

i Contratti

Mensile di dottrina, giurisprudenza
e pratiche contrattuali

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

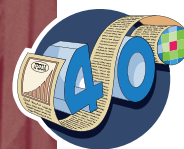
3 2012

www.ipsoa.it/icontratti

**Art. 117-bis t.u.b.: regole
e diritto transitorio**

**Autonomia privata e risoluzione
del contratto ad esecuzione
continuata o periodica**

**La vendita di pacchetto turistico
nel nuovo Codice del turismo**



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



IPSOA, UNA TRADIZIONE DI INNOVAZIONE. DA 40 ANNI.

Gentile Abbonato,

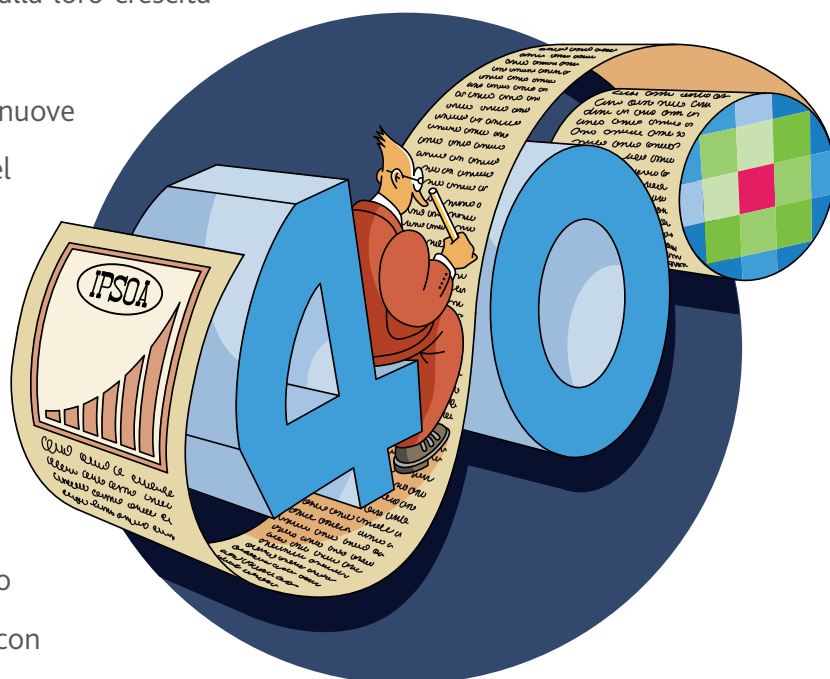
oggi Ipsoa festeggia 40 anni durante i quali ha accompagnato l'attività di migliaia di professionisti e manager supportandoli con l'aggiornamento tempestivo e l'approfondimento d'autore, con l'efficienza di soluzioni software evolute e contribuendo alla loro crescita professionale con la formazione.

In questo percorso ha interpretato le nuove esigenze, spesso anticipandole, come nel caso del passaggio dalle schede mobili alle banche dati e, con l'introduzione e la diffusione di strumenti innovativi, ha contribuito più di altri all'evoluzione e modernizzazione della professione.

Per celebrare l'anniversario abbiamo chiesto a Emanuele Lamedica, storico illustratore del Corriere Tributario, di creare con il suo inconfondibile stile anche lo speciale logo per i 40 anni.

Un logo per ricordare a noi tutti le radici del successo di Ipsoa, a partire dalle sue prime e apprezzate riviste, ritrovando i segnali di quella attenzione al cliente e capacità di essere all'avanguardia che la contraddistinguono e che oggi si concretizzano nelle moderne Suite di prodotto, "uffici virtuali" integrati e accessibili anche in mobilità, nei servizi on line evoluti e nelle innovative soluzioni software.

40 anni ben radicati nel presente e già proiettati verso il futuro, al vostro fianco.



IPSOA

Gruppo Wolters Kluwer

SOMMARIO

GIURISPRUDENZA		
Risoluzione del contratto	AUTONOMIA PRIVATA ED EFFETTI DELLA RISOLUZIONE DEL CONTRATTO AD ESECUZIONE CONTINUATA O PERIODICA <i>Cassazione civile, Sez. III, 6 dicembre 2011, n. 26199</i> Il commento di <i>Francesco Paolo Patti</i>	121 123
Intermediazione finanziaria	CONTRATTO DI SWAP, ALEA UNILATERALE E INTERESSI NON MERITEVOLI DI TUTELA <i>Tribunale di Modena, Sez. I, 23 dicembre 2011</i> Il commento di <i>Valerio Sangiovanni</i>	130 132
Appalto	ADEMPIMENTO INESATTO DEL CONTRATTO DI APPALTO: NORME GENERALI E SPECIALI <i>Cassazione civile, Sez. II, 24 giugno 2011, n. 13983</i> Il commento di <i>Amarillide Genovese</i>	139 141
Società	L'INTERPRETAZIONE DELLO STATUTO SOCIETARIO: CRITERI OGGETTIVI E CRITERI SOGGETTIVI <i>Cassazione civile, Sez. I, 16 giugno 2011, n. 13234</i> Il commento di <i>Gianluca Tarantino</i>	148 150
Danno contrattuale	RESPONSABILITÀ MEDICA: PROVA DELLA DILIGENZA NELL'INTERVENTO A BASSO RISCHIO <i>Cassazione civile, Sez. III, 7 giugno 2011, n. 12274</i> Il commento di <i>Meriligia Nardella</i>	157 159
	OSSERVATORIO DI LEGITTIMITÀ a cura di <i>Francesco Macario</i> con la collaborazione di <i>Giulia Orefice e Francesco Paolo Patti</i>	164
	OSSERVATORIO DI MERITO a cura di <i>Vito Amendolagine</i>	169
ITINERARI DELLA GIURISPRUDENZA		
Contratti dei consumatori	LA CESSIONE DI CREDITO di <i>Federica Maria Grazia Ester Veltri</i>	174
ARGOMENTI		
Proprietà	LE CLAUSOLE VESSATORIE NEL REGOLAMENTO "CONTRATTUALE" DI CONDOMINIO di <i>Claudio Belli</i>	181
Contratti bancari	ART. 117-BIS T.U.B.: REGOLE E DIRITTO TRANSITORIO di <i>Aldo Angelo Dolmetta</i>	191
Garanzie patrimoniali	AZIONE REVOCATORIA E "MERE RAGIONI EVENTUALI DI CREDITO" di <i>Alessandro Galati</i>	195

CONTRATTI E UNIONE EUROPEA

OSSERVATORIO COMUNITARIO

a cura di Irene Picciano, Studio legale De Berti, Jacchia, Franchini, Forlani - Bruxelles

216

INDICI

AUTORI

221

CRONOLOGICO

221

ANALITICO

221

COMITATO PER LA VALUTAZIONE

Giuseppe Amadio, Angelo Barba, Giuseppe Conte, Donato Carusi, Vincenzo Cuffaro, Giovanni Di Rosa, Angelo Federico, Aurelio Gentili, Michele Lobocono, Marisaria Maugeri, Salvatore Monticelli, Andrea Morà, 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

REDAZIONEIsabella 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 srl**
EVENTS & ADVERTISINGdb Consulting srl Events & Advertising
via Leopoldo Gasparotto 168
21100 Varese
tel. 0332/282160 - fax 0332/282483
e-mail: info@db-consult.it
www.db-consult.it**STAMPA**GECA s.p.a. - Via Magellano, 11
20090 Cesano Boscone (MI)
Autorizzazione del Tribunale di Milano n. 33
del 30 gennaio 1993
Tariffa R.O.C.: Poste Italiane Spa - Spedizione in abbona-Per informazioni in merito
a contributi, articoli ed argomenti trattati
scrivere o telefonare a:**Casella Postale 12055 - 20120 Milano**
telefono (02) 82476.806 - telefax (02) 82476.055
e-mail: redazione.icontratti.ipsoa@wki.itmento 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: genna-
io-dicembre; rolling: 12 mesi dalla data di sottoscrizio-
ne, 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 - www.ipsoa.it/
e-mail: servizioclienti.ipsoa@wki.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 rivis-
ta, applicabile rivolgendosi alle Agenzie Ipsoa di
zona (www.ipsoa.it/agenzie) o inviando l'ordine via
posta a Wolters Kluwer Italia s.r.l., Strada 1 Pal. F6,
20090 Milanofiori Assago (MI) o via fax al n. 02-
82476403 o rivolgendosi al Servizio Informazioni
Commerciali
al n. 02-82476794.Nell'ordine di acquisto i magistrati dovranno allegare
fotocopia del proprio tesserino identificativo attestante
l'appartenenza alla magistratura e dichiarare di essere
iscritti all'**Associazione Nazionale Magistrati**.**MODALITÀ DI PAGAMENTO**Versare l'importo sul C/C/P n. 583203 intestato a
WKI s.r.l. Gestione incassi -
Strada 1, Palazzo F6, MilanofioriPer 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 versa-
mento 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 riguarda-
no per finalità amministrative e contabili. I Suoi recapiti
postali e il Suo indirizzo di posta elettronica saranno utiliz-
zabili, ai sensi dell'art. 130, comma 4, del D.Lgs. n.
196/2003, anche a fini di vendita diretta di prodotti o ser-
vizi 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 viola-
zione di legge, di opporsi al trattamento dei Suoi dati ai fini
di invio di materiale pubblicitario, vendita diretta e comu-
nicazioni 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.

Risoluzione del contratto

Autonomia privata ed effetti della risoluzione del contratto ad esecuzione continuata o periodica

CASSAZIONE CIVILE, Sez. III, 6 dicembre 2011, n. 26199 - Pres. Amatucci - Est. Amendola - P.m. Russo - D. P. G. c. Assessorato alla Cooperazione, Commercio, Artigianato e Pesca della Regione Siciliana

Il principio della non retroattività della risoluzione, rispetto ai contratti ad esecuzione continuata o periodica, implica (relativamente alle prestazioni già eseguite) il diritto di ricevere la controprestazione, nonostante la risoluzione del vincolo negoziale, con la conseguenza che per tali contratti il valore abdicativo della domanda di risoluzione, rispetto alla domanda di adempimento, va circoscritto a quella sola parte del rapporto per la quale è logicamente configurabile una scelta, su un piano di alternatività, fra risoluzione ed adempimento, mentre è inestensibile a quella parte che rimane *ope legis* insensibile alla vicenda risolutiva, poiché sia pure uno soltanto dei contraenti ha correttamente eseguito la propria obbligazione.

ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI

Conforme	Cass. 24 maggio 1993, n. 5838, in <i>Giur. it.</i> , 1994, I, 1, 1376 ss.
Difforme	Cass. 21 dicembre 2004, n. 23695, in <i>Foro it. Alfa</i> ; Cass., 6 ottobre 1998, n. 9906, in <i>Foro it.</i> , <i>Rep.</i> 1998, voce <i>Contratto in genere</i> , n. 520; Cass., 24 giugno 1995, n. 7169, <i>ivi</i> , 1995, voce <i>cit.</i> , n. 501.

Svolgimento del processo

L'Assessorato alla Cooperazione Commercio Artigianato e Pesca della Regione Siciliana propose opposizione al decreto del Presidente del Tribunale con il quale, a istanza del Fallimento di Siciltrading s.p.a., gli era stato ingiunto di pagare la somma di L. 96.749.931, oltre interessi dalla scadenza al saldo, per prestazioni di promozione pubblicitaria di prodotti tipici siciliani, rese dalla società nell'anno 1991, in esecuzione di convenzione stipulata con l'ingiungente il 12 maggio 1989. Costituitasi in giudizio, la curatela chiese che il provvedimento monitorio venisse confermato e, in ogni caso, che venisse accertato il credito da essa vantato nei confronti dell'Assessorato. Con sentenza del 18 maggio 2004 il giudice adito, revocato il decreto, condannò l'opponente al pagamento in favore dell'opposto della somma di Euro 47.772,26, oltre interessi.

Proposto gravame dall'Assessorato, la Corte d'appello, in data 21 luglio 2008, in riforma della decisione impugnata, ha dichiarato inammissibile la domanda di adempimento proposta dalla curatela, compensando interamente tra le parti le spese dei due gradi di giudizio. Così ha motivato il giudicante il suo convincimento.

L'eccezione di difetto di giurisdizione del giudice ordinario sollevata dall'Assessorato doveva ritenersi preclusa dal passaggio in giudicato della sentenza del Tribunale di Palermo n. 1599 del 6 aprile - 18 maggio 2004 che, relativamente ad altra pretesa creditoria avanzata dal Fallimento di Siciltrading nei confronti dell'Assessorato e originata dalla medesima convenzione, aveva affermato la giurisdizione del giudice ordinario e deciso la causa nel merito.

La pretesa del Fallimento era tuttavia inammissibile, in base al disposto dell'art. 1423 c.c., comma 2, norma che impedisce di chiedere l'adempimento di un contratto, quando ne sia stata richiesta la risoluzione. E nella fattispecie, con citazione del 5 dicembre 1992, la curatela aveva chiesto la risoluzione della convenzione stipulata tra le parti in data 12 maggio 1989, per inadempimento dell'amministrazione.

Per la cassazione di detta pronuncia ricorre a questa Corte il Fallimento di Siciltrading s.p.a., in persona del curatore, avvocato D.P.G.. Formula cinque motivi, con pedissequi quesiti. Resiste con controricorso l'Assessorato alla Cooperazione, Commercio, Artigianato e Pesca della Regione Siciliana.

Motivi della decisione

1.1 Con il primo motivo l'impugnante lamenta violazione dell'art. 2909 cod. civ., degli artt. 324, 112 e 113 cod. proc. civ., nonché vizi motivazionali, ex art. 360 c.p.c., nn. 3 e 5. Le critiche si appuntano contro l'omessa pronuncia in ordine all'eccezione di giudicato esterno sollevata dalla curatela nella comparsa di costituzione innanzi ai giudici di appello, eccezione radicata sul passaggio in giudicato di due sentenze del Tribunale di Palermo che, relativamente ad altre pretese creditorie originate dalla medesima convenzione, avevano ritenuto infondata l'eccezione di improponibilità della domanda di adempimento ex art. 1453 c.c., comma 2.

1.2 Con il secondo mezzo il ricorrente denuncia violazione dell'art. 2909 cod. civ., degli artt. 112, 115 e 116 cod. proc. civ., nonché vizi motivazionali ex art. 360 c.p.c., nn. 3 e 5, con riferimento al medesimo punto. Sostiene che il giudice di merito avrebbe fatto malgoverno dei principi in materia di cosa giudicata e, senza alcuna motivazione, avrebbe implicitamente escluso che l'incontestabilità delle richiamate pronunce potesse fare stato sulla questione di ammissibilità della domanda di condanna proposta dal Fallimento nel presente giudizio.

1.3 Con il terzo motivo l'impugnante deduce violazione dell'art. 1453 c.c., comma 2, art. 1458 cod. civ., e art. 113 cod. proc. civ. Oggetto della critiche è la ritenuta inammissibilità della domanda di pagamento di prestazioni già eseguite, in ragione della proposizione di domanda di risoluzione del contratto, laddove la giurisprudenza di legittimità costantemente afferma, in relazione ai contratti ad esecuzione continuata o periodica, che il valore abdicativo della domanda di risoluzione per inadempimento va circoscritto a quella parte del rapporto per la quale è logicamente configurabile una scelta, su un piano di alternatività, tra risoluzione e adempimento, con esclusione, dunque, di quella parte che rimane *ope legis* insensibile alla vicenda risolutiva, essendovi già stato adempimento da parte di uno dei contraenti.

1.4 Con il quarto mezzo il ricorrente denuncia violazione degli artt. 112, 113, 115 e 116 cod. proc. civ. nonché vizi motivazionali, con riferimento alla mancata valutazione del materiale istruttorio e alla mancata pronuncia sull'appello incidentale volto a far valere l'erroneità del riconoscimento degli interessi a partire dalla data del ricorso monitorio, laddove già con lettera del 6 luglio 1992 l'Assessorato era stato costituito in mora.

1.5 Con il quinto motivo lamenta violazione del principio della soccombenza di cui agli artt. 91 e 92 cod. proc. civ., con riferimento alla compensazione delle spese di causa.

2. Le censure svolte nei primi due motivi di ricorso, che si prestano a essere esaminate congiuntamente in quanto intrinsecamente connesse, sono fondate per le ragioni che seguono.

Il ricorrente ha dedotto e dimostrato, attraverso la produzione della sentenza del Tribunale di Palermo n. 1599 del 2004, corredata da certificazione che ne attesta l'avvenuto passaggio in giudicato, che la questione dell'incidenza della proposizione di domanda di risoluzione, nei contratti a esecuzione continuata o periodica, sul diritto a riceve-

re il corrispettivo delle prestazioni già eseguite, è stata positivamente risolta con statuizione non più contestabile. Segnatamente tale sentenza, ribadito che il principio della non retroattività della risoluzione, rispetto ai contratti ad esecuzione continuata o periodica, non può non implicare, relativamente alle prestazioni già eseguite, la conservazione del diritto di ricevere la controprestazione, nonostante la risoluzione del vincolo negoziale, di talché per tali contratti il valore abdicativo della domanda di risoluzione, rispetto alla domanda di adempimento, secondo le previsioni dell'art. 1453 c.c., comma 2, va circoscritto a quella sola parte del rapporto per la quale è logicamente configurabile una scelta, su un piano di alternatività, fra risoluzione ed adempimento, mentre è inestensibile a quella parte che rimane *ope legis* insensibile alla vicenda risolutiva, perché adempimento, sia pure di uno solo dei contraenti, vi è stato ha ritenuto proponibile la domanda di condanna ad adempiere del Fallimento Siciltrading con il ricorso in monitorio, in relazione alle prestazioni già effettuate dall'impresa *in bonis* in esecuzione della medesima convenzione.

Ne deriva che questo punto non poteva più essere oggetto di rivalutazione, né poteva essere *tout court* ignorato dal giudice *a quo*, in applicazione del principio per cui, qualora due giudizi tra le stesse parti facciano riferimento al medesimo rapporto giuridico e uno di essi sia stato definito con sentenza passata in giudicato, l'accertamento così compiuto in ordine alla situazione giuridica ovvero alla soluzione di questioni di fatto e di diritto comuni ad entrambe le cause, formando la premessa logica indispensabile della statuizione contenuta nel dispositivo della sentenza, ne preclude il riesame nel giudizio non ancora definito (confr. Cass. civ. 16 settembre 2011, n. 18923; Cass. civ. 29 luglio 2011, n. 16675).

Ed è appena il caso di aggiungere che, costituendo il giudicato esterno un elemento che non può essere incluso nel fatto ma è assimilabile a un dato normativo, il suo rilievo e il suo accertamento, esclusa l'applicabilità del regime delle eccezioni in senso tecnico, può avvenire anche d'ufficio in ogni stato e grado del procedimento (confr. Cass. civ. 6 giugno - 2011, n. 12159; Cass. civ. 14 gennaio 2011, n. 779).

3. Deriva da tanto che, in accoglimento dei primi due motivi di ricorso, il cui positivo scrutinio assorbe l'esame degli altri, la sentenza impugnata deve essere cassata con rinvio, anche per le spese del giudizio di cassazione, alla Corte d'appello di Palermo in diversa composizione che, nel decidere, terrà conto del giudicato intervenuto tra le stesse parti sulla proponibilità della domanda di condanna ad adempiere avanzata dalla curatela del Fallimento Siciltrading con riferimento ad altre prestazioni eseguite in esecuzione della medesima convenzione.

P.Q.M.

La Corte accoglie il primo e il secondo motivo di ricorso, assorbiti gli altri; cassa la sentenza impugnata in relazione ai motivi raccolti e rinvia anche per le spese del giudizio di cassazione alla Corte d'appello di Palermo in diversa composizione.

IL COMMENTO

di Francesco Paolo Patti

La sentenza in epigrafe riguarda la complessa problematica degli effetti della risoluzione dei contratti di durata. Il principio di diritto affermato dalla Suprema Corte induce a riflettere sul margine di autonomia riconosciuto al soggetto adempiente, a fronte dell'altrui inadempimento: l'alternativa tra la domanda di risoluzione del contratto e quella di manutenzione sembra porsi in termini distinti rispetto ai contratti ad esecuzione istantanea, involgendo gli effetti della stessa risoluzione, non necessariamente orientati soltanto verso il futuro. In argomento si rinvencono pochi precedenti giurisprudenziali ed il tema risulta di rado affrontato in dottrina. Inoltre, dal caso deciso e dalla soluzione offerta dai giudici di legittimità è possibile trarre dei corollari in merito alla nota teoria secondo cui il fondamento della risoluzione del contratto risiederebbe in un difetto funzionale della causa.

Il caso e la decisione della Suprema Corte

Il giudice di primo grado accoglie la domanda proposta dal Fallimento di una società, diretta ad ottenere il pagamento di una somma, per prestazioni di promozione pubblicitaria di prodotti tipici siciliani, nei confronti di un Assessorato della Regione Sicilia.

Facendo seguito al gravame proposto dall'Assessorato, la Corte d'appello riforma la sentenza, ritenendo la pretesa del Fallimento inammissibile, in base al disposto dell'art. 1453 comma 2 c.c., norma che impedisce di chiedere l'adempimento di un contratto, quando ne sia stata richiesta la risoluzione, rilevando come nella specie, con citazione, la curatela avesse chiesto la risoluzione della convenzione stipulata tra le parti.

Il giudice di legittimità, adito dal Fallimento, cassa la sentenza di secondo grado, rimettendosi al principio di diritto secondo cui nell'ambito dei contratti ad esecuzione continuata o periodica il valore abdicativo della domanda di risoluzione, rispetto alla domanda di adempimento, va circoscritto a quella sola parte del rapporto per la quale è logicamente configurabile una scelta, su un piano di alternatività, fra risoluzione e adempimento, mentre non è estensibile a quella parte che rimane *ope legis* insensibile alla vicenda risolutiva, dal momento che sia pure uno soltanto dei contraenti ha correttamente eseguito la propria obbligazione (1). Dalla pronuncia della Suprema Corte deriva che la parte non inadempiente può proporre domanda di risoluzione del contratto contestualmente a quella di condanna all'adempimento rivolta a ottenere il pagamento di quanto secondo il contratto sarebbe spettato alla parte attrice come corrispettivo delle prestazioni già eseguite. Ne consegue che gli effetti della risoluzione non decorrono dal momento dell'inadempimento, ma da quello della domanda.

Il ragionamento sotteso al principio di diritto

Una volta individuato il principio di diritto enun-

ciato dalla Suprema Corte, occorre rilevare le *rationes* sottese alla pronuncia e, a tal proposito, è indispensabile segnalare le peculiarità del caso di specie. Dai fatti di causa si evince che, nell'ambito di un contratto di durata, una delle parti aveva già eseguito alcune prestazioni di promozione pubblicitaria, non pagate dalla controparte. Il dato significativo della vicenda riguarda la posizione del contraente che ha già eseguito la propria obbligazione, il quale, alla luce dell'oggetto della sua obbligazione, non ha interesse alla ripetizione di quanto prestato (2), mentre ha ancora interesse all'adempimento della controprestazione (consistente nel pagamento di una somma di denaro). Pertanto la sentenza riportata, riconoscendo la possibilità di agire per l'adempimento rispetto alle prestazioni già eseguite e contestualmente richiedere la risoluzione del contratto a decorrere dal momento della domanda - nella specifica vicenda esaminata -, tiene conto dell'interesse del contraente non inadempiente e ripristina in modo soddisfacente l'equilibrio sinallagmatico tra prestazione e controprestazione.

La questione investe evidentemente l'interpretazione dell'art. 1458 comma 1 c.c. nella parte in cui dispone che, per i contratti ad esecuzione continuata o periodica, l'effetto retroattivo della risoluzione non si estende alle prestazioni già eseguite (3). Inve-

Note:

(1) Nella specie, la Suprema Corte ha rilevato che una questione concernente il medesimo rapporto giuridico intercorrente tra le stesse parti era già stata decisa con sentenza passata in giudicato. Ciò, in linea con il consolidato orientamento di legittimità, preclude il riesame della stessa questione nel giudizio non ancora definito, ai sensi dell'art. 2909 c.c. In proposito, in motivazione si precisa che il giudicato esterno è assimilabile a un dato normativo, potendo il suo accertamento avvenire anche *ex officio*.

(2) Trattandosi di attività di promozione pubblicitaria, la ripetizione potrebbe ovviamente risultare del tutto impossibile.

(3) Per una definizione dei contratti ad esecuzione continuata o periodica ai fini dell'applicabilità della regola convenuta nella se-

(segue)

ro, in virtù della decisione della Suprema Corte, per “prestazioni già eseguite” devono intendersi non soltanto le “coppie di prestazioni” (4), composte da prestazione e controprestazione, ma anche le prestazioni eseguite da uno soltanto dei contraenti.

È agevole rilevare come la soluzione prospettata, pur garantendo nelle ipotesi di risoluzione per inadempimento - in ogni caso - il ripristino dell'equilibrio sinallagmatico, possa talvolta non corrispondere all'interesse del soggetto non inadempiente. A titolo esemplificativo, è sufficiente capovolgere la fattispecie decisa e immaginare che, nell'ambito di un contratto di durata, questa volta il soggetto non inadempiente, intenzionato a risolvere il contratto, sia quello che ha già eseguito il pagamento, e la controparte non ha adempiuto le prestazioni di promozione pubblicitaria. Il primo, oltre a domandare la risoluzione del contratto, non essendo verosimilmente più interessato all'attività pubblicitaria, agirà per la restituzione del denaro già corrisposto, senza domandare l'adempimento della controprestazione. L'applicazione del principio enunciato dalla Suprema Corte all'ipotesi descritta dall'esempio comporterebbe quindi un pregiudizio alle ragioni del soggetto non inadempiente, poiché questi sarebbe tenuto a ricevere le prestazioni di promozione pubblicitaria a cui non è più interessato e non avrebbe diritto alla restituzione del denaro già corrisposto per adempiere la propria obbligazione.

Pertanto, posto che il principio di diritto si adegua perfettamente al caso esaminato (*rectius*: corrisponde agli interessi del creditore), occorre riflettere sull'affermazione dei giudici di legittimità secondo cui «il valore abdicativo della domanda di risoluzione, secondo le previsioni dell'art. 1453, 2° comma, c.c. va circoscritto a quella sola parte del rapporto per la quale è logicamente configurabile una scelta, su un piano di alternatività, fra risoluzione ed adempimento, mentre è inestensibile a quella parte che rimane *ope legis* insensibile alla vicenda risolutiva, perché adempimento, sia pure di uno solo dei contraenti, vi è stato». Infatti, dal suddetto esempio (adempimento della prestazione di pagare una somma di denaro e inadempimento della promozione pubblicitaria) risulta che nei contratti ad esecuzione continuata o periodica, la scelta tra risoluzione e adempimento potrebbe altresì riguardare la parte del rapporto per la quale vi è stata esecuzione di uno dei contraenti, in quanto il soggetto che ha già eseguito non necessariamente ha interesse a chiedere la controprestazione, ma potrebbe viceversa preferire la ripetizione di quanto prestato; di talché l'alternativa tra risoluzione e adempimento dovrebbe concernere

anche quest'ultima “coppia di prestazioni”. Alla luce di quanto esposto, appare chiaro come il tema involga i limiti dell'autonomia di scelta sul piano rimediabile del soggetto adempiente, a fronte dell'altrui inadempimento.

La scelta tra adempimento e risoluzione del contratto nell'ambito dei contratti ad esecuzione continuata o periodica

Alla stessa stregua di quanto previsto per i contratti ad esecuzione istantanea, nei contratti di durata il contraente non inadempiente ha la facoltà di scegliere tra risoluzione e manutenzione del contratto,

Note:

(continua nota 3)

conda parte del primo comma dell'art. 1458 c.c. cfr. Cass. 2 aprile 1996, n. 3019, in *Foro it., Rep.*, 1996, voce *Contratto in genere*, n. 433: «sono contratti ad esecuzione continuata o periodica quelli che fanno sorgere obbligazioni di durata per entrambe le parti, ossia quelli in cui l'intera esecuzione del contratto avvenga attraverso una serie di prestazioni da realizzarsi contestualmente nel tempo; pertanto, mentre non possono considerarsi compresi nella previsione normativa del citato art. 1458 c.c. quei contratti in cui ad una prestazione periodica o continuativa si contrappone una prestazione istantanea dell'altra parte, debbono esservi ricompresi quei contratti in cui ad una prestazione continuativa se ne contrappone un'altra periodica, poiché in tal caso la corrispettività si riflette su tutte le prestazioni attraverso le quali il contratto riceve esecuzione»; il dato rilevante riguarda quindi la continuità temporale di entrambe le prestazioni. In dottrina, in senso conforme, v. già A. Dalmartello, voce *Risoluzione del contratto*, in *Noviss. Dig. it.*, XVI, Torino, 1969, 148, il quale definisce i contratti ad esecuzione continuata o periodica, alla stregua di contratti «in cui la continuazione o periodicità non solo esiste per entrambe le parti, ma si realizza, com'è normale, *pari passu*, in modo da attuare costantemente l'equilibrio sinallagmatico tra prestazioni e controprestazioni». In tempi più recenti, aderisce all'indirizzo giurisprudenziale, pur denunciando qualche difficoltà applicativa, dovuta al concreto articolarsi di taluni rapporti giuridici, G. Sicchiero, *La risoluzione per inadempimento*, sub Artt. 1453-1458, in *Il codice civile. Commentario*, fondato da P. Schlesinger e diretto da F.D. Busnelli, Milano, 2007, 769 s. Sul criterio da adottare per verificare l'applicabilità della regola sui contratti di durata, cfr. A. Belfiore, voce *Risoluzione per inadempimento*, in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989, 1329 s.: la disposizione «si applica ai casi in cui l'autonomizzazione di una fase del rapporto, compiutamente eseguita da ambedue i contraenti, sia compatibile con la logica complessiva dell'operazione economica dedotta in contratto». E sembra proprio questo il parametro adoperato dalla giurisprudenza nel riconoscere un diverso trattamento al *leasing* traslativo rispetto al *leasing* finanziario, quanto agli effetti della risoluzione del contratto, potendosi solo nel secondo caso applicare la norma sui contratti di durata: tra le tante, v. Cass. 4 agosto 2000, n. 10265, in *Banca, borsa tit. cred.*, 2001, II, 650. Mentre si esclude che l'appalto, anche nei casi in cui la sua esecuzione si protragga nel tempo, rientri nella categoria dei contratti ad esecuzione continuata o periodica, fatte salve le ipotesi in cui le prestazioni in esso dedotte attengano a servizi o manutenzioni periodiche: cfr. ad esempio Cass. 6 aprile 2009, n. 8247, in *Foro it., Rep.*, 2009, voce *Appalto*, n. 74. Per l'inquadramento sistematico della “categoria” dei contratti di durata, cfr. G. Oppo, *I contratti di durata*, in *Riv. dir. comm.*, 1943, I, 143 ss.

(4) La locuzione è utilizzata da Dalmartello, *op. loc. cit.*

valendo anche in tali ipotesi l'effetto preclusivo di cui al comma 2 dell'art. 1453 c.c.: «non può più chiedersi l'adempimento quando è stata domandata la risoluzione» (5).

In base a quanto statuito nella sentenza in epigrafe, in quest'ultima tipologia di contratti, la preclusione non opera quando la domanda di adempimento sia rivolta ad ottenere il pagamento di quanto secondo il contratto sarebbe spettato alla parte attrice, come corrispettivo delle prestazioni già eseguite (6). In altri termini, nei contratti di durata il "divieto" di agire (in via principale) (7) per l'adempimento, contestualmente alla domanda di risoluzione, riguarderebbe soltanto le prestazioni future, che non sono controprestazioni di quanto già eseguito; quindi il contraente non inadempiente può - come nel caso in esame - agire per l'adempimento, rispetto alle prestazioni già eseguite, e domandare contestualmente la risoluzione del contratto con efficacia *ex nunc*.

Come già osservato, è possibile che la prestazione dovuta dal debitore per il passato non risponda più ad un interesse del creditore, sicché quest'ultimo, qualora abbia già eseguito la propria obbligazione, invece di domandare l'adempimento della controprestazione, potrebbe preferire la restituzione di quanto già adempiuto. In questo caso, la risoluzione, per rispondere all'interesse del creditore insoddisfatto, dovrebbe spiegare effetti retroattivi con riguardo alle "prestazioni già eseguite" da parte di uno solo dei contraenti.

Alla luce delle due ipotesi prese in esame è necessario verificare quale sia il margine di scelta del contraente non inadempiente in ordine agli effetti della risoluzione, nell'ambito dei contratti ad esecuzione continuata o periodica.

Il principio di diritto enunciato nella sentenza in commento sembra circoscrivere l'autonomia del contraente non inadempiente alla opzione adempimento-risoluzione del contratto per le "coppie di prestazioni" non ancora adempiute da nessuna delle parti; mentre, adottando le parole della Suprema Corte, la scelta è «inestensibile a quella parte che rimane *ope legis* insensibile alla vicenda risolutiva, perché adempimento, sia pure di uno solo dei contraenti, vi è stato».

Tra i pochi precedenti giurisprudenziali (8), si riscontrano alcune sentenze che riconoscono all'attore la possibilità di domandare la risoluzione del contratto ad esecuzione continuata o periodica e la ripetizione di prestazioni già eseguite. Si afferma, ad esempio, che la fattispecie delineata dall'art. 1458 comma 1 c.c. - nella parte in cui prevede che l'effe-

to retroattivo della risoluzione del contratto per inadempimento non si estende, nel caso di contratti ad esecuzione continuata o periodica, alle prestazioni già eseguite - «si realizza esclusivamente rispetto agli adempimenti la cui creazione soddisfi le reciproche ragioni creditorie in attuazione del nesso sinallagmatico, talché rispetto alle reciproche prestazioni eseguite, il rapporto debba intendersi esaurito senza alcun effetto restitutorio, per il già intervenuto riequilibrio delle situazioni reciproche delle parti in re-

Note:

(5) Sulla regola del concorso alternativo, di cui all'art. 1453 comma 2 c.c., cfr. C. Consolo, *Il processo nella risoluzione del contratto per inadempimento*, in *Riv. dir. civ.*, 1995, I, 299 ss., il quale ripercorrendo le ragioni storiche della norma, rileva come essa non abbia riscontri comparatistici e sia il frutto di studi della dottrina del diritto commerciale, fondati sull'idea di non dover tenere impegnato il debitore inadempiente allorché la controparte abbia scelto la risoluzione del contratto, realizzando in tal modo un vantaggio economico complessivo. Il problema principale consiste nel verificare in quali casi il concreto atteggiarsi della vicenda processuale e sostanziale renda comunque ammissibile per la parte attrice una *mutatio* della domanda di risoluzione, in domanda di adempimento.

(6) Nello stesso senso, l'unico precedente del giudice di legittimità rinvenuto: Cass. 24 maggio 1993, n. 5838, in *Giur. it.*, 1994, I, 1, 1376 ss. È interessante rilevare che la massima non ufficiale pubblicata sulla rivista indicata, discorre di "deroga all'art. 1453 comma 2": «Nel caso di inadempimento di contratti ad esecuzione periodica o continuata, la parte non inadempiente può, in deroga a quanto disposto dall'art. 1453 c.c., proporre domanda di risoluzione del contratto contestualmente a quella di condanna all'adempimento rivolta ad ottenere il pagamento di quanto secondo il contratto sarebbe spettato all'attrice come corrispettivo delle prestazioni sin lì eseguite». A parere di chi scrive, non si tratta di una vera e propria deroga poiché, come si vedrà meglio *infra*, il contraente adempiente ha deciso di far decorrere gli effetti della risoluzione dal momento della domanda. In questo modo, visto che gli effetti della risoluzione riguardano le prestazioni future non adempiute da nessuna delle parti, occorre prendere atto di una vera e propria scissione del rapporto contrattuale in due parti, alle quali si applica regolarmente l'art. 1453 comma 2, come se si trattasse di due distinti rapporti contrattuali. Il ricordato precedente si segnala anche per l'affermazione del diverso principio di diritto secondo cui la violazione del divieto di *mutatio libelli* sancito dall'art. 1453, 2° comma, c.c. non può essere rilevata d'ufficio ma deve essere eccepita dalla parte convenuta (sul quale v. i rilievi critici di Consolo, *op. cit.*, 325 ss.).

(7) Deve infatti ammettersi in via generale (e quindi anche per i contratti ad esecuzione istantanea) la facoltà di agire in via principale per la risoluzione del contratto e in via subordinata per l'adempimento: Cass. 19 gennaio 2005, n. 1077, in *Foro it.*, *Rep.* 2005, voce *Contratto in genere*, n. 589; Cass., 29 aprile 1998, n. 4361, *ivi*, 1998, voce *cit.*, n. 484; nella giurisprudenza di merito, v. App. Palermo 17 aprile 1990, *ivi*, 1991, voce *cit.*, n. 367: «La preclusione di cui al 2° comma, art. 1453, c.c., non impedisce che la domanda di adempimento sia proposta in via subordinata a quella di risoluzione».

(8) Sull'esiguità della mole dei precedenti giurisprudenziali rinvenibili in materia, v. A. Gentili, *La risoluzione parziale*, Napoli, 1990, 23: «La complessità dei problemi dei contratti di durata avrebbe probabilmente giustificato in proposito un numero di sentenze più ampio di quello che si trova sulle riviste».

lazione alle prestazioni pregresse» (9). Ne deriva che per ripristinare l'equilibrio tra il dare e l'avere, la risoluzione può operare anche rispetto alle prestazioni eseguite soltanto da una delle parti.

Infatti, si è, in termini generali, ritenuto che «qualora una prestazione già eseguita non sia proporzionale all'altra occorre che, anche attraverso una restituzione parziale, sia ristabilito l'equilibrio sinallagmatico tra prestazioni e controprestazioni» (10) e che pertanto le prestazioni già eseguite, che non possono essere oggetto di restituzione ai sensi dell'art. 1458 comma 1 secondo periodo c.c. «sono solo quelle riferibili, nel loro valore satisfattorio al periodo di vigenza del contratto, e non quelle anticipatamente eseguite e che, in relazione alla sopravvenuta risoluzione, non trovano più giustificazione causale» (11). Si precisa, altresì, che gli effetti della risoluzione possono operare per prestazioni già eseguite dal debitore, ma che non abbiano soddisfatto pienamente le ragioni del creditore (12).

In sintesi, nella sentenza riportata (13) si ammette che il creditore, a fronte dell'avvenuta esecuzione delle prestazioni per cui si era obbligato, agisca per l'adempimento altrui (gli effetti della risoluzione non travolgono le prestazioni già eseguite, soltanto dal soggetto non inadempiente); in altre decisioni, nell'ambito di contratti ad esecuzione continuata o periodica, al creditore - a fronte dell'altrui inadempimento - è riconosciuta la possibilità di ripetere quanto già prestato (gli effetti della risoluzione retroagiscono al momento dell'inadempimento e cancellano le prestazioni già eseguite da una delle parti) (14).

Il margine di autonomia del contraente non inadempiente nel ripristinare l'equilibrio sinallagmatico del contratto

L'apparente confusione emersa nelle segnalate pronunce potrebbe essere risolta riconoscendo al creditore - nell'ambito dei contratti ad esecuzione continuata e periodica - il potere di definire, in ragione dei suoi specifici interessi, la modalità più conveniente per ripristinare l'equilibrio sinallagmatico tra prestazione e controprestazione (facendo ovviamente salvo un eventuale diritto al risarcimento del danno).

In tal senso si è espressa autorevole dottrina, affermando che il «creditore dev'essere arbitro di chiedere la risoluzione dal momento dell'inadempimento (questa retroattività della domanda ha la stessa ragione della retroattività della domanda proposta in caso di contratto a prestazioni istantanee), o, a

Note:

(9) Cfr. Cass. 24 giugno 1995, n. 7169, in *Foro it., Rep.* 1995, voce *Contratto in genere*, n. 501; Cass., 21 dicembre 2004, n. 23695, in *Foro it. Alfa* (il principio si trova solo nella motivazione della sentenza).

(10) Così Cass. 6 ottobre 1998, n. 9906, in *Foro it., Rep.* 1998, voce *Contratto in genere*, n. 520. Nelle specie si trattava di un contratto di locazione e della ripetizione di canoni già corrisposti, a fronte della mancata disponibilità del bene locato. Pur essendo l'obbligo di restituzione della prestazione ricevuta, un effetto naturale della risoluzione del contratto, nondimeno sul piano processuale è necessario che la parte proponga specifica domanda ai fini di detti effetti restitutori; ne consegue che, ove sia stata proposta in primo grado la domanda di risoluzione del contratto con richiesta di risarcimento danni, al giudice d'appello è preclusa, ai sensi dell'art. 345 c.p.c., la possibilità di prendere in esame la domanda restitutoria avanzata per la prima volta in grado di appello, trattandosi di domanda nuova: Cass. 2 febbraio 2009, n. 2562, *ivi*, 2009, voce cit., n. 472. In generale, sulla disciplina delle restituzioni in caso di risoluzione per inadempimento, v. da ultimo E. Bargelli, *Il sinallagma rovesciato*, Milano, 2010, 328 ss.

(11) Cass. 6 ottobre 1998, n. 9906, cit. Ancorché si tratti di contratti ad esecuzione continuata o periodica, si afferma pertanto che la risoluzione ha efficacia retroattiva dal momento dell'inadempimento: cfr. Cass. 10 dicembre 1996, n. 10985, in *Foro it.*, 1998, I, 1206 (nella specie la Suprema Corte ha affermato che la domanda di risoluzione proposta dal locatore per inadempimento del conduttore, quando trae origine da inadempimenti precedenti all'esercizio da parte dello stesso conduttore del diritto di riscatto ai sensi dell'art. 39 l. n. 392 del 1978, assume carattere pregiudiziale rispetto alla domanda di riscatto, giacché, in caso di accoglimento della prima domanda, la pronuncia di risoluzione contrattuale retroagirebbe al momento in cui l'inadempimento, ritenuto grave, ha avuto inizio, privando il contraente della qualità di conduttore).

(12) Cfr. Cass. 20 ottobre 1998, n. 10383, in *Foro it., Rep.* 1998, voce *Contratto in genere*, n. 519: «Nei contratti ad esecuzione periodica o continuata, l'effetto della risoluzione non si estende alle prestazioni già eseguite, per tali intendendosi quelle con le quali il debitore abbia pienamente soddisfatto le ragioni del creditore (nella specie, la suprema corte ha escluso che potesse farsi riferimento alla nozione di "prestazioni già eseguite" con riferimento al versamento di un "minimo garantito" mensile)».

(13) Il medesimo principio è applicato nell'unico precedente che consta: Cass. 24 maggio 1993, n. 5838, cit. (*v. supra*, nota 5). Con riguardo ad un contratto d'appalto di servizi, tale possibilità è invece stata negata in Trib. Catania 28 settembre 1990, in *Giur. merito*, 1992, 605: «Poiché, in forza del rinvio operato dall'art. 1677 all'art. 1564, il contratto di appalto di servizi (nella specie, servizio mensa) può essere risolto solo ove l'inadempimento abbia notevole importanza, l'appaltante non può invocare la risoluzione per inadempimento qualora, di fronte all'inadempienza dell'altra parte, anziché ricorrere alla domanda di risoluzione o all'eccezione di inadempimento, preferisca dare comunque esecuzione al contratto».

(14) D'altra parte, in dottrina si sottolinea che anche nei contratti ad esecuzione continuata o periodica «si manifesta, pur se in misura ridotta, l'efficacia retroattiva della risoluzione»: P. Trimarchi, *Il contratto: inadempimento e rimedi*, Milano, 2010, 75. L'a. rileva la diversità rispetto ad altri istituti, come il recesso, l'esclusione del socio e la revoca del mandato, i quali «pure possono costituire reazioni all'inadempimento e pongono fine a rapporti contrattuali di durata, ma operano solo per il futuro»; in senso difforme, v. G. Gabrielli, *Recesso e risoluzione per inadempimento*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1974, 733 ss., secondo cui, nei contratti di durata, non soltanto la risoluzione, ma anche il recesso potenzialmente può avere efficacia retroattiva. Ad esempio, in caso di inadempimento che comporti l'esclusione del socio, «non si vede perché il socio, escluso per avere totalmente omesso di eseguire i conferimenti dovuti, avrebbe diritto a una quota degli utili conseguiti dall'impresa sociale fino al momento dell'esclusione».

sua scelta, dal momento della domanda (non esiste infatti nessun motivo per concedere al debitore un diritto alla inscindibilità del trattamento del periodo precorso, e del periodo futuro)» (15).

L'indirizzo presuppone la possibilità di frazionare le obbligazioni scaturenti da un contratto corrispettivo in due parti (16): a) coppia di prestazioni in cui si è verificata la patologia; b) coppie di prestazioni non ancora scadute. A fronte di un inadempimento, la scelta tra la manutenzione e la risoluzione del contratto riguarda entrambe le *tranches*, e può avere, come nel caso in esame, un esito disomogeneo: nel senso di domandare l'adempimento riguardo alla parte del contratto *sub a*) e la risoluzione per la restante parte *sub b*); o, viceversa, nel senso di domandare la risoluzione del rapporto limitatamente ad una «coppia» di prestazioni ineseguite [*sub a*] e non invece anche per le «coppie di prestazioni ancora a scadere [*sub b*]» (17), risolvendo così il contratto soltanto per la parte relativa a prestazioni passate, ma non per il futuro.

Per le ipotesi *sub a*) e *b*), la scelta del contraente non inadempiente può anche essere di segno uguale, sia nel senso di risolvere il contratto a partire dal momento dell'inadempimento, sia nel senso di domandare soltanto l'adempimento del contratto.

Al di là delle varieguate opzioni offerte in astratto, la tesi ricostruita, per la verità scarsamente diffusa in dottrina (18), sembra rappresentare la sola strada percorribile poiché è l'unica adattabile, caso per caso, agli specifici interessi perseguiti dalle parti e alle peculiarità dell'operazione economica cui il contratto di durata assolve. Essa permette di definire le conseguenze dell'inadempimento sia in prospettiva futura, dopo l'eventuale scioglimento del contratto, che retrospettivamente: esigenza comune a tutte le ipotesi di risoluzione per inadempimento (19), non potendosi negare che sovente (se non il più delle volte) anche il contratto ad esecuzione continuata o periodica, oltre alle prestazioni corrispettivamente eseguite - sulle quali, di regola, la risoluzione non incide - conosce effetti, in termini di prestazioni eseguite solo da una parte o prestazioni difformi rispetto al contratto, ai quali occorre rimediare.

A ben vedere, la *ratio* della soluzione è riconducibile a noti studi in materia di risoluzione parziale, riposando sulla convinzione che, attesa la divisibilità del rapporto giuridico, «il giudizio è sempre in funzione di una scelta tra più alternative, nel senso che a tutela di un interesse appaia preferibile l'applicazione totale o parziale del patto, o, al contrario, la disapplicazione» (20). Del resto, l'orientamento che riconosce un notevole margine di autonomia al con-

traente non inadempiente, nel modulare gli effetti della risoluzione del contratto ed adattarli al caso di specie, sembra anche rispettare la propensione dell'ordinamento giuridico alla conservazione degli effetti del contratto (21).

Note:

(15) R. Sacco, in R. Sacco-G. De Nova, *Il contratto*, 2^a ed., II, Torino, 2004, 668. In senso adesivo, cfr. S. Pagliantini, *La risoluzione dei contratti di durata*, Milano, 2006, 128 ss.

(16) Sulla scindibilità del contratto, v. Gentili, *La risoluzione parziale*, cit., 173 ss.

(17) U. Carnevali, in A. Luminoso-U. Carnevali-M. Costanza, *Risoluzione per inadempimento*, I, 1, *sub Artt.* 1453-1454 c.c., in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, a cura di Francesco Galgano, Bologna-Roma, 1990, 109. Invero, l'affermazione si trova già in G. Auletta, *La risoluzione per inadempimento* (1942), in Id., *Scritti giuridici*, II, Milano, 2001, 307: «Non può escludersi la possibilità [...] che [...] in alcune ipotesi, gli scopi della risoluzione possano essere raggiunti anche se questa viene limitata a singole rate di prestazioni. Quando ciò ricorra potrà stabilirsi solo mediante l'esame del caso concreto; in via generale può solo affermarsi che la possibilità di una risoluzione che non si estenda alle rate future è in funzione non tanto di una minore gravità dell'inadempimento quanto delle particolari caratteristiche di ogni contratto di durata».

(18) Basti osservare che nelle migliori opere trattatistiche (v. M. Tamponi, *La risoluzione per inadempimento*, in *Trattato dei contratti*, diretto da P. Rescigno-E. Gabrielli, I, 2, *I contratti in generale*, 2^a ed., Torino, 2006, 1709 ss.; F. Galgano, *Trattato di diritto civile*, 2^a ed., II, Padova, 2010, 505; V. Roppo, *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di G. Iudica-P. Zatti, Milano, 2001, 947 ss.) e nelle voci enciclopediche (v. Dalmartello, voce *Risoluzione del contratto*, cit., 126 ss.; e Belfiore, voce *Risoluzione per inadempimento*, cit., 1307 ss.) non si riscontrano contributi sulla questione. Il dato è riferibile anche ai recenti lavori di P.M. Putti, *La risoluzione*, in *Diritto civile*, diretto da N. Lipari-P. Rescigno, III, 2, *Il contratto in generale*, Milano, 2009, 1144 ss.; e D. Carusi, *sub Art. 1458 c.c.*, in *Commentario del codice civile*, diretto da E. Gabrielli, *Dei contratti in generale*, Torino, 2011, 456 ss.; mentre puntuali ed esaustivi riferimenti si rinvergono in M. Dellacasa, *Gli effetti della risoluzione*, in *Trattato del contratto*, diretto da V. Roppo, V, 2, *Rimedi*, Milano, 2006, 375 ss.

(19) Sul punto, v. A. di Majo, *Le tutele contrattuali*, Torino, 2009, 216 s.

(20) P. Rescigno, *Presentazione*, in A. Gentili, *La risoluzione parziale*, cit., XVIII. La risoluzione parziale è ormai ampiamente ammessa dalla giurisprudenza di legittimità, anche al di fuori dell'ipotesi dell'art. 1458 comma 1: cfr., ad esempio, Cass. 20 maggio 2005, n. 10700, in *Foro it.*, *Rep.* 2005, voce *Contratto in genere*, n. 616; Cass., 21 dicembre 2004, n. 23657, in questa *Rivista*, 2005, 654 ss., con nota di G. Opromolla, *Risoluzione parziale del contratto*: «La risoluzione parziale del contratto - espressamente prevista dall'art. 1458 c.c. nelle ipotesi di contratti ad esecuzione continuata o periodica - deve ritenersi possibile anche quando l'oggetto del contratto sia rappresentato non già da una sola cosa, caratterizzata da una sua unicità non frazionabile, ma da più cose che, pur se separate dal tutto, possano mantenere una propria individualità economico-funzionale (nella specie, è stata ritenuta corretta la decisione dei giudici di merito che avevano pronunciato la risoluzione del contratto di vendita di tessuti per confezioni limitatamente a quella parte della merce risultata inidonea all'uso per la presenza di vizi)».

(21) Sul principio di conservazione, con riguardo all'efficacia dell'atto giuridico, cfr. per tutti C. Grassetti, voce *Conservazione (principio di)*, in *Enc. dir.*, IX, Milano, 1961, 176.

Inoltre, non può affermarsi che, aderendo all'indirizzo, la posizione del debitore inadempiente verrebbe pregiudicata eccessivamente, in quanto, da un lato, il suo affidamento sarebbe tutelato dal fatto di essere reso edotto, fin dalla domanda attorea, della volontà di controparte, dall'altro, poiché lo *standard* di inadempimento richiesto ai fini della risoluzione del contratto sarebbe comunque quello della non scarsa importanza (art. 1455 c.c.) (22). Infatti, il giudizio sull'entità dell'inadempimento deve necessariamente investire l'intero contratto, ma ciò «non impedisce al legislatore e al giudice di isolare gli effetti del vizio, che incidono soltanto su una sua parte» (23). È necessario, infine, rilevare che alla ricostruzione prospettata non osta l'art. 1453 comma 3 c.c., secondo cui «dalla data della domanda di risoluzione l'inadempiente non può più adempiere la propria obbligazione» (24). Infatti, il divieto di adempiere riguarda unicamente la parte debitrice, non essendo escluso che, anche in pendenza del giudizio, fino alla pronuncia di risoluzione, la parte adempiente possa comunicare alla controparte la propria disponibilità a proseguire la prestazione, obbligando in tal modo quest'ultima ad eseguire la propria (25).

Cenni sul fondamento della risoluzione

Un'ultima riflessione attiene al dibattuto tema del fondamento della risoluzione del contratto. In questo senso, tra le molteplici teorie susseguitesi nel tempo, nella letteratura dedicata all'argomento, «la più dura a morire» (26), nonostante le critiche incontrate, è senza dubbio la tesi che vede la ragione della risoluzione in un difetto funzionale della causa (27). Secondo tale noto orientamento, la sussistenza dei presupposti per la risoluzione determina un'alterazione della causa del contratto, dal momento che lo scambio programmato dalle parti non può più attuarsi come le stesse avrebbero voluto (28). In altre parole, la risoluzione si fonderebbe sull'inidoneità del programma contrattuale a svolgere la propria funzione, a causa di un'alterazione del sinallagma, colpito da un vizio, che è sopraggiunto dopo la stipulazione del contratto (29).

A questo indirizzo dottrinale sono state mosse molteplici critiche. Si è affermato, in particolar modo, che, trattandosi di un elemento della struttura del contratto, la sussistenza della causa si misurerebbe esclusivamente al momento della conclusione, e non nella fase di esecuzione del contratto e, inoltre, che siffatta tesi si porrebbe in contrasto con la natura costitutiva della pronuncia risolutiva del giudice (30). Secondo una concezione, ormai largamente diffusa, la risoluzione sarebbe soltanto una delle forme di

reazione apprestate dall'ordinamento contro l'inadempimento contrattuale, alla quale, in virtù di una valutazione discrezionale, è possibile che il creditore preferisca la domanda di manutenzione (31). Pertanto, la scelta rimessa al contraente non inadempiente di optare tra risoluzione e azione di adempimento attesterebbe - proprio alla luce della possibilità di scegliere la via dell'adempimento dell'obbligazione - il perdurante «buon funzionamento del contratto» (32). In questa prospettiva, le tecniche di reazione all'inattuazione dello scambio vengono va-

Note:

(22) V. M.G. Cubeddu, *L'importanza dell'inadempimento*, Torino, 1995, 17 ss.

(23) Così, analizzando l'incidenza della risoluzione parziale sull'atto e sul rapporto contrattuale, F. Macario, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996, 145 s., secondo cui la questione concettuale relativa all'idoneità dell'atto a produrre effetti giuridici limitati, rispetto a quelli astrattamente ricollegabili alla fattispecie, si risolverebbe nel problema concreto relativo all'operatività delle regole che tendono a dare attuazione all'impegno assunto. Sotto tale profilo, secondo l'a., all'eseguità del contratto astrattamente considerata, si sostituirebbe l'eseguità concreta, il cui unico parametro risiederebbe nell'interesse dei contraenti.

(24) Il rilievo è di Pagliantini, *La risoluzione dei contratti di durata*, cit., 131 s.

(25) Cfr. S. Patti, *Risoluzione per inadempimento, contratti di durata e contratto di appalto d'opera*, in *Studi in onore di P. Schlesinger*, III, Milano, 2004, 1968 ss.: «il c.d. divieto di adempiere deve intendersi nel senso che, sorto a favore della parte adempiente il diritto potestativo alla risoluzione del contratto, la parte inadempiente non può paralizzare tale diritto mediante il suo tardivo adempimento».

(26) G. Amadio, *Inattuazione e risoluzione: la fattispecie*, in *Trattato del contratto*, diretto da V. Roppo, cit., 21.

(27) Ulteriori teorie vedono il fondamento della risoluzione in un'implicita volontà delle parti; nell'esigenza di prevenire arricchimenti e impoverimenti ingiustificati; in uno strumento di coercizione indiretta all'adempimento.

(28) Cfr., tra gli autori che ancora in tempi recenti aderiscono alla tesi, F. Galgano, *Il contratto*, 2a ed., Padova, 2011, 509 s.; Tamponi, *La risoluzione per inadempimento*, cit., 1712.

(29) Cfr. Galgano, *op. cit.*, 510: «Si parla [...] di difetto funzionale della causa in antitesi con la sua mancanza o con la sua illiceità, che è detta difetto genetico della causa. Questo investe il contratto come atto, e comporta [...] la nullità del contratto; il difetto funzionale, invece, si manifesta in sede di esecuzione del contratto: investe, anziché il contratto, il rapporto contrattuale, e comporta la risoluzione del contratto».

(30) A. di Majo Giaquinto, *L'esecuzione del contratto*, Milano, 1967, 434 s.

(31) Per tutti, C.M. Bianca, *Diritto civile, 5, La responsabilità*, Milano, 1994, il quale sottolinea come l'inadempimento non precluda di per sé l'esecuzione del contratto e la realizzazione della causa.

(32) Amadio, *Inattuazione e risoluzione*, cit., 6. Anche a parere dell'a., la facoltà di scelta rimessa al contraente non inadempiente presuppone, ovviamente, l'esistenza della fattispecie tipica dell'"inadempimento risolutivo", di non scarsa importanza, ai sensi dell'art. 1455 c.c.

lutate nel loro complesso e «la scelta tra tutela satisfattiva e tutela risolutoria si traduce in una valutazione di efficienza (congruità al proprio interesse) riservata comunque al contraente fedele» (33).

Nel tentativo di trovare un raccordo tra i due indirizzi appena descritti, da un lato, e la questione trattata nelle pagine precedenti dall'altro, potrebbe ritenersi che l'autonomia riconosciuta al contraente adempiente - di definire il momento dal quale far decorrere gli effetti dell'inadempimento nei contratti di durata - segni un ulteriore allontanamento dalla teoria del difetto funzionale della causa. L'affermazione in base alla quale le ragioni della risoluzione risiedono in un difetto della causa perderebbe, infatti, gran parte della sua utilità, potendosi addirittura ritenere superflua (34), o anche meramente descrittiva, a tutto vantaggio dell'idea, decisamente più pragmatica (almeno rispetto alla pur raffinata descrizione concettuale della "causa difettosa"), secondo la quale gli artt. 1453 ss. c.c. rappresenterebbero soprattutto uno strumento - si direbbe, nel gergo più in voga ai nostri giorni, nonché più consono a una prospettiva comparatistica, un "rimedio" - finalizzato al riequilibrio degli interessi dei contraenti, di fronte ad un contratto ineseguito. Nella logica rimediaria, evidentemente, trovano spazio entrambe le soluzioni, quella manutentiva e quella, logicamente opposta (ma anche, a ben vedere, l'unica coerente con la "risoluzione", quale istituto dedicato allo scioglimento del vincolo) di carattere estintivo (35).

Conclusione

Con riferimento, infine, alla vicenda in esame, il principio enunciato dalla Suprema Corte è ineccepibile poiché rispecchia pienamente l'interesse manifestato dal creditore e si attaglia perfettamente alle peculiarità del rapporto contrattuale.

Tuttavia, in considerazione di alcuni precedenti giurisprudenziali, in cui si riconosce efficacia retroattiva alla risoluzione operata nell'ambito di un contratto di durata, nonché delle riflessioni svolte riguardo all'autonomia del contraente non inadempiente relativamente al ripristino dell'equilibrio sinallagmatico, appare errata la già citata affermazione, contenuta nel principio di diritto, secondo cui «la scelta [...] fra risoluzione ed adempimento, è inestensibile a quella parte [del rapporto] che rimane *ope legis* insensibile alla vicenda risolutiva, perché adempimento, sia pure di uno solo dei contraenti, vi è stato». Invero, alla luce di quanto osservato, sembra che anche in tal caso possa profilarsi l'evenienza che il contraente non inadempiente de-

cida di far decorrere gli effetti della risoluzione dal momento dell'inadempimento, agendo per l'eventuale restituzione di quanto già corrisposto.

Note:

(33) Amadio, *op. cit.*, 21.

(34) Cfr. Sacco, in Sacco e De Nova, *Il contratto*, cit., 615 s.: «non bisogna attribuire eccessiva rilevanza all'indagine sul fondamento della risoluzione». Sulla stessa linea, v. G. Scafì, voce *Risoluzione del contratto (Diritto civile)*, in *Enc. giur. Treccani*, XXVII, Roma, 1991, 3 ss., secondo cui, dal momento che la risoluzione è prevista e disciplinata dalla legge, non occorre ricorrere ad altri istituti per spiegarne il funzionamento; contra, Amadio, *op. cit.*, 22 ss., il quale, invece, sottolinea la rilevanza della questione, in quanto l'affermazione della teoria della risoluzione come difetto funzionale della causa può avere ripercussioni, in negativo, sul potere riconosciuto ai contraenti di derogare alla disciplina codicistica ex artt. 1453 ss. c.c., mediante, ad esempio, clausole di irresolubilità del contratto.

(35) Per l'analisi delle vicende patologiche del contratto nella duplice chiave manutentiva e/o estintiva: v. Roppo, *Il contratto*, cit., 954 ss. (in caso di inadempimento) e 1015 ss. (al ricorrere di sopravvenienze).

Intermediazione finanziaria

Contratto di *swap*, alea unilaterale e interessi non meritevoli di tutela

TRIBUNALE DI MODENA, Sez. I, 23 dicembre 2011, Giud. Saracini - C. M. s.c.r.l. c. Banca CR Firenze s.p.a.

Posto che il rischio connesso all'aleatorietà del contratto di *interest rate swap* deve essere a carico di entrambi i contraenti, può essere inibito alla banca, su richiesta del cliente in via cautelare e urgente, l'addebito di somme derivanti dalle operazioni legate al detto contratto, allorché, nel caso specifico, sia *prima facie* evidente la sostanziale immunità dal rischio per un contraente (nella specie, la banca) e, al contrario, la notevole esposizione per l'altro (nella specie, il cliente).

ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI

Conforme	Trib. Brindisi, 8 luglio 2008, n. 489, in <i>Banca borsa tit. cred.</i> , 2010, II, 353 ss., con nota di Sabatelli; Trib. Salerno, 12 aprile 2007, in <i>Giur. it.</i> , 2008, 134 ss., con nota di Liace.
Differme	Non sono stati rinvenuti precedenti in termini.

(*Omissis*)

Il radicamento di una procedura cautelare in corso di causa, avuto riguardo alla strumentalità della tutela ai fini della soddisfazione della domanda di merito, induce a presupporre come richiamate dal ricorso le argomentazioni svolte in citazione.

Si premette l'ovvia considerazione che le argomentazioni di seguito svolte scontano l'assenza, allo stato, di attività istruttoria di cognizione piena, di talché devono essere interpretate come rese allo stato degli atti, nel difetto di piena produzione documentale e in assoluta assenza di ulteriori strumenti di prova.

Appare, avuto riguardo alla produzione documentale di parte resistente/convenuta, la conformità della modulistica propria del contratto derivato in oggetto, ai sensi dell'art. 23 t.u.f., siccome regolarmente sottoscritta da entrambi i contraenti.

Evidente appare l'indole aleatoria del contratto di *interest rate swap* concluso tra le parti, siccome trattato in mercati *over the counter*. Tale rapporto negoziale si risolve in un complesso di operazioni di assunzione di obbligo di pagamento a tassi non predeterminati, ancorati a titoli non compresi nei listini di borsa, la cui modalità di svolgimento è attuata da soggetti privati mediante contratti privi di caratteristiche predeterminate e standardizzate (generalmente infatti le trattative si svolgono secondo modalità assolutamente informali, mediante conversazioni telefoniche o telematiche dirette tra le parti), senza

controlli sulla modalità di negoziazione né oneri informativi a carico degli emittenti dei titoli. L'attribuzione di valori all'interno dei mercati non regolamentati avviene esclusivamente secondo il principio dell'incontro tra la domanda e l'offerta, di talché i valori medesimi non solo sono suscettibili di continue fluttuazioni, ma si muovono senza riferimento alcuno rispetto all'andamento dell'economia e delle borse.

In tale contesto di evidente alea e elevata specializzazione non appare a questo giudicante potersi attribuire - nella presente fase cautelare a cognizione sommaria - rilevanza determinante alla materia sollevata da parte ricorrente/attrice in punto inosservanza da parte dell'istituto resistente/convenuto delle procedure nella conclusione di contratti su prodotti finanziari, imposte dall'allegato II del reg. Consob n. 16190/2007, laddove impone: «gli intermediari possono trattare i clienti diversi dai quelli inclusi nella Sezione I (dunque clientela non professionale, n.d.e.), che ne facciano espressa richiesta, come clienti professionali, purché siano rispettati i criteri e le procedure menzionati di seguito. Non è comunque consentito presumere che tali clienti possiedano conoscenze ed esperienze di mercato comparabili a quelle delle categorie elencate alla sezione I. La disapplicazione di regole di condotta prevista per la prestazione dei servizi nei confronti dei clienti non professionali è consentita quando, dopo aver effettuato una valutazione adeguata della competenza, dell'esperienza e delle conoscenze del cliente, l'intermediario possa ragio-

nevolmente ritenere, tenuto conto della natura delle operazioni o dei servizi prestati, che il cliente sia in grado di adottare consapevolmente le proprie decisioni in materia di investimenti e di comprendere i rischi che assume.

Il possesso dei requisiti di professionalità previsti per dirigenti e amministratori dei soggetti autorizzati a norma delle direttive comunitarie nel settore finanziario può essere considerato come un riferimento per valutare la competenza e le conoscenze del cliente.

Nel corso della predetta valutazione, devono essere soddisfatti almeno due dei seguenti requisiti:

– (...)

– il cliente lavora o ha lavorato nel settore finanziario per almeno un anno in una posizione professionale che presupponga la conoscenza delle operazioni o dei servizi previsti.

In caso di persone giuridiche, la valutazione di cui sopra è condotta con riguardo alla persona autorizzata a effettuare operazioni per loro conto e/o alla persona giuridica medesima».

Si osserva al riguardo come la allegazione di parte resistente secondo la quale l'attrice C. è stata rappresentata da figura con specifiche ed elevate competenze professionali possa - astrattamente - soddisfare il requisito di competenza richiesto dall'allegato sopra richiamato, salvi differenti esiti istruttori il cui espletamento è incompatibile con le esigenze di celerità imposte dalla presente fase cautelare.

Insuscettibile - si ripete, allo stato - di essere ignorata appare invece la materia sollevata da parte ricorrente in punto vizio della causa posta alla base del derivato in oggetto.

Si muove dalla osservazione che i negozi di cui si duole parte ricorrente conseguono a una operazione di "rimodulazione" diretta a "coprire il rischio legato ai tassi di interesse relativo alla specifica posizione debitoria a tasso variabile" (proposta di rimodulazione doc. 11 parte resistente). Tale rimodulazione appare muovere dalla esposizione di C. verso la banca resistente a seguito di contratto di mutuo agrario, in cui il mutuatario si impegna alla restituzione del capitale mutuato oltre interessi mediante rate determinate dal tasso medio *euribor* + *spread*, garantendo con ipoteca il proprio debito.

Ferma la garanzia patrimoniale ipotecaria offerta dal mutuatario, presidio comunque delle ragioni di parte resistente, si osserva come la remunerazione certa goduta dall'istituto di credito mutuante - determinata secondo il prospetto di cui all'allegato alla disposizione di stipula di contratto di *interest rate swap* (doc. 12 parte resistente) - induca ad attribuire al contratto di *interest rate swap* che occupa indole di contratto aleatorio limitatamente a una sola parte. Non rileva come parte ricorrente possa - secondo la allegazione di controparte - essersi in precedenza giovata degli effetti di tale contratto, avendo potuto sostenere oneri di pagamento delle rate meno incisivi rispetto alla originaria previsione contrattuale, dovendosi piuttosto, in una visione unitaria del contratto derivato, porre attenzione sulle conseguenze pregiudizievoli e imprevedibili correlate al contratto medesimo, e incontroverse.

Si premette come non ignori questo giudice come il supremo Collegio abbia avuto a esprimersi nel senso di ritenere la compatibilità, con la figura del contratto aleatorio, della insistenza dell'alea su un solo contraente; si richiamano sul punto:

– Cass., 7 giugno 1991, n. 6452, con riferimento a un contratto di compravendita, in cui con apposita clausola le parti avevano stabilito la rivalutazione automatica del prezzo ancora dovuto con riguardo al cambio della lira italiana con una valuta straniera;

– Cass., 30 agosto 2004, n. 17399, in punto monetizzazione del corrispettivo della vendita del diritto di usufrutto. In tali pronunce la Corte ha stabilito il principio dell'alea "intesa quale rischio, a cui uno o più contraenti ovvero tutti i contraenti si espongono».

Ritiene questo giudice la inestensibilità di tale principio alla fattispecie.

In entrambi i casi si è dedotto quale materia litigiosa un contratto tipico (vendita), dunque un negozio in cui vi è già da parte del legislatore una valutazione preliminare e astratta di meritevolezza sociale, e quindi di liceità della funzione economico-sociale, di talché il giudizio di aleatorietà è stato articolato per finalità estranee al vaglio della legittimità dell'operazione negoziale.

Nel caso che occupa, viceversa, non si controverte di un contratto tipico, bensì di un contratto atipico, soggetto al vaglio di liceità imposto dall'art. 1322 c.c.

Definito tale assetto, si osserva come i contratti aleatori ripartiscono l'alea fra tutti i contraenti, allorché nel caso che occupa il contratto atipico di *interest rate swap* appare insuscettibile di recare un apprezzabile pregiudizio a un contraente, esponendo viceversa - solamente - l'altro contraente al rischio di oscillazione dei mercati in misura notevole.

Parte ricorrente allega la propria incapienza patrimoniale a fronteggiare le conseguenze onerose del derivato in oggetto - allo stato liquidabili in euro 400.000 - con conseguente segnalazione alla Centrale Rischi della Banca d'Italia e, a cascata, ulteriormente conseguente imposizione di rientro dalle esposizioni bancarie e mancato accesso al credito di impresa.

Tale rappresentazione appare:

– non confutata;

– confortata nella sua attendibilità dalla oggettiva consistenza della esposizione patrimoniale della cooperativa ricorrente, conseguente al derivato (doc. 14 ss. parte ricorrente);

– idonea a configurare un quadro di conseguenze pregiudizievoli insuscettibili di rinvenire adeguato ristoro risarcitorio in caso di esito vittorioso del merito.

Tanto premesso, visti gli artt. 669-*quater*, 669-*octies*, 700 c.p.c.

ordina

a Banca CR Firenze s.p.a., in persona del legale rappresentante, di non addebitare, sui conti correnti intrattenuti presso di essa da C. M. s.c.r.l., somme in dipendenza dei contratti *interest rate swap* di cui al ricorso.
(*Omissis*)

IL COMMENTO di Valerio Sangiovanni (*)

L'ordinanza del Tribunale di Modena tocca un aspetto di sicuro interesse nell'ampio contenzioso in materia di contratti derivati pendente davanti ai tribunali italiani. L'autorità giudiziaria modenese esamina il contenuto di un contratto di *interest rate swap* e giunge alla conclusione che tale contratto, per il modo in cui è strutturato (anche in collegamento negoziale con un contratto di mutuo agrario), beneficia solo una parte (la banca), mentre non è in grado di beneficiare la controparte (un'impresa). Per questa ragione il contratto è sì aleatorio, ma di una aleatorietà unilaterale. Considerato che il contratto di *interest rate swap* è atipico, esso va assoggettato al controllo di meritevolezza previsto dall'art. 1322 c.c.: tale meritevolezza non può essere affermata quando l'alea è a carico di una sola delle parti.

Introduzione

I fatti di causa risultano solo in parte dal testo dell'ordinanza in commento, ma sono sufficientemente dettagliati ai nostri fini e possono essere riassunti come segue. Una società cooperativa conclude un contratto di mutuo agrario, con previsione di un tasso d'interesse variabile, legato all'andamento dell'*euribor*, cui va aggiunto una *spread* in favore della banca controparte contrattuale. Al fine di garantire la restituzione del capitale e la corresponsione degli interessi viene concessa un'ipoteca. L'andamento dei tassi si rivela però svantaggioso per la società, la quale si vede costretta a cercare di correre ai ripari mediante la conclusione di un contratto di *swap* su tassi d'interesse. Tale contratto, tuttavia, non riduce l'esposizione debitoria della cooperativa, la quale - nell'imminenza di un addebito sui propri conti correnti - ricorre, in via d'urgenza, all'autorità giudiziaria per inibirlo.

L'ordinanza del Tribunale di Modena in commento costituisce un'ulteriore tappa del progressivo svilupparsi di un ampio contenzioso in materia di responsabilità degli intermediari finanziari, che vede contrapporsi i clienti e le banche (1).

Una parte della giurisprudenza in materia di responsabilità degli intermediari finanziari concerne i contratti derivati (2). Se si analizza sistematicamente

noni, *Le controversie in tema di contratti di investimento: forma, informazione, ripensamento e operatore qualificato*, in *Corr. giur.*, 2011, 35 ss.; Lucchini Guastalla, *In tema di responsabilità degli intermediari finanziari*, in *Resp. civ. prev.*, 2011, 741 ss.; Nigro, *L'ordine di negoziazione quale fonte dell'obbligo di informare il cliente nel caso di downgrading: osservazioni (parzialmente critiche) a margine di un singolare case-law*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, II, 692 ss.; Nocco, *Ordine di negoziazione di titoli "Parmalat" ed inosservanza della forma scritta*, in *Danno e resp.*, 2011, 863 ss.; Sangiovanni, *Mancata sottoscrizione e forma del contratto di intermediazione finanziaria*, in *Corr. mer.*, 2011, 39 ss.; Tuccini, *Alcune importanti puntualizzazioni in tema di limiti al dovere di informazione da parte degli intermediari finanziari*, in *Foro pad.*, 2011, I, 346 ss.; Zanardo, *La violazione degli obblighi di comportamento a carico degli intermediari nella prestazione dei servizi di investimento: una questione ancora aperta?*, in *Resp. civ.*, 2011, 25 ss. V. inoltre Corradi, *Brevi riflessioni sui profili probatori e risarcitori in tema di responsabilità da inadempimento dell'intermediario finanziario*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2010, II, 717 ss.; Gentili, *Inadempimento dell'intermediario e vizi genetici dei contratti di investimento*, in *Riv. dir. priv.*, 2009, 207 ss.; Greco, *Intermediazione finanziaria e regole d'informazione: la disomogeneità del quadro rimediabile e la "tranquillità" della tradizione*, in *Resp. civ. prev.*, 2010, 2561 ss.; Lobo, *La responsabilità degli intermediari finanziari*, Napoli, 1999; Salanitro, *Violazione delle norme di condotta nei contratti d'intermediazione finanziaria e conseguenze civilistiche: ratio decidendi e troppi obiter dicta delle sezioni unite*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, I, 445 ss.

(2) In tema di contratti derivati v. le monografie di Caputo Nassetto, *I contratti finanziari derivati*, 2^a ed., Milano, 2011; Girino, *I contratti derivati*, 2^a ed., Milano, 2010. Inoltre cfr., sotto diversi profili e per limitarsi ad alcuni dei più recenti interventi, Antoniolli, *Enti pubblici e strumenti finanziari: i nuovi confini della finanza globale*, in *Dir. econ.*, 2011, 19 ss.; D'Auria, *Strumenti finanziari derivati, competenza legislativa statale e regionale*, in *Foro it.*, 2010, I, 3276 ss.; Fantetti, *I contratti degli enti pubblici locali in strumenti finanziari derivati*, in *Resp. civ.*, 2010, 739 ss.; Girino, *Natura e funzione della disciplina dei servizi di investimento e qualificazione degli strumenti derivati nella giurisprudenza costituzionale*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2011, II, 35 ss.; Luberti, *Strumenti finanziari derivati: legittime le limitazioni all'autonomia negoziale degli enti locali*, in *Giur. it.*, 2010, 2022 ss.; Maffei, *Contratti derivati*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2011, I, 604 ss.; Piccinini, *La trasparenza nella distribuzione di strumenti finanziari derivati ed il problema dell'efficacia delle regole informative*, in *Contr. e impr.*, 2010, 499 ss.; Piras, *Contratti derivati: principali problematiche al vaglio della giurisprudenza*, in *Resp. civ. prev.*, 2008, 2219 ss.; Sangiovanni, *Conclusione di contratti derivati e responsabilità degli amministratori*, in *Società*, 2010, 26 ss.; Sangiovanni, *I contratti derivati fra normativa e giurisprudenza*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, II, 39 ss.; A. Scognamiglio, *Profili di costituzionalità dei limiti all'utilizzo degli strumenti* (segue)

Note:

(*) N.d.R.: su nomina della Banca d'Italia l'autore è membro supplente dell'organo decidente dell'Arbitro Bancario Finanziario per il collegio di Milano. Le considerazioni svolte e le opinioni espresse hanno carattere personale e non rappresentano, né possono vincolare, la posizione del collegio.

(1) In materia di responsabilità degli intermediari finanziari la dottrina è molto ampia. Fra i contributi più recenti cfr. Callegari, *Tre sentenze in tema di informazione finanziaria: con qualche annotazione a margine*, in *Giur. it.*, 2011, 873 ss.; D'Auria, *Forma ad substantiam e uso selettivo della nullità nei contratti di investimento*, in *Corr. mer.*, 2011, 699 ss.; Greco, *Il consumatore-risparmiatore e gli obblighi informativi "continuativi" tra fonte legale e convenzionale*, in *Resp. civ. prev.*, 2011, 1357 ss.; Guer-

tale giurisprudenza, si rileva che buona parte delle relative controversie concerne la nozione di operatore qualificato di cui all'art. 31 dell'ormai abrogato reg. Consob n. 11522/1998 (3). Sul punto (anche se, tecnicamente, con riferimento a un precedente regolamento Consob, peraltro molto simile al successivo reg. n. 11522/1998) è infine intervenuta la Corte di cassazione affermando che, ai fini dell'appartenenza del soggetto che stipula il contratto con l'intermediario finanziario alla categoria degli operatori qualificati, è sufficiente l'espressa dichiarazione per iscritto da parte dello stesso (società o persona giuridica) di disporre della competenza ed esperienza richieste in materia di operazioni in valori mobiliari, la quale esonera l'intermediario dall'obbligo di ulteriori verifiche, in mancanza di elementi contrari emergenti dalla dichiarazione già in suo possesso; pertanto, salve allegazioni contrarie in ordine alla discordanza fra contenuto della dichiarazione e situazione reale, tale dichiarazione può costituire argomento di prova che il giudice può porre alla base della propria decisione ex art. 116 c.p.c. anche come unica fonte di prova, restando a carico di chi detta discordanza intenda dedurre l'onere di provare circostanze specifiche dalle quali desumere la mancanza di detti requisiti e la conoscenza da parte dell'intermediario delle circostanze medesime o almeno la loro agevole conoscibilità in base a elementi obiettivi di riscontro (4).

L'autorità giudiziaria modenese, nell'ordinanza in commento, si occupa però di questioni diverse da quella della rilevanza giuridica della nozione di operatore qualificato. Il principio di diritto enunciato dal Tribunale di Modena, che si è riprodotto nella massima riportata sopra, è piuttosto complesso e - al fine di comprenderlo in tutte le sue sfaccettature - è necessario procedere per piccoli passi. Dapprima ci occuperemo di cosa sia un contratto derivato e delle sue caratteristiche, in particolare del fatto che può dar luogo a plurimi addebiti - a determinate scadenze - a carico del cliente bancario. In secondo luogo ci soffermeremo sulla natura di contratti atipici dei contratti derivati, soggetti come tali al controllo di meritevolezza previsto dall'art. 1322 c.c. La conclusione cui giunte il Tribunale di Modena è che la meritevolezza sussiste se l'alea è ragionevolmente ripartita fra le parti, non quando l'alea è integralmente a carico di una delle parti. Se così avviene, il contratto è privo di causa e, come tale, nullo. La nullità del contratto lo rende improduttivo di effetti e, già in sede cautelare, è possibile ottenere la sospensione degli addebiti a carico del cliente che altrimenti la banca sarebbe legittimata a effettuare. Sotto un ter-

zo profilo, evidenzieremo come il provvedimento in commento non consista in una sentenza, bensì in un'ordinanza pronunciata in via cautelare. In considerazione del carattere d'urgenza della pronuncia ci occuperemo dunque anche della tutela di tipo cautelare di cui gode il cliente che abbia concluso un contratto derivato. L'affermazione del Tribunale di Modena è nel senso che, constatata l'assenza di meritevolezza del contratto, il giudice può inibire alla banca futuri addebiti in conto corrente. Il Tribunale è del parere che sussista la fondatezza della pretesa del cliente e ritiene altresì sussistere il pericolo di un danno imminente e irreparabile. Per tali ragioni l'autorità giudiziaria modenese inibisce alla banca

Note:

(continua nota 2)

finanziari derivati da parte degli enti territoriali, in *Banca borsa tit. cred.*, 2011, II, 18 ss.; Tarolli, *Trasferimento del rischio di credito e trasparenza del mercato: i credit derivatives*, in *Giur. comm.*, 2008, I, 1169 ss.

(3) Fra i contributi che si occupano del recente contenzioso connesso alla conclusione di contratti derivati, con particolare riferimento alla nozione di operatore qualificato, cfr. Autelitano, *I derivati conclusi dagli "operatori qualificati": interesse del cliente e contratto unitario di cooperazione*, in questa *Rivista*, 2011, 772 ss.; F. Bruno, *Derivati OTC e incomprensibile svalutazione dell'autocertificazione del legale rappresentante della società acquirente*, in *Corr. mer.*, 2008, 1261 ss.; Claris Appiani, *Valore probatorio della "dichiarazione di operatore qualificato" e doveri informativi passivi dell'intermediario*, in *Giur. comm.*, 2011, II, 276 ss.; Fiorio, *La nozione di operatore qualificato per l'investitore persona giuridica*, in *Giur. it.*, 2008, 2241 ss.; Girino, *Sulla dichiarazione autoreferenziale di operatore qualificato e sui residuali oneri di verifica dell'intermediario*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2011, II, 509 ss.; Lillo, *I concetti di "esperienza" e "competenza" e la sottoscrizione della dichiarazione di "operatore qualificato" alla luce delle più recenti pronunce giurisprudenziali*, in *Eur. dir. priv.*, 2011, 551 ss.; Motti, *L'attestazione della qualità di operatore qualificato nelle operazioni in strumenti derivati fra banche e società non quotate*, in *Giur. it.*, 2008, 1167 ss.; Piras, *Operazioni inadeguate su derivati e dichiarazione di operatore qualificato: tutela dell'investitore ex art. 700 c.p.c.*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2011, II, 513 ss.; Salatino, *Contratti di swap. Dall'"operatore qualificato" al "cliente professionale": il tramonto delle dichiarazioni "autoreferenziali"*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2009, I, 201 ss.; Sangiovanni, *L'informazione degli intermediari sui contratti derivati e l'(in-)certezza del diritto*, in *Corr. mer.*, 2011, 814 ss.; Sangiovanni, *Dichiarazione del contraente e strumenti finanziari derivati degli enti territoriali*, in *Nuova rass.*, 2010, 1161 ss.; Sesta, *La dichiarazione di operatore qualificato ex art. 31 reg. Consob n. 11522/1998 tra obblighi dell'intermediario finanziario ed autoresponsabilità del dichiarante*, in *Corr. giur.*, 2008, 1751 ss.; Severi, *Operatore qualificato ed onere della prova*, in *Resp. civ.*, 2011, 575 ss.

(4) Cass., 26 maggio 2009, n. 12138, in questa *Rivista*, 2009, 869 ss., con nota di Autelitano; in *Banca borsa tit. cred.*, 2011, II, 265 ss., con nota di Barillà; in *Corr. giur.*, 2009, 1611 ss., con nota di Sesta; in *Danno resp.*, 2009, 1067 ss., con nota di Sangiovanni; in *Foro it.*, 2010, 121 ss., con note di Palmieri e La Rocca; in *Giur. it.*, 2009, 2711 ss., con nota di Aiello; in *Obbl. contr.*, 2011, 507 ss., con nota di Grasselli; in *Riv. trim. dir. econ.*, 2009, II, 115 ss., con nota di Brescia Morra; in *Società* 2010, 308 ss., con note di Micciché-Tatozzi e Magno-Dodaro.

ulteriori addebiti, fin quando non intervenga il giudizio di merito a decidere definitivamente sulla vicenda.

Il funzionamento dei contratti di *swap* su tassi d'interesse

Nel caso affrontato dal Tribunale di Modena è stato concluso fra le parti un contratto di *interest rate swap* (5), che appartiene al genere dei contratti derivati. La nostra legge non definisce i contratti derivati, limitandosi a elencare determinati contratti (cfr. l'art. 1 comma 2 t.u.f.) che, per le loro caratteristiche, vengono definiti come "derivati" (art. 1 comma 3 t.u.f.). Pur in assenza di una definizione legislativa, si può affermare che i contratti derivati si caratterizzano per il fatto che la prestazione cui è tenuta una delle parti "deriva" dall'andamento di certi parametri sottostanti variabili. Nel caso di un contratto su tassi d'interesse, il parametro di riferimento sono i tassi d'interesse. La più recente giurisprudenza ha definito il contratto di *swap* come un contratto nominato, ma atipico in quanto privo di disciplina legislativa, a termine, consensuale, oneroso e aleatorio, contraddistinto - per ciò che riguarda l'*interest rate swap* - dalla scambio a scadenze prefissate dei flussi di cassa prodotti dall'applicazione di diversi parametri a uno stesso capitale di riferimento (c.d. nozionale) (6).

La conclusione di uno *swap* su tassi d'interesse è generalmente preceduta da un altro rapporto intercorrente fra le parti, per effetto del quale è sorta una situazione debitoria del cliente nei confronti dell'intermediario finanziario. Tipicamente la banca ha precedentemente concesso un finanziamento a tasso variabile. I mutui a tasso variabile sono rischiosi per il debitore, in quanto se i tassi si alzano l'onere finanziario diventa più pesante e - qualora l'aumento dei tassi sia consistente - può diventare non più gestibile dal punto di vista dell'economia aziendale. Le difficoltà finanziarie emergono con una certa facilità in quanto l'aumento dei tassi va a colpire proprio un soggetto già indebitato che, oltre a dover restituire il capitale al suo valore nominale, si trova esposto alla necessità di corrispondere interessi in misura talvolta non più sopportabile.

Per far fronte al rischio dell'aumento dei tassi d'interesse, può essere concluso un contratto di *swap*. Tale contratto produce l'effetto, per così dire, di "trasformare" il tasso da variabile a fisso. Normalmente il contratto di *swap* è strutturato come segue: si prevede che se il tasso variabile supererà una determinata soglia (ad esempio il 7%), il cliente non sarà costretto a pagare il tasso nella misura maggiore, ma

potrà limitarsi a pagare il 7% (si immagini che, nel corso del 2012, il tasso raggiunga l'8%: ciò nonostante, il cliente potrà continuare a pagare il 7%). Contemporaneamente si prevede però che, se il tasso scenderà sotto un determinato livello (ad esempio il 4%), la società continuerà a pagare comunque il 4% d'interessi (si immagini che, nel corso del 2013, il tasso si abbassi al 3%: ciò nonostante, il cliente sarà costretto a continuare a pagare il 4%). Lo *swap* sui tassi d'interessi può pertanto rivelarsi favorevole all'intermediario finanziario oppure all'altra parte a seconda dell'andamento dei tassi. Se i tassi si alzano, il contratto è favorevole per il cliente, che ha la garanzia di non pagare eccessivi oneri finanziari. Viceversa, quando i tassi si abbassano, il contratto è favorevole per l'intermediario finanziario, che continua a incassare un interesse maggiore di quello minimo di mercato. In definitiva gli *swap* su tassi d'interesse sono delle scommesse sul futuro andamento dei tassi.

Nella prassi si assiste con una certa frequenza a molteplici ristrutturazioni del rapporto debitorio, nel senso che un primo contratto di *swap* viene sostituito da un secondo contratto di *swap* e così via. L'iniziativa è generalmente presa dall'impresa una volta constatato che il primo contratto non produce gli effetti desiderati: ciò è normalmente dovuto a un abbassamento dei tassi d'interesse che rende lo *swap* non più conveniente per la società. La proposta dell'impresa viene frequentemente accettata dalla banca, anche perché nel nuovo contratto di *swap* vengono incorporate le perdite già subite dalla società: si estingue pertanto un contratto (per aprirne uno

Note:

(5) In materia di contratti di *swap* cfr. AA.VV., *Derivati e swaps. Responsabilità civile e penale*, a cura di Sirotti Gaudenzi, Santarcangelo di Romagna, 2009; Capaldo, *Profili civilistici del rischio finanziario e contratto di swap*, Milano, 1999. V. inoltre Bencini, *Interest rate swap e periculum in mora*, in *Foro tosc.*, 2010, 23 ss.; Caputo Nassetto, *Contratto swap con ente pubblico territoriale con pagamento upfront*, in *Giur. comm.*, 2011, II, 196 ss.; Consolo-Stella, *L'avventuroso spirito del celebre Morgan non affonda ai Caraibi ... è vivo, e imperversa nell'Europa continentale con la vendita dei credit default swap (cds) agli enti pubblici locali*, in *Corr. giur.*, 2011, 1066 ss.; Gilotta, *In tema di interest rate swap*, in *Giur. comm.*, 2007, II, 134 ss.; Orefice, *Orientamenti giurisprudenziali in tema di swap*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, II, 629 ss.; Salatino, *La diffusione dei contratti di swap nella prassi commerciale italiana: un nuovo scandalo finanziario*, *ivi*, 2010, II, 116 ss.; Racugno, *Lo swap*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2010, I, 39 ss.; Sangiovanni, *I contratti di swap*, in questa *Rivista*, 2009, 1133 ss.; Sirotti Gaudenzi, *Il contratto di swap: aspetti civilistici e responsabilità degli intermediari*, in *Foro pad.*, 2009, II, 51 ss.; Vesentini, *Il giudice si pronuncia sui derivati utilizzati dagli Enti Locali: l'up front nei contratti di interest rate swap*, in *Resp. civ.*, 2010, 825 ss.

(6) Trib. Bari, 15 luglio 2010, in questa *Rivista*, 2011, 244 ss., con note di Orefice e Pisapia.

nuovo), ma non si estinguono affatto le passività che tale rapporto contrattuale aveva determinato.

La funzione di copertura e la natura aleatoria dei contratti di *swap*

Le considerazioni precedentemente svolte consentono di concentrarci su due delle caratteristiche fondamentali dei contratti di *swap*: essi svolgono una funzione di copertura, ma contemporaneamente rivestono carattere di aleatorietà.

Sotto un primo profilo i contratti derivati svolgono una funzione di copertura: esiste un rischio e, rispetto a tale rischio, una delle parti intende tutelarsi. Bisogna peraltro evidenziare che non sempre i contratti derivati vengono utilizzati per coprire un rischio, potendo essere conclusi a fini speculativi. Si realizza questa fattispecie quando il soggetto che conclude il contratto derivato non si trova in una preesistente situazione d'indebitamento a tasso variabile (da cui deriva il rischio), ma acquista lo strumento finanziario al fine (auspicato) di speculare sul possibile andamento vantaggioso degli indici sottostanti. Se il contratto finanziario ha finalità meramente speculativa, una parte della giurisprudenza lo considera non meritevole di tutela. In questa direzione giova menzionare un recente intervento del Tribunale di Bari, il quale ha deciso che va inibito alla banca, in sede di tutela cautelare e urgente, l'addebito sui conti intrattenuti dal cliente delle somme risultanti dai saldi negativi delle rinegoziazioni delle operazioni di *interest rate swap*, ove appaia che i contratti possano essere nulli per mancanza della causa in concreto, stante la loro inidoneità a realizzare la funzione di copertura del rischio caratterizzante il modello contrattuale adottato (7).

Sotto un secondo profilo bisogna però rilevare che la copertura del rischio offerta dei contratti derivati non è assoluta, in quanto tali contratti sono anche aleatori: siccome le prestazioni cui sono tenute le parti non possono essere predeterminate con certezza (ma dipendono dalla variazione dei parametri sottostanti), può capitare che il soggetto che intendeva coprirsi contro un determinato rischio non riesca a conseguire tale finalità, anzi possa addirittura subire un esborso maggiore di quello che avrebbe avuto senza conclusione del contratto derivato.

Il nostro codice civile dedica poco spazio ai contratti aleatori. La tematica dei contratti aleatori viene trattata essenzialmente nel contesto della risoluzione del contratto per eccessiva onerosità. Tale risoluzione non può essere domandata se la sopravvenuta onerosità rientra nell'alea normale del contratto (art. 1467 comma 2 c.c.). Una delle poche altre di-

sposizioni che si occupa di contratti aleatori nel nostro ordinamento è l'art. 1469 c.c., che distingue fra contratti aleatori per loro natura e contratti aleatori per volontà delle parti. Il tipico contratto aleatorio è la rendita vitalizia (art. 1872 ss. c.c.) in cui la prestazione di una delle parti non è determinata nella sua durata e, dunque, nel suo ammontare, dipendendo dalla durata della vita della controparte. L'art. 1469 c.c. esclude l'applicazione ai contratti aleatori delle norme sulla risoluzione del contratto per eccessiva onerosità. Il senso di questa previsione normativa è che l'alea viene accettata dal contraente, il quale non può far valere rimedi direttamente finalizzati a fronteggiare il rischio che assume (8).

Infine si noti che i contratti di *swap* sono dei contratti di durata (9), che può variare da caso a caso a seconda degli accordi intercorsi fra le parti. L'esecuzione del contratto non è insomma immediata, ma è differita a uno o più momenti futuri. Secondo un primo modello di strutturazione di tali contratti, l'addebito a carico dell'una o dell'altra parte va effettuato una volta sola alla scadenza del contratto: il contraente che in tale data si trova a debito nei confronti dell'altro corrisponde il dovuto. Tuttavia, in alternativa (e più frequentemente nella prassi), i contraenti concordano più date, allo scadere delle quali quello fra essi che sarà stato beneficiario dal positivo andamento dei tassi addebiterà quanto dovuto alla controparte. Proprio il fatto che l'esecuzione del contratto è differita nel tempo consente al clien-

Note:

(7) Trib. Bari, 15 luglio 2010, cit.

(8) Cass., 5 gennaio 1983, n. 1, in *www.leggiditalia professionale.it*, ha deciso che l'alea normale di un contratto che a norma dell'art. 1467 comma 2 c.c. non legittima la risoluzione per sopravvenuta onerosità comprende anche le oscillazioni di valore delle prestazioni che possono ritenersi originate dalle regolari e normali fluttuazioni del mercato, senza che tale alea possa confondersi con quell'elemento intrinseco che definisce e individua i cosiddetti contratti aleatori. Infatti in questi ultimi l'alea si pone come momento originario ed essenziale che colora e qualifica lo schema causale del contratto, mentre l'alea normale, che si può dire esista sempre nel momento in cui si perfeziona un contratto, non potendosi mai escludere che vicende economiche sopravvenute possano alterare quella situazione di equilibrio che le parti avevano ritenuto concordemente di porre in essere, rimane un momento del tutto intrinseco al meccanismo e al contenuto del contratto.

(9) In materia di contratti di durata cfr. Carnevali, *Contratti di durata e impossibilità temporanea di esecuzione*, in questa *Rivista*, 2000, 115 ss.; Garcea, *Importanza dell'inadempimento e contratti di durata*, in *Riv. arb.*, 2000, 539 ss.; Macario, *Determinazione giudiziale del corrispettivo nei contratti di durata e tutela cautelare atipica*, in *Foro it.*, 1996, I, 710 ss.; Patti, *Risoluzione per inadempimento, contratti di durata e contratto di appalto d'opera*, in *Riv. dir. comm.*, 2002, I, 521 ss.; Porzio, *I contratti di durata nel testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1998, I, 294 ss.

te, al ricorrere dei presupposti di legge, di attivare il rimedio previsto dall'art. 700 c.p.c., al fine di sospendere ulteriori addebiti. Anche nel caso affrontato dal Tribunale di Modena nell'ordinanza in commento il cliente della banca si rivolge all'autorità giudiziaria per chiedere che questa inibisca l'imminente addebito.

I contratti atipici e l'alea unilaterale

Al centro dell'ordinanza del Tribunale di Modena si colloca la problematica dell'alea nei contratti atipici (10). Abbiamo visto sopra come il contratto di *interest rate swap* si debba senz'altro considerare come atipico. Ai contratti atipici si applica quanto prescrive l'art. 1322 comma 2 c.c.: essi devono essere diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico. Bisogna pertanto, in primo luogo, identificare quali siano gli interessi che un contratto di *interest rate swap* mira a realizzare e, in secondo luogo, se tali interessi siano meritevoli di tutela.

Con riferimento agli interessi tutelati da un contratto di *swap* sui tassi d'interesse, si è visto come tali contratti svolgano una funzione di riduzione dei rischi, che però non può prescindere da una certa aleatorietà. Il contratto consente all'impresa di essere certa di non pagare oltre una certa percentuale di tasso d'interesse, che però - contemporaneamente - non potrà mai scendere sotto un'altra percentuale. Sarà poi l'andamento dei mercati a decidere se la "scommessa" effettuata dall'impresa sul futuro andamento dei tassi è stata o meno vantaggiosa. Si può pertanto affermare che la funzione svolta del contratto di *swap* sui tassi d'interesse, vista dall'ottica dell'impresa, è essenzialmente quella di ridurre gli esborsi finanziari dovuti per effetto di un precedente indebitamento a tasso variabile. Visto invece dal punto di vista della banca, la conclusione di un contratto di *swap* altro non è che esercizio della prestazione di un servizio d'investimento. L'istituto di credito mira a trarre un primo lucro dalle commissioni che eventualmente percepisce per la conclusione del contratto e un secondo lucro, maggiore o minore, sulla base dell'andamento dei tassi d'interesse che si verificheranno in futuro.

Secondo la definizione datane dalla Corte di cassazione, per aversi contratto aleatorio è necessario che l'alea intesa quale situazione rischiosa cui i contraenti si espongono investa e caratterizzi il negozio nella sua interezza e nella sua formazione, sicché per la natura del negozio o per le specifiche pattuizioni stabilite dai contraenti divenga radicalmente incerto il vantaggio economico in relazione al quale le parti si espongono (11).

Il contratto di *swap* su tassi d'interesse può peraltro essere strutturato in modo tale per cui la banca non subisce alcuna perdita, mentre l'unico contraente a essere esposto ai rischi del mercato è l'impresa. In condizioni del genere l'alea del contratto è alterata in quanto incombe non più su ambedue i contraenti, ma su uno solo di essi. L'unilateralità dell'alea può in particolare derivare dall'effetto congiunto di due rapporti contrattuali. In base a un primo contratto (di norma di mutuo), la banca presta del danaro al cliente, danaro che verrà restituito nel corso del tempo con l'aggiunta dell'onere degli interessi. Il lucro dell'istituto di credito consiste in questo caso negli interessi. Si tratta di un beneficio economico certo (salvo il caso d'insolvenza del cliente) per la banca, che può essere fisso nel suo ammontare (nel caso di tasso fisso) oppure variabile (nel caso di tasso variabile). Alcune volte gli istituti di credito propongono, già in sede di conclusione del contratto di mutuo oppure in un momento successivo, la conclusione di un contratto di *swap* su tassi d'interesse. Mentre la banca è certa di guadagnare gli interessi nella misura pattuita sulla base del contratto di mutuo, i rischi delle oscillazioni dei tassi d'interesse sulla base del contratto di *swap* vengono fatti ricadere sul cliente.

Sotto questo profilo, della rilevanza del collegamento negoziale, l'alea unilaterale è stata oggetto di alcuni interventi giurisprudenziali. Va anzitutto segnalata una decisione del Tribunale di Brindisi (12). Secondo questa autorità giudiziaria il contratto aleatorio unilaterale, nel quale l'alea è tutta concentrata nella sfera giuridica del risparmiatore, non è meritevole di tutela secondo l'ordinamento giuridico, in quanto l'ordinamento non può ammettere

Note:

(10) In tema di alea contrattuale cfr. Capaldo, *Dai contratti aleatori all'alea: attualità di una categoria*, in *Obbl. contr.*, 2006, 296 ss.; Pierazzi, *L'alea nei contratti*, in *Contr. impr.*, 2011, 251 ss.; Senigaglia, *Il vizio di alea nel contratto costitutivo di rendita vitalizia*, in *Giur. it.*, 1999, 1847 ss.; Vicari, *L'alea ed i contratti (inter-ni ed internazionali) di subappalto: dalla clausola "if-and-when" al trust*, in *Trusts*, 2002, 392 ss. Zaccaria, *L'alea nel contratto di rendita vitalizia*, in *Studium Iuris*, 2009, 775 ss.

(11) Cass., 30 agosto 2004, n. 17399, in *www.leggiditalia professionale.it*. Il medesimo principio era stato già prima affermato da Cass., 7 giugno 1991, n. 6452, *ibidem*, secondo cui per aversi contratto aleatorio è necessario che l'alea, intesa quale rischio a cui i contraenti si espongono, investa e caratterizzi il negozio nella sua interezza e fin dalla formazione, sicché - per la natura stessa del negozio o per le specifiche pattuizioni stabilite dai contraenti - divenga radicalmente incerto il vantaggio economico in relazione al quale le parti si espongono.

(12) Trib. Brindisi, 8 luglio 2008, n. 489, in *Banca borsa tit. cred.*, 2010, II, 353 ss., con nota di Sabatelli; in *Giur. mer.*, 2008, 3113 ss., con nota di Sangiovanni.

la validità di contratti atipici che - lungi dal prevedere semplici modalità di differenziazione dei diversi profili di rischio - trasferisca piuttosto in capo a una sola parte tutta l'alea derivante dal contratto, attribuendo invece alla controparte profili certi quanto alla redditività futura del proprio investimento. Nel caso deciso dall'autorità giudiziaria brindisina il contratto oggetto del giudizio costituiva la risultante di una serie di operazioni economiche fra loro funzionalmente collegate. Precisamente, il negozio si articolava nella concessione, da parte della banca proponente l'investimento, di un finanziamento destinato esclusivamente all'acquisto di particolari strumenti finanziari. Quale contropartita della concessione del finanziamento il cliente, per tutta la durata del rapporto negoziale, era tenuto al pagamento di una rata costante che comprendeva un tasso d'interesse del 6,20% annuo. Per la particolare struttura del contratto, la banca faceva acquistare dall'investitore prodotti finanziari riconducibili alla banca medesima, lucrando un tasso d'interesse certo e definito. A fronte di un guadagno certo dell'istituto di credito, alla controparte erano invece attribuiti margini di redditività del tutto aleatori.

In modo simile aveva precedentemente deciso il Tribunale di Salerno, affermando che, nel caso in cui la banca e il cliente stipulino un contratto costituito dalla concessione di un finanziamento vincolato esclusivamente all'acquisto di particolari strumenti finanziari proposti dalla stessa banca, la causa del negozio - caratterizzato da operazioni finanziarie fra loro funzionalmente collegate - deve essere ricercata nel collegamento negoziale fra il finanziamento e la vendita dei prodotti finanziari, così che nell'ipotesi in cui venga proposto un vantaggio certo a favore dell'intermediario e un'alea rilevante a carico del risparmiatore è possibile evocare la nozione di "contratto aleatorio unilaterale" non meritevole di tutela da parte dell'ordinamento (13).

In caso di alea unilaterale, l'interesse perseguito dalla banca in sé legittimo (= conseguimento di un beneficio economico) cessa di essere meritevole di tutela. Tale interesse difatti sovrasta a tal punto l'interesse della controparte da eliminarlo *in toto*. In altre parole non esiste più una "scommessa" sul futuro andamento dei tassi d'interesse, ma un contratto strutturato in modo tale da garantire comunque un beneficio alla banca a scapito della controparte.

La legge prevede che tutti i contratti, ancorché non appartengano ai tipi che hanno una disciplina particolare, sono sottoposti alle norme sui contratti in

generale (art. 1323 c.c.). Fra tali norme rientrano anche le disposizioni sui rimedi contrattuali, comprese quelle sulla nullità del contratto. In presenza di alea unilaterale, la causa del contratto è illecita (art. 1343 c.c.) (14). L'illiceità della causa determina nullità del contratto (art. 1418 comma 2 c.c.). Il contratto nullo è improduttivo di effetti. Per questa ragione il Tribunale di Modena vieta alla banca di effettuare ulteriori addebiti in conto corrente a carico della società sulla base del contratto da reputarsi nullo per illiceità della causa.

I presupposti per la concessione del provvedimento cautelare

Il giudice adito può concedere un provvedimento cautelare favorevole al ricorrere dei presupposti fissati dall'art. 700 c.p.c.: apparente fondatezza della pretesa fatta valere e pericolo di un pregiudizio imminente e irreparabile.

Con riferimento all'apparente fondatezza della pretesa (*fumus boni iuris*), il Tribunale di Modena attribuisce rilevanza alla strutturazione del contratto di *interest rate swap* (unitamente al contratto di mutuo) che carica l'alea del contratto su una sola delle parti, rendendo così illecita la causa del contratto.

Con riguardo al *periculum in mora* (minaccia di un "pregiudizio imminente e irreparabile", recita l'art. 700 c.p.c.), giova distinguere fra i tre elementi costitutivi della fattispecie: il pregiudizio, l'imminenza del medesimo e la sua irreparabilità.

Per quanto concerne il "pregiudizio", eventuali ulteriori addebiti operati dall'intermediario finanziario sulla base del contratto potrebbero cagionare un danno significativo al cliente. Vi sarebbe una segnalazione del cliente alla Centrale Rischio, la quale al-

Note:

(13) Trib. Salerno, 12 aprile 2007, in *Giur. it.*, 2008, 134 ss., con nota di Liace.

(14) Secondo Cass., 18 febbraio 1983, n. 1224, in *www.leggiditaliaprofessionale.it*, la causa del contratto si identifica con la funzione economico-sociale che il negozio obiettivamente persegue e il diritto riconosce rilevante ai fini della tutela apprestata. In materia di causa del contratto cfr., fra i molti, Breccia, *Causa e "consideration"*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2007, 575 ss.; Faltoni, *L'assenza della tendenziale equivalenza tra le prestazioni come mancanza della causa contrattuale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, I, 793 ss.; Rossetti, *Delimitazione del rischio assicurato e causa contrattuale*, in *Giust. civ.*, 2011, I, 200 ss.; C. Scognamiglio, *Il contratto di rete: il problema della causa*, in questa *Rivista*, 2009, 961 ss.; Sicchiero, *Mancanza di causa, nullità e qualificazione del contratto*, in *Giur. it.*, 2011, 2044 ss. Più specificamente sull'illiceità della causa v. Maiolo, *Il controllo sulla causa tra assenza e illiceità*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, I, 3 ss.; Pirruccio, *La nullità del contratto tra causa illecita e motivo illecito comune*, in *Giur. mer.*, 2005, 201 ss.

larma l'intero sistema bancario (15). In conseguenza della segnalazione presso la Centrale Rischii, alla società verrebbe chiesto di rientrare immediatamente dalla propria esposizione debitoria e incontrerebbe grandi ostacoli alla concessione di ulteriore credito. Il pericolo del verificarsi di questi eventi dannosi viene reputato sufficiente dal Tribunale di Modena per inibire all'intermediario finanziario ulteriori addebiti.

Quale presupposto per la concessione di un provvedimento di tutela cautelare, la legge prevede non solo il timore di un pregiudizio, ma che tale danno debba essere "imminente" e "irreparabile". Con riguardo a questi due profili l'ordinanza del Tribunale di Modena avrebbe forse potuto essere meglio motivata. La "imminenza" del danno è legata alla struttura del contratto di *swap*, che prevedeva un imminente addebito, incompatibile con i tempi tecnici necessari per l'esperimento di un ordinario giudizio civile. La "irreparabilità" del danno è collegata alle condizioni finanziarie del cliente, già fortemente indebitato. Laddove l'intermediario finanziario operasse addebiti, il conto risulterebbe non coperto e ciò determinerebbe una serie di conseguenze decisamente negative. In particolare scatterebbe - come accennato - la segnalazione alla Centrale Rischii. Una volta compiuta tale segnalazione, il cliente avrebbe grandi difficoltà a ottenere ulteriori finan-

ziamenti, potendo - nell'ipotesi peggiore - giungere all'insolvenza. Si tratta di possibili effetti, come richiede letteralmente la legge, "irreparabili". Anche laddove la società risultasse vincitrice nel giudizio di merito, il complesso delle conseguenze negative degli addebiti non potrebbe essere più rimosso (16).

Note:

(15) Sulle segnalazioni alla Centrale Rischii v., fra i più recenti contributi, Floris, *Sulla nozione di "sofferenza" ai fini della segnalazione alla Centrale dei rischi della Banca d'Italia*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2010, II, 654 ss.; Grasselli, *Errata segnalazione in "Centrale rischi" e risarcimento dei danni*, in *Obbl. contr.*, 2011, 743 ss.; Menicucci, *Il danno da illegittima segnalazione alla Centrale dei rischi della Banca d'Italia: presupposti della segnalazione, risarcimento del danno e strumenti di tutela del soggetto illecitamente segnalato*, in *Dir. fall.*, 2010, II, 582 ss.; Pacileo, *"Sofferenze bancarie": presupposti di legittimità della segnalazione alla Centrale dei Rischii della Banca d'Italia*, in *Giur. comm.*, 2010, II, 674 ss.; Trovato, *Illegittima segnalazione alla Centrale Rischii e prova del danno alla reputazione economica*, in *Danno resp.*, 2011, 288 ss.

(16) Fra i precedenti in materia di tutela cautelare in relazione a contratti di *swap* si può segnalare Trib. Udine, 13 aprile 2010, in *Banca borsa tit. cred.*, 2011, II, 504 ss., con note di Girino e Piras, secondo cui in materia di contratti derivati è ammissibile la sospensione, a mezzo dello strumento cautelare di cui all'art. 700 c.p.c., delle operazioni attuative del contratto derivato, cioè degli addebiti operabili in base a esso. L'autorità giudiziaria udinese evidenzia come l'addebito in conto corrente possa determinare un pregiudizio irreparabile laddove vengano superate le disponibilità di conto, facendo scattare la segnalazione alla Centrale Rischii.

LIBRI

COLLANA: **Commentari**

Codice commentato delle società

Società di persone, Società di capitali, Cooperative, Consorzi e Reati societari

A cura di: *Bonfante G., Corapi D., De Angelis L., Napoleoni V., Rodorf R., Salafia V.*

La terza edizione del Codice commentato delle società si caratterizza per avere esteso la trattazione alle società di persone, fornendo il commento, articolo per articolo, di tutta la disciplina societaria contenuta nei Titoli V, VI, X e XI del Libro V del Codice civile, relativa a **società di capitali, società di persone, cooperative e consorzi, reati societari**.

Il commento è aggiornato con la giurisprudenza più recente e le ultime modifiche normative: **D.Lgs. 27 gennaio 2010, n. 27**, in materia di "esercizio di alcuni diritti degli azionisti di società quotate", il **D.Lgs. 27 gennaio 2010, n. 39**, in tema di "revisione legale" e il **D.Lgs. 29 novembre 2010, n. 224**, in materia di "costituzione delle società per azioni nonché

salvaguardia e modificazioni del loro capitale sociale". Ricchi ed aggiornati riferimenti bibliografici corredano ciascun commento.

L'Opera è integrata da un'ampia **appendice normativa** e dagli **Indici analitico-alfabetico**, per **Autori**, per **articoli** e delle **abbreviazioni**.

Ipsoa 2011, pagg. 3265, € 200,00

Per informazioni e acquisti

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



Appalto

Adempimento inesatto del contratto di appalto: norme generali e speciali

CASSAZIONE CIVILE, Sez. II, 24 giugno 2011, n. 13983 - Pres. Mazziotti di Celso - Est. Matera - P.m. Fedeli - C. G. c. A. A.

Nel caso in cui l'appaltatore sia inadempiente all'obbligo di completare l'esecuzione dell'opera, la responsabilità è disciplinata dalle norme generali in materia di inadempimento e risoluzione del contratto, mentre la speciale garanzia prevista in materia di appalto dagli artt. 1667 e 1668 c. c. trova applicazione nella diversa ipotesi in cui l'opera sia stata portata a termine, ma presenti vizi, difformità o difetti.

ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI

Conforme	Cass. 5 febbraio 2006, n. 3302; Cass. 6 aprile 2006, n. 8103, Cass. 9 agosto 1996, n. 7364
Difforme	Non sono stati rinvenuti precedenti in termini.

Svolgimento del processo

Con atto di citazione notificato il 16 gennaio 1986, C.G. conveniva in giudizio dinanzi al Tribunale di Palermo A. A., per sentirla condannare al pagamento della somma di L. 12.962.261, oltre rivalutazione ed interessi, a saldo del corrispettivo dei lavori dati in appalto all'attore per la costruzione di un fabbricato in contrada (*Omissis*).

Nel costituirsi, l'A. contestava la fondatezza della domanda, deducendo di non aver accettato l'opera, in quanto il fabbricato, la cui realizzazione era stata commissionata al C. ed a tale G.A., presentava gravissimi difetti nelle strutture in cemento armato. La convenuta chiedeva altresì, in via riconvenzionale, previa autorizzazione a chiamare in causa il G., la risoluzione del contratto e la condanna degli appaltatori al risarcimento dei danni.

Il G., intervenuto in causa, aderiva alla domanda dell'attore, chiedendo la condanna della resistente al pagamento della somma di L. 12.962.261, oltre accessori.

Con sentenza depositata il 26 marzo 1993 il Tribunale adito condannava la convenuta a pagare al C. ed al G. la somma di L. 9.758.437, oltre interessi legali, quale residuo importo delle opere realizzate. Il giudice di primo grado, al contrario, rigettava la domanda riconvenzionale proposta dalla convenuta, rilevando che non vi era alcuna prova che le strutture realizzate non fossero conformi alle prescrizioni contrattuali e che non erano stati riscontrati, da parte del C.T.U., vizi di gravità tale da rendere l'edificio del tutto inadatto alla sua destinazione. Tale sentenza veniva impugnata dalla A. Il C. si costituiva

chiedendo il rigetto dell'appello, mentre il G. rimaneva contumace.

Con sentenza depositata il 25 agosto 2004 la Corte di Appello di Palermo, in accoglimento dell'appello, rigettava la domanda di adempimento contrattuale proposta dal C. nei confronti dell'A.; dichiarava risolto il contratto di appalto stipulato tra le parti con scrittura privata del 20 maggio 1984; condannava il C. e il G., in solido tra loro, a pagare all'appellante, a titolo risarcitorio, la somma di Euro 14.880,09, oltre interessi legali dalla domanda al saldo sulla somma originaria di L. 14.500.190 annualmente rivalutata a partire dal 24 giugno 1996.

Per la cassazione di tale sentenza ha proposto ricorso il C., sulla base di due motivi.

L'A. ha resistito con controricorso.

Il G. non ha svolto alcuna attività difensiva.

Motivi della decisione

Con il primo motivo il ricorrente lamenta la violazione e falsa applicazione degli artt. 1453, 1455, 1662 e 1668 c.c., nonché l'insufficienza e contraddittorietà della motivazione.

Deduce che la Corte di Appello, pur avendo correttamente premesso che, poiché le opere appaltate non erano state completate, risultavano inapplicabili gli artt. 1667 e 1668 c.c. richiamati dal giudice di primo grado, in modo contraddittorio e in palese violazione di tale principio ha poi ritenuto di accogliere, ai sensi dell'art. 1668 c.c., la domanda di risoluzione del contratto proposta dall'A..

Rileva che non può ritenersi che il giudice di appello sia incorso in un mero errore materiale nel richiamare la suddetta norma, in quanto la risoluzione del contratto non avrebbe potuto essere pronunciata nemmeno ai sensi della norma generale di cui all'art. 1453 c.c., non ricorrendone i presupposti di legge, data la scarsa importanza dell'inadempimento. Fa altresì presente che l'operatività del citato art. 1453 c.c., in materia di appalto, è condizionata alla circostanza che risulti irrimediabilmente compromessa la situazione verificatasi a seguito dell'inadempimento dell'appaltatore, dovendo in caso contrario il committente esercitare la facoltà di cui all'art. 1662 c.c., comma 2, mettendo in mora l'appaltatore con l'assegnazione di un termine per porre rimedio all'inesatto adempimento.

Con il secondo motivo il C. si duole della violazione e falsa applicazione degli artt. 1218, 1223 e 1224 c.c., nonché dell'erronea e insufficiente motivazione, del travisamento dei fatti e dell'errore materiale in ordine alla determinazione del danno.

Sostiene che, poiché le opere realizzate dal ricorrente avevano un valore (L. 31.258.371) quasi doppio rispetto al corrispettivo versato dalla committente, il risarcimento del danno da questa subito non avrebbe potuto superare il costo (L. 18.165.000) dalla stessa sostenuto. Deduce, inoltre, che la statuizione sugli interessi da calcolarsi sulla somma originaria annualmente rivalutata si pone in contrasto con l'art. 1224 c.c. e non è supportata da congrua motivazione.

Il primo motivo è fondato.

Secondo il costante orientamento di questa Corte, in tema di appalto la speciale garanzia prevista dagli artt. 1667 e 1668 c.c. trova applicazione solo nella ipotesi in cui l'opera sia stata completata, ma presenti vizi, difformità o difetti; laddove, nel caso in cui l'appaltatore non abbia portato a termine l'esecuzione dell'opera commissionata, restando inadempiente all'obbligazione assunta con il contratto, la disciplina applicabile nei suoi confronti è quella generale in materia di inadempimento contrattuale, dettata dagli artt. 1453 e 1455 cod. civ. (Cass. 5 febbraio 2006, n. 3302; Cass. 6 aprile 2006, n. 8103; Cass. 9 agosto 1996, n. 7364). Ne discende che, nel caso di omesso completamento dell'opera, anche se questa, per la parte eseguita, risulti difettosa o difforme, non è consentito, al fine di accertare la responsabilità dell'appaltatore per inesatto adempimento, fare ricorso alla disciplina della garanzia prevista dagli artt. 1667 e 1668 c.c., che richiede necessariamente il totale compimento dell'opera (Cass. Civ., Sez. II, 16 ottobre 1998, n. 10255; Cass. 15 dicembre 1990, n. 11950).

Nel caso di specie, la Corte di Appello non ha fatto buon governo degli enunciati principi, in quanto, pur avendo accertato, con apprezzamento in fatto che non ha costituito oggetto di censura sotto il profilo dell'insufficiente o contraddittoria motivazione, che i lavori appaltati non erano stati portati a compimento, ha dichiarato risolto il contratto in questione ai sensi dell'art. 1668 c.c., comma 2, in ragione della ritenuta inidoneità assoluta dell'opera ad assolvere alla sua funzione abitativa. È evidente, infat-

ti, che, una volta escluso che i lavori commissionati fossero stati ultimati, non vi era spazio per l'applicazione del citato art. 1668 c.c., comma 2, dettato in tema di garanzia per i vizi o difformità dell'opera. Al contrario, la responsabilità dell'appaltatore avrebbe dovuto essere valutata alla stregua della disciplina generale prevista in tema di inadempimento contrattuale; con la conseguenza che, al fine dell'accoglimento della domanda di risoluzione del contratto avanzata dall'A., si sarebbe reso necessario accertare, ai sensi degli artt. 1453 e 1455 c.c., che l'inadempimento dell'appaltatore non fosse di "scarsa importanza".

Le argomentazioni svolte dal giudice di appello per pervenire alla pronuncia di risoluzione ex art. 1668 c.c., comma 2, inoltre, si pongono in contraddizione con la parte iniziale della motivazione, nella quale la Corte territoriale, nel dare atto che con il primo motivo di appello l'A. aveva dedotto l'inapplicabilità degli artt. 1667 e 1668 c.c., stante il mancato completamento delle opere appaltate, e nel ritenere fondata tale censura, aveva chiaramente mostrato di aderire alla tesi giuridica prospettata dall'appellante.

La decisione gravata, pertanto, oltre ad essere incorsa in una palese violazione di legge, risulta altresì viziata sotto il profilo motivazionale.

Per le ragioni esposte, in relazione al motivo in esame, s'impone la cassazione della sentenza impugnata, con rinvio ad altra Sezione della Corte di Appello di Palermo. Il giudice del rinvio, uniformandosi ai principi di diritto innanzi enunciati, dovrà valutare se l'inadempimento degli appaltatori in concreto accertato presenti o meno il requisito di non scarsa importanza, tale da giustificare, ai sensi degli artt. 1453 e 1455 c.c., la richiesta di risoluzione del contratto di appalto, avanzata in via riconvenzionale dalla convenuta. Lo stesso giudice provvederà anche in ordine alle spese del giudizio di Cassazione.

Il secondo motivo di ricorso resta assorbito.

IL COMMENTO

di Amarillide Genovese

Il regime della responsabilità dell'appaltatore è disciplinato dalle norme del tipo contrattuale, con tratti non trascurabili di specialità rispetto a quanto prevede la disciplina generale del contratto e delle obbligazioni; la sentenza offre l'occasione per riflettere sull'area applicativa riservata alle norme generali in tema di inadempimento del contratto d'appalto, con specifico riguardo all'ipotesi in cui l'opera commissionata non sia stata completata.

La vicenda processuale

La sentenza in esame ripropone la questione delle norme applicabili in materia di adempimento inesatto del contratto di appalto, con specifico riguardo all'ipotesi in cui l'opera commissionata non sia stata completata. Nel caso di specie il committente convenuto per il pagamento del prezzo dei lavori per la costruzione di un fabbricato contestava la fondatezza della domanda dell'appaltatore e in via riconvenzionale chiedeva la risoluzione del contratto e il risarcimento dei danni allegando gravissimi difetti nelle strutture in cemento armato dell'edificio che comunque non era stato integralmente realizzato.

Il giudice di prime cure non accoglieva la domanda riconvenzionale proposta dalla convenuta, rilevando che non vi era alcuna prova che le strutture realizzate non fossero conformi alle prescrizioni contrattuali e che la consulenza tecnica d'ufficio non aveva riscontrato vizi di gravità tale da rendere il fabbricato del tutto inadatto alla sua destinazione e la condannava al pagamento delle somme residue spettanti per i lavori di costruzione dell'edificio. La decisione era riformata dalla corte territoriale che rigettava la domanda di adempimento del pagamento del prezzo residuo dell'appalto e dichiarava risolto il contratto stipulato tra le parti ai sensi dell'art. 1668 c.c.

Nel giudizio di legittimità il ricorrente deduce violazione e falsa applicazione degli artt. 1453, 1455, 1662 e 1668 c.c., nonché l'insufficienza e contraddittorietà della motivazione. In particolare l'appaltatore lamenta che la Corte di appello, pur avendo correttamente premesso che, poiché le opere appaltate non erano state completate, risultavano inapplicabili gli artt. 1667 e 1668 c.c., in modo contraddittorio e in palese violazione di tale principio ha poi ritenuto di accogliere *ex art.* 1668 comma 2 c.c. la domanda di risoluzione del contratto proposta dal committente in ragione della ritenuta inidoneità assoluta dell'opera ad assolvere alla sua funzione abitativa. La decisione gravata risulterebbe quindi viziata sotto il profilo della motivazione.

La Suprema Corte accoglie le ragioni del ricorrente e conferma che nel caso in cui l'appaltatore non abbia portato a termine l'esecuzione dell'opera commissionata, la disciplina applicabile nei suoi confronti è quella generale in materia di inadempimento contrattuale dettata dagli artt. 1453 e 1455 c.c., mentre la speciale garanzia prevista dagli artt. 1667 e 1668 c.c. trova applicazione nella diversa ipotesi in cui l'opera presenti vizi, difformità o difetti.

Nel caso di omesso completamento dell'opera, anche se questa per la parte eseguita risulti difettosa o difforme dalle previsioni contrattuali, non è consentito, al fine di accertare la responsabilità dell'appaltatore per inesatto adempimento, accedere alla disciplina speciale delle garanzie nell'appalto che presuppone necessariamente il totale compimento dell'opera. Nella specie, le deduzioni del committente relative ai gravi vizi costruttivi della parte eseguita risultano irrilevanti a fronte della accertata e non contestata circostanza del mancato completamento dei lavori.

Prime osservazioni

Il regime di responsabilità dell'appaltatore è regolato da precetti peculiari rispetto a quelli propri della generale disciplina dell'inadempimento. Il legislatore ha infatti dettato norme specifiche per l'inadempimento del contratto d'appalto (artt. 1667, 1668 e 1669 c.c.).

La decisione in esame consente di svolgere alcune riflessioni sulla applicazione delle norme generali in tema di inadempimento contrattuale al contratto d'appalto d'opera (1).

Nota:

(1) In una prospettiva sistematica più generale il tema riguarda il rapporto tra la parte del codice civile che regola il contratto in generale e quella che disciplina le singole figure contrattuali, approfondito in particolare da Messineo, *Dottrina generale del contratto*, Milano, 1946; Id., *Sul rapporto sistematico fra gli artt. 1321-1469 e gli artt. 1470-1986 c.c.*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1961, 16 ss.; Id., *Il contratto in genere*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da Cicu-Messineo, XXI, I, Milano, 1968, 6 ss. (segue)

Le regole generali trovano certamente applicazione con riferimento all'inadempimento del committente che non è specificamente disciplinato nell'ambito delle norme sull'appalto. Il regime di responsabilità dell'appaltatore è invece puntualmente regolato dalle norme del tipo contrattuale con tratti "non trascurabili" di specialità rispetto a quanto prevede la disciplina generale del contratto e delle obbligazioni, in particolare riguardo ai presupposti di applicazione, al contenuto e alle modalità di esercizio delle azioni di responsabilità (2).

La sentenza propone dunque all'attenzione dell'interprete la questione della "funzione" da assegnare alle norme sulla responsabilità contrattuale comune rispetto alle norme speciali sulla responsabilità nell'appalto (interpretativa, integrativa, alternativa, di regola esclusiva) (3) con le diverse conseguenze che ne derivano sul piano operativo, confermando la regola giurisprudenziale che risolve in termini di integrazione il rapporto tra le discipline in questione (4).

In effetti la giurisprudenza ha più volte precisato che le disposizioni specifiche in tema di adempimento del contratto di appalto integrano, ma non escludono, i principi generali in tema di inadempimento contrattuale che sono applicabili quando non ricorrono i presupposti della normativa speciale (artt. 1667, 1668 e 1669 c.c.) (5). La responsabilità speciale dell'appaltatore sarebbe cioè limitata ad una sola forma di inesatto adempimento dell'obbligazione di eseguire l'opera, ovvero all'ipotesi in cui la stessa sia stata interamente realizzata ma presenti vizi o difformità, mentre la responsabilità comune dell'appaltatore riguarderebbe "tutti gli altri inadempimenti" (6), in particolare, l'adempimento parziale, il rifiuto di consegnare l'opera e il ritardo nell'adempimento rispetto al termine pattuito.

Naturalmente l'ampiezza di tali ipotesi dipende dalla delimitazione dell'area di applicazione in cui è operante la responsabilità speciale dell'appaltatore (7). A tal fine assume rilevanza essenziale individua-

2005; Lipari, *Parte generale del contratto e norme di settore nel quadro del procedimento interpretativo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2008, 1 ss. Con specifico riguardo al rapporto tra regole di diritto comune e norme speciali in materia di responsabilità dell'appaltatore, Ulisse, *Profili peculiari della tutela del committente in presenza di vizi o difformità dell'opera appaltata*, in *Giust. civ.*, 1984, II, 332 ss.; Stranieri, *Individuazione delle norme applicabili in tema di parziale inesecuzione dell'appalto*, *ivi*, 1991, 3048; Marinelli, *In tema di garanzia per le difformità e i vizi dell'opera nel contratto d'appalto*, *ivi*, 1994, I, 275 ss.; Musolino, *Norme generali e norme speciali per le obbligazioni nascenti dal contratto d'appalto*, in *Riv. giur. edil.*, 1994, 233 ss.; Maione, Serafini, *Il rapporto fra gli artt. 1453-1455 e gli artt. 1662 e 1668 c.c.*, in questa Rivista, 2007, 187 ss.; Lucchini Guastalla, *La normativa speciale relativa all'inadempimento dell'appaltatore*, in AA.VV., *Trattato della responsabilità contrattuale. II, I singoli contratti*, diretto da Visintini, Padova, 2009, 255 ss.

(2) Lucchini Guastalla, *La normativa speciale relativa all'inadempimento dell'appaltatore*, cit., 255 ss.; Id., *Le risoluzioni di diritto per inadempimento dell'appaltatore*, Milano, 2002, 260 ss.

(3) Le diverse possibili funzioni delle norme di diritto comune rispetto alla responsabilità nell'appalto sono individuate da Musolino, *Norme generali e norme speciali*, cit., 234 ss.

(4) Stranieri, *Individuazione delle norme applicabili in tema di parziale inesecuzione dell'appalto*, cit., 3049, distingue due successive fasi nella elaborazione giurisprudenziale della materia. Nella prima i giudici di legittimità si limiterebbero a richiamare il contenuto della garanzia dell'appaltatore rispetto alle regole sulla responsabilità ordinaria e a rilevare un rapporto di integrazione tra le discipline, senza specificare nel dettaglio i caratteri di tale rapporto. In quella successiva la Suprema Corte avrebbe chiarito il concetto di integrazione, rilevando un rapporto di prevalenza della disciplina prevista dagli artt. 1667-1668 c.c. sulle norme di diritto comune in materia di inadempimento e in qualche modo relegando la disciplina generale al rango di norma residuale.

(5) Cass. 6 aprile 2006, n. 8103, in questa Rivista, 2007, 45; Cass. 5 febbraio 2006, n. 3302, *ivi*, 2006, 1113; Cass. 17 maggio 2004, n. 9333, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2005, I, 856 ss., con nota di Lanzi, *In tema di difformità e vizi dell'opera nel contratto d'appalto*; Cass. 19 giugno 2003, n. 9849, in *Guida dir.*, 2003, 74; Cass. 16 ottobre 1998, n. 10225, in *Urb. e app.*, 1999, 168; Cass. 9 agosto 1996, n. 7364, in questa Rivista, 1997, 64; Cass. 16 ottobre 1995, n. 10772, *ivi*, 1996, 126 ss., con nota di Lamanuzzi; Cass. 15 dicembre 1990, n. 11950, in *Giust. civ.*, 1991, II, 3047 ss. con nota di Stranieri; Cass. 29 agosto 1963, n. 2398, *ivi*, 1964, I, 153. Nella giurisprudenza di merito più recente, cfr. Trib. Roma, 11 maggio 2009; Trib. Macerata, 28 marzo 2008; Trib. Monza, 31 gennaio 2008; Trib. Roma, 4 giugno 2007; Trib. Brescia, 27 febbraio 2003, tutte in *Pluris*.

(6) L'espressione è mutuata da Rubino, *L'appalto*, a cura di Moscati, in *Trattato di diritto civile*, diretto da Vassalli, Torino, 1980, 474.

(7) Secondo la dottrina e la giurisprudenza prevalenti si tratta di una speciale applicazione della responsabilità contrattuale per inadempimento o inesatto adempimento (sia pure con numerose deviazioni rispetto alle regole comuni) e non di una garanzia in senso tecnico. Invero l'obbligo gravante sull'appaltatore di eseguire l'opera ha per contenuto di eseguirla senza difetti o difformità: «(...) questa responsabilità si caratterizza quindi non per l'obbligazione violata ma per la forma dell'inesatto adempimento». Il rilievo è di Rubino, *op. cit.*, 477. Nello stesso senso, Voltaggio Lucchesi, *Vizi, difetti o difformità dell'opera nell'appalto*, Palermo, 1952, 92 ss; Stolfi, voce *Appalto*, in *Enc. dir.*, Milano, 1958, II, 661; Giannattasio, *L'appalto*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, cit., 193; Moscarini, *L'appalto*, in *Trattato di diritto privato*, cit., 738. In giurisprudenza, Cass. 7 febbraio 1983, n. 1016, in *Giust. civ.*, 1984, I, 273, con nota di Marinelli; Cass. 18 gennaio 1980, n. 432, in *Mass. Giur. it.*, 1980; Cass. 13 agosto

(segue)

Note:

(continua nota 1)

Nella dottrina più recente si segnalano gli studi di De Nova, *Sul rapporto tra disciplina generale dei contratti e disciplina dei singoli contratti*, in *Contr. e impr.*, 1988, 327 ss.; Vitucci, *Parte generale e parte speciale nella disciplina dei contratti*, *ibidem*, 844 ss.; Benedetti, *La categoria generale del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 1991, I, 649 ss.; Lucchini Guastalla, *Sul rapporto tra parte generale e parte speciale della disciplina del contratto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2004, 379 ss.; Vettori, *La disciplina generale del contratto nel tempo presente*, in *Riv. dir. priv.*, 2004, 313 ss.; Gorgoni, *Regole generali e regole speciali nella disciplina del contratto. Contributo per una ricostruzione sistematica*, Torino,

re e distinguere i casi in cui l'opera sia realizzata in violazione delle prescrizioni pattuite o delle regole tecniche rispetto ai casi in cui l'opera sia stata parzialmente eseguita ovvero sia stata consegnata in ritardo o non consegnata affatto.

Nonostante la decisione della Suprema Corte sia incentrata sulla soluzione del caso di omesso completamento dell'opera secondo le regole generali della responsabilità per inadempimento, la pronuncia lambisce anche altri problematici profili relativi al rapporto tra norme generali e norme speciali di cui si darà brevemente conto. In particolare ci si riferisce alla risoluzione del contratto d'appalto in corso d'opera disciplinata dall'art. 1662 c.c. e alla domanda riconvenzionale di responsabilità regolata dall'art. 1667 ultimo comma c.c.

Disciplina dell'inadempimento dell'appaltatore

a) Le norme speciali sull'inadempimento del contratto di appalto (sul rapporto tra gli artt. 1453, 1455 c.c. e gli artt. 1667, 1668 c.c.)

Gli artt. 1667 e 1668 c.c. delineano un articolato sistema di tutele del committente nell'ipotesi di violazione delle prescrizioni pattuite per l'esecuzione dell'opera o delle cd. regole dell'arte (8). Il contenuto dell'obbligazione gravante sull'appaltatore emerge dall'art. 1667 che si riferisce all'ipotesi in cui l'opera commissionata presenti difformità rispetto alle previsioni contrattuali o vizi (difetti materiali, mancanza di qualità essenziali). In generale il giudizio di difformità indica una valutazione in termini di discordanza dell'opera dalle modalità convenute, una "non corrispondenza" tra l'*opus* realizzato e quello programmato (9); il concetto di vizio si riferisce invece ai difetti intrinseci dell'opera che ne compromettono la destinazione o la funzionalità e derivanti «(...) da deficienza di particolari caratteristiche di esecuzione, richieste dalla valutazione normale o dalle regole dell'arte» (10).

La distinzione tra le categorie dei vizi e delle difformità, pure nettamente individuata nelle regole di diritto applicato, è di fatto sminuita dall'applicabilità delle medesime sanzioni (11).

Il committente può chiedere la risoluzione del contratto se le difformità o i vizi sono tali da rendere l'opera *del tutto* inadatta alla sua destinazione; altri-

zioni, Milano, 1964, 335 ss.; Greco, *Lezioni di diritto commerciale, I contratti*, Roma, 1958, spec. 314 ss.

(8) Le norme speciali sull'inadempimento del contratto d'appalto prevedono anche una responsabilità aggravata dell'appaltatore nel caso di rovina, anche parziale, di edifici o altri immobili destinati a lunga durata, per vizio del suolo o gravi difetti. L'art. 1669 c.c. dispone, infatti, al comma 1: «Quando si tratta di edifici o di altre cose immobili destinati per loro natura a lunga durata, se, nel corso di dieci anni, dal compimento, l'opera, per vizio del suolo o per difetto della costruzione, rovina in tutto o in parte, ovvero presenta evidente pericolo di rovina o gravi difetti, l'appaltatore è responsabile nei confronti del committente e dei suoi aventi causa, purché sia fatta la denuncia entro un anno dalla scoperta». La disposizione tende essenzialmente a disciplinare le conseguenze dannose dei vizi costruttivi che incidono sugli elementi essenziali di struttura e funzionalità dell'opera, compromettendone la solidità, l'efficienza e la durata. La giustificazione più immediata e diretta della previsione riguarda l'intento di assicurare al committente la solidità dell'opera nel tempo: per gli immobili di lunga durata è infatti probabile che i difetti non si manifestino al momento della consegna e del collaudo ma piuttosto con l'uso che se ne faccia. Tuttavia la giurisprudenza ha riconosciuto alla disposizione una *ratio* ulteriore, "innescando" una serie di conseguenze applicative che vanno decisamente oltre la formulazione letterale della norma. Dall'inciso contenuto nel comma 1, secondo cui in caso di rovina e difetti di cose immobili l'appaltatore è responsabile non solo verso il committente ma anche nei confronti degli aventi causa di quest'ultimo, la giurisprudenza desume infatti la natura extracontrattuale della responsabilità in questione. Nella lettura della giurisprudenza dominante, l'art. 1669 c.c. è disposizione fondata su ragioni di ordine pubblico che trascendono gli interessi delle parti del rapporto negoziale, volte a promuovere la stabilità e la solidità degli edifici ed in generale l'incolumità dei cittadini. Nonostante la previsione riguardi la responsabilità aggravata dell'appaltatore nei confronti del committente e dei suoi aventi causa, la giurisprudenza ha tracciato un percorso interpretativo volto ad estendere la tutela prevista dall'art. 1669 c.c. a tutti i terzi danneggiati dai vizi dell'opera. L'indirizzo prevalente che ritiene la natura aquiliana della disposizione in esame sembra peraltro smentito dalle pronunce che, considerando in maniera unitaria il regime speciale di responsabilità del contratto d'appalto (artt. 1667, 1668, 1669 c.c.), assumono che si tratti di disposizioni regolanti una fattispecie speciale di responsabilità contrattuale.

(9) Bellanova, *Difformità, vizi e difetti nell'appalto: a proposito del I comma dell'art. 1667 c.c.*, in *Contr. e impr.*, 1994, 589 ss.

(10) Mirabelli, *Dei singoli contratti, Commentario*, IV, 3, Torino, 1991, 440.

(11) Diversamente il contenuto delle garanzie nella vendita è modulato sulla gravità delle anomalie del bene compravenduto che si distinguono in vizi in senso stretto, mancanza di qualità e consegna di *aliud pro alio*, la quale ultima comporta l'applicazione delle regole ordinarie degli inadempimenti contrattuali. La garanzia nell'appalto si riferisce invece anche all'ipotesi di totale difformità dell'opera, precludendo al committente l'azione di risoluzione entro i termini più ampi dell'art. 1453 c.c. Si segnala, comunque, sia pure con esclusivo riferimento all'appalto per la fornitura di beni mobili, che la recente disciplina delle garanzie dei beni di consumo (art. 128 ss. cod. cons.), che si applica a tutti i contratti per la fornitura di un bene di consumo da fabbricare o da produrre, ha sostanzialmente omologato il sistema di tutele riconosciute al compratore e al committente "non professionali" (specialmente dal punto di vista delle condizioni e dei termini per l'attivazione delle tutele) e ha individuato nel difetto di conformità del bene una nozione "riassuntiva" delle anomalie della cosa consegnata. Sullo specifico profilo sia consentito il rinvio a Genovese, *Conformità al contratto e qualità delle tutele nella vendita*, Bari, 2005, 75 ss.; Id., voce *Vendita di beni di consumo*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., Agg., Torino, 2007, ove ampi riferimenti bibliografici.

Note:

(continua nota 7)

1964, n. 2314, in *Foro it.*, 1965, 422. Nel senso che si tratti di garanzia in senso tecnico, Barassi, *La teoria generale delle obbliga-*

menti può chiedere che i difetti siano eliminati a spese dell'appaltatore (12), oppure che il prezzo sia proporzionalmente ridotto (art. 1668 c.c.) (13).

La giurisprudenza sembra orientata ad ammettere l'azione di eliminazione dei vizi o di riduzione del prezzo subordinatamente a quella di risoluzione, tracciando una sostanziale differenza tra l'appalto e gli altri contratti a prestazioni corrispettive (14).

La garanzia non è dovuta se il committente ha accettato l'opera e i difetti erano noti o riconoscibili, purché, in questo caso, non siano stati taciuti in mala fede dall'appaltatore (art. 1667 c.c.).

La garanzia è operante a condizione che il committente abbia denunciato all'appaltatore vizi e difformità dell'opera entro sessanta giorni dalla scoperta. Il termine, previsto a pena di decadenza, mira a consentire all'appaltatore di svolgere sollecitamente gli opportuni accertamenti che il decorso del tempo potrebbe pregiudicare.

L'azione si prescrive nel termine di due anni dalla consegna dell'opera. Tuttavia il committente convenuto in giudizio per il pagamento del prezzo può sempre avvalersi della garanzia in via riconvenzionale ai sensi dell'art. 1667, ult. cpv. c.c., purché le difformità o i vizi siano stati denunciati nei termini prescritti e prima che siano decorsi due anni dalla consegna.

Nell'appalto il ricorso alla risoluzione ex art. 1668 ultimo comma, è consentito in limiti più ristretti di quelli che valgono per la comune azione di risoluzione per inadempimento, che l'art. 1455 c.c. ammette quando l'inadempimento di una delle parti non abbia scarsa importanza avuto riguardo all'interesse dell'altra (15). La disposizione in questione consente infatti la risoluzione del contratto solamente nell'ipotesi di assoluta inidoneità dell'opera rispetto alla sua destinazione tipica o specifica (16). L'apprezzamento della assoluta inidoneità dell'opera si avvale, di regola, di criteri oggettivi riferiti alla destinazione abituale e normale dell'opera. I criteri soggettivi assumono rilevanza nell'ipotesi in cui la possibilità di un certo impiego o di un determinato rendimento o funzionalità siano stati specificamente dedotti in contratto e siano quindi divenuti vincolanti (17).

Negli altri casi in cui i vizi o le difformità dell'opera non compromettono *del tutto* l'utilità della stessa, il committente può agire con le azioni di eliminazione dei vizi a spese dell'appaltatore o di riduzione del prezzo pattuito per la realizzazione delle opere appaltate.

La disciplina speciale, che consente l'accesso al rimedio risolutorio solo nella ipotesi di assoluta inido-

neità, tenta il contemperamento delle esigenze di tutela del committente con l'interesse dell'appaltatore-imprenditore alla continuità del rapporto e quindi all'esecuzione dell'opera. La risoluzione del contratto può infatti comportare un grave pregiudizio per l'appaltatore che si trovi nell'impossibilità di utilizzare la parte dell'opera eventualmente già eseguita o l'organizzazione apprestata.

La medesima *ratio* emerge chiaramente anche nella disciplina delle ipotesi di sopravvenienza contrattuale contenuta nell'art. 1664 c.c. che "sostituisce" alla sanzione della risoluzione del contratto la revi-

Note:

(12) La tutela apprestata al committente dall'art. 1668 c.c. (nella specie, l'azione di eliminazione dei vizi) è applicazione specifica dell'azione di esatto adempimento regolata dall'art. 1453 comma 1 c.c. Ne consegue, nell'ipotesi in cui l'appaltatore non provveda direttamente alla eliminazione dei vizi e dei difetti dell'opera, la possibilità per il committente di agire per il risarcimento dei danni, nella misura corrispondente alla spesa necessaria al ripristino della conformità, senza alcuna necessità del previo esperimento dell'azione di condanna alla esecuzione specifica. In questo senso, Cass. 19 aprile 2006, n. 9033; Cass. 10 gennaio 1996, n. 169, in *Giur. it.*, 1997, 976, con nota di Scardigno, *La tutela del committente nel contratto d'appalto*. Anche la tutela specifica in questione segna una essenziale divergenza rispetto alla disciplina di diritto comune delle garanzie nella vendita che esclude dal novero delle azioni concesse all'acquirente l'azione per la riparazione della cosa, salvo che il venditore non abbia prestato la garanzia convenzionale di buon funzionamento (art. 1512 c.c.). In effetti l'apporto maggiormente innovativo della nuova disciplina della vendita di beni di consumo è la previsione del rimedio del ripristino della conformità (art. 130 c. cons.).

(13) La garanzia per vizi e difformità dell'opera è strumento a presidio della corrispettività accordato al committente anche quando i difetti siano incolpevoli. La responsabilità per i danni, invece, presuppone la colpa dell'appaltatore (art. 1668 comma 1 c.c.). Sulla delimitazione dell'area dei danni risarcibili, interessante la pronuncia Cass. 29 novembre 2005, n. 25921, in questa *Rivista*, 2006, 601 e 794.

(14) Cass. 12 luglio 2000, n. 9239, in *Mass. Giur. it.*, 2000. In generale sui limiti processuali per il cambiamento di domanda, Rubino, *op. cit.*, 553. Si v. pure Stolfi, *op. cit.*, 656.

(15) Rubino, *Appalto*, 382 ss.; Voltaggio Lucchesi, *Vizi, difetti o difformità dell'opera nell'appalto*, cit., 95 ss.; Id., *Questioni in tema di risoluzione del contratto di appalto*, in *Giust. civ.*, 1956, I, 97 ss.

(16) Ai fini della risoluzione del contratto d'appalto per vizi dell'opera è richiesto un inadempimento "più grave" di quello richiesto per la risoluzione della compravendita per difetti della cosa. Infatti nella disciplina delle garanzie nella vendita di beni (artt. 1490-1492 c.c.) l'acquirente può accedere all'azione redibitoria (o all'azione di riduzione del prezzo) se la cosa compravenduta presenta vizi che ne compromettono (anche non *del tutto*) la funzionalità o ne diminuiscono in modo apprezzabile il valore, in aderenza alla previsione dell'art. 1455 c.c. secondo cui l'inadempimento non deve essere di scarsa importanza, avuto riguardo all'interesse del creditore. Sul punto, Cass. 15 marzo 2004, n. 5250, in questa *Rivista*, 2004, 586; Cass. 20 settembre 1990, n. 9613, in *Mass. Giur. it.*, 1990.

(17) Rubino, *op. cit.*, 539. Cfr. Cass. 16 giugno 1980, n. 3814, in *Giur. it.*, 1981, I, 1964.

sione del prezzo dell'appalto per onerosità o difficoltà nell'esecuzione dell'opera (18).

Anche in questo caso si pone quindi, da un lato, la questione relativa all'applicabilità della disciplina generale nelle ipotesi non previste da quella speciale, dall'altro, quella della "utilizzabilità" di settori della disciplina generale in funzione integrativa di quella speciale ovvero concorrente (19).

Con riguardo al primo profilo, non vi è dubbio che la norma comune riguardi i casi non previsti dalla disciplina speciale (nel caso di specie, l'adempimento parziale del contratto). In riferimento al secondo profilo si può considerare la disposizione contenuta nell'art. 1458 comma 1, sull'effetto retroattivo tra le parti della risoluzione del contratto per inadempimento (20), oppure i rimedi generali di cui agli artt. 1455 (diffida ad adempiere) e 1460 c.c. (eccezione di inadempimento) (21).

Nel caso di specie la Suprema Corte esclude l'operatività della garanzia per vizi e difformità che è condizionata al presupposto della realizzazione completa dell'*opus* (22). In effetti l'ipotesi di omesso completamento dell'opera configura una delle forme principali di inesatto adempimento *ordinario*, non rilevando l'eventuale sussistenza di vizi e difformità nella parte eseguita. Sul piano applicativo l'ipotesi di inadempimento ordinario esclude l'onere di denuncia all'appaltatore e comporta l'operatività del comune termine decennale di prescrizione.

Tuttavia il caso della esecuzione parziale non è sempre nettamente individuato rispetto alla ipotesi dei vizi cd. quantitativi che «(...) ricorrono quando l'intera opera, o una sua parte, presenta una insufficiente quantità in qualcuno dei suoi elementi strutturali» (23).

Se concettualmente la differenza tra le fattispecie è netta, di fatto non è sempre agevole valutare la sussistenza di un vizio (strutturale, funzionale) piuttosto che di un adempimento parziale del contratto. Il criterio distintivo costituito dalle comuni concezioni empiriche in materia è piuttosto labile e incerto. La dottrina suggerisce di ritenere una esecuzione parziale nel caso in cui la porzione di materia mancante avrebbe svolto una funzione propria, sia pure non autonoma, ma pur sempre individuabile nel più vasto quadro della funzione complessiva dell'opera (24).

Di recente, i giudici di legittimità hanno ritenuto di ravvisare un adempimento parziale del contratto (con la conseguente applicazione delle regole comuni anche con riguardo all'azione per il risarcimento dei danni) in un caso di mancato completamento delle opere murarie relative alla sistemazione degli spazi destinati a giardinaggio nell'ambito di un ap-

palto per la costruzione di un complesso di unità immobiliari (25).

In questo caso, in effetti, l'adempimento è parziale e al tempo stesso l'opera presenta una difformità quantitativa rispetto alle deduzioni contrattuali che avrebbe probabilmente legittimato l'applicazione delle disposizioni speciali. La logica della decisione potrebbe cioè essere strumentale, la qualificazione della fattispecie legata al fatto concreto e alla necessità di superare le "strette" dei termini di decadenza e prescrizione prescritti dalla disciplina speciale.

Note:

(18) Anche la disciplina in questione pone sia il problema relativo alla possibilità di applicare la disciplina generale nelle ipotesi non previste da quella speciale (ipotesi di difficoltà di esecuzione non dipendenti da cause naturali, variazioni nei costi dei fattori produttivi non derivanti da circostanze imprevedibili), sia la questione dell'applicazione delle regole generali in funzione integrativa di quella speciale. Sul punto cfr. Cagnasso, voce *Appalto nel diritto privato*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. comm., 1987, 169 ss.

(19) La dottrina più recente tende a estendere l'area di applicazione delle regole di diritto comune al tipo appalto. In particolare si rileva che la disciplina della risoluzione ex art. 1457 c.c. può essere applicata al caso di violazione da parte dell'appaltatore del termine che sia *oggettivamente* essenziale. Anche la disciplina della diffida ad adempiere può trovare applicazione ma tenendo conto della sensibile differenza tra la regola sancita dall'art. 1668 c.c. e la previsione generale dell'art. 1455 c.c. Sullo specifico profilo, Lucchini Guastalla, *La normativa speciale relativa all'inadempimento dell'appaltatore*, cit., 257 ss.

(20) L'appalto rientra nella categoria dei rapporti ad esecuzione prolungata (e non continuata o periodica) per cui la risoluzione opera retroattivamente in conformità ai principi generali: il che comporta che l'appaltatore dovrà restituire il corrispettivo già ricevuto e comporta altresì una conseguenza particolarmente gravosa per l'appaltatore, ossia la demolizione delle opere costruite sul suolo del committente a sue spese. Cfr. Cass. 25 settembre 1984, n. 4820, in *Foro it.*, 1985, I, 816; Cass. 21 luglio 1979, n. 4830, in *Mass. Foro it.*, 1979. In generale sulle obbligazioni restitutorie, cfr. Cass. 28 giugno 1986, n. 4311, in *Giur. it.*, 1987, I, 1451; Coll. arb. 20 dicembre 1988, in *Arch. giur. oo. pp.*, 1989, 908; Coll. arb. 27 luglio 1990, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1992, I, 489. L'eccezione alla regola della retroattività degli effetti riguarda gli appalti aventi ad oggetto prestazioni continuative o periodiche di servizi (manutenzione, assistenza tecnica, etc.). In questo caso l'effetto della risoluzione non si estende alle prestazioni già eseguite.

(21) Sul raccordo tra domanda riconvenzionale ex art. 1667 ultimo comma c.c. e eccezione di inadempimento ai sensi dell'art. 1460 c.c., cfr. Cass. 17 maggio 2004, n. 9333, cit. Più in generale sul rapporto tra azioni di garanzia ex artt. 1667, 1668 e 1669 c.c. e il rimedio generale dell'eccezione di inadempimento, Cass. 28 settembre 1996, n. 8567, in questa *Rivista*, 1997, 166.

(22) Rubino, *L'appalto*, cit., 194.

(23) La questione è prospettata da Rubino, *op. cit.*, 474.

(24) Rubino, *op. cit.*, 475. Il principio è stato applicato in un caso di appalto per la fornitura delle attrezzature necessarie ad un esercizio di rosticceria. La circostanza che il banco scaldavivande fosse privo delle apposite vaschette ha indotto il giudice a ritenere applicabile la disciplina generale dell'inadempimento contrattuale. App. Firenze, 14 gennaio 1958, in *Giur. tosc.*, 1958, 290.

(25) Cass. 9 agosto 1996, n. 7364, cit.

**c) La risoluzione del contratto d'appalto
(sul rapporto tra art. 1453 e art. 1662
comma 2 e 1668 c.c.)**

Nel ricorso per la cassazione della sentenza l'appaltatore deduce che la Corte d'appello, pur avendo correttamente premesso che le disposizioni degli artt. 1667, 1668 c.c. non risultano applicabili al caso di specie perché le opere commissionate non sono state completate, ha poi contraddittoriamente ritenuto di accogliere la domanda di risoluzione del contratto formulata dal committente ex art. 1668 c.c. Rileva poi che non può neppure ritenersi che il giudice dell'appello sia incorso in un mero errore materiale in quanto la risoluzione del contratto non avrebbe potuto essere pronunciata nemmeno ai sensi della norma generale di cui all'art. 1453 c.c., sia per la scarsa importanza dell'inadempimento, sia perché ritiene l'operatività dell'art. 1453 c.c. condizionata alla circostanza che risulti irrimediabilmente compromessa la situazione verificatasi a seguito dell'inadempimento dell'appaltatore, dovendo in caso contrario il committente avvalersi della facoltà di cui all'art. 1662 c.c., mettendo in mora l'appaltatore con l'assegnazione di un congruo termine per porre rimedio all'inesatto adempimento (26).

La prima censura coglie nel segno. Come più volte precisato, in tema di appalto la speciale garanzia prevista dagli artt. 1667 e 1668 c.c. trova applicazione solo nell'ipotesi in cui l'opera sia stata completata, ma presenti vizi, difformità o difetti; laddove, nel caso in cui l'appaltatore non abbia portato a termine l'esecuzione dell'opera commissionata, restando inadempiente all'obbligazione assunta con il contratto, la disciplina applicabile nei suoi confronti è quella generale in materia di inadempimento contrattuale, dettata dagli artt. 1453 e 1455 c.c. La Corte d'appello non ha "fatto buon governo" dei principi enunciati in quanto, pur avendo accertato, con apprezzamento in fatto che non ha costituito oggetto di censura sotto il profilo della insufficiente o contraddittoria motivazione, che il fabbricato non era stato completato, ha dichiarato risolto il contratto ai sensi dell'art. 1668 c.c. in ragione della assoluta inidoneità dell'opera ad assolvere la funzione abitativa per gravi vizi costruttivi. In realtà le deduzioni del committente relative ai difetti delle strutture in cemento armato (cioè della parte eseguita dell'opera) risultavano irrilevanti a fronte della accertata circostanza del mancato completamento della stessa che "mette fuori gioco" la regola speciale di responsabilità. Invero la responsabilità dell'appaltatore avrebbe dovuto essere valutata alla stregua della discipli-

na generale in tema di inadempimento contrattuale che tra l'altro condiziona l'accoglimento della domanda di risoluzione al presupposto (meno rigoroso di quello richiesto dall'art. 1668 c.c.) dell'inadempimento non di scarsa importanza.

Il giudice del rinvio, uniformandosi ai principi di diritto enunciati dalla Suprema Corte, dovrà valutare se l'inadempimento dell'appaltatore in concreto accertato presenti o meno il requisito di non scarsa importanza, tale da giustificare, ai sensi degli artt. 1453 e 1455 c.c., la richiesta di risoluzione del contratto di appalto, avanzata in via riconvenzionale dal convenuto.

Non è invece condivisibile la ricostruzione dei rapporti tra l'art. 1662 c.c. e l'art. 1453 c.c. prospettata dal ricorrente. La disposizione dell'art. 1662 c.c. («*Verifica nel corso di esecuzione dell'opera*») consente al committente di controllare l'esecuzione dell'opera nel suo svolgimento e di fissare all'appaltatore un congruo termine per sanare il vizio e regolarizzare l'esecuzione, prevedendo l'automatica risoluzione del contratto al momento dell'inutile decorso del termine assegnato.

Nella specie l'appaltatore sostiene che l'operatività del rimedio solutorio ordinario sarebbe condizionata alla circostanza che risulti irrimediabilmente compromessa la situazione verificatasi a seguito dell'inadempimento dell'appaltatore, dovendo in caso contrario il committente necessariamente avvalersi della facoltà di cui all'art. 1662 c.c.

La giurisprudenza di legittimità ha più volte precisato che, in caso di mancata ultimazione dei lavori, il committente può chiedere il completamento dell'opera ex art. 1453 comma 1 c.c., oppure può domandare la risoluzione del contratto in base alla stessa norma, indipendentemente dall'esercizio della facoltà di verificare lo stato dei lavori e di fissare all'appaltatore un termine per il completamento di essi, prevista dall'art. 1662 c.c. (27).

L'azione generale di risoluzione per inadempimento è rimedio alternativo e concorrente con quello disciplinato dalla norma in questione (28); l'esercizio

Note:

(26) La disposizione dell'art. 1662 c.c., pure affine alla diffida ad adempiere (art. 1454 c.c.), ammette un'ipotesi risolutoria quando il contratto è ancora in fase di esecuzione e non è quindi ravvisabile la definitività e la gravità dell'inadempimento. Cfr. Cass. 4 marzo 1993, n. 2653, in *Arch. civ.*, 1993, 803.

(27) Tra le altre, Cass. 22 marzo 2007, n. 6931, in *Obbl. contr.*, 2007, 749, con nota di Gennari; Cass., 27 marzo 1998, n. 3239, in *Mass. Giur. it.*, 1998.

(28) Cass. 28 giugno 1986, n. 4311, in *Giur. it.*, 1987, I, 1451 («Nel contratto di appalto è facoltà del committente proporre la domanda di risoluzione per inadempimento invece che ricorrere al rimedio previsto dall'art. 1662, 2° comma, c. c.»).

del potere di diffida *ex art.* 1662 c.c. costituisce infatti una mera facoltà e non un onere né un obbligo a carico del committente, in quanto ha la funzione di determinare lo scioglimento di diritto del rapporto e non quello di condizionare la risoluzione giudiziale, la quale trova il suo solo presupposto nell'inadempimento di non scarsa importanza (29). Il mancato esercizio della facoltà in questione non comporta dunque alcuna decadenza dell'appaltatore dal diritto di ottenere l'eliminazione dei vizi o delle difformità a lavori ultimati, ovvero la risoluzione giudiziale ove ne sussistano i presupposti (30).

c) Riconvenzionale di responsabilità e eccezione di inadempimento (sul rapporto tra gli artt. 1460 e 1667 comma 3 c.c.)

Il contenuto della garanzia specificato dall'art. 1668 c.c. si riferisce anche alla domanda riconvenzionale di cui il committente può avvalersi *ex art.* 1667 comma 3 c.c. una volta convenuto in giudizio per il pagamento del prezzo («Il committente convenuto per il pagamento del prezzo può sempre far valere la garanzia, purché le difformità o i vizi siano stati denunciati entro sessanta giorni dalla scoperta e prima che siano decorsi i due anni dalla consegna»).

Le norme speciali non derogano al principio generale che governa l'adempimento del contratto con prestazioni corrispettive il quale comporta che l'appaltatore, il quale agisca in giudizio per il pagamento del corrispettivo convenuto, abbia l'onere - ove il committente si avvalga della garanzia in via riconvenzionale *ex art.* 1667 comma 3 c.c. - di provare di avere esattamente adempiuto la propria obbligazione e, quindi, di aver eseguito l'opera conformemente alle regole dell'arte. Tale regola deve ritenersi applicabile anche all'ipotesi in cui l'appaltatore non abbia completato l'opera o non vi sia stata accettazione neppure tacita di essa da parte del committente (31).

In base ai principi generali in materia di prove, spetta invece al committente allegare di aver effettuato tempestivamente la denuncia del vizio (occulto) ovvero di avere rifiutato l'opera o di averla accettata con riserva nell'ipotesi di vizi palesi. La proposizione della domanda riconvenzionale di garanzia nei termini prescritti consente al committente non solo di contestare il fondamento della domanda attrice, ma anche di far valere la garanzia per vizi e difformità dell'opera.

È opinione condivisa che il termine di prescrizione si riferisca anche alla riconvenzionale; trascorsi due anni dalla consegna, la difesa del committente convenuto sarebbe limitata all'eccezione, al fine di neutralizzare, nei limiti della compensazione, la domanda attrice di pagamento del prezzo (32). La soluzio-

ne interpretativa restrittiva sembra condivisa anche dalla giurisprudenza nonostante la formulazione letterale della norma non suggerisca distinzioni tra eccezione e domanda riconvenzionale (33).

Anche con riferimento al rapporto tra riconvenzionale di responsabilità e rimedio generale della eccezione di inadempimento *ex art.* 1460 c.c., la giurisprudenza richiama il "noto" rapporto di integrazione, definendo la disposizione dettata dal secondo periodo dell'art. 1667 ultimo comma c.c. una specifica applicazione del principio *inadimplenti non est adimplendum* (34). Tuttavia il richiamo, nella specie, appare improprio perché la funzione di integrazione delle norme generali può essere declinata solamente nelle ipotesi in cui è possibile formulare un giudizio di prevalenza tra regole accomunate dalla medesima *ratio* e che presidiano gli stessi interessi (35).

L'eccezione di inadempimento è rimedio diverso, nella finalità, nei presupposti e nel contenuto, rispetto alla domanda di garanzia proposta in via riconvenzionale. L'eccezione opposta dal committente in base a vizi riscontrati nell'opera sospende l'obbligo della prestazione di pagamento del prezzo e, ove accolta, comporta il rigetto, in tutto o in parte, della domanda di pagamento svolta dall'appaltatore (36). Con l'azione di garanzia svolta in via riconvenzionale *ex art.* 1667 c.c. il committente non si limita a contestare la pretesa dell'attore ma chiede al giudice l'emanazione di un provvedimento a sé favorevole, condizionata al rispetto dei presupposti specifici della normativa speciale (denuncia nei termini prescritti, apprezzabilità dei vizi e delle difformità).

In questo caso, pertanto, la scelta tra eccezione e domanda di garanzia è rimessa al convenuto committente, che opererà secondo la strategia processuale ritenuta più opportuna.

Note:

(29) Sulle specificità del rimedio dell'art. 1662 c.c., cfr. Putorti, *Inadempimento e risoluzione anticipata del contratto*, Milano, 2008, 46 ss.

(30) Cfr. Cass. 27 agosto 1993, n. 9064, in *Mass. Giur. it.*, 1993; Cass. 18 maggio 1988, n. 3465, *ivi*, 1988; Cass. 9 gennaio 1980, n. 163, *ivi*, 1980.

(31) Trib. Padova, 6 settembre 2011, in *Pluris*.

(32) Rubino, *op. cit.*, 565; Giannattasio, *op. cit.*, 233.

(33) Tra le altre, Cass., 17 maggio 2004, n. 9333, *cit.*; Cass. 11 agosto 1998, n. 7891, in *Mass. Giur. it.* 1998; Cass. 28 settembre 1996, n. 8567, *cit.*

(34) Cass. 17 maggio 2004, n. 9333, *cit.*; Cass. 26 maggio 1998, n. 5231, in *Mass. Giur. it.*, 1998; Cass. 3 dicembre 1981, n. 6406, in *Foro it.*, 1982, I, 698, con nota di Di Paola.

(35) Lanzi, *In tema di difformità e vizi dell'opera nel contratto d'appalto*, *cit.*, 863.

(36) Lanzi, *loc. ult. cit.*

Società

L'interpretazione dello statuto societario: criteri oggettivi e criteri soggettivi

CASSAZIONE CIVILE, Sez. I, 16 giugno 2011, n. 13234 - Pres. Luccioli - Est. Scaldaferrì - P.m. Lettieri (conf.) - M. A. c. Istituto Edilizia Popolare S. Berillo S.p.a.

Nella società per azioni, la verifica della sussistenza dello scopo di lucro - il quale consiste non solo nel perseguimento di un utile (cosiddetto lucro oggettivo), ma anche nella volontà di ripartirlo tra i soci (cosiddetto lucro soggettivo) - deve avvenire con esclusivo riferimento al contenuto dell'atto costitutivo e dello statuto iscritti nel registro delle imprese, mentre resta irrilevante l'eventuale sussistenza di elementi di fatto esterni, antecedenti o successivi alla stipula dell'atto, integranti indici di una volontà dei soci difforme da quella manifestata negli atti pubblicati, ed inammissibile, una volta avvenuta l'iscrizione, l'interpretazione dell'atto costitutivo condotta secondo il criterio della comune intenzione dei contraenti, dovendo al contrario essa basarsi su criteri obiettivi (Nella specie, la C.S. ha ritenuto indici idonei ad escludere lo scopo di lucro le clausole statutarie di un istituto autonomo per l'edilizia popolare, costituito in forma di società per azioni e partecipato da un Comune, le quali stabilivano la non prevedibilità degli utili di bilancio e la devoluzione del patrimonio per il caso di scioglimento della società).

ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI

Conforme	Cass., 12 dicembre 2006, n. 26683, in <i>Foro It., Rep.</i> , 2006, voce <i>Società</i> , n. 614; Cass., 5 gennaio 1991, in <i>Società</i> , 1991, 189; Trib. Bologna, 15 giugno 2010, <i>ivi</i> , 2010, 1273
Difforme	App. Milano, 28 novembre 1997, in <i>Giur. it.</i> , 1998, 1201.

Svolgimento del processo

1. In attuazione del piano comunale di risanamento della zona San Berillo di Catania approvato dalla Regione Sicilia con l. n. 13 del 1954, l'Istituto per l'Edilizia Popolare di San Berillo s.p.a., partecipato dal Comune di Catania e dall'Istituto Immobiliare di Catania s.p.a., costruì in quel territorio numerose unità immobiliari aventi le caratteristiche di alloggi popolari da destinare, anche mediante contratto di locazione con patto di futura vendita, agli sfollati del vecchio quartiere di (*Omissis*).

Nell'aprile 1998 alcuni degli occupanti di tali unità - divenuti proprietari o assegnatari, tra i quali M. A., L. B. e G.G., convennero dinanzi al Tribunale di Catania l'Istituto per l'Edilizia Popolare di San Berillo s.p.a. deducendo che, in base ad una clausola, contenuta in tutti gli originali contratti di locazione, sostanzialmente riproduttiva del disposto del R.D. 28 aprile 1938, n. 1165, art. 35, comma 3 (T.U. edilizia popolare ed economica), la gestione di detti immobili sarebbe spettata all'Istituto fino a quando gli stessi non fossero stati tutti venduti e non fosse stato pagato dai rispettivi acquirenti l'intero prezzo; e che tale clausola, in quanto prevedente una riserva asso-

luta ed a tempo indeterminato dei poteri assembleari e di amministrazione in capo a soggetti diversi dai proprietari, si poneva in contrasto con le norme inderogabili del codice civile disciplinanti la nomina dell'amministratore ed il diritto di ciascun condomino di amministrare la cosa comune (senza che, in contrario, potesse richiamarsi il disposto dell'art. 35 T.U. citato, applicabile solo ai Comuni, agli Istituti Autonomi Case Popolari ed alle società non aventi scopo di lucro, non già ad una società per azioni con scopo di lucro quale quella in questione. Chiedevano pertanto dichiararsi la nullità di tale clausola, o in subordine il loro diritto alla costituzione di condomini di gestione. La società convenuta, costituitasi, contestò sotto più profili la domanda. Il Tribunale definì il giudizio - per quanto qui ancora rileva - rigettando la domanda proposta dal M., dal L. e dal G.

2. L'appello proposto (anche) da questi ultimi, i quali lamentavano l'erroneità della prevalenza attribuita dal primo giudice alla - comunque inapplicabile nella specie - disposizione dell'art. 35 T.U. Edilizia popolare rispetto alle norme inderogabili del codice civile sopra richiamate e l'omessa considerazione del nulla osta alla costituzione di

un condominio di gestione concesso dall'Assessore Regionale ai Lavori Pubblici, veniva rigettato dalla Corte di Appello di Catania con sentenza depositata il 31 luglio 2004 e notificata il 27 ottobre 2004. Osservava la Corte - per quanto qui ancora rileva - che il disposto del R.D. n. 1165 del 1938, art. 35, in esecuzione del quale era intervenuta la pattuizione contestata, era improntato a specifici principi regolanti la materia dell'edilizia popolare ed economica posti a tutela di un interesse avente pubblica rilevanza e ritenuti prevalenti su quelli richiamati dagli appellanti, la cui inderogabilità peraltro era stata affermata dalla Corte di Cassazione, in un remoto arresto, solo con riferimento a regolamenti condominiali o ad altre convenzioni tra le parti, non certo con riguardo alla particolare disciplina pubblicistica sopra richiamata.

D'altra parte, non era da dubitare dall'applicabilità dell'art. 35 T.U. all'Istituto appellato, il cui atto costitutivo e statuto precisavano chiaramente l'assenza di scopo di lucro, in espresso collegamento con l'ammissione - della quale tale caratteristica è condizione essenziale - dell'Istituto alla costruzione di case popolari di cui al cit. T.U. n. 1165/1938, ed in coerenza con le clausole statutarie inerenti alla non prevedibilità di utili di bilancio ed alla devoluzione del patrimonio in caso di scioglimento della società. Vero è che gli appellanti avevano anche fatto riferimento al disposto della L.R. n. 18 del 1994, art. 6, che, ove sia stato effettuato il trasferimento in proprietà di almeno il 50% degli alloggi, consentirebbe la gestione dei servizi accessori e degli spazi comuni da parte di coloro che ne hanno acquisito la proprietà. Ma, da un lato, l'art. 1 della legge citata ne escludeva l'applicabilità agli alloggi realizzati - come nella specie - con programmi di edilizia agevolata e convenzionata, dall'altro il fatto dell'avvenuto trasferimento in proprietà di almeno il 50% degli alloggi era stato inammissibilmente dedotto in causa per la prima volta in appello, peraltro sostenuto da una altrettanto inammissibile nuova richiesta di prova orale per interrogatorio formale.

3. Avverso tale sentenza il M., il L. ed il G. hanno proposto ricorso a questa Corte con atto notificato il 27 dicembre 2004, basato su due motivi. Resiste l'Istituto per l'edilizia popolare San Berillo s.p.a. con controricorso.

Motivi della decisione

1. Con il primo motivo i ricorrenti si dolgono della statuizione sulla applicabilità dell'art. 35 T.U., nei confronti dell'Istituto per l'edilizia popolare San Berillo s.p.a., denunciando l'insufficienza della motivazione nonché la falsa applicazione di tale norma e del collegato art. 34 stesso T.U.

1.1 Sostengono, sotto il primo profilo, che non è sufficiente far riferimento alle clausole statutarie evidenziate dalla Corte di merito per escludere nella specie lo scopo di lucro: se è vero che possono esistere società senza scopo di lucro (purché sussista la economicità della gestione, quale che sia lo scopo anche ideale dell'attività), l'eventuale assenza di questo elemento, indicato nell'art. 2247 c.c., dovrebbe però essere dimostrata, sulla base delle circostanze nelle quali la società in questione è stata costi-

tuita e delle condizioni nelle quali esercita la sua attività, mentre l'indagine su tali elementi di fatto risulta del tutto omessa nella motivazione della sentenza impugnata.

Inoltre, il fine di lucro giuridicamente rilevante non è quello soggettivo (divisione degli utili), bensì quello oggettivo, cioè la potenziale attitudine dell'attività esercitata a produrre dei profitti; e d'altra parte il concetto di utile comprende ogni utilità economica, consistente sia in un risparmio di spesa sia in altro vantaggio patrimoniale, e non è dubbio che la società resistente riceva un vantaggio economico dall'esercizio della propria attività, concretizzantesi nella percezione di un corrispettivo, anche con riguardo ai canoni di locazione degli appartamenti ancora in sua proprietà.

1.2 Sotto il secondo profilo, sostengono i ricorrenti che l'erronea esclusione nella specie dello scopo di lucro conduce alla falsa applicazione degli artt. 34 e 35 T.U., nella misura in cui si è ritenuta applicabile tale normativa alla società resistente.

2. Sotto entrambi i profili enunciati, da esaminare congiuntamente in quanto connessi giuridicamente e logicamente, il motivo non merita accoglimento.

Quanto al dedotto vizio di motivazione, premesso che in questa sede non si controverte intorno alla ammissibilità di una società per azioni priva dello scopo di lucro, va escluso che la verifica in ordine alla sussistenza nel caso specifico di tale elemento implichi anche la disamina circa le circostanze nelle quali la società è stata costituita e le condizioni nelle quali esercita la sua attività. A differenza della società di fatto - nella quale il momento negoziale del rapporto e quello operativo coincidono, la società per azioni presuppone la stipula nella forma prescritta di un atto costitutivo, con lo statuto che ne costituisce parte integrante, e l'iscrizione dello stesso nel registro delle imprese, secondo un sistema normativo di pubblicità legale cui peraltro conseguono significative divergenze - anche in tema di interpretazione del contratto (cfr. *ex multis* Cass. n. 10970/1996) - rispetto alla generale disciplina codicistica dei contratti, in gran parte riferibile ai c.d. contratti di scambio. Ne deriva che è al contenuto dell'atto costitutivo e dello statuto che deve farsi esclusivo riferimento onde verificare la sussistenza nella specie dello scopo di lucro. La eventuale sussistenza di (peraltro nella specie imprecisati) elementi di fatto esterni, antecedenti o successivi alla stipula dell'atto, da ritenere indici di una volontà dei soci difforme da quella manifestata negli atti pubblicati, sarebbe priva di rilevanza ai fini che qui interessano (quelli successivi potrebbero semmai rilevare quali violazioni dello statuto, ad altri fini); così come inammissibile è, una volta che l'iscrizione nel Registro sia avvenuta, il ricorso a criteri interpretativi dell'atto costitutivo basati sulla comune intenzione dei contraenti, dovendo piuttosto l'interpretazione dell'atto stesso basarsi su criteri obiettivi.

La motivazione espressa sul punto dalla corte di merito si mostra dunque tutt'altro che insufficiente: le clausole statutarie inerenti alla non prevedibilità di utili di bilancio ed alla devoluzione del patrimonio in caso di scioglimento

to della società, considerate unitamente agli altri elementi testuali indicati nella sentenza impugnata, ben possono costituire validi elementi di riscontro della esclusione dello scopo di lucro della attività sociale, tenendo anche presente che - contrariamente a quanto argomentato in ricorso - tale scopo deve consistere non solo nel perseguimento di un utile (c.d. lucro oggettivo); ma anche nella volontà di ripartirlo tra i soci (c.d. lucro soggettivo), secondo principi consolidati da tempo nella giurisprudenza di questa corte. All'insussistenza del dedotto vizio di motivazione segue anche l'infondatezza dell'altra doglianza espressa nel motivo di ricorso, essendo pacifico che l'art. 35, comma 3 cit. T.U. costituisce regola applicabile alle società senza scopo di lucro.

3. Con il secondo motivo, i ricorrenti si dolgono della statuizione con la quale la corte di merito ha ritenuto inammissibile la nuova deduzione in appello, e la nuova richiesta di prova orale, di un fatto rilevante ai fini della applicazione nella specie di una normativa speciale non invocata in primo grado. Denunciano la violazione dell'art. 345 cod. proc. civ., sostenendo che la deduzione in appello del fatto consistente nell'intervenuto trasferimento di almeno il 50% degli alloggi costruiti non integra mutamento dei fatti costitutivi del diritto fatto vale-

re, né introduzione di un nuovo tema di indagine, bensì solo la modificazione del profilo giuridico, con il richiamo alla normativa della L.R. n. 18 del 1994; e che la richiesta di prova orale sul dato di fatto sopra indicato era parimenti ammissibile, trattandosi di prova indispensabile ai fini della decisione. Va tuttavia considerato che la corte d'appello ha anche rilevato che l'art. 1 della citata legge regionale ne escludeva l'applicazione agli alloggi realizzati, come nella specie, con programmi di edilizia agevolata e convenzionata. E poiché tale distinta ragione della statuizione circa la applicazione nella specie della normativa suddetta, sufficiente a sorreggerla autonomamente sul piano logico giuridico, non risulta censurata, il ricorso non merita neppure sul punto accoglimento (cfr. *ex multis* Cass. n. 24540/2009).

4. Al rigetto del ricorso consegue la condanna dei ricorrenti al pagamento delle spese in favore della resistente, che si liquidano come in dispositivo.

P.Q.M.

La Corte rigetta il ricorso e condanna i ricorrenti al pagamento delle spese del giudizio di cassazione, in Euro 2.000,00 per onorari e Euro 200,00 per spese, oltre spese generali e accessori di legge.

IL COMMENTO

di Gianluca Tarantino

L'Autore, a partire dalla sentenza che si annota, ripercorre ed illustra, in sintesi, lo stato dell'arte in materia di interpretazione dello statuto societario, richiamando le alternative, prospettate in dottrina e giurisprudenza, tra criteri ermeneutici oggettivi e criteri ermeneutici soggettivi. Esaminando, in particolare, alcune pregresse decisioni giurisprudenziali, si affronta la questione relativa alla possibilità per il Giudice di operare o meno una "riqualificazione" dello statuto societario, in presenza di una clausola statutaria che si pone in contrasto con il tipo societario formalizzato dallo statuto.

Il caso

La questione sottoposta all'attenzione della Corte di Cassazione può essere riassunta, al fine di una maggiore comprensione delle problematiche affrontate, nei termini che seguono.

Si controverte, nel caso di specie, sulla possibilità o meno, per alcuni proprietari di immobili realizzati in forza di una serie di provvedimenti normativi in tema di edilizia popolare, di sottrarsi all'applicazione della clausola prevista nei contratti di acquisto e riproduttiva della disposizione di legge, che affidava all'Istituto Case Popolari la gestione, sotto il piano amministrativo, degli immobili realizzati dal medesimo istituto, fino a che tutti gli immobili in questione risultassero venduti.

Ad avviso dei ricorrenti - proprietari, tale disposizio-

ne si porrebbe in contrasto con la disciplina inderogabile prevista per la società per azioni - tale, infatti, è la forma giuridica dell'Istituto Case Popolari costruttore degli immobili e gestore degli stessi - attribuendo ad un soggetto diverso dal proprietario la gestione e l'amministrazione del bene.

Al riguardo, i Giudici di merito - Tribunale e Corte di Appello - hanno rilevato che la materia in questione, ossia la costruzione di immobili destinati all'edilizia residenziale popolare, in presenza di condizioni di situazioni di disagio abitativo, risultava disciplinata da una normativa improntata a specifici principi posti a tutela di un interesse avente pubblica rilevanza e ritenuti, di fatto, prevalenti rispetto a quelli richiamati dagli attori (appellanti in secondo grado), previsti dalla disciplina generale della società per azioni.

Ed infatti, come anche rilevato dalla Corte di Cassazione, ma prima ancora dalla Corte di Appello, non poteva porsi in discussione il fatto, desumibile dalla lettura dello statuto, che l'Istituto Case Popolari aveva assunto la forma giuridica della società per azioni ma, in forza di alcune clausole, doveva escludersi l'attribuzione a tale ente societario, proprio per la finalità che si proponeva di attuare, dello scopo di lucro e la riconducibilità dello stesso alla disciplina prevista dal codice civile.

Secondo la Corte di Cassazione, alla stregua di un'interpretazione prevalentemente incentrata sul dato risultante dallo statuto societario dell'ente in questione, la presenza di alcune clausole - in particolare: quella che escludeva la possibilità di prevedere utili di bilancio nonché la necessaria devoluzione dei beni sociali, in caso di scioglimento, ad altro ente con le medesime finalità - non lasciava dubbi sull'assenza, per l'ente in questione, dello scopo di lucro, non potendosi in alcun modo valorizzare altri e diversi elementi, di carattere esterno, non rilevati, e non rilevabili, nell'atto costitutivo.

La sentenza in commento, pur non offrendo soluzioni innovative rispetto alla prevalente giurisprudenza in materia, rappresenta - ed in ciò può cogliersi un significativo interesse - uno dei non frequentissimi provvedimenti giudiziari relativi alla dibattuta questione dei criteri di interpretazione degli statuti societari, offrendo così l'occasione per fare il punto sullo stato dell'arte sulla materia.

Tra l'altro, la tematica affrontata - seppur incidentalmente - consente di indagare, alla stregua dei criteri ermeneutici adottati, la problematica, anch'essa assai dibattuta, sulla necessità o meno dello scopo di lucro in una società di capitali, anche in relazione alle altre tipologie societarie.

Lo scopo di lucro e la fattispecie "società"

La Cassazione, nel provvedimento in commento, affronta la questione relativa all'interpretazione dello statuto societario a partire dall'esame di alcune clausole dello statuto stesso e, in particolare, da quella relativa alla distribuzione di utili derivanti dall'attività societaria. Rilevata, pertanto, la presenza di una clausola che escludeva la possibilità di distribuire gli utili eventualmente derivanti dalla gestione societaria, la Corte di Cassazione, affermando l'impossibilità di verificare la rilevanza di altri elementi non desumibili dallo statuto societario, giunge alla conclusione che l'Istituto Case Popolari, pur avendo la forma giuridica della società per azioni, non perseguiva, istituzionalmente, uno scopo di lucro e che, di conseguenza, risultava pienamente legittima la "de-

viazione" rispetto alla disciplina codicistica e societaria dettata per la società per azioni.

In considerazione di tale rilievo del S.C., sembra opportuno svolgere alcune considerazioni sulla questione appena segnalata, posto che la qualificazione di un ente societario, in ordine al perseguimento dello scopo di lucro o meno, si pone in termini di immediata rilevanza per quanto concerne la ulteriore problematica relativa all'interpretazione dello statuto societario stesso.

Del resto, e la annotazione si evince da una diretta analisi dell'art. 2247 c.c., lo scopo lucrativo costituisce - probabilmente - l'aspetto essenziale del contratto di società, essendo lo stesso, come già accennato in precedenza, elemento di qualificazione della fattispecie societaria (1), tale da distinguerla da altre, e differenti, strutture associative ma anche, a dire della dottrina maggioritaria, dalla fattispecie dell'impresa individuale (2).

La stessa Cassazione, puntualmente, ha precisato che lo scopo di lucro deve intendersi non solo come risultato dello risultato dell'attività economica che i soci decidono di svolgere in comune (lucro oggettivo) ma anche nei termini di perseguimento, obiettivo, di un utile da parte dei soci stessi (lucro soggettivo). Tale aspetto costituisce, quindi, l'elemento distintivo della fattispecie societaria da altre fattispecie associative, pur con la dovuta precisazione che non può escludersi la presenza della "fattispecie" società in assenza dello scopo lucro (3).

Proprio lo scopo lucrativo, soprattutto relativamente al profilo soggettivo - ossia, in termini ampi, come vantaggio perseguito e percepito dagli associati - si ritrova, seppur in forma strutturalmente differenziata, nell'ambito delle società cooperative e anche nelle società consortili. Mentre le prime perseguono uno scopo mutualistico che attiene alla realizzazione di vantaggi non meramente economici dei consorziati - sotto la forma, in genere, di acquisto di beni o servizi ad un prezzo inferiore o di una remunerazione di lavoro ad un importo più alto rispetto a quello comunemente applicabile al medesimo servizio offerto

Note:

(1) Preite, *La destinazione dei risultati nei contratti associativi*, Milano, 1988, 265; per una fattispecie peculiare, relativa al rapporto tra attività d'impresa e finalità di lucro - nel caso specifico, di un'attività ospedaliera gestita da un ente ecclesiastico - cfr. Cass., 19 giugno 2008, n. 16612, in *Dir. Eccl.*, 2008, I, 731.

(2) G. Santini, *Tramonto dello scopo lucrativo nelle società di capitali*, in *Riv. dir. civ.*, 1973, I, 151.

(3) La questione non può, ovviamente, ridursi ad una mera valutazione di confronto tra modello e fattispecie: cfr., per un approccio giuspolitico, G. Oppo, *Diritto dell'impresa e morale sociale*, in *Riv. dir. civ.*, 1992, I, 15.

- nelle seconde l'intento consortile si attua per il tramite della realizzazione di strutture organizzative tendenti alla riduzione dei costi ed alla semplificazione delle attività svolte dai consorziati (si pensi, a mero titolo di esempio, alla realizzazione di un unico ufficio che curi la contabilità per tutti i consorziati) (4).

In relazione ai rapporti tra ente societario e scopo del medesimo, proprio a conferma della complessità del tema sin qui (sommariamente) esplorato, deve altresì osservarsi che, secondo il combinato disposto degli artt. 2247 e 2249 c.c., è possibile rilevare una sostanziale dissociazione dell'assetto societario dallo scopo di lucro, nel senso, in particolare, che «*se l'esercizio collettivo di un'attività di impresa a fini di lucro non che può che rivestire la forma societaria, non è detto che il modello organizzativo debba essere necessariamente ed unicamente finalizzato alla distribuzione di utili tra i soci*» (5); in altri termini, è ben possibile, soprattutto in forza della legislazione speciale, sostenere il principio della sostanziale "neutralità" della struttura societaria, potendo semplicemente improntarsi la stessa, anziché al perseguimento dello scopo di lucro, a criteri di economicità, ovvero per realizzare il tendenziale pareggio tra costi e ricavi (6).

Il rilievo della sussistenza o meno dello scopo lucrativo di una società costituisce un elemento essenziale per l'interprete che si accinge ad una disamina ermeneutica dello statuto societario, nonché, all'esito di tale procedimento, per una qualificazione (o riqualificazione) della fattispecie esaminata rispetto alle risultanze statutarie.

L'interpretazione degli statuti societari: il dibattito in essere

Le indicazioni in precedenza fornite in ordine alla necessità dello scopo lucrativo nella società per azioni possono ben rappresentare il punto di partenza per affrontare la questione, anch'essa nota e da tempo individuata, relativa all'utilizzabilità per gli statuti societari delle regole interpretative dettate in materia contrattuale nonché, sotto un distinto - ma connesso - profilo, per l'individuazione di eventuali regole che possono portare ad una eventuale "riqualificazione" dell'assetto societario nei termini effettivamente corrispondente ai connotati dello statuto (7).

È altresì noto che la questione che si va ora ad affrontare risente, indubbiamente, di almeno due "sensazioni intuitive" (8): da un lato, la circostanza che l'origine dello statuto si colloca nell'ambito dell'autonomia privata, che ne rappresenta, in effetti,

una concreta esplicazione; dall'altra, la ulteriore circostanza per la quale risultano evidenti le differenze tra lo statuto societario e la fattispecie contrattuale, se si pone mente al fatto che, tra l'altro, lo statuto societario incide, necessariamente, anche sulla sfera giuridica dei terzi nonché all'ulteriore rilievo che lo statuto non è concepito, a differenza del contratto, per la regolamentazione di un solo rapporto giuridico patrimoniale ma per regolare un'operatività gestionale che si protrae nel tempo (9).

In tale contesto, appare altresì evidente che il legi-

Note:

(4) Le società cooperative, infatti, pur se strutturate, con i necessari adattamenti, sul "tipo" della società per azioni, costituiscono un modello societario che presenta un netto distacco dall'elemento maggiormente caratterizzante la società per azioni: lo scopo lucrativo, sostituito dallo scopo mutualistico. Del resto, proprio in tema di società cooperativa si è sviluppata, con maggiore evidenza rispetto alle società lucrative, la tematica dei diritti individuali dei soci, a partire dalla considerazione che il «*rapporto giuridico tra società e soci mediante il quale si attua la mutualità [ha] per contenuto tipico e costante il diritto del socio alla prestazione della società*»: cfr. G. Oppo, *L'essenza della società cooperativa e gli studi recenti*, in *Riv. dir. civ.*, 1959, I, 369 e Id., *Scritti giuridici*, II, Padova, 1992, 527; cfr., sul punto, Cass., 25 settembre 1999, n. 10602, in *Società*, 2000, 307; Cass., 8 settembre 1999, n. 9513, in *Giust. civ.*, 2000, I, 365.

(5) G. Grippo-P. Morandi, sub Art. 2247, in *Commentario delle società*, a cura di G. Grippo, Torino, 2009, 1, 15.

(6) La questione risulta ampiamente dibattuta con riferimento alle società di diritto speciale, ossia alle società che presentano, in forza di un determinato provvedimento di legge, una specifica struttura organizzativa, comunque dissimile da quella di diritto comune prevista dal codice civile nonché in relazione al fenomeno, oramai di grande rilevanza, delle società per azioni in mano pubblica: cfr. Bonelli-Roli, voce *Privatizzazioni*, in *Enc. dir.*, agg., IV, Milano, 2000, 994, 997.

(7) In giurisprudenza si sottolinea, di frequente, l'esigenza di differenziare, per quanto già illustrato nel testo, le tecniche ermeneutiche per l'interpretazione degli statuti societari, preferendo l'adozione di criteri oggettivi; a tali affermazioni non sono seguite però, in pratica, effettive applicazioni di tali criteri: cfr. Cass., 12 dicembre 2006, n. 26683, in *Foro It., Rep.*, 2006, voce *Società*, n. 614; Cass., 5 gennaio 1991, in *Società*, 1991, 189; Trib. Bologna, 15 giugno 2010, in *Società*, 2010, 1273; Trib. Milano, 4 maggio 1990, in *Giur. Comm.*, 1990, II, 458 (sulla quale cfr. Ibba, *L'interpretazione degli statuti societari tra criteri oggettivi e criteri soggettivi*, in *Riv. dir. civ.*, 1995, I, 536, per il quale, nel solco di quanto poc'anzi affermato, «*la prima sensazione è che non solo la propensione per una ricerca oggettiva è spesso dichiarata senza poi essere seguita: ma la contraddizione così rintracciata fra la teoria e la pratica dell'interpretazione degli statuti è causa, almeno in qualche caso, da una vera e propria "confusione di lingue"*»); decisamente peculiare, invece, seppur a livello di enunciazione di principio, senza che a ciò abbia fatto seguito una effettiva interpretazione secondo il criterio di cui all'art. 1362 comma 2, è espressa da App. Milano, 28 novembre 1997, in *Giur. It.*, 1998, 1201.

(8) Angelici, *Appunti sull'interpretazione degli statuti di società per azioni*, in *Riv. dir. comm.*, 1993, I, 798

(9) Il complesso rapporto tra contratto di società ed impresa è stato di recente ripreso da Angelici, *Introduzione alla riforma delle società di capitali*, in *Il nuovo diritto delle società*. Liber amicorum Gian Franco Campobasso, Torino, 2009, 1, 5.

slatore, nel formulare le regole dell'interpretazione del contratto sembra aver adottato, come modello di riferimento, la categoria dei contratti di scambio e non dei contratti associativi che si caratterizzano, nei suoi termini essenziali, per una prevalente finalità organizzativa legata, come visto sopra, allo svolgimento di una serie di operazioni e, in particolare, alle regole di gestione dell'impresa in forma societaria (10).

Il discorso sull'interpretazione degli statuti societari è stato largamente impostato, sino a tempi recenti, sulla sostanziale alternativa tra l'applicazione dei criteri interpretativi previsti per il contratto (11) e quelli relativi all'interpretazione della legge (12), mentre più volte si è evidenziato come il criterio di cui all'art. 1362 comma 2 c.c., risulti di difficile applicazione (13).

Con riferimento al rilievo da ultimo evidenziato, infatti, si è rilevata la necessaria prevalenza dell'indagine sul "senso letterale delle parole" rispetto all'indagine sulla "comune intenzione delle parti"; non senza sottolineare, peraltro, come più che di difficile applicazione, si rende necessaria una diversa modalità applicativa del canone ermeneutico in parola, nel senso di renderlo finalizzato all'individuazione dell'oggettivo atteggiarsi dell'organizzazione (14).

Senza contare che, in relazione al profilo poc'anzi evidenziato - ma anche in termini più generali, relativamente all'intera problematica dell'interpretazione dello statuto societario - emerge l'alternativa, che rappresenta effettivamente lo snodo centrale del problema in questione, tra le diverse prospettive che si offrono all'interprete; come autorevolmente osservato, infatti, «dalla valutazione delle compagine come termine di riferimento della fattispecie regolamentare ed anche a questo fine centro di interesse unitario discenderebbe, infatti, la considerazione del regolamento come atto negoziale (ponendosi in primo piano il momento dell'autoregolamento), mentre, diversamente, il collegamento tra organismo collettivo e sfera individuale, evidenziando i profili autoritativi (...) conduce all'esclusione di tale configurazione» (15).

Proprio da più parti, peraltro, ed all'esito di una valutazione risultante, anche, da una verifica "sul campo" dei criteri interpretativi adottati, si è osservato che il problema di maggior rilievo risulta essere quello delle clausole ambigue e, quindi, di quale meccanismo integrativo utilizzare per sciogliere il dubbio sul reale significato della clausola; o di quello, analogamente assai significativo, riguardante l'ipotesi di lacune dello statuto societario, con conseguente necessità di attingere ad una data disciplina regolamentare (legislativa o contrattuale). Ed è

apparso ad un autorevole studioso della materia opportuno optare per una soluzione caratterizzata da un metodo casistico, che faccia riferimento alla concreta funzione della clausola statutaria rispetto alla quale il problema si pone (16).

La questione finora affrontata, nei suoi termini essenziali, presenta peraltro ulteriori profili di peculiarità, tali da rendere opportuno, effettivamente, un diverso approccio rispetto alla tradizionale civilistica che si è confrontata con i numerosi problemi posti dall'interpretazione del contratto; l'annotazione di rilievo, in tale contesto, e della quale si è fatto cenno in precedenza, riguarda la sostanziale valenza organizzativa dello statuto societario, intendendosi, con tale riferimento, la circostanza che lo statuto societario, più che fornire una regolamentazione di un assetto patrimoniale tra le parti, ha il precipuo scopo di dettare le regole di gestione della struttura associativa (17); regole che, in particolare, hanno effi-

Note:

(10) Si confrontino, sul punto, in merito al rapporto tra intervento in assemblea e diritto di voto, le riflessioni di C. Angelici, *Note in tema di procedimento assembleare*, ora in *Id., Attività e organizzazione. Studi di diritto delle società*, Torino, 2007, 71, spec. 78, il quale, dal rilievo che è ora consentito, senza particolari limitazioni, il voto per corrispondenza, esclude che possa avere rilievo autonomo il diritto di intervento in assemblea e che, quindi, non possa costituire un vizio della delibera assembleare la mancata partecipazione di persone non legittimate al voto se tale mancanza non incide sul risultato finale.

(11) Capobianco, *La determinazione del regolamento*, in *Trattato del contratto*, Milano, 2006, 2, 371; Rizzi, *Interpretazione del contratto e dello statuto societario*, Milano, 2002, *passim*.

(12) Così Scorza, *Gli statuti degli enti a tipo associativo con particolare riguardo alle società di commercio*, Roma, 1934; Corapi, *Gli statuti delle società per azioni*, Milano, 1971.

(13) Pennabasilico, *L'interpretazione dei contratti tra relativismo e assiologia*, in *Rass. dir. civ.*, 2005, 725, 750; Rizzi, *Interpretazione del contratto*, cit., 511; più articolata la posizione di Ibba, *L'interpretazione degli statuti societari*, cit., 537.

(14) Il problema della possibile applicazione del criterio di cui all'art. 1362 comma 32, si pone soprattutto in relazione all'individuazione del c.d. materiale poststatutario in relazione agli effettivi modi di attuazione dell'assetto societario: cfr. sul punto, Grassetti, *Sull'interpretazione degli statuti di società commerciale*, ora in *L'interpretazione del negozio giuridico*, Padova, 1983, 293; Corapi, *Gli statuti*, cit., 342; G. Oppo, *Profili dell'interpretazione oggettiva del negozio giuridico*, ora in *Scritti Giuridici*, III, Padova, 1992, 175.

(15) Del Prato, *I regolamenti privati*, Milano, 1988, 40. Circa il dualismo tra momento individuale e momento collettivo, soprattutto in relazione ai profili interpretativi, cfr. Gorla, *In tema di interpretazione degli statuti sociali*, in *Temi*, 1946, 143.

(16) Angelici, *Appunti sull'interpretazione degli statuti di società per azioni*, cit. 814.

(17) Il profilo dell'assetto organizzativo dell'impresa commerciale, individuale o associativa, è aspetto ben noto da tempo: cfr. la lucida analisi di G. Ferri, voce *Diritto commerciale*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964; ma soprattutto, cfr. P. Ferro Luzzi, *I contratti associativi*, Milano 1971, *passim*.

cacia anche nei confronti dei terzi (18). Non è mancato, infatti, chi ha osservato - ed il rilievo evidenziato merita senz'altro di essere condiviso - che in tale ambito, la questione relativa all'interpretazione dello statuto societario si interseca, in maniera significativa, con quella dell'opponibilità delle regole dettate dallo statuto, fornendo quindi un ulteriore tassello rispetto alla disciplina già dettata dall'art. 2384 c.c. (19).

La circostanza, quindi, che lo statuto, per il quale è prevista una specifica forma a pena di nullità, fornisca le regole interne alle società ma con rilievo anche esterno, induce ad escludere ogni eventuale tentativo di far rilevare eventuali "intenzioni dei contraenti" difformi da quelle consacrate nello statuto.

La prospettiva sin qui tracciata, soprattutto se valorizzata da un approccio tendenzialmente casistico, potrebbe altresì trovare una conferma da un esame - che può certo limitarsi ad un mero cenno - della sostanziale differenza che il legislatore riconosce all'autonomia privata relativamente alla possibilità (o alla impossibilità) di definire e costituire fattispecie diverse rispetto a quelle previste normativamente; ed è ben noto che, mentre l'art. 1322 c.c. lascia largo spazio alla "creatività" nel fenomeno contrattuale (20), ben limitati sono gli spazi di autonomia riconosciuti nell'ambito societario, dove le figure previste dal codice (o dalla disciplina speciale) appaiono rigidamente tipizzate, con la sola facoltà riconosciuta all'operatore di modificare il profilo organizzativo interno (21) ma, certamente, non quello esterno (22). Del resto, le forme di autonomia poc'anzi ricordate assumono una diversa prospettiva - ma soprattutto, una diversa finalità - se, come autorevolmente affermato, «*diversamente configurabile e diversamente atteggiandosi è, nelle singole situazioni, il rapporto tra autorità privata e ordine giuridico; diverso il potere di intervento dell'ordinamento nell'attività privata, sì che l'autonomia individuale nelle singole situazioni assume un significato e una portata diversi*» (23).

Le singolarità evidenziate in merito alla funzione interna ed ai profili organizzativi con rilevanza esterna degli statuti societari, anche in relazione al regime di pubblicità cui è soggetto lo statuto stesso, inducono l'operatore del diritto, ad avviso di chi scrive, ad una riconsiderazione, ai fini dell'interpretazione dello statuto, dei criteri ermeneutici previsti dalla legge e, comunque, ad una valutazione, per la questione dell'integrazione dello statuto stesso in presenza di lacuna, di carattere oggettivo; in tale prospettiva, la "comune intenzione dei contraenti" non può che individuarsi secondo la forma prevista dallo statuto stesso per la manifestazione della "volontà" della socie-

tà: solo per il tramite degli strumenti - deliberativi - della società si può quindi individuare l'effettiva intenzione dei soci (contraenti originari e contraenti successivi) (24).

Note:

(18) In senso analogo, seppur con riferimento alla tematica della simulazione, cfr. G. Ferri, *Simulazione di società commerciali e diritto dei terzi*, in *Scritti Giuridici*, Roma, 1990, III, 2, 802.

(19) La questione presenta numerosi profili di collegamento con la problematica della nullità della società, per la quale si rinvia al classico volume di C. Angelici, *La società nulla*, Milano, 1974; sulla circostanza che le "regole" del diritto societario siano dettate a tutela della società, più che dei terzi che entrano in contatto con la stessa, cfr. F. Galgano, *La società per azioni. Le altre società di capitali, Le cooperative*, Bologna, 1981, 59; analogamente, sul punto, Bocchini, *I vizi della costituzione e la "nullità della società per azioni"*, Napoli, 1977, 35; ma già in precedenza, per un approccio simile, Arena, *Contributo allo studio dell'invalidità del contratto sociale e della sopravvivenza della società*, in *Riv. soc.*, 1970, 280, sul presupposto che «con l'art. 2332 c.c. e con le norme che esplicitamente o implicitamente lo richiamano, il legislatore non ha posto in essere una disposizione eccezionale, come tale inapplicabile oltre il caso considerato, ma ha recepito la realtà della sopravvivenza della società all'invalidità della sua fonte (contratto), cioè ha riaffermato il principio che certe realtà meramente storiche hanno rilevanza giudica. E ciò perché il legislatore (che non crea né può deformare o soffocare i fatti, ma deve limitarsi a disciplinarli) non può chiudere gli occhi al cospetto dell'evidenza»; *contra*, in particolare, Macrì, *Contratto e persona giuridica nella società per azioni nulla*, in *Riv. dir. civ.*, 1984, I, 21, spec. 34, il quale, in particolare, individua nel dettato di cui all'art. 2332 c.c. «*non un intento conservativo, ma al contrario una volontà di dissoluzione della società* [corsivo dell'A.]»; nella medesima prospettiva, Angelici, *La costituzione della società per azioni*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di P. Rescigno, Torino, 1985, XVI, 270.

(20) Su tale argomento, anche per opportuni riferimenti, si rinvia a: Romano, *Autonomia privata*, in *Riv. trim. dir. proc.*, 1956, 803 ss.; L. Ferri, *L'autonomia privata*, Milano, 1959; Sacco, voce *Autonomia nel diritto*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, Torino, I, 517 ss.; Mengoni, *Autonomia privata e Costituzione*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1997, I, 1 ss.; Grisi, *L'autonomia privata*, Milano, 1999. Di recente, cfr. Alpa, *Autonomia delle parti e libertà contrattuale*, oggi, in *Riv. critica dir. priv.*, 2008, 571.

(21) Certamente maggiori spazi - ma non sotto il profilo dell'opponibilità e del regime della responsabilità patrimoniale - sono riconosciuti ai soci nell'ambito della "nuova" società a responsabilità limitata: ampiamente, G. Zanarone, *Della società a responsabilità limitata*, Milano, 2010.

(22) È d'obbligo il riferimento alla tesi di P. Spada, *La tipicità delle società*, Milano, 1974, per il quale, in particolare, a costituire un numero chiuso non sono i modelli societari ma i regimi delle responsabilità e, da ultimo, Id., *Diritto Commerciale*, I, Padova, 2004, 91. L'aspetto, per il profilo segnalato, è sostanziale irrilevante, posto che la tipicità viene richiamata quale essenziale elemento di tutela dei terzi, proprio tramite i "tipici" regimi di responsabilità; per una analoga impostazione, cfr. Cass. 12 aprile 2005, n. 7536, in *Società*, 2006, 715.

(23) G.B. Ferri, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1996, 5.

(24) Evidenza proprio la necessità di un diverso approccio C. Scognamiglio, *L'interpretazione, in I contratti in generale*, a cura di E. Gabrielli, 2, Milano, 2006, 1062, il quale rileva che «*il criterio ermeneutico basato sul comportamento delle parti - anche successivo alla conclusione del contratto - rivela dunque, già con* (segue)

Diverso, almeno parzialmente, può essere il discorso in relazione al canone interpretativo in commento, nell'ipotesi di società "chiusa" e che non fa ricorso al mercato, potendosi immaginare la compagine societaria in termini di minore propensione all'operatività esterna; in tale ipotesi, seppur tramite il filtro dello strumento deliberativo, può ben assurgere ad elemento di maggior rilievo, nell'assetto societario, l'effettiva intenzione dei soci contraenti, rispetto alle risultanze oggettive dello statuto stesso (25).

Interpretazione e "riqualificazione" dello statuto societario

Quanto evidenziato nelle pagine che precedono può fornire all'interprete interessanti spunti per sciogliere l'alternativa - che si pone in termine tra riqualificazione della società e dichiarazione di nullità della clausola o della società stessa - che si verifica nell'ipotesi in cui dovesse emergere la incompatibilità di una clausola dello statuto rispetto al tipo societario adottato.

Tra i casi - non frequentissimi, peraltro - portati all'attenzione dell'autorità giudiziaria, deve segnalarsi la fattispecie della società per azioni per la quale lo statuto prevedeva, in sostanza, limitazioni così elevate alla circolazione delle partecipazioni azionarie da renderle, in sostanza, non trasferibili. Sulla questione, risultano adottate dalla giurisprudenza entrambe le soluzioni astrattamente prospettabili: in un caso, infatti, si è sostenuta la possibilità, da parte del Giudice adito, di operare una riqualificazione dell'ente organizzativo secondo il tipo societario compatibile con la clausola prescelta (26); nell'altro caso, per contro, si è ritenuto di dover dichiarare la nullità della clausola in questione e, trattandosi di clausola che si poneva radicalmente in contrasto con la struttura societaria prescelta, di conseguenza, della società stessa, secondo quanto previsto dall'art. 2332 n. 1 c.c. (mancanza dell'atto costitutivo) (27). La posizione da ultima espressa appare maggiormente persuasiva, soprattutto se si pone mente alla circostanza che l'intero diritto societario, come visto, è permeato dalla garanzia dell'affidamento e dalla certezza dei traffici: certezze che risulterebbero inevitabilmente eluse se i creditori si venissero a trovare di fronte, ad esempio, ad una s.r.l. "riqualificata" anziché ad una società per azioni, come descritta e risultante dallo statuto.

Al di là, peraltro, di tale rilievo, sostanzialmente empirico ma di indubbia forza, soprattutto in una materia, come quella commerciale, dove il formalismo assume, a buona ragione, elemento sostanziale

(28), vi è un altro aspetto che esclude la possibilità di far ricorso all'opzione descritta per prima.

Secondo l'art. 2331 c.c., infatti, la società per azioni assume personalità giuridica una volta iscritta nel registro delle imprese; da tale momento, ogni attività della stessa si muove lungo le direttive - organizzative - dettate dallo statuto e dall'atto costitutivo: tanto più che anche la nullità della società, contrariamente al regime dei contratti, prevede una particolare disciplina e tanto più che l'art. 2331 comma 2 c.c. prevede una particolare responsabilità risarcitoria per le operazioni compiute prima dell'iscrizione (29).

In altri termini, si ha la sensazione che l'opera di qualificazione (o di riqualificazione) dello statuto societario - o, comunque, del contratto di società - possa essere eventualmente compiuta solo nella fase antecedente all'iscrizione nel registro delle imprese, posto che la società non è - ancora - venuta ad esistere ma si debba escludere nella fase successiva, in forza del carattere imperativo da attribuirsi alla disciplina in tema di pubblicità costitutiva. Come autorevolmente affermato, infatti, «la pubblicità, come dichiarazione alla generalità, importa una presunzione di verità dei fatti iscritti, capace di generare un affidamento nei terzi e una responsabilità in chi l'ha attuata volontariamente» (30).

Il problema della eventuale "riqualificazione" del

Note:

(continua nota 24)

riferimento allo specifico problema dell'interpretazione dei contratti associativi (e, segnatamente, degli statuti delle società per azioni), la sua peculiare attitudine a privilegiare il significato del contratto stesso qual è obiettivamente apprezzabile nell'ambito della realtà economico - sociale in cui è destinato ad inserirsi"; analogamente, Marucci, *Conversione sostanziale e procedimento di qualificazione del contratto*, Napoli, 2006, spec. 120 ss.

(25) Così, Coll. arb., 29 luglio 2008, in *Banca borsa tit. cred.*, 2009, II, 493

(26) Cass., 23 febbraio 1984, n. 1296, in *Nuova Giur. Civ.*, 1985, I 197; analogamente, cfr. Cass., 14 ottobre 1958, n. 3251, in *Foro It.*, 1958, I, 1617; tale soluzione aveva ricevuto numerose critiche dalla dottrina, che ne aveva evidenziato l'erroneità: cfr., ad esempio, Montagnani, *La verifica del "tipo sociale" e una recente vicenda giudiziaria*, in *Riv. dir. civ.*, 1998, II, 1 ss.

(27) Cass., 10 dicembre 1996, n. 10970, in *Nuova giur. civ.*, 1998, I, 134; in *Giur. comm.*, 1998, II, 31.

(28) Così, ampiamente, Libonati, *La categoria del diritto commerciale*, in *Riv. soc.*, 2002, 1.

(29) Per una concreta applicazione del fenomeno della responsabilità prima dell'iscrizione e per l'impossibilità, tra l'altro, della riqualificazione della società una volta effettuata l'iscrizione nel registro delle imprese, cfr. Cass., Sez. Un., 20 maggio 2010, n. 12339, in *C.E.D. Cass.*, 2010.

(30) G. Ferri, *Delle società, Commentario al codice civile*, a cura di Scialoja-Branca, Roma-Bologna, 1981, 76.

contratto di società si intreccia, a ben vedere e come già in precedenza rilevato, con la questione degli effetti del contratto nei confronti dei terzi: proprio la presenza di una data pubblicità ha indotto il legislatore a ridurre al minimo i casi in cui si possa dichiarare la nullità della società e, comunque, ex art. 2332 commi 2 e 3 c.c., la nullità non travolge gli obblighi assunti dalla società nei confronti dei terzi.

Nell'ambito societario, quindi, il problema interpretativo, si pone in termini opposti rispetto all'approccio tenuto usualmente in tema di interpretazione del contratto, posto che nel secondo caso, come recentemente affermato, la funzione dell'interpretazione è diretta ad indagare la «volontà delle parti contraenti e, quindi, [il] rapporto tra tale volontà e gli effetti che le parti hanno inteso programmare» (31).

Pur con tutti i limiti derivanti dalla sommarietà dell'esposizione sin qui tracciata, sembra potersi affer-

mare che, proprio per l'ineludibile circostanza per la quale lo statuto societario ha riflessi anche nei confronti dei terzi, non sia possibile operare una riqualificazione dello stesso in senso differente rispetto a quanto concordato dai soci e puntualizzato nello statuto stesso; la presenza di clausole assolutamente inconciliabili con il tipo societario prescelto avrà come conseguenza la nullità della clausola nonché la nullità della società stessa: ma in forza dell'art. 2332 c.c., le obbligazioni assunte nei confronti dei terzi rimarranno comunque in vigore (32).

Note:

(31) G. Giacobbe, *L'interpretazione del contratto*, in *Diritto civile*, I, 2, Milano, 2010, 535, spec. 539.

(32) Un tentativo di limitare l'alternativa descritta nel testo, nel senso di rendere applicabile l'istituto della nullità parziale ex art. 1419 c.c. è proposto da P. Spada, *Autorità e libertà nel diritto della società per azioni*, in *Riv. dir. civ.*, 1996, I, 703.

RIVISTE

Il Diritto industriale

Bimestrale di dottrina e giurisprudenza sulle creazioni intellettuali e sulla concorrenza

Direzione scientifica: Giorgio Florida

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

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

NOVITÀ 2010:

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

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

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

Abbonamento annuale: € 168,00

Per informazioni e acquisti

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



Danno contrattuale

Responsabilità medica: prova della diligenza nell'intervento a basso rischio

CASSAZIONE CIVILE, Sez. III, 7 giugno 2011, n. 12274 - Pres. Filadoro - Est. Barreca - P.m. Russo - F. B. c. Gestione Liquidatoria cessata Azienda USSL, Unità Socio Sanitaria Locale, Ambito Territoriale X

La presunzione di colpa dalla quale, ai sensi dell'art. 1218 c.c., è gravato il medico nei confronti del paziente che ne invochi la responsabilità professionale, può essere superata dal sanitario dimostrando che l'insuccesso dell'intervento sia dipeso da un evento imprevedibile e non prevenibile con l'uso dell'ordinaria diligenza da lui esigibile. È, pertanto, correttamente motivata la sentenza di merito la quale abbia escluso la responsabilità dei sanitari nel caso di infezione intra-operatoria, (nella specie, intervenuta nel corso di parto cesareo trattato con la c.d. tecnica di Stark), quando sia stato accertato che l'intervento era indifferibile ed era stato correttamente eseguito.

ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI

Conforme	Cass., 8 ottobre 2008, n. 24791, in <i>Foro it. Rep.</i> , 2008, voce <i>Professioni intellettuali</i> , n. 123; Cass. 26 settembre 2009, n. 20806, in <i>Resp. civ.</i> , 2010, 92 ss.; Cass., 15 ottobre 2009, n. 975, in <i>Foro it.</i> , 2010, I, 994 ss.
Difforme	Non sono stati rinvenuti precedenti in termini.

Svolgimento del processo

1. La signora F.B. chiese al Tribunale di Milano il risarcimento dei danni che assumeva di avere sofferto in conseguenza della responsabilità dei sanitari che l'avevano avuta in cura presso l'Ospedale (*Omissis*), dove era stata ricoverata in stato di gravidanza a termine.

Si costituirono le convenute Azienda Ospedaliera Istituti Clinici di Perfezionamento e la compagnia di assicurazioni Assitalia ed, a seguito di chiamata in causa da parte della prima, la Gestione Liquidatoria della cessata USSL (*Omissis*), cui faceva capo l'Ospedale (*Omissis*). Quest'ultima citò in un separato giudizio le proprie compagnie di assicurazione Assitalia e Generali e questo procedimento venne riunito a quello preventivamente instaurato dalla signora F.

2. Il Tribunale di Milano, pronunciata l'estinzione del giudizio fra l'attrice e l'Azienda Ospedaliera, dichiarò inammissibile la domanda proposta dall'attrice direttamente nei confronti di Assitalia, rigettò tutte le altre sue domande e la condannò al pagamento delle spese in favore di Assitalia; compensò inoltre, nei confronti delle altre parti, le spese sostenute fino alla precisazione delle conclusioni, condannando la stessa attrice al pagamento di quelle successive, nonché al pagamento delle spese di CTU.

3. Avverso la sentenza del Tribunale di Milano propose appello la signora F.; la Gestione Liquidatoria e le compagnie di assicurazione Assitalia e Generali si costituirono, resistendo al gravame.

La Corte d'Appello di Milano ha rigettato l'appello ed ha condannato l'appellante al pagamento delle spese del secondo grado di giudizio in favore delle appellate costituite.

4. Avverso la sentenza della Corte d'Appello di Milano propone ricorso per cassazione F. B., a mezzo di un articolato motivo, illustrato da memoria. Si difendono la Gestione Liquidatoria, nonché Assicurazioni Generali S.p.A. ed INA Assitalia S.p.A. (quale incorporante di Assitalia - Le Assicurazioni d'Italia S.p.A.) con due distinti controricorsi, il secondo illustrato da memoria.

Motivi della decisione

1. Con l'unico motivo di ricorso si denuncia il vizio di violazione e falsa applicazione di una norma di diritto ex art. 360 c.p.c., n. 3, in relazione all'art. 1218 cod. civ. Sostiene la ricorrente che, dovendosi applicare tale ultima norma in ragione della fonte contrattuale del rapporto giuridico intercorso tra l'attrice e l'Ospedale (*Omissis*) e ricadendo su quest'ultimo l'onere di dimostrare che aveva correttamente eseguito la propria prestazione e che

L'infezione contratta dalla signora F. fosse conseguenza di una causa non imputabile alla struttura ospedaliera, il convenuto appellato non avrebbe assolto a tale onere e la Corte d'Appello, errando in *iudicando*, avrebbe giustificato «tale mancanza in ragione della tecnica disposta d'ufficio dal Tribunale di Milano». Aggiunge la ricorrente che questa consulenza avrebbe chiaramente indicato che l'infezione così come contratta dalla signora F. era da intendersi quale infezione di «natura esogena» ed avrebbe altresì indicato «chiaramente che l'infezione contratta da parte della ricorrente era la conseguenza diretta dell'operazione di apertura della cavità uterina a seguito di contaminazione meta-chirurgica»: secondo la ricorrente, l'ente convenuto in giudizio non avrebbe mai dimostrato che tale infezione fosse da annoverarsi tra le ipotesi di caso fortuito ovvero che il suo verificarsi fosse da ricondursi ad un fatto/evento non attribuibile alle prestazioni che l'ente in questione avrebbe dovuto erogare; al contrario, l'attrice avrebbe puntualmente assolto il proprio onere probatorio fornendo la prova del contratto, dell'insorgenza della nuova patologia, nonché del nesso di causalità tra l'azione o l'omissione del debitore e l'evento dannoso. In particolare, la ricorrente si duole del mancato espletamento delle prove richieste, con riferimento alla corretta sterilizzazione della sala operatoria e degli strumenti chirurgici ed alla corretta e veritiera compilazione della cartella clinica, che, secondo la ricorrente, avrebbero consentito di valutare se l'ospedale aveva correttamente e puntualmente adempiuto a tutte le obbligazioni assunte nei confronti della signora F. dal momento del ricovero.

1.2. La sentenza impugnata esamina, uno per uno, tutti i motivi di appello, dandone adeguata confutazione sulla base delle risultanze sia della relazione peritale che del suo supplemento, disposti nel corso del giudizio di primo grado. In particolare, valuta i motivi di appello concernenti:

- la scelta della tecnica adottata dal personale medico per l'esecuzione del taglio cesareo (tecnica Stark), censurata sia sotto il profilo della sua natura sperimentale e dell'idoneità in sé a causare infezioni sia sotto il profilo dell'esperienza professionale maturata dai sanitari che l'avevano applicata;
- la responsabilità dei medici o, comunque, della struttura ospedaliera, non solo nella scelta di detta tecnica, ma anche nello svolgimento dell'intervento chirurgico e nella somministrazione delle cure successive;
- la cattiva lettura dei dati riportati dal CTU nella relazione supplementare in merito alle percentuali di verifica di analogo evento in casi simili;
- la causa dell'intervento chirurgico successivo di revisione della cavità uterina.

1.3. Il ricorso non è direttamente riferito o riferibile alle questioni oggetto della prima e dell'ultima censura, in sé considerate e come sopra riportate, ovvero alle questioni connesse alla diagnosi di insorgenza dell'infezione ed alle cure successive.

Infatti, per come risulta dall'intera parte illustrativa ed anche dalla sintesi sopra riportata, il motivo si appunta,

in diritto, sulla mancata dimostrazione da parte della struttura ospedaliera di un evento impreveduto ed imprevedibile idoneo ad escludere la sua responsabilità per inadempimento; ed, in fatto, sulla censura per cui la causa della peritonite sarebbe da ricercarsi nella contaminazione della cavità uterina, della quale, proprio sulla base delle risultanze della CTU ed in mancanza di prova contraria da parte della convenuta appellata, dovrebbe rispondere quest'ultima, essendo rimasta ignota la causa di detta contaminazione, avendo il CTU indicato come di «natura esogena» l'infezione e quindi ascrivibile anche alla mancata asepsi della sala chirurgica o degli strumenti chirurgici ovvero alla contaminazione da parte di germi esogeni della cavità uterina aperta durante l'intervento di taglio cesareo.

1.4. Il motivo è in parte infondato ed in parte inammissibile.

La Corte d'Appello ha qualificato correttamente il rapporto come contrattuale ed, in diritto, ha tratto tutte le dovute conseguenze applicative dell'art. 1218 cod. civ., anche con riguardo al particolare aspetto della controversia che è specifico oggetto di censura.

Nel valutare le risultanze della consulenza tecnica d'ufficio la Corte di merito ha preso in esame anche quanto detto dal consulente a proposito dell'evenienza infettiva e ha ricondotto l'infezione ad un evento impreveduto e comunque non evitabile, né imputabile alla condotta dei sanitari. Infatti, per un verso, ha escluso che fosse ascrivibile a colpa dei sanitari la causa mediata dell'infezione, vale a dire la scelta dell'intervento chirurgico d'urgenza, ritenuto indifferibile, e della tecnica operatoria, ritenuta giustificata e non sperimentale; per altro verso, ha ascritto la contaminazione della cavità addominale da parte di germi, della quale indubbiamente l'intervento chirurgico era stato occasione (o causa mediata), ad una complicità che può sì verificarsi per interventi quale quello subito dall'attrice, ma in una percentuale talmente bassa che è da escludere che il relativo accadimento potesse essere previsto ed evitato dai sanitari adottando la diligenza richiesta nel caso concreto.

Ed invero, pur non avendo la Corte d'Appello specificamente motivato in merito alla configurazione giuridica di detta causa di esonero da responsabilità, si è esplicitamente avvalsa dell'elaborato peritale supplementare - finalizzato proprio a conoscere la percentuale di verifica della complicità infettiva in casi di cesarei trattati con la tecnica di Stark - al fine di confermare la sentenza di primo grado che aveva utilizzato i parametri indicati dal consulente (nella misura compresa tra lo 0,3% e lo 0,7% delle concrete possibilità del verificarsi, in casi analoghi, di complicitanze operatorie non imputabili ad omessa o insufficiente diligenza professionale ovvero ad imperizia dell'operatore) per affermare l'inevitabilità, nel caso concreto, di detta complicità.

Decidendo in tale ultimo senso la Corte d'Appello ha fatto corretta applicazione dei principi più volte espressi in materia da questa Corte e che qui si ribadiscono, per i quali, in caso di prestazione professionale medica in struttura ospedaliera, resta a carico del debitore (medico o

struttura sanitaria) l'onere di dimostrare che la prestazione è stata eseguita in modo diligente, e che il mancato o inesatto adempimento è dovuto a causa a sé non imputabile, in quanto determinato da un evento non prevedibile né prevenibile con la diligenza nel caso dovuta, in particolare con la diligenza qualificata dalle conoscenze tecnico-scientifiche del momento (cfr., tra le più recenti, Cass. 8 ottobre 2008, n. 24791, 15 ottobre 2009, n. 975, 29 settembre 2009, n. 20806).

1.5. Né può evidentemente rilevare, sempre in punto di diritto, che la configurabilità di un evento non evitabile sia stata ricavata dalla consulenza tecnica d'ufficio piuttosto che da elementi di prova desunti da mezzi istruttori richiesti ed espletati ad istanza della convenuta appellata. Il giudice può trarre dalla consulenza tecnica d'ufficio gli elementi di giudizio che egli ritenga di dover porre a fondamento della propria decisione, anche quando siano gli unici acquisiti al processo, ma comunque ritenuti determinanti, essendo altresì affermazione di questa Corte, che qui va ribadita, quella per la quale la consulenza tecnica può costituire fonte oggettiva di prova quando si risolve anche in uno strumento di accertamento di situazione ricavabile solo con il concorso di determinate cognizioni tecniche (cfr., tra le altre, Cass. 21 aprile 2005, n. 8297, 30 maggio 2007, n. 12695). D'altronde, come richiesto dalla univoca giurisprudenza di questa Corte in tema di CTU (cfr. Cass. 26 novembre 2007, n. 24620, Cass. 13 marzo 2009, n. 6155), la convenuta appellata Gestione Liquidatoria ha svolto deduzioni coerenti con l'onere della prova di cui era gravata, essendo sufficiente l'allegazione che la prestazione è stata eseguita in modo diligente e con la perizia richiesta e che l'inadempimento o l'inesatto adempimento non sarebbe stato evitabile né prevedibile.

2. Diverso è invece il profilo, che nell'illustrazione del motivo finisce per essere confuso con gli altri di cui si è detto sopra, concernente la correttezza delle conclusioni tratte dalla Corte di merito dalle risultanze della CTU,

più specificamente l'apprezzamento di queste come indicative di una situazione non riconducibile a difetto di diligenza o di perizia dei sanitari.

Infatti, l'apprezzamento della sussistenza nel caso concreto di una causa di esonero da responsabilità contrattuale è riservato al giudice del merito, in quanto concernente un giudizio di fatto, ed è censurabile in cassazione soltanto se non adeguatamente motivato.

Pertanto, le doglianze svolte dalla ricorrente in merito al mancato espletamento di mezzi istruttori che avrebbero dovuto condurre alla verifica dell'insussistenza di un evento imprevedibile ed inevitabile così come configurato dai giudici di merito, sia quanto alla riconducibilità della complicità infettiva a condotte positivamente ascrivibili alla struttura sanitaria, piuttosto che alle percentuali di verifica inevitabili riconosciute dalla letteratura medica, sia quanto all'inidoneità di tali dati statistici (che secondo la ricorrente non avrebbero potuto essere utilizzati in termini assoluti ma soltanto comparandoli con altri che sarebbe stato onere della convenuta appellata fornire con specifico riferimento alla propria struttura ospedaliera) attengono a vizi che, riguardando l'accertamento di fatto e la sua motivazione, avrebbero dovuto essere denunciati ai sensi dell'art. 360 c.p.c., n. 5. È quindi inammissibile, per violazione della norma dell'art. 366 cod. proc. civ., il motivo di ricorso, proposto ex art. 360 c.p.c., n. 3, con riferimento ai profili di censura da ultimo richiamati.

3. Avuto riguardo alla qualità delle parti ed alle vicende oggetto della decisione (tali da non consentire una valutazione in termini di manifesta infondatezza e pretestuosità del ricorso) si ritiene di giustizia la compensazione tra le parti delle spese del giudizio di cassazione.

P.Q.M.

La Corte rigetta il ricorso. Compensa tra le parti le spese del giudizio di cassazione.

IL COMMENTO

di Meriligia Nardella

Nel caso di specie la Suprema Corte rigetta il ricorso ritenendo corretta la motivazione dei giudici di merito secondo cui, in caso di peritonite conseguente a taglio cesareo eseguito con la tecnica di Stark, con percentuale di rischio molto bassa, deve escludersi la responsabilità dei sanitari. I giudici di legittimità, a conferma della decisione della Corte d'Appello, ritengono che l'utilizzo della sola c.t.u. quale mezzo di prova sia sufficiente ad affermare l'inevitabilità di questa complicità. La Corte di Cassazione torna a ribadire infatti che la c.t.u. è fonte di prova oggettiva nel momento in cui si risolve anche in uno strumento che accerti una situazione ricavabile soltanto con il ricorso a determinate cognizioni tecniche.

Il caso

Il caso riguarda una richiesta di risarcimento danni sofferti da una donna in seguito a un taglio cesareo praticato, con la tecnica di Stark, nell'ospedale in cui era stata ricoverata in stato di gravidanza a ter-

mine. Rigettata la domanda in primo e secondo grado la donna ricorreva in Cassazione. La ricorrente lamentava non soltanto la mancanza dell'onere probatorio ricadente sulla struttura sanitaria circa l'evento imprevedibile ed imprevedibile idoneo ad

escludere una sua responsabilità per inadempimento, ma anche il mancato espletamento, da parte della Corte d'Appello, delle prove richieste ai fini di una valutazione corretta e puntuale dell'adempimento delle obbligazioni assunte nei suoi confronti al momento del ricovero.

La Cassazione, ritenendo in parte infondato ed in parte inammissibile tale motivo, rigetta il ricorso. Ritengono i giudici di Cassazione che la Corte d'Appello, pur non avendo dato una motivazione circa la configurazione giuridica della causa di esonero della responsabilità e avendo preso in esame invece l'elaborato peritale supplementare, sia riuscita ad applicare correttamente i principi, ribaditi dalla Corte di Cassazione. Pertanto in caso di prestazione professionale medica ospedaliera, il debitore deve dimostrare di avere eseguito la prestazione diligentemente e che il mancato o inesatto adempimento è dipeso da una causa ad essa non imputabile, perché dipendente da un evento non prevedibile né prevenibile con la diligenza qualificata dalle conoscenze tecnico-scientifiche del momento.

Premessa

La disamina di questa vicenda richiede in via preliminare una precisazione sull'inquadramento della natura del rapporto intercorrente tra paziente e medico dipendente da struttura sanitaria, pubblica o privata che sia. Nel caso in questione è stata fatta corretta applicazione dell'art. 1218 c.c. inserendo pertanto la responsabilità medica in quella di tipo contrattuale (1). Non è stato sempre così, perché inizialmente la giurisprudenza faceva rientrare questa responsabilità in quella di tipo extracontrattuale (2). Si ritiene in via maggioritaria che tra medico e paziente ci sia un rapporto contrattuale in cui si individua un incontro di volontà tra il paziente che vuole essere curato ed il medico che invece accetta di fornire delle cure (3). Da questo contratto d'opera che insorge tra i due discende la responsabilità contrattuale del medico nei confronti del paziente perché il medico è tenuto ad eseguire la sua prestazione con la diligenza richiesta dall'art. 1176 comma 2 c.c. Quando si tratta di medici che prestano assistenza in una struttura sanitaria il problema che sorge è quello di individuare appunto la fonte della responsabilità di chi fornisce assistenza e dell'ente. Si parla sempre in questo caso di contratto d'opera tra ente e paziente, ma in dottrina si è qualificato il contratto come contratto di spedalità, o misto o *locatio operis* (4). Si è arrivati poi, con una pronuncia a Sezione Unite del 1999 a dare conferma definitiva a questa tendenza, affermando che il ruolo del medi-

co che opera in una struttura sanitaria va oltre il rapporto che lo lega alla struttura (5). Individuandosi,

Note:

(1) Due orientamenti sul punto. Un primo secondo cui, partendo dalla considerazione che la responsabilità contrattuale del medico è tale in virtù dell'art. 28 Cost. dal quale si desume la responsabilità diretta dei pubblici ufficiali e degli enti pubblici, la responsabilità della struttura sanitaria e dell'operatore sanitario avrebbero origine nell'esecuzione non diligente della prestazione sanitaria. Sul punto: Cass, 2 dicembre 1998, n. 12233, in *Danno e resp.*, 1999, 777. L'altro orientamento, invece, nel considerare che il rapporto tra il medico e l'ente ospedaliero è un contratto con effetti protettivi a favore di un terzo, grava sul sanitario l'obbligo di eseguire diligentemente la prestazione nei confronti della struttura ospedaliera, ponendo sullo stesso anche l'obbligo di non arrecare danni al paziente (terzo) estraneo al rapporto. Sul punto: Trib. Verona, 15 ottobre 1990, in *Arch. civ.*, 1991, 716, con nota di E. Morelli, *La responsabilità civile in campo medico: appunti e riflessioni*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 1991, I, 357, con nota di I. Pucella, *Responsabilità medica per lesione del diritto a nascere sani: tutela del nascituro e dei prossimi congiunti*; in *Resp. civ. prev.*, 1990, 1039, con nota di E. Navarretta, *Il diritto a nascere sano e la responsabilità del medico*; Cass. novembre 1993, n. 11503, in *Corr. giur.*, 1994, 479, con nota di C. Batà, *La tutela del concepito ed il diritto a nascere sano*.

(2) Infatti inizialmente si riteneva che l'unico rapporto contrattuale instaurato fosse quello tra paziente ed istituto sanitario, mentre il medico invece restava estraneo al rapporto perché il suo unico compito era quello di svolgere attività diagnostica e terapeutica in qualità di organo attraverso cui l'ente ospedaliero adempiva la prestazione. Nel caso di danno al paziente il medico rispondeva a titolo contrattuale nei confronti dell'ente da cui dipendeva e a titolo extracontrattuale verso il paziente, tanto in virtù del principio del *neminem laedere*. Per la giurisprudenza: Cass., 24 marzo 1979, n. 1716, in *Giur. it.*, 1981, I, 1, 297; Trib. Vicenza 27 gennaio 1990, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1990, I, 743; Cass. 26 marzo 1990, n. 2428, in *Giur. it.*, 1991, I, 600; Cass. 13 marzo 1998, n. 2750, in *Danno e resp.*, 1998, 820. Per la dottrina invece: P.G. Monateri, *La responsabilità civile*, 3, *Le fonti delle obbligazioni*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da Sacco, Torino, 1998, 769 ss; G. Visintini, *Trattato breve della responsabilità civile*, 3ª ed. Padova, 2005, 278 e 284 ss.

(3) In particolare tra le tante: Cass. 27 maggio 1993, n. 5939, in *Mass. Giust. civ.*,, 933.

(4) G. Gliatta, *Responsabilità medica e condotta del professionista: l'evoluzione dottrinale e giurisprudenziale*, in AA.VV., *La responsabilità civile*, a cura di,, 2009, 646 ss. Per le diverse definizioni di contratto d'opera tra ente e paziente, nel primo senso: M. Bilancetti, *La responsabilità penale e civile del medico*, Padova, 1996, 51 ss; nel secondo senso: Cattaneo, *La responsabilità del professionista*, Milano, 1958, 21 ss; nel senso invece di *locatio operis*: Galgano, *Contratto e responsabilità contrattuale nell'attività sanitaria*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1984, 720 ss.

(5) Cass. 22 gennaio 2009, n. 589, in *Giur. it.*, 2000, 740, con nota di F.G. Pizzetti, *La responsabilità del medico dipendente come responsabilità contrattuale da «contatto sociale»*; in *Giust. civ.*, 1999, I, 999, con nota di G. Giacalone, *La responsabilità del medico dipendente del servizio sanitario nazionale: contrattuale, extracontrattuale o transtipica?*, in questa *Rivista*, 1999, 1007, con nota di E. Guerinoni, *Obbligazioni da «contatto sociale» e responsabilità contrattuale nei confronti del terzo*; in *Resp. civ. prev.* 1999, 661, con nota di M. Forziati, *La responsabilità contrattuale del medico dipendente: il «contatto sociale» conquista la Cassazione*; in *Corr. Giur.*, 1999, 441, con nota di A. Di Majo, *L'obbligazione senza prestazione approda in Cassazione*, in Foro (segue)

infatti, tra il medico ed il paziente una fiducia paragonabile a quella che intercorre tra professionista e cliente, si rinvengono a carico del medico obblighi precisi di comportamento nei confronti di chi entra in contatto sociale con lui individuandosi, a fondamento della responsabilità contrattuale, un'obbligazione senza prestazione (6).

Prova della diligenza: ancora differenza tra obbligazioni di mezzi e di risultato?

La questione in esame viene ad incentrarsi sulla delicata problematica dell'onere probatorio ricadente sul medico o sulla struttura sanitaria per la dimostrazione dell'esatto adempimento diligente della prestazione (7). Infatti, il motivo di ricorso, come si evince dalle parole dei giudici di Cassazione, si appunta in diritto sul motivo della mancata dimostrazione da parte della struttura ospedaliera di un evento imprevisto ed imprevedibile idoneo ad escludere la sua responsabilità per inadempimento. Nel caso di specie la Corte di Cassazione ritiene che la Corte d'Appello abbia applicato in maniera corretta quei principi più volte espressi in giurisprudenza secondo cui, in caso di prestazione professionale medica in struttura ospedaliera, il medico o la struttura sanitaria, hanno l'onere di dimostrare che la prestazione è stata eseguita in modo diligente e che il mancato adempimento o l'inesatto adempimento è dipeso da causa a sé non imputabile, perché determinato da un evento non prevedibile né prevedibile con la diligenza nel caso dovuta, vale a dire la diligenza qualificata dalle conoscenze tecnico-scientifiche del momento (8).

Quanto poc'anzi esposto porta a fare delle precisazioni per chiarire se sul medico ricada un'obbligazione di mezzi oppure di risultato e soprattutto occorre valutare cosa è tenuto a provare il medico (9). Al riguardo va puntualizzato che in caso di obbligazioni di mezzi si riscontra una sovrapposizione tra il profilo oggettivo dell'adempimento e quello soggettivo della sua imputabilità, venendosi l'adempimento ad identificare con l'esecuzione diligente dell'obbligazione; diversamente invece per le obbligazioni di risultato in cui si distingue il momento dell'adempimento con quello della sua imputabilità soggettiva (10). Considerando che per sua natura l'obbligazione del medico è un'obbligazione di mezzi, l'onere della prova tradizionalmente veniva ripartito diversamente a seconda della difficoltà o meno dell'intervento. Inizialmente, nella distinzione tra i due tipi di obbligazione, se per un intervento di routine il medico era tenuto a provare di aver osservato regole di diligenza e che l'esito negativo dell'intervento

non era a lui addebitabile; per un intervento complesso il medico doveva limitarsi a provare l'alto rischio dell'operazione. Venendo poi meno nel tempo la distinzione tra i due tipi di obbligazione oltre che tra interventi di facile e difficile esecuzione, il ri-

Note:

(continua nota 5)

it., 1999, I, 3332, con nota di F. Di Ciommo, *Note critiche sui recenti orientamenti giurisprudenziali in tema di responsabilità del medico ospedaliero*; in *Danno e resp.*, 1999, 294, con nota di V. Carbone, *La responsabilità del medico ospedaliero come responsabilità da contatto*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2000, I, 334 con nota di A. Thiene, *La Cassazione ammette la configurabilità di un rapporto obbligatorio senza obbligo primario di prestazione*.

(6) F. Mazzasette, *La responsabilità civile del medico tra pronunce giurisprudenziali ed interventi legislativi*, in *Rass. dir. civ.*, 2008, 85 ss. Recentemente: E. Navarretta, *L'adempimento dell'obbligazione del fatto altrui e la responsabilità del medico*, in *Resp. civ. e prev.*, 2011, 7-8, 1453 ss, in cui l'autrice affronta criticamente le teorie dell'obbligazione senza prestazione e del contatto sociale.

(7) Per riferimenti, più in generale, al problema della responsabilità medica e conseguentemente dell'onere probatorio: G. Gianini, *Onere della prova e responsabilità professionale medica*, 1992, 177 ss..

(8) In proposito si richiama: Cass. 8 ottobre 2008, n. 24791, in *Foro it. Rep.*, 2008, voce «Professioni intellettuali», n. 123 in cui si dice che costituisce «onere del medico, per evitare la condanna in sede risarcitoria, provare che l'insuccesso dell'intervento è dipeso da fattori indipendenti dalla propria volontà e tale prova va fornita dimostrando di aver osservato nell'esecuzione della prestazione sanitaria la diligenza normalmente esigibile da un medico in possesso del medesimo grado di specializzazione». Ma anche: Cass. 29 settembre 2009, n. 20806, *ibidem*, voce cit., n. 93, in cui, con riferimento ad una prestazione professionale medico-chirurgica di routine, si dice che «spetta al professionista superare la presunzione che le complicità sono state determinate da omessa o insufficiente diligenza professionale o da imperizia, dimostrando che siano state, invece, prodotte da un evento imprevisto ed imprevedibile secondo la diligenza qualificata in base alle conoscenze tecnico-scientifiche del momento...».

(9) In merito a questa distinzione è opportuno citare alcuni autorevoli contributi: L. Mengoni, *Obbligazioni «di risultato» e «obbligazioni di mezzi» (Studio critico)*, in *Riv. dir. comm.*, 1954, 185 ss; M. Giorgianni, voce *Obbligazione (diritto privato)*, in *Noviss. Dig. it.*, XI, Torino, 1965, 598 ss; C. M. Bianca, 2^a ed., Bologna-Roma, 1979, 191 ss; V. Lorenzi, voce *Obbligazioni di mezzi e obbligazioni di risultato*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, XII, Torino, 1995, 399 ss.. Si vuole segnalare in riferimento alla distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato: G. D'Amico, *La responsabilità ex recepto e la distinzione tra obbligazioni «di mezzi» e «di risultato»*. *Contributo alla teoria della responsabilità contrattuale*, Napoli, 1999, 130 ss. L'autore coglie la distinzione nel diverso fondamento della responsabilità contrattuale che «nelle obbligazioni "di mezzi" risiede proprio nella "colpa", a differenza di quanto avviene nelle obbligazioni "di risultato" (dove tale fondamento può individuarsi nel concetto di "rischio")» - ma anche sul diverso limite individuato per i due tipi di obbligazioni «nell'impossibilità oggettiva ed assoluta di realizzare l'interesse del creditore», con la precisazione che il rischio della causa ignota è posto soltanto a carico del debitore di risultato. Infine, ai fini di una panoramica di tutta la problematica riguardante tale distinzione, il recentissimo contributo di: F. Piraino, *Adempimento e responsabilità contrattuale*, Napoli, 2011, 509 ss.

(10) C. Garufi, *Responsabilità medica e delle strutture sanitarie*, in *Giur. Merito*, 2009, 1552.

schio terapeutico è venuto a rilevare sotto il profilo della diligenza e della colpa ai fini della prova liberatoria (11). In effetti, in caso di intervento non particolarmente difficile il sanitario che voglia andare esente da responsabilità ha l'onere di dimostrare che la non riuscita dell'intervento non dipende da un difetto di diligenza. Se dovesse mancare un riscontro, l'esecuzione non diligente della prestazione si presume, a meno che non si fornisca la prova che l'esito negativo sia da attribuire ad un evento impreveduto ed imprevedibile (12).

La peculiarità del caso risiede nel fatto che, i giudici di merito, hanno dedotto l'imprevedibilità e la non evitabilità dell'infezione dalla consulenza tecnica d'ufficio. Quest'ultima, per i giudici di legittimità, se da un lato non ha ascritto alla colpa dei sanitari la causa mediata dell'infezione, quindi la scelta dell'intervento chirurgico d'urgenza indifferibile e della tecnica operatoria giustificata e non sperimentale; da un altro lato invece ha ascritto la contaminazione della cavità addominale da parte di germi, occasionata senz'altro dall'intervento chirurgico, ad una complicità che si verifica in interventi di questo tipo, però in percentuali molto basse che escludono che questo evento possa essere previsto ed evitato dai sanitari con la diligenza che si richiede nel caso concreto. Sicuramente, per la Suprema Corte, andava motivata la configurazione giuridica della causa di esonero della responsabilità, ma è anche vero che la consulenza tecnica è stata presa in considerazione proprio per valutare in che percentuale si verifica in concreto la complicità dell'infezione in tagli cesarei effettuati con questa tecnica. E questo è stato fatto, così come rilevano i giudici di legittimità, per confermare la sentenza di primo grado che, proprio per dimostrare come questa complicità fosse inevitabile, ha preso in esame i parametri evidenziati dal consulente. Si parla infatti di una possibilità concreta di verificarsi delle complicità operatorie davvero molto basse, in una misura che si attesta tra lo 0,3% e lo 0,7%, complicità non imputabili ad una omessa o insufficiente diligenza professionale oppure ad imperizia dell'operatore.

La consulenza tecnica d'ufficio c.d. percipiente come fonte oggettiva di prova

Un'altra riflessione attiene più strettamente alla considerazione se sia possibile l'utilizzo della sola

in *Danno e resp.*, 2008, 871 ss. Ed ancora: Cass. 11 gennaio 2008, n. 577, in *Resp. civ. prev.*, 2008, con nota di M. Gorgoni, *Dalla matrice contrattuale della responsabilità nosocomiale e professionale al superamento della distinzione tra obbligazioni di mezzo/di risultato*. Anche: Cass. 13 aprile 2007, n. 8826, *ivi*, 2007, 1824 ss, con nota di Id., *Le conseguenze di un intervento rivelatosi inutile*, in cui dice che «siffatta distinzione costituisce, infatti, come ormai da qualche tempo dalla migliore dottrina non si manca di porre rilievo, il frutto di una risalente elaborazione dogmatica accolta dalla tradizionale interpretazione e tralattivamente tramandata, priva invero di riscontro normativo e di dubbio fondamento...». Ulteriori riferimenti al problema: V. C. Garano, *Spetta sempre al medico fornire la prova della mancanza di colpa*, in *Nuova giur. civ. comm.*, I. 2008, 952 ss. Poi, con attenzione ad un caso di intervento di routine: F. Zauli, *Responsabilità medica e interventi di natura routinaria: l'onere probatorio incombe sul dentista*, in *Resp. civ.*, 2009, 406 ss. E ancora sulla considerazione che nel superamento della distinzione l'onere della prova sia a carico del soggetto nella cui sfera si è prodotto l'inadempimento: Cass. 30 ottobre 2001, n. 13533, in *Foro it*, 2002, I, 769, con nota di P. Laghezza, *Inadempimenti ed onere della prova: le sezioni unite e la difficile arte del rammento*; in *Corr. giur.* 2001, 1565, con nota di V. Mariconda, *Inadempimento e onere della prova: le Sezioni Unite compongono un contrasto e ne aprono un altro*; in *Riv. dir. civ.*, 2002, II, 707, con nota di G.R. Villa, *Onere della prova, inadempimento e criteri di razionalità economica*. Un altro recentissimo e minuzioso contributo: P. Frati-G.M. Vergallo-M. Gulino-N.M. Di Luca, *L'accertamento della colpa medica: alla ricerca di un nuovo bilanciamento tra equità e rispetto del codice civile*, in *Resp. civ. e prev.*, 2011, 9, 1924.

(12) C. Garufi, *op. cit.*, 1553, precisa che spetta al debitore della prestazione provare che l'inadempimento non c'è stato oppure è dipeso da un fatto a lui non imputabile. Quello che va allegato è l'inadempimento qualificato con lo specifico errore del medico, questo perché, per il principio della vicinanza della prova e per quello che invece ritiene che ci sia in via presuntiva un diritto del creditore, il sanitario deve provare il diligente adempimento. Ancora, sia per un approccio critico al problema del superamento della distinzione tra interventi di facile e difficile esecuzione sia per un approccio comparatistico del tema, si segnala: E. Carbone, *Diligenza e risultato nella teoria dell'obbligazione*, Torino, 2007, 61 ss, in cui si legge che la tendenza, nel settore della responsabilità professionale, è quella ad istituire «temi fissi di prova». In questo modo si congeda «il modulo flessibile costruito intorno al parametro della routine terapeutica per sostituirlo con la fissazione, astratta ed immutabile, di un thema probandum accolto al debitore. Ponendo a carico di questi l'onere di provare il difetto di colpa propria, in forza del principio di riferibilità o di vicinanza della prova come astrattamente inteso dalle Sezioni Unite», e il riferimento è a Cass. 30 ottobre 2001, n. 13533, in , : «si finisce per dogmatizzare quello stesso principio, che pure si vuole animato da un'esigenza antiformalistica, rendendolo inerte di fronte alla sostanziale diversità dei tipi concreti che la giurisprudenza elabora nella prassi». Precedentemente: G. D'Amico, *Responsabilità per inadempimento e distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato, Il diritto delle obbligazioni e dei contratti: verso una riforma? (Atti del Convegno per il cinquantenario della Rivista)* in *Riv. dir. civ.*, 2006, 156 ss, che, nell'analizzare la giurisprudenza successiva a quella del 2001, e precisamente Cass. 28 maggio 2004, n. 10297, in , (in cui si ritrovano le «conseguenze» del nuovo criterio di riparto degli oneri probatori), sottolinea come, se prima il concetto di intervento di facile esecuzione si apprezzava perché forniva uno standard decisionale flessibile, «la valutazione che sembra doversi fare, al cospetto della omologazione generalizzante indotta dalla nuova (e poco «calibrata») regola di riparto degli oneri probatori suggerita dalla Cassazione, è tutt'affatto diversa, e deve registrare la sostituzione a quella «flessibilità» di una inopportuna «rigidità» - (alla quale, precisa l'autore, non è detto faccia seguito in concreto una coerente applicazione) - che «realizza una irragionevole assimilazione di situazioni che il buon senso prima ancora che la logica giuridica impone di differenziare».

Note:

(11) Sul superamento della distinzione tra i due tipi di obbligazioni: A. Nicolussi, *Sezioni sempre più unite contro la distinzione fra obbligazioni di risultato e di mezzi. La responsabilità del medico,*

consulenza tecnica d'ufficio quale mezzo di prova per accertare la configurabilità dell'evento non evitabile. La Cassazione ritiene di sì e a conforto di questo assunto si rifà ad una giurisprudenza che ritiene che il giudice può trarre elementi di giudizio utili per la propria decisione anche soltanto dalla consulenza tecnica d'ufficio, in quanto la consulenza tecnica può costituire fonte oggettiva di prova quando si risolve anche in uno strumento di accertamento di situazione ricavabile solo con il concorso di determinate cognizioni tecniche (13).

Resta fermo il principio che la CTU è da considerare come uno strumento di valutazione del dato tecnico già acquisito al processo e la sua nomina rientra nel potere discrezionale del giudice che può provvedervi senza che ci sia una richiesta delle parti (14). Nel caso di specie la Cassazione ha ritenuto coerenti con l'onere della prova le deduzioni di cui era gravata la Gestione Liquidatoria ritenendosi sufficiente infatti l'allegazione che la prova è stata eseguita in modo diligente e con la perizia richiesta, come pure che l'inadempimento o l'inesatto adempimento non si sarebbe potuto né evitare né prevedere. I giudici di legittimità fanno un richiamo ad una giurisprudenza univoca secondo cui la consulenza tecnica d'ufficio, non qualificandosi come mezzo di prova in senso proprio, ed essendo invece un aiuto per il giudice nel valutare gli elementi acquisiti o per risolvere questioni che richiedono specifiche conoscenze, non è nella disponibilità delle parti e viene rimessa pertanto al prudente apprezzamento del giudice di merito. In questo modo il giudice può affidare al consulente sia la valutazione dei fatti accertati o ritenuti esistenti sia l'accertamento dei fatti stessi; in questo caso, di consulenza percipiente, la parte è tenuta a dedurre il fatto posto a fondamento del suo diritto ed inoltre il giudice deve ritenere che l'accertamento richieda determinate cognizioni tecniche (15).

Note:

(13) Per la giurisprudenza sul punto esaminata dalla Cassazione cfr.: Cass. 21 aprile 2005, n. 8297, in *Rep. Foro it.*, 2005, voce «*Consulente tecnico*», n. 11. Nel caso richiamato la Suprema Corte conferma una sentenza di merito in cui, dopo l'espletamento in primo grado di una consulenza tecnico-contabile, aveva poi ammesso in secondo grado una consulenza aziendalistica per ricostruire la gestione economica dell'azienda. Ancora, i giudici di Cassazione si rifanno a: Cass. 26 novembre 2007, n. 24620, *ivi*, 2007, voce cit., n. 12. In questa sentenza si precisa invece che le parti, neanche in caso di consulenza percipiente possono sottrarsi all'onere probatorio, dovendosi demandare al consulente l'accertamento di alcune situazioni di fatto, perché anche in questi casi «è necessario che le parti stesse deducano quantomeno i fatti e gli elementi specifici posti a fondamento di tali diritti».

(14) Per un quadro sull'importanza della c.t.u.: C. Apostoliti, *Il ruolo della c.t.u. nei procedimenti riguardanti la responsabilità medica: analisi dei casi*, in *Danno e resp.*, 2007, 81 ss, in cui si precisa che si può derogare all'acquisizione di prove che la parte aveva l'onere di allegare «quando l'accertamento di determinate situazioni sia possibile solo con il ricorso a specifiche cognizioni tecniche, così come è consentito al c.t.u. acquisire ogni elemento necessario a rispondere ai quesiti, sebbene risultante da documenti non prodotti dalle parti, allorché si tratti di accessori rientranti nell'ambito strettamente tecnico della consulenza e non di fatti e situazioni che, essendo posti direttamente a fondamento della domanda o delle eccezioni delle parti, debbano necessariamente essere provati da queste». Per ulteriori approfondimenti sulla figura del consulente tecnico: M. De Tilla, *Il consulente tecnico nella elaborazione giurisprudenziale*, in *Giust. civ.*, 1993, 61 ss; F. Auletta, voce *Consulenza tecnica (diritto processuale civile)*, in *Enc. giur. Il Diritto*, Milano, 2007, IV, 48; A. Infrasca, *Il consulente tecnico d'ufficio esclusivamente ausiliario del giudice?*, in *Toga picena*, 2009, 1, 15. Da un punto di vista poi dell'importanza della qualità dell'esperto, è interessante il contributo di G. Iadecola, *Colpa medica ed adeguata scelta del perito nel processo*, in *Giur. merito*, 2007, 1942, in cui si dice che deve «essere ribadita l'attuale - permanente - essenzialità del ruolo del consulente nei processi per responsabilità medica» tanto da riconfermarne «l'importanza e la delicatezza (si dovrebbe dire la decisività)».

(15) Cfr.: Cass. 13 marzo 2009, n. 6155, in *Rep. Foro it.*, 2009, voce «*Consulente tecnico*», n. 18. Il caso richiamato concerne una causa di risarcimento danni provocati ad una canalizzazione Telecom nello svolgimento di lavori su una barriera di protezione stradale. Era stata ritenuta legittima la c.t.u. del giudice disposta per accertare quale fosse l'ubicazione dei cavi.

Osservatorio di legittimità

a cura di **Francesco Macario**

con la collaborazione di **Giulia Orefice**
e **Francesco Paolo Patti**

APPALTO

RESPONSABILITÀ DELL'APPALTATORE
PER DANNI CAGIONATI A TERZI
DALLA DEMOLIZIONE DI UN EDIFICIO

@ Cassazione civile, Sez. III, 5 dicembre 2011, n. 26002 - Pres. Preden - Est. Barreca - P.m. Fresa (diff.) - P.R. e S.C. c. F.G. e altri, nella qualità di eredi di F.I. e c. C.G. e altri

Con l'affidamento dei lavori all'appaltatore e la consegna del bene a quest'ultimo cessa la qualità di custode del proprietario del bene e l'appaltatore diviene unico responsabile dei danni derivati a terzi dall'esecuzione dell'opera, potendosi in caso di specifica violazione di regole di cautela, ovvero in caso di riferibilità dell'evento al committente stesso per culpa in eligendo, per essere stata affidata l'opera ad un'impresa assolutamente inidonea o ancora quando, in base al contratto, risulti che l'appaltatore sia stato un semplice esecutore degli ordini del committente ed abbia agito quale nudus minister attuando specifiche direttive di quest'ultimo.

La questione

Il committente dà corso a lavori di demolizione e ricostruzione del proprio fabbricato, affidandone l'esecuzione ad un imprenditore edile. Attraverso l'attività di demolizione vengono cagionati dei danni ad un edificio adiacente.

I proprietari dell'edificio danneggiato agiscono con successo nei confronti del committente-proprietario dello stabile demolito, ottenendone la condanna al risarcimento del danno.

Accogliendo il gravame proposto dal committente, la Corte d'appello ritiene invece l'appaltatore unico responsabile del danno ed esclude la responsabilità del committente.

La Suprema Corte, rigettando il ricorso promosso dai proprietari dell'edificio danneggiato, affronta due distinte questioni.

La prima attiene alla violazione dell'art. 2051 c.c., posto dai ricorrenti a fondamento della responsabilità del proprietario dell'edificio demolito quale custode, malgrado l'affidamento dei lavori all'appaltatore. Tale norma non può essere invocata poiché il committente, a seguito della consegna all'appaltatore, ha perso la materiale disponibilità del bene, dovendosi quindi ritenere cessata la sua qualità di custode.

La seconda riguarda la violazione dell'art. 2043 c.c., posto nel ricorso a fondamento della responsabilità del committente per aver violato specifiche regole di cautela e l'ipotesi di responsabilità per culpa in eligendo dovuta alla scelta di un esecutore dell'opera non appropriato. La Corte d'appello, con un'adeguata motivazione, ha escluso che l'appaltatore

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

fosse un *nudus minister* del committente e che l'impresa fosse inidonea alla realizzazione dell'opera; pertanto la responsabilità del committente non sussiste e le norme codicistiche risultano correttamente applicate.

I precedenti

Sulla cessazione della qualità di custode del committente, cfr. Cass., 9 luglio 2009, n. 16126, in *Foro pad.*, 2009, I, 294; Cass., 6 ottobre 2005, n. 19474, in *Danno e resp.*, 2006, 642. Per la violazione di regole di cautela ex art. 2043 c.c. da parte del committente, ovvero in caso di riferibilità dell'evento al committente stesso per culpa in eligendo, v. Cass., 27 maggio 2011, in *Foro it. Rep.*, 2011, voce *Appalto*, n. 33; Cass., 15 giugno 2010, n. 14443, in *Imm. e dir.*, 2011, 7, 14.

INADEMPIMENTO DELLE OBBLIGAZIONI

INTERRUZIONE MEDIANTE LETTERA DI MESSA
IN MORA INVIATA ALL'AVVOCATO
DELLA CONTROPARTE

Cassazione civile, Sez. III, 5 dicembre 2011, n. 25984 - Pres. Finocchiaro - Est. Lanzillo - P.m. Iannelli (diff.) - Hindelang spedition GmbH s.r.l. c. Sai società alimentare italiana s.r.l.

L'atto di costituzione in mora indirizzato all'avvocato della controparte ha efficacia interruttiva della prescrizione, allorché il difensore abbia intrattenuto con la parte creditrice contatti verbali ed epistolari per la definizione stragiudiziale della controversia, potendosi il legale considerare in tal caso rappresentante del debitore, in mancanza di contestazione sul conferimento del mandato difensivo, e non essendo necessario il conferimento della procura in forma scritta, richiesta solo ai fini dello svolgimento di attività giudiziali.

La questione

Il caso riguarda l'efficacia interruttiva della prescrizione di una lettera di messa in mora inviata da una società al rappresentante legale della società debitrice, con il quale erano in corso contatti verbali ed epistolari per la definizione stragiudiziale della controversia.

In primo ed in secondo grado si è negata l'efficacia interruttiva della lettera inviata al difensore, in base al rilievo che, pur non essendo sottoposto a rigidi formalismi, l'atto di messa in mora deve essere indirizzato alla parte o ad un soggetto idoneo a rappresentarla. Secondo i giudici del merito il rappresentante legale non disporrebbe di siffatto potere, poiché la ricezione dell'atto in parola sarebbe posto al di fuori delle sue specifiche competenze difensive.

A parere della Suprema Corte, adita dalla società creditrice, per valutare la sussistenza del potere di rappresentanza, occorre invece un accertamento caso per caso (considerando altresì il tipo di attività, giudiziale o stragiudiziale, da compiere) al fine di definire: a) se il potere è stato conferito; b) se nel creditore è stato ingenerato un ragionevole affidamento in tal senso.

Una volta accertato che la procura a ricevere un atto di costituzione in mora non richiede la forma scritta, e risultando pacifico che l'avvocato ha rappresentato il debitore nell'ambito delle trattative volte alla definizione stragiudiziale della controversia, l'efficacia interruttiva dell'atto di costituzione in mora inviato al difensore del debitore non può essere negata.

I precedenti

Cass., 28 agosto 2003, n. 12617, in *Foro it. Rep.*, 2003, voce *Prescrizione e decadenza*, n. 62. Nel senso che, ai fini della costituzione in mora, il mandato al difensore non richieda uno specifico e formale atto di procura, potendo quest'ultima altresì risultare da un comportamento univoco e concludente del mandatario, cfr. Cass., 23 febbraio 2009, n. 4347, *ivi*, 2009, voce *Obbligazioni in genere*, n. 38. Sulla possibilità di provare il potere di rappresentanza con ogni mezzo, comprese le presunzioni: Cass., 22 febbraio 2006, n. 3873, *ivi*, 2006, voce *Prescrizione e decadenza*, n. 55.

INTERMEDIAZIONE FINANZIARIA

SOLLECITAZIONE ABUSIVA ALL'INVESTIMENTO
TRAMITE PRODOTTO FINANZIARIO
NON QUALIFICABILE COME MONETA
AVENTE CORSO LEGALE

Cassazione civile, Sez. II, 2 dicembre 2011, n. 25837 - Pres. Oddo - Est. Giusti - P.m. Golia (conf.) - Avatar s.p.a. e altri c. Ministero dell'Economia e delle Finanze e Consob

Costituisce sollecitazione abusiva all'investimento finanziario l'offerta al pubblico della "moneta della Repubblica della terra", denominata "dhana", in quanto la stessa non è qualificabile come moneta o mezzo di pagamento universalmente accettato, secondo il testo unico in tema di intermediazione finanziaria, ma costituisce prodotto finanziario, acquistabile solo a titolo oneroso e convertibile in azioni o quote di capitale della società promotrice.

La questione

Il caso verte sulla violazione delle disposizioni del d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 (Testo Unico dell'intermediazione finanziaria, t.u.f.) a seguito di un'operazione abusiva di sollecitazione all'investimento, mediante diversi siti Internet relativi all'offerta al pubblico della c.d. "moneta della Repubblica della Terra" o "dhana", nonché sull'inottemperanza al provvedimento della Consob di sospensione cautelare di tale sollecitazione.

La Suprema Corte, nel confermare le argomentazioni della Corte d'appello, investita della questione secondo l'art. 195

t.u.f., evidenzia come la "dhana" non possa essere qualificata quale moneta o mezzo di pagamento, in quanto, già alla luce del trattato sul funzionamento dell'Unione europea, è chiaro come solo la Banca centrale europea e le banche centrali nazionali possano emettere banconote, le quali costituiranno le uniche monete aventi corso legale nell'Unione. La presunta moneta, quindi, rappresenterebbe solo una forma di investimento finanziario e pertanto, in quanto strumento finanziario a titolo oneroso, sarebbe convertibile in azioni o quote di capitale della società promotrice. Non potrebbe, invero, essere qualificata, come invece suggeriscono i ricorrenti, quale bene economico e misura di valore di beni e servizi, utilizzabile quale mezzo di pagamento e volta a «ridistribuire equamente la ricchezza tra gli abitanti della terra». La giurisprudenza di legittimità osserva, quindi, come l'operazione di sollecitazione all'investimento compiuta dalla società ricorrente, quale forma di offerta al pubblico sul web, con oggetto una moneta non avente corso legale, sia pertanto abusiva e fonte di sanzioni amministrative ai sensi dell'art. 191 t.u.f., come già correttamente disposto dal giudice di merito.

I precedenti

La vicenda, data la sua peculiarità, non presenta precedenti negli esatti termini. Per quanto concerne il corretto inquadramento della sollecitazione all'investimento e dei suoi limiti legali, secondo quanto disposto dagli artt. 94 e 191 t.u.f., cfr., seppur relativamente a diverse questioni: Cass., 17 aprile 2009, n. 9316, in *Giur. comm.*, 2010, II, 103 e Trib. Trani, 31 gennaio 2006, in questa *Rivista*, 2006, 686.

INTERPRETAZIONE DEL CONTRATTO

IL PRINCIPIO DI CONSERVAZIONE DEL CONTRATTO
QUALE STRUMENTO ERMENEUTICO SUSSIDIARIO

@ Cassazione civile, Sez. III, 20 dicembre 2011, n. 27564 - Pres. Trifone - Est. Uccella - P.m. Fucci (diff.) - C. A. P. c. S. L.

Il principio di conservazione degli effetti utili del contratto o di una sua clausola, avendo carattere sussidiario, si applica solo quando siano stati utilizzati i criteri letterale, logico e sistematico di indagine e nondimeno il senso del contratto o della clausola sia rimasto oscuro o ambiguo.

La questione

La vicenda, sorta a seguito di un intimato sfratto per finita locazione, riguarda la stipula di una scrittura privata successiva alla conclusione del contratto con il locatore che prevedeva un'opzione a favore del conduttore per l'acquisto dell'immobile da esercitarsi entro un dato termine. In particolare la ricorrente, al fine di difendersi dall'intimato sfratto, deducendo che il possesso dell'immobile si fondava su tale scrittura, chiedeva accertarsi la non corretta applicazione dei principi di ermeneutica contrattuale da parte del giudice d'appello, il quale, statuendo che le espressioni contenute nella scrittura non avevano avuto alcun effetto tra le parti, dichiarava conseguentemente la nullità per indeterminatezza dell'oggetto contrattuale - nella specie del prezzo - e faceva venir meno l'opzione correlata.

La Suprema Corte, accogliendo il ricorso principale, osserva come in linea generale qualora il dato letterale non sia sufficiente ad indicare in maniera esaustiva la volontà negoziale, l'interprete deve ricorrere al significato diverso da quello letterale, di cui agli artt. 1363 ss. c.c., secondo il principio gradualistico dell'interpretazione del contratto. Nella specie il giudice del merito, pur avendo utilizzato il criterio letterale come strumento primario per la corretta individuazione della comune volontà delle parti, accertando l'equivocità e l'insufficienza di questo dato, non ha tuttavia utilizzato gli altri criteri sussidiari predisposti dalla normativa codicistica, tantomeno ricorrendo al principio della conservazione del contratto, ai sensi dell'art. 1367 c.c., che interviene proprio laddove le espressioni contrattuali appaiano oscure ed ambigue in via residuale e a cui avrebbe dovuto invece far ricorso nella specie, non essendo stati soddisfacenti i canoni letterale, logico e sistematico.

Ne consegue, pertanto, che il giudice d'appello avrebbe dovuto accertare se le versioni contrastanti delle parti fossero sorrette da buona fede, ex art. 1366 c.c., tenuto conto del comportamento complessivo della vicenda e, all'esito di un'eventuale ulteriore istruttoria, accertare gli effetti che la scrittura produceva tra le parti, prediligendo un'interpretazione che lasciasse al contratto un qualche significato, piuttosto che quella che ne dichiarasse la nullità per il venir meno dell'oggetto.

I precedenti

Sui criteri di interpretazione del contratto e sulla gerarchia tra gli stessi, cfr., *ex multis*, Cass., 14 dicembre 2009, n. 26165, in *www.leggiditaliaprofessionale.it*; Cass., Sez. trib., 26 settembre 2008, n. 24209, in *Giust. civ.*, 2010, I, 457; Cass., 25 settembre 2007, n. 19928, in questa *Rivista*, 2008, 577; Cass., 14 ottobre 2003, n. 15371, in *Nuovo dir.*, 2004, I, 167; Cass., 26 giugno 1997, n. 5715, in *Foro it. Rep.*, 1997, voce *Contratto in genere*, n. 401.

OBBLIGAZIONI SOLIDALI

EFFETTI DELLA TRANSAZIONE STIPULATA
DAL CREDITORE CON UNO DEI DEBITORI
IN SOLIDO

@ Cassazione civile, Sez. Un., 30 dicembre 2011, n. 30174 - Pres. Vittoria - Est. Rordorf - P.m. Ciccolo (diff.) - Compagna Tirrena di assicurazioni s.p.a. in l.c.a. c. Intesa San Paolo s.p.a.

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

II
Qualora risulti che la transazione ha avuto ad oggetto solo la quota del condebitore che l'ha stipulata, 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, dovendosi invece, in caso di pagamento inferiore alla quota che faceva idealmente capo al condebitore che ha raggiunto l'accordo transattivo, ridurre il debito residuo in misura proporzionale alla quota di chi ha transatto.

La questione

Le società assicuratrici alfa e beta sono debentrici in solido nei confronti di una banca. La società beta e la banca stipulano una transazione, limitando gli effetti dell'accordo ai reciproci rapporti. La banca agisce per il pagamento del debito residuo nei confronti della società alfa (rimasta estranea alla transazione), la quale si oppone affermando di voler profittare della transazione ai sensi dell'art. 1304 c.c. Facendo leva sull'accordo transattivo, espressamente limitato ai rapporti intercorrenti tra le parti stipulanti, entrambi i giudici del merito negano alla società alfa di profittare della transazione.

Il quesito rimesso al giudizio delle Sezioni Unite, in seguito al ricorso promosso dalla società alfa, è 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 comma 1 c.c.

A parere delle Sezioni Unite per risolvere la questione occorre stabilire, in base agli artt. 1362 ss. c.c., se la transazione riguardi l'intero debito o se invece abbia ad oggetto unicamente la quota del debitore con cui è stipulata. Quest'ultima ipotesi è configurabile soltanto ove l'obbligazione sia per sua natura scindibile e 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. La transazione *pro* 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, fatti salvi gli effetti derivanti dalla riduzione del loro debito in conseguenza di quanto pagato dal debitore transigente, non trovando quindi applicazione l'art. 1304 comma 1 c.c.

In caso di transazione *pro* quota occorre inoltre interrogarsi su quale sia il residuo credito azionabile nei confronti degli altri debitori rimasti estranei. Con il principio di cui alla seconda massima, la Suprema Corte risolve il problema: la transazione non può comportare un aggravamento della posizione degli altri condebitori, ma soltanto un eventuale miglioramento nel caso in cui la somma ricevuta a titolo transattivo dal creditore sia superiore alla quota ideale del debitore in solido che ha partecipato alla transazione.

In applicazione degli indicati principi, i giudici di legittimità cassano la sentenza di secondo grado, poiché il giudicante, nell'escludere che la società alfa potesse profittare della transazione intervenuta tra la creditrice e l'altra condebitrice in solido, 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.

I precedenti

In senso conforme Cass., 8 luglio 2009, n. 16050, in *Società*, 2010, 407; Cass., 22 giugno 2009, n. 14550, in *Foro it.*, *Rep.* 2009, voce *Obbligazioni in genere*, n. 70; Cass., 27 marzo 2007, n. 7485, in *Giust. civ.*, 2008, I, 1780; in caso di transazione *pro quota*, nel senso che il credito verso gli altri condebitori si riduce in proporzione alla quota transatta, cfr. Cass., 8 luglio 2009, n. 16050, cit.; Cass., 27 marzo 2007, n. 7485, cit.; diversamente, nel senso che il credito si riduce di una somma pari a quanto il creditore ha già percepito a seguito della transazione, cfr. Cass., 3 marzo 2011, n. 5108, in *Foro it.*, *Rep.* 2011, voce *Obbligazioni in genere*, n. 27; Cass., 22 giugno 2009, n. 14550, cit.

SIMULAZIONE

SULLA PROVA PRESUNTIVA NELLA VENDITA

DI COSA FUTURA COME *EMPTIO SPEI*E COME *EMPTIO REI SPERATAE*

Cassazione civile, Sez. III, 5 dicembre 2011, n. 26022 - Pres. Finocchiaro - Est. Segreto - P.m. Velardi (diff.) - S.F. c. Librandi Agricola s.p.a.

L'impossibilità di ricorrere alla prova presuntiva per i contratti aleatori esclude la sola possibilità di affermare, sulla base delle presunzioni esistenti, che in luogo di vendita di cosa sperata (*emptio rei speratae*) sussista una ipotesi di "vendita di speranza" (*emptio spei*), ma non impedisce di ritenere che un contratto di vendita di cosa futura sia stato in ogni caso concluso.

La questione

La Suprema Corte rigetta il ricorso, confermando quanto statuito dal giudice di secondo grado, che ravvisava nella specie la simulazione di un contratto di affitto di fondo agricolo, dissimulante un contratto di vendita dei frutti: indici di una tale ricostruzione si rinvenivano nella coltivazione degli uliveti e nella raccolta dei frutti sempre da parte della concedente-proprietaria, mentre le olive erano solo successivamente consegnate all'affittuario.

Il giudice di legittimità specifica, in primo luogo, come, ai fini della prova della simulazione tra le parti nelle controversie agrarie, definite secondo il rito del lavoro, il giudice può ammettere ogni mezzo di prova, potendo ricorrere anche a quella testimoniale e presuntiva, contrariamente a quanto disposto dagli artt. 1417, 2721, 2722, 2723 c.c., in quanto trova applicazione l'art. 421 c.p.c. che espressamente dispensa da tali limiti. In secondo luogo si rileva come l'interprete possa porre a fondamento della propria decisione anche le sole presunzioni, purché precise e concordanti in relazione ad una valutazione non specifica dei singoli indizi, ma globale e volta a ricostruire il complesso delle circostanze fondanti la fattispecie.

In terzo luogo, si evidenzia come l'*emptio spei* integra un contratto aleatorio e come tale non può mai essere presunta, ma deve risultare da una espressa volizione delle parti e da clausole appositamente stabilite o accettate - impegnando l'acquirente incondizionatamente a pagare il prezzo, anche se la cosa od il diritto alienato non vengano mai ad esistenza o risultino quantitativamente o qualitativamente diversi da quanto supposto al momento della conclusio-

ne del contratto. Nella specie verificare se sussista tale ipotesi prevista dall'art. 1472 comma 2 c.c. oppure la diversa specie dell'*emptio rei speratae*, di cui all'art. 1472 comma 1 c.c. - che ricorrerebbe qualora i frutti fossero già pendenti o germoglianti dall'albero, ma non ancora distaccati - è un accertamento rimesso al giudice del merito che, investendo la volontà dei contraenti, è come tale incensurabile in sede di legittimità. Ne consegue, pertanto, che l'impossibilità di ricorrere alla prova presuntiva per i contratti aleatori avrà l'unico effetto, qualora ricorrano presunzioni, di ritenere che la vendita non integri un'*emptio spei*, in luogo di un'*emptio rei speratae* - che produrrebbe diversamente la nullità del contratto se la cosa non venisse ad esistenza - non incidendo sulla configurabilità della fattispecie di vendita di cosa futura, tanto più che, osserva la Suprema Corte, ai fini del caso di specie la distinzione non rileva, non influenzando l'accertamento della simulazione del contratto di affitto agrario.

I precedenti

Sulla prova presuntiva della simulazione (in materia di contratti agrari), v. Cass., 12 gennaio 1988, n. 117, in *Foro it.*, *Rep.* 1988, voce *Lavoro e previdenza (controversie)*, n. 167; Cass., 1° dicembre 1983, n. 7197, *ivi*, 1983, voce cit., n. 299. Sulla possibilità per il giudice di far ricorso, anche in via esclusiva, alle sole presunzioni, cfr. Cass., Sez. Un., 24 marzo 2006, n. 6572, in *Corr. merito*, 2006, 1165; Cass., Sez. lav., 6 luglio 2002, n. 9834, in *Foro it.*, *Rep.* 2002, voce *Presunzione*, n. 4; Cass., 13 dicembre 1982, n. 6850, in *Orient. giur. lav.*, 1983, 16. Sull'*emptio spei* e sull'*emptio rei speratae*, v. Cass., 30 giugno 2011, n. 14461, in *Foro it.*, *Rep.* 2011, voce *Vendita*, n. 39; Cass., 15 giugno 1988, n. 4094, in *Arch. civ.*, 1989, 39.

Banca Dati

I Contratti online

La più autorevole e completa guida in materia contrattualistica

art. 1321-2040



Y36DR_LE

Unica sul mercato con il Commentario Codice Civile online!

Tratto dal volume "Codice Civile Commentato" (art. 1321 – 2040), II edizione, a cura di Guido Alpa, Vincenzo Mariconda:

- **costantemente aggiornato** con le ultime novità normative e giurisprudenziali
- commento firmato dai più autorevoli giuristi sui singoli contratti

Integrata nel sistema La Legge plus online Strumento indispensabile per i professionisti:

- Legge prassi e giurisprudenza
- Commentario Codice Civile (art. 1321–2040)
- Articoli tratti dalle riviste Ipsoa, Cedam e Utet Giuridica
- Profili operativi, tributari e comunitari
- Modelli dei contratti e degli atti complementari
- Casi e soluzioni degli esperti ai problemi in materia contrattualistica



www.shopwki.it/bdcontratti

www.ipsoa.it/agenzie



IPSOA

Gruppo Wolters Kluwer

Osservatorio di merito

a cura di **Vito Amendolagine**

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

APPALTO

LA RESPONSABILITÀ DELL'APPALTATORE
E DEL COMMITTENTE NELL'ESECUZIONE
DELL'OPERA

@ Tribunale di Genova, 23 gennaio 2012 - Giud. Gibelli - V. F. e D. M. L. c. L. A. ed altri

Il solo danno cagionato da vibrazioni comporta la responsabilità del committente i lavori di appalto sia ex art 2049 c.c. posto che tra la commissione dei lavori ed il danno non vi è (per il tipo di danno lamentato) interposizione dell'autonomia dell'appaltatore, sia ex art. 2050 c.c., posto che in relazione ai danni ineliminabili l'attività edilizia riveste carattere di pericolosità.

La questione

La controversia esaminata dal Tribunale di Genova concerne la richiesta di risarcimento danno che gli attori avanzano in relazione al manifestarsi di bagnamenti e crepe sui solai, ed in parte sui muri del loro appartamento. La causa è promossa avverso i proprietari dell'immobile soprastante imputando gli attori i danni alla ristrutturazione dello stesso avvenuta tra l'estate e l'autunno del 2003. Il Tribunale rileva che l'azione ha i caratteri propri di una domanda ex art. 2051 c.c., anche se le ipotesi riguardo al *modus* di verifica del danno richiamano elementi di colpa concreta in vigilando o di colpa nell'esecuzione dei lavori.

Costituendosi i convenuti, due dei comproprietari negano la propria legittimazione passiva, affermando che l'immobile, pur di loro comproprietà, era abitato ed utilizzato da uno solo dei proprietari, quale unico committente dei lavori. I convenuti chiamarono in ogni caso in causa le due imprese appaltatrici dei lavori.

Il Tribunale, dopo aver rilevato che nel caso la legittimazione passiva dei due soggetti che la denegano sussiste pienamente, essendo stati chiamati come comproprietari custodi del bene, ragion per cui l'azione avversaria è stata correttamente esperita nei loro confronti, osserva come essi abbiano però introdotto la circostanza, peraltro rimasta incontestata, dell'utilizzo esclusivo del bene da parte di un comproprietario, sostenendo che in tal modo in esso si concentra la qualità di custode. Poiché, nella specie, i profili della custodia che vengono in rilievo concernono la vigilanza sui lavori di ristrutturazione (commissionati da un solo comproprietario) e la vigilanza sull'impiantistica dell'immobile, e considerato che in causa non è mai stata fatta l'ipotesi di una esplicazione di effetti dannosi da parti statiche del bene o da impianti inseriti stabilmente in muratura, si può affermare che, in effetti, il "custode" interessato dall'azione presa in esame sia il comproprietario abitante nell'immobile e committente e non i due meri comproprietari.

Nel merito, il Tribunale dopo aver preso atto che, in materia di appalto, stante l'autonomia organizzativa dell'appaltatore, fat-

to salvo il caso in cui lo stesso sia stato ridotto a *nudus minister* dell'esecuzione dei lavori da parte della committenza, su quest'ultimo si concentra l'intera responsabilità per i danni cagionati a terzi dai lavori, e che l'appalto è il modo ordinario con cui il custode di una *res* provvede alla sua manutenzione, in modo che il danno proveniente dalla cosa nel corso dei lavori di appalto, è ancora imputabile al custode ex art. 2051, salvo che questi dimostri il fortuito, (categoria nella quale ben può rientrare l'imprevedibile condotta negligente dell'appaltatore), ritiene opportuno delimitarne i rispettivi ambiti. Infatti, ove il danno derivi dalla cosa in sé la responsabilità per danni a terzi continua ad incombere sul custode, fino all'eventuale prova di un'imprevedibile negligenza dell'appaltatore. Ove invece il danno derivi da una mera condotta dell'appaltatore, o da cose portate sul cantiere, ma permanenti nella sua esclusiva custodia, vale pienamente la responsabilità esclusiva dello stesso. Tuttavia, lo stesso Tribunale precisa che ove i danni a terzi dipendano da effetti pressoché inevitabili dell'attività di manutenzione, torna in evidenza la responsabilità del custode ex artt. 2051, 2049 e 2050 c.c. posto che è la stessa attività di manutenzione nel suo complesso e per i suoi aspetti di latente pericolo per i terzi, a determinare il danno agli stessi. A tal fine, il giudicante precisa che l'obiettivo della ricerca della prova sulla causalità è quello di stabilire che il fattore di potenziale responsabilità sia condizione necessaria del danno. Tuttavia, tale obiettivo si consegue sul piano probatorio, in sede civile, con l'accertamento della "prevalente probabilità" del nesso nei termini detti. Infatti la mera individuazione di una causa adeguata alla determinazione del danno non determina il conseguimento della prova in ordine alla prevalente probabilità di essere in presenza della causa effettiva. Nondimeno se all'individuazione di una causa adeguata si connettono l'elemento della stretta consequenzialità temporale tra la supposta causa e l'evento e, soprattutto la constatata assenza di concause, l'equivalenza tra causa adeguata (ma anche prossima e senza alternative) e causa di prevalente probabilità è invece effettiva.

Nel caso esaminato, a giudizio del Tribunale adito, non vi è alcun indizio, né di autonomi processi che abbiano causato crepe dei solai, né di chi possa aver mai neppure ipotizzato una causa alternativa concreta di quel danno, non essendo evidente la semplice individuazione di un soggetto responsabile.

I precedenti

Non si rinvencono precedenti editi nei medesimi termini.

ASSICURAZIONE

LA RESPONSABILITÀ DELL'IMPRESA ASSICURATIVA
VERSO L'ASSICURATO NEL CONTRATTO DI RCA

Tribunale di Nola, 19 gennaio 2012 - Giud. Costabile - A. C. c. Groupama Assicurazioni S.p.a. ed altri

Il danneggiato che evochi in giudizio, ex art. 2054 c.c. e 144 cod. ass. (già art. 18 ss. l. n. 990 del 1969), il responsabile civile e la relativa Compagnia di Assicurazione è gravato, preliminarmente, dell'onere di fornire adeguata prova in ordine all'avvenuta verifica del fatto dannoso ed al nesso di causalità tra quest'ultimo e le conseguenze pregiudizievoli lamentate.

La questione

Con ricorso ex art. 414 c.p.c. ed art. 3 l. n. 102 del 2006, A. C. conviene dinanzi al Tribunale di Nola gli eredi della proprietaria del veicolo Fiat Punto, col quale aveva subito un sinistro stradale in data 17 ottobre 2006 in San Giuseppe Vesuviano, e la Compagnia assicuratrice del veicolo, per sentirli condannare al risarcimento dei danni subiti a seguito del sinistro stradale stesso. La Groupama Assicurazioni si è quindi costituita contestando la domanda e chiedendone il rigetto.

Il Tribunale accoglie la domanda attorea rilevando che nel caso di scontro tra veicoli, l'accertamento in concreto di responsabilità di uno dei conducenti non comporta il superamento della presunzione di colpa concorrente sancito dall'art. 2054 c.c., essendo a tal fine necessario accertare in pari tempo che l'altro conducente si sia pienamente uniformato alle norme sulla circolazione stradale e a quelle di comune prudenza ed abbia fatto tutto il possibile per evitare l'incidente. Conseguentemente, l'infrazione, anche grave, come l'invasione dell'altra corsia commessa da uno dei conducenti non dispensa il giudice dal verificare anche il comportamento dell'altro conducente al fine di stabilire se, in rapporto alla situazione di fatto accertata, sussista un concorso di colpa nella determinazione dell'evento dannoso.

Per attribuire la responsabilità esclusiva del sinistro al veicolo che ha invaso l'opposta corsia di marcia è, dunque, necessario che il danneggiato dimostri di aver tenuto rigorosamente la destra, di aver condotto il veicolo a velocità moderata e di essersi posto in condizione tale da impedire il danno.

Tale prova a giudizio del Tribunale deve dirsi pienamente raggiunta nella fattispecie in esame.

In primo luogo deve ricordarsi che, ai sensi dell'art. 145 comma 2 d.lgs. n. 285 del 1992 (cd. cod. strada), il conducente di un veicolo che intenda eseguire una svolta a sinistra è tenuto a cedere la precedenza ai veicoli che, provenendo dalla direzione opposta, si vengono a trovare sulla destra.

Nella fattispecie in esame, peraltro, tale manovra risulta essere stata posta in essere in maniera assolutamente scorretta, ovvero tagliando improvvisamente la strada al veicolo che sopraggiungeva dall'opposto senso di marcia.

In secondo luogo, deve ritenersi necessariamente che il convenuto stesse procedendo a velocità non elevata perché altrimenti a seguito dell'impatto non sarebbe stato sbalzato sul cofano della Fiat Punto bensì sopra il tetto del veicolo o al di là dello stesso. Ciò nonostante, l'odierno ricorrente non poté fare nulla per evitare lo scontro posto che la Fiat Punto aveva integralmente occupato la corsia di marcia da lui percorsa come chiaramente si evince anche dalla rilevazione planimetrica dell'incidente allegata al verbale della Polizia Municipale di San Giuseppe Vesuviano.

Dalle considerazioni fin qui esposte discende, in definitiva, l'ascrivibilità del sinistro per cui è causa in via esclusiva alla condotta del conducente del veicolo Fiat Punto ed il conseguente accoglimento della domanda attorea.

I precedenti

Cass., 7 luglio 2006, n. 15521, in *Mass. Giust. civ.*, 2006, 7-

8; Cass., 15 gennaio 2003, n. 477, in *www.leggiditalia professionale.it*; Cass., 2 agosto 2001, n. 10609, in *Mass. Giust. civ.*, 2001, 1533; Cass., 1° agosto 2000, n. 10027, *ivi*, 2000, 1664.

MANDATO

LA PROVA DELLA RESPONSABILITÀ CONTRATTUALE DEL COMMERCIALISTA INCARICATO DELLA TENUTA DELLA CONTABILITÀ

@ Tribunale di Genova, 20 gennaio 2012 - Giud. Gibelli - O. s.r.l. c. L. L.

La responsabilità del prestatore d'opera intellettuale nei confronti del proprio cliente per negligente svolgimento dell'attività professionale presuppone la prova del danno e del nesso causale tra la condotta del medesimo professionista ed il pregiudizio subito dal cliente.

La questione

La società attrice nell'atto di citazione redatto nel giugno del 2007, imputa al convenuto libero professionista la responsabilità dell'emissione nei suoi confronti di un numero imprecisato di cartelle esattoriali in relazione alle quali lamenta di aver dovuto effettuare un esborso che meglio non dettaglia, rinviando alla cartelle prodotte, di cui non riporta in citazione alcun particolare, neppure l'importo che recavano e quello pagato. L'attore lamenta inoltre di aver dovuto rivolgersi ad un nuovo commercialista per l'anno fiscale 2007 sopportando un costo di euro 8.112, chiedendo di entrambe le somme suddette (importo cartelle prodotte e nota del nuovo commercialista) il rimborso al professionista convenuto col quale ha precedentemente interrotto i rapporti. La società attrice a sostegno delle proprie ragioni si limita ad affermare che, dal 1996 al 2007 il convenuto aveva avuto l'incarico di curare la contabilità dell'attrice con incarico esteso alla tenuta di ogni relativo aspetto ed incombente ad essa inerente, compresa la redazione delle dichiarazioni dei redditi e delle attività prodromiche e consequenziali, e che per il medesimo 2007 la contabilità aziendale, rilevata dal nuovo professionista era stata trovata in estremo disordine.

Costituendosi, il convenuto nega ogni sua responsabilità, affermando di essersi limitato a redigere le dichiarazioni sulla base di quanto gli veniva sottoposto dalla cliente, lamentando a sua volta di aver ricevuto costantemente la documentazione in ritardo, ed il mancato pagamento di una sua nota per euro 3.987,86.

Il Tribunale rigetta tutte le domande proposte rilevandone l'assoluta infondatezza. In particolare, con riferimento alla domanda principale rileva che non ha senso l'assunto per cui, ove assistita da un commercialista diligente, una società non potrebbe essere destinataria di pretese tributarie diverse rispetto a quelle evidenziate dallo stesso commercialista nell'autoliquidazione delle imposte.

Vero è che ogni professionista è tenuto a dimostrare la propria diligenza soltanto ove prima sia almeno razionalmente ipotizzato e dimostrato che esista un vincolo di causalità materiale almeno tra la sua attività genericamente intesa ed il preteso danno.

Nel caso di specie il Tribunale rileva come gli avvisi di accertamento e la riscossione forzata delle imposte possono di-

pendere: 1) da comunicazione di dati erronei al commercialista (e di ciò risponde solo il contribuente); 2) da errore nell'autoliquidazione da parte del commercialista (e di ciò risponde il commercialista); 3) da errore nell'attività di accertamento dell'amministrazione (e tale errore va contestato davanti il giudice tributario, altrimenti non può più essere considerato un errore, rimanendo aperto il problema della responsabilità dell'amministrazione soccombente); 4) da un errore di mero fatto nell'attività di riscossione (e di ciò risponde il concessionario); 5) da un mero mancato pagamento (e di ciò risponde - a condizione che il contribuente tale pagamento avesse effettivamente disposto - chi dell'esecuzione del pagamento era stato incaricato).

A giudizio del tribunale il commercialista convenuto nel presente giudizio può allora entrare in gioco nelle ipotesi sub 2) e sub 5), ma a tal riguardo, l'atto di citazione non prende posizione sul punto, limitandosi ad accostare in modo suggestivo l'incarico conferito al professionista e le cartelle pervenute. Infatti posto che nella fattispecie esaminata l'emissione di tutte le cartelle dipende solo da mancati pagamenti, di conseguenza il problema per cui è causa riguardo alle stesse cartelle è quindi solo quello di stabilire se il mancato pagamento sia dovuto alla predisposizione di modelli F-24 erronei ovvero alla loro mancata presentazione.

Sta di fatto che nessuno in corso di causa ha mai provato, né chiesto di provare, che il commercialista fosse delegato al pagamento delle imposte e nessuno ha mai dichiarato che venivano somministrate somme allo studio del medesimo professionista per la necessità suddetta. Aggiungasi che non è mai stata sostenuta la tesi dell'erronea compilazione dei suddetti modelli F-24.

Al Tribunale quindi non resta che concludere che la domanda attorea, con riferimento alle pervenute cartelle, resta caratterizzata dal difetto di prova assoluto circa il fatto che i relativi pagamenti in eccesso (sanzioni ed interessi) siano imputabili ad una qualsiasi attività del convenuto. Il difetto di prova in ordine ai rapporti effettivamente intercorsi tra le parti impedisce anche l'accoglimento della domanda riconvenzionale di natura contrattuale. L'azione del convenuto vale almeno quale eccezione di inadempimento e la mancata cura dell'istruttoria sul punto, dovuta anche all'inerzia dell'attore in riconvenzionale, ne impedisce l'accoglimento.

I precedenti

Cass., 15 dicembre 2011, n. 27000, in *www.leggiditalia professionale.it*; Cass., 9 giugno 2011, n. 12685, *ibidem*; Trib. Roma, 20 giugno 2011, *ibidem*.

LA PROVA DELL'OBBLIGAZIONE CONCERNENTE
IL PAGAMENTO DEL COMPENSO DOVUTO
AL PROFESSIONISTA INCARICATO

Tribunale di San Angelo dei Lombardi, 20 gennaio 2012 -
Giud. Ciccone - D. G. F. c. D. F. M.

In tema di prescrizione presuntiva, mentre il debitore, eccipiente, è tenuto a provare unicamente il decorso del termine previsto dalla legge, il creditore ha l'onere di dimostrare la mancata soddisfazione del credito, e tale prova può essere fornita soltanto con il deferimento del giuramento decisorio, ovvero avvalendosi dell'ammissione fatta in giudizio dallo stesso debitore che l'obbligazione non è stata estinta.

La questione

Con atto di citazione ritualmente notificato in data 11 maggio 2009 il dott. F. D. G. - premesso di avere ricevuto mandato dal sig. D. F. M. per rappresentarlo innanzi alla Commissione Tributaria Provinciale di Avellino in alcuni giudizi tributari avverso gli avvisi di accertamento in materia di IVA e di imposte dirette, e nel giudizio successivo di appello promosso dall'Ufficio IVA di Avellino avverso la sentenza di primo grado in materia di accertamenti IVA - si doleva del fatto che il convenuto, sebbene più volte sollecitato, non avesse mai provveduto al pagamento degli onorari dovuti, pari a complessivi euro 75.415,62. Tanto esposto, l'attore cita in giudizio il convenuto, per sentirlo condannare al pagamento in proprio favore della suddetta somma, o di quella maggiore o minore ritenuta di giustizia, con vittoria delle spese di lite.

Instauratosi il contraddittorio, il convenuto contesta la fondatezza, in fatto ed in diritto, dell'avversa domanda, di cui chiede il rigetto. Eccepisce, altresì, ai sensi dell'art. 2956 c.c., l'intervenuta prescrizione del credito, atteso il notevole lasso temporale intercorso dalla cessazione dell'incarico professionale.

Il Tribunale giudica la domanda dell'attore infondata e la rigetta, rilevando in via preliminare ed assorbente l'operatività dell'eccezione di prescrizione ex art. 2956, n. 2), c.c., tempestivamente sollevata dalla parte convenuta.

Tale disposizione prevede invero, che si prescrive in tre anni il diritto dei professionisti per il compenso dell'opera prestata e per il rimborso delle spese correlative. Detta prescrizione presuntiva, o impropria, comporta in realtà una presunzione legale "iuris tantum" di avvenuto pagamento, ed opera solo in relazione a determinati crediti tipizzati dal legislatore: la *ratio* dell'istituto consiste nel fatto che la legge, in ordine ad alcuni rapporti della vita quotidiana, per i quali il pagamento avviene di solito senza dilazione e senza rilascio di quietanza scritta, presume che quest'ultimo sia già stato effettuato una volta decorso un certo termine.

Nel caso di specie, il Tribunale osserva come a fronte della richiesta dell'attore di pagamento della complessiva somma di euro 77.119,93, il convenuto abbia eccepito sia l'integrale estinzione del credito avversario, come risultante dalla quietanza a saldo rilasciata dal professionista in data 13 novembre 2000, sia la prescrizione presuntiva del credito avversario in considerazione del notevole lasso di tempo trascorso dalla revoca del mandato professionale.

Detta eccezione, così come formulata, deve senz'altro ritenersi inammissibile, perché l'eccezione di prescrizione presuntiva implica il riconoscimento dell'esistenza del credito nella stessa misura richiesta dal creditore e, pertanto, non può essere sollevata dal debitore, il quale dichiara di avere estinto l'obbligazione pecuniaria mediante il pagamento di una somma minore di quella domandata.

I precedenti

Cass., 7 aprile 2006, n. 8200, in *www.leggiditalia professionale.it*; Cass., 10 gennaio 1996, n. 167, in *Mass. Giust. civ.*, 1996, 23; Cass., 3 febbraio 1995, n. 1304, in *Giust. civ.*, 1995, I, 1508; Cass., 1 giugno 2004, n. 10503, in *www.leggiditaliaprofessionale.it*; Cass., 28 novembre 2001, n. 15132, in *Mass. Giust. civ.*, 2001, 2043; Cass., 2 marzo 2000, n. 2311, *inedita*; Cass., 13 marzo 1999, n. 2257, in *Mass. Giust. civ.*, 1999, 556; Cass., 1° febbraio 1995, n. 1160, *ivi*, 1995, 253; Cass., 27 maggio 1988, n. 3655, in *www.leggiditaliaprofessionale.it*.

PROPRIETÀ

DIRITTO DEL CONDOMINO ALLA RIPETIZIONE
DELLE SPESE URGENTI AFFRONTATE SUI BENI
DI SUA PROPRIETÀ ESCLUSIVA

Tribunale di Roma, 2 gennaio 2012 - Giud. Cinque - T. C. c. Condominio Roma

L'art. 1134 c.c. nel prevedere che il condomino che ha fatto spese per le cose comuni senza autorizzazione dell'amministratore e dell'assemblea non ha diritto al rimborso, salvo che si tratti di spesa urgente, palesa la sua applicabilità ai soli interventi effettuati sulle cose comuni e non anche ai beni di proprietà esclusiva del condomino.

La questione

Il sig. T. C. conviene in giudizio il Condominio Roma, deducendo di essere proprietario del lastrico solare che funge da copertura a parte dello stabile condominiale e di aver eseguito sullo stesso interventi di riparazione volti ad eliminare le infiltrazioni negli appartamenti sottostanti. Sostiene altresì che l'assemblea condominiale aveva deliberato in data 2 dicembre 2008, il rimborso in suo favore dei due terzi di euro 1.600, non rispondenti a quanto spettantegli, per cui chiede accertarsi e dichiararsi la nullità e/o l'annullabilità della relativa delibera e condannarsi il Condominio al pagamento in suo favore della complessiva somma di euro 10.641,33, oltre IVA, o in subordine della somma di euro 9.840,00 o di quella diversa di giustizia, in via subordinata, condannarsi il Condominio alla corresponsione delle indicate somme ai sensi dell'art. 2041 c.c.

Il Condominio si costituisce in giudizio, chiedendo il rigetto delle avverse pretese, e deducendo che le opere erano state effettuate dal condomino T. in assenza di un'autorizzazione assembleare o dell'amministratore e senza una situazione di urgenza, in violazione di quanto disposto dall'art. 1134 c.c.

Il Tribunale osserva che risulta applicabile nel caso di specie la norma dettata dall'art. 1126 c.c., a mente del quale le spese sostenute per le riparazioni o ricostruzioni del lastrico solare che ha una funzione di copertura e di protezione dell'edificio condominiale, debbono essere sostenute per un terzo da chi ne ha l'uso esclusivo, e per i restanti due terzi da tutti gli altri condomini dell'edificio o della parte di questo a cui il lastrico solare serve. Devesi altresì precisare che il testuale riferimento dell'art. 1126 c.c. ai lastrici solari di cui un condomino abbia l'uso esclusivo non consente di escludere dal suo campo di applicazione le ipotesi in cui il lastrico sia un bene non già condominiale in godimento di un singolo condomino ma, invece, come nel caso di specie, un bene di proprietà esclusiva. Infatti, l'obbligo di contribuzione alle spese in questione trova il suo fondamento non già nella natura condominiale o privata del lastrico solare, ma nell'*utilitas* che questo assicura sia al condomino utente, sia agli altri condomini, attesa per quanto riguarda specificamente questi ultimi, la funzione di copertura e di protezione dell'edificio condominiale. Ciò premesso, il Tribunale rileva che risultano pacifiche sia la titolarità, in capo al T., del diritto di proprietà della terrazza avente funzione di copertura di parte dello stabile condominiale, sia l'effettuazione degli interventi di riparazione della stessa da parte del medesimo condomino.

Il Condominio convenuto, infatti, ha contestato il diritto al

rimborso delle spese sostenute solo in ragione del carattere di non urgenza dei lavori (che quindi riconosce essere stati effettuati) ed in ragione della mancata autorizzazione da parte dell'assemblea o da parte dell'amministratore; infine, in ragione della inutilità delle riparazioni effettuate, asserendo che non proveniva dalla terrazza del T. alcuna infiltrazione di acqua nei piani sottostanti.

Infatti secondo il Tribunale deve osservarsi che le opere di riparazione o di ricostruzione del lastrico solare presuppongono uno stato di degrado o di deterioramento suscettibile di evolversi, in un futuro prossimo, in una situazione tale da non consentire allo stesso di assolvere alla sua funzione di copertura e protezione, e sono funzionali proprio ad evitare eventuali danni ai piani sottostanti. Esse, pertanto, devono essere effettuate, normalmente, prima che eventuali danni si verificino.

Infondata, alla luce dell'esistente dettato normativo è poi a giudizio del Tribunale l'ulteriore argomentazione del Condominio secondo cui al condomino ricorrente non spetterebbe alcun rimborso in quanto non sarebbe stato autorizzato dall'assemblea o dall'amministratore all'effettuazione dei lavori e li avrebbe eseguiti in assenza di una situazione di urgenza.

I precedenti

Cass., Sez. Un., 23 giugno 2010, n. 15169, in *Guida dir.*, 2010, 30, 54; Cass., 12 settembre 2008, n. 23554, in *Mass. Giust. civ.*, 2008, 9, 1349.

VENDITA

RISOLUZIONE DEL CONTRATTO DI FINANZIAMENTO
COLLEGATO AD UNA COMPRAVENDITA
DI BENI MOBILI

Tribunale di Lamezia Terme, 5 gennaio 2012 - Giud. Ianni - S. S. c. F. Banck s.p.a. e N. s.a.s.

In forza dell'art. 42 cod. cons. nei casi di inadempimento del fornitore di beni e servizi, il consumatore che abbia effettuato inutilmente la costituzione in mora ha diritto di agire contro il finanziatore nei limiti del credito concesso, senza la condizione che vi sia un accordo che attribuisca al medesimo finanziatore l'esclusiva per la concessione di credito ai clienti del fornitore. Infatti il legislatore non dà rilievo, nell'ambito del rapporto tra consumatore e finanziatore, all'esistenza o meno di un rapporto di esclusiva fra il finanziatore ed il fornitore, con la conseguenza che anche in assenza di detto rapporto di esclusiva è possibile per il consumatore agire nei confronti del finanziatore e far sì che l'eventuale inadempimento del venditore possa riverberare i suoi effetti sul contratto di mutuo.

La questione

La domanda introduttiva del presente giudizio è stata proposta da S. S. al fine di sentir dichiarare la risoluzione del contratto di compravendita intervenuto in data 17 febbraio 2006 con la N. s.a.s. per l'acquisto di 3 condizionatori ed un *computer*, dietro corrispettivo di euro 3.881,25, pagato previa erogazione di un finanziamento da parte della F. Bank s.p.a., convenzionata con la stessa società venditrice. A fondamento della domanda, l'attrice espone di non aver mai ricevuto la

merce acquistata da parte della convenuta N., malgrado quest'ultima avesse regolarmente ricevuto l'erogazione del corrispettivo da parte della banca finanziatrice, chiedendo anche la risoluzione del contratto di finanziamento collegato alla compravendita e il risarcimento del danno sofferto, quantificato in euro 5.000.

La F. Bank s.p.a. resiste deducendo l'autonomia ontologica e funzionale del contratto di finanziamento rispetto a quello di compravendita, con la conseguente impossibilità per l'attrice di far ripercuotere sul primo gli eventi riguardanti il secondo e chiedendo in via riconvenzionale, la condanna dell'attrice al pagamento delle rate rimaste impagate, previo riconoscimento dell'intervenuta decadenza della stessa dal beneficio del termine della rateizzazione.

La N. s.a.s. rimane contumace benché ritualmente evocata in giudizio.

Il Tribunale giudica fondata la domanda attorea proposta nei confronti della convenuta F. Bank, di risoluzione del contratto di mutuo in conseguenza della dichiarazione di risoluzione del contratto di vendita, con il conseguente rigetto della domanda riconvenzionale "principale" proposta dall'istituto di credito convenuto nei confronti dell'attrice. Il Giudicante a tal fine rileva che nel caso di specie, l'attore ha assolto all'onere su esso incombente, producendo il contratto intervenuto con la F. Bank - da cui si evince l'esistenza del contratto intervenuto con la N. e l'ammontare del relativo corrispettivo - e allegando l'inadempimento della convenuta all'obbligo di consegna dei beni acquistati.

Avrebbe dovuto essere, quindi, la medesima N., al fine di evitare l'effetto risolutorio, a dimostrare l'esistenza di un fatto estintivo dell'altrui pretesa, consistente nell'aver correttamente eseguito l'obbligazione medesima.

Per quanto riguarda il requisito oggettivo dell'inadempimento di non scarsa importanza il medesimo Tribunale osserva che è, invece, sufficiente considerare il fatto che la società convenuta, pur avendo incassato per intero la parte di prezzo finanziata, non ha messo a disposizione della S. i beni da questa acquistati. Conseguentemente, dalla valutazione unitaria e globale del comportamento delle parti è, pertanto, innegabile che si sia verificata una oggettiva ed irrimediabile lesione dell'equilibrio contrattuale, in quanto a fronte dell'adempimento da parte dell'acquirente e dell'interesse da questi dimostrato all'esecuzione del contratto, il venditore non ha adempiuto all'obbligo di consegna del bene su esso gravante.

Lo stesso Tribunale ricorda poi che in relazione ad una fattispecie assolutamente identica, è intervenuta la Corte di Giustizia Europea, stabilendo che non è indispensabile che sussista un rapporto di esclusiva tra il venditore ed il finanziatore perché il consumatore possa esercitare il diritto alla risoluzione del contratto di mutuo ed alla restituzione delle somme già corrisposte al finanziatore. Ciò detto, l'art. 11 n. 2 della direttiva del Consiglio 22 dicembre 1986, 87/102/CEE, relativa al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri in materia di credito al consumo, deve essere interpretato nel senso che, in una situazione come quella della causa principale, l'esistenza di un accordo tra il creditore ed il fornitore, sulla base del quale un credito è concesso ai clienti di detto fornitore esclusivamente da quel creditore, non è un presupposto necessario del diritto per tali clienti di procedere contro il creditore in caso di inadempimento delle obbligazioni che incombono al fornitore al fine di ottenere la risoluzione del contratto di credito e la conseguente restituzione delle somme corrisposte al finanziatore.

In particolare, richiamato l'obiettivo di armonizzazione minima che la direttiva 87/102/CEE si prefiggeva e rilevato che al consumatore, parte più debole del contratto, è il più delle volte preclusa non solo la possibilità di accertare la sussistenza o meno di una rapporto di esclusiva tra fornitore e creditore, ma anche quella di apportare modifiche al testo del contratto di mutuo, la Corte di Giustizia precisava che il fatto di subordinare in ogni caso l'esercizio del diritto del consumatore di procedere contro il finanziatore alla condizione dell'esistenza di una clausola di esclusiva tra il finanziatore stesso ed il fornitore contrasta con il fine di tutela della direttiva stessa, aggiungendo ulteriormente che alla condizione della sussistenza di un rapporto di esclusiva non possono essere subordinati né l'esercizio del diritto di ottenere la risoluzione del contratto di credito in caso di inadempimento del venditore, né il diritto di ottenerne la risoluzione e la conseguente restituzione delle somme pagate al finanziatore.

Sulla base delle direttive europee succedutesi in materia, deve allora concludersi che la previsione della esclusività o meno non è più condizione ostativa a che il consumatore, facendo valere la risoluzione del contratto di vendita per inadempimento del fornitore, possa invocare la conseguenziale risoluzione del contratto di mutuo con richiesta di restituzione, da parte del finanziatore, delle rate medio tempore versategli.

Secondo il Tribunale, non osta, inoltre, a tale conclusione la pattuizione di cui all'art. 8B del contratto in atti, la cui vessatorietà è rilevabile d'ufficio nell'interesse del consumatore, dovendosi, in particolare, escludere che la clausola vessatoria, contenuta in un modulo prestampato predisposto dalla convenuta, sia stata il frutto di una trattativa individuale tra le medesime parti.

I precedenti

Cass., 20 agosto 2010, n. 18785, in *Il Civilista*, 2010, 10, 15; Cass., 8 luglio 2004, n. 12567, in *Mass. Giust. civ.*, 2004, 7-8; CGCE, 23 aprile 2009, causa 509/07, in *Dejure*.

La cessione di credito

di **Federica Maria Grazia Ester Veltri**

Il presente itinerario mette in evidenza le soluzioni espresse dalla giurisprudenza in ordine alle più dibattute questioni riguardanti la cessione di credito, quali quelle sulla natura giuridica e sulla struttura, nonché sull'ammissibilità dell'istituto con funzione di garanzia e sulle differenze intercorrenti tra questa ed altre figure, senza trascurare gli orientamenti formati in tema di eccezioni opponibili dal debitore ceduto.

Premessa

La cessione di credito, disciplinata dagli artt. 1260 e ss. c.c., consiste nel trasferimento volontario, a titolo oneroso o gratuito, della titolarità di un diritto di credito (ovvero anche di un diritto potestativo o personale di godimento, di un'aspettativa e, in generale, di qualsiasi situazione giuridica soggettiva a cui è riconnesso un diritto ad una data prestazione di dare, *facere, non facere*) dal dante causa (cedente) all'avente causa (cessionario), anche senza il consenso del debitore (ceduto).

A quest'ultimo riguardo, la Corte costituzionale ha dichiarato manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale sollevata rispetto all'art. 1260 c.c., per contrasto con gli artt. 2, 3 e 41 Cost., nella parte in cui esclude la necessità del consenso del debitore ceduto, affermando che il credito costituisce un bene, come tale idoneo a circolare senza coinvolgimento della persona del debitore e dei suoi diritti inviolabili, laddove la cessione del contratto (assunta come *tertium, comparationis*) presuppone l'esistenza, al momento della cessione stessa, in capo ad entrambe le parti di un complesso unitario di situazioni giuridiche attive e passive e, pertanto, la necessità del consenso del contraente ceduto, in quanto titolare delle situazioni attive corrispondenti agli obblighi gravanti sul cedente (**Corte cost., 10 marzo 2006, n. 95**, in *Giur. cost.*, 2006, 2).

Sono incredibili i crediti aventi carattere strettamente personale (come nell'ipotesi di c.d. credito *intuitu personae*, in cui la persona del creditore assume una particolare rilevanza ai fini del contenuto della prestazione) ovvero quelli il cui trasferimento è vietato dalla legge (come nel caso dei crediti alimentari di cui all'art. 447 c.c., dei crediti del minore non cedibili nei confronti dei genitori di cui all'art. 323, ultimo comma, c.c., dei crediti c.d. litigiosi di cui all'art. 1261 c.c.) o escluso dalla volontà delle parti. Il relativo patto di incedibilità, in ossequio al principio di tutela dell'affidamento del terzo, non è opponibile al cessionario se non si prova che questi lo conosceva al momento della cessione. Il relativo onere della prova grava su chi intenda mantenere fermo il patto in questione.

Il credito, che può essere anche non determinato nell'ammontare, o non esigibile, perché condizionato o a termine o futuro, purché, in tal caso, sia già venuto ad esistenza il rapporto da cui esso originerà, avendo la cessione, prima di tale momento, efficacia solo obbligatoria (**Cass. 22 aprile 2003, n. 6422**, in *Foro pad.*, 2004, I, 19; **Cass., 26 ottobre 2002, n. 1514**, in *Banca borsa tit. cred.*, 2003, 5, 534, con nota di Sacchi Lodispoto, *Cessione di crediti futuri e mercato delle cartolarizzazioni*; **Cass., 24 maggio 2001, n. 7083**, in *Giur. civ.*, 2001, I, 2363; **Cass., 19 giugno 2001, n. 8333**, in *Riv. not.*, 2000 435, con nota da Vocaturo, *Libera cedibilità dei crediti, anche futuri*), è trasferito al cessionario, ai sensi dell'art. 1263 c.c., con i privilegi, le garanzie personali (ad esempio, la fideiussione) e reali (pegno, ipoteca, privilegio) e gli "altri accessori", quali, ad esempio, il diritto al risarcimento del maggior danno da inadempimento (**Cass., 15 settembre 1999, n. 9823**, in *Banca borsa tit. cred.*, 2001, 1, 56, con nota di Zucchetti, *Trasferimento del credito risarcitorio nella cessione del credito alla prestazione*) o un eventuale onere modale, non tuttavia i limiti alla pignorabilità (**Cass., 16 giugno 2003, n. 9630**, in *Giur. it.*, 2004, 743). Si discute, invece, in ordine alla clausola penale ed alla caparra confirmatoria che accedono più al contratto che non al credito.

Peraltro, al cessionario non può essere trasferito il possesso della cosa ricevuta in pegno senza il consenso del costituente; in caso di dissenso, pur trasferendosi al cessionario la titolarità del diritto, il bene rimane presso il cedente che ne diventa semplice "custode" (art. 1263 comma 2 c.c. che costituisce specificazione e, al tempo stesso deroga, rispetto alla previsione di cui all'art. 2786 comma 2 c.c.).

Se il credito trasferito è garantito da ipoteca, la cessione deve essere annotata a margine dell'iscrizione. Altrimenti, il cessionario è considerato creditore chirografario del debitore ceduto. Infine, per effetto della cessione di credito sono trasferiti anche i frutti e gli interessi in scadenza. Per quelli già scaduti è necessaria una precisa pattuizione in tal senso.

L'art. 1266 c.c. dispone che, in caso di cessione a titolo oneroso, il cedente è tenuto a garanti-

re al cessionario l'esistenza del credito al tempo della cessione (c.d. *nomen verum* del credito) (Cass., 18 dicembre 1987, n. 9428, in *Civiltista*, 2009, 12, 79). In particolare, il cedente deve garantire che il credito non solo è sorto ma non si è estinto, per qualunque ragione, compresa la prescrizione, al momento della cessione (Cass., 5 febbraio 1988, n. 1257, in *Banca borsa tit. cred.*, 1989, II, 295).

La garanzia può essere esclusa per patto, ma il cedente resta sempre obbligato per il fatto proprio.

In caso di cessione a titolo gratuito, la garanzia è dovuta solo nei casi e nei limiti in cui la legge pone a carico del donante la garanzia per l'evizione (art. 797 c.c.), ossia quando il cedente ha espressamente promesso la garanzia ovvero se l'evizione dipende dal dolo o dal fatto personale del cedente stesso ovvero nell'ipotesi di donazione che imponga oneri al donatario o in quella di donazione remuneratoria.

La cessione di crediti inesistenti, per nullità del titolo o perché estinti per avvenuto pagamento, dovrebbe essere considerata nulla per mancanza dell'oggetto (artt. 1325 n. 3, 1346 e 1418 comma 2 c.c.).

Tuttavia, è stato osservato come la disposizione di cui all'art. 1266 c.c. (oltre tutto derogabile), ponendo a carico del cedente, in caso di cessione onerosa, solo un obbligo di garanzia, faccia eccezione al principio generale secondo cui l'inesistenza dell'oggetto dell'obbligazione ne determina la nullità. Pertanto, la cessione di un credito inesistente sarebbe valida ed efficace, con la conseguenza che il cessionario potrebbe avvalersi della garanzia, chiedendo il risarcimento dell'intero danno subito (ma dovendo a sua volta eseguire la controprestazione), ovvero agire in giudizio per la risoluzione del rapporto, sottraendosi alla propria prestazione ma ottenendo un risarcimento del danno ridotto.

Di contro, nel caso di cessione di credito a titolo gratuito, atteso che la garanzia è dovuta solo in presenza delle condizioni di cui all'art. 797 c.c. in materia di donazione, la cessione di credito inesistente sarebbe nulla, quando tali condizioni non operino.

Ai sensi dell'art. 1267 c.c., il cedente non risponde dell'inadempimento del debitore ceduto (c.d. *nomen bonum* del credito), salvo che abbia assunto la relativa garanzia. In quest'ultima evenienza (cessione *pro solvendo*), il cedente risponde nei limiti di quanto abbia ricevuto, ossia il cessionario ha il diritto di recuperare il corrispettivo della cessione, non l'importo del credito acquistato. Ogni patto diretto ad aggravare la responsabilità del cedente è nullo.

La garanzia della solvenza viene meno se la mancata realizzazione del credito è dipesa da negligenza del cessionario nell'iniziare o proseguire le dovute azioni giudiziali e stragiudiziali contro il debitore inadempiente (come la costituzione in mora, l'azione di adempimento, l'esecuzione forzata, etc...).

La natura giuridica della cessione di credito

Discussa è stata la natura giuridica della cessione di credito, se contrattuale o non contrattuale. La tesi della natura non contrattuale (Bianca, *Diritto civile*, Milano, 2002, 586 e ss.) ha qualificato la cessione di credito alla stregua di una possibile prestazione contrattuale o quale effetto di un contratto.

Si è detto, al riguardo, che l'istituto in esame non è un contratto più di quanto non lo sia il trasferimento di proprietà. Ciò perché la disposizione di cui all'art. 1260 c.c., innanzitutto, non definisce la cessione del credito come contratto e, in secondo luogo, specifica come questa può essere sia a titolo oneroso sia a titolo gratuito. Sicché, qualora il credito sia ceduto dietro pagamento di un prezzo ovvero gratuitamente, si realizzerrebbero, rispettivamente, una vera e propria compravendita ex art. 1470 c.c. ovvero una donazione ex art. 790 c.c.

In tale prospettiva, il problema dell'identificazione della causa si pone non per la cessione del credito ma per il contratto che abbia ad oggetto tale prestazione.

Tuttavia si è obiettato che tale ricostruzione non tiene conto del fatto che la disciplina della cessione di credito è inserita nel titolo dedicato alle obbligazioni in generale, non in quello dedicato alla vendita. In quest'ultimo titolo era sistemata la cessione di credito nel Codice civile del 1865, la quale emergeva quale forma particolare di vendita. Ciò, infatti, aveva indotto la dottrina del tempo a ritenere che la vendita, la permuta e la donazione potessero determinare sia il trasferimento di un diritto reale sia il trasferimento di un diritto di credito.

Di contro, la collocazione sistematica della cessione di credito nel vigente codice civile del 1942 conferma che essa non è più considerata quale effetto della vendita (o di altro negozio), ma come negozio autonomo. Ciò trova conferma nel dato letterale dell'art. 1264 c.c., secondo cui l'istituto in esame produce un effetto, non costituisce invece l'effetto di un diverso negozio.

A questi rilievi ha aderito la tesi contrattuale (Gazzoni, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2006, 618), confermata dalla costante giurisprudenza, secondo la quale la cessione di credito è un contratto bilaterale, ad effetti reali (art. 1376 c.c.) cui è del tutto estraneo il debitore ceduto (Cass., 17 marzo 1995, n. 3099, in *Mass. Giust. civ.*, 1995, 627; Cass. 19 gennaio 1995, n. 575, *ivi*, 1995, 99; Cass., 27 febbraio 1998, n. 2156, *ivi*, 1998, 448).

Tuttavia, il contratto di cessione di credito ha effetti obbligatori nell'ipotesi (come quella del con-

La struttura del contratto di cessione di credito

tratto di appalto) in cui il credito ceduto (diritto dell'appaltatore alla retribuzione) non sorga al momento della stipulazione del contratto, ma sia un credito futuro (in quanto nascente dopo e a causa dell'esecuzione del contratto). Sicché, ove l'appaltatore abbia ceduto il suo credito (futuro) e sia stato dichiarato fallito prima dell'esecuzione del contratto, poiché alla data del fallimento il credito per il prezzo dell'appalto non è ancora sorto e non si è verificato l'effetto traslativo della cessione, la quale aveva ancora mero effetto obbligatorio, il cessionario non può opporre efficacemente la cessione al fallimento (**Cass., 29 marzo 2000, n. 3782**, in *Fall.*, 2001, 291 e 387; in *Dir. fall.*, 2001, II, 749 e 364).

Nell'ambito della tesi che afferma la natura contrattuale dell'istituto in esame, è stata sollevata la questione dell'individuazione della causa di quest'ultimo: alcuni autori (Mancini, *La cessione dei crediti*, in *Trattato Rescigno*, Padova, 1999, 461) hanno ritenuto che la cessione del credito, non essendo di per sé sostenuta da alcuna causa che giustifichi il sacrificio del cedente, è dotata di causa astratta. Peraltro, è stata rilevata la contrarietà di tale ricostruzione al dettato dell'art. 1325 c.c., secondo cui ogni fattispecie contrattuale deve essere supportata da una propria giustificazione causale, essendo i negozi astratti solo ipotesi eccezionali.

Altri, invece, hanno affermato che la cessione di credito presenta una causa generica costante, consistente nella finalità di trasferire la titolarità del credito, ed una causa specifica variabile, quella di volta in volta perseguita dalle parti, la quale può essere onerosa o gratuita o di garanzia (Panuccio, *La cessione volontaria dei crediti nella teoria del trasferimento*, Milano, 1955, 15). La giurisprudenza ha ritenuto che la cessione di credito, potendo essere sostenuta, a seconda dei casi, da ragioni giustificative diverse (scambio contro prezzo, garanzia, liberalità), ha causa variabile e, pertanto, ha affermato l'ammissibilità della figura della cessione di credito con funzione esclusiva di garanzia, comportante il medesimo effetto, tipico della cessione ordinaria, immediatamente traslativo del diritto al cessionario (**Cass., 2 aprile 2001, n. 4796**, in questa *Rivista*, 2002, 348).

Tuttavia, la figura in esame non ha mancato di suscitare perplessità in dottrina, in quanto essa contrasterebbe con il divieto di patto commissorio (art. 2744 c.c.) e, comunque, sarebbe lesiva del principio della *par condicio creditorum*: il debitore, escludendo dal proprio patrimonio il credito ceduto, pone il cessionario al riparo dal rischio di dovere concorrere con altri creditori del cedente.

Peraltro, a fronte di questi dubbi è stato sostenuto che il rischio di violare il divieto di patto commissorio è scongiurato se si inserisce la previsione secondo la quale il cessionario possa soddisfarsi unicamente fino alla concorrenza del credito vantato, con l'obbligo di restituire l'eccedenza (c.d. patto Marciano).

Parimenti discussa è stata la struttura del contratto di cessione di credito.

In particolare, alla minoritaria tesi c.d. dualista, secondo la quale la cessione può avere indifferentemente carattere bilaterale o trilaterale, a seconda che il debitore ceduto intervenga o meno al negozio mediante accettazione, si è contrapposta quella c.d. unitaria secondo la quale, premesso che un negozio non può avere due strutture distinte, la cessione di credito ha sempre struttura bilaterale, trattandosi di negozio stipulato esclusivamente tra cedente e cessionario, al quale resta estraneo il debitore ceduto.

A tale ricostruzione, attinente all'efficacia traslativa del contratto di cessione, ha aderito la giurisprudenza dominante che ha specificato come la notifica e l'accettazione di cui all'art. 1264 c.c. non sono elementi costitutivi o requisiti di efficacia della cessione (la quale produce effetti *inter partes* e verso il debitore ceduto per effetto del consenso tra cedente e cessionario, secondo la regola di cui all'art. 1376 c.c.) ma mere condizioni per l'opponibilità del trasferimento al debitore, escludenti l'efficacia liberatoria del pagamento eventualmente effettuato dal debitore ceduto al cedente anziché al cessionario (**Cass., 26 aprile 2004, n. 7919**, in *Mass. Giust. civ.*, 2004, 4; **Cass., 21 gennaio 2005, n. 1312**, *ivi*, 2005, 1; **Cass., 17 marzo 2006, n. 5997**, *ivi*, 2006, 3).

Peraltro, l'opponibilità a terzi della cessione del credito non presuppone che la relativa notifica al debitore ceduto venga necessariamente eseguita a mezzo ufficiale giudiziario. Quest'ultima, infatti, costituisce una semplice *species* (prevista esplicitamente dal codice di rito per i soli atti processuali) del più ampio *genus* costituito dalla notificazione intesa come attività diretta a produrre la conoscenza di un atto in capo al destinatario. Di conseguenza, tanto ai fini di cui all'art. 1264 c.c. quanto a quelli di cui ai successivi artt. 1265 e 2914 n. 2 c.c., la notificazione della cessione (così come il correlativo atto di cessione), non identificandosi con quella effettuata ai sensi dell'ordinamento processuale, costituisce atto a forma libera, non soggetto a particolari discipline o formalità (**Cass., 12 maggio 1998, n. 4774**, in *Foro it.*, 1998, I, 2114).

Viceversa, in assenza di notificazione o accettazione il pagamento effettuato a favore del cedente libera il debitore, in ossequio al principio sancito dall'art. 1189 c.c. in tema di pagamento al creditore apparente. È peraltro fatta salva la previsione di cui all'art. 1264, comma 2, c.c. se-

Il regime delle eccezioni

condo la quale anche prima della notificazione, il debitore che paga al cedente non è liberato, se il cessionario prova che il debitore medesimo era a conoscenza dell'avvenuta cessione.

L'accettazione è atto unilaterale recettizio a forma libera, la cui natura è discussa: secondo alcuni trattasi di atto di adesione che, tuttavia, si è criticamente osservato finirebbe per rendere a formazione progressiva la fattispecie in esame, contro il disposto di cui all'art. 1260 c.c. Secondo altri l'accettazione ha natura di riconoscimento di debito ovvero di mera dichiarazione di scienza (Perlingieri, *Cessione dei crediti*, in *Commentario del codice civile*, a cura di Scialoja-Branca, Bologna-Roma, 1982, 73).

Conformemente a quest'ultima tesi dottrinale la giurisprudenza ha affermato che l'accettazione della cessione rappresenta una dichiarazione di scienza priva di contenuto negoziale, la quale non vale in sé come ricognizione tacita del debito, avendo lo scopo esclusivo di individuare in via definitiva il soggetto attivo del rapporto obbligatorio a seguito della vicenda circolatoria (Cass., 18 dicembre 2007, n. 26664, in *Mass. giust. civ.*, 2007, 12).

In definitiva, risulta superata la tesi secondo la quale, in mancanza di notifica o accettazione, la cessione è valida ed efficace solo tra cedente e cessionario, non anche nei confronti del ceduto. Si è obiettato, infatti, che tale soluzione porterebbe alla conseguenza di riconoscere un regolare trasferimento del diritto di credito ma non un corrispondente obbligo del debitore.

Superata risulta anche la tesi secondo la quale l'accettazione e la notificazione costituiscono elementi essenziali della cessione, la cui mancanza comporta l'inefficacia della cessione medesima sia *inter partes* sia verso il debitore. Tuttavia si è osservato come dal tenore letterale del secondo comma dell'art. 1264 c.c. si evince che la cessione ha effetto tra le parti anche prima dell'accettazione e della notificazione: la disposizione in parola esclude l'effetto liberatorio del pagamento fatto al cedente prima della notificazione quando il cessionario prova che, comunque, il debitore era a conoscenza della cessione.

Il codice civile, a differenza di quanto è stabilito per altri istituti che determinano modificazioni soggettive del rapporto obbligatorio (delegazione, espromissione e acollo), non detta una compiuta disciplina del regime delle eccezioni.

Tuttavia, la giurisprudenza prevalente ritiene che il debitore ceduto, essendo parte del rapporto obbligatorio oggetto della cessione, non del contratto di cessione, il quale si perfeziona per effetto del consenso legittimamente prestato dal cedente e dal cessionario, è obbligato nei confronti del cessionario nello stesso modo in cui era obbligato nei confronti del cedente e, pertanto, può opporre al cessionario tutte le eccezioni di carattere oggettivo opponibili al creditore originario.

Ciò perché il trasferimento del credito comporta una successione a titolo particolare nel lato attivo del rapporto, ma non un mutamento del titolo o della posizione debitoria che rimane, in ogni caso, la stessa (Cass., 25 febbraio 2005, n. 4078, in *Mass. Giust. civ.*, 2005, 2; Cass., 10 maggio 2005, n. 9761, *ibidem*, 5).

A conforto di tale orientamento si adduce l'art. 1263, primo comma, c.c. e, in particolare, si ritiene che nel termine "accessori" possano essere ricomprese le eccezioni che la giurisprudenza ha individuato in tre diverse categorie: 1) quelle relative alla validità del titolo costitutivo del credito, quali nullità, annullabilità, rescissione; 2) quelle relative a fatti modificativi o estintivi - pagamento e prescrizione - del rapporto, anteriori al trasferimento del credito dal cedente al cessionario; 3) quelle relative a fatti modificativi o estintivi del rapporto, posteriori al trasferimento del credito, ma anteriori all'accettazione della cessione o alla sua notifica o alla sua conoscenza di fatto (Cass., 6 agosto 1999, n. 8485, *ivi*, 1999, 1780; Cass., 17 gennaio 2001, n. 575, in questa *Rivista*, 2002, 59).

Sono invece inopponibili le eccezioni relative a fatti modificati o estintivi del credito, successivi all'accettazione della cessione o comunque alla sua conoscenza da parte del debitore ceduto. In particolare, sono inopponibili al cessionario i pagamenti fatti dal debitore e le modificazioni apportate al rapporto creditorio successivamente alla notifica.

La *ratio* di questa opzione ermeneutica risiede nell'esigenza di evitare che la cessione di credito possa rendere la posizione del debitore ceduto nei confronti del cessionario peggiore rispetto a quella che aveva nei confronti del creditore originario.

Rispetto ai fatti estintivi del credito, l'art. 1248 c.c. stabilisce che il debitore, se ha accettato semplicemente e puramente la cessione, non può opporre al cessionario la compensazione che avrebbe potuto opporre al cedente.

Al riguardo, la giurisprudenza ha chiarito che l'accettazione senza riserva ("puramente e semplicemente") equivale ad una rinuncia (tacita) a fare valere il diritto (potestativo) a liberarsi attraverso un modo di estinzione dell'obbligazione diverso dall'adempimento (compensazione) (Cass., 22 maggio 1980, 3377, in *Mass. giust. civ.*, 1980, 5). Di contro, il debitore che accetti con riserva può eccepire al cessionario la compensazione che avrebbe potuto opporre al cedente, pur in mancanza della situazione di fatto della coesistenza (dei crediti-debiti reciproci) che rappresenta il presupposto della compensazione.

Se, invece, non vi è stata accettazione ma semplice notifica, il debitore ceduto potrà oppor-

re in compensazione solo i crediti, vantati verso il cedente, sorti anteriormente alla notifica stessa.

Al riguardo, la giurisprudenza ha specificato che la preclusione in esame, che impedisce la compensazione dei crediti sorti posteriormente alla notificazione, opera anche quando il debitore abbia avuto conoscenza della cessione del proprio debito (**Cass., 16 novembre 1985, n. 5629**, in *Mass. Giust. civ.*, 1985, 11).

Una questione particolare riguarda il caso in cui il rapporto obbligatorio si sia estinto a seguito della risoluzione per inadempimento del contratto. Qualora la risoluzione sia intervenuta prima dell'accettazione o della notifica della cessione, il debitore ceduto può opporre al cessionario l'intervenuta estinzione della posizione creditoria. A tale soluzione è pervenuta la giurisprudenza qualora la risoluzione sia posteriore all'accettazione o alla notifica della cessione: avendo la risoluzione efficacia retroattiva, ai sensi dell'art. 1458 c.c., salvo i casi di contratti ad esecuzione continuata o periodica, essa si colloca cronologicamente prima dell'accettazione della cessione (**Cass., 17 gennaio 2001, n. 575**, cit.)

Quanto all'opponibilità da parte del debitore ceduto delle eccezioni relative al negozio di cessione, parte della dottrina esclude tale possibilità, essendo inesistente un onere in capo al debitore ceduto di verificare la validità del negozio di cessione (**Cass., 22 giugno 1972, n. 2055**, in *Giur. civ.*, 1972, I, 1511; **Cass., 19 ottobre 1963, n. 2783**, in *Tem*, 1963, 371; **Cass., 5 febbraio 1988, n. 1257**, in *Banca borsa tit. cred.*, 1989, II, 295; Dolmetta-Portale, *Cessione del credito e cessione in garanzia nell'ordinamento italiano*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1999, 99, spec. nota 105).

Altra parte della dottrina, invece, ammettendo sussistere tale onere, affermano la legittimazione (ed onere, pena la non liberazione) del ceduto ad eccepire quanto meno l'inesistenza, l'inefficacia o la nullità della cessione, ove ciò risulti dal documento con cui lo stesso viene reso edotto dell'avvenuta cessione (**Cass., 11 marzo 1996, n. 2001**, in *Giur. civ. Mass.*, 1996, 337, secondo la quale «nel caso di cessione del credito, anche il debitore ceduto può fare valere la nullità della cessione, dal momento che essa viene ad incidere sul diritto del cessionario a ricevere la prestazione dovuta ed è quindi evidente l'interesse del debitore ad evitare di eseguire un pagamento che, una volta accertata l'invalidità del negozio di cessione, potrebbe essere riconosciuto non liberatorio»; Perlingieri, *Le cessioni di crediti ordinari e di impresa*, Napoli, 1993, 79 e ss.; Panuccio, *La cessione volontaria dei crediti nella teoria del trasferimento*, Milano, 1955, 61 e ss.).

Si è precisato che l'onere di accertamento si specifica in due distinti momenti: quello di verificare l'avvenuta stipulazione del negozio e quello di accertarne l'efficacia giuridica.

Quanto al primo, il debitore può confidare sulla presunzione di persistente titolarità del creditore originario (c.d. legittimazione storica del cedente) e, in base a tale presunzione, può legittimamente ritenere immutata la titolarità del credito, finché non riceva prova certa del contrario, mediante i documenti originali della cessione, gli accertamenti giudiziali ovvero comunicazione del creditore originario. La giurisprudenza ha specificato che il debitore ceduto non ha il dovere di indagare se sussistono i presupposti di esistenza e di validità della cessione quando questa gli venga comunicata dal creditore cedente (**Cass., 22 giugno 1972, n. 2055** in *Il Civilista*, 2010, 12, 41). Non è sufficiente invece la notificazione della cessione effettuata da chi pretende essere il cessionario, se essa non sia documentata.

Quanto all'onere di accertare l'efficacia della cessione, si è osservato che una cessione nulla o priva di efficacia non determina il mutamento della persona dell'effettivo creditore, sicché il debitore ceduto non è tenuto ad eseguire la prestazione in favore di un preteso e non legittimato cessionario. Orbene, poiché il ceduto non è parte del negozio di cessione, la diligenza richiestagli nella verifica dell'efficacia del negozio non può essere rapportata alla conoscenza richiesta alla parte stipulante ma alla conoscenza pratica del diritto riscontrabile mediamente nella vita di relazione. Da ciò discende che una responsabilità del ceduto che paghi al preteso cessionario può ravvisarsi solo in caso di sua colpa grave.

Una forma particolare di cessione, diffusa nella prassi bancaria, è rappresentata dalla cessione del credito a scopo di garanzia, la quale ricorre quando il debitore cede il proprio credito verso un terzo cessionario (normalmente una banca) che non può esigere il credito immediatamente, ma solo in caso di inadempimento del cedente. Se quest'ultimo adempie la propria obbligazione, il cessionario sarà tenuto a retrocedere il credito concessogli in garanzia.

La giurisprudenza ha affermato l'ammissibilità di tale figura sulla base dell'assunto secondo cui la cessione del credito, avendo causa variabile, ben può avere funzione esclusiva di garanzia, e produrre il medesimo effetto, immediatamente traslativo del diritto al cessionario, tipico della cessione ordinaria: il credito ceduto entra nel patrimonio del cessionario e diventa un credito proprio di quest'ultimo (**Cass., 2 aprile 2001, n. 4796**, cit.; **Cass., 16 aprile 1999, n. 3797**, cit.; **Cass., 3 luglio 2009 n. 15677**, in *Mass. Giust. civ.*, 2009, 7-8, 1033).

Nel caso di cessione effettuata esclusivamente a scopo di garanzia di una diversa obbligazione dello stesso cedente, il cessionario può azionare sia il credito originario sia quello che gli è stato ceduto in garanzia.

La cessione di credito a scopo di garanzia

Tuttavia, il credito ceduto si ritrasferisce automaticamente nella sfera giuridica del cedente quando l'obbligazione garantita si estingua, totalmente o parzialmente, per adempimento o per altra causa. Il debitore ceduto, allo scopo di vedere estinta la propria garanzia ovvero limitata al debito residuo del cedente verso il cessionario, può eccepire a quest'ultimo l'intervenuto adempimento, totale o parziale, dell'obbligazione garantita. Al riguardo, la giurisprudenza ha configurato la cessione a scopo di garanzia in termini di negozio sottoposto a condizione risolutiva, in cui l'evento risolutivamente condizionante sarebbe dato dall'estinzione, da parte del cedente, dell'obbligazione garantita. In pendenza di condizione il cessionario non può rivolgersi al cedente per il soddisfacimento delle proprie ragioni, senza avere prima sperimentato l'escussione del debitore ceduto; il cedente può agire in surrogatoria laddove il cessionario non si curi di richiedere l'adempimento della prestazione al debitore ceduto (**App. Milano, 31 ottobre 1989**, in *Giust. civ.*, 1990, I, 463).

La cessione di credito a scopo di garanzia, che dà sempre luogo alla trasmissione del credito, si differenzia dal pegno di credito, che integra un tipico diritto di prelazione che non dà mai luogo al trasferimento della titolarità del credito al creditore pignoratizio (**Cass., 5 novembre 1980**, n. **5943**, in *Mass. Giust. civ.*, 1980, 11).

La cessione di credito a scopo di garanzia, producendo l'immediato trasferimento della posizione attiva del rapporto obbligatorio ad un altro soggetto che si sostituisce all'originario creditore e diviene, pertanto, l'unico legittimato a pretendere la prestazione del debitore ceduto, si differenzia dal mandato *in rem propriam*, il quale, conferendo al mandatario solo la legittimazione alla riscossione del credito, del quale resta titolare il mandante, non è idoneo a realizzare gli effetti solutori propri della cessione del credito (**Cass., 9 settembre 1992**, n. **10314**, *ivi*, 1992, 8-9; **Cass., 22 settembre 1990**, n. **9650**, *ivi*, 1990, 9).

La cessione di credito a scopo di garanzia, ai sensi dell'art. 1198 c.c., può essere realizzata come prestazione in luogo dell'adempimento.

Si è discusso quale sia il rapporto tra gli artt. 1260 e 1198 c.c. Una tesi dottrinale (Di Majo, *Del l'adempimento in generale*, in *Commentario del codice civile*, a cura di Scialoja-Branca, Bologna-Roma, 1994, 358 e ss.; Perlinger, *Della cessione dei crediti*, in *Commentario del codice civile*, a cura di Scialoja-Branca, Bologna, 1982, 301; Zaccaria, *La prestazione in luogo dell'adempimento fra novazione e negozio modificativo del rapporto*, Milano, 1987, 206; Dolmetta, *Cessione dei crediti*, Torino, 1987, 329) ha sostenuto che la cessione di cui all'art. 1267 c.c. si distingue da quella prevista dall'art. 1198 c.c., atteso che in quest'ultima il creditore cessionario è titolare di due distinte pretese, ossia di quella originaria, nei confronti del debitore cedente e di quella, derivata dalla cessione, nei confronti del debitore ceduto, sicché in caso di inadempimento di quest'ultimo il creditore ha la facoltà di scegliere se agire contro di lui o contro il debitore originario. Per effetto del rinvio operato dall'art. 1198 c.c. all'art. 1267 comma 2 c.c. tale facoltà viene meno quando la mancata realizzazione del credito ceduto sia dovuta al comportamento negligente del cessionario, ossia con il realizzarsi delle condizioni *ivi* previste che determinano la liberazione del debitore cedente.

Altra tesi dottrinale (Baccigalupi, *I dati normativi della cessio pro solvendo*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1954, II, 382) ha ritenuto che la figura delineata dagli artt. 1198 e 1267 c.c. sia unitaria e costituisca una *species* di *datio in solutum*, nella quale la prestazione dell'"*aliud*" è rappresentata da una comune cessione "*solvendi causa*" con annessa garanzia di solvenza, sicché la responsabilità del cedente è legata alla solvibilità del ceduto ed è destinata a funzionare nel caso in cui il patrimonio di quest'ultimo sia escusso infruttuosamente. Che si tratti di una cessione a scopo di adempimento, non in luogo di esso, si ricaverebbe dal richiamo dell'art. 1198 c.c. all'art. 1267 c.c. nella parte in cui questo prevede in capo al cessionario l'obbligo di agire diligentemente per la realizzazione del credito ceduto, pena la perdita della garanzia. Secondo la tesi in esame, per effetto della cessione il creditore diventa titolare di due diritti di credito, di cui quello originario è inesigibile fino all'eventuale inadempimento di quello ceduto. Tuttavia, il soddisfacimento di uno di essi determina l'estinzione dell'altro.

La giurisprudenza raramente si è occupata della tematica. Alle più risalenti pronunce, secondo le quali la cessione del credito "*pro solvendo*" non ha di per sé efficacia novativa, in quanto il debitore cedente, ai sensi dell'art. 1198 c.c., non è liberato, estinguendosi la sua obbligazione solo con la riscossione del credito ceduto ovvero la cessione del credito può essere preordinata al conseguimento tanto di uno scopo di garanzia quanto di una funzione soddisfattoria, ha fatto seguito una decisione più recente in cui è stato affermato che nell'ipotesi di cessione "*pro solvendo*" a scopo solutorio, in cui il creditore cessionario diventa titolare di due crediti concorrenti, l'uno verso il proprio debitore e l'altro verso il debitore ceduto, si è in presenza di due distinte obbligazioni, aventi ciascuna una propria causa e l'attitudine ad essere oggetto di autonomi atti di disposizione, con l'unico limite costituito dal fatto che l'obbligazione originaria si estingue con la riscossione del credito verso il debitore ceduto (**Cass., 28 giugno 2002**, n. **9495**, in *Mass. Giust. civ.*, 2002, 1127).

Successivamente la giurisprudenza ha chiarito che la cessione di credito prevista dall'art. 1198 c.c. non estingue il credito originario, ma affianca ad esso quello ceduto con la funzio-

ne di consentire al creditore di soddisfarsi mediante la realizzazione di quest'ultimo credito. Si verifica, pertanto, la coesistenza di due crediti: quello originario e quello ceduto; stante il richiamo che l'art. 1198 c.c. fa al comma 2 dell'art. 1267 c.c., in cui si subordina la responsabilità del cedente non al solo adempimento del ceduto ma anche al fatto che il cessionario abbia iniziato e proseguito con diligenza le istanze contro quest'ultimo, il credito originario rimane quiescente fino a quando il cessionario non abbia inutilmente escusso il debitore ceduto; la realizzazione del credito ceduto produce l'estinzione anche di quello originario. In altri termini, la cessione del credito in luogo dell'adempimento non comporta liberazione del debitore originario, che consegue alla realizzazione del credito ceduto; il credito originario rimane inesigibile per tutto il tempo in cui persiste la possibilità di fruttuosa escussione del debitore ceduto; il creditore cessionario è tenuto ad escutere prima il debitore ceduto e, solo quando il medesimo risulti insolvente, si può rivolgere al debitore originario (**Cass., 29 marzo 2005, n. 6558**, in *Dir. giust.*, 2005, 18, 10, con nota di Garufi, *Il debitore ceduto va escusso per primo*).

Da ultimo, la giurisprudenza ha affermato che in caso di cessione del credito in luogo dell'adempimento (art. 1198 c.c.) grava sul cessionario, il quale agisca nei confronti del cedente, dare la prova dell'esigibilità del credito e dell'insolvenza del debitore ceduto, ossia dare la prova che vi è stata escussione infruttuosa di quest'ultimo e che la mancata realizzazione del credito per totale o parziale insolvenza del debitore ceduto non è dipesa da sua negligenza nell'iniziare o proseguire le istanze contro il debitore ceduto, essendo egli tenuto ad un comportamento volto alla tutela del credito ceduto, anche mediante richiesta di provvedimenti cautelari e conservativi, non potendo considerarsi il medesimo non diligente solamente in caso di estinzione non soddisfattiva del credito ceduto o di perdita dell'azione, ma anche in ipotesi di insolvenza del debitore ceduto (**Cass., 3 luglio 2009, n. 15677**, in *Mass. Giust. civ.*, 2009, 1033).

LIBRI

COLLANA: **Commentari**

CONTRATTI

Formulario commentato

Con Cd-Rom

A cura di **Francesco Macario**

Il volume ricomprende un'ampia ed articolata raccolta delle formule di maggior uso nella **pratica commerciale nazionale ed internazionale** che consentono all'utente di affrontare la questione sottoposta al suo esame e di procedere all'impostazione pratica e corretta dell'atto senza sottoporsi ad un lungo lavoro di ricerca dottrinale e giurisprudenziale.

La casistica in materia è estremamente vasta e comprende le maggiori figure contrattuali utilizzate nelle **transazioni commerciali** (come ad esempio l'assicurazione, il mandato, la vendita, ecc.) e nella **pratica internazionale** (ad es. il contratto di "buy back"), oltre alle **tipologie contrattuali più attuali**, quali l'assistenza informatica e medico sanitaria, il "Call and put option", i "Financial futures" e il contratto di Call Center (Tele-assistenza).

Le **oltre 200 formule contrattuali**, selezionate in considerazione delle loro ric-

dute pratiche o implicazioni nell'attività commerciale, accolte di recente nella prassi o proporziate dalle ultime riforme legislative, sono corredate da un **commento d'autore** che ne evidenzia gli aspetti essenziali e fornisce ulteriori elementi per una migliore comprensione delle dinamiche della contrattazione e delle conseguenze sul piano giuridico di un determinato accordo, da una **rassegna di giurisprudenza** e dalla **bibliografia essenziale**, per approfondire gli aspetti più controversi.

Ipsoa 2011, Euro 150,00

Per informazioni e acquisti

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



Proprietà

Le clausole vessatorie nel regolamento “contrattuale” di condominio

di **Claudio Belli**

L'attribuzione, per via giurisprudenziale, della qualifica di «consumatore» al condominio negli edifici ha consentito di applicare anche all'«ente di gestione» condominiale, nell'ultimo decennio, le disposizioni del Codice del consumo, con particolare riferimento alla disciplina sulle clausole vessatorie, determinando rilevanti benefici, in termini di effettività della tutela sia dei singoli che della collettività condominiale. Tali disposizioni possono essere utilizzate anche per espungere dai regolamenti c.d. “contrattuali” quelle pattuizioni che, sulle parti comuni o sulle proprietà esclusive, costituiscono o limitano i diritti soggettivi o impongono nuove obbligazioni. Attraverso un percorso argomentativo che segue idealmente l'acquirente/condomino nelle varie fasi di acquisto dell'immobile (dall'incarico conferito all'agenzia immobiliare fino all'atto pubblico di compravendita), l'Autore dimostra come le norme “di protezione”, opportunamente utilizzate, possano condurre alla caducazione delle clausole estranee al contenuto tipico del regolamento di condominio, superando l'esigenza di ottenere l'unanimità dei consensi degli originari contraenti (in molti casi impossibile in punto di fatto). L'argomento proposto tenta di aprire nuove vie di tutela rispetto a regolamenti condominiali caratterizzati da “significativi squilibri” e da pattuizioni contrastanti con la “buona fede” e considerati, almeno fino ad oggi, dalla giurisprudenza e dalla dottrina, tendenzialmente immodificabili.

L'applicazione della disciplina sulle clausole vessatorie nei contratti dei consumatori al regolamento “contrattuale” di condominio

Il tema delle clausole vessatorie presenti nei regolamenti c.d. “contrattuali” di condominio (1) è un campo di indagine giuridica per nulla trattato dalla giurisprudenza (2) e molto poco esplorato dalla dottrina che soltanto recentemente ha prospettato l'utilizzazione delle disposizioni del codice del consumo come strada percorribile ai fini della declaratoria della nullità delle clausole in esame (3). Accade, infatti, frequentemente che, nella prassi delle negoziazioni nel settore immobiliare, un terzo, originario e unico proprietario dell'immobile (il costruttore o l'unico acquirente dell'intero edificio) predisponga unilateralmente (e di fatto imponga) un testo regolamentare (il c.d. regolamento esterno (4)) o

Trib. Genova, 19 aprile 2007, in *Lex24* e in *Obbl. e contr.*, 2007, 10, 842; Trib. Modena, 20 ottobre 2004, in questa *Rivista*, 2005, 178, in *Arch. Loc.*, 2005, 62 e in *Il Civilista*, 2009, 72 ss.; Trib. Genova, 21 luglio, 2003, n. 10675, in *Sole 24 Ore - Merito*, 2004, 4, 43; Trib. Bologna, 3 ottobre 2000, n. 2539, in *Corr. Giur.*, 2001, 525; Trib. Bari, 26 ottobre 2007, in *www.giurisprudenzabarese.it*, Trib. Bari, 24 settembre 2008, in *Imm. e dir.*, 2009, 2, 43. Sulla compatibilità delle norme del regolamento di condominio con le disposizioni del Codice del consumo v., G. Terzago, *Condominio-Regolamento contrattuale di condominio c.d. esterno-clausole-vessatorie-verifica in base alle norme del d.lgs. n. 206/2005*, in *Imm. e dir.*, 2006, 9, 7; G. Terzago, *Condominio e tutela del consumatore*, in *Riv. giur. edil.*, 2001, 866.

(2) L'unico precedente rinvenuto in cui si è posto il problema dell'effettiva volontà dei contraenti di approvare clausole regolamentari limitative dei diritti di proprietà esclusiva è Cass., 4 marzo 1983, n. 1634, in *Mass. giust. civ.*, 1983.

(3) A. Scarpa, *Le clausole vessatorie nel regolamento di condominio*, in *Rass. loc. e cond.*, 1999, 481; G. Terzago, *Condòmino, regolamento contrattuale di condominio c.d. esterno*, cit., 7; A. Celeste, *Regolamento contrattuale e tutela del consumatore condominio*, in *Imm. e dir.*, 2011, 10, 24; C.M. Bianca, voce *Condizioni generali di contratto*, in *Dig. disc. it.*, Torino, 2008, il quale rileva che le condizioni generali di contratto si estendono fino al regolamento di condominio rendendo necessaria una «ridefinizione della materia delle condizioni generali di contratto che non lasci vuoti ingiustificati in pregiudizio dell'aderente».

(4) Il regolamento di condominio, nella sua forma tipica, è regolato dall'art. 1138 c.c. ed è chiamato “assembleare”. La dottrina e la giurisprudenza hanno ammesso, inoltre, il regolamento “esterno” o “contrattuale” che è “precostituito” dal costruttore
(segue)

Note:

(1) La giurisprudenza sull'applicazione della disciplina sulle clausole vessatorie al condominio è ormai dispersa in una casistica sterminata: si riportano, pertanto, solo le principali pronunce: Cass., 12 gennaio 2005, n. 452, in *www.giusconsuméristi.it*; Cass., 24 luglio 2001, n. 10086, in *Corr. giur.*, 2001, 1436, in *Dir. e giust.*, 2001, 34, 42 e in *Sole 24 Ore, Il Merito*, 2004, 4, 43; Trib. Bari, 23 aprile 2010, n. 1421, in *Lex24*; Trib. Milano, 8 settembre 2008, n. 10854, in *Arch. Loc. loc. e cond.*, 2009, 4, 382;

“contrattuale”) che viene successivamente “accettato”, via via (5), dagli acquirenti delle singole unità immobiliari. Tale atto prevede, molto spesso, condizioni ingiustificatamente gravose e discriminatorie per gli acquirenti (e futuri condòmini) imponendo cospicui vincoli alla proprietà con il fine di incrementare, in favore del costruttore, il valore dell’immobile. Si tratta di clausole che limitano il diritto di proprietà esclusiva oppure che prevedono speciali esoneri di uno o più proprietari da alcune spese condominiali, l’uso esclusivo di alcune parti comuni in favore di un solo proprietario o modificazioni svantaggiose delle tabelle millesimali e altre clausole sfavorevoli (6). Il regolamento in esame, allegato ai singoli atti di acquisto stipulati dai diversi condòmini, rimane trascritto presso la *Conservatoria dei registri immobiliari* ed è menzionato come parte integrante dell’atto di compravendita che l’acquirente dichiara di conoscere ed accettare (7) oppure, anche se non materialmente inserito nel contratto di compravendita, fa corpo con esso allorché sia espressamente richiamato ed approvato, di modo che le sue clausole rientrano *per relationem* nel contenuto dei singoli contratti di acquisto, vincolando i singoli acquirenti indipendentemente dalla trascrizione (8).

La dottrina più attenta ha sempre evidenziato l’anomalia di tale regolamento in quanto indirizzato a disciplinare non solo i rapporti tra i singoli proprietari in ordine all’uso dei beni comuni (9) ma anche i rapporti tra condòmini e venditore (10) e che, in sede assembleare, giammai verrebbero deliberati proprio perché implicanti limitazioni cospicue ai diritti di proprietà dei singoli e della collettività condominiale (11). Inoltre, è stato evidenziato che tale regolamento, al contrario di quello assembleare, non viene discusso ed approvato collegialmente e diventa vincolante ed obbligatorio, per ogni condòmino, soltanto in forza di un negozio giuridico, distinto ed autonomo, con il quale quest’ultimo si impegna ad osservarlo integralmente secondo la logica del “prendere o lasciare”; un negozio, in buona sostanza, che non deriva dalla volontà dell’assemblea ma da un fatto del terzo (il costruttore/venditore dell’edificio) che esercita pienamente la propria supremazia negoziale ed economica (12). Ebbene, di fronte alle clausole più “invasive” dei diritti dei proprietari (c.d. clausole “aggiunte”), per molti anni, si è posta la questione, tra i giuristi e gli operatori del settore, della possibilità della loro rimozione dal testo regolamentare “contrattuale” o attraverso una declaratoria di illegittimità delle stesse o per mezzo di una delibera assembleare adottata a maggioranza piuttosto

Note:

(continua nota 4)

re ed “accettato” dai singoli acquirenti. Per un ampio inquadramento sistematico dell’istituto v., R. Corona, *Regolamento contrattuale di condominio*, Torino, 2009.

(5) R. Corona, *op. cit.*, 159 ss. la fattispecie “regolamento contrattuale di condominio” si configura come un contratto “aperto” ex art. 1332 c.c. di per sé perfetto ed idoneo a produrre effetti verso gli acquirenti che via via aderiscono.

(6) Il costruttore/venditore si riserva, a volte, anche ulteriori vantaggi che potrà esercitare anche dopo aver alienato tutte le unità immobiliari (il diritto di autorizzare l’apposizione di targhe o insegne, svolgere determinate attività all’interno dell’edificio, riservarsi di nominare un amministratore condominiale di propria fiducia).

(7) Cass., 3 luglio 2003, n. 10523. Invero, già precedentemente alla promulgazione della l. n. 52 del 1996 la dottrina aveva rilevato, pur senza particolari approfondimenti, la problematicità della conoscenza e conoscibilità delle clausole in esame, v., E.V. Napoli, *Condizioni generali di contratto, regolamento di condominio e multiproprietà* (Nota a Cass., 10 gennaio 1986, n. 73), in *Giur. it.*, 1987, I, 1686; E. Marmocchi, *Condizioni generali e condominio, in La casa di Abitazione tra normativa vigente e prospettive*, Milano, 1986, 365.

(8) Cass., 21 febbraio 1995, n. 1886, in *Foro it. Rep.*, 1995.

(9) Ci si riferisce alle disposizioni che non rivestono natura contrattuale, ma “meramente” regolamentare e che, come tali, dovrebbero seguire le sorti delle disposizioni regolamentari soprattutto per ciò che attiene alla modifica e alla soppressione delle stesse; v., sul punto R. Triola, *Il condominio*, Milano, 2007, 306 il quale sostiene l’“inesistenza” regolamento “contrattuale” di condominio. In senso contrario, sebbene distinguendo tra clausole contrattuali e non contrattuali, D.R. Peretti Griva, *Regolamento contrattuale e regolamento condominiale*, in *Giur. it.*, 1952, I, 1, 122; F. Olivo, *Vincoli di destinazione e regolamento condominiale contrattuale* (Nota a Cass., 28 gennaio 1997, n. 854), in *Giust. civ.*, 1997, 2186; E.V. Napoli, *Il regolamento di condominio*, in *Il condominio*, a cura di C.M. Bianca, Torino, 2007, 5, 107. Diametralmente opposta ed alquanto ironica l’osservazione di R. Corona, *Regolamento contrattuale di condominio*, cit., secondo il quale «l’affermazione disinvolta che il regolamento contrattuale di condominio non esiste come categoria giuridica ricorda l’apologo del manzoniano don Ferrante a proposito della peste, secondo cui il contagio non poteva esistere».

(10) L’incontro delle volontà del costruttore e del condòmino può, come si vedrà, configurare un contratto che, conseguentemente, ha efficacia soltanto tra le parti contraenti ed i loro eredi ma non anche nei confronti dei successivi acquirenti sicché, in tal caso, sarebbe necessario approvare un diverso regolamento. Sul punto v., R. Corona, *Regolamento contrattuale di condominio*, cit., 3.

(11) N. Izzo, *Forma e presupposti per la modifica del regolamento di condominio* (Nota a Cass., Sez. Un., 30 dicembre 1999, n. 943), in *Corr. giur.*, 2000, 468.

(12) A. Celeste, *Regolamento contrattuale e tutela del consumatore condominio*, cit., rileva che «il mercato immobiliare assicura, di regola, all’imprenditore-costruttore una condizione dominante di forza contrattuale, rappresentando ciò un ostacolo insormontabile per l’effettività della contrattazione». Anche R. Corona, *Regolamento contrattuale di condominio*, cit., 45 il quale pur rilevando con intransigenza che la meritevolezza degli interessi perseguiti con il regolamento contrattuale di condominio non possono essere messi in discussione ciò tuttavia vale «salvo che il regolamento contenga particolari disposizioni svantaggiose per le parti più deboli o, viceversa, vantaggiose per le parti più forti».

che con il consenso unanime di tutti i partecipanti al condominio.

L'assunto di questo scritto, che trae spunto dalle riflessioni di insigni studiosi (13), è che l'orientamento, fin'ora dominante, secondo cui suddette previsioni sarebbero immodificabili senza l'unanimità dei contraenti, debba essere attentamente riconsiderato in un'ottica di verifica della compatibilità delle stesse con l. n. 52 del 1996 sulle clausole vessatorie nei contratti dei consumatori. La problematica in esame è stata, infatti, per lo più laconicamente trattata dai commentatori sulla scorta di una giurisprudenza consolidata, di merito e di legittimità, secondo cui, il regolamento in esame, configurando un vero e proprio "contratto condominiale" (avente, in quanto tale, forza di legge tra le parti), non può consentire la modifica o la soppressione delle clausole negoziali "aggiunte" se non in forza di un nuovo accordo tra contraenti adottato all'unanimità (14).

L'orientamento della dottrina e della giurisprudenza sulle clausole del regolamento "contrattuale" relative alla convivenza condominiale

La problematica da cui ha preso le mosse la discussione è emersa, in particolare, nell'ambito del dibattito sulla possibilità, per il condominio, di modificare non tanto le clausole "aggiunte" quanto le clausole che disciplinano le modalità d'uso delle parti comuni per le quali non dovrebbe essere necessaria l'unanimità dei consensi. Infatti, la distinzione tra prescrizioni che incidono sui diritti dei singoli e della collettività e regole ordinarie che disciplinano gli aspetti che attengono al godimento del bene comune ha assunto particolare rilevanza al fine di stabilire le modalità dell'eventuale modificazione o eliminazione del contenuto di tali previsioni. Parte della dottrina, infatti, ha rilevato che soltanto nel primo caso la modificazione o la soppressione delle condizioni regolamentari dovrebbe ottenersi con l'unanimità espressa da tutti i contitolari, mentre, nel secondo caso, sarebbe sufficiente la semplice maggioranza secondo gli ordinari criteri codicistici (15). Invero, per lungo tempo si è ritenuto che la "contrattualità" del regolamento coinvolgesse sia le clausole "aggiunte" sia le clausole relative alla convivenza condominiale (16). Secondo tale ultimo orientamento la distinzione tra regolamento "contrattuale" e non contrattuale non dipendeva dal contenuto concreto delle clausole ma dalla modalità con cui il negozio era stato formato. Tale impostazione è stata gradualmente abbandonata dalla giurisprudenza che, all'esito di una lenta

riflessione, ha stabilito che la "contrattualità" può essere attribuita soltanto alle clausole limitatrici dei diritti dei condòmini sulle proprietà esclusive o comuni ovvero quelle clausole che attribuiscono ad alcuni condòmini diritti maggiori rispetto agli altri (cioè le clausole "aggiunte"). Soltanto per modificare o eliminare queste clausole sarebbe, dunque, necessaria l'unanimità dei consensi mentre laddove il regolamento predisposto dal costruttore si limiti a disciplinare l'uso dei beni comuni, è possibile adottare una delibera assembleare con la maggioranza prescritta dall'art. 1136 comma 2 c.c. (17).

La giurisprudenza sulle clausole "aggiunte" del regolamento "contrattuale" ed il dibattito sulla inderogabilità delle disposizioni di cui all'art. 1138, u.c., c.c.

Prima di esaminare i possibili aspetti pratici dell'applicazione delle disposizioni del codice del consumo al regolamento "contrattuale" va evidenziato che la giurisprudenza, precedentemente all'avvento della normativa di derivazione europea, aveva già ritenuto radicalmente nulle alcune previsioni regolamentari in quanto derogatorie del regime legale contenuto nel codice civile. Così la clausola con la quale il costruttore si riserva il diritto di nominare l'amministratore condominiale è stata considerata nulla per contrarietà alla norma inderogabile di cui all'art. 1129 comma 1 c.c. (necessità della nomina dell'amministratore da parte dell'assemblea quando i condòmini siano più di quattro). Infatti, una volta raggiunto il presupposto numerico previsto nel menzionato articolo, la scelta dell'amministratore non può che appartenere all'assemblea: ne consegue che la clausola di riserva deve ritenersi provvisoria e cioè valida fino a quando entra in vigore la disciplina le-

Note:

(13) Prima della legislazione consumeristica il tema era stato evocato da C.M. Bianca, *Notazioni per una disciplina particolare in tema di vendita di case*, in *Giur. it.*, 1974, VI, 15; M. Bessone, *Condizioni generali di contratto, contratti in materia immobiliare, tutela degli operatori non «professionali»*, in *Giur. it.*, 1980, IV, 177.

(14) Cass., 18 aprile 2002, n. 5626 in *Mass. Giust. civ.*, 2002, 671; Cass., 14 novembre 1991, n. 1273, in *Foro it.*, 1992, I, 3046; Cass., Sez. Un., 30 dicembre 1999, n. 943, in *Riv. not.*, 2000, 941. In dottrina, per tutti, per tutti, v., L. Salis, *Il condominio negli edifici*, Torino, 1956, 349.

(15) A. Scarpa, *Nota a Cass., SS.UU., n. 943/1999*, in *Rass. loc. e cond.*, 2000, 143; F. Girino, *Il condominio negli edifici*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, Torino, 1982, VII, 2, 396.

(16) L. Salis, *Il condominio di case divise in parti*, Torino, 1942, 434.

(17) Cass., Sez. Un., 9 agosto 2010, n. 18477, in *www.altalex.it*.

gale del codice civile e cioè quando la collettività dei condòmini supera il numero di quattro (18). Analoga soluzione è stata adottata in riferimento al regolamento c.d. "preventivo" e cioè "fatto accettare" dai singoli che acquistano un edificio ancora da costruire e cioè, in altri termini, nell'ipotesi della c.d. "riserva" sul regolamento: una fattispecie di mandato "in bianco" conferito dall'acquirente al costruttore affinché quest'ultimo rediga il futuro regolamento (19). In tali casi la giurisprudenza di legittimità ha stabilito che il costruttore non può atteggiare a suo arbitrio il testo del regolamento inserendovi un contenuto atipico che limita l'estensione dei poteri e delle facoltà che normalmente caratterizzano il diritto di proprietà di ciascun condòmino sicché al detto regolamento non possono essere incluse clausole diverse da quelle previste dall'art. 1138 comma 1 c.c. (20). Va rilevato, esaminando la giurisprudenza su indicata ed il dibattito che ne è scaturito, che la possibilità di dichiarare nulle talune clausole particolarmente onerose per i condòmini e per la collettività condominiale è strettamente collegata all'interpretazione dell'ultima parte dell'art. 1138 c.c. in cui è previsto che il regolamento condominiale «in nessun caso» può derogare ai diritti di ciascun condòmino, diritti che sono enucleati, nello stesso articolo, in una specifica elencazione di norme (21). Si tratta di una questione molto dibattuta in dottrina che, sulla estensione della inderogabilità, si è divisa diametralmente tra coloro che ritengono che detta norma preveda una inderogabilità assoluta per tutte le specie di regolamenti (anche quelli "contrattuali") e quanti invece la ritengono applicabile soltanto a quelli approvati all'unanimità o a maggioranza in sede assembleare (22). Travalicerebbe le finalità pratiche di questo scritto riportare compiutamente i termini del contrasto sviluppatosi sulla questione. Giova solo rilevare che la giurisprudenza, anche quella più risalente, ha affermato che le clausole del regolamento "contrattuale" possono derogare alle norme dichiarate inderogabili dalla legge con l'unico limite che la convenzione sia limitata ai contraenti e che le pattuzioni non contrastino con principi di ordine pubblico e di buon costume (23).

La giurisprudenza sulle tabelle millesimali "contrattuali" in deroga ai criteri del codice civile

Il problema della vincolatività delle clausole del regolamento "contrattuale" ha assunto particolare rilevanza pratica in ordine alla ripartizione delle spese condominiali in deroga alle disposizioni codicistiche. A differenza delle casistiche su descritte,

nelle quali l'inderogabilità trova un preciso riscontro normativo, per le tabelle, la deroga ai criteri legali è resa possibile dalla previsione di cui all'art. 1123 c.c., laddove è previsto che le spese condominiali sono sostenute dai condòmini in misura proporzionale al valore della proprietà di ciascuno "salvo diversa convenzione". Tale inciso, consentendo esplicitamente la derogabilità della norma, permette di ritenere che le tabelle "contrattuali" c.d. "in deroga" potrebbero essere riviste solo con un nuovo accordo tra tutti i partecipanti al condominio che decidano un nuovo criterio di ripartizione delle spese (24). Sulla questione si sono pronunciate recentemente le sezioni unite della Suprema Corte (25)

Note:

(18) Cass., 19 ottobre 1961, n. 2246, in *Giur. it.*, 1963, 69, con nota di D.R. Peretti Griva, *In tema di amministratore e delibere condominiali*.

(19) Per una ricostruzione della fattispecie v., M. Comporti, *Il regolamento di condominio c.d. contrattuale. Il mandato e la sua redazione*, in *La casa di Abitazione tra normativa vigente e prospettive*, Milano, 1986, 365

(20) Cass., 16 giugno 1992, n. 7359, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1993, 551; Cass., 26 gennaio 2000, n. 856, in *www.civile.it*; Trib. Napoli, 8 novembre 1971, in *Dir. e giur.*, 1973, 120 con nota di L. Salis, *Accettazione di regolamento di condominio prima della sua formazione*. L'ipotesi del mandato in "bianco" può configurare anche un possibile contrasto con l'art. 33, lett. t) cod. cons. perché sancisce a carico del consumatore una inammissibile restrizione alla libertà contrattuale nei rapporti con i terzi. Secondo l'opinione, decisamente non condivisibile, di E. Marmocchi, *Il condominio negli edifici tra realtà e personalità*, Milano, 2007, 219 il mandato a favore del costruttore per la redazione del regolamento e delle tabelle millesimali del condominio non integra una clausola vessatoria, giacché esso non corrisponde ad un interesse economico del costruttore, quanto piuttosto ad un'esigenza dell'acquirente.

(21) Art. 1118 comma 2 c.c. (rinuncia al diritto di comproprietà), art. 1119 c.c. (indivisibilità delle cose comuni), art. 1120 c.c. (divieto di innovazioni pregiudizievoli), art. 1129 c.c. (obbligo di eleggere l'amministratore quando i condòmini sono più di quattro), art. 1131 c.c. (rappresentanza del condominio), art. 1132 c.c. (separazione di responsabilità in ordine al procedimento giudiziario), art. 1136 c.c. (costituzione dell'assemblea e validità delle deliberazioni), art. 1137 c.c. (impugnabilità delle deliberazioni). Inoltre, l'art. 72 disp. att. c.c., esclude la possibilità di deroga per gli articoli 63 (solidarietà di chi subentra nei diritti di un condominio nel pagamento dei contributi per l'anno in corso e per il precedente), 66 (obbligo di convocare l'assemblea), 67 (rappresentanza dei condòmini in assemblea), 69 (divieto di revisione delle quote di condominio salvo errore materiale o modificazione dell'immobile).

(22) Per una ricostruzione del dibattito v., A. Visco-G. Terzagio, *Il condominio nella prassi giudiziaria e nella revisione critica*, Milano, 1972, 7.

(23) L. Salis, *Il condominio di case divise in parti*, cit., 431.

(24) Oppure su ricorso di ogni singolo condòmino all'autorità giudiziaria ipotesi, quest'ultima che, però, può verificarsi solo per i casi tassativi previsti nell'art. 69 disp. att. c.c. (errore, modifica delle condizioni dell'immobile, ecc.).

(25) Cass., Sez. Un., 9 agosto 2010, n. 18477, cit.

con un mutamento di prospettiva importante. Affrontando la questione della natura “contrattuale” delle tabelle millesimali, in relazione alle quali la giurisprudenza uniformemente mai aveva dubitato della necessità della unanimità dei consensi per la relativa modifica (26) fondando tale assunto sul presupposto della natura negoziale delle stesse (27), le Sezioni Unite hanno rilevato che non può attribuirsi natura contrattuale alle tabelle per il solo fatto che sono state «allegate ad un regolamento di origine c.d. contrattuale», specificando «ove non risulti espressamente che si sia inteso derogare al regime legale di ripartizione delle spese, si sia inteso, cioè, approvare quella “diversa convenzione” di cui all’art. 1123 comma 1 c.c.». Quest’ultima pronuncia apre definitivamente la strada alla modificabilità delle tabelle in esame prescindendo dall’unanimità assembleare; un argomento che aveva impegnato non poco gli interpreti posto che, come è noto, in linea di principio, alle tabelle “in deroga” non sarebbe applicabile il procedimento di revisione previsto dall’art. 69 disp. att. c.c. perché (teoricamente), i contraenti avrebbero sottoscritto con piena consapevolezza le clausole derogative dei parametri legali.

Di fronte ad un quadro giuridico così “impermeabile”, la giurisprudenza, in assenza di altri strumenti, ha individuato spesso il rimedio dell’annullamento del contratto ai sensi dell’art. 1428 c.c. per errore relativo ai vizi della volontà. Un mezzo che, relativamente alla sua applicazione nell’ambito che qui interessa, non ha mancato di ingenerare molteplici questioni interpretative. Va segnalato che recentemente la Cassazione ha risolto un contrasto giurisprudenziale e cioè se per errore si deve intendere solo quello riferito alla redazione delle tabelle oppure se l’unico errore rilevante è quello relativo ai vizi della volontà ai sensi dell’art. 1428 c.c. affermando che la soluzione deve essere trovata «tenendo conto della concreta volontà manifestata dalle parti in sede di adozione del regolamento che contiene in allegato, le tabelle millesimali» (28).

La vessatorietà delle clausole del regolamento “contrattuale”. Le caratteristiche soggettive dei contraenti e l’ambito oggettivo

La giurisprudenza illustrata evidenzia il percorso ad ostacoli che gli studiosi ed i pratici del diritto hanno incontrato per garantire l’effettività della tutela dei diritti delle proprietà individuali e collettive relativamente alla problematica in esame. Permane, dunque, inalterato, per molti aspetti, il problema

dell’individuazione di strumenti che consentano l’eliminazione delle possibili molteplici clausole “abusive” del regolamento “contrattuale” evitando però le forche caudine di un nuovo consenso espresso unanimemente dai contraenti, risultato, questo, il più delle volte, difficilmente raggiungibile (29).

Innanzitutto, prima di procedere alla disamina delle clausole, occorre analizzare le caratteristiche soggettive dei contraenti al fine di verificare l’applicabilità agli stessi della normativa sulle clausole vessatorie nei contratti dei consumatori. Infatti, nella maggior parte dei casi, nel rapporto negoziale in esame, l’acquirente/condòmino assume la qualifica di “consumatore” in quanto “persona fisica” che agisce “per scopi estranei all’attività professionale eventualmente svolta”. Analogamente il costruttore/venditore rientra nella categoria di “professionista” in quanto “persona fisica o giuridica che agisce nell’esercizio della propria attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale, ovvero un suo intermediario”. In riferimento all’ambito oggettivo è, altresì, innegabile che il costruttore/venditore utilizzi le norme regolamentari come un complesso di condizioni per disciplinare uniformemente una pluralità di fenomeni economico giuridici del medesimo tipo (30), integrando così il requisito della unilaterale predisposizione del testo contrattuale e dell’utilizzazione dello stesso nei confronti della generalità dei possibili contraenti. Dall’accertamento di tali qualificazioni e condizioni discende, senza dubbio alcuno, la possibilità di applicare, alle clausole del negozio in esame, la disciplina del codice del consumo e conseguentemente, di operare un sindacato dal punto di vista del “significativo squilibrio” e della “buona fede” oggettiva delle stesse clausole.

Note:

(26) Cass., 8 febbraio 1975, n. 506, in *Giust. Civ. Rep.*, 1975, n. 89; Cass., 8 gennaio 1966, n. 158, in *Giust. civ.*, 1966, I, 697.

(27) Tra i molti commenti alla sentenza v., A. Celeste, *Tabelle millesimali, non più negozio di accertamento dei condomini*, in *Imm. e dir.*, 2010, 10, 23.

(28) Cass., 26 marzo 2010, n. 7300, in *www.civile.it*.

(29) Si pensi al caso in cui il costruttore resti proprietario a vita di un appartamento o di un locale ad uso commerciale all’interno dell’immobile dallo stesso costruito; in tal caso egli difficilmente si renderà disponibile a modificare le clausole “contrattuali” predisposte in suo favore. Un caso eclatante che viene sovente richiamato come esempio emblematico di clausola vessatoria è la condizione “contrattuale” con cui il costruttore si riserva la proprietà della facciata dell’edificio per consentire allo stesso l’affissione di messaggi pubblicitari a fini lucrativi.

(30) E. Marmocchi, *Condizioni generali e condominio*, cit., 372.

La clausola di accettazione del regolamento predisposto nei modelli di "proposta irrevocabile di acquisto" dei mediatori immobiliari

Prima di entrare specificamente nell'argomento della vessatorietà delle clausole regolamentari "contrattuali" occorrono alcune riflessioni preliminari sul contesto negoziale in cui si imbatte il consumatore/acquirente fin dalle prime fasi del percorso di acquisto dell'abitazione. Infatti, l'obbligo di approvare il regolamento "contrattuale" di condominio deriva, molto spesso, dall'imposizione di una clausola, particolarmente insidiosa, che è presente nei modelli di *proposta irrevocabile di acquisto* predisposti ed utilizzati, su vasta scala, dalle agenzie di mediazione immobiliare (spesso strettamente collegate ai costruttori). Con tale clausola il futuro acquirente si obbliga nei confronti del costruttore/venditore non soltanto a sottoscrivere il contratto definitivo ma anche ad approvare il testo del regolamento condominiale predisposto e di darvi esecuzione. Egli, però, non ha, in questa fase della negoziazione, alcuna possibilità di prendere visione del testo e di valutare adeguatamente i diritti e gli obblighi in esso contenuti. La clausola impositiva del regolamento è, dunque, patentemente vessatoria integrando la violazione dell'art. 33 comma 2 lett. l e dell'art. 36 comma 2 lett. c cod. cons. per le quali devono essere considerate presuntivamente vessatorie, benché oggetto di trattativa (*black list*), le clausole che prevedono: «l'estensione dell'adesione del consumatore a clausole che non ha avuto la possibilità di conoscere prima della conclusione del contratto». Si tratta, com'è evidente, di una prassi che determina nei confronti dell'acquirente, un grave squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto ed un contrasto con la buona fede oggettiva di cui all'art. 33 cod. cons. (31). Questo primo rilievo soltanto apparentemente appare non essere attinente al tema che ci occupa. È pur vero, infatti, che ci troviamo in un ambito contrattuale del tutto diverso ed autonomo ma va comunque rilevato che, ai sensi dell'art. 34 comma 1 cod. cons., la valutazione della vessatorietà di una clausola può essere eseguita non soltanto facendo riferimento alle altre clausole dello stesso contratto (secondo la tradizionale ermeneutica) ma anche a quelle di un altro contratto «da cui dipende» (32). Ebbene, in tale prospettiva, il carattere abusivo di una clausola del regolamento "contrattuale" potrebbe essere oggetto di valutazione anche sulla scorta della relazione con le clausole della proposta d'acquisto (intesa, appunto, come "contratto

da cui dipende") che ha preceduto temporalmente l'atto definitivo di compravendita, fornendo così uno strumento interpretativo aggiuntivo non limitato al mero tenore testuale delle clausole regolamentari "contrattuali".

La questione della specifica trattativa delle clausole nel rapporto contrattuale tra costruttore/venditore ed acquirente. Le clausole "di sorpresa"

Entrando ora, più specificamente, nel cuore della contrattazione tra costruttore ed acquirente si può fondatamente affermare che, nel quadro giuridico descritto, il condòmino/acquirente si trova nell'impossibilità di contribuire a determinare il contenuto del regolamento "contrattuale" e che la condotta del professionista integra un caso di violazione dell'art. 34 comma 4 cod. cons. per assenza di trattativa specifica delle clausole regolamentari "aggiunte". Quest'ultima norma, com'è noto, fa gravare sul professionista, che voglia vedere disapplicata la norma di protezione del consumatore, l'onere della prova che il contratto è stato oggetto di una trattativa idonea, specifica e concreta, caratterizzata da individualità, serietà ed effettività. In buona sostanza la norma prevede che non è il consumatore che deve provare il fatto negativo della mancanza di negoziazione ma è il professionista, che intenda vedere disapplicate le norme di maggior tutela, a dover dare prova dello svolgimento di una trattativa impeditiva della loro applicazione. Ma un ulteriore e più grave profilo di vessatorietà può rinvenirsi nella sostanziale impossibilità per l'acquirente di prendere visione preventivamente e, comunque, con sufficiente consapevolezza, delle clausole regolamentari predisposte determinando così la violazione degli artt. 36 comma 2 lett.

Note:

(31) Infatti, in tale circostanza negoziale, appare evidente che, seppure l'acquirente rilevasse, in sede di stipula dell'atto di compravendita, clausole del regolamento particolarmente sfavorevoli egli sarebbe comunque costretto, in forza della clausola inserita nel modello di "proposta irrevocabile" precedentemente sottoscritto, ad accettare *ob torto collo* le disposizioni del regolamento allegato all'atto d'acquisto nel timore, più che fondato, che il venditore/costruttore possa far valere l'inadempimento contrattuale dell'acquirente e che, inoltre, l'agenzia immobiliare stessa agisca anch'essa per richiedere la piena provvigione per l'opera di intermediazione svolta. V., sul punto M. Andreoli, *I regolamenti condominiali di origine esterna*, in *Studi in onore di F. Vassalli*, I, Torino, 1960, 83.

(32) A.M. Azzaro, *Abusi nell'attività economica e tecniche di tutela del contraente debole*, in *Contratto e mercato*, a cura di A.M. Azzaro, Torino, 2004, 23: «...il nesso fra contratti da cui dipende e contratto del consumatore non ha fonte negoziale»; v. anche M. Farneti, sub *Art. 34*, in *AA.VV., Commentario breve al diritto dei consumatori*, a cura di G. De Cristofaro-A. Zaccaria, Padova, 2010, 349.

c e 33 comma 2 lett. l cod. cons., (vessatorietà delle clausole “di sorpresa”) (33). È importante rilevare che detti ultimi articoli (anch’essi facenti parte della c.d. “lista nera”) contemplano la medesima previsione di cui all’art. 1341 c.c. ma con una distinzione assi rilevante in quanto, mentre quest’ultima norma si riferisce alla conoscenza e alla conoscibilità delle clausole «al momento della conclusione del contratto», nelle norme del codice del consumo si fa riferimento alla possibilità di conoscere le clausole «prima della conclusione del contratto». Un’ulteriore distinzione si rileva laddove l’art. 1341 c.c. prevede che l’aderente debba usare l’ordinaria diligenza nel prendere visione delle condizioni generali di contratto mentre le norme in esame non prevedono tale dovere. Si passa, così, secondo la logica del codice del consumo, da un onere di informazione che grava sul consumatore ad una regola, maggiormente tutelante, che impone al professionista più precisi obblighi informativi determinando un vero e proprio ribaltamento di prospettiva in termini di tutela.

Il controllo di vessatorietà delle clausole presenti nei negozi stipulati mediante atto pubblico

Proseguendo il percorso delle varie fasi di acquisto dell’immobile, resta ancora un ultimo ostacolo da superare da parte del consumatore/acquirente (nonché futuro condòmino) che intenda far valere i propri diritti di proprietario. Si tratta della cosiddetta fase del “rogito notarile” e della problematica, anch’essa poco trattata dalla dottrina, relativa alla sussistenza o meno della negoziazione individuale idonea ad escludere il controllo di vessatorietà delle clausole presenti nei negozi stipulati mediante atto pubblico. La questione si era posta in passato in riferimento all’applicabilità dell’art. 1341 c.c.. La giurisprudenza aveva escluso, per gli atti pubblici, la possibilità della unilaterale predisposizione delle clausole e la conseguente necessità della specifica sottoscrizione delle stesse (34). Secondo tale orientamento, le formalità prescritte dalla legge per la redazione dell’atto pubblico costituirebbero una garanzia di conoscibilità delle condizioni del contratto impedendo così una valutazione sulla abusività della clausola utilizzata ed imposta dal contraente più forte. In buona sostanza, secondo tale impostazione, la circostanza che il notaio dia lettura dell’atto alle parti che lo approvano e lo sottoscrivono e indaghi la volontà delle stesse al fine di curarne la compilazione (35) garantirebbe l’autenticità del percorso di formazione della volontà. Tale idea di “automatismo” è stata fortemente criticata (36) in quanto una

cosa è indagare e documentare la volontà delle parti, ben altra cosa è intervenire nel procedimento di formazione del contratto (37) laddove si manifesta in pieno la supremazia negoziale ed economica del contraente più forte. In questa prospettiva appare evidente che le formalità prescritte dalla legge notarile non possono sostituire l’attenta ponderazione delle clausole onerose che può scaturire soltanto dalla specifica e concreta trattativa individuale e ciò per la constatazione, quasi banale, che la trattativa precede il momento della conclusione dell’accordo (38). Si può parlare di trattativa soltanto se le parti abbiano discusso in dettaglio il contenuto di una clausola, formulato possibili ipotesi alternative al testo proposto, approvato il testo soltanto a seguito di un dibattito sulle condizioni proposte (39). Conclusivamente, dunque, le clausole negoziali vessatorie, anche se redatte in forma di atto pubblico, non possono sottrarsi al giudizio, contenutistico ed intrinseco, di vessatorietà in quanto il notaio non è in grado di conoscere, al momento della conclusione del contratto, il contenuto della negoziazione precontrattuale (40). Peraltro, va evidenziato che nessuna

Note:

(33) A. Scarpa, *Le clausole vessatorie nel regolamento di condominio*, cit., 481: «La disciplina di derivazione comunitaria eliminerebbe in favore del condòmino consumatore il rischio della sorpresa sul regolamento, tale da esporlo a subire inattesi contenuti».

(34) Cass., 6 dicembre 1974, n. 4031, in *Mass. Giur. it.*, 1974, 1026; Cass., 26 maggio 1967, n. 1144, *Giur. it.*, 1967, I, 1, 1254; Cass., 6 aprile 1964, n. 1005, *ivi*, 1965, I, 1, 1254.

(35) Vedi art. 51 n. 12 l. 16 febbraio 1913 e art. 47 comma 2 l. not., modificato dall’art. 12 l. 28 novembre 2005, n. 246.

(36) E. Roppo, *Contratti standard. Autonomia e controlli nella disciplina delle attività negoziali d’impresa*, Milano, 1975, 752; E.V. Napoli, *Condizioni generali di contratto, regolamento di condominio e multiproprietà*, cit., 1689.

(37) E. Marmocchi, *Condizioni generali e condominio*, cit., 365 che rileva come «Le trattative a loro volta - se esistenti - soltanto per eccezione trovano spazio nel testo dell’atto pubblico, che documenta essenzialmente il contratto concluso, e non già la sua formazione, durante la quale sono predisposte le condizioni generali di contratto».

(38) S. Meucci, sub *Artt. 34 e 35 c. cons.*, in *Codice del consumo. Commentario*, a cura di G. Vettori, Padova, 2007, 365.

(39) Sul concetto di specifica trattativa la dottrina è molto ampia, v., da ultimo, M. Farneti, *Della trattativa individuale: ancora delucidazioni da parte dei giudici di legittimità* (Nota a Cass., 20 agosto 2010, n. 18785), in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, 107.

(40) Sulla responsabilità del notaio ai sensi dell’art. 28 l. n. 89 del 1913 v., A. Montelero, *Il notaio, il consumatore e la clausola vessatoria*, in *Contr. e impr.*, 2002, 1221; S. Monticelli, *Atto pubblico e clausole vessatorie*, in *Not.*, 1998, 83; G. Passagnoli, *Responsabilità notarile, nullità relativa e clausole vessatorie*, in *Riv. dir. priv.*, 2001, 470 ss. che sostiene la responsabilità del notaio anche in caso di nullità relativa. In termini più problematici, da ultimo, S. Pagliantini, *La responsabilità disciplinare del notaio tra nullità parziale, relatività della legittimazione e nullità equivoca*, in questa *Rivista*, 2011, 921.

disposizione della legge notarile e nessuna formalità prevista in sede di redazione dell'atto pubblico inducono a ritenere che possa essere esclusa, in tali contesti, la specifica trattativa individuale sulle clausole onerose. Da tale assunto consegue che permane interamente l'onere, per il soggetto "professionista", di provare l'avvenuta trattativa individuale ai fini della esclusione delle censure di vessatorietà da parte del giudice anche dopo la conclusione del contratto mediante atto pubblico.

La nullità di protezione

A questo punto del ragionamento, accertata la vessatorietà delle condizioni del regolamento condominiale predisposto e l'assenza di trattative specifiche, restano da esaminare le conseguenze previste dal codice del consumo in ordine alle stesse clausole. La disciplina del codice del consumo prevede la sanzione della "nullità" delle clausole dichiarate vessatorie (art. 36 c. cons.). Si tratta di una nullità che «opera soltanto a vantaggio del consumatore» (sicché soltanto quest'ultimo può farla valere in deroga al principio generale secondo cui chiunque può far valere la nullità), che «può essere rilevata d'ufficio dal giudice» e che lascia il contratto «valido per il resto». Quest'ultima previsione appare particolarmente confacente alle esigenze di tutela della collettività condominiale perché consente di salvaguardare le altre disposizioni del regolamento che attengono alle ordinarie modalità di svolgimento della vita nell'edificio che sarebbe poco opportuno coinvolgere nella dichiarazione di nullità. Non è peregrina, infatti, l'ipotesi che il costruttore/venditore possa essere interessato alla caducazione dell'intero contratto pur di non rinunciare ai vantaggi ed alle prerogative che derivano dall'imposizione delle clausole ai condòmini/acquirenti (41). Anche in quest'ultimo caso è evidente la deroga all'art. 1419 comma 1 c.c. nella parte in cui prevede che, in ipotesi di clausole nulle, è nullo tutto il contratto se, in considerazione degli interessi concreti delle parti, emerge che l'accordo, senza le condizioni colpite da nullità, non è compatibile con l'assetto fissato originariamente.

Il regolamento "contrattuale" ed il principio di autonomia privata. Il fenomeno della deroga al diritto dispositivo ad opera del contraente più forte

Vale la pena chiedersi, a conclusione dell'argomentazione, per quale motivo, si è atteso tanto tempo per ritenere percorribile la strada della tutela consumeristica nella problematica esaminata. Le ragioni vanno sicuramente ricercate in una scarsa propen-

sione degli studiosi e degli operatori giuridici, nonostante l'impatto della legislazione consumeristica di matrice europea, a valutare diversamente il principio di autonomia privata (42). Le norme di derivazione europea, com'è noto, hanno limitato fortemente tale principio consentendo all'interprete di concentrarsi sulla ragione concreta della pattuizione e di tenere conto degli interessi reali ed effettivi delle parti, di utilizzare strumenti interpretativi riequilibratori della volontà il cui impiego era considerato inconcepibile prima della l. n. 52 del 1996. In riferimento al tema che ci occupa, la nuova disciplina fa indubbiamente traballare la tradizionale impostazione del principio di autonomia privata secondo cui le parti, attraverso le pattuizioni in esame, perseguirebbero sempre interessi meritevoli di tutela. Ciò è sicuramente vero nel caso in cui le parti decidano consapevolmente di conferire maggiore stabilità alla convivenza condominiale attraverso regole, generali ed astratte, non modificabili con maggioranze volubili ma non certo nel caso in cui il contraente più forte imponga limitazioni ai diritti di proprietà dei singoli e della collettività condominiale, oppure oneri del tutto discriminatori.

Le norme di tutela dei consumatori consentono, dunque, di valutare, con un alto livello di discrezionalità e di elasticità interpretativa, il "significativo squilibrio" dei diritti e degli obblighi delle parti. Un punto di "equilibrio" che, nella fattispecie in esame, può essere individuato nella disciplina dettata dalle norme dispositive (cioè derogabili) del codice civile (43) laddove cioè è presente la maggior parte delle norme in materia condominiale. La difformità del regolamento "contrattuale" rispetto

Note:

(41) Si pensi al caso in cui il costruttore/venditore intenda riservarsi la possibilità di svolgere determinate attività particolarmente lucrative all'interno degli spazi comuni traendone un beneficio in proprio, senza alcun coinvolgimento della collettività condominiale.

(42) N. Lipari, *Categorie civilistiche e diritto di fonte comunitaria*, in *Rimedi e tecniche di protezione del consumatore*, a cura di A.M. Gambino, Torino, 2011, 150 descrive una situazione di evidente «difficoltà del processo di metabolizzazione» da parte dei giuristi e di «resistenze incontrate in Italia della nuova disciplina sul consumatore»; sul principio di autonomia privata v., C. Scognamiglio, *Principi generali e nuove tecniche di controllo dell'autonomia privata*, in *Rimedi e tecniche di protezione del consumatore*, cit., 157.

(43) E. Roppo, *La recezione della disciplina europea della clausole abusive ("vessatorie") nei contratti tra professionisti e consumatori: artt. 1469 bis e sgg. c.c.*, in *Dir. priv.*, 1996, 111; S. Troiano, *La deroga al diritto dispositivo come possibile "indice" dello squilibrio*, in *Il Codice Civile, Commentario, Clausole vessatorie nei contratti del consumatore*, a cura di G. Alpa-S. Patti, Milano, 2003, 5, 71.

alla disciplina dispositiva, infatti, rappresenta un criterio comparativo fondamentale ai fini dell'accertamento del "significativo squilibrio" delle clausole posto che il soggetto "professionista" utilizza le stesse per determinare una modificazione degli schemi tipici previsti dal codice civile, per costruire, artificiosamente, un assetto contrattuale del tutto difforme rispetto alla disciplina dispositiva: il fine, evidente è quello di escludere che il consumatore (condòmino/condominio) possa invocare la disciplina tipica del codice civile (44) che il legislatore ha valutato come meglio rispondente all'equilibrio degli interessi delle parti, che riflette, cioè, un assetto dei diritti e degli obblighi considerato, in via astratta, come un equilibrato contemperamento delle posizioni contrapposte (45). È pur vero che nel nostro ordinamento la possibilità di una diversa disciplina, posta in essere in via convenzionale, è consentita in ragione dell'idea che i contraenti sappiano valutare meglio di chiunque altro i propri interessi e che una disciplina derogatoria delle norme codicistiche possa meglio conformarsi alle particolarità dell'affare che intendono conseguire. Tale assunto, però, confligge con il fenomeno delle clausole elaborate unilateralmente che sono funzionali soltanto all'interesse del predisponente e che sono espressione della forza imprenditoriale e contrattuale dello stesso (46).

Alcuni accenni nella più recente giurisprudenza di legittimità in favore del controllo sostanziale di vessatorietà delle clausole del regolamento "contrattuale"

A conclusione di queste sommarie valutazioni, stante l'assenza di statuizioni sull'argomento, vale la pena chiedersi se sia dato rinvenire, nella giurisprudenza attuale, "aperture" o "richiami" in favore di un sindacato di vessatorietà di tipo "sostanziale" sulle clausole del regolamento "contrattuale". Ebbene, la già citata sentenza delle Sezioni Unite n. 18477 del 2010, evidenzia, in un punto, la necessità di adottare nuovi criteri di valutazione. In tale occasione la Corte ha stabilito, infatti, che non può attribuirsi natura contrattuale alle tabelle millesimali per il solo fatto che sono state allegate ad un regolamento di origine c.d. contrattuale «ove non risulti espressamente che si sia inteso derogare al regime legale di ripartizione delle spese, si sia inteso, cioè, approvare quella "diversa convenzione" di cui all'art. 1123 c.c., comma 1». La Corte, in buona sostanza, sembra sottolineare, in questo passaggio, l'indispensabilità di un approfondimento del sindacato giudiziale sulla volontà, concreta, reale e specifica, delle

parti in ordine alla deroga delle tabelle millesimali. Che senso avrebbe, infatti, indagare ulteriormente tale volontà se essa dovrebbe essere stata già espressa chiaramente ed inequivocabilmente al momento della "accettazione" del regolamento "contrattuale"? Interpretando la locuzione sembrerebbe, dunque, che la Corte si sia posta il problema della indispensabilità di una indagine in ordine alla volontà derogatoria specifica delle parti sulle tabelle millesimali e cioè, detto in altri termini, della necessità di una disamina delle clausole da un punto di vista "contenutistico", sostanziale e concreto. In tale prospettiva, un ulteriore "cenno", si rinviene nella citata sentenza della Corte n. 7300 del 2010 che ha risolto il contrasto sull'interpretazione dell'errore relativo ai vizi della volontà in ordine alla deroga ai criteri legali di ripartizione delle spese. Affermando che la soluzione deve essere trovata in «una linea intermedia...tenendo conto della concreta volontà manifestata dalle parti in sede di adozione del regolamento che contiene in allegato, le tabelle millesimali» la Corte sembra voler fare emergere, anche in questa pronuncia, l'esigenza di una disamina approfondita sulla volontà concreta e reale delle parti in ordine alla deroga ai criteri codicistici di ripartizione delle spese e, quindi, al diritto dispositivo.

Conclusioni

Le sentenze appena citate, pur in assenza di riferimenti al Codice del consumo, sembrano indicare una linea di tutela suscettibile di molti sviluppi applicativi e costituiscono, forse, il sintomo della possibile introiezione, da parte della giurisprudenza, di concetti e di principi di derivazione europea. È indubbio, in ogni caso, per quanto appena illustrato, che la disciplina di cui agli artt. 33 cod. cons. può rappresentare uno strumento inedito e particolarmente efficace per ottenere la caducazione di clausole ancora fortemente penalizzanti per tanti condomini. Ovviamente, la praticabilità di tale percorso

Note:

(44) E. Marmocchi, *Condizioni generali e condominio*, cit., 405 rileva che il ricorso sistematico ed unilaterale alla utilizzazione delle clausole in deroga è l'aspetto più "inquietante" di questo tipo di contratti, che sfugge al sistema di controlli formale di cui all'art. 1341 comma 2 c.c.

(45) Ad esempio, tale situazione si manifesta platealmente nel caso delle tabelle millesimali "contrattuali" c.d. "in deroga" che determinano una sostanziale disapplicazione dell'art. 1101 comma 2 c.c., sulla comunione (norma applicabile anche al condominio) in cui è previsto «il concorso dei partecipanti, tanto nei vantaggi quanto nei pesi della comunione, è in proporzione delle rispettive quote».

(46) C.M. Bianca, *Il Contratto*, Milano, 1987, III, 449.

dipenderà dalla disponibilità di tutti gli operatori del diritto, nei prossimi anni, ad accedere con maggiore convinzione ai criteri ermeneutici sull'equilibrio del contratto resi disponibili dalla legislazione di matrice europea, purtroppo, ancora assai poco utilizzati a distanza di quindici anni dalla loro introduzione nel nostro ordinamento. Non va dimenticato, infine, che un altro importante strumento di tutela può essere individuato anche nel potere di richiedere l'inibitoria collettiva delle clausole abusive

attribuito dall'art. 37 cod. cons. alle associazioni di tutela dei consumatori e dei professionisti nonché alla rete camerale. Non sembrerebbero sussistere ostacoli giuridici, infatti, alla proposizione di tali azioni di tutela sovraindividuale da parte degli enti legittimati consentendo così di eliminare dal mercato siffatte previsioni "contrattuali", con indubbi benefici anche dal punto di vista della deflazione di una conflittualità che, in ambito condominiale, sembra essere inarrestabile.

RIVISTE

Il Lavoro nella giurisprudenza

Mensile di giurisprudenza e dottrina

Direzione scientifica: Franco Carinci, Michele Miscione

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

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

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

NOVITÀ:

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

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

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

Abbonamento annuale: € 219,00

Per informazioni e acquisti

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



Contratti bancari

Art. 117-*bis* t.u.b.: regole e diritto transitorio

di Aldo Angelo Dolmetta

La "manovra Monti" intende razionalizzare il fenomeno delle c.d. commissioni di massimo scoperto, negli ultimi anni divenuto ormai ingestibile. E nel contempo procede sulla strada della semplificazione (per numero, per qualità) degli oneri economici caricati sulla clientela per via di clausole contrattuali o di applicazioni di mero fatto. Lo scritto, esaminate le regole positivamente introdotte dal nuovo art. 117-*bis* del Testo unico bancario, si sofferma in specie sui delicati problemi di diritto transitorio che a detta introduzione conseguono.

Exit della commissione di massimo scoperto

Nel transito dalla fase del d.l. 6 dicembre, n. 201 a quella della conversione in l. 22 dicembre 2011, n. 214, la "manovra Monti" - che già stabiliva l'obbligo degli intermediari di proporre al mercato il servizio di "conto semplice" (pure con la prescrizione di un'offerta senza carico di spese per le «fasce socialmente svantaggiate»: art. 12) - si è venuta ad arricchire di un altro importante strumento di protezione della clientela delle banche (a cortissima distanza, entrambe le serie normative sono state "ritoccate" un pochino, ex art. 27 d.l. 24 gennaio 2012, n. 1). Il tema evocato ruota attorno alla "Commissione di massimo scoperto" (espressione che, peraltro, ormai possiede un significato non solo di mero genere, ma pure, e grazie proprio all'intervento in questione, di segno unicamente storico) (1). Materia, questa, che come noto ha rappresentato uno dei punti più caldi del rapporto banca-clienti dell'ultimo decennio; e rispetto alla quale più forti e nette sono state le resistenze del settore bancario: al di là dei meno o più risolti interventi della legge (l. n. 9 del 2008), delle Autorità di vigilanza (dell'AGCM, oltre che della Banca d'Italia, che sino al 2009 aveva però mantenuto un atteggiamento alquanto ambiguo in proposito), dei giudici (*class action* compresa) e, negli ultimi due anni, pure dell'"organo" formato dall'ABF, di cui all'art. 128-*bis* comma 2 t.u.b.

La norma riformatrice è quella dell'art. 6-*bis* che, nell'importare nel testo unico bancario un nuovo art. 117-*bis* t.u.b., viene appunto ad articolare una diversa disciplina per la materia economica relativa ad affidamenti di apertura e sconfinamenti di conto

corrente, che sono le due classi di operazioni per cui si può appunto porre un problema di "commissione di massimo scoperto" (c.d. credito rotativo). Nel merito, la norma prevede due tipi di clausole, che risultano consentite alla predisposizione di autonomia delle banche: un tipo è per l'apertura di credito, l'altro per lo sconfinamento (2).

Le clausole non sono cumulabili, né possono venire invertite. Tra loro molto diverse sul piano strutturale, comunque le dette clausole rappresentano gli unici oneri che - in aggiunta al peso degli interessi - possono essere caricati sul cliente in connessione con la concessione di un fido, che avvenga in un modo (apertura) ovvero nell'altro (sconfinamento). Sul punto il testo della legge non lascia davvero margini di incertezza.

Nel passaggio alla sintetica illustrazione dei due tipi di clausole, per chiarezza è bene subito esplicitare che, in realtà, la norma dell'art. 117-*bis* possiede un contenuto più ampio di quanto potrebbe fare pensare il richiamo che la sua rubrica fa alle clausole di "remunerazione" (ma non il testo; in cui neppure compare simile *verbum*). Più che al "prezzo" (l'associazione tra remunerazione e prezzo - *rectius*, compenso - è prospettiva diffusa) (3), la norma si intesta

Note:

(1) Cfr. Dolmetta, *Alcuni temi recenti sulla «commissione di massimo scoperto*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2010, 175.

(2) Come correttamente osserva Stilo, *La commissione di massimo scoperto dal "Decreto anti-crisi" al c.d. "Decreto salva Italia"*, in questa *Rivista*, 2012, 87, le clausole devono essere rivestite *ad substantiam* della forma scritta ex art. 117 T.u.b.

(3) Di recente, la stessa è stata condotta da Sciarone Alibrandi, *Le clausole di remunerazione degli affidamenti*, in *AGE*, 2011, 169 s.

al complessivo fenomeno degli «oneri» (secondo la parola scelta dal presente testo normativo), ovvero dei «costi» (secondo la terminologia del credito al consumo, cfr. art. 121 t.u.b.; prossimo, ma non identico il significato dell'espressione «condizione economica» di cui all'art. 116), del servizio bancario.

Nell'apertura è ammesso il compenso per "disponibilità somme"

Per il fido formalizzato in una regolare apertura, dunque, la legge consente alle banche la possibilità di un vero e proprio compenso: sotto forma di commissione destinata a spalmarsi nel tempo in misura proporzionale alla somma resa disponibile e che risulta *pro tempore* non utilizzata (il testo della legge parla chiaro: la commissione si misura, *pro tempore*, sulla somma che in concreto rimane ancora disponibile; risulta in quel momento disponibile, quindi) (4). Di conseguenza, via via che cresce l'utilizzato, se salgono gli interessi, nel contempo scende il carico della commissione. La scelta è logica: non avrebbe senso, né causa, in effetti, retribuire la banca per un obbligo che non ha più; ovvero retribuirla anche in relazione a somme che essa, avendo già erogato, non ha più a disposizione.

Come si vede, risulta di sicuro non più consentita un'autonoma commissione proporzionale sull'utilizzato, che del resto altro non è, nella realtà delle cose, se non una duplicazione di voci per gli interessi. Tanto meno è consentito un compenso sproporzionale sull'utilizzato. Quest'ultima, com'è noto, è stata la modalità più usata dalla tradizione dell'operatività bancaria: il giorno del massimo scoperto venendo appunto replicato per l'intero trimestre corrente tra una chiusura contabile e l'altra; secondo una prassi che parte della letteratura si ostinava a ritenere valida ancor dopo l'intervento legislativo del 2008 (5). Neppure è consentito aggiungere a tale commissione una clausola, ovvero una pretesa, di rimborso per "spese di istruttoria" *aut similia*. Più in generale, restano comunque vietate (e nulle) le clausole di ribaltamento spese per circostanze per un verso o per altre connesse alla messa e tenuta in disponibilità di somme; e non meno vietati i correlativi comportamenti materiali. A negare queste eventualità - che palesemente darebbero vita a un distinto "onere ulteriore" rispetto al primo, invece fissato come "unico e onnicomprensivo" - non sta solo il testo, ma anche il confronto sistematico con la regolamentazione dello sconfinamento (cfr. appena *infra*). Semmai, queste spese potranno trovare ricovero sostanziale all'interno del montante di cui alla commissione: come, del resto, è naturale che sia, appartenendo le

dette spese al novero dei costi di esercizio propri dell'attività dell'impresa bancaria.

Fermo in ogni caso restando, però, il limite massimo per trimestre dello 0,5% della «somma messa a disposizione del cliente» (la normativa del 2009 commisurava il limite percentuale all'«importo dell'affidamento» complessivo; il nuovo testo dà spazio minore di guadagno, perché a contare, adesso, è la sola somma che in concreto risulta non utilizzata).

Per lo sconfinamento, ribaltabilità delle spese di istruttoria

Nettamente diverso è il regime disposto per il caso di semplice sconfinamento (uscito dagli "antri oscuri" della revocatoria fallimentare, questo tema - meglio, le distinte versioni in cui lo stesso può venire a variarsi - chiede sempre più, nell'oggi, regolamentazioni di fisiologia; cfr., ora, l'articolata disposizione dell'art. 125-*octies* t.u.b.). In effetti, la concessione dello sconfinamento non può essere accompagnata da nessuna clausola di compenso aggiuntivo rispetto agli interessi (i quali, nelle ipotesi strutturalmente riconducibili alle c.d. anticipazioni del mandatario e per vero normali - per l'appunto rimanendo fuori quella in cui la banca, pur conservandosi una piena libertà di non dare corso alla richiesta del cliente, accordi già, per il caso la secondi, un rientro spaziato nel tempo - resterebbero da qualificare come moratori, quale penale per il pur tollerato ritardo nel rientro). Nessun compenso, dunque: né di misura fissa, né proporzionale o sproporzionale all'utilizzato. Ed è da ricordare che, con riferimento al regime immediatamente previgente, qualche (rada) decisione dell'ABF (6) ha ritenuto che la situazione di sconfinamento poteva legittimare l'«applicazione di una c.m.s. se il saldo debitore ... si protrae per oltre trenta giorni», così dando corda a una pratica che - sotto i più svariati nomi (mancanfondi, monitoraggio, ecc.) - si stava molto diffondendo (7).

Note:

(4) Non giustificata appare, perciò, la perplessità manifestata da Stilo, *loc. cit.*

(5) V. Maimeri, *La commissione di massimo scoperto tra prassi e legge*, Bari, 2010, 106. La tesi, (solo) in apparenza agevolata da un testo di legge composto in maniera "non-credibile", tra l'altro produceva non commendevoli conseguenze sullo svolgimento della funzione di *compliance* nelle banche interessate.

(6) ABF Collegio di Milano, 1° ottobre 2010, n. 1012; ABF Collegio di Roma, 26 aprile 2011, n. 855, in www.arbitrobancariofinanziario.it.

(7) Per la corretta e contraria soluzione (quale espressa già dal testo normativo) v., però, le decisioni ABF Collegio di Roma, 14 gennaio 2011, n. 108/2011; ABF Collegio di Roma 18 aprile 2011, n. 786; ABF Collegio di Roma, 7 febbraio 2011, n. 264, tutte in www.arbitrobancariofinanziario.it.

La nuova legge consente qui unicamente una clausola, formulata in modo espresso e chiaro (arg. ex art. 117 t.u.b.), che consenta alla banca di recuperare le spese effettivamente sostenute: e così dia a questa il diritto di percepire una somma in “misura fissa” - indipendente, cioè, sia dalla durata effettiva del fido, sia dalla quantità del montante erogato - come «commisurata ai costi» realmente sopportati (secondo un’opinione, per quest’onere «nessun limite massimo» sarebbe fissato. Ma ciò non è vero; anche qui la legge risulta chiara: l’onere è «commisurato ai costi», in questi trova pertanto la sua misura e quindi pure il suo limite) (8). In via reciproca, per l’ipotesi dello sconfinamento resterà vietata ogni clausola che tenda a far lievitare le spese in compenso - che vada, come si dice, oltre l’effettivo delle spese vive - o comunque spostati l’ago della somma pretesa da un polo verso l’altro.

La diversità dell’equilibrio che la legge va a fissare per i due distinti casi non viene a sorprendere: nello sconfinamento manca, per definizione, una preventiva messa a disposizione di somme (manca quindi una prestazione della banca che “possa” essere retribuita dal cliente); d’altra parte, la possibilità in questa (sola) ipotesi di un rimborso spese sembrerebbe giustificarsi nel fatto che - secondo la prospettiva preferita dalla legge della “manovra” - il compimento di un’istruttoria fidi risponderebbe, qui, a esigenze sopravvenute, estemporanee e urgenti: non per nulla il testo normativo inquadra il detto rimborso nel titolo di una “istruttoria veloce” (un’istruttoria *extra ordinem*, per così dire). Più facilmente, peraltro, si tratta in realtà di un “contentino” che la manovra Monti ha concesso alle banche: così, per il caso di “eventualità di sconfinamento” già preveduta nel testo del contratto (cfr. il comma 1 dell’art. 125-*octies*; per l’ipotesi di sconfinamento consistente e ultramensile a consumatore, che non sia considerata nel contratto base, la regola dell’art. 117-*bis* dovrebbe comunque andare a coordinarsi con il disposto del comma 2 del citato art. 125-*octies*). “Contentino” di cui, a me pare, le stesse non dovrebbero, in ogni caso, potere abusare.

Si pensi al caso (corrente, in fondo) di sconfinamenti distinti, ma reiterati e frequenti: intermittenze, il cliente passa dal deposito al fido e viceversa. L’istruttoria si fa quando ce ne è bisogno: solo quando vi sia il fondato, più che ragionevole, sospetto che le condizioni patrimoniali del cliente siano cambiate in modo importante. Del resto, non si può trascurare che, per lo sconfinamento, la nuova legge non formula in modo espresso un limite massimo percentuale (com’è invece per le clausole di com-

penso per la disponibilità delle somme) proprio perché l’ipotesi recupera già un suo limite intrinseco - e, si confida, di misura assai minore dello 0,5% - nell’effettività delle spese sopportate e nell’oggettiva, e manifesta, opportunità delle medesime; che si tratti, cioè, di spese non superflue.

I problemi di diritto transitorio

Nell’insieme, l’intervento della “manovra” appare di spessore (per quanto, a dire la verità, la manovra sembra essersi dimenticata di inserire il richiamo dell’art. 117-*bis* nel contesto della norma “parapenale” dell’art. 144 comma 3-*bis* lett. a) (9). Da un lato, esso potrebbe finalmente riuscire a razionalizzare, e ai ridurre in confini ragionevoli, il fenomeno della commissione di massimo scoperto (negli ultimi tempi, e nelle sue tante varianti, letteralmente “impazzito”). Dall’altro, lo stesso si pone come tappa rilevante sia per la via della semplificazione delle voci di costo caricate sul cliente nelle operazioni bancarie - sotto il profilo dell’informazione, cioè - sia pure per il profilo dell’equilibrio: quale passo ulteriore lungo la strada, assai giovane ancora, di circoscrivere e ridurre la tendenza bancaria a ribaltare sul cliente ogni tipo di spesa compiuta.

È difficile pensare, tuttavia, che questo nuovo art. 117-*bis* venga a mettere senz’altro fine a controversie e contenziosi sulla materia della “commissione di massimo scoperto”. L’amplissimo spettro del pregresso rimane del tutto la di fuori dalla portata normativa dell’intervento normativo: secondo quanto è, del resto, cosa decisamente opportuna. È presumibile, inoltre, che non mancheranno di svilupparsi delle dispute interpretative circa taluni passi del nuovo testo normativo. In questa prospettiva va così segnalato l’avviso di chi stima «piuttosto vago ... parametro» il riferimento che la disposizione fa, in punto di sconfinamento (comma 2), alla «commisurazione dei costi» (10). Anche se, per la verità, il punto critico della disposizione sembra invece consistere, sul piano interpretativo, nel carattere “veloce” dell’istruttoria; nonché, per l’immediato piano del riscontro sostanziale, nel numero delle istruttorie che

Note:

(8) Stilo, *op. cit.*, 88.

(9) Comunque, lo scostamento dai dettami dell’art. 117-*bis* importa senz’altro una posizione di “clausola nulla”, ovvero un’«applicazione alla clientela di oneri non consentiti» e come tale rientra nella previsione di cui alla lett. b. della citata disposizione.

(10) Dalmartello e associati, *Novità in tema di remunerazione degli affidamenti e degli sconfinamenti: tra class action e nuovo art. 117-*bis* t.u.b.*, Nota flash 30 dicembre 2011, in www.dalmartello.com.

risultino “conteggiabili” (per tutti questi aspetti v. i cenni del precedente paragrafo).

Altri interrogativi si pongono - delicati e immediati - in relazione alla nuova normativa rispetto ai contratti in corso. La l. n. 214 del 2011 ha prescritto che il suo corpo normativo entrasse senz'altro in vigore subito (il 28 dicembre). Non intervenendo direttamente su tale prescrizione, la legge di fine gennaio (art. 27 comma 2 d.l. n. 1 del 2012) adesso stabilisce che i contratti «in corso sono adeguati entro novanta giorni alle disposizioni dell'art. 117-bis». Ne segue che, mentre prima occorreva un patto di adeguamento, ora un consenso espresso del cliente (*i.e.*: un'apposita sottoscrizione) non pare più necessario per il regime futuro dei contratti in corso: dal confronto tra i due testi, invero, sembra di comprenderci che l'ultima legge consegna alle banche un potere unilaterale di adeguamento.

Rimane ferma la discontinuità del trascorso mese intermedio. Rimane da individuare il *dies a quo* per il conto dei 90 giorni, visto che la legge ultima è silente in proposito. Come pure rimangono da indicare le modalità necessarie perché le banche possano esercitare il detto potere; le eventuali reazioni del cliente e anche il giorno in cui l'atto di esercizio avrà effetto. Rimane il punto dei limiti contenutistici di questo potere. Rimangono tante cose aperte, come si vede: la laconicità del citato art. 27 non è davvero da poco.

Per cominciare a orientarsi, può essere utile ricordare che, salvo diversa previsione espressa, la nuova legge non dispone che per l'avvenire. Ciò significa, da un lato, che il termine di adeguamento inizia a correre da fine gennaio; dall'altro, che per il mese intermedio non potranno applicarsi né gli oneri vecchi, né gli oneri nuovi (salva, per questi ultimi, la sussistenza di un patto retroattivo e concluso *ad hoc* col cliente). Se quanto sopra è vero, pure dovrebbe seguire che gli oneri nuovi prendono effetto dal tempo in cui la banca viene a esercitare il detto potere di adeguamento (all'interno dei 90 giorni).

Meglio, dalla recezione dell'atto di esercizio da parte del cliente: comunque la vicenda in questione integra un'attività modificativa del contratto in essere (per la verità, si compie una serie di modificazioni), sì che la necessità di un'apposita comunicazione al cliente non pare seriamente discutibile. E tanto meno lo potrebbe essere, se si considera che la modificazione contrattuale di cui al potere della banca è resa possibile in via artificiale da un intervento di legge *post mortem* (della clausola che reggeva gli oneri vecchi).

In definitiva, le banche debbono affrettarsi (: la frat-

tura è in essere). Ma il cliente potrebbe in qualche misura (= recedendo) rifiutare l'adeguamento? A me pare di no (ma, naturalmente, di soggezione si può parlare solo ove la banca usi in modo corretto il proprio potere). Per sé, il potere di adeguamento, consegnato alla banca, è autonomo: prescinde *in toto* dalla norma dell'art. 118 t.u.b. e dalla relativa disciplina di quel *jus variandi*. D'altro canto, si tratta qui di una modifica di semplice adeguamento (di mero adattamento del vecchio alle regole nuove, senza possibilità innovative): come conseguente, soprattutto, a un intervento legislativo di migliore protezione del cliente. Per l'effetto, un rifiuto del cliente all'adeguamento andrebbe a urtare contro gli spigoli della buona fede oggettiva.

Se la banca resta dentro il suo potere, dunque, la modifica vincola; altrimenti, non vincola in ogni caso (se si preferisce, l'intervento normativo della manovra Monti non può mai costituire «giustificato motivo» *ex art.* 118). Occorre peraltro intendersi su cosa si sia la sostanza dell'“adeguamento”, inizio e fine della consentita attività di modifica.

Per quanto concerne l'onere vecchio, l'individuazione dell'esistente da adattare sembra piuttosto agevole: il contratto, di cui si predica la modifica, deve prevedere una clausola di oneri che divenga nulla per la sua non conformità al disposto del nuovo art. 117-bis; la clausola, cioè, deve non essere già nulla per altri motivi. Non più complicato dovrebbe risultare la definizione dell'onere nuovo per il caso dello sconfinamento: consentendo l'art. 117-bis solo il ribaltamento delle spese vive, tutto ciò che va oltre tale soglia deve essere tagliato; esclusa ogni voce ulteriore, escluso ogni larghezza di spese, la modifica si risolve nella riduzione all'effettivo dei costi.

Per il caso dell'apertura, invece, il centro della modifica dovrebbe consistere nel passaggio del modo di commisurazione dell'onere: dall'utilizzato al disponibile. Come si vede, il passaggio avviene tra due realtà che risultano non direttamente misurabili a confronto (né si può pensare che la valutazione avvenga *ex post*, a seconda del comportamento in concreto tenuto dal cliente). Di confrontabile resta, peraltro, l'onere nuovo rispetto alla misura massima consentita dalla legge, così come oggi definita. E rispetto, altresì, all'onere vecchio, così come quantificato nel contratto in essere. Il confronto, pertanto, non può che svolgersi tra la prima di queste cifre e le altre due.

Garanzie patrimoniali

Azione revocatoria e “mere ragioni eventuali di credito”

di **Alessandro Galati**

Un consolidato orientamento giurisprudenziale ammette l'esperibilità dell'azione revocatoria anche a tutela di situazioni che non sono diritti di credito compiutamente e certamente esistenti, ma mere aspettative di fatto: malgrado gli arresti del Supremo Collegio siano sul punto quasi unanimi, è comunque opportuno svolgere alcune riflessioni di segno critico.

Premesse

Il presente scritto si prefigge di intervenire, con alcune considerazioni critiche, in merito a quel traluzio orientamento giurisprudenziale - da lungo tempo affermatosi in sede di legittimità - che ammette l'esperibilità del rimedio dell'azione revocatoria (1) anche a tutela di un credito non certo ma rispetto al quale, tuttavia, sussistono “ragioni eventuali” che facciano intendere come altamente possibile la sua esistenza; in questo modo i giudici consentono l'utilizzo, sulla base di questo peculiare presupposto, dello strumento previsto dall'art. 2901 c.c., in coerenza con la sua asserita funzione di “garanzia generica e generale delle ragioni creditizie” e dunque di “conservazione a tal fine del patrimonio del debitore”, anche per la tutela di situazioni nelle quali l'attore non appare come titolare di un diritto certo nella sua attuale esistenza, liquido ed esigibile, ma versa - alla stregua dei generici parametri descritti - in una condizione di aspettativa che *prima facie* “possa dirsi non pretestuosa”, in forza della quale l'esistenza del diritto relativo, pur non potendosi intendere definitivamente acclarata ed accertata, si può comunque intendere come ragionevolmente “probabile” (2). Tale orientamento giudiziale, così succintamente descritto, espressione di una esegesi volutamente largheggiante ed estensiva dell'art. 2901 c.c., fornisce alle Corti il presupposto logico-dogmatico per tutelare i supposti creditori in una serie di situazioni in cui può ravvisarsi un credito meramente eventuale: i casi di maggiore impiego di questo modo di ragionare e decidere sono quelli afferenti alla problematica del cosiddetto “credito litigioso”, anche se ipotesi applicative rinvenibili nei repertori riguardano altresì la situazione del creditore garantito da fideiussione il quale, anche prima dell'inadempimen-

to del debitore principale, può decidere di agire in via pauliana contro il garante che abbia compiuto atti dispositivi di cespiti contenuti nel suo patrimonio, così indebolendo il complesso di beni posto a garanzia dell'adempimento dell'obbligazione principale.

Ancora, anche in altre ipotesi minori si è potuto riscontrare l'utilizzo della ricordata interpretazione giurisprudenziale, che ha così consentito di tutelare col rimedio revocatorio delle situazioni che forse - in futuro - potevano anche assurgere alla dimensione di un effettivo diritto di credito ma che, come si tenterà di dimostrare, nel momento in cui la revocatoria veniva intentata costituivano soltanto aspettative di mero fatto.

Sulla base di queste premesse, il compito che ci si

Note:

(1) In generale sull'azione revocatoria si rinvia a Bigliuzzi Geri, voce *Revocatoria (Azione)*, in *Enc. giur. Treccani XXVII*, 1988, *ad vocem*, con *Postilla di aggiornamento* di Dimartino, Roma 2001. Si vedano anche Bregoli, *Effetti e natura della revocatoria*, Milano 2001 e, per una delle migliori trattazioni relative al codice antecedente, Auletta, *Revocatoria civile e fallimentare*, Milano 1938. Per comodità del lettore, si ricordano quali sono, oltre alla sussistenza di un diritto di credito, i presupposti per la vittoriosa esperibilità dell'azione revocatoria: un atto dispositivo del debitore che sia pregiudizievole per le ragioni del creditore revocante; la conoscenza, da parte del debitore, di tale pregiudizio; la conoscenza del pregiudizio anche da parte del terzo, quando l'atto dispositivo è a titolo oneroso; la dolosa preordinazione nei casi in cui l'atto dispositivo sia compiuto prima del sorgere del credito.

(2) In giurisprudenza, le posizioni riportate nel testo possono trovarsi espresse in svariate massime e in molteplici principi di diritto: oltre agli arresti che si segnaleranno nel prosieguo del lavoro, è opportuno fin d'ora indicare al lettore come paradigmatiche dell'orientamento descritto Cass. 17 ottobre 2011, n. 21398, in www.dirittoopericoncorsi.it; Cass. 6 giugno 2011, n. 12235, in www.dirittoeprocesso.com; Cass. 5 marzo 2009, n. 5359, in *Italiure C.E.D. Cass.*; Cass. 18 luglio 2008, n. 20002, *ibidem*.

prefigge è dunque quello, innanzitutto, di mettere in luce il problema dogmatico che si pone a fondamento del tema prescelto - ovvero i presupposti e i limiti della tutela delle aspettative nel nostro ordinamento - e poi segnalare per le varie ipotesi in cui la Cassazione ha ritenuto di adottare la descritta soluzione le perplessità sistematiche che dalla riportata opzione interpretativa finiscono per emergere.

La tutela del credito litigioso

Come si diceva, uno dei principali ambiti in cui la Suprema Corte riconosce tutela al credito meramente eventuale per il tramite dell'esperienza dell'azione revocatoria è quello che viene ormai tradizionalmente descritto con la locuzione "credito litigioso" (3).

Sul punto una nutrita giurisprudenza (4), argomentando dalla premessa - invero più affermata che dimostrata - a tenore della quale il concetto di credito utilizzato dai redattori della norma dell'art. 2901 c.c. sarebbe assai ampio, e dalla constatazione che il medesimo testo dispositivo si riferisce anche al credito sottoposto a termine o condizione, afferma che l'azione revocatoria consente di tutelare non solo chi si trovi in una posizione attuale di credito in dipendenza di una fattispecie costitutiva dello stesso già compiutamente formatasi, ma anche il soggetto che - in virtù di particolari situazioni di fatto già venute ad esistenza - possa dirsi giuridicamente interessato alla conservazione del patrimonio di altro soggetto, pur non essendo attualmente esistente un vero e proprio diritto di credito (5).

Sulla scorta di tali indici metodologici ed esegetici, all'interno di questa categoria di situazioni soggettive che - ci pare di capire dalle motivazioni - crediti non sono ma potrebbero diventarlo, i giudici inseriscono anche quel diritto di credito che è contestato nella sua fonte e dunque nella sua esistenza all'interno di un determinato giudizio, affermandone al contempo la tutelabilità per il tramite dell'esperienza dell'azione revocatoria in un separato procedimento, aperto da apposita domanda di colui che potrebbe essere effettivamente titolare del credito, orientato al fine di far dichiarare inefficaci atti dispositivi compiuti dal possibile debitore che si potrebbero rilevare pregiudizievoli per la sua integrità patrimoniale, e dunque funzionale alla garanzia di cui all'art. 2740 c.c.

Aggiungono, le sentenze, che in questi casi la decisione concernente l'esistenza del credito contestato non è né logicamente, né giuridicamente, un presupposto del processo revocatorio, di guisa che non possono ritenersi sussistenti gli indici previsti dal-

l'art. 295 c.p.c. per la sospensione di esso in attesa della definizione del primo giudizio.

Tale orientamento ha ricevuto l'alto avallo anche delle Sezioni Unite (6), le quali ne hanno ribadito la condivisibilità affermando che la decisione cui si può giungere nel processo apertosi con l'azione revocatoria comunque non è suscettibile di passaggio in giudicato, quindi risulterebbe esclusa l'eventualità del contrasto fra giudicati e perciò la sospensione del processo pauliano risulterebbe assolutamente ultronea; inoltre, notano le Sezioni Unite, anche se l'attore in revocatoria dovesse risultare vittorioso, prima di agire in esecuzione forzata in dipendenza della sentenza che ha dichiarato inefficace l'atto dispositivo aggredito, comunque dovrebbe attendere la definizione del giudizio relativo all'accertamento del credito, perché solo un esito positivo dello stesso potrebbe fornirgli il titolo necessario all'esecuzione medesima: ne consegue che, qualora invece il procedimento avente per oggetto l'esistenza del credito si concludesse con un *dictum* che ne dichiarasse l'insussistenza, allora gli effetti della sentenza che lo aveva visto prevalere nel processo revocatorio automaticamente si risolverebbero (7).

A noi pare che tale tesi, pur sostenibile ad un livello di indagine critica compiuto esclusivamente sul piano processuale, non sia persuasiva se riguardata anche da un punto di vista sostanziale e, soprattutto, se sottoposta ad un vaglio improntato ad una interpretazione sistematica delle norme di riferimento. Innanzitutto, ai fini di una più compiuta riflessione sul tema descritto, giova proprio considerare il tenore letterale dell'art. 2901 c.c., il quale individua come legittimato attivo all'azione revocatoria "il creditore", stabilendo poi che "il credito" fatto valere può anche essere sottoposto a condizione o termine. Le espressioni semantiche utilizzate dal legislatore

Note:

(3) Orabona, *L'azione revocatoria ordinaria ex art. 2901 c.c.: presupposti oggettivi e soggettivi*, in *Giur. Merito* 2010, 2396 ss.; Esposito, *Credito litigioso ed azione revocatoria*, in *Corr. giur.* 2002, 58 ss.; Trisorio Liuzzi, *La Cassazione e la sospensione ex art. 295 cpc*, in *Foro it.* 2000, I, 1969 ss.; Nela, *Rapporti fra l'azione pauliana e l'azione sulla sussistenza del credito sottostante*, in *Giur. it.* 1997, I, 1, 810 ss.

(4) *Ex multis* Cass. 6 giugno 2011, cit.; Cass. 10 marzo 2006, n. 5246, in *Italgire C.E.D. Cass.*; Cass. 5 giugno 2000, n. 7452, in *Giur. it.* 2001, 714 ss.; Cass. 14 novembre 2001, n. 14166, in *Giust. civ.* 2002, I, 371; Cass. 24 febbraio 2000, n. 2104, in *Mass. Giust. Civ.*, 2000, 464.

(5) Orientamento inaugurato da Cass. 12 giugno 1973, n. 1688, in *Giust. civ.*, 1974, I, 1745.

(6) Cass. Sez. Un. 18 maggio 2004, n. 9440, in *Foro it.* 2004, I, 2366. *Contra* Cass. 30 luglio 2001, n. 10414, *ivi*, 2002, I, 1451.

(7) Orabona, *op. cit.*, 2399.

sono dunque chiare ed univoche: il diritto di credito considerato dalla norma in analisi deve essere inteso come sussumibile in quel particolare tipo di diritti soggettivi relativi che contraddistinguono la posizione di colui che si trova dal lato attivo di un rapporto obbligatorio, scaturito da uno dei fatti (termine usato in senso ampio, comprensivo anche degli atti) che l'art. 1173 c.c. menziona come possibili fonti di esso: precisamente - anche alla luce del disposto dell'art. 1174 c.c. - la migliore nozione di "credito" che si può individuare è quella che lo considera come il diritto all'adempimento, ovvero come diritto che il titolare di detta situazione vanta nei confronti del proprio debitore (8).

Se ne ricava, quindi, che per potersi parlare di credito nel senso dell'art. 2901 c.c., deve - in via effettiva e certa - sussistere quel particolare rapporto interindividuale in forza del quale sia possibile affermare che la soggezione del debitore al creditore sia oggettivamente esistente ed attuale: deve cioè sussistere quel vincolo fra i due soggetti di un rapporto interindividuale in forza del quale l'uno deve necessariamente porre in essere una prestazione per soddisfare l'interesse dell'altro, di guisa che - in virtù proprio di questa necessità - in caso di inadempimento possono trovare attivazione ed applicazione i rimedi giudiziali e le altre sanzioni previste dalla legge (9). Prima della nascita di questo rapporto, o comunque fino a quando permangono fondati dubbi circa l'esistenza dell'atto o del fatto che dell'obbligazione si pongono come fonte, non può compiutamente dirsi che esista un diritto di credito: semmai, può esistere una pretesa (sfumata e generica) di un soggetto verso un altro ma, finché detta pretesa non assurge al rango di effettiva posizione creditoria, essa rispetto al diritto di credito rappresenta un *minus* non autonomamente tutelabile (10), che non può costituire il presupposto di esperibilità del rimedio pauliano, utilizzabile solo se si è titolari di un credito, ancorché sottoposto a condizione o termine, che sia però certo nella sua esistenza.

Inoltre, proprio il riferimento del codice alla condizione e al termine impone, poi, un insieme ulteriore di considerazioni, dato che tale previsione è stata tenuta in gran conto dai giudici per affermare il principio di diritto che in questa sede criticiamo.

Innanzitutto, è fin da subito opportuno rilevare che il termine e, in misura ancora maggiore la condizione, non incidono sulla sussistenza della fattispecie giuridicamente rilevante, ma solo sulla sua dimensione effettuale: anche in presenza di condizione, infatti, il vincolo fra le parti è perfettamente e validamente instaurato (11), essendo fruttuosamente ter-

minato il procedimento all'uopo necessario (12). La condizione è, cioè, condizione di efficacia di una fattispecie, ma non condizione della sua esistenza la quale - anzi - deve essere certa per poter applicare all'elemento accidentale in parola la disciplina per esso predisposta dal codice civile: questa considerazione ci sembra essenziale anche per la ricostruzione, invero non semplice, di quella peculiare situazione giuridica soggettiva che va sotto il nome di aspettativa legittima che la Cassazione, con l'orientamento in parola, si prefigge di tutelare consentendo di esperire l'azione revocatoria anche a difesa di situazioni di diritti litigiosi, che vengono nella sostanza ricostruite appunto come legittime aspettative di credito.

Note:

(8) Bianca, *Diritto civile IV. Le obbligazioni*, Milano 1993, 28

(9) Trabucchi, *Istituzioni di diritto civile*, Padova 1995, 497 - 501. Sulla definizione di credito si rinvia altresì a: Guastini, voce *Obbligo*, in *Enc. giur. Treccani XXI*, Roma 1990; Guarneri, voce *Diritti soggettivi (categorie di)*, in *Dig. disc. priv. sez. civ. V*, Torino 1989, 436 ss.; Romano, voce *Obbligo*, in *Enc. dir. XXIX*, Milano 1979, 500 ss.; Betti, *Teoria generale delle obbligazioni*, I, Milano 1953, spec. 9 ss.

(10) Utili riferimenti circa la connotazione della pretesa in Sperduti, *Contributo alla teoria delle situazioni giuridiche soggettive*, Milano 1948, 68. Più di recente in tema di pretesa Gentili, voce *Pretesa*, in *Enc. giur. Treccani XXIV*, Roma 1988, spec. 4-6, il quale rileva che di diritto di credito si può compiutamente parlare soltanto quando il conflitto fra opposte pretese è definitivamente risolto.

(11) Carusi, *Condizione e termine*, in *Trattato del contratto, diretto da Roppo*, III, *Gli effetti*, a cura di Costanza, Milano 2006, 332. Discorso assai simile vale anche per il termine, il quale indica, se si vuole riferire la previsione dell'art. 2901 c.c., al termine per l'adempimento, anche nei casi in cui esso è convenzionalmente fissato, la modalità cronologica di svolgimento del rapporto (Carpino, *I contratti speciali, Il mandato, la commissione, la spedizione*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Bessone, XIV, Torino 2008, 135) e comunque si limita a disciplinare i tempi di esigibilità delle prestazioni, sul presupposto che l'obbligo sia in ogni caso già sorto (Breccia, *Le obbligazioni*, in *Trattato Iudica-Zatti*, Milano 1991, 513). Se invece vuol riferirsi la locuzione "termine" di cui all'art. 2901 c.c. al cosiddetto "termine di efficacia", le conclusioni che possiamo raggiungere non sono dissimili: infatti, il termine di efficacia, sul presupposto della certezza di quel particolare accadimento storico giuridicamente rilevante che è la stipulazione del contratto, indica il tempo a partire dal quale o fino al quale gli effetti della convenzione si producono (Roppo, *op. cit.*, 641; Trabucchi, *op. cit.*, 176). Si vede dunque come in entrambi i possibili significati attribuibili alla parola "termine", esso comunque non incida sull'esistenza di una data fattispecie, ma solo alla produzione dei suoi effetti; ben si vede, perciò, come il riferirsi alla previsione legale dei crediti condizionati o sottoposti a termine per sostenere la tutelabilità mediante revocatoria di crediti incerti nella loro esistenza sia una forzatura metodologica poco persuasiva. In merito al termine, si rinvia altresì a DI MAJO, voce *Termine*, in *Enc. dir. XLIV*, Milano 1992, 187 ss. e Russo, *Il termine nel negozio giuridico*, Milano 1973.

(12) Roppo, *Il contratto*, in *Trattato Iudica-Zatti*, Milano 2001, 606; Rescigno, voce *Condizione nel negozio giuridico (dir. vig.)*, in *Enc. dir. VIII*, Milano 1961, 777.

Invero, per potersi parlare di aspettativa legittima (13) ciò che è dogmaticamente indefettibile è che sussista con certezza una situazione costitutiva di uno stadio preliminare ed embrionale del diritto soggettivo, la quale - per espressa valutazione ordinamentale - è necessaria ma non sufficiente per la genesi del diritto medesimo: tuttavia, data proprio la certezza attuale di tale situazione preliminare, in attesa che gli ulteriori fatti necessari al sorgere del diritto si compiano, è possibile riconoscersi ad essa una più o meno marcata tutela che assicuri il completamento della fattispecie (14).

Deve però a tal riguardo notarsi come la predetta salvaguardia interinale e provvisoria non possa liberamente ed indiscriminatamente garantirsi da parte dell'interprete ad ogni situazione di attesa, ma come - di converso - detta tutela dipenda da una compiuta valutazione dell'intierezza ordinamentale (15); in secondo luogo, per quanto attiene in particolare proprio al credito litigioso, va con forza affermato che per potersi parlare di aspettativa di diritto il fatto perfezionativo della fattispecie da cui nasce poi il diritto soggettivo deve essere futuro rispetto ad un fatto iniziale già certo (16): nel caso che affrontiamo, invece non solo è incerto il fatto perfezionativo del credito (essendo il giudizio relativo alla sua esistenza soggetto alla normale alea del processo), ma è incerto anche e soprattutto il fatto da cui si origina la "mera ragione eventuale" del diritto tutelato in separato giudizio con l'azione revocatoria, essendo contestata nella sua esistenza giuridica ed economica proprio la fonte dell'obbligazione.

Per il tramite del suo orientamento monolitico in tema di credito litigioso, dunque, la Corte di Cassazione non tutela una aspettativa legittima, perché del "credito eventuale" non sono rinvenibili con certezza le fondamenta; semmai, si tutela con questa esegesi la mera speranza dell'attore in revocatoria di vedersi riconosciuto, un giorno, un diritto. L'orientamento giurisprudenziale in tema di credito litigioso tutelabile mediante revocatoria, pertanto, fa assurgere ad indefettibile presupposto del processo aperto dall'esperimento dell'*actio pauliana* l'astratta, indeterminata e generale possibilità di acquisto (o di conferma nella titolarità) di un diritto: si tutela, cioè, la mera speranza generica (17), un'aspettativa di fatto, ovvero ancora quella che il linguaggio comune definisce come attesa fiduciosa e probabilisticamente orientata (18).

Quella riferita al titolare di un credito litigioso non è dunque una vera posizione di aspettativa di diritto, perché non è fondata su una situazione fattuale certa ed incontrovertibile, sulla base della quale si pos-

sa coerentemente innestare una qualche forma di tutela cautelare e preliminare in vista del diritto che in seguito potrà nascere: chi attende la definizione del giudizio concernente l'accertamento del credito, infatti, *ictu oculi* versa in una situazione diversa rispetto a quella in cui viene a trovarsi il nascituro ex art. 1 c.c. o colui che risulta essere creditore in forza di un contratto condizionato; mentre, infatti, nel caso del credito litigioso, come ci siamo sforzati di dimostrare, l'incertezza investe tutta la fattispecie, a partire dal suo fondamento fino agli effetti finali, nei due esempi proposti - paradigmatici per la predisposizione di una valida teoria generale dell'aspettativa - il fatto del concepimento, così come quello della stipula della convenzione nell'ipotesi di negozio condizionato, sono dati empirici e giuridici certi ed incontestabili nella loro esistenza e nella loro dimensione di singolari accadimenti storici.

Sarà pur vero, dunque, che tra processo revocatorio e giudizio vertente sull'accertamento del credito non c'è rischio che si instauri un conflitto fra giudicati: ma è altrettanto vero che nel primo si chiede la specifica tutela di un qualcosa di assai vago, dimenticando che ogni azione processuale che sia intentata a difesa di un diritto di credito - e dunque anche nel caso di domanda di revocatoria - impone di indicare, all'interno dell'atto introduttivo e a pena di nullità dello stesso, i fatti costitutivi della situazione fatta valere (19): da questo punto di vista, davvero

Note:

(13) In argomento: Pelosi, voce *Aspettativa di diritto*, in *Dig. disc. priv. sez. civ. I*, Torino 1987, 465 ss.; Nicolò, *Istituzioni di diritto privato, I*, Milano 1962, 44-48 e Id., voce *Aspettativa*, in *Enc. giur. Treccani I*, Roma 1988; Scognamiglio, voce *Aspettativa di diritto*, in *Enc. dir. I*, Milano 1958, 226 ss.; Mandrioli, voce *Aspettativa di diritto*, in *N. dig. it. I*, Torino, 1937, 769 ss.

(14) Nicolò, *Istituzioni*, cit., 45.

(15) Nicolò, *op. ult. cit.*, 47-48. Condivisibile, sul punto, Gazzoni, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2006, 65, il quale rileva che proprio sul presupposto della reale esistenza degli elementi fattuali strumentali e prodromici alla successiva nascita di diritti soggettivi perfetti, l'ordinamento giuridico interviene per evitare che terzi contro-interessati al sorgere del diritto si attivino per impedire il verificarsi degli ulteriori elementi perfezionativi della fattispecie, pregiudicando così il titolare dell'aspettativa di diritto.

(16) Nicolò, *Aspettativa*, cit., 2.

(17) Mandrioli, *op. cit.* 769.

(18) Pelosi, *op. loc. cit.*

(19) Sassani, *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli 2006, 136, il quale assai condivisibilmente nota sul punto che non tutte le mancate esposizioni dei fatti costitutivi del diritto di cui al n. 4 dell'art. 163 c.p.c. danno luogo a nullità dell'atto di citazione: la nullità prevista da tale norma è infatti ricollegata eziologicamente dalla legge alla situazione di incertezza circa ciò che l'attore ef-

(segue)

non si comprende come possa validamente allegarsi a razionale giustificazione delle proprie pretese un elemento contestato nella sua esistenza in un giudizio separato.

L'ultima considerazione svolta introduce poi un'ulteriore riflessione: occorre infatti ricordare che l'attore in revocatoria a tutela del credito eventuale, in ossequio ai noti principi inerenti la trascrizione della domanda giudiziale (20), quando l'atto dispositivo che si mira a revocare ha ad oggetto un immobile o un mobile registrato, può appunto trascrivere la domanda di revocatoria: in questo modo si finisce, come è di intuitiva evidenza, per rendere impossibile o comunque molto disagiata (21) al terzo acquirente il procedere ad una ulteriore vendita del bene medesimo. Il che, qualora il giudizio inerente l'accertamento del credito dovesse chiudersi con una sentenza che ne dichiari l'inesistenza, produrrebbe un danno patrimoniale ingentissimo al terzo medesimo.

Circa, poi, l'argomento letterale utilizzato dalla criticata giurisprudenza relativo alla previsione legale che inserisce, fra i crediti tutelabili mediante revocatoria, anche quelli sottoposti a termine o condizione, oltre ai rilievi in precedenza effettuati, è opportuno ora innanzitutto considerare come tale scelta del codificatore del 1942 si spiega con i problemi interpretativi che in materia aveva generato la corrispondente norma del codice antecedente (22), che sul punto - infatti - aveva scelto di tacere, alimentando un marcato contrasto giurisprudenziale.

Inoltre, l'inciso dell'art. 2901 c.c. che fa riferimento ai crediti condizionati e sottoposti a termine ben si può inquadrare, in un rapporto di specie a genere, nel contesto degli "atti conservativi" che l'art. 1356 c.c. rende possibile utilizzare all'acquirente di un diritto sotto condizione, nel periodo in cui - come si suol dire - essa "pende" (23): in questo senso, la citata disposizione rappresenterebbe soltanto una puntuale specificazione applicativa di un principio generale, posto dal codice nel novero della disciplina dell'istituto della condizione.

Infine, questo argomento favorevole - secondo le riportate decisioni di legittimità - alla tutelabilità del credito eventuale in generale e litigioso in particolare può, a nostro avviso, risultare smentito anche da una coerente interpretazione sistematica riferita alle norme, presenti allo stato diffuso nell'ordinamento, che costituiscono il "sottosistema" (24) di regole disciplinanti l'azione revocatoria. A tal riguardo, è opportuno innanzitutto notare come le norme della legge fallimentare destinate a disciplinare l'azione revocatoria all'interno di questa pro-

cedura concorsuale, per designare i soggetti che possono beneficiarsi degli effetti di questo peculiare rimedio utilizza sempre la locuzione "creditori", a conferma che nell'impianto della legge quel che si vuole tutelare sono i crediti - certi ed esistenti - della massa, con esclusione di ogni supposta ragione eventuale; ma ancora più chiara in questo senso è la disciplina contenuta negli art. li 192 ss. c.p., la quale prevede una particolare revocatoria per la salvaguardia dei "crediti" indicati nella lista dell'art. 189 c.p. Proprio scorrendo l'art. 189 c.p. ci si rende conto che la legge ha voluto in questa sede preservare, con lo specifico rimedio della revocatoria, dei crediti sicuramente esistenti, certi nella propria fonte, ormai incontestabili nella loro effettività, con totale esclusione di ogni possibile "ragione eventuale"

Note:

(continua nota 19)

fettivamente chiede al giudice adito; perciò, mentre in alcuni casi - quelli soprattutto dei diritti di credito - i "fatti costitutivi della domanda" hanno anche la funzione di individuare in maniera chiara il diritto fatto valere, in altri ipotesi - come nel caso dei diritti reali - il diritto fatto valere in giudizio appare individuabile di per sé. È dunque solo nella prima serie di casi che l'incertezza relativa ai fatti costitutivi del diritto fatto valere determina la nullità della citazione; nella seconda categoria di situazioni, invece, potrà non ritenersi affetto da vizio dirimente l'atto introduttivo del giudizio, ma le conseguenze dell'incertezza circa quanto dedotto in giudizio si riverbereranno sull'accertamento compiuto dal magistrato, che non potrà non essere negativo.

(20) Sulla trascrizione delle domande giudiziali si veda in generale Triola, *La tutela dei diritti. La trascrizione*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Bessone, Torino 2004, 163-257.

(21) Roselli, *Responsabilità patrimoniale. I mezzi di conservazione*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Bessone, IX, Torino 2005, 145; riferimenti in Di Ciommo, *Brevi note in tema di revocatoria, "trust" e negozio fiduciario*, in *Foro it.* 1999, I, 1471 ss.

(22) Si argomenta dal paragrafo n. 1182 della Relazione al Codice Civile, in cui il Ministro di Grazia, Giustizia e Culti spiega di aver riformulato la norma in tema di revocatoria nel tentativo di superare le problematiche interpretative che quella precedente aveva diffusamente sollevato.

(23) Sia consentito notare incidentalmente che l'elemento della previsione legale dei crediti condizionati o sottoposti a termine è, a nostro avviso, malinteso anche da Cass. 30 luglio 2001, n. 10414, cit., che rappresenta il principale arresto contrario all'orientamento dominante in tema di rapporto fra processo di accertamento del credito e giudizio revocatorio. Tale pronuncia, infatti, afferma che siffatta previsione normativa «costituisce un'ipotesi di norma eccezionale, non estendibile analogicamente al caso del credito litigioso, stante il divieto dell'art. 14 delle preleggi». Tuttavia, anche in questa sentenza, ciò che pare sfuggire al collegio giudicante è qualcosa di ben più rilevante dell'eccezionalità della disposizione considerata, ovvero il fatto che la condizione e il termine - come rilevato *amplius* nel testo - non incidono sull'esistenza delle fattispecie, ma anzi la presuppongono, dovendo incidere soltanto sulla loro efficacia.

(24) Di "sottosistema" normativo, con riguardo ai sottoinsiemi di norme regolanti determinati istituti, come oggetto di interpretazione sistematica correttamente parla Guastini, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, in *Trattato Iudica-Zatti*, Milano, 1993, 378.

da far valere col rimedio disciplinato nelle norme richiamate.

Ulteriori ipotesi di applicazione della criticata soluzione giurisprudenziale

Altra corposa serie di ipotesi nelle quali viene applicata la linea esegetica fatta propria dalla Corte di legittimità in merito alla tutelabilità ex art. 2901 c.c. del credito eventuale fa riferimento a quelle situazioni in cui si ammette l'esperibilità dell'*actio pauliana* al fine di far dichiarare inefficace l'atto dispositivo per il tramite del quale un soggetto, tenuto a garantire l'adempimento di un'altrui obbligazione, indebolisce il proprio patrimonio, anche se ancora non si è verificato l'inadempimento del debitore principale: segnatamente, siffatto principio viene affermato con particolare riguardo ai rapporti di fideiussione (25), sostenendosi in giurisprudenza che nei casi di obbligazione con causa accessoria o di garanzia, il creditore ha un interesse concreto ed apprezzabile alla conservazione del patrimonio del garante, in quanto è sui beni in esso contenuti che egli potrà, se del caso, soddisfarsi integralmente; si afferma altresì, nelle varie motivazioni di queste decisioni del Supremo Collegio, che tale interesse alla conservazione del patrimonio del garante sussiste in capo al creditore anche quando l'inadempimento del debitore garantito non si sia ancora verificato, dato che è comunque presente un rapporto giuridico attuale fra il garante e il creditore del debitore principale, il quale giustifica *ex se* l'esperibilità dell'azione revocatoria da parte di quest'ultimo verso il primo quando, per il tramite di atti dispositivi, il garante stesso metta a rischio le sue "eventuali ragioni di credito" (26).

A fronte di questa impostazione giurisprudenziale, tuttavia, a noi pare che si possa arrivare a riconoscere al creditore garantito mediante fideiussione la possibilità di agire in revocatoria verso atti dispositivi compiuti dal garante che si pongano come pregiudizievoli rispetto alle sue ragioni, pur collocandosi tali atti in una dimensione temporale anteriore rispetto all'inadempimento del debitore principale, per il tramite di altro e diverso percorso esegetico, maggiormente rispettoso del tenore letterale dell'art. 2901 c.c. di quanto non sia il metodo interpretativo fondato sul concetto di "credito eventuale". Infatti, considerando il dettato positivo delle norme previste dal codice in tema di fideiussione, possiamo inequivocabilmente ricavare da esse che il garante assume un'obbligazione personale, giusta la lettera dell'art. 1936 c.c., nei confronti del creditore (27), giuridicamente rilevante ed immediatamente vin-

colante fin dalla stipula dell'accordo con causa di garanzia (28): è dunque la legge a dire che il creditore ha un diritto di credito anche nei confronti del garante il quale - difatti - è dall'art. 1944 c.c. posto in una situazione di solidarietà debitoria col debitore principale (29), a dimostrazione dell'assunto che in questi casi è presente un credito certo nella sua esistenza, non ipotetico né tantomeno eventuale, essendo semmai incerto e futuro (rispetto al momento di proposizione dell'azione revocatoria da parte del creditore) soltanto l'inadempimento del debitore principale; così ragionando, nulla osterebbe alla tutelabilità diretta con il mezzo revocatorio anche di questo credito.

Sempre in tema di rapporti nascenti da un contratto di fideiussione, altra ipotesi in cui il giudice di legittimità ha fatto uso del suo costante orientamento in tema di azione revocatoria a tutela di crediti eventuali lo si rinviene nell'ipotesi - dissimile da quella ora trattata - in cui sia il fideiussore stesso ad agire con lo strumento processuale offerto dall'art. 2901 c.c. nei confronti di atti dispositivi compiuti, con riguardo a beni del proprio patrimonio, dal debitore garantito, malgrado il fatto che il debito di questi non sia ancora venuto a scadere o, comunque, non sia stato ancora inadempito (30) nel senso dell'art. 1218 c.c..

Anche con riguardo a questa ipotesi, la Cassazione muove dalla premessa metodologico-esegetica che scorge nella previsione, contenuta nell'art. 2901 c.c. ormai più volte citato, della revocabilità di atti dispositivi pregiudizievoli a tutela dei crediti condizionati o sottoposti a termine, l'appiglio logico su cui costruire la tutela pauliana del credito ipotetico: sulla base di tale riflessione, il Supremo Collegio ritiene che fin dalla stipula della fideiussione, malgrado

Note:

(25) Sulla fideiussione si rinvia a Giusti, *La fideiussione e il mandato di credito*, in *Trattato Cicu-Messineo*, Milano 1998; Bianca, *Diritto civile V. La responsabilità*, Milano 1994, 467-509; Bozzi, *La fideiussione, le figure affini e l'anticresi*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Rescigno, Torino 1985, 205 ss.

(26) Cass. 2 gennaio 2012, n. 5, in www.personaedanno.it; Cass. 19 ottobre 2006, n. 22465; Cass. 22 gennaio 1999, n. 591, in *Giust. civ.* 1999, I, 3380; Cass. 9 aprile 1996, n. 3251.

(27) Ravazzoni, voce *Fideiussione*, in *Dig. disc. priv. Sez. Civ. VIII*, Torino 1992, 254 ss.; Falqui Massidda, voce *Fideiussione*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma 1988, 1.

(28) Redenti, voce *Fideiussione*, in *Dizionario pratico di diritto privato III*, 1, Milano 1923, 118 ss., spec. 123-124.

(29) Solidarietà particolare, come assai bene messo in luce da Fragali, voce *Fideiussione (dir. priv.)*, in *Enc. dir. XVII*, Milano 1968, 346 ss., ma pur sempre solidarietà.

(30) Cass. 22 marzo 1990, n. 2400, in *Corr. giur.* 1990, 609 ss.

il carattere eventuale della responsabilità del garante in dipendenza di un inadempimento ancora non verificatosi del debitore principale, al fideiussore stesso è accordabile l'azione revocatoria per tutelare le proprie (parimenti eventuali) ragioni di credito rispetto ad atti del debitore medesimo che realizzino una diminuzione del proprio patrimonio ritenendo, in conformità ad una parte della dottrina, che l'adempimento del garante in luogo di quello del debitore principale sia solo il fatto che rende attuale un interesse del fideiussore comunque già sorto al momento della nascita della garanzia, quale è quello di tutelarsi con l'esecuzione forzata sui beni del debitore principale (31).

In realtà, però, a noi pare che così ragionando si travalichi di nuovo la nozione di aspettativa legittima fatta propria dal nostro ordinamento, la quale - come visto - deve essere intesa come quella situazione giuridica soggettiva, provvisoria ed interinale, di attesa giuridicamente rilevante e funzionale al compiuto sorgere di un diritto soggettivo, costruita in forza di una valutazione complessiva del sistema ordinamentale, difendibile solo purché il fatto generatore di tale condizione di attesa sia incontrovertibile ed attualmente certo nella sua esistenza al tempo in cui si agisce per tutelarla (32): il che significa, con particolare riguardo a quei casi in cui si voglia agire in revocatoria, che il credito che mediante tale azione si vuole tutelare deve essere già esistente (anche se per avventura illiquido e momentaneamente inesigibile) in forza di un fatto certo che si possa porre come sua fonte, non bastando le mere ragioni eventuali di credito per l'utilizzo di tale rimedio processuale le quali, di converso, possono al più essere suscettive nel concetto di mera aspettativa di fatto (33). Applicando questa conclusione logico-domatica al caso che stiamo ora esaminando, ovvero quello del fideiussore che ritiene di agire in via pauliana verso atti dispositivi del debitore principale compiuti prima di divenire inadempiente rispetto all'obbligazione garantita, dobbiamo allora necessariamente notare che nel momento in cui il garante agisce in giudizio ex art. 2901 c.c. manca proprio il suo credito, pur essendo attuale un generico interesse alla conservazione del patrimonio del debitore: infatti, fino a quando il garante non effettua la prestazione cui si è impegnato, per espressa previsione di legge non può né surrogarsi ai diritti del creditore verso il garantito (in questo senso è centrale il riferimento al disposto dell'art. 1949 c.c., secondo il quale solo il fideiussore "che ha pagato" è tutelato dal meccanismo surrogatorio), né soprattutto può esercitare l'azione di regresso (anch'essa condizionata, stavolta

dall'art. 1950 c.c., all'adempimento della prestazione di garanzia) (34).

Questo perché malgrado la sussistenza del rapporto fideiussorio, difettando rispetto alla relazione fra garante e debitore principale una previsione analoga a quella dell'esaminato art. 1936 c.c. e dunque non sussistendo una disposizione che preveda il sorgere anche fra questi due soggetti di un vincolo obbligatorio immediato, non può dirsi automaticamente sussistente in capo al fideiussore una fondata ragione creditoria verso il debitore garantito non (ancora) inadempiente rispetto alla prestazione principale (35).

Per tali considerazioni di ordine positivo e sistematico, dunque, a noi pare che sia inopportuna la concessione dell'azione revocatoria al fideiussore, rispetto ad atti di disposizione patrimoniale compiuti dal garantito prima del suo inadempimento, in quanto tali suoi atti dismissivi al più pregiudicano un generico interesse del garante a che il debitore principale conservi i propri beni, ma non fondano un diritto di credito del primo verso il secondo che, a rigore di legge, sorgerà solo al tempo dell'adempimento della convenuta prestazione di garanzia (36).

Note:

(31) Natoli, voce *Azione revocatoria ordinaria*, in *Enc. dir.* IV, Milano 1959, 898 ss.; Nicolò, *Azione revocatoria e azione surrogatoria*, in *Tutela dei diritti*, in *Commentario del codice civile*, a cura di Scialoja - Branca, sub artt. 2901-2904, Bologna 1953, 200.

(32) Oltre agli autori in precedenza citati, si veda sul punto anche Santoro Passarelli, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli 1974, 75, il quale, in tema di individuazione della nozione di aspettativa di diritto, nota: "aspettativa non è né la mera speranza di un futuro diritto soggettivo né, d'altra parte, lo stesso diritto soggettivo: è quella posizione di attesa del soggetto cui l'ordinamento attribuisce rilevanza giuridica, favorendone la conservazione e l'attitudine a trasformarsi nel diritto soggettivo."

(33) De Martini, voce *Azione revocatoria (Dir. priv.)*, in *Noviss. dig. it.* III, Torino 1958, 152; Andrioli, *L'azione revocatoria*, Roma 1935, 78 ss.

(34) Sul punto opportunamente Grippo, *La fideiussione in generale*, in *Le garanzie personali. La fideiussione in generale, le fideiussioni bancarie, il mandato di credito*, I, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Bessone, Torino 2007, 50, il quale nota: «l'azione di regresso [...] è dal fideiussore esperibile solo se si è realizzato il presupposto della liberazione del debitore principale nei confronti del creditore, per effetto dell'adempimento».

(35) Quanto detto nel testo è una specificazione della condivisibile riflessione generale di Giusti, *op. cit.*, 35, secondo la quale la connessione tra obbligazione principale e obbligazione di garanzia si esprime nel senso che l'obbligazione fideiussoria non solo intanto esiste, in quanto esiste l'obbligo del debitore principale e nei limiti di questo, ma sul contenuto di tale obbligo si modella, essendo strettamente connessa alle determinazioni, modificazioni e vicende proprie del vincolo obbligatorio principale.

(36) Farina, *Brevi considerazioni in ordine ai rapporti fra azione revocatoria e fideiussione*, in *Riv. giur. sarda* 2000, 68 ss.; Raggazzini, *Revocatoria (ordinaria) e fideiussione*, in *Riv. not.* 1995, 221 ss.

In altri ulteriori casi, statisticamente meno frequenti di quelli fin qui menzionati, la giurisprudenza della Suprema Corte di Cassazione ha utilizzato il suo orientamento favorevole all'utilizzo dell'azione ex art. 2901 c.c. per la tutelabilità di situazioni di "credito eventuale": anche queste ipotesi, ad una rapida scorsa delle massime, sembrano supportare gli argomenti critici proposti nelle righe che precedono.

In tali ipotesi, infatti, si è concesso di esperire vittoriosamente l'azione revocatoria a tutela di situazioni che non avevano, a proprio fondamento, nemmeno la mera parvenza di un diritto di credito in senso proprio: è il caso, ad esempio, dell'arresto in cui il giudice di legittimità ha consentito l'utilizzo dello strumento pauliano ad un lavoratore che subì nel luogo di lavoro un grave infortunio, ma senza attendere la definizione del giudizio inerente alle responsabilità penali del datore di lavoro (dunque mancando ogni statuizione in merito alla sussistenza di un "danneggiato dal reato"), sul presupposto del ricorrere delle già ricordate "ragioni eventuali di un credito" risarcitorio che dell'applicazione del criticato orientamento costituiscono presupposto indefettibile (37).

Si vede dunque bene come in tale precedente il credito relativo al risarcimento non fosse ancora sorto, e come fosse quantomeno incerto nel suo venire ad esistenza, essendo ancora in corso il primo dei tre gradi di giudizio circa la responsabilità dell'eventuale debitore: si noti, altresì, come in questi casi sia almeno auspicabile un accertamento incidentale di detto credito da parte del giudice del processo revocatorio, che invece sistematicamente viene a mancare, acuendo così lo stridente contrasto che sussiste fra la criticata linea esegetica della Cassazione ed il diritto positivo.

In questo modo statuendo si finisce, infatti, per dare tutela non ad una situazione giuridica soggettiva, ma ad un mero stato psicologico di fiduciosa attesa rispetto alla futura definizione di un procedimento giudiziario.

Lo stesso può dirsi rispetto ad altri arresti della giurisprudenza di legittimità, intervenuti rispetto a casi simili rispetto a quello ora descritto, in cui la Corte ha avuto modo di affermare che per la valida attivazione del processo revocatorio è sufficiente un fatto di danno "verosimilmente" risarcibile, e quindi una "probabile" esistenza del credito risarcitorio, essendo "indipendente, logicamente e giuridicamente", il giudizio aperto con la domanda ex art. 2901 c.c. da quello in cui si accertano le responsabilità, il danno e - dunque - il diritto (di credito) ad essere risarciti (38).

Conclusioni

Giunti al termine di questo lavoro, a fronte dell'orientamento giurisprudenziale analizzato, ci pare allora di poter dire che sotteso all'applicazione del principio di diritto favorevole all'esperibilità dell'azione revocatoria anche per la tutela di un credito eventuale vi sia un fraintendimento di fondo, legato ad una concezione troppo ampia di aspettativa di diritto, che conduce a ritenere equivalente al concetto normativo di diritto di credito utilizzato dal legislatore nel testo dell'art. 2901 c.c. quello - invero meno tecnico e meno preciso dogmaticamente - di "mera pretesa".

In questo modo, però, la Cassazione attegga il suo rapporto con la legge in un modo che distorce e dunque non rispetta i principi ordinamentali che lo regolano, andando a svolgere in maniera assai opinabile la propria funzione, la quale è sicuramente di alta interpretazione (anche estensiva) della legge, ma che di converso giammai può essere creatrice di disposizioni, né tantomeno modificatrice di testi positivi vigenti: in questi casi, infatti, non può dirsi che l'esegesi della Cassazione sia "esatta", come invece vuole la legge di ordinamento giudiziario, e come si conviene all'organo supremo della giustizia (39).

A prescindere infatti da ogni dibattito originatosi fra formalisti (40) e positivisti (41), a tal riguardo su un punto occorre concordare: l'interpretazione della legge può considerarsi "esatta" solo se rispondente ad un dato parametro e dunque soltanto se rispettosa di un indice positivo pregresso, che la legittima e le attribuisce significato istituzionale; ne consegue che considerare il diritto di credito e la mera eventuale pretesa come concetti analoghi o comunque equivalenti a fini pratici significa realizzare un'ermeneusi inesatta e sistematicamente incoerente dell'art. 2901 c.c., inserendo nella fattispecie che esso prevede e disciplina situazioni di mero fatto (42)

Note:

(37) Cass. 2 settembre 1996, n. 8013, in *Italggiure C.E.D. Cass.*

(38) Cass. 24 febbraio 2000, n. 2104, cit.; Cass. 28 novembre 1992, n. 12710, in *Italggiure C.E.D. Cass.*

(39) Taruffo, *Il vertice ambiguo*, Bologna 1991, 60.

(40) Tarello, voce *Formalismo*, in *Noviss. dig. it. VIII*, Torino 1988, 511 ss.

(41) Bobbio, *Aspetti del positivismo giuridico*, in *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milano 1977, 120 ss.

(42) A tal riguardo, non ci pare che possa logicamente effettuarsi o proporsi un parallelismo fra la tutelabilità aquiliana di ipotesi di aspettativa o di situazioni di fatto e la revocabilità di atti patri-
(segue)

che nell'area di significanza della disposizione - sia pure estesa al massimo della sua dimensione semantica precettiva - non potrebbero in alcun modo sussumersi.

Sul punto, è opportuno ricordare che il senso letterale delle parole utilizzate nella norma può essere superato e, dunque, l'esegesi letterale può cedere il passo ad altri criteri ermeneutici, soltanto quando il testo normativo è ambiguo ed oscuro, vago ed indeterminabile con la sola scrupolosa analisi delle parole utilizzate dal legislatore per comporlo (43): e tale circostanza, nel caso dell'art. 2901 c.c., davvero non ci pare ricorrere.

Pertanto, spostando l'analisi anche sul terreno del diritto processuale, le considerazioni esposte ci portano a concludere nel senso che, qualora manchi una norma che preveda in astratto la situazione soggettiva che con la revocatoria si vuole tutelare, risulta assente in radice la stessa possibilità giuridica di agire validamente in giudizio (44) qualora la posizione fatta valere nel processo revocatorio non sia certamente considerabile un credito attualmente esistente: ciò è tanto più vero se si considera anche come, per il corretto esercizio di ogni azione processuale, non basta affermare di essere titolari di un diritto, ma occorre anche individuare, nell'atto introduttivo del giudizio, uno o più fatti costitutivi dello stesso che siano certi nella loro esistenza storica (45), difettando al-

trimenti l'interesse ad agire e difendersi nel corso di quel procedimento giudiziario (46).

Note:

(continua nota 42)

moniali dispositivi, lesivi di crediti meramente eventuali: mentre, infatti, nel primo caso la norma di riferimento è l'art. 2043 c.c., il quale considera l'illecito civile come - fra le altre cose - foriero di un danno ingiusto, e dunque fa uso della clausola generale dell'ingiustizia del danno, riempibile di significato dal giudice anche mediante interpretazioni evolutive ed adeguatrici della fattispecie, nel secondo caso la norma cui necessariamente ci si deve uniformare è l'art. 2901 c.c., il quale - nel suo testo precettivo - fa espressamente riferimento ad una situazione dogmatica - quella del diritto di credito - che non ammette incoerenti ampliamenti della sua nozione istituzionale condivisa. In merito all'interpretazione dell'art. 2043 c.c., fra i tanti, Franzoni, *L'illecito*, in *Trattato della responsabilità civile*, I, Milano 2004, 777 ss.; Galgano, *Le mobili frontiere del danno ingiusto*, in *Cont. impr.* 1985, I, 1 ss. Si veda altresì Patti, *Clausole generali e discrezionalità del giudice*, in *Riv. not.* 2010, 303 ss. Sui "danni da lesione di aspettativa" si vedano Cass. 14 luglio 2003, n. 11003, in *Resp. civ. prev.* 2003, 1053 ss.; Cass. 21 novembre 1995, n. 12020, in *Danno resp.* 1996, 519 ss.

(43) Monateri, voce *Interpretazione del diritto*, in *Dig. disc. priv. sez. civ. X*, Torino 1993, 36 ss.

(44) Invrea, *Possibilità giuridica e legittimazione*, in *Riv. dir. proc.* 1939, 13.

(45) Mandrioli, *Diritto processuale civile*, I, Torino 2006, 52.

(46) Attardi, voce *Interesse ad agire*, in *Dig. disc. priv. sez. civ. IX*, Torino 1993, 514 ss.; Sassani, voce *Interesse ad agire*, in *Enc. giur. Treccani XVII*, Roma 1989, 1; Nasi, voce *Interesse ad agire*, in *Enc. dir. XII*, Milano 1972, 28 ss.

LIBRI

COLLANA: **Codici Annotati Ipsoa**

CODICE DELLA STRADA

Annotato con la giurisprudenza

di **Francesco Molfese e Diego Molfese**



Il volume raccoglie le norme relative al **Codice della strada**. Ciascun articolo è **annotato con un'aggiornata selezione della giurisprudenza** più significativa, nonché con i principali **referimenti bibliografici** in materia. Le massime giurisprudenziali sono illustrate in una sequenza sistematica, per gruppi di argomenti. Le **parole chiave sono state evidenziate con carattere grassetto** al fine di permettere al lettore una più rapida individuazione delle tematiche affrontate. L'Opera comprende anche la **Tabella di confronto tra il nuovo e il vecchio codice della strada**, la **Tabella dei punteggi previsti all'articolo 126-bis del Codice (Patente a punti)**, la **Tabella delle infrazioni**, la **Tabella sinottica dei limiti di velocità**, la **Tabella degli "spazi e tempi di**

frenatura", il **Regolamento di esecuzione e di attuazione** del Codice.

Il volume è aggiornato con la **legge n. 120/2010** "Disposizioni in materia di sicurezza stradale"; con il **d.m. 22/12/2010** "Aggiornamento delle sanzioni amministrative" e con la **legge n. 10/2011** "Decreto mille proroghe".

Il testo è corredato da un **dettagliato sommario** e dagli **indici cronologico e analitico-alfabetico** della giurisprudenza.

Ipsoa 2011, pp. 1529, EURO 60,00

Per informazioni e acquisti

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

La nuova collana
curata dai professionisti
per i professionisti del diritto

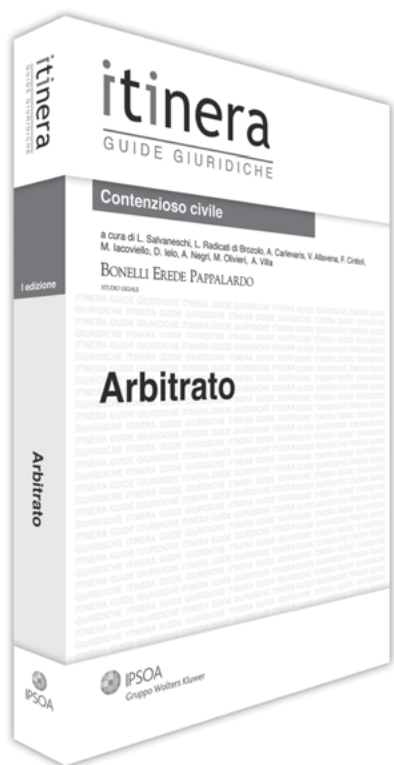
Contenzioso civile

a cura di

L. Salvaneschi, L. Radicati di Brozolo, A. Carlevaris, V. Allavena,
F. Cintio, M. Iacoviello, D. Ielo, A. Negri, M. Olivieri, A. Villa

BONELLI EREDE PAPPALARDO

STUDIO LEGALE



Arbitrato

Il volume, curato dallo **Studio Bonelli Erede Pappalardo**, leader assoluto nell'ambito del contenzioso civile, affronta con un approccio **sistematico** e un taglio **assertivo** tutti gli aspetti relativi all'**arbitrato**.

In particolare viene analizzato:

- l'**arbitrato di diritto comune** (arbitrato rituale e irrituale, procedimento, istruzione probatoria e lodo);
- l'**arbitrato internazionale ed estero**;
- l'**arbitrato societario** (esteso anche all'arbitrato amministrato dalla Camera di Conciliazione e arbitrato presso la Consob e all'arbitrato bancario e finanziario);
- gli **arbitrati speciali** (nel diritto del lavoro e nelle materie di giurisdizione amministrativa).

Nella trattazione dei singoli istituti, sono contemplati tutti i profili attinenti al tema trattato: sostanziali, processuali e fiscali (laddove presenti).

Arricchiscono e completano l'opera **case history**, **esempi**, **schemi riepilogativi**, **approfondimenti** ed un dettagliato **indice analitico**.

Il volume è disponibile anche in **formato e-book**.



IPSOA
Gruppo Wolters Kluwer

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

(00110186) Sì, desidero acquistare il volume **Arbitrato**, a cura dello Studio Bonelli Erede Pappalardo a **€ 57,00**.

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

Partita IVA C.F.

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

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

Mastercard (16 cifre) American Express (15 cifre) VISA (16 cifre) Diners (14 cifre)

n° Data di scadenza

Nome e indirizzo titolare carta di credito

Timbro e firma

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

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

Contratti turistici

Il contratto di vendita di pacchetto turistico nel nuovo Codice del turismo

di Paola Quarticelli

Nelle riflessioni che seguono si tenterà di mettere in evidenza gli elementi di novità introdotti dal Codice del Turismo adottato con il d.lgs. 23 maggio 2011, n. 79, in materia di contratto di vendita di pacchetto turistico, con particolare attenzione, nella parte conclusiva, al requisito di forma del contratto; una questione, quest'ultima, particolarmente dibattuta, tanto in dottrina quanto in giurisprudenza, già nella vigenza della disciplina ora abrogata, ma rimasta irrisolta dopo l'intervento del legislatore del 2011.

Introduzione

Il nuovo Codice del turismo, adottato con il d.lgs. 23 maggio 2011, n. 79 (di seguito: cod. tur.), con la disciplina dettata nel Capo I del Titolo VI, dedicato ai contratti del turismo organizzato, ma in realtà incentrato sul c.d. pacchetto turistico «tutto compreso», come si rileva sin dalla norma di apertura del capo, l'art. 32, ha nuovamente rivisitato la normativa del contratto di vendita di pacchetto turistico che inizialmente dettata nel d.lgs n. 111 del 1995, attuativo della direttiva comunitaria n. 90/134/CEE concernente viaggi, vacanze e circuiti tutto compreso, è poi trasmigrata, senza notevoli modificazioni, negli artt. 82-100 cod. cons., adottato con d.lgs. del 6 settembre 2005, n. 206, articoli che oggi risultano abrogati proprio in virtù del nuovo intervento riformatore che ha interessato la materia del turismo in genere (1).

Nelle riflessioni che seguono si tenterà di mettere in evidenza soltanto gli elementi di novità introdotti da legislatore del 2011, in materia di contratto di vendita di pacchetto turistico, con particolare attenzione al requisito della forma del contratto, quale questione particolarmente dibattuta, tanto in dottrina quanto in giurisprudenza, già durante la vigenza della disciplina ormai abrogata e non affrontata dal legislatore nel 2011, ove si consideri che il testo del nuovo art. 35, ricalca pressoché i precedenti art. 6 d.lgs. n. 111 del 1995 e art. 85 cod. cons., lasciando, dunque, irrisolta una questione che, invece, avrebbe meritato maggior attenzione. Il tema verrà affrontato nella parte conclusiva del lavoro.

Nozione del contratto di vendita di pacchetto turistico «tutto compreso»

Il legislatore, così come in passato, non definisce il contratto di vendita di pacchetto turistico, individuandone più semplicemente l'oggetto, ossia il c.d. «pacchetto turistico», oggi definito nell'art. 34 cod. tur. (su cui v. *infra*). Invariata, tuttavia, anche alla luce del recente intervento legislativo, la definizione ed i caratteri generali del contratto di vendita di pacchetto turistico così come individuati dalla dottrina e dalla giurisprudenza sin dall'introduzione del d.lgs n. 111 del 1995, alla cui stregua il contratto di vendita di pacchetto turistico può continuarsi a de-

Nota:

(1) Per le prime riflessioni sulla nuova disciplina dei contratti del turismo organizzato introdotta dal Codice del turismo, cfr. Soldati, *Brevi note a margine del Codice del turismo*, in questa *Rivista*, 2011, 815. Per alcuni contributi di carattere generale intervenuti nella materia del contratto di vendita di pacchetto turistico, durante la vigenza della disciplina contenuta nel Codice del Consumo, si rinvia a Ciurnelli, *Il contratto di viaggio*, in AA.VV., *Manuale di diritto del turismo*, a cura di Franceschelli-Morandi, coordinato da Tassoni, Torino, 2010, 276; Guerinoni, *Disciplina dei contratti turistici e danno da vacanza rovinata*, Milano, 2009; Galati, *Contratto di viaggio all inclusive e causa concreta*, in questa *Rivista*, 2009, 30. Per il periodo di vigenza del d.lgs. n. 111 del 1995, cfr. Buonocore, *I contratti di trasporto e di viaggio*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da Id., Torino, 2003, 291; Roppo, *Viaggi, vacanze e circuiti tutto compreso*, in *Nuove leggi civ.*, 1997, 1; Tommasini, *Interventi normativi sulla responsabilità degli operatori turistici nei contratti di viaggio «tutto compreso» (dalla convenzione internazionale del 1970 al d.lgs. n. 111 del 1995, attuativo della direttiva Cee 90/314)*, in *Giust. civ.*, 2000, II, 255; Silingardi-Morandi, *La vendita di pacchetti turistici*, Torino, 1998, 4; Id., *La tutela del turista nella disciplina comunitaria*, in *Riv. giur. circolaz. e trasp.*, 1997, n. 6, Suppl.; Pierallini, *I pacchetti turistici - Profili giuridici e contrattuali*, Milano, 1998.

finire come contratto di scambio in virtù del quale la parte alienante, che poi vedremo essere l'organizzatore stesso del viaggio o più semplicemente un intermediario turistico, vende, o offre in vendita, verso corrispettivo di un prezzo forfetariamente determinato, al turista-consumatore un pacchetto turistico «tutto compreso».

Contratto con causa di scambio, dunque, di natura consensuale ed a titolo oneroso, il quale, come autorevolmente sostenuto in dottrina, «partecipa pur essendo il contratto legalmente tipico, delle prestazioni di più contratti tipici - certamente, sia pure alternativamente, trasporto, albergo o locazione, appalto di servizi» (2) e nel quale «la "finalità turistica" (o, con espressione più generale, lo "scopo di piacere") non è un motivo irrilevante ma si sostanzia nell'interesse che lo stesso è funzionalmente volto a soddisfare, connotandone la causa concreta e determinando, perciò, l'essenzialità di tutte le attività e dei servizi strumentali alla realizzazione del preminente fine del godimento della vacanza per come essa viene proposta dall'organizzatore del viaggio (c.d. *tour operator*) e accettata dall'utente» (3).

Oggetto e contenuto del contratto: le novità normative

Nel delineare la nozione dell'oggetto del contratto, l'art. 34 cod. tur., statuisce che i pacchetti turistici hanno ad oggetto viaggi, vacanze, circuiti tutto compreso, o anche crociere turistiche (4), comunque caratterizzate dalla combinazione di almeno due dei servizi tipici del settore turistico, ossia il servizio di trasporto, di alloggio e/o i servizi turistici non accessori al trasporto o all'alloggio, che costituiscano, per la soddisfazione delle esigenze ricreative del turista, parte significativa del pacchetto turistico, elencati più dettagliatamente alla lett. *i* ed *m* dell'art. 36, quali visite, escursioni o altri servizi comunque inclusi nel pacchetto turistico, ivi compresa anche la presenza di accompagnatori e guide turistiche. Quanto al corrispettivo per l'acquisto del pacchetto turistico, il legislatore si riferisce ad un prezzo forfetario per l'intera offerta turistica, avendo cura di precisare al comma 2 dell'art. 34, che riproduce la normativa previgente, elaborata considerando le pratiche elusive riscontrate nella prassi, che la fatturazione separata dei singoli elementi di uno stesso pacchetto turistico non sottrae l'organizzatore o il venditore agli obblighi della disciplina dettata per i contratti di vendita di pacchetto turistico.

Un elemento di novità rispetto al precedente impianto normativo, è costituito dalla irrilevanza, ai fini della qualificazione di un contratto di viaggio

concretamente stipulato in termini di contratto di vendita di pacchetto turistico, della «durata minima» della vacanza, nonché della «combinazione prefissata» dei diversi servizi turistici da parte dell'organizzatore.

Secondo il previgente art. 84 cod. cons., che recepiva a sua volta l'art. 2 d.lgs. n. 111 del 1995, intanto poteva configurarsi un contratto di vendita di pacchetto turistico se il viaggio organizzato avesse avuto una durata superiore alle ventiquattro ore o avesse compreso almeno una notte. La nuova disciplina non prevede più alcuna specificazione di ordine temporale.

In ordine alla irrilevanza normativa della "pre-organizzazione" del viaggio ai fini della qualificazione di un contratto di viaggio con finalità turistiche in termini di contratto di vendita di pacchetto turistico, il legislatore del 2011, ha definitivamente chiarito, che affinché possa configurarsi un contratto di vendita di pacchetto turistico non è necessaria la pre-organizzazione del viaggio venduto od offerto in vendita, richiedendosi più semplicemente l'organizzazione del viaggio, anche autonomamente condotta dal turista mediante la combinazione degli elementi elencati nell'art. 34.

Quest'ultima disposizione statuisce che i pacchetti turistici hanno ad oggetto i viaggi, le vacanze, i circuiti tutto compreso, le crociere turistiche, risultanti dalla combinazione del servizio di trasporto, di alloggio o di servizi turistici non accessori ai primi due che costituiscano, per la soddisfazione delle esigenze ricreative del turista, parte significativa del pacchetto turistico, *da chiunque ed in qualunque modo realizzata*, omettendo così qualsiasi riferimento alla «prefissata combinazione» dei singoli elementi del viaggio, a differenza di quanto accadeva nell'art. 84 cod. cons., che ricalcando il precedente art. 4 d.lgs. n.

Note:

(2) Buonocore, *op. cit.*, 316.

(3) *Ex multis*, Cass., 24 aprile 2008, n. 10651, in *Foro it.*, 2009, I, 213, con nota di Bitetto, cui si rinvia per gli ulteriori richiami di dottrina e giurisprudenza; Cass. 24 luglio 2007, *ivi*, 212.

(4) Il legislatore del 2011 nel comprendere espressamente, a dispetto di quanto verificatosi prima dell'introduzione del Codice del Turismo, nei contratti di vendita di pacchetto turistico anche i contratti relativi alle crociere turistiche, non ha fatto altro che recepire il pacifico orientamento giurisprudenziale che già sotto la vigenza della disciplina ormai abrogata, nel silenzio del legislatore, ha applicato la disciplina della vendita di pacchetto turistico anche a tale tipologia di servizio vacanziero: a titolo esemplificativo, si rinvia a Trib. Genova, 19 febbraio 2007, in *Dir. tur.*, 2007, 259, con nota di Santuari; Trib. Torino, 20 luglio 2006, *ibidem*, 263, con nota di Santuari; Trib. Bari, 27 luglio 2005, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2006, I, 880, con nota di Quaticelli; Trib. Torino, 21 novembre 2003, *ibidem*, 62, con nota di Mazier.

111 del 1995, riconduceva al pacchetto turistico i viaggi, le vacanze ed i circuiti tutto compreso, risultanti dalla prefissata combinazione di almeno due degli elementi di trasporto, alloggio, o servizi turistici non accessori ai primi due, ma comunque idonei a soddisfare le esigenze ricreative del turista.

Risulta così recepito a livello legislativo l'orientamento dottrinale prevalente che già sotto la vigenza della normativa precedente, concludeva per l'applicabilità della normativa sulla vendita di pacchetto turistico, oltre che ai servizi tutto compreso pre-organizzati o prefissati dall'organizzatore, anche ai pacchetti turistici c.d. "a domanda", ossia formulati dall'organizzatore sulla base delle istanze, dei desideri e delle finalità così come rappresentatigli dal cliente-turista (5). Inoltre, ove si consideri che il nuovo art. 33 (su cui si tornerà, più approfonditamente), nel definire la figura soggettiva dell'organizzatore di viaggio, statuisce che questi è anche colui che consente al turista di realizzare autonomamente la combinazione dei singoli elementi del viaggio da organizzare, anche mediante un sistema di comunicazione a distanza, è possibile concludere per l'applicabilità della normativa in esame anche a quei pacchetti turistici che il turista confeziona autonomamente su misura per sé, avvalendosi delle diverse soluzioni offerte dall'organizzatore di viaggio, anche tramite un sistema di comunicazione a distanza.

Il pensiero corre alle combinazioni di trasporto ed alloggio o di altri servizi che il turista può ad esempio elaborare da casa, comodamente seduto alla sua scrivania, utilizzando il suo computer, avvalendosi del sito internet dell'operatore turistico. In tal caso, il turista prima auto-combina i diversi elementi del suo viaggio e successivamente lo acquista. Ebbene, alla luce del nuovo impianto normativo, anche tali ipotesi, definite nella prassi di settore «pacchetti dinamici» sono pacificamente riconducibili alla fattispecie del contratto di vendita di pacchetto turistico, soggette, pertanto alla relativa disciplina (6).

Il legislatore, come già avvenuto in precedenza, prescrive nel dettaglio tutti gli ulteriori elementi e le indicazioni che dovranno essere esplicitate in contratto. Così l'art. 36, chiaramente ispirato ai principi di trasparenza e correttezza di informazione nei confronti del consumatore-turista, statuisce che il contratto, ossia il documento di riferimento, deve indicare la destinazione, la durata, la data d'inizio e la conclusione del viaggio, specificando, altresì, che qualora sia previsto un soggiorno frazionato, deve essere riportata la durata del medesimo con relative date di inizio e fine; i dati identificati dell'organizzatore o dell'intermediario che sottoscrive il contrat-

to, dei quali devono essere riportati anche i recapiti telefonici; il prezzo del pacchetto turistico, le modalità della sua revisione, diritti e tasse sui servizi di atterraggio, sbarco ed imbarco nei porti ed aeroporti e gli altri oneri posti a carico del turista; l'importo da versare all'atto della prenotazione a titolo di caparra, che non potrà comunque essere superiore al venticinque per cento del prezzo, nonché il termine per il pagamento del saldo; gli estremi della copertura assicurativa obbligatoria e delle ulteriori polizze facoltative convenute con il turista; mezzi, caratteristiche e tipologie di trasporto, data, ora, luogo della partenza e del ritorno, tipo di posto assegnato. Il *quid novi*, rispetto al vecchio art. 86 cod. cons., consiste nella previsione che obbliga organizzatore e/o intermediario a specificare, per l'ipotesi in cui il pacchetto turistico includa il trasporto aereo, anche il nome del vettore e la sua eventuale non conformità alla regolamentazione dell'Unione europea. Per il resto, sembra rimanere integralmente confermato il testo del previgente art. 86. Parimenti, si conferma l'ambito applicativo territoriale della disciplina sul contratto di vendita di pacchetto turistico, la quale, ai sensi dell'art. 32, si applicherà ai pacchetti turistici venduti od offerti in vendita nel territorio nazionale, nonché ai pacchetti turistici negoziati fuori dai locali commerciali o a distanza.

Note:

(5) Silingardi-Morandi, *op. cit.*, 29, per i quali la normativa è applicabile anche ai contratti elaborati "su misura" per il cliente; Indovino Fabris, in Roppo, *Viaggi, vacanze e circuiti tutto compreso*, cit., 10. Per un precedente giurisprudenziale di segno contrario, Trib. Prato, 2 settembre 2008, in *Foro it.*, 2008, I, 3346, secondo cui «non si configura un pacchetto turistico a fronte di prestazioni di viaggio separate ed assemblate da un'agenzia su richiesta dei viaggiatori». In realtà, la giurisprudenza, anche di legittimità, ha sempre rigorosamente interpretato la nozione legislativa di pacchetto turistico richiedendo, oltre ovviamente alla finalità turistica o vacanziera perseguita con la conclusione del contratto di viaggio, sia la durata minima prevista dalla legge che la prefissata combinazione dei diversi servizi turistici: *ex multis*, Cass. 24 luglio 2007, n. 16315, in questa *Rivista*, 2008, 241, con nota di Cavajoni, per la quale il «il pacchetto turistico, che può essere dall'organizzatore alienato direttamente o tramite un venditore (art. 3 comma 2 d.lgs. n. 111 del 1995, ora trasfuso nell'art. 83 comma 2 d.lgs. n. 206 del 2005, codice del consumo), risulta infatti dalla prefissata combinazione di almeno due degli elementi costituiti dal trasporto, dall'alloggio e da servizi turistici agli stessi non accessori (itinerario, visite, escursioni con accompagnatori e guide turistiche, ecc.) costituenti parte significativa del pacchetto turistico, con durata superiore alle ventiquattro ore ovvero estendentesi per un periodo di tempo comportante almeno una notte».

(6) Sulla necessità di una disciplina legislativa anche per i c.d. «pacchetti dinamici», autonomamente combinati dai consumatori prima dell'entrata in vigore del Codice del turismo, Vaccà, *La revisione della disciplina europea dei contratti "turistici"*, in questa *Rivista*, 2010, 639.

Le parti del contratto di vendita di pacchetto turistico

Sostanzialmente invariata la nozione del professionista organizzatore di viaggio, tuttora definito, nell'art. 33 lett. *a*, come il soggetto che si obbliga, in nome proprio e verso corrispettivo forfetario, a procurare a terzi pacchetti turistici, realizzando la combinazione di servizi turistici di trasporto, soggiorno o dei servizi non accessori al trasporto ed all'alloggio, di cui all'art. 36 lett. *i* ed *m*, che possono essere poi venduti od offerti in vendita a terzi, direttamente o tramite un venditore od intermediario.

La novità introdotta da tale disposizione rispetto all'art. 83 cod. cons., come anticipato, a proposito della nozione di pacchetto turistico, è rappresentato dalla circostanza di considerare organizzatore di viaggio anche il professionista che, anziché pre-organizzare il viaggio poi venduto od offerto in vendita al turista, consente al turista di realizzare autonomamente, anche mediante un sistema di comunicazione a distanza, la combinazione dei singoli elementi del viaggio.

Nella successiva lett. *b*, il riferimento al soggetto "venditore" risulta ora sostituito dal termine "intermediario", definito come il soggetto che, anche in modo non professionale e senza scopo di lucro, vende, o si obbliga a procurare a terzi pacchetti turistici caratterizzati dalla combinazione di servizi turistici di trasporto, alloggio e servizi non accessori ai primi ma strumentali al soddisfacimento delle esigenze ricreative del turista, verso un corrispettivo forfetario. Il legislatore del 2011, come auspicato dalla prevalente dottrina durante la previgenza della vecchia normativa, ha preferito la locuzione intermediario, a quella di venditore, che era dato rinvenire tanto nell'art. 4 d.lgs. n. 111 del 1995, quanto nell'art. 83 lett. *b* cod. cons. Tale scelta pare condivisibile, se non altro perché consente maggiore chiarezza rispetto al generale impianto normativo di riferimento ed alle effettive dinamiche negoziali riscontrabili in sede di conclusione del contratto di vendita di pacchetto turistico.

Il termine venditore lascia infatti intendere che il venditore del pacchetto turistico sia sempre parte del contratto. Il che non è, dal momento che, come puntualmente osservato dalla dottrina, non è detto che il soggetto, diverso dall'organizzatore, che attenda materialmente alla conclusione del contratto di vendita di pacchetto turistico, diventi necessariamente controparte del turista-acquirente, poiché, a seconda delle circostanze concrete, il primo potrà assumere la veste di semplice intermediario o di rap-

presentante dell'organizzatore, stipulando il contratto di vendita di pacchetto turistico, secondo lo schema, ad esempio, del mandato con rappresentanza, in nome e per conto dell'organizzatore, che solo, tanto nel primo quanto nel secondo caso, diventa parte del contratto concretamente stipulato (7). Non a caso, l'art. 33 ultimo comma, confermando in ciò le precedenti disposizioni, ha cura di precisare che l'organizzatore può vendere pacchetti turistici direttamente o tramite un venditore o tramite un intermediario.

Parimenti, per la figura dell'acquirente del pacchetto turistico, al termine consumatore, il legislatore del 2011 ha preferito il termine, sicuramente più pregnante, di turista, definito dalla lett. *c* dell'art. 33, come l'acquirente, il cessionario di un pacchetto turistico o qualunque persona anche da nominare per conto della quale il contraente principale si impegna ad acquistare, senza remunerazione, un pacchetto turistico, a condizione che il terzo da nominare soddisfi tutte le condizioni richieste per la fruizione del servizio turistico acquistato. A proposito della sostituzione del termine consumatore con il nuovo termine turista, nella relazione governativa al decreto si ha cura di precisare che «il Codice tutela il turista come consumatore di tipo speciale, un consumatore non attrezzato a risolvere i problemi che si pongono durante la vacanza in un luogo lontano dalla sua dimora abituale e generalmente incline a subire il disservizio pur di non perdere il poco tempo a disposizione per rilassarsi». Preme rilevare, tuttavia, come il riferimento alla figura più generale del consumatore ritorni nella sistematica del capo, ove si consideri che, per espressa previsione legislativa il codice del turismo si pone come legge speciale rispetto al codice del consumo, le cui disposizioni, ai sensi del nuovo art. 32, troveranno applicazione per tutto quanto non previsto dalla normativa recentemente introdotta.

La lett. *c* dell'art. 33 ribadisce che il contratto di

Nota:

(7) Buonocore, *op. cit.*, 294 ss., il quale sottolinea come, a dispetto della definizione utilizzata "venditore", il legislatore lasci in realtà aperta «la possibilità che il venditore assuma nella vendita una reale posizione, formale e sostanziale, che gli consenta di restare estraneo al rapporto contrattuale nascente dal contratto di vendita»; Indovino Fabris, *op. cit.*, 13, ove si osserva che il venditore potrà assumere la posizione di chi è semplicemente preposto a svolgere l'attività precontrattuale finalizzata alla conclusione del contratto che si considererà stipulato tra organizzatore e consumatore, ovvero la posizione di rappresentante dell'organizzatore nel cui nome e per conto svolge l'attività di vendita o di offerta in vendita, nonché la posizione di parte del contratto di vendita di pacchetto turistico (combinato dall'organizzatore) e del rapporto da esso scaturente.

vendita di pacchetto turistico può anche essere concluso secondo lo schema generale del contratto per persona da nominare di cui agli artt. 1401 ss. c.c. Ai sensi della disposizione in esame acquirente-turista è anche il cessionario di un contratto di pacchetto turistico precedentemente acquistato da altro turista. La disposizione di cui alla lett. c dell'art. 33 deve essere letta in stretta correlazione con il successivo art. 39 che, riproducendo il contenuto del vecchio art. 89 cod. cons., riconosce in favore del turista, che abbia già concluso il contratto di vendita di pacchetto turistico, il diritto, inderogabile dalle parti, di cedere ad altri il contratto per l'eventualità che venga a trovarsi nell'impossibilità di usufruire del pacchetto turistico precedentemente acquistato.

Parimenti alla normativa previgente, ai fini della valida ed efficace cessione del contratto, il turista è tenuto ad individuare un cessionario che soddisfi tutte le condizioni per la fruizione del servizio turistico. Per poter validamente esercitare il diritto di cessione, il cedente è comunque tenuto a comunicare per iscritto all'organizzatore o all'intermediario l'intenzione di cedere il contratto per essersi venuto a trovare nell'impossibilità di usufruire del pacchetto turistico, a pena di decadenza entro e non oltre quattro giorni lavorativi prima della partenza, comunicando, altresì, le generalità del cessionario. Ai sensi del secondo comma dell'art. 39, il cedente rimane comunque solidalmente obbligato con il cessionario per il pagamento del prezzo del pacchetto turistico e delle ulteriori spese derivanti dalla cessione.

La fase precontrattuale e la fase di conclusione del contratto di vendita di pacchetto turistico

Riflettendo l'impianto strutturale previgente, la nuova disciplina si snoda in disposizioni concernenti la disciplina della fase delle trattative e della conclusione del contratto (artt. 35-38 cod. tur.), nonché la fase della sua esecuzione, con la previsione di specifici rimedi di tutela contro l'eventuale inadempimento o inesatto adempimento dell'organizzatore o dell'intermediario (artt. 39-49 cod. tur.).

Tali insiemi di norme, dal punto di vista contenutistico, ricalcano pressoché le disposizioni di cui agli artt. 86-99 cod. cons., con l'attenzione però della sostituzione dei nuovi termini di intermediario e turista, laddove ricorrevano le espressioni venditore e consumatore. Così, l'art. 36, sul quale ci siamo già soffermati a proposito del contenuto del contratto, prescrive nel dettaglio tutti gli elementi e le indicazioni relative al pacchetto turistico che dovranno

essere esplicitate in contratto, ribadendo il testo dell'art. 86 cod. cons. Analogamente, il nuovo art. 37, nell'elencare le informazioni che nel corso delle trattative e comunque prima della conclusione del contratto l'intermediario o l'organizzatore devono obbligatoriamente fornire al turista, in forma scritta, riflette il testo previgente dell'art. 87 cod. cons.

Elementi di novità, invece, si rinvergono nel successivo art. 38, relativo al c.d. opuscolo informativo, al quale, per effetto del nuovo terzo comma, sono ora equiparate le informazioni ed i materiali illustrativi divulgati su supporto elettronico o per via telematica. Dacché l'ovvia conseguenza che le informazioni pubblicitarie, da indicare in modo chiaro e preciso, che, in caso di conclusione del contratto, vincolano l'organizzatore e l'intermediario in relazione alle rispettive responsabilità, sono, oltre a quelle risultanti dai più tradizionali opuscoli informativi cartacei, anche quelle divulgate su supporto elettronico o per via telematica (8). Parimenti alla previgente disciplina, si prevede che in caso di modifiche delle condizioni di viaggio inizialmente divulgate, queste intanto potranno avere efficacia fra le parti del contratto successivamente stipulato, a condizione che tali modifiche risultino comunicate per iscritto al turista, se intervenute prima della stipulazione del contratto o, se intervenute successivamente alla conclusione del contratto, siano state oggetto di un accordo fra le parti, per il quale è comunque necessaria una forma scritta.

In altri termini, ove si renda necessaria una modifica alle condizioni riportate nell'opuscolo, o su materiale divulgativo su supporto elettronico o telematico, non sarà sufficiente per il venditore o l'intermediario procedere alla diversa formulazione del contenuto dell'accordo, giacché per le modifiche resesi necessarie anteriormente alla conclusione del contratto, queste, oltre a risultare dal contratto, dovranno essere preventivamente comunicate per iscritto

Nota:

(8) Per un precedente giurisprudenziale che, sotto la vigenza della disciplina ormai abrogata, applicata rigorosamente, ha affermato l'efficacia vincolante del contenuto dei *depliant* illustrativi dell'offerta turistica, si rinvia a Cass., 4 marzo 2010, n. 5189, in *Foro it.*, 2010, I, 1768, che, a proposito di una fattispecie relativa all'acquisto di un pacchetto turistico avente ad oggetto il viaggio aereo e l'alloggiamento in un complesso turistico in cui, diversamente da quanto risultava dalla fotografia pubblicata sul *depliant*, la spiaggia si era rivelata sporca ed il mare inquinato da idrocarburi, ha concluso per la responsabilità da inadempimento dell'organizzatore per la «non corrispondenza tra quanto pattuito in relazione al livello qualitativo dell'offerta di viaggio «tutto compreso», come risultante da un *dépliant* illustrativo da ritenersi parte integrante del contratto stesso, e quanto realmente prestato ai turisti».

al turista, se successive alla stipulazione, dovranno essere oggetto di un accordo modificativo fra le medesime parti, da risultare da atto iscritto.

Altro elemento di novità, se non altro di maggiore dettaglio delle informazioni pubblicitarie fornite, introdotto dal nuovo art. 38 concerne le informazioni relative all'albergo o all'alloggio. A dispetto della disciplina previgente che prescriveva soltanto l'obbligo per l'intermediario o l'organizzatore di specificare nel materiale pubblicitario l'ubicazione dell'albergo, l'attuale previsione normativa statuisce ora che deve essere indicata l'esatta ubicazione dell'albergo o dell'alloggio con particolare riguardo alla distanza dalle principali attrazioni turistiche del luogo. Nel materiale pubblicitario dovranno, altresì, essere indicati gli estremi della copertura assicurativa obbligatoria e delle eventuali polizze assicurative facoltative, dati informativi che nella disciplina previgente potevano essere anche omessi nell'opuscolo informativo, interessando soltanto il contratto vero e proprio e l'obbligo di informazione al turista nel corso delle trattative.

Senza entrare nel dettaglio delle singole disposizioni che, come anticipato, non incidono significativamente sulla disciplina previgente, in termini generali preme segnalare come il legislatore abbia in realtà perso una nuova occasione, presentatasi già con l'adozione del Codice del Consumo, per legiferare in maniera più chiara e stilisticamente anche più corretta nella materia che ci occupa. In particolare, sin dall'introduzione d.lgs. n. 111 del 1995, parte della dottrina, pur dando atto di come il legislatore italiano avesse inteso rafforzare la protezione del consumatore tutelandolo dalla fisiologica asimmetria informativa nei rapporti con il professionista del settore turistico mediante l'imposizione in capo a quest'ultimo di analitici e dettagliati obblighi informativi prima ed a prescindere dalla sede di conclusione del contratto, allora rispettivamente previsti dagli artt. 7-8-9, il cui testo è oggi refluuto, con le novità sopra accennate, negli artt. 36, 37 e 38, tuttavia criticava la presenza di ripetizioni e sovrapposizioni di obblighi informativi, originanti un'inutile confusione. Nel sottolineare come la disciplina del diritto di informazione del consumatore-turista fosse racchiusa in tre norme, la dottrina sottolineava, altresì, come il legislatore avesse sconvolto l'ordine naturale delle scansioni che portano alla conclusione di un contratto, «anteponendo la norma sul contratto a quelle relative all'informazione nella fase precontrattuale» (9).

Analoghe critiche possono ribadirsi anche nei confronti dell'attuale disciplina che, non solo riproduce

le già criticate sovrapposizioni, addirittura incrementandole, ma ricalca la medesima inversione della disciplina delle fasi contrattuali. Così, ad esempio, l'indicazione degli estremi della copertura assicurativa obbligatoria e delle eventuali polizze assicurative facoltative a copertura delle spese sostenute dal turista per l'annullamento del contratto deve essere obbligatoriamente contenuta nell'opuscolo informativo ai sensi della lett. *i* dell'art. 38 e la relativa informazione deve essere obbligatoriamente fornita al turista anche nel corso delle trattative, ai sensi della lett. *e* dell'art. 37, oltre ad essere obbligatoriamente specificata nel contratto, ai sensi dell'art. 36 lett. *e*. Da questa indicazione esemplificativa, inoltre, si rileva come all'art. 36, che elenca gli elementi informativi da indicare obbligatoriamente in contratto, seguono gli artt. 37 e 38, che oltre a ripetere prescrizioni di obblighi informativi già statuiti dall'art. 36, si riferiscono alla fase precontrattuale. Più corretto, anche in termini di maggiore chiarezza, sarebbe stato quantomeno anteporre tali disposizioni all'art. 36.

L'esecuzione del contratto e la tutela del turista

Immutata la disciplina relativa alla fase di esecuzione del contratto e dei diritti e degli obblighi delle parti contrattuali. Nessuna variazione ha interessato la normativa relativa alla revisione del prezzo di vendita del pacchetto turistico, la disciplina sulla necessità di modificare le condizioni contrattuali e dei diritti del turista in caso di recesso o annullamento del servizio turistico, dal momento che il testo delle previgenti disposizioni è refluuto senza sostanziali modifiche rispettivamente nei nuovi artt. 40, 41 e 42 cod. tur. Anche in tal caso le uniche modifiche sono di carattere terminologico, attesa la sostituzione dei termini venditore e consumatore con quella di intermediario e turista.

Tali norme confermano l'assimilazione tra organizzatore di viaggio ed intermediario, per i quali sono prescritte le medesime obbligazioni, pur in assenza di una responsabilità solidale fra organizzatore di viaggio ed intermediario, i quali risponderanno del-

Nota:

(9) Buonocore, *op. cit.*, 304 ss., il quale a proposito del d.lgs. n. 111 del 1995, attuativo della direttiva comunitaria rileva come «il legislatore italiano, pur avendo perseguito con più forza lo scopo di protezione del consumatore col rendere più stringente l'obbligo informativo attraverso l'art. 7, ha però non solo provocato una sovrapposizione di contenuti o, comunque, ripetizioni o specificazioni superflue, ma ha anche sovvertito le scansioni indicate dalla Direttiva *ratione temporis* e *ratione materiae* allo scopo di informare il più possibile compiutamente il consumatore».

l'eventuale inadempimento o inesatta esecuzione delle prestazioni che formano oggetto delle obbligazioni derivanti dal contratto in base alla effettiva posizione formale e sostanziale assunta nella fattispecie concreta. Difatti, il nuovo art. 43, parimenti a quanto accadeva precedentemente l'introduzione del codice del turismo, nel disciplinare la responsabilità per il mancato o inesatto adempimento delle obbligazioni assunte con la vendita di pacchetto turistico, pur prevedendo che l'organizzatore e l'intermediario sono tenuti al risarcimento del danno, a meno che non provino che la mancata o inesatta esecuzione del contratto sia imputabile al turista o sia dipesa da fatto di un terzo a carattere imprevedibile o inevitabile, ovvero da un caso fortuito o di forza maggiore (art. 46), specifica che ognuno risponde secondo le rispettive responsabilità (10).

La disciplina relativa ai rimedi di tutela del turista contro il mancato o l'inesatto adempimento dell'organizzatore o dell'intermediario alle prestazioni che formano oggetto delle obbligazioni derivanti dal contratto, è trasmigrata, senza sostanziali modifiche negli artt. 43, 44, 45 e 46 che riconoscono il diritto del turista al risarcimento dei danni, non esclusi i danni alla persona. Nuova la disposizione di cui al comma 1 dell'art. 43, che esplicita come debbano considerarsi inesatto adempimento anche le difformità degli *standard* qualitativi del servizio promessi o pubblicizzati rispetto a quelli di effettiva fruizione.

In ordine al reclamo del turista, da sporgere mediante l'invio di una raccomandata o di altri mezzi che garantiscano la prova dell'avvenuto ricevimento, entro dieci giorni lavorativi dalla data di rientro nel luogo di partenza, attualmente disciplinato dall'art. 49, occorre segnalare la novità introdotta dal terzo comma della disposizione da ultimo citata, ai sensi del quale la mancata presentazione del reclamo può essere valutata ai fini dell'art. 1227 c.c. Superando incertezze giurisprudenziali sorte in ordine alla natura decadenziale del termine, sotto la vigenza della disciplina ormai abrogata, il legislatore ha chiarito che il mancato rispetto del termine di dieci giorni non pregiudica l'esercizio di alcuna misura di tutela del turista (11), statuendo che quest'ultima evenienza dovrà essere valutata dal giudice soltanto ai fini della commisurazione del risarcimento del danno ai sensi dell'art. 1227 c.c.

Il danno da vacanza rovinata

Di rilevante importanza il nuovo art. 47 che sancisce definitivamente il diritto del turista, a fronte dell'inadempimento o dell'inesatto adempimento dell'organizzatore o dell'intermediario, a conseguire an-

che il risarcimento del danno non patrimoniale da vacanza rovinata, da commisurarsi in base al tempo di vacanza inutilmente trascorso ed all'irripetibilità dell'occasione perduta (12). Con tale disposizione risulta recepito a livello legislativo il consolidato orientamento giurisprudenziale, sviluppatosi già sotto al vigenza della vecchia disciplina e sulla scorta della giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea (13), teso a riconoscere in favore del turista cui sia precluso, per inadempimento del *tour operator* o del venditore, il godimento, anche solo parziale, della vacanza, il diritto al risarcimento anche del danno da vacanza rovinata, quale pregiudizio di natura non patrimoniale consistente nell'af-

Note:

(10) Già sotto la vigenza del d.lgs. n. 111 del 1995, Indovino Fabris, *op. cit.*, 12, nell'osservare che, nonostante l'utilizzo del termine venditore, il legislatore ha lasciato «aperta la possibilità che il venditore assuma nella vendita una reale posizione, formale e sostanziale, che gli consenta di restare estraneo al rapporto contrattuale nascente dal contratto di vendita», l'a. precisava che il legislatore del 1995 ha escluso la partecipazione congiunta, allo stesso titolo, alla vendita del pacchetto turistico da parte dell'organizzatore e del venditore, fra i quali vi è alternativa, eliminando l'ipotesi di una loro responsabilità solidale. Sul punto, si rinvia anche a Buonocore, *op. cit.*, 330 e ss. In giurisprudenza, di contro, è dato rinvenire orientamenti contrastanti. Ad un primo orientamento teso ad escludere un regime di responsabilità solidale tra l'organizzatore ed il venditore, in funzione della diversità dei ruoli svolti, per il quale si rinvia a Trib. Reggio Emilia, 21 febbraio 2004, in *Foro it.*, 2004, I, 2555, secondo cui «il venditore del pacchetto turistico, presso il quale sia stata effettuata la prenotazione dello stesso, non risponde delle obbligazioni nascenti dall'organizzazione del viaggio, salvo che, nell'esercizio della propria attività di mandatario, possa ritenersi responsabile *per culpa in eligendo* nella scelta dell'organizzatore di viaggi o del fornitore del singolo servizio, con il quale ha direttamente concluso il contratto in nome e per conto del turista», si contrappone un diverso orientamento teso ad affermare la responsabilità solidale tra organizzatore e venditore, oggi intermediario, per il quale cfr. Trib. Roma, ottobre 2003, in *Dir. trasp.*, 2005, 285, con nota di Tullio, secondo cui «ai sensi dell'art. 14 d.lgs. 17 marzo 1995, n. 111, il venditore e l'organizzatore sono solidalmente responsabili quando entrambi abbiano peccato di diligenza nell'adempimento delle obbligazioni assunte con la vendita del pacchetto turistico».

(11) Per un precedente giurisprudenziale, relativo alla previgente disciplina, cfr. Trib. Roma, 2 ottobre 2003, in *Dir. trasp.*, 2005, 285, secondo cui «[i]l mancato reclamo scritto entro dieci giorni, di cui all'art. 19 comma 2 d.lgs. 17 marzo 1995, n. 111, non determina una decadenza dall'azione giudiziale contro il venditore o l'organizzatore di un pacchetto turistico»; nella medesima pronuncia i giudici capitolini hanno inoltre concluso per la natura vessatoria della clausola del contratto che istituisca una simile decadenza.

(12) Per un primo commento sulla disposizione in esame, si rinvia a Romeo, *Il "nuovo" danno da vacanza rovinata: primi rilievi sull'art. 47 del codice del turismo*, in *Resp. civ.*, 2011, 565.

(13) Si tratta della nota sentenza CGCE 12 marzo 2002, in causa C-168/00, Simone Leitner c. TUI Deutschland GmbH & CoKG, in *Foro it.*, 2002, IV, 329, nella quale si è statuito che «il consumatore ha diritto al risarcimento del danno morale derivante dall'inadempimento o dalla cattiva esecuzione delle prestazioni fornite in occasione di un viaggio «tutto compreso»».

flizione, nel disagio e nello stress patiti per non aver potuto fruire pienamente della vacanza programmata come occasione di svago e di riposo conforme alle proprie aspettative (14).

Il diritto al risarcimento del danno da vacanza rovinata spetta solo al ricorrere dell'inadempimento o dell'inesatta esecuzione delle prestazioni che formano oggetto delle obbligazioni derivanti dal contratto di vendita di pacchetto turistico che non siano di scarsa importanza ai sensi dell'art. 1455 c.c., espressamente richiamato dalla disposizione in esame. Il subordinare la risarcibilità del danno da vacanza rovinata al ricorrere di un inadempimento, anche inesatto, ma comunque di non di scarsa importanza - presupposto alla cui ricorrenza, secondo la nostra tradizione civilistica, è condizionata solo l'azione di risoluzione del contratto - si spiega come misura di garanzia degli operatori turistici dal rischio di un proliferare di richieste risarcitorie pretestuose, fenomeno già riscontrato nella prassi e tuttavia arginato dalla giurisprudenza in via interpretativa, secondo le regole dell'inadempimento imputabile (15).

La forma del contratto di vendita di pacchetto turistico

L'art. 35 cod. tur., conformemente alle disposizioni previgenti, statuisce che il contratto di vendita di pacchetti turistici è redatto in forma scritta ed in termini chiari e precisi, statuendo, altresì, che al turista deve essere rilasciata una copia del contratto stipulato e sottoscritto dall'organizzatore o venditore.

Rispetto alla normativa previgente è stata introdotta una nuova disposizione, il secondo comma dell'articolo in esame, che obbliga a rilasciare documentazione scritta relativa al contratto anche per il venditore che anziché vendere od offrire in vendita semplicemente un pacchetto turistico, si obbliga a procurare a terzi, anche in via telematica, un servizio turistico disaggregato. La norma specifica, altresì, che in tali documenti o nella fattura relativa devono essere riportate le somme pagate per il servizio, nonché la firma del venditore, anche elettronica.

Come anticipato, la norma non prevede alcuna sanzione per l'ipotesi in cui il requisito formale del contratto non dovesse essere rispettato. Pertanto, sembrerebbe rimanere irrisolta la controversa questione relativa alla natura della prescrizione di forma scritta che, prima l'art. 6 d.lgs. n. 111 del 1995 - poi trasmigrato, conservando immutato il suo contenuto, nell'art. 85 cod. cons. - ed oggi l'art. 35 cod. tur. richiede per il contratto di vendita di pacchetti turistici, senza precisare le sanzioni per la mancata adozione

del requisito formale, cosicché, nonostante il nuovo intervento legislativo, il problema in esame permane nella sua attualità, dal momento che il legislatore ha perso l'occasione per eliminare i dubbi interpretativi sollevati dal dettato normativo rimasto immutato. In particolare, sin dall'entrata in vigore del d.lgs. n. 111 del 1995, ci si è chiesti se la forma scritta debba considerarsi richiesta a pena di nullità del contratto o meno, senza pervenire, ad una soluzione unitaria.

Sul punto, parte della dottrina ritiene che dalla mancata adozione del requisito formale non può che farsi derivare la nullità del contratto, configurata tuttavia secondo alcuni autori come nullità strutturale da ricondurre, pertanto, all'art. 1418 comma 2 c.c. (16), secondo altri, di contro, come nullità-funzione di protezione, riconducibile al nuovo paradigma imposto dalla normativa consumeristica di derivazione comunitaria (17). Altra parte della dottri-

Note:

(14) Sul punto, cfr., Cass., 12 novembre 2003, n. 17041, in *Danno e resp.*, 2004, 395, con nota di Longobucco, *Danno da vacanza rovinata: brevi note sul regime probatorio*; Trib. Milano, 18 ottobre 2007, *ivi*, 2009, 183; Trib. Pesaro, 10 settembre 2006, in *Corti march.*, 2006, 617; Trib. Roma, 26 novembre 2003, in questa *Rivista*, 2004, 511; Trib. Roma, 2 ottobre 2003, cit., 285; Trib. Verbania, 23 aprile 2002, in *Giur. merito*, 2002, 1193; Trib. Treviso, 14 gennaio 2002, *ibidem*, 1194, che ha identificato il danno da vacanza rovinata con «i disagi materiali e psichici connessi alla perdita dell'occasione di vacanza»; Giud. pace Palermo, 11 ottobre 2002 e Giud. pace Palermo, 4 ottobre 2002, entrambe in *Foro it.*, 2003, I, 982. Per alcuni contributi in dottrina: Galati, *Contratto di viaggio tutto compreso e responsabilità dell'organizzatore per danno da vacanza rovinata*, in questa *Rivista*, 2009, 688; Fontanella, *I nuovi contratti di viaggio - Il risarcimento del danno da vacanza rovinata*, in *Iustitia*, 2008, 207; Guerinoni, *Diritto contrattuale europeo e misura del danno da «vacanza rovinata»*, in questa *Rivista*, 2004, 197.

(15) Giud. pace Roma, 3 giugno 2005, in *Dir. tur.*, 2006, 245; Giud. pace Roma, 18 giugno, 2005, *ibidem*, 369, per la quale «i disagi generici che i turisti lamentano di avere sofferto durante lo svolgimento di un viaggio, non supportati da specifici elementi che consentano di provare la colpa dell'organizzatore del pacchetto turistico, non costituiscono inadempimento imputabile al *tour operator*, non importano responsabilità contrattuale e non configurano un danno da vacanza rovinata».

(16) Carrassi, in *Viaggi, vacanze e circuiti tutto compreso*, a cura di Roppo, cit., 20, la quale dopo aver osservato che «le norme di un decreto di attuazione di una direttiva (...) partecipano della sua stessa imperatività, onde non sarà più inficiabile l'applicabilità da parte del giudice italiano delle disposizioni in ordine al rimedio contrattuale della *nullità*», afferma che sarebbe più consona ad alcuni principi dell'ordinamento giuridico, la scelta a favore dell'art. 1418 comma 2 c.c.

(17) La tesi della nullità virtuale di protezione, che per quanto si dirà, sembra da preferire, risulta autorevolmente sostenuta da Buonocore, *op. cit.*, 301, che, nel ricondurre la nullità del contratto di vendita di pacchetto turistico al concetto di «nullità europea», osserva come sia calzante l'inquadramento della prima «in quella che è stata chiamata la nullità-funzione, con la conse-

(segue)

na, nell'attribuire al requisito formale una minore portata, ritiene che si tratti di forma scritta *ad probationem*, avente rilevanza sotto il profilo meramente probatorio (18). Secondo una diversa impostazione, la prescrizione della forma scritta relativa al *tour package* configurerebbe più semplicemente un'ipotesi di c.d. «forma informativa», inidonea ad incidere, in quanto tale, sia sulla validità che sugli aspetti probatori del contratto, perché semplicemente «intesa come modalità vincolata di adempimento di un obbligo di informazione» (19).

In seno alla giurisprudenza si registrano soltanto alcuni precedenti di merito che pur pervenendo alla medesima conclusione, tesa a sanzionare con la nullità il mancato rispetto del requisito formale imposto dalla legge, tuttavia, al pari della dottrina, si dividono in ordine al percorso argomentativo seguito per giungere a tale soluzione: se nullità strutturale ex art. 1418 comma 2 c.c. o nullità virtuale di protezione per violazione di norma imperativa. Un primo orientamento della giurisprudenza, nell'individuare nella forma scritta un elemento essenziale del contratto, ha configurato la nullità del contratto medesimo per mancanza di forma scritta come nullità strutturale, incardinando così la soluzione del problema *de quo* al combinato disposto degli artt. 1418 comma 2, 1350 n. 13 e 1325 c.c. (20). Secondo una diversa impostazione, altra giurisprudenza di merito ritiene che si tratti di nullità virtuale di protezione, il cui riferimento normativo deve individuarsi nell'art. 1418 comma 1 c.c., ai sensi del quale il contratto di vendita di pacchetto turistico privo di forma scritta deve dichiararsi nullo non per l'assenza di un elemento essenziale del contratto, bensì per contrarietà ad una norma imperativa del nostro ordinamento giuridico, quale (all'epoca) l'art. 6 d.lgs. n. 111 del 1995, ora art. 35 cod. tur. (21). Ciò sul presupposto che le prescrizioni di forma introdotte dalla legislazione di attuazione della normativa comunitaria orientata a tutela del consumatore, trascendono le ragioni della tradizionale prescrizione di forma negoziale, perché rette da una valenza eminentemente protettiva del consumatore e perché mirano a rimuovere le asimmetrie informative che caratterizzano i contratti consumeristici (22).

Note:

(continua nota 17)

guente trasformazione da "sanzione" per la mancata conformità della fattispecie concreta al paradigma normativo in "protezione" di ben individuate categorie di interessi e con il conseguente mutamento di regole e di connotati»; cfr., altresì, Bove, *Vendita di pacchetti turistici*, in *Diritto dei consumatori e nuove tecnologie*, a cura di Bocchini, I, Torino, 2003, 336.

(18) La Torre, *Il contratto di viaggio "tutto compreso"*, in *Giust. civ.*, 1996, II, 31.

(19) Sulla c.d. «forma informativa» del contratto di vendita di pacchetto turistico, cfr. Cuffaro-Tassoni, voce *Viaggio (contratto di)*, in *Dig. disc. civ.*, 4ª ed., agg. 2000, 758, i quali affermano che la regola di cui all'art. 6 comma 1 d.lgs. n. 111 del 1995, non rappresenta una prescrizione di forma scritta *ad substantiam* o *ad probationem*, bensì una «forma informativa», da intendersi «come modalità vincolata di adempimento di un obbligo di informazione: certe informazioni devono essere fornite al consumatore e debbono essere fornite in forma scritta»; nonché Silingardi e Morandi, *La tutela del turista nella disciplina comunitaria*, in *Riv. circ. e traspr.*, 1997, 6, Suppl., 22; Id., *La vendita di pacchetti turistici*, Torino, 1998, 41, secondo cui la sola conseguenza posta a carico dell'organizzatore o del venditore per l'inosservanza degli obblighi di forma e documentazione del contratto consisterebbero nella responsabilità dei soggetti inadempienti per i danni che il consumatore abbia a subire dalla violazione della norma di legge. Esclude la nullità del contratto di vendita di «pacchetto turistico» concluso senza l'adozione della forma scritta, anche Lezza, *I contratti di viaggio*, in *Trattato di diritto privato europeo*, a cura di Lipari, IV, Padova, 2003, 286.

(20) Cfr. Trib. Bari, 8 agosto 2000, in *Foro it.*, 2001, I, 2090. Evidentemente prevedendo le critiche di coloro che si esprimono per la non condivisibilità di una tale soluzione, osservando che la nullità strutturale del contratto per mancanza di forma scritta, in quanto eccezione al principio di libertà di forma negoziale, presuppone un'espressa previsione legislativa, nella specie mancante poiché le norme sulla prescrizione formale del contratto di vendita di pacchetto turistico omettono qualsiasi statuizione in ordine alla nullità per difetto di forma, i giudici baresi, nel precedente in esame, hanno sottolineato che il precetto legislativo appare, invece, «netto e perentorio, circa l'obbligatorietà della forma scritta per i contratti di c.d. *tour package* («il contratto (...) è redatto in forma scritta»). In particolare, nella sentenza si afferma che «[i]l riferimento immediato è, per quanto qui interessa, all'art. 1418 comma 2 c.c., a tenore del quale la nullità del contratto è prodotta dalla mancanza di uno dei requisiti indicati dall'art. 1325, fra i quali, com'è noto, è compresa «la forma, quando risulta che è prescritta dalla legge sotto pena di nullità». È altrettanto noto, poi - continua il giudice barese - che «i casi di forma vincolata del contratto (atto pubblico o scrittura privata), a pena di nullità, sono, oltre quelli tipici espressamente contemplati nei nn. da 1 a 12 dell'art. 1350 c.c., tutti quegli altri «specialmente indicati dalla legge» (art. 1350 n. 13 c.c.); di talché può dirsi in sintesi (...) che la perentorietà della forma scritta sancita dal legislatore in ipotesi speciali, ancorché non tipizzate dall'art. 1350 cod. civ., partecipi della sanzione della nullità prevista dalla proposizione introduttiva dello stesso articolo in relazione a tutti gli atti che devono farsi per iscritto»; nonché Trib. Treviso, 4.4.2003, in *Dir. tur.*, 2004, 127, con nota di Corrado, che ha concluso per la nullità del contratto di vendita di pacchetto turistico stipulato senza l'adozione della forma scritta, osservando che la sanzione della nullità discende automaticamente dalla disciplina del contratto in generale poiché «dal complesso delle norme che prevedono l'applicazione di una forma negoziale determinata può essere dedotto il principio della natura essenziale della forma prevista in tutti i casi in cui la legge stessa non ne limiti l'imposizione ad effetti particolari; peraltro tale principio si applica anche alle forme negoziali che in difetto di pattuizione espressa si presumono essenziali, secondo la previsione di cui all'art. 1352 c.c.».

(21) Trib. Bari, 27 luglio 2005, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2006, I, 880, con nota di Quarticelli, *Contratto di vendita di pacchetto turistico e nullità per mancanza di forma scritta*, cui ci si permette di rinviare per ulteriori richiami.

(22) Trib. Bari, 27 luglio 2005, cit., 881 nella quale si afferma che in materia consumeristica «la forma non è più garanzia di certezza del traffico giuridico, secondo il tradizionale orientamento, ma è prevenzione a tutela del consumatore di condotte abusive derivanti dalle asimmetrie informative».

Dunque si tratterebbe di un'ulteriore ipotesi di nullità riconducibile alle c.d. nullità di protezione, finalizzate «a rimediare alle disparità di potere fra le parti derivanti dalle asimmetrie informative che caratterizzano i contratti consumeristici e che hanno come riferimento non la mera deficienza strutturale dell'atto, bensì le scorrettezze derivanti dall'abuso delle disparità di potere contrattuale, scorrettezza che riverberano i loro effetti sulla stessa validità della fattispecie negoziale» (23).

In termini più generali, la soluzione dottrinale e giurisprudenziale tesa a ricondurre la nullità del contratto di viaggio per mancanza di forma scritta alle nullità virtuali di protezione, sembra condivisibile, anche nel silenzio del legislatore, recentemente confermato, se non altro perché si pone perfettamente in linea con quanto elaborato dalla più attenta dottrina in tema di nuove nullità formali di protezione relative ai contratti del consumatore, introdotte soprattutto sotto l'impulso della normativa di derivazione comunitaria, esperienza cui deve essere ascritta anche la disciplina del contratto di vendita di pacchetto turistico, ora refluita nel nuovo codice del turismo (24).

A riguardo, infatti, autorevole dottrina è ormai ferma nel riconoscere come per tale categoria di contratti la forma non possa più considerarsi esclusivamente un mezzo per garantire oggettività e certezza dei rapporti giuridici, dovendosi intendere soprattutto alla stregua di uno strumento idoneo ad assicurare trasparenza, chiarezza e completezza dell'informazione, finalizzato a correggere le asimmetrie informative a tutela del contraente debole. Si sottolinea, in sostanza, che la forma imposta dal legislatore in materia di contratti del consumatore deve considerarsi veicolo di informazione prima ancora che "requisito" del contratto, dacché dovrebbe conseguire «la nullità di tutti quei contratti privi di forma per quanto alla previsione della forma scritta non si accompagni l'indicazione delle conseguenze connesse alla mancata osservanza della prescrizione formale» (25). Seguendo tale impostazione, si osserva, altresì, che alla stregua della normativa europea a tutela del consumatore, l'informazione non costituisce solo oggetto «di precisi e specifici obblighi (...) fonte quindi di responsabilità» bensì contenuto necessario dei contratti tra imprenditori e consumatori, come tale idonea ad incidere «sul regolare e valido venire ad esistenza dell'operazione contrattuale» (26).

Tale assunto si fonderebbe sulla natura imperativa riconosciuta alle norme che prescrivono particolari

requisiti formali per i contratti dei quali sia parte un consumatore, dalla cui violazione deriverebbe, pertanto, l'invalidità del contratto, pur in assenza di una puntuale comminatoria di nullità, poiché quest'ultima conseguirebbe dalla diretta applicazione dell'art. 1418 comma 1 c.c. (27).

Nell'ammettere la categoria delle nullità virtuali di protezione, la dottrina sottolinea come le norme, aventi natura imperativa, che prevedono prescrizioni formali a tutela del diritto dell'informazione del consumatore, presidiano alla tutela di interessi che, se non rientrano nella categoria degli interessi generali, neutrali rispetto alle parti contrattuali, non possono neanche considerarsi interessi meramente

Note:

(23) Trib. Bari, 27 luglio 2005, cit., 883.

(24) Sull'incidenza della normativa comunitaria sul requisito della forma contrattuale, a titolo esemplificativo, cfr. Masucci, *La forma del contratto*, in *Trattato di diritto privato europeo*, cit., 196; Scalisi, *Nullità e inefficacia nel sistema europeo dei contratti*, in *Eur. e dir. priv.*, 2001, 489, il quale sottolinea come il diritto europeo abbia accresciuto il ruolo della forma negoziale facendo della stessa «un autonomo requisito di validità e di circolazione dell'operazione contrattuale, anziché della nullità un presupposto di rilevanza della prima, come appunto testualmente si esprime la prescrittiva disposizione dell'art. 1325, n. 4, c.c.»; Alpa-Chiné, voce *Consumatore (protezione del) nel diritto civile*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, 4^a ed., XV, Torino, 1997, app., 554, che dopo aver osservato che «[n]elle più significative direttive e proposte di direttive il principio della libertà delle forme negoziali, retaggio di una certa tradizione giuridica cristallizzata nel vigente art. 1350 c.c., sembra essere stato definitivamente soppiantato, con riferimento ai contratti in cui sia parte un consumatore e controparte un'impressa, da un rigore formale piuttosto accentuato, il quale sarebbe strumentale ad una maggiore responsabilizzazione del contraente professionale», avvertono che la rivalutazione della forma trova conferma, fra l'altro, nell'art. 6 d.lgs. n. 111 del 1995; nonché Chiné, *Il diritto comunitario dei contratti*, in *Il diritto privato dell'Unione Europea*, a cura di Tizzano, I, Torino, 2000, 645, che definisce le prescrizioni formali di derivazione comunitaria in termini di «forma di protezione» la quale non annulla la volontà ma la supporta; sul punto, si rinvia, altresì, a Calvo, *I contratti del consumatore*, in *Trattato di diritto commerciale e diritto pubblico dell'economia*, diretto da Galgano, XXXIV, Padova, 2005, 267.

(25) Gabrielli-Orestano, voce *Contratti del consumatore*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, Torino, agg. 2000, 244.

(26) Scalisi, *op. cit.*, 497, l'a. nell'osservare, altresì, a proposito della rinascita del formalismo giuridico, come il diritto europeo dei contratti consideri la forma strumento idoneo «alla realizzabilità di decisioni informate e consapevoli oltre che strumento di garanzia di effettività e univocità del regolamento contrattuale» (489), ricomprende espressamente fra le nuove prescrizioni di forma a pena di nullità anche quella di cui all'art. 6 comma 1 d.lgs. n. 1995 del 2011.

(27) Scalisi, *op. cit.*, 503, che ammette il carattere virtuale delle c.d. nullità di protezione, ricorrenti «quante volte, nonostante la mancanza di una espressa comminatoria, la stessa possa tuttavia valutarsi conseguenza necessaria della violazione di una determinata norma imperativa»

privati del singolo consumatore (28). A tal proposito, si è sostenuto che il diritto ad un'adeguata informazione, che il recente codice del consumo annovera tra i diritti fondamentali del consumatore (art. 2), soddisfa un interesse seriale, ossia appartenente ad una categoria di soggetti, connesso «con l'interesse generale di una società di massa che richiede per il proprio equilibrio tutele dei contraenti deboli e regole dell'agire economico» (29).

Di nuovo ordine pubblico di protezione più che di norme imperative, preferisce parlare altra parte della dottrina, che conclude comunque per la nullità di tutti quei contratti del consumatore o di singole parti di essi che dovessero violare norme espressione di tale nuovo ordine economico. Relativamente ai rapporti tra nullità, ordine pubblico ed esigenze di tutela del contraente debole si è affermato che per l'impulso della normativa di derivazione comunitaria «la nullità cessa di essere esclusivamente uno strumento di tutela dell'ordinamento in quanto tale, per divenire al contempo, strumento sanzionatorio per una delle parti e di protezione per la controparte più debole» (30).

Preme sottolineare, infine, come gli autori favorevoli alla categoria della nullità virtuale di protezione riconducano espressamente alla stessa anche la nullità del contratto di vendita di pacchetto turistico concluso in violazione della prescrizione sul requisito formale, ora contenuta nell'art. 35 (31).

Note:

(28) Per la costruzione della categoria delle nullità virtuali di protezione, a titolo esemplificativo, Putti, *La nullità parziale*, Esi, 2002; Id., voce *Nullità (nella legislazione di derivazione comunitaria)*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, agg. 2000, 685; Id., *Nuovi profili della disciplina della nullità*, in *I Contratti in generale*, a cura di Alpa e Bessone, Aggiornamento 1991-1998, Torino, 1999, 2158; Passagnoli, *Nullità speciali*, Milano, 1996, 145; nonché Gioia, *Nuove nullità relative a tutela del contraente debole*, in *Contr. e impr.*, 1999, 1361, la quale più che alla contrarietà a norme imperative preferisce riferirsi alla violazione del nuovo ordine pubblico di protezione.

(29) Gentili, *Le invalidità*, in *I contratti in generale*, a cura di Gabrielli, Torino, 1999, II, 1350, il quale non manca di sottolineare come la contrapposizione nullità codicistica-interessi generali da un lato e nullità di protezione-interessi privati dall'altro, non sia altro che una conseguenza del modo distorto con il quale si è guardato alla nullità codicistica in tutti questi anni; Id., *Nullità annullabilità inefficacia (nella prospettiva del diritto europeo)*, in questa *Rivista*, 2003, 200.

(30) Gioia, *op. cit.*, 1361, che, nel riferirsi espressamente alla nuova concezione di ordine pubblico di protezione la cui tutela è attuata mediante le c.d. nullità di protezione, osserva che il legislatore comunitario «adopera i termini di forma o anche di formalità, non nel senso tecnico di garantire la serietà dell'impegno, come elemento del contratto previsto ai fini della validità, ma prima ancora, di sollecitare la riflessione dell'aderente, in quello di assicurare chiarezza, trasparenza, comprensibilità di quanto proposto al contraente debole che, per lo più, è un operatore non professionale»).

(31) Sebbene nell'ambito di trattazioni di più ampio respiro, dedicate al tema generale delle nullità virtuali di protezione, sostengono la nullità del contratto di vendita di pacchetto turistico privo di forma scritta: Gabrielli-Orestano, *op. cit.*, 244; Scalisi, *op. cit.*, 489, che, nell'osservare - a proposito della rinascita del formalismo giuridico - come il diritto europeo dei contratti consideri la forma strumento idoneo «alla realizzabilità di decisioni informate e consapevoli oltre che strumento di garanzia di effettività e univocità del regolamento contrattuale», ricomprende espressamente fra le nuove prescrizioni di forma a pena di nullità anche quella di cui all'art. 6 comma 1 d.lgs. n. 1995 del 20111; Putti, *Nuovi profili della disciplina della nullità*, cit., 2145, il quale, dopo aver osservato che «[l']onere della forma non sembra richiesto *ad substantiam* perché non è prevista la sanzione della nullità in caso di sua mancanza» e dopo aver riconosciuto che «sul punto vi è molto da riflettere perché occorre valutare la *ratio* della direttiva e del decreto di recepimento per valutare il senso e la portata di tale prescrizione», perviene a concludere per la nullità del contratto di pacchetto turistico privo di forma scritta, sottolineando che se «certo tale strumento può apparire inadeguato per la protezione del soggetto debole ancora di più lo sarebbe il solo risarcimento dei danni»; tale posizione risulta ribadita dallo stesso autore anche in *L'invalidità nei contratti del consumatore*, in *Trattato di diritto privato europeo. III. L'attività e il contratto*, a cura di Lipari, Padova, 2003, 544; nonché Calvo, *op. cit.*, 276, il quale osserva che «la finalità protettiva della prescrizione formale giustifica il ricorso alla nullità relativa».

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

CREDITO IMMOBILIARE

LA COMPETENZA GIURISDIZIONALE ED ESECUZIONE
DELLE DECISIONI IN MATERIA
CIVILE E COMMERCIALE

Corte di Giustizia dell'Unione Europea, 17 novembre
2011, causa C-327/10 - *Hypoteczni banka a.s. c. Udo Mike
Lindner*

Il caso

In data 17 novembre 2011, la Corte di Giustizia dell'Unione europea si è pronunciata, dietro rinvio pregiudiziale proposto dall'*Okresni soud v Chebu* (Repubblica ceca), sull'interpretazione degli artt. 81 TFUE, 16, n. 2, 17, punto 3, e 24 del regolamento (CE) del Consiglio 44/2001 (1) (a volte "regolamento"), concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, nonché dell'art. 6, n. 1, della direttiva del Consiglio 93/13/CEE (2), concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori.

La domanda pregiudiziale è stata presentata nell'ambito di una controversia sorta tra la *Hypoteční banka a.s.* (in prosieguo la "*banka*") e il Sig. *Lindner*, cittadino tedesco di cui non si conosce l'indirizzo attuale ma solo il domicilio eletto all'epoca della conclusione del contratto, al fine di ottenere il pagamento di una somma di circa 4,4 milioni di corone cecche, importo che corrisponderebbe agli arretrati di un mutuo ipotecario che la stessa aveva concesso a quest'ultimo. Il 16 settembre 2008, al fine di far valere le proprie ragioni, ovvero ottenere la condanna del Sig. *Lindner* a versarle il suddetto importo, la *banka* adiva il giudice ordinario del convenuto, invece di adire il giudice ordinario del luogo in cui si trovava la sua sede come prevedeva l'art. VIII, punto 8, del contratto di mutuo ipotecario stipulato con il Sig. *Lindner* (3). Al momento della proposizione dell'azione, per motivi indipendenti dalla propria volontà, non aveva infatti potuto presentare al giudice l'originale del contratto e soddisfare quindi la condizione *ex lege* per la presentazione di un'azione dinanzi al giudice "ordinario del luogo in cui si trova la banca".

Il giudice del rinvio, dopo aver accolto in un primo momento la domanda della *banka*, mediante ingiunzione di pagamento della somma richiesta maggiorata degli interessi di mora, si vedeva costretto ad annullarla con ordinanza, non essendo riuscito a notificare l'atto, *ex art.* 173, n. 1 del codice di procedura civile (4), in quanto il convenuto non risultava domiciliato presso nessuno dei recapiti noti al giudice. Quest'ultimo, non potendo neanche determinare un altro luogo di domicilio dello stesso nel territorio ceco, in applicazione dell'art. 29, n. 3, del codice di procedura civile (5), decideva di designare un tutore in favore del convenuto che, da quel momento, veniva riconosciuto come persona di cui non era noto il domicilio.

Le questioni

In considerazione del fatto che il tutore aveva sollevato obiezioni di merito contro le pretese formulate dalla *banka* per quanto riguarda gli interessi, il giudice del rinvio decideva di sospendere il procedimento per sottoporre alla Corte di Giustizia alcune questioni pregiudiziali.

Con il primo quesito egli ha chiesto se, qualora una delle parti di un procedimento giudiziario sia cittadino di uno Stato membro diverso dallo Stato in cui tale procedimento si svolge, detta circostanza rappresenti una implicazione transnazionale ai sensi dell'art. 81 Trattato UE, che costituisce una delle condizioni per l'applicabilità del regolamento (CE) 44/2001.

Ha inoltre chiesto se il regolamento (CE) 44/2001 osti all'applicazione di una disposizione di diritto nazionale che consente che si svolga un procedimento contro una persona di cui è ignoto il domicilio. Per l'ipotesi di soluzione negativa alla seconda questione, egli domandava se le osservazioni presentate da un tutore del convenuto designato nella causa dal giudice possano di per sé essere considerate accettazione, da parte del convenuto, della competenza giurisdizionale del giudice adito, ai sensi dell'art. 24 del Regolamento (CE)

Note:

(1) Regolamento (CE) 44/2001 del Consiglio, del 22 dicembre 2000, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, in *G.U.C.E.*, L 12 del 16 gennaio 2001.

(2) Direttiva 93/13/CEE del Consiglio del 5 aprile 1993, concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori, in *G.U.C.E.*, L 95 del 21 aprile 1993.

(3) All'art. VIII, punto 8, del contratto, la *banka* e il Sig. *Lindner* hanno convenuto, facendo riferimento all'art. 89a del codice di procedura civile, che: «...per le eventuali controversie che possano sorgere dal (...) contratto è competente il giudice ordinario del luogo in cui si trova la banca, determinato in base alla sede indicata nel registro delle imprese all'epoca della proposizione dell'azione...». L'art. 89 c.p.c., nella versione in vigore all'epoca dei fatti di cui alla causa principale, prescrive che le parti di un procedimento in materia commerciale possono convenire per iscritto che sia territorialmente competente un altro giudice di primo grado, a meno che la legge non preveda una competenza esclusiva.

(4) Ai sensi dell'art. 173 n. 1 c.p.c., l'ingiunzione di pagamento deve essere notificata nelle mani del convenuto, essendo escluso che la notifica avvenga con modalità diverse.

(5) L'art. 29 n. 3 c.p.c. ceco, in vigore il 30 giugno 2009, prevede che, laddove non adotti alcuna altra misura, il presidente di sezione può nominare un tutore per la parte di cui non sia noto il domicilio, nei confronti della quale non sia stato possibile effettuare una notifica presso un recapito conosciuto all'estero, che sia affetta da infermità mentale o che, per altri motivi di carattere medico, non possa partecipare, in modo non solo temporaneo, al procedimento o che non sia in grado di esprimersi in modo comprensibile.

44/2001, anche laddove oggetto del procedimento sia un diritto derivante da un contratto con un consumatore e, ai sensi dell'art. 16, n. 2, del predetto regolamento, gli organi giurisdizionali della Repubblica ceca non siano competenti a decidere su tale controversia.

Infine, il giudice del rinvio ha chiesto se si possa ritenere che un accordo sulla competenza territoriale di un determinato giudice possa costituire il fondamento per la competenza internazionale del foro prescelto, ai sensi dell'art. 17, n. 3, del regolamento (CE) 44/2001, e, in caso di risposta affermativa, se ciò valga anche nell'ipotesi in cui si tratti di un accordo sulla competenza territoriale nullo in quanto contrario all'art. 6, n. 1, della direttiva 93/13/CEE, concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori.

Nell'affrontare il primo quesito pregiudiziale, volto a determinare se la nazionalità straniera della parte convenuta rappresenti una condizione per l'applicazione del regolamento (CE) 44/2001, la Corte di Giustizia, dopo aver ricordato che l'interpretazione della Convenzione di Bruxelles (6) vale anche per il regolamento, quando le disposizioni di questi strumenti dell'Unione possono essere qualificate come equivalenti (7), precisa che l'applicazione delle norme sulla competenza di tale regolamento presuppone l'esistenza di un elemento di estraneità. Come dichiarato in precedenza dalla Corte con riferimento alla Convenzione di Bruxelles, il carattere internazionale di un rapporto giuridico può discendere dalla circostanza che la situazione di cui trattasi in una controversia sia atta a sollevare questioni relative alla determinazione della competenza giurisdizionale nell'ordinamento internazionale. Sebbene la cittadinanza straniera di una parte non sia contemplata dalle norme sulla competenza di cui al regolamento, occorre operare una distinzione tra la questione relativa alle condizioni per la sua applicabilità e quella dei criteri in base ai quali è disciplinata la competenza internazionale in applicazione di tali norme (8). Orbene, in una situazione come quella di cui alla causa principale la nazionalità straniera della parte convenuta può evidentemente sollevare questioni relative alla determinazione della competenza internazionale del giudice adito poiché anche i giudici dello Stato membro del quale il convenuto ha la cittadinanza potrebbero ritenersi competenti, anche in assenza di un domicilio conosciuto dello stesso in tale Stato. In tali condizioni, l'applicazione delle norme uniformi sulla competenza di cui al regolamento garantirebbe la certezza del diritto e perseguirebbe l'obiettivo dello stesso di assicurare la tutela dei convenuti domiciliati nell'UE. Di conseguenza, in una fattispecie come quella di cui alla causa principale, in cui il convenuto ha cittadinanza straniera e non ha domicilio noto nello Stato nel territorio del quale si trova il giudice investito dell'azione legale, sono applicabili le norme sulla competenza del regolamento (CE) 44/2001. Per quanto concerne il secondo quesito pregiudiziale, la Corte di Giustizia, dopo aver chiarito che il regolamento non ha l'obiettivo di uniformare le norme di diritto processuale degli Stati membri bensì di ripartire le competenze giurisdizionali nell'ambito delle relazioni tra gli stessi e di facilitare l'esecuzione delle decisioni giudiziarie, rileva che questo non contiene una disposizione che definisca espressamente la competenza nel caso in oggetto. Di tal guisa, si rende necessario verificare se, ed eventualmente sulla base di quale disposizione, il regolamento trovi nondimeno applicazione e se sia possibile trarre dallo stesso un criterio su cui si possa fondare una competenza giurisdizionale. La Corte ricorda quindi che quando un'azione è esperita contro un consumatore dall'altra parte del contratto trova applicazione l'art. 16, n. 2, del regola-

mento (9), il quale riconosce la competenza ai giudici dello Stato membro nel cui territorio è domiciliato il consumatore. Nondimeno, qualora il giudice nazionale non riesca ad individuare il luogo in cui il consumatore è domiciliato e non disponga di indizi che gli consentano di ritenere che questi sia domiciliato al di fuori del territorio dell'Unione europea, la regola della competenza dei giudici dello Stato membro nel cui territorio è domicilio il consumatore riguarda anche l'ultimo domicilio conosciuto del consumatore. Tale interpretazione dell'art. 16, n. 2, oltre ad essere conforme all'obiettivo del regolamento di rafforzare la tutela giuridica delle persone stabilite nell'UE, poiché consente all'attore e al convenuto di prevedere ed individuare agevolmente il giudice competente, evita che l'attore sia privato del suo diritto ad esercitare un'azione giurisdizionale ed assicura un giusto equilibrio tra i diritti dell'attore e quelli del convenuto. Tale interpretazione garantisce, in particolar modo, il diritto dell'attore di adire un giudice in quei casi in cui il convenuto rinunci al proprio domicilio prima che l'azione venga esperita nei suoi confronti e non rispetti l'obbligo di informare di qualunque mutamento di indirizzo intervenuto successivamente alla sottoscrizione del contratto. Per quanto riguarda le condizioni che devono essere rispettate nell'ambito di un procedimento così instaurato, la Corte sottolinea l'importanza che qualsiasi procedimento che porta all'adozione di decisioni giurisdizionali si svolga nel rispetto dei diritti di difesa. Il rispetto di tali diritti, garantito dall'art. 47 della Carta dei diritti

Note:

(6) Convenzione 27 settembre 1968, concernente la competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, in *G.U.C.E.*, 1972, L 299 del 31 dicembre 1972, come modificata dalle successive convenzioni relative all'adesione dei nuovi Stati membri a tale Convenzione.

(7) Si veda CGCE 16 luglio 2009, causa C-189/08, *Zuid-Chemie*, punto 18. La Corte precisa che: «... poiché il regolamento n. 44/2001 sostituisce ormai, nei rapporti tra Stati membri, la Convenzione 27 settembre 1968 concernente la competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale (GU 1972, L 299, pag. 32), come modificata dalle successive convenzioni relative all'adesione dei nuovi Stati membri a tale Convenzione (in prosieguo: la «Convenzione di Bruxelles»), l'interpretazione fornita dalla Corte con riferimento alle disposizioni di tale Convenzione vale anche per quelle del citato regolamento, quando le disposizioni di tali atti comunitari possono essere qualificate come equivalenti ...».

(8) Si veda CGCE 1° marzo 2005, causa C-281/02, *Owusu*, punto 26. La Corte statuisce che «... il carattere internazionale del rapporto giuridico di cui trattasi non deve necessariamente derivare, per quanto attiene all'applicazione dell'art. 2 della Convenzione di Bruxelles, dall'implicazione di più Stati contraenti, in ragione del merito della controversia o del rispettivo domicilio delle parti della controversia. L'implicazione di uno Stato contraente e di uno Stato terzo, sulla base, ad esempio, del domicilio dell'attore e di un convenuto, nel primo Stato, e della localizzazione dei fatti controversi nel secondo, è parimenti tale da attribuire carattere internazionale al rapporto giuridico in esame. Tale situazione, infatti, è atta a sollevare nello Stato contraente, come nella causa principale, questioni relative alla determinazione della competenza giurisdizionale nell'ordinamento internazionale, il che costituisce proprio una delle finalità della Convenzione di Bruxelles, come emerge dal terzo 'considerando' del suo preambolo ...».

(9) Regolamento (CE) 44/2001 del Consiglio, *cit.* L'art. 16, n. 2, prevede che «... L'azione dell'altra parte del contratto contro il consumatore può essere proposta solo davanti ai giudici dello Stato membro nel cui territorio è domiciliato il consumatore ...».

fondamentali, non deve però pregiudicare il diritto dell'attore di adire un giudice affinché statuisca sulla fondatezza delle sue pretese. I diritti fondamentali, quali il diritto di difesa, non costituiscono infatti prerogative assolute ma possono soggiacere a restrizioni laddove queste ultime rispondano effettivamente ad obiettivi di interesse generale. Orbene, secondo la giurisprudenza della Corte (10), l'obiettivo di evitare situazioni di diniego di giustizia, quale quella in cui si troverebbe l'attore nella causa principale, configura un obiettivo di interesse generale e giustifica restrizioni ai diritti fondamentali della difesa del convenuto, nella misura in cui la misura nazionale adottata per il suo perseguimento non costituisca una violazione smisurata dei diritti medesimi. Con riferimento a quest'ultima condizione, la Corte osserva che essa porta ad interpretare l'art. 26, par. 2, del regolamento (11) di modo che, nel caso in cui non sia dimostrato che al convenuto è stata data la possibilità di ricevere la domanda giudiziale, il giudice competente in base al regolamento può legittimamente far proseguire il procedimento solo qualora sia stato fatto tutto il possibile per consentire al convenuto di presentare le proprie difese. Nel solco di tale interpretazione essa afferma allora che, sebbene la notifica della domanda giudiziale ad un tutore designato dal giudice adito limiti i diritti di difesa del convenuto, tale restrizione è giustificata dalla necessità di garantire all'attore una tutela effettiva che resterebbe altrimenti lettera morta. Una siffatta restrizione è ulteriormente giustificata dal fatto che il convenuto, qualora sia stato privato dei suoi diritti della difesa, ha la possibilità di opporsi, ex art. 34, punto 2, del regolamento (12), al riconoscimento della decisione pronunciata nei suoi confronti, mentre l'attore rischierebbe, senza l'intervento del tutore, di essere privato di qualunque possibilità di mezzo di ricorso.

La decisione

Tenuto conto delle soluzioni fornite al primo ed al secondo quesito pregiudiziale, la Corte di Giustizia non ha ritenuto necessario rispondere ai restanti quesiti ed ha dichiarato che il Regolamento (CE) del Consiglio 22 dicembre 2000, n. 44/2001 debba essere interpretato nel senso che l'applicazione delle norme stabilite dallo stesso presuppone che la situazione di cui trattasi nella controversia pendente dinanzi a un giudice di uno Stato membro sia atta a sollevare questioni relative alla determinazione della competenza internazionale di tale giudice. Una simile situazione si presenta in un caso come quello di cui alla causa principale, nella quale un giudice di uno Stato membro è investito di un'azione intentata contro un cittadino di un altro Stato membro il cui domicilio non è noto a tale giudice.

Per la Corte, inoltre, il regolamento n. 44/2001 deve essere interpretato nel senso che:

a) in una situazione come quella di cui trattasi - in cui un consumatore parte in un contratto di credito immobiliare di lunga durata, che includa l'obbligo di informare la controparte di ogni mutamento di indirizzo, rinuncia al proprio domicilio prima della proposizione di un'azione nei suoi confronti per violazione dei suoi obblighi contrattuali - i giudici dello Stato membro nel cui territorio si trova l'ultimo domicilio noto del consumatore sono competenti, a norma dell'art. 16, n. 2, di detto Regolamento, a conoscere di tale azione quando essi non siano in grado di determinare, in applicazione dell'art. 59 dello stesso Regolamento, il domicilio attuale del convenuto e non dispongano neppure di indizi probatori tali da consentir loro di concludere che quest'ultimo sia effettivamente domiciliato al di fuori del territorio dell'Unione europea;

b) tale regolamento non osta all'applicazione di una disposizione del diritto processuale interno dello Stato membro che, allo scopo di evitare una situazione di diniego di giustizia, consente di svolgere un procedimento nei confronti e in assenza di una persona di cui non sia noto il domicilio, ove il giudice investito della controversia si sia assicurato, prima di pronunciarsi sulla stessa, che siano state condotte tutte le indagini richieste dei principi di diligenza e di buona fede per rintracciare il convenuto.

RESPONSABILITÀ CIVILE

RESPONSABILITÀ PER DANNO DA PRODOTTI DIFETTOSI

@ Corte di Giustizia dell'Unione Europea, 21 dicembre 2011, causa C-495/10 - Centre hospitalier universitaire de Besançon c. Thomas Dutruieux e Caisse primaire d'assurance maladie du Jura

Il caso

In data 21 dicembre 2011, la Corte di Giustizia dell'Unione europea si è pronunciata dietro rinvio pregiudiziale proposto dal *Conseil d'état* (Francia) sull'interpretazione della direttiva del Consiglio 85/374/CEE (13) (a volte "direttiva"), relativa al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri in materia di responsabilità per danno da prodotti difettosi, come modificata dalla

Note:

(10) CGCE 2 aprile 2009, causa C-394/07, *Gambazzi*, punti 29-31. La Corte statuisce che: «... i diritti fondamentali, quali il rispetto dei diritti della difesa, non costituiscono prerogative assolute, ma possono soggiacere a restrizioni. Tuttavia, queste ultime devono rispondere effettivamente ad obiettivi d'interesse generale perseguiti dal provvedimento di cui trattasi e non costituire, rispetto allo scopo perseguito, una violazione manifesta e smisurata dei diritti così garantiti... Il governo del Regno Unito ha osservato che l'istituzione del «freezing order», del «disclosure order» e dell'«unless order» è diretta a garantire l'equità e l'efficienza dell'amministrazione della giustizia... Si deve ammettere che un obiettivo simile può giustificare una restrizione dei diritti della difesa. Come rilevano i governi italiano ed ellenico, gli ordinamenti giuridici della maggior parte degli Stati membri prevedono sanzioni nei confronti di coloro che, nell'ambito di un processo civile, adottano un comportamento dilatorio che si risolverebbe, in definitiva, in un diniego di giustizia...».

(11) Regolamento (CE) 44/2001 del Consiglio, *cit.* L'art. 26, par. 2, prescrive che: «... Il giudice è tenuto a sospendere il processo fin quando non si sarà accertato che al convenuto è stata data la possibilità di ricevere la domanda giudiziale o un atto equivalente in tempo utile per poter presentare le proprie difese, ovvero che è stato fatto tutto il possibile in tal senso...».

(12) Regolamento (CE) 44/2001 del Consiglio, *cit.* L'art. 34, punto 2, prescrive che: «... Le decisioni non sono riconosciute: ... 2) se la domanda giudiziale od un atto equivalente non è stato notificato o comunicato al convenuto contumace in tempo utile e in modo tale da poter presentare le proprie difese eccetto qualora, pur avendone avuto la possibilità, egli non abbia impugnato la decisione...».

(13) Direttiva 85/374/CEE del Consiglio, del 25.07.1985, relativa al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati Membri in materia di responsabilità per danno da prodotti difettosi, *G.U.C.E.*, L 210 del 7 agosto 1985.

direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 1999/34/CE (14).

La domanda pregiudiziale è stata presentata nell'ambito di una controversia tra il *Centre hospitalier universitaire de Besançon* (in prosieguo il "CHU"), il Sig. *Dutruieux*, all'epoca dei fatti tredicenne, e la *Caisse primaire d'assurance maladie du Jura* (in seguito la "Caisse"), in merito al risarcimento per le ustioni riportate dal Sig. *Dutruieux* nel corso di un intervento chirurgico e causate da un difetto del sistema di termoregolazione del materasso riscaldante su cui era posto.

Il 27 marzo 2007 il *Tribunal administratif de Besançon* condannava il CHU a risarcire il danno arrecato al Sig. *Dutruieux* con il versamento, a quest'ultimo, di una somma pari ad euro 9.000, nonché, alla *Caisse*, di una somma pari ad euro 5.974,99. Il CHU, vistosi rigettare il ricorso presentato innanzi alla *Cour administrative d'appel de Nancy*, ricorreva in cassazione dinanzi al *Conseil d'état* sostenendo che la *Cour administrative* aveva violato l'art. 13 (15) della direttiva 85/374/CEE nel momento in cui aveva statuito che tale direttiva non osta all'applicazione del principio giurisprudenziale secondo cui il servizio pubblico ospedaliero è responsabile, anche in assenza di sua colpa, delle conseguenze dannose per gli utenti derivanti dal malfunzionamento di prodotti o di apparecchi utilizzati nell'ambito delle cure fornite. Dal testo della direttiva, come recepita nel diritto interno francese (16), si evincerebbe infatti che il produttore del materasso dovrebbe essere considerato l'unico responsabile, in quanto, nella fattispecie, debitamente identificato.

Il *Conseil d'état* rilevava che tale principio giurisprudenziale era stato sancito, successivamente alla notifica della direttiva, in una decisione adottata nell'ambito di una controversia sorta anteriormente al termine stabilito per la trasposizione di tale direttiva. A suo giudizio tale principio, rientrando in un regime di responsabilità avente un fondamento specifico distinto da quello istituito dalla direttiva, restava applicabile alla fattispecie di cui alla causa principale.

In tale contesto, il *Conseil d'état* decideva di sospendere il procedimento per chiedere alla Corte di Giustizia se, tenuto conto delle disposizioni del suo art. 13, la direttiva 85/374/CEE consenta l'attuazione di un regime di responsabilità fondato sulla situazione particolare dei pazienti delle strutture sanitarie pubbliche che riconosca loro il diritto di ottenere da dette strutture, anche senza colpa delle stesse, il risarcimento dei danni causati dal malfunzionamento dei prodotti e degli apparecchi da queste utilizzati, ferma restando la possibilità per la struttura sanitaria di esercitare un'azione di regresso contro il produttore.

Ha inoltre chiesto se la stessa direttiva limiti la possibilità per gli Stati membri di definire la responsabilità delle persone che utilizzano apparecchi o prodotti difettosi nel quadro di una prestazione di servizi, causando in tal modo danni al destinatario della prestazione. Questo secondo quesito, che la Corte ha ritenuto di dover esaminare per primo, è sostanzialmente volto a determinare se la responsabilità di un prestatore di servizi di cure in ambito ospedaliero, il quale utilizzi prodotti difettosi che causano danni al destinatario della prestazione, rientri nell'ambito di applicazione della direttiva, in modo tale che questa osti ad una normativa nazionale che prevede tale responsabilità, anche in assenza di qualunque colpa imputabile al medesimo.

Le questioni

In via preliminare il giudice comunitario ricorda che dal primo considerando della direttiva (17) e dalla giurisprudenza comunitaria in materia (18) emerge che la direttiva 85/374/CEE

persegue una armonizzazione totale del settore della responsabilità per danno da prodotti difettosi, limitatamente, però, agli aspetti da essa disciplinati (19).

Il regime di responsabilità civile dei produttori per i danni causati dai prodotti difettosi ruota attorno al principio, enunciato all'art. 1, secondo cui è il produttore ad essere responsabile del danno causato da un difetto del suo prodotto (20). Sebbene l'art. 3 chiarisca le condizioni alle quali deve altresì es-

Note:

(14) Direttiva 1999/34/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 10 maggio 1999, che modifica la direttiva 85/374/CEE del Consiglio relativa al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri in materia di responsabilità per danno da prodotti difettosi, in *G.U.C.E.*, L 141 del 4 giugno 1999.

(15) Direttiva 85/374/CEE, *cit.* L'art. 13 recita che «... La presente direttiva lascia impregiudicati i diritti che il danneggiato può esercitare in base al diritto relativo alla responsabilità contrattuale o extracontrattuale o in base ad un regime speciale di responsabilità esistente al momento della notifica della direttiva ...».

(16) Gli artt. da 1386-1 a 1386-18 del *code civil* (codice civile francese) recepiscono nel diritto interno le disposizioni della direttiva 85/374/CEE. La responsabilità delle strutture sanitarie pubbliche nei confronti dei loro pazienti è oggetto, per sua parte, di un regime particolare di responsabilità extracontrattuale fondato sui rapporti specifici che si stabiliscono tra il servizio pubblico ospedaliero e le persone che esso prende in carico. Tale regime è disciplinato sia da disposizioni legislative, sia da principi elaborati dal giudice amministrativo. Tra questi ultimi figura, in particolare, il principio secondo cui una struttura ospedaliera pubblica è tenuta a risarcire il danno subito da un paziente a causa del malfunzionamento di un apparecchio o di un prodotto impiegato nell'ambito delle cure fornite, anche in assenza di colpa della struttura stessa.

(17) Direttiva 85/374/CEE, *cit.* Il primo considerando afferma che «... il ravvicinamento delle legislazioni nazionali in materia di responsabilità del produttore per i danni causati dal carattere difettoso dei suoi prodotti è necessario perché le disparità esistenti fra tali legislazioni possono falsare il gioco della concorrenza e pregiudicare la libera circolazione delle merci all'interno del mercato comune determinando disparità nel grado di protezione del consumatore contro i danni causati alla sua salute e ai suoi beni da un prodotto difettoso ...».

(18) CGCE 25 aprile 2002, causa C-52/00, *Commissione/Francia*, punto 20; CGCE 25 aprile 2002, causa C-154/00, *Commissione/Grecia*, punto 20.

(19) Il diciottesimo considerando sembrerebbe infatti escludere tale forma di armonizzazione per gli aspetti o profili non disciplinati dalla direttiva. Tale considerando così recita: «... l'armonizzazione risultante dalla presente direttiva non può per ora essere totale ma apre la strada verso una maggiore armonizzazione ...».

(20) Si veda CGCE 10 gennaio 2006, causa C-402/03, *Skov e Bilka*, punti 29-30. La Corte, escludendo che la direttiva 85/374/CEE realizzi un'armonizzazione totale solamente con riferimento alla responsabilità del produttore per danno da prodotti difettosi, senza disciplinare, invece, la responsabilità del fornitore, statuisce che «... dopo aver ponderato i ruoli rispettivi dei vari operatori economici che intervengono nelle catene di fabbricazione e di commercializzazione è stata operata la scelta di imputare in linea di principio al produttore, e unicamente in taluni casi delimitati all'importatore e al fornitore, l'onere della responsabilità per i danni causati dai prodotti difettosi nel regime giuridico istituito dalla direttiva ... gli artt. 1 e 3 della direttiva non si limitano dunque a disciplinare la responsabilità del produttore di un prodotto difettoso, ma determinano, tra gli operatori che hanno partecipato ai processi di fabbricazione e di commercializzazione, quello che dovrà assumere la responsabilità istituita dalla direttiva ...».

sere considerato produttore ai sensi della direttiva la persona che si presenta come produttore, l'importatore del prodotto nell'Unione o il fornitore del prodotto, la Corte di Giustizia osserva che la scelta di imputare in linea di principio al produttore, ed in taluni limitati casi all'importatore ed al fornitore, l'onere della responsabilità in esame è stata il frutto di una attenta ponderazione tra i rispettivi ruoli dei diversi operatori economici.

I responsabili contro i quali il danneggiato ha il diritto di intentare un'azione in base al regime di responsabilità previsto dalla direttiva sono elencati agli artt. 1 e 3 in una lista che è da considerarsi esaustiva. Ne consegue che la responsabilità che può gravare su *CHU* per aver impiegato, nell'ambito di una prestazione di cure ad un paziente, un materasso riscaldante precedentemente acquistato non rientra tra gli aspetti disciplinati dalla direttiva medesima ed esula, quindi, dal suo ambito di applicazione. In particolare, il *CHU* non può essere considerato né quale partecipante alla catena di fabbricazione e di commercializzazione né quale fornitore del prodotto in causa ai sensi dell'art. 3 della direttiva.

Il regime di responsabilità del produttore per i danni causati dal carattere difettoso dei suoi prodotti istituito a livello UE dalla direttiva 85/374/CEE può quindi coesistere con un regime di responsabilità oggettiva del prestatore di servizi come quello istituito a livello nazionale nella causa principale, a patto che la normativa nazionale non pregiudichi il regime stabilito dalla direttiva (21). Inoltre, qualora sussistano le condizioni alle quali la direttiva subordina l'esistenza della responsabilità del produttore, anche il prestatore di servizi deve poter disporre di un meccanismo simile all'azione di regresso per far valere la responsabilità del produttore.

Il testo della direttiva non consente peraltro in alcun modo di affermare che il legislatore UE, istituendo la responsabilità del produttore per danno da prodotti difettosi, abbia avuto intenzione di privare gli Stati membri, in nome degli obiettivi di

cui sopra, della facoltà di istituire un regime di responsabilità oggettiva del prestatore di servizi che corrisponda, eventualmente, a quello instaurato dalla direttiva medesima (22). A ben vedere, una siffatta responsabilità oggettiva contribuirebbe anzi a rafforzare la tutela dei consumatori prevista dalla direttiva.

La decisione

Alla luce delle suesposte considerazioni, la Corte di Giustizia dell'Unione europea non ha ritenuto di dover rispondere al primo quesito posto, ma ha affermato che la responsabilità di un prestatore di servizi che utilizzi, nell'ambito di una prestazione di servizi quale l'erogazione di cure in ambiente ospedaliero, apparecchi o prodotti difettosi di cui non sia il produttore ai sensi delle disposizioni dell'art. 3 della direttiva del Consiglio 25 luglio 1985, 85/374/CEE, come modificata dalla direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 10 maggio 1999, 1999/34/CE, e causi in tal modo danni al destinatario della prestazione non rientra nell'ambito di applicazione di tale direttiva. Per la corte di giustizia, quindi, quest'ultima non osta a che uno Stato membro istituisca un regime, come quello di cui alla causa principale, che preveda la responsabilità di un simile prestatore per i danni in tal modo cagionati, anche in assenza di qualunque colpa imputabile al medesimo, a condizione, tuttavia, che sia fatta salva la facoltà per la vittima e/o per il suddetto prestatore di invocare la responsabilità del produttore in base alla citata direttiva, qualora risultino soddisfatte le condizioni previste dalla medesima.

Note:

(21) Si veda, sul tema, CGCE 10 maggio 2001, causa C-203/99, *Veefald*, punto 27.

(22) Si veda per analogia CGCE 4 giugno 2009, causa C-285/08, *Moteurs Leroy Somer*, punto 30.

ON-LINE

Il Quotidiano Ipsoa

Professionalità quotidiana

Autori: AA.VV.

IL **Quotidiano Ipsoa** è un prodotto inedito, che deve la sua unicità soprattutto alla trasversalità delle materie trattate, garantendo ogni giorno informazioni multidisciplinari per i professionisti:

- le **materie:** fisco, diritto, lavoro e previdenza, bilancio e società, economia, finanziamenti e mercati;
- **due newsletter:** l'anteprima del mattino con le notizie utili per organizzare la giornata lavorativa; l'edizione del pomeriggio con tutti gli approfondimenti e i commenti d'autore legati alle principali novità;
- la **rassegna stampa** con collegamenti d'autore tra gli articoli più importanti tratti dalla stampa specializzata;



- lo **scadenario**, la **Gazzetta Ufficiale**, il **motore di ricerca** efficace e dettagliato.

Ogni area tematica propone le news del giorno più importanti corredate dal **commento degli autori** e si completa con contenuti specifici: **osservatorio di giurisprudenza**, **dati tabellari**, **rinnovi CCNL**.

Abbonamento annuale: € 250,00

Per informazioni e acquisti

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

INDICE DEGLI AUTORI

Amendolagine Vito	
Osservatorio di merito.....	169
Belli Claudio	
Le clausole vessatorie nel regolamento "contrattuale" di condominio.....	181
Dolmetta Aldo Angelo	
Art. 117-bis t.u.b.: regole e diritto transitorio.....	191
Galati Alessandro	
Azione revocatoria e "mere ragioni eventuali di credito".....	195
Genovese Amarillide	
Adempimento inesatto del contratto di appalto: norme generali e speciali.....	141
Macario Francesco	
Osservatorio di legittimità.....	164
Nardella Meriligia	
Responsabilità medica: prova della diligenza nell'intervento a basso rischio.....	159
Orefice Giulia	
La trascrizione degli acquisti <i>mortis causa</i> e gli effetti del contratto rispetto ai terzi.....	137
Patti Francesco Paolo	
Autonomia privata ed effetti della risoluzione del contratto ad esecuzione continuata o periodica.....	123
Picciano Irene	
Osservatorio comunitario.....	216
Quarticelli Paola	
Il contratto di vendita di pacchetto turistico nel nuovo Codice del turismo.....	205
Sangiovanni Valerio	
Contratto di <i>swap</i> , alea unilaterale e interessi non meritevoli di tutela.....	132
Tarantino Gianluca	
L'interpretazione dello statuto societario: criteri oggettivi e criteri soggettivi.....	150
Veltri Federica Maria Grazia Ester	
La cessione di credito.....	175

INDICE CRONOLOGICO DEI PROVVEDIMENTI

Giurisprudenza	
Corte di giustizia dell'Unione europea	
17 novembre 2011, causa C-327/10.....	216
21 dicembre 2011, causa C-495/10.....	218

Corte di cassazione	
7 giugno 2011, n. 12274.....	157
16 giugno 2011, n. 13234.....	148
24 giugno 2011, n. 13983.....	139
5 dicembre 2011, n. 26002.....	164
5 dicembre 2011, n. 26022.....	167
5 dicembre 2011, n. 25984.....	164
6 dicembre 2011, n. 26199.....	121
20 dicembre 2011, n. 27564.....	165
30 dicembre 2011, n. 30174.....	166
Tribunale	
Modena, 23 dicembre 2011.....	130
Roma, 2 gennaio 2012.....	172
Lamezia Terme, 5 gennaio 2012.....	172
Nola, 19 gennaio 2012.....	169
Genova, 20 gennaio 2012.....	170
Sant'Angelo dei Lombardi, 20 gennaio 2012.....	171
Genova, 23 gennaio 2012.....	169

INDICE ANALITICO

Appalto	
Adempimento inesatto del contratto di appalto: norme generali e speciali (<i>Cass., Sez. II, 24 giugno 2011, n. 13983</i>) con commento di <i>Amarillide Genovese</i>	139
La responsabilità dell'appaltatore e del committente nell'esecuzione dell'opera (<i>Trib. Genova, 23 gennaio 2012</i>).....	164
Responsabilità dell'appaltatore per danni cagionati a terzi dalla demolizione di un edificio (<i>Cass., Sez. III, 5 dicembre 2011, n. 26002</i>).....	164
Assicurazione	
La responsabilità dell'impresa assicurativa verso l'assicurato nel contratto di Rca (<i>Trib. Nola, 19 gennaio 2012</i>).....	169
Bancari (Contratti)	
Art. 117-bis t.u.b.: regole e diritto transitorio di <i>Aldo Angelo Dolmetta</i>	191
Consumatori (Contratti dei)	
La cessione di credito di <i>Federica Maria Grazia Ester Veltri</i>	175
Credito immobiliare	
La competenza giurisdizionale ed esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale (<i>CGCE, 17 novembre 2011, causa C-327/10</i>).....	216
Danno contrattuale	
Responsabilità medica: prova della diligenza nell'intervento a basso rischio (<i>Cass., Sez. III, 7 giugno 2011, n. 12274</i>) con commento di <i>Meriligia Nardella</i>	157

Garanzie patrimoniali

Azione revocatoria e "mere ragioni eventuali di credito" di *Alessandro Galati*.....

195

Inadempimento delle obbligazioni

Interruzione mediante lettera di messa in mora inviata all'avvocato della controparte (*Cass., Sez. III, 5 dicembre 2011, n. 25984*)

164

Intermediazione finanziaria

Contratto di *swap*, alea unilaterale e interessi non meritevoli di tutela (*Trib. Modena, Sez. I, 23 dicembre 2011*) con commento di *Valerio Sangiovanni*

130

Sollecitazione abusiva all'investimento tramite prodotto finanziario non qualificabile come moneta avente corso legale (*Cass., Sez. II, 2 dicembre 2011, n. 25837*)

165

Interpretazione del contratto

Il principio di conservazione del contratto quale strumento ermeneutico sussidiario (*Cass., Sez. III, 20 dicembre 2011, n. 275649*)

165

Mandato

La prova della responsabilità contrattuale del commercialista incaricato della tenuta della contabilità (*Trib. Genova, 20 gennaio 2012*).....

170

La prova dell'obbligazione concernente il pagamento del compenso dovuto al professionista incaricato (*Trib. San Angelo dei Lombardi, 20 gennaio 2012*)....

171

Obbligazioni solidali

Effetti della transazione stipulata dal creditore con uno dei debitori in solido (*Cass., Sez. Un., 30 dicembre 2011, n. 30174*)

166

Proprietà

Diritto del condomino alla ripetizione delle spese urgenti affrontate sui beni di sua proprietà esclusiva (*Trib. Roma, 2 gennaio 2012*).....

172

Le clausole vessatorie nel regolamento "contrattuale" di condominio di *Claudio Belli*.....

181

Responsabilità civile

Responsabilità per danno da prodotti difettosi (*CG-CE, 21 dicembre 2011, causa C-495/10*).....

218

Risoluzione del contratto

Autonomia privata ed effetti della risoluzione del contratto ad esecuzione continuata o periodica (*Cass., Sez. III, 6 dicembre 2011, n. 26199*) con commento di *Francesco Paolo Patti*.....

121

Simulazione

Sulla prova presuntiva nella vendita di cosa futura come *emptio spei* e come *emptio reisperatae* (*Cass., Sez. III, 5 dicembre 2011, n. 26022*).....

167

Società

L'interpretazione dello statuto societario: criteri og-

gettivi e criteri soggettivi (*Cass., Sez. I, 16 giugno 2011, n. 13234*) con commento di *Gianluca Tarantino*

148

Turistici (Contratti)

Il contratto di vendita di pacchetto turistico nel nuovo Codice del turismo di *Paola Quarticelli*.....

205

Vendita

Risoluzione del contratto di finanziamento collegato ad una compravendita di beni mobili (*Trib. Lamezia Terme, 5 gennaio 2012*).....

172



IPSOA

Gruppo Wolters Kluwer

Manuali
Professionali
IPSOA



Le impugnazioni

Dottrina e giurisprudenza

Il volume, con uno sguardo costante alla **dottrina** e alla **giurisprudenza**, offre il quadro **completo e aggiornato** dell'istituto delle impugnazioni:

- nel **codice di procedura civile** (impugnazioni in generale; appello; ricorso per cassazione; giudizio di rinvio; revocazione; opposizione di terzo; regolamento di giurisdizione; regolamento di competenza)
- nel **rito del lavoro**
- nel **fallimento e le altre procedure concorsuali** (dichiarazione di fallimento; organi preposti al fallimento; accertamento del passivo; ripartizione dell'attivo; cessazione della procedura fallimentare; chiusura del fallimento; concordato fallimentare; concordato preventivo e accordi di ristrutturazione dei debiti)
- nel **processo tributario** (impugnazioni in generale; appello davanti alla commissione tributaria regionale; ricorso per cassazione; revocazione)
- nel **codice del processo amministrativo** (impugnazioni in generale; appello; revocazione; opposizione di terzo; ricorso per cassazione; regolamento di giurisdizione e di competenza)

L'Opera, dal taglio pratico-operativo, è aggiornata - da ultimo - con la legge n. 183/2011 ("**Legge di stabilità 2012**") e con il d.lgs. n. 195/2011 ("**Correttivo al codice del processo amministrativo**") e rappresenta un indispensabile strumento di lavoro per gli operatori del diritto.

di **Antonella Batà**
pagg. 1376, € 95,00, 1 edizione

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

(00129681) Sì, desidero acquistare il volume **Le impugnazioni**, di Antonella Batà a € 95,00.

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

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

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

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

n° _____ Data di scadenza _____

Nome e indirizzo titolare carta di credito _____

Timbro e firma _____

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

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

La nuova collana
curata dai professionisti
per i professionisti del diritto

Contratti d'impresa

a cura di L. Acciari, M. Bragantini, D. Braghini, E. Grippo,
P. Iemma, M. Zaccagnini



Contratti di finanziamento bancario, di investimento, assicurativi e derivati

Il volume affronta con approccio sistematico e taglio multidisciplinare tutti gli aspetti relativi ai contratti di finanziamento bancario, di investimento, assicurativi e derivati. In particolare vengono analizzati:

- i **contratti di finanziamento bancario**, inclusi quelli a supporto dell'acquisizione di partecipazioni, dei finanziamenti *corporate*, delle linee di credito per firma e delle altre forme di finanza straordinaria a supporto delle imprese, il credito al consumo e le altre forme di prestiti personali;
- i **contratti di garanzia** in uso nella prassi bancaria (es. pegno, ipoteca, fideiussione, mandato di credito);
- i **contratti di investimento** aventi ad oggetto la prestazione di servizi ed attività di investimento;
- il **contratto di assicurazione**, inclusi i prodotti finanziari assicurativi e l'intermediazione assicurativa;
- i **contratti derivati** maggiormente utilizzati (es. *forward*, *swap* e opzioni).

La Guida è arricchita da clausole contrattuali, *case history*, esempi, casistica, schemi riepilogativi e approfondimenti bibliografici. Un dettagliato indice analitico rende la consultazione estremamente efficace.

Il volume è disponibile anche in formato e-book.



IPSOA
Gruppo Wolters Kluwer

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

(00116660) Sì, desidero acquistare il volume **Contratti di finanziamento bancario, di investimento, assicurativi e derivati** - Studio legale Gianni - Origoni - Grippo - Cappelli & Partners a € 68,00.

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

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

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

Mastercard (16 cifre) American Express (15 cifre) VISA (16 cifre) Diners (14 cifre)

n° _____ Data di scadenza _____

Nome e indirizzo titolare carta di credito _____

Timbro e firma _____

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

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