posizioni di dovere o di potere, di vincolo o di preminenza nella comunità giuridica. *Al verificarsi dell'adempimento si estingue l'obbligazione, cioè lo stato di preminenza e di vincolo, e si costituisce lo stato di libertà*» (corsivo nostro); Falzea, voce *Efficacia giuridica*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, 1965, ora anche in *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*, II. *Dogmatica giuridica*, Milano, 1997, 147-148.

(25) Se non si è inteso male, in senso contrario a quanto qui sostenuto è Girolami, *op. cit.*, 212, nonché Alcaro, *op. cit.*, 72, il quale ritiene che: «...la realizzazione del regolamento contrattuale, implicando la modificazione della sfera giuridica delle parti contraenti, con conseguente suo consolidamento, non fa venire meno per questo il titolo giustificativo, che ne è a fondamento. Si può allora ritenere che rimanga nella disponibilità delle parti il potere di scioglimento, restando in vita la fonte costitutiva dell'assetto di interessi instaurato, che, quindi, possa ben costituire l'oggetto del mutuo dissenso. Non vi è dunque l'apparente contraddizione logica di prospettare lo scioglimento di qualcosa che non esiste più».

(26) Non si potrebbe pensare di attrarre nella categoria dei rapporti giuridici negoziali rilevanti per il mutuo dissenso tutti quelli che, ad es., riguardano la situazione di titolarità di un bene acquistato con il contratto (e affermare così che tali rapporti sono *derivanti dal contratto* visto che la titolarità del bene - referente oggettivo di quei rapporti - deriva appunto dal contratto). Se così fosse, si dovrebbe allora pensare che intento delle parti del mutuo dissenso non sia quello di incidere sui diritti e gli obblighi funzionali alla realizzazione dell'interesse programmato (che si assume abbiano già svolto la loro funzione), ma tutti i potenziali rapporti che i singoli soggetti del contratto, autonomamente considerati, possono instaurare con la generalità dei consociati (inclusa la "vecchia" controparte) in ragione delle modificazioni soggettive realizzate, ossia in relazione al bene (ad es. i rapporti tra il proprietario e lo Stato, tra il proprietario e i vicini, tra il proprietario e gli eventuali locatari ed affittuari; Auricchio, *La individuazione dei beni immobili*, Napoli, 1960, 17). Il che varrebbe a dire che i rapporti da rimuovere, in realtà, sarebbero del tutto potenziali, ipotetici e riguardanti relazioni tra soggetti estranei al contratto; mentre al contrario sarebbero esclusi (in quanto già esauriti) proprio i diritti e gli obblighi negoziali (vincolanti *inter partes*) in concreto diretti a realizzare quella situazione di titolarità.

(27) Occorre valutare l'idea secondo cui il contratto, a differenza delle obbligazioni adempite, possa continuare ad esistere anche oltre l'esecuzione delle sue prescrizioni, quale fonte giustificativa dei diritti sorti con esso. Si può anche ammettere, infatti, che non si ha diritto al di fuori della propria fonte (v. *infra* nel testo); ed è vero, quindi, che anche dopo la fase esecutiva la fonte mantiene il proprio valore giustificativo del diritto sorto. Tuttavia, essa servirà di regola per la tutela del diritto (derivante dal contratto), non per disciplinare vicende del rapporto contrattuale

(segue)

### Note:

(continua nota 21)

ne per essi l'estinzione può derivare da rinuncia; v. Messineo, voce *Contratto (dir. priv. - teoria generale)*, in *Enc. dir.*, IX, Milano, 1961, ad *vocem*. Ritiene che i rapporti reali non siano rapporti

biti e la realizzazione dei diritti, infatti, è una situazione che, ancorché successiva ad un contratto, non si inserisce più in un quadro relazionale di poteri e doveri giuridicamente riferibili al programma negoziale, atteso che il fisiologico compimento degli interessi ha ripristinato lo stato di inesistenza di vincoli negoziali tra le parti (28).

È ovvio, poi, che l'atto negoziale, può rilevare anche come mero "fatto giuridico" per altri profili (29). Le diverse prospettive, tuttavia, vanno tenute ben distinte e colte nei loro diversi cicli di vita giuridica (30).

Emerge, allora, chiaramente come l'oggetto del mutuo dissenso non può che essere un rapporto giuridico contrattuale in senso tecnico; ossia una relazione che esprima, ancora, l'esistenza di un vincolo negoziale che è pendente o attende di essere realizzato.

A quanto dianzi affermato, si potrebbe obiettare che il mutuo dissenso avrebbe ad oggetto non tanto l'estinzione del "rapporto", quanto piuttosto (e direttamente) l'eliminazione del "contratto", che del rapporto è il *titolo* (la *fonte*).

Ora, sotto una certa prospettiva analitica, si può anche ammettere che l'efficacia del mutuo dissenso riguardi la *fonte* (o, se si vuole, la *regola impegnativa*) (31) se questa, anziché essere *entificata* (32), viene correttamente intesa come *predicato* (33).

Ciò, tuttavia, solo a patto di chiarire, innanzitutto, che non si tratterebbe di un fenomeno empirico (quasi come se dal tempo storico venisse rimosso l'accordo contrattuale concluso), bensì di un fenomeno

negozio giuridico che ha svolto la propria funzione (diretta a garantire la realizzazione degli interessi programmati) non è possibile oggetto di scioglimento per mutuo dissenso, non comporta necessariamente il rigetto dell'idea - che costituisce presupposto teorico della tesi di Luminoso, *op. cit.*, 163 ss. - per cui il fatto giuridico sia tale in quanto fatto adeguato alla norma, indipendentemente dalla produzione di effetti. Occorre, infatti, comprendere "che tipo di valore giuridico ha" il negozio giuridico una volta che la fase esecutiva si è compiuta. Nella prospettiva qui accolta, infatti, seppure il negozio svolga, come fatto giuridico, altre e distinte funzioni rispetto a quella di regola del programma negoziale in vista della realizzazione degli interessi divisi, non si può comunque ritenere ancora sussistente il rapporto ora detto. La regola che si è esaurita non permane come entità ideale a sé stante ma diviene, per tale profilo, un mero fatto storico.

(31) Luminoso (*op. cit.*, 172-173) esemplifica l'effetto eliminativo della regola impegnativa (in conseguenza del quale anche le vicende del contratto di primo grado vengono eliminate *ab origine*) indicando, tra altri casi, l'ipotesi in cui il mutuo dissenso abbia ad oggetto un contratto ad effetti sospesi o differiti il quale non avendo evidentemente ancora prodotto un effetto definitivo (appunto perché sospeso o differito) può essere eliminato per mutuo dissenso intervenendo (esclusivamente) sulla regola negoziale. Il discorso viene poi allargato al caso in cui detti effetti finali si siano prodotti, ritenendo [ivi. 230] che sussista un'esigenza di coerenza interna alla ricostruzione dell'istituto che porta inevitabilmente a tale esito. Coerenza per cui, ad es., sarebbe inaccettabile che l'atto eliminativo possa incidere sul negozio se interviene quando i suoi effetti sono sospesi, mentre non possa farlo successivamente alla loro produzione. Sicché l'effetto minimo essenziale del mutuo dissenso è proprio l'effetto eliminativo della regola impegnativa, che si può produrre anche dopo la produzione degli effetti finali.

(32) L'equivoco è dietro l'angolo se il riferimento all'estinzione di situazioni giuridiche o all'eliminazione del valore giuridico, venga associato, per un indebito scambio tra predicati e cose, alla distruzione di *cose*. Per la configurazione dei concetti normativi come sistema di predicati v. Irti, voce *Rilevanza giuridica*, in *Noviss. Dig. it.*, XV, Torino, 1968, 1094 ss.; v. anche nota successiva.

(33) Sebbene non in riferimento al tema qui esaminato, si è chiarito in dottrina (v. Irti, *La teoria delle vicende del rapporto giuridico (per la ristampa di un libro di Mario Allara)*, in *Riv. dir. civ.*, 1999, 411 ss.) che la (talvolta indebita) contrapposizione tra "fonte" e "rapporto" discende dalla "reificazione" dei concetti che induce a indagarli e a descriverne i mutamenti quasi fossero "cose". L'A. avverte di tenere ben presente che la distinzione tra fattispecie ed effetto, è certamente utile per l'indagine scientifica (e pertanto va mantenuta), ma essa non deve oscurare il dato per cui l'«effetto è inseparabile dalle fonti di disciplina (legali e negoziali), che appunto lo istituiscono nel suo concreto e singolare essere» (ivi 422). A ritenere il contrario «il rapporto, eretto a «cosa» e risultato di produzione, è strappato dalla sua fonte, dalla fattispecie generatrice e dalle norme che lo prevedono e disciplinano» (ivi 419), mentre dovrebbe essere chiaro che «il rapporto non sia altro dalla soggettivante trascrizione di un contenuto di disciplina (legislativa o negoziale), che lo prevede e lo considera. Quando osserviamo che A, venditore, è obbligato a consegnare la cosa X, e che B, compratore, ha il potere di pretendere la consegna della cosa X (l'uno e l'altro, in un certo luogo e in un dato tempo); non descriviamo semplici posizioni individuali, ma svolgiamo i contenuti di norme legislative e clausole negoziali, soggettivandoli nel dovere di A e nel diritto di B (...) Clausole e norme che, che sempre le accompagnano e determinano la loro concreta e inconfondibile identità» (ivi 421). Così, l'A. rileva nel pensiero di Allara (*Vicende del rapporto giuridico, fattispecie, fatti giuridici*, Torino, rist. 1999), la «fruttuosa intuizione che riconduce le vicende del rapporto alla loro fonte e così costituisce unità a fenomeni divisi dall'analisi scientifica. (...) La concreta conformazione del rapporto non si lascia ridurre al mero legame di dovere e diritto; essa involge tutta l'intera disciplina, che non è del rapporto, ma è il rapporto» (ivi 421). Tutte le evidenziazioni nel testo.

### Note:

(continua nota 27)

(che si è esaurito). Pur ammettendosi, quindi, che la fonte negoziale svolga tale funzione giustificativa, non sembra che il quadro esposto nel testo muti: le parti possono estinguere un vincolo che le lega, non uno stato di libertà. La circostanza che la fonte contrattuale svolga ancora una funzione, non implica che tra le vecchie parti contrattuali ci sia ancora un rapporto giuridico qualificato, suscettibile di essere sciolto. Pertanto, trattandosi di una tutela *al di fuori* di una relazione con una determinata parte, non si comprende neanche che ruolo avrebbe quest'ultima nella stipula del mutuo dissenso.

(28) Si deve prendere in considerazione l'opposta idea espressa in dottrina secondo cui oggetto di estinzione è la fattispecie contrattuale, visto che essa costituisce comunque il dato oggettivo giustificativo della *irripetibilità delle prestazioni eseguite* (Girolami, *op. cit.*, 212). In realtà, ritenere che il primo titolo sia fonte dell'irripetibilità delle prestazioni è affermazione che non ci sembra descriva esattamente in termini giuridici la fattispecie. In tal caso, infatti, l'eventuale pretesa della restituzione (ad es. da parte del venditore di quanto trasferito) non è impedita dalla fonte (compravendita) ma è, più semplicemente, senza titolo: la pretesa del venditore sul bene venduto è esclusa perché è come pretendere un bene da un *estraneo*, senza aver alcun titolo a fondamento della propria domanda.

(29) Galgano, *op. cit.*, 30.

(30) Va precisato che affermare, come s'è fatto nel testo, che il



meno giuridico, che si risolve nella sottrazione alla fonte (che disciplina il rapporto) della sua forza ordinante (34).

Dev'essere chiaro, inoltre, che anche questa prospettiva non smentisce quanto prima sostenuto; anzi.

Essa, infatti, avverte di non oscurare ogni ragionamento giuridico con un rigido dualismo tra "fonte" e "rapporto" mediante un improprio uso della terminologia (di origine dottrinale). Nondimeno ai nostri fini resta pur sempre da comprendere se, nel momento in cui si sono esauriti tutti i diritti e gli obblighi, *vige* ancora una fonte avente la forza di impegnare le parti.

È evidente, infatti, che in tal caso la fonte non svolge più, perché esauritasi, la sua funzione "negoziale" (ossia: di regola del programma negoziale in vista della realizzazione degli interessi divisati); mentre, al contrario, la svolge ancora in pieno quando l'esecuzione del contratto non è ancora iniziata.

In quest'ultima ipotesi, con la riconsiderazione del precedente contratto, si assiste ad una successione di fonti: alla stipula del mutuo dissenso, il primo titolo non consentirà più la coercibilità dei comportamenti originariamente programmati. Essa consiste, in sostanza, in una rivalutazione assiologica del contegno negoziale originariamente programmato. Qui il *dover essere* delle qualifiche poste dalla fonte è ancora *aperto*, ed è oggetto di una nuova qualificazione che si sostituisce, in termini opposti, alla precedente. Codeste nuove qualifiche di condotte sono, peraltro, particolari, in quanto non operano semplicemente una modifica dei predicati associabili al comportamento delle parti ma, in un certo senso, rimuovono il "predicante" sostituendolo con uno nuovo, che esclude la pretesa (dal lato attivo) e l'obbligo (dal lato passivo), e determinando, così, lo stato di libertà (35).

Quel che è discutibile, in definitiva, non è tanto la possibilità di concepire, in linea generale, un effetto diretto a rimuovere l'atto (o, se si vuole, un effetto *eliminativo*) (36), ma di concepirlo nel caso in cui la regola non sia più "impegnativa".

Nel caso in cui i nuovi giudizi di valore riguardino comportamenti esecutivi già del tutto realizzati, infatti, essi *sembrano* operare sulla fonte (si potrebbe dire, ad es., che il giudizio positivo che riguardava lo scambio, ora diventa negativo) ma, in realtà, nei loro confronti non possono svolgere alcuna concreta forza ordinante perché manca il referente oggettivo dell'effetto eliminativo.

La riconsiderazione assiologica dei comportamenti tenuti può, allora, operare solo come presupposto

per fondare nuovi effetti (come il ri-trasferimento del bene al venditore).

Essa, peraltro, non potrà prescindere dalla situazione esistente (perché già prodotta dal primo contratto) nel momento in cui viene posta in essere. In termini sostanziali: il *comando* insito nella fonte sarà quindi rivolto al futuro, nella *ri*-considerazione attuale di quanto *si voleva* e nella considerazione di quanto già avvenuto.

Non sembra, allora, che per il caso di specie si possa discutere di mutuo dissenso come fonte eliminativa, ma semmai di una fonte negoziale diretta a rimuovere, ponendo nuovi diritti e obblighi, quanto già compiuto dal contratto di base.

Pretendere, al contrario, di stipulare un contratto diretto a eliminare il valore giuridico di uno precedente in cui il rapporto è ormai compiuto, significherebbe porre in essere un atto nullo in quanto privo di oggetto.

### Mutuo dissenso e *contrarius actus*

Da quanto dianzi detto, consegue che l'autonomia privata è libera di porre in essere negozi diretti a rimuovere le modificazioni giuridiche originate dal contratto di base che ha esaurito la propria fase esecutiva solo mediante la produzione di nuovi effetti costitutivi.

Questa conclusione è avallata anche dalla dottrina tradizionale (37) e dalla giurisprudenza (38), secon-

#### Note:

(34) Il punto appare pacifico in dottrina.

(35) Pretese e obblighi non sono, però, eliminate dalla teoria dei fatti storici accaduti, dacché essi si sono già prodotti e non avrebbe senso logico, prima che giuridico, pretendere la loro inesistenza ontologica. Piuttosto, il primo titolo che regola gli obblighi e i diritti *non vige più*, risultando eliminata nella (sola) sua funzione ordinante. In questo senso precipuo, quindi, potrebbe anche accogliersi l'espressione per cui il mutuo dissenso agisce sul *titolo* e non (solo) sul *rapporto* (impensabile al di fuori della sua fonte; v. nota 33).

(36) Ad esempio, è noto che, operando direttamente sull'atto, la revoca produce immediatamente il suo effetto di eliminazione del valore giuridico dell'atto; v. D'Amico, voce *Revoca delle disposizioni testamentarie*, in *Enc.dir.* XL, Milano, 1989.

(37) Pacifici-Mazzoni, *Istituzioni di diritto civile italiano*, 3, II, Firenze, 1869, 29 spec. nota 4; Deiana, «*Contrarius consensus*», in *Riv. dir. priv.*, 2, I, 1939, 89 ss.; Mirabelli, *Dei contratti in generale*, Torino 1958, 217; Osti, voce *Contratto* in *Noviss. Dig. it.*, IV, Torino, 1959, 526 s.; Rubino, *La compravendita*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, curato da Cicu-Messineo, Milano, 1961, 1024; Biondi, *Le donazioni*, in *Trattato Vassalli*, Torino 1961, 519 ss.; Scognamiglio R., *Contratti in generale*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da Grosso-Santoro-Passarelli, Milano, 1972; Carresi, *op. cit.*, 871 ss; di recente Galati, *op. cit.*, *passim*.

(38) Cass. 10 marzo 1966, n. 683 citata nella sentenza in commento; cfr. anche Cass. 22 ottobre 1976, n. 3772, citata in Gazoni, *La trascrizione immobiliare*, 1, artt. 2643-2645bis, in *Il Co-* (segue)



do le quali gli effetti reali che si sono già totalmente prodotti possono costituire oggetto di un apposito "contro-negozio" con il quale si realizza una vicenda contrattuale antitetica ed opposta rispetto a quella precedentemente posta in essere.

Seguendo questa impostazione, in altri termini, per rimuovere gli effetti compiutisi occorre un *contrarius actus* nel quale colui che era avente causa nel precedente rapporto contrattuale (ad es. il compratore o il donatario) assume ora la veste opposta di dante causa, ri-trasferendo così quanto ricevuto da colui che nel vecchio contesto convenzionale ricopriva il ruolo di venditore o donante (39).

L'indiscutibile fondo di verità palesato da questa tesi (ravvisabile precisamente nell'affermazione per cui deve ritenersi sussistente - e, al contempo, necessario - un nuovo trasferimento) (40), non significa tuttavia doverne accettare anche altri aspetti (superata ad es. è la pretesa non retroattività del contratto) (41).

Ebbene, il discorso sembra ormai sufficientemente maturo per affermare che con la stipula del secondo contratto le parti hanno come fine il ripristino dello stato antecedente al contratto base, e pertanto devono ritenersi automaticamente dedotti in contratto tutti gli obblighi diretti alla realizzazione di tale scopo: esse si obbligano (oggi) a tenere qualsiasi comportamento che, tenendo in conto tutto quanto si è verificato fin dalla stipula del primo contratto, sia diretto a ricreare una situazione uguale a quella antecedente alle modificazioni della realtà da esso causate.

Non si può porre in questo caso (come invece accade in quello, visto in precedenza, in cui il rapporto è pendente) il dubbio se il contratto sia diretto solo ad estinguere per il futuro la coercibilità o abbia, invece, anche effetti retroattivi. Esso ha indubbiamente effetti retroattivi *inter partes* (42), in virtù dei quali, oltre all'effetto traslativo, gli obblighi di ripristino dello *status quo ante* coinvolgono anche eventuali miglioramenti, addizioni, frutti e deterioramenti della cosa *medio tempore* realizzatisi.

D'altro canto - ed è questo un altro profilo di differenza da una certa impostazione tradizionale - non sembra possibile ritenere che la causa di siffatto contratto sia necessariamente la stessa del contratto di base. In tal senso è decisamente da ripudiare l'idea di un contronegozio perfettamente speculare all'originario (ossia simmetricamente uguale e contrario: alla vendita seguirà una vendita dello stesso bene a parti invertite; alla donazione una donazione a parti invertite ecc.) (43).

L'intento delle parti di rimuovere le modificazioni

della realtà giuridica può essere perseguito mediante un negozio che ha causa autonoma e ben diversa da quella originaria.

#### Note:

(continua nota 38)

*dice Civile. Commentario* dir. Schlesinger, Milano, 2<sup>a</sup> ed., 1998, 417 ss.; Trib. Catania 26 gennaio 1983 in *Vita not.* 1984, 809; Cass. 20 dicembre 1988, n. 6959, in *Giust. civ. Mass.* 1988, fasc. 12; Cass. 7 marzo 1997, n. 2040, in questa *Rivista*, 1997, 545 ss. con nota di Bonilini; Cass. 15 maggio 1998 n. 4906 in *Giust. civ. Mass.* 1998, 1046.

(39) Si segnala, peraltro, che neanche la Corte mostra di aderire in modo coerente all'opposta impostazione teorica (criticata nel precedente paragrafo), visto che spesso vengono stranamente sintetizzate in un unico passaggio a sostegno della propria decisione frasi e termini che appartengono al repertorio argomentativo dell'opinione appena esposta. Esemplare, sotto questo profilo, è l'affermazione per cui la «...risoluzione del contratto per mutuo dissenso costituisce un caso di ritrattazione bilaterale del contratto con la conclusione di un nuovo negozio uguale e contrario a quello da risolvere», con la quale la Corte sembrerebbe aderire alla tesi del *contrarius actus*.

(40) La presenza di un effetto traslativo è individuata anche da una diversa impostazione teorica secondo la quale, poiché il contratto in esame è esclusivamente diretto ad *eliminare* il contratto di base, si crea, conseguentemente, un obbligo di porre in essere un autonomo e distinto (ricevibile anche in un unico contesto) atto di trasferimento dell'immobile in adempimento dell'obbligo di ripristinare lo *status quo ante* (Gazzoni, *La trascrizione*, cit., 417 ss.; Id., *Manuale di diritto privato*, 13<sup>a</sup> ed., 2007, Napoli, 1034 s.; cfr. anche Toschi Vespasiani, *op. cit.*, 271 ss. spec. 291). Si tratta di una ricostruzione che sembra fondarsi sull'idea per cui l'eliminazione della fonte sia di per sé insufficiente a determinare il ripristino dello *status quo ante*, e ciò in virtù del principio di tipicità dei negozi traslativi (così Capozzi, *op. ult. cit.* 638 sul pensiero di Scognamiglio R., *op. cit.* 212); principio che, invero, semmai riguarda i diritti reali, non anche i negozi con cui essi circolano (cfr. Ferri, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966, 242 ss.; Luminoso, *Appunti sui negozi traslativi atipici. Corso di diritto civile*, Milano, 2007, 3; Sirena, *op. cit.*, 17). Alla luce di ciò, si può evidenziare che se all'effetto eliminativo si attribuisce un significato pregnante (come Luminoso, *Il mutuo dissenso*, cit., *passim*), non sarebbe necessario un adempimento traslativo, ma sorgerebbero solo obblighi restitutori. Sirena, *op. cit.*, 99 s. rileva che «il contratto di alienazione non costituisce solamente la "giusta causa" dell'attribuzione patrimoniale (titulus acquirenti), ma anche l'atto che la realizza (modus operandi): risolto tale contratto, non può non venire meno il relativo effetto derivativo».

(41) Secondo l'impostazione in esame la "retroattività" è fenomeno eccezionale, che può essere "disposto" solo dal legislatore (cfr. Deiana, *op. cit.*, 104). In realtà, si ritiene ammissibile la retroattività degli effetti degli atti negoziali *inter partes* (v. anche nota successiva); mentre si deve escludere solo che la volontà negoziale dei contraenti possa, al di fuori delle specifiche eccezioni consentite dalla legge, pregiudicare la sfera giuridica dei terzi. Così Tatarano, voce *Retroattività (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989.

(42) Così già Dusi, *La revocabilità dei diritti subbiettivi patrimoniali*, in *Riv. it. sc. giur.*, XXV, II-III, 22 luglio 1898, 287 spec. nota 1. Si badi che anche secondo Deiana, *op. cit.*, 122: «Si può dire in breve ch'esse (le parti, nda) tendano ad ottenere nei rapporti tra di loro e per quanto riguarda il futuro un risultato analogo a quello cui porterebbe l'annullamento del primo contratto» (corsi-vi nel t.).

(43) Che potrebbe indurre anche ad alcuni inconvenienti segnalati da Capozzi, *op. ult. cit.*, 639.

Tale contratto è diretto a svolgere una funzione atipica, rinvenibile, in un certo senso, anche nella menzione dell'art. 1372 comma 1 (44). In ogni caso, non c'è dubbio che nel caso deciso dalla sentenza in commento l'effetto poteva essere giustificato dal negozio transattivo (inserendosi, quindi, all'interno di una funzione - *causa transigendi* - più ampia).

### Profili fiscali

Come già visto, la controversia in esame nasce da una questione fiscale: l'Agenzia delle Entrate ha denunciato il vizio di sussunzione della fattispecie concreta nello schema normativo del d.P.R. n. 633 del 1972, art. 26 commi 2 e 3 ritenendola una nuova operazione finanziaria, e quindi non detraibile.

La norma invocata attribuisce al cedente la possibilità di portare in detrazione l'imposta in ogni caso in cui: «... un'operazione per la quale sia stata emessa fattura ... viene meno in tutto od in parte, o se ne riduce l'ammontare imponibile, in conseguenza di dichiarazione di nullità, annullamento, revoca, risoluzione, rescissione e simili, o per mancato pagamento ...», e aggiungendo che qualora tali effetti si verificano «in dipendenza di sopravvenuto accordo tra le parti la neutralità fiscale può essere fatta valere esclusivamente entro l'anno dalla operazione imponibile».

Si è già visto che, ad avviso dei giudici, la riconduzione della fattispecie concreta nell'ambito della previsione citata, è stata confermata solo aderendo alla ricostruzione del contratto in esame come risolutorio del contratto di base. Il riferimento alla risoluzione è quindi servito per evitare di vedere nel contratto gli effetti traslativi prodotti, che avrebbero sbarrato questa strada.

L'art. 26 citato, in effetti, consente la detrazione solo in virtù di un accordo per cui *venga meno in tutto od in parte* l'operazione imponibile. E ciò, si badi, non deve necessariamente avvenire in virtù dell'accertamento di una patologia del contratto di base: la Corte lo sancisce definitivamente proprio con la sentenza in esame, visto che nel caso di specie non c'era stato alcun vizio nello svolgimento della compravendita (c'era stato per il contratto di appalto, che però era contratto autonomo e distinto rispetto alla vendita).

Del resto, è la stessa disposizione in commento che si caratterizza per una formulazione *aperta*, prevedendo che le ragioni per cui un'operazione fatturata *viene meno* possano essere varie, e consistere in particolare non solo nella nullità, nell'annullamento, nella revoca, nella risoluzione o nella rescissione del (precedente) contratto, ma anche in ragioni "*simili*". Posto che, per quanto fin qui detto, l'accordo in esa-

me comporta un effetto traslativo (che allo stato attuale sembrerebbe precludere l'applicazione delle norme fiscali citate), si tratta di capire, però, se, in linea generale, il mero dato del trasferimento, isolatamente considerato, possa nascondere una considerazione completa e unitaria dell'operazione giuridica in esame che sia in grado di coglierne soprattutto il profilo causale, il quale, come è stato detto (45), è diretto a realizzare non tanto un "trasferimento" di ricchezza, ma una "restituzione" di ricchezza (simile, in termini sostanziali, al *venir meno* indicato dalla norma).

Se, infatti, alla base di detti negozi c'è una riconsiderazione dell'assetto d'interessi apprestato con il primo contratto stipulato (che implica la reciproca convenienza a eliminare gli effetti già prodotti) e l'assunzione di obblighi diretti a ripristinare lo *status quo ante*, è chiaro che si è molto vicini alla logica delle altre ipotesi contemplate dalla norma. Così, in astratto, ci sembra che non sarebbe del tutto incoerente e irrazionale prevedere (almeno *de jure condendo*) una diversità di trattamento fiscale tra il ritrasferimento determinato dall'esigenza di rimuovere gli effetti di un affare andato male (più simile alle ipotesi dell'art. 26) e quello determinato, ad es., da una "normale" compravendita.

Per pervenire a tale risultato, non ci sarebbe dunque bisogno di accettare necessariamente una ricostruzione del mutuo dissenso (con riferimento ai contratti ad effetti reali che abbiano esaurito i loro effetti) che appare teoricamente infondata.

---

#### Note:

(44) Alcaro, *op. cit.*, 82-83. In tale senso Luminoso, *op. ult. cit.*, 82 ss. e nota 119; 258-259 e nota 315, secondo il quale il contratto in esame è un contratto atipico, in quanto, anche se menzionato dalla citata disposizione, non è specificamente regolato dalla legge.

(45) Casino, *op. cit.*, 557, il quale, tuttavia, evidenzia questo profilo aderendo alla tesi contraria a quella qui condivisa in ordine all'esistenza di un "trasferimento".

Danno contrattuale

# Danno all'insegnante e concorso di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale del Comune

CASSAZIONE CIVILE, sez. III, 27 giugno 2011, n. 14107 - Pres. Trifone - Est. Spafna Musso - P.m. Fucci - Comune Terlizzi c. D.L.C.

**Il Comune è obbligato, in forza dell'art. 7 l. 18 marzo 1968, n. 444, a curare la manutenzione degli edifici adibiti a scuola materna e tale obbligo, di natura pubblicistica, incide sul diritto primario alla salute (art. 32 Cost.) di coloro che l'immobile sono tenuti a frequentare come docenti, discenti o personale comunque dipendente dall'Amministrazione scolastica. Ne discende che il Comune medesimo è responsabile - concorrendo, in favore del lavoratore della scuola danneggiato (nella specie, insegnante), a tutela della sua integrità psicofisica, entrambi i titoli di responsabilità, contrattuale (art. 2087 c.c.) ed extracontrattuale (art. 2043 c.c.) - per la violazione del diritto anzidetto in conseguenza del proprio inadempimento, una volta che sia stato accertato il nesso causale tra l'inadempimento stesso ed il fatto dannoso.**

## ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI

|                 |  |
|-----------------|--|
| <b>Conforme</b> | Cass., 8 maggio 2008, n. 11410, in <i>Mass. Giur. It.</i> , 2008; Cass., 5 ottobre 1994, n. 8090, in <i>Danno e Resp.</i> , 1996; Cass., 26 ottobre 1995, n. 11120, in <i>Mass. Giur. It.</i> , 1995; Cass., 17 luglio 1995, n. 7768, in <i>Resp. Civ. e Prev.</i> , 1996, 329, con nota di Angiello; in <i>Giur. It.</i> , 1996, I, 1, 1110, con nota di Lafisco; Cass., 20 giugno 2001, n. 8381, in <i>Orient. Giur. Lav.</i> , 2001, I, 744; Cass., 29 marzo 2006, n. 7229, in <i>Mass. Giur. It.</i> , 2006. |
| <b>Difforme</b> | Cass., 17 febbraio 2009, n. 3788, in <i>Mass. Giur. It.</i> , 2009; Cass., Sez. lav., 23 aprile 2008, n. 10529, in <i>Danno e Resp.</i> , 2008, 7, 811; Cass., 15 dicembre 2008, n. 29323 in <i>Mass. Giur. It.</i> , 2008; da ultimo, Cass., Sez. lav., 16 febbraio 2012, n. 2251, in <i>Danno e Resp.</i> , 2012, 4, 451.  |

### Svolgimento del processo

Il Comune di Terlizzi propone ricorso per cassazione, affidato a sette motivi, avverso la sentenza della Corte di appello di Bari che, in parziale riforma della sentenza di primo grado, lo ha condannato, in solido con il MUIR, al pagamento della somma di Euro 310 mila, oltre rivalutazione ed interessi, in favore di D.L.V., D.L. S. e D.L.C., a titolo di risarcimento del danno per la morte di D.P.M., coniuge di D.L.V. e madre di D.L.C. e S., insegnante di ruolo di scuola materna, avvenuta il 22 gennaio 1991 per arresto cardiaco in corso di servizio.

Resistono con controricorso tanto D.L.V., D.L.C. e D.L.S. quanto il MUIR.

### Motivi della decisione

1. - Con il primo motivo, sotto il profilo della violazione di legge (art. 360 c.p.c., n. 3), il ricorrente lamenta il vizio di ultrapetizione, assumendo che gli attori non avrebbero mai formulato una domanda di risarcimento danni per responsabilità extracontrattuale nei suoi confronti.

1.1. - Il primo motivo è infondato, per l'assorbente consi-

derazione che il giudice - che nella specie ha configurato una azione di responsabilità extracontrattuale - ha il potere-dovere di qualificare giuridicamente l'azione e di attribuire al rapporto dedotto in giudizio un *nomen juris* eventualmente diverso da quello indicato dalle parti, purché non sostituisca la domanda proposta con una diversa, modificandone i fatti costitutivi o fondandosi su una realtà fattuale non dedotta e allegata in giudizio tra le parti (Cass. 17 luglio 1997, n. 15925).

2. - Con il secondo motivo il ricorrente, sotto il profilo della violazione di legge, chiede, nel quesito di diritto ex art. 366-bis, se esso Comune «può essere condannato (e quindi considerato legittimato passivo) al risarcimento di danni patrimoniali e non patrimoniali per il decesso di una insegnante dipendente MILJR in base ad una domanda di natura contrattuale, fondata sull'art. 2087 c.c.; ed in subordine, qualora fosse qualificata come extracontrattuale la domanda, se può rinvenirsi il fatto colposo nella violazione della L. n. 444 del 1968, art. 7».

2.1. - Il secondo motivo è infondato.

Premessa la ammissibilità, in tema di protezione dell'in-

tegrità psico-fisica del lavoratore, del concorso tra la azione ex art. 2087 cod. civ. e l'azione ex art. 2043 (Cass. 24 febbraio 2006, n. 4184), va considerato che il Comune è obbligato, dalla l. 18 marzo 1968, n. 444, art. 7 a curare la manutenzione degli edifici adibiti a scuola materna e che tale obbligo, di natura pubblicistica, incide sul diritto primario alla salute (art. 32 Cost.) di coloro che l'immobile sono tenuti a frequentare come docenti, discenti o personale comunque dipendente dal MUIR. Ne discende la responsabilità del Comune per la violazione di tale diritto in conseguenza del proprio inadempimento, una volta che in fatto sia stato accertato il nesso causale tra detto inadempimento ed il fatto dannoso.

3. - Con il terzo motivo il Comune ricorrente, sotto il profilo della violazione dell'art. 2697 cod. civ., lamenta il difetto di prova riguardo al nesso di causalità tra le condizioni ambientali di espletamento dell'attività lavorativa e l'evento morte.

3.1. - Il terzo motivo è inammissibile, in quanto il vizio lamentato, sostanziandosi in un difetto di motivazione, avrebbe dovuto semmai farsi valere con riferimento all'art. 360 c.p.c., n. 5.

4. - Con il quarto motivo il ricorrente lamenta la violazione degli artt. 40 e 41 cod. pen., chiedendo nel quesito di diritto se il giudice «possa attribuire nella produzione dell'evento esclusiva efficienza causale alla insalubrità dei locali ove si è svolta l'attività lavorativa, anche in presenza di una conclamata grave patologia cardiaca (idonea anche da sola a produrre la stessa causa di morte)».

4.1. - Anche il quarto motivo è inammissibile, in quanto il vizio lamentato, sostanziandosi in un vizio di motivazione, avrebbe dovuto semmai farsi valere con riferimento all'art. 360 c.p.c., n. 5.

5. - Il Comune ricorrente, con il quinto motivo, lamenta il vizio di ultrapetizione in relazione alla liquidazione del danno morale.

5.1. - Il quinto motivo è infondato.

Come riportato in sentenza, gli appellanti incidentali hanno reiterato in sede di gravame tutte le richieste risarcitorie che si ricollegano a «responsabilità extracontrattuale dei convenuti, da cui consegue il diritto al risarcimento dei danni morali e patrimoniali subiti dalla defunta D.P. e dagli istanti come ontologicamente specificati in citazione, e riformulati in sede di conclusioni». Non sussiste, dunque, alcuna ultrapetizione da parte del giudice di appello.

6. - I Comune ricorrente, sotto i profili della violazione di legge e del vizio di motivazione, censura con il sesto motivo la sentenza impugnata quanto al riconoscimento del danno biologico *iure hereditatis* e del danno patrimoniale.

6.1. - Quanto al danno biologico *iure hereditatis* il mezzo è infondato, in quanto il rigetto dell'appello del Comune sul punto è motivato con la circostanza (non contestata) che «la sig.ra D. P. non decedette all'istante senza maturare il diritto al risarcimento da trasferire agli eredi, ma subì un progressivo deterioramento delle sue condizioni di salute e, dunque, tale danno va collegato alla lunga durata della malattia e alta progressiva sofferenza sino alla morte per un apprezzabile lasso di tempo».

Il sesto motivo è peraltro infondato anche quanto al danno patrimoniale.

Il ricorrente sostiene che gli attori non avrebbero provato il contributo economico della loro congiunta al patrimonio familiare.

Al riguardo va considerato che la valutazione equitativa del danno (quale quella compiuta nella specie dal giudice di merito), in quanto inevitabilmente caratterizzata da un certo grado di approssimatività, è suscettibile di rilievi in sede di legittimità, sotto il profilo del vizio della motivazione, solo se difetti totalmente la giustificazione che quella statuizione sorregge, o macroscopicamente si discosti dai dati di comune esperienza, o sia radicalmente contraddittoria (Cass. 26 gennaio 2010, n. 1529).

Nella specie il giudice di merito, considerando che un terzo del reddito della D.P. sarebbe stato destinato ai bisogni della famiglia, non si è discostato da dati di comune esperienza, tenuto conto - come si legge in sentenza - «delle esigenze personali del percettore del reddito in relazione al tenore di vita, all'educazione, all'istruzione, alla posizione sociale ed all'età al momento del decesso». Né, d'altro canto, compete al giudice di legittimità (trattandosi di questione di merito) valutare se fosse congrua, in relazione alle condizioni di salute della D.P., una previsione di attività lavorativa di dieci anni.

7. - Con il settimo motivo il Comune lamenta il vizio di ultrapetizione in relazione alla condanna (che si assume non richiesta) alla rifusione delle spese di CTU, svolta in primo grado.

7.1. - Il mezzo è infondato. La parziale riforma della sentenza di primo grado, in senso favorevole agli attori, giustifica infatti una modifica, anche d'ufficio, del regolamento delle spese del grado, anche riguardo alla CTU.

8. - Conclusivamente, il ricorso va rigettato, con la condanna del ricorrente al pagamento delle spese quanto ai D.L., liquidate in Euro 6.200, di cui Euro 6 mila per onorari, oltre spese generali ed accessori di legge, apparendo invece equo disporre la compensazione nei confronti del MUIR.

### P.Q.M.

la Corte rigetta il ricorso e condanna il ricorrente al pagamento delle spese nei confronti dei D.L., liquidate in Euro 6.200, di cui Euro 6 mila per onorari, oltre spese generali ed accessori di legge; spese compensate nei confronti del MUIR. Così deciso in Roma, nella Camera di consiglio della Terza Sezione civile, il 19 maggio 2011.



## IL COMMENTO di Stefano Guadagno

La Cassazione affronta il problema della responsabilità dell'ente territoriale per i danni occorsi al dipendente a causa della cattiva manutenzione dell'edificio pubblico, riaffermando il concorso di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale ed offrendo interessanti spunti di riflessione sulle divergenze, ammesso che ancora ve ne siano, tra le due forme di responsabilità.

### Il caso di specie e la soluzione accolta dalla Cassazione

La sentenza che si annota offre un interessante spunto di riflessione sulla questione della ammissibilità del c.d. cumulo di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale, oltre che in ordine alla concreta rilevanza pratica dello stesso alla luce dei più recenti contributi, dottrinali e giurisprudenziali, nella prospettiva della differenza tra i due tipi di responsabilità.

Il quesito sottoposto al vaglio della Corte di Cassazione, che trae origine dal decesso di un'insegnante dipendente del Ministero dell'Istruzione, è se possa il Comune essere condannato al risarcimento dei danni patrimoniali e non patrimoniali subiti da una lavoratrice in base ad una domanda di natura contrattuale, fondata sull'art. 2087 c.c., ovvero, di natura extracontrattuale per fatto colposo, da rinvenirsi nella violazione dell'art. 7 l. n. 444 del 1996.

Il Supremo Collegio ha innanzitutto rigettato il motivo di ricorso con cui il Comune ha lamentato il vizio di ultrapetizione, per avere i Giudici di merito pronunciato una statuizione di condanna al risarcimento dei danni per responsabilità extracontrattuale, pur non essendo tale domanda mai stata formulata nei primi due gradi di giudizio. La ragione assorbente del rigetto di tale motivo è da rinvenire nel potere-dovere del giudice di «qualificare giuridicamente l'azione e di attribuire al rapporto dedotto in giudizio un nomen juris eventualmente diverso da quello indicato dalle parti, purché non sostituisca la domanda proposta con una diversa, modificandone i fatti costitutivi o fondandosi su una realtà fattuale non dedotta e allegata in giudizio tra le parti».

La sentenza in esame, quindi, così risolve la questione preliminare, e sul presupposto della ammissibilità del concorso tra azione ex art. 2087 c.c. (di natura contrattuale) e l'azione ex art. 2043 c.c., ha concluso nel senso della responsabilità, in forza di entrambi i titoli (contrattuale ed extracontrattuale), del Comune per violazione dell'obbligo, di natura pubblicistica, sancito dall'art. 7 l. n. 444 del 1968, di curare la manutenzione degli edifici adibiti a scuola materna, in-

cidente sul diritto primario alla salute (art. 32 Cost.) di coloro che l'immobile sono tenuti a frequentare come docenti, discenti o personale comunque dipendente dell'Amministrazione scolastica, una volta, ovviamente, che sia stato accertato il nesso causale tra l'inadempimento stesso ed il fatto dannoso.

### I termini del problema del cumulo o concorso di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale

Le questioni affrontate dalla sentenza in commento ruotano intorno al titolo cui è ascrivibile la responsabilità dell'ente territoriale per i danni all'integrità fisica cagionati al dipendente dall'insalubrità degli edifici pubblici.

In particolare qui interessa prendere in esame il problema, sullo sfondo della pronuncia del Supremo Collegio, che si presenta allorché un fatto produttivo di un danno integri l'inadempimento di un obbligo preesistente e contemporaneamente configuri la violazione del generale dovere del *neminem laedere* (1).

Si tratta, in tali ipotesi, di verificare se il soggetto danneggiato possa agire per ottenere il risarcimento del danno, sia in via contrattuale che aquiliana. La questione nota con il nome di "cumulo" o "concorso" di responsabilità contrattuale ed extracontrat-

#### Nota:

(1) In dottrina, sul tema del concorso, v. R. Sacco, *Concorso delle azioni*, in Visintini (a cura di), *Risarcimento del danno contrattuale ed extracontrattuale*, Milano, 1984, 155; G. Ponzanelli, *Il concorso di responsabilità: le esperienze italiana e francese a confronto*, in *Resp. civ.*, 1984, 36; C. Rossello, *Concorso di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1985, II, 317 ss.; R. Simone, *Concorso di responsabilità: a proposito di un ritorno alla tipicità dei fatti illeciti*, in *Danno e resp.*, 1996, 5, 611; P.G. Monateri, *Cumulo di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale (analisi comparata di un problema)*, Padova, 1989; Id., voce *Cumulo di azioni*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, Torino, 1989, V, 42 ss.; Id., *Il cumulo di responsabilità in Francia, Italia e Germania*, in *Le responsabilità speciali. Modelli italiani e stranieri*, a cura di A. Stanzione, Napoli, 1994, 33 ss.; V. Carbone, *Responsabilità aquiliana della p.a. per danno all'integrità fisica del dipendente*, in *Danno e resp.*, 1997, 1, 15; R. Scognamiglio, *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, in *Responsabilità civile e danno*, Torino, 2010, 108.

tuale ha a lungo animato, e tutt'ora anima, il dibattito in dottrina e giurisprudenza, con riguardo a quelle fattispecie in cui un soggetto è obbligato a proteggere la persona (o la cosa) dal verificarsi di un danno, che ove si verifichi realizza contemporaneamente un inadempimento ed un danno ingiusto (2). Si deve precisare - prima di dare conto delle diverse opinioni in campo - che tra il "cumulo" e il "concorso" una, pur minima, differenza semantica esiste, anche nell'utilizzo fattone dalla dottrina che del tema si è occupata: per concorso, infatti, si intende, generalmente, la facoltà per il danneggiato di esperire alternativamente, ed in via elettiva, più azioni, invocando la normativa che gli è più favorevole; per cumulo, deve invece intendersi la possibilità di cumulare nello stesso processo i vantaggi di entrambe le azioni ovvero di perseguire gli effetti favorevoli che con l'esercizio di una delle due non si sono ottenuti, beninteso senza che sia possibile una duplicazione del risarcimento (3).

L'elaborazione dottrinale ha quindi distinto tra concorso elettivo, quando l'attore può scegliere l'azione; concorso elettivo-esclusivo, quando l'attore deve scegliere; concorso cumulativo, allorché all'attore sia lasciata la possibilità di compiere scelte successive. Altra autorevole dottrina ha distinto tra "concorso proprio", ipotesi in cui «il *petitum* sostanziale delle due azioni coincida» (4) e "concorso improprio", in cui «le azioni, pur nascendo da un unico fatto, si propongono *petita* differenti» (5).

Al di là degli aspetti definitori, il presupposto per parlare di cumulo o concorso, è che ci si trovi al cospetto di un unico fatto lesivo posto in essere da una delle due parti di un rapporto obbligatorio che si configuri come inadempimento e violazione del dovere di *neminem laedere*, tale quindi da legittimare, astrattamente, sia un'azione da responsabilità contrattuale che aquiliana (6).

Restano fuori dunque dal nostro campo di indagine, quelle figure, che autorevole dottrina individua come "cumulo improprio", in cui il danneggiante ed il danneggiato non coincidono con debitore e creditore, ovvero, in cui il danno extracontrattuale non sia conseguenza dell'inadempimento (7).

Si pensi, con riguardo alla prima ipotesi, a quei casi in cui il debitore cagioni un danno, oltre che al creditore, ad un terzo estraneo al rapporto (e qui emblematica è la fattispecie della responsabilità del produttore, contrattuale, per i danni causati al compratore ed extracontrattuale per i danni causati a terzi) ovvero in cui il creditore subisca un danno in conseguenza, oltre che dell'inadempimento del debitore, per effetto della condotta di un terzo (qui il

pensiero non può che andare alle fattispecie di induzione all'inadempimento da parte di terzi o alla vendita a terzi di un immobile in violazione dell'obbligo contrattualmente assunto dal venditore nei confronti del precedente acquirente, la responsabilità contrattuale dell'alienante può concorrere con quella extracontrattuale del successivo acquirente) (8).

### Note:

(2) Cfr. F. Giardina, *Responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale: significato attuale di una distinzione tradizionale*, Milano, 1993, 162; C. Rossello, *Concorso di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, in *Nuova giur. comm.*, 1985, 317 s.; Id., *Responsabilità contrattuale e responsabilità aquiliana: il punto sulla giurisprudenza*, in *Contr. e impr.*, 1996, 659; C. Castronovo, *La nuova responsabilità civile*, 3<sup>a</sup> ed., Milano, 2006, 578; A. De Cupis, *Il problema del cumulo della responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, in *Ann. Dir. Comp.*, 1963, 255.

(3) V., sul punto, C. Rossello, *Concorso di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, cit., 317; P.G. Monateri, *La responsabilità civile*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. Sacco, Torino, 1998, 683; V. Carbone, *La responsabilità della p.a. per danno all'integrità fisica del dipendente*, in *Danno e resp.*, 1997, 1, 24.

(4) Così ad es. richiesta del depositante o del locatore, i quali possono chiedere la restituzione della cosa *ex contractu* e cioè in base ad un rapporto relativo, ovvero in base ad un rapporto assoluto, *erga omnes*, come la rivendica.

(5) Così dall'inadempimento, scaturiscono azioni aventi distinte *petita* come esecuzione o risoluzione del contratto, ex art. 1453 c.c.

(6) v. R. Scognamiglio, *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, cit., 108; U. Breccia, *Le obbligazioni*, Milano, 1991, 672.

(7) Per una disamina completa sul punto, v. C. Rossello, *Concorso di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, cit., 318.

(8) Cfr. Cass., 14 luglio 1987, n. 6132, in *Mass. Giur. It.*, 1987 la quale superando l'impostazione tradizionale che voleva limitato il principio del *neminem laedere* alla tutela di diritti soggettivi assoluti, ha esteso l'ambito della responsabilità extracontrattuale alla «lesione di tutte le situazioni soggettive riconosciute e garantite dall'ordinamento nella forma del diritto soggettivo; e ha perciò affermato la possibilità di configurare un illecito aquiliano nel pregiudizio arrecato al titolare di un diritto di credito ad opera di un soggetto estraneo al rapporto obbligatorio, che con la sua illecita ingerenza renda impossibile o notevolmente più gravoso l'adempimento o l'attuazione coattiva del credito. Ed è stato altresì precisato che l'azione del terzo lesiva del diritto del creditore può anche non essere tale da rendere di per sé impossibile la prestazione del debitore e affiancarsi, invece, ad un contegno di quest'ultimo qualificabile come inadempimento, come nelle ipotesi di accordo per evitare l'adempimento e la realizzazione forzata del credito, di induzione all'inadempimento, etc.; nei quali casi si configura un concorso della responsabilità contrattuale del debitore con quella extracontrattuale del terzo». In giurisprudenza, si è dibattuto anche in merito alla possibilità di configurare una responsabilità civile del terzo, responsabile di aver indotto l'altrui coniuge all'inadempimento del dovere di fedeltà. In particolare, un precedente del Tribunale di Roma (Trib. Roma, 17 settembre 1989, in *Giur. merito*, 1991, 754), pur respingendo la richiesta di risarcimento del danno, in mancanza di prova di un danno morale e di un danno patrimoniale, in forma di lungo *obiter dictum*, ha ammesso, in astratto, la possibilità di riconoscere in capo al terzo una responsabilità per induzione all'inadempimento dell'obbligo di fedeltà. In senso contrario si è evidenziato che il danno cagionato dal terzo al coniuge che "subisce" l'infedeltà (segue)

Quanto alla seconda ipotesi, viene in rilievo il danno provocato dal debitore al creditore non in conseguenza della violazione del rapporto obbligatorio: si pensi, alla responsabilità del gestore dell'impianto sciistico per gli incidenti occorsi ai frequentatori della pista nella fase di discesa (9). Così delimitato il campo di indagine, ci volgiamo all'esame dello stato dell'arte del dibattito sulla figura del c.d. concorso di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale, al fine di comprendere la portata della sentenza in commento.

## Le diverse soluzioni sul tappeto e l'evoluzione giurisprudenziale

La questione del concorso di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale è stata oggetto di un vivace dibattito in dottrina per il suo innegabile rilievo teorico ma anche pratico, soprattutto avuto riguardo alla disciplina delle due azioni.

L'opinione tradizionale nega la possibilità di un concorso di responsabilità, dando rilievo assorbente, sulla scia della dottrina francese (10), alla forza assorbente del contratto, sulla base della considerazione che non può negarsi valore preminente all'assetto di interessi predisposto dalle parti.

In altre parole - si osserva - non può conferirsi forza di legge al contratto e poi, contemporaneamente, attribuire al danneggiato, seppur in via alternativa, la medesima tutela del terzo estraneo al rapporto. E, d'altro canto, la tutela contrattuale assorbe la tutela generica della responsabilità extracontrattuale.

È stato ulteriormente rilevato che, ammettendo il concorso, in capo ad un soggetto verrebbero a coincidere le qualità, incompatibili fra loro, del *quisque de populo* e di obbligato, non potendo coincidere, nella stessa situazione, un obbligo ed un dovere giuridico (11).

Come autorevolmente osservato, però, la ricostruzione tradizionale prende le mosse da un presupposto non condivisibile: il rapporto di genere a specie tra responsabilità aquiliana e responsabilità da inadempimento. In realtà, «nessuna coincidenza si realizza (...), ed incompatibilità si propone, di doveri diversi e variamente orientati, laddove, e giova ribadirlo, si prospettano riguardo ad una situazione dannosa unica rimedi di vario fondamento e natura» (12).

Non è peraltro mancata, e sempre sulla scia di quanto si afferma nella dottrina francese, un'opinione, per così dire, intermedia che ammette il cumulo di azioni ove l'inadempimento integri un reato ovvero sia posto in essere con dolo o colpa grave (13). Anche tale soluzione non ha trovato l'avallo della pre-

### Note:

(continua nota 8)

deltà coniugale non è un danno ingiusto, sottolineandosi che «gli obblighi che sorgono dal matrimonio, tra i quali quello di fedeltà, sono obblighi eminentemente personali e propri del coniuge in quanto tale. Il terzo che si intrattenga con una persona sposata esplica, in fondo, il suo diritto alla sessualità, nel senso che egli non è tenuto a verificare lo status della persona con la quale intreccia una relazione né, ove pure sappia che ella è impegnata, può pretendersi che egli si autolimiti per rispettare un dovere di astinenza che non lo riguarda, trattandosi di un impegno personale e reciproco assunto dagli sposi» (Trib. Vicenza, 3 novembre 2009, in *Fam. e dir.*, 2010, 281; nello stesso senso anche Trib. Monza, 15 marzo 1997, *ivi*, 1997, 462). V. anche, Cass., 9 gennaio 1997, n. 99, per cui, «la responsabilità contrattuale può concorrere con quella extracontrattuale allorché il fatto dannoso sia imputabile all'azione o all'omissione di più persone tutte obbligate al risarcimento del danno correlato al loro comportamento; sicché, in ipotesi di vendita a terzi di un bene immobile, in violazione dell'obbligo, contrattualmente assunto dal venditore nei confronti del precedente alienante prelazionario, di farne previamente offerta a quest'ultimo, si determina la responsabilità contrattuale del secondo alienante nei confronti del primo (con connessa presunzione di colpa ex art. 1218 cod. civ.), nonché la responsabilità extracontrattuale del successivo acquirente (terzo) rimasto estraneo al precedente rapporto contrattuale. Quest'ultima responsabilità può essere configurata ove trovi fondamento in una dolosa preordinazione volta a frodare il primo venditore prelazionario o, almeno, nella consapevolezza dell'esistenza della precedente vendita e del diritto di prelazione e, quindi, nella consapevole partecipazione all'inadempimento dell'alienante per inosservanza della prelazione»; ancor più recentemente, Cass., 10 ottobre 2008, n. 25016, in *Mass. Giur. It.*, 2008.

(9) Secondo l'orientamento più recente, gli sciatori nella fase di discesa hanno il diritto di agire nei confronti del gestore dell'impianto sciistico per ottenere il risarcimento dei danni subiti da parte del gestore degli impianti o del concessionario delle piste. In un primo momento tale diritto è stato riconosciuto in forza della regola generale del *neminem laedere*: lo sciatore danneggiato poteva agire ai sensi dell'art. 2043 c.c. (In questo senso Cass., 15 febbraio 2001, n. 2216, in *Giust. civ. Mass.*, 2001, 258, in *Giust. civ.*, 2001, I, 1535, in *Danno e resp.*, 2001, 372, con nota di Carbone e in *Dir. tras.*, 2003, 183, con nota di Pozzi; Cass., 12 maggio 2000, n. 6113, in *Giust. civ. Mass.*, 2000). Successivamente, la giurisprudenza ha ricondotto la responsabilità del gestore degli impianti nell'alveo dell'art. 2050 c.c. (in questo senso Cass. 26 aprile 2004, n. 7916, in *Studium Juris*, 2004, 1282; Trib. Pinerolo 18 ottobre 2000, in *Danno e resp.*, 83 ss., con nota di Bona, *Contratto di skipass e obblighi del gestore delle piste*) ovvero dell'art. 2051 c.c. (cfr., Cass., 10 febbraio 2005, n. 2706, in *Danno e resp.*, 2005, 837 ss. con nota di Calabrese, *La (doppia) natura della responsabilità del gestore di una pista di sci*; Cass. 18 gennaio 2006, n. 832, in *Giust. civ.*, 2007, 1516; Cass. 6 febbraio 2007, n. 2563, in *Giur. it.*, 2007, 2443).

(10) Le tradizioni francese esclude fermamente l'idea del cumulo, dilatando l'estensione della responsabilità contrattuale, mediante l'enucleazione di una serie di obblighi accessori di sicurezza (cfr. per un'ampia disamina, G. Ponzanelli, *Il concorso di responsabilità: le esperienze italiana e francese a confronto*, cit., 48 ss.; P.G. Monateri, *Cumulo di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, cit., 87 ss.). In senso diametralmente opposto, la dottrina tedesca, che ammette, in termini generali il concorso, salvo poi affermare la prevalenza della disciplina contrattuale rispetto a quella delittuale (cfr. sul punto Id., *Cumulo di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, cit., 34 ss.).

(11) Tra gli altri, v. L. Barassi, *La teoria generale delle obbligazioni*, II, Milano, 1984, 448 ss.

(12) Così, R. Scognamiglio, *op. ult. cit.*, 109.

(13) V. sul punto P.G. Monateri, voce *Cumulo di azioni*, in *Dig. Disc. Priv.*, Sez. civ., III, Torino, 1992, 43 e i richiami bibliografici ivi operati.



valente dottrina italiana, dovendosi in effetti considerare che, indipendentemente dalla posizione che si assuma con riguardo al problema del cumulo, non si vede come possa rilevare (sia che si abbia riguardo alla disciplina della responsabilità contrattuale, che a quella aquiliana) la gravità della condotta dell'agente, ai fini dell'affermazione di una responsabilità risarcitoria (14).

Se in dottrina permangono divergenze notevoli, la giurisprudenza consolidata è, ormai da tempo, concorde nell'ammettere il concorso tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale, pur ancorandone l'operare alla violazione di un diritto soggettivo assoluto (15).

I Giudici si sono espressi costantemente in senso favorevole al concorso con riguardo alla fattispecie del trasporto di persone, attribuendo al danneggiato la facoltà di esercitare l'azione extracontrattuale, quando sia decorso il termine di prescrizione annuale per l'esercizio dell'azione contrattuale (16).

Anche in caso di danni causati da vizi di una cosa oggetto di compravendita, il concorso è stato ritenuto ammissibile dalla Suprema Corte, giacché «il secondo comma dell'art. 1494 cod. civ. non riguarda qualsiasi danno giuridicamente rilevante causato dai vizi della cosa, ma si riferisce alla sola lesione degli interessi connessi con il vincolo negoziale e con esclusione, quindi, del pregiudizio arrecato agli interessi del compratore che, essendo sorti al di fuori del contratto, hanno la consistenza di diritti assoluti» (17).

In diverse occasioni è stata poi affermata l'applicabilità della presunzione di responsabilità ex art. 2053 c.c., in concorso alla responsabilità contrattuale ex art. 1575 c.c., anche nell'azione esercitata dal conduttore nei confronti del proprietario per i danni derivanti dalla rovina dell'edificio (18).

### Note:

(14) Così, ancora, R. Scognamiglio, *op. ult. cit.*, 109. Nel senso dell'ammissibilità del concorso, in dottrina, v. A. Di Majo, voce *Responsabilità contrattuale*, in *Dig. Disc. priv., Sez. Civ.*, XVII, Torino, 2002, 53; R. Sacco, *Concorso delle azioni contrattuali ed extracontrattuali*, in *Risarcimento del danno contrattuale ed extracontrattuale*, a cura di G. Visintini, Milano, 1999, 155; G. Ponzanelli, *Il concorso di responsabilità: le esperienze italiana e francese a confronto*, cit., 36.

(15) In giurisprudenza, cfr. Cass., 8 maggio 2008, n. 11410, in *Mass. Giur. It.*, 2008, la quale afferma che «in materia di compravendita, in caso di inadempimento del venditore, oltre alla responsabilità contrattuale da inadempimento o da inesatto adempimento, è configurabile anche la responsabilità extracontrattuale del venditore stesso, qualora il pregiudizio arrecato al compratore abbia leso interessi di quest'ultimo che, essendo sorti al di fuori del contratto, hanno la consistenza di diritti assoluti»; nello stesso senso, Cass., 20 aprile 2005, n. 8981, in *Giust. civ.*, 2006, I, 617; Trib. Milano, 26 gennaio 1995, in *Danno e resp.*, 1996, 612 ss., e in questa *Rivista*, 1996, 66, con nota di Plessi; Cass.,

5 ottobre 1994, 8090, in *Danno e resp.*, 1996, 614; Cass., 23 giugno 1994, n. 6064, in *Foro it.*, 1995, I, 201 ss., e in *Giur. it.*, 1995, I, 412 ss. Tale ricostruzione - ed in particolare il riferimento alla categoria dei diritti assoluti - appare ormai superata, già dalla nota pronuncia a Sezioni Unite della S.C. n. 174 del 1971 (c.d. caso Meroni), che ha ritenuto ammissibile, nel nostro ordinamento, la lesione extracontrattuale del credito, scolorendo la differenza tra diritti relativi e diritti assoluti, perlomeno al fine di decidere dell'applicabilità dell'uno o dell'altro regime di responsabilità (sul punto cfr. Salvi, *La responsabilità civile*, Milano, 2005, 13).

(16) Da ultima, v. Trib. Roma, 8 aprile 2011, in *www.leggi.dltaliaprofessionale.it*, per cui «In tema di danni da circolazione subiti da trasporto a titolo oneroso o gratuito, in favore del danneggiato va riconosciuta, in concorso con l'azione per la responsabilità contrattuale, quella per la responsabilità extracontrattuale, configurando il fatto dannoso, al contempo, inadempimento delle obbligazioni inerenti al contratto di trasporto e violazione del *neminem laedere*. Il venir meno di una di tali azioni non pregiudica, pertanto, minimamente l'esperibilità dell'altra. In particolare, in carico al vettore il legislatore ha configurato, all'art. 1681 c.c., una responsabilità presunta a carattere semiogettivo, la quale opera, però solo quando sia provato dal danneggiato il nesso causale tra il sinistro occorso e l'attività del vettore. Dal canto suo, invece, il vettore si libera dalla responsabilità solo fornendo la prova che il danno non è stato causato da fatto a lui imputabile, bensì dal fatto del terzo o dello stesso danneggiato»; nello stesso senso, Cass., 21 gennaio 2005, n. 1312; Cass., 18 marzo 2003, n. 3980, in *Gius.*, 2003, 14, 1623; già in precedenza, cfr. Cass., 20 aprile 1989, n. 1855, in *Foro it. Mass.*, 336; Cass., 9 gennaio 1979, n. 119, in *Arch. Civ.*, 1979, 330; Cass., 3 ottobre 1996, n. 8656; con riguardo alla ammissibilità del concorso di responsabilità nel trasporto di cose, v. Cass., Sez. III, 16 aprile 2003, n. 6099, in *Dir. Trasporti*, 2004, 994; App. Ancona, 29 marzo 2005, *ivi*, 2006, 3, 1012; contra, App. Genova, 22 gennaio 1992, in *Dir. Maritt.*, 1993, 93. Con riguardo alla particolare ipotesi del trasporto marittimo, Cass. 19 gennaio 1996, n. 418, *ivi*, 1998, 80, con nota di Dagnino, ha riconosciuto il concorso della responsabilità contrattuale ed extracontrattuale nei confronti del destinatario della merce trasportata, rispettivamente, del vettore e del custode, al quale il primo aveva consegnato la merce che poi era stata smarrita. R. Simona, *op. cit.*, 612, ha osservato, sul punto, che tale principio «sfonda una porta sostanzialmente aperta, poiché alle stesse conclusioni si sarebbe potuti pervenire facendo leva sull'art. 1228 c.c., ossia sulla responsabilità per fatto degli ausiliari, di cui il debitore si avvalga per l'adempimento dell'obbligazione. Ciò posto, il riconoscimento nei termini descritti del concorso della responsabilità contrattuale (del vettore) e di quella aquiliana (del depositario) porta in esponente il rischio, neanche troppo lontano, del definitivo superamento di quella autolimitazione pretoria da sempre osservata in *subiecta materia*, sì da ricondurre al piano extracontrattuale anche la definizione di quegli interessi specificatamente regolamentati a livello pattizio».

(17) Così, Cass., 28 luglio 1986, n. 4833, in *Mass. Giur. It.*, 1986; Cass., 13 marzo 1980, n. 1696, *ivi*, 1980, 3, 1460, la quale, peraltro, con riguardo alla particolare ipotesi della vendita a catena, ha ritenuto che «l'acquirente finale non è legittimato ad agire in garanzia per i vizi della cosa venduta direttamente nei confronti del primo alienante il quale, tuttavia, può essere tenuto al risarcimento dei danni a titolo extracontrattuale qualora o ne sia stata fatta esplicita domanda o questa possa ritenersi implicitamente contenuta nella domanda dedotta in giudizio».

(18) Cfr. Cass., 13 dicembre 1988, n. 6774, in *Giust. civ.*, 1989, I, 896, ove si legge: «La presunzione di responsabilità del proprietario di un edificio o di altra costruzione per i danni cagionati dalla loro rovina, prevista dall'art. 2053 c.c., trova applicazione anche se danneggiato sia il conduttore dell'immobile (che nella specie aveva riportato gravi lesioni personali a seguito della caduta della porta basculante dell'autorimessa detenuta in locazione) (segue)



Si è ritenuto il concorso di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale anche in capo all'albergatore in relazione ai danni occorsi al cliente in villeggiatura durante l'utilizzo di strutture sportive presenti all'interno dell'albergo a causa di difetto di manutenzione delle medesime. Quanto alla responsabilità contrattuale «non può, invero, negarsi la sussistenza, in ipotesi siffatte, di un contratto di albergo, ovvero di un negozio atipico o misto al quale si ritengono applicabili le norme relative alla locazione ed all'appalto, nel cui contesto costituisce preciso obbligo dell'albergatore consegnare la cosa in buono stato di manutenzione e mantenerla in modo da servire all'uso convenuto»; allo stesso tempo, la responsabilità extracontrattuale discende dal «difetto di custodia e manutenzione della struttura sportiva causa del danno ex art. 2051 c.c., la quale, fondandosi sulla relazione diretta tra la cosa e l'evento dannoso, nonché sulla esistenza di un effettivo potere fisico del soggetto sulla cosa, sorge per effetto della violazione dell'obbligo di vigilare e di mantenere sotto controllo la cosa medesima, in modo da impedire il verificarsi di qualsiasi pregiudizio per i terzi» (19).

Un altro campo di indagine particolarmente interessante è quello delle prestazioni mediche rese dalle strutture sanitarie. La giurisprudenza, ormai da tempo, affianca alla responsabilità contrattuale dell'ente ospedaliero quella extracontrattuale del sanitario (20).

A ben vedere, però, la fattispecie in esame, analizzata dalla duplice prospettiva del medico e dell'ente ospedaliero, esula dall'oggetto della presente indagine, posto che all'unicità del fatto, lesivo di un diritto nascente da contratto e di un diritto assoluto, corrispondono due soggetti su cui si appunta la responsabilità.

Ciò non toglie che nei confronti, sia dell'ospedale che del medico, possa parlarsi di responsabilità solidale ai sensi dell'art. 2055 c.c., in relazione ad un unico evento dannoso per il quale entrambi sono chiamati a rispondere, pur in base a titoli diversi (21).

Di vero e proprio concorso deve invece parlarsi quando il paziente agisca nei confronti, del medico ovvero dell'ente ospedaliero, sia sulla base del titolo contrattuale che ai sensi dell'art. 2043 c.c.

L'ammissibilità di un'azione del genere nei confronti del medico passa necessariamente, ed in via preliminare, per il superamento della ricostruzione della responsabilità del professionista in termini di responsabilità aquiliana.

Ed in tal senso è ormai consolidato l'orientamento che, sulla scia della più recente elaborazione dottrinale, afferma che, pur in assenza di un contratto che

preceda l'evento dannoso, possa configurarsi una responsabilità contrattuale in capo al danneggiante

## Note:

(continua nota 18)

ne), ma in questa ipotesi la prova liberatoria - a carico del proprietario - che la rovina non è dovuta a difetto di manutenzione o vizio di costruzione, può riguardare l'inosservanza degli specifici obblighi incombenti al conduttore in virtù del rapporto di locazione come comportamento idoneo ad eliminare o limitare la responsabilità del proprietario-locatore stesso», ed ha quindi concluso che «Il proprietario è responsabile della rovina del proprio edificio anche nel caso in cui il danneggiato sia il conduttore dell'immobile».

(19) Così, Trib. Roma, 1° luglio 2011, in [www.leggidItalia.professionale.it](http://www.leggidItalia.professionale.it)

(20) Cass., 13 marzo 1998, n. 2750, in *Giur. It.*, 1999, 2279: «La responsabilità degli enti pubblici gestori di ospedali, per i danni subiti dai pazienti in conseguenza di interventi medici, è - nella giurisprudenza della Corte (Cass., 1 marzo 1988 n. 2144; Cass., 22 novembre 1993, n. 11503), come dalla dottrina - considerata di natura contrattuale (sebbene sia contestato, in dottrina, che tale responsabilità sia da valutare alla stregua di quella del professionista intellettuale - in tal senso la sentenza 1 marzo 1988 n. 2144 - e si osservi che, costituendo quello di ricovero ospedaliero un contratto atipico, e non un contratto di prestazione d'opera intellettuale, si deve far ricorso alle regole generali in materia di inadempimento delle obbligazioni nascenti da contratto). La responsabilità dei medici, mediante l'opera dei quali l'ospedale rende al paziente il servizio richiestogli, in considerazione dell'assenza di un rapporto tra medico e paziente, è da considerare una responsabilità extracontrattuale»; nello stesso senso, Cass., 22 novembre 1993, n. 11503, in *Foro it.*, 1994, I, 2479, La quale con riferimento ai danni subiti dal neonato a causa dell'errato trattamento praticato all'atto di nascita, ha osservato che «Col ricovero della gestante l'ente ospedaliero si obbliga non soltanto a prestare alla stessa le cure e le attività necessarie al fine di consentirle il parto, ma altresì ad effettuare, con la dovuta diligenza e prudenza, tutte quelle altre prestazioni necessarie al feto (ed al neonato), sì da garantirne la nascita, evitandogli - nei limiti consentiti dalla scienza (da valutarsi sotto il profilo della perizia) - qualsiasi possibile danno. La controparte del contratto rimane sempre la partorientente, o, comunque, colui che lo abbia stipulato, ma il terzo, alla cui tutela tende quell'obbligazione accessoria, non è più il nascituro, bensì il nato, anche se le prestazioni debbono essere assolte, in parte, anteriormente alla nascita. È quindi il soggetto che, con la nascita, acquista la capacità giuridica, che può agire per far valere la responsabilità contrattuale per l'inadempimento delle obbligazioni accessorie cui il contraente sia tenuto in forza del contratto stipulato col genitore o con terzi, a garanzia e protezione di uno suo specifico interesse, anche se le prestazioni debbono essere assolte, in parte, anteriormente alla sua nascita».

(21) Osserva Cass., 9 novembre 2006, n. 23918, in *Danno e resp.*, 2007, 337: «Quando un medesimo danno è provocato da più soggetti, per inadempimenti di contratti diversi, intercorsi rispettivamente tra ciascuno di essi e il danneggiato, tali soggetti debbono essere considerati corresponsabili in solido, non tanto sulla base dell'estensione alla responsabilità contrattuale della norma dell'art. 2055 cod. civ., dettata per la responsabilità extracontrattuale, quanto perché, sia in tema di responsabilità contrattuale che di responsabilità extracontrattuale, se un unico evento dannoso è imputabile a più persone, al fine di ritenere la responsabilità di tutte nell'obbligo risarcitorio, è sufficiente, in base ai principi che regolano il nesso di causalità ed il concorso di più cause efficienti nella produzione dell'evento (dei quali, del resto, l'art. 2055 costituisce un'esplicitazione), che le azioni od omissioni di ciascuno abbiano concorso in modo efficiente a produrlo».

quando tra le parti vi sia una pregressa relazione in grado di creare un forte affidamento, fonte di un obbligo di proteggere l'altra parte dal verificarsi di un evento dannoso (22).

Ipotesi paradigmatica di responsabilità da contatto sociale è proprio quella del rapporto medico-paziente, come rilevato dalla più recente giurisprudenza, che ha ormai accolto l'idea che «l'obbligazione del medico dipendente del servizio sanitario per responsabilità professionale nei confronti del paziente, ancorché non fondata su contratto, ma sul "contatto sociale" connotato dall'affidamento che il malato pone nella professionalità dell'esercente una professione protetta, ha natura contrattuale. Tale natura viene individuata non con riferimento alla fonte dell'obbligazione, ma al contenuto del rapporto» (23).

Su queste premesse, la giurisprudenza è incline ad ammettere un concorso di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale in capo al medico ovvero alla struttura sanitaria (24).

Campo di emersione privilegiato del concorso tra le due forme di responsabilità è, infine, senz'altro, quello dei danni occorsi all'integrità fisica e alla personalità morale dei prestatori di lavoro, fattispecie in cui rientra il caso deciso con la sentenza in commento.

La giurisprudenza prevalente - nel solco della quale si pone anche la pronuncia in esame - ammette che alla responsabilità contrattuale del datore di lavoro per violazione dell'obbligo di tutelare l'integrità fisica e la personalità morale del dipendente, posto in capo al datore dall'art. 2087 c.c., si affianchi una responsabilità extracontrattuale per i medesimi fatti materiali e ciò perché la lesione che ne discende costituisce, al contempo, violazione dell'art. 2087 c.c. e violazione del dovere generico del *neminem laedere* (25).

Deve peraltro segnalarsi - ma sul punto torneremo

### Note:

(22) Cfr. C. Castronovo, *La nuova responsabilità civile*, cit., 574 ss.

(23) Cfr. Cass., 22 gennaio 1999, n. 589, in *Corr. Giur.*, 1999, 4, 441, con nota di Di Majo e in *Danno e Resp.*, 1999, 3, 294 nota di Carbone; nello stesso senso, Cass., 1 dicembre 2009, n. 25277, in *Danno e Resp.*, 2010, 11, 1061 nota di Gianti; Cass., 9 febbraio 2010, n. 2847, in *www.leggiditaliaprofessionale.it*; con particolare riguardo all'inadempimento all'obbligo del medico di acquisire il consenso informato, si è affermato che il medico «è tenuto in materia di chirurgia estetica, oltre a costituire inadempimento contrattuale, rileva nel contempo come violazione del diritto alla salute, determinando un concorso di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale» (così, Cass., 6 ottobre 1997, n. 9705, in *Giust. civ.*, 1998, I, 424 e in *Giur. It.*, 1998, 1816, con nota di Pizzetti).

(24) Così, Cass., 10 maggio 2000, n. 5945, in *Dir. e giust.*, 2000, 19, ove si legge che, «per quanto l'obbligazione del medico, dipendente del servizio sanitario nazionale o di altro Ente pubblico,

per responsabilità professionale nei confronti del paziente abbia contenuto contrattuale e che per tale responsabilità i regimi della ripartizione dell'onere della prova, del grado della colpa e della prescrizione siano quelli tipici delle obbligazioni da contratto d'opera professionale intellettuale» dovendosi concludere che «accanto a detta responsabilità a contenuto contrattuale, sorga anche una responsabilità extracontrattuale, ogni qual volta venga lesa una posizione giuridicamente tutelata a norma dell'art. 2043 c.c. Stante detto concorso di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale, il soggetto danneggiato potrà proporre cumulativamente le due azioni (ovviamente ciò non potrà dar luogo a duplicazione di risarcimento) ovvero una sola di esse»; con riferimento alla responsabilità dell'ente, v. Cass., 26 gennaio 2010, n. 1524.

(25) V., di recente, T.A.R. Veneto Venezia, 10 ottobre 2011, n. 1517, in *www.leggiditaliaprofessionale.it*, per cui «Nel sistema della tutela risarcitoria di diritto civile, il nesso causale del danno con l'attività svolta dal lavoratore consente di ipotizzare, per un fatto che violi contemporaneamente sia diritti che spettano alla persona in base al precetto generale del *neminem laedere*, sia diritti che scaturiscono dal vincolo giuridico contrattuale, il concorso dell'azione extracontrattuale di responsabilità ex art. 2043 c.c., (spettante alla cognizione del giudice ordinario nel caso di infortunio occorso a pubblico dipendente), e di quella contrattuale basata sulla violazione degli obblighi di sicurezza posti a carico del datore di lavoro, anche pubblico, dall'art. 2087 c.c.»; nello stesso senso, T.A.R. Campania Napoli, 14 febbraio 2011, n. 921, *ibidem*; già in precedenza, Cass., 5 ottobre 1994, n. 8090, in *Danno e Resp.*, 1996, 5, 614, con nota di Simone; Cass. 14 maggio 1987 n. 4441, in *Giust. Civ.*, 1987, I, 1628; Cass. 22 settembre 1981 n. 5171, in *Foro It.*, 1982, I; Cass., 8 aprile 1995, n. 4078, in *Notiz. Giur. Lav.*, 1995, 885, la quale «pur riconoscendo che nella specie l'azione di responsabilità extracontrattuale si era prescritta (né sul punto vi è censura alcuna) e che la responsabilità in discussione era solo quella di natura contrattuale per violazione dell'art. 2087 c.c., ha compiuto poi una commistione fra le due azioni, riconoscendo ai superstiti di G.A. (che già dall'INAIL aveva ottenuto la relativa rendita) i danni non patrimoniali subiti da essi per la morte del congiunto; danni quest'ultimi che erano stati travolti dalla prescrizione»; Cass., 26 ottobre 1995, n. 11120, in *Mass. Giur. It.*, 1995; Cass., 17 luglio 1995, n. 7768, in *Resp. civ. e prev.*, 1996, 329, con nota di Angiello e in *Giur. It.*, 1996, I, 1, 1110, con nota di Iafisco; Cass., 20 giugno 2001, n. 8381, in *Orient. Giur. Lav.*, 2001, I, 744; Cass., 29 marzo 2006, n. 7229, in *Mass. giur. it.*, 2006; Cass., 10 maggio 1997, n. 4097, *ivi*, 1997, che nell'ipotesi, analoga a quella decisa dalla sentenza in esame, in cui si faccia valere la responsabilità risarcitoria del Ministero di grazia e giustizia per un infortunio subito da un detenuto in occasione di un'attività lavorativa svolta per l'amministrazione penitenziaria, ha affermato «il concorso dell'azione extracontrattuale di responsabilità ex art. 2043 cod. civ. e di quella contrattuale basata sulla violazione degli obblighi di sicurezza posti a carico del datore di lavoro dall'art. 2087 cod. civ., il requisito soggettivo della colpa o del dolo rappresenta in entrambi i casi un elemento costitutivo della fattispecie di illecito, dovendo comunque escludersi la configurabilità di una responsabilità risarcitoria in base ad un criterio puramente oggettivo per l'evento collegato al rischio dell'attività svolta nell'interesse del datore di lavoro». In termini particolarmente chiari, di recente, Cass., 24 febbraio 2006, n. 4184, *ibidem*, ove si legge: «sul datore di lavoro gravano sia il generale obbligo di "neminem laedere" espresso dall'art. 2043 cod. civ. (la cui violazione è fonte di responsabilità extracontrattuale), sia il più specifico obbligo di protezione dell'integrità psico-fisica del lavoratore sancito dall'art. 2087 cod. civ. ad integrazione "ex lege" delle obbligazioni nascenti dal contratto di lavoro (la cui violazione determina l'insorgenza di una responsabilità contrattuale). Conseguentemente, il danno biologico - inteso come danno all'integrità psico-fisica della persona in sé considerata, a prescindere da ogni possibile rilevanza o conseguenza patrimoniale della lesione - può in astratto conseguire sia all'una che all'altra responsabilità».

più diffusamente in seguito - come non siano mancate in dottrina voci discordanti che, facendo leva sulla costruzione di “doveri di protezione” nell’esecuzione del contratto di lavoro, ritengono assorbita la responsabilità del datore nella responsabilità contrattuale, della quale «si può parlare solo quando la lesione di interessi del creditore (ma anche del debitore, per la reciprocità che caratterizza gli obblighi di correttezza, secondo l’art. 1175 c.c.) altri da quello alla prestazione non possa essere pensata al di fuori del rapporto obbligatorio» (26).

Dato conto, seppur in maniera sommaria, delle varie tesi che si contendono il campo e dell’evoluzione giurisprudenziale in materia di concorso di responsabilità, non può mancarsi di segnalare come tutt’ora dibattuta sia la questione relativa alla natura, per così dire processuale, del concorso di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale. La soluzione al problema, peraltro non è priva di rilevanti conseguenze pratiche, posto che, ove si accolga la tesi del c.d. concorso di azioni - imperniata sulla diversità del *petitum* e della *causa petendi* - la scelta dell’azione da proporre è riservata all’attore, con conseguente impossibilità di mutamento della domanda in appello e facoltà, una volta proposta una delle due azioni, di agire in separato giudizio per ottenere i benefici connessi all’altra, fermo restando il limite del giudicato (27). Ove invece si configuri la fattispecie in esame in termini di concorso di norme, l’azione rimane unica - coincidendo, oltre ai soggetti, il *petitum* (il risarcimento del danno) e la *causa petendi* (la lesione del bene giuridico protetto) - e nulla vieterebbe di invocare in un successivo grado di giudizio una norma sulla responsabilità contrattuale, anche quando in primo grado si sia agito facendo valere la responsabilità extracontrattuale (28).

In questo secondo senso si è pronunciata la sentenza in esame nel rigettare la censura mossa da parte ricorrente alla sentenza di secondo grado per aver accolto la domanda di risarcimento per responsabilità extracontrattuale, in realtà mai formulata dagli attori. La ragione assorbente del rigetto di tale motivo è infatti da rinvenire, a giudizio del Supremo Collegio, nel potere-dovere del giudice di «qualificare giuridicamente l’azione e di attribuire al rapporto dedotto in giudizio un nomen juris eventualmente diverso da quello indicato dalle parti, purché non sostituisca la domanda proposta con una diversa, modificandone i fatti costitutivi o fondandosi su una realtà fattuale non dedotta e allegata in giudizio tra le parti».

Se dal punto di vista strettamente dogmatico la soluzione accolta dal Supremo Collegio può sembrare una forzatura - venendo comunque in rilievo due distinti titoli di responsabilità - allo stesso tempo ap-

pare funzionale a dare al problema della natura dell’azione, una soluzione, che scevra da eccessivi formalismi, consenta al Giudice di garantire una tutela piena al danneggiato in tutti quei casi in cui dalla prospettazione dei fatti emerga una concomitanza tra le due forme di responsabilità.

## La *ratio* del concorso e l’attuale ammissibilità all’interno del nostro ordinamento

All’esito di questa breve, e senz’altro incompleta rassegna, e dei rilievi svolti, sembra doversi propendere, in linea di principio, per la soluzione, accolta anche dalla sentenza in commento, che ammette il concorso di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale.

Tuttavia, al fine di meglio comprendere la portata, anche pratica, della regola è necessario indagarne la *ratio*, che legittima appunto il ricorso al concorso di responsabilità. Tale *ratio* sarebbe da rinvenire, secondo l’opinione ormai consolidata in dottrina e giurisprudenza, in un’esigenza di «pura equità e di contingente empiricità» (29), connessa alla volontà di apprestare la tutela più compiuta al soggetto danneggiato, garantendogli il pieno risarcimento del danno subito, che potrebbe invece essergli precluso dal diniego dei benefici propri di una delle due azioni (30).

### Note:

(26) Cfr. C. Castronovo, *La nuova responsabilità civile*, cit., 568.

(27) Si sono è espressa in tal senso, Cass., 11 maggio 2007, n. 10830, in *Mass. Giur. It.*, 2007, ove si legge che: «se la parte che agisce in via risarcitoria deduce a sostegno della propria domanda fatti che possono indifferentemente comportare responsabilità contrattuale ed extracontrattuale, il suo esclusivo riferimento alle norme sulla responsabilità extracontrattuale non impedisce al giudice di qualificare diversamente la domanda a condizione che i fatti coincidano con quelli dedotti dalla parte e non vengano in rilievo elementi di differenziazione della disciplina delle due forme di responsabilità sui quali non si sia formato il contraddittorio». Già prima, v. Cass., 3 dicembre 1991, n. 12921, in *Mass. Giur. It.*, 1991.

(28) Così, R. Scognamiglio, *op. ult. cit.*, 111; per una disamina generale, v. D.M. Frenda, *Il problema del “concorso” di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale tra dottrina e giurisprudenza*, in *Obbl. e contr.*, 2010, 3, 207.

(29) In questi termini, U. Breccia, *Le obbligazioni*, Milano, 1991, 672.

(30) Così, D.M. Frenda, *Il problema del “concorso” di responsabilità*, cit., 207, per cui «la *ratio* del “concorso” è da rinvenirsi nella volontà di apprestare la più ampia tutela per il danneggiato-creditore, quale che sia il fatto generatore della responsabilità: grazie alla regola del concorso, infatti, egli ha la maggior garanzia di protezione, data dalla possibilità di avvalersi dell’azione che, in base alle circostanze, si dimostri, in concreto, più favorevole, o che residui dopo la perdita dell’altra (ad es., perché prescritta). Il concorso di responsabilità appare, dunque, come “concessione” giurisprudenziale, tendente sempre ad un “miglioramento” della posizione del danneggiato a fronte del “peggioramento” della posizione del danneggiante».



Così, proprio con riguardo agli infortuni sul lavoro - in fattispecie sovrapponibili a quella decisa dalla sentenza in commento - si è manifestata con particolare vigore l'esigenza di assommare in capo al lavoratore i vantaggi dell'azione *ex delicto* a quelli dell'azione *ex contractu*, indebolita dalle prestazioni mutualistiche ed assicurative. In particolare il problema si è posto per gli infortuni del dipendente pubblico, con riguardo ai quali l'art. 10 d.P.R. 30 giugno 1965, n. 1124, nell'imporre l'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni e le malattie professionali dei lavoratori, esonera il datore di lavoro dalla responsabilità civile per gli infortuni (31). In tali ipotesi, i Giudici hanno ritenuto di poter attribuire al lavoratore il diritto al risarcimento del c.d. danno differenziale attraverso il meccanismo del concorso della responsabilità extracontrattuale con quella contrattuale (32).

Così ragionando, si potrebbe essere indotti a ritenere ormai superata l'esigenza pratica del cumulo di responsabilità, alla luce della crescente "contrattualizzazione", attraverso l'elaborazione dei c.d. "obblighi di protezione" (33), degli interessi della persona del creditore, con riguardo ai quali, soprattutto, si è posto il problema del concorso di responsabilità (34). Attraverso gli obblighi di protezione, infatti, tali interessi entrano a far parte del contratto e spiegano la propria efficacia anche verso soggetti terzi al contratto (35). Il passaggio successivo di questo ragionamento ha poi condotto a concepire tali obblighi anche a prescindere dall'esistenza di un obbligo principale di prestazione; obblighi che, quindi, costituiscono «un rapporto, di contenuto ridotto rispetto a quello dell'obbligazione ordinaria, a metà strada tra l'assenza di rapporto previo che caratterizza la responsabilità extracontrattuale e il rapporto

### Note:

(31) cfr. Cass., Sez. Un., 25 maggio 1995, n. 291, per cui «l'opzione per la responsabilità contrattuale deve essere esclusa nel caso in cui, a seguito di infortunio sul lavoro o malattia professionale rientranti nell'ambito della tutela previdenziale di cui al d.P.R. n. 1124 del 1965, il lavoratore agisca per il conseguimento da parte del datore di lavoro del danno ulteriore (o differenziale), poiché, ove operi tale assicurazione obbligatoria, permane la responsabilità del datore di lavoro solo se l'infortunio sia da ascrivere a un fatto reato del datore di lavoro (ovvero di un preposto o di un altro dipendente), cioè a un fatto comportante la sua responsabilità extracontrattuale ex art. 2043 c.c. e art. 185 comma 2 c.p. (Fattispecie antecedente alla privatizzazione del pubblico impiego)».

(32) Sul punto v. V. Carbone, *Responsabilità aquiliana della p.a.*, cit., 24 ss. Sul punto di recente si è pronunciata Cass., 23 settembre 2010, n. 20142, in *C.E.D. Cass.*, 2010, per cui «L'esonero del datore di lavoro dalla responsabilità civile per infortunio sul lavoro o malattia professionale opera esclusivamente nei limiti posti dall'art. 10 del d.P.R. n. 1124 del 1965 e per i soli eventi coperti dall'assicurazione obbligatoria, mentre qualora eventi lesivi eccedenti tale copertura abbiano comunque a verificarsi in pregiudizio del lavoratore e siano casualmente ricollegabili alla noci-

ività dell'ambiente di lavoro, viene in rilievo l'art. 2087 c.c., che come norma di chiusura del sistema antinfortunistico, impone al datore di lavoro, anche dove faccia difetto una specifica misura preventiva, di adottare comunque le misure generiche di prudenza e diligenza, nonché tutte le cautele necessarie, secondo le norme tecniche e di esperienza, a tutelare l'integrità fisica del lavoratore assicurato».

(33) L'elaborazione più completa in materia si deve a C. Castronovo, voce *Obblighi di protezione*, in *Enc. Giur.*, XXI, Roma, 1990, 3, che distingue gli «obblighi di protezione» in senso stretto dagli «obblighi secondari di omissione», che sono il rovescio dell'obbligo positivo di prestazione e dagli «obblighi integrativi strumentali», volti all'approntamento di quanto necessario per l'esatto adempimento. La lesione degli obblighi di protezione è «violazione dell'*alterum non laedere*, di per sé atta a fondare una responsabilità extracontrattuale e invece ascritta all'area contrattuale». L'a. mette sullo stesso piano formale la violazione di tali obblighi e la culpa in contraendo, diversificandole per il solo piano di incidenza temporale. Si tratta di obblighi che trovano il loro fondamento nel principio di correttezza ex art. 1175 c.c. Tale fondamento è riconosciuto da C. Castronovo, *op. ult. cit.*, 4, per il quale gli obblighi di protezione sono il frutto di «un'integrazione del rapporto obbligatorio generata dalla correttezza in ossequio al principio di solidarietà costituzionale». Il BGB al § 241, comma secondo, codifica gli obblighi di protezione, stabilendo che il rapporto obbligatorio «obbliga ciascuna delle parti a tener conto dei diritti, interessi legali e degli altri interessi di parte». V. sul punto, S. Patti, *Codice civile tedesco - Bürgerliches Gesetzbuch*, trad. e pres. a cura di S. Patti, Milano 2005.

(34) Cfr. D.M. Frenda, *Il problema del "concorso"*, cit., 209, la quale evidenzia come sia ormai acquisita «l'idea secondo cui il contratto tutela interessi del creditore anche diversi da quello di prestazione, identificati come "di protezione": cioè interessi - ulteriori rispetto a quello della prestazione - di preservare la propria persona e le proprie cose da eventi lesivi; interessi che, salvaguardati in generale dalla disciplina della responsabilità aquiliana, entrano a far parte dell'assetto obbligatorio, dando vita a doveri delle parti una volta posto in essere il contratto»; v. anche F. Benatti, *Osservazioni in tema di "doveri di protezione"*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1960, 1345.

(35) V. sul punto la celebre Cass., 22 novembre 1993, n. 11503, in *Giur. It.*, 1995, I, 1, 318 nota di Pinori, la quale, con riguardo ai danni subiti dal feto, rilevando come «numerosi contratti abbiano ad oggetto una pluralità di prestazioni, in cui, accanto ed oltre il diritto alla prestazione principale, è garantito e rimane esigibile un ulteriore diritto a che non siano arrecati danni a terzi estranei al contratto» - con riguardo ai quali «si parla di "contratti con effetti protettivi a favore dei terzi", nell'ambito dei quali, in caso di inadempimento della prestazione accessoria, può agire non solo la controparte, nella quale permanga un interesse attuale, ma anche e soprattutto il soggetto a protezione del quale è posta quella previsione» - ha concluso che «col ricovero della gestante l'ente ospedaliero si obbliga non soltanto a prestare alla stessa le cure e le attività necessarie al fine di consentirle il parto, ma altresì ad effettuare, con la dovuta diligenza e prudenza, tutte quelle altre prestazioni necessarie al feto (ed al neonato), sì da garantirne la nascita, evitandogli - nei limiti consentiti dalla scienza (da valutarsi sotto il profilo della perizia) - qualsiasi possibile danno». Il Supremo Collegio ha quindi continuato osservando che «la controparte del contratto rimane sempre la partorientente, o, comunque, colui che lo abbia stipulato, ma il terzo, alla cui tutela tende quell'obbligazione accessoria, non è più il nascituro, bensì il nato, anche se le prestazioni debbono essere assolte, in parte, anteriormente alla nascita. È quindi il soggetto che, con la nascita, acquista la capacità giuridica, che può agire per far valere la responsabilità contrattuale per l'inadempimento delle obbligazioni accessorie cui il contraente sia tenuto in forza del contratto stipulato col genitore o con terzi, a garanzia e protezione di uno suo specifico interesse, anche se le prestazioni debbano essere assolte, in parte, anteriormente alla sua nascita».



obbligatorio pieno che in genere precede la responsabilità contrattuale» (36).

Tali considerazioni - e la riproposizione della tesi della specialità della responsabilità contrattuale rispetto a quella aquiliana - hanno indotto autorevole dottrina a ritenere che quando un pregiudizio si verifichi nell'ambito del rapporto obbligatorio la responsabilità contrattuale costituisce la forma di tutela esclusiva, dovendosi dunque escludere il cumulo (37).

Se gli interessi, che in via primaria troverebbero la propria tutela in sede aquiliana, vengono infatti ricondotti nell'alveo del rapporto obbligatorio, l'esigenza di salvaguardia del creditore-danneggiato attraverso il cumulo di responsabilità perde allora gran parte del suo peso (38).

In questa prospettiva, il colpo di grazia alla tesi del concorso di responsabilità, sembrerebbe venire dalla ammissibilità - da ultimo affermata dalle Sezioni Unite, con le sentenze nn. 26972, 26973, 26974, 26975 dell'11 novembre 2008 (39) - della risarcibilità del danno non patrimoniale da inadempimento, nelle ipotesi in cui la mancata o inesatta prestazione abbia leso un diritto inviolabile della persona (40). Il Supremo Collegio estende dunque il paradigma normativo di cui all'art. 2059 c.c., previsto per la responsabilità extracontrattuale, anche all'ambito della responsabilità contrattuale, concludendo, sulla base di questa premessa, che l'art. 1218 c.c. «non può quindi essere riferito al solo danno patrimoniale, ma deve ritenersi comprensivo del danno non patrimoniale, qualora l'inadempimento abbia determinato lesione di diritti inviolabili della persona» (41).

Vengono quindi meno le esigenze pratiche che avevano dato ingresso al concorso di responsabilità, po-

ta dagli obblighi di protezione tale tutela all'interno dell'ambito contrattuale, coerentemente la riparazione del danno dovrebbe restare fissata nell'area della responsabilità contrattuale»; nello stesso senso, di recente, D.M. Frenda, *Il problema del "concorso"*, cit., 209.

(38) Cfr. C. Castronovo, *Le due specie della responsabilità civile*, cit., 123; D.M. Frenda, *Il problema del "concorso"*, cit., 207.

(39) Cass., Sez. Un., 11 novembre 2008, n. 26972, in *Resp. civ. prev.*, 2009, 38 ss., con note di P. Monateri, *Il pregiudizio esistenziale come voce di danno non patrimoniale*; E. Navarretta, *Il valore della persona nei diritti inviolabili e la complessità dei danni non patrimoniali*; D. Poletti, *La dualità del sistema risarcitorio e l'unicità della categoria dei danni non patrimoniali*; P. Ziviz, *Il danno non patrimoniale: istruzioni per l'uso*; D. Chindemi, *Una nevicata su un campo di grano*; C. Scognamiglio, *Il sistema del danno non patrimoniale dopo le Sezioni Unite*; G. Citarella, *Danno non patrimoniale e contratto*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, I, 102 ss., con note di E. Bargelli, *Danno non patrimoniale: la messa a punto delle Sezioni Unite*, e di M. Di Marzio, *Danno non patrimoniale: grande è la confusione sotto il cielo, la situazione non è eccellente*; in *Foro it.*, 2009, I, 120 ss., con note di R. Pardolesi-R. Simone, *Danno esistenziale e (sistema fragile): "die hard"*; G. Ponzanelli, *Sezioni Unite: il nuovo statuto del danno non patrimoniale*; E. Navarretta, *Il valore della persona nei diritti inviolabili e la sostanza dei danni non patrimoniali*; in *Corr. giur.*, 2009, 410 ss., con note di A. Di Majo, *Danno esistenziale o di tipo esistenziale: quale l'esito?* e di S. Patti, *Le Sezioni Unite e la parabola del danno esistenziale*; in *Danno e resp.*, 2009, 19 ss., con note di A. Procida Mirabelli Di Lauro, *Il danno non patrimoniale secondo le Sezioni Unite. Un "de profundis" per il danno esistenziale*; di S. Landini, *Danno biologico e danno esistenziale nelle sentenze della Cass. Sez. Un. 26972, 26973, 26974, 26975/2008*; di Sganga, *Le Sezioni Unite e l'art. 2059 c.c.: censure, riordini e innovazioni del dopo principio*; C. Castronovo, *Danno esistenziale: il lungo addio*.

(40) Così si legge in sentenza: «L'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c. consente ora di affermare che anche nella materia della responsabilità contrattuale è dato il risarcimento dei danni non patrimoniali. Dal principio del necessario riconoscimento, per i diritti inviolabili della persona, della minima tutela costituita dal risarcimento, consegue che la lesione dei diritti inviolabili della persona che abbia determinato un danno non patrimoniale comporta l'obbligo di risarcire tale danno, quale che sia la fonte della responsabilità, contrattuale o extracontrattuale. Se l'inadempimento dell'obbligazione determina, oltre alla violazione degli obblighi di rilevanza economica assunti con il contratto, anche la lesione di un diritto inviolabile della persona del creditore, la tutela risarcitoria del danno non patrimoniale potrà essere versata nell'azione di responsabilità contrattuale, senza ricorrere all'espedito del cumulo di azioni».

(41) L'iter argomentativo seguito dalle Sezioni Unite non ha mancato di suscitare le critiche di una parte cospicua della dottrina: v. C. Castronovo, *Danno esistenziale: il lungo addio*, in *Danno e resp.*, 2009, 9, che evidenzia come «il riferimento all'art. 2059 è inconferente al problema del danno non patrimoniale da contratto. Questo non esclude però che ad esso si possa dare risposta positiva, che metta in pari la responsabilità contrattuale con quella extracontrattuale in materia di danno non patrimoniale. Sul punto anche il pur opportuno richiamo formulato in dottrina»; E. Navarretta, *Il danno non patrimoniale contrattuale*, in questa *Rivista*, 2010, 729; per la quale, «Le ragioni di un'affermazione tanto drastica risiedono nella tecnica argomentativa accolta dalla Cassazione che, nel prospettare un'interpretazione adeguatrice alla Costituzione degli artt. 1218 e 1223 c.c., procede a una diretta applicazione dei principi costituzionali. E poiché per invocare i principi, che si ascrivono alla dimensione dell'analogia, si deve configurare una lacuna - sia pure di tipo ideologico o evolutivo - ne discende che il ricorso alla Costituzione presuppone l'assenza nel caso concreto di regole idonee a offrire sufficiente tutela ai diritti inviolabili».

## Note:

(36) Così, C. Castronovo, *L'obbligazione senza prestazione ai confini tra contratto e torto*, in *Scritti in onore di L. Mengoni*, I, Milano, 1995, 151, che, con riguardo alla differenza tra responsabilità da violazione di un obbligo di protezione e responsabilità extracontrattuale, evidenzia che, quest'ultima «è caratterizzata ab origine dall'assenza di doveri di comportamento rivolti a favore di persone determinate: colui che non è vincolato da obblighi è totalmente libero fino a quando non si verifichi la lesione del diritto altrui, salvo che non ricorrano gli estremi di un'azione inibitoria; tale lesione, a prescindere da qualsiasi dovere, in realtà inesistente, genera la responsabilità, la quale per definizione non si situa in esito a un *vinculum iuris*, ma ne rappresenta il sorgere. La responsabilità da violazione di un obbligo di protezione, al contrario, presuppone appunto un obbligo e perciò si configura come infrazione di un rapporto che lega già i soggetti, attivo e passivo della fattispecie di danno».

(37) Cfr. C. Castronovo, *Le due specie della responsabilità civile e il problema del concorso*, in *Eur. e dir. priv.*, 2004, 123, per il quale, poiché «gli obblighi di protezione intendono tutelare quegli interessi circoscritti all'obbligo di prestazione salvaguardati in generale dalla responsabilità extracontrattuale, una volta cattura-

sto che il soggetto danneggiato può trovare ampia tutela nella responsabilità contrattuale, per molti aspetti più favorevole (si pensi alla prescrizione o all'onere probatorio), cui consegue, ormai, anche la risarcibilità (anche) del danno non patrimoniale (42).

Tale ricostruzione, che in effetti sembrerebbe trovare un aggancio nella recente giurisprudenza, relativa agli infortuni sul lavoro (43), così come alla responsabilità del medico (44), prende le mosse dal presupposto non condivisibile, che l'affermazione del concorso di responsabilità risponda esclusivamente ad esigenze di carattere pratico (45).

In realtà, sembra doversi condividere quell'opinione che individua la ragione di fondo dell'ammissibilità di un concorso di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale nella considerazione che «se nella specie ricorrono ad un tempo i presupposti della responsabilità per inadempimento e di quella aquiliana non si comprende perché la vittima non possa scegliere tra la sua pretesa come creditore a realizzare l'interesse dedotto in obbligazione, e l'azione di risarcimento, che, anche a prescindere dal vincolo obbligatorio, la legge gli attribuisce per il danno ingiusto sopportato» (46).

Ed allora deve ritenersi che, quando l'inadempimento sia contemporaneamente qualificabile come danno ingiusto, il soggetto danneggiato potrà scegliere l'azione da esperire ovvero agire sulla base del titolo contrattuale quando la tutela aquiliana sia preclusa dal maturare della prescrizione. E tale conclusione si impone per ragioni di sistema, ma conserva tutt'ora una utilità pratica, nell'ottica della tutela piena del diritto leso, e la conserverà fintanto che la responsabilità contrattuale ed extracontrattuale mantengano le loro differenze (47).

Osserva in questa prospettiva, autorevole dottrina, come solo l'eliminazione delle divergenze connesse alla prescrizione farebbe perdere di rilievo l'idea stessa di concorso di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale (48).

Ed in tal senso sembrerebbero deporre i dati provenienti dai più recenti progetti di codificazione di diritto europeo dei contratti e, da ultimo, dal *Draft Common Frame of Reference*, che all'art. 7:201, Book III, individua il termine generale di prescrizione, in tre anni, sia che si abbia riguardo alla responsabilità contrattuale che extracontrattuale.

Permangono, però, all'interno dell'ordinamento vigente, divergenze tra le due forme di responsabilità, non soltanto con riguardo al termine di prescrizione, ma anche sul piano della ripartizione dell'onere della prova e della risarcibilità dei danni non prevedi-

bili, possibile solo in caso di responsabilità extracontrattuale; differenze che rendono non privo di rilievo pratico, oltre che di interesse dogmatico, il concorso tra responsabilità contrattuale e responsabilità aquiliana.

### Note:

(42) Cass., 3 marzo 2010, n. 5067, in *Resp. civ.*, 2010, 6, 470, ha di recente affermato che «Il principio del necessario riconoscimento, per i diritti inviolabili della persona, della minima tutela costituita dal risarcimento, comporta che la lesione dei diritti inviolabili della persona, che abbia provocato un danno non patrimoniale, determina l'obbligo di risarcire tale danno, quale che sia la fonte della responsabilità, contrattuale od extracontrattuale. Se l'inadempimento dell'obbligazione determina, quindi, oltre alla violazione degli obblighi di rilevanza economica assunti con il contratto, anche la lesione di un diritto inviolabile della persona del creditore, la tutela risarcitoria del danno non patrimoniale potrà essere versata nell'azione di responsabilità contrattuale, senza ricorrere all'espedito del cumulo di azioni. (Tali principi sono stati ribaditi in una ipotesi di responsabilità dell'istituto scolastico per i danni subiti da un allievo durante lo svolgimento della pratica sportiva prevista dal calendario delle lezioni scolastiche, su un campo, esterno all'edificio e non di proprietà della scuola, non munito di tutte le attrezzature idonee ad evitare danni e che, anzi, presentava il fondo sconnesso)».

(43) Con riferimento agli infortuni sul lavoro sempre più sentenze ritengono l'esclusiva responsabilità contrattuale in capo al datore: cfr. Cass., 17 febbraio 2009, n. 3788, in *Mass. Giur. It.*, 2009; Cass., Sez. lav., 23 aprile 2008, n. 10529, in *Danno e Resp.*, 2008, 7, 811; Cass., 15 dicembre 2008, n. 29323 in *Mass. Giur. It.*, 2008; da ultimo, Cass., Sez. lav., 16 febbraio 2012, n. 2251, in *Danno e Resp.*, 2012, 4, 451.

(44) V. su tutte, Cass., 23 settembre 2010, n. 20142, in *Danno e Resp.*, 2008, 7, 788, con nota di Vinciguerra.

(45) C. Castronovo, *Le due specie della responsabilità civile e il problema del concorso*, cit., 123, ritiene superabile il problema del concorso ove si «potesse portare fino in fondo l'idea che l'obbligazione non è soltanto obbligo di prestazione ma include anche interessi di protezione, la cui violazione induce responsabilità contrattuale per la ragione che tra le parti si è già instaurato un rapporto, il quale per coerenza non sopporta di essere regolato alla stregua dell'assenza di rapporto che funge da presupposto alla responsabilità aquiliana».

(46) Così R. Scognamiglio, *op. cit.*, p. 110.

(47) Cfr. C. Castronovo, *Le due specie della responsabilità*, cit. 128, per il quale «una volta che sia chiaro che il far capo alla responsabilità contrattuale non significa obliterare gli interessi in via primaria tutelati in sede aquiliana né consentire la fuga dalla responsabilità mediante l'adozione di clausole di esonero, quel concorso che, preso sul serio dovrebbe significare opzione possibile dell'interprete tra un regime e un altro, si rivela un concorso apparente nel quale l'interprete sta soltanto individuare la disciplina più specifica, e in questi termini esclusiva, da dedicare agli interessi in gioco».

(48) Nel senso di un possibile riavvicinamento delle due forme di responsabilità per il superamento del concorso, v. G. Visintini, *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale (una distinzione in crisi?)*, in *Rass. dir. civ.*, 1983, 121ss.

# 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](http://www.ipsoa.it/contratti)

## APPALTO

### RESPONSABILITÀ PER VIZI DELL'OPERA

Cassazione civile, Sez. III, 20 marzo 2012, n. 4398 - Pres. Segreto - Est. Amatucci - P.m. Patrone (concl. diff.) - R.L. c. L.A. e Condominio

**È responsabile in solido con l'appaltatore per vizi dell'opera il direttore dei lavori che, in violazione degli obblighi di diligenza con riferimento alla sua funzione specifica, ometta i controlli sulle opere commissionate.**

#### La questione

Con due distinti decreti ingiuntivi l'impresa appaltatrice ed il direttore dei lavori chiedono al committente il pagamento di una somma a saldo del corrispettivo dell'appalto di lavori di manutenzione straordinaria dello stabile condominiale. Il Condominio-committente propone opposizione alle ingiunzioni, chiedendo la revoca del decreto e, in via riconvenzionale, la condanna dell'opposta al risarcimento dei danni per vizi dell'opera, chiamando in causa anche il direttore dei lavori, quale responsabile in solido con l'appaltatrice, per aver omesso i dovuti controlli sulle opere non eseguite a regola d'arte e per aver sottoscritto il verbale di esatta esecuzione dei lavori, taluni dei quali non eseguiti.

La questione giuridica affrontata dalla Suprema Corte, nonostante i risvolti processuali e le specifiche problematiche di specie, ha riguardato la responsabilità del direttore dei lavori per conto del committente per vizi dell'opera, sancendone la solidarietà con l'appaltatore. Infatti, i giudici di legittimità affermano che il direttore dei lavori, pur prestando «un'opera professionale in esecuzione di un'obbligazione di mezzi e non di risultati», svolge la propria attività in circostanze che comportano specifiche competenze tecniche e professionali per permettere la realizzazione del risultato che il committente ha richiesto e pertanto il suo operato dovrà essere valutato - a detta dei giudici di legittimità - «non con riferimento al normale concetto di diligenza, ma alla stregua della *"diligentia quam in concreto"*». Si procede, a riguardo, ad un'elencazione esemplificativa delle obbligazioni che gravano in capo a tale soggetto, a partire dall'accertamento della conformità dell'opera al progetto, delle modalità dell'esecuzione della medesima al capitolato e alle regole della tecnica, sino a giungere all'adozione in via generale di tutti quegli accorgimenti tecnici necessari alla realizzazione dell'opera commissionata. Si aggiunge, infine, che non viene meno la responsabilità solidale del direttore dei lavori anche qualora questi svolga attività di *"alta sorveglianza"* che non richieda cioè la presenza continua e costante sul cantiere, ma che comporti comunque una verifica periodica dell'avanzamento dei lavori e del rispetto delle regole dell'arte, nonché l'accertamento dell'utilizzo dei corretti materiali di costruzione.

## I precedenti

Analogamente a quanto disposto dalla Suprema Corte nel caso in esame, la giurisprudenza di legittimità si era già in passato pronunciata chiarendo inoltre che «la responsabilità del professionista consiste anche nel non aver controllato l'ottemperanza da parte dell'appaltatore agli accordi relativi all'impiego di determinati materiali», Cass., 24 aprile 2008, n. 10728, in *Foro it. Rep.*, 2008, voce *Appalto*, n. 55; Cass., 27 febbraio 2006, n. 4366, *ivi*, 2006, voce cit., n. 42; Cass., 20 luglio 2005, n. 15255, *ivi*, 2005, voce cit., n. 36; Cass., 28 novembre 2001, n. 15124, in questa *Rivista*, 2002, 692.

## LOCAZIONE

### IMMOBILE CEDUTO IN LEASING ED EFFETTI DELL'OPPONIBILITÀ DELLA LOCAZIONE ALL'UTILIZZATORE

@ Cassazione civile, Sez. I, 2 aprile 2012, n. 5253 - Pres. Plenteda - Est. Di Virgilio - P.m. Carestia (conf.) - Multicity S.r.l. c. Fallimento Chiaravalle S.r.l.

**La locazione è opponibile non unicamente al terzo acquirente, ma a qualsiasi soggetto a cui l'originario locatore-proprietario abbia trasferito il possesso dell'immobile, in base a titolo valido.**

#### La questione

Il Tribunale respinge l'opposizione allo stato passivo proposta dalla ricorrente nei confronti del Fallimento, al fine di ottenere l'ammissione al passivo di un proprio credito, in relazione ai contratti di locazione nei quali deduceva di essere subentrata quale locatrice, a seguito della stipula di un *leasing* relativo ai medesimi beni immobili locati riguardo ai quali aveva assunto la qualità di utilizzatrice finale. Il giudice di merito sostiene, infatti, che «in caso di cessione in *leasing* di immobile locato non trovano applicazione l'art. 1599 c.c. e ss., ma le regole generali dell'art. 1406 c.c., per cui se il conduttore ceduto non vi consente, l'utilizzatore non subentra nella posizione del locatore, indipendentemente dagli accordi con il concedente, ma può solo, eventualmente, gestire il rapporto in nome e per conto del concedente». Posto che nel caso di specie l'assenso della parte contrattuale ceduta era mancato, il ricorrente, quale utilizzatore del bene, non avrebbe potuto far valere efficacemente i diritti propri del locatore e dunque insinuarsi al passivo.

La Suprema Corte, invece, richiamando la consueta distinzione tra *leasing* traslativo, a cui è applicabile analogicamente la disciplina della vendita con riserva di proprietà (fattispecie che ricorreva nel contenzioso in esame), e *leasing* di godimento (caratterizzate entrambe dalla disponibilità e, quindi, dal godimento del bene), ribalta la questione come impostata dal precedente giudice, facendo riferimento ad un recente

precedente sul punto. Si evidenzia, infatti, come anche in caso di *leasing* traslativo di bene locato sia applicabile la disposizione di cui all'art. 1602 c.c., secondo l'interpretazione estensiva da dare a tale norma, come precisato in massima.

## I precedenti

Sul punto Cass., 25 gennaio 2011, n. 1747, in *Giust. civ.*, 2011, I, 1734 che propende per l'applicabilità dell'art. 1602 c.c. anche in caso di contratto di *leasing* di immobile locato. Di contrario avviso, Trib. Milano, 29 ottobre 1992, in *Foro it.*, 1993, I, 2366 che riconduce la fattispecie in esame a quella di cessione del contratto di locazione. Sulla distinzione tra *leasing* traslativo e di godimento, nonché sulla considerazione che «l'accertamento della volontà delle parti in ordine al tipo di negozio posto in essere e, in particolare, se *leasing* traslativo o di godimento rientra nei compiti del giudice del merito, ed è incensurabile in sede di legittimità, se congruamente motivato», cfr. Cass., 28 agosto 2007, n. 18195, in *Banca, borsa ecc.*, 2009, II, 692; Cass., 14 novembre 2006, n. 24214, in *Obblig. e contr.*, 2007, 415; Cass., 19 luglio 2005, n. 15199, in *Corr. giur.*, 2006, 1114; Cass., 14 aprile 2000, n. 4855, in *Foro it., Rep.*, 2000, voce *Contratto in genere*, n. 320.

## VENDITA ALL'ASTA E DIRITTO DI PRELAZIONE

@ Cassazione civile, Sez. III, 29 marzo 2012, n. 5069 - Pres. Trifone - Est. Amendola - P.m. Sgroi (conf.) - Meucci Parking s.r.l. c. F. M. e E.M. C.

**Il diritto di prelazione del conduttore di immobile destinato a uso diverso da quello abitativo non è escluso dal fatto che il bene locato, appartenente a più persone, venga venduto all'asta nell'ambito di un giudizio di scioglimento della comunione tra i proprietari locatori, non essendo tale diritto escluso dalla previsione contrattuale che inibisca al conduttore lo svolgimento di attività implicantanti contatti diretti con il pubblico degli utenti e dei consumatori, qualora risulti un uso effettivo dell'immobile caratterizzato dai detti contatti, convenuto tra le parti o anche soltanto implicitamente assentito dal locatore.**

## La questione

La società, conduttrice di un immobile venduto all'asta pubblica nell'ambito di un giudizio di scioglimento della comunione tra i proprietari/locatori, conviene in giudizio gli acquirenti dello stesso, chiedendo l'accertamento del proprio diritto di prelazione sull'immobile.

Entrambi i giudici del merito rigettano la domanda proposta dalla società, affermando che il diritto di prelazione, di cui all'art. 38 l. 27 luglio 1978, n. 392, presuppone la volontarietà e l'onerosità dell'alienazione; che la giurisprudenza aveva sempre negato la prelazione in caso di fallimento o di vendita coattiva dell'immobile, a nulla rilevando l'inesistenza di una norma di tenore analogo all'art. 8 comma 2 l. 26 maggio 1965, n. 590, che, la quale in materia di prelazione agraria, espressamente ne esclude l'operatività in caso di prelazione agraria; ed, infine, che gli istituti della prelazione e del riscatto, in quanto limitazioni della facoltà del proprietario, non sono estensibili in via analogica.

Inoltre, dalla documentazione in atti emergeva che le parti avevano esplicitamente convenuto che il conduttore non potesse, a mezzo del bene locato, esercitare attività a diretto contatto con il pubblico, non essendo dunque applicabile

l'istituto dell'avviamento commerciale, «al quale strettamente inerisce quello della prelazione».

La Suprema Corte, invece, accoglie il ricorso proposto dalla società. Nella motivazione i giudici di legittimità rilevano, anzitutto, che l'esclusione del diritto di prelazione nell'ambito delle procedure concorsuali si rinviene nell'esigenza di non intralciare le ragioni del ceto creditorio, evitando che l'esistenza di siffatto diritto possa in qualche modo inibire i potenziali acquirenti. Tale esigenza evidentemente non ricorre con riferimento a ogni vendita che presuppone l'intervento giudiziale. In mancanza di un indice normativo, circa l'applicabilità del suddetto art. 38, si rende dunque necessario un esame caso per caso. Infatti, rifacendosi ad un proprio precedente a Sezioni Unite, la Corte ha rilevato che nulla osta, in linea di principio, a che l'aggiudicazione del bene in asta pubblica venga condizionata al mancato esercizio del diritto di prelazione.

La legge dispone che allorquando si debba ricorrere alla divisione giudiziale di beni immobili in comunione è necessaria la vendita con o senza incanto. Tuttavia, l'applicazione di un istituto processuale mutuato da altro settore dell'ordinamento non autorizza una confusione tra procedure che, malgrado la strumentale omologia esterna, rispondono a istanze di tutela profondamente diverse. Nella vendita all'asta relativa alla divisione di una comunione ricorrono interessi del tutto distinti rispetto alle fattispecie delle procedure concorsuali: non sussistono posizioni creditorie da proteggere. Pertanto, mantiene un ruolo preminente l'interesse del conduttore di acquistare la proprietà delle mura dove svolge la propria attività. Tale interesse ha natura privatistica, ma è di rilievo generale, rientrando certamente nei fini dell'ordinamento quello di proteggere il consolidamento e l'espansione dell'apparato produttivo del Paese. La Suprema Corte precisa, inoltre, che nel caso di asta pubblica, l'esercizio del diritto di prelazione si colloca nella fase in cui il prezzo è divenuto definitivo, all'esito del sub-procedimento di vendita.

Quanto al contatto diretto con il pubblico, che deve contrassegnare l'attività svolta dai conduttori all'interno del locale, ai fini dell'attribuzione del diritto di prelazione, ai sensi del combinato disposto di cui agli artt. 35 e 41 l. 27 luglio 1978, n. 392, la Suprema Corte afferma che, ove una clausola del contratto di locazione escluda lo svolgimento di tale attività, il diritto di prelazione del conduttore non risulta paralizzato se siano trascorsi tre mesi dal momento in cui il locatore ha avuto conoscenza del mutamento dell'attività. Infatti, in base all'art. 80 l. 27 luglio 1978, n. 392 una volta scaduto il predetto termine il locatore decade dalla possibilità di chiedere la risoluzione del contratto per arbitrario mutamento di destinazione dell'immobile. In questo caso, si avrà dunque riguardo alla destinazione effettiva del locale.

## I precedenti

Non constano precedenti in termini.

Ritiene che nella fase di esecuzione del concordato preventivo, con cessione dei beni, può essere fatto valere nei confronti del liquidatore giudiziale il diritto di prelazione per l'acquisto di un bene vantato da un terzo, Cass., Sez. Un., 27 luglio 2004, n. 14083, in *Foro it.*, 2005, I, 136.

Nel senso che il conduttore non può ottenere l'applicazione del regime giuridico corrispondente all'uso effettivo dell'immobile ai fini del diritto di prelazione se non sono decorsi tre mesi da quando il locatore ha avuto conoscenza del mutamento da attività di vendita all'ingrosso in quella a diretto contatto con il pubblico dei consumatori finali del prodotto, v.



Cass., 12 novembre 1996, n. 9881, in *Arch. locaz.*, 1997, 233.

Secondo Cass., 19 maggio 2010, n. 12278, in *Foro it.*, Rep. 2010, voce *Locazione*, n. 240, grava sul conduttore l'onere di fornire, con qualsiasi mezzo, la prova del tipo di attività praticata nel locale, sempre che la frequentazione diretta del pubblico non risulti implicitamente, in virtù di fatti notori.

#### VIOLAZIONE DEL DIRITTO DI PRELAZIONE E DIRITTO DI RISCATTO

Cassazione civile, Sez. III, 26 marzo 2012, n. 4816 - Pres. Spirito - Est. Scarano - P.m. Russo (conf.) - L. M. e G.L.G. s.r.l. c. Immobili s.r.l. e Immobiligest s.r.l.

**Atteso che il diritto di riscatto del conduttore sorge nel momento in cui il proprietario viola il diritto di prelazione, l'inadempimento del conduttore successivo a tale momento, ancorché possa essere causa di risoluzione del contratto, non preclude l'esercizio del diritto di riscatto già sorto.**

#### La questione

I locatori vendono ad un terzo il bene immobile oggetto del contratto di locazione e i conduttori agiscono in giudizio per il riscatto ex art. 39 l. n. 392 del 1978.

Il Tribunale respinge la domanda degli attori e accoglie la domanda di risoluzione del contratto per inadempimento proposta dai locatori convenuti.

La Corte d'appello non accoglie il gravame interposto dai conduttori affermando che, nel momento in cui gli appellanti hanno agito per il riscatto, il contratto era già risolto ed essi non erano più legittimati ad agire, non essendo più conduttori *pleno iure* dell'immobile.

La Suprema Corte accoglie il ricorso presentato dai conduttori, rilevando che, sebbene gli effetti della pronuncia di risoluzione di un contratto ad esecuzione continuata e periodica retroagiscano al momento dell'inadempimento, ove quest'ultimo sia successivo al verificarsi della vendita fatta dal proprietario ad un terzo in violazione del diritto di prelazione, l'intervenuta risoluzione non incide sulla spettanza del diritto di riscatto, sorto in epoca antecedente all'inadempimento. Infatti, il diritto di riscatto del conduttore sorge nel momento in cui il proprietario viola il diritto di prelazione, ed essendo l'inadempimento del conduttore - causa di risoluzione del contratto - successivo a tale momento, l'esercizio del diritto di riscatto non è precluso.

#### I precedenti

Sulla violazione del diritto di prelazione e il conseguente diritto di riscatto del conduttore, cfr. Cass., 19 gennaio 2006, n. 1019, in *Foro it.*, Rep. 2006, voce *Agricoltura*, n. 204; Cass., 11 marzo 1994, n. 2367, in *Giust. civ.*, 1994, I, 1485.

Riguardo il rapporto tra domanda di risoluzione proposta dal locatore e domanda di riscatto proposta dal conduttore, v. Cass., 19 aprile 2011, n. 8972, in *Foro it.*, Rep. 2011, voce *Fallimento*, n. 338; e Cass., 10 marzo 2010, n. 5771, *ivi*, Rep. 2010, voce *Locazione*, n. 217, secondo cui la prima domanda è pregiudiziale alla seconda solo se il grave inadempimento dedotto in giudizio è anteriore all'esercizio del diritto di riscatto, poiché l'accoglimento di essa priva il retraente della qualità soggettiva di conduttore.

#### RISOLUZIONE DEL CONTRATTO

#### CLAUSOLA RISOLUTIVA ESPRESSA, MANIFESTAZIONE DELLA VOLONTÀ DI AVVALERSENE

Cassazione civile, Sez. III, 22 marzo 2012, n. 4540 - Pres. Trifone - Est. Scarano - P.m. Iannelli (diff.) - Hotellerie s.r.l. unipersonale c. Terra caffè s.r.l. e altri

**In assenza di un'espressa previsione contrattuale con la quale si conviene che il termine di pagamento è ritenuto dalle parti essenziale e dunque la sua scadenza è motivo di risoluzione del contratto, ai fini della risoluzione è necessaria la comunicazione del contraente legittimato di volersi avvalere della clausola risolutiva.**

#### La questione

Il conduttore paga il canone con quindici giorni di ritardo e il locatore agisce in giudizio per l'accertamento dell'avvenuta risoluzione di diritto del contratto (senza aver precedentemente comunicato alla controparte di volersi avvalere del diritto di risolvere il contratto ex art. 1456 comma 2 c.c.) e, in subordine, per ottenerne la risoluzione giudiziale.

La clausola compromissoria contenuta nel contratto di locazione è del seguente tenore: «le parti convengono espressamente che il mancato pagamento del canone o dell'acconto per gli oneri accessori entro i termini di legge costituisce motivo di risoluzione del contratto, a norma dell'art. 1456».

La Corte d'appello riforma la sentenza del giudice di primo grado e rigetta la domanda di risoluzione del contratto, definendo la suddetta clausola come "vuota formula di stile" e affermando che essa è "irrilevante nel contesto del regolamento pattizio perché priva di concreto significato". Non viene accolta neppure la domanda di risoluzione giudiziale poiché l'inadempimento non integra i requisiti della non scarsa importanza ai sensi dell'art. 1455 c.c.

In virtù del criterio ermeneutico, di cui all'art. 1366 c.c., che impone di tenere in considerazione il ragionevole affidamento delle parti, la Corte di Cassazione, pur condividendo il dispositivo della sentenza di merito, ne ritiene errata la motivazione, affermando la validità e l'efficacia della clausola risolutiva espressa.

Anzitutto, il Supremo collegio chiarisce che le parti possono convenire che il contratto si risolva senza l'onere della preventiva comunicazione richiesta dall'art. 1456, comma 2 c.c. (c.d. clausola risolutiva automatica), tuttavia, l'esclusione di detto onere deve risultare espressamente dal tenore della clausola.

Nel caso di specie, non ricorre questa ipotesi, sicché la risoluzione del contratto consegue soltanto all'esito dell'assolvimento da parte del creditore dell'onere di comunicazione della volontà di risolvere il contratto (che deve sostanziarsi nella manifestazione della volontà di avvalersi della risoluzione del contratto).

È dunque illogica e contraddittoria la motivazione del giudice di secondo grado che ha qualificato la suddetta clausola compromissoria quale "meramente di stile". Invero, l'ineoperatività della stessa - risultato che la Suprema Corte condivide - non deriva dal modo in cui la clausola è scritta, ma dalla circostanza che il ricorrente non ha provato di aver assolto l'onere di comunicare al debitore inadempiente la dichiarazione ex art. 1456 comma 2 c.c.

Inoltre, il riferimento alla scadenza di un termine non è ritenuto di per sé sufficiente a deporre per la relativa essenzialità

tà e quindi per l'automatica risoluzione del contratto. A tal proposito, non può nemmeno valorizzarsi la previsione negoziale della risoluzione del contratto all'esito dell'inutile decorso del termine.

Pertanto, laddove il carattere di essenzialità del termine non risulti altrimenti (nella specie, la non essenzialità del termine risulta confermata dalla prassi di differire il pagamento anticipato del canone trimestrale alla ricezione della fattura), la risoluzione del contratto consegue soltanto all'esito dell'assolvimento da parte del creditore dell'onere di comunicazione della volontà di risolvere il contratto.

## I precedenti

Non constano precedenti negli esatti termini.

Nel senso che la risoluzione del contratto per il verificarsi del fatto considerato non può essere pronunziata d'ufficio, ma solo se la parte nel cui interesse la clausola risolutiva espressa è stata inserita nel contratto dichiara di volersene avvalere, cfr. Cass., 1° agosto 2007, n. 16993, in *Foro it. Rep.*, 2007, voce *Contratto in genere*, n. 548.

Cfr. Cass., 14 ottobre 2008, n. 2514, *ivi*, 2008, voce *Locazione*, n. 198 secondo cui in presenza di una clausola risolutiva espressa il giudice non è tenuto ad effettuare alcuna indagine sulla gravità dell'inadempimento. In generale, sulla valutazione dell'importanza dell'inadempimento, v. Cass., 8 ottobre 2008, n. 24799, *ivi*, 2008, voce *cit.*, n. 193 e Cass., 25 ottobre 2006, n. 22899, *ivi*, 2006, voce *Contratto in genere*, n. 628.

## VENDITA

### GARANZIA EDILIZIA, IMPEGNO DEL VENDITORE DI ELIMINARE I VIZI E PRESCRIZIONE

Cassazione civile, Sez. II, 26 marzo 2012, n. 4844 - Pres. Rovelli - Est. Giusti - P.m. Capasso - Gamma S.r.l. c. Sargiani S.p.A

**Va rimessa alla decisione delle Sezioni Unite la questione se, in tema di compravendita, l'impegno assunto dal venditore di eliminare i vizi della cosa venduta comporti soltanto l'interruzione della prescrizione, la quale riprenderà a decorrere secondo il regime speciale annuale, o piuttosto determini il passaggio al termine decennale ordinario di prescrizione.**

### La questione

L'attrice fa valere un credito per fornitura di macchinari, chiedendo la condanna della convenuta al pagamento. L'acquirente, nel costituirsi in giudizio, deduce l'inadempimento della venditrice, sostenendo che il macchinario non era idoneo all'uso pattuito, affermando di non essere decaduta dalla garanzia sul presupposto del riconoscimento dei vizi da parte dell'alienante. La convenuta, ritenendo che si trattasse di un'autonoma obbligazione di garanzia, con termine decennale di prescrizione, chiede la riduzione del prezzo ed il risarcimento dei danni. La venditrice, oltre a contestare la sussistenza del suo inadempimento, eccepisce la decadenza e la prescrizione del diritto alla garanzia dell'acquirente.

Il Tribunale accoglie la domanda dell'attrice ed il giudice di secondo grado rigetta l'appello di controparte, argomentando che i ripetuti interventi dell'alienante diretti all'eliminazione dei difetti del prodotto compravenduto, valendo come rico-

noscimento tacito dei vizi lamentati, producono l'interruzione della prescrizione. Di talché, non facendo seguito alcun accordo novativo, il nuovo termine di prescrizione che decorrerà nuovamente dal momento dell'interruzione sarà quello speciale annuale, nella specie già trascorso, previsto dall'art. 1495 c.c. e non quello decennale ordinario.

La Cassazione richiama un suo precedente a Sezioni Unite del 2005 dove si era discusso di un'analogia fattispecie, chiedendo come l'impegno del venditore a riparare la cosa viziata non rappresentasse «un *quid novi* con effetto estintivo-modificativo della garanzia, ma un *quid pluris* in grado di ampliare le modalità di attuazione della stessa». Riguardo la relativa prescrizione, pertanto, si era sostenuto che tale impegno consentirebbe al compratore di essere svincolato dai termini di decadenza e dalle condizioni di cui all'art. 1495 c.c. per l'esercizio delle «azioni edilizie (risoluzione del contratto e riduzione del prezzo) previste in suo favore (art. 1492 c.c.), sostanziosamente tale impegno in un riconoscimento del debito, interruttivo della prescrizione (art. 2944 c.c.)». Il nuovo periodo di prescrizione, dunque, secondo quanto sin qui sostenuto, sembrerebbe doversi considerare dello stesso genere di quello interrotto con nuova decorrenza annuale e non decennale, ai sensi dell'art. 2946 c.c.

Tuttavia la Suprema Corte fa notare come dalla motivazione della predetta sentenza sembrerebbe potersi desumere la soluzione contraria secondo cui dall'impegno del venditore alla riparazione o alla sostituzione scaturirebbe un nuovo regime di prescrizione, quello ordinario. Si legge, infatti che il compratore è affrancato «dalle condizioni e dai termini di cui all'art. 1495 c.c., particolarmente brevi, come la prescrizione annuale, rispetto a quella decennale». Si richiama, inoltre, a sostegno di questa contrapposta tesi che già in altre occasioni la giurisprudenza di legittimità aveva ravvisato «riconoscimento "operoso" del venditore l'idoneità ad esaurire definitivamente, sul piano funzionale, la precedente fase del rapporto *inter partes*».

Data la delicatezza problematica della questione, dunque, la Suprema Corte ritiene necessario rimettere la questione alle Sezioni Unite, secondo quanto riportato in massima.

## I precedenti

Sul tema, Cass., Sez. Un., 21 giugno 2005, n. 13294, in questa *Rivista*, 2006, 565 e *Vita not.*, 2005, 1550, che supera un orientamento tradizionale contrario (v. Cass., 26 novembre 1953, n. 3617, in *Foro it. Rep.*, 1953, voce *Vendita*, n. 199). In favore della decorrenza del termine di prescrizione decennale ordinario, anche se nella specie relativamente all'azione di esatto adempimento dell'obbligo di riparazione o sostituzione della *res*, cfr. Cass., 14 gennaio 2011, n. 747, in *Nuova giur. civ.*, 2011, I, 798.

# Osservatorio di merito

a cura di **Vito Amendolagine**

@ Il testo integrale della sentenza contrassegnata è disponibile su: [www.ipsoa.it/nicontratti](http://www.ipsoa.it/nicontratti)

## APPALTO

L'ADEMPIMENTO DELLA P.A. AL DOVERE  
DI COOPERAZIONE PER CONSENTIRE L'ADEMPIMENTO  
DELL'APPALTATORE

Tribunale di Nola, 20 marzo 2012 - Giud. Maffei - s.r.l.  
AERRE (già AEREE s.n.c. di Romano Antonio & Figli) c.  
Comune di San Gennaro Vesuviano

**Il dovere di cooperazione, espressione dei doveri di correttezza e buona fede nell'esecuzione del contratto, se da un lato, impone all'amministrazione appaltante di osservare tutti quei comportamenti che, a prescindere da specifici obblighi contrattuali e dal generale dovere del *neminem laedere*, appaiano idonei a preservare gli interessi dell'appaltatore, dall'altro, incontra il limite costituito dal rappresentare per essa tali comportamenti, ulteriori e non previsti dalle pattuizioni contrattuali, un apprezzabile sacrificio, richiedendo gli stessi lo svolgimento di attività eccezionali, soprattutto quando queste ultime siano volte alla rimozione di ostacoli che la controparte poteva agevolmente conoscere prima della stipulazione del contratto.**

### La questione

Con atto di citazione ritualmente notificato la Aerre S.n.c. (ora Aerre S.r.l.) conviene in giudizio innanzi al Tribunale di Nola il Comune di San Gennaro Vesuviano, deducendo che, all'esito di una regolare procedura ad evidenza pubblica, aveva stipulato con il Comune di San Gennaro Vesuviano il contratto di appalto avente ad oggetto la manutenzione ordinaria e straordinaria, per il periodo di un triennio, dell'impianto di illuminazione pubblica del predetto comune.

L'oggetto del contratto, come disposto del Capitolato Speciale di Appalto collegato allo stipulato contratto, individuava chiaramente le attività rientranti nella manutenzione ordinaria dell'impianto e quelle costituenti oggetto di straordinaria manutenzione, esulando queste ultime dal corrispettivo forfettario pattuito, dovendo essere liquidate separatamente secondo i criteri stabiliti nel summenzionato contratto.

Dopo la consegna dell'impianto, la corretta esecuzione della prestazione contrattuale era divenuta impossibile, atteso che l'impianto non versava in condizioni di sicurezza, necessitando di un radicale intervento di manutenzione straordinaria, come tempestivamente e ripetutamente segnalato all'ente committente, mediante l'invio di specifiche relazioni indicanti le cause della riscontrata situazione, nonché gli interventi manutentivi da eseguirsi.

L'ente committente, sebbene fosse venuto all'obbligo di collaborare con la società appaltatrice onde consentirle di adempiere all'assunta obbligazione, disponendo i lavori necessari per la messa in sicurezza dell'impianto, con determina dirigenziale aveva esercitato la facoltà di recedere dal rapporto

contrattuale, ascrivendo alla società appaltatrice dei gravi inadempimenti, in realtà, inesistenti.

L'anticipato recesso dal contratto aveva causato alla società appaltatrice dei gravi danni patrimoniali sotto il profilo sia del danno emergente, non avendole il comune versato il corrispettivo per i lavori di straordinaria manutenzione eseguiti secondo quanto stabilito dal summenzionato contratto ed avendo sostenuto dei costi fissi necessari al fine di predisporre un'organizzazione aziendale idonea ad adempiere l'assunta obbligazione contrattuale, sia del lucro cessante, avendo perduto l'utile d'impresa che avrebbe conseguito ove il contratto non fosse stato anticipatamente risolto.

Tutto ciò premesso concludeva affinché disapplicata la determina dirigenziale venisse dichiarata la risoluzione del contratto per inadempimento del convenuto ente, con la sua condanna al pagamento della complessiva somma di € 92.820,88, quale risarcimento dei danni subiti per i lavori eseguiti e non pagati, per il perduto lucro cessante e per il pregiudizio derivato dalla provocata disorganizzazione aziendale.

Integratosi il contraddittorio, si costituisce il convenuto Comune contestando la fondatezza della domanda attorea, atteso che non solo le prestazioni il cui corrispettivo era richiesto dall'attrice rientravano tra quelle contemplate nell'ordinaria manutenzione, ma anche che le varie doglianze di cui all'atto di citazione erano prive di pregio dovendosi ritenere accertato il grave inadempimento in cui era incorsa la società attrice come evidenziato nel su indicato provvedimento di recesso.

Il tribunale ritiene infondata la domanda attrice, rilevando che il complessivo tenore dell'atto introduttivo della lite consente agevolmente di poter affermare che la società istante ha inteso agire dolendosi fondamentalmente del fatto che lo stato di degrado dell'impianto di illuminazione pubblica di cui si era obbligata, per effetto dello stipulato contratto di appalto, a curare la manutenzione ordinaria e straordinaria, avrebbe reso ineseguibile la prestazione assunta in contratto.

Ed invero, il principio che regge l'eccezione *inadimpleti contractus*, rinvenuto nella formulazione dell'art. 1460 c.c., trae fondamento dal nesso di interdipendenza che nei contratti a prestazione corrispettive, nel cui novero si iscrive quello di appalto, lega le opposte obbligazioni e prestazioni nell'ambito di un rapporto sinallagmatico il cui contenuto, indipendentemente dalle esplicite previsioni negoziali, è, secondo il principio interpretativo integrativo, correlato all'obbligo di correttezza delle parti, ed esteso alle obbligazioni collaterali di protezione, collaborazione, ed informazione.

Ne consegue che in quella valutazione comparativa delle condotte di entrambi i contraenti richiesta dall'art. 1460 c.c. onde accertare nei limiti della adeguatezza e della proporzione il nesso causale fra l'inadempimento dell'uno e quello dell'altro, il giudice non può aver riguardo alle sole obbligazioni principali del contratto di appalto - il pagamento del compenso per il committente ed il compimento dell'*opus* per l'appaltatore - ma anche a quelle c.d. collaterali di collaborazione privilegiandone l'apprezzamento quando il loro inadempimento da parte dell'obbligato abbia dato causa a quello del creditore.

Occorre ancora osservare che la preminenza della posizione riservata alla P.A. committente, derivante dall'essere l'opera appaltata rivolta a fini pubblici, non incide sulla natura privatistica del contratto, in quanto anche nell'appalto di opere pubbliche, è configurabile, in capo all'amministrazione committente, creditrice dell'*opus*, un dovere di cooperare all'adempimento dell'appaltatore, attraverso il compimento di quelle attività, distinte rispetto al comportamento dovuto dal debitore, necessarie affinché quest'ultimo possa realizzare il risultato cui è preordinato il rapporto obbligatorio, ossia la soddisfazione dell'interesse della stessa stazione appaltante.

Orbene, alla luce delle precedenti osservazioni, il tribunale osserva come l'erronea valutazione circa le condizioni dell'impianto affidato in manutenzione non può quindi permettere alla società attrice *ex post* di sciogliersi dal contratto, per di più addossandone la responsabilità al convenuto, adducendo un asserito inadempimento imputabile all'ente committente rispetto all'obbligo di leale collaborazione sullo stesso gravante, soprattutto ove si considerino i limiti che circoscrivono la portata precettiva di quest'ultimo.

Infatti, l'impegno di solidarietà derivante dall'obbligo di buona fede, benché si proietti al di là del contenuto dell'obbligazione e dei doveri di rispetto altrui, trova il suo limite nell'interesse proprio del soggetto, il quale è quindi tenuto - secondo buona fede - a compiere quegli atti giuridici e/o materiali che si rendono necessari al fine di salvaguardare l'utilità dell'altra parte, ma sempre nella misura in cui si tratti di atti che non comportino un apprezzabile sacrificio a suo carico.

Ora, alla luce di questo principio, secondo il tribunale deve escludersi l'inadempimento ascritto all'ente convenuto non potendo la società attrice pretendere da quest'ultimo un obbligo di collaborazione dal contenuto particolarmente oneroso come quello richiesto, soprattutto ove si consideri che lo stato d'uso dell'impianto oggetto del contratto era agevolmente conoscibile dalla società attrice prima di scegliere di partecipare alla gara bandita, potendo, quindi, correttamente e preventivamente valutare l'idoneità della propria organizzazione aziendale di adempiere correttamente, nonostante lo stato di degrado in cui versava l'impianto, l'assunta obbligazione manutentiva.

La domanda attorea di risoluzione va, dunque, rigettata al pari della consequenziale domanda di risarcimento dei danni. Quest'ultima va respinta anche con riguardo alla pretesa volta ad ottenere il corrispettivo dovuto per gli interventi di manutenzione straordinaria asseritamente eseguiti che, secondo quanto previsto dal contratto di appalto, esulavano dal corrispettivo forfettariamente pattuito.

### I precedenti

Cfr. Cass. 2 maggio 2011, n. 9645, in *Mass. Giust. civ.*, 2011, 683; Cass. 29 aprile 2006, n. 10052, *ivi*, 2006, 4; Cass., 23 maggio 2002, n. 7543, in *Foro it.*, 2003, I, 557; Cass., sez. un., 12 giugno 1997, n. 5298, in *Mass. Giust. civ.*, 1997, 977.

### ADEMPIMENTO DELLE OBBLIGAZIONI E VALUTAZIONE DELLA GRAVITÀ DELL'INADEMPIMENTO NELL'APPALTO

Corte d'Appello de L'Aquila, 2 marzo 2012 - Pres. e Rel. Maccarone - Ecocenter s.r.l. c. Pelle s.r.l.

**In base ad una corretta interpretazione del coordinato disposto delle norme di cui agli artt. 1454 e 1662 c.c., un approccio ermeneutico sistematico che tenga conto delle caratteristiche dell'azione generale di risoluzione ex art 1453 c.c. induce ad affermare che, anche nel caso in**

**cui la parte abbia intimato una diffida ad adempiere ex art. 1454 c.c., la gravità dell'inadempimento ai sensi dell'art. 1455 c.c. costituisce un elemento costitutivo della pretesa ed un necessario presupposto per l'accoglimento della domanda del committente, non vertendosi in tale ipotesi né di clausola risolutiva espressa né di violazione di un termine essenziale ai sensi degli artt. 1456 e 1457 c.c.**

### La questione

La s.r.l. Ecocenter evoca in giudizio davanti al Tribunale di Pescara la s.r.l. Pelle con riferimento ad un contratto di appalto concluso con la convenuta, chiedendo al giudice adito di volerne accertare l'inadempimento con conseguente risoluzione del contratto medesimo e la condanna della controparte al pagamento di quanto ricevuto in eccesso rispetto al dovuto nonché al risarcimento dei danni subiti od in subordine, al pagamento della penale pattuita per ciascun giorno di ritardo. In via ulteriormente gradata, l'attrice chiede l'accertamento del proprio unilaterale recesso ai sensi dell'art. 1671 c.c. con obbligo della convenuta alla restituzione del cantiere e la condanna della stessa al risarcimento derivante dal mancato rilascio.

Costituendosi in giudizio la società convenuta contesta il proprio inadempimento sotto il profilo dell'imputabilità ad altre cause del ritardo nella esecuzione dei lavori, deducendo inoltre di aver eseguito lavori extra contratto dei quali chiede il pagamento, eventualmente a titolo di indennizzo nell'ipotesi di riconoscimento del recesso della parte committente, oltre alla rifusione di spese affrontate a titolo di parcelle professionali.

Con sentenza depositata il 6 agosto 2004 il Tribunale, in composizione monocratica, effettuata la parziale compensazione dei reciproci crediti delle parti, condanna l'attrice a pagare alla convenuta la somma di euro 34.735,78.

Avverso la predetta sentenza, con atto notificato il 29 novembre 2004, propone appello la s.r.l. Ecocenter, chiedendone riforma, riproponendo le domande già formulate in primo grado. La Pelle si oppone all'impugnazione spiegando appello incidentale.

La Corte ritiene che l'appello principale sia meritevole di accoglimento solo parziale, in quanto respinte le pregiudiziali e la domanda di risoluzione per inadempimento, l'indennizzo dovuto ex art 1671 c.c. deve essere ridimensionato con la riduzione delle somme dovute per le opere appaltate e non eseguite e con esclusione di ogni corrispettivo inerente le opere extra contratto.

A tal fine, il giudice del gravame ritiene che un approccio ermeneutico sistematico rispettoso delle caratteristiche dell'azione generale di risoluzione ex art 1453 c.c. induca ad affermare che la parte abbia intimato diffida ad adempiere ex art. 1454 c.c., e la gravità dell'inadempimento ex art. 1455 c.c. costituisce un elemento costitutivo della pretesa ed un necessario presupposto per l'accoglimento della domanda del committente, non vertendosi in ipotesi né di clausola risolutiva espressa né di violazione di termine essenziale ex artt. 1456 e 1457 c.c.

Nella fattispecie la Corte osserva quindi come sia agevole rilevare che tale gravità dell'inadempimento non è stata neppure dedotta ed anzi dagli accertamenti esperiti dal c.t.u., e recepiti in sentenza del tribunale, risulta esattamente il contrario: che cioè alla data della diffida era stato eseguito il 78% dei lavori ed ancora non era scaduto il termine per il loro completamento, atteso che questo era stato fissato con riferimento alle "giornate lavorative". Dalla trattazione svolta de-



## CONTRATTI BANCARI

riva dunque a parere della Corte l'infondatezza dei relativi motivi di appello tra cui quello relativo ai danni subiti per l'asserito inadempimento della controparte nonché quello avente per oggetto la penale per il ritardo.

Il contenzioso, per quanto riguarda l'appello principale, resta quindi ristretto alle subordinate censure connesse al recesso unilaterale ex art 1671 c.c. con cui Ecocenter ha posto termine al rapporto ed in conseguenza del quale, sono state riconosciute alla società appaltatrice le somme suddette a titolo di corrispettivo dei lavori eseguiti e di indennizzo per il mancato guadagno in relazione alle opere non potute completare, determinate in base all'accertamento in fatto di quanto già pagato da Ecocenter, che il giudice di primo grado trae dalla espressa ammissione di Pielle.

È questo il principale punto controverso, ai fini delle statuizioni conseguenti al recesso, atteso che nell'atto di appello Ecocenter si lamenta che a fronte di documentati esborsi, il giudice a quo - sulla sola base dell'ammissione di Pielle - ha accertato quanto già pagato per il titolo litigioso nell'assai minore importo di lire 470 milioni.

Secondo la Corte l'assunto è infondato, come si evince dai documenti prodotti da ambo le parti in primo grado e cioè i contratti e le relative fatture, dimostrativi dell'esistenza di due rapporti tra le parti.

È il caso di aggiungere che la eventuale dimostrazione di maggiori importi pagati dall'appellante principale non potrebbe trarsi dalle fotocopie prodotte di assegni circolari che, per definizione, non sarebbero idonei a fornire riscontri probatori prevalenti sulle scritture richiamate, indicative della causale dei pagamenti, in relazione alle ben note caratteristiche dei titoli di credito.

L'esecuzione delle ulteriori opere extra contratto sarebbero dovute essere state tutte autorizzate dalla committente su richiesta del direttore dei lavori che avrebbe dovuto elaborare un apposito progetto di variante. Trattandosi di credito avente origine contrattuale, l'appellata avrebbe dovuto fornire la prova dell'ulteriore accordo intervenuto tra committente e appaltatrice per l'esecuzione delle opere non previste dalla scrittura in atti, ma tale prova - relativa ad un patto aggiunto al contenuto del documento - non è stata neppure allegata e pare evidente che la stessa non possa essere surrogata o integrata dai soli elaborati tecnici cui si riferisce la difesa di Pielle, trattandosi di meri atti esecutivi dai quali non ritiene la Corte possa evincersi - per *facta concludentia* - una manifestazione di volontà consensuale avente tale oggetto.

Quanto poi alle spese documentate per parcelle professionali, nel contratto di appalto, contenente l'analitica indicazione delle obbligazioni delle parti, manca il benché minimo accenno agli oneri di progettazione come oggetto di una prestazione dovuta da Pielle né Ecocenter ha provato (e neppure dedotto specificamente) l'esistenza di un ulteriore accordo tra le parti inteso ad estendere le obbligazioni dell'appaltatrice anche a tali oneri.

La decisione sul motivo del gravame incidentale circa la non debenza dei corrispettivi per i lavori extra contratto, che l'appellante incidentale richiede in misura assai maggiore rispetto a quella riconosciuta dal Tribunale, è assorbita dalla motivazione espressa dalla Corte, con la quale accoglie la contrapposta censura relativa all'*an debeatur* proposta da Ecocenter.

### I precedenti

Cass., 4 marzo 1993, n. 2653, in *Mass. Giust. civ.*, 1993, 433, *s.m.* Sull'efficacia solutoria dell'assegno circolare, cfr. Cass., 19 maggio 2006, n. 11851, in *Lplus*.

LA BUONA FEDE CONTRATTUALE DELLA BANCA  
NELL'EFFETTUARE LA SEGNALAZIONE DEL NOMINATIVO  
DEL CLIENTE ALLA CRIF

@ Tribunale di Nola, 18 aprile 2012 - Giud. Maffei - R. C. A. c. Barclays Bank PLC s.p.a. ed altri

**La buona fede contrattuale, sotto il profilo comportamentale, impone che l'atteggiamento tenuto dalle parti nei rispettivi confronti sia improntato a lealtà e collaborazione, valori che discendono, principalmente, dall'osservanza dei doveri inderogabili di solidarietà di cui all'art. 2 Cost., nonché dagli art. 1173, 1175 e 1375 c.c. In tal senso, la buona fede obbliga ciascuna parte a comportarsi in modo tale da non pregiudicare, ed anzi da salvaguardare il ragionevole interesse dell'altra, quando ciò non comporti a suo carico alcun apprezzabile ed ingiusto sacrificio, come nel caso in cui al soggetto obbligato ad eseguire una determinata prestazione s'imponga di compiere la comunicazione finalizzata ad avvertire l'istituto di credito del probabile ritardo con cui la convenuta somma gli sarebbe stata accreditata.**

### La questione

Con atto ritualmente notificato R. C. A. espone che con atto del 31 maggio 2007 aveva alienato l'immobile di sua proprietà per un prezzo complessivo pari ad € 230 mila e che l'importo *de quo*, detratto il convenuto acconto, pari ad € 40 mila, corrispostogli dagli acquirenti con assegni circolari anteriormente alla stipulazione del contratto, doveva essere in parte corrisposto direttamente all'istituto di credito Barclays Bank PLC, al fine di estinguere il mutuo fondiario gravante sull'immobile alienato. Tale ultima somma doveva essere versata all'istituto mutuante dall'Unicredit S.p.a. mediante l'emissione di un bonifico bancario, di pari importo, in favore del primo e con l'annotazione della indicata causale. Sta di fatto che, l'Unicredit S.p.a. emetteva il predetto bonifico soltanto in data 22 giugno 2007 con la conseguenza che l'accredito della somma bonificata veniva rifiutato dalla Barclays Bank S.p.a., non essendo più l'importo corrisposto sufficiente ad estinguere anticipatamente il mutuo gravante sull'immobile venduto. Al riguardo la Barclays Bank evidenziava che, non essendo il predetto bonifico pervenuto entro il termine assegnato per l'estinzione anticipata del mutuo in questione, alla somma inizialmente convenuta dovevano aggiungersi gli interessi moratori nel frattempo maturati, con la conseguenza che la somma necessaria ad estinguere anticipatamente l'erogato mutuo era pari ad € 75.572,47 e che, per tale ragione, la stessa Barclays Bank aveva segnalato il suo nominativo alla CRIF S.p.a. inserendolo nella categoria dei cattivi pagatori in quanto risultavano non adempiute tre rate del mutuo da estinguere. In ragione della prospettata ricostruzione della vicenda in esame, appariva quindi evidente la responsabilità di entrambi gli istituti di credito, poiché, da un lato, l'Unicredit S.p.a., avendo eseguito in ritardo il bonifico della somma necessaria per l'estinzione del mutuo, causando l'inosservanza del termine entro il quale la predetta somma doveva pervenire all'istituto mutuante e, dall'altro, quest'ultimo, avendo segnalato il suo nominativo alla CRIF S.p.a. senza procedere ad una preventiva e completa disamina della sua effettiva condizione debitoria, ne aveva comportato l'il-

legittimo inserimento nella categoria dei cattivi pagatori. Tanto premesso, l'attore evoca in giudizio, innanzi al Tribunale di Nola, entrambi i suindicati istituti di credito, onde sentire nei loro confronti accertare e dichiarare l'illegittimità della segnalazione a sofferenza del proprio nominativo alla Centrale Rischi, condannandosi le società convenute, o delle due quella a tanto obbligata, ad adempiere, con la massima urgenza, alla comunicazione della relativa cancellazione.

Instauratosi il contraddittorio, si costituivano le banche convenute deducendo la piena legittimità del loro operato e, quindi, contestando le avverse pretese e concludendo per il loro rigetto perché infondate.

Il Tribunale rileva che le domande attoree sono infondate e vanno rigettate, dal momento che non si delineano profili di addebito nell'effettuazione della segnalazione da parte della Barclays Bank alla banca dati gestita dalla CRIF s.p.a., posto che, alla data della segnalazione, l'attore aveva certamente già maturato un ritardo nel pagamento delle rate del mutuo fondiario erogatogli.

Infatti, l'obbligo di segnalazione alla Centrale rischi comporta - qualora non sia stata intrapresa azione giudiziale nell'ipotesi di palese stato di insolvenza del debitore, per la quale è indubbio l'obbligo suddetto - un giudizio discrezionale ad opera della banca che deve saper valutare la posizione del soggetto che si trovi in uno stato di difficoltà economico non transitorio.

Viceversa, l'annotazione del nominativo presso le banche dati private rientra nell'ambito di applicazione dell'art. 9 comma 1 l. n. 675 del 1996, ora trasfuso nell'art. 11 d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196, in forza del quale il trattamento dei dati personali deve essere effettuato con diligenza e deve rispondere a requisiti di esattezza e di aggiornamento.

L'inserimento dei dati deve essere informato a pertinenza e non eccedenza rispetto alle finalità della loro pubblicazione, specie ove la gestione sia affidata a soggetti privati.

Proprio con riferimento a tali problematiche, il Tribunale osserva come l'Autorità garante, con atto generale del 31 luglio 2002, ha suggerito di distinguere gli eventi da ritenere fisiologici in un rapporto destinato a svolgersi nel tempo e che non incidono sull'affidabilità e solvibilità della clientela, dalle situazioni più critiche relative ad inadempimenti gravi e reiterati o addirittura a veri e propri raggiri nell'accesso al credito. Ciò ha comportato la necessità di fissare *standards* comportamentali allo scopo di ridurre la discrezionalità dei singoli operatori, e di prevedere, specie rispetto a finanziamenti di minor importo con rate di modesta entità, la segnalazione di dati negativi solo a causa del mancato pagamento di somme consistenti, di più rate o di gravi ritardi, fissando soglie minime o di più rate cumulate, ed individuando a titolo esemplificativo, nel ritardo di almeno quattro rate o di quattro mesi, un limite oltre il quale è legittimamente esperibile la comunicazione della sofferenza, conformemente a prassi già sperimentate tra gli operatori.

Analoga indicazione è stata successivamente recepita nel cd. Codice di deontologia e di buona condotta per i sistemi informativi gestiti da soggetti privati in tema di credito al consumo, affidabilità e puntualità nei pagamenti del 16 novembre 2004, il cui art. 4 comma 4, prescrive che le informazioni relative ai ritardi di pagamento in un rapporto di credito sono utilizzati e resi accessibili relativamente ai sistemi di informazioni creditizie di tipo negativo dopo almeno centoventi giorni dalla data di scadenza del termine di pagamento ovvero in caso di mancato pagamento di almeno quattro rate mensili non regolarizzate. Per le informazioni di tipo positivo e negativo, quali quelle gestite dalla Crif s.p.a., è invece lecito l'in-

serimento di informazioni nel caso di mancato pagamento di due rate mensili consecutive o se il ritardo concerne due rate finali del finanziamento, mentre per gli altri rapporti, decorsi almeno trenta giorni dall'aggiornamento mensile di cui all'art. 4, ottavo comma, ovvero nel caso di mancato pagamento anche di una sola rata.

## I precedenti

Cass., 16 novembre 2000, n. 14865, in *Corr. giur.*, 2001, 762. Sulla valutazione della banca in ordine all'insolvenza del cliente per la segnalazione alla centrale rischi cfr. Cass., 1 aprile 2009, n. 7958, in *Guida dir.*, 2009, 16, 58, s.m.; Trib. Parma 21 settembre 2006, inedita; Trib. Napoli 18 marzo 2005, in *Giur. merito*, 2005, 1825, s.m.; Trib. Catania, 2 aprile 2003, in *Gius.*, 2003, 12, 1379; Trib. Palermo, 31 ottobre 2002, *ibidem*, 18, 2059; Trib. Roma, 6 marzo 2001, in *Giur. romana*, 10, 2001, 316.

Sulla liquidazione equitativa del danno, ai sensi dell'art. 1226 c.c., cfr. Cass., 5 aprile 2003, n. 5375, in *Mass. Giust. civ.*, 2003, 4; Cass., 26 febbraio 2003, n. 2874, in *Giur. it.*, 2003, 2020.

## OBBLIGO DELLA BANCA DI INFORMARE IL CLIENTE E RIFIUTO DEL MEDESIMO

Tribunale di Pisa, 15 marzo 2012 - Pres. Sammarco - Giud. rel. Picardi - X. c. Banca Y

**In nessun caso gli intermediari finanziari sono esonerati dall'obbligo di valutare l'adeguatezza dell'operazione disposta dai clienti, neanche nel caso in cui l'investitore abbia rifiutato di fornire le informazioni sulla propria situazione patrimoniale o finanziaria, obiettivi di investimento e propensione al rischio. Nel caso, la valutazione andrà condotta in ossequio ai principi generali di correttezza, diligenza e trasparenza, tenendo conto di tutte le notizie di cui l'intermediario sia in possesso come l'età, professione, presumibile propensione al rischio anche alla luce dalla pregressa ed abituale operatività, e della situazione del mercato, considerato che l'adeguatezza del prodotto finanziario va intesa sia in termini oggettivi, con riferimento alle caratteristiche del prodotto, sia in termini soggettivi, con riguardo alla figura personale dell'investitore.**

## La questione

L'attore X espone in atto di citazione di essersi recato presso l'Agenzia della Banca Y ove veniva resa edotta dal dipendente della medesima banca addetto alle operazioni su interessanti forme di accumulo pensionistico, allegando di essere stata convinta alla stipula del piano finanziario e di accumulo denominato 4You, dopo essere stata rassicurata circa il recupero del capitale investito maggiorato di un tasso di interesse superiore a quello dei titoli di Stato e circa la possibilità di recedere in ogni momento dal rapporto senza penale.

Successivamente, l'istante nel corso del rapporto afferma di aver receduto dallo stesso pagando una penale in aggiunta alle rate del mutuo già pagate, conseguentemente evocando in giudizio la Banca convenuta ai fine di sentire accertare la nullità del contratto per violazione degli obblighi di informativa, indeterminatazza dell'oggetto, mancanza di trasparenza, contrasto con il combinato disposto degli artt. 1469 *bis*, 1469 *ter* e 1469 *quater* c.c., dolo ed induzione in errore, confitto di interessi, con la condanna dell'istituto di credito alla restitu-

zione delle somme pagate ed al risarcimento del danno od in subordine, accertato l'inadempimento della controparte agli obblighi contrattuali e/o legali, alla restituzione delle somme pagate ed al risarcimento del danno.

La Banca Y tempestivamente costituitasi eccepisce la prescrizione dell'azione di annullamento per dolo/errore, stante il decorso del termine quinquennale, unitamente alla convalida, contestando altresì la fondatezza della domanda.

Il Tribunale accoglie la domanda attorea dopo aver premesso che il contratto concluso tra le parti, ha per oggetto un finanziamento, da restituire ratealmente con un determinato tasso di interesse, il cui importo, una volta erogato, viene utilizzato per l'acquisto di prodotti finanziari.

La domanda di nullità per violazione degli obblighi di comportamento che incombono sull'intermediario finanziario non può essere accolta in quanto la violazione di una o più norme di comportamento che disciplinano l'attività di intermediazione mobiliare, tanto nella fase prenegoziale quanto in quella attuativa del rapporto genera responsabilità e può essere causa di risoluzione del contratto, ove si traduca in una forma di non corretto adempimento del generale dovere di protezione e degli specifici obblighi di prestazione gravanti sul contraente, ma non incide sulla genesi dell'atto negoziale, non essendo idonea a provocarne la nullità.

Va, inoltre, rilevato che il finanziamento concesso all'investitore dall'intermediario è uno dei servizi accessori espressamente previsti dall'art. 1 comma 6 lett. c d.lgs. n. 58 del 1998 e dall'art. 47 reg. Consob n. 11522/1998, di cui non può escludersi la meritevolezza dell'interesse ex art. 1322 c.c.

Per quanto concerne, invece, la clausola negoziale che prevede, per l'ipotesi di estinzione anticipata, l'obbligo per il cliente di corrispondere alla banca oltre agli interessi, gli altri oneri maturati fino all'esercizio di detta facoltà, che, secondo la prospettazione di parte attrice, sarebbe nulla e/o inefficace ai sensi dell'art. 1469 bis n. 5) c.c. nella formulazione in vigore all'epoca della conclusione del contratto, in quanto limita il diritto di recesso del consumatore, senza che vi sia un'analoga previsione per l'ipotesi di recesso della banca, il tribunale osserva che tale clausola, in realtà, non attribuisce al consumatore un diritto di recesso, ma di estinzione anticipata del finanziamento, determinando i criteri per la determinazione della somma da restituire.

Non si tratta, perciò, di una penale per il recesso.

Neppure si ravvisa a giudizio del tribunale un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto, ai sensi dell'art. 1469 bis, comma 1, c.c., considerato che viene attribuita al cliente una facoltà che non costituisce una *naturalia negotii* dei contratti di mutuo e finanziamento.

Anche la domanda di annullamento del contratto per errore, dolo, e conflitto d'interessi deve essere rigettata, in accoglimento dell'eccezione di prescrizione ex art. 1442 c.c., tempestivamente formulata dalla Banca convenuta.

Stessa sorte per la domanda di annullamento concernente il conflitto d'interessi. La domanda va rigettata in quanto, debbesi rilevare che il contratto indica chiaramente la sussistenza del conflitto medesimo, recando l'espressa autorizzazione dell'investitore all'esecuzione dell'operazione.

Va, invece, accolta la domanda di risarcimento del danno proposta da parte attrice in quanto dalla documentazione in atti e dall'istruttoria espletata si evince che la convenuta non ha adempiuto all'obbligo di informazione che discende dall'art. 2 lett. a e b, seconda parte, d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 e dall'art. 28 comma 2 Reg. Consob 1° luglio 1998, n. 11522.

Difatti, nel contratto in atti non risulta barrata la casella relativa al rifiuto di fornire informazioni da parte dell'investitore, né

quella relativa alle informazioni eventualmente fornite, che non sono indicate nell'apposito spazio. A ciò aggiungasi che dall'istruttoria orale non sono emersi indizi relativamente all'adempimento degli obblighi informativi da parte della convenuta, che non ha neppure intimato il teste indicato.

Deve, inoltre, osservarsi come l'obbligo informativo relativo alle singole operazioni sussiste anche nell'ipotesi in cui, come nel caso di specie, il cliente abbia rifiutato di fornire tali notizie.

In conclusione, sotto l'aspetto innanzi evidenziato, risulta l'inadempimento di parte convenuta, sulla quale, peraltro, incombe l'obbligo di provare il proprio adempimento, ai sensi dell'art. 23 comma 6 d.lgs. n. 58 del 1998.

Parimenti la convenuta ha violato l'obbligo, di cui all'art. 29 Reg. Consob 1° luglio 1998, n. 11522, di astenersi dall'effettuare con o per conto degli investitori operazioni non adeguate per tipologia, oggetto, frequenza o dimensione.

## I precedenti

Trib. Reggio Emilia 17 gennaio 2008, inedita; Cass., Sez. Un., 19 dicembre 2007, n. 26724, in *Mass. Giust. civ.*, 2007, 12.; Trib. Catania, 5 maggio 2006, in *Resp. civ. e prev.*, 2007, 908 s.m.; Trib. Trani 7 settembre 2005, in *Banca borsa tit. cred.*, 2007, 1, II, 80, s.m.; Trib. Genova 15 marzo 2005, in questa *Rivista*, 2005, 1095, con nota di Ambrosoli, *Doveri di informazione dell'intermediario finanziario e sanzioni*.

## MANDATO

LA DIVERSA VOLONTÀ MANIFESTATA DALLE PARTI  
PREVALE RISPETTO AL RECESSO EX ART. 2237 C.C.

Tribunale L'Aquila, 13 marzo 2012 - Giud. Radoccia - X c. Y.

**In tema di contratto di prestazione d'opera intellettuale, la precisione della possibilità di recesso ad nutum del cliente contemplata dall'art. 2237 comma 1 c.c., non ha carattere inderogabile e quindi è possibile che, per particolari esigenze delle parti, sia esclusa tale facoltà fino al termine del rapporto. L'apposizione di un termine ad un rapporto di collaborazione professionale continuativa può essere sufficiente ad integrare la deroga pattizia alla facoltà di recesso così come disciplinata dalla legge. Pertanto, poiché in assenza di pattuizioni diverse o di giusta causa, l'apposizione di un termine finale determina in modo vincolante la durata del rapporto, nel caso di recesso unilaterale dal contratto da parte del committente, il prestatore d'opera ha il diritto di conseguire il compenso contrattualmente previsto, per l'intera durata del rapporto.**

## La questione

L'attore agisce per la corresponsione di somme di denaro come corrispettivo dell'attività professionale svolta in favore della convenuta, mentre quest'ultima eccepisce gravi inadempimenti della controparte tali da giustificare il proprio recesso per giusta causa dal contratto di prestazione professionale che vincolava le stesse parti.

Il Tribunale evidenzia, tuttavia, che alcuna contestazione all'attività del professionista veniva sollevata in precedenza, anche perché le accuse della convenuta, in termini di inadempimenti ripetute e pretese ingiustificate, sono state mos-

se a distanza di pochi mesi dall'instaurazione del rapporto libero-professionale.

Il Tribunale adito rileva quindi che dalla documentazione in atti emerge che il professionista ha ottemperato all'attività relativa alla contabilità ordinaria, fornendo consulenza ed assistenza alla cliente, tanto che nonostante il recesso da parte della convenuta, il medesimo professionista si rendeva disponibile a svolgere l'attività di chiusura dell'anno contabile in corso previo pagamento delle attività rese che pure ad oggi non risulta avvenuto.

Conseguentemente, il giudicante evidenzia in diritto che il rapporto intercorso tra le parti non può essere qualificato come un rapporto professionale meramente occasionale, sia perché le prestazioni rese dai commercialisti, di regola, sono connotate dalla caratteristica della coordinazione con l'attività aziendale - quando il committente è un'azienda - sia dalla continuità, poiché la prestazione richiesta si svolge nel tempo attraverso l'erogazione di plurime prestazioni.

Anche e soprattutto dalla lettura della scrittura privata sottoscritta dalle parti si desume quindi l'obbligo del pagamento dell'onorario richiesto dall'odierno attore, avendo la società attrice accettato, nelle forme indicate dagli artt. 1341 e 1342 c.c., espressamente il punto dello stesso testo contrattuale, e quindi anche la durata dell'accordo oltre che la penale in caso di recesso anticipato specificamente approvata dalla ditta committente.

Orbene, non vi è in questa materia alcuna norma che possa impedire alle parti di introdurre nel regolamento negoziale un regime di stabilità convenzionale, in deroga al principio generale civilistico della libera recedibilità dai contratti.

L'istituto del recesso ex art. 2237 c.c. configura quindi un semplice elemento naturale del contratto che in quanto tale, non esclude una diversa volontà manifestata dalle parti che, in base al principio dell'autonomia contrattuale, prevale rispetto alle disposizioni della stessa norma citata.

In tal caso l'apposizione di un termine di durata per tale rapporto ha carattere vincolante non soltanto per il professionista, ma anche per il cliente, salva la sussistenza di una giusta causa che legittimi la facoltà di recesso anticipato.

In presenza di un patto che determina in modo vincolante la durata del rapporto, escludendo il recesso salvo giusta causa, deve riconoscersi il diritto del professionista a conseguire l'intero compenso previsto nonostante il recesso del cliente.

Nel caso in questione le parti hanno espressamente derogato al principio della libera recedibilità contrattuale, sia apponendo il termine triennale di durata del contratto, ma anche prevedendo una clausola penale, regolarmente controfirmata dall'odierna convenuta, che stabilisce a favore del professionista il diritto a percepire il compenso stabilito per l'intera durata del contratto, nel caso di ingiustificato recesso anticipato del cliente.

Il Tribunale osserva quindi che la stessa clausola pur costituendo una pattuizione accessoria del contratto, svolge le importanti funzioni di rafforzare il vincolo contrattuale stabilendo in via preventiva la prestazione dovuta nel caso di inadempimento di una delle parti, anche indipendentemente dalla prova della concreta esistenza del danno effettivamente sofferto.

Nella fattispecie considerata, il Tribunale accoglie la domanda in quanto la società convenuta ha esercitato il recesso prima del termine stabilito, senza giusta causa, e omettendo la corresponsione della somma dovuta al professionista, in tal modo, contravvenendo alle disposizioni contrattuali e rendendosi inadempiente relativamente agli obblighi assunti.

## I precedenti

Cass., 21 dicembre 2006, n. 27293, in *Mass. Giust. civ.*, 2006, 12; Cass., 29 novembre 2006, n. 25238, *ibidem*, 11; Cass., 6 maggio 2000, n. 5738, *ivi*, 2000, 949; Cass., 6 novembre 1998, n. 11204, *ivi*, 1998, 2285; Cass., 8 settembre 1997, n. 8690, in *Giur. it.*, 1998, 1338.

## SOCIETÀ

### L'INTERPRETAZIONE DELLA CLAUSOLA STATUTARIA DI PRELAZIONE NEL TRASFERIMENTO DELLA PARTECIPAZIONE SOCIETARIA

@ Tribunale di Verona, 18 aprile 2012 - Giud. Vaccari -  
Mercatino s.r.l. c. Cofircont Compagnia Fiduciaria s.p.a.

**La funzione della norma statutaria sulla esibizione del mandato fiduciario va ravvisata non già nell'esigenza dei soci e della società, di conoscere l'identità dell'effettivo titolare della partecipazione, ma in quella di consentire, in caso di reintestazione al fiduciante della partecipazione societaria, l'attribuzione dello status di socio ad un soggetto che, nel periodo di vigenza del rapporto fiduciario, ne è privo.**

### La questione

La società istante i cui soci sono la M.P.S. s.r.l., titolare di una partecipazione pari al 55 % del capitale sociale, e la Cofircont Compagnia Fiduciaria s.p.a., titolare di una partecipazione pari al 45 % del capitale sociale, e premesso che Cofircont ha acquistato la titolarità di tale quota in forza di atto pubblico di sostituzione fiduciaria nell'intestazione della medesima del 15 giugno 2010, rileva come da tale atto possa evincersi che il fiduciante di Cofircont, la cui identità, in violazione dell'art. 10 dello statuto di Mercatino s.r.l., non è stata resa nota al C.d.A di Mercatino, prima di trasferire fiduciariamente a Cofircont la predetta quota l'aveva acquistata dalla Clanton Enterprises Limited, società di diritto inglese con sede in Londra, ora estinta, che, a sua volta, aveva acquistato la stessa partecipazione con una scrittura privata autenticata.

La società istante nell'adire il tribunale, lamenta quindi che la cessione della quota parti al 45 % del capitale di Mercatino tra l'ignoto fiduciante di Cofircont e la Clanton sarebbe avvenuta in violazione della clausola di prelazione contenuta nello statuto della medesima Mercatino s.r.l., con la duplice conseguenza che tale trasferimento sarebbe inefficace nei confronti della Mercatino s.r.l. essendo Cofircont priva dei diritti amministrativi connessi alla qualità di socio di Mercatino, ivi compreso quello di chiedere o procedere alla convocazione dell'assemblea dei soci.

La Cofircont, con avviso di convocazione del 30 gennaio 2012, convoca per il successivo 9 febbraio l'assemblea dei soci di Mercatino s.r.l. che in quella occasione procede alla revoca della delibera con la quale erano stati nominati gli amministratori di Mercatino s.r.l., contestualmente, nominando i nuovi amministratori.

Sulla scorta di tali deduzioni, la ricorrente, dopo aver precisato di aver proposto, in esecuzione della clausola arbitrale contenuta nello statuto di Mercatino s.r.l., procedimento arbitrare al fine di far accertare l'invalidità o inesistenza della delibera del 9 febbraio 2012, chiede che venga ordinato in via d'urgenza a Cofircont di non chiedere la trascrizione a libro deci-



sioni dei soci di Mercatino s.r.l. e l'iscrizione nel registro delle imprese della delibera assembleare del 9 febbraio 2012. Il punto centrale della controversia è allora quello relativo all'interpretazione della clausola di prelazione presente nello statuto di Mercatino s.r.l. a tal fine essendo necessario partire dall'esame dei passaggi più rilevanti dell'art. 10 dello statuto di Mercatino s.r.l. i cui primi due commi prevedono che i trasferimenti per atto tra vivi a titolo oneroso delle partecipazioni sociali sono efficaci nei confronti della società e possono essere annotati nel libro soci soltanto se risulta osservato il procedimento descritto nel suddetto articolo, volto a consentire l'esercizio del diritto di prelazione spettante ai soci. Il Tribunale osserva altresì come per trasferimento per atto tra vivi a titolo oneroso ai fini dell'applicazione della stessa norma negoziale citata si intendono compresi tutti i negozi di alienazione, nella più ampia accezione del termine e quindi, oltre alla vendita, a puro titolo esemplificativo, i contratti di permuta, conferimento, dazione in pagamento e ogni altro contratto sinallagmatico anche con prestazione infungibile. Il comma 10.3 dello statuto societario innanzi indicato contiene una dettagliata disciplina delle modalità dell'esercizio del diritto di prelazione e nell'ultimo periodo stabilisce che l'intestazione a società fiduciaria o la reintestazione da parte della stessa, previa esibizione del mandato fiduciario agli effettivi proprietari non è soggetta a quanto disposto dalla clausola negoziale citata.

In realtà, secondo il tribunale, già l'interpretazione di questa parte della clausola statutaria sulla quale parte ricorrente fonda il proprio ragionamento, non può essere condivisa se si considera attentamente la natura del contratto tra fiduciante e società fiduciaria.

Infatti il contratto in forza del quale le società fiduciarie sono abilitate ad assumere l'amministrazione dei beni per conto di terzi è nominato e ad esso è applicabile in via analogica o diretta la disciplina del mandato senza rappresentanza, con la precisazione che i fiduciari sono gli effettivi proprietari dei beni da essi affidati alla società fiduciaria.

Nel caso in cui il fiduciario sia rappresentato da una società fiduciaria, istituzionalmente esercente l'amministrazione di beni per conto terzi, deve applicarsi lo schema della fiducia di tipo germanistico, con la conseguenza che al fiduciario è attribuita non la titolarità ma solo la legittimazione all'esercizio dei diritti connessi alla partecipazione azionaria, in nome proprio ma per conto del fiduciante e quest'ultimo può rivendere la titolarità dei titoli acquistati per suo conto dalla società fiduciaria.

Il Tribunale osserva quindi che, dal momento che il rapporto fiduciario è qualificabile come mandato senza rappresentanza e regola i rapporti interni tra fiduciaria e fiduciante, esso non rileva nei confronti della società e degli altri soci, di cui sia socia la fiduciaria, per i quali il soggetto a cui imputare diritti ed obblighi societari deve essere solo il titolare formale. Se si condivide questa ricostruzione, chiosa il tribunale, risulta pertanto evidente come l'ultimo periodo dell'art. 10 dello statuto, nel sottrarre alla disciplina contenuta nei precedenti commi le ipotesi della intestazione a società fiduciaria e della reintestazione dalla società fiduciaria al fiduciante, non abbia fatto altro che esplicitare ciò che avrebbe potuto essere chiarito comunque in via interpretativa, ossia che in questi casi non vi è alienazione rilevante ai sensi dei primi due commi dell'invocata clausola negoziale in quanto non vi è attribuzione della titolarità effettiva delle quote societarie.

Quanto fin qui detto consente anche di comprendere la *ratio* dell'inciso, presente sempre nell'ultimo periodo dell'art. 10 dello statuto, sulla necessità di esibire il mandato fiduciario.

Innanzitutto tale adempimento è stato previsto per il solo caso di reintestazione delle quote dalla fiduciaria al fiduciante e non anche, contrariamente a quanto sostiene la ricorrente, per ogni vicenda riguardante il rapporto tra fiduciante e fiduciaria. A parere del tribunale, può pertanto affermarsi che, secondo l'accordo sociale, solo il mutamento nella titolarità formale della intestazione delle quote societarie era stato considerato rilevante per la società e gli altri soci, anche se non al fine di ricondurre a tale evenienza il sorgere di un diritto di prelazione in favore degli altri soci. Conseguentemente, il tribunale perviene al rigetto della domanda della società istante, ritenendola infondata alla luce delle suesposte considerazioni.

### I precedenti

Cass., 21 maggio 1999 n. 4943, in *Giust. civ.*, 1999, I, 2635; Cass., 14 ottobre 1997, n. 10031, in questa *Rivista*, 1998, 23, con nota di Carnevali, *Beni amministrati da società fiduciaria e separazione dei patrimoni*.

## Contratti d'impresa

a cura di L. Acciari, M. Bragantini, D. Braghini, E. Grippo,  
P. Iemma, M. Zaccagnini

GIANNI · ORIGONI  
& GRIPPO · CAPPELLI  
PARTNERS

## Contratti di finanziamento bancario, di investimento, assicurativi e derivati

Il volume affronta con approccio sistematico e taglio multidisciplinare tutti gli aspetti relativi ai contratti di finanziamento bancario, di investimento, assicurativi e derivati. In particolare vengono analizzati:

- i **contratti di finanziamento bancario**, inclusi quelli a supporto dell'acquisizione di partecipazioni, dei finanziamenti *corporate*, delle linee di credito per firma e delle altre forme di finanza straordinaria a supporto delle imprese, il credito al consumo e le altre forme di prestiti personali;
- i **contratti di garanzia** in uso nella prassi bancaria (es. pegno, ipoteca, fideiussione, mandato di credito);
- i **contratti di investimento** aventi ad oggetto la prestazione di servizi ed attività di investimento;
- il contratto di assicurazione, inclusi i prodotti finanziari assicurativi e l'intermediazione assicurativa;
- i **contratti derivati** maggiormente utilizzati (es. forward, swap e opzioni).

La Guida è arricchita da clausole contrattuali, *case history*, esempi, casistica, schemi riepilogativi e approfondimenti bibliografici. Un dettagliato indice analitico rende la consultazione estremamente efficace.

Il volume è disponibile anche in formato e-book.



 **IPSOA**  
Gruppo Wolters Kluwer

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

(00116660) Sì, desidero acquistare il volume **Contratti di finanziamento bancario, di investimento, assicurativi e derivati** - Studio legale Gianni - Origoni - Grippo - Cappelli & Partners a € 68,00.

Cognome e Nome \_\_\_\_\_ Azienda/Studio \_\_\_\_\_  
Via \_\_\_\_\_ CAP \_\_\_\_\_  
Città \_\_\_\_\_  
Tel. \_\_\_\_\_ Fax \_\_\_\_\_  
e-mail (obbligatoria): \_\_\_\_\_ Cod. cliente \_\_\_\_\_

Partita IVA \_\_\_\_\_ C.F. \_\_\_\_\_

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

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

Mastercard (16 cifre)  American Express (15 cifre)  VISA (16 cifre)  Diners (14 cifre)

n° \_\_\_\_\_ Data di scadenza \_\_\_\_\_

Nome e indirizzo titolare carta di credito \_\_\_\_\_

Timbro e firma \_\_\_\_\_

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

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

Contratti dei consumatori

# Azione di classe: profili sostanziali

di **Francesco Camilletti**



ISTITUTO PER LO STUDIO E LA DIFFUSIONE DELL'ARBITRATO  
E DEL DIRITTO COMMERCIALE INTERNAZIONALE

Nel presente lavoro viene svolto uno studio della *causae petendi* della nuova azione di classe attraverso l'analisi delle singole categorie di diritti con questa azionabili ex art. 140-bis comma 2 come riformato dal d.l. n. 1 del 2012, conv. con modif. dalla l. n. 27 del 2012 (cd. "Decreto liberalizzazioni"). Per quanto attiene i diritti contrattuali si procede attraverso un tentativo di coordinamento tra la disciplina codicistica e quella consumeristica concentrandosi sul richiamo alle norme ex art. 1341 e 1342 c.c., sull'art. 38 cod. cons. ed infine viene analizzato il nuovo inciso «situazione identica» contenuto nella norma in oggetto. Viene successivamente trattata la categoria dei diritti derivanti da responsabilità del produttore con particolare riferimento ai criteri di imputazione disciplinati dagli artt. 114 ss. cod. cons. Da ultimo vengono trattati i diritti conseguenti a pratiche commerciali scorrette ed i criteri per poterle qualificare tali, ed i diritti conseguenti a comportamenti anticoncorrenziali, con particolare attenzione al rapporto tra la tutela degli interessi dei consumatori e le norme antitrust.

## Introduzione

Il d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, recante «Disposizioni urgenti per la concorrenza, lo sviluppo delle infrastrutture e la competitività» e la relativa legge di conversione 24 marzo 2012, n. 27 ha apportato alcune brevi ma significative modifiche alla disciplina in materia di azione di classe di cui all'art. 140 - bis cod. cons. (d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206) perseguendo, attraverso la disciplina prevista dall'art. 6 (rubricato «Norme per rendere efficace l'azione di classe»), come finalità quella di rendere tale strumento più efficace e di semplificarne il ricorso da parte dei consumatori ed utenti, potenziando pertanto la funzione protezionista della predetta norma (1).

## L'ambito oggettivo di applicazione dell'azione di classe: i diritti individuali omogenei e gli interessi collettivi

L'art 140-bis stabilisce, al comma 1, che possono essere fatti valere mediante l'azione di classe i diritti individuali e omogenei nonché gli interessi collettivi. In proposito si sottolinea come il legislatore, con siffatta innovazione, abbia inteso estendere l'ambito della tutela attuabile attraverso l'azione di classe mediante l'inclusione degli interessi collettivi (2) tra gli interessi oggetto di tutela collettiva, i quali peraltro prima della riforma del 2009 costituivano il "fuoco della circonferenza" del vecchio modello del-

l'azione di classe essendo questi ultimi i soli interessi azionabili mediante il ricorso alla cd *class action*.

L'azione di classe tutela i diritti derivanti da rapporti

### Note:

(1) Cfr. il commento all'art. 6 della Relazione illustrativa al d.l. 24 gennaio 2012 n. 1: l'articolo 6 (Norme per rendere efficace l'azione di classe) interviene sull'articolo 140-bis del decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 206 (Codice del consumo a norma dell'articolo 7 della L. 29 luglio 2003, n. 229). La modifica riguarda l'individuazione dell'ambito della tutela attuabile attraverso l'azione di classe. In luogo del requisito dell'identità del diritto viene previsto quello della omogeneità. Si tratta di una scelta armonica rispetto a quanto stabilito dal primo comma, ove la tutela è riferita ai diritti individuali omogenei dei consumatori e degli utenti. Per altro verso, si è inteso porre rimedio ad una previsione che, come del resto segnalato dalla dottrina più accorta, rischiava di risultare di difficile applicazione e, dunque, in definitiva, contraria alla stessa *ratio legis*. Ciò perché il requisito della identità del diritto, ad una interpretazione rigorosa, può rivelarsi, nei fatti, di ardua configurabilità: si pensi al caso del fallimento di una banca d'affari: ogni consumatore, avendo sottoscritto titoli in tempi diversi, investendo somme diverse, sarebbe titolare di una situazione soggettiva unica e irripetibile. In questa prospettiva sono state apportate modifiche al comma 2, lettera a), sostituendo la parola "identica" con la parola "omogenea" e, coerentemente, alle successive lettere b) e c).

(2) Utilizziamo questa espressione, che pure necessiterebbe di precisazioni, dal momento che l'interesse collettivo, se accogliamo la terminologia proposta da V. Denti, voce *Interessi diffusi*, in *Noviss. Dig.*, App. IV, Torino, 1983, 305 e ss., si caratterizza per il carattere corporativo in senso proprio dell'interesse: ne qual caso l'esperienza di maggior rilievo è senza dubbio quella offerta dall'art. 28 St. lav.; mentre gli interessi legati alla protezione dei consumatori, ed attribuiti ad un ente esponenziale, quali quelli contemplati nell'art. 2 cod. cons., apparterrebbero piuttosto al novero degli interessi diffusi.

giuridici contrattuali, da responsabilità (anche aquiliana) del produttore, ovvero da pratiche commerciali scorrette e da comportamenti anticoncorrenziali (3). È d'uopo soffermarsi brevemente su ciascuna di queste categorie di rapporti.

### **I diritti azionabili: a) i diritti contrattuali b) i diritti derivanti da responsabilità del produttore c) i diritti conseguenti a pratiche commerciali scorrette e comportamenti anticoncorrenziali.**

#### **a) i diritti contrattuali**

La prima categoria riguarda «i diritti contrattuali di una pluralità di consumatori e utenti che versano nei confronti di una stessa impresa in situazione omogenea, inclusi i diritti relativi a contratti stipulati ai sensi degli artt. 1341 e 1342 del codice civile».

I diritti cui il legislatore fa riferimento sono i diritti contrattuali, ossia i diritti che derivano da fonte contrattuale, quindi da un vincolo pattizio istituito tra consumatore e professionista. L'azione di classe tutela tali diritti, inclusi quelli relativi ai contratti stipulati ai sensi dell'art. 1342 c.c., e quelli relativi all'art. 1341 c.c. (4) Ad avviso di chi scrive il duplice richiamo operato dalla norma alla disciplina codicistica in materia di condizioni generali del contratto e di contratto concluso mediante moduli e formulari, risulta un "fuor d'opera", dal momento in cui, una volta entrato in vigore il Codice del Consumo, la disciplina generale del contratto trova applicazione unicamente per quei contratti tra due parti soggettivamente omogenee; sarebbe stato più corretto un richiamo alla disciplina contenuta negli artt. 33 ss. cod. cons., che si applica ai contratti conclusi fra parti aventi uno *status* soggettivo diverso.

Ad ogni modo, nonostante il secondo comma non menzioni, a proposito dei "diritti contrattuali", la disciplina contenuta nel Codice del Consumo, si deve ritenere che la fonte contrattuale primaria sia rappresentata dai contratti del consumatore, e quindi dalle norme che ad essi si applicano. L'inciso «inclusi i diritti relativi a contratti stipulati ai sensi degli artt. 1341 e 1342 del codice civile», è da ritenersi integrativo. La conoscibilità delle condizioni generali di contratto ex art. 1341 comma 1 c.c. e la prevalenza delle clausole aggiunte su quelle predisposte in moduli o formulari ex art. 1342 c.c. ampliano, in quanto possibile, l'ambito di tutela assicurato dalle disposizioni contenute nel Codice del Consumo. Altro spunto di riflessione è dato dalla circostanza che l'art. 38 cod. cons. opera un richiamo alla disciplina del codice civile, laddove dispone che «ai contratti conclusi tra il

consumatore ed il professionista si applicano le disposizioni del codice civile». Si può ritenere dunque, quantomeno in linea di principio, che, nonostante i diritti contrattuali che si possono far valere con l'azione di classe debbano essere vantati da una «pluralità di consumatori che versano (...) in situazione omogenea», sarebbero altresì prospettabili azioni di adempimento, di risoluzione, di risarcimento del danno (5). Per quanto attiene al profilo squisitamente soggettivo, la norma ha precisato che il titolare di tali diritti deve essere costituito da una classe di soggetti, ossia da una pluralità di consumatori e di utenti che si devono trovare però, nei confronti dell'impresa, in una situazione "omogenea".

È proprio in relazione all'espressione "situazione omogenea" che si sostanzia la più rilevante modifica apportata dalla riforma introdotta con il d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, tramite la quale il legislatore ha provveduto ad espungere dal dettato normativo dell'art. 140-bis il più rigido riferimento alla "situazione

#### **Note:**

(3) Il comma 2 dell'art 140-bis come novellato dell'art. 6 d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, dispone «L'azione di classe ha per oggetto l'accertamento della responsabilità e la condanna al risarcimento del danno e alle restituzioni in favore degli utenti consumatori. L'azione tutela: a) i diritti contrattuali di una pluralità di consumatori e utenti che versano nei confronti di una stessa impresa in situazione omogenea inclusi i diritti relativi a contratti stipulati ai sensi degli articoli 1341 e 1342 del codice civile; b) i diritti omogenei spettanti ai consumatori finali di un determinato prodotto o servizio nei confronti del relativo produttore anche a prescindere da un diretto rapporto contrattuale; c) i diritti omogenei al ristoro del pregiudizio derivante agli stessi consumatori e utenti da pratiche commerciali, scorrette o da comportamenti anticoncorrenziali».

(4) Cfr. P. Fiorio, *L'azione di classe nel nuovo art. 140-bis e gli obiettivi di deterrenza e di accesso alla giustizia dei consumatori*, in *www.lcaso.it*, II, 172/2009, 29 secondo cui: «L'eliminazione della restrizione dell'azione ai soli rapporti contrattuali di cui all'art 1342 c.c., è certamente positiva ed è idonea ad eliminare un'ingiustificabile disparità di trattamento rispetto ai consumatori a prescindere dalle modalità di conclusione del contratto». In questo senso si esprime anche S.L. Benvenuto, *Oggetto della tutela*, in *Guida dir.*, 2010, I, 41, che ritiene che «il legislatore ha voluto rimarcare l'inclusione delle ipotesi ex artt. 1341 e 1342 c.c. in quanto in entrambe le ipotesi si risorge con maggiore forza l'esigenza di tutelare il contraente debole nell'ambito di quella che è stata definita contrattazione asimmetrica». Di segno diverso si veda F. Camilletti, *Il nuovo art. 140-bis del Codice del Consumo e l'azione di classe*, in questa *Rivista*, 2009, 1180.

(5) cfr. G. Alpa, *L'art. 140-bis del codice del consumo nella prospettiva del diritto privato*, in *Riv. Trim. dir. proc. civ.*, 2010, 2, 379, il quale si pone numerosi interrogativi al riguardo, in particolare ritenendosi esercitabili azioni di adempimento, di risoluzione, di risarcimento del danno: «si può pensare anche all'azione di nullità prevista dall'art. 36 cod. cons., che è una azione di accertamento cui consegue però la restituzione? Oppure si può pensare ad una nullità dichiarata incidentalmente con condanna al risarcimento del danno ex art. 1338 c.c., oppure ad un risarcimento del danno per violazione della correttezza e buona fede? E come si devono intendere i rimedi collegati con le garanzie nella vendita? O si deve pensare che la normativa riguardi solo i contratti redatti per iscritto e le singole clausole che essi contengono?».



identica” in cui doveva versare la classe al fine di poter promuovere un’azione collettiva (*recte* un azione di classe) contro una stessa impresa.

Il requisito della omogeneità dei diritti azionabili risponde e risolve i problemi interpretativi e sistematici che la vecchia formulazione “situazioni identiche” comportava, accogliendo e trasfondendo sul piano normativo le numerose critiche formulate a tale espressione da gran parte della dottrina (6). Ed invero la formulazione in oggetto permette di superare la problematica della difficile configurabilità nella realtà di due situazioni identiche (come previsto nella previgente formulazione dell’art. 140-*bis*), ed inoltre, appare più coerente da un punto di vista sistematico con l’intero corpo della norma, ove al primo comma disciplina la tutela dei diritti individuali omogenei dei consumatori e degli utenti, senza alcun riferimento al requisito dell’identità.

Si aggiunga che nel perseguimento dell’obiettivo di rendere efficace l’azione di classe, il requisito della omogeneità della situazione contrattuale ben si presta per la sua ampiezza e genericità ad una interpretazione estensiva, attraverso la quale, come è auspicabile, la giurisprudenza potrà dilatare il novero delle situazioni individuali tutelabili attraverso il ricorso all’azione *de qua* e così potenziarne l’efficacia ed il potere deterrente.

### **b) i diritti derivanti da responsabilità del produttore**

La seconda categoria riguarda «i diritti omogenei spettanti ai consumatori finali di un determinato prodotto o servizio nei confronti del relativo produttore, anche a prescindere da un diretto rapporto contrattuale».

L’azione collettiva risarcitoria faceva genericamente riferimento agli atti illeciti extracontrattuali, mentre la nuova azione di classe circoscrive i tipi di illeciti aquiliani per i quali è ammissibile la tutela ex art. 140-*bis* riferendosi ai soli diritti al risarcimento del danno che un consumatore subisce da un prodotto. Essa è diretta a tutelare i consumatori e gli utenti tutte le volte in cui il rapporto commerciale con il produttore non si sia ancora concluso con la stipula del contratto (7), oppure nelle ipotesi in cui il danno sia la conseguenza indiretta della fornitura di un bene o di un servizio e sia, per questo, svincolato dalla violazione di previsioni *ex contractu*.

La *product liability* è disciplinata dagli artt. 114 ss. cod. cons. e la responsabilità del produttore è extracontrattuale di natura oggettiva. Essa si basa quindi su un criterio di imputazione diverso dalla colpa, criterio che richiede, ai fini della responsabilità, la sus-

sistenza del solo nesso eziologico tra il fatto proprio e l’altrui evento dannoso.

La responsabilità individuata dagli artt. 114 ss. può dare origine ad un’azione di classe, purché gli effetti della lesione siano prodotti nei confronti di una molteplicità di soggetti che, pur non essendo acquirenti del bene, ma solo utilizzatori occasionali, agiscono comunque per scopi estranei alla attività imprenditoriale o professionale eventualmente esercitata.

Nei casi di azione di classe esercitata per il risarcimento del danno da prodotto difettoso, l’attore e ciascun aderente dovranno dimostrare, ex art. 120 cod. cons. (8), il difetto, il danno e il nesso causale tra difetto e danno (9).

### **c) i diritti conseguenti a pratiche commerciali scorrette e comportamenti anticoncorrenziali**

La terza e ultima categoria riguarda i “diritti omogenei al ristoro del pregiudizio derivanti agli stessi consumatori e utenti da pratiche commerciali scorrette o da comportamenti anticoncorrenziali”. A ben vedere, nonostante sia identificato come un unico raggruppamento di diritti, il paragrafo sub c) raggruppa due distinte tipologie di diritti: da un lato quelle situazioni giuridiche soggettive lese da pratiche commerciali scorrette; dall’altro quei diritti dei danneggiati da comportamenti anticoncorrenziali.

Per quanto riguarda la prima categoria, si osserva che come pratica scorretta debba intendersi quella pratica commerciale che risulti adottata in spregio ai principi di diligenza professionale, «falsa o idonea a falsare in

#### **Note:**

(6) Cfr. F. Camilletti, *Il nuovo art. 140 - bis codice del consumo: l’azione di classe*, in questa *Rivista*, 2009, 1180 il quale ritiene che il rischio di tale formulazione è che essa, per sua stessa natura, si presti ad una interpretazione a tal punto rigida da poter diventare ostacolo di difficile superamento per i consumatori che volessero ottenere tutela mediante l’azione di classe; considerando che, in concreto, difficilmente ricorrono due situazioni formalmente e sostanzialmente identiche. Si aggiunga che il requisito dell’identità della situazione contrattuale o dei diritti dei consumatori, oltre a non essere mai stato utilizzato dal legislatore, pare poco coerente avendo riguardo al generale panorama legislativo degli altri ordinamenti che hanno introdotto strumenti risarcitori collettivi, nei quali non è ravvisabile una simile disposizione.

(7) Cfr. G. Alpa, *L’azione collettiva risarcitoria - Alcune osservazioni di diritto sostanziale*, in questa *Rivista*, 2008, 551, il quale ritiene che, per quanto riguarda gli illeciti da danno ambientale, l’azione collettiva risarcitoria possa comunque trovare applicazione, passando mediante i contratti stipulati con moduli o formulari.

(8) Il comma 1 di tale norma, rubricata “Prova”, dispone: «1. Il danneggiato deve provare il difetto, il danno, e la connessione causale tra difetto e danno».

(9) Sembra prevedibile immaginare che gli aderenti incontreranno non secondarie difficoltà nel dimostrare gli elementi della responsabilità aquiliana del produttore per prodotti difettosi.

*misura apprezzabile il comportamento economico, in relazione al prodotto, del consumatore medio che essa raggiunge o al quale è diretta o del membro medio di un gruppo qualora la pratica commerciale sia diretta ad un determinato gruppo di consumatori» (10).*

Al fine di accertare se una pratica commerciale sia scorretta sarà necessario verificare se questa rientra nelle ipotesi di cui agli artt. 23 (11) e 26 (12) cod.

### Note:

(10) Cfr. artt. 20 comma 2 cod. cons., come riformato dal d.lgs. 221 del 2007. Per comprendere cosa intenda il legislatore per pratiche commerciali scorrette, deve essere effettuato un richiamo alla norma comunitaria che, per la prima volta, le ha disciplinate, ossia la Direttiva 2005/29/CE, dell'11 maggio 2005: secondo tale disciplina il legislatore europeo intende perseguire lo sviluppo, in modo tale da promuovere le pratiche commerciali leali nello spazio senza frontiere interne, in modo da promuovere le attività transfrontaliere. Gli artt. 18 e 20 cod. cons. sono l'espressione dell'avvenuto recepimento nel nostro ordinamento di tale direttiva. La prima delle due norme chiarisce che per pratiche commerciali scorrette deve intendersi «qualsiasi azione, omissione, condotta o dichiarazione, comunicazione commerciale ivi compresa la pubblicità e la commercializzazione del prodotto, posta in essere da un professionista, in relazione alla promozione, vendita o fornitura di un prodotto ai consumatori». L'art. 20 cod. cons., inoltre, qualifica scorretta anche la pratica commerciale aggressiva, cioè la pratica commerciale «che, nella fattispecie concreta, tenuto conto di tutte le caratteristiche e circostanze del caso, mediante molestie, coercizione, compreso il ricorso alla forza fisica o indebito condizionamento, limita o è idonea a limitare considerevolmente la libertà di scelta o di comportamento del consumatore medio in relazione al prodotto e, pertanto, lo induce o è idonea ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso».

(11) L'art. 23, rubricato «Pratiche commerciali considerate in ogni caso ingannevoli», dispone che: «Pratiche commerciali considerate in ogni caso ingannevoli. Sono considerate in ogni caso ingannevoli le seguenti pratiche commerciali: a) affermazione non rispondente al vero, da parte di un professionista, di essere firmatario di un codice di condotta; b) esibire un marchio di fiducia, un marchio di qualità o un marchio equivalente senza aver ottenuto la necessaria autorizzazione; c) asserire, contrariamente al vero, che un codice di condotta ha l'approvazione di un organismo pubblico o di altra natura; d) asserire, contrariamente al vero, che un professionista, le sue pratiche commerciali o un suo prodotto sono stati autorizzati, accettati o approvati da un organismo pubblico o privato o che sono state rispettate le condizioni dell'autorizzazione, dell'accettazione o dell'approvazione ricevuta; e) invitare all'acquisto di prodotti ad un determinato prezzo senza rivelare l'esistenza di ragionevoli motivi che il professionista può avere per ritenere che non sarà in grado di fornire o di far fornire da un altro professionista quei prodotti o prodotti equivalenti a quel prezzo entro un periodo e in quantità ragionevoli in rapporto al prodotto, all'entità della pubblicità fatta del prodotto e al prezzo offerti; j) invitare all'acquisto di prodotti ad un determinato prezzo e successivamente; i) rifiutare di mostrare l'articolo pubblicizzato ai consumatori, oppure 2) rifiutare di accettare ordini per l'articolo o di consegnarlo entro un periodo di tempo ragionevole, oppure 3) fare la dimostrazione dell'articolo con un campione difettoso, con l'intenzione di promuovere un altro prodotto; g) dichiarare, contrariamente al vero, che il prodotto sarà disponibile solo per un periodo molto limitato o che sarà disponibile solo a condizioni particolari per un periodo di tempo molto limitato, in modo da ottenere una decisione immediata e privare i consumatori della possibilità o del tempo sufficiente per prendere una decisione consapevole; h) impegnarsi a fornire l'assistenza post-vendita a consumatori con i quali il pro-

fessionista ha comunicato prima dell'operazione commerciale in una lingua diversa dalla lingua ufficiale dello Stato membro in cui il professionista è stabilito e poi offrire concretamente tale servizio soltanto in un'altra lingua, senza che questo sia chiaramente comunicato al consumatore prima del suo impegno a concludere l'operazione; i) affermare, contrariamente al vero, o generare comunque l'impressione che la vendita del prodotto è lecita; l) presentare i diritti conferiti ai consumatori dalla legge come una caratteristica propria dell'offerta fatta dal professionista; m) salvo quanto previsto dal decreto legislativo 31 luglio 2005, n. 177, e successive modificazioni, impiegare contenuti redazionali nei mezzi di comunicazione per promuovere un prodotto, qualora i costi di tale promozione siano stati sostenuti dal professionista senza che ciò emerga dai contenuti o da immagini o suoni chiaramente individuabili per il consumatore; n) formulare affermazioni di fatto inesatte per quanto riguarda la natura e la portata dei rischi per la sicurezza personale del consumatore o della sua famiglia se egli non acquistasse il prodotto; o) promuovere un prodotto simile a quello fabbricato da un altro produttore in modo tale da fuorviare deliberatamente il consumatore inducendolo a ritenere, contrariamente al vero, che il prodotto è fabbricato dallo stesso produttore; p) avviare, gestire o promuovere un sistema di promozione a carattere piramidale nel quale il consumatore fornisce un contributo in cambio della possibilità di ricevere un corrispettivo derivante principalmente dall'entrata di altri consumatori nel sistema piuttosto che dalla vendita o dal consumo di prodotti; q) affermare, contrariamente al vero, che il professionista è in procinto di cessare l'attività o traslocare; r) affermare che alcuni prodotti possono facilitare la vincita in giochi basati sulla sorte; s) affermare, contrariamente al vero, che un prodotto ha la capacità di curare malattie, disfunzioni o malformazioni; t) comunicare informazioni inesatte sulle condizioni di mercato o sulla possibilità di ottenere il prodotto allo scopo d'indurre il consumatore all'acquisto a condizioni meno favorevoli di quelle normali di mercato; u) affermare in una pratica commerciale che si organizzano concorsi o promozioni a premi senza attribuire i premi descritti o un equivalente ragionevole; v) descrivere un prodotto come gratuito o senza alcun onere, se il consumatore deve pagare un supplemento di prezzo rispetto al normale costo necessario per rispondere alla pratica commerciale e ritirare o farsi recapitare il prodotto; z) includere nel materiale promozionale una fattura o analoga richiesta di pagamento che lasci intendere, contrariamente al vero, al consumatore di aver già ordinato il prodotto; aa) dichiarare o lasciare intendere, contrariamente al vero, che il professionista non agisce nel quadro della sua attività commerciale, industriale, artigianale o professionale, o presentarsi contrariamente al vero, come consumatore; bb) lasciare intendere, contrariamente al vero, che i servizi post-vendita relativi a un prodotto sono disponibili in uno Stato membro diverso da quello in cui è venduto il prodotto».

(12) L'art. 26, rubricato «Pratiche commerciali considerate in ogni caso aggressive», prevede che: «1. Sono considerate in ogni caso aggressive le seguenti pratiche commerciali: a) creare l'impressione che il consumatore non possa lasciare i locali commerciali fino alla conclusione del contratto; b) effettuare visite presso l'abitazione del consumatore, ignorando gli inviti del consumatore a lasciare la sua residenza o a non ritornarvi, fuorché nelle circostanze e nella misura in cui siano giustificate dalla legge nazionale ai fini dell'esecuzione di un'obbligazione contrattuale; c) effettuare ripetute e non richieste sollecitazioni commerciali per telefono, via fax, per posta elettronica o mediante altro mezzo di comunicazione a distanza, fuorché nelle circostanze e nella misura in cui siano giustificate dalla legge nazionale ai fini dell'esecuzione di un'obbligazione contrattuale fatti salvi l'articolo 58 e l'articolo 130 del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196; d) imporre al consumatore che intenda presentare una richiesta di risarcimento del danno in virtù di una polizza di assicurazione di esibire documenti che non possono ragionevolmente essere considerati pertinenti per stabilire la fondatezza della richiesta o omettere sistematicamente di rispondere alla relativa corrispondenza al fine di dissuadere un consu-

(segue)

cons.: qualora rientri, essa sarà qualificata necessariamente scorretta; in caso contrario, l'indagine, dovrà spingersi oltre, per accertare se rientri nella figura dell'azione od omissione ingannevole (artt. 21 e 22 cod. cons.), in quella della pratica aggressiva (ex artt. 24 e 25 cod. cons.), ovvero, da ultimo, nell'ambito della clausola generale di cui all'art 20 comma 2 cod. cons. La tutela che il nostro legislatore predispone per fare fronte a tali pratiche commerciali è di due tipi: amministrativa e giurisdizionale.

Per quanto riguarda la tutela amministrativa, l'autorità competente in materia è l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato che, esercitando i poteri investigativi, istruttori e sanzionatori che le sono stati conferiti, può disporre la cessazione della prosecuzione della pratica commerciale scorretta (13), ovvero applicare sanzioni pecuniarie nel caso di inosservanza a quanto dalla stessa espressamente esposto. È tuttavia nell'ambito della tutela giurisdizionale che si inserisce la disciplina contenuta nell'art 140-bis cod. cons., in cui il legislatore riconosce in capo ai consumatori e utenti il diritto di richiedere l'accertamento della violazione, il risarcimento del danno oltre alle eventuali restituzioni.

La seconda sottocategoria presa in esame dalla lett. c del comma 2 dell'art 140-bis disciplina i diritti che vengono danneggiati dai comportamenti posti in violazione della normativa antitrust (l. n. 287, 10 ottobre 1990), nonché delle normative sulla pubblicità, anche nelle forme della pubblicità comparativa ed ingannevole (d.lgs. 2 agosto 2007, n. 145).

In particolare, l'art 2 l. n. 287 del 1990, in conformità a quanto previsto dall'art. 81 del Trattato CE, vieta gli accordi tra imprese «che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare in maniera consistente il gioco della concorrenza all'interno del mercato negoziale o in una sua parte rilevante». Va precisato che, ai fini dell'applicazione del divieto, nel concetto di intesa rientrano gli accordi tra imprese, le pratiche concordate, nonché le deliberazioni di consorzi, associazioni di imprese ed altri analoghi organismi.

A tal proposito, va rilevato come da tempo la giurisprudenza (14) abbia stabilito che la violazione delle norme poste a tutela della libertà di concorrenza integri un danno ingiusto ai sensi dell'art. 2043 c.c., ragion per cui il consumatore finale che viene danneggiato da un "cartello" tra imprese, può esercitare l'azione di accertamento della nullità dell'intesa e di risarcimento del danno.

Nella categoria dei comportamenti anticoncorrenziali si ricollega anche l'abuso di posizione dominante, ossia l'illecito sfruttamento della situazione di forza economica dell'impresa, in virtù della quale si

impedisce ad altre imprese di operare in regime di libera concorrenza del mercato. Anche in questo caso la normativa italiana ha preso spunto dall'art. 82 del Trattato CE, indicando all'uopo in modo esemplificativo tutti quei comportamenti vietati che possono entrare in tale fattispecie.

Da ultimo va osservato come, secondo un orientamento dottrinario (15), gli interessi dei consumatori non rientrano nell'alveo di tutela delle norme antitrust per una pluralità di ragioni: innanzitutto perché la legge antitrust avrebbe solo la funzione di regolare i poteri economici; in secondo luogo perché questa disciplina dovrebbe tutelare solo le piccole imprese contro le grandi; in ultima analisi poiché, al pari delle norme in tema di concorrenza sleale, essa tutelerebbe in via diretta la posizione degli imprenditori e in via solamente indiretta quella dei consumatori.

Secondo diverso orientamento dottrinario (16) invece, la legge antitrust per un verso non è solo legge degli imprenditori, ma di tutti i protagonisti del mercato, ossia di chiunque abbia interesse alla conservazione del proprio carattere competitivo; per altro è concepita come uno strumento di libertà, nelle varie forme della libertà di impresa, di libertà dei consumatori, e di libertà dei cittadini.

## Note:

(continua nota 12)

mature dall'esercizio dei suoi diritti contrattuali; e) salvo quanto previsto dal decreto legislativo 31 luglio 2005 n. 177 e successive modificazioni includere in un messaggio pubblicitario un'esortazione diretta ai bambini affinché acquistino o convincano i genitori o altri adulti ad acquistare loro prodotti reclamizzati; f) esigere il pagamento immediato o differito o la restituzione o la custodia di prodotti che il professionista ha fornito, ma che il consumatore non ha richiesto, salvo quanto previsto dall'articolo 54, comma 2, secondo periodo; g) informare esplicitamente il consumatore che, se non acquista il prodotto o il servizio saranno in pericolo il lavoro o la sussistenza del professionista; h) lasciare intendere, contrariamente al vero, che il consumatore abbia già vinto, vincerà o potrà vincere compiendo una determinata azione un premio o una vincita equivalente, mentre in effetti non esiste alcun premio né vincita equivalente oppure che qualsiasi azione volta a reclamare il premio o altra vincita equivalente è subordinata al versamento di denaro o a sostenimento di costi da parte del consumatore.

(13) In questo caso adotterebbe provvedimenti di natura inibitoria, con cui imporre l'eliminazione degli effetti e pubblicando il relativo provvedimento.

(14) Cfr. Cass. 23 agosto 2005 n. 17112, in *Obblig. e contr.*, 2006, 1, 68; Cass. 21 luglio 2005 n. 15337, in *Impresa*, 2006, 3, 488; Cass., Sez. Un., 4 febbraio 2005 n. 2207, in *Giur. it.*, 2005, 1675. In senso contrario Cass. 9 dicembre 2002, n. 17475, in *Danno e resp.*, 2003, 390, con nota di C. Bastianon.

(15) P. Cassinis-P. Fattori, *Disciplina antitrust, funzionamento del mercato e interessi dei consumatori*, in AA.VV., *I diritti dei consumatori e degli utenti*, a cura di G. Alpa-V. Levi, Milano, 2001, 185.

(16) R. Pardolesi, *Cartello e contratti dei consumatori: da Leibniz a Sansone?*, in *Foro it.*, 2004, 1, 469.



Intermediazione finanziaria

# Mancanza di forma *ad substantiam* ex art. 23 T.U.F.

di Luca Dambrosio

L'art. 23 comma 1 T.U.F. impone la forma scritta *ad substantiam* del "contratto di negoziazione". Dalla validità del contratto dipende quella di tutti gli ordini, rispetto ai quali sarà esperibile da entrambe le parti l'azione di ripetizione. Al contrario, secondo una rilevante parte della giurisprudenza, l'intermediario non ha diritto alla ripetizione delle operazioni che hanno generato una plusvalenza in capo al risparmiatore, che ha esercitato l'azione di nullità per mancanza di forma del contratto, ma che ha limitato la ripetizione ai soli acquisti pregiudicanti. Questa tesi non è stata approfondita in dottrina ed è espressa in giurisprudenza in modo apodittico. Il presente saggio si propone di dimostrare che l'orientamento non è convincente e che la ripetizione ha luogo come di regola. E che è allora superflua la tesi dell'eccezione di dolo generale, finalizzata a paralizzare la domanda selettiva di ripetizione degli ordini proposta dal risparmiatore.

## Premessa

L'art. 23 comma 1 T.U.F. impone la forma scritta *ad substantiam* del "contratto di negoziazione". La nullità è rilevabile solo dal cliente (terzo comma), in deroga dell'art. 1421 c.c. come possibile ("Salvo diverse disposizioni di legge ...») (1).

L'analisi della ripetizione delle prestazioni intervenute (2), al di là della loro natura di atti esecutivi di un mandato o negozi autonomi (3), pone i seguenti temi:

se nel frangente di inosservanza della forma scritta, il contratto di negoziazione sia nullo od inesistente o comunque dipenda dalle singole fattispecie, con l'effetto che nel primo caso la nullità è rilevabile solo dall'investitore, mentre nel secondo da chiunque vi abbia interesse, pertanto anche dalla banca, che potrebbe avvalersene per rovesciare l'esito del processo, ove il risparmiatore avesse impugnato una operazione "in perdita" a fronte di molteplici operazioni "in attivo";

se, a fronte della nullità del contratto, l'intermediario abbia diritto alla ripetizione delle operazioni che hanno generato una plusvalenza in capo al risparmiatore che ha invece limitato l'azione ripetitiva agli acquisti pregiudicanti;

se, posto che il rapporto giuridico tra cliente e banca si protrae nel tempo, sia accoglibile la dottrina che sostiene - in generale - che la nullità dei contratti ad esecuzione continuata o periodica non comporti la ripetizione delle prestazioni già eseguite, analogamente a quanto avviene nella risoluzione

per inadempimento (art. 1458 c.c.) e - testualmente - per la nullità, ad esempio, ex art. 2126 c.c.; se, nel frangente di nullità, gli ordini del cliente possano costituire convalida del negozio nullo o gli sia comunque opponibile l'*exceptio doli generalis*; se trovi applicazione l'art. 2038 c.c. in ragione della natura fungibile o meno dei prodotti finanziari.

## Note:

(1) Per una raccolta delle sentenze in tema di forma ex art. 23 si può consultare M.G. Baratella, *La forma scritta e i c.d. contratti di intermediazione finanziaria nella ricostruzione giurisprudenziale*, in *Resp. civ.*, 2010, 688. A proposito della ripetizione delle prestazioni nei servizi di investimento A. Perrone, *Servizi di investimento e violazione delle regole di condotta*, in *Riv. soc.*, 2005, 1015; M. Maggiolo, *Tutela restitutoria e tutela risarcitoria nelle prestazioni dei servizi di investimento*, in *Giur. comm.*, 2010, I, 496. Al riguardo degli istituti di parte generale quali la nullità, l'annullabilità, la ripetizione si avverte che le citazioni saranno fatte senza pretesa di completezza. Qui ci proponiamo di analizzare la ripetizione nel frangente di nullità ex art. 23 T.U.F. partendo da un approccio civilistico e non limitato alla normativa finanziaria. Cfr. sulla relazione tra le due discipline V. Roppo, *La tutela del risparmiatore tra nullità, risoluzione e risarcimento (ovvero, l'ambaradan dei rimedi contrattuali)*, in *Contr. e impr.*, 2005, 896; D. Maffeis, *La natura e la struttura dei contratti di investimento*, in *www.lcaso.it*, II, 158/2009; L. Roppo, *Il contratto del duemila*, Torino, 2002; A. Gentili, *Inadempimento dell'intermediario e vizi genetici dei contratti di investimento*, in *Riv. dir. priv.*, 2009, 23.

(2) Il risparmiatore dovrebbe peraltro attaccare, e ci pare non sia fatto nella prassi, anche il contratto collegato di deposito per farlo dichiarare nullo e condannare la controparte alla restituzione del compenso di custodia. In relazione ad investimenti davvero ingenti, le somme sono tutt'altro che irrilevanti.

(3) Cfr. F. Galgano, *I contratti di investimento e gli ordini dell'intermediario*, in *Contr. e impr.*, 2005, 889; V. Roppo, *La tutela*, cit.



### Inesistenza, nullità ed impossibilità di convalida del contratto di negoziazione

L'art. 37 Regolamento Consob n. 16190 del 29 ottobre 2007 (che ha sostituito l'art. 30 Regolamento Consob n. 11552 del 1 luglio 1998) definisce il contenuto del contratto relativo ai servizi di investimento, che l'art. 23 non indica (4): «1 - Gli intermediari forniscono a clienti al dettaglio i propri servizi di investimento, diversi dalla consulenza in materia di investimenti, sulla base di un apposito contratto scritto; una copia di tale contratto è consegnata al cliente (5). - 2 - Il contratto: a) specifica i servizi forniti e le loro caratteristiche, indicando il contenuto delle prestazioni dovute e delle tipologie di strumenti finanziari e di operazioni interessate; b) stabilisce il periodo di efficacia e le modalità di rinnovo del contratto, nonché le modalità da adottare per le modificazioni del contratto stesso; c) indica le modalità attraverso cui il cliente può impartire ordini e istruzioni; d) prevede la frequenza, il tipo e i contenuti della documentazione da fornire al cliente a rendiconto dell'attività svolta; e) indica e disciplina, nei rapporti di esecuzione degli ordini dei clienti, di ricezione e trasmissione di ordini, nonché di gestione di portafogli, la soglia delle perdite, nel caso di posizioni aperte scoperte su operazioni che possano determinare passività effettive o potenziali superiori al costo di acquisto degli strumenti finanziari, oltre la quale è prevista la comunicazione al cliente; f) indica le remunerazioni spettanti all'intermediario o i criteri oggettivi per la loro remunerazione, specificando le relative modalità di percezione e, ove non diversamente comunicati, gli incentivi ricevuti in conformità dell'art. 52; g) indica se e con quali modalità e contenuti in connessione con il servizio di investimento può essere prestata la consulenza in materia di investimenti; h) indica le altre condizioni contrattuali convenute con l'investitore per la prestazione del servizio; i) indica le eventuali procedure di conciliazione e arbitrato per la risoluzione stragiudiziale di controversie, definite ai sensi dell'art. 32-ter del Testo Unico. 3. Le disposizioni di cui al presente articolo si applicano al servizio accessorio di concessione di finanziamenti agli investitori» (cfr. anche gli ulteriori requisiti di cui all'art. 38).

Si è statuito che «... il contratto quadro non c'era. Ne consegue, ex art. 23 TUF, che "il contratto è nullo" e la nullità, non può riguardare un contratto che non c'è, quanto piuttosto quell'atto negoziale col quale si è dato corso all'ordine, ossia la vendita ... ovvero la commissione» (6)

Ora, l'art. 37 cit. consacra alla forma scritta molteplici e rilevanti pattuizioni (7), le quali - in sua assenza - non sono storicamente concordate tra le parti, di talché è da chiedersi, se si ammette la figura del negozio inesistente (8), se - oltre all'adempimento solenne - non manchi del tutto anche il contratto e, dunque, se lo stralcio di motivazione riportato non contenga un'intuizione da collegare espressamente all'art. 37, con contestabilità dell'inesistenza da parte di chiunque vi abbia interesse e non solo dall'investitore ed apertura di un involontario *vulnus* nella tutela di cui all'art. 23.

La questione non è di poco conto, poiché l'intermediario, laddove il risparmiatore avesse tratto dal complesso degli investimenti una plusvalenza, po-

#### Note:

(4) Sulla relazione tra la fonte primaria (art. 23) e quella secondaria (regolamento Consob) cfr. G. De Nova, *La forma dei contratti finanziari*, in *I servizi del mercato finanziario*, Milano, 2009, 87 ora in G. De Nova, *Il contratto. Dal contratto atipico al contratto alieno*, Cedam, 2011, 477 il quale rinvia a R. Lener, *Forma contrattuale e tutela del contraente "non qualificato" nel mercato finanziario*, Milano, 1996, 12. Si vedano anche sulle forme di protezione in generale R. De Rosa, *L'analisi funzionale della forma*, Milano, 2011, pg. 99; E. Fazio, *Dalla forma alle forme. Struttura e funzione del neoformalismo negoziale*, Milano, 2011, 84, 127, 163.

(5) Sul tema della consegna cfr. D. Di Sabato, *Il documento contrattuale*, Milano, 1998, pg. 134; L. Modica, *Vincoli di forma e disciplina del contratto. Dal negozio solenne al nuovo formalismo*, Milano, 2008, pg. 191.

(6) Trib. Milano 11 aprile 2008 in *ILCaso.it*, Sez. I, 1648/2008. Cfr. al riguardo di asseriti patti parasociali del caso Unipol-BNL App. Bologna 27 gennaio 2010 in *Le società*, 2010, 589, con nota F. Venturini.

(7) Per dare l'idea della loro importanza, l'abbiamo riportato per esteso.

Riteniamo che il contratto quadro debba indicare l'intero contenuto imposto dall'art. 37, senza che possa avere rilevanza la distinzione tra elementi essenziali (art. 1325 cod.civ.) o meno (cfr. in relazione in genere ai negozi con forma solenne A. Lisserre e A. Jarah, *Il contratto in generale* in *Trattato di diritto privato diretto da M. Bessone*, XIII, 3, a cura di G. Alpa, U. Breccia, A. Lisserre, Torino, 1999, 422).

(8) La giurisprudenza ha fatto ampia applicazione del negozio inesistente in relazione alle delibere assembleari a suo parere non riconducibili alle fattispecie di cui agli artt. 2377 e 2379 cod.civ.; la riforma del diritto societario ha integrato l'art. 2379 tentando di assorbire l'area dell'inesistenza in quella della nullità (cfr., ad esempio, L. Renna, *L'invalidità delle delibere assembleari di società per azioni: aporie del sistema e tramonto della categoria dell'inesistenza*, in *Contratto e impresa*, 2011, 852; A. Spena, *op. cit.*, 369 e D. Spagnuolo, *op. cit.*, 345 in *La riforma delle società, Società per azioni. Società in accomandita per azioni*, 1, a cura di M. Sandulli e V. Santoro, Torino, 2003, 369. Sui rapporti tra nullità ed inesistenza del contratto cfr., ad esempio, A. Di Majo, *Il contratto in generale* in *Trattato di diritto privato diretto da M. Bessone*, XIII, 3, a cura di A. Di Majo, G.B. Ferri, M. Franzoni, Torino, 2002, 49. Per un'esposizione delle varie opinioni sul contratto inesistente, cfr. F. Di Marzio, *Le nullità del contratto*, 2 ed., Padova, 2008, pg. 26; L. Ferroni, *Le nullità negoziali di diritto comune, speciali e virtuali*, Milano, 1998, pg. 13 ss.).

trebbe giovare - in ragione della ripetizione dell'indebito (9) - della caducazione dell'intero rapporto, così neutralizzando una o più operazioni fondatamente impugnate.

Né si potrebbe considerare l'inesistenza un falso problema, appellandosi all'opportunità di ritenerla eccipibile unicamente dal risparmiatore, senza lasciare spazio a dotte interpretazioni che travalichino la funzione dell'art. 23; poiché occorrerebbe prima dimostrare che la difesa debba operare anche quando non sia riscontrabile alcun minimo fatto posto a base della fattispecie e dunque ove manchi pure quel *quid* che si intende tutelare.

È bene ricordare che «... quando si vuol distinguere la nullità dall'inesistenza deve intendersi quest'ultima come inesistenza di fatto, cioè come mancanza di quella realtà fenomenica che costituisce la base naturalistica della fattispecie» (10).

Al riguardo, riteniamo che l'effettuazione di investimenti, impugnati o meno, costituisca un'adeguata «...realtà fenomenica...» del rapporto che il contratto quadro dovrebbe disciplinare. Va pertanto esclusa la sua inesistenza nelle vertenze giudiziarie, la quale sarebbe al contrario rilevabile ove esistessero - per esempio - il contratto di conto corrente e quello di deposito ma non fosse mai avvenuto alcun investimento.

Non è convincente che l'inoltro e l'esecuzione di ordini possa costituire una convalida ex art. 1444 c.c. del contratto nullo ex art. 23 (11), come al contrario sostenuto dalla giurisprudenza minoritaria (12), ed a prescindere dal divieto ex art. 1423 c.c.

Infatti, si dovrebbe ammettere che anche un solo ordine convalidasse il negozio e questo significherebbe privare di ogni rilievo il requisito della forma e per superare l'obiezione si dovrebbe quanto meno pensare ad una singolare sanatoria mediante la reiterazione degli ordini, la quale, forse grazie al numero, sarebbe determinante. Dovremmo tuttavia disporre di una norma di legge in tal senso, certo non rinvenibile nell'invocato art. 1444.

Si dovrebbe inoltre esigere la prova da parte dell'intermediario della conoscenza del requisito di forma in capo al risparmiatore al momento dell'ordine; così come Tizio può convalidare un contratto viziato nel consenso (anche per errore di diritto) solo se è consapevole della sussistenza della causa di annullamento («...la menzione ... del motivo di annullabilità ...» art. 1444 comma 1) (13).

Sulla scorta di questo requisito, sorgerebbe inoltre il legittimo dubbio consistente nella necessità di individuare nell'atto di convalida, a questo punto necessariamente espresso, il contenuto di cui all'art. 37 od

altra forma di sanatoria, al fine di armonizzare l'istituto in parola con la funzione di protezione del risparmiatore, analogamente a quanto è stato segnalato (14) avvenire in Germania per l'erogazione del credito al consumo.

### **L'infondatezza della tesi della domanda selettiva di ripetizione del risparmiatore e della negazione in capo all'intermediario del diritto alla restituzione. Il falso problema dell'*exceptio doli generalis* a favore della banca**

Una parte della giurisprudenza sostiene che, in ragione della mancanza della forma scritta ex art. 23, il cliente possa optare per la nullità o meno di singole negoziazioni le quali, pertanto, non sarebbero viziose *ipso iure*.

La nullità relativa - in quanto tale - legittimerebbe il risparmiatore a riscontrarla in merito a singole transazioni e nonostante la nullità del contratto (15).

La tesi non è convincente.

La nullità relativa, vale a dire la legittimazione a farla valere da parte del solo cliente, è riferita al contratto e non agli ordini e non comprende *in re ipsa* una sorta di nullità parziale necessaria (es. art. 36 cod. cons.) a scelta del risparmiatore, pertinente a frazioni di contratto o a negozi collegati allo stesso,

#### **Note:**

(9) Per un'esposizione di fattispecie relative alla ripetizione di prestazioni rese in assenza di vincolo contrattuale, ad esempio durante le trattative, cfr. F. Astone, *L'arricchimento senza causa*, Milano, 1999, 170.

(10) Cass. 20 maggio 1976, n. 1808, *Giur.it.*, 1977, I, 1, 1385 seppur perplessa sulla categoria dell'inesistenza.

(11) Sulla convalida in generale del contratto nullo, limitandosi ai contributi più recenti, cfr., ad esempio, A. Di Majo, *op. cit.*, 21; G. Passagnoli, *Le nullità speciali*, Milano, 1995, 193. Si consulti inoltre S. Monticelli, *La recuperabilità del contratto nullo*, in *Notariato*, 2009, 174 e S. Pagliantini, *Autonomia privata e divieto di convalida del contratto nullo*, Torino, 2007.

(12) Si tratta di convalida tacita a dire, per esempio, di Trib. Verona 1 ottobre 2009, in *www.lcaso.it*, Sez. I 5028. Si è notato «Per converso, costruendo le fattispecie in termini di relatività e convalidabilità non resterebbe che constatare che della nullità qui esiste solo il nomen, ma più nulla del suo meccanismo operativo; che finirebbe per coincidere in tutto con quello dell'annullabilità». A. Gentili, in *I contratti in generale*, a cura di E. Gabrielli, 2, 2 ed., Torino, 2006, pg. 1593.

(13) Senza pretesa di completezza, sulla convalida del negozio annullabile cfr., ad esempio, M. Franzoni, *Dell'annullabilità del contratto*, Artt. 1425-1426, in *Il codice civile*, Commentario diretto da P. Schlesinger, Milano, 1997, 54.

(14) R. Lener, *op. cit.*, 200.

(15) Ad esempio, Trib. Brescia 29 aprile 2010 in *lCaso.it*, Sez. I, 2204/2010.

che devono necessariamente caducarsi in ragione della nullità (16) dell'accordo quadro.

L'art. 30, n. 1, regolamento Consob n. 11522 disponeva «Gli intermediari autorizzati non possono fornire i propri servizi se non sulla base di un apposito contratto scritto...»; pertanto la sua nullità non ammetteva l'autonoma validità degli ordini.

Il nuovo art. 37, che ha sostituito il 30, pur non riprendendo espressamente il divieto, afferma che il servizio va reso «...sulla base di un apposito contratto scritto...».

Il contratto di investimento, con le articolate patuitazioni di cui all'art. 37, è allora il presupposto giuridico dell'operazione aperta dall'ordine di acquisto ed eseguita dall'intermediario (per semplicità ordine *tout court*).

Se non lo fosse, la nullità *ex art. 23* colpirebbe solo il contratto e non anche gli acquisti e la sua funzione sarebbe svuotata, poiché le minusvalenze patite, che sono l'obiettivo del cliente, resterebbero intatte.

Ma la considerazione che la nullità dell'accordo debba estendersi agli ordini, pur in assenza di una norma che lo prevede espressamente, non dà ingresso di per sé a ciò che l'art. 23 non dispone, vale a dire ad una nullità relativa riferibile *ad libitum* a ciascuna operazione considerata autonomamente, od una sorta di nullità sostanziale parziale, sempre rilevabile dal solo risparmiatore, del complessivo rapporto intervenuto con la banca.

Se la validità dell'ordine fosse davvero svincolata da quella del contratto, occorrerebbe allora indicare quale norma consentirebbe di optare per la caducazione di un acquisto o l'altro e tale regola non potrebbe essere certo individuata nello stesso articolo citato, il quale riguarda testualmente ben altro.

Parimenti, non sarebbe sufficiente osservare che la parte debole è l'investitore per dedurre *ipso facto* il suo diritto di scegliere le operazioni, poiché tale strumento di difesa, oltre che non previsto da alcuna norma, non è desumibile dall'ordinamento il quale non contempla solo e sempre la stessa tecnica di tutela, applicabile allora anche quando non espressamente prevista.

La domanda afferente il contratto va oggettivamente a caducare anche gli ordini, ne sia o meno avvertito chi la propone.

Infatti, la causa petendi è unica (violazione dell'art. 23) e non duplice (contratto e singoli ordini) ed il petitum non è frazionabile, poiché la nullità sostanziale è inscindibile, sicché chiesta quella del contratto, si insta per il tutto.

Precisamente, non si agisce per una porzione (contratto) di un elemento indivisibile (contratto ed or-

dini insieme), ponendo per l'effetto il tema del rigetto della domanda, in quanto afferente solo una parte di un elemento non separabile; bensì si reclama un profilo che assorbe e contiene in sé quello eventualmente non reclamato, in una sorta di contenenza.

Si può discutere in generale se il creditore possa o meno azionare un credito dividendolo in procedimenti diversi (17); ma la nullità sostanziale in esame non può esserlo.

In conclusione, se la nullità dell'ordine deriva dall'art. 23, è perché consegue da quella del contratto e non dalle scelte del risparmiatore; se invece nascesse autonomamente - ed occorrerebbe dimostrarlo - allora l'art. 23 non potrebbe essere a tal fine invocato, poiché afferente il solo contratto.

Semmai, occorre porsi il problema se - a fronte dell'inefficacia di tutte le operazioni - la protezione possa avvenire sul piano della deroga al principio della ripetizione di quanto eseguito a fronte di un contratto nullo; che, in verità, costituirebbe una difesa ancor più efficace della nullità relativa (18), poiché - ove il vizio fosse anche rilevabile d'ufficio e da chiunque - il risparmiatore tratterrebbe quanto lucrato, vista l'inibizione della ripetizione a suo danno e per investire potrebbe rivolgersi ad altro intermediario.

Agiscono espressamente sul meccanismo ripetitivo, siano nullità relative od assolute, ad esempio, l'art. 2126 c.c. il quale dispone che il contratto di lavoro nullo od annullabile non esclude, a certe condizioni, il diritto alla retribuzione del prestatore di lavoro per il periodo della sua esecuzione; l'art. 2 l. n. 192 del 1998 che prevede che il subfornitore ha diritto al pagamento delle prestazioni eseguite ed al ristoro delle spese, nel fragente di inosservanza della forma scritta *ad substantiam* del contratto col committente; l'art. 167 cod. assic. che contempla la non ripetibilità degli indennizzi nel caso di nullità del contratto con impresa non autorizzata e conferisce inoltre il diritto alla restituzione dei premi.

Si pone allora il problema di interpretare (art. 12 preleggi) l'art. 23, che nulla dispone al riguardo, per capire se si debba o meno concludere per la deroga

#### Note:

(16) Per un'illustrazione della nullità dei negozi collegati cfr. L. Ferroni, *op.cit.*, pg. 705.

(17) Sulla domanda frazionata cfr., ad esempio e senza riguardo all'art. 23, S. Menchini, I limiti oggettivi del giudicato civile, Milano, 1987, pg. 279 e la nota 21 di questo articolo.

(18) Cfr., con altri argomenti, su i limiti della portata protettiva della nullità relativa R. Lener, *op.cit.*, 236.

del principio della ripetibilità a fronte di un contratto nullo. La risposta è negativa.

Ma non semplicemente perché l'art. 23 non preveda una disciplina particolare, di talché opererebbe quella generale.

Infatti, fermo il vastissimo dibattito dottrinale sull'interpretazione della legge (19), non si può negare che l'art. 12 preleggi ponga sullo stesso piano l'intenzione del legislatore e il senso letterale delle parole secondo la loro connessione e non imponga pertanto di arrestarsi ad una locuzione impeccabile (20), che può non essere sufficiente.

Al riguardo, è opportuno premettere che anche l'art. 30 n. 7 T.U.F. in tema di offerta fuori sede, sanziona con la nullità relativa l'omessa indicazione nel contratto della facoltà di recesso entro sette giorni e non introduce alcuna particolare regola in punto ripetibilità.

È ben vero che nel caso dell'art. 23 T.U.F., il legislatore non può prevedere *ex ante* e *tout court* una sorta di nullità di singole operazioni o la non ripetibilità delle stesse, perché non si può indovinare quali negoziazioni frutteranno e quali no.

Tuttavia, ben si sarebbe potuto disporre che l'azione di ripetizione delle medesime potesse essere esercitata solamente dall'investitore e non dall'intermediario; ma questo non è stato fatto. O, meno logicamente, prevedere che il contratto fosse sì nullo, ma che la nullità si estendesse alle sole operazioni indicate dal risparmiatore. Ma non lo si è scritto.

E nell'ambito delle diverse norme che proteggono una parte debole di fronte all'altra, non vi è a nostro avviso un principio comune sul dosaggio del *quantum* di questa difesa, pertanto non si deve necessariamente concludere per la ripetibilità o meno a favore del soggetto da tutelare.

Va soggiunto che di fianco agli artt. 23 e 30 T.U.F., si colloca anche l'art. 67-septies *decies* cod. cons., collocato nella Sez. IV-bis afferente la commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori, che può interessare anche strumenti finanziari, il quale dispone al comma 5: «La nullità può essere fatta valere solo dal consumatore e obbliga le parti alla restituzione di quanto ricevuto. Nei contratti di assicurazione l'impresa è tenuta alla restituzione dei premi pagati e deve adempiere alle obbligazioni concernenti il periodo in cui il contratto ha avuto esecuzione. È fatto salvo il diritto del Consumatore al risarcimento dei danni». La norma si riferisce (quarto comma) al vizio dipendente dalla mancanza di comunicazione di informazioni ritenute essenziali nella trattativa a distanza ed è difficile pensare che se l'inosservanza riguarda in-

vece l'art. 23 le conseguenze ripetitorie debbano mutare.

Pertanto, questa disposizione impedisce definitivamente di rinvenire, nell'ambito in esame, principi particolari in tema di ripetizione dell'indebitato.

La protezione consiste allora nella sola nullità relativa, anche se l'investitore, ove non si ammettesse la restituzione a favore dell'intermediario, ne trarrebbe sempre beneficio: sia se dal complesso del rapporto avesse ottenuto una plusvalenza, poiché se investo 10 ed ottengo 20, ciò non esclude che in un'operazione abbia pagato 2 e ricavato 1 e la nullità di questa transazione determini il ritorno di 2 per un totale di 21; sia se dall'intero rapporto avesse patito una minusvalenza, poiché tratterebbe l'eventuale plusvalenza di una singola operazione; sia nell'ipotesi di parità e per la stessa ragione.

Assodata la ripetizione secondo le regole generali (artt. 2033 c.c. ss.), il cliente non impugnerà l'atto se dal rapporto è complessivamente scaturita una plusvalenza, mentre se l'esito è passivo avrà interesse a farlo.

Si è sostenuto (21) che possano essere neutralizzate da un'eccezione di dolo generale le domande di nullità o ripetizione selettive, vale a dire limitate alle sole negoziazioni in perdita e con salvezza di quelle positive, proposte dall'investitore che avesse contestato la nullità *ex art.* 23.

A nostro avviso, o si interpreta la legge nel senso di consentire di trattenere il frutto delle transazioni in positivo ed allora non si può al contempo ammette-

#### Note:

(19) Cfr. L. Tullio. *Codice civile annotato con la giurisprudenza*, 3 ed., a cura di G. Perlingeri, *Disposizioni preliminari (artt. 1-31), Libro primo - Delle persone e della famiglia (art. 1-455)*, Napoli-Roma, 2010, pgg. 162 ss.

(20) Cass. pen. Sez. Un. 28 ottobre 1998, in *Foro it.*, 1999, II, 604 in motivaz. .

(21) D. Semeghini, *Forma ad substantiam ed exceptio doli nei servizi di investimento*, Milano, 2010. Trib. Torino 07 marzo 2011, *II Caso.it*, Sez. I, 4818/2011 esclude (motivaz. pg. 15) la configurabilità di un'eccezione di dolo generale, senza reali argomenti illustrativi, ed assimilando (pg. 14), come si riscontra anche in altre decisioni, nullità e ripetizione come fossero lo stesso istituto ed addirittura sostenendo che la proposizione della domanda selettiva, costituendo un abuso della stessa visto l'art. 88 cod. proc. civ., comporterebbe anche il rigetto dell'azione di nullità *ex art.* 23 per abuso della domanda (ci si rifà a Cass. S.U. 15 novembre 2007, n. 23726 che ha escluso la "frazionabilità" di un unico credito in più domande, con ingiusto aggravio dei costi della posizione debitoria, richiamandosi anche ai doveri di cui all'art. 2 Cost.). In realtà, il risparmiatore è libero di proporre le domande restitutorie che crede, così come lo è in via riconvenzionale la banca. Il primo è arbitro della nullità e non delle restituzioni. Il ricorso all'abuso del processo costituisce pertanto un'inutile complicazione.



re - contraddittoriamente - l'*exceptio doli generalis* o si nega ingresso a tale ricostruzione ed allora il tema viene meno.

Non avrebbe peraltro pregio porlo anche in relazione alla fattispecie nella quale le operazioni fossero tutte in perdita ed il cliente contestasse la nullità ex art 23 dopo molte di esse. Infatti, più che abuso del risparmiatore vi sarebbe comunque violazione non meno reiterata dell'intermediario; per non dire che tale presunta strumentalità sarebbe controbilanciata dall'assenza di sanzione a carico della banca nel caso di mancanza di forma scritta e non impugnazione per plusvalenza complessiva del rapporto.

## L'infondatezza della tesi della non ripetibilità delle prestazioni già eseguite nella nullità dei contratti di durata

Si è scritto (22): «Esigenze logiche e sistematiche a mio avviso non consentono di considerare le disposizioni degli articoli 2126 e 2332 c.c. come eccezioni alla regola, e quindi di stretta interpretazione, ma soltanto come espressioni del più generale principio per cui, in tutti in rapporti di durata, la irretroattività non è connaturata soltanto alla risoluzione, ma altresì all'accertata invalidità del contratto» (23).

Infatti, «l'irripetibilità della prestazione ... è ... connaturata alla prestazione stessa» (24) - per esempio - nella somministrazione, nella rendita, nella locazione, nel comodato, nel mandato ad amministrare (25).

Indubbiamente, il godimento di un immobile o l'attività del mandatario non possono in sé essere restituite, come altre prestazioni, ma non è persuasivo che questo implichi di principio l'irretroattività della ripetizione, perché la restituzione potrà ben avvenire per equivalente ex art. 2033 o come arricchimento senza causa (art. 2041 c.c.) (26).

La tesi esaminata non dà pertanto ingresso ad alcuna eccezione dell'intermediario relativa alla non ripetibilità delle prestazioni nel frangente di nullità del contratto di negoziazione.

## L'art. 2038 c.c. e la fungibilità o meno dei prodotti finanziari

Non è di ostacolo all'applicazione dell'art. 2038 la natura di beni fungibili dei prodotti finanziari (es. l'azione Fiat è uguale ad un'altra azione Fiat). Ammesso infatti e non concesso che tale qualità sia sempre riscontrabile (27), riteniamo la norma operante anche per questi beni (28). Il risparmiatore in

176. Sul tema si consulti anche D. Maffei, *Contratti illeciti o immorali e restituzioni*, Milano, 1999, pgg. 57 ss.

(23) Recentemente sulla risoluzione dei contratti di durata S. Pagliantini, *La risoluzione dei contratti di durata*, Milano, 2006.

(24) Stella Richter, *op.cit.*, 176.

(25) Stella Richter, *op.cit.*, 175.

(26) Cfr. A. Albanese, *Il pagamento dell'indebito*, Padova, 2004, pg. 549; Trib. Catanzaro 27 maggio 2008 in *Arch. locaz.*, 2009, 282 ha statuito - con riferimento alla violazione dell'art. 1, quarto comma, legge 431/1998 - "... l'invalidità è posta in funzione dell'interesse del conduttore il quale è posto innanzi alla scelta se esercitare l'azione di riconduzione - così convalidando in via eccezionale, la nullità mediante rimozione giudiziale della causa di invalidità - oppure se agire in giudizio per l'accertamento della nullità del contratto e la conseguente restituzione delle somme indebitamente versate (salva azione di ingiustificato arricchimento rimessa al locatore per il godimento del bene)."

(27) Non affrontiamo il tema in questa sede, ma leggiamo, con riferimento all'emissione di due *tranche* di obbligazioni da parte della stessa emittente e con le medesime caratteristiche. "Final terms dated 10 march, 2011 Banca Popolare di Milano S.c.a r.l. ... Issue of €75,000,000 Notes due 2021 Lower Tier II Subordinated 7.125 per cent. Notes due 2021 under the €10,000,000,000 Euro medium Terms Note Programme ... 2 This issue of Notes is fungible with Series 15 Tranche 1 on or after 40 Days after the Issue Date (the 'Exchange Date')". Si ringrazia lo Studio Dott. Giovanni Gallone per la segnalazione e la conversazione privata. Va anche rilevato che un'opzione potrebbe presentare come sottostante un bene infungibile (opzione reale), ad esempio, un immobile (cfr. John C. Hull, *Opzioni, futures e altri derivati*, sesta ediz., ediz. italiana a cura di E. Barone, Luiss Guido Carli, Pearson Prentice Hall, 2006, 753). Va segnalato che Cass. 17 aprile 2009, n. 9316, in *Giur. comm.*, 2010, II, pg. 103 ha escluso che gli investimenti di natura immobiliare rientrano nella nozione di "ogni altra forma di investimento di natura finanziaria" di cui all'art. 1, comma 1, lett. u) del T.U.F., non costituendo pertanto prodotti finanziari; ma si consulti la relativa nota critica di A. Pomelli (pgg. 106 ss., in particolare 113) nella quale si illustra anche il diverso ed articolato avviso di Consob. Si vedano anche in tema di dematerializzazione ed art. 1378 cod.civ. Cass. 23 febbraio 2009, n. 7769, in *Giur. comm.*, 2010, II, pg. 77 con approfondita nota di M. Cian (pg. 80); Cass. 27 ottobre 2006, n. 23268, in *Banca borsa e titoli di credito*, 2008, II, 308, note di A.M. Azzaro e N. De Luca, in particolare pg. 319; Cass. 14 giugno 2000, n. 8107, in *Giust. civ.*, 2000, pg. 2593. Si vedano anche M. Cian, voce *dematerializzazione*, in *Enc. dir., Annali II*, Milano, 2009, pg. 313; Aut. cit., *Titoli dematerializzati e circolazione "cartolare"*, Milano, 2001, pg. 296.

(28) Vi è un dibattito sull'applicabilità dell'art. 2038 cod.civ. alle cose fungibili diverse dal danaro, che - comunque - non conduce a conclusioni sostanzialmente diverse da quelle della restituzione del prezzo realizzato dall'*accipiens* di buona fede:

P. Trimarchi, *L'arricchimento senza causa*, Milano, 1962, pgg. 122 "La soluzione ideale sarebbe quella di accertare il momento in cui le cose sono state consumate od alienate e far riferimento a quel momento per valutare l'arricchimento dell'*accipiens*, ma essendosi supposta la confusione materiale delle cose con altre della stessa specie preesistenti nel patrimonio dell'arricchito, tale accertamento non è possibile" 123, 125; E. Moscati, *Commentario del codice civile* a cura di A. Scialoja e G. Branca, Libro IV, artt. 2028-2042, Bologna-Roma, 1981, pgg. 230-231, 476 "... si potrebbe accordare all'*accipiens* di buona fede la scelta tra la restituzione del tantundem ed il pagamento del valore dei beni ricevuti, calcolato però al momento della consumazione o trasformazione delle cose" 477; Id., voce *Indebito (pagamento dell')*, in *Enc. dir.*, vol. XXI, 1971, 83; U. Breccia, *Trattato di diritto privato* diretto da P. Rescigno, IX, *Obbligazioni e contratti*, 1, 2 ed., Torino, 1999, g. 954. Si vedano anche in generale C. Aba-

(segue)

### Note:

(22) G. S. Stella Richter, *Contributo allo studio dei rapporti di fatto nel diritto privato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1977, pgg. 175-

buona fede è pertanto tenuto alla restituzione del prezzo incassato dalla rivendita e non può riapprovvigionarsi degli stessi strumenti al fine di conferirli all'intermediario, se il prezzo è minore di quello da rifondere, così come non è costretto a comprare il bene nel frattempo aumentato di costo (29).

#### Note:

(continua nota 28)

tangelo, *Intermediazione del pagamento e ripetizione dell'indebito*, Padova, 2009, pg. 47; A. Di Majo, *Le tutele contrattuali*, Torino, 2009, pg. 241; P. Gallo, *Arricchimento senza causa e quasi contratti (i rimedi restitutori)*, in *Trattato di diritto civile* diretto da

R. Sacco, 2 ed., Torino, 2008. Per due recenti analisi comparative sulla ripetizione in generale B. Kupisch, *Ripetizione dell'indebito e azione generale di arricchimento. Riflessioni in tema di armonizzazione delle legislazioni*, in *Europa e diritto privato*, 2003, pg. 857 ss. ove anche una ricostruzione storica; A. Albanese, *Il rapporto tra restituzione arricchimento ingiustificato dall'esperienza italiana a quella europea*, in *Contr. e impr.*, 2006, pg. 922. Si segnala anche (per il diritto italiano e con alcuni approfondimenti di altri ordinamenti) l'articolata opera di E. Bargelli, *Il sinallagma rovesciato*, Milano, 2010.

(29) Non è da condividere pertanto Trib. Milano 18 febbraio 2009, *Il Caso.it*, Sez. I, 1681/2009, motivaz. pg. 7, che non esamina l'art. 2038 cod.civ. e reputa che la vendita dei titoli da parte del risparmiatore, prima del radicamento della causa, non impedisce la restituzione del *tantundem* e la legittimazione attiva delle azioni di nullità e risoluzione, poiché gli strumenti sono fungibili.

## 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 2010:

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

- La **Rassegna della Corte di Cassazione** che offre una selezione delle più importanti e recenti pronunce della Corte di cassazione, per avere un aggiornamento costante su tutte le novità giurisprudenziali in materia;
- la rinnovata struttura della **Rassegna del Giurì 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](http://www.ipsoa.it/il_lavoronellagiurisprudenza), permette all'utente di accedere a tutte le novità d'interesse e all'anteprima della Rivista cartacea.

**Abbonamento annuale: € 168,00**

#### Per informazioni e acquisti

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



Diritto privato comparato

# Mutamento delle circostanze ed eccessiva onerosità sopravvenuta nel diritto luso-brasiliano

di **Alfredo Calderale**

Mentre in Francia recenti proposte di riforma della disciplina dei contratti hanno introdotto l'istituto della revisione e della risoluzione per mutamento delle circostanze, in molti ordinamenti dell'America latina esiste una normativa ispirata, in linea di massima, a quella italiana della risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta. Nella medesima prospettiva si è posto il codice civile brasiliano del 2002, differenziandosi dalle scelte del codice civile portoghese del 1966, che, a causa dell'influenza tedesca, regola le conseguenze dell'alterazione della base del negozio. In Brasile, ha ispirato un progetto di riforma della pur giovane normativa del *código civil* la consapevolezza che, a fronte sopravvenienze onerose, è interesse del debitore rinegoziare l'accordo, una soluzione già adottata dal "Codice" del Consumatore del 1990 e, a livello internazionale, dei Principi sui contratti commerciali internazionali dell'Unidroit.

## La revisione o la risoluzione dei contratti per mutamento delle circostanze nei progetti di riforma del diritto dei contratti in Francia

In un'atmosfera di irresistibile "fascination codificatrice", che ha già prodotto la riforma del diritto delle garanzie nel 2006 (1), in Francia sono stati elaborati, negli ultimi anni, anche tre progetti di riforma del diritto delle obbligazioni. Predisposto dal gruppo di lavoro patrocinato dall'*Association Capitant* e diretto dal prof. Pierre Catala, l'*Avant projet de réforme du droit des obligations et de la prescription* è stato presentato il 22 settembre 2005. A sua volta, la *Chancellerie* ha pubblicato, nel luglio del 2008, un progetto di riforma del diritto dei contratti. Esso non costituisce una ripetizione della riforma Catala essenzialmente perché ha tenuto in maggior considerazione i Principi di diritto europeo dei contratti e i Principi Unidroit relativi ai contratti del commercio internazionale. Infine, nel dicembre 2008, l'*Académie des Sciences morales et politiques* sotto la direzione del prof. François Terré ha reso pubblica una proposta *pour une réforme du droit des contrats* (2).

Tutti i documenti contengono norme che introducono la revisione o risoluzione del contratto per sopravvenuto mutamento delle circostanze (3), inno-

vando il sistema del diritto privato, ancora fermo al principio enunciato nel 1876 nel celebre *arrêt Canal de Craponne* (4), stando al quale «*dans aucun cas, il n'appartient aux tribunaux, quelque équitable que puisse leur paraître leur décision, de prendre en considération le temps et les circonstances pour modifier les conventions des parties et substituer des clauses nouvelles à celles qui ont été librement acceptées par les contractants*». Questa situazione non sembra più sostenibile anche per l'incalzare della crisi economica e spinge la parti a inserire nei contratti a medio e lungo termine clausole di *rencontre et de renégotiation* per dotare il rapporto della necessaria flessibilità (5). D'altro can-

### Note:

(1) *Ordonnance* n. 2006-346 del 23 marzo 2006.

(2) V. AA.VV., *La riforma del contratto in Francia: progetti e prospettive* (Atti del Convegno di Foggia 9-10 ottobre 2009), a cura di Troiano, in [www.ipsoa.it/contratti](http://www.ipsoa.it/contratti).

(3) Si leggano le pagine, di ampio respiro comparatistico, di Spinosi, *L'imprevision et les règles nouvelles de la renégotiation* e di Macario, *Modificazione delle circostanze e sopravvenienze*, in AA.VV., *La riforma del contratto in Francia*, cit., 66 ss e 74 ss. rispettivamente.

(4) *Cass. civ.*, 6 marzo 1876, in *DP* 1876, I, 193.

(5) Magar, *Ingénierie juridique: pratique des clauses de rencontre et renégotiation*, in *D.*, 2010, 1959 ss.



to, i giudici della Cassazione hanno di recente osato cautissime aperture alla teoria dell'*imprévision* in un caso in cui gli eventi sopraggiunti avevano privato una parte di ogni «contropartita reale» (6). Si è, dunque, creato un ambiente favorevole affinché il legislatore, anche per non deludere gli investitori stranieri, acceleri l'approvazione di norme sulle sopravvenienze onerose nel tentativo di colmare la distanza verso moltissimi altri sistemi giuridici, compresi quelli dell'America Latina sui quali pure l'ordinamento francese ha nel corso del tempo esercitato un'influenza profonda (7).

### La disciplina delle sopravvenienze onerose nei codici civili dell'America latina

Avendo abbandonato, nel corso del tempo, il venerando dogma *pacta sunt servanda*, tipico della logica liberale che aveva ispirato il *code civil* del 1804, musa di molte codificazioni dell'America latina, diversi sistemi giuridici sudamericani, dalla fine degli anni Sessanta alla metà degli anni Ottanta del secolo scorso, hanno introdotto nei codici civili la disciplina della eccessiva onerosità sopravvenuta prendendo come punto di riferimento gli articoli 1467-1469 del codice civile italiano del 1942. Questa scelta si spiega essenzialmente con la volontà di fronteggiare le conseguenze dell'inflazione sui rapporti contrattuali. In Argentina, la legge 71.711 del 1968 ha riscritto l'*art.* 1198 del *código civil*; in Bolivia, il *código civil* del 1984 ha dedicato all'istituto tre articoli (*arts* 581-583); in Perù, il *código civil*, anch'esso del 1984, sfoggia interessanti disposizioni (*arts* 1440-1446) che consentono al debitore svantaggiato di chiedere solo la riduzione della sua prestazione o l'incremento della controprestazione e conferiscono al giudice il potere di decidere d'ufficio la risoluzione del contratto se ritiene che la modifica non sia possibile o se lo consigliano le circostanze o se lo chiede il creditore. In Colombia, il codice di commercio del 1971 contiene una disciplina di analogo tenore (*art.* 868) che però non è mai stata applicata dalle corti, data la riluttanza della parti ad affidarsi a un sistema giudiziario dai tempi biblici. Nonostante il fenomeno inflattivo sia stato per lungo tempo un elemento costante dell'economia sudamericana e quindi le nuove norme corressero il serio rischio di risultare inapplicabili alle conseguenze di un evento quasi scontato, l'istituto in parola, rinforzato anche dall'affievolirsi della spirale inflazionistica, non ha cessato di essere riproposto, magari in versione aggiornata, nei progetti di riforma dei codici civili in cantiere, come il *proyecto de reforma al código civil* argentino. Più di recente è stato accolto, al termine di una vicenda

tormentata, dal primo codice del nuovo millennio, il *código civil* brasiliano del 2002. Sulla disciplina delle sopravvenienze questo codice si è allontanato dall'impostazione del codice civile portoghese del 1966, soprattutto sul piano dei presupposti della normativa, rompendo l'antica armonia dei due ordinamenti. Essa risaliva al tempo in cui il Brasile era una colonia del Portogallo e quindi ne condivideva le fonti del diritto. Si era mantenuta dopo l'indipendenza del Paese tropicale, nel 1822, a causa dell'omogeneità dell'impostazione accolta dal codice civile portoghese del 1867 e da quello brasiliano del 1916, concordi nell'accettare la logica ferrea dell'*art.* 1134 del codice di Napoleone. Si era in qualche misura confermata negli anni del Novecento segnati dalla legislazione speciale che disciplinava le conseguenze dell'inflazione. Aveva però cominciato ad incrinarsi al tempo in cui la dottrina lusitana aveva importato in Portogallo le costruzioni degli studiosi tedeschi imponendole, infine, al legislatore del 1966, mentre il legislatore brasiliano del 2002, sollecitato da studiosi attenti all'esperienza italiana, avrebbe scelto una strada diversa. Nell'ambiente luso-brasiliano, la grande influenza della dottrina, vocata agli studi comparatistici per antica tradizione, è una eredità della storia giuridica del XVIII secolo, quando le riforme pombaline della giustizia e degli studi universitari assegnarono ai professori dell'Università di Coimbra il compito di individuare alla luce della *boa razão* e di insegnare le disposizioni applicabili ai casi non espressamente regolati dalle fonti nazionali anche ricercandole «tra le nazioni che oggi abitano l'Europa», sicché le loro conclusioni furono considerate «autentici chiarimenti di valore normativo» per i giudici (8). Oggi questo ruolo preminente è rivelato anche dallo stile delle sentenze portoghesi e brasiliane, che, a differenza di quelle francesi e italiane, contengono riferimenti più o me-

#### Note:

(6) *Cass. com.*, 29 juin 2010, in *D.*, 2010, 2481 con note di Mazeud e Genicon. La Corte ha basato la sua decisione sull'*art.* 1131 del *code civil*, stando al quale l'obbligazione senza causa non può avere alcun effetto. Si è osservato che la Corte tende a limitare il campo di applicazione della teoria dell'*imprévision* al caso, assai più raro, in cui il cambiamento delle circostanze provoca non un semplice squilibrio contrattuale di ordine economico, ma uno squilibrio d'ordine strutturale segnato dalla sparizione della contropartita convenuta, come dimostra il ricorso alla nozione di *cause*.

(7) Soleil, *France-Amérique latine: les fondements d'un "cuisinage" juridique*, in *Les mutations du droit des contrats (Actes du colloque tenu à Rennes les 5 et 6 novembre 2009)*, in *RDC*, 2010, 1036 ss.

(8) Braga Da Cruz, *Formação Histórica do Moderno Direito Privado Português e Brasileiro*, in *Scientia Iuridica*, IV, 2, 29.



no estesi alle elaborazioni dei giuristi teorici, chiamati a reggere le motivazioni della decisione (9).

**Pacta sunt servanda e alteração das circunstâncias nel diritto comune lusobrasiliano del XVII secolo, nel código civil portoghese del 1867 e nel código civil brasiliano del 1916**

Emesse nel 1603 da Filippo II del Portogallo (III di Spagna) durante il dominio spagnolo e confermate da D. João IV nel 1643 dopo la restaurazione dell'indipendenza avvenuta due anni prima, le *Ordenações Filipinas*, nel *título II (in proémio)* del *Livro IV*, riferendosi al contratto di compravendita, affermavano il principio *pacta sunt servanda* che, nel secolo XII, i canonisti e Bartolo avevano messo in discussione con la dottrina della *clausola rebus sic stantibus* (10). Le eccezioni erano poche. La più interessante, sia perché sarebbe stata oggetto di importanti riflessioni, sia perché avrebbe costituito il precedente di normative recenti, era prevista dal *título XXIV* del medesimo libro. Veniva consentito al locatore di *lançar fora*, di sfrattare si direbbe oggi, il conduttore quando fosse sopraggiunta la necessità di eseguire lavori impossibili a farsi con la permanenza di questi in casa o se per *o senhor* o per i suoi prossimi parenti fosse sopravvenuta la necessità, imprevedibile al tempo della conclusione dell'accordo, di abitare l'immobile (11). La seconda eccezione era disciplinata dal *título XXVII*. Nell'ipotesi di infertilità del fondo ricevuto in locazione o in enfiteusi, o *lavrador* «se i frutti non si fossero persi completamente e ne fosse stata raccolta solo una parte», avrebbe potuto scegliere se pagare quanto pattuito o cedere tutto il raccolto, come dire che il fatto della sopraggiunta sterilità era in grado di modificare il contenuto della prestazione del debitore (12). Commentando le *Ordenações*, i dottori, a conoscenza della letteratura del XII secolo, elaborarono con qualche cautela la teoria degli effetti delle sopravvenienze onerose sui contratti. A quelli «*que têm trato sucessivo e se referem ao futuro*» alcuni reputarono applicabili le disposizioni sulla rescissione per lesione «*para além da metade do justo preço*» riscontrata al momento della stipula. Altri generalizzarono le norme suddette, ritenendo implicita la presenza della clausola *rebus sic stantibus* in tutti i contratti a lungo termine. Tra essi, Manuel Gonçalves da Silva, uno dei giuristi più autorevoli del Settecento portoghese, sia pure dopo essersi pronunciato in linea generale per l'irrelevanza delle sopravvenienze onerose, nell'analizzare le conseguenze di questo principio, aveva affermato che nei contratti

di lunga durata e particolarmente in quelli di enfiteusi e di locazione nonché in altre ipotesi particolari (13) era possibile ammettere la rescissione (14). Dal canto loro, i tribunali furono investiti a più riprese del problema. Chiamati a esprimersi sulle conseguenze dell'*esterilidade superveniente* del fondo dato in locazione o in enfiteusi, ordinarono la riduzione *do foro* o la liberazione *do foriero* dall'obbligo di pagarlo o l'estinzione di altre sue obbligazioni, come quella di ritirare le sementi. Stabilirono che l'inquilino costretto ad abbandonare l'abitazione non era più tenuto a pagare la *renda*. Decisero sugli effetti della svalutazione della moneta. Il contenuto delle sentenze si conosce solo attraverso l'analisi dei dottori (15) che se ne servivano come base per le loro elaborazioni. In conclusione, si può dire con certezza che il tema dell'*imprevisão* era stato compiutamente trattato nel diritto portoghese dei secoli XVII e XVIII. Se di tale articolata elaborazione non si sarebbe trovata traccia nel codice civile del 1867, sarebbe stato per l'influenza della concezione francese del contratto come prodotto intoccabile dell'autonomia privata (16), diffusa anche in altri sistemi giuridici dell'epoca, data la stabilità dell'economia (17). Espressa dall'*art. 1134* del codice napoleonico, questa idea fu fatta propria dall'*art. 702* del *código civil* elaborato dal *Visconde de Seabra*

**Note:**

- (9) Calderale, *Diritto privato e codificazione in Brasile*, Bari, 2005, 18 ss.
- (10) Sul punto, Luis A. Carvalho Fernandes, *A Teoria da Imprevisão no Direito Civil Português*, Lisboa, 2001, 25 ss.
- (11) Identiche disposizioni si trovavano nelle *Ordenações Alfontinas* (*Livro IV, tit. LVIII*) e *Manuelinas* (*Livro IV, tit. XXIV*)
- (12) Anche le suddette disposizioni esistevano già nelle *Ordenações Manuelinas* (*Livro IV, tit. LXI*).
- (13) L'ipotesi era quella di chi si era obbligato a cuocere il pane per una certa persona e per la sua famiglia in cambio di un compenso determinato e, a causa del successivo aumento del numero dei componenti il nucleo familiare, si trovava ad essere molto *lesado e agravado*, sicché avrebbe potuto agire per liberarsi dalla sua obbligazione (*potuit agere ut a tale onere relevetur*). Cfr. *Op. ult. cit.*, 38 ss.
- (14) Si consultino le ricostruzioni, non completamente concordi, di Carvalho Fernandes, *A Teoria da Imprevisão*, cit., 148 ss. e di Lingnau Da Silveira, *A Teoria da Imprevisão nos Direitos Cíveis Alemão e Português*, Lisboa, 1962, 35 ss.
- (15) La più completa raccolta giurisprudenziale è quella di Emmanuelis Alvarez Pegas, *Tractatus de obligationibus, et actionibus et defensionibus seu Resolutiones Forenses*, Coimbra, 1737.
- (16) Carvalho Fernandes, *A Teoria da Imprevisão*, cit., 164.
- (17) Teubner, *Die Geschäftsgrundlage als Konflikt zwischen Vertrag und gesellschaftlichen Teilsystem*, in *Zeitschrift für Handelsrecht*, 1982, 625 ss.

(18). Proprio la posizione da questi assunta a metà dell'Ottocento è significativa del drastico ridimensionamento delle antiche posizioni. Mentre egli fu inflessibile nel respingere la *lesão inicial* perché eversiva del principio della intangibilità dell'accordo, considerò rilevante la lesione *imprevisível e superveniente* in quanto, in tal caso «l'obbligazione non può essere considerata la stessa» (19). Nonostante questo, si oppose alla introduzione di una disposizione specifica, che era stata invocata, invece, da Correia Teles allo scopo di estendere alla *lesão superveniente* la disciplina dettata dalla *Ordenações* per la *lesão inicial* (20).

In Brasile, il *código civil* del 1916, nel complesso meno avanzato di quello portoghese a causa della maggiore fedeltà al diritto romano espressa già da Teixeira de Freitas sessant'anni prima e ribadita dall'autore del codice, Clóvis Beviláqua, fu comunque segnato dall'impostazione individualista e liberale propria dell'epoca della *República Velha*. Nel campo dei contratti, anche in assenza di una norma dello stesso tenore dell'art. 1134 del codice napoleonico, la santità di quanto pattuito era indiscutibile. Questa impostazione venne resa particolarmente chiara dall'assenza di regole sull'annullamento del contratto per lesione perché l'istituto, già disciplinato dalle *Ordenações Filipinas*, era stato mantenuto nella *Consolidação* di Augusto Teixeira de Freitas (21) e trattato dallo stesso *code civil* (art. 1118), importante punto di riferimento del legislatore. Circa le sopravvenienze onerose Beviláqua aveva sostanzialmente assunto la medesima posizione espressa dal *Visconde de Seabra*. Radicalmente contrario alla codificazione della *lesão* ritenuta un attentato inammissibile al principio dell'autonomia della volontà (22), egli sostenne che «il conflitto tra la rigidità del principio *conservador e garantidor - pacta sunt servanda* - e la regola *exceptional da justiça - rebus sic stantibus* - si risolve con la buona fede nell'interpretazione del contratto» (23). Di conseguenza, nel codice non furono inserite regole dedicate all'*imprevisão* e le norme alle quali gli irriducibili si sarebbe aggrappati per sostenere che, anche in assenza di disposizioni puntuali, il principio *rebus sic stantibus* era stato accolto costituivano un materiale davvero assai povero.

### La erosione del principio *pacta sunt servanda* negli ordinamenti portoghese e brasiliano tra legislazione speciale e intervento dei giudici

Dopo le codificazioni civili i sistemi giuridici portoghese e brasiliano condivisero i tentativi di una parte della dottrina e di un esiguo numero di giudi-

ci di mitigare la scelta dei legislatori. Giustificarono questi sforzi accadimenti sconvolgenti come lo scoppio delle guerre mondiali e fenomeni inflattivi che, avendo travolto la stabilità economica e sociale degli anni delle codificazioni, rinforzarono il punto di vista di chi, in tempi più tranquilli, aveva già denunciato come ingiuste le rigide regole vigenti. Mettendo nuove frecce all'arco di quanti non erano disposti a rassegnarsi al dogma della intangibilità del contratto, il legislatore fu costretto a intervenire per modificare, tenendo conto dei fatti sopravvenuti, la disciplina di alcuni rapporti contrattuali che toccavano l'interesse pubblico o riguardavano i soggetti economicamente più deboli come, ad esempio, i conduttori di immobili urbani (24).

In Portogallo, fin dal primo decennio del Novecento alcuni studiosi diffusero le teorie della presupposizione di Windscheid e della base del negozio (25), elaborate in Germania per affrontare la questione delle sopravvenienze. Queste idee presero a circolare molto più tardi nelle corti. Solo nel 1959, in un caso nel quale l'attore aveva lamentato i difetti della cosa comprata invocando la risoluzione della compravendita, il *Tribunal da Relação* di Lisbona af-

#### Note:

(18) «*Os contratos, legalmente celebrados, devem ser prontamente cumprados; nem pode ser revogados ou alterados, senão por mútuo consentimento dos contratantes, salvas as exceções especificadas em lei*».

(19) Antonio Luiz De Seabra, *A Propriedade. Philisophia do Direito. Para Servir de Introdução ao Commentario sobre a Lei dos Foraes*, Coimbra, 1850, 261, k6.

(20) Correia Teles, *Doutrina das Acções Accomandada ao Foro de Portugal*, Coimbra, 1837, 150, n. 2 aveva lamentato che le *Ordenações* avevano previsto solo la *lesão inicial*, dimenticandosi dei contratti con *tracto sucessivo* e aveva invocato per essi disposizioni particolari: «*pede a equidade, que ainda que celebrados pelo justo preço, se augumentem ou diminuição os preços, se vierem a ser lesivos pelo andar dos tempos*».

(21) Arts. 359 e 360; art. 560 nella *compra e venda*.

(22) Cfr. *Projeto de Código Civil Brasileiro, Trabalhos da Comissão Especial da Cámara dos Deputados*, VI, 8.

(23) Beviláqua, *Evolução da Teoria dos Contratos em Nossos Dias*, in *Revista de Critica Judiciária*, 1938, 137.

(24) Un esplicito riferimento ai rapporti di locazione si trova nella giurisprudenza portoghese. In un caso in cui il *Supremo Tribunal de Justiça* legittimava lo sfratto ingiunto dal Marquês de Gouveia al conduttore dell'immobile che si era rifiutato di pagargli il più alto canone consentito dalla legge, i giudici facevano cenno alle disposizioni speciali le quali, in presenza di forti tensioni inflazionistiche, avevano limitato la libertà contrattuale e le collegavano alla clausola "*rebus sic stantibus*". Cfr. STJ, 2 *fevereiro* 1926, in *O Direito*, 1926, 147 ss.

(25) Riporta le posizioni della dottrina Menezes Cordeiro, *Da Alteração das Circunstâncias*, in *Estudos em Memória do Professor doutor Paulo Cunha*, Lisboa, 1989, 311.

fermò incidentalmente che la garanzia di buon funzionamento della cosa costituiva, in sostanza, la presupposizione del contratto (26). A cominciare dalla fine degli anni Venti altri studiosi ritennero che certe regole del *código* di Seabra avevano aperto uno spiraglio alla teoria dell'*imprevisão* (27). Essi si attirarono le critiche di quanti, sottolineando l'assenza di una disciplina puntuale, negavano assolutamente questa prospettiva (28) e facevano prosliti tra le corti. Dal canto loro, i giudici non trovavano nel codice civile una disposizione del tenore del § 242 BGB, grazie alla quale i tribunali tedeschi, a partire dal 1918 (29), erano intervenuti sul contratto alterato da nuove circostanze. Così, in un caso nel quale i proprietari di un terreno, delusi per la perdita di valore dell'immobile dichiarato, dopo l'acquisto, di utilità pubblica ai fini dell'espropriazione, avevano chiesto di risolvere il contratto, il *Supremo Tribunal da Justiça* affermò l'inesistenza della clausola «*rebus sic stantibus*» e della «*rescisão com o fundamento em lesão*» nel sistema giuridico, tranne che nel diritto amministrativo (30), una posizione che sarebbe rimasta a lungo prevalente in giurisprudenza. Portando alle estreme conseguenze la timidissima apertura del Visconte di Seabra, altri sostennero che lo stesso *art. 702*, preso alla lettera, rivelava che, in caso di *alterações das circunstâncias*, «spariva» il consenso delle parti e dunque il contratto (31). Altri ancora, suggestionati dalla dottrina italiana che aveva configurato il rapporto obbligatorio come segnato dalla cooperazione dei contraenti, scrissero che le circostanze imprevedibili e onerose annullavano *qualquer base cooperatória* sicché l'accordo doveva essere modificato o estinto (32). Dal canto loro, i pubblicisti abbracciarono la teoria dell'*imprevisão* negli stessi termini nei quali era stata ammessa dal Consiglio di Stato francese (33) nel venerabile *arret du Gaz de Bordeaux* del 1916 (34), una tesi destinata ad essere subito recepita dai giudici (35) e a resistere per molto tempo (36) anche grazie a numerose leggi, emanate, tra la fine della prima guerra mondiale e la metà degli anni Sessanta del Novecento. Di queste leggi alcune riguardarono i settori degli appalti, dei trasporti pubblici e della fornitura di energia elettrica (37). Ispirate alla tutela dell'interesse generale alla conservazione del rapporto, esse stabilivano a quali condizioni potevano essere rivisti i contratti tra lo Stato o i *municípios* e i loro fornitori e gli appaltatori per i quali l'adempimento delle obbligazioni era diventato impossibile o possibile solo a prezzo «di insopportabili sacrifici» (38). Tra gli interventi del legislatore nel campo dei rapporti tra privati, si de-

vono segnalare la *lei n. 2030* del 22 de Junho 1948 e la *lei n. 2088* del 3 Junho 1957, le quali, con gli inevitabili aggiornamenti, ripresero la veneranda disciplina delle *Ordenações Filipinas* in ordine alle locazioni di immobili adibiti a uso abitativo relativamente alla sopravvenuta necessità del locatore di abitare l'immobile locato o di eseguirvi dei lavori. In Brasile, a causa della relativa stabilità dell'ambiente economico negli anni della *República Velha* (39), il tema dell'ammissibilità della clausola *rebus sic stantibus* non attirò l'attenzione né della giurisprudenza, né della dottrina. I primi giuristi teorici che, a partire dagli anni Trenta, se ne occuparono escludono decisamente la revisione del contratto puntando sugli argomenti che è proprio dei contraenti assumersi il rischio dell'imprevedibile fino al limite della forza maggiore o del caso fortuito (40); che il codice aveva previsto solo alcune ipotesi particolari nelle quali speciali circostanze sopraggiunte erano state prese in considerazione per liberare il debitore o per modificare la portata delle sue obbliga-

#### Note:

(26) *Acórdão* pubblicato nella *Jurisprudência das Relações*, ano II, tomo IV, 827 ss.

(27) Le disposizioni alle quali si faceva riferimento erano gli *arts. 1401, § 2* sul diritto delle parti del contratto di appalto di rescindere il contratto o di indennizzare il contraente pregiudicato in caso di variazione dei prezzi superiore al 20%; 2107, §§ 4 e 6, relativo alla determinazione dei beni per la collazione; 2165 sulla composizione delle quote di un *herdeiro preterido na herança*, nonché gli *arts. 178* sui criteri di determinazione della misura degli alimenti e 181 sulla riduzione degli stessi. Cfr. Carvalho Fernandes, *A Teoria da Imprevisão*, cit., 182.

(28) Vaz Serra, *Caso Fortuito ou de Força Maior e Teoria da Imprevisão*, in *BFD*, 1929, 197 ss.

(29) *RGZ*, 94, 68.

(30) *STJ*, 30 Junho 1959, in *BMJ*, n. 88, 295 s.

(31) Barbosa De Magalhães, *A Teoria da Imprevisão e o Conteúdo Clássico da Força Maior*, in *GRLX* 37 (1923), 129-131.

(32) Carvalho Fernandes, *A Teoria da Imprevisão*, cit., ed. 1963, 87-91.

(33) Alfredo Rocha De Gouveia, *Do Teoria da Imprevisão nos Contratos Cíveis*, in *Sup.RFDUL*, 5 (1978), 170 ss.

(34) *D.*, 1916, 3,25.

(35) *STJ*, 30 Junho 1959, cit..

(36) Marcello Caetano, *Manual de Direito Administrativo*, 10<sup>a</sup> ed., 1973, I, 623 ss.

(37) Si vedano, tra gli altri, i decreti *n. 1536* de 27 de abril 1915; *4076* de 10 de abril 1918 e *5335* de 26 de março 1919.

(38) Luís Da Cunha Gonçalves, *Tratado de Direito Civil em Comentário ao Código Civil Português*, Coimbra, 1931, IV, 532.

(39) Ascarelli, *Notas de Direito Comparado italo-brasileiro*, in *Revista forense*, 1947, 317 ss.

(40) Castro Magalhães, *A Cláusula 'rebus sic stantibus': Parecer*, in *Revista Forense*, 1920, 45 s.



zioni (41) con la conseguenza che non si poteva distruggere la fiducia nel contratto generalizzandone l'instabilità (42) o attentare al *curso normal da vida jurídica* (43). Per molti anni le corti seguirono questo orientamento (44). Tra le poche voci discordanti vi fu quella del presidente *do Instituto dos Advogados Mineiros*, Jair Lins, che, basandosi sull'art. 85 del código civile (45), aveva sostenuto che la *imprevisão* si risolve in una «*questão de ausência de consentimento*», secondo il venerabile brocardo *voluntas non extenditur ad incognitum* (46). Questo argomento avrebbe attirato la simpatia di qualche giudice (47). Dalla metà degli Anni Trenta e fino alla metà degli anni Sessanta, una epoca segnata dall'esperienze dell'*Estado Novo* di Getulio Vargas e della *Democracia populista*, accentuatosi l'intervento dello stato nell'economia, molti svalutarono il dogma dell'inviolabilità della volontà privata (48). In questo contesto era naturale che la causa dell'*imprevisão* guadagnasse terreno innanzitutto grazie alla produzione legislativa volta a favorire le classi sociali o i gruppi favorevoli al governo. Per limitarsi a qualche esempio, viene in considerazione il *Decreto 19.573 del 7 gennaio 1931* in quanto fu il primo atto del legislatore a riferirsi, nei motivi, alla *cláusola rebus sic stantibus*. Il *Decreto* permetteva la rescissione del contratto di locazione del funzionario pubblico o del militare nell'ipotesi di rimozione dall'impiego o di riduzione dello stipendio. Il *Decreto 24.150 del 20 avril 1934* (c.d. *Lei de Luvas*) fu considerato una svolta importante. Relativamente ai contratti di locazione di immobili destinati a usi commerciali e industriali, l'art. 31 stabiliva che, se nel corso dei tre anni successivi la proroga del contratto si fossero verificate oscillazioni superiori al 20% rispetto al canone fissato, le parti potevano promuoverne la revisione. Inoltre, l'art. 13, § 7, disponeva che, in caso di rinnovo giudiziale del contratto e di mancato accordo delle parti sul nuovo canone, questo poteva essere fissato dal giudice in rapporto alle *condições econômicas e financeiras do momento*. Alcune corti registrarono questo dato e riconobbero, in termini generali, l'esistenza dell'*imprevisão* nel sistema. L'apertura si manifestò soprattutto riguardo al contatto di appalto perché, nonostante l'art. 1246 del codice civile non permettesse il riaggiustamento del prezzo dell'opera appaltata, i giudici limitarono l'applicazione di questa regola al caso in cui le variazioni dei prezzi di costruzione erano stati normali, ammettendone invece la revisione se gli aumenti della manodopera o dei materiali erano risultati imprevedibili (49). Nei progetti di riforma del codice civile di quegli anni l'istituto fu al centro di dibattiti accaniti. Nell'*Anteproje-*

*to del código civil* del 1941, redatto da una commissione composta dai professori Orozimbo Nonato, Philadelpho Azevedo e Hahnemann Guimarães, l'art. 322, in presenza di «*avvenimenti eccezionali e imprevisi al momento della conclusione dell'atto*», conferiva il potere di riscrivere il contratto al giudice, elevandolo quasi a difensore della parte che ne aveva invocato l'intervento, un'impostazione che in forma meno radicale si trova nel recente progetto del governo francese, nel quale l'intervento del giudice è sollecitato dall'accordo delle parti. All'epoca la proposta suscitò reazioni di diverso segno. Alcuni protestarono per l'inammissibile compressione dell'autonomia privata (50). Orlando Gomes, invece,

### Note:

(41) Ci si riferiva, tra gli altri, all'art. 1190 che, in caso di deterioramento della cosa locata senza colpa del locatore, consentiva al conduttore di rescindere il contratto o chiedere la riduzione del canone; all'art. 1205 che permetteva al conduttore dell'immobile ricevuto in locazione, in caso di riparazioni urgenti, di ottenere l'abbattimento del canone o di rescindere il contratto e all'art. 1250, il quale consentiva al comodante, in caso di necessità impreveduta e urgente, di riavere la cosa prestata prima della scadenza del termine. Cfr. Caio Mário Da Silva Pereira, *Clausola*, cit., 707.

(42) Carvalho De Mendonça J.X., *Tratado do Direito Comercial*, Vol.VI, parte I, Rio de Janeiro, 1947, n. 51.

(43) Orozimbo Nonato, *Aspectos do Modernismo Jurídico*, in *Revista forense*, 1931, 5 ss.

(44) Indicazioni giurisprudenziali in Octavio Luiz Rodrigues Junior, *Revisão Judicial dos Contratos*, São Paulo, 2ª ed., 2006, 153.

(45) L'art. 85 stabiliva che, nell'interpretare le dichiarazioni di volontà, l'intenzione delle parti doveva prevalere sul *sentido litteral da linguagem*.

(46) Jair Lins, *Clausola 'rebus sic stantibus'*, in *Revista Forense*, 1923, 512 ss.

(47) La prima decisione che fece buon accoglienza a questa tesi è del 27 ottobre 1932 e fu estesa dal giudice Nelson Hungria che, oltre ad accettare il punto di vista di Jair Lins, fece riferimento alla buona fede e richiamò la teoria di Oertman sulla base del contratto. La sentenza fu tuttavia riformata per *acórdão unânime* del 5 avril 1932 dalla IV *Câmara da Côrte do Distrito Federal*. Nel 1935 un *acórdão* del *Supremo Tribunal Federal*, preso con una maggioranza di 9 a 2, riconosceva che l'accoglimento della clausola *rebus sic stantibus* non violava le norme del codice civile invocate da una delle parti (la sentenza può leggersi in *Arq. Judiciário*, vol. 39, 178). Sull'oscillante giurisprudenza dell'epoca, Medeiros Da Fonseca, *Caso Fortuito e Teoria da Imprevisão*, 3ª ed., Rio de Janeiro, 1958, 312 ss.

(48) Orlando Gomes, *Variações Sobre a Reforma do Código Civil*, in *Revista Forense*, 1942, 651 ss.

(49) Almeida Paiva, *Aspectos do Contrato de Empreitada*, Rio de Janeiro s/d, 147 ss., il quale sottolinea l'atteggiamento ancora più aperto tenuto da alcune corti nell'interpretare il requisito dell'imprevedibilità della sopravvenienza. Esse concessero il *reajustamento* del prezzo anche se le parti, al momento della stipula dell'appalto, erano state consapevoli che vi sarebbero stati aumenti dei salari minimi dei lavoratori o che sarebbero aumentati i prezzi dei materiali.

(50) Jaime Landin, *Notas ao anteprojetado de código das obrigações*, in *Revista Forense*, 1943, 319 ss.



si oppose alla nuova normativa da un punto di vista molto diverso. Sostenitore dell'assoluta centralità dello Stato nello sviluppo dell'economia e paladino di un forte *dirigismo contratural* per cui la legge stessa avrebbe dovuto fissare «*taxativamente*» i tipi contrattuali imponendo alle parti «*direitos e obrigações*» inderogabili, egli giudicava a *imprevisão*, come le altre clausole generali, «tecniche di rianimazione» (51) dell'autonomia contrattuale. Si trattava di un'opzione di politica del diritto che, tendente a privare i giudici di qualsiasi ruolo significativo nel governo del mercato, era di segno opposto a quello della Commissione. Il 25 dicembre 1963 Caio Mário da Silva Pereira presentava il suo *anteprojeto de Código das Obrigações*. In quattro articoli tecnicamente assai più rigorosi ed equilibrati dell'art. 322 del precedente progetto veniva trattato l'istituto della risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta con evidente riferimento all'impostazione del codice civile italiano del 1942. Di quel testo si devono ancor oggi sottolineare la puntuale delimitazione della sfera di applicazione della normativa e il più equilibrato rapporto tra iniziativa delle parti e poteri del giudice. Oggetto di critiche che il giurista *mineiro*, con un velato riferimento a Orlando Gomes, avrebbe giudicato incomprensibili e ingenerose (52), il progetto non si realizzò anche perché fu accantonato dai militari che, con un colpo di Stato, avrebbero instaurato, pochi mesi dopo, una dittatura destinata a durare vent'anni. Negli anni della dittatura la teoria dell'*imprevisão* guadagnò altro terreno (53). Vi si riferirono alcuni articoli della Costituzione del 1969 nel campo del diritto pubblico (54), leggi speciali nel settore finanziario (55) e degli appalti (56) e i giudici in numerose sentenze (57). Per esempio, alcune corti attribuirono al coniuge separato, a titolo di mantenimento, una *pensão* agganciata alle variazioni di reddito dell'obbligato e altre, nel campo della responsabilità civile, assunsero come calcolo del risarcimento il salario percepito dal danneggiato non al tempo in cui l'illecito si era verificato, ma quello percepito al momento dell'emissione della sentenza (58). A livello dottrinario, certi autori si riferirono, invece, alla teoria della base del negozio per suggerire, sulla scorta della dottrina tedesca, l'adeguamento del valore delle prestazioni assunte in regime di determinazione legale dei prezzi erosi successivamente dall'inflazione (59).

## **La resolução ou modificação do contrato por alteração das circunstâncias nel codice civile portoghese del 1966 e nell'esperienza giurisprudenziale**

Inspirati da Vaz Serra, autore di una buona parte *dos*

*anteprojetos* relativi al diritto delle obbligazioni in vista della nuova codificazione del diritto privato (60), gli arts. 437-439 del codice civile portoghese del 1966 regolano le conseguenze «dell'alterazione anormale delle circostanze sulle quali le parti fondarono la decisione di contrarre» con un chiaro richiamo alla figura della base del negozio (61) elaborata dalla dottrina tedesca, molto influente negli anni Sessanta in Portogallo (62), e che i giuristi teorici avrebbero raccomandato di intendere in senso oggettivo (63).

Se mutano tali circostanze e, di conseguenza, l'adempimento della obbligazione diventa talmente oneroso da pregiudicare «gravemente i principi del-

### **Note:**

(51) Orlando Gomes, *Variações*, cit., 655.

(52) *Instituições de Direito Civil*, Vol. II, 19ª ed., Rio de Janeiro, 2001, 125.

(53) Wald, *Direito das Obrigações*, 15ª ed., São Paulo, 2001, 256 ss.

(54) Cfr. l'art. 163, III, il quale prevedeva la revisione delle tariffe dei concessionari di servizi affinché, con la giusta remunerazione del capitale, potessero provvedere al miglioramento e all'espansione dei servizi stessi. Si consideri anche l'art. 102, § 1º, che stabiliva l'adeguamento delle pensioni dei funzionari pubblici se si fossero verificati, a seguito delle variazioni del potere d'acquisto, modificazioni degli stipendi dei funzionari in servizio, disposizione riprodotta dall'art. 40 § 4º della Costituzione del 1988.

(55) Leggi speciali permisero che il *Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social* e gli agenti del *Sistema Financeiro da Habitação* stipulassero contratti indicizzati in rapporto al prezzo di alcuni beni o al costo della vita. Anche l'Unione fu autorizzata da leggi speciali a emettere obbligazioni indicizzate con il tasso *OTN (Obrigações do Tesouro Nacional)*.

(56) *Lei* 4370 de 28.7.1964, ripresa dalla *Lei* 8666 del 21.3.1993.

(57) Analizza la giurisprudenza dell'epoca, Alvaro Villaça Azevedo, *O Novo Código Civil Brasileiro*, cit., 191 ss.

(58) *Súmulas* 314, 490 e 562.

(59) Clóvis Do Couto E Silva, *A Teoria da Base do Negócio Jurídico no Direito Brasileiro*, in *Revista dos Tribunais*, 1960, 10. e, più di recente, con preziose indicazioni giurisprudenziali, Judith Martins Costa, *A Teoria da Imprevisão e a Incidência dos Planos Econômicos Governamentais na Relação Contratual*, id., 1991, 45 ss.

(60) Vaz Serra, *Resolução ou Modificação dos Contratos por Alteração das Circunstâncias*, in *B.M.J.*, n. 68 ss. L'articolo proposto si può leggere alle pagg. 382-397 ed è esaminato da Menezes Cordeiro, *Da Boa Fé no Direito Civil*, Vol. II, Coimbra, 1986, 914 s.

(61) José Oliveira Ascensão, *Alteração das Circunstâncias e Justiça Contratual no Novo Código Civil*, in Delgado, Figueirêdo Alves, *Questões Controvertidas*, II, São Paulo, 2004, 168.

(62) J. Sinde Monteiro, *Manuel De Andrade e a Influência do BGB sobre o Código Civil Português de 1966*, in *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, 2003, 198 ss. In giurisprudenza si è riferita esplicitamente alla «base del negozio» *STJ*, 2 Março 2004, in *CJ/STJ*, 2004, 1º-93.

(63) Menezes Cordeiro, *Da Alteração*, cit., 325 s.

la buona fede» e non risultare «coperto dai rischi propri del contratto», il debitore svantaggiato e non moroso ha diritto di chiedere al giudice, chiamato a trattare il caso secondo equità, di risolvere il contratto o di modificarlo. Richiesta la risoluzione, *a parte contrária* può opporsi alla domanda, «dichiarando di accettare (l'equa) modifica del contratto». La medesima disciplina è stata adottata, nel 1999, dal codice civile di Macau (*arts.* 431-433).

Della normativa del codice lusitano vanno marcate la distanza dalla tradizione formatasi nei secoli XVII e XVIII, che aveva creato norme dall'ambito di applicazione più limitato, e la presenza della clausola generale di buona fede, che, da interpretare oggettivamente (64), legittima il giudice a fare valutazioni ampiamente discrezionali (65). La disciplina si distacca da quella del codice civile italiano in più punti. Non si basa sulla teoria dell'*imprévision*, ora accolta in Francia dal progetto governativo e dal progetto Terré, perché, allo scopo di coprire anche i casi nei quali la buona fede imporrebbe a una delle parti di riconoscere che la stipula è stata determinata da certe circostanze (66), non fa dell'imprevedibilità degli eventi sopravvenuti il nucleo duro della normativa e perciò risulta, sotto questo profilo, più vicina al § 313 del BGB introdotto dal *Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts* (67). Non si riferisce chiaramente ai contratti individuati dalla giurisprudenza teorica portoghese del XVIII secolo e indicati nel progetto Catala. È toccato alla giurisprudenza sciogliere questo nodo. I giudici hanno fatto buona accoglienza alla tesi che, per il riferimento «ai rischi propri del contratto», l'art. 437 è messo fuori gioco dalle disposizioni legali che «imputano a una delle parti il danno derivante dall'alterazione delle circostanze» (68) e quindi vale solo un'«*alteração manifestada durante a vigência contratual*» (69). Si dice perciò che le corti si sono allineate alla logica dell'art. 1467 c.c. italiano, il quale ammette la risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta nei contratti a esecuzione periodica, continuata, o differita e sottintende che, eseguita la prestazione, si è consumata la definitiva concentrazione del rischio e dei vantaggi sicché essa è insensibile alle sopravvenienze (70). Anche la mancata tutela del debitore in mora è stata ancorata all'idea che egli, col suo comportamento, ha calamitato su di sé la sopraggiunta onerosità della propria prestazione (71). Il *leading case* che ha fatto applicazione della teoria del rischio è stato l'*acordão* del *Supremo Tribunal da Justiça* del 29 marzo 1979 (72). Il parametro della buona fede esalta il ruolo del giudice. Gli consente di sindacare le tecniche convenzionali di adeguamento del contratto. In

un caso di cessione di quote societarie, il prezzo di queste ultime era stata fissato in determinate prestazioni il cui valore era stato ancorato al valore dell'oro fino. Vigente il contratto, il valore dell'oro era salito in misura notevolmente superiore al costo della vita. Il *Supremo Tribunal de Justiça* concesse la richiesta revisione perché l'*atualização* prevista, data la situazione, contrariava la *boa fé*: anche in mancanza di tutti i presupposti dell'art. 437 c.c., si era in presenza di un abuso del diritto ex art. 334 perché l'intenzione delle parti era stata proteggersi dalla svalutazione monetaria e non speculare sul valore dell'oro (73). Alla luce della buona fede il giudice soppesa l'*anormalidade* dell'evento sopravvenuto; misura l'entità del *prejuízo verificado*; valuta il comportamento *geral das partes*. Stando all'art. 437, sono in grado di alterare le circostanze originarie sia i grandi eventi della storia, sia i piccoli accadimenti che toccano i contratti della vita quotidiana. In realtà, le corti si sono mostrate più inclini a riconoscere la rilevanza di questi ultimi che dei primi. Infatti, in un buon numero di casi sono state giudicate senza importanza le sopravvenienze legate ai fatti rivo-

### Note:

(64) Vaz Serra, *Resolução ou Modificação*, cit., 341.

(65) Menezes Cordeiro, *Da Alteração*, cit., 331 s.

(66) Vaz Serra, *Resolução ou Modificação*, cit., 328 che si riferisce alla figura della presupposizione.

(67) Rescigno, *La codificazione tedesca dello Störung der Geschäftsgrundlage*, in Cian (a cura di), *La riforma dello Schuldrecht tedesco: un modello per il futuro diritto europeo delle obbligazioni e dei contratti?*, Padova, 2004, 101 ss.

(68) Tra le tante, cfr. *STJ*, 11 Março 1997, in *CJ*, 1997, 5-150, mentre *Relação de Lisboa*, 21 Maio 1992, in *BMJ* 1992, 417 ss, ha esplicitamente escluso dall'area di applicazione dell'art. 437 del codice civile «i contratti a esecuzione immediata. In dottrina, nello stesso senso Menezes Cordeiro, *Da Alteração*, cit., 332.

(69) Menezes Cordeiro, *op. ult. cit.*, 368.

(70) Sacco-De Nova, *Il Contratto*, in Sacco, *Trattato di diritto civile*, 2, Torino, 1993, 670 s. Nella giurisprudenza portoghese esplicitamente in questo senso *STJ*, 23 Outubro 1986, in *BMJ*, 1986, 360 s.

(71) Carvalho Fernandes, *A Teoria da Imprevisão*, cit., 284; Menezes Cordeiro, *Da Alteração*, 332.

(72) In *BMJ*, 1979, 262 ss. Nella fattispecie, gli acquirenti di una società angolana, debitori del prezzo da pagarsi in due rate, tentarono di sottrarsi all'adempimento adducendo che l'occupazione dei beni della società in seguito alla proclamazione dell'indipendenza dell'Angola, configurando una «alterazione delle circostanze», giustificava la richiesta di risolvere il contratto. I giudici respinsero la domanda perché il fatto che, a partire da una certa data, la società non aveva potuto svolgere alcuna attività, non distruggeva gli effetti del trasferimento validamente concluso, né esonerava l'acquirente dal pagare interamente il prezzo, posto che era lui a dover sopportare il rischio dello «stato in cui si era trovata la società» successivamente all'acquisto.

(73) *STJ*, 15 Abril 1975, in *BMJ*, 1975, 138 ss.

luzionari del 1974-75, quali la chiusura della borsa (74), le epurazioni di certi soggetti compromessi col regime salazarista (75) e le nazionalizzazioni (76). Benché le singole decisioni poggino su ragioni formali abbastanza solide, tale atteggiamento prudente è stato spiegato con la preferenza dei giudici a che fosse il legislatore a dettare nuove regole, destinate inevitabilmente a incidere su settori delicati dell'economia e a soddisfare le aspettative dei gruppi sociali interessati (77). Con una costruzione soggettiva della nozione di base del contratto è stata ricondotta all'art. 437 il comportamento della parte che aveva minato la fiducia dell'altra nel mantenimento di un certo stato di cose (78).

Le corti esigono che il pregiudizio denunziato sia consistente. Ovviamente, l'apprezzamento e la valutazione del giudice giocano un ruolo determinante e alzano il tasso d'imprevedibilità del giudizio. Così, da un lato, il *Supremo* ha concesso la risoluzione di un contratto preliminare di compravendita di un immobile da ricostruire perché l'operazione era stata pregiudicata dall'entrata in vigore di una legge che vietava le demolizioni sicché il valore del *prédio* era crollato dal 5500 *contos* a 800 *contos* (79). D'altro lato, la *Relação* di Lisbona, sempre per un preliminare di compravendita, ha ritenuto irrilevante una caduta del valore della cosa promessa oscillante tra il 300% e il 400% essendo stati il deprezzamento prevedibile e già pagata, al momento della svalutazione, una parte del prezzo (80).

Sul piano dei poteri conferiti alle parti e al giudice, si osserva che, mentre il codice civile italiano legittima il contraente onerato a chiedere in via giudiziale soltanto la risoluzione del contratto e lascia all'altro la mossa dell'offerta riequilibratoria adatta a paralizzare la pretesa dell'attore (81), il *código civil*, nel consentire alla parte svantaggiata di domandare la modifica o la risoluzione e a quella avvantaggiata di reagire solo nel secondo caso, mostra una maggior considerazione degli interessi della parte in difficoltà, attribuisce al giudice un ruolo di primo piano e rende remota la possibilità di rinegoziazione, posto anche che un obbligo dei contraenti di trattare non è stato finora elaborato.

Se la parte onerata ha scelto la via della risoluzione, il contraente avvantaggiato può opporsi nei termini che si sono illustrati. A proposito della contromossa del creditore il codice italiano parla più propriamente di offerta tesa a «modificare equamente le condizioni del contratto», ossia, secondo alcuni, adatta a reintegrare «l'alea normale del contratto» (82). Fronteggiandosi le richieste di risoluzione e di modifica, spetta alle corti decidere la sorte del con-

tratto. Di recente, i giudici hanno ritenuto ottimale la risoluzione in caso di «frustrazione del fine negoziale», e la «riconduzione delle prestazioni ad equilibrio» se il fine risulta solo alterato (83), una soluzione prospettata già dalla dottrina tedesca (84).

Se la parte pregiudicata ha chiesto la risoluzione e l'altra non le ha opposto la modifica, l'opinione prevalente è che non spetta al giudice di decidere, *ex officio*, la modifica dell'accordo. La conseguenza è che

#### Note:

(74) *STJ*, 10 *Mai*o 1979, in *BMJ*, 1979, 262 ss. Nella fattispecie gli attori avevano chiesto che, *ex art.* 437 del codice civile, fosse risolto il mutuo bancario stipulato per destinarne il ricavato all'acquisto di azioni, operazione resa impossibile dalla chiusura della borsa in seguito alla rivoluzione del 25 aprile 1974. La corte respinse la domanda perché l'evento «non aveva gravemente intaccato il principio della buona fede in quanto la banca era estranea alle prospettive commerciali dell'attore».

(75) *STJ* 13 *Dezembro* 1977, in *BMJ* 1978, 272 ss. La corte decise che, in quanto di natura cartolare, doveva essere adempiuta l'obbligazione cambiaria emessa dagli amministratori di un società estromessi a causa dell'occupazione della società debitrice attuata da impiegati e operai in seguito alla rivoluzione e che quindi tali eventi non costituivano causa di liberazione dall'impegno assunto.

(76) *STJ* 8 *Fevereiro* 1979, in *BMJ*, 1979, 221 ss. L'accettante di favore di cambiali tratte da un imprenditore si è visto respingere la domanda di liberazione dal suo impegno verso le banche alle quali le aveva girate. Egli aveva motivato la sua pretesa con il dato che, essendo state nazionalizzate sia l'impresa favorita che le banche, il *favor* verso l'impresa traente era stato pregiudicato dalla nuova situazione. La corte ha giustificato la decisione argomentando che le banche, per la legge cambiaria, dovevano considerarsi terzi di buona fede insensibili alle vicende del rapporto sottostante i titoli cambiari.

(77) Menezes Cordeiro, *Da Boa Fé*, cit., 9931 ss.

(78) Nella fattispecie vagliata da *STJ* 2 *Outubro* 2001 in *www.dgsi.pt*, i giudici hanno dichiarato risolto, *ex art.* 437 del codice civile, il preliminare di vendita di un immobile per aver il promittente acquirente inadempito alla propria obbligazione di pagare una parte del prezzo mediante la fornitura di certi materiali per l'edilizia, per aver aggredito la controparte che l'aveva sorpreso mentre tentava di rifirargliene una quantità minore e per aver infine rifiutato di pagare l'intero prezzo in contanti al momento della stipula del definitivo come era stato richiesto dal venditore, ormai determinato a non accettare più materiali dall'inaffidabile e irascibile contraente. La corte ha ritenuto che «a *confiança em que, necessariamente, assentava o contrato foi ablada*» e che l'alterazione delle prestazioni si era tradotta in un forte squilibrio contrattuale.

(79) *STJ* 6 *Abril* 1978, in *BMJ*, 1978, 253 ss.

(80) *Relação de Lisboa*, 21 *Abril* 1986, in *CJ*, 1986, 2, 118 ss.

(81) Sulla soggezione della parte onerata all'iniziativa di quella avvantaggiata tesa a evitare la risoluzione del contratto nel diritto italiano, Macario, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996, 293 ss.

(82) Cfr. Sulla razionalità economica delle diverse ipotesi di revisione del contratto indotte dalle disposizioni vigenti nei vari ordinamenti, Granieri, *Il tempo e il contratto*, Milano, 2007, 327 ss.

(83) *Relação de Porto*, 20 *Outubro* 1988, in *CJ*, 1988, 4-173.

(84) Larenz, *Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung*, München, Berlin, 1963.



se egli valuta infondata la domanda, deve emettere una sentenza che mantiene in vita il contratto concluso a suo tempo.

Se il *lesado* ha chiesto la modifica del contratto, non si avrà la risoluzione e il giudice valuterà la domanda alla luce del criterio di equità. Se la valutazione sarà stata negativa, rimarrà in vigore l'accordo stipulato. Se la valutazione sarà stata positiva, varrà il testo modificato (85). Nel secondo caso, è stato sostenuto che, pur nel silenzio della legge, il creditore può invocare la risoluzione, in quanto a nessuno può essere imposto «un contratto sostanzialmente diverso da quello che approvò» (86), tesi che non convince chi ricorda che, nel medesimo codice civile, non mancano esempi di imposizione di un contratto modificato a una delle parti (87). Tuttavia quella critica, richiamando la centralità dell'autonomia dei privati, svela i rischi di risposte inefficienti in un sistema di regole fondato sulla valutazione giudiziale secca delle proposte di modifica del contratto e sull'assenza sia di un potere di intervento del giudice sulle proposte stesse, sia di un obbligo delle parti di rinegoziare il contratto elaborati, per esempio, dalla dottrina italiana (88) e anche dalla giurisprudenza arbitrale (89). Il rischio più concreto di soluzioni inefficienti si verifica, appunto, nel caso in cui entrambe le parti hanno interesse al mantenimento del contratto e la proposta del contraente onerato non può essere seguita, ex art. 437, dalla controproposta dell'altro. La conseguenza è che, a causa della mancanza di informazioni sulla posizione della parte avvantaggiata, il giudice vede accrescere le difficoltà, già grandi, di realizzare l'ottimizzazione dello scambio, ossia di imitare l'accordo cui le parti sarebbero giunte in considerazione delle sopravvenienze soprattutto perché è assai probabile che la offerta pervenutagli dalla parte onerata, per quanto equa possa essere valutata, non sia quella che sarebbe stata in una nuova fase di negoziazione (90).

### **La resolução por onerosidade excessiva nel código civil brasiliano del 2002 e le proposte di riforma della disciplina**

Con gli arts. 478, 479 e 480 la disciplina della «*resolução por onerosidade excessiva*» ha fatto il suo ingresso trionfale nel nuovo codice civile brasiliano, salutata come una delle espressioni più significative dei valori di *socialidade*, *eticidade* e *operabilidade* che distaccano l'opera del legislatore dalla logica individualistica e dogmatico-formalista del *código civil* del 1916 (91). In particolare, questi articoli sono stati considerati una manifestazione significativa del principio della «funzione sociale del contratto» scolpito nell'art. 421, norma, che insieme ad altre

clausole generali, ha eccitato l'attesa che il giudice, chiamato ad amministrarle, si riveli un signore del diritto sollecito a dispensare una «giustizia sostanziale» adatta a lenire le profonde ingiustizie sociali del Paese (92). Evidentemente ispirate agli art. 1467 ss. c.c. italiano, le nuove disposizioni stabiliscono che, se nei contratti a esecuzione continuata o differita, la prestazione di una delle parti, a causa di eventi «straordinari e imprevedibili (...)» è diventata eccessivamente onerosa» e conferisce un «estremo vantaggio» all'altra, il debitore onerato potrà chiedere la risoluzione. Secondo l'art. 479, il creditore avvantaggiato sarà in grado di evitarla «offrendosi di modificare *equitativamente* le condizioni del contratto» (93). Rispetto alla normativa italiana mancano però, sia una disposizione che escluda i contratti aleatori dall'ambito di applicazione delle regole in parola, sia il riferimento all'alea normale del contratto dove si fissano i presupposti in presenza dei quali l'eccessiva onerosità assume rilevanza. Sulla nuova normativa sono state espresse alcune riserve. Si è sottolineato che è ridondante aver qualificato gli eventi perturbatori «straordinari e imprevedibili» (94). Si è criticato l'accoglimento della teoria dell'*imprevisão*, incapace di fronteggiare gli effetti della inflazione sempre ricorrente o in agguato, come ben sanno i contraenti (95). Si è rilevato che l'elemento dell'«estremo vantaggio» conseguito dal promissario costituisce un requisito che rischia di

#### **Note:**

(85) Carvalho Fernandes, *A Teoria da Imprevisão*, cit., 299 ss.

(86) Oliveira Ascensão, *Direito Civil. Teoria Geral*, Vol. II, Coimbra, 2003, 421.

(87) Carvalho Fernandes, *A Teoria da Imprevisão*, cit., 299, il quale richiama, tra gli altri, il caso del contratto usurario (art. 283, n° 2 del codice civile).

(88) Macario, *Adeguamento e rinegoziazione*, cit., 223 ss.

(89) Accaqui Lorfing, *La renegotiation contractuelment imprevue*, in *International Business Law Journal*, 2010, 35 ss.

(90) Per una più approfondita analisi del punto, si rinvia ancora a Granieri, *Il tempo*, cit., 335.

(91) Calderale, *Diritto privato*, cit., 281 ss.

(92) Judith Martins-Costa-Gerson Luiz Carlos Branco, *Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil Brasileiro*, São Paulo, 2002, 144 ss.

(93) L'art. 480 disciplina il caso in cui l'eccessiva onerosità sopravvenuta colpisce il contratto con obbligazioni di una sola parte e attribuisce al contraente onerato il potere di domandare la riduzione della prestazione da eseguire o la modifica delle modalità di esecuzione.

(94) Nelson Borges, *A Integração da Teoria da Imprevisão ao Direito Brasileiro: Análise dos arts. 477, 478 e 479 do Anteprojeto: 634/75 do Novo Código Civil*, in *Jurisprudência Brasileira*, 1990, 25 ss.

(95) Alvaro Villaça Azevedo, *O Novo Código Civil Brasileiro*, cit., 186., che auspica una successiva versione dell'art. 478 dalla quale sia espunta la parola «*imprevisíveis*».



mettere fuori gioco la tutela della parte onerata tanto più che è di difficile dimostrazione in giudizio (96), e, si potrebbe aggiungere, spinge a un aggiustamento del contratto probabilmente poco sensibile al nuovo quadro economico determinato dalla sopravvenienze (97). Si è condannato il silenzio sulla mora del debitore onerato, disciplinata, invece, dall'art. 438 c.c. portoghese (98). Tuttavia, i rilievi più penetranti riguardano la scelta di fondo del legislatore. Chi dal dato che l'art. 478 disciplina la *resolução do contrato* e l'art. 479 la revisione ricava che la prima risposta del codice alle sopravvenienze onerosa è, appunto, la risoluzione del contratto (99), contesta questa impostazione, osservando che specialmente nei contratti di lunga durata, l'interesse prevalente del debitore svantaggiato è quello della modifica del contratto (100) e non quello della risoluzione, una posizione che è consacrata da apposite norme per quanto riguarda i *contratos administrativos* (101) e ha ricevuto l'autorevole appoggio del *Superior Tribunal de Justiça* (102). Rinforzano questo punto di vista sia l'art. 317 del *código civil*, sia l'art. 6 V del *código de Defesa do Consumidor* (CDC) del 1990, i quali consentono solo la revisione dell'accordo. Riferendosi alle obbligazioni pecuniarie, la prima disposizione stabilisce che, quando per motivi imprevedibili, risulti svalutata al momento dell'esecuzione il valore del pagamento a suo tempo promesso, il giudice, su richiesta del creditore, può rivalutare la prestazione dovuta in misura tale da assicurarne «il valore reale». La seconda ammette, nell'interesse esclusivo del consumatore, la revisione del contratto diventato per lui eccessivamente oneroso a causa di eventi sopraggiunti (103).

Il tema della revisione contrattuale è collegato a quello dei poteri del giudice e delle parti. In Brasile, la considerazione di questo aspetto tradizionale e delicato risente del particolare clima che ha accolto la codificazione. In tale scenario, la centralità dell'autonomia privata e le logiche del libero mercato, sia pure limitate dalla Costituzione del 1988 in nome di istanze sociali, non rappresentano valori culturali pacificamente acquisiti nella riflessione di numerosi giuristi teorici e pratici. A volte essi sono inclini a diffidarne e a forzare il dato normativo in nome di una non sempre ben definita equità che alle corti spetterebbe di amministrare a vantaggio di soggetti, a torto o a ragione, considerati deboli (104). Portano alle estreme conseguenze questo atteggiamento coloro i quali si dolgono perché, stando alla lettera delle disposizioni del *código civil*, il giudice non può modificare *ex officio* l'accordo alterato, un potere che gli è conferito solo dopo il fallimento della rinegoziazione dai Principi Unidroit dei contratti com-

merciali internazionali e in Francia dalla proposta di Terré e, quindi, non come prima alternativa all'autonomia privata. Non dandosi per vinti, essi sostengono che il giudice è autorizzato dalle clausole generali della funzione sociale del contratto (art. 421) e delle buona fede obbiettiva (art. 422), a pronunciare d'ufficio la *revisão* (105) e così, riverniciando con nuove istanze di giustizia contrattuale la posizione emersa, in forma appena più sfumata, negli anni Quaranta del Novecento, si scontrano con chi sostiene che il giudice non può imporre la revisione (106). Coloro i quali si sono mostrati meno ostili dell'autonomia dei privati e più attenti alla logica delle operazioni economiche, hanno proposto di riformare la giovane disciplina del codice civile presumendo l'interesse della parte svantaggiata alla conservazione del contratto (107). Essi hanno preparato il terreno avendo sostenuto che, nonostante il tenore let-

#### Note:

(96) Gagliano, Pamplona Filho, *Novo Curso de Direito Civil: Contratos*, São Paulo, 2005, v. 4, t. 1, 307.

(97) Per i vari parametri di riaggiustamento del contratto, più o meno vicini alla soluzione maggiormente razionale nel campo importante del diritto amministrativo, cfr. Justen Filho, *Concessões de Serviços Públicos: Comentários às Leis nos 8987 e 9074 de 1995*, São Paulo, 1997, 152 ss. e, in giurisprudenza, l'*acórdão* 6 outubro 2004, n. 1563. in Otavio Luiz Rodrigues Junior, *Revisão Judicial dos Contratos*, cit., 254.

(98) José Figueirêdo Alves, *Com. sub art. 478*, cit., 438. José Oliveira Ascensão, *Alteração das Circunstâncias*, cit., 186, sostiene che la disciplina brasiliana sia più giusta di quella portoghese ritenendo iniquo addossare al debitore i costi delle sopravvenienze per il solo fatto di essere stato moroso.

(99) José Oliveira Ascensão, *op. ult. cit.*, 180 che fa riferimento al principio della conservazione del contratto ricavabile da numerose norme del codice civile; De Brito, *Equivalência Material dos Contratos*, São Paulo, 2007, 100.

(100) José Figueirêdo Alves, *Com. sub art. 478*, cit., 437; Luiz Roldão De Freitas Gomes, *Contrato*, 2ª Ed., Rio de Janeiro, São Paulo, 2002, 162; Regina Beatriz Tavares Da Silva, *Clausola «rebus sic stantibus» ou Teoria da Imprevisão-revisão Contratual*, Belem, 1989, 321.

(101) *Lei n. 8.666* del 1995, art. 65. Su tale disposizione, Judith Martins Costa, *A Revisão dos Contratos no Código Civil Brasileiro*, in *Roma e America*, 2003, 145.

(102) *Jornada III STF* 176.

(103) Su questa norma Brito Filomeno, *Dos Direitos Básicos do Consumidor*, in Ada Pellegrini Grinover e al., *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*, 6ª Ed., Rio de Janeiro, 1999, 125 s.

(104) Mette in guardia da queste tendenze estreme, Wald, *O Novo Código Civil e a Evolução do Regime Jurídico dos Contratos*, in *Roma e America*, 2003, 102.

(105) Nelson Nery Junior-Rosa Maria De Andrade Nery, *Código Civil Comentado*, 6ª ed., São Paulo, 2008, 544.

(106) José Oliveira Ascensão, *Alteração das Circunstâncias*, cit., 181; Alvaro Villaça Azevedo, *O Novo Código Civil Brasileiro*, cit., 199; Judith Martins-Costa, *A Revisão dos Contratos*, cit., 167.

(107) Regina Beatriz Tavares Da Silva, *Clausola «rebus sic stantibus»*, cit., 430.

terale dell'art. 478, la parte svantaggiata è legittimata a proporre al giudice la revisione sia perché nell'ordinamento vige il principio della conservazione del contratto (108), sia perché il potere più ampio di chiederne la risoluzione racchiude in sé quello più limitato di domandarne la *revisão* (109).

Tenendo nel debito conto questa impostazione e gli argomenti formali, di diverso spessore, che la sostenevano, il tenace deputato Ricardo Fiuza ha presentato nel 2002 (110) e ripresentato nel 2007 un progetto di legge (111), tecnicamente non eccelso. Avendo scelto la prospettiva suddetta senza prendere in considerazione in prima battuta anche l'eventuale interesse al recupero del contratto del promissario favorito, le regole proposte, invece di imporre la negoziazione tra le parti, concentrano nelle mani del giudice il potere di decidere. Se vuole evitare l'imposizione della modifica nel caso in cui l'offerta del promittente incontri il favore del giudice, il promissario può solo invocare la risoluzione a certe condizioni non facili da dimostrare con precisione in un ambiente che, in linea generale, è ostile a questa scelta (112). La conseguenza è che rimangono alte le probabilità di soluzioni non efficienti, ma solo accettabili, nonostante la scomparsa del requisito del vantaggio eccessivo del creditore nella nuova situazione. Esaminando in dettaglio il progetto in parola, si vede che nel *Capítulo II*, il quale regola la *Revisão* e la *Extinção do Contrato*, alla revisione è dedicata la prima *seção*, composta di un solo articolo (art. 474) alla risoluzione la seconda *seção*, composta di due articoli (arts. 475 e 476). Valorizzando gli elementi architettonici del testo, il dato che le nuove regole sono disposte in una sequenza rovesciata rispetto a quella esistente nel *código civil* permette, secondo l'opinione corrente (113), di cogliere la nuova opzione dell'ordinamento a favore dell'adeguamento del rapporto contrattuale. In realtà, viene attribuita al contraente onerato la scelta tra l'azione di revisione e quella di risoluzione del contratto, così come dispone una norma molto chiara del codice civile portoghese, l'art. 437 primo comma, che invece manca nel progetto in esame (114). Stando al progetto di legge, se nei contratti a *execução sucessiva ou diferida*, la prestazione di una parte è diventata «sproporzionata» o «eccessivamente onerosa» a causa di un evento *imprevisível, anormal e estranho* ai contraenti al momento della stipula, la parte pregiudicata può fare alcune mosse dal momento che la onerosità *exceda os riscos normais do contrato*. Il progetto lima, così, i requisiti dell'evento ed elimina il controverso requisito dell'estremo vantaggio del creditore dal novero degli elementi che il debitore deve dimostrare

essere effetto della sopravvenienza. Richiede, invece, che lo squilibrio abbia alterato i rischi normali del contratto, probabilmente sottintendendo che il giudice è chiamato a ripristinare l'alea normale.

Se la parte onerata domanda la modifica del contratto, la parte avvantaggiata può opporre la risoluzione dimostrando «i gravi pregiudizi» che possono derivargli dall'accoglimento della domanda dell'attore (art. 476). Una disposizione del genere manca nel codice civile portoghese.

Se la parte avvantaggiata chiede la risoluzione, l'altra può evitarla offrendosi di modificare equitativamente le condizioni del contratto.

Infine, stando all'art. 474, § 1° sembra che la parte svantaggiata possa chiedere alternativamente la revisione e la risoluzione innescando «l'esame giudiziale di cosa sia più giusto per il caso concreto», espressione non chiarissima (115).

Quale che sia la sequenza delle mosse del promittente e del promissario davanti al giudice secondo le disposizioni in vigore e in cantiere, l'obiettivo dell'adeguamento del contratto dovrebbe essere raggiunto mediante la trattativa diretta delle parti. Solo se trattassero, i contraenti partirebbero dalle condizioni economiche sussistenti nella nuova situazione, senza limitarsi ad aggiustare ciò che pattuirono al momento della conclusione del contratto secondo quando impongono, più o meno esplicitamente, le norme legali (116). Anche dopo il fallimento della trattativa, questa non perderebbe la sua utilità per la soluzione della controversia perché lo stesso giudice, chiamato secondo, per esempio, il progetto Terré a decidere avrebbe un quadro più chiaro delle

### Note:

(108) José Oliveira Ascensão, *Alteração das Circunstâncias*, cit., 181.

(109) Maria Helena Diniz, *Curso de Direito Civil: Teoria das Obrigações Contratuais e Extracontratuais*, São Paulo, 19ª Ed., 2003, 39.

(110) *Projeto de Lei* n. 6960/2002.

(111) *Projeto de Lei* n. 276/2007.

(112) *Jornada III STF* 176.

(113) Otavio Luiz Rodrigues Junior, *Revisão Judicial dos Contratos*, cit., 177.

(114) L'alternativa a disposizione della parte onerata sembra sottintesa nell'art. 474, che tratta in realtà della revisione del contratto perché il § 1, senza menzionare la domanda di risoluzione, recita che «nulla impedisce che la parte deduca in giudizio *pedidos cumulados na forma alternativa*».

(115) Si potrebbe infatti ritenere che il giudice, di fronte alla domanda alternativa decida senz'altro la controversia o che possa invitare le parti a trattare o avvertire la parte avvantaggiata della sua intenzione di procedere alla risoluzione per invitarlo a presentare una controproposta.

(116) Granieri, *Il tempo*, cit., 337.

legittime aspettative dei contraenti al quale riferirsi. Quando una disposizione legale che imponga alle parti di negoziare manca, le probabilità che una trattativa si apra dipendono dall'incentivo predisposto dalle regole sui poteri del giudice. In una situazione nella quale la parte avvantaggiata è interessata alla prosecuzione del rapporto contrattuale, ipotesi presa in considerazione anche da alcune regole del progetto Fiuza, la spinta più convincente all'apertura della trattativa è fornita da regole del tenore, per esempio, dell'art. 1440 del *codice civile* peruviano, il quale, come si è visto, prevede che il giudice può disporre d'ufficio la risoluzione. In questo caso il promittente sarebbe in una condizione più vantaggiosa e il promissario, di fronte alla prospettiva di rimanere senza contratto, offrirebbe condizioni soddisfacenti alla luce della nuova situazione.

In attesa che il progetto di legge percorra la sua strada nel Congresso, mostrano uno scolorito favore verso la negoziazione gli autori, che hanno accennato a un obbligo dei contraenti di trattare, fondato sulla clausola di buona fede, teorizzato con una più solida adesione alle logiche del libero mercato an-

che in Italia (117). Nella ricostruzione che è stata elaborata in Brasile, però, tali trattative sono rese impacciate dal «dovere» della parte avvantaggiata di «considerare i legittimi interessi della controparte contrattuale» e quindi di «accettare la modifica richiesta», con la conseguenza che, in una logica di prendere o lasciare, la sua riluttanza, violando l'obbligo di comportarsi secondo buona fede, legittimerebbe «o *poder correttivo do juiz*» (118), ancora una volta chiamato ad intervenire nell'ottica della tutela del promittente onerato.

**Note:**

(117) Si veda la più convincente posizione degli autori italiani che costruiscono per il giudice un ruolo attivo nella trattativa che le parti sono tenute a intavolare in virtù dell'obbligo di comportarsi secondo buona fede, e, infine, nel creare la regola contrattuale ex art. 2932 c.c. se una parte col suo comportamento malizioso abbia impedito la conclusione dell'accordo modificativo. Tali autori offrono una prospettiva più realistica della negoziazione che non viene ridotta alla considerazione della mossa ultimativa del promittente onerato. Per una diligente ricostruzione delle idee della dottrina sul punto, Nanna, *Eterointegrazione del contratto e potere correttivo del giudice*, Padova, 2010, 159 ss.

(118) Judith Martins-Costa, *A Revisão dos Contratos*, cit., 167.

**RIVISTE**

Oggi anche su Tablet

**Studi e materiali**

**Quaderni trimestrali**

**Direzione e redazione:** Consiglio Nazionale del Notariato

**Coordinatore:** G. Laurini

**Comitato scientifico:** Roberto Braccio, Giuseppe Celeste, Maria Luisa Cenni, Guido De Rosa, Paolo Guida, Giampiero Monteleone, Francesco Giambattista Nardone, Donatella Quartuccio

**Redazione:** Emanuele Calò, Mauro Leo, Annarita Lomonaco, Paolo Longo, Enrico Mozzati, Antonio Ruotolo

**Segreteria di redazione:** Stéfanie Busso, Gabriella De Angelis

**Editoriale:** opinioni su temi di attualità e di interesse generale per il mondo notarile

**Studi:** la sezione comprende lavori approvati collegialmente dalle Commissioni del Consiglio Nazionale del Notariato competenti per materia (Commissione studi civilistici, Commissione studi di impresa, Commissione studi tributari e Commissione affari europei e internazionali). Alcuni di tali lavori, per la particolarità e la rilevanza degli argomenti trattati, formano oggetto di ulteriore attenzione e successiva approvazione espressa anche da parte del Consiglio Nazionale del Notariato.

**Materiali:** la sezione comprende lavori che rappresentano ed esprimono esclusivamente il pensiero dei loro autori, com-

ponenti delle suddette Commissioni. In questa sezione sono pubblicati anche studi e ricerche sulla storia del notariato.

**Risposte a quesiti:** la sezione comprende le risposte, di norma non esaminate collegialmente dalle Commissioni, che l'Ufficio Studi dà a specifici quesiti di interesse generale rivolti al Consiglio Nazionale del Notariato.

Abbonamento annuale: € 160,00

**Per informazioni e acquisti**

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









# Osservatorio comunitario

a cura di **Irene Picciano** *Studio Legale De Berti Jacchia Franchini Forlani - Bruxelles*

@ Il testo integrale del provvedimento contrassegnato è disponibile su: [www.ipsoa.it/contratti](http://www.ipsoa.it/contratti)

## CONTRATTI DEI CONSUMATORI

PRATICHE COMMERCIALI SLEALI E CLAUSOLE ABUSIVE  
NEL CREDITO AL CONSUMO

@ Corte di Giustizia dell'Unione europea, 15 marzo 2012, causa C-453/10 - Pres. Tizzano - Rel. Safjan - Avv. gen. Trstenjak - Canc. Sztranc-Sławiczek - Jana Pereni ová e Vladislav Pereni c. SOS financ, spol. s r. o.

### Il caso

In data 15 marzo 2012, la Corte di Giustizia dell'Unione europea si è pronunciata, dietro rinvio pregiudiziale proposto dall'*Okresný súd Prešov* (Slovacchia), sull'interpretazione dell'art. 6 par. 1 della direttiva 93/13/CEE del Consiglio, del 5 aprile 1993, concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori (1), e delle disposizioni della direttiva 2005/29/CE del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 maggio 2005, relativa alle pratiche commerciali sleali delle imprese nei confronti dei consumatori nel mercato interno (2) (a volte "direttiva sulle pratiche commerciali sleali"), nonché sull'incidenza che l'applicazione della direttiva 2005/29/CE potrebbe avere sulla direttiva 93/13/CEE.

Il rinvio pregiudiziale è stato effettuato nell'ambito di una controversia tra, da un lato, la sig.ra *Pereni ová* ed il sig. *Pereni e*, dall'altro, la *SOS financ, spol. s r. o.* ("SOS"), istituto non bancario che concede crediti al consumo, in relazione ad un contratto di credito stipulato tra gli interessati e detta società, di cui i primi chiedono al giudice del rinvio di accertarne la nullità in ragione della presenza nello stesso di diverse clausole sfavorevoli. Tra queste, secondo il giudice del rinvio, vi sarebbe la non corretta indicazione dell'ammontare del TAEG, che non corrisponderebbe al 48,63% riportato nel contratto, ma al 58,76%, in quanto la *SOS* non ha incluso nel relativo calcolo alcune spese connesse al credito concesso. In tale contesto, il giudice del rinvio ha rilevato che la dichiarazione di nullità di detto contratto di credito a breve termine nel suo complesso, pronunciata in ragione del carattere abusivo di alcune sue clausole, sarebbe stata più vantaggiosa per i ricorrenti nel procedimento principale rispetto al mantenimento in vigore delle clausole non abusive del medesimo contratto. Infatti, nel primo caso, i consumatori in questione sarebbero stati tenuti a versare soltanto gli interessi di mora, al tasso del 9%, e non l'insieme delle spese per la concessione del credito, che sarebbero state ben più elevate degli interessi summenzionati.

Ritenendo che la soluzione della controversia dipendesse dall'interpretazione delle pertinenti disposizioni del diritto dell'UE, il giudice del rinvio ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte due questioni pregiudiziali.

### Le questioni

Con la prima questione, il giudice del rinvio ha domandato se

l'ambito della tutela del consumatore ai sensi dell'art. 6 par. 1 della direttiva 93/13/CEE sia tale da consentire, nel caso in cui siano individuate clausole contrattuali abusive, di considerare che il contratto nel suo complesso non vincola il consumatore, qualora ciò sia più favorevole a quest'ultimo. Con la seconda questione, ha dapprima chiesto se i criteri che configurano una pratica commerciale sleale ai sensi della direttiva 2005/29/CE siano tali da consentire di considerare che, allorché l'operatore menziona nel contratto un TAEG inferiore a quello reale, si possa ritenere tale comportamento dell'operatore nei confronti del consumatore una pratica commerciale sleale. Ha quindi domandato se, nel caso in cui sia accertata una pratica commerciale sleale, la direttiva 2005/29/CE ammetta che ciò abbia influenza sulla validità del contratto di credito e sul conseguimento della finalità degli art. 4 par. 1, e 6 par. 1 della direttiva 93/13/CEE qualora la nullità del contratto sia più favorevole per il consumatore.

La Corte, avendo già più volte individuato nella situazione di inferiorità in cui si trova il consumatore nei confronti del professionista l'idea su cui si fonda il sistema di tutela istituito dalla direttiva 93/13/CEE (3), ricorda che l'art. 6 par. 1 della stessa è una norma imperativa avente l'obiettivo di sostituire all'equilibrio formale che il contratto determina fra i diritti e gli obblighi delle parti un equilibrio reale, atto a ristabilire l'uguaglianza tra queste ultime (4). Alla luce di quanto prece-

### Note:

(1) Direttiva 93/13/CEE del Consiglio, 5 aprile 1993, concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori, in *G.U.C.E.*, 21 aprile 1993, L 95 L'art. 6 par. 1 prescrive che: «... Gli Stati membri prevedono che le clausole abusive contenute in un contratto stipulato fra un consumatore ed un professionista non vincolano il consumatore, alle condizioni stabilite dalle loro legislazioni nazionali, e che il contratto resti vincolante per le parti secondo i medesimi termini, sempre che esso possa sussistere senza le clausole abusive ...».

(2) Direttiva 2005/29/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, 11 maggio 2005, relativa alle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori nel mercato interno e che modifica la direttiva 84/450/CEE del Consiglio e le direttive 97/7/CE, 98/27/CE e 2002/65/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e il regolamento (CE) n. 2006/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio ("direttiva sulle pratiche commerciali sleali"), in *G.U.C.E.*, 11 giugno 2005, L-149.

(3) Si veda CGCE. 6 ottobre 2009, causa C-40/08, *Asturcom Telecomunicaciones SL/Cristina Rodríguez Nogueira*, punto 29, dove la Corte ricorda che: «... il sistema di tutela istituito dalla direttiva 93/13 è fondato sull'idea che il consumatore si trovi in una situazione di inferiorità rispetto al professionista per quanto riguarda sia il potere nelle trattative che il grado di informazione, situazione che lo induce ad aderire alle condizioni predisposte dal professionista senza poter incidere sul contenuto delle stesse ...». Sul punto v. anche CGCE, 4 giugno 2009, causa C-243/08, *Pannon GSM Zrt./Erzsébet Sustikné Gy rfi*, punto 22.

(4) Si veda CGCE, *Asturcom Telecomunicaciones SL/Cristina Rodríguez Nogueira*, punto 30.

de, spetta al giudice del rinvio che accerta il carattere abusivo delle clausole contrattuali, ai sensi dell'art. 6 par. 1 della direttiva 93/13/CEE, da un lato, trarre tutte le conseguenze che ne derivano secondo il diritto nazionale affinché tale consumatore non sia vincolato da dette clausole, e, dall'altro, valutare se il contratto in questione possa essere mantenuto in assenza di dette clausole abusive. Invero, tenuto conto sia della finalità perseguita dal legislatore dell'UE attraverso la direttiva 93/13/CEE (5) sia delle esigenze riconducibili alla certezza del diritto che depongono a favore di un approccio obiettivo in sede di interpretazione della disposizione in oggetto, la Corte conferma che l'eventuale vantaggio di una delle parti, nella fattispecie del consumatore in seguito all'annullamento del contratto, non può essere presa in considerazione quale criterio determinante per disciplinare la sorte futura del contratto. Contestualmente, la Corte, dopo aver rilevato che la direttiva 93/13/CEE ha effettuato solo un'armonizzazione parziale e minima delle legislazioni nazionali relativamente alle clausole abusive (6), statuisce che la stessa non osta ad una normativa nazionale adottata da uno Stato membro, nel rispetto del diritto dell'UE, la quale permetta di dichiarare la nullità complessiva di un contratto stipulato tra un professionista ed un consumatore e contenente una o più clausole abusive, qualora ciò risulti garantire un livello di tutela per i consumatori più elevato di quello previsto dalla direttiva medesima.

Nel rispondere alla seconda questione pregiudiziale, la Corte di Giustizia osserva che, dall'analisi di una serie di disposizioni della direttiva 2005/29/CE (7), una pratica commerciale come quella in questione nella causa principale consistente nel menzionare in un contratto di credito un TAEG inferiore a quello reale, costituisce una falsa informazione quanto al costo complessivo del credito e, pertanto, al prezzo ai sensi dell'art. 6 par. 1 lett. d della direttiva 2005/29/CE (8). Infatti, allorché la menzione di un TAEG siffatto induce o è idonea ad indurre il consumatore medio ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso, circostanza che spetta al giudice nazionale verificare, tale falsa informazione deve essere qualificata come pratica commerciale ingannevole ai sensi dell'art. 6 par. 1 di detta direttiva. Per quanto concerne l'incidenza di tale constatazione sulla valutazione del carattere abusivo delle clausole di detto contratto, la Corte rileva che l'art. 4 par. 1 della direttiva 93/13/CEE (9), definisce i criteri che permettono di svolgere tale valutazione, ricomprendendovi espressamente "tutte le circostanze" che accompagnano la conclusione del contratto in questione. Ne discende che l'accertamento del carattere sleale di una pratica commerciale rappresenta un elemento tra gli altri sul quale il giudice competente può basare la sua valutazione del carattere abusivo delle clausole di un contratto ai sensi dell'art. 4 par. 1 della direttiva 93/13/CEE, anche se non idoneo a dimostrarlo automaticamente e di per sé. Infatti, spetta al giudice del rinvio statuire sull'applicazione dei criteri generali enunciati agli artt. 3 (10) e 4 della direttiva 93/13/CEE ad una clausola particolare che dev'essere esaminata in relazione a tutte le circostanze proprie al caso di specie. Per concludere, l'accertamento del carattere sleale di una pratica commerciale non ha diretta incidenza sulla validità del contratto ai sensi dell'art. 6 par. 1 della direttiva 93/13/CEE in considerazione del fatto che la direttiva sulle pratiche commerciali sleali non pregiudica l'applicazione, ai sensi del suo art. 3 par. 2 (11), del diritto contrattuale, né, in particolare, delle norme sulla formazione, validità o efficacia dei contratti.

### Note:

(5) Si veda Concl. Avv. Gen. 29.11.2011, causa C-453/10, *Jana Pereni ová e Vladislav Pereni /S.O.S. financ, spol. sro*, punto 63, dove l'Avv. Gen. *Trstenjak* statuisce che: «... [c]ome si evince dal sesto considerando, la direttiva 93/13 vuole a tal fine "eliminare le clausole abusive da tali contratti". Come già osservato, essa però non è volta a dichiarare inefficaci i contratti nel loro complesso sulla base di una clausola abusiva ivi contenuta. Lo scopo perseguito dal legislatore consiste unicamente nel ristabilire l'uguaglianza e non invece nell'eliminazione dell'intero contratto. La dichiarazione di inefficacia dell'intero contratto sulla base dell'interesse del consumatore non stabilirebbe una situazione di equilibrio tra le parti del contratto. L'intervento correttivo volto a realizzare una situazione di equilibrio all'interno del contratto stipulato dalle parti nell'esercizio della loro autonomia contrattuale deve appunto sanare il contratto e non certo annullarlo...».

(6) L'art. 8 della direttiva 93/13/CEE enuncia che: «...Gli Stati membri possono adottare o mantenere, nel settore disciplinato dalla presente direttiva, disposizioni più severe, compatibili con il Trattato, per garantire un livello di protezione più elevato per il consumatore...».

(7) La direttiva 2005/29/CE, all'art. 2 lett. c e d, intende per prodotto: «...qualsiasi bene o servizio, compresi i beni immobili, i diritti e le obbligazioni...» e per pratiche commerciali delle imprese nei confronti dei consumatori «...qualsiasi azione, omissione, condotta o dichiarazione, comunicazione commerciale ivi compresi la pubblicità e il marketing, posta in essere da un professionista, direttamente connessa alla promozione, vendita o fornitura di un prodotto ai consumatori...». L'art. 3 par. 1 di tale direttiva prevede che «... si applic[hi] alle pratiche commerciali sleali delle imprese nei confronti dei consumatori, come stabilite all'articolo 5, poste in essere prima, durante e dopo un'operazione commerciale relativa a un prodotto...». Infine, l'art. 5 par. 4 della medesima direttiva prevede che «... In particolare, sono sleali le pratiche commerciali: a) ingannevoli di cui agli articoli 6 e 7...».

(8) L'art. 6 par. 1 lett. d della direttiva 2005/29/CE prescrive che: «... È considerata ingannevole una pratica commerciale che contenga informazioni false e sia pertanto non veritiera o in qualsiasi modo, anche nella sua presentazione complessiva, inganni o possa ingannare il consumatore medio, anche se l'informazione è di fatto corretta, riguardo a uno o più dei seguenti elementi e in ogni caso lo induca o sia idonea a indurlo ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso: ... d) il prezzo o il modo in cui questo è calcolato o l'esistenza di uno specifico vantaggio quanto al prezzo...».

(9) L'art. 4 della direttiva 93/13/CEE prevede che: «... 1. Il carattere abusivo di una clausola contrattuale è valutato tenendo conto della natura dei beni o servizi oggetto del contratto e facendo riferimento, al momento della conclusione del contratto, a tutte le circostanze che accompagnano detta conclusione e a tutte le altre clausole del contratto o di un altro contratto da cui esso dipende. - 2. La valutazione del carattere abusivo delle clausole non verte né sulla definizione dell'oggetto principale del contratto, né sulla perequazione tra il prezzo e la remunerazione, da un lato, e i servizi o i beni che devono essere forniti in cambio, dall'altro, purché tali clausole siano formulate in modo chiaro e comprensibile...».

(10) L'art. 3 della direttiva 93/13/CEE prevede che: «... 1. Una clausola contrattuale, che non è stata oggetto di negoziato individuale, si considera abusiva se, malgrado il requisito della buona fede, determina, a danno del consumatore, un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi delle parti derivanti dal contratto... 3. L'allegato contiene un elenco indicativo e non esaustivo di clausole che possono essere dichiarate abusive...».

(11) L'art. 3 par. 2, della direttiva 2005/29/CE prevede che: «... La presente direttiva non pregiudica l'applicazione del diritto contrattuale, in particolare delle norme sulla formazione, validità o efficacia di un contratto...».

## La decisione

Per questi motivi, la Corte di Giustizia ha dichiarato che l'art. 6 par. 1 della direttiva 93/13/CEE dev'essere interpretato nel senso che, nel valutare se un contratto stipulato tra un professionista e un consumatore e contenente una o più clausole abusive possa continuare a sussistere in assenza di dette clausole, il giudice adito non può fondarsi unicamente sull'eventuale vantaggio per una delle parti (nella fattispecie, il consumatore), derivante dall'annullamento del contratto in questione nel suo complesso. Ciononostante, tale direttiva non osta a che uno Stato membro preveda, nel rispetto del diritto dell'Unione, che un contratto stipulato tra un professionista e un consumatore e contenente una o più clausole abusive sia nullo nel suo complesso qualora ciò risulti garantire una migliore tutela del consumatore. Inoltre, la Corte ha statuito che una pratica commerciale, consistente nel menzionare in un contratto di credito un tasso annuo effettivo globale inferiore a quello reale, deve essere qualificata come «ingannevole» ai sensi dell'art. 6 par. 1 della direttiva 2005/29/CE, qualora induca o sia idonea ad indurre il consumatore medio ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso. Spetta al giudice nazionale verificare se ciò avvenga nel procedimento principale. L'accertamento del carattere sleale di una siffatta pratica commerciale rappresenta un elemento tra gli altri sul quale il giudice competente può fondare, ai sensi dell'art. 4 par. 1 della direttiva 93/13/CEE, la sua valutazione del carattere abusivo delle clausole del contratto relative al costo del prestito concesso al consumatore. Un tale accertamento non ha tuttavia diretta incidenza sulla valutazione, sotto il profilo dell'art. 6 par. 1 della direttiva 93/13, della validità del contratto di credito stipulato.

CONTRATTI NEGOZIATI FUORI DEI LOCALI  
COMMERCIALI E ASSICURAZIONE *UNIT LINKED*

@ Corte di Giustizia dell'Unione europea, 1° marzo 2012, causa C-166/11 - Pres. Safjan - Rel. Berger - Avv. gen. Trstenjak - Canc. Escobar - Ángel Lorenzo González Alonso c. Nationale Nederlanden Vida Cia De Seguros y Reaseguros SAE

## Il caso

In data 1° marzo 2012, la Corte di Giustizia dell'Unione europea si è pronunciata, dietro rinvio pregiudiziale proposto dall'*Audiencia Provincial de Oviedo* (Spagna), sull'interpretazione dell'art. 3 par. 2 lett. d della direttiva 85/577/CEE del Consiglio, del 20 dicembre 1985, per la tutela dei consumatori in caso di contratti negoziati fuori dei locali commerciali (12). La domanda pregiudiziale è stata presentata nell'ambito di una controversia tra il sig. González Alonso e la Nationale Nederlanden Vida Cia De Seguros y Reaseguros SAE ("Nationale Nederlande") in merito a un ricorso diretto alla risoluzione di un contratto di assicurazione, detto "*unit linked*", nonché alla restituzione dei premi versati dal sig. González Alonso in base al citato contratto. Nel 2007 quest'ultimo, su proposta di un dipendente della Nationale Nederlande che gli aveva fatto visita sul posto di lavoro, sottoscriveva una serie di documenti comprendenti un'assicurazione sulla vita, denominata *Segur Fondo Dinámico* (13), un questionario di assicurazione relativo ai dati del sottoscrittore e al suo stato di salute nonché un'autorizzazione destinata alla sua banca per il prelievo dei premi assicurativi. In forza di tale autorizzazione, la Nationale Nederlande iniziava a prelevare direttamente sul conto bancario del sig. González Alonso l'importo dei premi

successivi, a partire dal 3 settembre 2007 sino al 30 maggio 2008, per un importo totale pari ad euro 3.083,30. In seguito, a fronte del rifiuto della Nationale Nederlande di restituire tali somme, il sig. González Alonso proponeva un ricorso ai sensi dell'art. 4 l. n. 26 del 1991 (14), chiedendo l'annullamento del contratto e la restituzione dei premi versati.

Rigettato il ricorso, lo stesso adiva l'*Audiencia Provincial de Oviedo*, giudice dell'appello, il quale appurava che all'assicurazione erano stati aggiunti altri tipi di prestazione, di natura prettamente finanziaria, che snaturavano le caratteristiche specifiche del contratto di assicurazione sulla vita e lo trasformavano in un contratto misto, denominato "*unit linked*", contrassegnato dal fatto che la compagnia assicurativa sosteneva solo il rischio attuariale, mentre il rischio finanziario dell'investimento era trasferito al contraente dello stesso, che lo assumeva in cambio di determinate agevolazioni fiscali.

Il giudice del rinvio nutriva dubbi che l'esclusione dei contratti di assicurazione dalla sfera di applicazione della direttiva 85/577/CEE prevista all'art. 3 par. 2 lett. d della stessa fosse applicabile al contratto in oggetto, dovendo tali esclusioni essere interpretate restrittivamente. Lo stesso giudice poneva in evidenza che, anche nell'ipotesi in cui un prodotto finanziario considerato rientrante negli *unit linked* potesse essere compreso nell'ambito di applicazione della direttiva 85/577/CEE, i requisiti di forma imposti dagli artt. 3 e 4 l. n. 26 del 1991 sarebbero applicabili allo stesso e, di conseguenza, sarebbe possibile pronunciare la nullità del contratto sottoscritto dal ricorrente.

Alla luce di quanto precede, il giudice del rinvio decideva di sospendere il procedimento e di chiedere alla Corte se l'art. 3 par. 2 lett. d della direttiva 85/577/CEE debba essere interpretato restrittivamente nel senso che esso non include un contratto concluso fuori dei locali commerciali con cui si offre un'assicurazione sulla vita contro il versamento di un pre-

## Note:

(12) Direttiva 85/577/CEE del Consiglio, 20 dicembre 1985, per la tutela dei consumatori in caso di contratti negoziati fuori dei locali commerciali, in *G.U.C.E.*, 31 dicembre 1985, L 372. L'art. 3 par. 2, lett. d) prevede che: «... La presente direttiva non si applica: ... d) ai contratti di assicurazione ...».

(13) Sulla scorta delle informazioni fornite dal dipendente della *Nationale Nederlande* il prodotto in questione consisteva in un conto remunerato con un elevato rendimento, che offriva al depositante la facoltà di recuperare in qualsiasi momento il capitale investito.

(14) La direttiva 85/577/CEE è stata recepita nell'ordinamento giuridico spagnolo mediante la l. n. 26 del 1991, relativa ai contratti conclusi fuori dei locali commerciali (Ley 26/1991, *sobre contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles*), del 21 novembre 1991. La l. n. 26 del 1991, rimasta in vigore sino al 1° dicembre 2007, è quella applicabile ai fatti del procedimento principale. Ai sensi dell'art. 2 par. 1 punto 3 l. n. 26 del 1991, quest'ultima non si applica ai contratti d'assicurazione. Ai sensi dell'art. 3 par. 1 e 2 l. n. 26 del 1991: «... 1. Il contratto o la proposta contrattuale (...) devono essere formalizzati per iscritto in doppia copia, unitamente ad un modulo di revoca del consenso, e vanno datati e sottoscritti dal consumatore di proprio pugno. - 2. Il documento contrattuale deve presentare (...) un riferimento chiaro e preciso al diritto di quest'ultimo di revocare il consenso accordato, nonché ai presupposti e agli effetti dell'esercizio di tale diritto ...». Ai sensi dell'art. 4 comma 1 l. n. 26 del 1991, «... il contratto stipulato o la proposta formulata in violazione delle condizioni stabilite dall'articolo precedente possono essere annullati su domanda del consumatore ...».



mio mensile destinato ad essere investito, in proporzioni diverse, in titoli a reddito fisso, in titoli a reddito variabile e in prodotti di investimento finanziario della medesima società.

### Le questioni

Nel rispondere alla questione pregiudiziale, la Corte ricorda che, secondo costante giurisprudenza (15), non contenendo la direttiva 85/577/CEE alcuna definizione della nozione di contratto d'assicurazione e non facendo nemmeno espresso rinvio al diritto degli Stati membri, la portata del termine dev'essere definita tenendo conto del contesto in cui la stessa si inserisce e deve trovare un'interpretazione autonoma e uniforme in tutta l'UE. Richiama quindi i propri precedenti giurisprudenziali secondo cui le esclusioni ex art. 3 par. 2 lett. d della direttiva 85/577/CEE fanno parte di quei limiti a cui la tutela dei consumatori prevista dalla stessa direttiva è soggetta (16) e le deroghe alle norme del diritto UE volte a tutelare i consumatori vanno interpretate restrittivamente (17).

Nel vagliare l'applicabilità di tali precedenti al caso in oggetto, la Corte rileva che un'interpretazione troppo restrittiva di tali esclusioni non può essere ammessa in quanto la priverebbe della sua efficacia pratica. Pertanto, la qualificazione del contratto in oggetto come contratto di assicurazione, ai sensi della direttiva 85/577/CEE, non appare manifestamente errata. Benché infatti tale contratto offra un'assicurazione sulla vita in cambio del versamento mensile di premi destinati ad essere investiti in titoli a reddito fisso e a reddito variabile, nonché in prodotti finanziari, e il rischio finanziario di tali investimenti gravi sul sottoscrittore, simili clausole contrattuali non sono inabituali. Al contrario, come si evince dalla lettura in combinato disposto dell'all. I, punto III, della direttiva 2002/83/CE (a volte "direttiva assicurazione vita") con l'art. 2 punto 1 lett. a della stessa (18), il legislatore dell'UE ha ritenuto che i contratti "unit linked", come quello di cui alla causa principale, rientrano in un ramo dell'assicurazione sulla vita. Peraltro, già prima dell'entrata in vigore della direttiva 85/577/CEE, la direttiva 79/267/CEE (19) considerava le assicurazioni collegate a fondi d'investimento come rientranti in un ramo dell'assicurazione sulla vita, punto sul quale, all'atto di adottare la direttiva 85/577/CEE, il legislatore dell'UE non ha ritenuto di dover intervenire.

Alla luce di ciò, e in mancanza di disposizioni che vadano in senso contrario, è giustificato ritenere che il legislatore dell'UE, quando ha adottato la direttiva 85/577/CEE ed ha escluso dalla sfera d'applicazione della medesima i contratti di assicurazione nella loro integralità, considerasse come contratti d'assicurazione anche quelli collegati a fondi d'investimento. Quest'interpretazione d'altronde non esclude, conformemente all'art. 35 par. 1 della Direttiva assicurazione vita, letto in combinato disposto con l'art. 36, nonché con il punto A, sub a 13, dell'all. 3 alla medesima (20), il diritto del sottoscrittore di rinunciare al contratto d'assicurazione. Spetterà al giudice del rinvio verificare se nel caso di specie i presupposti richiesti per l'esercizio di tale diritto siano soddisfatti.

### La decisione

Alla luce delle suesposte considerazioni, la Corte di Giustizia dell'Unione europea ha dichiarato che un contratto concluso fuori dei locali commerciali e che offre un'assicurazione sulla vita in cambio del versamento mensile di un premio destinato a essere investito, in proporzioni diverse, in titoli a reddito fisso, in titoli a reddito variabile e in prodotti di investimento finanziario della società controparte contraente non rientra, conformemente all'art. 3 par. 2 lett. d della direttiva 85/577/CEE, nella sfera d'applicazione di quest'ultima.

### Note:

(15) Si veda CGCE 6 marzo 2008, causa C-98/07, *Nordania Finans A/S e a.*, punto 17, dove la Corte ha ricordato che: "... per delimitare la portata di una disposizione di diritto comunitario, bisogna tener conto allo stesso tempo del suo dettato, del suo contesto e delle sue finalità. Inoltre, tanto l'applicazione uniforme del diritto comunitario quanto il principio di uguaglianza esigono che una disposizione di diritto comunitario che non contenga alcun espresso richiamo al diritto degli Stati membri per quanto riguarda la determinazione del suo senso e della sua portata deve normalmente dar luogo, nell'intera Comunità, ad un'interpretazione autonoma e uniforme da effettuarsi tenendo conto del contesto della disposizione stessa e dello scopo perseguito dalla normativa di cui trattasi ...".

(16) Si veda CGCE 10 aprile 2008, causa C-412/06, *Hamilton*, punti 39 e 40, dove la Corte ha statuito che: «... le dette misure non mirano ad una tutela assoluta dei consumatori. Infatti, il margine discrezionale di cui dispongono gli Stati membri dev'essere esercitato in conformità sia dell'obiettivo principale della direttiva sulla conclusione di contratti a domicilio sia delle altre disposizioni della stessa ... Anche se, come si è ricordato al punto 32 della presente sentenza, la direttiva sulla conclusione di contratti a domicilio è volta principalmente a tutelare il consumatore, occorre sottolineare che tanto la struttura generale quanto il tenore letterale di varie disposizioni della stessa direttiva mostrano che la detta tutela è soggetta a taluni limiti ...».

(17) Si veda CGCE 15 aprile 2010, causa C-215/08, *E. Friz GmbH*, punto 32; CGCE 13 dicembre 2001, causa C-481/99, *Heininger*, punto 31.

(18) Direttiva 2002/83/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 5 novembre 2002, relativa all'assicurazione sulla vita, in G.U.C.E., L 345 del 19 dicembre 2002. L'art. 2 punto 1 lett. a, prevede che: «... La presente direttiva riguarda l'accesso alle attività non salariate dell'assicurazione diretta, praticate dalle imprese che sono stabilite in uno Stato membro o che desiderano stabilirvisi, nonché l'esercizio di tali attività, quali sono qui di seguito definite: 1) le seguenti assicurazioni ove risultino da un contratto: a) il ramo vita, cioè quello comprendente in particolare l'assicurazione per il caso di vita, l'assicurazione per il caso di morte, l'assicurazione mista, l'assicurazione vita con controassicurazione, l'assicurazione di nuzialità, l'assicurazione di natalità ...». L'allegato I, punto III, menziona, come ramo dell'assicurazione diretta coperto da detta direttiva: «... Le assicurazioni di cui all'articolo 2, punto 1, lettere a) e b), connesse con fondi d'investimento ...».

(19) Prima direttiva 79/267/CEE del Consiglio del 5 marzo 1979, recante coordinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative riguardanti l'accesso all'attività dell'assicurazione diretta sulla vita ed il suo esercizio, in G.U.C.E., L 63 del 13 marzo 1979.

(20) Direttiva 2002/83/CE, cit. L'art. 35 par. 1, prescrive che: «... 1. Ogni Stato membro richiede che il contraente di un contratto di assicurazione sulla vita individuale disponga di un termine tra i 14 e i 30 giorni dal momento in cui è informato che il contratto è concluso per rinunciare agli effetti del contratto. La notifica della rinuncia al contratto da parte del contraente ha l'effetto di liberarlo in futuro da qualsiasi obbligazione derivante dal contratto. Gli altri effetti giuridici e le condizioni della rinuncia sono disciplinati dalla legge applicabile al contratto, definita all'articolo 32, in particolare per quanto riguarda le modalità secondo le quali il contraente viene informato della conclusione del contratto ...». L'articolo 36, al paragrafo 1 e 4, prevede che: "... 1. Prima della conclusione del contratto d'assicurazione, al contraente devono essere comunicate le informazioni di cui all'allegato III, punto A ... 4. Le modalità di applicazione del presente articolo e dell'allegato III sono adottate dallo Stato membro dell'impegno ...». Il punto A, sub a.13), dell'allegato III a tale direttiva, precisa che le modalità d'esercizio del diritto di rinuncia devono essere comunicate al contraente prima della conclusione del contratto.



## INDICE DEGLI AUTORI

### Amendolagine Vito

Osservatorio di merito..... 507

### Calderale Alfredo

Mutamento delle circostanze ed eccessiva onerosità sopravvenuta nel diritto luso-brasiliano..... 527

### Camilletti Francesco

Azione di classe: profili sostanziali ..... 515

### D'Amico Giovanni

Operazioni bancarie in conto corrente e decorrenza della prescrizione..... 454

### Dambrosio Luca

Mancanza di forma *ad substantiam* ex art. 23 t.u.f. ... 520

### Guadagno Stefano

Danno all'insegnante e concorso di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale del Comune ..... 493

### Macario Francesco

Osservatorio di legittimità ..... 503

### Orlando Gianfranco

Mutuo dissenso e contratti integralmente eseguiti .. 482

### Paternostro Vincenzo

Transazione pro quota e obbligazione solidale: la clausola che esclude l'approfittamento dei condebitori non stipulanti..... 474

### Picciano Irene

Osservatorio comunitario ..... 541

## INDICE CRONOLOGICO DEI PROVVEDIMENTI

### Giurisprudenza

#### Corte di Giustizia dell'Unione europea

1° marzo 2012, causa C-166/11 ..... 543

15 marzo 2012, causa C-453/10..... 541

#### Corte costituzionale

5 aprile 2012, n. 78..... 445

#### Corte di cassazione

27 giugno 2011, n. 14107 ..... 369

6 ottobre 2011, n. 20445..... 478

30 dicembre 2011, n. 30174 ..... 469

20 marzo 2012, n. 4398 ..... 503

22 marzo 2012, n. 4540 ..... 505

26 marzo 2012, n. 4816 ..... 505

26 marzo 2012, n. 4844 ..... 506

29 marzo 2012, n. 5069 ..... 504

2 aprile 2012, n. 5253..... 503

### Corte d'Appello

L'Aquila, 2 marzo 2012 ..... 508

### Tribunale

L'Aquila, 13 marzo 2012 ..... 511

Pisa, 15 marzo 2012 ..... 510

Nola, 20 marzo 2012 ..... 507

Nola, 18 aprile 2012 ..... 509

Verona, 18 aprile 2012 ..... 512

## INDICE ANALITICO

### Appalto

Adempimento delle obbligazioni e valutazione della gravità dell'inadempimento nell'appalto (*App. L'Aquila, 2 marzo 2012*)..... 508

L'adempimento della P.A. al dovere di cooperazione per consentire l'adempimento dell'appaltatore (*Trib. Nola, 20 marzo 2012*) ..... 507

Responsabilità per vizi dell'opera (*Cass., Sez. III, 20 marzo 2012, n. 4398*) ..... 503

### Bancari (Contratti)

La buona fede contrattuale della banca nell'effettuare la segnalazione del nominativo del cliente alla Crif (*Trib. Nola, 18 aprile 2012*)..... 509

Obbligo della banca di informare il cliente e rifiuto del medesimo (*Trib. Pisa, 15 marzo 2012*) ..... 510

Operazioni bancarie in conto corrente e decorrenza della prescrizione (*Corte cost., 5 aprile 2012, n. 78*) con commento di *Giovanni D'Amico*..... 445

### Consumatori (Contratti dei)

Azione di classe: profili sostanziali di *Francesco Camilletti* ..... 515

Contratti negoziati fuori dei locali commerciali e assicurazione *unit linked* (*CGCE, 1° marzo 2012, causa C-166/11*)..... 543

Pratiche commerciali sleali e clausole abusive nel credito al consumo (*CGCE, 15 marzo 2012, causa C-453/10*) ..... 541

### Danno contrattuale

Danno all'insegnante e concorso di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale del Comune (*Cass., Sez. III, 27 giugno 2011, n. 14107*) con commento di *Stefano Guadagno* ..... 491

### Diritto privato comparato

Mutamento delle circostanze ed eccessiva onerosità sopravvenuta nel diritto luso-brasiliano di *Alfredo Calderale* ..... 527

### Intermediazione finanziaria

Mancanza di forma *ad substantiam* ex art. 23 t.u.f. di *Luca Dambrosio* ..... 520

## Locazione

Immobile ceduto in *leasing* ed effetti dell'opponibilità della locazione all'utilizzatore (*Cass., Sez. I, 2 aprile 2012, n. 5253*).....

503

Violazione del diritto di prelazione e diritto di riscatto (*Cass., Sez. III, 26 marzo 2012, n. 4816*).....

505

Vendita all'asta e diritto di prelazione (*Cass., Sez. III, 29 marzo 2012, n. 5069*) .....

504

## Mandato

La diversa volontà manifestata dalle parti prevale rispetto al recesso ex art. 2237 c.c. (*Trib. L'Aquila, 13 marzo 2012*) .....

511

## Obbligazioni solidali

Mutuo dissenso e contratti integralmente eseguiti (*Cass., Sez. trib., 6 ottobre 2011, n. 20445*) con commento di *Gianfranco Orlando* .....

478

Transazione pro quota e obbligazione solidale: la

clausola che esclude l'approffittamento dei condebitori non stipulanti (*Cass., Sez. Un., 30 dicembre 2011, n. 30174*) con commento di *Vincenzo Paternostro* .....

469

## Risoluzione del contratto

Clausola risolutiva espressa, manifestazione della volontà di avvalersene (*Cass., Sez. III, 22 marzo 2012, n. 4540*) .....

505

## Società

L'interpretazione della clausola statutaria di prelazione nel trasferimento della partecipazione societaria (*Trib. Verona, 18 aprile 2012*).....

512

## Vendita

Garanzia edilizia, impegno del venditore di eliminare i vizi e prescrizione (*Cass., Sez. II, 26 marzo 2012, n. 4844*) .....

506

## LIBRI

COLLANA: **Monografie Corriere giuridico**  
diretta da V. Carbone

# Il contratto preliminare nella giurisprudenza

**Questioni applicative e forme di tutela**

di *Michele Ruvolo*



Il volume esamina le posizioni della giurisprudenza relative: al **contenuto**, alla **forma** ed agli **effetti** del preliminare; alla **distinzione** tra questo ed il **patto di prelazione** ed il **contratto di opzione**; alle caratteristiche del preliminare ad effetti anticipati ed alle varie conformazioni che nella pratica negoziale il preliminare può assumere (per persona da nominare, a favore di terzo eventualmente da designare o con clausola di consenso preventivo alla cessione).

Grande spazio viene poi riservato alle varie **forme di tutela** riconosciute al **promissario acquirente** ed al **promittente venditore**, prima fra tutte quella dell'esecuzione specifica di cui all'art. 2932 c.c., esaminata in tutti i suoi aspetti pratici.

L'analisi si sposta successivamente sulle **altre forme di tutela** di cui dispongono le parti, compresi i rimedi spesso meno considerati ma aventi comunque un'evidente rilevanza pratica (si pensi a quelli di cui agli artt. 1482 e 1489 c.c., alla **re-scissione per lesione**, alla **fissazione giudiziale di un termine**, allo **scioglimento dal contratto da parte del curatore falli-**

**mentare** ed alla **risoluzione per mutuo dissenso** in caso di esclusione della ricorrenza di un grave inadempimento di una delle parti).

Infine, fatto un quadro sulla **trascrizione del preliminare**, si affronta l'intricata questione dei rapporti e della compatibilità tra **meccanismi caducatori** e **rimedi risarcitori** nonché tra domanda risarcitoria e domanda restitutoria.

L'obiettivo del volume è quello di soddisfare le **esigenze del professionista**, coniugando quanto può servire all'operatore del diritto – particolarmente interessato agli **aspetti pratici** e **applicativi** – con quanto maggiormente susciti l'attenzione di chi rivolga il suo interesse prevalentemente ai **profili sistematici** e **teorici**.

*Ipsoa 2011, Euro 28,00*

### Per informazioni e acquisti

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







# 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](http://www.edicolaprofessionale.com)**

scarica gratuitamente l'app da AppStore e Google Play

Per consultare le riviste è necessario essere abbonati



**Buona lettura... digitale!**



CEDAM

