

L'estratto che stai consultando
fa parte del volume in vendita
su **ShopWKI**,
il negozio online di **Wolters Kluwer**

[Torna al libro](#)



CEDAM

IPSOA

UTET[®]
GIURIDICA

il fisco

 ALTALEX

IPSOA

i Contratti

Bimestrale di dottrina, giurisprudenza
e pratiche contrattuali

ISSN 1123-5047 - ANNO XXXII - Direzione e redazione - Via Bisceglie, n. 66 - 20152 Milano (MI)

6/2024



edicolaprofessionale.com/icontratti

Il giudice e la legge

Inadempimento anticipato

**Trattamento dei dati personali
e pubblicità personalizzata *online***

DIREZIONE SCIENTIFICA

Umberto Breccia
Ugo Carnevali
Giovanni D'Amico
Carlo Granelli
Francesco Macario

COMITATO DI REDAZIONE

Christian Romeo

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



Wolters Kluwer

Roberta
Avvocato

PER OGNI MIO CONTRATTO LA GIUSTA CLAUSOLA

One LEGALE

presenta Esperta *Contratti*

Lasciati guidare dalla nuova soluzione Wolters Kluwer. In qualunque momento puoi avere a tua disposizione le formule commentate e tutti gli inquadramenti d'autore necessari per la redazione di qualunque tipo di contratto, con la possibilità di personalizzarli, integrarli e adattarli ai casi concreti grazie alla selezione guidata delle clausole più pertinenti. In più riviste, news, quesiti per avere un quadro completo e sempre puntuale di tutte le implicazioni anche di carattere fiscale.

Da oggi, redigere contratti è più semplice e sicuro.

Scopri di più su info.onelegale.it

One|LEGALE FA GRANDE LA DIFFERENZA

EDITORIALE

Interpretazione e applicazione della legge	IL GIUDICE E LA LEGGE di <i>Giovanni D'Amico</i>	593
---	---	------------

GIURISPRUDENZA

Cessione del credito	Cassazione Civile, Sez. III, 15 luglio 2024, n. 19358 CESSIONE IN GARANZIA E RETROCESSIONE DEL CREDITO di <i>Edoardo Milazzo</i>	602 605
Arricchimento senza causa	Cassazione Civile, Sez. III, 27 maggio 2024, n. 14735, ord. LA RESPONSABILITÀ PATRIMONIALE DELLA P.A. NELL'AZIONE DI ARRICCHIMENTO SENZA CAUSA di <i>Paolo Duvia</i>	616 618
Vendita	Cassazione Civile, Sez. II, 14 maggio 2024, n. 13214 ALIUD PRO ALIO E FUNZIONE ECONOMICO-SOCIALE DEL BENE di <i>Michele Della Chiesa</i>	626 628
	OSSERVATORIO DELL'ARBITRO BANCARIO FINANZIARIO a cura di <i>Francesco Macario</i> , con la collaborazione di <i>Dario Farace</i> e <i>Luigi Buonanno</i>	634

ARGOMENTI

Contratti bancari	CLAUSOLA <i>FLOOR</i> E CONTRATTI DI FINANZIAMENTO di <i>Fabrizio Vismara</i>	637
Debiti azienda ceduta	IL PUNTO SUL PRINCIPIO DELLA RESPONSABILITÀ SOLIDALE DELL'ACQUIRENTE NEL TRASFERIMENTO DI UN'AZIENDA COMMERCIALE di <i>Luciano Castelli</i> , <i>Claudia Bosco</i> e <i>Carlotta Guzzo</i>	642
Fideiussione omnibus	FIDEIUSSIONE <i>OMNIBUS</i> : TRA MERCATO, CONCORRENZA E DECADENZA di <i>Giuseppe Maria Marsico</i>	649
Inadempimento	INADEMPIMENTO ANTICIPATO E TUTELA DELLA PARTE CONTRATTUALE FEDELE di <i>Tereza Pertot</i>	667
Obbligazioni sostenibili	DAI NON MEGLIO DEFINITI <i>GREEN BOND</i> AGLI " <i>EUROPEAN GREEN BOND</i> " di <i>Massimo Lembo</i>	685
Transazioni online	SULLA C.D. PATRIMONIALIZZAZIONE DEL DATO PERSONALE E RELATIVA CESSIONE. IL CASO DELLA PUBBLICITÀ PERSONALIZZATA IN INTERNET di <i>Giuseppe Cassano</i>	690

CONTRATTI E UNIONE EUROPEA

OSSERVATORIO EUROPEO a cura di <i>Marco Stillo</i> - <i>Studio Legale De Berti Jacchia Franchini Forlani - Bruxelles</i>	699
---	------------

INDICI

INDICE DEGLI AUTORI, INDICE CRONOLOGICO, INDICE ANALITICO	703
INDICE DEGLI AUTORI, INDICE CRONOLOGICO, INDICE ANALITICO 2024	705

PROCEDURA DI REVISIONE

I contributi inviati per la pubblicazione alla Rivista *i Contratti*, su iniziativa dell'autore o su richiesta della Direzione scientifica, sono sottoposti alla procedura di revisione c.d. "a doppio cieco".

La procedura garantisce il rispetto dell'anonimato dell'autore e del revisore.

La valutazione è affidata a un membro del Comitato per la valutazione scelto a rotazione in base alla competenza per materia.

I componenti del Comitato per la valutazione sono indicati in ordine alfabetico in ciascun fascicolo della Rivista.

Il revisore riceve una scheda di valutazione da compilare entro il termine indicato.

Nel caso di tardiva o mancata consegna della scheda, la Direzione scientifica si riserva la facoltà di scegliere un nuovo revisore.

Se la valutazione è positiva il contributo è pubblicabile.

In caso di valutazione positiva condizionata a revisione o modifica, la Direzione autorizza la pubblicazione solo a seguito dell'adeguamento del contributo alle osservazioni del revisore.

In caso di valutazione negativa, il contributo non è pubblicabile.

La Direzione si riserva la facoltà di pubblicare, in casi eccezionali, contributi non previamente sottoposti alla procedura di revisione.

COMITATO PER LA VALUTAZIONE

Angelo Barba, Ettore Battelli, Giovanna Capilli, Donato Carusi, Silvia Cipollina, Paolo Comoglio, Vincenzo Cuffaro, Amalia Di Landro, Giovanni Di Rosa, Angelo Federico, Aurelio Gentili, Michele Lobbuono, Marco Martino, Francesco Mezzanotte, Lara Modica, Salvatore Monticelli, Andrea Mora, Gianfranco Orlando, Stefano Pagliantini, Francesco Paolo Patti, Giovanni Petroboni, Fabrizio Piraino, Nicola Rizzo, Ugo Salanitro, Chiara Tenella Sillani, Onofrio Troiano, Gianroberto Villa

i Contratti

Bimestrale di dottrina, giurisprudenza
e pratiche contrattuali

EDITRICE

Wolters Kluwer Italia S.r.l.
Via Bisceglie n. 66
20152 Milano, Italia

INDIRIZZO INTERNET

www.edicolaprofessionale.com/icontratti

DIRETTORE RESPONSABILE

Giulietta Lemmi

REDAZIONE

Ines Attorresi, Arianna Barsacchi, Nadia D'Antoni

REALIZZAZIONE GRAFICA

Wolters Kluwer Italia S.r.l.

FOTOCOMPOSIZIONE

Integra Software Services Pvt. Ltd.

STAMPA

GECA s.r.l.
Via Monferrato, 54
20098 San Giuliano Milanese (MI)



L'elaborazione dei testi, anche se curata con scrupolosa attenzione, non può comportare specifiche responsabilità per eventuali errori o inesattezze

PUBBLICITÀ:



E-mail: advertising-it@wolterskluwer.com
www.wolterskluwer.it
Via Bisceglie n. 66
20152 Milano, Italia

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

telefono 02-82476.411
e-mail: redazione.icontratti.ipsoa@wolterskluwer.com

Autorizzazione del Tribunale di Milano n. 33 del 30 gennaio 1993

Tariffa R.O.C.: Poste Italiane Spa - Spedizione in abbonamento Postale - D.L. 353/2003 (conv. in L. 27 febbraio 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 e si intendono rinnovati in assenza di disdetta da comunicarsi a mezzo raccomandata A.R. da inviare a:

Wolters Kluwer Italia S.r.l. Via Bisceglie n. 66
20152 Milano, Italia, entro 90 gg. prima della data di scadenza dell'abbonamento.

L'abbonamento cartaceo comprende nel prezzo di abbonamento l'estensione on line della rivista, consultabile all'indirizzo

www.edicolaprofessionale.com/icontratti
L'abbonamento digitale è consultabile all'indirizzo www.edicolaprofessionale.com/icontratti

ITALIA

Abbonamento annuale cartaceo solare (gennaio - dicembre) oppure 12 mesi rolling dalla data di sottoscrizione € 315,00
Abbonamento digitale 12 mesi rolling dalla data di sottoscrizione: € 290,00 + Iva 4%

ESTERO

Abbonamento annuale cartaceo solare (gennaio - dicembre) oppure 12 mesi rolling dalla data di sottoscrizione € 630,00
Abbonamento digitale 12 mesi rolling dalla data di sottoscrizione: € 290,00

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

WOLTERS KLUWER ITALIA Servizio Clienti
telefono 02-824761
e-mail: servizio.clienti@wolterskluwer.com

MODALITÀ DI PAGAMENTO

Versare l'importo sul C/C/P n. 583203 intestato a WKI s.r.l. Gestione Incassi *oppure* con bonifico bancario presso Banca Intesa Sanpaolo SpA sul conto IBAN: IT61M030693368410000002208 intestato a Wolters Kluwer Italia Srl. Indicare nella causale del versamento il titolo della Rivista e l'anno di abbonamento.

Prezzo copia: € 55,00
Arretrati: prezzo dell'anno in corso all'atto della richiesta

DISTRIBUZIONE

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

Egregio Abbonato,
ai sensi dell'art. 13 del Regolamento (UE) 2016/679 del 27 aprile 2016, "relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE (regolamento generale sulla protezione dei dati)", La informiamo che i Suoi dati personali sono registrati e custoditi su database elettronici situati nel territorio nazionale e di Paesi appartenenti allo Spazio Economico Europeo (SEE), o paesi terzi che garantiscono un adeguato livello di protezione dei dati. Wolters Kluwer Italia S. r.l., in qualità di Titolare del trattamento, utilizzerà i dati che La riguardano per finalità amministrative e contabili. I Suoi recapiti postali e il Suo indirizzo di posta elettronica potrebbero essere anche utilizzati ai fini di vendita diretta di prodotti o servizi analoghi a quelli della presente vendita.
Lei ha il diritto di chiedere a Wolters Kluwer Italia S.r.l. l'accesso ai dati personali che La riguardano, nonché la rettifica, la cancellazione per violazione di legge, la limitazione o l'opposizione al loro trattamento ai fini di invio di materiale pubblicitario, vendita diretta e comunicazioni commerciali. Lei ha, inoltre, il diritto di revocare il consenso in qualsiasi momento, senza pregiudicare la liceità del trattamento basata sul consenso prestato prima della revoca, nonché di proporre reclamo all'Autorità Garante per il trattamento dei dati personali ai sensi dell'art. 77 del Regolamento UE 679/2016.
L'elenco aggiornato dei responsabili e delle persone autorizzate al trattamento è consultabile presso la sede di Wolters Kluwer Italia S.r.l. - Via Bisceglie n. 66 - 20152 Milano, Italia.

Interpretazione e applicazione della legge

Il giudice e la legge

di Giovanni D'Amico

Chi volesse descrivere con una formula sintetica (anche se, inevitabilmente, generica ed approssimativa) l'evoluzione che il nostro ordinamento (che è, formalmente, un ordinamento "di diritto scritto") ha subito nell'ultimo cinquantennio, potrebbe essere tentato di riassumerla nella frase: "dall'onnipotenza del legislatore all'onnipotenza del giudice".

Di per sé questa formula dice poco, almeno sino a quando rimangano inesplicite le *cause* di questo (supposto) "passaggio", la sua effettiva *portata*, e, soprattutto, le *ragioni* che legittimerebbero una tale evoluzione e i *modi* e i *limiti* (ammesso che sia possibile individuarli) del suo inveramento. Sullo sfondo si intravede, senza dubbio, la crisi del (la dottrina del) *positivismo giuridico*, almeno nella sua versione "classica": crisi indotta, a propria volta, da una pluralità di fattori, che, da un lato, attingono a processi storico-sociali ed economici che hanno profondamente inciso sull'*identità* e sul *ruolo* degli ordinamenti giuridici, quali si erano andati strutturando all'indomani della formazione dei moderni Stati nazionali (si pensi, ad es., alla nascita di ordinamenti sovranazionali, al fenomeno della c.d. *globalizzazione* e alle forme giuridiche nuove che lo hanno accompagnato (1)); dall'altro si ricollegano (essendo, per l'appunto, il c.d. "positivismo giuridico" - oltre, e prima ancora, che una *prassi* - una *dottrina*, ossia un modo per concettualizzare e giustificare razionalmente una determinata maniera di intendere la produzione, interpretazione ed applicazione del diritto) a significativi sviluppi che, nel corso del Novecento (e, soprattutto, della seconda metà di esso) hanno riguardato la teoria dell'interpretazione giuridica, e,

correlativamente, il modo di intendere il ruolo dell'interprete (e, soprattutto, del giudice) nel processo di applicazione del diritto.

Si tratta, ovviamente, di temi di grande complessità, che è possibile - nei limiti imposti da un Editoriale - soltanto *evocare*, senza alcuna pretesa di trattarli compiutamente, e con il solo scopo di individuare alcune *linee di fondo* dei problemi che essi sottendono (2).

Il declino del "mito" della onnipotenza della Legge (un mito che affonda le sue radici nell'età illuministica e nella codificazione che seguì, agli inizi dell'Ottocento, alla rivoluzione francese) è un dato che può considerarsi ormai assodato. Non che siano venute meno (o, comunque, possano essere superficialmente accantonate) le profonde *ragioni ideali* (e sociali) che stavano alla base dell'attribuzione alla Legge del ruolo di perno dell'ordinamento giuridico (basti pensare al superamento della "regolamentazione per *status*", che caratterizzava l'*ancien régime*; all'affermazione solenne della *uguaglianza* di tutti *dinnanzi alla legge*, che proprio per questo veniva costruita come "norma generale ed astratta", onde il "*valore costituzionale*" che veniva attribuito ai Codici - non solo a quello civile -, come strumenti per realizzare, *anche* attraverso la loro tendenziale "completezza", questo valore dell'eguaglianza, da ravvisare non tanto nel contenuto in sé delle singole norme, ma nell'essere quel contenuto *in ciascuna norma* - in quanto regola generale ed astratta - espressione appunto del complessivo principio di eguaglianza, che la Legge era chiamata a garantire (3)).

(1) Sul punto cfr. la recente riflessione di M. Barcellona, *Il diritto neoliberalo dell'economia globalizzata e della società liquida*, in *Europa e dir. priv.*, 2020, 757 ss., spec. 782, ove si legge questa significativa affermazione: "Tutto quel che è cambiato e che ha segnato quasi un passaggio d'epoca non è avvenuto *de facto* - come si potrebbe credere leggendo quel che solitamente si scrive della globalizzazione - ma è avvenuto *de jure*".

L'affermazione merita di essere sottolineata perché smentisce (evidenziando un dato che dovrebbe essere considerato del tutto autoevidente) l'*ingenua narrazione* che descrive l'operare di trasformazioni, quali quelle riassunte nella formula della "globalizzazione" (ma il discorso può valere anche per altri fenomeni), come se si trattasse di *meri fatti* che incidono *dall'esterno* sugli

ordinamenti giuridici, e non invece di *fatti* che vengono (prima o poi) *regolati* dal legislatore (nazionale o, più sovente, sovranazionale: si pensi alle regole e ai principi che promanano da istituzioni come la WTO), e diventano così una componente del "diritto positivo".

(2) La natura dello scritto giustifica la rinuncia a qualsiasi (sia pur minima) indicazione bibliografica sui temi generali che vengono toccati, che dilaterrebbe - oltre i limiti del consentito - le dimensioni del presente contributo.

(3) Di qui la considerazione delle leggi extracodicistiche (quando esse intervenissero su istituti regolati dal codice, o, comunque, in deroga a quanto in esso stabilito) come *eccezionali scostamenti* dai "principi" contenuti nel codice.

Sono (o, forse, dovrebbe dirsi: erano) ragioni così profondamente radicate (allora), da portare - ad es. - alla pronta abolizione di un istituto (discutibilmente introdotto, per qualche anno, al preteso scopo di limitare i poteri interpretativi dei giudici), quello del *référé législatif* (4), ritenendosi preminente l'esigenza di salvaguardare la "sacralità" della Legge, che non può (si diceva) pronunciarsi *su casi singoli* o avendo riguardo a (e intervenendo su) *specifiche controversie* già insorte (questo è, tipicamente, compito del giudice), ma deve sempre mantenere il suo carattere, appunto, di "regola generale ed astratta". Episodio che dovrebbe far riflettere sull'uso (a volte disinvolto, e talora financo spregiudicato) che il legislatore moderno fa dello strumento della c.d. "interpretazione autentica" (5).

Detto ciò, il fatto nuovo (ed indiscusso) che interviene nel corso del Novecento - e che determina quella che è stata chiamata la "detronizzazione" della Legge (intesa come legge ordinaria) - è l'avvento delle Costituzioni c.d. "rigide", ossia contenenti disposizioni che prevalgono sulla legge "ordinaria", e che non possono essere quindi modificate/derogate da essa; con il corollario della previsione di strumenti di "controllo" (generalmente affidato ad un organo "accentrato" - una Corte costituzionale" - significativamente denominato "giudice delle leggi"), che possono condurre all'espunzione dall'ordinamento di disposizioni legislative (ordinarie) che risultino contrastanti con le disposizioni costituzionali. È sempre - se si vuole - la Legge il perno del sistema delle fonti: ma non più la legge ordinaria, bensì la Costituzione (non a caso indicata come "*Legge fondamentale*") e i suoi principi. L'onnipotenza del legislatore (ordinario) è scomparsa!

Più complesso discorso richiede(rebbe) l'analisi del secondo elemento della formula da cui abbiamo preso le mosse: *l'onnipotenza del giudice* (o - come forse sarebbe più corretto dire - *dell'interprete*). Sebbene questo secondo termine della formula sia *ictu oculi* eccessivo (al punto che - probabilmente - nessuno

sarebbe disponibile a sottoscriverlo, o almeno a prenderlo "alla lettera"), non c'è dubbio che esso rifletta una *sensazione* che sempre più spesso emerge di fronte a fenomeni di c.d. "giurisprudenza creativa", che sono (o, almeno, appaiono) sempre più frequenti e diffusi, tanto da ingenerare per l'appunto l'idea che attraverso gli strumenti dell'interpretazione sia sempre possibile sovvertire (o, comunque, *superare*) i limiti (solo *apparentemente*) posti dai testi legislativi. Allo stesso fenomeno (spesso in senso convintamente adesivo) alludono, del resto, formule come quella che parla di una "giurisdizionalizzazione del diritto", o tesi che non esitano a ricomprendere la giurisprudenza (e, a volte, la stessa dottrina) tra le "fonti del diritto", o che teorizzano il primato del c.d. "diritto vivente" sul diritto vigente, o del diritto *in fieri* rispetto al diritto "posto", e così via.

Si è già accennato alla profonda rimeditazione della teoria dell'interpretazione (giuridica) che ha avuto luogo soprattutto a partire dalla seconda metà del secolo scorso (ma con importanti "premesse", risalenti ai primi decenni di quel secolo (6)), e che ha portato al definitivo abbandono di alcuni postulati della tradizionale dottrina del positivismo giuridico (come ad es. quello della "avalutatività" della interpretazione, del carattere meramente "logico" del c.d. "sillogismo giudiziale" come modello di argomentazione giuridica, etc. etc.). Si trattava (e si tratta), tuttavia, pur sempre di un *affinamento* della teoria dell'interpretazione (anche alla luce di importanti acquisizioni derivanti dalla filosofia del linguaggio), che di per sé non metteva in discussione (necessariamente) l'idea che la regola giuridica da applicare al caso concreto dovesse essere ricavata *dal testo legislativo*, sia pure attraverso un'operazione interpretativa che non poteva essere ridotta ad un procedimento meramente logico-deduttivo (la famigerata "sussunzione" del caso concreto nella "norma astratta"), ma nel quale invece si inserivano *valutazioni* (tratte sia dalla *ratio legis* sia dal caso concreto oggetto di qualificazione e di decisione), nelle pieghe delle quali

(4) Sul quale cfr., di recente, la monografia di P. Alvazzi del Frate, *Giurisprudenza e "référé législatif" in Francia nel periodo rivoluzionario e napoleonico*, Torino, 2005.

(5) Qualche riflessione potrebbe meritare - in questo contesto - l'istituto del c.d. rinvio pregiudiziale (alla Corte di cassazione), di recente introdotto nel nostro ordinamento dall'art. 363-bis c.p.c. La differenza fondamentale, rispetto al *référé législatif* è che, qui, il compito di fornire *preventivamente* l'interpretazione della norma è pur sempre assegnato ad un giudice (la Corte di cassazione), e si giustifica (o potrebbe essere giustificato) in nome della *funzione nomofilattica* che è a tale giudice attribuita, funzione il cui esercizio viene ad essere "anticipato", allo scopo di prevenire o limitare

contrastanti giurisprudenziali (nell'ambito della giurisprudenza di merito) e di assicurare/promuovere (anche in vista di una maggiore certezza del diritto) una uniformità nell'interpretazione/applicazione del diritto.

(6) Si pensi ad alcune acquisizioni maturate nell'ambito del c.d. "movimento del diritto libero" (su cui, per tutti, v. il fondamentale contributo di L. Lombardi-Vallauri, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano, 1967, *passim*). Del resto, risalgono a quel periodo anche formule come quella del "diritto vivente", in particolare nella formulazione dovuta a E. Ehrlich (su cui si vedano, però, le severe critiche di Mengoni, *Diritto vivente*, in *Dig. disc. civ.*, Torino, 1990, spec. par. 4).

potavano (e dovevano) riconoscersi margini più o meno ampi di *discrezionalità dell'interprete* (ad es., con riferimento, al riconoscimento o meno dell'esistenza di una *lacuna legis*, e della individuazione della/e norma/e con cui colmarla). Queste (più moderne) impostazioni, insomma, non mettono (necessariamente) in discussione l'idea che la regola destinata a disciplinare il caso concreto sia pur sempre la regola dettata dal legislatore (sia pure con margini di "integrazione" e di "adattamento", consentiti dall'interpretazione del testo ad opera del giudice e necessari per consentire l'evoluzione dell'ordinamento).

Ben più radicali (nel senso di incidenti, più direttamente, sul rapporto tra giudice e legge, e sulla individuazione degli spazi rispettivi nella determinazione della regola giuridica da applicare al caso) sono stati gli ulteriori sviluppi che la teoria dell'interpretazione ha avuto in seguito, per il concorrere di due principali fattori: da un lato il già accennato fenomeno della c.d. "costituzionalizzazione del diritto" (non solo del diritto privato, ma del diritto *tout court*); dall'altro, l'affermarsi (in sede teorico-generale) delle c.d. "teorie ermeneutiche", che hanno profondamente inciso sul (modo di concepire il) rapporto tra "norma" e "fatto" nella individuazione di quella che viene comunemente definita come "la regola del caso" (cioè la regola giuridica da applicare al singolo caso concreto).

Per esaminare questi (ulteriori) sviluppi (e, in particolare, il primo) - intervenuti sul duplice terreno appena indicato - è bene partire da una premessa. Il carattere "precettivo" delle norme costituzionali (al pari di qualsiasi altra norma giuridica) è un dato da tempo ormai acquisito, e soprattutto da salutare con favore in quanto esprime l'esigenza che l'ordinamento realizzi nel massimo grado

possibile i valori fondanti della convivenza civile, quali consacrati nella Carta costituzionale (specie per ciò che attiene alla tutela e allo sviluppo della persona umana). Il fatto è, tuttavia, che queste norme si presentano, per lo più, nella veste di "principi" (che sovrintendono alla disciplina di un certo istituto), e, soprattutto, di principi dei quali non sempre è possibile predicare la c.d. "efficacia orizzontale", ossia la immediata e diretta applicabilità nei rapporti interindividuali.

Avere a che fare con "principi" (anziché con regole di fattispecie (7)) - ossia con enunciati normativi dotati solitamente di un elevato grado di indeterminazione e di genericità - implica che le regole giuridiche (specifiche) desumibili da tali enunciati siano estremamente varie, il che pone il problema del soggetto al quale spetti il compito di determinare quali siano queste regole. È agevole osservare che "solidarietà", "ragionevolezza", "proporzionalità", "dignità", "(tutela e) sviluppo della persona", "elevata protezione dei lavoratori", etc., possono essere - nella regolamentazione di un istituto (in particolare di un istituto privatistico) - declinati secondo una gamma (se non infinita, certamente) molto ampia di soluzioni idonee ad attuare (in misura più o meno ampia) il *valore* di cui i suddetti principi sono espressione. E non dovrebbe essere dubbio che il potere/dovere di scegliere come "realizzare" ciascuno di questi principi/valori sia affidato *in primo luogo* al legislatore. Di qui la domanda: quando, e in che limiti, il giudice può - *in presenza di una disciplina legislativa* (altro - naturalmente - è il caso in cui una disciplina legislativa *manchi*) - fare applicazione diretta di un principio, operando una scelta (attuativa del principio) *diversa* da quella in ipotesi effettuata (esplicitamente o implicitamente) dal legislatore (8)?

(7) Il che non significa - si noti - che il concetto di "fattispecie" (sia pure inteso in senso lato) sia del tutto estraneo alla norma di principio: il principio della "funzione sociale" di cui all'art. 42, comma 2, Cost. è riferito all'istituto della proprietà (precisamente della proprietà privata; forse perché lo si intende come intrinseco alla funzione dei "beni pubblici", e quindi, non necessitante - rispetto a questi ultimi beni, di essere esplicitamente enunciato), non certo a qualsiasi istituto del diritto privato (a meno che non lo si intenda nel senso generico, in virtù del quale ogni istituto giuridico ha o svolge una "funzione sociale", in quanto diretto a regolare rapporti e conflitti tipo *lato sensu* sociali); il principio di parità (precisamente di "eguaglianza morale e giuridica" dei coniugi) riguarda la relazione matrimoniale, ma non può essere esteso a qualsiasi altra forma di relazione giuridica tra due soggetti; la non contrarietà all'*utilità sociale* è specificamente enunciata (dall'art. 41 Cost.) con riferimento all'iniziativa economia privata, e non può essere considerata una direttiva applicabile/estendibile a qualsiasi attività umana lecita, e così via. In altre parole, ciascuno dei menzionati principi ha un proprio ambito di applicazione (se pur

assai vasto), e, in questo senso, una propria "fattispecie" (alla quale esso si riferisce).

(8) Qui merita di essere segnalata una "tecnica", della quale sempre più spesso si registra l'uso (da parte dei giudici e degli interpreti in genere). La tecnica consiste nel ravvisare, nella disposizione normativa che si tratta di interpretare e (ipoteticamente) di applicare, una "lacuna", che l'interprete si ritiene autorizzato a colmare attraverso l'applicazione (diretta) di un "principio" (in genere, costituzionale). Due esempi.

La disciplina codicistica della caparra confirmatoria non prevede un potere di riduzione giudiziale della caparra che il giudice consideri eccessiva; anzi, la stretta vicinanza di questa disciplina (contenuta nell'art. 1385 c.c.) con quella della clausola penale, che prevede invece espressamente quella riducibilità (v. art. 1384 c.c.) indurrebbe a ritenere che, non avendola menzionata a proposito della caparra, il legislatore abbia implicitamente (e volutamente) escluso che quest'ultima sia passibile di riduzione. E, tuttavia, è sufficiente che il giudice ritenga che questa esclusione rappresenti una "lacuna legis" perché egli si senta autorizzato a colmare

La domanda appena formulata non tocca la possibilità (e, anzi, la doverosità), per il giudice comune, di applicare (direttamente) i principi costituzionali preferendo, *tra due interpretazioni possibili di un testo legislativo esistente*, quella che appare (a lui) come l'interpretazione più conforme ad uno o più principi costituzionali (9). Al contempo però - *sempre nell'ipotesi in cui esista una disciplina legislativa* (che riguardi una materia e/o incida su profili di rilevanza costituzionale) - deve ritenersi (a nostro avviso) che non possa riconoscersi al giudice comune (*una volta che egli non riesca a superare con gli strumenti dell'interpretazione la ritenuta non conformità a Costituzione della disciplina che il legislatore ha dettato*) il potere di effettuare direttamente il bilanciamento degli interessi in gioco, sostituendo quello effettuato dal legislatore con un *bilanciamento* (dal medesimo giudice) ritenuto maggiormente conforme ai principi costituzionali (o, addirittura, come l'unico *compatibile* con detti principi), perché ciò significherebbe legittimare un potenziale *vulnus* alla certezza del diritto e, soprattutto, al valore dell'*eguaglianza dinanzi alla legge*, alla cui realizzazione quella "certezza" è in definitiva preordinata (sia pure nei limiti - certamente non assoluti - in cui essa può essere raggiunta ed auspicata).

la lacuna, facendo applicazione (poniamo) del principio di "proporzionalità".

Un altro esempio.. La disciplina dell'eccessiva onerosità sopravvenuta non sancisce un obbligo di rinegoziazione nel caso in cui si verifichi la causa di risoluzione in questione, né prevede che il contraente "danneggiato" dalla eccessiva onerosità sopravvenuta possa chiedere una "riduzione ad equità" del contratto; attribuisce invece *all'altra parte* la facoltà, se vuole evitare la risoluzione, di fare un'offerta "riequilibratrice" del rapporto tra le prestazioni. Anche in questo caso, un giudice fantasioso potrebbe ragionare supponendo l'esistenza di una "lacuna legis", *sub specie* di mancata previsione della regola da applicare nel caso in cui il soggetto danneggiato voglia non già tutelarsi, chiedendo la risoluzione del contratto, bensì mantenere in vita il contratto, ma a condizioni diverse da quelle pattuite (soluzione alla quale l'altro contraente non ha mostrato di volere addvenire, preferendo in ipotesi "subire" lo scioglimento del rapporto, e tentare di riallocare il bene o il servizio con altro contraente). Il giudice che così ragionasse potrebbe, allora, colmare la (pretesa) "lacuna", supponendo che sorga un obbligo di rinegoziazione (fondato sul principio di buona fede nell'esecuzione del contratto), che la legge non prevede, e anzi (implicitamente) esclude.

(9) È la stessa Corte costituzionale a configurare come doverosa (da parte del giudice comune) la c.d. interpretazione conforme a Costituzione, giudicando come *inammissibile* la questione di legittimità costituzionale sollevata da un giudice *a quo*, il quale non abbia previamente verificato che la disposizione legislativa "impugnata" sia eventualmente suscettibile di essere interpretata in maniera *compatibile* con le norme costituzionali (cfr. Corte cost.).

La stessa Corte costituzionale pone, peraltro - a sé stessa (e, quindi, anche al giudice comune) - il limite del c.d. *diritto vivente*, ritenendo che, quando una disposizione legislativa abbia ricevuto

Un esempio chiarirà meglio quest'ultima affermazione; e lo scegliamo volutamente con riferimento ad una fattispecie che può, sotto molteplici profili, apparire come un caso-limite anche per la tesi qui sostenuta, perché evidenzia le *buone ragioni* che possono accompagnarsi (e sovente accade!) ad episodi di "creazionismo giurisprudenziale".

L'esempio è tratto dalla materia dell'adozione dei maggiorenni, la cui disciplina prevede - com'è noto - che debba sussistere una differenza di almeno diciotto anni tra l'adottante e l'adottato (art. 291 c.c. (10)). Sennonché l'esperienza evidenzia ipotesi nelle quali l'applicazione rigida di questa regola può condurre a situazioni delle quali è palese l'"ingiustizia". Soprattutto nel caso delle c.d. "famiglie ricomposte" può accadere, infatti, che uno dei partner sia genitore biologico di uno o più figli rispetto ai quali non sussista (magari per pochi mesi), nell'altro partner, la differenza di età richiesta per poter procedere all'adozione (di maggiorenni). Adozione che dovrebbe pertanto essere negata, magari per qualcuno soltanto dei suddetti figli, ancorché si sia creata una stabile comunità di affetti di tipo familiare.

Di qui il problema se sia possibile *superare il testo legislativo*, ancorché si tratti di un testo *univoco* (visto che esso fa riferimento ad un dato "numerico"

nel "diritto vivente" (da identificarsi con il diritto consolidato da una costante interpretazione della Corte di cassazione), essa Corte non può prendere ad oggetto la (ipoteticamente) diversa interpretazione "conforme" suggerita dal giudice *a quo*, ma deve giudicare della legittimità costituzionale di quella disposizione assumendone il significato risultante dal diritto vivente. Il che pone un *limite* evidente alla possibilità del giudice comune di propugnare (*sulla base dei principi costituzionali*) interpretazioni che siano in contrasto con quella ricevuta dalla *comunità degli interpreti* (qui "impersonata" dalla Corte di cassazione, in quanto giudice deputato a garantire la corretta interpretazione delle norme di diritto, e a promuoverne l'applicazione uniforme). Il che - si badi bene - *non significa* voler "ingabbiare" il processo (normale, ed anche auspicabile) di *evoluzione dell'ordinamento*, che si alimenta del continuo affinamento/adattamento che (specie attraverso l'attività dei giudici di merito) l'interpretazione delle disposizioni legislative riceve con riferimento ai "casi nuovi" che la realtà giuridica prospetta in continuazione. Questo processo è indispensabile (e ineliminabile), e coinvolge la stessa Corte di cassazione, il cui compito non è quello di frenarlo, ma semmai di controllarne il corretto svolgimento, accogliendone gli "sviluppi" che appaiono razionalmente (e sistematicamente) fondati, ma respingendo le interpretazioni che (secondo il giudice di legittimità) non trovino sostegno nel diritto positivo.

Sul tema del "diritto vivente" sia consentito il rinvio a D'Amico, *Sul "diritto vivente" (Introduzione alla sessione di un Convegno)*, in questa *Rivista*, 2024, 237.

(10) La disposizione - com'è noto - consente esplicitamente di derogare all'età minima dell'adottante (fissata in 35 anni, ma con la possibilità di permettere eccezionalmente che possa adottare anche chi ha raggiunto l'età di 30 anni), ma non anche alla differenza di età che deve sussistere tra adottante e adottato.

preciso, che non si presta - di per sé - ad alternative "interpretative"). Molti giudici (probabilmente la assoluta maggioranza) hanno in passato ritenuto esclusa una simile possibilità; ma non sono mancati giudici che, viceversa, hanno (più di recente) affermato l'adottabilità in presenza di scostamenti "minimi" dal limite dei 18 anni (di differenza tra l'adottante e l'adottato) fissato dal legislatore. E, qualche anno fa, quest'ultima posizione è stata fatta propria dalla stessa Corte di cassazione.

In una elaborata sentenza (11), dopo aver respinto il primo motivo di ricorso (nella parte in cui invocava la questione di legittimità costituzionale dell'art. 291 c.c. sotto il profilo della irragionevolezza della diversità di disciplina, sul punto, dell'adozione ordinaria rispetto a quella dell'adozione dei minori) (12), i giudici del Supremo collegio hanno ritenuto che - in relazione ad *altri profili di incostituzionalità* (diversi da quelli che erano stati già respinti dalla Corte costituzionale) - la disposizione codicistica consentisse *già in via di interpretazione* l'attribuzione di un significato conforme ai principi costituzionali (oltre che alle norme della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, e in particolare all'art. 8), significato che è stato racchiuso nel principio di diritto, secondo cui "in materia di adozione di maggiorenne, il giudice, nell'applicare la norma che contempla il divario minimo d'età di diciotto anni tra l'adottante e

l'adottato, deve procedere ad un'interpretazione costituzionalmente compatibile dell'art. 291 c.c., al fine di evitare il contrasto con l'art. 30 Cost., alla luce della sua lettura da parte della giurisprudenza costituzionale e in relazione all'art. 8 della Convenzione Europea per la Protezione dei Diritti Umani e delle Libertà Fondamentali, adottando quindi una rivisitazione storico-sistematica dell'istituto, che, avuto riguardo alle circostanze del singolo caso in esame, consenta una ragionevole riduzione di tale divario di età, al fine di tutelare le situazioni familiari consolidate da lungo tempo e fondate su una comprovata *affectio familiaris*".

Nello specifico, questa conclusione (e il superamento, che essa implica, dell'interpretazione "puramente letterale" della norma) è stata argomentata sulla base sia di una "interpretazione sistematica" ed "evolutiva" (13) della disposizione in questione, sia dell'esistenza già di un "diritto vivente", sia pure formatosi con riferimento ad una fattispecie più specifica e circoscritta (14).

Pur condividendo l'esito sostanziale di questa decisione, sembra possibile formulare alcune osservazioni sull'iter argomentativo seguito dai giudici del Supremo Collegio.

La prima osservazione riguarda una certa "autoreferenzialità" del ragionamento della Corte, la quale: a) invoca una *lacuna legis* (o, forse, *iuris*), che in realtà

(11) Cass. Civ. 3 aprile 2020, n. 7667 (Pres. Bisogni, rel. Caiazzo). Su questa pronuncia si vedano le considerazioni di G. Grisi, *Il giudice e la legge*, Torino, 2023, 59 ss., 184 ss. (ove è riprodotto un saggio dell'autore, dal titolo *Quando l'interpretazione è disapplicazione: ovvero il fascino insidioso della ricerca del giusto*).

(12) L'argomentazione con la quale questo primo motivo di ricorso viene rigettato dai giudici del Supremo collegio è singolare. Essi osservano, infatti, che la Corte costituzionale aveva già affrontato la questione di legittimità costituzionale dell'art. 291 c.c. (sollevata, in particolare, con riferimento all'art. 3 Cost.) ritenendo insussistente una asserita irragionevolezza della differente disciplina prevista (*in parte qua*) tra l'adozione ordinaria e l'adozione dei minori, in quanto i due istituti hanno struttura, funzione ed effetti diversi (cfr. le sentenze Corte cost. n. 89/1993 e Corte cost. n. 500/2000).

Sennonché questo non avrebbe - a rigore - impedito alla Corte di cassazione (di accogliere la richiesta) di sollevare la q.l.c. sotto profili diversi da quelli che la Corte costituzionale aveva già ritenuto inadeguati a giustificare una pronuncia di illegittimità dell'art. 291 c.c. In particolare, ove i giudici avessero ritenuto sussistente un contrasto dell'art. 291 c.c. con l'art. 8 CEDU, essi avrebbero potuto (e dovuto) sollevare la q.l.c. sotto il profilo della violazione dell'art. 117, comma 1, Cost.,

(13) Scrivono, al riguardo i giudici che "A venire in rilievo è ... il canone della coerenza [della singola disposizione] con l'intero sistema normativo, che trova implicita conferma dell'art. 12, comma 2 (per la via dell'evocazione dell'analogia *legis* e dell'analogia *iuris* come strumenti per colmare le lacune) e che dovrebbe già guidare l'interprete nella ricerca del significato 'conforme allo spirito del tempo e della società per cui la norma è destinata a valere'. Può altresì affermarsi che il giudice può allontanarsi dal

significato che sembrerebbe più immediatamente riconducibile al testo anche per prevenire l'antinomia con il diritto euro-unitario e costituzionale e dunque evitare la formale disapplicazione della norma in questione".

(14) Il "diritto vivente" (richiamato nella sentenza del 2020) era quello che si era formato sulla base di un "precedente" del 1999 (cfr. Cass. Civ. n. 354/1999). Il principio fissato in quest'ultima pronuncia riguardava tuttavia una fattispecie più limitata, relativa all'adozione congiunta di un figlio minore (per il quale non si poneva il problema della differenza di età) e di un figlio maggiorenne (per il quale, invece, il presupposto di tale differenza minima sarebbe stato ostativo all'adozione) -, con riferimento alla quale la Corte di cassazione aveva ritenuto possibile ("al fine di non compromettere la realizzazione del valore etico-sociale della unità familiare, [che va] ... riconosciuto ad entrambi [i figli], in quanto provenienti dalla stessa famiglia", e portatori del medesimo interesse "a potersi inserire nel nuovo nucleo familiare, del quale fa parte il comune genitore") affermare che la disciplina dell'adozione del maggiorenne di cui all'art. 291 c.c., correttamente interpretata, può/deve essere "attratta" nel regime già vigente (ai sensi della L. n. 184 del 1983, art. 44, comma 1, lett. b) e comma 5, come modificato per effetto della sentenza Corte cost. n. 44 del 1990) per l'adozione del figlio minore del coniuge del coniuge dell'adottante, conseguentemente riconoscendo al giudice "il potere di accordare, previo attento esame delle circostanze del caso, una ragionevole riduzione del prescritto divario minimo di età tra adottante e adottato, sempre che la differenza di età tra gli stessi rimanga nell'ambito della *imitatio naturae*".

In buona sostanza, la sentenza del 2020 estende questo principio, consentendo di applicarlo anche al di fuori del caso particolare che aveva formato oggetto della pronuncia del 1999.

non sussiste, e ne fa il presupposto per procedere ad una interpretazione “sistemica” (*recte*: analogica); b) pone a base di tale interpretazione “sistemica” (*recte*: analogica) “principi” (dell’ordinamento, non solo interno, ma anche europeo), che vengono invocati nella portata che già “sconta” una concretizzazione *operata dagli stessi giudici* (15) (e da essi applicata anche al caso - suppostamente “non regolato” -, che, nella specie, si presentava per così dire in purezza (16)). In tal senso è indicativo, soprattutto, il richiamo al (in sostanza: l’applicazione “analogica” del) “diritto vivente” formatosi sulla base del “precedente”, costituito dal “principio di diritto” enunciato nella sentenza del 1999, sopra richiamata.

La seconda, e più importante, osservazione riguarda, però, un altro aspetto. La pronuncia del 2020 è (era) sicuramente una pronuncia coraggiosa, che utilizza (va) al massimo grado le potenzialità di sviluppo dell’ordinamento attraverso lo strumento dell’interpretazione (costituzionalmente orientata). Si tratta (va) tuttavia, pur sempre, di una “interpretazione”, per quanto proveniente da un giudice particolarmente qualificato (la Corte di cassazione), in grado (per la funzione nomofilattica che gli è attribuita) di *orientare* i successivi sviluppi giurisprudenziali (specie se l’indirizzo accolto si fosse “consolidato”, venendo confermato da ulteriori pronunce del giudice di legittimità, e, in particolare, da parte delle Sezioni unite). Epperò non si tratta(va), comunque, di un precedente “vincolante” (in senso stretto), il che significa che i giudici di merito avrebbero potuto (almeno in astratto) continuare ad applicare l’art. 291 c.c. seguendo l’interpretazione “letterale” di questa disposizione (interpretazione che difficilmente sarebbe stata suscettibile di censura per “erronea applicazione di una norma di diritto”). E così, accanto a giudici di merito che avrebbero ritenuto di seguire l’indicazione della Cassazione, altri ce ne sarebbero potuti essere che avrebbero continuato a considerare insuperabile il dettato normativo, nella parte in cui

determina (univocamente) in 18 anni la differenza di età che è necessario sussista tra adottante e adottato. Con quali conseguenze, sul piano della certezza del diritto e dell’eguaglianza tra i cittadini è facilmente immaginabile (17).

È esattamente quel che è accaduto. Il Tribunale di Firenze - con una ordinanza del 17 gennaio 2023 (quando era già intervenuta, da oltre due anni, la sentenza della Cassazione) - ha ritenuto, in relazione al caso che si era nella specie prospettato (e nel quale la differenza di età tra adottante e adottando era di 17 anni e 3 mesi, e dunque inferiore di 9 mesi rispetto a quella richiesta dalla legge) (18), che l’art. 291, comma 1, c.c. “non consente al giudice alcuna discrezionalità nel derogare al limite del divario di età”. Peraltro - rilevato che “la ‘mutata configurazione sociologica’ dell’istituto dell’adozione dei maggiorenni nella conseguita funzione di ‘riconoscimento giuridico di una relazione sociale, affettiva ed identitaria, nonché di una storia personale, di adottante e adottato’ e di strumento volto a consentire la formazione di famiglie tra soggetti che, seppur maggiorenni, sono tra loro legati da solidi vincoli personali, morali e civili, in ossequio ai principi costituzionali dell’unità familiare (art. 30 Cost.) e del rispetto della vita privata e familiare (art. 8 Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo)” - il giudice fiorentino ha ritenuto di sollevare la questione di legittimità costituzionale della disposizione in questione, ritenendo necessario l’intervento della Consulta, non essendo l’interpretazione (costituzionalmente orientata) proposta dalla Cassazione (19) “praticabile nella chiarezza ed univocità dell’enunciato normativo”.

Orbene, la Corte costituzionale ha accolto in pieno l’impostazione del giudice remittente. In particolare, nella sentenza n. 5/2024 (20), al par. 3 della motivazione in diritto, si legge testualmente che “deve ... preliminarmente darsi atto che correttamente il giudice *a quo* ha escluso la possibilità di

(15) Quella contenuta nella sentenza Cass. Civ. n. 354/1999 (che si riferiva, però - come già evidenziato - ad una fattispecie più circoscritta, relativa all’adozione di un maggiorenne contestualmente a quella di un minorenni, entrambi figli del partner dell’adottante).

(16) Trattandosi dell’adozione di un unico figlio (maggiorenne) del partner dell’adottante.

(17) Non varrebbe dire che, a fronte di una pronuncia di un giudice di merito che avesse continuato a ritenere “vincolante” il limite dei 18 anni fissato dall’art. 291 c.c. (e per questa ragione avesse respinto una richiesta di dichiarazione di adozione di un maggiorenne per insussistenza del requisito in questione), sarebbe stato pur sempre possibile ricorrere in Cassazione.

Anche a prescindere, infatti, dalle difficoltà di configurare, nel caso di specie, una “violazione di legge” (che giustifichi l’annullamento

della sentenza, e rinvii la causa al giudice di merito per la valutazione delle circostanze che avrebbero potuto giustificare la “deroga” al suddetto limite), resta il fatto che la sola circostanza di dover (eventualmente) esperire un ricorso in Cassazione (e affrontare poi un successivo, probabile, giudizio di rinvio) si risolverebbe in un aggravio di costi, ma soprattutto in un allungamento dei tempi necessari per ottenere l’adozione.

(18) Il caso riguardava l’adozione di un maggiorenne, il cui padre biologico si era (nel 1968) sposato con l’istante-adottante (che allora aveva 22 anni), e che dall’età di cinque anni aveva vissuto nella nuova famiglia.

(19) Nella sentenza Cass. Civ. n. 7667/2020, cit.

(20) Corte cost. 18 gennaio 2024, n. 5 (Pres. Barbera, redattore San Giorgio).

un'interpretazione costituzionalmente orientata della disposizione censurata, così sottoponendo allo scrutinio di questa Corte il proprio dubbio. Secondo la costante giurisprudenza costituzionale, infatti, 'l'onere di interpretazione conforme viene meno, lasciando il passo all'incidente di costituzionalità, allorché il giudice rimettente sostenga, come nel caso di specie, che il tenore letterale della disposizione non consenta tale interpretazione' (sentenza n. 104 del 2023; nello stesso senso, sentenze n. 102 del 2021, n. 253 del 2020 e n. 232 del 2013). Nella specie, la formula perentoria del primo comma dell'art. 291 cod. civ., nella parte in cui legittima l'adozione dei maggiorenni ai richiedenti che 'superano di almeno diciotto anni l'età di coloro che essi intendono adottare', *integra all'evidenza detto limite all'onere di interpretazione conforme* (corsivi aggiunti).

Ciò precisato - e dopo aver ricostruito la genesi e l'evoluzione dell'istituto dell'adozione c.d. "ordinaria" (adozione dei maggiorenni) - la Corte costituzionale ha accolto la censura di illegittimità costituzionale, sotto il profilo della violazione dell'art. 2 Cost. (*sub specie* di lesione del diritto all'identità personale) (21), statuendo che "L'art. 291, primo comma, cod. civ. deve essere ... dichiarato costituzionalmente illegittimo nella parte in cui, per l'adozione del maggiorenne, non consente al giudice di ridurre, nei casi di esigua differenza e sempre che sussistano motivi meritevoli, l'intervallo di età di diciotto anni fra adottante e adottando". Una conclusione - come si vede - del tutto analoga a quella affermata dalla Corte di cassazione nella sentenza del 2020; epperò conseguita in maniera più corretta (ossia evitando "forzature" della funzione "interpretativa" del giudice comune), e, soprattutto, attraverso uno strumento (la pronuncia di incostituzionalità) che garantisce la certezza del diritto e l'eguaglianza dei cittadini ... *davanti ai giudici*.

Riprendendo, adesso, il filo principale del discorso che si stava svolgendo (prima di innestare la lunga parentesi che è stata dedicata all'esemplificazione prescelta), il secondo tema al quale si intende

accennare concerne l'incidenza che sulla teoria dell'interpretazione giuridica hanno avuto alcune prospettive filosofiche, e in particolare la prospettiva ermeneutica (specie nella versione gadameriana) e, in Italia, alcune posizioni dell'idealismo (crociano e gentiliano). Ciò che accomuna queste prospettive, dal punto di vista che qui interessa evidenziare, è la rivalutazione del ruolo del "caso concreto" (e delle sue caratteristiche specifiche) nella individuazione della *regula iuris* da applicare, cioè di quella che per l'appunto viene indicata come "norma del caso" (o norma casuale).

Allo schema "sussuntivo" - depurato (beninteso) dall'ingenua configurazione che lo descrive(va) come un modello di ragionamento *di tipo meramente logico-deduttivo* - è indubbiamente coesistente l'idea che il "caso concreto" da decidere debba/possa essere *ricondotto* alla "fattispecie astratta" delineata nella disposizione legislativa (22). Idea che non è affatto tacciabile di essere un retaggio (ormai da superare) di un vieto "positivismo giuridico", ma che invece costituisce l'essenza stessa del concetto di "ordinamento" (giuridico): ed è proprio in questo senso che si è ribadito, ancor di recente, che "Il diritto non regola singoli casi, col loro volto o nome, ma classi o categorie di casi, secondo ciò che accade in una data società e in un dato periodo di tempo" (23). La norma giuridica, insomma, è *necessariamente* una regola *generale ed astratta* (rivolta al futuro). Una serie (o somma) di regole individuate (necessariamente *ex post*) sulla base della considerazione delle specificità dei casi concreti di volta in volta decisi non varrebbe a costituire un "ordinamento"!

Sennonché, in questo carattere (generale ed astratto) della norma si è voluto vedere non tanto il segno della sua "potenza" (o, almeno, della sua funzione) di "regola di comportamenti futuri" ("regola" che cesserebbe di essere tale, se ciascun consociato potesse nutrire l'aspettativa che i suoi comportamenti siano valutati secondo le peculiarità della situazione in cui ha agito, e non secondo "schemi generali" entro i quali oggettivamente quei comportamenti siano inscrivibili (24)), ma piuttosto un suo *limite*. La vera regola giuridica non sarebbe - secondo questa

(21) Per l'ampia motivazione che fa da corredo alla decisione dei giudici della Consulta si rinvia alla lettura dei parr. 6.1. ss. della sentenza.

(22) "Norma" - beninteso - da ricostruire (nella posizione della c.d. "premessa maggiore" del sillogismo) senza fermarsi ad un banale "significato letterale" (che, al più, costituisce il punto di partenza dell'attività ermeneutica), bensì adoperando, nei limiti in cui il testo lo consente, tutti gli strumenti di cui l'interprete dispone: interpretazione *estensiva*, interpretazione *teleologica*, interpretazione *storica*, interpretazione *sistematica* (quest'ultima

particolarmente significativa perché comporta la considerazione anche dei *principi* che possono essere pertinenti alla materia di cui si tratta).

(23) Così Cacciari - Irti, *Intorno a questioni genetiche (Profili filosofico-giuridici)*, in *Riv. dir. civ.*, 2024, 403 ss., 405.

(24) Schemi generali, come - prendendo spunto dal diritto delle obbligazioni - "inadempimento", "inesatto adempimento", "ritardo", etc.; non senza avvertire che gli "schemi generali" di cui si parla tipizzano anche le eventuali cause che possono "giustificare" tali fatti (che astrattamente, e oggettivamente,

visuale (propria, ad es., di una parte della filosofia idealistica italiana) quella contenuta nella *volizione astratta della legge*, bensì per l'appunto quella che il giudice enuncia (o "costruisce") con riferimento ai singoli casi che egli "decide", perché la *vera volontà* dell'ordinamento è quella che si esprime nella decisione giudiziale ("*volontà in atto*") e non quella che trova espressione nella volizione della legge (che è una mera "volizione astratta").

Il ruolo del "caso" (concreto) nella individuazione della (vera) norma giuridica diventa ancora più pregnante nelle impostazioni ispirate alla teoria "ermeneutica" gadameriana. Qui il punto cruciale risiede nell'affermazione secondo cui l'*interpretazione* della legge non può essere separata (e distinta) dalla sua *applicazione* ai casi concreti, onde la ricostruzione del significato della legge è necessariamente influenzata da tale applicazione, che dunque concorre a determinare quel significato (che non preesiste ad essa). In altre parole la legge (in quanto formulata in via generale ed astratta) contiene una regola *di per sé* "incompleta" (è una sorta di "semilavorato"), che acquisirà individuazione specifica solo a seguito del confronto col caso concreto.

Nelle versioni più estreme (probabilmente estranee allo stesso pensiero gadameriano) non mancano posizioni che teorizzano apertamente la c.d. *normatività del fatto* (*ex facto ius oritur*), ancora una volta cercando in tal modo di "allentare" il vincolo del giudice nei confronti dell'enunciato legislativo.

A giustificare il *distacco dal testo normativo* (o, quanto meno, l'allentamento del "vincolo" dell'interprete rispetto al testo legislativo), concorrono - ponendosi sulla scia delle grandi teorizzazioni sopra evocate (sia pur per grandissime linee) che hanno interessato la dottrina dell'interpretazione giuridica, modificando profondamente la percezione del ruolo dell'interprete nell'applicazione della legge (ruolo dei "principi" e loro diretta applicabilità, "circolo ermeneutico", etc.) - una serie di altre argomentazioni minori, che dovrebbero confermare (nelle intenzioni di chi le prospetta) l'ampliamento dei margini di discrezionalità dell'interprete.

Un primo argomento ha carattere - se così può dirsi - *fattuale*, e consiste nell'evidenziare come l'interprete

ormai non si trovi più (molto spesso) al cospetto di *un unico testo* da interpretare, bensì di una pluralità di enunciati normativi provenienti da "fonti" diverse che regolano la materia oggetto di decisione (v., fra gli altri, Camardi).

Il dato segnalato è vero; meno persuasiva è la deduzione che da esso si vorrebbe trarre. In ordinamenti "multilivello" (quali sono ormai, per diverse materie, gli ordinamenti attuali) capita effettivamente che si assista sovente al *concorso di una pluralità di regolamentazioni (dello stesso oggetto) provenienti da fonti diverse*. Ma il problema, allora, non è quello di ritenere giustificato l'abbandono della *fedeltà al testo*, ma piuttosto quello di scegliere la "fonte" che (in base ai criteri di competenza e di gerarchia, o ad altro criterio di coordinamento tra le fonti in ipotesi concorrenti) è destinata a trovare applicazione nel caso di specie. Dopodiché l'interprete sarà *vincolato a quella fonte* (e a quel *testo normativo*), e non potrà decidere il caso sulla base di (soggettive) ricostruzioni basate su *principi*, anziché sulle "regole" dettate dal legislatore (nazionale, sovranazionale, etc.) -, il quale, a sua volta, avrà dettato quelle regole proprio allo scopo di dare attuazione a quegli stessi "principi" (attuandoli variamente, a seguito del *bilanciamento* con gli altri principi che vengano eventualmente in rilievo nelle diverse materie).

Si osserva, inoltre, che sempre più spesso le disposizioni "di legge" (nazionale, sovranazionale, internazionale) non contengono regole specifiche, ma piuttosto l'enunciazione di *direttive generali di giudizio* (e di decisione), affidate ad enunciati espressi in forma di *clausole generali*, di *concetti indeterminati*, o, addirittura, riproductivi del *principio(-valore)* stesso che presiede alla disciplina di una certa materia.

Anche questa è un'osservazione, in sé, corretta (25), specie laddove registra il dato - effettivamente emergente dalla realtà normativa attuale - di un sempre più diffuso ricorso, nella disciplina legislativa di svariate materie, a queste formule "aperte" (o "elastiche", che dir si voglia), che lasciano indubbiamente margini di discrezionalità assai ampi all'interprete. Ci si trova di fronte, in questi casi, ad una sorta di "delega" che il legislatore fa al giudice, affidandogli il compito di individuare la migliore attuazione di un "principio" *alla luce delle circostanze del caso concreto*,

darebbero vita a responsabilità del debitore), e dunque esonerare quest'ultimo dalla responsabilità ad essi normalmente connessa (si pensi a: "impossibilità sopravvenuta", "caso fortuito", "forza maggiore", etc.).

(25) È chiaro, invero, che *quando il legislatore ricorra a clausole generali o a formulazioni elastiche ed indeterminate*, la discrezionalità dell'interprete non può che accrescersi, perché è affidato a

lui (dallo stesso legislatore) il compito di individuare la *regula iuris* (sulla base di *standard valutativi generali*, quali il *best interest of the child*, il "buon padre di famiglia", etc. etc.), operando una valutazione che deve tener conto delle *circostanze del caso concreto* (che sfuggirebbero - come tali - ad una qualificazione e valutazione "generale ed astratta", alla quale il legislatore per l'appunto rinuncia).

circostanze che possono essere così varie (o così *peculiari*) da giustificare la rinuncia ad una loro (preventiva) *tipizzazione*. Sennonché, anche questo non è un fenomeno “nuovo” (se non per l’ampiezza con il quale esso si presenta nell’esperienza giuridica attuale); e, soprattutto, non è un fenomeno che possa essere addotto a supporto di un *generale* ribaltamento dei ruoli rispettivi della legge e del giudice nella formazione delle regole giuridiche. Nessun ordinamento giuridico potrebbe pretendere di risolvere *tutti* i conflitti di interesse attraverso regolamentazioni dettagliate, e senza far ricorso (in un numero più o meno ampio - ma, comunque, limitato - di casi) alla partecipazione del giudice alla individuazione della regola da applicare al caso concreto; ma nessun ordinamento sopravviverebbe (o, più radicalmente, potrebbe dirsi esistente) se esso fosse fondato esclusivamente su una legislazione per clausole generali o per principi.

Un’ultima notazione, a conclusione di queste brevi riflessioni. L’ampliamento dei margini di discrezionalità nell’interpretazione e nell’applicazione della legge è *un dato di fatto* che difficilmente potrebbe essere negato da qualsiasi osservatore oggettivo dell’esperienza giuridica attuale. Ma è soltanto - se è consentita la metafora - la *punta dell’iceberg*. La *parte sommersa* - che è senza dubbio quella *quantitativamente* maggiore - continua ad essere rappresentata (anche a tacere del fenomeno, rilevantissimo, della c.d. “attuazione spontanea” del diritto) da decisioni giudiziali che fanno *applicazione della legge* (*recte*: delle innumerevoli leggi che compongono la realtà degli ordinamenti giuridici moderni), attenendosi a dettati normativi (formulati con la tradizionale tecnica della “fattispecie” analitica) che non richiedono particolari interventi “integrativi”/“manipolativi”, e che risultano idonei (nella maggior parte dei casi)

a regolare le situazioni controverse che si presentano all’esame del giudice stesso.

Il “creazionismo” giudiziale, di cui tanto si parla, emerge soprattutto in alcune materie (quella dei “diritti fondamentali”, anzitutto) ed è favorito dalla inerzia del legislatore, che - spesso per incapacità, talora per calcolo opportunistico - preferisce *non decidere* (oppure, quando lo fa, lo fa con regolamentazioni approssimative e lacunose), lasciando alla *funzione giurisdizionale* (esercitata dai giudici comuni, ma anche dalla Corte costituzionale) la *responsabilità* di affrontare questioni delicatissime, sulle quali il legislatore evita (più o meno deliberatamente) di pronunciarsi, a volte mostrando quasi di voler attendere che si formino orientamenti consolidati, altre volte (forse) nella inconfessata speranza che il contrasto di opinioni e di decisioni giustifichi in qualche modo la scelta “attendista”, mentre invece è proprio in questi casi che egli dovrebbe intervenire dettando regole che forniscano un “quadro certo” a quanti vorrebbero che il riconoscimento dei propri diritti sia affidato non già all’aleatorietà di un giudizio (che potrebbe cambiare di caso in caso, secondo la mutevole sensibilità di un giudice) bensì ad un legislatore consapevole dei bisogni emergenti dalla società e capace di dare a questi bisogni risposte adeguate (26). Ove ciò accadesse (ma, purtroppo, non ci sono segnali incoraggianti in tal senso (27)), il rapporto tra giudici e legge tornerebbe ad incanalarsi nell’alveo normale, dal quale rischiano di farlo debordare sia posizioni (invero ormai isolate, almeno nella loro formulazione estrema) che predichino una (ormai tramontata) “onnipotenza del legislatore”, sia posizioni (oggi alquanto diffuse) che favoriscano (o, più spesso, *accettino*, in nome magari di un atteggiamento asseritamente “realistico”) un “attivismo giudiziale”, che rimane pur sempre il sintomo di una assenza.

(26) Salvo, naturalmente, il vaglio di questa “adeguatezza” - e più specificamente della conformità delle soluzioni fornite, rispetto ai valori ed ai principi costituzionali - affidato in ultima istanza alla Corte costituzionale.

(27) Basti pensare alla regolamentazione del “fine vita”, che ancora attende (nonostante i reiterati moniti della Corte costituzionale) un intervento del legislatore.

Cessione del credito

Cassazione Civile, Sez. III, 15 luglio 2024, n. 19358 - Pres. Frasca - Est. Cirillo - Voihotels S.p.a. c. Banco Bpm S.p.a., già Release S.p.a.

La cessione del credito, avendo causa variabile, può avere anche funzione esclusiva di garanzia, comportando in tal caso il medesimo effetto, tipico della cessione ordinaria, immediatamente traslativo del diritto al cessionario, nel senso che il credito ceduto entra nel patrimonio del cessionario e diventa un credito proprio di quest'ultimo, il quale è legittimato pertanto ad azionare sia il credito originario sia quello che gli è stato ceduto in garanzia, sempre che persista l'obbligazione del debitore garantito; ove, invece, si verifichi l'estinzione, totale o parziale, dell'obbligazione garantita, il credito ceduto a scopo di garanzia, nella stessa quantità, si ritrasferisce automaticamente nella sfera giuridica del cedente, con un meccanismo analogo a quello della condizione risolutiva, senza quindi che occorra, da parte del cessionario, un'attività negoziale diretta a tal fine.

ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI

Conforme	Relativamente alla cessione del credito in garanzia quale negozio comportante, in caso di adempimento, l'automatica retrocessione del credito ceduto, attraverso un meccanismo analogo a quello della condizione risolutiva: Cass. 23 luglio 1997, n. 6882; Cass. 2 aprile 2001, n. 4796; Cass. 5 aprile 2001, n. 5061.
Diforme	In ordine alla qualificazione della cessione del credito in garanzia in termini di negozio fiduciario: Cass. 15 giugno 1964, n. 1518; Cass. 9 aprile 1969, n. 1133; Cass. 13 novembre 1973, n. 3004; Cass. 2 agosto 1977, n. 3421.

La Corte (*omissis*)

Ragioni della decisione

RICORSO PRINCIPALE

1. - (*omissis*).
2. - (*omissis*).
3. - Con il secondo motivo di ricorso si lamenta, in riferimento all'art. 360, primo comma, n. 3 e n. 4, c.p.c., nullità della sentenza e violazione dell'art. 101, secondo comma, c.p.c., nonché degli artt. 1260, 1939, 1941 e 1353 c.c., per avere - sotto il primo profilo - la Corte d'appello accolto la domanda subordinata, fondata sulla cessione del credito in garanzia, "del tutto a sorpresa" e senza contraddittorio tra le parti, e - sotto il secondo profilo - per aver violato le norme sostanziali indicate. Osserva la ricorrente che, anche ammettendo che la Corte d'appello potesse pronunciarsi sulla domanda della Release fondata sulla cessione dei canoni di affitto in suo favore, tale questione era rimasta "assorbita e dunque del tutto ignorata dalla pronuncia di primo grado", mentre sul punto non si era sviluppato alcun contraddittorio nel giudizio di appello. Oltre tutto, rileva la ricorrente, se la Corte d'appello avesse correttamente tenuto presente che la cessazione del contratto di *leasing* (al 31 dicembre 2014) comportava in via automatica la retrocessione del credito dalla Release alla Tikal, mai avrebbe potuto accogliere la domanda di condanna fondata sulla cessione del credito. Doveva considerarsi pacifico in base agli di causa, infatti, che la cessione dei crediti aveva una funzione di garanzia, che l'obbligazione garantita si era pacificamente estinta (essendo venuto meno, come si è detto, il contratto di *leasing*) e che la società Alpitour aveva regolarmente

pagato i propri debiti fino a tutto dicembre 2014, cioè fino alla scadenza del contratto di *leasing*. La Corte d'appello, in definitiva, avrebbe errato 1) nel ritenere efficace il contratto di cessione, con permanenza della garanzia, senza che vi fosse alcun inadempimento da parte della Alpitour relativamente al contratto di *leasing* e 2) nel ritenere che la Release potesse rimanere creditrice in forza del contratto di cessione dei crediti in garanzia, essendosi il contratto di *leasing* (garantito) pacificamente concluso il 31 dicembre 2014.

3.1 - Il motivo contiene due censure. La prima ha ad oggetto la presunta violazione dell'art. 101 cit., ed è priva di fondamento. La norma ora richiamata esige che la decisione su di una determinata questione non intervenga, come suol dirsi, a sorpresa; ma è evidente che, proposta in primo grado la domanda subordinata di condanna fondata sulla cessione dei canoni in garanzia e ribadita la stessa in appello, non si era in presenza di una questione rilevata d'ufficio dal giudice, sulla quale doveva essere stimolato il contraddittorio. Il contraddittorio c'era già e l'odierna ricorrente principale era ben consapevole del fatto di doversi difendere anche rispetto a quella domanda, sicché la lamentata violazione di legge non sussiste.

3.2 - La seconda censura, invece, è fondata. La vicenda in fatto è complessa, caratterizzata dall'intreccio tra una pluralità di parti e di contratti. È opportuno ricapitolarne rapidamente i principali passaggi: la società Release acquistò l'immobile dalla società Valadier cedendolo alla stessa in *leasing*; quest'ultima concesse in locazione l'immobile alla s.r.l. Cicerone, incorporata nella società Tikal, poi fallita; la società Valadier cedette il contratto di *leasing* alla s.a.r.l.

Cicerone, società lussemburghese, la quale subentrò quindi nella posizione di locatrice dell'immobile; la società Tikal stipulò con la società Alpitour il contratto di affitto di azienda, comunicandole poi di aver ceduto in favore della società Release, col contratto del 2 dicembre 2011, i canoni derivanti dall'affitto, a garanzia del pagamento del corrispettivo del *leasing*. È pacifico dagli atti di causa che, mentre il contratto di *leasing* tra la società Release e la s.a.r.l. Cicerone andò a scadere alla data del 31 dicembre 2014, quello di affitto di azienda intercorso tra la società Tikal e la società Alpitour, decorrente dal 1° giugno 2006 per la durata di nove anni (non prorogati), andò a scadere il 31 maggio 2015.

Può dirsi che il cuore della causa odierna risieda tutto in questa diversa scansione temporale dei due contratti, per cui l'affitto di azienda si protrasse per cinque mesi in più rispetto al contratto di *leasing*. Tutto ciò premesso in punto di fatto, la questione giuridica sulla quale questa Corte è chiamata a pronunciarsi consiste nello stabilire se, cessato il contratto di *leasing* alla data del 31 dicembre 2014 - a garanzia del quale c'era stata la cessione del 2 dicembre 2011 intercorsa tra la società Tikal e la società Release - la società Alpitour, rimasta nella detenzione dell'immobile a titolo di affittuaria dell'azienda fino al 31 maggio 2015, fosse tenuta o meno al pagamento dei canoni di quei cinque mesi in favore della società Release. Si tratta, in altri termini, di stabilire se, pacifica essendo la diversità delle parti che hanno stipulato i contratti di cui si discute, la società Release abbia diritto o meno di pretendere dalla società Alpitour (oggi Voihotels s.p.a.), a titolo di garanzia, il pagamento dei canoni suindicati. La Corte ritiene che la risposta sia negativa.

Deve essere richiamata in proposito - come correttamente ha rilevato il Procuratore generale nelle sue conclusioni scritte - la giurisprudenza di questa Corte secondo cui la cessione del credito, avendo causa variabile, può avere anche funzione esclusiva di garanzia, comportando in tal caso il medesimo effetto, tipico della cessione ordinaria, immediatamente traslativo del diritto al cessionario, nel senso che il credito ceduto entra nel patrimonio del cessionario e diventa un credito proprio di quest'ultimo; sicché egli è legittimato ad azionare sia il credito originario sia quello che gli è stato ceduto in garanzia, sempre che persista l'obbligazione del debitore garantito. Qualora, invece, si verifichi l'estinzione, totale o parziale, dell'obbligazione garantita, il credito ceduto a scopo di garanzia, nella stessa quantità, si ritrasferisce automaticamente nella sfera giuridica del cedente, con un meccanismo analogo a quello della condizione risolutiva, senza quindi che occorra, da parte del cessionario, un'attività negoziale diretta a tal fine (così già la risalente sentenza 2 aprile 2001, n. 4796; ma in senso conforme sono da richiamare l'ordinanza 28 maggio 2020, n. 10092, la sentenza

25 maggio 2022, n. 16837, e, da ultimo, l'ordinanza 22 dicembre 2023, n. 35918). In base a tale giurisprudenza, alla quale la pronuncia odierna intende dare ulteriore continuità, la cessione del credito può sì avvenire anche a titolo di garanzia, ma in tal caso, se l'obbligazione garantita si estingue, si verifica un meccanismo paragonabile a quello della condizione risolutiva, con conseguente retrocessione del credito garantito nella sfera giuridica del cedente. Ne consegue che, applicando detto principio al caso in esame, una volta venuto meno il contratto di *leasing* al 31 dicembre 2014, la società Release non poteva più far valere l'obbligazione di garanzia, nei confronti della società Alpitour, allo scopo di ottenere da questa il pagamento dei cinque mesi di canone relativi al diverso contratto di affitto di azienda. Né l'accertata occupazione, da parte della Alpitour, dell'immobile fino al 31 maggio 2015 poteva costituire titolo idoneo, in capo alla società Release, per esigere un pagamento che era stato ceduto a garanzia del pagamento dei canoni di *leasing*. È appena il caso di osservare, d'altronde, che una simile pretesa avrebbe potuto essere avanzata - ragionando in via di mera ipotesi - solo se vi fosse stata, da parte della società Release, una contestazione riguardante l'inadempimento del contratto di *leasing* (per il quale la garanzia era stata costituita). Ma tale contestazione certamente non vi fu, posto che risulta pacificamente dalla sentenza - e non sembra ci sia discussione sul punto - che la società Alpitour pagò regolarmente i canoni di affitto (ceduti in garanzia) fino al 31 dicembre 2014, data in cui il *leasing* ebbe termine (v. anche i rilievi del ricorso principale a p. 30). Come emerge dal ricorso principale, d'altra parte, né vi sono state contestazioni sul punto, la società Alpitour concluse un accordo transattivo con il Fallimento della società Tikal avente ad oggetto il pagamento dei cinque mesi di affitto di cui si discute; e questo elemento, che rimane peraltro sullo sfondo, irradia sulla vicenda una luce ulteriore, corroborando la bontà della conclusione raggiunta. In base a tutte queste considerazioni il secondo motivo di ricorso deve essere accolto.

4. - (*omissis*).

5. - (*omissis*).

6. - L'accoglimento del secondo motivo determina l'evidente assorbimento dei motivi terzo e quarto del ricorso principale, come richiesto anche dal Procuratore generale nelle sue conclusioni scritte.

RICORSO INCIDENTALE

7. - Con l'unico motivo di ricorso si lamenta, in riferimento all'art. 360, primo comma, n. 3) e n. 4), c.p.c., nullità della sentenza per intrinseca contraddizione e falsa applicazione degli artt. 112, 115 e 116 c.p.c., nonché degli artt. 817, 818, 934, 939, 1590, 1595, 2041, 2043 e 2561 c.c., in relazione al rigetto dell'appello incidentale proposto dalla Release limitatamente alla domanda di risarcimento dei danni da deterioramento

del complesso immobiliare oggetto di affitto in favore della Alpitour. Osserva la società Release che la Corte territoriale avrebbe erroneamente escluso il diritto di Release ad ottenere da Alpitour il risarcimento dei danni conseguenti al danneggiamento dell'immobile all'interno del quale la stessa aveva esercitato l'attività aziendale alberghiera sulla base del contratto di affitto di azienda concluso con la s.r.l. Hotel Cicerone. La ricorrente premette che a carico della Alpitour sussisteva comunque l'obbligo di manutenzione dell'immobile, ai sensi dell'art. 1590 c.c. o, in alternativa, sulla base del contratto di cessione dei canoni di affitto dell'azienda. La Corte d'appello, pur riconoscendo l'esistenza di un collegamento negoziale tra il contratto di *leasing*, quello di locazione e quello di affitto di azienda, avrebbe erroneamente respinto la domanda risarcitoria. Doveva, infatti, ritenersi pacifico che la Release fosse proprietaria dell'immobile il cui godimento formava oggetto dell'affitto di azienda; che la Hotel Cicerone s.r.l. fosse titolare degli altri componenti dell'azienda affittata; che a carico della Alpitour sussistesse un obbligo di mantenere la buona conservazione dei beni aziendali e dell'immobile, obbligo che essa non aveva adempiuto. Ciò premesso, la ricorrente rileva che il risarcimento dei danni dovrebbe spettare comunque al proprietario e non alla Hotel Cicerone s.r.l.; la *ratio* dell'art. 1595 c.c., infatti, è nel senso che il conduttore sublocatore non possa ottenere il risarcimento dei danni da parte del subconduttore occupante (cioè, appunto, la Alpitour) senza riconoscerli al proprietario, "ultimo legittimato della catena ad ottenerli".

7.1 - La Corte ritiene che il ricorso incidentale sia inammissibile per le seguenti ragioni. Occorre innanzitutto sgomberare il campo dalla censura che ha ad oggetto la presunta violazione dell'art. 2043 c.c. e dell'art. 112 c.p.c., relativa alla sussistenza di una responsabilità della società Alpitour a titolo extracontrattuale. Come correttamente è stato affermato dal Procuratore generale nelle sue conclusioni per iscritto, la società Release non ha dimostrato di aver proposto (e ribadito in appello) simile domanda risarcitoria. Dal tenore delle conclusioni riportate dalla Corte torinese nell'epigrafe della sentenza impugnata emerge che quella domanda non fu proposta e che la domanda di risarcimento danni fu avanzata solo ai sensi dell'art. 1595, primo comma, c.c., sicché questa parte della censura è inammissibile. Il resto del complesso motivo di ricorso ha ad oggetto la violazione di legge che deriverebbe, nella specie, dall'omessa applicazione, da parte della Corte d'appello, dell'art. 1595, primo comma, cit.; norma, questa, che abilita il locatore ad agire direttamente nei confronti del subconduttore per esigere il prezzo della sublocazione e per costringerlo all'adempimento delle altre obbligazioni derivanti da tale contratto. Si dovrebbe quindi stabilire l'esatta portata della norma

richiamata e se, in particolare, essa sia applicabile anche al contratto di affitto (posto che, come si è visto, la società Alpitour era affittuaria dell'azienda). Osserva la Corte, però, che la censura del ricorso incidentale risulta non conferente rispetto alla motivazione della sentenza impugnata. Ed invero la Corte d'appello ha svolto sul punto una lunga motivazione nella quale ha affermato, tra l'altro, che l'art. 1595 c.c. non poteva applicarsi perché qui si trattava di cessione di contratto e non di sublocazione (nel senso che il conduttore sublocatore era la s.r.l. Hotel Cicerone), e che vi è una chiara differenza tra "la semplice locazione di un bene materiale non produttivo e l'affitto di un'azienda che ricomprenda tra le sue varie utilità (...) il diritto di conseguire e mantenere la detenzione di detto bene". Per cui, in definitiva, appariva di "ardua ravvisabilità" un rapporto di stretta derivazione tra il *leasing* concluso dalla società Release e l'affitto di azienda stipulato dalla subconduttrice Hotel Cicerone s.r.l., poi Tikal, con la società Alpitour. Non solo; la Corte d'appello ha anche dato rilievo, correttamente, al fatto che la società Release non aveva "seriamente contestato" l'assunto del Tribunale secondo cui essa era estranea al rapporto obbligatorio tra la s.r.l. Hotel Cicerone e la Alpitour, di talché non poteva avanzare pretese dirette nei confronti di quest'ultima, con la quale non era legata da un vincolo contrattuale diretto. A fronte di questo complesso di argomenti, il ricorso incidentale si svolge attraverso una serie di considerazioni che: da un lato, omettono di individuare con precisione la specifica parte della motivazione che si intende censurare, di modo che dovrebbe questa Corte, di sua iniziativa e sopperendo ad un compito che spettava a parte ricorrente incidentale, ricercare ciò che nelle pagine dalla 31 del ricorso, dopo gli asterischi e sino alla fine, dovrebbe essere l'oggetto della censura; e, dall'altro lato, sollecitano una serie di valutazioni di merito che esulano chiaramente dai limiti del presente giudizio di legittimità. Dal che deriva l'inammissibilità di tale ricorso.

8. - In conclusione, è rigettato il primo motivo del ricorso principale, è accolto il secondo, con assorbimento del terzo e del quarto; è dichiarato inammissibile il ricorso incidentale; la sentenza impugnata è cassata in relazione e il giudizio è rinviato alla Corte d'appello di Torino, in diversa composizione personale, affinché torni ad esaminare il merito dell'appello attenendosi alle indicazioni della presente decisione. Al giudice di rinvio è affidato anche il compito di liquidare le spese del presente giudizio di cassazione. Sussistono peraltro le condizioni di cui all'art. 13, comma 1-*quater*, del d.P.R. 30 maggio 2002, n. 115, per il versamento, da parte della ricorrente incidentale, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello versato per il ricorso, se dovuto. (omissis).

Cessione in garanzia e retrocessione del credito

di Edoardo Milazzo (*)

La Suprema Corte conferma il consolidato orientamento secondo cui la cessione del credito può avere anche una funzione esclusiva di garanzia, sicché il creditore cessionario è legittimato ad azionare sia il credito originario sia quello che gli è stato ceduto in garanzia, sempre che persista l'obbligazione garantita. Una volta verificatasi l'estinzione dell'obbligazione garantita il credito ceduto in garanzia si ritrasferisce automaticamente nella sfera giuridica del cedente nell'ammontare per il quale esso era stato originariamente ceduto, con un meccanismo analogo a quello della condizione risolutiva, senza che occorra quindi, da parte del cessionario, un'attività negoziale diretta a tal fine. Prendendo spunto dalle statuizioni dei giudici di legittimità vengono esaminate le diverse teorie prospettate in ordine al relativo inquadramento teorico, procedendo, altresì, alla disamina degli aspetti più salienti che, sotto il profilo strutturale e funzionale, caratterizzano la fattispecie. Vengono infine affrontati taluni profili problematici emergenti da clausole invalse nella corrente prassi bancaria, che presentano precipui risvolti pratici in sede di revocatoria fallimentare.

La vicenda

Il caso deciso dalla Suprema Corte è caratterizzato da una complessa catena contrattuale, il cui punto di partenza è costituito dal contratto di *leasing* stipulato dalla società proprietaria di un grande complesso immobiliare a vocazione alberghiera e il cui terminale è rappresentato dal contratto di affitto di azienda concluso, nella veste di affittante, da altra società alla quale il complesso era stato a sua volta concesso in locazione dalla società utilizzatrice. A garanzia del pagamento del corrispettivo del *leasing* era stata pattuita, a favore della società concedente proprietaria della struttura ricettiva, la cessione dei canoni derivanti dall'affitto di azienda. Il tema centrale, oggetto della successiva vicenda processuale, è ravvisabile, come evidenziato dalla stessa Suprema Corte, nella diversa scansione temporale dei due contratti in questione. L'affitto di azienda, infatti, si era protratto rispetto al *leasing* cinque mesi in più, durante i quali la società affittuaria aveva mantenuto la disponibilità del complesso, nonostante dunque il venir meno del relativo titolo di godimento. Al fine, perciò, di ottenere il corrispettivo dell'utilizzo beneficiato dalla società affittuaria in tale periodo, la società proprietaria della struttura la convenne in giudizio, chiedendone la condanna al pagamento della somma di euro 3.000.000 o, in subordine, di euro 2.800.000, a titolo di indennità di occupazione dell'immobile; in via subordinata, il pagamento della relativa somma da parte della convenuta in forza del contratto di cessione dei canoni derivanti dal contratto di affitto di

azienda, stipulato, per l'appunto, a garanzia del pagamento del corrispettivo del *leasing*. Nell'articolare la domanda subordinata, tuttavia, la società attrice non allegò alcun inadempimento in ordine alle obbligazioni derivanti dal contratto di *leasing*, ciò che, invece, avrebbe dovuto costituire, nella prospettiva offerta dai giudici di legittimità, il presupposto fattuale di una pretesa fondata su un titolo (*i.e.*: il contratto di cessione dei crediti derivanti dall'affitto di azienda) causalmente orientato alla realizzazione di una funzione di (sola) garanzia. E, difatti, nel riformare la sentenza di secondo grado - che, invece, fondava la sentenza di condanna proprio sulla *causa petendi* costituita dalla cessione dei crediti derivanti dal contratto di affitto di azienda - la Suprema Corte evidenzia, da un lato, che l'occupazione dell'immobile nei cinque mesi intercorrenti tra la cessazione del contratto di *leasing* e quella del contratto di affitto di azienda non poteva costituire titolo idoneo per esigere un credito che era stato ceduto a garanzia dell'adempimento di altra obbligazione; dall'altro, che l'intervenuto pagamento del corrispettivo del *leasing* (ovvero, in altri termini, l'adempimento dell'obbligazione garantita) aveva determinato la retrocessione, in capo alla cedente, del credito ceduto in garanzia (i canoni derivanti dal contratto di affitto di azienda, appunto), sicché nessuna somma avrebbe potuto esserle domandata a tale titolo, a meno di non lamentare un inadempimento dell'obbligazione garantita, allegazione tuttavia non presente in alcuno dei tre gradi di giudizio. In particolare, ribadita la

(*) Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima, al vaglio del Comitato di valutazione.

possibilità che la cessione del credito assolve a una funzione esclusiva di garanzia, la Suprema Corte ha confermato l'ormai consolidato orientamento secondo il quale, in tale ipotesi, il credito ceduto, una volta estinta l'obbligazione garantita, retrocede nella sfera giuridica del cedente, "con un meccanismo analogo a quello della condizione risolutiva, senza quindi che occorra, da parte del cessionario, un'attività negoziale diretta a tal fine". I principi così espressi offrono lo spunto per una breve rassegna delle teorie proposte al fine di inquadrare la fattispecie della cessione del credito con funzione di garanzia, fortemente caratterizzate dalla (pre-)necessità di confrontarsi con l'antico dogma che limita(va) il possibile fondamento causale del trasferimento di un diritto (soprattutto reale) alla tradizionale alternativa tra scambio e liberalità. Ricostruito il percorso teorico che ha consentito alla dottrina e alla giurisprudenza di superare l'anacronistica alternativa appena cennata, ci si soffermerà sugli aspetti (socialmente tipici) che caratterizzano la fattispecie *de qua* nell'attuale prassi bancaria e, correlativamente, sui relativi rapporti con la procedura concorsuale, nell'ottica di fornire un contributo che, oltre a offrire un quadro dello stato dell'arte, esamini, altresì, i profili che esprimono i tratti problematici più significativi.

I tratti strutturali e funzionali della cessione di crediti in garanzia

La cessione del credito con causa di garanzia è una fattispecie negoziale, largamente diffusa nella prassi commerciale del credito all'impresa, con cui un soggetto, generalmente un imprenditore, a fronte del finanziamento da parte di una banca o di

un'obbligazione assunta nei confronti di un altro imprenditore (come nel caso deciso dalla sentenza in commento), trasferisce al suo creditore un credito da lui vantato nei confronti di terzi (1). Il credito viene ceduto con efficacia *erga omnes* e così vincolato alla soddisfazione dell'interesse del creditore. Dal punto di vista degli effetti la fattispecie in esame si connota per il fatto di determinare la coesistenza, in capo al cessionario, di due rapporti obbligatori: quello relativo al credito garantito e quello relativo al credito ceduto, che si pone in posizione di accessorialità rispetto al primo (2). Diversamente da quanto accaduto nel settore delle alienazioni in garanzia di beni, dove il divieto del patto commissorio (art. 2744 c.c.), il principio della *par condicio creditorum* e quello di tipicità dei diritti reali hanno a lungo impedito l'elaborazione e lo sviluppo di soluzioni che si ponessero al di là dei "confini tecnicamente certi delle figure tradizionali" (3), già a partire dagli anni '50 del secolo scorso la fattispecie ha trovato ampio riconoscimento da parte della giurisprudenza (4), cominciando a delinearsi "quale istituto autonomo, dotato di peculiari caratteristiche, nella dottrina e giurisprudenza italiana... come figura intermedia - una sorta di combinazione, in realtà tra pegno di crediti e *cessio pro solvendo*" (5). Il progressivo riconoscimento della figura in esame è avvenuto in parallelo con il consolidamento di un modello economico in cui il credito ha assunto un ruolo centrale nella produzione, nello scambio e nel consumo della ricchezza, traducendosi ciò nella duplice esigenza, da un lato, di offrire al creditore maggiori *chances* di realizzo, limitando le eccezioni a lui opponibili e sottraendolo al concorso con gli altri creditori; e, dall'altro, di mantenere al debitore o al terzo garante la disponibilità dei beni utilizzati per l'esercizio dell'attività di impresa, sul

(1) In argomento, tra molti, Bosetti, *La cessione dei crediti*, in AA.VV., *Le modificazioni soggettive del rapporto obbligatorio*, a cura di Bosetti, Torino, 2010, 17 ss.; Anelli, *L'alienazione in funzione di garanzia*, Milano, 1996; Mancini, *La cessione dei crediti futuri a scopo di garanzia*, Milano, 1968; Panuccio, *La cessione volontaria dei crediti nella teoria del trasferimento*, Milano, 1995, 24 ss.; Sesta, *Le garanzie atipiche, Vendita, cessione del credito, mandato a scopo di garanzia. Contratto autonomo di garanzia*, Padova, 1988; Stefini, *La cessione del credito con causa di garanzia*, Padova, 2007; D'Amico, *Alienazioni a scopo di garanzia*, in Gitti - Maugeri - Notari (a cura di), *I contratti per l'impresa*, Bologna, 2013, 585 ss.; Macario, *Circolazione e cessione dei diritti in funzione di garanzia*, in *Studi in onore di Giorgio Cian*, Padova, 2010, 1517 ss.; Fragali, voce *Garanzia (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XVIII, Milano, 1969, 457; Panzarini, *Lo sconto dei crediti e dei titoli di credito*, Milano, 1984, 118 ss.; Sciarone, *Osservazioni in tema di credito in garanzia*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1991, II, 44, 49.

(2) Stefini, *La cessione del credito*, in *Tratt. dir. civ. comm.*, già fondato e diretto da Cicu - Messineo - Mengoni e continuato da Schlesinger, Milano, 2020, 331; Chianale, *Alienazioni in garanzia e patti marciani*, in *Tratt. dir. civ. comm.*, già fondato e diretto da Cicu

- Messineo - Mengoni e continuato da Schlesinger, Milano, 2021, 142.

(3) Piazza, voce *Garanzia. I) Diritto civile*, in *Enc. giur.*, XIV, Roma, 1989, 2.

(4) V., tra le tante, Cass. Civ. 30 ottobre 1956, n. 4057, in *Foro it.*, 1957, I, 1975, con nota di Batistoni Ferrara; App. Roma 10 luglio 1958, in *Giur. it.*, 1959, I, 2, 22; Cass. Civ. 15 giugno 1964, n. 1518, in *Tem. napoletana*, 1964, 495; App. Milano 31 ottobre 1989, in *Giust. civ.*, 1990, I, 463; Cass. Civ. 6 marzo 1991, n. 2343, in *Foro it.*, 1991, I, 2088, con nota di Simone; Cass. Civ. 23 luglio 1997, n. 6882, in *Foro it.*, 1998, I, 1228; più di recente, Cass. Civ. 2 aprile 2001, n. 4796, in questa *Rivista*, 2002, 348, con nota di Capilli; Cass. Civ. 9 settembre 2004, n. 18176, in *Giur. it.*, 2005, 1144 s.; Cass. Civ. 3 febbraio 2010, n. 2517, in *Mass. Giust. civ.*, 2010, 157; Cass. Civ. 17 dicembre 2010, n. 25562, in *Mass. Giust. civ.*, 2010, 1617; Cass. Civ. 11 giugno 2018, n. 15080, in *Rep. Foro it.*, 2018, voce *Cessione dei crediti*, n. 18; Cass. Civ. 16 novembre 2018, n. 29608, in *Rep. Foro it.*, 2018, voce *Cessione dei crediti*, n. 11.

(5) Dolmetta - Portale, *Profili della cessione di crediti in garanzia*, in *Vita not.*, 1985, I, 938; così anche Anelli, *op. cit.*, 215.

presupposto che la vera tutela dei creditori dipenda non dall'affermare la loro formale *par condicio* in sede di liquidazione del patrimonio aziendale, ma dall'aumento delle capacità produttive dell'impresa (6). L'ampia diffusione è stata ricondotta al vantaggio, rispetto alla figura affine del pegno di crediti (7), derivante dalla possibilità di far valere il credito quale pieno titolare e non, semplicemente, quale titolare di un diritto reale di garanzia; si è osservato, tuttavia, che "la preferenza per la cessione del credito in garanzia non risiede nell'effetto traslativo in sé e per sé, in quanto al creditore ben poco importa essere legittimato a riscuotere il credito in quanto titolare di esso, anziché in veste di creditore pignoratorio [...]" (8). Altri Autori chiamano in causa il minor rigore (rispetto alle alienazioni in garanzia di beni) nell'applicazione del divieto del patto commissorio nonché la possibilità di comprendere anche crediti futuri (9). Si è tuttavia obiettato che l'obbligo, per il creditore, di restituire l'eventuale eccedenza e l'estensione a crediti non ancora sorti sono aspetti compresenti anche nella disciplina del pegno di crediti (10). La vera ragione di preferenza della figura è stata quindi individuata nella "sua estraneità alle dinamiche dell'eventuale fallimento del cedente" (11), in quanto a essa sono inapplicabili le previsioni degli artt. 53 e 54 l.fall. (oggi artt. 152 e

153 CCII), dettati in materia di garanzie reali. La prima prevede la possibilità di realizzazione dei crediti assistiti da garanzia reale nel corso della procedura, ma soltanto dopo che il relativo credito sia stato ammesso al passivo con prelazione. Al contrario, il creditore cessionario in garanzia può riscuotere il credito ceduto, con effetto solutorio rispetto al credito garantito, senza insinuazione al passivo (12). La seconda, attraverso il richiamo all'art. 2788 c.c., limita al tasso legale la prelazione sugli interessi maturati successivamente "alla data del pignoramento o, in mancanza di questo, alla data della notificazione del precetto". Nella cessione di crediti in garanzia, invece, il creditore può trattenere dal riscosso la stessa somma che avrebbe potuto trattenere se non fosse intervenuto il fallimento del cedente, con copertura integrale degli interessi (13). Gli indubbi vantaggi che vengono in rilievo a fronte dell'intervenuto fallimento del cedente non sottraggono, tuttavia, la cessione in garanzia all'azione revocatoria fallimentare, rispetto alla quale si pone, come vedremo, il problema di individuare la relativa disciplina concretamente applicabile, allorché la cessione presenti elementi idonei a snaturare la causa (di garanzia) che si vorrebbe a fondamento della stessa. Le relative ricostruzioni hanno storicamente risentito della ritrosia della dottrina e della giurisprudenza

(6) Stefani, *La cessione del credito*, cit., 337.

(7) È superata la tesi che, valorizzando la funzione di garanzia rispetto al profilo traslativo, riteneva che la fattispecie in esame realizzasse una sorta di scissione tra titolarità e legittimazione, secondo un modello che richiama la fiducia c.d. germanistica. V. Biondi, *Cessione "pro solvendo" e pegno di crediti*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1955, II, 307 ss.; Redenti, *La cessione di contributi statali come mezzo di pagamento*, in *Dir. fall.*, 1957, II, 284 s.; Bigiavi, *Cessione di contributi statali per la ricostruzione e revocatoria fallimentare dei pagamenti*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1958, I, 287; in giurisprudenza v. Cass. Civ. 15 settembre 1972, n. 2746, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1973, II, 78; Cass. Civ. 16 aprile 1999, n. 3797, in *Mass. Giust. civ.*, 1999, 868; Trib. Napoli 22 settembre 1969, in *Dir. fall.*, 1970, II, 297. La differenza tra le due figure viene appropriatamente tratteggiata in Cass. Civ. 24 giugno 1995, n. 7158, in *Giur. comm.*, 1995, II, 2633.

(8) Chianale, *op. cit.*, 145.

(9) Mancini, *op. cit.*, 464.

(10) Chianale, *op. cit.*, 145.

(11) Chianale, *op. cit.*, 145. E cfr., in tal senso, Dolmetta - Portale, *Cessione del credito e cessione in garanzia nell'ordinamento italiano*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1999, I, 99, ove si rileva che "il vantaggio più rilevante di cui fruisce il creditore per l'essere garantito da un acquisto del diritto di credito e non da un pegno di crediti sta nell'assoluta non aggredibilità del credito da parte degli altri creditori del cedente, con tutte le rilevanti conseguenze, specie di natura processuale che ne derivano; si tratta, invero, di un effetto che non ha riscontro nelle garanzie reali tipiche, le quali si limitano ad attribuire al creditore un diritto di prelazione". V. anche Stefani, *La cessione del credito*, cit., 428 s., secondo il quale tale aspetto è tra quelli che "maggiormente caratterizza l'interesse meritevole di tutela" sotteso alla garanzia reale atipica realizzata attraverso la struttura traslativa".

(12) Cfr. Dolmetta - Portale, *Cessione del credito*, cit., 101. L'opponibilità della cessione alla procedura concorsuale è subordinata alla sua notificazione o accettazione, da parte del debitore, con atto avente data certa anteriore alla dichiarazione di fallimento, ai sensi del combinato disposto dell'art. 2914, n. 2, c.c. e dell'art. 45 l.fall. (oggi art. 145 CCII). Nel senso, invece, della necessità della insinuazione al passivo, posizione, invero, ritenuta minoritaria già dagli Autori da ultimo citati, Trib. Nicastro 7 febbraio 1961, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1962, II, 21; Trib. Venezia 30 luglio 1963, *ivi*, 1963, II, 438. Per contro, la circostanza che la cessione in garanzia non integri una causa di prelazione vera e propria implica che, lì dove il cessionario abbia interesse ad insinuarsi al passivo del fallimento del cedente in conseguenza dell'infruttuosa escussione del ceduto, o anche indipendentemente ad essa (quale scelta tuzioristica, cioè, nella gestione del credito), tale insinuazione non potrà che avvenire quale creditore chirografario. Cfr., tra diversi, Bozzi, *Le garanzie atipiche. I. Garanzie personali*, Milano, 1999, 291; Lascialfari, *La cessione di crediti a scopo di garanzia*, in AA.VV., *Le garanzie rafforzate del credito*, a cura di Cuffaro, Torino, 2000, 291; Stefani, *La cessione del credito con causa*, cit., 238 ss.; *Id.*, *La cessione del credito in garanzia nel fallimento*, in *Obbl. e contr.*, 2005, 155 ss. Dalla congiunta valutazione del duplice profilo appena evidenziato, Bavetta, *La cessione di credito a scopo di garanzia*, in *Dir. fall.*, 1995, I, 605 conclude affermando che, rispetto alle cause di prelazione, la fattispecie in esame dà "qualcosa di più e qualcosa di meno: qualcosa di più perché la cessione consente al cessionario, in virtù dell'anteriore trasferimento del diritto di credito, di soddisfarsi, riscuotendo direttamente il credito ceduto; qualcosa di meno, perché, fuori di questo, e per il resto, egli è un comune creditore chirografario".

(13) Chianale, *op. cit.*, 146.

italiana ad ammettere, in omaggio al principio di tipicità dei diritti reali, l'idoneità di cause diverse dallo scambio o dalla liberalità a sorreggere il trasferimento di una situazione soggettiva (14). Secondo la dottrina tradizionale, infatti, il principio di tipicità dei diritti reali impedirebbe di configurare statuti di titolarità diversi da quelli predisposti dal legislatore, con la conseguenza di escludere che la specifica connotazione causale (atipica) del contratto possa incidere sul contenuto del diritto in senso modificativo rispetto alla sua configurazione (tipica). Si esclude(va) cioè, in altri termini, l'ammissibilità di un trasferimento che "produrrebbe l'investitura in un diritto (reale) che non potrebbe più ritenersi sempre uguale a se stessa, dovendosi vedere, di volta in volta, modellata in riferimento all'assetto causale globale dell'operazione negoziale. Le prerogative del proprietario, innanzitutto, non sarebbero più sempre uguali a se stesse, apparendo diversamente configurate a seconda della causa del contratto che ha prodotto (anche) il trasferimento" (15).

Con riferimento alla fattispecie in esame il problema si è posto in termini parzialmente differenti (16), stante l'inesistenza di un principio di tipicità dei diritti di credito (17). Ciononostante, i condizionamenti dogmatici avvertiti dalla dottrina e dalla giurisprudenza tradizionali nel settore dei diritti reali

hanno influenzato anche le riflessioni svolte in materia di cessione del credito in garanzia. Ciò probabilmente è dovuto, oltre che alla considerazione del trasferimento quale fenomeno afferente, in maniera prevalente, a situazioni giuridiche di natura reale (18), anche alla collocazione della cessione del credito nel codice del 1865, inquadrata nel titolo dedicato alla vendita (19), alla stregua del credito quale "bene" (20) e alla conseguente affermata necessaria tipicità delle situazioni giuridiche soggettive reali aventi ad oggetto tale "bene" (21). Così, se, da un lato, si riteneva, in dottrina come in giurisprudenza, la meritevolezza *ex art. 1322 c.c.* degli interessi perseguiti attraverso una garanzia sì congegnata, dall'altro, tuttavia, risultava faticoso ammettere l'idoneità traslativa della *causa cavendi*. Al fine, dunque, di giustificare, in prospettiva effettuale, ciò che appariva lecito e meritevole sul versante causale, si faceva ricorso a ricostruzioni che consentissero di evitare "la problematica apicale dell'ammissibilità di una funzione di garanzia quale *causa* dell'attribuzione" (22). Tra le varie teorie proposte possono ricordarsi quelle che fanno leva sulla figura del negozio indiretto (23), del negozio misto (24) o sulla cessione quale negozio a causa generica o variabile o quale negozio astratto (25); in alcune pronunce, con minor sforzo tecnico, si trattava della cessione dei crediti in

(14) Barassi, *I diritti reali*, Milano, 1935, 50; Cariota Ferrara, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, 1948, 658 ss.; Id., *I negozi fiduciari: trasferimento, cessione e girata a scopo di mandato e di garanzia. Processo fiduciario*, Padova, 1978, 103 ss.; Pugliatti, *Fiducia e rappresentanza indiretta; Precisazioni in tema di vendita a scopo di garanzia*, entrambi in *Diritto civile. Metodologia - pratica*, Milano, 1951, 335 ss.; Belfiore, *Pendenza negoziale e conflitti di titolarità*, in *Riv. dir. civ.*, 1971, I, 210, nt. 81, 210; Rubino, *La compravendita*, Milano, 1971, 1077 ss.; Mariconda, *Trasferimenti commissori e principio di causalità*, in *Foro it.*, 1989, I, 1436 ss., nota a Cass. Civ. 3 aprile 1989, n. 1611.

(15) La Porta, *La causa del trasferimento del credito, gli effetti preliminari e la disposizione del diritto futuro*, nota a Trib. Bari 27 luglio 1996, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1998, 6, 717, fortemente critico nei confronti degli insegnamenti della dottrina più risalente che, secondo l'Autore, non risponderebbero ad esigenze di tutela delle ragioni del credito e dei traffici, quanto piuttosto a "considerazioni di ordine storico, legate alla centralità di un concetto sacrale di proprietà, oggi non soltanto non più al centro del nostro ordinamento ma nemmeno confortato da dati normativi certi". Lo stesso Autore, altrove (in *Destinazione dei beni allo scopo e causa negoziale*, Napoli, 1994, 45) imputa la rigidità concettuale connotante tali insegnamenti alle influenze di "un ambiente culturale erede della tradizione romanistica e formatosi successivamente sul consensualismo di origine francese".

(16) Cfr. Mancini, *op. cit.*, 10.

(17) È infatti isolata la pur autorevole posizione di chi ritiene di poter inferire, dal principio della generale tipicità strutturale delle situazioni giuridiche rilevanti, la tipicità dei diritti di credito. In merito Ferri, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966, 244 ss., successivamente ripreso da La Porta, *Destinazione dei beni allo scopo*, cit., 150 s.

(18) La Porta, *La causa del trasferimento del credito*, cit., 712.

(19) Sul punto Giorgi, *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*, Firenze, 1886, 63 ss.

(20) Sulla nozione di credito inteso quale "bene" v. Pugliatti, voce *Beni (teoria gen.)*, in *Enc. dir.*, V, Milano, 1959, 173 ss.; Messinetti, *Oggettività giuridica delle cose incorporali*, Milano, 1970, 278 ss.

(21) Si concludeva, quindi, nel senso della necessità di "un titolo oneroso o gratuito capace di fondare il trasferimento"; così Panuccio, voce *Cessione dei crediti*, in *Enc. giur.*, VI, Milano, 1960, 850, che discorre, al riguardo (nt. 22), di principio "antichissimo". Cfr., in tal senso, anche Graziani, *La cessione dei crediti*, in *Riv. dir. comm.*, 1931, I, 327 s.; Rubino, *Il negozio giuridico indiretto*, Milano, 1937, 42, 180; Gazzara, *La vendita obbligatoria*, Milano, 1957, 3; Di Majo, *Le promesse unilaterali*, Milano, 1989, 66.

(22) Martino, *Cessione dei crediti in garanzia e funzione solutoria nel finanziamento bancario alle imprese: una perdita di coerenza tipologica*, in *Giur. comm.*, 2018, I, 4, 728, ove una esauriente rassegna delle teorie variamente elaborate in dottrina e giurisprudenza.

(23) Croce, *La cessione di credito a scopo di garanzia*, in AA.VV., *Le garanzie reali e personali nei contratti bancari*, Milano, 1976, 99 ss.; Piraino Leto, *Cessione di credito a fine di garanzia*, in *Nuovo dir.*, 1977, I, 529. In giurisprudenza Cass. Civ. 30 maggio 1960, n. 1398, in *Foro it.*, voce *Cessione*, 347, 3-4; App. Milano 31 ottobre 1989, cit.; App. Firenze 20 dicembre 1988, in *Dir. fall.*, 1989, II, 831.

(24) Trib. Catania 7 ottobre 1963, in *Dir. fall.*, 1963, II, 768.

(25) Cfr. Panuccio, *La cessione volontaria dei crediti*, cit., 24 ss.; Astone, *Il trasferimento del credito. Art. 1260-1267*, in *Il codice civile, Commentario*, fondato da Schlesinger e diretto da Busnelli, Milano, 2014, 64 ss. e 73 ss.; Mancini, *La cessione dei crediti*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da Rescigno, 9, *Obbligazioni e contratti*, 1, Torino, 2008; Sesta, *op. cit.*, 156 s.

garanzia quale “negozi anomalo e complesso” (26) oppure di cessione “con attribuzione di un diritto di prelazione o privilegio improprio che assicura al cessionario di escludere gli altri creditori del cedente” (27). Un'altra lettura, in passato molto diffusa, chiamava in causa la figura del negozio fiduciario, sostenendo che la cessione effettuata dal debitore al suo creditore a garanzia del debito non si distinguerebbe da una cessione effettuata *venditionis causa* se non per il fatto di prevedere, accanto alla cessione, l'obbligo, per il creditore, di ritrasferire al cedente il credito ceduto, in caso di adempimento, oppure la eventuale eccedenza di valore tra il credito ceduto e il credito garantito, per il caso di inadempimento (28). Anche questa ricostruzione presentava il pregio di non doversi confrontare con gli antichi problemi della idoneità traslativa della causa di garanzia e dei rapporti tra gli effetti traslativi prodotti *cavendi causa* e il principio di tipicità dei diritti reali, in quanto la previsione di un vincolo meramente obbligatorio al ritrasferimento limitativo (solamente) *ab externo* del diritto trasferito, da un lato, consentiva il rassicurante riferimento del fenomeno traslativo ad uno schema causale tipico; dall'altro, manteneva fermo il principio di tipicità dei diritti reali sul presupposto che, poiché limitato (solamente) *ab externo*, il diritto trasferito fosse un diritto pieno e definitivo, e non risolubile (29). Si è tuttavia rilevato, in una prospettiva sensibile all'esigenza di ricostruire le dinamiche contrattuali avendo riguardo agli scopi concretamente perseguiti (30), che ricondurre la figura in esame allo schema del negozio

fiduciario frustrerebbe l'assetto di interessi voluto dai contraenti (31). Si evidenzia, in particolare, come l'apposizione di un vincolo (solamente) obbligatorio al ritrasferimento non sia sufficiente a conformare il diritto (di credito) trasferito in maniera coerente con la funzione di garanzia che ha spinto le parti a effettuare tale trasferimento, in quanto il diritto non sarebbe in grado di assumere il carattere “interinale” che gli è proprio allorché, come accade appunto nelle cessioni in garanzia, il trasferimento “costituisca soltanto frammento di un più vasto regolamento di interessi non finalizzato allo scambio o all'attribuzione liberale, inserendosi in un più complesso regolamento” (32). In altri termini, la funzione di garanzia, lungi dal definire il fondamento causale del trasferimento e il contenuto del diritto trasferito (33), resterebbe confinata nella sfera del *propositum in mente retentum* e il debitore cedente, a fronte della titolarità, in capo al creditore cessionario, di un diritto pieno e definitivo, non potrebbe fare altro che sperare nel diligente adempimento dell'obbligo di ritrasferire (34). Un'altra ricostruzione molto diffusa, alla quale mostra di riferirsi la sentenza in epigrafe, ritiene che la cessione *in securitatem* debba delinearisi, dal punto di vista strutturale, come una cessione risolutivamente condizionata all'adempimento dell'obbligazione garantita, ciò che consente, sotto il profilo funzionale, l'immediato trasferimento del credito al cessionario e l'automatica retrocessione di esso in capo al cedente che abbia adempiuto il debito garantito (35). Quantunque raffinata dal punto di vista

(26) Cass. Civ. 30 ottobre 1956, n. 4057, cit.

(27) Trib. Lecce 18 giugno 1956, in *Dir. fall.*, 1957, II, 729.

(28) Cariota Ferrara, *I negozi fiduciari*, Padova, 1933, 173; Batistoni Ferrara, *Cessione di credito “a garanzia” e fallimento del cedente*, in *Foro it.*, 1961, I, 1451; Lipari, *Il negozio fiduciario*, Milano, 1971, 349 ss.; Perlingieri, *Della cessione dei crediti*, in *Comm. cod. civ. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1982, 43; Id., *La cessione dei crediti ordinari e “d'impresa”*, Napoli, 1993, 32; Santoro, *Il negozio fiduciario*, Torino, 2002, 205 ss. In giurisprudenza v. Trib. Napoli 13 luglio 1953, in *Dir. e giur.*, 1955, 208, con nota di Ferrara; Cass. Civ. 15 giugno 1964, n. 1518, cit.; Cass. Civ. 9 aprile 1969, n. 1133, in *Foro it.*, 1969, I, 1456; Cass. Civ. 13 novembre 1973, n. 3004, in *Foro it.*, 1974, I, 1, 1121; Cass. Civ. 2 agosto 1977, n. 3421, in *Giur. it.*, 1978, I, 1, 1572.

(29) Cfr. Stefini, *La cessione del credito*, cit., 401, 404.

(30) Si tratta di un approccio ricostruttivo che costituisce il portato delle riflessioni compiute da Ferri, *op. cit.*, *passim* (ma cfr. già Giorgianni, voce *Causa (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1960, 573 ss.), che, nell'interpretazione del contratto, privilegia gli aspetti volontaristici del caso concreto rispetto agli schemi predisposti dall'ordinamento. Cfr. anche Morello, *Frode alla legge*, Milano, 1969, 220 ss.; Donisi, *Il problema dei negozi giuridici unilaterali*, Napoli, 1972, 218 ss.; Bessone, *Obiter dicta della giurisprudenza, l'accertamento della “causa” reale dei contratti, gli equivoci sulla funzione economico-sociale del negozio*, in *Riv. not.*, 1978, 947 ss.; Id., *Causa tipica e “motivo” del contratto*,

dogmi di teoria generale, orientamenti della giurisprudenza, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1979, 1098 ss.; Scognamiglio, *Interpretazione del contratto e interessi dei contraenti*, Padova, 1992, 10 ss. e 426 ss.

(31) Stefini, *La cessione del credito*, cit., 408.

(32) Così La Porta, *La causa del trasferimento del credito*, cit., 715.

(33) Cfr. Chianale, *op. cit.*, 150.

(34) Stefini, *La cessione del credito*, cit., 408, il quale rileva, altresì, che il meccanismo fiduciario finisce per elidere il carattere di accessoriarietà che, nelle intenzioni delle parti, dovrebbe connotare il rapporto di garanzia, in quanto esso, postulando il diligente adempimento del creditore cessionario, impedisce l'automatica retrocessione del credito ceduto.

(35) A tale ricostruzione fanno riferimento, in dottrina, Pavone La Rosa, *Apertura di credito, cessione “pro solvendo” e pegno di crediti, girata in garanzia di cambiale tratta con clausola di cessione della provvista*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1959, II, 541, nota a App. Firenze 31 maggio 1958; Mancini, *La cessione dei crediti futuri*, cit., 113 ss., 159 ss.; Dolmetta - Portale, *Profili della cessione*, cit., 939; Bozzi, *op. cit.*, 223. In giurisprudenza v. App. Milano 13 ottobre 1986, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1988, II, 82; App. Milano 31 ottobre 1989, cit.; Cass. Civ. 23 luglio 1997, n. 6882, cit.; Cass. Civ. 2 aprile 2001, n. 4796, cit.; Cass. Civ. 5 aprile 2001, n. 5061, in *Mass. Giust. civ.*, 2002, 2109; App. Milano 6 luglio 2004, in *DeJure*.

tecnico (36) tale ricostruzione si infrange su uno scoglio dogmatico difficilmente superabile. Secondo l'insegnamento della migliore dottrina (37) l'elemento condizionale si caratterizza per la estrinsecità rispetto al negozio a cui viene apposto, nel senso che, una volta eliminato, il trasferimento dovrebbe continuare a essere causalmente giustificato, ciò che, invece, non è a dirsi rispetto alla fattispecie in esame in quanto, non essendo previsto un corrispettivo né ricorrendo un animo liberale (38), il negozio, venuta meno la clausola accidentale, non consentirebbe più di realizzare l'assetto di interessi voluto dalle parti (39). In definitiva, la ricostruzione in termini di negozio condizionato se, da un lato, ben si presta a governare il profilo della automatica retrocessione del diritto trasferito, dall'altro, non è in grado di risolvere il problema dell'autosufficienza causale (40) della cessione in garanzia, palesando ancora l'influenza dei condizionamenti dogmatici di cui si è detto (41). Le riflessioni dottrinali più moderne, valorizzando il principio di autonomia contrattuale rispetto al principio di tipicità dei diritti reali, non soltanto affermano l'idoneità traslativa della causa di garanzia - ormai definitivamente accettata in tutte le

ricostruzioni più recenti (42) - ma riconoscono alla *causa cavendi*, altresì, la capacità di conformare la titolarità del credito trasferito, accogliendo così l'idea di "una immediata rilevanza della finalità di garanzia, a prescindere dall'apposizione, accanto al negozio traslativo, di clausole condizionali o fiduciarie" (43). L'idea di fondo è che la compenetrazione, che il principio del consensualismo causale accolto dal nostro ordinamento implica, tra contratto consensuale e atto di trasferimento debba riflettersi sul concreto modo di atteggiarsi della situazione soggettiva oggetto di trasferimento, nel senso che essa non potrà essere sempre uguale a se stessa, ma assumerà i connotati che l'elemento causale gli impone di assumere affinché il contratto sia effettivamente in grado di realizzare l'assetto di interessi divisato (44). La causa di garanzia sorregge il trasferimento del credito e, conformando *ab intrinseco* il diritto ceduto, traduce un complesso di regole da essa perfettamente deducibili che informano e governano l'attività delle parti durante tutto il periodo del rapporto di garanzia (45). I profili di maggiore interesse pratico, che ben consentono di apprezzare il potenziale ricostruttivo della causa di garanzia quanto alla individuazione dei tratti caratterizzanti, attengono ai poteri e agli obblighi

(36) Martino, *op. cit.*, 729.

(37) Falzea, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, Milano, 1941, 63 ss.; Pelosi, *La proprietà risolubile nella teoria del negozio condizionato*, Milano, 1975, 147 s.

(38) Quanto rilevato riflette l'insegnamento secondo cui, ove l'effetto traslativo trovi il suo fondamento causale in causa diversa dallo scambio o dalla liberalità, è necessario la *expressio causae*. Ciò in quanto, mentre nella vendita e nella donazione l'elemento causale, quand'anche non esplicitato, resta tuttavia implicito, rispettivamente, nello scambio di cosa contro prezzo e nell'impovertimento dell'alienante a fronte dell'arricchimento dell'acquirente (o, secondo alcuni, nelle solennità formali che devono connotare il negozio donativo); viceversa, negli altri casi il principio del consensualismo causale accolto dall'ordinamento italiano impone l'esplicitazione in atto dell'elemento causale. Cfr. Chianale, *op. cit.*, 148; La Porta, *La causa del trasferimento del credito*, cit., 804, nt. 25.

(39) Stefini, *La cessione del credito*, cit., 413. Cfr. in tal senso anche Anelli, *op. cit.*, 374 ove si evidenzia che l'incidenza, da riconoscersi, come si vedrà a breve, alla causa di garanzia sulla dimensione strutturale dell'alienazione la rende, piuttosto, "necessariamente e tipicamente condizionata".

(40) Sul concetto di *causa suffisante* v. Gorla, *Il contratto*, I, Milano, 1955, 98 ss.; Palazzo, *Le donazioni*, in *Codice civile comm.*, diretto da Schlesinger, Milano, 10 ss. Va precisato che, rispetto agli insegnamenti tradizionali, secondo cui, come rilevato nel testo, l'elemento condizionale sottende un piano di interessi ulteriore rispetto a quello espresso dall'elemento causale - di interessi cioè che, altrimenti, resterebbero relegati alla sfera dei motivi - le riflessioni più moderne suggeriscono che la ricostruzione del fondamento causale del negozio debba involgere anche gli elementi accidentali che lo accompagnano. Echi di questo approccio si ritrovano in Martino, *op. cit.*, 728, che ritiene non potersi dubitare del fatto che "la condizione, una volta introdotta nel contratto, concorra alla identificazione compiuta del contenuto effettuale caratterizzante, restituendo il senso pieno

dell'operazione *anche* in prospettiva causale". Per un'impostazione più vicina agli insegnamenti tradizionali cfr. Stefini, *La cessione del credito*, cit., 413. Sul tema della causa contrattuale, più di recente, M. Barcellona, *Della causa. il contratto e la circolazione della ricchezza*, Padova, 2015, che, alla compiuta ricostruzione del quadro storico e concettuale al cui interno si sviluppa e si afferma (dalla causa dell'obbligazione) la causa del contratto, fa seguire una accuratissima disamina delle teorie che, a partire dal sistema del codice civile del 1942, si sono al riguardo succedute, unitamente alla ricca analisi della causa come giudizio sul contratto.

(41) Cfr. Martino, *op. cit.*, 729.

(42) Cfr. Dolmetta, *Cessione di credito in garanzia e prelazione*, in *Fall.*, 2016, 8-9, 934.

(43) In tal senso già Mancini, *La cessione dei crediti futuri*, cit., 465, richiamato da Chianale, *op. cit.*, 151.

(44) E cfr. La Porta, *La causa del trasferimento del credito*, cit., 716 s., che, con esemplare chiarezza, evidenzia come l'introiezione dell'atto di trasferimento nel contratto causale, implicante una conformazione del diritto funzionalizzata al concreto assetto di interessi, si contrapponga al sistema basato sulla scissione tra *titulus* e *modus acquirendi*, che, invece, "staccando" l'atto di trasferimento dal negozio causale (soltanto obbligatorio), fa sì che la situazione giuridica resti sempre uguale a se stessa quanto al suo contenuto, quale che sia la causa del sottostante negozio. L'opzione in favore dell'uno o dell'altro sistema, osserva l'Autore, "resta ispirata a filosofie di fondo: da un lato la tutela della certezza e della sicurezza dei traffici, che impone di rendere insensibile l'investitura nel diritto alle vicende del contratto obbligatorio; dall'altro l'affermazione della necessaria causalità delle attribuzioni e quindi una maggiore tutela delle ragioni dell'alienante e della serietà del disporre"; cfr. anche Id., *Cause traslative, autonomia privata ed opponibilità nel dibattito in materia di trust*, in AA. VV., *Il Trust nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Quaderni di Notariato*, Milano, 2002, 61 ss.; Palermo, *Contratto di alienazione e titolo dell'acquisto*, Milano, 1974, 32 ss.

(45) Cfr. Chianale, *op. cit.*, 149, 151.

delle parti (in particolare del cessionario) nella pendenza del rapporto, agli effetti conseguenti all'adempimento o all'inadempimento dell'obbligazione garantita e ai rapporti con la figura della *cessio pro solvendo*. Sul primo versante, si può osservare, ricollegandoci a quanto già rilevato, che la posizione del debitore cedente, qualificabile in termini di aspettativa, di natura reale, al riacquisto (46), si riflette sul contenuto della speculare situazione soggettiva del cessionario il quale, per contro, acquistando un diritto per sua natura "interinale e strumentale" (47), è investito, nei confronti del debitore cedente, di una serie di "doveri conservativi" (48) i quali, pur trovando la propria fonte, come detto, direttamente nella funzione di garanzia, vengono comunemente desunti, per analogia, dalla disciplina legale della condizione (49). Il principale dovere che, per quanto detto, incombe sul cessionario è di comportarsi secondo buona fede nella pendenza del rapporto, al fine di mantenere integre le ragioni del debitore cedente, nella eventualità che egli abbia a riacquistare il credito ceduto per effetto dell'adempimento della obbligazione garantita. Egli deve, pertanto, procedere alla riscossione del credito e coltivare ogni pretesa nei confronti del debitore ceduto (50). Correlativamente, si ritiene che il debitore cedente possa compiere atti conservativi del credito ceduto (51).

Quanto agli altri due profili richiamati, occorre, anzitutto, rappresentare le diverse situazioni che si determinano a seconda che il debitore cedente sia adempiente o inadempiente. Nel primo caso, si verifica la retrocessione del credito nel suo integrale ammontare originario; nel secondo, invece, il creditore cessionario può trattenere il riscosso (o procedere alla riscossione) fino a concorrenza dell'ammontare dell'obbligazione garantita (e, ormai, definitivamente inadempita). Tale ultimo rilievo

impone due osservazioni. Da un punto di vista strutturale la cessione del credito in garanzia può alternativamente così caratterizzarsi: se il valore del credito ceduto in garanzia è pari o inferiore (ma si tratta di ipotesi assai rare nella prassi, quasi di scuola) al valore dell'obbligazione garantita può concludersi, in un'ottica - lo si ribadisce - puramente descrittiva, nel senso che il diritto trasferito al cessionario è sottoposto a condizione risolutiva, in quanto, a seguito dell'adempimento, il credito retrocede in favore del debitore cedente per l'intero suo ammontare; se, invece, il valore del credito ceduto in garanzia è (come sempre accade) superiore al valore dell'obbligazione garantita, il diritto trasferito al cessionario si "scompon" logicamente in due parti ideali, nel senso che esso risulta, da un lato, per l'ammontare corrispondente al valore dell'obbligazione garantita, soggetto a un meccanismo analogo a quello della condizione risolutiva, con la conseguenza di retrocedere al debitore cedente oppure di restare definitivamente acquisito al patrimonio del creditore cessionario a seconda che si verifichi, rispettivamente, l'adempimento o l'inadempimento; dall'altro, per l'ammontare corrispondente al maggior valore del credito ceduto rispetto all'obbligazione garantita (c.d. supero), la titolarità di esso pare sottoposta a termine finale coincidente con la scadenza dell'obbligazione garantita. Scaduta l'obbligazione principale, il creditore cessionario potrà trattenere o meno (nei limiti del valore dell'obbligazione garantita) il credito ceduto, a seconda che vi sia stato o non vi sia stato l'adempimento; ma è certo, già al momento del perfezionamento della cessione, che dovrà restituire l'eccedenza, pena, peraltro, la violazione del divieto del patto commissorio (52).

Da un punto di vista funzionale, nel caso di inadempimento, il descritto meccanismo, legittimando il

(46) Stefini, *La cessione del credito*, cit., 471. Sulla tematica delle aspettative, per tutti, La Porta, *Il trasferimento delle aspettative: contributo allo studio delle situazioni soggettive attive*, Napoli, 1995.

(47) La Porta, *La causa del trasferimento del credito*, cit., 724. Gli esiti cui è pervenuta la dottrina relativamente ai rapporti tra carattere interinale e strumentale del diritto trasferito e obblighi gravanti sull'acquirente sono gli stessi maturati in ambiti - quale, ad esempio, il mandato senza rappresentanza all'acquisto di immobili - in cui è dato rilevare, non a caso, un'incidenza della causa del trasferimento sulla configurazione del diritto rispetto al modo in cui esso normalmente - nella sua configurazione tipica - si attegga. In merito v. Luminoso, *Mandato, commissione, spedizione*, in *Tratt. di dir. civ. e comm.*, già fondato e diretto Cicu - Messineo - Mengoni e continuato da Schlesinger, XXXII, Milano, 1984, 92 ss. e altresì, più di recente, Di Rosa, *Il mandato (Artt. 1703-1709)*, I, in *Il codice civile, Commentario*, fondato da Schlesinger e diretto da Busnelli, Milano, 2012, 71 ss.

(48) L'espressione è di Martino, *op. cit.*, 730, che ascrive la "emersione necessitata" di tali doveri tra le principali conseguenze della successione "conformata" nel diritto che la causa di garanzia comporta.

(49) Cfr. D'Adda, *La cessione del credito e il factoring*, in *Tratt. dei contratti*, diretto da Roppo - Benedetti, II, Milano, 2014, 212.

(50) Chianale, *op. cit.*, 153. V. anche Dolmetta, *op. cit.*, 934 s. che propone di valorizzare il canone della buona fede al fine di sanzionare "trascuratezze e ritardi, inefficienze e scelte solo egoistiche (ovvero opportunistiche) del cessionario in punto di recupero del credito ceduto in garanzia; e prima ancora, le omissioni e inesattezze informative che questi compia".

(51) Dolmetta - Portale, *Cessione del credito*, cit., 110; Bozzi, *op. cit.*, 234; Lascialfari, *op. cit.*, 262.

(52) Stefini, *La cessione del credito*, cit., 373, nt. 148. Cfr., per una diversa impostazione, Martino, *op. cit.*, 732, che discorre di obbligo restitutorio (in capo al cessionario) sottoposto a condizione sospensiva.

creditore cessionario a riscuotere il credito dal debitore ceduto e a far proprio quanto rivenuto dalla riscossione, implica l'ingresso, tra gli effetti negoziali della cessione effettuata *cavendi causa*, di una funzione solutoria, sia pure quale effetto secondario e indiretto del negozio (53). Tale ultima notazione pone in evidenza una forte analogia con la cessione *pro solvendo*, poiché anche in quel caso al rapporto obbligatorio originario, rispetto al quale le parti hanno attribuito al debitore il diritto di liberarsi eseguendo una prestazione diversa da quella dovuta, si affianca il credito ceduto *ex art. 1198 c. c.*, sul quale il cessionario può soddisfare le sue ragioni (54). Per altro verso, il credito originario, pur entrando, in caso di cessione *pro solvendo* in una fase di "quiescenza" (55), non si estingue, mantenendo intatta la possibilità per il cessionario di rivolgersi (nuovamente) al cedente in caso di inadempimento del ceduto, ciò che ha indotto attenta dottrina a ravvisare, anche sotto tale profilo ulteriore, "una qualche omogeneità funzionale tra i due strumenti, atteso che di fatto anche la cessione *pro solvendo* può dispiegare una finalità di garanzia" (56). Tuttavia, si osserva, la diversità resta netta proprio in relazione al diverso fondamento causale che, nell'una e nell'altra operazione, ha giustificato il trasferimento del credito e alla conseguente diversa struttura dell'attribuzione, "che, se può definirsi definitiva e finale nel caso della cessione *solvendi causa*, non ugualmente può dirsi nel caso della cessione in garanzia", atteso che, in quest'ultimo caso, tale trasferimento "non svolge funzione satisfattiva della pretesa originaria ma si pone a garanzia del rapporto primigenio. Il credito originario non viene estinto dal trasferimento del nuovo credito, ma da questo riceve soltanto rafforzamento" (57).

Profili problematici della cessione in garanzia nella corrente prassi bancaria

Le osservazioni che precedono dovrebbero testimoniare come la dottrina più moderna, valorizzando in chiave ricostruttiva il portato dell'affermata

autosufficienza della causa di garanzia e della conseguente conformazione della titolarità del credito in capo al cessionario garantito, abbia contribuito a delineare una figura ben definita quanto ai relativi tratti caratterizzanti. Non sembra, tuttavia, che l'opera ricostruttiva svolta abbia trovato adeguato riscontro nella prassi negoziale, come dimostrato dal fatto che un esame dei testi contrattuali più ricorrenti nelle operazioni di garanzia, soprattutto bancarie, "restituisce un panorama di prassi negoziali quanto mai diversificate, di pattuizioni ridondanti, sovente contraddittorie, raramente esaustive sotto il profilo tecnico giuridico" (58). Quantunque dalla sentenza non sia dato desumere il tenore letterale delle pattuizioni specificamente rilevanti rispetto alla materia del contendere, è probabile che neanche il testo contrattuale della cessione del caso di specie facesse eccezione alla poco virtuosa tendenza sopra denunciata. In disparte ogni considerazione sulle conseguenze che il peculiare intreccio tra le diverse *causae petendi* (illegittima occupazione dell'immobile e cessione in garanzia) ha determinato sia nella strutturazione iniziale della causa che nel successivo articolarsi, vi è da ritenere che, a fronte dell'intervenuta estinzione dell'obbligazione di garanzia - circostanza peraltro pacifica e mai contestata - una clausola negoziale che chiarisse, in maniera puntuale e coerente con quanto sopra ricostruito, l'automatica retrocessione del credito ceduto a favore del cedente, avrebbe contribuito a diminuire le probabilità di avvio del contenzioso e, per altro verso, ne avrebbe reso più agevole la definizione.

Dal punto di vista terminologico è dato rilevare l'utilizzo di espressioni che certo non rendono onore agli sforzi profusi, sottolineandosi, ad esempio, l'atecnicità di pattuizioni, frequenti nella prassi, con le quali si prevede che il cedente in garanzia "assume la garanzia dell'esistenza del credito e della solvenza del debitore, ai sensi degli artt. 1266 e 1267 c.c.". Si è correttamente affermato che non è tanto a parlarsi di garanzia dell'esistenza o della solvenza,

(53) Cfr. Mancini, *Pegno di credito*, "cessio pro solvendo" e cessione a scopo di garanzia, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1968, II, 285; Sesta, *op. cit.*, 169.

(54) Cfr. Dolmetta - Portale, *Cessione del credito*, cit., 101 s.

(55) Si utilizza tale espressione per significare che il credito originario resta inesigibile fintantoché persiste la possibilità della fruttuosa escussione del debitore ceduto. In argomento v. Pavone La Rosa, *op. cit.*, 540; Mancini, *La cessione dei crediti futuri*, cit., 7; Anelli, *op. cit.*, 214.

(56) D'Adda, *op. cit.*, 193; cfr. in tal senso già Biondi, *op. cit.*, 307; Pavone La Rosa, *op. cit.*, 540; Mancini, *La cessione dei crediti futuri*, cit., 7; Cariota Ferrara, *I negozi fiduciari*, cit., 178; Rubino, *Il negozio giuridico indiretto*, cit., 180 nonché, da ultimo, Anelli, *op. cit.*, 214.

(57) Puntualmente La Porta, *La causa del trasferimento del credito*, cit., 721 s., il quale, affrontando lo speculare profilo relativo all'effetto indiretto di garanzia prodotto dalla cessione solutoria, conclude affermando che "di scopo di garanzia, di fronte ad una cessione a funzione solutoria, insomma, potrà parlarsi soltanto in senso economico e fattuale, non certo in senso giuridico-formale". Cfr. anche Chianale, *op. cit.*, 143 s.; Stefini, *La cessione del credito*, cit., 391; in giurisprudenza, App. Firenze 20 dicembre 1988, cit.

(58) Martino, *op. cit.*, 732. Decisamente in tal senso anche Stefini, *La cessione del credito*, cit., 395 s., il quale, con riguardo ai rapporti tra cessione in garanzia e cessione solutoria evidenzia che "nella pratica degli affari è spesso difficile distinguere quale delle due fattispecie le parti abbiano inteso porre in essere".

incompatibile essendo la garanzia della *veritas* e della *bonitas nominis* con un trasferimento che, già di per sé, assolve ad una funzione di garanzia. A meno di non accettare la tautologia giuridica insita nel garantirsi, da parte dello stesso soggetto, ciò che egli ha ceduto già a titolo di garanzia (59), deve più propriamente ritenersi che, a fronte delle accertate inesistenze del credito o insolvenza del debitore ceduto, la “sanzione” in cui incorre il debitore cedente consista nel subire le conseguenze del perdurare del rapporto obbligatorio (originario) (60), che, quanto all’ipotesi di inesistenza, si traducono nella possibilità per il creditore di domandare (al debitore cedente) l’immediato adempimento ai sensi dell’art. 1186 c.c., lì dove, cioè, la mancata prestazione della garanzia (*i.e.*: l’inesistenza del credito) sia dipesa da fatto proprio del cedente (61); nel caso, invece, in cui l’inesistenza del credito (non dipendente da fatto proprio del cedente) o l’insolvenza del ceduto determinino una insufficiente sicurezza nel rientro, il creditore può chiedere la prestazione di altra garanzia idonea e, in mancanza, l’immediato pagamento (62).

Frequente altresì il riscontro, anche in giurisprudenza (63), dell’espressione “cessione *pro solvendo* in garanzia” (64), che sembra svelare anch’essa una vera e propria contraddizione in termini. È stato infatti chiarito, già da tempo, il fondamento causale della cessione

pro solvendo (65), che già la dottrina più risalente riconduceva a una funzione di pagamento (66), sicché delle due l’una: o la cessione è causalmente retta dalla funzione di estinguere un’obbligazione preesistente, e allora essa è stata convenuta *solutionis causa*; oppure trova il suo fondamento causale nella funzione di rafforzare le *chances* di adempimento di un diverso rapporto obbligatorio, e allora essa trova giustificazione nella *causa cavendi*. La questione da ultimo richiamata non esaurisce, invero, la propria rilevanza su di un piano meramente terminologico, ma presenta una relevantissima dimensione pratica che si ricollega al fatto che, in base a una consolidata prassi bancaria, il credito ceduto in garanzia, oltre ad avere un valore maggiore rispetto a quello del credito garantito, ha, di norma, scadenza anteriore rispetto a quest’ultimo, ciò che consente all’istituto di dotarsi di una garanzia che, anche sotto tali profili, si rivela particolarmente incisiva in quanto l’antiorità della scadenza aumenta, innanzitutto, le possibilità del buon fine della riscossione (67); ma, soprattutto, tale antiorità consente, attraverso la predisposizione di clausole che attribuiscono alla banca la facoltà di imputare il riscosso ad estinzione o decurtazione dell’obbligazione garantita anche prima della sua scadenza, di soddisfarsi immediatamente sul credito ceduto (68).

Quest’ultimo tratto (socialmente tipico) della *cessio in securitatem* può risultare particolarmente

(59) Cfr. Dolmetta - Portale, *Cessione del credito*, cit., 98 i quali, difatti, escludono l’operatività delle garanzie in questione a motivo del fatto che “il cedente in garanzia è in ogni caso tenuto nei confronti del creditore cessionario ad adempiere l’obbligazione che la cessione garantisce”.

(60) Stefani, *La cessione del credito*, cit., 396, nt. 215, 430, 472.

(61) Cfr. Viale, *Le garanzie bancarie*, in *Tratt. dir. comm. e dir. pubb. dell’ec.*, diretto da Galgano, Padova, 1994, 119, nt. 44.

(62) Dolmetta - Portale, op. loc. ult. cit. Anche sotto il profilo rimediabile, si nota, quindi, come il riferimento della fattispecie alla causa di garanzia quale elemento caratterizzante l’articolarsi del rapporto sorgente dalla cessione in tutti i suoi aspetti renda superflua la necessità di “piegare” istituti il cui ambito di operatività appare naturalmente limitato, invero, a fattispecie di cessione sorrette da una causa traslativa tipica. Tale ultimo assunto trova riscontro nel fatto che, proprio in considerazione della funzione di garanzia assoluta, in via meramente fattuale e non giuridico-formale, dalla cessione solutoria - che si traduce anche qui, sia pure in termini differenti, nel perdurare obbligo del cedente ad adempiere l’obbligazione originaria - l’applicabilità delle garanzie ex artt. 1266 e 1267 c.c. è esclusa anche rispetto ad essa. Cfr. già Barbero, *Sistema del diritto privato italiano*, Torino, 1962, II, 35 e 230 s., nonché, di recente, Zaccaria, *La prestazione in luogo dell’adempimento: fra novazione e negozio modificativo del rapporto*, Milano, 1987, 203 ss.; Bianca, *Diritto civile. 4. L’obbligazione*, Milano, 1990, 560. Assimila, invece, la *cessio pro solvendo* alla cessione con garanzia della solvenza Messineo, *Manuale di diritto civile commerciale*, III, 1959, 254 ss.

(63) La Porta, *La causa del trasferimento del credito*, cit., 720; Stefani, *La cessione del credito*, cit., 395, nt. 215.

(64) Dolmetta - Portale, *Cessione del credito*, cit., 123, nt. 151.

(65) A ben vedere, neanche l’utilizzo dell’espressione cessione *pro solvendo* per riferirsi alla figura dell’art. 1198 c.c. pare in linea con gli insegnamenti consolidati e, invero, con lo stesso dato normativo, a mente dei quali, invece, per fare riferimento alla cessione del credito effettuata *solvendi causa*, può (anzi deve) utilizzarsi l’espressione, coincidente, non a caso, con la rubrica dell’art. 1198 c.c., “cessione di un credito in luogo dell’adempimento”, viceversa attenendo la locuzione “*pro solvendo*” o, anche, “*solutionis gratia*” - che, tradizionalmente, viene contrapposta alla locuzione “*pro soluto*” o, anche, “*solutionis loco*” - al diverso profilo concernente il momento satisfattivo del cessionario, individuato dall’art. 1198 cit. nell’adempimento da parte del debitore ceduto, per la *cessio solutionis gratia*, e nel perfezionamento della cessione, per la *cessio solutionis loco*. Cfr., in tal senso, già Coviello, *Successione nei debiti a titolo particolare*, in *Arch. giur.*, VI, 1896, 336 s.; Id., *Indole della cessio pro solvendo nel diritto civile italiano*, in *Foro it.*, 1893, I, 1111 ss.

(66) Cfr., in tal senso, già Cariota Ferrara, *I negozi fiduciari*, cit., 176 s.; Biondi, op. cit., 312 ss.; Pavone La Rosa, op. cit., 537 s., 541; Baccigalupi, *I dati normativi della cessio pro solvendo*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1954, II, 376 ss.; Varrone, *L’art. 1198 ed il problema della “cessio pro solvendo”*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1966, 517 ss.

(67) Stefani, *La cessione del credito*, cit., 455.

(68) Cfr. l’ormai datato modello A.B.I. riportato in Viale, op. cit., 143 ss. nonché le clausole contrattuali che si ritrovano, nel loro esatto tenore letterale, in Inzitari, *La cessione del credito a scopo di garanzia: inefficacia ed inopponibilità ai creditori dell’incasso del cessionario nel fallimento, nel concordato e nell’amministrazione controllata*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1997, 2, 175 s. Vengono in rilievo, inoltre, ulteriori pattuizioni - che certo non brillano per tecnicità - con le quali si conviene ad esempio, la cessione di

Giurisprudenza

I singoli contratti

problematico nella misura in cui si riveli suscettibile di incidere, snaturandola, sulla causa (di garanzia) posta a fondamento del negozio di cessione. Può, con parte della dottrina, affermarsi la piena compatibilità di siffatte pattuizioni con la causa di garanzia, sul presupposto che, ad essa, possa - e, anzi, debba, in quanto svolta anche nell'interesse del debitore cedente (69) - affiancarsi un'attività di incasso a cui segue la definitiva imputazione di quanto riscosso alla esposizione debitoria del cedente (70). All'opposto - ed in modo forse più coerente con quanto rilevato in ordine alla capacità della causa di garanzia di definire i diversi profili dell'operazione e ai suoi rapporti con la cessione solutoria - si può affermare, invece, che il tratto dell'accessorietà, connotante ogni forma di garanzia, implichi che l'effetto solutorio debba prodursi solo indirettamente una volta scaduta l'obbligazione garantita e soltanto dopo l'inadempimento del debitore cedente (71). In altri termini, se l'utilità che la cessione deve esprimere, al fine della stessa qualificazione in termini di garanzia, consiste in una (soltanto) eventuale forma di adempimento progressivo dell'obbligazione principale - eventualità che deve conseguire (alla scadenza e) all'inadempimento di essa - allora deve concludersi che l'attribuzione, contrattualmente prevista *ab origine*, della facoltà al creditore cessionario di escutere il debitore ceduto senza attendere la scadenza dell'obbligazione garantita e senza chiedere al debitore cedente l'adempimento "determina una sostanziale e necessitata qualificazione solutoria dell'operazione, se - e questo è il dato caratteristico - la riscossione sia accompagnata da un'imputazione immediata e definitiva del riscosso al debito

originario" (72). Si tratterà, quindi, di verificare se il generico potere-dovere di riscuotere attribuito all'istituto rientra tra i "doveri di protezione" conseguenti alla natura "conformata" della titolarità del credito impressa dalla causa di garanzia, con il correlato obbligo di "accantonarli" in attesa dell'adempimento o del definitivo inadempimento; o se, invece, l'operazione è in realtà preordinata alla realizzazione di un effetto sostanzialmente solutorio, che comporta la definitiva imputazione del riscosso all'esposizione del debitore cedente prima che questi risulti inadempiente (73).

Gli esiti dell'operazione qualificatoria sì condotta assumono specifico rilievo in caso di fallimento del cedente allorché si tratti di individuare il regime normativo applicabile quanto all'esercizio dell'azione revocatoria. Tradizionalmente, si fa ricorso a un criterio cronologico, incentrato sulla contestualità o meno del sorgere del rapporto garantito rispetto al momento perfezionativo della cessione (74). Si ritiene, anche in giurisprudenza (75), che vada presunta la causa di garanzia nei casi in cui il credito venga ceduto contestualmente al sorgere del rapporto garantito o anche successivamente purché, al momento della cessione, il debito non sia ancora scaduto; va presunta, invece, la causa solutoria se la cessione si è perfezionata dopo l'assunzione del debito e una volta scaduto il termine di adempimento. Nel caso di cessione contestuale è applicabile la disposizione di cui all'art. 67, comma 2, l.fall. (oggi art. 166, comma 2, CCII); nel caso di cessione anteriore alla scadenza del debito è applicabile l'art. 67, comma 1, n. 3, l.fall. (oggi art. 166, comma 1, lett. c, CCII); nel caso di cessione posteriore alla scadenza del debito, presumendosi la natura solutoria, è applicabile l'art.

determinati crediti e la contestuale costituzione dei medesimi in pegno, con la previsione, altresì, che, per tali crediti, la banca assume la veste di mandataria *in rem propriam* all'incasso. Per ulteriori riferimenti v. Guerrieri, voce *Cessione del credito a scopo di garanzia* (dir. civ.), in *Enc. giur.*, Roma, 2001, 4.

(69) Ragion per cui, di norma, viene applicata al cliente una specifica commissione bancaria. Cfr. Martino, *op. cit.*, 734.

(70) Cfr. Inzitari, *op. cit.*, 161 s. In tal senso già Mancini, *La cessione dei crediti futuri*, cit., 88; Id., *Pegno di credito*, "cessio pro solvendo" e cessione a scopo di garanzia, cit., 285 nonché, da ultimo, Dolmetta - Portale, *Cessione del credito*, cit., 100; Lascialfari, *op. cit.*, 257; D'Adda, *op. cit.*, 220 s.

(71) Cfr. Martino, *op. cit.*, 739; Stefini, *La cessione del credito*, cit., 391; Chianale, *op. cit.*, 158, secondo il quale "la causa di garanzia consente al cessionario la soddisfazione in autotutela soltanto dopo l'inadempimento del debitore cedente, ché altrimenti la cessione assume i connotati della *datio in solutum*", ma, soprattutto, La Porta, *La causa del trasferimento del credito*, cit., 722 che, muovendo dal presupposto che causa di garanzia e causa solutoria si escludono vicendevolmente e che solo quest'ultima è *ab origine* idonea "a spiegare un effetto attributivo finale", conclude nel senso che "l'eventuale ricezione da parte del cessionario

della prestazione dovuta dal debitore ceduto, produttiva di un'attribuzione definitiva e finale in favore del primo, mancherebbe di giusta causa: il cessionario potrebbe essere legittimato a ricevere, in quanto comunque nuovo titolare del diritto cui 'spetta' la prestazione del ceduto, ma difficilmente potrebbe essere ritenuto legittimato a 'trattenere' quanto pur legittimamente ricevuto [...] la giusta causa per 'trattenere' quanto ricevuto sarà integrata soltanto quando sarà rimasto con certezza inadempito il debito originario, a garanzia del quale si è posta la cessione".

(72) Così Martino, *op. loc. ult. cit.*

(73) Stefini, *La cessione del credito*, cit., 436. Cfr. anche La Porta, *La causa del trasferimento del credito*, cit., 720 s.

(74) Criterio proposto per la prima volta da Bigiavi, *op. cit.*, 291 ss.; cfr. anche Angelici-Bussoletti, *Garanzie bancarie proprie ed improprie e procedure concorsuali*, in *Giur. comm.*, 1985, I, 800 s.; Grippo, *Garanzie atipiche e fallimento*, in *Cel*, 1986, 378 ss.

(75) V., ad esempio, Cass. Civ. 3 febbraio 1987, n. 950, in *Fall.*, 1987, 598; Cass. Civ. 12 luglio 1991, n. 7794, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1993, II, 30; Cass. Civ. 19 ottobre 2007, n. 22014, in *Fall.*, 2008, 95 ss.; Cass. Civ. 22 gennaio 2009, n. 1617, *ivi*, 2009, 1000 ss.

67, comma 1, n. 2, l.fall. (oggi art. 166, comma 1, lett. b, CCII) (76). Mentre, rispetto al caso di cessione a debito non scaduto, l'eventuale ricostruzione dell'operazione in termini solutori piuttosto che di garanzia non darebbe luogo a conseguenze diverse atteso che, quale che sia la causa effettiva della cessione, la disciplina applicabile resta, nella sostanza, uguale nonostante vengano in rilievo norme diverse (77); viceversa, l'ipotesi di cessione contestuale (78) al sorgere del debito - che, non a caso, è la più diffusa nella prassi (79) - dà luogo a esiti diametralmente opposti, quanto alla individuazione del regime applicabile in sede di revocatoria, a seconda che a essa venga riconosciuta natura di garanzia o solutoria. Nel primo caso, si applicherà, come detto, l'art. 67, comma 2, l.fall. (oggi art. 166, comma 2, CCII), che ammette la revoca dell'atto se compiuto nei sei mesi anteriori alla dichiarazione di fallimento (o al deposito della domanda cui è seguita l'apertura della liquidazione giudiziale) e, soprattutto, se la curatela riesce a provare la c.d. *scientia decoctionis*, ovvero sia la conoscenza dello stato di insolvenza del debitore cedente da parte del creditore cessionario; nel secondo caso, invece, rientrandosi nell'art. 67, comma 1, n. 2, l.fall. (oggi art. 166, comma 1, lett. b, CCII), troverà applicazione il più rigoroso regime *ivi* previsto comportante, da un lato, la dilatazione del c.d. periodo sospetto fino all'anno anteriore alla dichiarazione di fallimento (o al deposito della domanda cui è seguita l'apertura della liquidazione giudiziale); dall'altro (e soprattutto), l'operatività della presunzione di conoscenza dello stato di insolvenza da parte del creditore cessionario, salvo che egli riesca a fornire la prova della *inscientia decoctionis* (80).

A fronte, quindi, della profonda diversità di conseguenze, quanto all'individuazione del regime di revocatoria applicabile, derivanti dalla qualificazione in termini solutori anziché di garanzia di una cessione del credito effettuata contestualmente al sorgere di un rapporto obbligatorio in essere tra le stesse parti della cessione, l'interprete è chiamato valutare se e in che misura le clausole di cui si è detto, pur accedendo a un'operazione espressamente qualificata dalle parti in termini di garanzia, non diano luogo, piuttosto, a una deviazione dell'assetto di interessi concretamente diviso rispetto alla causa (di garanzia) che pure si vorrebbe a fondamento del medesimo, con conseguente riconoscimento della natura in realtà solutoria dell'operazione. Si tratta di una questione di estremo interesse teorico e con importanti implicazioni di ordine pratico, la cui trattazione esula dalla redazione della nota. Può, tuttavia, rilevarsi che il modo in cui le clausole prima richiamate sono suscettibili di incidere sulla qualificazione del negozio rendono insufficiente l'applicazione meccanica del criterio presuntivo di natura cronologica prima ricordato, dovendo l'opera di ricostruzione del fondamento causale appuntarsi, piuttosto, su un esame condotto caso per caso, con riferimento al senso complessivo che, in concreto, l'operazione restituisce. In questa direzione, meritano continuità gli orientamenti espressi da ultimo in giurisprudenza (81), sensibili alla esigenza di stabilire la reale natura della cessione avendo riguardo alle operazioni abitualmente compiute dalle parti, alla conformità agli usi commerciali e, in generale, ai concreti profili funzionali dell'atto nonché alla maggiore o minore capacità di incidere sugli equilibri economico-finanziari dell'impresa (82).

(76) Si tratta di norme a cui le figure considerate, cessione in garanzia e *datio in solutum*, vengono ricondotte per analogia. Sull'applicabilità dell'art. 67, comma 2, l.fall. (oggi art. 166, comma 2, CCII) alla cessione contestuale al sorgere del debito, se effettuata *cavendi causa*, v., tra le tante, Trib. Roma 16 luglio 1955, in *Dir. fall.*, 1955, II, 513; Cass. Civ. 29 maggio 1962, n. 1277, in *Dir. fall.*, 1962, II, 543; Cass. Civ. 3 febbraio 1987, n. 950, cit.; App. Firenze 20 dicembre 1988, cit.; Cass. Civ. 19 aprile 1991, n. 4237, in *Rep. Giur. it.*, 1991, voce *Revocatoria fallimentare*, n. 434; Cass. Civ. 12 luglio 1991, n. 7794, cit.; Trib. Udine 14 marzo 1994, in *Dir. fall.*, II, 546; Cass. Civ. 5 luglio 1997, n. 6047, in *Fall.*, 1997, 1220. Sull'applicabilità dell'art. 67, comma 1, n. 2, l.fall. (oggi art. 166, comma 1, lett. b, CCII) v., *ex multis*, Cass. Civ. 30 ottobre 1956, n. 4057, cit.; Cass. Civ. 19 luglio 1980, n. 4745, in *Dir. fall.*, 1980, II, 575; Cass. Civ. 17 maggio 1982, n. 3047, in *Giur. comm.*, 1983, II, 711; Cass. Civ. 25 febbraio 1993, n. 2330, in *Dir. fall.*, 1993, II, 760.

(77) Rispettivamente, gli artt. 67, comma 1, n. 2, l.fall. (oggi art. 166, comma 1, lett. b, CCII) e 67, comma 1, n. 3, l.fall. (oggi art. 166, comma 1, lett. c, CCII), che prevedono entrambi sia l'operare

della presunzione di conoscenza dello stato di insolvenza del debitore cedente da parte del creditore cessionario sia la durata del periodo di sospetto in un anno.

(78) La contestualità è valutata in senso lato, per così dire, avendo riguardo più "all'aspetto funzionale e sinallagmatico che a quello cronologico in senso stretto, valutando se concessione del credito e garanzia rientrino in un unico disegno negoziale". Così Stefini, *La cessione del credito*, cit., 397, nt. 219. In giurisprudenza v. Cass. Civ. 17 luglio 1997, n. 6558, in *Corr. giur.*, 1998, 90; Cass. Civ. 21 marzo 2003, n. 4126, in *Foro it.*, 2003, I, 1402; Cass. Civ. 31 agosto 2005, n. 17590, in *Fall.*, 2006, 538; Cass. Civ. 6 dicembre 2006, n. 26154, in *Rep. Foro it.*, 2006, voce *Fallimento*, n. 414.

(79) Cfr. Stefini, *La cessione del credito*, cit., 502.

(80) Cfr. Stefini, *ibidem*.

(81) Cass. Civ. 25 luglio 1987, n. 6467, in *Fall.*, 1987, 1246; App. Palermo 8 marzo 1991, in *Giur. comm.*, 1992, II, 471; App. Milano 31 ottobre 1995, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1997, II, 189 s.; Cass. Civ. 8 maggio 1998, n. 4688, in *Mass. Giust. civ.*, 1998, 985; Trib. Modena 29 settembre 2017, in *DeJure*.

(82) Stefini, *La cessione del credito*, cit., 397 s., 505.

Arricchimento senza causa

Cassazione Civile, Sez. III, 27 maggio 2024, n. 14735, ord. - Pres. De Stefano - Rel. Guizzi - A.A., B.B. c. Regione Calabria nonché c. Ufficio del Commissario Delegato per l'emergenza ambientale nel territorio della Regione Calabria

In caso di esercizio dell'azione ex art. 2041 c.c. nei confronti della pubblica amministrazione, l'attore è tenuto a provare unicamente il proprio depauperamento e, con esso, il contestuale arricchimento dell'amministrazione, avendo quest'ultima l'onere di eccepire e provare il rifiuto dell'arricchimento o l'impossibilità del rifiuto per la sua inconsapevolezza.

Il riconoscimento dell'utilità da parte dell'arricchito non costituisce requisito dell'azione di indebito arricchimento, sicché il depauperato che agisce ex art. 2041 c.c. nei confronti della P.A. ha solo l'onere di provare il fatto oggettivo dell'arricchimento, senza che l'ente pubblico possa opporre il mancato riconoscimento dello stesso, potendo, invece, eccepire e provare che l'arricchimento non fu voluto o non fu consapevole, e che si trattò, quindi, di "arricchimento imposto".

ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI

Conforme	Cass. Civ., SS.UU., 26 maggio 2015, n. 10798; Cass. Civ. 27 aprile 2023, n. 11067; Cass. Civ. 21 luglio 2022, n. 22908
Difforme	Cass. Civ. 18 aprile 2013, n. 9486; Cass. Civ. 21 aprile 2011, n. 9141; Cass. Civ. 11 maggio 2007, n. 10884; Cass. Civ. 11 maggio 2007, n. 19572; Cass. Civ. 2 settembre 2005, n. 17703; Cass. Civ. 20 agosto 2004, n. 16348; Cass. Civ. 23 aprile 2002, n. 5900.

La Corte (*omissis*)

Motivi della decisione

9. Risulta pregiudiziale la disamina del ricorso incidentale, anche in relazione alla questione della rituale costituzione del rapporto giuridico processuale nella presente sede di legittimità, nei riguardi dell'Ufficio del Commissario delegato per l'emergenza ambientale nel territorio della Regione Calabria.

9.1. Tale ricorso è da rigettare.

9.1.1. Il solo motivo da esso proposto risulta non fondato, ma la motivazione della sentenza impugnata, in punto di legittimazione passiva della Regione, va corretta, a norma dell'art. 384, ultimo comma, cod. proc. civ.

Si legge, infatti, nella pronuncia della Corte catanzarese che "il Commissario Delegato per l'emergenza ambientale nel territorio della Regione Calabria (già Commissario Delegato per l'emergenza nel settore dello smaltimento dei rifiuti urbani nella Regione Calabria)", in origine "istituito con Ordinanza del Presidente del Consiglio dei Ministri n. 2696 del 21 ottobre 1997 e successive modificazioni ed integrazioni ai sensi della legge 25 febbraio 1992, n. 225", ebbe a cessare la propria attività "al 31 dicembre 2012, in forza dell'art. 3, comma 2, del D.L. 15 maggio 2012, (n. 59, n.d.r.), convertito, con modificazioni, nella legge 12 luglio 2012, n. 100". Ad avviso della Corte territoriale, la "chiusura della gestione emergenziale comporta il subentro a titolo di successione universale delle Regioni nei rapporti processuali già facenti capo alle cessate strutture commissariali, secondo il meccanismo delineato dall'art. 110 cod. proc. civ., siccome disposto dall'art. 1, comma 422, della legge 27 dicembre 2013, n. 147". Su tali basi, dunque, la sentenza impugnata ha

rigettato l'eccezione di difetto di legittimazione passiva, reiterata dalla Regione in appello.

Orbene, che - nella specie - si sia verificato un fenomeno successorio non è dubitabile, tuttavia la giurisprudenza di questa Corte (già più volte pronunciata in relazione alla cessazione dell'attività del Commissario Delegato per l'emergenza ambientale in Calabria) ha inquadrato lo stesso nella fattispecie di cui all'art. 111, e non 110, cod. proc. civ.

Si è, infatti, osservato che l'ordinanza della Presidenza del Consiglio dei Ministri n. 57, del 14 marzo 2013, "ha previsto le modalità di trasferimento delle competenze alla Regione nell'ottica di una collaborazione tra organi precedentemente legittimati e nuovi organi regionali, di guisa che, come riconosciuto dal giudice amministrativo, si è di fronte ad una vicenda qualificabile entro i più contenuti limiti di una successione a titolo particolare nei rapporti controversi, con conseguente applicazione processuale dell'istituto di cui all'art. 111 cod. proc. civ. e prosecuzione del giudizio tra le parti originarie"; difatti "la successione universale tra gli uffici regionali e i soggetti nominati ai sensi dell'art. 5 L. n. 225 del 1992 sarebbe stata configurabile solo allorché questi ultimi fossero qualificabili come 'rappresentanti delle amministrazioni e degli enti ordinariamente competenti ovvero soggetti dagli stessi designati'", ciò che, però, "non è nel caso di specie, posto che il Commissario era indicato dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri senza che potesse in alcuna misura essere qualificato quale rappresentante della Regione Calabria" (così, in motivazione, Cass. Sez. 3, sent. 26 giugno 2018, n. 16793, non massimata; in senso conforme Cass. Sez. 1, ord. 3 dicembre 2021, n. 38332 e Cass. Sez. 1, ord. 18 aprile 2023, n. 10317, entrambe non massimate).

Così intesa la relazione intercorrente tra la Regione Calabria e l'(ormai soppresso) Ufficio del Commissario Delegato per l'emergenza ambientale, oltre a risultare destituita di fondamento la presente impugnazione incidentale, deve ritenersi che l'evocazione in giudizio - ad opera degli odierni ricorrenti principali - del Presidente del Consiglio dei Ministri sia sufficiente perché possa dirsi integrato il contraddittorio, dal momento che la pretesa della Regione di vedere affermato il proprio difetto di legittimazione passiva risulta, per le ragioni illustrate, da disattendere.

10. Ciò premesso, il ricorso principale è fondato, sebbene nei limiti di seguito indicati.

10.1. Il primo motivo non è fondato.

10.1.1. La (ri)qualificazione del rapporto, intercorso tra gli odierni ricorrenti e l'amministrazione regionale, non in termini di prestazione d'opera, come invece ritenuto dal primo giudice, ma come espletamento di attività implicante l'esercizio di potestà amministrative, risulta effettivamente priva di riflessi quanto alla "*ratio decidendi*" della sentenza impugnata (non a caso censurata con i restanti motivi di ricorso), con cui si è escluso che della "*utilitas*" dell'attività di collaudo vi fosse stato riconoscimento da parte della Regione.

Non è, dunque, errata la decisione della Corte territoriale, là dove, pur operando il corretto inquadramento giuridico dell'attività dei componenti la Commissione di collaudo, non ha fatto discendere da esso, in via automatica, l'accoglimento del gravame, ritenendo, anzi, che, in relazione alla questione della natura del rapporto intercorso tra gli (allora) appellanti e l'amministrazione regionale, i primi difettassero di interesse ad impugnare. Giova, infatti, rammentare che "in tema di impugnazioni, l'interesse ad agire di cui all'art. 100 cod. proc. civ. postula la soccombenza nel suo aspetto sostanziale, correlata al pregiudizio che la parte subisca a causa della decisione da apprezzarsi in relazione all'utilità giuridica che può derivare al proponente il gravame dall'eventuale suo accoglimento" (da ultimo, Cass. Sez. 1, sent. 29 dicembre 2022, n. 38054, Rv. 666530-01), sicché, nella specie, pur qualificata correttamente l'attività per cui è causa come implicante l'esercizio di potestà amministrativa, tale esito non comportava "*ex se*" l'accoglimento della pretesa avanzata ai sensi dell'art. 2041 cod. civ.

10.2. Il secondo motivo è inammissibile.

10.2.1. L'omissione che si addebita alla Corte catanzarese non può ricondursi alla fattispecie di cui all'art. 360, comma 1, n. 5), cod. proc. civ.

Invero, la previsione normativa suddetta trova applicazione solo quando l'omissione investa un "fatto vero e proprio" (non una "questione" o un "punto" della sentenza) e, quindi, "un fatto principale, *ex art.* 2697 cod. civ. (cioè un fatto costitutivo, modificativo, impeditivo o estintivo) od anche un fatto secondario (cioè un fatto dedotto in funzione di prova di un fatto principale), purché controverso e decisivo" (così, in motivazione, Cass. Sez. 5, sent. 8 settembre 2016, n. 17761, Rv. 641174-01; nello stesso senso Cass. Sez. 6-5, ord. 4 ottobre 2017, n. 23238, Rv. 64630801), vale a dire "un preciso accadimento,

ovvero una precisa circostanza da intendersi in senso storico-naturalistico" (Cass. Sez. 5, sent. 8 ottobre 2014, n. 21152, Rv. 632989-01; Cass. Sez. Un., sent. 23 marzo 2015, n. 5745, non massimata), "un dato materiale, un episodio fenomenico rilevante, e le relative ricadute di esso in termini di diritto" (cfr. Cass. Sez. 1, ord. 5 marzo 2014, n. 5133, Rv. 629647-01), e "come tale non ricomprendente questioni o argomentazioni" (Cass. Sez. 6-1, ord. 6 settembre 2019, n. 22397, Rv. 655413-01). Nella specie, si addebita al giudice d'appello l'omessa disamina della dedotta riferibilità, in capo alla Regione Calabria piuttosto che all'Ufficio del Commissario delegato per l'emergenza ambientale, dell'attività svolta, e dunque di una questione, e non di un fatto "naturalisticamente" inteso.

10.3. Il terzo e quarto motivo - suscettibili di disamina unitaria, attenendo alle condizioni per l'applicabilità dell'art. 2041 cod. civ. - sono, invece, fondati.

10.3.1. La sentenza impugnata ha fatto proprio l'assunto del giudice di prime cure secondo cui "non sussiste prova di un riconoscimento - esplicito, ovvero implicito - dell'*utilitas* conseguita dall'amministrazione in base all'attività prestata dagli attori". Esito al quale entrambi i giudici sono giunti sul duplice rilievo che, per un verso, "nessuno degli atti prodotti in giudizio" risulta provenire "dall'organo rappresentativo delle amministrazioni convenute" e, cioè, "nel caso dell'ufficio commissariale, il Commissario Delegato, ovvero il Sub-Commissario Delegato" (recando, invece, "le firme di dirigenti o altri funzionari dell'Ufficio del Commissario delegato, non legittimati a rappresentare l'ente cui appartengono nei rapporti con i terzi"), precisando, per altro verso, che dal loro contenuto "non pare rinvenirsi alcun riconoscimento dell'utilità in parola".

Così argomentando, tuttavia, la Corte territoriale ha addossato agli odierni ricorrenti un onere probatorio che non grava affatto a carico di chi eserciti l'azione di ingiustificato arricchimento nei confronti della pubblica amministrazione, così falsamente applicando l'art. 2041 cod. civ.

Come, infatti, ancora di recente ribadito da questa Corte (tra l'altro, proprio con riferimento ad attività svolta in favore dell'Ufficio del Commissario per l'emergenza ambientale in Calabria), "a fronte di un pregresso e prevalente orientamento che condizionava l'accoglimento dell'azione" di ingiustificato arricchimento "al riconoscimento dell'*utilitas* da parte della pubblica amministrazione, e cioè al riscontro di una valutazione soggettiva in capo all'ipotetico arricchito, le Sezioni Unite" - il riferimento è, ovviamente, a Cass. Sez. Un., sent. 26 maggio 2015, n. 10798, Rv. 635369-01 - "hanno posto l'accento sulla connotazione invece strettamente oggettiva dell'arricchimento che il depauperato deve provare, senza che l'amministrazione possa opporre il mancato riconoscimento dello stesso" (così, Cass. Sez. 1, ord. n. 10317 del 2021, cit.). Provato, dunque, da chi agisce a norma dell'art. 2041 cod. civ. il proprio depauperamento (e con esso il contestuale arricchimento dell'amministrazione), l'accoglimento dell'iniziativa dallo stesso assunta

incontra il solo “limite del divieto di arricchimento imposto”, affinché “il diritto fondamentale di azione del depauperato” possa “adeguatamente coniugarsi con l’esigenza, altrettanto fondamentale, del buon andamento dell’attività amministrativa, affidando alla stessa pubblica amministrazione l’onere di eccepire e provare il rifiuto dell’arricchimento o l’impossibilità del rifiuto per la sua inconsapevolezza” (così, ancora, Cass. Sez. 1, ord. n. 10317 del 2023, cit., che richiama Cass. Sez. Un., n. 10798 del 2015, cit.).

In una simile prospettiva, pertanto, il tema rilevante non è affatto se vi sia stato (e se provenisse da un soggetto a ciò legittimato) il riconoscimento dell’utilità da parte dell’amministrazione regionale, bensì se essa - specie a fronte di un rapporto instauratosi “*ab origine*” con la Regione, proseguito con l’Ufficio commissariale, ma ritornato in capo alla prima in forza di un fenomeno successorio riconducibile al disposto dell’art. 111 cod. proc. civ. - sia riuscita a provare il “rifiuto” dell’arricchimento, o la sua impossibilità.

Questi rilievi portano, così, a concludere - come già fatto da questa Corte in passato - che “è manifesta l’erroneità dell’affermazione del giudice di merito secondo la quale ‘è necessario il riconoscimento dell’*utilitas*’” da parte della

pubblica amministrazione (cfr., ancora una volta, Cass. Sez. 1, ord. n. 10317 del 2023, cit.).

10.4. Il quinto motivo resta assorbito dall’accoglimento dei due precedenti.

11. In conclusione, il ricorso principale va accolto, quanto ai motivi terzo e quarto, e la sentenza impugnata cassata in relazione, con rinvio alla Corte d’appello di Catanzaro, in diversa composizione, per la decisione nel merito e sulle spese di lite, ivi comprese quelle del presente giudizio di legittimità, in applicazione del seguente principio di diritto: “in caso di esercizio dell’azione *ex art.* 2041 cod. civ. nei confronti della pubblica amministrazione, l’attore è tenuto a provare unicamente il proprio depauperamento e, con esso, il contestuale arricchimento dell’amministrazione, avendo quest’ultima l’onere di eccepire e provare il rifiuto dell’arricchimento o l’impossibilità del rifiuto per la sua inconsapevolezza”.

12. A carico della ricorrente incidentale, stante il rigetto del ricorso, sussiste l’obbligo di versare un ulteriore importo a titolo di contributo unificato, se dovuto secondo un accertamento spettante all’amministrazione giudiziaria (Cass. Sez. Un., sent. 20 febbraio 2020, n. 4315, Rv. 657198-01), ai sensi dell’art. 13, comma 1-*quater*, del D.P.R. 30 maggio 2002, n. 115.

La responsabilità patrimoniale della P.A. nell’azione di arricchimento senza causa

di Paolo Duvia

Il contributo esamina la disciplina dell’azione di arricchimento senza causa nei confronti della Pubblica Amministrazione recentemente ripresa dalla sentenza della Corte di Cassazione, Sez. III, n. 14735/2024. Prendendo spunto dal caso di un pagamento per prestazioni professionali relative a interventi di disinquinamento, la Corte conferma il principio secondo cui, in azioni *ex art.* 2041 c.c. contro la P.A., spetta a quest’ultima dimostrare il rifiuto o l’inconsapevolezza dell’arricchimento, senza richiedere il riconoscimento esplicito dell’*utilitas*. Il contributo si concentra sull’evoluzione dottrinale e giurisprudenziale, culminata nella nota sentenza delle Sezioni Unite del maggio 2015, che ha attribuito progressiva rilevanza al principio costituzionale di parità di trattamento tra soggetti pubblici e privati. Viene inoltre affrontato il tema del *quantum* dell’indennizzo, parametrato al reale impoverimento e arricchimento, e quello della proponibilità dell’azione anche in corso di causa. Infine, viene preso in esame il problema dell’arricchimento indiretto, ammesso in casi limitati, e quello della responsabilità personale del funzionario per spese non deliberate.

Fatti di causa

La controversia risolta dalla Cassazione riguarda la richiesta di pagamento avanzata da alcuni ricorrenti per la prestazione d’opera professionale relativa al collaudo di interventi di disinquinamento lungo la costa tirrenica della Calabria. L’attività, inizialmente commissionata dalla Regione Calabria nel 1992 e nuovamente nel 1994, si era poi svolta sotto la

supervisione dell’Ufficio del Commissario delegato all’emergenza ambientale. Questo passaggio di consegne era avvenuto in seguito alla nomina del Presidente della Regione Calabria a Commissario per l’emergenza ambientale, avvenuta nel 2000. Successivamente, con un’ordinanza del 2012, i poteri del Commissario erano stati trasferiti alla Regione Calabria. Ciò non aveva, però, comportato una successione universale, come erroneamente ritenuto dalla

Corte d'Appello nel caso in esame. La Corte di cassazione ha, infatti, chiarito come si fosse trattato di una successione a titolo particolare, disciplinata dall'art. 111 c.p.c. I professionisti ricevevano solo alcuni acconti, tra il 1995 e il 2001, e, dunque, agivano presso il Tribunale di Catanzaro per ottenere la condanna della Regione Calabria al pagamento del corrispettivo dovuto. Tuttavia, tanto il Tribunale come la Corte d'Appello, in seguito, rigettavano la domanda degli attori, sostenendo che non vi fosse stata prova di riconoscimento dell'*utilitas* da parte dell'amministrazione regionale dell'arricchimento arrecato all'amministrazione stessa. I ricorrenti presentavano, quindi, ricorso per Cassazione, contestando la decisione della Corte d'Appello. La Cassazione, accogliendo il ricorso, stabilisce che l'onere di provare il "rifiuto" dell'arricchimento spetta alla P.A. e non al depauperato, cassando la sentenza impugnata e rinviando la causa alla Corte d'Appello di Catanzaro per una nuova decisione. Nella motivazione, viene confermato il principio di diritto espresso dalle Sezioni Unite del 26 maggio 2015, n. 10789, in base al quale "in caso di esercizio dell'azione ex art. 2041 c.c. nei confronti della P.A., l'attore è tenuto a provare unicamente il proprio depauperamento e, con esso, il contestuale arricchimento dell'amministrazione, avendo quest'ultima l'onere di eccepire e provare il rifiuto per la sua inconsapevolezza" affinché "il diritto di azione del depauperato possa

adeguatamente coniugarsi con l'esigenza, altrettanto fondamentale, del buon andamento dell'attività amministrativa".

L'azione generale di ingiustificato arricchimento e i suoi presupposti

L'azione di arricchimento senza causa (1), disciplinata dall'art. 2041 c.c. (2), è espressione del brocardo *nemo locupletari potest cum aliena iactura* ed è stata definita come "la più romantica delle azioni" (3), in forza della sua funzione equitativa (4), ma anche "gravida di equivoci e di acrobazie logiche" (5). I requisiti previsti dall'art. 2041 c.c. sono: a) l'*arricchimento di un soggetto*; b) l'*impoverimento patrimoniale* di un altro soggetto; c) l'*assenza di causa* (6) intesa come assenza di giustificazione dell'attribuzione patrimoniale di un determinato soggetto (7). Inoltre, la giurisprudenza fa discendere dalla lettera dell'art. 2041 c.c. anche l'ulteriore requisito della c.d. *unicità del fatto causativo*, ossia la sussistenza del *nesso causale* tra arricchimento e impoverimento (8). Centrale nella interpretazione della norma è poi, la nozione di indennizzo, consapevolmente utilizzata dal legislatore per distinguerla dalla diversa nozione di risarcimento del danno ex art. 2043 c.c., in quanto non assimilabile a un pregiudizio derivante da attività *contra ius* (9). La norma di cui all'art. 2041 c.c. comprende fattispecie di ingerenze produttive di ricchezza, le quali si

(1) L'ingiustificato arricchimento è presente anche nell'ordinamento tedesco (*Ungerechtfertigte Bereicherung*) ai parr. 812 ss. BGB, mentre nei sistemi di *common law*, in assenza di un rimedio generale come negli ordinamenti codificati, l'*unjust enrichment* è affrontato mediante un mosaico di rimedi specifici. Questi rimedi si sono evoluti nel tempo, spesso derivanti da principi contrattuali o dalla *law of torts* (P. Gallo, *Unjust enrichment: a comparative analysis*, in *Am. J. Comp. L.*, 1992, 462). In Francia l'*enrichissement injustifié*, dapprima elaborato in via giurisprudenziale dalla *Cour de Cassation* nel famoso caso *Boudier* (K. Zweigert - H. Kotz, *Introduzione al diritto comparato. Istituti*, II, Milano, 2011, 294), successivamente è stato codificato agli artt. 1303 ss. con la riforma del *Code civil* del 2006 (P. Sirena, *Arricchimento ingiustificato e restituzioni: una prospettiva di diritto europeo*, in *Rass. dir. civ.*, 2018).

(2) Per una più ampia letteratura sul tema, cfr. P. Trimarchi, *Istituzioni di diritto privato*, Milano, 1991, par. 286; P. Gallo, *Arricchimento senza causa e quasi contratti*, Torino, 2008; A. Torrente, *Manuale di diritto privato*, Milano, 2007, cap. LIV, par. 453; F. Caringella, *Manuale di diritto civile*, 2010, sez. IV, cap. V; F. Gazzoni, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2019; G. Chiné - M. Fratini - A. Zoppini, *Manuale di diritto civile*, Roma, 2018. Si veda, altresì, G. Andreoli, *L'ingiustificato arricchimento*, Milano, 1940; L. Barassi, *La teoria generale delle obbligazioni*, Milano, 1948; Barbero, *Sistema istituzionale del diritto privato*, Torino, 1955, II; E. Betti, *Teoria generale delle obbligazioni*, Milano, 1954; C.M. Bianca, *Diritto civile*, 5. *La responsabilità*, Milano, 1995; Castioni, *Il divieto di ingiusto arricchimento come principio generale del*

diritto, in *Riv. dir. comm.*, 1925, I, 340; R. De Nova, voce *Obbligazioni*, in *Enc. dir.*, XXIX, Milano, 1979, 496; A. Di Majo, *La tutela civile dei diritti*, Milano, 1993; Massari, *Intorno all'azione di arricchimento senza causa*, in *Giust. civ.*, 1953, 95-716; U. Mori-Checucci, *L'arricchimento senza causa*, Firenze, 1943, AA.VV., *Obbligazioni e contratti*, I, in *Tratt. d. priv.* Rescigno, IX, Torino, 1984.

(3) R. Berbéris, citato da J. Carbonnier, *Droit civil*, II, *Les biens et les obligations*, Parigi, 1962, 718.

(4) C. Cicero, *Spunti in tema di arricchimento senza causa dell'ente pubblico*, in *Giur. it.*, 2015, 2070.

(5) U. Breccia, *Gestione d'affari, ripetizione dell'indebito, arricchimento senza causa*, in *Trattato Rescigno*, Torino, 1982.

(6) Per la differenza tra *causa debendi* e *causa contractus* v. G. Giorgi, *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano esposta con la scorta della dottrina e della giurisprudenza*, VI, *Fonti delle obbligazioni (Obbligazioni nascenti dalla legge - Continuazione e fine - Trasmissione delle obbligazioni)*, Firenze, 1883, 610-611.

(7) A. Nicolussi, *Le obbligazioni*, Milano-Padova, 2021, 367-370.

(8) Cass. Civ. 21 giugno 2018, n. 16305.

(9) A. Albanese, *L'azione di arricchimento senza causa*, in M. Franzoni (a cura di), *Le obbligazioni*, III. *Fatti e atti fonti di obbligazioni*, Torino, 2005, 445, secondo cui "Il fatto è [...] che l'art. 2041 c. c. abbandoni l'espressione danno di cui alla norma precedente per abbracciare quella di pregiudizio conferma [...] la vacuità di ogni tentativo di commistione con il danno conseguente all'illecito".

distinguono dai fatti illeciti, perché questi ultimi sono rivolti a eventi di danno inteso come distruzione di ricchezza (10). Infatti, l'azione di arricchimento senza causa svolge una funzione restitutoria, volta a rimuovere quanto ingiustificatamente conseguito dal soggetto responsabile, mentre l'azione di risarcimento del danno ha una finalità riparatoria, tesa a rimuovere la perdita subita dal soggetto tutelato (11).

L'indennizzo è, pertanto, parametrato alla correlativa diminuzione patrimoniale, in modo tale da impedire la c.d. *locupletazione dell'impovertito* (12). In particolare, va osservato come in alcune ipotesi l'arricchimento sia inferiore al danno, in altre superiore, mancando un effettivo pregiudizio, o identico (13).

In ogni caso, non è mancato il tentativo di limitare l'obbligo dell'arricchito a indennizzare l'impovertito nei casi in cui sia quest'ultimo a prendere l'iniziativa. Tradizionalmente, la dottrina riteneva che l'azione potesse essere accolta solo qualora si dimostrasse l'esecuzione in buona fede o il consenso dell'*accipiens*, o la sua consapevolezza o tolleranza dell'esecuzione (14). Secondo una più recente teoria, se l'impovertimento è frutto di un'attività le cui conseguenze potevano essere previste dall'esecutore, non vi sarà diritto all'indennizzo, dovendo costui assumere il rischio connesso alla propria attività; l'impovertito non potrà così pretendere l'indennità ove il pregiudizio derivi dalla propria negligenza (15). Infine, l'art. 2042 c.c. arricchisce la disciplina codicistica con il requisito della sussidiarietà, che riflette il timore del legislatore di un potenziale abuso di tale azione, come peraltro già accaduto nel modello francese (16).

L'arricchimento indebito della Pubblica Amministrazione

Tradizionalmente, l'azione di arricchimento senza causa nei confronti della P.A. ha sempre presentato caratteri di specialità rispetto al rimedio generale (17). La fattispecie più frequente nella prassi riguarda procedure ad evidenza pubblica di selezione del contraente non andate a buon fine per violazione della normativa in materia di contratti pubblici, in particolare per violazione del requisito della forma (18).

Secondo un orientamento consolidato, la proponibilità dell'azione era subordinata al riconoscimento dell'*utilitas* da parte dell'ente pubblico interessato, senza alcuna possibilità per il giudice di sostituirsi a siffatta deliberazione dell'utilità dell'opera o della prestazione da altri eseguita a proprie spese (19). Tale requisito era formulato già nella vigenza del codice del 1865 in materia di gestione d'affari altrui e successivamente esteso anche all'azione di arricchimento. Il riconoscimento dell'*utilitas* da parte della P.A. trovava la sua *ratio* nel rispetto dei limiti del giudice ordinario imposti dall'art. 4, L. 20 marzo 1865, n. 2248, all. E, il quale prevede che il G.O. non possa invadere le prerogative discrezionali dell'amministrazione pubblica (c.d. *discrezionalità amministrativa*) (20). Inoltre, l'esecuzione di fatto di un'opera o di un servizio pubblico - per i quali si confida di ottenere un compenso attraverso l'azione di arricchimento - può tendere a realizzare abusi, come eludere gare d'appalto o realizzare gestioni non trasparenti (21).

In dottrina e in giurisprudenza si è lungamente dibattuto se il riconoscimento dell'*utilitas* da parte della P.A. costituisca un atto di volontà o una dichiarazione

(10) A. Nicolussi, *Lesione del potere di disposizione e arricchimento. Un'indagine sul danno non aquiliano*, Milano, 1998, *passim*.

(11) P. Gallo, *Arricchimento senza causa*, in P. Schlesinger, *Il Codice civile Commentario*, Milano, 2003, 128-129.

(12) C. Prussiani, *L'azione di arricchimento senza causa nei rapporti tra la pubblica amministrazione ed il professionista: riconoscimento dell'utilitas e criteri di quantificazione dell'indennizzo*, in *Corr. giur.*, 2012, 1216 ss.

(13) P. Gallo, *La sussidiarietà dell'azione di arricchimento: il punto delle Sezioni unite*, in *Giur. it.*, 2024, 533.

(14) P. Trimarchi, *L'arricchimento senza causa*, Milano, 1962, 15.

(15) A. Albanese, *Ingiustizia del profitto e arricchimento senza causa*, Padova, 2005, 270 ss.

(16) E. Bellisario, *La sussidiarietà dell'azione di arricchimento: considerazioni conclusive*, in *Orientamenti*, 2023, 693.

(17) L'azione in discorso proposta nei confronti della P.A. ha assunto una valenza autonoma, dimostrata dal fatto che spesso è

oggetto di trattazione separata rispetto agli studi civilistici (Astone, 289, *infra*, sez. IV), anche e soprattutto nelle numerose voci enciclopediche dedicate all'argomento (Romano, voce "*Indebito arricchimento nel diritto amministrativo*", nel *Dig. disc. pubbl.*, IV ed., VIII, Torino, 1993, 208 ss.; Vela, voce "*Arricchimento*, II) *Azione di arricchimento nei confronti della Pubblica Amministrazione*", in *Enc. giur.*, III, Ed. Enc. it., 1988, 1 ss.; Bodda, voce "*Arricchimento, azione di (Diritto amministrativo)*", nel *Noviss. Dig. it.*, I, 2, Torino, 1958, 1009 ss.

(18) R. Tomei, *L'ingiustificato arricchimento nei confronti della Pubblica Amministrazione*, Torino, 2000.

(19) P. Sirena, *La sussidiarietà dell'azione generale di arricchimento senza causa*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, 393.

(20) F. Astone, *L'arricchimento senza causa*, Milano, 1999, 300.

(21) L. Viola, *L'arricchimento senza causa della Pubblica Amministrazione*, Padova, 2002.

di scienza. Un indirizzo minoritario riteneva sufficiente che il riconoscimento provenisse da un qualsiasi organo della P.A., anche implicitamente, attribuendogli natura di dichiarazione di scienza (22): infatti - per molti profili - si avvicinava ad una forma di riconoscimento di debito *ex art.* 1989 c.c. (23). L'orientamento maggioritario, più rigoroso, invece, lo considerava un atto di volontà che doveva necessariamente provenire dagli organi rappresentativi dell'ente (deliberativi o a cui compete la formazione della volontà), con la conseguenza della sua irretrattabilità. Il riconoscimento poteva avvenire in maniera espressa, con l'adozione di un atto formale, ovvero tacita, attraverso l'effettiva utilizzazione della prestazione o dell'opera (24).

Tale manifestazione di volontà era ritenuta dalla giurisprudenza maggioritaria una valutazione discrezionale della P.A. ed era espressione del principio costituzionale di buona amministrazione *ex art.* 97 Cost., che impone il divieto di spese non deliberate nei modi di legge e senza la previsione di un'apposita copertura finanziaria (25). Secondo questo orientamento, ai fini dell'obbligo di natura restitutoria sarebbe stato sufficiente il gradimento della P.A., il quale esimerebbe dalla necessità di accertare l'esistenza di un arricchimento effettivo, con conseguente diritto del professionista ad essere retribuito (26).

Tuttavia, tale impostazione è stata oggetto di critiche per le sue possibili incongruenze. Ad esempio, il giudice si sarebbe trovato nella paradossale situazione di dover rigettare la domanda di arricchimento anche qualora l'utilità fosse stata dimostrata, ma non riconosciuta, dalla P.A. o, al contrario, di doverla accogliere anche in assenza di un'effettiva utilità, qualora

la P.A. avesse comunque riconosciuto il proprio arricchimento (27).

Secondo un orientamento minoritario, invece, l'apprezzamento circa la sussistenza di un vantaggio per l'Ente doveva essere effettuato su un piano oggettivo e non soggettivo. Da ciò discendeva che tale valutazione potesse essere svolta non solo dal soggetto pubblico, ma anche dal Giudice, il quale non si sarebbe limitato ad accertare se la P.A. avesse riconosciuto come utile la prestazione del depauperato, ma avrebbe dovuto verificare se da essa avesse tratto un effettivo vantaggio (28).

Il contrasto viene risolto nel 2015 dalle Sezioni Unite della Cassazione attraverso una soluzione innovativa rispetto alla tradizione (29). Nella motivazione, infatti, è rilevato come il requisito speciale del riconoscimento dell'*utilitas* non abbia alcun fondamento normativo: i presupposti dell'azione di ingiustificato arricchimento, a prescindere dalla natura pubblica o privata del soggetto che ha conseguito la locupletazione, sono sempre e soltanto quelli previsti dagli artt. 2041 e 2042 c.c.

È valorizzato, a tal proposito, il principio costituzionale del diritto di azione contro gli atti della pubblica amministrazione, scolpito negli artt. 24 e 113 Cost., reputando inammissibile, anche in considerazione del carattere residuale dell'azione *de qua*, che la tutela del privato venga obliterata da una scelta - peraltro discrezionale - del soggetto pubblico (30).

Ciò è coerente con la *ratio* dell'azione di cui all'art. 2041 c.c. di fornire, attraverso il riconoscimento di un indennizzo, un rimedio ad una situazione di iniquità generata da arricchimenti senza causa o da spostamenti patrimoniali ingiustificati, notoriamente vietati dall'ordinamento.

(22) V. Brizzolari, *Arricchimento ingiustificato della pubblica amministrazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015.

(23) S.A. Romano, *Indebito arricchimento nel diritto amministrativo*, in *Dig. pubb.*, 8, Torino, 1993, 210.

(24) "L'azione di indebito arricchimento proposta, *ex art.* 2041 c.c., nei confronti della pubblica amministrazione differisce da quella ordinaria, in quanto presuppone non solo il fatto materiale dell'esecuzione di un'opera o di una prestazione vantaggiosa per l'ente pubblico, ma anche il riconoscimento, da parte di quest'ultimo, dell'utilità dell'opera o della prestazione; e tale riconoscimento può avvenire in maniera esplicita, mediante, cioè, un atto formale, oppure in modo implicito, mediante, cioè, qualsiasi forma di utilizzazione dell'opera ricevuta o della prestazione svolta, da cui abbia tratto vantaggio economico o arricchimento, consapevolmente attuata dagli organi rappresentativi dell'ente anzidetto" (cfr. Cass. Civ. 11 maggio 2007, n. 19572).

(25) Cass. Civ. 18 aprile 2013, n. 9486; Cass. Civ. 11 maggio 2007, n. 10884; Cass. Civ. 20 agosto 2004, n. 16348; Cass. Civ. 23 aprile 2002, n. 5900. Il dibattito circa questo ulteriore requisito risale addirittura agli inizi del secolo scorso, quando parte della dottrina già criticava l'orientamento giurisprudenziale maggioritario rilevando che l'accertamento dell'arricchimento indebito non

riguarda "una questione di utilità amministrativa" (F. Cammeo, *L'azione "de in rem verso" nei rapporti fra pubblica amministrazione e funzionari responsabili a norma dell'art. 256 l. com. e prov. e la competenza per far valere detta azione*, in *Giur. it.*, 1896, 9), quanto piuttosto richiede solo l'accertamento di una questione di fatto (S. Romano, *Principii di diritto amministrativo*, III ed., Parma, 1912, 648). Nonostante le critiche avanzate, prevalse comunque nella giurisprudenza la volontà di seguire lo spirito della l. n. 2248/1865, volta a privilegiare l'amministrazione rispetto all'azione giudiziaria, in quanto portatrice dell'interesse pubblico superiore a quello dei privati che non tollera il turbamento della volontà amministrativa ad opera dell'ingerenza del giudice (Stipo, *Le origini del riparto di giurisdizione verso la p.a. e la doppia tutela*, Università degli studi di Roma, 1979, 228).

(26) Cass. Civ. 10 luglio 1978, n. 3437. A. Trabucchi, *Arricchimento (azione di)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1958.

(27) A. Lepre, *Arricchimento ingiustificato ed esecuzione forzata contro la P.A. e gli enti locali*, Milano, 2012, 13.

(28) Cass. Civ. 21 aprile 2011, n. 9141; Cass. Civ. 2 settembre 2005, n. 17703.

(29) Cass. Civ., SS.UU., 26 maggio 2015, n. 10798.

(30) V. Brizzolari, *ivi*, 875.

A parere della Suprema Corte, questi principi ben si possono coniugare con l'esigenza di tutela delle finanze pubbliche, atteso che è consentito all'Ente di non subire oneri economici non preventivati dimostrando di non aver voluto l'arricchimento, ovvero che questo si è verificato a sua insaputa. Pertanto, è affermato come la disciplina dettata dal codice abbia portata generale per cui, ove tale azione venga promossa contro la P.A., non è più necessario il requisito del riconoscimento dell'*utilitas*. La decisione si inquadra in quella tendenza giurisprudenziale di applicazione delle regole del diritto civile anche all'ente pubblico (31).

Il quantum dell'indennizzo

Lo scopo dell'azione di arricchimento non consiste nella compensazione di una perdita subita dal patrimonio di colui a cui carico l'intrusione si è verificata - perché questo sarebbe il fine del risarcimento del danno - ma nel ricondurre il *plus* di vantaggio ottenuto dall'arricchito a colui che tra i due vanta il diritto migliore (32). Non sussistono particolari problematiche quando l'incremento patrimoniale può essere restituito in natura: qualora l'arricchimento abbia ad oggetto una cosa determinata l'arricchito potrà limitarsi a rendere quanto ha ricevuto (art. 2041, comma 2, c.c.) (33). In caso contrario, il comma 1 dell'art. 2041 c.c. impone un obbligo di indennizzare la controparte della diminuzione patrimoniale sofferta. Peraltro, tale obbligo incontra un doppio limite, che discende dalla stessa funzione di riequilibrio tra i due patrimoni: non può superare né l'entità dell'arricchimento, né quella dell'impovertimento. In passato, la giurisprudenza riteneva che rientrasse nella competenza della P.A. l'accertamento non solo dell'*an debeatur*, ma anche del *quantum debeatur* (34), orientamento presto abbandonato (35).

Ai fini della quantificazione dell'indennizzo dovuto a chi abbia reso una prestazione di facere in assenza di un valido contratto, occorre considerare non già

quanto il prestatore avrebbe percepito se vi fosse stato un valido ed efficace contratto, bensì, sempre nei limiti di arricchimento di controparte, il solo *detrimentum* concretamente sofferto dall'impovertito con esclusione, ad es. del profitto che gli sarebbe derivato se la prestazione fosse stata effettivamente resa in esecuzione di un valido contratto (36). L'indennizzo dovuto al professionista che abbia svolto la propria attività a favore della P.A., ma in difetto di un contratto scritto, non può essere determinato in base alla tariffa professionale che avrebbe potuto ottenere se avesse svolto la sua opera a favore di un privato, né in base all'onorario che la P.A. avrebbe dovuto pagare se la prestazione ricevuta avesse formato oggetto d'un contratto valido (37).

Sussidiarietà e proponibilità dell'azione in corso di causa

Prima della riforma del *code civil* francese del 2006 (38), il requisito della sussidiarietà come limite all'esperimento dell'azione di arricchimento era una peculiarità del solo ordinamento italiano (39). L'istituto dell'arricchimento senza causa è stato dettato dal legislatore del 1942 con la funzione di norma di chiusura onde coprire - come si legge nella Relazione al progetto del codice - anche i casi "che il legislatore non sarebbe in grado di prevedere... singolarmente" (40). Peraltro, l'esplicita menzione del principio di sussidiarietà da parte del legislatore potrebbe essere considerata tautologica, in quanto la rubrica dell'art. 2041 c.c. fa riferimento all'azione di arricchimento senza causa come "azione generale di arricchimento", la quale, di conseguenza, risulta subordinata alle azioni speciali (41).

La sussidiarietà è stata interpretata in dottrina ed in giurisprudenza in modi distinti. Un primo orientamento - che sostiene la c.d. *sussidiarietà in astratto* - ritiene che l'azione di ingiustificato arricchimento possa essere esperita solo se non è praticabile nessun'altra tutela giuridica, poiché altrimenti l'azione di arricchimento potrebbe

(31) C. Cicero, *Spunti in tema di arricchimento senza causa dell'ente pubblico*, cit.

(32) K. Zweigert - H. Kotz, *Introduzione al diritto comparato. Istituti*, II, Milano, 2011, 290.

(33) F. Astone, *L'arricchimento senza causa*, cit., 175.

(34) Cass. Civ., SS.UU., 5 febbraio 1971, n. 293.

(35) Cass. Civ., SS.UU., 22 luglio 1971, n. 2488; Cass. Civ., SS.UU., 19 luglio 1982, n. 4198. P. Gallo, *Arricchimento senza causa*, in P. Schlesinger, *op. cit.*, 130.

(36) Cass. Civ. 29 maggio 2019, n. 14670; Cass. Civ. 23 maggio 2019, n. 14329.

(37) Cass. Civ. 6 ottobre 2015, n. 19886. L'art. 2126 c.c. in materia di lavoro subordinato garantisce all'impovertito una

maggior tutela di quella accordata dall'art. 2041 c.c. Questo approccio bilancia la tutela delle finanze pubbliche con la garanzia del diritto di azione del privato (cfr. C. Cicero, *Arricchimento (azione di) nei confronti della pubblica amministrazione*, Digesto civ., Aggiornamento, V, Torino, 2010).

(38) P. Gallo, *Verso il superamento della sussidiarietà dell'azione di arricchimento*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2023.

(39) C. Cicero, *Spunti in tema di arricchimento senza causa dell'ente pubblico*, cit., 2071.

(40) V. Brizzolari, *ivi*, 869.

(41) P. Sirena, *La sussidiarietà dell'azione generale di arricchimento senza causa*, in *Riv. dir. civ.*, 2018.

prestarsi ad eludere eventuali termini di prescrizione o preclusioni di altre azioni tipiche (42). Una seconda posizione dottrinale, invece, sostiene la tesi della c.d. *sussidiarietà in concreto*, secondo cui tale concetto va inteso nel senso di “residualità”: secondo questa interpretazione, l’azione di arricchimento sarebbe esperibile anche quando, pur essendo previste altre azioni in astratto, queste non siano più percorribili in concreto. Una terza opzione, sostenuta dalla giurisprudenza, si colloca in una via di mezzo tra i due orientamenti precedenti: l’astrattezza o la concretezza del concetto di sussidiarietà vanno valutate alla stregua della natura del rapporto tra arricchito ed impoverito: nel dettaglio, se tra i due soggetti sussiste un rapporto diretto, allora opera la sussidiarietà in astratto; invece, se vi è un rapporto mediato, la sussidiarietà va considerata in concreto, pertanto il depauperato ha la possibilità di agire con *actio de in rem verso* dopo aver inutilmente esperito l’azione contrattuale nei confronti del terzo (43).

L’ammissibilità dell’arricchimento c.d. *indiretto*

La natura sussidiaria dell’azione di arricchimento senza causa ha come conseguenza l’esclusione dei casi di arricchimento c.d. *indiretto*, ossia le fattispecie in cui “il soggetto arricchito sia diverso da quello con il quale colui che compie la prestazione ha un rapporto diretto, sicché l’eventuale arricchimento costituisce solo un effetto [...] riflesso della prestazione eseguita” (44). Tuttavia, avendo l’azione di ingiustificato arricchimento uno scopo di equità, il suo esercizio deve ammettersi anche nel caso di arricchimento indiretto nei soli casi in cui lo stesso sia stato realizzato dalla P.A., in conseguenza della prestazione resa dall’impoverito ad un ente pubblico, ovvero sia stato conseguito dal terzo a titolo gratuito (45).

La responsabilità personale del funzionario

Oggetto di discussione è, inoltre, il requisito della sussidiarietà dell’azione in riferimento a quanto previsto dal D.L. n. 66/1989, all’art. 23 (convertito dalla L. n. 144/1989 e, a seguito di numerose modifiche, abrogato e rifluito nell’art. 191, comma 4, D.Lgs. n. 267/2000), il quale ha disposto la costituzione di un rapporto obbligatorio diretto con il funzionario responsabile, o con l’amministratore locale, per i casi di richiesta di prestazioni o servizi non rientranti tra le spese programmate dall’ente pubblico (46). In queste ipotesi si stabilisce che “il rapporto obbligatorio intercorre [...] tra il privato fornitore e l’amministratore o funzionario che hanno consentito la fornitura”. Questa previsione è stata interpretata nel senso di determinare il riconoscimento della titolarità del rapporto contrattuale in capo al funzionario, differente dal contraente originario, ossia l’ente, con evidenti finalità sanzionatorie (47). La *ratio* dell’intervento legislativo consiste nel porre un freno al proliferare della spesa pubblica, nonché nell’evitare episodi collusivi o di infiltrazioni di organizzazioni criminali (48). Ad oggi, dunque, il rapporto tra l’azione generale di arricchimento e l’art. 191, comma 4, TUEL può essere riassunto nei seguenti termini: il depauperato non potrà agire direttamente nei confronti dell’ente pubblico poiché dispone di un’azione specifica verso il funzionario responsabile che ne impedisce la proponibilità *ex art. 2042 c.c.* (49). Pertanto, per le prestazioni successive all’entrata in vigore del D.L. n. 66/1989, il fornitore potrà agire direttamente nei confronti del funzionario responsabile, e spetterà a quest’ultimo rivalersi con l’azione surrogatoria ai sensi dell’art. 2900 c.c. nei confronti della amministrazione pubblica di appartenenza (50). La Corte costituzionale, pur sollevando perplessità sulla legittimità costituzionale di questa normativa, ha ritenuto che il privato possa comunque tutelarsi agendo in via surrogatoria nei confronti dell’amministrazione, qualora il

(42) E. Bellisario, *La sussidiarietà dell’azione di arricchimento: considerazioni conclusive*, in *Orientamenti*, 2023.

(43) D. Carusi, *Osservazioni sull’ordinanza interlocutoria Cass., 5222/2023 e sulla sussidiarietà dell’azione di arricchimento*, in *Orientamenti. Accademia*, 2023.

(44) Cass. Civ. 26 luglio 2002, n. 11051, in *Giur. it.*, 2003, 290 ss.; *Giust. civ.*, 2003, I, 2856 ss.

(45) Cass. Civ. 22 ottobre 2021, n. 29672; Cass. Civ. 3 marzo 2010, n. 5085; Cass. Civ., SS.UU., 8 ottobre 2008, n. 24772. C. Prussiani, *ivi*, 4.

(46) V. Brizzolari, *ivi*, 870.

(47) Corte cost. 24 ottobre 1995, n. 446, in *Foro it.*, (I), 1996, con nota di F. Caringella, 24.

(48) P. Gallo, *Arricchimento senza causa e contratti informali della P.A.*, in *Giur. it.*, 2021, 1598.

(49) Cass. Civ. 26 maggio 2010, n. 12880; E. Moscati, *Sudi sull’indebito e sull’arricchimento senza causa*, Padova, 2012, *passim*.

(50) Cass. Civ. 23 gennaio 2014, n. 1391; Cass. Civ. 19 gennaio 2007, n. 1163. In giurisprudenza, *ex multis*, Cass. Civ. 19 maggio 2009, n. 11564, in *Giur. it.*, II, 851 s., che afferma “L’azione di arricchimento senza causa, astrattamente proponibile nei confronti della pubblica amministrazione, non è consentita al privato che abbia la possibilità di far valere la propria pretesa direttamente nei confronti degli enti pubblici mediante l’azione di responsabilità, giacché tale facoltà per il danneggiato esclude il requisito della sussidiarietà necessario per la proposizione dell’azione”.

Giurisprudenza

Contratti in generale

patrimonio del funzionario risulti incapiente (51). La disciplina di cui al D.L. n. 66/1989 non ha evidentemente sortito gli effetti sperati, poiché, in definitiva, sembra tuttora possibile per il depauperato, sebbene più difficile dal punto di vista processuale, agire nei confronti della P.A. attraverso il meccanismo dell'azione surrogatoria.

La giurisprudenza di legittimità ha eroso l'eccessiva tutela nei confronti della P.A. anche sulla base di modifiche dell'interpretazione delle norme processuali. La Cassazione ha, infatti, ammesso la possibilità di proporre la domanda di arricchimento senza causa in via subordinata ad una domanda principale (ad esempio, di adempimento contrattuale) (52), superando l'indirizzo introdotto dalla sentenza della Cassazione n. 4712 del 22 maggio 1996 (53). La Cassazione a Sezioni Unite, con la sentenza n. 22404/2018, ha stabilito l'ammissibilità della proposizione della domanda di arricchimento senza causa per la prima volta con la memoria *ex art. 183*, comma 6, n. 1, c.p.c., configurando un'*emendatio libelli* e non una *mutatio libelli*. Ciò è ammissibile a condizione che la domanda di arricchimento si riferisca alla stessa vicenda sostanziale dedotta in giudizio con la domanda principale (connessione per incompatibilità). Questa interpretazione si fonda un'evoluzione giurisprudenziale che ha portato a superare il precedente orientamento basato sulla distinzione tra *petitum* e *causa petendi* (54). Va osservato come la decisione si inserisca in un orientamento giurisprudenziale che mira a valorizzare l'azione di arricchimento senza causa, rendendola più facilmente esperibile anche nei confronti della pubblica amministrazione (55).

Note conclusive

La Cassazione con questa sentenza ha confermato l'orientamento accolto dalle Sezioni Unite del 26

maggio 2015 sull'applicabilità della regola generale in base alla quale non sono ammessi arricchimenti ingiustificati né indebiti spostamenti patrimoniali paritariamente sia nei confronti del soggetto privato sia dell'ente pubblico (56). Questa conclusione è stata accolta con favore dalla dottrina, che ha sottolineato come il requisito del riconoscimento dell'utilità fosse privo di fondamento normativo e finisse per creare una disparità di trattamento tra privati e pubblica amministrazione (57). Del resto, sulla qualificazione dell'arricchimento come istituto civilistico che dà luogo a situazioni di diritto soggettivo perfetto anche quando parte sia una P.A., salvo il limite interno del divieto di annullamento e di modificazione degli atti amministrativi, la giurisprudenza ha mostrato di non dubitare, allorché ha costantemente affermato la giurisdizione ordinaria in materia (58). Tuttavia, sebbene il riconoscimento dell'utilità non sia più posto come requisito, la P.A. può comunque evitare il pagamento dell'indennizzo dimostrando il rifiuto o l'inconsapevolezza dell'arricchimento (c.d. *arricchimento imposto*) (59).

La specialità del diritto privato della Pubblica Amministrazione, peraltro, non si esaurisce nell'ambito dell'azione di arricchimento senza causa. Basti pensare, ad esempio, alla normativa di favore prevista per l'esecuzione forzata nei confronti di soggetti pubblici (60). In questo contesto, infatti, sussistono numerosi limiti riguardo alla pignorabilità dei beni: i beni demaniali e quelli del patrimonio indisponibile sono esclusi dalle procedure espropriative (61). Inoltre, per lungo tempo la giurisprudenza ha considerato impignorabile il denaro pubblico, sebbene questo orientamento sia stato faticosamente superato. La semplice iscrizione a bilancio di una somma, anche se destinata a una finalità pubblica, non la rende automaticamente impignorabile. Tuttavia, individuare il denaro pubblico effettivamente disponibile e non vincolato per legge a specifiche finalità

(51) Corte cost. 30 luglio 1997, n. 295, in *Giust. civ.*, (I), 1997, con nota di F. Caringella, 2970.

(52) E. Bargelli, *Chi ha paura dell'ingiustificato arricchimento?*, in *Rivista Pactum*, 2.

(53) Cass. Civ., SS.UU., 22 maggio 1996, n. 4712, in *Giur. it.*, 1996, I, 1, 1440, con nota di E. Vullo.

(54) F. Astone, *In tema di arricchimento senza causa*, in *Giur. it.*, 1998, 1 ss.

(55) P. Gallo, *Le Sezioni unite e la proponibilità dell'azione di arricchimento senza causa*, in *Giur. it.*, 2019, 512.

(56) C. Cicero, *Arricchimento senza causa*, in *Giur. it.*, 2015, 2071. Secondo Cass. Civ., SS.UU., 8 dicembre 2008, n. 24772: "A questi risultati conduce una lettura dell'istituto più aderente ai principi costituzionali e a quelli specifici della materia che assegnano una dimensione fattuale di evento oggettivo all'arricchimento di cui all'art. 2041 c.c. e alla relativa azione una funzione di rimedio generale a situazioni giuridiche altrimenti ingiustamente

private di tutela, tutte le volte che tale tutela non pregiudichi in alcun modo le posizioni, l'affidamento, la buona fede dei terzi".

(57) P. Gallo, *Arricchimento senza causa e contratti informali della P.A.*, cit., 1595.

(58) Cass. Civ., SS.UU., 18 novembre 2010, n. 23284; Cass. Civ., SS.UU., 20 novembre 1999, n. 807; V. Brizzolari, *ivi*, 869.

(59) A. Albanese, *Le prestazioni compiute in favore della pubblica amministrazione in esecuzione di contratti irregolari*, in *Corr. giur.*, 2007, 265 ss.

(60) M. Nigro, *Condanna ed esecuzioni restitutorie nei confronti della Pubblica amministrazione*, in *Riv. dir. proc.*, 1968 (ora in *Scritti giuridici*, II, Milano, 1996, 809).

(61) C. Marzuoli, *L'evoluzione della giurisprudenza in tema di esecuzione forzata delle sentenze di condanna pecuniaria nei confronti della Pubblica amministrazione*, in *Scritti per Mario Nigro*, III, Milano, 1991, 319 ss.

pubbliche può risultare complesso. L'esecuzione forzata contro la Pubblica Amministrazione è inoltre soggetta a termini più lunghi rispetto a quelli previsti per i soggetti privati. Ad esempio, l'art. 14, D.L. 31 dicembre 1996, n. 669 (62), prevede un termine dilatorio di 120 giorni dalla notificazione del titolo esecutivo prima che il creditore possa procedere all'esecuzione forzata (63).

D'altronde, un regime di tutela speciale, oltre ad essere di dubbia legittimità costituzionale, può generare un pregiudizio per la stessa P.A., rappresentando un disincentivo per professionisti e imprese nel contrarre con amministrazioni pubbliche. Tuttavia la giurisprudenza, sancendo la semplificazione delle condizioni di proponibilità dell'azione di arricchimento e affermando l'ammissibilità dell'arricchimento indiretto, contribuisce ad ampliare ulteriormente la portata dell'azione di arricchimento. La sentenza della Cassazione costituisce, pertanto, un significativo sviluppo verso una maggiore equità e parità di trattamento tra privati e P.A. nell'ambito dell'azione di arricchimento senza causa, promuovendo un'interpretazione del diritto che valorizza i principi di buona fede e correttezza nei rapporti giuridici con la Pubblica Amministrazione, come peraltro sancito dall'art. 1, comma 2-bis, L. n. 241/1990 (64). Infatti, la giurisprudenza civile ha fatto ricorso alla responsabilità della P.A. per violazione della buona fede nell'ipotesi della lesione

dell'affidamento da parte dell'atto di ritiro legittimo e l'ha progressivamente estesa ad ipotesi in cui l'atto amministrativo è del tutto assente dalla fattispecie (65). La giurisprudenza amministrativa l'ha infine riconosciuta come modello generale di responsabilità della pubblica amministrazione (66). In questo contesto, il sistema quasi-contrattuale assume una funzione di supporto rispetto al sistema contrattuale ordinario. Quando viene stipulata una commessa che risulta invalida o irregolare, impedendo così la richiesta dell'intero corrispettivo concordato, interviene il meccanismo dei quasi-contratti che trova la fonte obbligatoria in "altro atto o fatto idoneo" ex art. 1773 c.c. Infatti, se la prestazione pattuita viene eseguita, anche senza il rispetto delle procedure pubbliche previste, il contraente acquisisce comunque il diritto a ricevere una somma, inferiore a quanto originariamente pattuito, ma sufficiente a compensarlo per la perdita subita, entro i limiti dell'arricchimento ottenuto dalla controparte. La logica alla base non sembra essere quella delle restituzioni, ma piuttosto una sorta di convalida o sanatoria del contratto irregolare attraverso la sua esecuzione. In altre parole, l'esecuzione sostituisce l'elemento mancante del contratto, determinando la convalida dello stesso e il diritto del contraente a ricevere un corrispettivo monetario, seppur non integrale, entro i limiti stabiliti dalle Sezioni Unite (67).

(62) Convertito in L. 28 febbraio 1997, n. 30, e poi modificato dall'art. 147, L. 23 dicembre 2000, n. 2388, e dall'art. 44, D.L. 30 settembre 2003, n. 269, convertito in L. 24 novembre 2003, n. 326.

(63) M. Gnes, *I privilegi dello Stato debitore esecutato*, in *Giorn. dir. amm.*, 2013, 1186.

(64) "Nel diritto pubblico il principio di tutela dell'affidamento ha acquisito un rilievo primario, tanto da essere proclamato dalla Corte costituzionale come uno dei valori portanti dell'ordinamento e da essere riconosciuto dalla giurisprudenza come uno dei canoni essenziali dell'azione amministrativa. Nella giurisprudenza e nella dottrina viene considerato fra quei 'principi' al vertice del sistema ai quali dovrebbe essere subordinato ogni svolgimento concerto dei rapporti fra il cittadino e i pubblici poteri. La collocazione del

principio di affidamento è dunque oggi certamente di ordine costituzionale". Cfr. A. Travi, *La tutela dell'affidamento del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Dir. pubbl.*, 2018, 121-122.

(65) M. Trimarchi, *Buona fede e responsabilità della Pubblica Amministrazione*, in *PA, persona e amministrazione*, 2022, XI, 2, 59 ss.

(66) M. Renna, *Responsabilità della pubblica amministrazione, b) Profili sostanziali*, in *Enc. dir.*, ann. IX, Milano, 2016, 806 ss.

(67) Cass. Civ., SS.UU., 11 settembre 2008, n. 23385, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, I, 313, con nota di Del Grosso, *La fine di una decennale questione: il ruolo del lucro cessante nell'azione di arricchimento*.

Vendita

Cassazione Civile, Sez. II, 14 maggio 2024, n. 13214 - Pres. Bertuzzi - Rel. Trapuzzano - C.M. S.r.l. c. G.L.F. Italia S.r.l.

In tema di vendita sussiste consegna di *aliud pro alio* che dà luogo all'azione contrattuale di risoluzione ai sensi dell'art. 1453 c.c. qualora il bene consegnato sia completamente eterogeneo rispetto a quello pattuito, per natura, individualità, consistenza e destinazione, cosicché, appartenendo ad un genere diverso, si riveli funzionalmente del tutto inidoneo ad assolvere al suo scopo economico-sociale e, quindi, a fornire l'utilità presagita.

ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI

Conforme	Cass., Sez. II, 2 aprile 2024, n. 8649, in <i>CED</i> , 2023; Cass., Sez. II, 2 agosto 2023, n. 23604, in <i>Mass. Giust. civ.</i> , 2023; Cass., Sez. II, 13 dicembre 2022, n. 36360, <i>ivi</i> , 2022; Cass., Sez. II, 14 ottobre 2021, n. 28069, <i>ivi</i> , 2021; Cass., Sez. II, 23 marzo 2017, n. 7557, <i>ivi</i> , 2017; Cass., Sez. II, 5 aprile 2016, n. 6596; Cass., Sez. I, 5 febbraio 2016, n. 2313, <i>ivi</i> , 2016.
Difforme	Non sono stati rinvenuti precedenti in termini.

La Corte (*omissis*)

Ragioni della decisione

1.- Con l'unico articolato motivo svolto la ricorrente denuncia, ai sensi dell'art. 360, primo comma, n. 4, c.p.c., la violazione dell'art. 111, sesto comma, Cost., in combinato disposto con l'art. 132, primo comma (*recte* secondo comma), n. 4, c.p.c., per avere la Corte di merito adottato una motivazione apparente nel confermare la sentenza di primo grado quanto alla integrazione di una ipotesi di vendita di *aliud pro alio* per la fornitura di calcestruzzo di minor resistenza, inidoneo all'uso previsto, sulla scorta del rinvio agli accertamenti peritali eseguiti. Al riguardo, l'istante obietta: a) che, nella specie, la Glf non avrebbe assolto all'onere probatorio in ordine alla dimostrazione della inidoneità del calcestruzzo fornito, perché la consulenza tecnica d'ufficio non aveva valore percipiente; b) che l'obbligazione assunta riguardava esclusivamente la fornitura di conglomerato cementizio e non anche la sua posa in opera; c) che i difetti riscontrati sul pavimento dovevano essere imputati ad un momento succedaneo rispetto alla fornitura, ossia alla posa in opera con aggiunta di acqua, con il conseguente difetto del nesso causale tra la fornitura eseguita e i danni lamentati; d) che gli altri fattori considerati dall'ausiliario del giudice, quali l'inadeguatezza dello spessore del calcestruzzo, l'insufficiente armatura metallica del getto di calcestruzzo e l'inidoneità dei giunti tecnici, avevano avuto un ruolo determinante nella causazione delle fratture del pavimento industriale, anche per la carenza di uno studio del sottofondo; e) che la quantità di calcestruzzo di cui era stata richiesta la fornitura era insufficiente a coprire tutta l'area destinata a pavimentazione; f) che la richiesta di risarcimento danni non era stata preceduta da alcuna preliminare richiesta di adempimento ovvero di risoluzione contrattuale; g) che il cedimento della struttura del pavimento si era manifestato solo nell'autunno 2004, a distanza di molto tempo dalla fornitura del settembre 2000; h) che una concorrente responsabilità doveva essere

imputata al direttore dei lavori, il quale aveva il compito di vigilare sulla corretta posa in opera del calcestruzzo; i) che le 8 prove effettuate dal consulente tecnico d'ufficio non rappresentavano in modo completo e corretto la vera capacità di resistenza del calcestruzzo; l) che non era riscontrabile un'ipotesi di vendita di *aliud pro alio*; m) che il teste A.A. non aveva affatto confermato che la C.M. si era impegnata, oltre che alla fornitura, anche alla posa in opera del calcestruzzo, essendosi limitato ad affermare di aver provveduto alla mera "gettata" del calcestruzzo fornito e non già alla sua stesura.

1.1.- Il motivo è fondato nei termini che seguono.

In via principale, tale doglianza aggredisce, sotto il profilo della motivazione apparente, i rilievi della Corte di merito, che ha confermato sul punto la sentenza del Tribunale, secondo cui le fratture rilevate del pavimento industriale dovevano essere imputate alla fornitura di calcestruzzo (RCK 200) con "minore resistenza" rispetto a quello commissionato (RCK 250) e, come tale, "inidoneo all'uso" programmato.

Più precisamente, a pag. 2 della sentenza impugnata, si afferma testualmente "... le due C.T.U. espletate sui luoghi e sul calcestruzzo fornito, che risultano esenti da vizi ed irrazionalità e le cui conclusioni vengono condivise da questo Collegio, hanno accertato che il calcestruzzo fornito non corrispondeva per caratteristiche a quello commissionato essendo di classe RCK 200 quindi con minore capacità di resistenza a quello RCK 250 commissionato ed inidoneo all'uso".

Orbene, in termini astratti, è dato riscontrare l'esistenza di una fattispecie di consegna di *aliud pro alio*, alla stregua della richiamata inidoneità del calcestruzzo fornito ad assolvere alla funzione per la quale era stato richiesto, solo allorché si affermi che tale inidoneità abbia inciso sulla stessa funzione economico-sociale del bene, determinandone l'estraneità dal genere.

Solo allorché le caratteristiche riscontrate del calcestruzzo fornito abbiano inciso sull'*an* della natura della res, determinando la funzionale e assoluta inidoneità del bene ad

assolvere la destinazione economico-sociale promessa e, quindi, a fornire l'utilità richiesta, tanto da escludere che le condizioni del calcestruzzo fornito potessero far degradare le irregolarità dedotte a meri vizi redibitori o a mancanza di qualità essenziali della cosa consegnata, si realizza la fattispecie dell'*aliud pro alio datum*.

Cosicché, in tema di compravendita, il vizio redibitorio (art. 1490 c.c.) e la mancanza di qualità promesse o essenziali (1497 c.c.), presupponendo l'appartenenza della cosa al genere pattuito, differiscono dalla consegna di *aliud pro alio*, che si determina quando la cosa venduta appartenga ad un genere del tutto diverso o presenti difetti che le impediscano di assolvere alla sua funzione naturale o a quella ritenuta essenziale dalle parti (Cass. Sez. 2, Sentenza n. 8649 del 02/04/2024; Sez. 2, Sentenza n. 23604 del 02/08/2023; Sez. 2, Ordinanza n. 36360 del 13/12/2022; Sez. 2, Ordinanza n. 28069 del 14/10/2021; Sez. 2, Sentenza n. 7557 del 23/03/2017; Sez. 2, Sentenza n. 6596 del 05/04/2016; Sez. 1, Sentenza n. 2313 del 05/02/2016; Sez. 2, Sentenza n. 28419 del 19/12/2013; Sez. 2, Sentenza n. 10916 del 18/05/2011; Sez. 3, Sentenza n. 18859 del 10/07/2008; Sez. 2, Sentenza n. 5202 del 07/03/2007; Sez. 1, Sentenza n. 11018 del 21/12/1994).

A) Si ricade nel campo di operatività della garanzia edilizia in senso tecnico per vizi redibitori (rilevante sul piano oggettivo),

con riferimento alla cosa consegnata, qualora questa presenti imperfezioni che la rendano inidonea all'uso cui dovrebbe essere destinata o ne diminuiscano in modo apprezzabile il valore.

B) Si ha, invece, mancanza di qualità essenziali quando - in ragione delle alterazioni subite - la cosa appartenga, per sua natura o per gli elementi che la caratterizzano, ad un tipo o ad una specie diversa da quella pattuita, pur rimanendo nell'ambito dello stesso genere.

C) Per contro, sussiste consegna di *aliud pro alio*, che dà luogo all'azione contrattuale di risoluzione ai sensi dell'art. 1453 c.c., qualora il bene consegnato sia completamente eterogeneo rispetto a quello pattuito, per natura, individualità, consistenza e destinazione, cosicché, appartenendo ad un genere diverso, si riveli funzionalmente del tutto inidoneo ad assolvere allo scopo economico-sociale della res promessa e, quindi, a fornire l'utilità presagita.

La vendita di *aliud pro alio*, la quale dà luogo ad un'ordinaria azione di risoluzione contrattuale, svincolata dai termini e dalle condizioni di cui all'art. 1495 c.c., presuppone, infatti, che la causa concreta che aveva giustificato l'atto traslativo non sia realizzabile in modo irrimediabile (in ragione dell'accertamento del fatto che le caratteristiche del calcestruzzo fornito non fossero, a monte, assolutamente adatte a realizzare la pavimentazione industriale, per l'appartenenza della cosa fornita ad altro genere merceologico, alla stregua della minore capacità di resistenza dedotta), tanto da pregiudicare la stessa identità della cosa acquistata (e i connessi interessi sottesi al programma negoziale), e non già che vi sia la mera carenza di requisiti sanabili, non costituenti un elemento di identificazione del bene e senza un definitivo pregiudizio della idoneità

rispetto alla categoria merceologica cui il compratore intendeva destinare la cosa.

Nella fattispecie, secondo le scarse risultanze valorizzate dalla pronuncia impugnata, il bene alienato - stante la sua ridotta resistenza rispetto a quella richiesta - non era comunque sfruttabile (*recte* "idoneo") per la sua destinazione (tanto da richiedere la nuova realizzazione della pavimentazione), senza che sia stato precisato il *quomodo* della genericamente richiamata inidoneità e senza che sia emerso che, in conseguenza della sua natura, sia stata comunque compromessa la ratio giustificativa per la quale il negozio era stato stipulato.

Solo l'esistenza di deficienze strutturali del conglomerato cementizio, tali da non consentire che esso assolvesse alla funzione per la quale era stato richiesto, integrerebbe la consegna di *aliud pro alio* (Cass. Sez. 2, Sentenza n. 16559 del 06/08/2015; Sez. 2, Sentenza n. 9313 del 17/04/2009; Sez. 2, Sentenza n. 1530 del 12/02/1988).

Sull'esistenza di tali deficienze strutturali del calcestruzzo, tali da pregiudicare l'appartenenza al *genus*, e non già semplicemente tali da implicare la degradazione delle irregolarità denunciate a vizi redibitori piuttosto che a mancanza di qualità essenziali, le laconiche argomentazioni espone perplesse, in quanto non è dato comprendere se l'appartenenza alla classe RCK 200 - e la conseguente "minore" capacità di resistenza rispetto al calcestruzzo commissionato, appartenente alla classe RCK 250 -, con la succedanea affermazione della inidoneità all'uso, abbiano comportato la consegna di un bene a monte non qualificabile come calcestruzzo e, dunque, incapace di assolvere alla sua intrinseca funzione.

In conseguenza, non emerge dalla motivazione contestata il grado di incidenza della "minore" resistenza evocata sulla capacità del calcestruzzo fornito di assolvere alle sue funzioni, alla luce della sua definizione quale miscela di legante (cemento), acqua di impasto (acqua aggiunta) e aggregati (granulometria inerte) che allo stato fresco ha una consistenza plastica, dopo la posa e con il tempo indurisce e, a seconda della quantità percentuale dei singoli componenti, raggiunge caratteristiche litoidi (solidità, durezza, ecc.), analoghe a quelle di un conglomerato naturale.

Aspetti, questi, che dovranno essere approfonditi in sede di rinvio.

1.2.- Tanto esposto, con riferimento agli ulteriori aspetti prospettati nella doglianza, ben poteva essere richiesto il risarcimento dei danni alla stregua dell'inadempimento grave e imputabile dedotto, senza la preliminare domanda di risoluzione del contratto di fornitura.

Ed invero, la domanda di risarcimento dei danni per inadempimento contrattuale può essere proposta congiuntamente o separatamente da quella di risoluzione, giacché l'art. 1453 c.c., facendo salvo in ogni caso il risarcimento del danno, esclude che l'azione risarcitoria presupponga il necessario esperimento dell'azione di risoluzione del contratto (Cass. Sez. 3, Ordinanza n. 22277 del 25/07/2023; Sez. 1, Sentenza n. 11103 del 11/06/2004; Sez. 3, Sentenza n. 10741 del 23/07/2002; Sez. 3, Sentenza n.

5774 del 10/06/1998; Sez. 2, Sentenza n. 6887 del 23/07/1994).

Secondo il dettato normativo, il contraente adempiente ha diritto di chiedere il risarcimento dei danni conseguenti all'inadempimento o all'inesatto adempimento delle obbligazioni nascenti dal contratto, ai sensi dell'art. 1453, primo comma, ultima parte, c.c., "in ogni caso".

E ciò vale anche ove si tratti di meri vizi, ai sensi dell'art. 1494 c.c., posto che in questa evenienza la tutela risarcitoria può essere invocata pure qualora il compratore rinunci a proporre l'*actio redhibitoria* ovvero l'*actio aestimatoria* (o *quanti minoris*), sempre che, in tal caso, ricorrano tutti i presupposti dell'azione di garanzia e, quindi, siano dimostrate la sussistenza e la rilevanza dei vizi ed osservati i termini di decadenza e di prescrizione ed, in genere, tutte le condizioni stabilite per l'esercizio di tale azione (Cass. Sez. 2, Ordinanza n. 1218 del 17/01/2022; Sez. 2, Sentenza n. 15481 del 06/12/2001; Sez. 2, Sentenza n. 15104 del 22/11/2000; Sez. 2, Sentenza n. 5541 del 19/05/1995; Sez. 2, Sentenza n. 3527 del 24/03/1993).

1.3.- Ancora, a fronte della espressa deduzione della minore resistenza del calcestruzzo fornito rispetto a quello commissionato, la relativa verifica del fatto allegato ben poteva essere dimostrata attraverso una consulenza tecnica d'ufficio di natura percipiente.

Infatti, in tema di risarcimento del danno, è possibile assegnare alla consulenza tecnica d'ufficio ed alle correlate indagini peritali funzione "percipiente" quando essa verta su elementi già allegati dalla parte, ma che soltanto un

tecnico sia in grado di accertare per mezzo delle conoscenze e degli strumenti di cui dispone (Cass. Sez. 6-3, Ordinanza n. 13736 del 03/07/2020; Sez. 2, Sentenza n. 1190 del 22/01/2015; Sez. 1, Sentenza n. 20695 del 10/09/2013; Sez. 3, Sentenza n. 6155 del 13/03/2009).

Nella fattispecie, l'accertamento delle caratteristiche del calcestruzzo fornito richiedeva specifiche cognizioni tecniche e, dunque, giustificava il ricorso ad un'indagine tecnica allo scopo di verificare l'effettiva natura di tale bene.

1.4.- Gli ulteriori aspetti prospettati con riferimento alla valutazione della prova sono assorbiti dall'accoglimento della censura principale, la quale importa che il giudicante dovrà rivalutare gli esiti istruttori.

2.- In definitiva, il ricorso deve trovare accoglimento, nei sensi di cui in motivazione.

La sentenza impugnata deve, dunque, essere cassata, con rinvio della causa alla Corte d'appello di Perugia, in diversa composizione, che deciderà uniformandosi al seguente principio di diritto e tenendo conto dei rilievi svolti, provvedendo anche alla pronuncia sulle spese del giudizio di cassazione.

"Sussiste consegna di *aliud pro alio*, che dà luogo all'azione contrattuale di risoluzione ai sensi dell'art. 1453 c.c., qualora il bene consegnato sia completamente eterogeneo rispetto a quello pattuito, per natura, individualità, consistenza e destinazione, cosicché, appartenendo ad un genere diverso, si riveli funzionalmente del tutto inidoneo ad assolvere allo scopo economico-sociale della res promessa e, quindi, a fornire l'utilità presagita".

Aliud pro alio e funzione economico-sociale del bene *di Michele Della Chiesa (*)*

L'Autore tratteggia i confini dell'*aliud pro alio* nel contesto della disciplina delle garanzie, evidenziandone le ricorrenti problematiche ricostruttive e di coordinamento sistematico.

Il caso controverso

La controversia origina dalla fornitura di una partita di calcestruzzo per la realizzazione del massetto di sostegno del pavimento industriale dello stabilimento della società attrice che, con la citazione, lamenta l'inidoneità del materiale fornitole, reclamando il risarcimento dei danni. La convenuta, costituendosi, contesta l'addebito ed eccepisce la prescrizione annuale della domanda di garanzia. In corso di causa vengono assunte le prove orali ed espletata una consulenza tecnica per valutare l'idoneità del calcestruzzo fornito rispetto ai fini convenuti. L'indagine evidenzia che il calcestruzzo è di

classe inferiore rispetto a quello ordinato per il che il Tribunale di Perugia, ritenendo configurato un *aliud pro alio datum*, condanna la convenuta al risarcimento dei danni che quantifica parametrando il valore dei lavori di ripristino della pavimentazione. La convenuta propone appello lamentando l'erronea qualificazione dell'inadempimento quale consegna di *aliud pro alio* e il criterio di liquidazione dei danni. Decidendo sul gravame la Corte di Appello di Perugia riduce il *quantum* risarcitorio, confermando nel resto la decisione di prime cure: il calcestruzzo, con minore capacità di resistenza e, quindi, diverso per caratteristiche da quello promesso, è da

(*) Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima, al vaglio del Comitato di valutazione.

considerarsi inidoneo all'uso convenuto e, come tale, concretante un'ipotesi di *aliud pro alio* svincolata dai termini di prescrizione e decadenza tipici della garanzia per vizi e la mancanza di qualità promesse o essenziali.

La convenuta propone, dunque, ricorso per cassazione e, affidandosi a un unico motivo di impugnazione, denuncia vizio di motivazione apparente avendo la Corte motivato la sussistenza di un *aliud pro alio* sulla scorta del mero rinvio agli accertamenti peritali eseguiti.

La Cassazione, ritenendo fondata la doglianza, annulla con rinvio la sentenza impugnata: l'impianto motivazionale è viziato e deficitario non chiarendo come l'accertata inidoneità del calcestruzzo abbia inciso sulla sua funzione economico-sociale: solo l'esistenza di deficienze strutturali tali da non consentire al conglomerato di assolvere alla funzione per la quale era stato richiesto integra, infatti, una consegna di *aliud pro alio*. La motivazione, sul punto, necessita di un nuovo scrutinio che precisi esattamente il *quomodo* dell'inidoneità del bene ad assolvere al suo scopo economico-sociale.

La disciplina dei vizi e difetti di qualità nella vendita

La disciplina dei vizi si inserisce nel contesto delle disposizioni che il codice detta in tema di inosservanza del regolamento negoziale (1). L'importanza della materia è testimoniata dall'attenzione che il legislatore dedica a un fenomeno da sempre reso oggetto di costante tensione interpretativa e che registra innumerevoli interventi ricostruttivi ben lungi dall'aver raggiunto conclusioni univoche e appaganti: le tesi proposte sono rese oggetto di continui ripensamenti e riflessioni, tanto che non si è mancato di evidenziare che trattasi di "uno dei momenti di più incerta comprensione nello studio della vendita" (2).

Per tentare di tracciare correttamente l'analisi si deve allora muovere necessariamente dalle fondamenta della disciplina. Il dato di partenza è che la garanzia per i vizi concreta un fenomeno di patologia negoziale legato all'inattuazione dello scambio: ricorre, sul piano teorico, una violazione diversamente gradata della *lex contractu*, intesa come momento di difettosità del fenomeno traslativo (3).

La garanzia nella vendita dà vita ad un "vincolo [fonte] di responsabilità" che è implicato dall'impegno traslativo assunto dal venditore: la dichiarazione di vendere postula l'impegno dell'alienante a concretare un risultato traslativo conforme alle determinazioni assunte, la cui infrazione genera una responsabilità per violazione negoziale. La garanzia però non costituisce un vero e proprio obbligo per il venditore - parallelo a quello di consegnare la cosa o di farne acquistare la proprietà - ma indica la responsabilità di tipo contrattuale conseguente all'irregolarità insita nell'attribuzione traslativa: trattasi di responsabilità contrattuale (o da contratto) speciale, disciplinata dalle peculiari disposizioni dettate in tema di vendita e soggetta ai rimedi caratteristici della risoluzione del contratto, riduzione del prezzo e risarcimento del danno (4). La specialità è legata all'assetto regolatorio della disciplina e, prima ancora, al suo presupposto concettuale che, come precisato, non risiede nell'inadempimento di un'obbligazione nascente dal contratto ma dall'inattuazione o imperfetta attuazione - derivante da situazioni preesistenti - dell'attribuzione traslativa (5). Si delinea, in questa direttrice, la finalità della disciplina che è quella di predisporre una reazione all'oggettivo squilibrio del sinallagma, determinando lo scioglimento del contratto ovvero ristabilendo il corretto rapporto di corrispettività che le parti hanno concordato nell'esercizio della loro autonomia privata. Questo riequilibrio governa l'intero apparato strumentale in cui dominano tecniche di bilanciamento che, come emerge a una disamina sia pure cronachistica delle singole disposizioni,

(1) La letteratura sul tema è vastissima. Tra le opere principali citate nel testo si v. Bianca, *La vendita e la permuta*, in *Tratt. dir. civ.*, (diretto da) Vassalli, Torino, 1993; Mirabelli, *Dei singoli contratti*, in *Comm. cod. civ.*, IV, Torino, 1991; Galgano, voce *Vendita (Diritto privato)*, in *Enc. dir.*, XLVI, Milano, 1993; Macario, voce *Vendita (Profili generali)*, in *Enc. giur.*, XXXII, Roma, 1994; Luminoso, *I contratti tipici e atipici*, I, (diretto da) Iudica-Zatti, *Trattato di diritto privato*, Milano, 1995, 3-190; Id., *La compravendita*, Torino, 2008.

(2) Gorla, *Considerazioni in tema di garanzia per i vizi redibitori*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1957, 1272.

(3) La garanzia per vizi, si osserva, non può identificarsi strutturalmente con una obbligazione non solo e non tanto perché il risultato traslativo si realizza *recta via* mediante l'effetto traslativo senza l'intermediazione di un obbligo, quanto perché si può

ammettere la costituzione di un vincolo obbligatorio soltanto quando la "realizzazione dell'utilità perseguita dal creditore sia collegata da una relazione strumentale ad un comportamento del soggetto obbligato" (sic Schlesinger, *Riflessioni sulla prestazione dovuta nel rapporto obbligatorio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1959, 1275). Negli stessi termini Bianca, *La vendita e la permuta*, cit., 712. Sottolinea, prima ancora, la stessa inconciliabilità sul piano lessicale dei termini "garanzia" e "obbligazione" Luminoso, *La compravendita*, cit., 214.

(4) Luminoso, *Responsabilità e garanzia nella vendita*, in *Danno e resp.*, 1997, 526; Id., *La compravendita*, cit., 218.

(5) Questa ricostruzione, prevalente in dottrina, è accolta anche nella giurisprudenza: *ex multis* Cass. Civ., Sez. II, 18 ottobre 2005, n. 20165, in *D&G*, 2006, 2, 42.

finiscono per preservare la stabilità dello scambio in danno delle prerogative del compratore (6).

Il venditore, recita l'art. 1490 c.c., è tenuto a garantire che la cosa venduta sia immune da vizi che la rendano inidonea all'uso a cui è destinata o ne diminuiscano in modo apprezzabile il valore. Vizi della cosa sono, nella definizione più ricorrente, le imperfezioni o alterazioni del bene dovute alla sua produzione o conservazione (7). I vizi, più da vicino, consistono in imperfezioni materiali del bene, incidenti sulla sua utilizzabilità o sul suo valore e relative ad anomalie del processo di produzione, fabbricazione, formazione e conservazione (8). Non tutti i vizi assumono rilevanza ai fini della garanzia ma solo quelli che rendano la *res* inidonea all'uso o che ne diminuiscano "in modo apprezzabile il valore" (art. 1490, comma 1, c.c.). Si ammette, quindi, l'irrilevanza di un vizio che non renda il bene inidoneo al suo uso tipico o che non ne diminuisca apprezzabilmente il valore (9). Il compratore, detto in positivo, deve tollerare - salvo una diversa regolamentazione pattizia (art. 1490, comma 2, c.c.) (10) - tutte quelle imperfezioni non rilevanti che non incidano sulla funzionalità essenziale del bene o che, comunque, non ne compromettano sensibilmente il suo valore di scambio (11).

Il venditore, continua l'art. 1497 c.c., deve trasferire una *res* che abbia le qualità promesse o essenziali per l'uso cui essa è destinata (12). Come per i vizi, nessuna tutela è offerta al compratore ove il bene

difetti di una qualità non essenziale, non promessa o, comunque, non eccedente i limiti di tolleranza stabiliti dagli usi (art. 1497 c.c.), laddove per qualità del bene devono intendersi tutti quegli attributi che ne esprimono la funzionalità, utilità o pregio e che, nell'ambito di un medesimo genere, influiscono sulla sua classificazione e riconduzione ad una determinata specie (13).

La garanzia, si specifica, non è dovuta se, al momento del contratto, il compratore conosceva i vizi o trattavasi di "vizi facilmente riconoscibili" (art. 1491 c.c.), per tali intendendosi i vizi riconoscibili *ictu oculi* e senza particolare sforzo di diligenza, sempre che il venditore non abbia dichiarato, assumendo, così, un obbligo più ampio e specifico, che la *res* era esente da vizi (14).

Il compratore, ove intenda far valere la garanzia, ha l'onere di denunciare l'esistenza dei vizi entro il termine decadenziale di otto giorni, decorrente dalla consegna in caso di vizi apparenti (art. 1511 c.c.) o dalla scoperta per i vizi occulti (art. 1495 c.c.). Il vizio si dice "apparente" quando è percepibile a un esame della cosa con una normale diligenza. Il vizio che si manifesta in modo tale da essere percepito con uno sforzo di diligenza minima - e, quindi, sul piano pratico, a un esame superficiale - non rileva quale vizio redibitorio (15). La denuncia non sarà necessaria ove il venditore abbia riconosciuto l'esistenza del vizio o l'abbia occultato e, quando si sia impegnato a riparare il bene, la decadenza, atteso il riconoscimento del vizio, ne risulterà impedita (16) ma tale

(6) Franceschelli, *Intorno al principio di conservazione dei contratti*, in *Scritti civilistici e di teoria generale del diritto*, Milano, 1975, 229.

(7) Così, da ultimo, tra le tante Cass. Civ., Sez. II, 16 febbraio 2024, n. 4245, in *IUS Proc. civile*, 2024; Cass. Civ., Sez. II, 13 settembre 2023, n. 26402, in *Mass. Giust. civ.*, 2023.

(8) L'anomalia deve necessariamente riguardare la materialità della *res*: Cass. Civ., Sez. II, 12 febbraio 2018, n. 3348. Più di recente, Cass. Civ., Sez. II, 5 aprile 2017, n. 8847, in *D&G*, 2018, 13. Tuttavia la giurisprudenza estende l'applicazione della disciplina alla mancanza degli attributi giuridici della cosa come, ad esempio, edificabilità e quantità di volumetria su un terreno. Si vedano, per alcune applicazioni, Cass. Civ., Sez. II, 13 gennaio 1984, n. 276, in *Il Sole 24 Ore*, *Mass. Repertorio Lex24 e*, più di recente, Cass. Civ., Sez. II, 24 settembre 2004, n. 19199, in *Guida dir.*, 2004, 46, 84. Tali ipotesi, ad avviso della dottrina, andrebbero disciplinate mediante l'applicazione (diretta o analogica) dell'art. 1489 c.c. ovvero, più propriamente, con il ricorso alla stessa figura dell'*aliud pro alio datum* (Luminoso, *La compravendita*, cit., 270).

(9) Restano, pertanto, escluse quelle imperfezioni destinate a risolversi in manchevolezze del tutto marginali rispetto al valore o funzione (nell'accezione socio-economico o contrattuale) del bene compravenduto (Galvano, *Trattato di dir. civ.*, Vol. II, Padova, 2009, 588). L'apprezzamento in ordine alla rilevanza del vizio si risolve in un giudizio di fatto sottratto al sindacato di legittimità (Cass. Civ., Sez. II, 26 settembre 2024, n. 25747, in *CED*, 2024).

(10) La garanzia dovuta per legge può essere variamente accresciuta e disciplinata in via convenzionale, con il limite che il patto che la escluda totalmente non sarà valido ove il venditore

abbia taciuto in mala fede i vizi della cosa dei quali fosse a conoscenza (art. 1490, comma 2, c.c.). Per una applicazione v. Cass. Civ., Sez. II, 11 maggio 2016, n. 9651, in *CED*, 2016.

(11) Non mancano in giurisprudenza casi nei quali, in senso restrittivo, si precisa che non si hanno vizi redibitori se le imperfezioni lungi dall'interessare la natura della cosa compravenduta si risolvono in manchevolezze nel tipo del materiale consegnato che implicano soltanto un maggior aggravio di costi per il compratore (tra le altre, v. Cass. Civ., Sez. II, 12 febbraio 1994, n. 1424, in *CED*, 1994).

(12) Anche le qualità che la cosa deve possedere attengono alla sua struttura materiale e funzionalità (Luminoso, *La compravendita*, cit., 270).

(13) In questi termini è la definizione corrente (v., per esempio, Cass. Civ., Sez. II, 29 aprile 2010, n. 10285, in *Guida dir.*, 2010, 27, 59).

(14) Cass. Civ., Sez. II, 12 febbraio 2018, n. 3348, in *D&G*, 2018, 13.

(15) Si specifica, sul punto, che ai fini dell'esclusione della garanzia l'art. 1491 c.c. non richiede il requisito dell'apparenza ma quello della "facile riconoscibilità del vizio". L'onere perciò gravante sul compratore non postula una particolare competenza tecnica ma è circoscritto alla diligenza occorrente per rilevare i difetti di facile percezione da parte dell'uomo medio (*sic*, da ultimo, Cass. Civ., Sez. II, 20 aprile 2022, n. 12606, in *D&G*, 2022, 21).

(16) Cass. Civ., SS.UU., 13 novembre 2012, n. 19702, in *Europa e dir. priv.*, 2013, 4, 1179, con nota di Guffani Pesenti, *Riconoscimento operoso del venditore e termine di prescrizione*.

impegno non comporterà novazione oggettiva delle obbligazioni contrattuali, consentendo più semplicemente al compratore di non soggiacere alle condizioni di cui all'art. 1495 c.c., sostanziosamente tale impegno in un riconoscimento del debito interruttivo della prescrizione e impeditivo della decadenza (17).

In presenza di vizi o mancanza delle qualità promesse o essenziali (18) il compratore potrà attivare, rispettando i termini previsti dall'art. 1495 c.c., uno dei rimedi tipici disciplinati dall'art. 1492 c.c. e, quindi, domandare, a sua scelta (c.d. concorso elettivo (19)), la risoluzione del contratto o la riduzione del prezzo salvo che, per determinati vizi, gli usi escludano la risoluzione e fermo, in ogni caso, il risarcimento del danno in caso di colpa del venditore (art. 1494 c.c.). Il compratore, dunque, potrà chiedere la risoluzione del contratto (*actio redhibitoria* dal latino *redhibere* restituire) o la riduzione del prezzo (*actio quanti minoris* o *aestimatoria*) ma la scelta tra le due azioni, se svolta con la domanda giudiziale, ne risulterà irrevocabile (art. 1492, comma 2, c.c.). Nell'attuale assetto esegetico sul compratore graverà l'onere di offrire la prova dell'esistenza dei vizi quale elemento costitutivo della pretesa fatta valere (20), laddove, in precedenza, si ammetteva che fosse sufficiente la denuncia della loro presenza risultando a carico del venditore, quale debitore di una obbligazione di risultato e in forza del principio della riferibilità o vicinanza della prova, l'onere di dimostrare di aver consegnato una cosa conforme alle caratteristiche attese (21). L'azione soggiace a prescrizione annuale decorrente dal momento della consegna (art. 1495, comma 2, c.c.) (22), termine che oggi può essere interrotto anche con un atto stragiudiziale di costituzione in mora (23).

Completa, infine, la materia la garanzia di buon funzionamento prevista dall'art. 1512 c.c. che si sostanzia in un patto - espresso o, comunque,

presupposto sulla base degli usi - con cui il venditore garantisce il buon funzionamento del bene per un determinato tempo, di talché il compratore, denunciato il difetto di funzionalità nei trenta giorni dalla scoperta, potrà chiederne la sostituzione o riparazione, salvo il risarcimento dei danni (24).

La figura dell'*aliud pro alio datum*

La disciplina rapidamente tracciata genera, nelle sue stesse definizioni, vari problemi ricostruttivi e di coordinamento sistematico. Le difficoltà nascono dalla stretta compresenza di più sottospecie di anomalie materiali: vizi della cosa (art. 1490 c.c.), mancanza delle qualità promesse (art. 1497 c.c.), mancanza delle qualità essenziali per l'uso cui la cosa è destinata (art. 1497 c.c.), cattivo funzionamento del bene (art. 1512 c.c.). Una tale eterogeneità evidentemente non è bastata, atteso che, per sfuggire alle rigide strettoie in termini di decadenza e prescrizione (25), l'elaborazione casistica ha introdotto un'ulteriore figura di anomalie materiali della cosa che, appunto, va sotto il nome di *aliud pro alio* e che, si è osservato, non poteva non oscurare ancora di più un campo già di per sé "infido" (26).

Si ritiene, in linea generale, che si ha consegna di *aliud pro alio* quando la cosa appartenga a un genere del tutto diverso da quello pattuito o quando essa difetti delle particolari utilità necessarie ad assolvere alla sua funzione economico-sociale o a quella prescelta dalle parti come essenziale (27).

La definizione, nelle sue assonanze, rievoca l'assenza delle qualità promesse attinenti alla materialità della *res* o al suo impiego particolare (28). La vicinanza tra le fattispecie rende difficile tracciare una linea di demarcazione sufficientemente chiara e netta, tanto che, con inevitabili oscillazioni, si è ritenuto

(17) Cass. Civ., SS.UU., 21 giugno 2005, n. 13294, in *Resp. civ. prev.*, 2006, 2, 361.

(18) L'opinione prevalente è nel senso di ammettere l'esperibilità dell'azione di riduzione del prezzo va considerata esperibile da parte dell'acquirente anche nelle fattispecie contemplate dall'art. 1497 c.c. (tra le più recenti, Cass. Civ., Sez. II, 16 febbraio 2024, n. 4245, cit.).

(19) Agostinis, *La garanzia per i vizi della cosa venduta*, in *Cod. civ. comm.*, Milano, 2012, 83.

(20) Cass. Civ., SS.UU., 3 maggio 2019, n. 11748, in *Foro it.*, 2019, 9, I, 2726.

(21) Tra le altre v. Cass. Civ., Sez. II, 2 settembre 2013, n. 20110, in *Mass. Giust. civ.*, 2013.

(22) Con regola identica a quella dettata in tema di azione di annullamento (art. 1442 c.c.), nessuna prescrizione incombe sulla relativa eccezione sicché il compratore convenuto per l'esecuzione

potrà sempre opporre il vizio della cosa a condizione che lo abbia tempestivamente denunciato (art. 1495, comma 3, c.c.).

(23) Cass. Civ., SS.UU., 11 luglio 2019, n. 18672, in *Resp. civ. prev.*, 2019, 6, 1860.

(24) Sulla garanzia di buon funzionamento cfr. Alpa, *Garanzia di buon funzionamento*, in *Foro it.*, 1979, I, 459; Zuccarelli, *La garanzia di buon funzionamento*, in *Studi parmensi*, Padova, 1990.

(25) In senso critico Gabrielli, *La consegna di cosa diversa*, Napoli, 1987, 171 ss.

(26) Gorla, *Considerazioni in tema di garanzia per i vizi redibitori*, cit., 1272.

(27) Gabrielli, *La consegna di cosa diversa*, cit., 171. In giurisprudenza, tra le più recenti, Cass. Civ., Sez. II, 2 aprile 2024, n. 8649, in *CED*, 2024; Cass. Civ., Sez. II, 2 agosto 2023, n. 23604, *ivi*, 2023; Cass. Civ., Sez. II, 13 dicembre 2022, n. 3636, *ivi*, 2022.

(28) Si veda, per esempio, App. Venezia, Sez. III, 5 aprile 2022, n. 786.

che integri un *aliud pro alio* la consegna di un'auto-vettura con falsa documentazione e numero di telaio contraffatto (29), munita di un motore rubato (30) o alimentata con impianto non omologato (31), sebbene, in questi casi, non vi sia un difetto di genere o funzionalità (32).

Le diverse anomalie materiali e i confini dell'*aliud pro alio*

In questo quadro di incertezze si inserisce la decisione commentata che, dopo aver riordinato a livello definitorio le singole tipologie di anomalie materiali, evidenzia i tratti caratteristici dell'*aliud pro alio* valorizzandone, quale dato distintivo, la "funzionale e assoluta inidoneità del bene ad assolvere la destinazione economico-sociale promessa".

Si ha vizio redibitorio, si legge, qualora la cosa consegnata presenti imperfezioni che la rendano inidonea all'uso cui dovrebbe essere destinata o ne diminuiscano in modo apprezzabile il valore. Si ha, invece, mancanza di qualità essenziali quando, in ragione delle alterazioni subite, la cosa appartenga, per sua natura o per gli elementi che la caratterizzano, ad un tipo o ad una specie diversa da quella pattuita, pur rimanendo nell'ambito dello stesso genere. Sussiste, infine, *aliud pro alio* quando il bene sia completamente eterogeneo rispetto a quello promesso per natura, individualità, consistenza e destinazione sicché, appartenendo a un genere diverso, si riveli funzionalmente del tutto inidoneo ad assolvere al suo scopo economico-sociale e, quindi, a fornire l'utilità presagita. Quivi la causa concreta che aveva giustificato l'atto traslativo non diviene realizzabile, tanto da pregiudicare la stessa identità della *res* e gli interessi sottesi al programma negoziale: non si è in presenza di una carenza di requisiti sanabili e

non costituenti elemento di identificazione del bene che, al contrario, risulta connotato da deficienze strutturali ostative alla sua funzione economico-sociale (33).

Non è tanto l'eterogeneità a definire l'*aliud pro alio* quanto l'assoluta inidoneità della *res* a perseguire il suo scopo economico-sociale, tipico o convenzionale. È, quindi, al contrario tale inidoneità a declinare il bene come eterogeneo, il che implica, inevitabilmente, la necessità di muovere l'indagine dalla verifica delle funzionalità che assurge a *quid proprium* della figura rimediale considerato che l'appartenenza al *genus* ben può comunque implicare un *aliud pro alio* ove il bene, in chiave funzionale, non garantisca il raggiungimento del suo scopo economico-sociale (34).

Questo approccio, in una materia che continuerà inevitabilmente a registrare soluzioni eclettiche se non quando contraddittorie, resta l'unico validamente sperimentabile di fronte alla rapidità degli sviluppi tecnologici: le caratteristiche dei nuovi beni si fanno sempre più complesse e specificanti e via via più concentriche divengono le categorie di genere. Nei rapporti B2C soccorre la c.d. garanzia di conformità: il consumatore, interessato a conseguire gli *standard* di un determinato *device*, non ne accetterà uno diverso solo perché appartenente allo stesso *genus*. Tanto avviene anche nelle vendite internazionali di merci tra imprenditori, dove le distinzioni tra vizi, mancanza di qualità, difettoso funzionamento, *aliud pro alio* e responsabilità ordinaria sono state superate dalla Convenzione di Vienna del 1980 che prevede (artt. 35-41) "un apparato di tutela del compratore (pressoché) omogeneo per tutti i casi di difformità della cosa consegnata rispetto a quella pattuita" (35).

(29) Cass. Civ., Sez. II, 30 marzo 2006, n. 7561, in *Mass. Giust. civ.*, 2006, 3.

(30) Cass. Civ., Sez. II, 11 novembre 2008, n. 26953, in *Arch. giur. circ.*, 2009, 3, 216.

(31) Cass. Civ., Sez. II, 13 settembre 2013, n. 20996, *ivi*, 2014, 1, 22.

(32) Si reiterano e, se possibile, amplificano i medesimi problemi interpretativi che rievocano dal passato l'assenza nelle definizioni codicistiche di una possibile graduazione delle differenti anomalie materiali, meno intensa nel caso dei vizi e, perciò, sottratta alla disciplina dell'inadempimento, più marcata nel caso della mancanza di qualità e assoluta, nel senso di assenza totale delle qualità utili e coesenziali al bene, nei casi di *aliud pro alio* (Angeloni, *Consegna di cose mancanti di qualità pattuite o essenziali e consegna di cose diverse* ("aliud pro alio"), in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1959, 795).

(33) Sul punto la sentenza richiama, tra le altre, Cass. Civ., Sez. II, 6 agosto 2015, n. 16559 in tema di compravendita di immobile sprovvisto del certificato di abitabilità, tema su cui, da ultimo, è stato chiarito che il mancato rilascio del certificato di abitabilità che non sia dipeso da assoluta carenza sostanziale dei requisiti atti a osservare le prescrizioni di igiene, salubrità e sicurezza dell'immobile non integra *aliud pro alio* (sic Cass. Civ., Sez. II, 2 agosto 2023, n. 23605, in *Riv. giur. edil.*, 2023, 5, 1, 1023).

(34) Tenuto, inoltre, conto che, come è stato da tempo osservato, ciascun genere può costituire specie di un genere più ampio e ogni specie può essere vista come genere in un rapporto ad una sottospecie (Cabella Pisu, *Garanzie e responsabilità nelle vendite commerciali*, Milano, 1983, 198).

(35) Luminoso, *La compravendita*, cit., 263-264.

L'assenza di definizioni e strumenti unitari non può tuttavia tradursi in un pregiudizio nelle vendite aliene a tali discipline. Senza ricorrere a implicanti estensioni concettuali (36) non resta, allora, che solcare - come, in senso contrario, fa la decisione

commentata (37) - la linea di confine tracciata, privilegiando *ex ante* l'indagine (38) volta a determinare se le anomalie abbiano inciso sulla inidoneità della *res* ad assolvere alla sua funzione economico-sociale (39).

(36) Luminoso, in AA.VV., *Le garanzie nella vendita dei beni di consumo*, in *Trattato di dir. Comm. e dir. pubbl. dell'econ.* (diretto da) Galgano, XXXI, Padova, 2003, 112 ss.

(37) Nella pronuncia, in effetti, l'identità del genere (conglomerato cementizio) non preclude il ricorso all'*aliud pro alio* ancorato al difetto di elasticità inteso come anomalia tale da non consentire al calcestruzzo fornito di assolvere alla funzione promessa (realizzazione del massetto della pavimentazione).

(38) In linea con quanto riconosce la giurisprudenza in tema di qualificazione di ufficio della domanda di risoluzione per *aliud pro alio* (Cass. Civ., Sez. II, 14 ottobre 2021, n. 28069, in *Mass. Giust. civ.*, 2021).

(39) Una soluzione, questa, che si rivela più adeguata nelle vendite di impresa che sono normalmente inserite in un processo produttivo e distributivo organizzato, assistito da servizi dopo-vendita e ampie garanzie convenzionali (Amadio, *Difetto di conformità e tutele sinallagmatiche*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, 890). In tal senso l'*aliud pro alio* è destinata a divenire categoria patologica che abbraccia "tutte le ipotesi in cui tra l'attribuzione traslativa promessa e quella in concreto attuata vi sia una difformità di grado così elevato da rendere quest'ultima inidonea ad assolvere la destinazione economico sociale che sarebbe propria della attribuzione promessa" (Luminoso, *La compravendita*, cit., 263).

Osservatorio dell'Arbitro Bancario Finanziario

a cura di Francesco Macario, con la collaborazione di Dario Farace e Luigi Buonanno

CONTRATTO DI CESSIONE DEL QUINTO E OBBLIGHI DELL'INTERMEDIARIO

CESSIONE DEL QUINTO - POLIZZE ASSICURATIVE - RUOLO
DELL'INTERMEDIARIO

A.B.F., Coll. Coord., 20 marzo 2024, n. 3576 - Pres. Maugeri -
Rel. Carriero

Nella trattativa e nella conclusione del contratto di cessione del quinto dello stipendio grava sull'intermediario l'obbligo di assistere il cliente nella stipulazione della polizza assicurativa contro i rischi dell'impiego, fornendo ogni informazione sul pagamento del premio, sugli eventi assicurati e sulla liberazione del cliente dal debito. Anche nel caso di polizza assicurativa stipulata dall'intermediario per garantirsi da rischi di credito o da perdite patrimoniali con premio a proprio carico, il cliente ha diritto di conoscere i presupposti e ogni altra specifica informazione relativi all'attivazione della polizza a fronte di un evento avverso che attenga alla sua attività lavorativa.

La questione

Il Collegio di Coordinamento dell'Arbitro Bancario Finanziario si è pronunciato, con questa decisione, sul diritto del cliente ad a che l'intermediario gli fornisca ogni informazione necessaria alla polizza assicurativa e ai presupposti in base ai quali sussistono o meno le condizioni per la relativa attivazione.

La ricorrente del caso di specie, titolare di due contratti di finanziamento (rispettivamente, di cessione del quinto dello stipendio e di delegazione di pagamento), era assicurata da una polizza obbligatoria ai sensi dell'art. 54, d.P.R. n. 180/1950 in materia di cessione del quinto dello stipendio e della pensione, che prevedeva, in caso di perdita di impiego da parte dell'assicurata, l'estinzione del finanziamento da parte della società di assicurazione. La ricorrente, avendo perso l'impiego per la accertata inidoneità permanente al servizio come dipendente di una amministrazione pubblica, richiedeva l'attivazione della polizza a copertura del credito. Tuttavia, l'intermediario dichiarava di non ritenere sussistenti i requisiti per la relativa attivazione.

La ricorrente, dunque, adiva l'Arbitro Bancario Finanziario per chiedere (i) l'estinzione totale del debito residuo del finanziamento in essere e la cessazione dell'invio dei solleciti di pagamento ai sensi della clausola del finanziamento relativa alla polizza assicurativa e (ii) la restituzione di quanto pagato dopo la perdita del posto di lavoro.

L'Arbitro Bancario Finanziario, considerata la rilevanza della questione, rimetteva la soluzione al Collegio Di Coordinamento.

Il Collegio, nella decisione in commento, muovendo dalla disposizione speciale di cui il sopra citato art. 54, d.P.R. n. 180/1950, ha sottolineato come essa introduca l'unica forma di finanziamento che prevede la costituzione di una polizza assicurativa obbligatoria volta a soddisfare la protezione del rischio assicurato (i.e. la perdita dell'impiego) con riguardo a entrambe le parti contrattuali.

Ad avviso del Collegio remittente, solo la polizza stipulata ai sensi del secondo comma dell'art. 14, Reg. Isvap n. 29/2009 nell'ambito dei "rischi relativi all'occupazione", avente ad oggetto "il contratto stipulato dal debitore/assicurato a favore dell'ente finanziatore a causa della perdita dell'impiego, con conseguente cessazione dell'erogazione dello stipendio" rientra nell'obbligo di cui all'art. 54 sopra più volte menzionato, mentre le polizze classificabili nella fattispecie di cui al primo comma dell'art. 14, Reg. Isvap n. 29/2009 sarebbero tese a garantire rischi di maggiore ampiezza, nell'ambito dei rischi da "perdite patrimoniali derivanti da insolvenze" tra cui, ma non necessariamente, anche quello di perdita dell'impiego.

Mancando, nel caso di specie, la produzione delle polizze assicurative, il cui contenuto avrebbe potuto, in sede interpretativa, fugare ogni dubbio in ordine alla riconduzione delle stesse alle polizze di cui al primo o al secondo comma dell'art. 14, Reg. Isvap n. 29/2009, il Collegio di Coordinamento ha rilevato la lacuna informativa da parte dell'intermediario e la sua condotta "caratterizzata da reticenze e carenze informative" a dispetto dei generali doveri di solidarietà contrattuale attuativi del principio di buona fede.

Da un lato, il Collegio ha rilevato l'assenza di una domanda risarcitoria, e, dall'altro, come la pretesa di estinzione del debito residuo e di retrocessione di quanto già versato sia irricevibile nella misura in cui suppone l'adozione di una pronuncia costitutiva con obblighi di fare specifico a carico del convenuto. Nonostante ciò, il Collegio, sulla base di un'interpretazione flessibile al fine di individuare il bene della vita al quale aspira chi agisce in procedimento di fronte all'A.B.F., in parziale accoglimento del ricorso, ha accertato il diritto della cliente a ottenere dall'intermediario convenuto ogni specifica informazione in ordine alle polizze assicurative in argomento e le puntuali motivazioni relative alla ritenuta, indimostrata insussistenza delle condizioni per la loro attivazione.

La pronuncia in commento, da una parte ribadisce gli obblighi di buona fede della parte contrattuale volti a preservare le ragioni dell'altra, e, dall'altra, adotta un'interpretazione elastica della domanda, al fine di non fermarsi davanti alla irricevibilità della stessa bensì interrogandosi sul bene della vita da tutelare, che, in questo caso, era il diritto del cliente a ottenere informazioni dettagliate circa le motivazioni sottostanti alla mancata attivazione della polizza. Pertanto, la decisione cui perviene il Collegio di Coordinamento merita approvazione.

I precedenti

In senso conforme e circa il tema dell'attivazione della polizza assicurativa nell'ambito della cessione del quinto dello stipendio, v. la decisione di cui al Collegio di Napoli n. 21016/2019 (Pres. Carriero, rel. Caggiano), richiamata dal Collegio rimettente, secondo cui, nel caso di assicurazione per rischio impiego, nell'ipotesi in cui il beneficiario è assicurato della prestazione assicurativa è lo stesso intermediario finanziatore, restando il cliente estraneo al rapporto contrattuale come programmato, "non è escluso, per il tramite del collegamento negoziale, un interesse di quest'ultimo alla tutela della posizione correlata al contratto assicurativo e un suo intervento ai fini dell'attivazione della copertura assicurativa".

Sugli obblighi di buona fede delle parti contrattuali, v. tra le tante, la decisione n. 13957/2021 del Collegio di Milano (Pres. Lapertosa, rel. Grippo), per cui "La buona fede rappresenta sostanzialmente la misura, il metro di comportamento delle parti che nell'agire devono sempre rimanere entro i confini della corretta prassi commerciale tanto che un comportamento contrario alla buona fede può generare, quale scorrettezza, conseguenze risarcitorie: le parti, infatti, debbono sempre operare con occhio di riguardo ai reciproci interessi e la Corte di Cassazione lo specifica richiamando espressamente la Carta costituzionale, art. 2, ovvero il dovere inderogabile di solidarietà. La buona fede, quindi, si sostanzia in un obbligo generale di solidarietà che impone a tutte le parti del contratto di preservare gli interessi dell'altra, essendo tenuti i soggetti al compimento di tutti quegli atti materiali o giuridici che si rendano necessari alla salvaguardia dell'interesse della controparte, nel limite, comunque, in cui essi non comportino un apprezzabile sacrificio a suo carico".

DIRITTO ALLA RISOLUZIONE DEL CONTRATTO E RESTITUZIONE DELLE RATE PAGATE

CONTRATTI DI FINANZIAMENTO - ESTINZIONE DEL DEBITO -
INADEMPIMENTO DEL FORNITORE DEI BENI O SERVIZI - RIGETTO
DEL RICORSO

A.B.F., Coll. coord., 13 settembre 2024, n. 9747 - Pres. Maueri - Rel. Lucchini Guastalla

Nel caso di cui all'art. 125-*quinquies*, comma 1, T.U.B., il diritto alla restituzione delle rate pagate è precluso dall'eventualità che il finanziamento sia stato integralmente rimborsato, anche qualora l'estinzione sia avvenuta dopo la proposizione del ricorso.

La questione

Con la pronuncia in commento, il Collegio di Coordinamento si è espresso sulla corretta interpretazione da attribuire, da un lato, al diritto alla risoluzione del contratto di cui all'art. 125-*quinquies*, comma 1, T.U.B. e, dall'altro, al principio, espresso dallo stesso Collegio di Coordinamento nella precedente pronuncia n. 12645/2021, in forza del quale, nei procedimenti instaurati ai sensi dell'art. 125-*quinquies* T.U.B., il diritto alla restituzione delle rate pagate è precluso dalla eventualità che il finanziamento sia stato interamente rimborsato.

La rimessione della questione al Collegio di Coordinamento si è resa necessaria al fine di chiarire se gli effetti preclusivi sulla domanda restitutoria dell'estinzione del

finanziamento operino anche qualora la suddetta estinzione sia intervenuta dopo la proposizione del ricorso o, per ipotesi, dopo la proposizione del reclamo e qualora l'integrale pagamento delle rate sia avvenuto al solo fine di evitare una possibile segnalazione del consumatore sulle banche dati.

Più nel dettaglio, il caso trae origine dalla stipulazione, tra parte ricorrente e l'intermediario resistente, di due contratti di finanziamento, finalizzati al pagamento di cure specialistiche, le quali sarebbero dovute essere erogate da una clinica convenzionata. Sennonché, a detta del ricorrente, la clinica mancava di erogare buona parte delle prestazioni promesse. Perdurando l'inadempimento, parte ricorrente decideva, pertanto, di costituire dapprima in mora la clinica fornitrice del servizio in data 9 luglio 2020 e, successivamente, di proporre ricorso dinanzi all'Arbitro Bancario Finanziario contro l'intermediario in data 28 dicembre 2023. Al momento della proposizione del ricorso residuavano ancora tre rate da pagare in relazione al primo contratto di finanziamento (secondo l'estratto conto prodotto dalla resistente, il pagamento dell'ultima rata del finanziamento era previsto infatti per il 5 marzo 2024); mentre il secondo contratto di finanziamento risultava già integralmente estinto.

Alla luce delle vicende sopra esposte, quindi, parte ricorrente adiva il Collegio territoriale dell'Arbitro Bancario Finanziario (il quale ha poi rimesso la questione al Collegio di Coordinamento), domandando la risoluzione del contratto di finanziamento non ancora integralmente estinto e la conseguente restituzione delle rate già pagate.

Orbene, il Collegio di Coordinamento ha innanzitutto chiarito che la composizione della controversia dipende dalla natura che si intende attribuire al diritto alla risoluzione del contratto di cui all'art. 125-*quinquies*, comma 1, T.U.B. Se, infatti, si qualifica tale risoluzione come un'ipotesi di risoluzione *ope legis*, ne deriva che l'effetto risolutivo interviene prima della proposizione del ricorso o la presentazione del reclamo, cosicché eventuali pagamenti successivi allo scioglimento del vincolo contrattuale non inficiano il diritto alla restituzione delle rate versate. Al contrario, se si qualifica la risoluzione in questione alla stregua di una risoluzione giudiziale, allora l'effetto risolutivo si verifica solo con la pronuncia giudiziale, sicché si dovrebbe concludere che l'integrale pagamento delle rate che si verifici nelle more del procedimento osterebbe ad una pronuncia di risoluzione e alla successiva restituzione degli importi già pagati.

Per dirimere la questione, pertanto, il Collegio di Coordinamento ha ritenuto necessario analizzare il dato testuale dell'art. 125-*quinquies* T.U.B., pervenendo alle seguenti conclusioni:

(i) dal raffronto del primo e del terzo comma, pare evidente che essi prevedano due soluzioni affatto diverse. Se, da un lato, infatti, il primo comma stabilisce che nei contratti di credito collegati, in caso di inadempimento da parte del fornitore dei beni o dei servizi, il consumatore ha un mero *diritto alla risoluzione* del contratto di credito; il terzo comma, prevede, invece, che in caso di locazione finanziaria (*leasing*) il consumatore può chiedere al finanziatore di agire per la risoluzione del contratto e che la risoluzione del contratto di fornitura determina la *risoluzione di diritto* del contratto di locazione finanziaria.

(ii) il secondo comma, invece, nello stabilire che la risoluzione del contratto di credito comporta l'obbligo del finanziatore di rimborsare al consumatore le rate già pagate, impone che il finanziamento non sia già stato integralmente estinto. Infatti, verificatasi l'estinzione del debito, viene meno la correlazione tra la fornitura del bene o del

servizio e il contratto di finanziamento, cosicché non può ritenersi giustificato il permanere sul finanziatore del rischio dell'inadempimento del fornitore.

Il Collegio di Coordinamento, per tal via, giunge quindi ad affermare che, a norma dell'art. 125-*quinquies* T.U.B., comma 1, il legislatore non ha previsto alcuna "risoluzione di diritto", ma il "diritto alla risoluzione del contratto di credito". In forza, poi, dell'art. 125-*quinquies*, comma 2, T.U.B., l'Arbitro Bancario Finanziario non può accertare, neppure in via incidentale, il diritto alla risoluzione del contratto di finanziamento se il rapporto contrattuale si è sciolto in ragione del fatto che tutte le rate del finanziamento sono già state pagate.

Pertanto, il Collegio di Coordinamento ha ritenuto di non accogliere le domande di parte ricorrente, sottolineando che il consumatore che scelga di mettere in mora il proprio fornitore, per avvalersi del rimedio di cui all'articolo 125-*quinquies* T.U.B., debba necessariamente sospendere il pagamento delle rate, anche se ciò possa teoricamente esporlo al rischio di essere segnalato nelle banche dati.

I precedenti

La pronuncia in commento sottolinea che i Collegi territoriali dell'Arbitro Bancario Finanziario sono assolutamente concordi nel dare applicazione al principio in base al quale "il diritto alla restituzione delle rate pagate è precluso dalla eventualità che il finanziamento sia stato interamente rimborsato" (A.B.F., Coll. coord., 17 maggio 2021, n. 12645, Pres. Lapertosa, rel. Granata). Più precisamente, sul rigetto della domanda di risoluzione del contratto di finanziamento, nelle ipotesi in cui il debito risulti estinto prima della costituzione in mora del fornitore del servizio, si vedano, *ex multis*, A.B.F. Bologna 7 giugno 2022, n. 8907 (Pres. Marinari; rel. Petrelli); A.B.F. Milano 10 giugno 2022, n. 9041 (Pres. Lapertosa; rel. Cetra); A.B.F. Roma 28 luglio 2022, n. 11381 (Pres. Sirena; rel. Mezzacapo), ove si legge significativamente "la risoluzione del contratto di finanziamento è un vizio funzionale del sinallagma contrattuale e presuppone la sussistenza dell'obbligazione medesima, come depono l'art. 125 *quinquies* TUB, dal cui tenore letterale si evince che, ai fini della risoluzione di un contratto di credito collegato, lo stesso deve essere ancora esistente"; A.B.F. Roma 22 settembre 2022, n. 12437 (Pres. Sirena; rel. Accettella); A.B.F. Roma 30 gennaio 2023, n. 880 (Pres. Sirena; rel. Accettella); A.B.F. Napoli 21 febbraio 2023, n. 1698 (Pres. Dolmetta; rel. Liace); A.B.F. Palermo 21 marzo 2023, n. 2732 (Pres. Maugeri; rel. Scibetta). Sul rigetto della domanda di risoluzione del contratto di finanziamento, nella ipotesi in cui il debito risulti estinto dopo la messa in mora, ma comunque prima della presentazione del ricorso all'Arbitro Ban-

cario Finanziario, si vedano, *ex multis*, A.B.F. Milano 27 aprile 2021, n. 22261 (Pres. Lapertosa; rel. Benincasa); A.B.F. Bologna 24 agosto 2021, n. 19058 (Pres. Marinari; rel. Lucarelli); A.B.F. Milano 10 giugno 2022, n. 9028 (Pres. Lapertosa; rel. Cetra); A.B.F. Bologna 7 ottobre 2022, n. 12984 (Pres. Marinari; rel. Berti Arnoaldi Veli); A.B.F. Roma 18 novembre 2022, n. 14841 (Pres. Sirena; rel. Patti); A.B.F. Roma 29 maggio 2023, n. 5360 (Pres. Sirena; rel. Marinari) e A.B.F. Bologna 9 novembre 2023, n. 10921 (Pres. Marinari; rel. Pasquariello).

In senso conforme alla decisione in esame, si veda A.B.F. Milano 29 marzo 2023, n. 3040 (Pres. Lapertosa; rel. Dalmartello) ove si stabilisce che "[a]i sensi [dell'art. 125-*quinquies* T.U.B.], presupposti della domanda di risoluzione sono a) la messa in mora del debitore, e b) l'inadempimento di non scarsa importanza del fornitore ai sensi dell'art. 1455 c.c. Non è necessario, tuttavia, esaminare tali profili in quanto è dirimente quanto eccepito dall'intermediario relativamente all'estinzione anticipata del contratto di finanziamento. (...) Si tratta di una circostanza che impedisce di applicare il rimedio previsto dall'art. 125-*quinquies* TUB, in quanto non può risolversi un contratto già sciolto tra le parti (...) L'estinzione anticipata del finanziamento, del resto, recide il nesso tra la fornitura del servizio e il contratto di finanziamento e non sarebbe giustificato far permanere sul finanziatore il rischio dell'inadempimento del fornitore, come previsto dall'art. 125-*quinquies* TUB".

In senso contrario alla decisione in esame, si vedano le isolate pronunce: A.B.F. Roma 5 luglio 2022, n. 10123 (Pres. Sirena; rel. Patti) e A.B.F. Roma 24 maggio 2023, n. 5084 (Pres. Sirena; rel. Fulcheri) le quali hanno escluso l'applicabilità del principio in base al quale "il diritto alla restituzione delle rate pagate è precluso dalla eventualità che il finanziamento sia stato interamente rimborsato" tanto nel caso di estinzione del debito dopo la presentazione del reclamo preventivo ("[v]a tuttavia evidenziato come se da un lato è vero che al momento della proposizione del ricorso A.B.F. (19.11.2022) il contratto era pacificamente estinto, è altrettanto vero, dall'altro, che il medesimo contratto era ancora in essere all'epoca del primo reclamo (7.5.2019) e del secondo reclamo (riscontrato a febbraio 2022). L'eccezione, dunque, non può trovare accoglimento"), quanto nel caso di estinzione successiva alla presentazione del ricorso ("con riguardo all'eccezione preliminare sollevata dall'intermediario, occorre osservare che il contratto era ancora in essere al momento della messa in mora (12.10.2021), nonché della presentazione del ricorso (28.12.2021). L'eccezione non merita, pertanto, accoglimento").

Contratti bancari

Clausola *floor* e contratti di finanziamento

di Fabrizio Vismara

Il presente lavoro analizza i principali aspetti relativi all'applicazione delle clausole *floor* nei contratti di finanziamento. Muovendo dalla relativa nozione ed effetti, se ne analizzano i rapporti con la disciplina delle clausole vessatorie, per arrivare poi a verificarne i presupposti di validità sul piano dell'equilibrio sinallagmatico e del giudizio di meritevolezza ai sensi dell'art. 1322, comma 2, c.c. Infine, vengono richiamati i principi in tema di trasparenza contrattuale.

Introduzione

Può individuarsi quale clausola *floor* la previsione negoziale in forza della quale, nell'ambito di un contratto di finanziamento a tasso variabile, viene assicurata all'intermediario una remunerazione minima anche nel caso in cui l'andamento dei tassi di interesse sia tale da ridurre in modo significativo il costo del denaro (1). Si tratta di clausola la cui funzione è quella di determinare la soglia al di sotto della quale le parti considerano antieconomica per la banca l'operazione creditizia: essa solleva, come ha sollevato anche nella giurisprudenza recente, alcune questioni in diritto, tra cui la sua validità, i rapporti con la normativa a tutela del consumatore e i rapporti con la disciplina della trasparenza contrattuale. Rispetto alla clausola *floor* la previsione in un certo senso di segno opposto è la clausola *cap*, in forza della quale si stabilisce pattizamente un limite percentuale al di

sopra del quale gli interessi dovuti non possono aumentare. Nel presente scritto verranno esaminate le principali questioni oggetto di analisi da parte della giurisprudenza, al fine di individuare i presupposti sostanziali per la valida apposizione di tale tipologia di clausole nei contratti conclusi dalle banche con la propria clientela.

I rapporti con la disciplina delle clausole vessatorie

Un primo profilo di rilievo è costituito dalla configurabilità della clausola *floor* quale clausola vessatoria, il che presuppone la verifica circa la presenza di un sostanziale squilibrio quanto a diritti e obblighi a favore di una parte e a sfavore dell'altra. Tuttavia, la previsione di una soglia minima del tasso di interesse non consente di intravedere l'elemento caratterizzante della vessatorietà (2): al di là, infatti, della

(1) Sulle clausole *floor* cfr. Campagna, *La clausola con tasso minimo preteso nel mutuo (c.d. floor clause)*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2018, II, 99 ss.; Maffeis, *Usura probabile: costo di estinzione anticipata e clausola floor*, in questa *Rivista*, 5, 2018, 615 ss.; D'amico, *La vessatorietà delle clausole floor*, in questa *Rivista*, 3, 2017, 261 ss.; Sartori, *Sulla clausola floor nei contratti di mutuo*, in *Il diritto degli affari.it*, 2015, 64.

(2) In argomento cfr. Alpa - Patti, *Clausole vessatorie nei contratti dei consumatori*, Milano, 2003. Si veda inoltre Venosta, *Condizioni generali vessatorie, forma della ratifica e nullità parziale del contratto*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1990, 655 ss. Si veda anche Cesàro, *Condizioni generali di contratto ed elencazione delle clausole vessatorie*, in *Riv. tir. dir. proc. civ.*, 1991; Patti, *Clausole vessatorie, clausole d'uso e necessità dell'approvazione specifica*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1995, 1 ss. Rileva D'amico, *La vessatorietà*, cit., 264, che "piuttosto, quel che sembrerebbe rilevare (ai fini della verifica di un contenuto economico 'squilibrato', specificamente indotto dalla clausola in esame) è la

circostanza secondo cui, mentre la banca può in ipotesi giovare interamente (salvo che non sia stata pattuito un 'tetto' massimo che il tasso di interesse non può superare) dell'aumento del tasso di riferimento (e del conseguente aumento del tasso di interesse applicabile al rapporto), il mutuatario (in presenza di una clausola *floor*) non potrebbe fare altrettanto nell'ipotesi inversa (ossia nell'ipotesi di discesa del tasso di riferimento), perché l'abbassamento dell'interesse dovuto si arresterebbe comunque al raggiungimento della 'soglia' (minima) indicata nella clausola. Acclarato ciò, deve però subito soggiungersi che questo 'squilibrio', per essere rilevante, dovrà (anche) essere qualificabile come 'significativo' (perché solo uno 'squilibrio significativo' può comportare - in base alla direttiva - la dichiarazione di 'vessatorietà' di una clausola). Il che - nel nostro caso - potrebbe verificarsi, forse, qualora la 'soglia' (minima) sia stata fissata ad un livello eccessivamente elevato (e, dunque, facilmente raggiungibile anche in presenza di ribassi del tasso di riferimento relativamente modesti".

tassatività della previsione di cui all'art. 1341 c.c. (3) e della connessa preclusione all'utilizzo di strumenti interpretativi analogici nella determinazione dell'ambito materiale di applicazione dell'art. 1341 c.c. (4), non si delinea nella clausola in esame una pattuizione che aggravi la posizione dell'aderente rispetto alla disciplina legale del contratto cui si riferisce. Al riguardo la giurisprudenza recente ha chiarito che la clausola *floor*, concorrendo a determinare la portata della prestazione di una delle parti e, quindi, l'oggetto del contratto, non va intesa quale clausola vessatoria e, pertanto, non necessita di specifica approvazione per iscritto (5). Peraltro, qualora, come accade nella conclusione dei contratti di mutuo con garanzia reale, il negozio sia perfezionato in sede notarile, la configurabilità di una clausola vessatoria trova un ulteriore ostacolo in quanto le clausole inserite in un contratto notarile, ancorché si conformino alle condizioni poste da uno dei contraenti, non sono qualificabili come predisposte dal medesimo, ai sensi ed agli effetti dell'art. 1341 c.c., e, quindi non abbisognano di specifica approvazione (6). Quanto alla disciplina a tutela dei consumatori, il richiamo all'art. 33 (7) c. cons. non modifica la conclusione

sopra indicata: ciò in quanto, al di là dell'assenza nell'elenco di cui al comma 2 di detto art. 33 di una previsione riferibile alle clausole *floor*, la rilevata mancanza di uno squilibrio significativo appare dirimente.

Il problema dell'equilibrio sinallagmatico

Il tema centrale nell'analisi della validità delle clausole in esame attiene alle possibili interferenze con l'equilibrio sinallagmatico (8). Si tratterebbe, in particolare, di uno squilibrio di carattere genetico (9), relativo, cioè, al momento della formazione del contratto (10). Tale squilibrio deriverebbe dal fatto che la previsione nel contratto di mutuo di un tasso minimo di interesse (il c.d. *floor*) nell'ambito di un finanziamento a tasso variabile non consentirebbe alla parte mutuataria di beneficiare della eventuale diminuzione dei tassi. Si è al riguardo sostenuto che l'inserimento nel contratto della c.d. clausola *floor*, impedendo la variabilità del tasso al di sotto di una soglia minima prefissata, esporrebbe il contraente al rischio di un innalzamento del tasso di interesse senza alcuna soglia di sbarramento (11).

(3) Cfr. *inter alia* Trib. Reggio Emilia 19 dicembre 2013, n. 1983: "le ipotesi di clausole vessatorie previste dall'art. 1341, comma 2 c.c., derogando alla generale libertà di forma, sono tassative e a numero chiuso, insuscettibili quindi di applicazione analogica, ma al più solo estensiva".

(4) Nel senso che l'elencazione di cui all'art. 1341 c.c. sia soggetta a interpretazione estensiva e non analogica cfr. Cass. Civ. 19 luglio 2023, n. 21230.

(5) Cfr. Trib. Milano 26 marzo 2024, n. 3373. Si veda anche Arbitrato Bancario e Finanziario, Decisione n. 4137 del 4 aprile 2024, secondo cui "quanto alla disciplina delle clausole vessatorie sotto il profilo consumeristico, le nostre Corti riconducono la clausola *floor* nel novero delle clausole determinative dell'oggetto del contratto oppure a quelle relative all'adeguatezza del corrispettivo ed escludono, di conseguenza, la sua assoggettabilità a un vaglio di vessatorietà in base all'art. 34, comma 2, cod. cons., salvo che sia formulata in modo non chiaro e comprensibile (cfr., in tal senso, App. Cagliari, n. 78 del 07/03/2023, App. Catania, Sez. I, 13/07/2022, Trib. Nocera Inferiore, Sez. I, n. 727 del 06/04/2023, Trib. Napoli, n. 1114 del 04/02/2021, Trib. Spoleto, n. 532 del 21/09/2020, Trib. Napoli, Sez. II, n. 5267 del 21/05/2019, Trib. Treviso, Sez. III, n. 890 del 17/04/2019 e Sez. III, n. 572 del 12/03/2019, Trib. Pescara, n. 1943 del 31/12/2018, Trib. Bologna, n. 20222 del 6/3/2018)". Si veda anche Trib. Trento 27 marzo 2017, n. 329, secondo cui "la previsione di una clausola cosiddetta *floor* nell'ambito di un contratto di mutuo a tasso variabile, in virtù della quale il tasso di interesse dovuto dal cliente non può scendere al di sotto di una determinata percentuale ben definita nel suo ammontare, non ha natura vessatoria e risponde alla necessità per il soggetto imprenditoriale di ricavare comunque un minimo di lucro dalla concessione del credito, in un'epoca di abbassamento dei tassi".

(6) Cfr. Cass. Civ. n. 15237/2017, secondo cui "la previsione negoziale in esame non determina alcuno squilibrio del sinallagma contrattuale, oltre ad essere una clausola chiara e approvata espressamente dalla cliente nell'ambito di un atto notarile".

(7) Il cui comma 1 stabilisce che "nel contratto concluso tra il consumatore ed il professionista si considerano vessatorie le

clausole che, malgrado la buona fede, determinano a carico del consumatore un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto".

(8) Nei contratti di finanziamento a tasso variabile la previsione di una clausola *floor* permette di rendere irrilevanti le variazioni del costo del denaro sotto una determinata soglia, risultato ottenuto attraverso la fissazione pattizia di prevedendo un limite percentuale al di sotto del quale gli interessi dovuti non possono scendere.

(9) Come è noto, lo squilibrio sinallagmatico è genetico quando attiene al momento della formazione del contratto, mentre è funzionale quando si manifesta al momento del suo adempimento. In argomento cfr. Delfini, *Autonomia privata e contratto. Tra sinallagma genetico e sinallagma funzionale*, Torino, 2017. Per una recente ricostruzione del tema cfr. Trib. Pordenone 6 febbraio 2023, n. 118.

(10) Come è noto, con la sentenza App. Milano n. 2836 del 2022, la Corte ha ritenuto che la clausola *floor*, anche quando chiaramente espressa nel contratto di mutuo e "malgrado la buona fede", mette il mutuatario in una posizione di debolezza rispetto all'istituto di credito, a causa di "un evidente squilibrio tra i diritti e gli obblighi": in pratica, "una sola parte (la banca) trae pieno beneficio dalle variazioni a sé favorevoli dell'indice e limita il pregiudizio derivante dalle variazioni a sé sfavorevoli. Tale situazione ricorre nel caso di applicazione della clausola *floor* (non accompagnata da analogo meccanismo correttivo quale potrebbe essere quello derivante dall'applicazione di una clausola *cap*, né da una riduzione dello *spread*)", che non emerge nella modulistica prodotta in giudizio.

(11) Il tema viene analizzato, per confutare l'asserita nullità, da App. Milano 3 maggio 2022, n. 1433, dove si rileva come non possa fondatamente ritenersi che, a fronte dell'inserimento di tale clausola, la pattuizione di interessi "minimi" da corrispondersi da parte del mutuatario al mutuante, quale accessorio dell'obbligo di restituzione e remunerazione per la cessione del capitale, snaturino l'essenza del contratto mutandone la natura in strumento finanziario con cui il cliente, controparte dell'istituto di credito,

La pretesa necessità, che peraltro la prevalente giurisprudenza risulta smentire, della compresenza nel medesimo contratto di finanziamento a tasso variabile di una clausola *floor* e di una clausola *cap*, sulla ipotizzata esigenza di stabilire un equilibrio tra la posizione dei contraenti non appare tuttavia condivisibile. Va considerato, infatti, che le prestazioni delle parti, mutuante e mutuatario, e connessi rischi operano su piani diversi, tra loro non assimilabili. Va poi considerata la rilevanza dell'autonomia contrattuale delle parti, che trova un limite invalicabile nella presenza di norme imperative. Si tratta, in particolare, del principio che si ricava dall'art. 1815 c.c., in materia di contratto di mutuo, secondo cui, salvo diversa volontà delle parti, il mutuatario deve corrispondere gli interessi al mutuante (e salvo limiti di ordine pubblico, qual è il divieto di interessi usurari) (12).

Si è pertanto condivisibilmente osservato nella giurisprudenza che non è necessario che nei contratti siano contestualmente previste entrambe le clausole (*floor* e *cap*), dato giustificato dalla diversità delle prestazioni dovute dai contraenti, né ciò comporta alcuno squilibrio nel contratto, essendo rimessa alla libera determinazione delle parti la misura del tasso di interesse dovuto, con il solo limite del divieto di pattuizione di interessi usurari (13).

In termini ancora più espliciti si è rilevato come non sia previsto che gli istituti di credito debbano compensare obbligatoriamente una clausola *floor* con una clausola *cap*, né che debba individuarsi necessariamente un limite minimo ed un limite massimo (14).

La meritevolezza ai sensi dell'art. 1341, comma 2, c.c.

Quanto alla verifica della meritevolezza (15) della funzione concreta perseguita dagli contraenti mediante la clausola *floor*, occorre considerare come essa sia finalizzata alla mitigazione dell'alea assunta sull'andamento dei tassi di interesse al momento della sottoscrizione del finanziamento. In questa prospettiva, la finalità della clausola *floor* di porre un limite alle variazioni in discesa del tasso di interesse non appare vietata dall'ordinamento: essa esprime interessi meritevoli di tutela.

In relazione al giudizio di meritevolezza, com'è noto, la previsione normativa di riferimento è costituita dall'art. 1322 c.c. (16), e, in particolare, dal suo comma 2, che assoggetta le pattuizioni contrattuali caratterizzate da atipicità rispetto allo schema proposto dal legislatore a valutazione circa il loro perseguimento di interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico. In questa prospettiva, una previsione contrattuale che abbia lo scopo di contenere l'alea contrattuale non appare priva di meritevolezza, ma piuttosto in linea con gli interessi tutelabili e, in particolare, quelli del mercato finanziario. Per contro, come la giurisprudenza di legittimità ha ricordato anche in tempi recenti, il giudizio di meritevolezza di una clausola atipica, ex art. 1322, comma 2, c.c., non può avere ad oggetto l'equilibrio complessivo tra i contrapposti interessi privati qualora le prestazioni reciproche conservino un contenuto lecito e risulti con chiarezza la ragione che induce le parti allo scambio delle prestazioni (17). È inoltre da condividere il rilievo per cui la meritevolezza di tutela del contratto va apprezzata *ex ante*,

mira a realizzare un investimento economicamente proficuo e ha diritto a ricevere informazioni complete e puntuali in relazione all'effettivo grado di rischio assunto e sull'equilibrio delle condizioni contrattuali così come effettivamente praticate (così Trib. Bologna, Sez. III, 6 marzo 2018, n. 20222; Trib. Bologna 29 maggio 2017, n. 1312).

(12) In argomento cfr. per tutti Fausti, *Mutuo artt. 1813-1822*, in *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca*, Bologna, 2024.

(13) Cfr. Trib. Milano 10 dicembre 2021, n. 10243. Nella specie, il Tribunale ha altresì osservato che la clausola *floor* non viola l'art. 1346 c.c., quando è redatta in maniera chiara e comprensibile, ha un contenuto determinato in una specifica clausola contrattuale, è stata approvata dal cliente per iscritto, requisiti tutti rispettati nel caso di specie. Le parti hanno infatti pattuito la variabilità dei canoni attraverso un meccanismo di indicizzazione connesso all'andamento di un dato indice.

(14) Cfr. la sentenza Trib. Venezia 27 febbraio 2019, n. 393. Nella specie, il Tribunale ha rilevato che "la clausola *floor* va, pertanto, ricondotta alla struttura di determinazione del tasso di interesse debitorio per il cliente ed ha, pertanto, natura 'credizia',

non già natura finanziaria, cosicché non è assimilabile ad un'operazione creditizia accompagnata da una componente derivativa implicita (c.d. derivati impliciti), idonea a determinare l'applicazione delle regole poste dalla normativa primaria e secondaria di riferimento in tema di servizi di investimento". Il Tribunale ha inoltre rilevato che "nel caso del contratto di mutuo, dunque, anche in presenza di una clausola *floor*, si deve ritenere che non viene alterata la riconducibilità dell'operazione allo schema tipico delle operazioni creditizie, cioè l'acquisizione di una somma di denaro propria del finanziamento".

(15) In tema di meritevolezza degli interessi cfr. Lener, *La meritevolezza degli interessi nella recente elaborazione giurisprudenziale*, in *Riv. dir. civ.*, 2020, III, 615.

(16) Per una ricostruzione del principio cfr. Guarneri, *Meritevolezza dell'interesse*, in *Dig. civ.*, XI, Torino, 1994. Va condiviso il rilievo per cui la meritevolezza di tutela corrisponde ai limiti dell'ordine pubblico, del buon costume e della liceità. In argomento cfr. Ferri, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966, 403 ss.

(17) Cfr. Cass. Civ. 20 marzo 2024, n. 7447.

Argomenti

I singoli contratti

non già *ex post*, non potendosi far dipendere la liceità del contratto dal risultato economico concretamente conseguito dall'investitore (18).

Si tratta pertanto di un interesse meritevole, non solo per la banca o l'intermediario che si garantisce che il tasso di remunerazione del finanziamento non vada al di sotto della soglia contrattualmente stabilita, anche nella prospettiva di sana e prudente gestione e di remuneratività degli impieghi, ma anche per il cliente, il quale, pur essendo esposto al rischio dell'aumento dei tassi, può comunque beneficiare, sino alla soglia *floor*, delle relative riduzioni dei tassi.

Le regole in tema di trasparenza

In tema di trasparenza bancaria le clausole che prevedono un tasso minimo sono state scrutinate dalla giurisprudenza unionale alla luce della Dir. CEE 93/13 (19). La Corte di Giustizia (20) ha rilevato che nel valutare il carattere trasparente di una clausola contrattuale, quale una clausola di tasso minimo, occorre verificare, in funzione della natura dei beni o dei servizi oggetto del contratto, se il consumatore medio, normalmente informato e ragionevolmente attento e avveduto, sia in grado, al momento della conclusione del contratto, di comprendere il funzionamento di tale clausola e di valutare le conseguenze economiche, potenzialmente significative, di quest'ultima (21). In particolare, nell'ambito della verifica della trasparenza delle clausole di tasso minimo al momento della conclusione dei contratti di mutuo ipotecario, occorre basarsi sulla percezione del consumatore medio, normalmente informato e

ragionevolmente attento e avveduto, e ciò indipendentemente dalle differenze esistenti tra ciascun consumatore individuale, in particolare per quanto riguarda il grado di conoscenza della clausola di tasso minimo, il livello di reddito, l'età o l'attività professionale (22).

La Corte ha altresì messo in evidenza come, trattandosi di una clausola che limita le fluttuazioni al ribasso di un tasso variabile calcolato sulla base di un indice, il valore esatto di tale tasso non può essere determinato in un contratto di mutuo per l'intera durata di quest'ultimo (23). Al riguardo la Corte di Giustizia ha ritenuto che nel caso di una clausola "di tasso minimo" stipulata in un contratto di mutuo con un tasso di interesse variabile, occorre evidenziare che le ripercussioni finanziarie di un meccanismo di limitazione al ribasso delle variazioni del tasso di interesse dipendono necessariamente dall'andamento dell'indice di riferimento sulla base del quale viene calcolato un simile tasso (24). L'aspetto di rilievo è che il consumatore interessato deve essere posto in grado di comprendere le conseguenze economiche derivanti da tale clausola per quanto lo riguarda (25).

Rilievi conclusivi

Sulla base del dato normativo e di prassi sinteticamente esaminato, appare corretto concludere nel senso che le clausole *floor* apposte ad un contratto di finanziamento superano in senso positivo il vaglio sia della sussistenza dell'equilibrio sinallagmatico, sia del giudizio di meritevolezza che l'art. 1322,

(18) Cfr. Trib. Bologna 17 novembre 2023, n. 2454. Sul tema cfr. Sardo, *Contratto di interest rate swap e "meritevolezza degli interessi" ex art. 1322 c.c.*, in *Corr. giur.*, 2018, 339 ss.

(19) Si tratta della Dir. 93/13/CEE del Consiglio del 5 aprile 1993 concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori, in *G.U.*, L 95, del 21 aprile 1993, 29 ss. Tale direttiva è stata recepita mediante L. 6 febbraio 1996, n. 52, poi confluita nel D.Lgs. 6 settembre 2005, n. 206, recante il Codice del consumo. Cfr., in particolare, l'art. 5 della direttiva in parola, secondo cui "nel caso di contratti di cui tutte le clausole o talune clausole siano proposte al consumatore per iscritto, tali clausole devono essere sempre redatte in modo chiaro e comprensibile. In caso di dubbio sul senso di una clausola, prevale l'interpretazione più favorevole al consumatore".

(20) Cfr. sentenza 4 luglio 2024, C-450/22.

(21) Osserva la Corte di Giustizia che si deve tener conto dell'insieme delle pratiche contrattuali e precontrattuali standard seguite da ciascun professionista interessato, tra le quali figurano, in particolare, la redazione della clausola e il posizionamento di quest'ultima nei contratti tipo utilizzati da ciascun professionista, la pubblicità che è stata fatta dei tipi di contratti, la diffusione delle offerte precontrattuali generalizzate rivolte ai consumatori.

(22) Cfr. la sentenza Corte di Giustizia UE 21 settembre 2023, C-139/22, secondo cui al fine di esaminare la trasparenza di clausole che figurano nelle condizioni generali dei contratti, consistenti nel limitare la diminuzione del tasso d'interesse variabile al di sotto di

una certa soglia, un giudice nazionale non può basarsi sulla percezione né di un consumatore meno avveduto del consumatore medio, né su quella di un consumatore più avveduto di quest'ultimo.

(23) Il rilievo della Corte è fondato sul fatto che non si può esigere che un professionista fornisca informazioni precise quanto alle conseguenze finanziarie connesse alle variazioni del tasso di interesse nel corso del contratto, poiché tali variazioni dipendono da eventi futuri imprevedibili e indipendenti dalla volontà di tale professionista; in particolare, l'applicazione di un tasso di interesse variabile comporta, per sua stessa natura, una fluttuazione degli importi delle scadenze future, cosicché detto professionista non può essere in grado di specificare l'esatto impatto dell'applicazione di una clausola "di tasso minimo" su tali scadenze. La Corte ha inoltre ritenuto che, in riferimento ai mutui ipotecari a tassi variabili, la comunicazione di informazioni sull'andamento, nel passato, dell'indice sulla base del quale è calcolato il tasso applicabile costituisce un elemento particolarmente pertinente (si veda anche la sentenza Corte di Giustizia 3 marzo 2020, C-125/18): sulla base di una simile informazione, infatti, il consumatore può essere posto in grado di comprendere, alla luce delle fluttuazioni avvenute nel passato, l'eventualità di non poter beneficiare di tassi inferiori al tasso di interesse minimo propostogli.

(24) Cfr. Corte di Giustizia 9 luglio 2020, C-452/18.

(25) Cfr. Corte di Giustizia 5 giugno 2019, C-38/17.

comma 2, c.c. prescrive in relazione alle pattuizioni di carattere atipico e ciò anche in assenza di una speculare clausola *cap*. Da un lato, i principi di autonomia contrattuale e, dall'altro, l'esigenza di assicurare, nel comune interesse tanto degli intermediari quanto dei clienti che necessitano di accedere al mercato del credito, una remuneratività

minima del finanziamento, non consentono di individuare ragioni ostative ad ammettere la piena validità di tali clausole. Valgono, in ogni caso, a presidio della corretta e informata instaurazione del rapporto contrattuale le regole in tema di trasparenza e il rispetto dei requisiti di forma e sostanza propri della specifica tipologia di finanziamento prescelta.

Debiti azienda ceduta

Il punto sul principio della responsabilità solidale dell'acquirente nel trasferimento di un'azienda commerciale

di Luciano Castelli, Claudia Bosco e Carlotta Guzzo (*)

L'art. 2560, comma 2, c.c., come noto, limita la responsabilità solidale del cessionario di azienda esclusivamente ai debiti aziendali che risultino dai libri contabili obbligatori.

Per un lungo periodo tale norma è stata rigidamente interpretata nel senso di concepire l'iscrizione del debito nelle scritture contabili obbligatorie del cedente come elemento costitutivo della responsabilità dell'acquirente per i debiti dell'azienda ceduta, escludendo che la prova di tale circostanza potesse essere surrogata dal fatto che l'esistenza dei debiti fosse comunque conosciuta dall'acquirente.

Tale impostazione, tuttavia, è stata oggetto di un netto *revirement* a opera della Corte di cassazione. Dapprima, infatti, la Corte di legittimità ha affermato la possibilità di far prevalere la responsabilità del cessionario ogni qual volta vi sia stato un utilizzo della norma volto a perseguire fini diversi rispetto a quelli per i quali essa è stata introdotta, tenendo conto delle complessive risultanze probatorie.

In seguito, la Corte ha precisato che l'elemento fondamentale per l'applicazione della disposizione in esame è la reale dualità di soggetti e, dunque, l'effettiva alterità tra il cedente e il cessionario dell'azienda. In mancanza di tale alterità, infatti, il suo utilizzo risulterebbe incompatibile con la sua *ratio* di tutelare l'interesse dell'acquirente dell'azienda a rispondere solo dei debiti di cui abbia effettiva conoscenza.

L'articolo si prefigge, quindi, l'obiettivo di esaminare l'attuale orientamento della corte di legittimità e le sue prime applicazioni da parte delle corti territoriali.

L'interpretazione storicamente consolidata del principio della responsabilità solidale dell'acquirente nel contesto del trasferimento di un'azienda commerciale

L'art. 2560, comma 2, c.c. stabilisce il principio della responsabilità solidale dell'acquirente nel contesto del trasferimento di un'azienda commerciale per i debiti inerenti all'esercizio del complesso produttivo ceduto, anteriori alla cessione e che risultino dai libri contabili obbligatori.

Secondo l'interpretazione storicamente consolidata della disposizione, l'iscrizione del debito nelle scritture contabili obbligatorie del cedente è elemento imprescindibile per il sorgere della responsabilità del cessionario e non può in alcun modo essere surrogato da altri strumenti probatori, stante l'eccezionalità della disposizione rispetto ai principi di diritto comune (1). La Cassazione ha infatti tradizionalmente riconosciuto che si tratta di un "elemento costitutivo della responsabilità dell'acquirente" per i debiti dell'azienda e che pertanto "chi voglia far

(*) Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima, al vaglio del Comitato di valutazione.

(1) In dottrina si vedano G.B. Colombo, *L'azienda e il suo trasferimento*, in *Tratt. Galgano*, 1979; D. Pettiti, *Il trasferimento volontario di azienda*, Milano, 1970.

valere i corrispondenti crediti contro quest'ultimo ha l'onere di provare fra gli elementi costitutivi del proprio diritto anche tale iscrizione", specificando che "la prova della iscrizione non può essere surrogata dalla prova che l'esistenza dei debiti era comunque conosciuta dall'acquirente" (2). Dunque, il giudice, che non può effettuare d'ufficio l'indagine sull'esistenza o meno dell'iscrizione medesima, può però d'ufficio rilevare il fatto che quest'ultima, quale elemento essenziale della responsabilità del convenuto, non sia stata provata (3).

Un tale orientamento giurisprudenziale trae argomento non solo dalla natura eccezionale del disposto dell'art. 2560, comma 2, c.c., ma anche dalla considerazione della sua duplice *ratio*. Questa viene generalmente individuata nell'esigenza di tutelare i terzi creditori, già garantiti dalla norma di cui al comma 1 del medesimo articolo, secondo cui il cedente non è liberato dai debiti se i creditori non vi abbiano consentito, e al contempo, di consentire al cessionario di acquisire adeguata e specifica cognizione dei debiti assunti. L'estensione della responsabilità al cessionario, sancita al comma 2, soddisfa l'interesse al conseguimento della prestazione da parte del creditore coinvolgendo colui che, disponendo dell'apparato aziendale, è in condizione di adempiervi (4). L'iscrizione del debito nelle scritture è dunque costitutiva di una situazione di conoscibilità dello stesso, che legittima l'imputazione della relativa responsabilità al cessionario (5).

Si è già detto che la Corte di legittimità ha tradizionalmente reputato il dato contabile non sostituibile né dalla conoscibilità attraverso altri mezzi, né dalla prova della conoscenza effettiva, da parte dell'acquirente, dell'esistenza del debito (6). Dunque, l'iscrizione del debito nelle scritture contabili obbligatorie è considerato elemento costitutivo essenziale della responsabilità "in continuazione", in accordo con la tesi che descrive la disposizione in questione come "una norma a carattere eccezionale e, pertanto, non suscettibile di poter essere interpretata se non rigorosamente" (7).

Una parte dei commentatori ha da tempo sottolineato alcune possibili storture alle quali tale interpretazione avrebbe potuto condurre in casi limite. Proprio per questo motivo la dottrina e la stessa giurisprudenza di merito hanno gradualmente tentato di proporre un'interpretazione meno formalistica e di maggior apertura, quantomeno in quei casi in cui è evidente che il cessionario sia pienamente consapevole dei debiti inerenti all'azienda ceduta, seppur non iscritti nei libri contabili obbligatori (8), ovvero laddove il cessionario si sia rifiutato di esibire le scritture contabili nonostante l'ordine di esibizione del giudice (9).

Tuttavia, fino al 2019, la Suprema Corte non aveva mai dato seguito a questi tentativi, favorendo un'interpretazione aderente al tenore letterale della norma anche laddove il cessionario fosse pienamente a conoscenza dell'esistenza di un determinato debito (10).

(2) Cass. Civ. 7 ottobre 2020, n. 21561. La norma, infatti, secondo quanto ribadito dalla Corte, non ammetterebbe altre forme di conoscenza della situazione debitoria dell'azienda eventualmente a disposizione dell'acquirente. Si veda, a tal proposito, e senza presunzione di esaustività, Cass. Civ. 10 novembre 2010, n. 22831; Cass. Civ. 20 giugno 2000, n. 8363.

(3) Sul punto, senza presunzione di esaustività, si richiamano Cass. Civ. 10 ottobre 2020, n. 21561; Cass. Civ. 26 settembre 2017, n. 22418; Cass. Civ. 22 giugno 2017, n. 15474; Cass. Civ. 10 novembre 2010, n. 22831; Cass. Civ. 9 ottobre 2009, n. 21481; Cass. Civ. 20 giugno 1998, n. 6173.

(4) M. Cian - F.D. Busnelli, *Codice Civile, Dell'Azienda, Artt. 2555-2562*, in *Il Codice Civile - Commentario*, 2018, 199-200.

(5) *Idem*.

(6) E così non ha ritenuto sufficiente ad integrare l'elemento costitutivo della responsabilità del cessionario l'iscrizione nel bilancio di esercizio di quest'ultimo del debito della cedente, con esplicito riconoscimento, quindi, della situazione debitoria inerente all'azienda, in quanto la norma parla di annotazione nei libri contabili della cedente e a nulla rileva l'eventuale conoscenza delle passività da parte dell'acquirente (Cass. Civ. 10 novembre 2010, n. 22831). Del pari, non ha ritenuto rilevanti le circostanze del riconoscimento del credito da parte della cessionaria e del suo obbligo di pagarlo (Cass. Civ. 5 febbraio 2018, n. 2727).

(7) Cass. Civ. 10 novembre 2010, n. 22831.

(8) Trib. Milano 13 febbraio 2019, n. 1432; Trib. Reggio Emilia 16 giugno 2015, n. 964, che ha rigettato l'opposizione del cessionario di azienda, promossa sul presupposto che i debiti non risultassero

dai libri contabili obbligatori, facendo riferimento alla teoria dell'abuso del diritto, quale violazione del dovere generale di agire secondo buona fede in senso oggettivo, che impedisce di accordare tutela ad un'operazione effettuata per un fine diverso da quello tutelato dalla norma e quindi con violazione della causa concreta del negozio; App. Genova 8 marzo 2014, n. 310, che aveva confermato la sentenza del Trib. Genova che proponeva un'interpretazione estensiva della norma secondo il criterio teleologico, affermando che se la *ratio* della norma è quella di consentire al cessionario di acquisire adeguata e specifica cognizione dei debiti assunti, tale interesse non verrebbe leso qualora risulti che lo stesso sia pienamente informato dell'esistenza di un determinato debito (in *Società*, 8-9, 2014, 1001 ss.), decisione poi riformata da Cass. Civ. 22 marzo 2018, n. 7166; Cass. Civ. 26 settembre 2017, n. 22418 ha cassato la decisione App. Milano 9 novembre 2015 n. 4257 che aveva affermato che fosse onere del cessionario fornire la prova della mancata iscrizione del debito nei libri contabili. In altri casi, la giurisprudenza di merito, pur dando rilievo alle presunzioni o evidenziando gli effetti contraddittori dell'orientamento consolidato, si è comunque conformata al medesimo: Trib. Pesaro 9 aprile 2016, n. 273; App. Ancona 1° aprile 2011, n. 305.

(9) Trib. Parma 23 agosto 2016, in *Giur. it.*, 2017, 1, 110, con commento di P.G. Casali, *Ibidem*. In dottrina si veda anche G. Cottino, *Diritto commerciale*, Padova, 1993, 258 che prospetta una tesi corrispondente a quella accolta dalla sentenza.

(10) Cass. Civ. 22 marzo 2018, n. 7166.

Il primo revirement: Cass. Civ., Sez. III, 19 dicembre 2019, n. 32134

Recentemente, la Corte di cassazione si è mostrata disponibile a mitigare l'approccio formalistico sino ad allora adottato, suggerendo un'esegesi più attenta alla *ratio* protettiva del terzo creditore, che permetterebbe di privilegiare gli elementi sostanziali della fattispecie concreta a discapito del rigore letterale dell'astratta previsione legislativa.

La prima apertura in tal senso si è avuta con la sentenza n. 32134 del 19 dicembre 2019 (11), con cui la Suprema Corte si è discostata da quello che fino a quel momento era stato un orientamento interpretativo consolidato. Così, ha affermato che il comma 2 dell'art. 2560 c.c. - di carattere eccezionale in quanto deroga alla regola generale di ripartizione degli oneri probatori di cui all'art. 2697 c.c. e di rilevanza delle presunzioni di cui agli artt. 2727 e 2729 c.c. - dev'essere applicato tenendo conto della "finalità di protezione" della norma, ogni qual volta vi sia stato un utilizzo della stessa volto a perseguire fini diversi rispetto a quelli per i quali essa è stata introdotta. In particolare, nell'applicare la disposizione in questione, il giudice non può prescindere dalle complessive emergenze processuali del caso concreto, specialmente se la cessione dell'azienda ha costituito lo strumento per precludere al creditore il recupero del credito.

Secondo la Corte, dunque, occorre coniugare la regola speciale di cui all'art. 2560, comma 2, c.c. con la necessità di tenere conto dell'esigenza di fornire "tutela effettiva", per evitare che l'interpretazione fondata sul mero dato letterale, in contrasto con le evidenze processuali e incurante delle elaborazioni giurisprudenziali in materia di vicinanza della prova e di conseguente possibile inversione dei relativi oneri, possa condurre a soluzioni incoerenti con la *ratio* sulla quale essa si fonda o, addirittura, a conseguire fini diversi da quelli perseguiti (12).

Dunque, la "finalità di protezione" della disposizione (13) consentirebbe di far prevalere il principio della responsabilità solidale del cessionario stabilito all'art. 2560, comma 2, c.c. in tutti i casi in cui venga

riscontrato, da una parte, un utilizzo della norma volto a perseguire fini diversi da quelli per i quali essa è stata introdotta, e, dall'altra, un quadro probatorio che, ricondotto alle regole generali fondate anche sul valore delle presunzioni, permetta di fornire una tutela effettiva al creditore.

Il successivo arresto della Corte di cassazione: Cass. Civ., Sez. III, 13 settembre 2023, n. 26450

A distanza di qualche anno dalla prima pronuncia, la Corte di legittimità è ritornata sulla questione, concentrandosi su un aspetto ritenuto essenziale per l'applicazione della fattispecie, ossia l'effettiva alterità tra il cedente e il cessionario dell'azienda.

L'analisi dei giudici di legittimità parte dall'esame dell'orientamento giurisprudenziale tradizionale secondo cui la responsabilità del cessionario nei confronti dei creditori aziendali richiede l'annotazione del debito nei libri contabili obbligatori quale elemento costitutivo essenziale della responsabilità solidale dell'acquirente. Ciò in virtù della già esaminata *ratio* della norma non tanto di protezione dei terzi creditori, quanto piuttosto di tutela del cessionario che risponde solo ove abbia adeguata cognizione dei debiti assunti.

Questo orientamento, rileva la Corte, trova ampio riscontro anche in dottrina, ove la tesi prevalente attribuisce all'iscrizione del debito nei registri obbligatori il valore di fatto costitutivo necessario della responsabilità solidale del cessionario dell'azienda. Infatti, il trasferimento dell'azienda determina il passaggio di beni e rapporti contrattuali pendenti, ma non comporta il trasferimento di puri debiti che restano in capo all'alienante, salvo che i creditori consentano alla sua liberazione. Il comma 1 dell'art. 2560 c.c., quindi, sarebbe espressione del principio generale della coincidenza tra debito e responsabilità. Il comma 2 della norma, invece, farebbe sorgere eccezionalmente la responsabilità del cessionario dell'azienda, ma limitatamente ai debiti iscritti nei libri contabili obbligatori, con esclusione di qualsiasi altra possibilità di prova. Ciò a tutela

(11) Ci si permette di rinviare al commento L. Castelli-C. Bosco, *Il cessionario può rispondere dei debiti inerenti all'azienda ceduta, anche in assenza delle scritture contabili, alla luce delle complessive evidenze processuali*, in *Società*, 6, 2020, 682 ss.

(12) Tale principio è stato successivamente ripreso in Cass. Civ. 6 luglio 2020, n. 13903; Cass. Civ. 3 settembre 2021, n. 23881; Cass. Civ. 2 febbraio 2024, n. 3166.

(13) In tal senso si sono espressi, ad esempio, M. Casanova, "Voce, Azienda", in *Dig. comm.*, Torino, 1987, 93; G. Manzini, *La cessione d'azienda: iscrizione nel registro delle imprese e*

successione nei contratti, cessione dei crediti e responsabilità per i debiti relativi all'azienda ceduta, in *Contr. e impr.*, 1998, 1286; P.G. Casali, *Debiti e contratti nel trasferimento d'azienda*, in *Giur. comm.*, 2015, I, 840 ss.; M. Cian, *La circolazione dell'azienda e la continuità dei rapporti d'impresa: complessità del patrimonio e articolazione delle risposte normative*, in *Nuove leggi civ.*, 5, 2017; U. Minneci, *Imputazione e responsabilità in ordine ai debiti relativi all'azienda ceduta*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2008, II, 736; L. Boggio, *Azienda - "sostanza" vs. "forma": sopravvenienze passive aziendali e responsabilità ex lege*, in *Giur. it.*, 2017, 11, 2406.

dell'affidamento che l'acquirente ha posto nell'operazione, ma anche del superiore interesse alla certezza dei rapporti giuridici e alla facilità e sicurezza della circolazione dell'azienda.

Anche in dottrina, però, prosegue la Corte, si riscontra una tesi minoritaria, che contesta a quella prevalente un'anomalia: se il trasferimento di azienda determina una successione nella titolarità dell'impresa, non si vede perché il passaggio non debba riguardare anche le posizioni passive. Secondo questa tesi, quindi, il trasferimento d'azienda determinerebbe il passaggio dal cedente al cessionario anche dei debiti, oltre che dei crediti e dei rapporti pendenti. L'art. 2560 c.c., quindi, dovrebbe essere letto nel senso di implicare, al comma 1, che automaticamente è sorto un nuovo debito in capo al cessionario, e che resta in capo al cedente un'obbligazione di garanzia che può essere esclusa solo con il consenso dei creditori. Allora, il comma 2 varrebbe a rendere indiscutibile la conoscenza da parte del cessionario dei debiti iscritti nei libri contabili obbligatori. Ciò non significa, comunque, che egli non debba rispondere anche dei debiti non iscritti di cui abbia avuto conoscenza. In altre parole, la disposizione interverrebbe sul piano del diverso regime probatorio della responsabilità del cessionario.

Ciò che consegue da questa disamina, secondo la Corte, è che, sia ricostruendo la cessione di azienda in termini oggettivi come trasferimento di beni e di rapporti giuridici, su cui si fonda la prima tesi maggioritaria, sia che lo si faccia in termini soggettivi come successione nell'impresa, come presuppone la seconda tesi, l'elemento fondamentale della fattispecie regolata dall'art. 2560 c.c. è la reale dualità di soggetti e, dunque, l'effettiva alterità tra il cedente e il cessionario dell'azienda. Alterità che manca in tutti i casi in cui, in seguito al trasferimento dell'azienda, al di là della diversa forma o denominazione giuridica assunta, la compagine sociale dell'impresa e gli organi amministrativi della stessa siano rimasti immutati, rivelandosi un trasferimento solo formale.

In difetto di alterità soggettiva, quindi, la disposizione dell'art. 2560, comma 2, c.c. non è applicabile, poiché ne risulterebbe un utilizzo incompatibile con la sua *ratio*, ossia salvaguardare l'interesse dell'acquirente dell'azienda, quale accollante dei relativi debiti, ad avere precisa conoscenza degli stessi, correlato a quello, superindividuale, alla certezza dei

rapporti giuridici e alla facilità di circolazione dell'azienda.

Applicando il ragionamento appena delineato al caso di specie, la Corte rileva che l'alterità soggettiva del cessionario rispetto al cedente che aveva originariamente assunto il debito era sicuramente assente, e quindi non si poneva nemmeno il problema di tutelare l'interesse del cessionario alla conoscenza dei debiti dell'azienda acquisita, a prescindere dalla circostanza che la cessione fosse o meno connotata dalla finalità fraudolenta accertata dalla corte distrettuale (14).

La Corte di cassazione, infine, esclude che l'assenza del debito in questione nella relazione di stima di cui all'art. 2465 c.c. redatta in occasione del conferimento potesse avere rilievo a favore della società debitrice. Viceversa, la circostanza che il suddetto debito risultasse dal bilancio finale di liquidazione della società cedente avrebbe dovuto essere valorizzata in funzione dell'affermazione della responsabilità della società cessionaria. Il bilancio finale di liquidazione, infatti, è redatto dopo la liquidazione della società cui appartiene l'azienda o il ramo di azienda oggetto di cessione. Pertanto, è un documento contabile particolarmente rilevante ai fini degli effetti giuridici connessi al trasferimento dell'azienda organizzata nella forma di società di capitali e assume un rilievo sostanziale in funzione sia delle esigenze di tutela dell'acquirente dell'azienda sia dell'esigenza di garantire la sicurezza della sua circolazione.

Nel caso di specie, la compagine sociale della società cedente, attraverso il bilancio finale di liquidazione che recava l'indicazione del debito, aveva acquisito formalmente la consapevolezza di essere gravata da tale obbligazione, che, non essendo stata estinta prima della cancellazione e dell'estinzione della società, in seguito alla cessione dell'azienda si era trasferita in capo alla cessionaria, per la mancanza della reciproca alterità tra i soggetti del trasferimento di azienda.

In conclusione, la Corte rigetta il ricorso, e, integrandone la motivazione, conferma la sentenza d'appello che aveva ritenuto la società ricorrente obbligata in relazione al debito in questione.

Le prime voci nelle pronunce di merito: Trib. Padova 21 maggio 2024

La giurisprudenza di merito inizia ad adottare l'interpretazione dell'art. 2560, comma 2, c.c. promossa dal

(14) Il principio è stato ribadito da una successiva pronuncia della Corte (Cass. Civ. 29 aprile 2024, n. 11503) che, rilevando l'assenza nel caso sottoposto al suo esame, dell'alterità soggettiva del cessionario rispetto alla cedente ha escluso che si

ponesse il problema di tutelare l'interesse del cessionario alla conoscenza dei debiti dell'azienda acquistata in applicazione del comma 2 dell'art. 2560 c.c.

Argomenti

I singoli contratti

recente indirizzo di legittimità, che si fonda sulla necessità di valutare l'effettiva alterità tra cedente e cessionario per determinare la responsabilità solidale dell'acquirente per i debiti risultanti dai libri contabili nel contesto del trasferimento di un'azienda commerciale.

In una recente sentenza del Tribunale di Padova del 21 maggio 2024 (15), la Giudice, infatti, ha rilevato che, con recenti pronunce, la Corte di cassazione ha proposto una lettura meno formalistica della norma in tema di esclusione della responsabilità per i debiti ceduti, riconoscendo quale *ratio legis* non la tutela aprioristica dell'affidamento dell'acquirente quanto la tutela del terzo creditore, come stabilito dalla Suprema Corte nella sentenza n. 32134 del 2019.

Il Tribunale di Padova, nella valutazione del caso di specie, ha valorizzato innanzitutto il tempismo del conferimento di ramo d'azienda. Infatti, la costituzione della cessionaria era avvenuta a poche settimane della notificazione alla società cedente del decreto ingiuntivo, e pochi giorni prima che questo fosse oggetto di opposizione. Inoltre, da una semplice comparazione, era evidente che la compagine sociale della cessionaria fosse pacificamente riconducibile alla stessa compagine sociale della cedente.

Per queste ragioni, secondo il Tribunale non era possibile ritenere che i soci della cessionaria non avessero contezza, al momento del conferimento di ramo d'azienda da parte della cedente, del debito della stessa verso l'opposta, il cui pagamento le era stato ingiunto solo poche settimane prima.

Il Tribunale di Padova, dunque, ha applicato il principio stabilito dalla Corte di cassazione nella sentenza n. 26450 del 2023, richiamata espressamente dal Giudice, laddove la Suprema Corte, poiché il cessionario non era soggetto effettivamente diverso dal cedente, ha escluso l'applicazione della previsione del comma 2 dell'art. 2560 c.c. e ha riconosciuto la responsabilità del cessionario per i debiti anteriori alla cessione a prescindere dalla loro risultanza nei libri contabili.

Riflessioni sul principio della responsabilità solidale dell'acquirente nel contesto del trasferimento di un'azienda commerciale

L'intervento della Suprema Corte del 2023, recentemente ripreso anche dalla giurisprudenza di merito,

ha riaperto i riflettori sul regime di circolazione dei debiti aziendali in caso di trasferimento d'azienda e, con intento sistematico, prova a precisare i limiti di operatività del regime di solidarietà tra cedente e cessionario e a risolvere alcune delle perplessità sollevate dal precedente arresto del 2019.

In quella occasione, la Corte aveva evidenziato il carattere eccezionale dell'art. 2560, comma 2, c.c. in quanto deroga alla regola generale di ripartizione degli oneri probatori di cui all'art. 2697 c.c. e di rilevanza delle presunzioni di cui agli artt. 2727 e 2729 c.c., e aveva chiarito che la disposizione deve essere declinata in funzione della "effettiva *ratio* di protezione" della norma, che non può prescindere dalle complessive emergenze processuali del caso concreto ove esse siano in contrasto con l'esito cui avrebbe condotto un'applicazione puramente letterale della disposizione. Insomma, la finalità di protezione consentirebbe all'interprete di far prevalere il principio generale della responsabilità solidale del cessionario, ove si riscontrasse, da una parte, un utilizzo della norma volto a perseguire fini diversi da quelli per i quali essa è stata introdotta, e, dall'altra, un quadro probatorio che, ricondotto alle regole generali fondate anche sul valore delle presunzioni, consenta di fornire una tutela effettiva al creditore.

Il punto centrale su cui aveva fatto leva la pronuncia del 2019 sembrava, quindi, essere il fine elusivo perseguito dalle parti, volto a limitare la responsabilità del cessionario per i debiti inerenti all'azienda ceduta pur in una situazione di piena consapevolezza della loro esistenza. L'applicazione di questo criterio, però, comporta ampio spazio per la discrezionalità del giudice, il quale sembrava chiamato a valutare gli elementi oggettivi della fattispecie solo al fine di verificare l'eventuale intento elusivo della norma perseguito dalle parti, divenuto elemento fondamentale.

Allora (16) si era già evidenziata l'importanza di tracciare dei limiti per evitare un'interpretazione eccessivamente estensiva e dagli esiti imprevedibili che avrebbe fatto venir meno l'obiettivo principale della norma, ossia garantire la certezza dei rapporti giuridici e la facilità e sicurezza della circolazione dell'azienda quale complesso unitario di beni di particolare rilevanza economica.

La sentenza della Suprema Corte n. 26450 del 2023 non mina l'obiettivo della norma, ma permette di

(15) Trib. Padova 21 maggio 2024, dott.ssa Maria Antonia Maiolino, pubblicata su *IlCaso.it*.

(16) L. Castelli - C. Bosco, *Il cessionario può rispondere dei debiti inerenti all'azienda ceduta, anche in assenza delle scritture*

contabili, alla luce delle complessive evidenze processuali, in Società, 6, 2020, 682 ss.

correggere una serie di storture derivanti da un'interpretazione formalistica, assicurando la tutela del creditore in situazioni limite che avrebbero permesso al cedente e al cessionario di eludere la responsabilità di cui all'articolo in questione, superando il cosiddetto velo della soggettività societaria per rimediare agli abusi a discapito dei creditori, senza tuttavia minare in alcun modo il principio di certezza del diritto.

La Corte, infatti, forse accorgendosi del rischio di incertezza che la soluzione del 2019 avrebbe potuto comportare, non si occupa dell'interpretazione estensiva della previsione di responsabilità solidale di cui al comma 2 della disposizione, ma interviene a monte sull'ambito di applicazione della norma stessa, facendo leva su un elemento oggettivo, cogliendo lo spunto già anticipato in un *obiter dictum* di una pronuncia delle Sezioni Unite del 2017 (17), che infatti è espressamente richiamato in motivazione.

In quell'occasione, in tema di revocatoria fallimentare di un pagamento ricevuto dal cedente anteriormente alla cessione, le Sezioni Unite avevano affermato che la responsabilità del cessionario dell'azienda è limitata ai debiti iscritti nei libri contabili obbligatori, chiarendo che tuttavia questa interpretazione incontra un limite fondato sulla carenza di alterità soggettiva del cessionario rispetto al cedente che comporti una conoscenza diretta dei rapporti in essere (18). In questi casi, infatti, sarebbe esclusa la *ratio* della norma protettiva del cessionario.

Con la sentenza del 2023, la Suprema Corte riprende questo argomento, elevando l'elemento dell'alterità soggettiva a presupposto essenziale per l'applicazione stessa della fattispecie regolata dall'art. 2560, comma 2, c.c. e fornendo al giudice un criterio oggettivo di valutazione. La finalità elusiva perseguita dalle parti, invece, è lasciata del tutto sullo sfondo.

Ciò che assume rilievo, dunque, non è tanto la conoscibilità del debito da parte del cessionario di per sé, circostanza che rimane dal carattere soggettivo, quanto piuttosto la conoscibilità del debito in senso oggettivo, in quanto derivante dalla coincidenza tra il debitore originario e il successore nell'azienda. In questo secondo caso, non si tratta di forzare l'interpretazione del comma 2 applicandolo anche a fattispecie non espressamente regolate dalla norma, ma di verificare la sussistenza dello stesso presupposto per l'applicazione dell'art. 2560, comma 2, c.c.

In questo contesto, il legittimo affidamento del cessionario continua ad essere centrale e il giudice di

legittimità si fa carico di individuare un criterio specifico e ben definito - come quello dell'alterità soggettiva - per delimitare l'ambito di applicazione della disciplina eccezionale di cui al comma 2 della norma in esame, evitando così soluzioni aleatorie e dunque potenzialmente dannose per il sistema giuridico e per quello economico.

Tale approccio è sicuramente più cauto rispetto al precedente e ha minore portata applicativa perché esclude dall'applicazione della norma solo un numero limitato di fattispecie, ossia quelle in cui non sussista un'effettiva dualità di soggetti. Al contempo, ne conferma l'applicabilità in tutta una serie di ipotesi in cui, in presenza del presupposto applicativo della disposizione speciale di cui al comma 2, la conoscenza del debito da parte del cessionario potrebbe ricavarsi da altre circostanze; nonostante ciò, non si potrà che fare riferimento all'elemento costitutivo dell'iscrizione del debito nelle scritture contabili obbligatorie. Il criterio della reale dualità dei soggetti e, dunque, dell'effettiva alterità tra il cedente e il cessionario, permette di limitare l'eccessivo formalismo derivante da un'interpretazione letterale della norma escludendo dalla sua applicazione i casi limite di identità soggettiva, con una valutazione caso per caso della composizione della compagine sociale dell'impresa e degli organi amministrativi della stessa. In questi casi tornerà ad applicarsi la disciplina generale che, inquadrando il trasferimento d'azienda in un fenomeno successorio, ne fa derivare il subentro del cessionario in tutte le posizioni aziendali, sia di credito che di debito, tornando a valere anche il regime ordinario altrimenti derogato dal regime eccezionale dell'art. 2560, comma 2, c.c.

Resta da chiedersi allora se tale criterio verrà valutato soltanto in senso formale oppure in senso sostanziale. Si pensi ai casi di modifica della compagine sociale o degli organi gestori puramente formali, con l'instaurazione fittizia delle partecipazioni sociali o la nomina di persone di fiducia nei ruoli gestionali, laddove a ciò non corrisponda nella sostanza una effettiva modificazione dei soggetti coinvolti.

Si ritiene che, per non svuotare di significato la portata della pronuncia della Corte di cassazione soprattutto a fronte di condotte elusive delle parti coinvolte, debba essere privilegiata un'interpretazione sostanziale del criterio, che i giudici di legittimità hanno spesso mostrato di preferire nell'applicazione dei principi del nostro

(17) Cass. Civ., SS.UU., 28 febbraio 2017, n. 5054.

(18) A titolo esemplificativo, le Sezioni Unite osservano che il difetto di alterità soggettiva si riscontra nel caso di trasformazione,

anche eterogenea, della forma giuridica del soggetto e nel caso del conferimento dell'azienda di una impresa individuale in una società unipersonale.

Argomenti

I singoli contratti

ordinamento, non da ultimo con l'elaborazione della teoria sull'abuso del diritto (19).

Allora, la finalità elusiva delle parti potrebbe tornare a rilevare in casi limite, ma non sarebbe valutata in relazione agli elementi costitutivi della

responsabilità del cessionario ai sensi dell'art. 2560, comma 2, c.c., bensì con riferimento all'elemento oggettivo dell'alterità soggettiva dei soggetti coinvolti, quale presupposto per l'applicazione stessa della norma.

(19) Si veda il già citato Trib. Reggio Emilia 16 giugno 2015, n. 964 e relativo commento di V. Brizzolari, *Cessione d'azienda e limitazione della responsabilità del cessionario in danno del creditore: un nuovo caso di abuso del diritto?*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, 3, 374; più in generale Cass. Civ. 18 settembre

2009, n. 20106; Cass. Civ. 7 maggio 2013, n. 10568; Cass. Civ. 22 novembre 2019, n. 30555. In dottrina, tra molti, R. Sacco, voce "Abuso del diritto", in *Dig. civ.*, 2012; S. Patti, voce "Abuso del diritto", in *Dig. civ.*, 1987, V. Amendolagine, *L'abuso del diritto: profili sostanziali e processuali*, in *Corr. giur.*, 2019, 5, 691.

Fideiussione *omnibus*

Fideiussione *omnibus*: tra mercato, concorrenza e decadenza

di Giuseppe Maria Marsico (*)

Attualmente, l'obiettivo di pervenire ad una organica e strutturata tutela nei confronti della categoria dei consumatori o investitori - parti deboli del rapporto contrattuale - rappresenta una tematica di innegabile rilevanza all'interno del più ampio sistema del mercato e della concorrenza. La medesima tutela del mercato e della concorrenza, di cui alla L. n. 287/1990, rivolgendosi tanto alle imprese, che ivi operano, quanto ai consumatori, rappresenta il lato della domanda; essa si esplica, parimenti, attraverso una disciplina speciale a tutela e a protezione di tale ultima categoria di soggetti, ed, anzi, non ne può prescindere. Specificamente, in merito al contenuto dell'espressione "tutela dei consumatori" si apre uno scenario assai multiforme e complesso. In esso, le prospettive civilistiche, relative ai rapporti contrattuali tra operatori economico-professionali e consumatori, si intrecciano con profili pubblicistico-imperativi e *lato sensu* conformativi di regolazione del mercato. Come noto, in una prospettiva di analisi economica del diritto, per incentivare - quale meccanismo di coercizione indiretta o *inducement* - l'intermediario finanziario a comportarsi *ex bona fide*, l'ordinamento giuridico ha individuato le cd. regole di comportamento, quale standard normativo minimo. Invero, le suddette regole acquistano un significato concreto, tutelando l'interesse degli investitori e del mercato, solo se l'ordinamento medesimo le considera nella definizione e nella predisposizione dell'apparato rimediabile.

Brevi note introduttive in tema di fideiussione in una prospettiva dogmatica

Nell'ambito degli affari commerciali vi è una fondamentale esigenza di strumenti economico-giuridici in

grado di soddisfare la necessità di finanziamento delle imprese. Gli enti istituzionalmente predisposti al credito sono le banche e la relativa funzione del credito (1) esercitata necessita anche di strumenti di garanzia (2) che costituiscono il mezzo per una

(*) Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima, al vaglio del Comitato di valutazione.

(1) R. Lener, *Forma contrattuale e tutela del contraente "non qualificato" nel mercato finanziario*, Milano, 1996, 13-15; U. Morera., *Contratti bancari (disciplina generale)*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2008, I; A. Musio, *Violazione degli obblighi di informazione tra regole di validità e regole di correttezza*, 2010; S. Nardi, *Nullità del contratto e potere-dovere del giudice*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, II; M. Nuzzo, *I contratti del consumatore tra legislazione speciale e disciplina generale dei contratti*, in *Rass. dir. civ.*, 1998; S. Pagliantini, *La rilevanza officiosa della nullità secondo il canone delle Sezioni Unite: "Eppur si muove"?*, in questa *Rivista*, 2012, 874; Id., *Autonomia privata e divieto di convalida del contratto nullo*, Torino, 2007; Id., *Rilevanza officiosa e risolubilità degli effetti: la doppia motivazione della Cassazione... a mo' di bussola per rivedere Itaca*, in questa *Rivista*, 2015, 113; L. Bigliazzi Geri - U. Breccia - D. Busnelli - U. Natoli, *Diritto civile*, III, *Obbligazioni e contratti*, Torino, 1990, 351. In tema, cfr. N. Salanitro, *Le banche e i contratti bancari*, in F. Vassalli (diretto da), *Trattato di diritto civile italiano*, vol. VII, t. III, Torino, 1983, 47; G. Cavalli, voce *Norme*

bancarie uniformi, in *Dig. sez. comm.*, X, 266; vedasi ancora U. Morera, *I profili generali dell'attività negoziale dell'impresa bancaria*, in P. Perlingieri (diretto da), *Trattato di diritto civile del Consiglio nazionale del notariato*, XI, Napoli, 2006, 321; A. Mirone, *Standardizzazione dei contratti bancari e tutela della concorrenza*, Torino, 2003, 4. Più recentemente, v. E. Capobianco, *Profili generali della contrattazione bancaria*, in Id. (a cura di), *I contratti bancari*, Milano, 2021, 11; P. Sirena, *Il contratto bancario: profili generali*, in A. Urbani (a cura di), *L'attività delle banche*, Milano-Padova, 2020, 39.

(2) R. Alessi - G. Olivieri, *La disciplina della concorrenza e del mercato*, Torino, 1991, 16 ss.; G. Floridia - G.V. Catelli, *Diritto antitrust. Le intese restrittive della concorrenza e gli abusi di posizione dominante*, Torino, 2003, 158; A. Guccione, *Intese vietate e contratti individuali a valle: alcune considerazioni sulla invalidità derivata*, in *Giur. comm.*, 1999, II, 449. L'autore rileva che le clausole trasfuse nei contratti stipulati a valle "costituiscono una violazione del principio di libertà di concorrenza che, in linea di principio, si configura come una delle caratteristiche della libertà di iniziativa economica sancita dall'art. 41 Cost. In tal modo risulta

Argomenti

Contratti in generale

tutela adeguata dell'interesse della banca a recuperare le somme messe a disposizione. Si è dunque sviluppato un quadro vasto e articolato di garanzie in uso presso le banche, caratterizzato da schemi che, sebbene trovino la loro disciplina nel codice civile, nella pratica si traducono in schemi contrattuali strutturalmente e funzionalmente diversi o completamente nuovi. Tra queste garanzie vi è la fideiussione omnibus, la quale poggia le sue radici nella disciplina della fideiussione. La fideiussione è una garanzia personale, disciplinata dal codice civile agli artt. 1936-1957 e diffusa nella prassi commerciale. Le ragioni di tale diffusione sono diverse: dal lato del creditore, la fideiussione è funzionale in concreto a mettere a disposizione di questi un patrimonio ulteriore - quello del fideiussore - che va così ad "aggiungersi" al patrimonio del debitore garantito; dal lato del debitore principale, invece, comporta il vantaggio di non determinare immobilizzazioni di ricchezze, immobilizzazioni che sono in linea di principio proprie delle garanzie di tipo reale (quali il pegno o l'ipoteca). Un altro motivo per il quale nella prassi negoziale si ricorre spesso alla garanzia fideiussoria è che questa figura si caratterizza quale garanzia alla cui base vi sono due principi: la solidarietà e l'accessorietà. La fideiussione determina, in base al principio di solidarietà, una sorta di solidarietà passiva tra garante e debitore che agisce *favor creditoris*, in quanto il creditore può chiedere direttamente al fideiussore il pagamento, senza l'onere di rivolgersi prima al debitore. Il secondo principio tipico della fideiussione è quello dell'accessorietà, il quale concerne il rapporto e la relazione tra l'obbligazione del debitore

principale e l'obbligazione del fideiussore. In ragione del principio di accessorietà la fideiussione, ai sensi dell'art. 1941 c.c., deve avere un contenuto corrispondente a quello dell'obbligazione garantita, coincidente con l'intero debito e le sue conseguenze fino ad estendersi anche a tutti gli accessori del debito principale.

Si tratta di due principi che soddisfano gli interessi in gioco delle parti (il primo tutela la ragione creditoria, il secondo stabilisce dei limiti alla responsabilità del fideiussore).

Lo schema fideiussorio, in virtù delle sue caratteristiche, è stato modellato in base alle esigenze del mercato e degli affari, soprattutto nel finanziamento delle imprese. Le banche hanno visto crescere il ricorso al credito e di conseguenza si è attivata al fine di trovare soluzioni flessibili e celeri in grado di salvaguardare i diversi interessi. Il contratto di fideiussione si è dimostrato per la banca uno strumento duttile, facilmente plasmabile sulla base degli interessi in gioco, divenendo la garanzia principale per la concessione del credito bancario, portando così alla costruzione della c.d. fideiussione bancaria. All'interno della *species* di fideiussione bancaria è utile fare una specifica distinzione, sulla base del ruolo assunto dalla banca: la fideiussione bancaria attiva, nella quale è la banca ad assumere la veste di creditore verso il garante; la fideiussione bancaria passiva, in cui è la stessa banca a garantire, specie nei rapporti di affari internazionali, un proprio cliente (3). La fideiussione *omnibus* è uno strumento di garanzia delle operazioni bancarie avente ad oggetto non una singola obbligazione, bensì una

violato il cosiddetto ordine pubblico economico e la clausola contrattuale è nulla per illiceità della causa ai sensi dell'art. 1343 cod. civ."

Anche secondo L. Delli Priscoli, *La dichiarazione di nullità dell'intesa anticoncorrenziale da parte del giudice ordinario*, in *Giur. comm.*, 1999, II, 237, i *downstream contracts* sono "nulli, ex art. 1418, comma 2, c.c. per illiceità della causa perché conclusi in violazione della norma imperativa rappresentata dal comma 2 dell'art. 2 che vieta la fissazione concordata dei prezzi di vendita". In tal senso già Cass. Civ. 1° febbraio 1999, n. 827, in *Danno e resp.*, 2000, 1, 57 con nota di L. Nivarra, "Interesse pubblico" e *antitrust: qualche osservazione*; in *Giur. it.*, 1999, 1223 ss., con nota di B. Libonati, *Intese orizzontali e aperture in tema di concorrenza e di mercato nella giurisprudenza della Cassazione*; ivi, 2000, 939 ss., con nota di G. Afferni, *Le intese restrittive della concorrenza anteriori alla legge antitrust: legge retroattiva o nullità speciale?*; R. Alessi - G. Olivieri, *La disciplina della concorrenza e del mercato*, Torino, 1991, 16 ss.; G. Floridia - G.V. Catelli, *Diritto antitrust. Le intese restrittive della concorrenza e gli abusi di posizione dominante*, Torino, 2003, 158. Secondo A. Di Majo, *Nullità del contratto. Le nullità speciali, la nullità rimedio di protezione, le nullità da divieto*, in A. Di Majo et al., *L'invalidità del contratto*, Torino, 2002, 456 ss., "le cause o i fattori" delle nullità speciali "non si lasciano rinchiudere in una determinata fattispecie. Essi sono la negazione della fattispecie.

Ecco dunque che il predicato 'speciali', con riguardo a queste forme di nullità finisce coll'andare al di là del singolo effetto 'speciale' (e sia esso da individuare nella particolare forma di legittimazione relativa o nel carattere necessariamente parziale della nullità o nell'effetto sostitutivo di altre clausole), per attingere a contenuti che si pongono persino in contrasto con la forma della nullità-fattispecie, perché destinati ad attuarsi in giudizi altamente discrezionali su circostanze 'esterne' al contratto [...]. Vedasi anche R. Cooter - U. Mattei - R. Pardolesi - T. Ulen, *Il Mercato delle Regole*, Bologna, 1999, 294 ss.; P. Rescigno, *Appunti sulle clausole generali*, in *Riv. dir. comm.*, Padova, 1998, 1-8; E. Betti, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici: teoria generale e dogmatica*, Milano, 1949, 1971, 152-154, 159; S. Tafaro, *Buona fede ed equilibri degli interessi nei contratti, in Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea*, III, *Atti del Convegno internazionale di studi in onore di A. Burdese*, IV, Padova, 2003.

(3) A. Giusti, *La fideiussione e il mandato di credito*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu - F. Messineo e continuato da L. Mengoni - P. Schlesinger, Milano, 1998, 41. L'autore fa riferimento anche ad un terzo elemento, la sussidiarietà, ma sottolinea come nella Relazione al codice si evidenzi "che il vincolo fideiussorio è accessorio, ma non necessariamente sussidiario", dipendendo tale caratteristica dalla presenza nel contratto del beneficio di escussione.

pluralità di obbligazioni che un determinato soggetto garantito abbia assunto o possa assumere verso una banca. La fideiussione omnibus è pertanto una forma di garanzia personale, generalmente basata sui modelli A.B.I. (Associazione Bancaria Italiana), contenenti condizioni generali uniformi relative alle fideiussioni poste a garanzia delle operazioni bancarie.

Come per la fideiussione regolata nel codice civile, anche quella *omnibus* si caratterizza per la bilateralità del contratto ed il rapporto sinallagmatico, in quanto il contratto è concluso tra garante e istituto bancario ed entrambi si obbligano vicendevolmente: da una parte l'istituto di credito erogherà le somme necessarie al debitore principale (osservando inoltre gli obblighi di correttezza e buona fede nell'azionare il credito); dall'altra il fideiussore garantisce la restituzione di queste somme (entro la somma prevista nel contratto stesso) in caso di inadempimento da parte del debitore garantito. La bilateralità del rapporto è conseguenza del fatto che il contratto di fideiussione omnibus è concluso fra banca e fideiussore, per cui il debitore è estraneo al contratto di garanzia, sebbene alla base della fideiussione omnibus vi siano le obbligazioni intercorrenti fra quest'ultimo e istituto bancario.

Come analizzato dal Giusti (4), "nell'esperienza giuridica italiana in pochi modelli contrattuali come la fideiussione si verifica un fenomeno quale quello della creazione di negozi innominati o di figure che si caratterizzano per il distacco dalla disciplina del tipo contrattuale, fenomeno sensibile alla forza economica dei fatti e dalla conseguente esigenza di conferire legittimazione ai nuovi modelli nati dalla pratica degli affari".

La fideiussione *omnibus* risponde alle nuove esigenze di credito, e l'attività bancaria è divenuta il terreno

nel quale questo particolare tipo di garanzia ha potuto svilupparsi, piegata alle esigenze dell'autonomia privata: essa "costituisce un tipo di garanzia che non è previsto e definito dalla legge in quanto sviluppato nella prassi bancaria; prendendo spunto dal riconoscimento espresso nel codice civile della fideiussione per obbligazione futura (artt. 1938 e 1956 c.c.); perciò gli operatori del diritto hanno congegnato la così detta fideiussione *omnibus* con la quale il fideiussore, con un'unica dichiarazione, garantisce alla banca non il pagamento di un singolo e specifico debito altrui, ma genericamente il pagamento di tutti i debiti, presenti e futuri, che il cliente debitore principale ha assunto o assumerà nei confronti di quest'ultima in dipendenza di qualsiasi operazione bancaria, in corso al momento della stipulazione del contratto o che verrà effettuata successivamente".

La dottrina si uniforma a questa definizione della figura in esame, affermando che la fideiussione omnibus è una garanzia che ha per oggetto tutte le obbligazioni, attuali e future, del debitore principale nei confronti della banca, derivanti da operazioni bancarie di diverso genere, anche la giurisprudenza tende a definire la fideiussione *omnibus* in termini analoghi: la Cassazione la definisce come fideiussione prestata a garanzia di tutte le obbligazioni già sorte o che sorgono nei confronti della banca.

Sulle clausole di reviviscenza, di sopravvivenza e di rinuncia ai termini previsti dall'art. 1957 c.c.

Una recente decisione del Collegio di coordinamento dell'Arbitro Bancario Finanziario (ABF) (5) riporta alla luce il tema della validità di una

(4) Vedasi nt. 1. Per una panoramica cfr. R. Pardolesi, *Cartello e contratti dei consumatori: da Leibniz a Sansone?, nota a Cass.*, 4 febbraio 2005, n. 2207, in *Foro it.*, 2004, I, 466 ss., il contratto che lega l'impresa all'utente finale costituisce lo strumento attraverso cui la prima attualizza l'oggetto della collusione predisposta con i suoi pari e, nella misura in cui consente alle imprese coinvolte di trarre i frutti della propria condotta, finisce inevitabilmente per assorbitarne la natura illecita; G. Calabrese, *Fideiussione omnibus "a valle": illecito antitrust e nullità (parziale?)*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, III, 522; R. Alessi - G. Olivieri, *La disciplina della concorrenza e del mercato*, Torino, 1991, 16 ss.; G. Florida - G.V. Catelli, *Diritto antitrust. Le intese restrittive della concorrenza e gli abusi di posizione dominante*, Torino, 2003, 158. Secondo A. Di Majo, *Nullità del contratto. Le nullità speciali, la nullità rimedio di protezione, le nullità da divieto*, in A. Di Majo et al., *L'invalidità del contratto*, Torino, 2002, 456 ss., "le cause o i fattori" delle nullità speciali "non si lasciano rinchiudere in una determinata fattispecie.

Essi sono la negazione della fattispecie. Ecco dunque che il predicato 'speciali', con riguardo a queste forme di nullità finisce coll'andare al di là del singolo effetto 'speciale' (e sia esso da

individuare nella particolare forma di legittimazione relativa o nel carattere necessariamente parziale della nullità o nell'effetto sostitutivo di altre clausole), per attingere a contenuti che si pongono persino in contrasto con la forma della nullità-fattispecie, perché destinati ad attuarsi in giudizi altamente discrezionali su circostanze 'esterne' al contratto [...]" ; A.C. Pigou, *The economics of welfare*, London, 1932, 32.

Tra questi rientra anche la scuola di Losanna in cui Vilfredo Pareto elaborò il celebre criterio (denominato efficienza paretiana) in forza del quale l'efficienza sarebbe raggiunta quando non sarebbe possibile migliorare il benessere di alcuno senza peggiorare quello di altri. Per un' incisiva analisi dei contributi economici e sociologici di Pareto v. J.A. Schumpeter, *Vilfredo Pareto (1848-1923)*, in *Q.J. Econ.*, 1949, 147.

(5) ABF, Collegio di coordinamento, 19 agosto 2020, n. 14555, in *arbitrobancariofinanziario.it*. In tema, v. A. Montanari, *La nullità dei contratti attuativi dell'intesa illecita: la decisione del Collegio di coordinamento dell'A.B.F. sulle fideiussioni omnibus*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, I, 109 ss.; A. Piletta - Massaro, *Pratiche concordate contrarie al diritto antitrust: il caso delle fideiussioni omnibus redatte secondo lo schema ABI*, in *Riv. dir. banc.*, 2020,

Argomenti

Contratti in generale

fideiussione *omnibus* assistita dalle clausole di reviviscenza, di sopravvivenza e di rinuncia ai termini previsti dall'art. 1957 c.c. Tale garanzia, in deroga al tipo codicistico, risultava conforme allo schema negoziale predisposto nel 2003 dall'Associazione Bancaria Italiana (d'ora in avanti, ABI), che, nel 2005, è stato reputato dalla Banca d'Italia in contrasto con la disciplina *antitrust*, poiché le clausole predette, in quanto squilibranti e rafforzative della posizione creditoria, "nella misura in cui vengano applicate in modo uniforme, sono in contrasto con l'articolo 2, comma 2, lettera a), della legge n. 287/90". L'organo giudicante cerca di ricomporre il variegato quadro interpretativo maturato tra i diversi Collegi territoriali circa il trattamento delle garanzie "a valle" di un'intesa anticoncorrenziale: difatti, giova sin d'ora registrare come il Collegio di Milano, attraverso la decisione n. 16588 del 4 luglio 2019, abbia avvalorato il rimedio della nullità totale della fideiussione nell'ottica di una efficace preservazione del mercato competitivo (6). A favore della caducazione delle sole clausole corrispondenti a quelle contenute nello schema dell'associazione di categoria si era, invece, espresso sempre il Collegio milanese in diversa composizione. Ad alimentare le criticità ha concorso una decisione del Collegio di Palermo, ove si è criticata la sostenibilità sistematica della nullità di una garanzia posta "a valle" di un'intesa *antitrust*. Il Collegio di Coordinamento, verificata la conformità tra il testo della garanzia e la deliberazione della Banca d'Italia, ha rilevato come le clausole in questione violino la norma imperativa atta a reprimere

intese anticoncorrenziali, dettata dall'art. 2, comma 2, lett. a), L. n. 287/1990, integrando una nullità virtuale ai sensi dell'art. 1418, comma 1, c.c. La falcidia delle clausole illegittime non pregiudica totalmente la fideiussione: difatti, attraverso un esame teleologico dell'art. 1419, comma 1, c.c., e considerando il permanere della ragione giustificativa della garanzia nonostante la modifica contenutistica, potrà operare il rimedio conservativo della nullità parziale.

Le clausole in questione, pur strumentali ad un irrobustimento dei diritti creditorî, sono risultate semplicemente accessorie e in tal senso ha deposto la mancanza di una contraria determinazione pattizia: la garanzia, depurata da dette clausole, mantiene un oggetto determinato o almeno determinabile, in ossequio ai canoni codicistici, e continua a risultare efficace. La soppressione delle clausole nulle consente di ristabilire l'equilibrio negoziale, salvaguardando al contempo l'interesse del garante all'erogazione creditizia a favore del debitore e l'interesse del creditore garantito al rafforzamento dell'obbligazione restitutoria in caso di insolvenza del debitore principale. La nullità parziale, inoltre, non rappresenta l'unico strumento di protezione del fideiussore, potendo essere cumulata con il rimedio risarcitorio: la parte che aveva partecipato all'intesa anticoncorrenziale risponderà del danno che abbia cagionato al garante a titolo di responsabilità extracontrattuale. Inoltre, alla nullità consegue l'operatività del meccanismo restitutorio per quanto concerne le prestazioni previste ed eseguite.

273 ss.; F. Greco - A. Zurlo, *Analisi della garanzia fideiussoria, tra validità anticoncorrenziale e revisionismo consumeristico*, in *Resp. civ.*, 2020, 1429 ss.

(6) M.R. Maugeri, *Violazione della disciplina antitrust e rimedi civilistici*, Catania, 2006, 28 ss.; E. Camilleri, *Contratti a valle, rimedi civilistici e disciplina della concorrenza*, Napoli, 2008 43 ss.; M. Lupano, *Profili della tutela individuale dei consumatori e della riforma di quella collettiva - il regime processuale delle nullità di protezione*, in *Giur. it.*, 2021, 1, 226, il quale dà conto del dibattito sorto in ordine all'uso selettivo della nullità di protezione in materia bancaria-finanziaria, giudicato da alcuni interpreti sleali (o abusivo) perché fonte di eccessivo vantaggio per la parte protetta. Sulla nullità derivata del cd. contratto di fideiussione "a valle" per violazione della normativa antitrust Cass. Civ. 12 dicembre 2017, n. 29810, in *Foro it.*, 2018, I, 152, e più recentemente, Cass. Civ. 15 giugno 2019, n. 21878, in *One Legale* <https://onelegale.wolterskluwer.it>. Nello stesso senso nella giurisprudenza di merito si pone Trib. Salerno 3 febbraio 2020, n. 642, in *www.contenzioso-bancario.it*. La tesi della nullità derivata del contratto "a valle" non è invece condivisa da altra ricostruzione, atteso che l'art. 2, comma 2, L. n. 287/1990 si riferisce alle intese tra "imprese" tra di loro in concorrenza, nulla disponendo circa le sorti dei rapporti commerciali tra una di queste imprese e contraenti terzi. In senso conforme a quest'ultima pronuncia di merito Trib. Napoli 28 febbraio 2019, in *expartecreditoris.it*; Trib. Busto Arsizio 26 maggio 2020, n. 530, in *Il caso.it*, ed in modo ancora più marcato, Trib. Treviso 26

luglio 2018, n. 1623, in *iusexplorer.it*, nell'affermare che nei contratti di fideiussione non vi è alcun oggettivo richiamo alla deliberazione dell'associazione di imprese bancarie di approvazione del modello standardizzato di fideiussione, né, men che meno, risulta che tale deliberazione abbia vincolato l'istituto di credito stipulante al rispetto dello schema ABI nella contrattazione con i terzi.

Secondo l'Autore, "la Legge Antitrust detta norme a tutela della libertà di concorrenza aventi come destinatari tutti i soggetti del mercato, ovvero chiunque abbia interesse alla conservazione del carattere competitivo dello stesso; e quindi proprio tale interesse risulta violato quando viene eluso il diritto del consumatore ad una scelta effettiva tra prodotti in concorrenza, per cui il consumatore ha diritto a far valere la nullità del contratto a valle". App. Bari 21 marzo 2018, n. 526, in *DeJure*: "Gli effetti della contrarietà dello schema contrattuale adottato dalle banche [lo schema predisposto dall'ABI] rispetto alla normativa antitrust vigente sono evidenti: i contratti di fideiussione che si mostrino fedeli al richiamato schema contrattuale dovranno essere considerati nulli, essendo caratterizzati da causa illecita, perché contraria a norme imperative secondo il Supremo Collegio, la violazione dell'art. 2 della Legge Antitrust, consumatasi a monte nella predisposizione e nell'adozione uniforme di uno schema contrattuale restrittivo della concorrenza, determina la nullità dei contratti stipulati a valle in conformità allo schema, giacché questi costituiscono lo sbocco sul mercato dell'intesa illecita".

Il carattere anticompetitivo (7) discendente dall'applicazione uniforme delle clausole di reviviscenza, di sopravvivenza e di rinuncia ai termini previsti dall'art. 1957 c.c. invita a riflettere sulla sorte dei contratti "a valle" dell'intesa rilevata dall'autorità di regolazione del mercato. La questione in esame conosce un forte interesse giurisprudenziale, togato e per l'appunto arbitrale, scaturito a partire dall'ordinanza della Cass. Civ., Sez. I, 12 dicembre 2017, n. 29810 e scandito da soluzioni interpretative distinte: la frammentarietà giurisprudenziale invita a considerare gli approdi teorici più significativi per poter meglio valutare le argomentazioni giudiziali e la logica della fideiussione *omnibus* (8). Le sezioni unite della Corte di cassazione si sono pronunciate sul

trattamento da riservare alle garanzie conformi allo schema predisposto dall'ABI, chiarendo i confini dell'azione di nullità e del rimedio risarcitorio e precisando se "l'indagine a tal fine richiesta debba avere ad oggetto, oltre alla predetta coincidenza, la potenziale volontà delle parti di prestare ugualmente il proprio consenso al rilascio della garanzia, ovvero l'esclusione di un mutamento dell'assetto d'interessi derivante dal contratto". La garanzia risultava modellata in modo da recepire le esigenze della prassi commerciale, fungendo da moltiplicatore del credito e ratificando lo smarcamento dal tipo codicistico, maggiormente idoneo a tutelare un prestito isolato (9). I rapporti commerciali alla base dell'impegno di garanzia e gli interessi d'impresa protetti

(7) L'art. 101, par. 2, TFUE in tema di accordi vietati si limita a dettare una sola norma di diritto civile, vale a dire la sanzione della "nullità di pieno diritto" dell'accordo illecito, mentre non si pronuncia l'art. 102 TFUE in tema di abuso. Nulla viene detto poi in tema di risarcimento del danno. Nessun'altra norma, di diritto primario o secondario, dell'Unione Europea contiene ulteriori riferimenti alle azioni dei privati di fronte ai giudici nazionali, e meno ancora alle regole o ai principi di diritto privato e processuale applicabili. Nulla, ad esempio, viene detto sull'onere della prova, sulla quantificazione del danno, sulla prescrizione dell'azione di risarcimento del danno antitrust e su tutti gli altri elementi che dovrebbero contribuire a creare un quadro preciso di riferimento sia per il giudice sia per le parti stesse. Ancora più carente è il diritto comunitario nel sancire i poteri inibitori dei giudici. Ed è proprio l'assenza di una normativa uniforme o anche di sola armonizzazione uno dei principali ostacoli ad una efficace tutela giudiziale. Se, come sopra ricordato, in assenza di una disciplina europea è competenza di ciascun ordinamento nazionale definire "le modalità procedurali dei ricorsi intesi a garantire la tutela dei diritti spettanti ai singoli in forza dell'effetto diretto del diritto comunitario", ciò fa emergere tutta la varietà e la diversità dei singoli modelli nazionali di tutela risarcitoria anche in ordine a singoli aspetti procedurali che vanno dalla legittimazione ad agire all'ammissibilità dei danni punitivi e così via. Ne consegue una generale e notevole incertezza, che coinvolge il danneggiato e il danneggiante, su quello che potrà essere non solo l'esito del giudizio ma anche l'andamento dello stesso nelle varie fasi del procedimento, a detrimento sia dell'applicazione effettiva delle regole di concorrenza, come avevano paventato i giudici della sentenza *Courage*, sia di una loro applicazione uniforme e coerente. Alle scarse disposizioni normative sul tema si contrappongono, invece, numerosi documenti, sia pur privi di efficacia vincolante, ma fondamentali punti di riferimento per i legislatori e le giurisdizioni nazionali. Si tratta di documenti della Commissione, quali Libri verdi, Libri bianchi, proposte di direttiva, comunicazioni, relazioni, ma anche risoluzioni del Parlamento e così via dai quali emerge tutta l'importanza che le Istituzioni europee attribuiscono al *private enforcement* e al risarcimento del danno antitrust in particolare. Le proposte della Commissione, anche se non hanno alcun valore vincolante, sono estremamente importanti non solo perché offrono ai legislatori e ai giudici un preciso indirizzo ma, soprattutto perché, come è ormai noto, la Corte di Giustizia, quando è chiamata a valutare la conformità di una regola o di una prassi nazionale al diritto comunitario, molto spesso si avvale proprio delle valutazioni proposte dalla Commissione. Pertanto è molto probabile che le soluzioni adottate negli ordinamenti giuridici nazionali saranno ritenute dalla Corte, in eventuali giudizi di rinvio o di inadempimento, conformi o meno al diritto comunitario alla luce, anche, delle valutazioni espresse dalla Commissione. Per questa ragione non è possibile ignorare le posizioni e le

indicazioni espresse nei diversi documenti di *soft law* in relazione ai principali problemi che possono scaturire dalle azioni di risarcimento del danno antitrust, problemi che ancora oggi sono affrontati nelle tavole rotonde, nei dibattiti, nei convegni e pubblicazioni varie, dalla dottrina, dai giudici, dagli operatori del diritto. Il primo importante documento elaborato dalla Commissione europea è stato il Libro verde del 2005. L'obiettivo era quello di invitare esperti ed operatori degli Stati membri ad indicare i principali ostacoli all'attuazione di un sistema efficace per la presentazione di domande di risarcimento del danno.

(8) Cfr. anche F. Piraino, *Il "cantiere" delle nullità: B2C, bancarie e selettive - contro l'uso della nullità parziale in chiave di conformazione del contratto*, in *Giur. it.*, 2020, 6, 1528 ss.; C. Castronovo, *Antitrust e abuso di responsabilità civile*, in *Danno e resp.*, 2004, V, 469 ss.; Id., *Responsabilità civile*, Milano, 2018, 136 ss.; G. Guizzi, *Struttura concorrenziale del mercato e tutela dei consumatori. Una relazione ancora da esplorare*, in *Foro it.*, 2004, I, 484; Id., *Mercato concorrenziale e teoria del contratto*, in *Riv. dir. comm.*, 1999, I, 109 ss.

Vedasi anche F. Longobucco, *Violazione di norme antitrust e disciplina dei rimedi nella contrattazione "a valle"*, Napoli, 2009, 140 ss. A questa impostazione sembra aderire Cass. Civ. 18 agosto 2011, n. 17351, in *Giur. it.*, 2012, VII, 1548, con nota di T. Febbrajo, *Contratti "a valle" dell'intesa antitrust e riconduzione ad equità del corrispettivo*.

Sul punto, assi utile pare, per una panoramica sul problema, V. Meli, *Autonomia privata, sistema delle invalidità e disciplina delle intese concorrenziali*, Milano, 2001, 196 ss., per il quale il contratto "a valle" realizzerebbe l'abuso di un contraente sull'altro, da regolare secondo la disciplina stabilita dagli artt. 1425 ss. c.c. Non può con citarsi come precedente Cass. Civ., SS.UU., 4 novembre 2019, n. 28314, con nota di C. Scognamiglio, *Le Sezioni Unite e le nullità selettive: un nuovo spazio di operatività per la clausola generale di buona fede*, cit., 5-8.

Secondo l'Autore, la giurisprudenza, in tale sentenza, in tema di nullità della *species* selettiva, riduce la questione (della risolubilità e) della nullità selettiva a un giudizio di comparazione sugli investimenti complessivamente eseguiti: se i rendimenti degli investimenti non colpiti dall'azione di nullità superano il pregiudizio accertato per l'investitore, l'effetto paralizzante dell'eccezione è integrale; ove invece si determina un danno per l'investitore, anche all'esito della comparazione con gli altri investimenti non colpiti dalla nullità selettiva, l'effetto impeditivo opera nei limiti del vantaggio conseguito con detti investimenti.

(9) Vedasi ancora U. Morera., *Contratti bancari (disciplina generale)*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2008, I; A. Musio, *Violazione degli obblighi di informazione tra regole di validità e regole di correttezza*, 2010; S. Nardi, *Nullità del contratto e potere-dovere del giudice*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, II; M. Nuzzo, *I contratti del consumatore tra legislazione speciale e disciplina generale dei contratti*,

Argomenti

Contratti in generale

attraverso la fideiussione in questione lasciano, tuttora, emergere peculiarità soggettive e oggettive difficilmente compatibili con la logica dell'individuo proprietario che, invece, innerva la fideiussione comune (10): l'elemento della professionalità e la peculiare onerosità dell'impegno del garante non dovrebbero limitarsi a costituire un dato meramente descrittivo, ma potrebbero agevolare un impianto e una conseguente interpretazione delle garanzie personali del credito coerente con l'autonomia d'impresa, adattando il dato normativo di riferimento in base alla destinazione e alla funzione espressa dal regolamento contrattuale. Occorre, dunque,

verificare se la nullità a ogni effetto delle intese vietate, prevista dall'art. 2, comma 3, L. n. 287/1990, riguardi solamente gli illeciti *antitrust* "a monte", oppure se, e in quale modo, il disvalore dell'intesa possa propagarsi sui contratti a "valle". L'indagine verte, quindi, sulla tenuta della fideiussione *omnibus* conforme allo schema contrattuale proposto dall'ABI e ritenuto parzialmente lesivo della concorrenza.

La predisposizione di norme bancarie uniformi da parte dell'ABI in materia di garanzie personali risale agli anni '60 e prosegue, tendenzialmente inderogabile, sino allo schema del 2003 (11). La standardizzazione

in *Rass. dir. civ.*, 1998; S. Pagliantini, *La rilevabilità officiosa della nullità secondo il canone delle Sezioni Unite: "Eppur si muove"?*, cit.; Id., *Autonomia privata e divieto di convalida del contratto nullo*, Torino, 2007; Id., *Rilevabilità officiosa e risolvibilità degli effetti: la doppia motivazione della Cassazione ... a mo' di bussola per rivedere Itaca*, cit.

(10) Cfr. G. Santoro Passarelli, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1997, 247. Analogamente, R. Tommasini, *Nullità (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXVIII, Milano, 1978, 870, e P. Cariota Ferrara, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, 344: "Grave controversia è in dottrina se possa ammettersi in linea logica e sistematica e se, in ogni caso, esista nel nostro ordinamento la nullità relativa, intesa come sottospecie della nullità vera e propria, e quindi da non confondere con l'annullabilità (a torto da taluni denominata, con evidente improprietà, nullità relativa).

Tale sottospecie della nullità, per potersi raffigurare appunto come nullità, senza che si scivoli nell'annullabilità, deve distinguersi dall'altra sottospecie della nullità (la nullità assoluta) sol perché le manca il requisito della esperibilità dell'azione da parte di chiunque vi abbia interesse, in quanto in essa l'azione è esperibile unicamente da persone determinate.

Gli altri requisiti devono concorrere: mancanza di effetti del negozio; impossibilità di convalidazione. In altri termini, nullità relativa è quella nullità che può farsi valere solo da determinati soggetti e non da altri: solo alcune persone sono attivamente legittimate a far valere la nullità.

Grave errore è confondere con tale situazione quella, del tutto diversa, che sta nel non potersi la nullità (o invalidità in genere) far valere contro determinati soggetti: nella prima si ha la limitazione alla legittimazione attiva a far valere la nullità, nella seconda si ha limitazione dal punto di vista passivo.

Si può ammettere che si è nella prima situazione quando si parla di una nullità che esiste solo rispetto a date persone, purché si intenda nel senso che solo queste possono invocarla.

Così chiarita la nullità relativa, avvertiamo che essa è, comunque, una figura eccezionale: normale è la nullità assoluta. Perciò noi, nel riferirci a questa, abbiamo parlato semplicemente di nullità. Esaminiamo ora la nullità relativa, indagando se può concepirsi ed ammettersi.

A nostro avviso no, e ciò sia che si guardi alla nullità in sé, sia che si guardino gli effetti del negozio relativamente nullo; una nullità che esiste per l'uno e non per l'altro è concetto falso o assurdo; l'essere e il non essere sono termini contrapposti; il negozio non può produrre effetti, ed invece questi devono valere come prodotti per tutti, se la parte che sola ha diritto alla pronuncia di nullità non crede di chiederla, ossia vale come avvenuto ciò che non è avvenuto". Cfr. anche F. Carresi, *Il contratto*, Milano, 1987, 627-632, ove si nega in modo assoluto l'opportunità di configurare la categoria della nullità relativa, data l'intima contraddittorietà che è connaturale a questo concetto. In senso ugualmente critico di fronte alla figura della nullità relativa v. anche F. Peccenini, *Sub art. 1421 c.c.*, in *Simulazione. Nullità. Annullabilità del contratto*, in

Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca, a cura di F. Galgano, 1998, il quale afferma che: "Quanto più ci si sforza di connotare come autonoma la categoria astratta e, per così dire, sfumata, della nullità relativa, tanto più ci si avvicina a quella dell'annullabilità - relativa per espressa previsione normativa - cui talvolta è possibile ricondurre, superando l'improprio linguaggio di alcune decisioni giurisprudenziali, i casi presi in considerazione e risolti sotto l'egida della nullità relativa".

V. Pisapia, *Fideiussione omnibus e normativa antitrust. Prime considerazioni su Cassazione, 22 maggio 2019, n. 13846*, in *www.dirittobancario.it*; A. Sganzerla, *La Cassazione ribadisce la nullità delle fideiussioni omnibus redatte su schema Abi, in diritto24.ilsolo24ore.com*. Sull'interpretazione dell'art. 1418 c.c. e sui limiti entro cui il è possibile configurare una nullità del contratto, o anche solo di singole clausole, per contrasto con norma imperativa cfr. G.B. Ferri, *Ordine pubblico, buon costume e la teoria del contratto*, Milano, 1970, 162 ss.; Id., *Appunti sulla invalidità del contratto (dal codice civile del 1865 al codice civile del 1942)*, in *Riv. dir. comm.*, 1996, I, 367 ss., 372 ss.; G.B. Villa, *Contratto e violazione di norme imperative*, Milano, 1993, 33 ss. Si vedano in proposito anche i puntuali rilievi di F. Denozza, *I principi di effettività, proporzionalità*, cit., 369 ss. che pur accogliendo la tesi della nullità dei contratti a valle secondo la disciplina generale del codice civile avverte poi la difficoltà di spiegare, in quel contesto, come si possa pervenire ad una sistematica disapplicazione, come invece propone parte della giurisprudenza nonché il Collegio di Coordinamento dell'ABF (decisione n. 14555 del 19 agosto 2020), della regola dell'art. 1419, comma 1, c.c. Nota, infatti, l'Autore che "dal punto di vista degli interessi delle parti che hanno posto in essere l'atto la conservazione diventa un obiettivo importante e sensato solo quando si tiene conto della volontà di entrambe", sicché predicare aprioristicamente una generale conservazione del contratto, pur nullo, significa manipolare il senso della norma richiamata che impone, invece, di indagare, su basi oggettive, se le stesse, in assenza delle clausole nulle, avrebbero entrambe egualmente concluso il contratto (per analoghi rilievi - ancorché in una prospettiva di ordine generale - sul limitato spazio di operatività dell'azione di nullità *ex art.* 1419 c.c., cfr. anche F. Piraino, *Contro l'uso della nullità parziale in chiave di conformazione del contratto*, in *Giur. it.*, 2020, 1553 ss.).

(11) L'adozione di norme bancarie uniformi in materia di fideiussioni da parte dell'ABI ha avvento nel 1964 mediante la Circolare ABI, Serie Tecnica C, 11 giugno 1964, n. 24 e ha riguardato: i) le fideiussioni senza indicazione di limite massimo a garanzia di qualunque operazione con relativa dichiarazione aggiuntiva che potrà essere rilasciata dal fideiubente per precisare l'ammontare massimo garantito; ii) le fideiussioni a garanzia di apertura di credito per importo determinato a scadenza fissa. Successivamente, attraverso la Circolare ABI, Serie Tecnica O, 24 gennaio 1966, n. 5, sono stati predisposti ulteriori schemi di fideiussione relativi: i) alle fideiussioni a garanzia di apertura di credito per importo determinato valido fino a revoca; ii) alle fideiussioni a

non è volta a favorire una disciplina delle fideiussioni bancarie razionale e uniforme, peraltro capace di emanciparsi dalle angustie legate al tipo fideiussorio codicistico (12): si intende così tradurre a livello negoziale le istanze d'impresa e preservare in modo ottimale gli interessi complessivi del sistema creditizio. Il ricorso alle norme bancarie uniformi non costituisce, di per sé, un fattore anticoncorrenziale, ma, oltre ad agevolare il predisponente - ovvero l'istituto di credito che recepisce la regolamentazione dell'ABI - apporta vantaggi anche per gli aderenti, favorendo la comparazione delle opzioni presenti sul mercato attraverso un effettivo confronto delle condizioni contrattuali rilevanti. Le condizioni generali di contratto, quali clausole di operatività bancaria, necessitano di uno scrutinio complessivo che permetta di cogliere gli interessi dell'istituto di credito e anche quelli del garante: ciò invita a non focalizzarsi esclusivamente sullo squilibrio tra predisponente e aderente, ovvero sul "potere redazionale" esercitato dall'organo creditizio in armonia con i dettami dell'ABI, quanto a considerare le fideiussioni così modellate come meccanismi di garanzia funzionali alle ragioni d'impresa (13).

Le norme bancarie uniformi intaccano il tipo fideiussorio, alterandone la struttura e gli effetti e distribuendo diversamente i rischi rispetto alla tecnica allocativa del codice civile. Si è dinanzi a una regolazione insofferente rispetto all'accessorietà codicistica che si esprime mediante le clausole di reviviscenza, di sopravvivenza e di rinuncia ai termini previsti dall'art. 1957 c.c., nonché attraverso la clausola di pagamento a prima richiesta. L'obbligazione fideiussoria, da un lato, tende ad avvicinarsi a un impegno di garanzia autonomo, risultando così maggiormente efficace; dall'altro, la deroga all'accessorietà non lede alcuna norma imperativa, ma determina il superamento di una serie di regole

tipologiche, strutturando la garanzia in modo coerente rispetto alla logica degli affari.

La maggiore onerosità per il garante risulta necessaria in un sistema di garanzie personali d'impresa: attraverso le clausole in rassegna, l'istituto di credito può proteggersi meglio dai rischi di insolvenza e di eccezioni paralizzanti, non subire più i vincoli temporali per agire nei confronti del debitore e del fideiussore, così come previsti dall'art. 1957 c.c., e concedere più agilmente credito al debitore. A comprovare l'afferenza di questa fideiussione al novero delle garanzie d'impresa concorre l'inapplicabilità, al netto di specifico e difforme accordo, della clausola di pagamento a semplice richiesta scritta nel caso in cui il garante risulti essere un consumatore e la garanzia sia prestata per obbligazioni contratte da un debitore-consumatore.

Nel 2005, la Banca d'Italia ha indagato sulle condizioni generali di contratto in materia di fideiussioni *omnibus* predisposte dall'ABI nel 2003, soffermandosi sulle clausole di reviviscenza, di sopravvivenza e di rinuncia ai termini previsti dall'art. 1957 c.c. (14) e reputandole sia particolarmente gravose per il garante sia suscettibili di distorcere il mercato per via di un'applicazione generalizzata. Lo schema predisposto dall'ABI prevedeva la permanenza dell'obbligazione fideiussoria grazie all'inserimento della clausola di reviviscenza: il fideiussore si impegnava a rimborsare alla banca le somme che dalla medesima fossero state dapprima incassate per il pagamento delle obbligazioni garantite e in seguito restituite per via dell'annullamento, dell'inefficacia o della revoca del pagamento stesso. La maggiore ampiezza dell'impegno di garanzia discendeva, altresì, dalla previsione della clausola di sopravvivenza, per effetto della quale la fideiussione si estendeva agli obblighi di restituzione del debitore derivanti dal l'invalidità del rapporto principale. Il garante assumeva, pertanto,

garanzia dello sconto di effetti; iii) alle fideiussioni a garanzia di operazioni varie comportanti rischi. Nel 1987, per mezzo della Circolare ABI, Serie Tecnica O, 20 giugno 1987, sono stati predisposti, in sostituzione dei precedenti, cinque nuovi schemi tipo concernenti: i) le fideiussioni *omnibus* senza limitazione di importo; ii) le fideiussioni *omnibus* con limitazione di importo; iii) le fideiussioni a garanzia di apertura di credito per importo determinato; iv) le fideiussioni a garanzia dello sconto o della negoziazione di effetti cambiari; v) le fideiussioni a garanzia di operazioni varie comportanti rischi. La revisione del 1987 ha previsto una rimodulazione della clausola di sopravvivenza, in virtù della quale "nell'ipotesi in cui le obbligazioni garantite siano dichiarate invalide, la fideiussione si intende fin d'ora estesa a garantire l'obbligo di restituzione delle somme comunque erogate".

(12) Cfr. E. Gabrielli, *Controllo pubblico e norme bancarie uniformi*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1977, I, 263.

(13) F. Giardina, *L'attività di intermediazione mobiliare: profili di responsabilità contrattuale e di responsabilità extracontrattuale*, in *La vendita "porta a porta" di valori mobiliari*, a cura di M. Bessone - F.D. Busnelli, Milano, 1992, 153, ritiene che la disciplina dell'attività di intermediazione mobiliare sia un'occasione per "ripensare alcuni tra i più significativi profili del sistema di responsabilità civile ed insieme un ottimo banco di prova per verificare la resistenza di tradizionali regole di quel sistema".

(14) Vedasi anche C. Gandini, *La nozione di intermediazione mobiliare*, in *Contr. e impr.*, 1992, 152; F. Realmonte, *Dovere di informazione e responsabilità contrattuale nell'attività di intermediazione mobiliare*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1994, I, 617; G.L. Carriero, *Statuto dell'impresa di investimento e disciplina del contratto nella riforma del mercato finanziario*, Milano, 1997, 144. Vedasi anche C. Castronovo, *Il diritto civile della legislazione nuova. La legge sulla intermediazione mobiliare*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1993, I, 318.

Argomenti

Contratti in generale

L'obbligo di tenere indenne la banca creditrice, rimborsando alla medesima le somme erogate al debitore e assicurando, di tal fatta, l'obbligo restitutorio di quest'ultimo. La rinuncia ai termini fissati dall'art. 1957 c.c. salvaguardava i diritti del creditore rispetto al limite semestrale susseguente alla scadenza dell'obbligazione principale, oppure al termine bimestrale nel caso in cui, preventivamente ed espressamente, il fideiussore avesse limitato la garanzia allo stesso termine dell'obbligazione principale. Tali diritti rimanevano integri fino alla totale estinzione di ogni credito verso il debitore, senza che l'istituto bancario fosse tenuto a escutere il debitore o il fideiussore medesimo o qualsiasi altro coobbligato o garante entro i tempi normativamente stabiliti. La deroga poneva la banca nella agevole condizione di coltivare le proprie azioni per un orizzonte temporale più lungo, coincidente con il termine di prescrizione, e determinava una sostanziale estensione del vincolo fideiussorio. Il provvedimento della Banca d'Italia in commento merita di essere valutato anche alla luce delle posizioni assunte sul tema dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato (15) e dall'ABI. La prima aveva censurato lo snaturamento del tipo fideiussorio, addebitandolo alla sperequata composizione dell'assetto di interessi. Il deterioro trattamento del garante, inoltre, possedeva un rilievo anti-competitivo, poiché l'uniformazione contrattuale, alterando la disciplina codicistica, risultava capace di incidere sulle condizioni di accesso al credito. La standardizzazione si risolveva in una tecnica di compressione indebita della concorrenza in termini di differenziazione dell'offerta, poiché le norme bancarie uniformi, pur non formalmente vincolanti, spiegavano una efficacia condizionante per l'attività negoziale degli istituti di credito associati (16). Diversamente, solo una regolamentazione individuale del rapporto di garanzia avrebbe costituito un indice di differenziazione dell'offerta in senso concorrenziale. L'iniziativa autonoma dell'istituto di credito nel disciplinare la fideiussione *omnibus*,

ricalibrando la posizione del fideiussore rispetto a quella della banca garantita, avrebbe comportato una maggiore attrattività del servizio offerto dalla banca, favorendo una scelta comparata e informata ai canoni della razionale vantaggiosità. Lo schema negoziale predisposto dall'ABI denotava un aggravio economico indiretto in termini di minor facilità di accesso al credito e, nei casi di fideiussioni a pagamento, produceva un incremento del costo complessivo del finanziamento per il debitore, tenuto a remunerare il maggior rischio assunto dal fideiussore. Secondo la prospettazione dell'ABI, invece, lo schema contrattuale costituiva un mero supporto regolamentare, inidoneo a fissare condizioni economiche incidenti direttamente sul singolo rapporto contrattuale. Gli scostamenti disciplinari rispetto al tipo codicistico venivano giustificati dalla peculiare funzione che la garanzia *omnibus* rivestiva nella pratica commerciale, così tutelando il creditore dal rischio di insolvenza connesso al complesso di rapporti tra il debitore e la banca. La clausola di reviviscenza non avrebbe comportato una deroga all'art. 1945 c.c. - fermo restando il carattere accessorio della fideiussione - e, peraltro, sarebbe risultato ragionevole ancorare l'efficacia della garanzia alla definitiva liberazione del debitore. Contestualmente, si è rimarcata la peculiare funzione indennitaria, oltre che tipicamente soddisfattoria, assolta dalla garanzia *omnibus* e consistente nell'assicurare l'effetto solutorio definitivo: la clausola di sopravvivenza, nel complesso, intendeva impedire un ingiustificato arricchimento del debitore ai danni dell'istituto di credito. La contestuale rinuncia all'operatività dei termini di cui all'art. 1957 c.c. avrebbe favorito il garante, poiché l'esercizio delle azioni creditorie entro il termine breve previsto dalla norma avrebbe aumentato le difficoltà del debitore, compromettendo la fattibilità di più favorevoli composizioni stragiudiziali. Preme, ora, sottolineare, così come condiviso dalla Banca d'Italia, che l'uniformità degli schemi contrattuali predisposti da un'associazione di categoria e adottati

(15) Provvedimento dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato n. 14251 del 20 aprile 2005 "Parere alla Banca d'Italia I584 - ABI: Condizioni generali di contratto per la fideiussione a garanzia delle operazioni bancarie". Più in generale, sui rapporti tra regolazione del mercato e garanzie del credito, v. E. Gabrielli, *Garanzie del credito e mercato: il modello comunitario e l'antitrust*, in M. Rabitti *et al* (a cura di), *20 anni di antitrust. L'evoluzione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, II, cit., 1253 ss.

(16) Secondo U. Salanitro, *Le banche e i contratti bancari*, cit., 47, le norme bancarie uniformi possono essere vincolanti nei soli rapporti tra banche e ABI, ma non hanno alcuna efficacia nei rapporti con i clienti. Sull'obbligo bancario, derivante dal vincolo associativo, di inserire le norme bancarie uniformi nei contratti

conclusi con la clientela, v. A. Pisani Massamormile, voce *Norme bancarie uniformi*, in *Nov. D. it. Appendice*, V, Torino, 1984, 235. Diversamente, per G. Cavalli, voce *Norme bancarie uniformi*, cit., 271, non sorge in capo alle aziende creditizie l'obbligo di recepire le norme bancarie uniformi nei contratti con la clientela; al contempo, nessun vincolo associativo né convenzionale obbliga le banche ad adottare le condizioni generali di contratto determinate dall'ABI. L'uniformità e connessa a mere ragioni di opportunità (272). Precisa E. Battelli, *I contratti-tipo. Modelli negoziali per la regolazione del mercato: natura, effetti e limiti*, Napoli, 2017, 404-407, che le norme bancarie uniformi, pur essendo prive di significato autoritativo, sono espressione di un vero e proprio accordo interbancario.

dalle imprese associate possa rappresentare un fattore incentivante per la concorrenza. Si tende a favorire la domanda, ad aumentare la comparabilità dei prodotti e, contestualmente, si riducono i costi di selezione; l'offerta è anche beneficiaria di tale tecnica, poiché si riduce la necessità di continue e distinte negoziazioni, derivandone un vantaggio per la serialità e la razionalizzazione negoziale. Diversamente, per l'autorità di garanzia, confligge con le regole della concorrenza lo schema contrattuale comprensivo di condizioni che: i) direttamente o indirettamente incidano economicamente, determinando un significativo squilibrio tra le parti contraenti; ii) precludano o limitino la possibilità per le imprese associate di differenziare il prodotto offerto. Le clausole di reviviscenza, di sopravvivenza e di rinuncia ai termini previsti dall'art. 1957 c.c., a differenza della clausola a prima richiesta, non sono apparse esclusivamente funzionali a una migliore tutela del credito e al contenimento dei rischi di insolvenza.

La clausola di reviviscenza generava conseguenze pregiudizievoli per il concreto esercizio del diritto di regresso del garante quando l'obbligo di restituzione fosse stato determinato dalla declaratoria di inefficacia - successiva a un'azione revocatoria - o dalla revoca dei pagamenti del debitore per il fallimento del medesimo.

La clausola di sopravvivenza si poneva su di un piano distinto rispetto all'obbligo fideiussorio di primo livello, delineandosi una garanzia restitutiva che induceva la banca a prestare scarsa attenzione all'atto della concessione del credito. La deroga all'art. 1957 c.c., invero, operava unicamente a vantaggio del creditore garantito e finiva per esonerare la banca

dall'intentare e coltivare diligentemente le proprie istanze nei termini normativamente previsti. Lo sbilanciamento degli interessi costituiva, pertanto, un disincentivo alla responsabile azione della banca (17). La Banca d'Italia, rilevato il forte squilibrio contrattuale generato dalle tre clausole a danno del fideiussore, concludeva nel senso che le medesime clausole, ove uniformemente applicate, sarebbero risultate in contrasto con l'art. 2, comma 2, lett. a), L. n. 287/1990, risultando lesive della concorrenza. La pronuncia della Banca d'Italia pare scontare, tuttavia, un pregiudizio ideologico e tipologico, poiché ha correlato l'accertamento dell'intesa anticompetitiva all'alterazione indebita del tipo fideiussorio codicistico. Le clausole in questione rispondevano a interessi negoziali d'impresa e la loro valutazione avrebbe dovuto avere come riferimento la funzionalità di un contratto di garanzia atipico (18), ovvero i peculiari effetti giuridici prodotti da una prestazione di garanzia sita all'interno della dinamica dell'attività d'impresa, piuttosto che la mera rilevazione di un astratto effetto restrittivo della concorrenza legato al superamento dell'accessorietà codicistica. Assieme alla clausola a prima richiesta, ritenuta, invece, rilevante per l'adeguata tutela delle esigenze connesse al credito bancario e compatibile a livello sistematico, anche le altre clausole concorrevano a delineare un assetto di interessi coerente con la dinamica contrattuale d'impresa: ciò avrebbe suggerito una lettura capace di intercettare il valore costitutivo e legittimante dell'autonomia d'impresa, sottolineando il ruolo rivestito dalle garanzie nell'economia contrattuale, favorendo una distinzione tra le garanzie personali prestate per operazioni economiche

(17) Cfr. Trib. Bari 23 giugno 2021, n. 1199 in banca dati *Wolters Kluwer*: "Ciò che viene in rilievo, ai fini della dichiarazione di nullità del contratto fideiussorio, è l'illecita condotta anticoncorrenziale posta in essere dal sistema bancario, concretatasi nella predisposizione di modelli negoziali uniformi; tale illecita condotta è idonea ad inficiare la validità di tutti i successivi contratti che di essa sono diretta applicazione, anche quelli temporalmente anteriori all'accertamento effettuato dalla B.I.". Cfr. Trib. Belluno 31 gennaio 2019, n. 53, in banca dati *Wolters Kluwer*, nota di F. Toschi Vespasiani: "L'illecito anticoncorrenziale consumato con lo schema ABI, non può che travolgere con la nullità il negozio concluso 'a valle', per la violazione dei principi della Legge Antritrust in quanto il cosiddetto contratto 'a valle' costituisce lo sbocco dell'intesa a monte vietata, essenziale a realizzarne e ad attuarne gli effetti, con la lesione del diritto del consumatore finale a una scelta effettiva tra prodotti in concorrenza".

(18) Per la nullità si v. G. Bisogni, *Il regolamento Consob sugli intermediari finanziari*, in *Nuove leggi civ.*, 1999, II, 929 e 933; A. Albanese, *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, Napoli, 2003; G. Piazza, *La responsabilità della banca per acquisizione e collocamento di prodotti finanziari "inadeguati" ai profili del risparmiatore*, in *Corr. giur.*, 7, 2005, 1027 ss., 1031. Per la

responsabilità contrattuale si v. invece: C. Fiorio, *Doveri di comportamento degli intermediari finanziari, suitability rule, conflitto di interessi e nullità virtuale dei contratti di investimento in bond argentini*, in *Giur. it.*, 2004, f. 11, 2129; M.C. Venuti, *Le clausole generali di correttezza, diligenza e trasparenza nel testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria*, in *Europa dir. priv.*, 2000, II, 1090. Vedasi Cass. Civ. 16 gennaio 2020, n. 742 che ha sancito il superamento della teorica dogmatica del professionista c.d. "di rimbalzo" o "di riflesso", nei rapporti di garanzia, tra consumatori e istituti di credito. Tale pronuncia prende le mosse da un recente orientamento della Corte di Giustizia dell'Unione Europea aderente all'evolutiva nozione dello status di "consumatore". Nel caso di specie, i giudici rilevano come in quest'ultima categoria qualificatoria debba rientrare il fideiussore persona fisica che, pur svolgendo una propria attività professionale, abbia stipulato il contratto di garanzia per finalità non inerenti e attinenti allo svolgimento di tale attività, bensì estranee alla stessa. In tale ottica, è opportuno, ai fini della qualifica "consumeristica" del fideiussore che si tratti di atto non espressivo dell'attività professionale esercitata, né strettamente funzionale o strumentale al suo svolgimento.

Argomenti

Contratti in generale

complesse da garanti professionisti o interessati rispetto alle garanzie personali indipendenti da logiche commerciali.

Sulla *querelle annosa delle fideiussioni omnibus* redatte in violazione delle norme antitrust

La validità (*rectius* invalidità) delle fideiussioni *omnibus* ha dato il via ad una vera e propria querelle giurisprudenziale, non ancora del tutto sopita. Si particolare interesse è, sul profilo dogmatico, esplorare la *vexata quaestio* delle fideiussioni *omnibus* redatte in violazione della normativa antitrust e a fornire una nuova chiave di lettura della materia, in tema antiusura. Particolare riguardo assumono, in tale prospettiva, la conformità delle clausole contenute nel contratto di fideiussione rispetto al modello ABI, nonché all'applicabilità delle norme a tutela dei consumatori, alla violazione dei termini di decadenza *ex art.* 1957 c.c., della forma scritta *ad substantiam* ed ai criteri di diligenza e buona fede richiesti all'intermediario finanziario (19).

Lo sviluppo esponenziale del diritto privato europeo e la continua evoluzione del diritto dell'economia richiedono un impegnativo sforzo ricostruttivo, proiettato verso la ricerca di principi ordinanti e verso la ridefinizione del rapporto tra le categorie interne tradizionali e le nuove categorie di matrice euro-unitarie. La Comunità ha dedicato i suoi primi trent'anni alla rimozione degli ostacoli al mercato interno, cui ha invece opposto la difesa del principio di libera concorrenza.

Il liberismo delle prime scelte di politica economica si è evoluto nei trattati degli anni Novanta che ad esso hanno accostato anche un programma di interventi di politica sociale, e così, mentre il Trattato Ce si limitava a indicare come obiettivo dell'azione economica comunitaria un'economia di mercato aperto e in libera concorrenza, ora il Trattato di Lisbona utilizza una diversa e suggestiva formula: economia sociale di mercato.

Alla luce di questa formula vanno riletti i dogmi e le categorie generali del diritto dei contratti (20). Il settore di intervento principale è stato la tutela del consumatore, oggetto di una marcata specializzazione di disciplina in ragione dei soggetti protagonisti dell'operazione economica, volta in particolare a predisporre strumenti giuridici capaci di riequilibrare rapporti contrattuali sbilanciati a causa di asimmetrie (21) informative e di diverso potere economico tra le parti interessate.

Tra i meccanismi volti a garantire tale risultato, vi sono le c.d. nullità speciali di protezione.

La nullità di protezione è il rimedio posto a presidio del contenuto minimo e inderogabile del contratto del consumatore e volto, innanzitutto, a reagire all'introduzione di clausole abusive, con la conseguente inefficacia esclusivamente della parte del regolamento contrattuale o della singola clausola *contra legem*. L'istituto delle "nullità di protezione" si inquadra nell'ampia categoria dell'invalidità del contratto e più in generale nell'esigenza di garantire tra i protagonisti dei traffici giuridici ed economici il

(19) F. Capriglione - M. Sepe, *Riflessioni a margine del diritto dell'economia. Carattere identitario ed ambito della ricerca*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 3, 2021, 385 ss.

(20) S. Bastianon, *Tutela antitrust del consumatore finale*, in *Danno e resp.*, 2006, 1137, muove, da questo punto di vista, serrate critiche ad App. Napoli 9 febbraio 2006, n. 374, nella parte in cui rileva che "per aver l'intesa riguardato soltanto alcune compagnie di assicurazione, il consumatore avrebbe potuto stipulare la propria polizza r.c. auto con una compagnia assicuratrice diversa da quelle sanzionate dall'Autorità garante", con la conseguenza che "l'adesione del consumatore al premio proposto dalla società convenuta costituisce ulteriore elemento atto ad escludere l'efficienza causale dell'intesa sanzionata nel determinare l'assunto danno", obiettando che "nel momento in cui il consumatore stipulava il contratto di assicurazione r.c. auto, la partecipazione della propria compagnia all'intesa, successivamente scoperta e sanzionata dall'Autorità garante, non era certo evidente, come pure non si conoscevano i nomi delle compagnie di assicurazione coinvolte, in secondo luogo, l'affermazione della Corte di appello sembra non tenere nella giusta considerazione il c.d. *umbrella effect*, che spinge le imprese non partecipanti all'intesa ad allineare i propri premi a quelli praticati dalle imprese cartellizzate"; M. Hazan, *I rimborsi dei premi r.c.a.*, in questa *Rivista*, 2003, 908, analizzando proprio una siffatta ipotesi, asserisce che in questo caso "l'ente assicuratore, in regime di piena

libertà tariffaria, non commette alcun illecito, né prima del contratto né in occasione della sua stipula [...]. Il danno in questione riguarda, infatti, non l'aumento del premio in quanto tale [...], bensì la sostanziale impossibilità, per il consumatore, di reperire altrove condizioni di prezzo e di contratto più favorevoli", e conclude che "in tal caso [...] l'assicurato che intenda ottenere il ristoro di tale danno non potrà che rivolgere la propria azione (aquiliana) nei confronti delle compagnie che hanno fatto parte del cartello e che dovranno rispondere dell'illecito in via solidale, ai sensi e per gli effetti dell'art. 2055 codice civile". Invero, come si è già evidenziato, occorrerebbe riflettere meglio circa la possibilità, in un simile caso, di agire in via precontrattuale nei confronti della stessa impresa con cui si è concluso il negozio. Vedasi anche G. Guizzi, *Mercato concorrenziale e teoria del contratto*, in *Riv. dir. comm.*, 1999, I, 67; E. Camilleri, *Contratti a valle, rimedi civilistici e disciplina della concorrenza*, cit., 98 ss.; Id., *Validità della fideiussione "omnibus" conforme a schema-tipo dell'ABI e invocabilità della sola tutela riparatrice in chiave correttiva*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, 397.

(21) R. Tommasini, voce "Nullità (diritto privato)", in *Enc. dir.*, XXVIII, Milano, 1978, 896 ss.; F. Galgano, *Della nullità del contratto*, in *Commentario del codice civile*, IV, a cura di A. Scialoja - G. Branca, Bologna-Roma, 1998; G. De Nova, *Il contratto contrario a norme imperative*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1985, 440-442; G. Passagnoli, *Nullità speciali*, Milano, 1995.

principio della c.d. “negoziazione consapevole ed informata (22)”.

Sulla interruzione del termine decadenziale ex art. 1957 c.c.: tra profili dogmatici, mercato e concorrenza

Di particolare rilevanza è la sentenza del Tribunale di Roma, Sez. impr., 23 febbraio 2024, n. 3385. Con la sentenza in commento, il Tribunale ha accolto la domanda proposta dai fideiussori nei confronti della banca. Precipuamente, la medesima aveva ad oggetto la declaratoria di nullità parziale 4 (circostrita in particolare alla c.d. clausola derogativa).

A fondamento della decisione, il Tribunale ha puntualmente evidenziato che l'intimazione di pagamento potrebbe rappresentare atto idoneo ad interrompere il termine decadenziale ex art. 1957 c. c. solamente nell'ambito dei contratti autonomi di garanzia, ove il venir meno del rapporto di accessorialità (23) con l'obbligazione principale giustifica un'attenuazione della pretesa diligenza richiesta dall'art. 1957 c.c. da parte del creditore rispetto alle istanze proposte nei confronti del debitore principale. Parimenti, la sentenza *de qua* statuisce che la garanzia in esame prevede solamente la clausola “a prima richiesta” e non anche la clausola “senza eccezioni”: conseguentemente, sul piano applicativo, la stessa deve necessariamente essere ricondotta alla comune fideiussione (e non al contratto autonomo di garanzia come invece ventilato dalla banca). A tal uopo, a nulla rileverebbe, sul piano qualificatorio, il *nomen juris* conferito, peraltro, dagli stessi contraenti. Il medesimo, sebbene non sia preclusivo ad una

diversa qualificazione giuridica, risulta, in tale prospettiva, esplicativo della volontà delle parti e rilevante ai fini dell'inquadramento della garanzia in esame nella categoria delle fideiussioni, non rinvenendosi altri elementi dai quali sia possibile desumere una diversa qualificazione. Dunque, vertendo il caso sottoposto al Tribunale in materia di contratto di fideiussione, e non avendo riguardo contratto autonomo di garanzia, occorre avere riguardo al disposto di cui all'art. 1957 c.c. con cui si impone al creditore di proporre la sua “istanza” contro il debitore entro sei mesi dalla scadenza per l'adempimento dell'obbligazione garantita dal fideiussore, a pena di decadenza dal suo diritto verso quest'ultimo. Il medesimo è idoneo a rappresentare un *inducement* o mezzo di coercizione indiretta nei confronti del creditore, affinché lo stesso prenda sollecite e serie iniziative contro il debitore principale per recuperare il proprio credito. La *ratio* è evitare la posizione del garante non resti indefinitamente sospesa; il termine “istanza” si riferisce pertanto ai vari mezzi di tutela giurisdizionale del diritto di credito, in via di cognizione o di esecuzione, che possano ritenersi esperibili al fine di conseguire il pagamento, indipendentemente dal loro esito e dalla loro idoneità a sortire il risultato sperato. La sentenza in commento rappresenta, alla luce di quanto brevemente ricostruito, un ennesimo tassello di grande utilità operativa e dogmatica che si innesta nel complesso e multiforme mosaico del contenzioso avente ad oggetto la nullità parziale (24) della fideiussione per violazione della normativa Antitrust. La sentenza scioglie, invero, diversi nodi cruciali, aventi rilevanza dogmatica, da un lato, e pratico-applicativa, dall'altra. In particolare, deve

(22) Così M. Maggiolo, *Servizi e attività di investimento*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* dir. da A. Cicu - F. Messineo - L. Mengoni - P. Schlesinger, Milano, 2012, 550. E, d'altra parte, la riflessione sui rimedi azionabili condiziona la fisionomia del mercato che l'ordinamento mira a realizzare; così S. Pagliantini, *I costi impliciti nei derivati tra trasparenza e causa*, in D. Maffei, *Swap tra banche e clienti - I contratti e le condotte*, Milano, 2014, 219.

(23) V. Ricciuto, *La responsabilità precontrattuale nella prospettiva dei Principles of European Contract Law*, in S. Mazzamuto (a cura di), *Il contratto e le tutele. Prospettive di diritto europeo*, Torino, 2002, 139 ss.

(24) Non può con citarsi come precedente Cass. Civ., SS.UU., 4 ottobre 2019, n. 28314, con nota di C. Scognamiglio, *Le Sezioni Unite e le nullità selettive: un nuovo spazio di operatività per la clausola generale di buona fede*, cit., 5-8. Secondo l'Autore, la giurisprudenza, in tale sentenza, in tema di nullità della *species* selettiva, riduce la questione (della risolubilità e) della nullità selettiva a un giudizio di comparazione sugli investimenti complessivamente eseguiti: se i rendimenti degli investimenti non colpiti dall'azione di nullità superano il pregiudizio accertato per l'investitore, l'effetto paralizzante dell'eccezione è integrale; ove invece si determina un danno per l'investitore, anche all'esito della comparazione con gli altri investimenti non colpiti dalla nullità selettiva,

l'effetto impeditivo opera nei limiti del vantaggio conseguito con detti investimenti. Sulla nullità derivata del cd. contratto di fideiussione “a valle” per violazione della normativa antitrust Cass. Civ. 12 dicembre 2017, n. 29810, in *Foro it.*, 2018, I, 152, e più recentemente, Cass. Civ. 15 giugno 2019, n. 21878, in *DeJure*. Nello stesso senso nella giurisprudenza di merito si pone Trib. Salerno 3 febbraio 2020, in www.contenzioso-bancario.it. La tesi della nullità derivata del contratto “a valle” non è invece condivisa da Trib. Treviso 13 agosto 2019, in www.dirittodelrisparmio.it, atteso che l'art. 2, comma 2, L. n. 287/1990 si riferisce alle intese tra “imprese” tra di loro in concorrenza, nulla disponendo circa le sorti dei rapporti commerciali tra una di queste imprese e contraenti terzi. In senso conforme a quest'ultima pronuncia di merito Trib. Napoli 28 febbraio 2019, in www.expertcreditor.it; Trib. Busto Arsizio 26 maggio 2020, in www.ilcaso.it, ed in modo ancora più marcato, Trib. Treviso 26 luglio 2018, in www.iusexplorer.it, nell'affermare che nei contratti di fideiussione non vi è alcun oggettivo richiamo alla deliberazione dell'associazione di imprese bancarie di approvazione del modello standardizzato di fideiussione, né, men che meno, risulta che tale deliberazione abbia vincolato l'istituto di credito stipulante al rispetto dello schema ABI nella contrattazione con i terzi.

Argomenti

Contratti in generale

aversi riguardo alla *querelle* sulla validità del provv. n. 55/2005 di Banca d'Italia anche per le fideiussioni *omnibus* rilasciate successivamente a tale provvedimento (di fatto è sufficiente che la garanzia oggetto di contestazione sia sostanzialmente conforme allo schema ABI 2003, a nulla rilevando la data di rilascio della garanzia); si affronta, ripercorrendo i diversi orientamenti dottrinali e giurisprudenziali, in punto di natura di fideiussione (e non di contratto autonomo di garanzia) dello schema ABI sanzionato da Banca d'Italia con provvedimento n. 55/2005. Infine, si ribadisce, sul piano operativo, la necessità, per la banca, di interrompere il termine decadenziale *ex art.* 1957 c.c. con una "istanza" giudiziale, a nulla rilevando una eventuale intimazione di pagamento.

Riflessioni conclusive in tema di nullità parziale con funzione protettiva: tra categorie dogmatiche del diritto dell'economia e limiti di un approccio basato sull'analisi economica del diritto

Come anticipato, la validità (*rectius* invalidità) delle fideiussioni ha dato il via ad una vera e propria *querelle* giurisprudenziale, non ancora del tutto sopita. L'ordinanza Corte di Giustizia UE 19 novembre 2015, C-74/15, si è pronunciata in tema di clausole abusive per i contratti di fideiussione e di garanzia immobiliare stipulati con i consumatori. I Giudici - chiamati ad esprimersi, nella fattispecie in esame, su di una controversia fra un consumatore finale ed un intermediario finanziario - hanno affermato che tali contratti devono essere interpretati in base alla Dir. 5 aprile 1993, n. 93, e - più precisamente - in base al principio che afferma: "gli articoli 1, paragrafo 1 e 2, lettera b), della direttiva 93/13/CEE del Consiglio, del 5 aprile 1993, concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori, devono essere interpretati nel senso che tale direttiva può essere applicata a un contratto di garanzia immobiliare o di fideiussione stipulato tra una persona fisica e un ente creditizio al fine di garantire le obbligazioni che una società commerciale ha contratto nei confronti di detto ente in base a un contratto di credito, quando tale persona fisica ha agito per scopi che esulano dalla sua attività professionale e non ha alcun collegamento di natura funzionale con la suddetta società". Questa tutela rileva particolarmente nel caso di un contratto di garanzia o

di fideiussione stipulato fra un istituto bancario e un consumatore: tale contratto si basa infatti su un impegno personale del garante o del fideiussore al pagamento del debito contratto da un terzo. L'impegno comporta, per chi vi acconsente, obblighi onerosi che hanno l'effetto di gravare il suo patrimonio di un rischio finanziario spesso difficile da misurare. I Giudici europei aditi affermano, inoltre, che nel caso di una persona fisica che abbia garantito per l'adempimento delle obbligazioni di una società commerciale, spetta al giudice nazionale determinare se tale persona abbia agito nell'ambito della sua attività professionale o sulla base dei collegamenti funzionali che la legano a tale società - ad esempio, amministrazione della società stessa o partecipazione non trascurabile al capitale sociale - o se abbia agito per scopi di natura privata. Nell'ordinanza *de qua*, la Corte ha affermato che l'art. 1, parr. 1 e 2, lett. b), Dir. n. 93/2013, deve essere interpretato nel senso che tale Direttiva può essere applicata a un contratto di garanzia immobiliare o di fideiussione stipulato tra una persona fisica e un ente creditizio al fine di garantire le obbligazioni che una società commerciale ha contratto nei confronti di detto ente in base a un contratto di credito, quando tale persona fisica ha agito per scopi che esulano dalla sua attività professionale e non ha alcun collegamento di natura funzionale con la suddetta società.

La nullità parziale, in questa prospettiva rimediaria e conformativa, assume un'importanza determinante, anche nella materia dei contratti dei consumatori. Secondo gli orientamenti ormai invalsi della Corte di Giustizia, il giudice è chiamato a valutare se la nullità parziale sia rimedio effettivo, proporzionato e persino dissuasivo (c.d. *disinducement* o strumento di coercizione indiretta) e non potrà farlo senza interrogarsi sulle conseguenze della nullità per le sorti del contratto, sull'effettivo riequilibrio tra diritti e obblighi significativamente alterato dall'abuso del professionista, sulla ragionevolezza del rimedio in termini di deterrenza generale.

In questa valutazione, in ragione dei peculiari poteri officiosi e degli atti di impulso del contraddittorio tra le parti, la nullità parziale (25) opera in combinazione quasi inscindibile con quello che, nella giurisprudenza euro-unitaria, finisce per essere un complemento determinante del rimedio invalidatorio: l'integrazione del contratto o la denegazione della

(25) F. Annunziata, *Regole di comportamento degli intermediari*, in *La riforma dei mercati finanziari: dal decreto Eurosim al Testo unico della finanza*, a cura di G. Ferrarini - P. Marchetti, Roma, 1998, 382; L. Bussoletti - G. Tonelli, *Le banche e l'attività di*

gestione di patrimoni mediante operazioni in valori mobiliari, in *L'attività non bancaria delle banche*, a cura di G. Porzio, Milano, 1993, 189 ss.

stessa. Fortemente ancorata a un'effettività della tutela, che è *in primis* strumento di deterrenza e di garanzia dell'effetto utile delle direttive e poi la base del diritto fondamentale al rimedio effettivo *ex art.* 47, Carta di Nizza, l'integrazione del contratto retrocede a co-elemento residuale della tutela consumeristica, soggetto al vaglio del giudice e al peso delle preferenze del consumatore (26). La sua "denegazione" diventa la regola, la sostituzione della clausola l'eccezione.

L'indagine ermeneutica operata consente di osservare i meriti di un approccio europeo capace di arricchire, in via elastica, la gamma dogmatica di rimedi civilistici classici di nuove funzioni e di proiettarli verso i traguardi di una tutela piena, effettiva, proporzionata e, in una logica di sistema, anche dissuasiva rispetto alla violazione. Al tempo stesso, lascia intravedere i molti vuoti di un dialogo tra Corti nazionali e Corte di Giustizia che, per forza di cose, reagisce a sollecitazioni puntuali, inserite in contesti determinati, non sempre del tutto accessibili in una prospettiva sovranazionale.

Il timore è che l'argomento fondato sulla dissuasività del rimedio abbia spinto la Corte a sottovalutare il ruolo dell'etero-integrazione in funzione protettiva del consumatore e finisca così per generare tensioni non necessarie tra diritto europeo e legislatori nazionali, a cui invece potrebbe in molti casi riconoscersi il merito di una normazione suppletiva altrettanto rispettosa dei principi di effettività, dissuasività e proporzionalità delle tutele.

Ugualmente critica è, sotto questo profilo, quell'aprioristica denegazione di ruolo all'integrazione giudiziale, anche se prevista dai sistemi nazionali, come

se, nello specifico ambito della determinazione degli effetti della nullità parziale, il giudice cessasse di essere l'interprete di una legislazione per principi, che lo stesso diritto europeo ha contribuito a valorizzare.

Del resto, nonostante l'intenso susseguirsi di pronunce, il dialogo tra corti nazionali e Corte di Giustizia ha ancora molti traguardi da conquistare in questo ambito.

Lo stesso *New Deal for consumers*, con la previsione di un rimedio caducatorio a fronte della pratica commerciale scorretta, potrebbe generare nuove questioni in merito all'alternativa tra caducazione totale e caducazione parziale del contratto affetto da pratica scorretta abbinata all'uso di clausole vessatorie.

Ugualmente, nel campo del credito al consumo, in cui è lo stesso diritto europeo ad aver sollecitato i legislatori nazionali ad adottare norme dispositive di riferimento (come nella determinazione del costo del credito o del valore dell'indennizzo in caso di restituzione anticipata), la sostituzione della clausola potrebbe riacquistare quel valore conformativo che le è già proprio nei sistemi nazionali, a cui forse è ragionevole rinunciare a favore di un più pesante ruolo sanzionatorio della nullità (27) solo nei casi più gravi.

In questo trascolorare della tutela civile verso orizzonti propri delle forme pubblicistiche (28) di attuazione dei diritti, è importante riflettere sull'essenza della nullità parziale di stampo consumeristico: un rimedio che, inerente all'atto, punta al riequilibrio di posizioni individuali all'interno di una relazione strutturalmente diseguale. Se, dunque, effettività,

(26) M. Fragali, *La fideiussione generale*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1971, I, 324. Cfr., altresì, G. Meo, *Funzione professionale e meritevolezza degli interessi nelle garanzie atipiche*, Milano, 1991, 171; L. Pontiroli, *Le garanzie autonome ed il rischio del creditore. Un contributo alla lettura del sistema*, Padova, 1992, 181; L. Ruggeri, *Interesse del garante e strutture negoziali. Contributo ad uno studio sistematico delle garanzie di esatta esecuzione, di pagamento del rimborso e di mantenimento dell'offerta*, Napoli, 1995. Con particolare riferimento alla funzione della garanzia del socio, A. Barba, *Obbligazione sociale e garanzia personale del socio illimitatamente responsabile*, in S. Pagliantini - E. Quadri (a cura di), *Scritti in onore di Marco Comporti*, I, Milano, 2008, 109 ss.

(27) A. Pietrobon, *Il dovere generale di buona fede*, Padova, 1969, 130; F. Santoro Passarelli, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1997, 171; P. Barcellona, *Profili della teoria dell'errore nel negozio giuridico*, Milano, 1962, 202 ss.; F. Benatti, *La responsabilità precontrattuale*, Milano, 1963, 68; F. Carresi, *In tema di responsabilità precontrattuale*, in *Temi*, 1965, 458.

(28) Cfr. anche F. Piraino, *Contro l'uso della nullità parziale in chiave di conformazione del contratto*, in *Giur. it.*, 2020, 1553. L'A. suggerisce, per sciogliere l'alternativa tra nullità totale nullità parziale, di guardare alla "soluzione che meglio soddisfa l'interesse della 'vittima' della condotta abusiva dell'impresa che,

grazie alla eliminazione della concorrenza realizzata attraverso il cartello, è stata in grado di imporre all'altro contraente quelle determinate condizioni contrattuali. Gli è, infatti, che impostare la soluzione in termini di prevalenza dell'interesse della vittima dell'abuso rispetto a quello del suo autore dimostra assai chiaramente che il problema che si tratta di risolvere non attiene affatto al tema della nullità del regolamento contrattuale espresso dal contratto a valle - che del resto richiede una valutazione evidentemente oggettiva della liceità delle regole in esso espresse e che prescinde dalla considerazione della concreta 'posizione' in cui versa ciascuna delle parti - bensì a quello della dannosità, di un contratto allora evidentemente valido, per uno dei due contraenti"; M.R. Maugeri, *Breve nota sui contratti a valle e rimedi*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, 415. Per un approfondimento in ordine alla c.d. nullità virtuale, v. G. Villa, *Contratto e violazione di norme imperative*, Milano, 1993, 74. Recentemente, Cass. Civ. 11 novembre 2022, n. 33368, ha chiarito che: "in tema di c.d. nullità virtuale, la violazione di disposizioni inderogabili concernenti la validità del contratto è suscettibile di determinarne la nullità unicamente ove non sia altrimenti stabilito dalla legge. Pertanto, questo esito va escluso sia quando risulti indicata una differente forma di invalidità (ad esempio, l'annullabilità) sia ove la legge assicuri l'effettività della norma imperativa con la previsione di rimedi diversi".

Argomenti

Contratti in generale

proporzionalità e dissuasività sono ormai comunemente applicate tanto alle sanzioni quanto ai rimedi, il loro uso dovrebbe essere correlato alla natura e alla funzione primaria di ciascuna misura disposta dal giudice. Nel caso della nullità parziale, ciò significa garantire che, attraverso il rimedio, la parte protetta dalla nullità sia in grado di recuperare effettivamente le utilità perdute, di liberarsi dagli oneri o i rischi ingiustamente assunti; non invece che, in ragione di una funzione deterrente del rimedio, consegua arricchimenti ingiustificati o vada esente da responsabilità proprie.

Del resto, il principio di proporzionalità non lo consentirebbe. In tale prospettiva, assume rilevanza peculiare la clausola generale della buona fede e il principio di solidarietà sociale. Il sistema della nullità speciale di tipo parziale, sulla scorta di un orientamento euro-unitario, consente di disegnare un assetto negoziale di intessi peculiare, in un'ottica di ottimale allocazione delle risorse economiche e finanziarie, nonché del rischio di "inadempimento", in riferimento *ex multis* agli obblighi informativi (29), alle regole di validità e alle regole di condotta (c.d. ottimo paretiano). La nullità di protezione - in via redistributiva-compensativa e, in parte, deterrente - alloca - entro i limiti dell'*exceptio doli generalis* - il rischio di "inadempimento" a carico dell'intermediario.

La nullità parziale - in un'ottica di analisi economica del diritto - opera quale fonte di *inducement*, o mezzo di coercizione indiretta, nei confronti dell'intermediario finanziario, affinché adempia all'obbligazione dedotta nel contratto e si comporti *ex bona fide*.

Gli incentivi o mezzi di coercizione indiretta sono importanti e guidano il comportamento umano; i medesimi, spesso, rappresentano qualcosa in più di mera prospettiva di guadagno monetario. La produzione e la tipizzazione di regole giuridiche, così come delle ipotesi patologiche della nullità, spesso, si basa su predizioni - secondo l'*id quod plerumque accidit* - circa la misura in cui le persone risponderanno alle regole giuridiche e ai vincoli istituzionali. Molti dei primi contributi alla analisi economica del diritto sono stati profondamente influenzati da modelli di scelta razionale, della prassi contrattuale e dalle teorie comportamentali dell'azione umana, che hanno tradizionalmente fornito le basi teoriche per tale predizione.

La complessità messa in luce da queste nuove dimensioni della moderna, elastica e non più dogmatica teoria dell'autonomia privata - *ex art. 1322 c.c.* - e delle ipotesi di nullità classiche porteranno al graduale sviluppo di modelli economici più complessi (30). È, allora, opportuno domandarsi, in via generale, se tali rimedi siano adeguati a realizzare l'esigenza di sopperire alle negligenze dei soggetti

(29) La buona fede in senso oggettivo nasceva sulla base del rapporto di connessione tra *ius civile* e *ius honorarium* con l'affermarsi dei c.d. *iudicia bonae fidei* ossia giudizi costituiti dai pretori romani in sostituzione e in alternativa ai tipici procedimenti di diritto civile.

Tali giudizi modificavano profondamente il diritto romano dei contratti introducendo una tutela superiore che teneva conto di esigenze socialmente riconosciute (valori etici e sociali) attraverso l'introduzione di regole di correttezza che per la prima volta godevano di difesa processuale, a prescindere dagli elementi sostanziali e formali tipici dello *ius civile*. Successivamente alla comparsa della *bona fides*, e fino al VI secolo D.C. l'ambito dell'*actio bona fidei* si ampliò sempre più soprattutto grazie alla introduzione della differenza tra obblighi di adempimento e obblighi di comportamento delle parti: da regola di mero rispetto della parola data, la *bona fides* diventava una vera e propria regola del rapporto obbligatorio assumendo la veste di fonte autonoma della obbligazione distinta dal vecchio *ius civile*. Nell'età medievale, poi, essa acquistò nuovo vigore e venne riconosciuta giuridicamente durante il periodo del c.d. "diritto intermedio" assumendo un ruolo più complesso; essa descriveva in sé tre tipologie di condotta: obbligo delle parti di tenere fede alla parola data; divieto delle parti di trarre vantaggio da propri comportamenti sleali; dovere delle parti di adempiere a quelle obbligazioni che, ancorché non espressamente previste, sarebbero ritenute giuste da una persona onesta e leale.

Un nuovo impulso alla formulazione e all'ampliamento del concetto di buona fede è rilevabile nell'età della codificazione (fine XIX inizio XX secolo) come testimonia soprattutto l'interesse di giuristi naturalisti quali Rosmini, Domat, Pothier i quali consideravano la buona fede come il punto fondamentale della disciplina dei

contratti onerosi. Nelle codificazioni dei vari ordinamenti contemporanei di *civil law* il concetto di buona fede trova sempre spazio anche se non ne viene mai descritto esplicitamente il contenuto proprio in coerenza con la natura elastica ed evolutiva delle clausole generali; al contrario nei sistemi di *common law* i medesimi risultati vengono raggiunti attraverso formulazioni implicite ed indirette, concettualmente diverse dalla buona fede. Cfr. C.M. Bianca, *La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, I, Napoli, 1983.

(30) Molti importanti dibattiti metodologici hanno accompagnato la crescita e l'evoluzione dell'analisi economica del diritto. Le tradizioni culturali di economisti e giuristi hanno prospettive diverse circa il ruolo da attribuire all'analisi economica nella scelta delle regole e nel disegno istituzionale. Durante la sua storia relativamente breve, il movimento della *law and economics* ha sviluppato tre distinte scuole di pensiero. Le prime due scuole, a cui spesso ci si riferisce come scuola "positiva" di Chicago e scuola "normativa" di Yale, si sono sviluppate quasi simultaneamente. La scuola "funzionale" di *law and economics*, che si è sviluppata successivamente, prende le mosse dalla teoria della *public choice* e dalla prospettiva della economia politica costituzionale della scuola della Virginia per offrire una terza visione che non è pienamente positiva né pienamente normativa. Il dibattito tra queste scuole offre importanti spunti per definire il ruolo appropriato dell'analisi economica nel processo legislativo ed istituzionale e per valutare i limiti dei metodi di calcolo delle preferenze sociali e del benessere aggregato nelle analisi politiche. Questi dibattiti hanno contribuito a far crescere l'interesse intellettuale verso l'analisi economica del diritto e alla diversificazione delle metodologie nell'analisi economica del diritto stessa.

intermediari e, se siano capaci di svolgere una funzione di deterrenza rispetto alle condotte illecite degli operatori medesimi.

Invero, nell'ambito della disciplina dei mercati finanziari, anche prima della MiFID II, si era posto il problema di determinare quale fosse il rimedio esperibile dall'investitore danneggiato dall'inosservanza, da parte dell'intermediario finanziario delle regole di condotta di cui all'art. 21 T.U.F., posto che l'unico rimedio positivizzato è quello risarcitorio giacché all'art. 23, comma 6, T.U.F. si prevede nei giudizi in cui spetti all'investitore il diritto al risarcimento del danno, l'inversione dell'onere della prova a carico dell'intermediario finanziario il quale deve dimostrare di aver agito con la diligenza specifica richiesta.

Occorre premettere che i rimedi per la violazione degli obblighi comportamentali (31) degli intermediari finanziari servono a ridistribuire le perdite da inefficienze, operando quali strumenti di correzione delle stesse. Tuttavia, essi incidono sul rapporto intermediario-investitore, per tale ragione si tende a guardare per lo più al rimedio tipico del rapporto - quale il risarcimento del danno subito - confidando che quest'ultimo sia il più adatto a rimediare alla violazione degli obblighi informativi, di trasparenza e, nel caso di conflitto di interessi, alla distribuzione di prodotti finanziari. Guardando anche al contratto - fonte del rapporto di intermediazione finanziaria - gli interpreti hanno, dapprima, sostenuto posizioni più protezionistiche prospettanti l'invalidazione per

violazione di regole impositive di obblighi informativi in capo agli intermediari. In diversi pronunciamenti la giurisprudenza ha sostenuto che gli obblighi informativi debbano qualificarsi quale elemento strutturale del contratto derivandone che, laddove l'informazione non fosse fornita, oppure fosse incompleta/scorretta, il rimedio di cui avvalersi sia la nullità virtuale.

Successivamente, le Sezioni Unite, in due sentenze gemelle, basandosi sul principio di separazione tra regole di validità e regole di condotta - specificandone ciò che ne deriva - ha perimetrato i rimedi sanzionatori attivabili nelle ipotesi di violazioni aventi ad oggetto regole comportamentali, affermando che l'infrazione delle regole di condotta cui sono tenuti gli intermediari finanziari - che si basano sulla buona fede e correttezza - comporti la responsabilità risarcitoria, sì da ridurre l'ampio spazio concesso al rimedio invalidante.

Ha trovato così accoglimento la diversa soluzione per cui la violazione degli obblighi di comportamento, che si collocano in tutte le fasi contrattuali, comporta l'inadempimento contrattuale. Sicché la risoluzione del contratto-quadro trova la sua giustificazione nell'inadempimento dell'intermediario, consistente nella violazione dei doveri inerenti alla prestazione del servizio di intermediazione (32). La nullità può essere invocata solo laddove le operazioni d'investimento non siano state precedute dalla stipula di un contratto quadro in forma scritta (33). Tuttavia, la difficoltà degli interpreti è stata quella di qualificare

(31) V. Roppo, *Il contratto*, Bologna, 1977, 270 ss. Ancora, R. Pardolesi, *Contratti dei consumatori e armonizzazione: minimax e commiato?*, in *Foro it.*, 2012, V, 177: "Il diritto dei consumatori è uno dei settori in cui l'attività normativa dell'Unione ha prodotto i risultati più significativi. Fra il 1985 e il 2002 sono state adottate numerose direttive (vendita porta a porta; viaggi tutto compreso; clausole abusive; multiproprietà; contratti a distanza; garanzie nella vendita), che, senza comporre un quadro organico (...) hanno tuttavia contribuito ad avvicinare le discipline nazionali e, in taluni casi (in Italia, ad esempio), a elevare il livello di tutela garantito ai consumatori. (...)".

(32) A. Azzaro, *I contratti non negoziati*, Napoli, 2000, 207 ss., 233 ss. (così anche G. D'Amico, "Regole di validità" e principi di correttezza nella formazione del contratto, Napoli, 1996, 315, secondo cui di recente "si riscontra la tendenza a 'localizzare' una parte dell'informazione precontrattuale nel momento della conclusione del contratto"). L'autore parla di "tipizzazione del procedimento (in)formativo", ed esclude l'applicabilità, nei contratti standard non negoziati, dei rimedi volti a garantire la corretta formazione del consenso. Così anche M. Maggiolo, *Il contratto predisposto*, Padova, 1996, 178 ss.; G. Grisi, *Gli obblighi di informazione, in Il contratto e le tutele. Prospettive di diritto europeo*, a cura di S. Mazzamuto, Torino, 2002, 149, afferma che il momento precontrattuale perde autonomia e il contratto "diventa, esso stesso, strumento (e veicolo) di informazione".

(33) Cfr. A. Di Majo, *La nullità*, in M. Bessone (diretto da), *Trattato di diritto privato*, vol. XIII, t. VII, Torino, 2002, 131 ss.; G. Guizzi, *Contratto e intesa nella disciplina a tutela della*

concorrenza, in Id., *Il mercato concorrenziale: problemi e conflitti. Saggi di diritto antitrust*, Milano, 2018, 77 ss., 97 ss. Per M.R. Maugeri, *Invalidità del contratto e disciplina imperativa del mercato*, in G. Olivieri - A. Zoppini (a cura di), *Contratto e antitrust*, Roma-Bari, 2008, 176, la formula "nullità a ogni effetto" esprime il massimo grado dell'invalidità e integra una risposta alla perdita di benessere sociale: tuttavia, la protezione di un interesse generale non può portare a interpretare la nullità in questione quale nullità di protezione. In questo senso, v. anche G. Taddei Elmi, *I rimedi civilistici*, in C. Rabitti Bedogni - P. Barucci (a cura di), *20 anni di antitrust. L'evoluzione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, II, Torino, 2010, 1051.

Per una ricostruzione tesa a qualificare le nullità *antitrust* alla stregua di nullità di protezione, cfr. V. Scalisi, *Contratto e regolamento nel piano d'azione delle nullità di protezione*, in P. Sirena (a cura di), *Il diritto europeo dei contratti d'impresa. Autonomia negoziale dei privati e regolazione del mercato*, Milano, 2006, 420 ss., 428 s. In linea, F. Longobucco, *Violazione di norme antitrust e disciplina dei rimedi nella contrattazione "a valle"*, Napoli, 2009, 128, per il quale occorre richiamare la logica della nullità di protezione di matrice comunitaria e procedere attraverso una correzione equitativa della clausola squilibrata; G. Spoto, *Le invalidità contrattuali*, Napoli, 2012, spec. 220; M. Rizzuti, *La sanabilità delle nullità contrattuali*, Napoli, 2015, 59, nt. 216, secondo il quale un'ipotesi di nullità virtuale di protezione può essere rappresentata per i contratti "a valle".

Cfr. anche A. Gentili, *La nullità dei contratti a valle come pratica concordata anticoncorrenziale. (Il caso delle fidejussioni Abi)*, in

Argomenti

Contratti in generale

l'operazione d'investimento, in quanto essa si compone, non già di un unico atto negoziale, ma di un rapporto originario cui seguono diversi atti esecutivi. Ciò ha implicato che la valutazione sull'importanza dell'inadempimento possa riguardare il contratto-quadro o il singolo ordine di esecuzione, discendendo conseguenze diverse nell'un caso o nell'altro. In particolare, con riferimento al singolo ordine di esecuzione la giurisprudenza recentemente ha consolidato l'orientamento per cui dall'inadempimento dell'intermediario nell'esecuzione del singolo ordine di investimento derivi la risoluzione del singolo ordine di investimento, giacché considerato quale atto di natura negoziale autonomo rispetto al contratto-quadro. Vale la pena solo di accennare che poco seguito ha avuto, invece, la tesi che prospettava l'annullabilità del contratto per vizio del consenso, in considerazione della funzione che tale rimedio è chiamato a svolgere, operando in quelle situazioni di squilibrio contrattuale dovute ad una condotta illecita di una delle parti.

Il dibattito, tutt'altro che sopito, è, ora, fortemente catalizzato dalla questione della ripartizione dell'onere probatorio. Dall'esame della casistica si evidenzia, infatti, che la giurisprudenza è fortemente concentrata nella rilettura della distribuzione dell'onere probatorio nei giudizi di responsabilità (34). L'orientamento prevalente afferma che l'investitore dovrebbe individuare l'inadempimento dell'intermediario allegando in modo specifico la norma che ritiene violata dal medesimo.

In secondo luogo, il danneggiato dovrebbe fornire la prova - anche per presunzioni - del conseguente danno emergente e lucro cessante ai sensi dell'art. 1223 c.c., consistente almeno nella perdita in tutto o in parte del capitale investito. Infine, la sessa

giurisprudenza ritiene debba sussistere un nesso causale fra l'inadempimento dell'intermediario e il danno subito dal cliente è presunta, dal momento che l'inosservanza dei doveri informativi costituisce di per sé un fattore di disorientamento per l'investitore. L'intermediario finanziario può vincere tale presunzione fornendo la prova positiva di sopravvenienze atte a deviare il corso della catena causale. Riguardo alla violazione della regola di adeguatezza e l'esatta ripartizione dell'onere probatorio, la Cassazione non si è ancora pronunciata. Occorrerà, dunque, attendere per verificare se l'orientamento appena descritto è suscettibile di applicazione anche ai casi di violazione della regola di adeguatezza. La risposta, auspicabilmente, potrebbe essere positiva ove si consideri che la regola di adeguatezza trova la propria fonte nella norma inderogabile posta dall'art. 21 T.U.F. I giudici potrebbero traslare la soluzione anche ai casi di violazione della regola di adeguatezza, ritenendo sussistente la medesima presunzione circa il nesso causale tra evento e il danno. In tale prospettiva, occorre rileggere l'auto-responsabilità alla luce delle differenze previste dalle disposizioni normative tra adeguatezza e appropriatezza. A ben vedere, però, il sistema regolatorio ponendo l'accento sull'attività di impresa, (in particolare all'attività di concepimento dei prodotti di investimento) potrebbe aprire la possibilità di configurare un più specifico apparato di responsabilità in capo all'impresa *manufacturer* (35). Al riguardo, occorre analizzare il Considerando n. 71 della Dir. 2014/65 che, imponendo ai "produttori" di garantire "che tutti i rischi specificamente attinenti a tale *target* siano stati analizzati", potrebbe essere letto nel senso che l'impresa produttrice garantisce l'assoluta completezza della sua analisi e pertanto, in ipotesi di

Giust. civ., 2019, 675. Ad esempio, secondo l'A., "la clausola di rinuncia del fideiussore alla preventiva escussione del debitore nei termini di legge in deroga all'art. 1957 c.c. [...] è esempio di come possano esservi violazioni della concorrenza che danneggiano il mercato ma non danneggiano patrimonialmente il terzo". Per G. Perlingieri, *La convalida delle nullità di protezione e la sanatoria dei negozi giuridici*, Napoli, 2010, 68, occorre considerare distintamente gli effetti prodotti sul mercato da una clausola a seconda che sia inserita in un contratto individuale o predisposta in un contratto standard. In precedenza, per importanti spunti, v. G. Cavalli, *Contratti bancari su modulo e problemi di tutela del contraente debole*, Torino, 1976, 28 ss.

(34) Secondo R. Lener, *Forma contrattuale e tutela del contraente "non qualificato" nel mercato finanziario*, Milano, 1996, 13-15, inoltre, con questa tecnica informativa "il legislatore contemporaneo non ignora la teoria dei vizi della volontà o gli obblighi di informazione della controparte, ma al contrario li 'sublima' nella forma, dando ad essi la massima protezione possibile.

L'obiettivo della tutela dell'integrità della formazione della volontà contrattuale è perseguito attraverso la predeterminazione di

forma e contenuto [...] del contratto". Per l'A., tuttavia, il meccanismo delle indicazioni da inserire obbligatoriamente nei contratti è uno "strumento di informazione oggettiva" che impedisce il configurarsi di qualunque ipotesi di dolo o errore. Similmente, A. Jannarelli, *La disciplina dell'atto e dell'attività: i contratti tra imprese e tra imprese e consumatori*, Padova, II, 1997, 524 ss., e M. Masucci, *La forma del contratto*, in N. Lipari (a cura di), *Diritto privato europeo*, Padova, 1997, 585.

(35) L. Mengoni, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, nota a Cass. 5 maggio 1955, n. 1259 e Trib. Roma 24 gennaio 1955, in *Riv. dir. comm.*, 1956, 361 ss. in particolare, 364 (dove si trova il brano riprodotto nel testo). È dunque senz'altro condivisibile quanto scrive F. Piraino, *La natura contrattuale della responsabilità precontrattuale (ipotesi sull'immunità)*, in questa *Rivista*, 2017, 47, secondo il quale "la natura relazionale della responsabilità precontrattuale è consacrata dal legislatore". Sul punto, vedi anche, A. Albanese, *La lunga marcia etc.*, cit., 1132; per una densa, recentissima rimediazione dell'istituto della responsabilità precontrattuale, cfr. M. Orlandi, *Responsabilità precontrattuale*, in *Enc. dir. - I tematici, Il contratto*, Milano, 2021, 996 ss.

contestazione, egli dovrà provare di aver adottato le procedure necessari e ad escludere rischi non evidenziati. Del resto, l'attività di concepimento del prodotto finanziario ben potrebbe rientrare tra le attività continuate ed organizzate che cagionano statisticamente molti incidenti, dalle conseguenze molto gravi. Ciò potrebbe indurre l'interprete a ritenere che la suddetta attività sia qualificabile quale attività pericolosa, derivandone la configurabilità di una responsabilità di cui all'art. 2050 c.c. Se ne inferisce che il risparmiatore che abbia subito un danno e lamenti che esso sia derivato da una negligente effettuazione della *Product governance* potrebbe esercitare un'azione *ex art. 2050 c.c.* nei confronti di un'impresa produttrice. Se fosse ammissibile un'azione *ex art. 2050 c.c.* nei confronti del *manufacturer* da parte di un risparmiatore che abbia subito un danno il quale lamenti che esso sia derivato dal non aver governato i rischi connessi alla circolazione del prodotto (in ragione di un *target market* di riferimento) ne discenderebbero rilevanti ricadute applicative, sia con riguardo all'onere della prova, che al danno risarcibile.

È d'uopo rimarcare che la regola di cui all'art. 2050 c.c. ha visto negli ultimi anni un significativo ampliamento della sua portata applicativa da parte della giurisprudenza con il fine di assicurare una posizione di favore per il danneggiato, anche laddove l'attività posta in essere dal danneggiante risulti scarsamente significativa sul piano del pericolo. In questa prospettiva, si è fatto riferimento ad attività che secondo l'interpretazione tradizionale sembravano non possedere quel connotato di pericolosità nello svolgimento o nei mezzi adoperati richiesto dall'art. 2050 c.c. (36). Circa la natura di tale fattispecie di responsabilità l'orientamento oggi prevalente individua nell'art. 2050 c.c. un'ipotesi di responsabilità assimilabile a quella oggettiva. Ciò viene desunto dal regime della prova liberatoria posta in capo all'esercente l'attività, che esula dalla dimostrazione di

un'assenza di colpa ed è talmente rigorosa da essere equiparata al caso fortuito. Quanto ai presupposti, la giurisprudenza parte dall'assunto che sia indispensabile l'accertamento di un nesso di causalità tra l'attività o la cosa e il danno patito dal terzo (37). Al riguardo la Cassazione ha più volte affermato che deve ricorrere la duplice condizione: che il fatto costituisca un antecedente necessario dell'evento, nel senso che quest'ultimo rientri tra le conseguenze normali ed ordinarie del fatto; e che l'antecedente medesimo non sia poi neutralizzato, sul piano eziologico, dalla sopravvenienza di un fatto di per sé idoneo a determinare l'evento o sia riconducibile ad una causa ignota o incerta. Da questi pochi elementi viene in rilievo che ricostruire in termini di responsabilità da attività pericolose l'attività del *manufacturer* non esimerebbe il danneggiato dal difficile onere di provare la sussistenza del nesso eziologico tra l'esercizio dell'attività pericolosa e l'evento dannoso, non potendo il soggetto agente essere investito di una presunzione di responsabilità rispetto ad un evento che non è ad esso in alcun modo riconducibile. Quest'ultima è prova che in passato ha posto problemi di accertamento, potendosi dubitare che il pregiudizio subito derivi dalla mancata o falsa informazione. Ciò ha indotto i giudici a ricorrere alle presunzioni di causalità enunciate, giacché il meccanismo presuntivo facilita l'accertamento dell'incidenza della condotta negligente dell'intermediario. Ne emerge che imputare agli intermediari finanziari una responsabilità per esercizio di attività pericolose, *ex art. 2050 c.c.* porterebbe a scardinare il consolidato orientamento della giurisprudenza che si pone nella direzione dell'effettività dell'adempimento degli obblighi d'informazione in quanto la mera violazione dell'obbligo informativo in capo all'intermediario, insieme alla prova del danno, determina una presunzione di sussistenza del nesso causale.

Sono, dunque, utili, anche in tema di allocazione dell'onere probatorio, gli spunti dell'analisi

(36) U. Salanitro, *Società per azioni e mercati finanziari*, Milano, 2000, 186 ss., ritiene che l'inosservanza delle disposizioni sul contenuto del contratto quadro comporti la nullità del contratto se con essa si determina la mancanza di qualche elemento essenziale. Negli altri casi, invece, si tratterebbe di inadempimento. Sempre su questa scia, S. Rovito - N. Picardi, *Commento all'art. 23*, in *Testo Unico della finanza: d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58*, diretto da G.F. Campobasso, I, *Intermediari e mercati*, Torino, 2002, 202, ipotizzano il caso in cui la mancata specificazione del servizio renda impossibile la sua identificazione...

(37) Il fatto che i principi di comportamento non possano sempre essere stabiliti con sufficiente certezza, rischia di creare "costi di transazione" non agevolmente prevedibili [e difficoltà nel commisurare] le "spese di affidamento" nella fase prenegoziale".

Si deve precisare che qui i concetti di correttezza e buona fede si considerano sinonimi, sebbene alcuni autori li abbiano differenziati. Secondo E. Betti, *Teoria generale delle obbligazioni*, I, *Prolegomeni, funzione economico sociale dei rapporti d'obbligazione*, Milano, 1953, 68, la distinzione tra correttezza e buona fede va rinvenuta nei doveri di carattere negativo imposti dalla prima e di carattere positivo imposti dalla seconda.

Per C.M. Bianca, *La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, 211 e 213, invece, dalla buona fede derivano al contempo obblighi negativi e positivi, tra cui quelli di informazione. In futuro, il margine interpretativo lasciato ai giudici sarà comunque attenuato, dato che la direttiva Mifid, e in particolare il regolamento della Commissione cit., precisano in maniera più dettagliata il contenuto delle informazioni dovute dopo la conclusione del contratto quadro.

Argomenti

Contratti in generale

economica del diritto; tuttavia, la sanzione della nullità parziale (38) (quale rimedio reale) dovrebbe, auspicabilmente, affiancarsi al rimedio obbligatorio del risarcimento del danno. A complicare il quadro ricostruttivo, che, in parte, già evidenzia i limiti della *Law & Economics*, si pone il peculiare regime di specialità della nullità di protezione, con riguardo, ad esempio, alla ristretta legittimazione ad agire e con il rischio di comportamenti opportunistici derivanti dall'utilizzo strumentale dell'*exceptio doli generalis*. La disciplina della *Law & Economics*, sebbene funzionale ad una ottimale allo-

cazione del rischio di "inadempimento" - *lato sensu* inteso - dell'intermediario, non si attaglia del tutto, alle categorie dogmatiche proprie del diritto civile, con particolare riguardo alla prospettiva dei rimedi invalidatori (39) o di conformazione del contratto alle norme inderogabili a tutela del mercato.

Pare immanente, in conclusione, un canone di "ordine pubblico di protezione", per l'appunto, fondativo della predetta categoria dogmatica demolitoria, attraverso lo strumento negoziale, di "una politica dirigitica di ricerca dell'equilibrio giuridico nei rapporti negoziali non conclusi fra imprenditori".

(38) Per quanto attiene al profilo della nullità di particolare interesse è la recente sentenza della Cass. Civ. 13 dicembre 2023, n. 34889: essa segna un punto di svolta significativo nel diritto bancario, con particolare riferimento alla validità dei tassi di interesse applicati ai mutui. La sentenza affronta specificamente il periodo dal 29 settembre 2005 al 30 maggio 2008, durante il quale è stata accertata la manipolazione dell'*Euribor*. Tale manipolazione ha ora importanti ripercussioni legali, determinando la potenziale invalidità delle pattuizioni dei tassi di interesse dei mutui che facessero riferimento a questo indice. L'importanza della sentenza risiede nel suo ampio raggio d'azione: essa stabilisce che la nullità dei tassi di interesse non riguarda soltanto i mutui contratti con le banche direttamente coinvolte nella manipolazione dell'*Euribor*, ma si estende a tutte le banche che hanno utilizzato questo indice per calcolare gli interessi sui mutui. Questo aspetto è cruciale perché amplifica il numero di mutuatari potenzialmente interessati. La sentenza sottolinea che gli accertamenti antitrust condotti in precedenza rendono legittima la presunzione dell'esistenza di una pratica anticoncorrenziale durante il periodo in questione. Di conseguenza, i tassi di interesse applicati ai mutui

in quel lasso di tempo potrebbero essere considerati invalidi. Per i mutuatari, ciò implica la possibilità di avanzare richieste di restituzione degli interessi pagati nel periodo dal 29 settembre 2005 al 30 maggio 2008. In tale contesto, i mutuatari potrebbero avere diritto a un rimborso degli interessi versati, con la possibilità di applicare un tasso sostitutivo *ex art. 117 TUB*, presumibilmente inferiore a quello originariamente pattuito. Con la medesima decisione, la Cassazione aveva affermato infatti la nullità di tale clausola in quanto il tasso d'interesse veniva determinato *per relationem*, ovvero facendo riferimento al tasso *Euribor* fissato attraverso un accordo di manipolazione della concorrenza da un certo numero di istituti bancari, come accertato dalla Commissione Antitrust Europea con decisione del 4 dicembre 2013 (Caso AT.39914 - Derivati sui tassi di interesse in euro).

(39) A. Pietrobon, *Il dovere generale di buona fede*, Padova, 1969, 130; F. Santoro Passarelli, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1997, 171; P. Barcellona, *Profili della teoria dell'errore nel negozio giuridico*, Milano, 1962, 202 ss.; F. Benatti, *La responsabilità precontrattuale*, Milano, 1963, 68; F. Carresi, *In tema di responsabilità precontrattuale*, in *Temi*, 1965, 458.

Inadempimento

Inadempimento anticipato e tutela della parte contrattuale fedele

di Tereza Pertot (*)

Nella pratica degli affari, accade sovente che le parti di un contratto sinallagmatico differiscano la relativa esecuzione ad un momento successivo rispetto a quello della stipula. In tali ipotesi, non è peraltro infrequente che l'attuazione del rapporto risulti compromessa anteriormente alla sopraggiunta esigibilità delle prestazioni reciprocamente dovute. Sorge, così, l'interrogativo in ordine alle conseguenze derivanti dall'evidenza di una (futura, ma) già percepibile violazione contrattuale. E se non vi è dubbio che interesse del contraente *in bonis* sia di reagire senza ritardo per evitare i pregiudizi connessi all'attesa di un inadempimento, il quale si appalesi come possibile o, addirittura, come certo, perché oramai inevitabile, controverso è, tuttavia, se una tale reazione possa ritenersi ammissibile, quando ancora non sia maturato il tempo previsto per la realizzazione del sinallagma.

Inadempimento *ante diem*: declinazioni del fenomeno, origini della regola sull'anticipata risolubilità del contratto e (ostacoli al) suo accoglimento nei sistemi di diritto codificato

Nella pratica degli affari, accade sovente che le parti di un contratto sinallagmatico differiscano la relativa esecuzione ad un momento successivo rispetto a quello della stipula. In tali ipotesi, non è peraltro infrequente che l'attuazione del rapporto risulti compromessa anteriormente alla sopraggiunta esigibilità delle prestazioni reciprocamente promesse. È quanto avviene, ad esempio, in presenza della dichiarazione di uno dei contraenti di non volere più adempiere,

originata dalla prospettiva di un affare più conveniente (1); o quando sopravvengano fatti, i quali siano del pari capaci di pregiudicare la futura realizzazione degli interessi perseguiti dai paciscenti. Incertezze sul buon esito dello scambio possono scaturire, ancora, dal comportamento di una delle parti, che compia atti i quali minaccino l'attuazione del rapporto; o che ometta la necessaria attività preparatoria. Un'incrementata probabilità di inadempimento può dipendere, ulteriormente, da una congiuntura economica sfavorevole, da condotte poste in essere da terzi, così come da fenomeni bellici, cambiamenti climatici, vicende politiche (2).

Di fronte all'eventualità che l'attuazione del rapporto sia messa in dubbio prima ancora del tempo previsto

(*) Il contributo, che sintetizza gli esiti di una più ampia ricerca (per la quale, v. T. Pertot, *L'inadempimento anticipato. Dalla tutela manutentiva ai rimedi risolutivi*, Napoli, 2021 e, prima ancora, Ead., *Inadempimento anticipato fra realtà italiana e prospettiva europea*, in *Rass. dir. civ.*, 2018, 956 ss.; con un focus sul diritto tedesco, v. anche Ead., *La Schuldrechtsmodernisierung e la disciplina dell'antizipierter Vertragsbruch nel codice civile tedesco riformato. Un modello per il legislatore italiano?*, in *Il diritto privato tedesco vent'anni dopo la Schuldrechtsmodernisierung: un modello per i giuristi europei?*, a cura di C. Granelli - S. Patti - P. Sirena, Torino, 2024, 303 ss.), costituisce la rielaborazione, con l'aggiunta di note, della relazione tenuta in occasione del *Nono Incontro dei Seminari a distanza ADP - Dialogo con i giovani studiosi*, organizzato dall'Associazione Dottorati di diritto Privato con la collaborazione del Dipartimento di Scienze Giuridiche

dell'Università degli Studi di Firenze. Una versione del presente scritto è destinata alla pubblicazione nel volume che ne raccoglierà gli atti.

(1) Sul rifiuto anticipato di adempiere, si veda, in particolare, A. Venturelli, *Il rifiuto anticipato dell'adempimento*, Milano, 2013, *passim*.

(2) Per un riferimento a tale pluralità di fenomeni, v. F. Padovini, *L'inadempimento anticipato (fra codici di diritto europeo)*, in *Crisi finanziaria e categorie civilistiche*, a cura di G. Alpa - E. Navarretta, Milano, 2015, 95. Una sintesi della casistica è offerta da G. Amadio, *Inattuazione e risoluzione: la fattispecie*, in *Tratt. del contratto Roppo*, V, 2, Milano, 2006, 88 e da F.P. Patti, *Risoluzione per inadempimento anteriore alla scadenza del termine*, in *Giustiziavivibile.com*, 10 giugno 2014, 3 s.

Argomenti

Contratti in generale

per l'esecuzione della prestazione dovuta, sorge, così, l'interrogativo in ordine alle conseguenze derivanti dall'evidenza di una (per vero, futura, ma) già percepibile violazione contrattuale. E se non vi è dubbio che interesse della parte *in bonis* sia di reagire senza ritardo per evitare i pregiudizi connessi all'attesa di un inadempimento, il quale si appalesi come possibile o, addirittura, come certo, perché oramai inevitabile, controverso è, tuttavia, se una tale reazione possa ritenersi ammissibile, quando ancora non sia maturato il tempo previsto per l'attuazione del sinallagma (3).

Quello relativo ai mezzi di tutela esperibili al (probabile) verificarsi di un fatto (potenzialmente) pregiudizievole per il rapporto è un problema annoso, che è parso, invero, di più agevole soluzione nei sistemi di *common law*: dove origina la figura dell'*anticipatory breach of contract* e dove lo scioglimento del vincolo contrattuale in presenza di un rifiuto della parte o di circostanze che ne rendano parimenti certa la violazione è ammesso tanto a livello giurisprudenziale quanto negli strumenti di *statutory law* (4).

Sennonché, contrariamente a quanto potrebbe indurre a pensare una prima indagine approssimativa, la questione concernente la configurabilità di un c.d. inadempimento anticipato occupa da tempo anche i *civil lawyers* (5). In difetto di regole esplicite, volte ad autorizzare il contraente a svincolarsi dal rapporto prima del momento fissato per la sua attuazione, essi mostrano però, tradizionalmente, maggiori resistenze ad ammettere reazioni affrettate e dagli esiti tendenzialmente irreversibili in presenza di una deviazione dal programma negoziale antecedente al momento previsto per la relativa realizzazione.

Fra gli ostacoli che, nei Paesi di diritto codificato, si frappongono al riconoscimento del rimedio

risolutorio anticipato, va rammentato, anzitutto, quello connesso alla tradizionale estraneità degli ordinamenti continentali alla c.d. vocazione rimediale: mentre nei sistemi di *common law* la protezione può nascere con l'emergere dell'interesse meritevole di tutela e la contestuale attribuzione del relativo mezzo di soddisfacimento a chi ne sia portatore, nei Paesi di *civil law* l'ordinamento è, di regola, "fonte dell'effetto" nella sola misura in cui riconnette rilevanza giuridica al riscontro di un fatto o di una condizione che siano legalmente previsti; di talché, normalmente, il riconoscimento del diritto non può che precedere il conferimento del rimedio (6).

La ritrosia, riscontrabile fra i *civil lawyers*, ad ammettere la risoluzione (per inadempimento) al di fuori degli stretti confini entro i quali la relativa esperibilità è esplicitamente contemplata, pare trovare una spiegazione anche nella concezione del contratto, diffusa nei sistemi di diritto codificato. Infatti, nella tradizione giuridica continentale l'atto di privata autonomia non costituisce un mero strumento di allocazione delle risorse delle parti (7). Di contro, esso ha il suo elemento identificativo nel vincolo esistente fra i contraenti (cfr. art. 1372 c.c. e artt. 1103 e 1193 *Code civil* francese), i quali non possono, dunque, sciogliersi liberamente ed in ogni momento dall'impegno assunto sulla mera prospettiva di un maggiore guadagno, derivante da un impiego alternativo delle risorse (8), ma sono tenuti ad adempiere le reciproche obbligazioni, addirittura fino al limite dell'impossibilità sopravvenuta (v. artt. 1218 e 1256 c.c.).

Negli ordinamenti di *civil law* il riconoscimento dell'anticipata risolubilità del contratto trova poi un ulteriore ostacolo nel maggiore favore che in essi si riscontra per il principio dell'adempimento in natura,

(3) Sugli esiti incerti della questione, v. A. Belfiore, voce *Risoluzione del contratto per inadempimento*, in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989, 1313 s.

(4) La regola sull'anticipata risolubilità del contratto, elaborata inizialmente dai giudici inglesi (per il *leading case*, v. *Hochster v. De La Tour* [1853] 2 El. & Bl. 678), è stata recepita gradualmente in area britannica e si è diffusa progressivamente anche nel contesto statunitense, facendo ingresso, successivamente, nei *restate-ments of contracts*, così come, appunto, negli strumenti di *statutory law*. Sull'*anticipatory breach of contract* nei sistemi di *common law*, si vedano, fra gli Autori italiani, V. Putorti, *Inadempimento e risoluzione anticipata del contratto*, Milano, 2008, 97 ss.; M. Della Chiesa, *La risoluzione anticipata del contratto in prospettiva comparatistica*, in *Seminari di Diritto Privato Comparato*, a cura di P. Pardolesi, Bari, 2011, 407 ss.; A. Venturelli, *op. cit.*, 57 ss. Per ulteriori riferimenti bibliografici sia consentito rinviare a T. Pertot, *L'inadempimento anticipato. Dalla tutela manutentiva ai rimedi risolutivi*, cit., 19 s., nt. 15.

(5) Numerosi sono i contributi dedicati al tema del c.d. inadempimento anticipato dai giuristi continentali. Fra le opere monografiche si segnalano V. Putorti, *op. cit.*; A. Venturelli, *op. cit.*; M.R.

Nuccio, *Inadempimento e scioglimento anticipato del rapporto*, Napoli, 2024. Di recente, v. anche il contributo di A. Fantini, *Sul sistema delle risoluzioni per inadempimento: autotutela ed effettività rimediale*, Napoli, 2024, 70 ss. In lingua tedesca, si vedano, ancora, H. Weidt, *Antizipierter Vertragsbruch. Eine Untersuchung zum deutschen und englischen Recht*, Tübingen 2008; S. Müller, *Antizipierter Vertragsbruch*, Zürich, 2021. Per ulteriori riferimenti, si rinvia a T. Pertot, *op. ult. cit.*, 1 ss. e 41 ss., spec. nt. 84.

(6) S. Mazzamuto - A. Plaia, *I rimedi nel diritto privato europeo*, Torino, 2022, 1 ss. (spec. nt. 2), 6 e 17.

(7) Com'è, invece, per i sostenitori della c.d. *efficient breach theory* nordamericana, sulla quale si vedano, fra le opere in lingua italiana, R. Cooter - U. Mattei - P.G. Monateri - R. Pardolesi - T. Ulen, *Il mercato delle regole. Analisi economica del diritto civile*, II, Bologna, 2006, 152 ss.; M. Dellacasa, *Adempimento e risarcimento nei contratti di scambio*, Torino, 2013, 474 ss. e V. Roppo, *A partire dalla formazione, divagazioni non molto ortodosse in tema di contratto*, Torino, 2020, 30 ss.

(8) V. L. Mengoni, *Sull'efficienza come principio giuridico*, in *Scritti*, I, a cura di C. Castronovo - A. Albanese - A. Nicolussi, Milano, 2011, 265 s.

in forza del quale il creditore ha diritto o, perfino, è tenuto ad esigere, *in primis* ed ove possibile, l'esecuzione materiale della prestazione (9). Per converso, nei Paesi di *common law* la parte creditrice è, di regola, legittimata a chiedere all'altra solo il risarcimento del danno, mentre è il giudice che può semmai accordarle, in sede equitativa ed in via del tutto eccezionale, la possibilità di optare per la *specific performance* (10). Ne consegue che il contraente, consapevole di non poter essere costretto, di massima, ad eseguire la prestazione dovuta, è di fatto maggiormente propenso a non dare attuazione al contratto, soprattutto se non più interessato alla realizzazione dell'assetto di interessi alla base. Nei sistemi continentali il diverso rapporto fra le due forme di tutela ha, invece, una funzione in certa misura dissuasiva dell'inadempimento: nella consapevolezza che il creditore è legittimato ad insistere anzitutto per l'esecuzione della prestazione, il debitore mostra una tendenziale minor attitudine alla violazione, benché efficiente (11). Sono state appunto le difficoltà riscontrate dagli studiosi e dai giudici nel ricercare il fondamento

della regola sulla risolubilità del contratto prima del termine, in mancanza di un'esplicita previsione normativa, ad aver convinto, in definitiva, diversi legislatori nazionali a riconoscere espressamente la possibilità per la parte *in bonis* di porre anticipatamente fine al vincolo, del quale sia già evidente la (futura) violazione (12).

Tutela anticipata della parte contrattuale e soluzioni (parziali) di diritto interno: impossibilità della prestazione

Il recepimento della figura dell'*anticipatory breach* di origine anglo-americana, cui si è provveduto in diversi ordinamenti continentali e che ha trovato ulteriore impulso nell'evoluzione del diritto di matrice sovranazionale (13), è mancato, invece, in Italia, dove difetta, ad oggi, una generale regolamentazione (positiva) dell'inadempimento prima del termine e delle relative implicazioni rimediali (14). L'assenza di disposizioni corrispondenti a quelle rinvenibili nei corpi normativi stranieri non significa, ad ogni modo, che, ai sensi del diritto interno, il

(9) In generale, sull'adempimento in natura, F. Piraino, *Adempimento e responsabilità contrattuale*, Napoli, 2011, 781 ss.; A. Di Majo, *L'adempimento "in natura" quale rimedio (in margine a un libro recente)*, in *Eur. dir. priv.*, 2012, 1149 ss.; D.M. Frenda, *Appunti per una teoria dell'inibitoria come forma di tutela preventiva dell'inadempimento*, *ivi*, 2016, 739 ss. Per un'analisi nell'ordinamento tedesco, v. T. Riehm, *Der Grundsatz der Naturalerfüllung*, Tübingen, 2015.

(10) V. S. Mazzamuto - A. Plaia, *I rimedi nel diritto privato europeo*, cit., 14; L. Mengoni, *op. cit.*, 266; A. Di Majo, *Le tutele contrattuali*, Torino, 2009, 131 ss. e, in ottica comparatistica, K. Zweigert - H. Kötz, *Introduzione al diritto comparato*, II, *Istituti*, edizione italiana a cura di A. Di Majo - A. Gambaro, Milano, 2011, 187 ss. e 198 ss.

(11) Nel senso che l'inadempimento anticipato può talvolta assumere i connotati di un inadempimento efficiente, v. V. Putorti, *Rifiuto anticipato di adempiere e tutela del creditore*, in *Principi, regole, interpretazione. Contratti e obbligazioni, famiglie e successioni. Scritti in onore di Giovanni Furguele*, Tomo III, a cura di G. Conte - S. Landini, Mantova, 2017, 401 s., nt. 2.

(12) Una "positivizzazione" della figura dell'*antizipierter Vertragsbruch* si è avuta, ad esempio, in Germania con la *Schuldrechtsmodernisierung* del 2002, in occasione della quale è stata riconosciuta la facoltà, per la parte *in bonis*, di porre anticipatamente fine al rapporto contrattuale sol che sia evidente il futuro subentro dei presupposti che legittimano l'esercizio del *Rücktritt* (v. par. 323, comma 4, BGB). Soluzioni analoghe a quella adottata dal legislatore tedesco figurano, poi, oggi anche in altri testi normativi nazionali (v. par. 62 della legge sulla vendita finlandese e svedese; par. 348 del codice del commercio slovacco; par. 117 della legge sul diritto delle obbligazioni estone; par. 107 della legge sul diritto delle obbligazioni slovena; par. 6:151 del codice civile ungherese; par. 6:80 del codice civile olandese; par. 5:90 del codice civile belga) e sono contenute, altresì, in taluni progetti di riforma di più o meno recente elaborazione.

(13) Fra gli strumenti di diritto uniforme che più hanno influenzato lo sviluppo delle normative europee, ruolo centrale assume la

Convenzione di Vienna del 1980 sulla vendita internazionale di beni mobili (CISG), la quale pure ricollega conseguenze ablativo alla situazione di certezza della (futura) violazione contrattuale (v., in particolare, l'art. 72 CISG). Sull'evoluzione della disciplina dell'inadempimento anticipato a livello sovranazionale e nel continente europeo, si rinvia, anche per ulteriori riferimenti, a T. Pertot, *op. ult. cit.*, 71 ss. e 119 ss. Al riguardo, si veda, da ultimo, M.R. Nuccio, *op. cit.*, 18 ss.

(14) Un'apposita regola sull'anticipata risolubilità del contratto manca anche in Francia. Inserita in taluni progetti di precedente elaborazione, essa non è stata, in definitiva, recepita dai redattori della riforma del 2016. La scelta di non riconoscere alla parte che subisca un inadempimento anticipato la possibilità di svincolarsi dal contratto sorprende, se si consideri l'ulteriore e fondamentale svolta compiuta dalla riforma del *Code*, in occasione della quale è stata espressamente regolata la c.d. risoluzione per notificazione (su cui, v. C. Granelli, *Uno strumento (di dubbia efficacia) di risoluzione stragiudiziale: la diffida ad adempiere*, in *La riforma del Code civil*, a cura di G. Vettori - E. Navarretta - S. Pagliantini, in *Pers. merc.*, 2018, 63 ss. e S. Pagliantini, *Giudizialità e stragiudizialità della risoluzione per inadempimento: a proposito degli artt. 1219, 1224, 1226 e 1227 Code civil, per un'interpretazione evolutiva dell'art. 1453 c.c.*, in *Annuario del contratto 2016*, diretto da A. D'Angelo - V. Roppo, Torino, 2017, 73 ss. e 88 ss.). Lo scioglimento per effetto di una dichiarazione stragiudiziale rappresenta, infatti, un meccanismo il quale denota solitamente, negli ordinamenti che lo ammettono in termini generali, una concezione meno rigida del vincolo contrattuale (sul punto, v. M. Dellacasa, *Inattuazione e risoluzione: i rimedi. Risoluzione giudiziale e "di diritto": orientamenti e problemi*, in *Tratt. del contratto Roppo*, V, 2, cit., 148), tant'è che, pur mancando un nesso imprescindibile fra lo scioglimento "per atto di parte" e quello "per inadempimento anticipato", "i sistemi che adottano il primo", di norma, contemplano "anche il secondo": così *Id.*, *La nuova résolution du contrat pour inexécution, ovvero come aggiornare la tradizione*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, 1556.

Argomenti

Contratti in generale

contraente sia del tutto sprovvisto di una tutela attivabile in via preventiva o, comunque, anticipata (15).

Anzitutto, lo scioglimento immediato del contratto è ammissibile, anche nel nostro sistema, quando il rapporto risulti già definitivamente compromesso, nonostante non sia ancora attuale il tempo previsto per la realizzazione del programma negoziale. È quanto accade, precisamente, quando una delle prestazioni sinallagmatiche divenga *medio tempore* impossibile per causa non imputabile ad alcuna delle parti. Ma lo stesso può dirsi per i casi, nei quali sia l'obbligato a cagionare l'impossibilità della prestazione promessa: pure in tali ipotesi risulta certamente esclusa l'attuazione dello scambio, di talché è condivisibile l'affermazione che non avrebbe senso costringere il contraente *in bonis* a rimanere vincolato ad un rapporto oramai inidoneo a soddisfarne le aspettative (16).

Qualche dubbio permane soltanto con riguardo alle concrete modalità che caratterizzano l'ingresso delle conseguenze risolutorie, ove sia riscontrabile una definitiva compromissione del vincolo. Secondo l'opinione prevalente, occorrerebbe distinguere, al riguardo, tra le ipotesi di impossibilità dovuta ad una causa non imputabile alla parte debitrice e quelle, nelle quali sia il contraente obbligato ad avere reso l'esecuzione della prestazione impossibile (17). Nel primo caso, si avrebbe l'estinzione *ipso iure* della prestazione contrattuale (v. art. 1256, comma 1, c.c.) e, di conseguenza, l'immediato scioglimento del rapporto ai sensi dell'art. 1463 c.c. (18). Diversa sarebbe, invece, la disciplina dell'impossibilità della prestazione provocata dalla parte tenuta a darvi esecuzione. Infatti, contrariamente a quella dovuta al fortuito, essa non darebbe luogo ad uno scioglimento automatico del contratto, il quale ultimo continuerebbe, di contro, a vincolare le parti. Pur non potendosi ritenere senz'altro liberato, il contraente fedele sarebbe, però, legittimato a proporre apposita domanda di risoluzione *ex artt.* 1453 ss. c.c. (19).

In dottrina vi è, tuttavia, pure chi propende per una differente soluzione, predicando in ogni caso l'automatico scioglimento del contratto avente ad oggetto una prestazione divenuta impossibile (20). Del resto, l'impossibilità, anche se imputabile alla parte obbligata, farebbe venire meno la praticabilità dell'alternativa prevista dall'art. 1453 c.c.: non potendo il contraente optare tra la risoluzione e l'adempimento, lo scioglimento non potrebbe che conseguire di diritto alla sopraggiunta inesorabilità (21). Nel senso di una risoluzione automatica del contratto deporrebbero inoltre ragioni di equità, oltreché di efficienza e di economia processuale. In particolare, non sarebbe agevole comprendere il motivo di un diverso trattamento del contraente, secondo che l'impossibilità fosse o no riconducibile al contegno della parte debitrice; a maggiore ragione, ove si consideri che l'onere di un procedimento giudiziario sarebbe imposto proprio nelle ipotesi, più gravi, di impossibilità dipendente da una condotta contraria a diligenza, posta in essere dal contraente tenuto ad eseguire la prestazione divenuta - per fatto suo proprio - impossibile (22).

Le obiezioni sollevate alla tesi, la quale richiede una domanda giudiziale di risoluzione anche nei casi di (anticipata) impossibilità, solo che questa risulti imputabile alla parte debitrice, non sono prive di fondamento. Nondimeno, esse non giustificano di per sé un'estensione del rimedio consistente nello scioglimento automatico del vincolo. Se, da un lato, sembra potersi condividere l'affermazione circa l'impraticabilità dell'alternativa tra risoluzione ed adempimento (in natura) dell'originaria prestazione, ogniqualvolta quest'ultima risulti, anche prima della scadenza, totalmente e definitivamente impossibile (23), da altro lato, ciò non autorizza a ritenere che la diversa imputabilità della causa, dalla quale deriva l'impossibilità, sia senza ricadute sulla sorte del vincolo. Infatti, ove la stessa sia ascrivibile al contraente, o sia stata da lui volontariamente provocata, il rapporto contrattuale non può che rimanere in vita,

(15) Come rilevano, ad esempio, M. Della Chiesa, *Inadempimento e risoluzione anticipata del contratto*, in questa *Rivista*, 2013, 557, nt. 2 e V. Putorti, *Inadempimento e risoluzione anticipata del contratto*, cit., 3.

(16) V. A. Belfiore, *op. cit.*, 1313 s.; cfr. G. Amadio, *op. cit.*, 72 e 90; A. Albanese, *Tutela preventiva del credito e diligenza nell'adempimento*, in *Processo e tecniche di attuazione dei diritti. Omaggio a Salvatore Mazzamuto a trent'anni dal convegno palermitano*, a cura di G. Grisi, Napoli, 2019, 373. Sull'impossibilità imputabile al debitore quale causa di scioglimento anticipato e sul relativo trattamento rimediabile, v., di recente, M.R. Nuccio, 121 ss.

(17) Così, ad esempio, A. Luminoso, in A. Luminoso - U. Carnevali - M. Costanza, *Risoluzione per inadempimento*, I, 1, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1990, 21.

(18) A. Luminoso, *op. loc. cit.*; A. Dalmartello, voce *Risoluzione del contratto*, in *Noviss. Dig. it.*, XVI, Torino, 1969, 128 s.; G. Osti, *La risoluzione del contratto. Fondamento e principi generali*, in *Scritti giuridici*, I, Milano, 1973, 439 s.

(19) A. Luminoso, *op. cit.*, 22; G. Osti, *op. cit.*, 440 s.

(20) Si veda, in questo senso, M. Paladini, *L'atto unilaterale di risoluzione per inadempimento*, Torino, 2013, 97 ss.

(21) Così, appunto, M. Paladini, *op. loc. cit.* Cfr. G. Amadio, *op. cit.*, 72, il quale si limita a sostenere l'inevitabilità della risoluzione nei casi di impossibilità imputabile.

(22) V., ancora, M. Paladini, *op. loc. cit.*

(23) M. Paladini, *op. loc. cit.*

posto che la prestazione divenuta ineseguibile lascia spazio, anzitutto, a quella risarcitoria, la quale ultima prende il posto della prima pure ai fini della scelta che continua a spettare alla controparte *ex art.* 1453, comma 1, c.c. Precisamente, essa può optare per il risarcimento (sostitutivo o in luogo dell'adempimento) (24), ipotesi nella quale non è, tuttavia, esonerata dall'esecuzione della prestazione dovuta, se ancora possibile. In alternativa, però, può anche decidere di liberarsi dall'impegno assunto nei confronti della controparte, domandando al giudice la risoluzione del contratto (25).

Fra gli interpreti si sostiene, invece, che l'inadempimento definitivo - qual è sicuramente quello conseguente ad un'impossibilità della prestazione imputabile (26) - escluda l'operatività della risoluzione stragiudiziale per diffida *ex art.* 1454 c.c.: ciò in quanto non avrebbe senso concedere al contraente un termine per adempiere, quando una sanatoria non fosse più nemmeno astrattamente configurabile (27). A fronte di una prestazione resa impossibile dalla parte debitrice, all'altra non resterebbe, dunque, che agire in giudizio ai sensi dell'art. 1453 c.c.

Tuttavia, appare evidente l'eccessività di una tale conclusione, che costringerebbe a percorrere la

via giudiziale proprio qualora l'irreparabilità della situazione rendesse più ragionevole riconoscere al contraente, il quale fosse già certo di non vedere soddisfatte le sue aspettative, la possibilità di un pronto recupero della propria autonomia dispositiva (28). Preso atto della sopravvivenza del rapporto alla procurata impossibilità di una delle prestazioni sinallagmatiche, sarebbe allora più sensato concedergli la possibilità di manifestare la scelta per l'interruzione del contratto anche mediante una dichiarazione unilaterale, resa fuori dal giudizio e slegata, pertanto, dalle logiche, oltretutto dalle tempistiche, processuali (29). Andrebbe, così, approvata la scelta della parte *in bonis* di avvalersi dello strumento della diffida - al precipuo scopo di accelerare l'ingresso degli esiti risolutivi - anche quando la prestazione della controparte risultasse già impossibile. Sempreché non si ritenesse più opportuno accogliere la proposta di una generalizzazione del rimedio - oggi espressamente previsto soltanto nell'ambito di talune discipline locali - del recesso per giusta causa, sì da renderlo esperibile in tutti i contratti nei quali fosse già riscontrabile un inadempimento definitivo (30).

(24) Preferisce parlare di una prestazione per equivalente, G. Amadio, *op. cit.*, 116 ss., 118, che concorda sul punto con A. Belfiore, *Inattuazione dello scambio per causa imputabile al debitore e tecniche di tutela del creditore: la conversione della prestazione in natura in prestazione per equivalente*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1987, 227 ss. Nel senso che, in caso di sopravvenuta impossibilità oggettiva imputabile, il creditore potrebbe conseguire l'"equivalente della prestazione mancata", rimanendo tuttavia vincolato al contratto, v. C. Consolo, *Della risoluzione per inadempimento anche stragiudiziale, senza processo, purché (fuori dagli artt. 1454 e 1456)... per contratto anche tacito (o discordia concors per acquiescenza)*, in *La risoluzione per inadempimento. Poteri del giudice e poteri delle parti*, a cura di C. Consolo - I. Pagni - S. Pagliantini - V. Roppo - M.R. Maugeri, Bologna, 2018, 54. Sul c.d. risarcimento sostitutivo, quale "rimedio risarcitorio per ottenere l'equivalente monetario del risultato della prestazione inadempita o inesattamente adempita", si veda, in particolare, F. Piraino, *Il risarcimento sostitutivo tra adempimento in natura e risoluzione del contratto*, in *Processo e tecniche di attuazione dei diritti. Omaggio a Salvatore Mazzamuto a trent'anni dal convegno palermitano*, cit., 549 ss., nonché l'opera monografica di A. Montanari, *Il danno da risoluzione*, Napoli, 2013, *passim*.

(25) Per l'esperibilità del rimedio della risoluzione per inadempimento nei casi di impossibilità imputabile, v. A. Montanari, *Risoluzione del contratto e risarcimento dell'interesse negativo*, in *Eur. dir. priv.*, 2010, 809 s.; V. Roppo, *Il contratto*, in *Tratt. Iudicazatti*, Milano, 2011, 937 s.; L. Ballerini, *Crisi di mercato e "prezzo nullo o negativo" nella vendita di lunga durata*, in *Contr. impr.*, 2018, 349; A. Luminoso, *op. loc. cit.* Per la possibilità di abbinare la risoluzione al risarcimento, v. F. Piraino, *op. ult. cit.*, 559 e 562 s.

(26) Sulla nozione di inadempimento definitivo e per le diverse tesi formatesi sul punto, v., anche per più puntuali riferimenti bibliografici, F. Piraino, *op. ult. cit.*, 551 ss.

(27) A. Luminoso, *op. cit.*, 439 s., secondo il quale non apparirebbe fondata la tesi (sostenuta, ad esempio, da G.G. Auletta, *La risoluzione per inadempimento*, Milano, 1942, 407) che predica

una diversa soluzione per i casi, dove sia stato il debitore ad avere reso impossibile la propria prestazione.

(28) Lo rileva correttamente A. Smiroldo, *Profili della risoluzione per inadempimento*, Milano, 1982, 104 ss. L'opinione di quest'ultimo è ripresa da A. Luminoso, *op. loc. cit.*, che ritiene, però, di concludere, ciononostante, per l'inapplicabilità dell'art. 1454 c.c. all'inadempimento definitivo.

(29) Per S. Pagliantini, *La risoluzione per inadempimento tra legge e giudizio (studio sull'inadempimento definitivo)*, in *La risoluzione per inadempimento. Poteri del giudice e poteri delle parti*, cit., 111, si potrebbe, ad esempio, immaginare che l'art. 1454 c.c. "annoveri due forme di stragiudizialità extraconvenzionale, una con termine dilatorio e l'altra no, per il principio che, quando un adempimento correttivo non si dia più, il contraente fedele deve procedere *de lui-même* e con una notifica in quanto atto *suffisante*". Nel senso del testo, sia pure con riferimento alle ipotesi di mancato adempimento di una prestazione ancora eseguibile, v. anche M. Paladini, *op. loc. cit.* Come precisato, l'A. è favorevole, invece, all'automatica risoluzione del contratto nel quale sia dedotta una prestazione divenuta totalmente e definitivamente impossibile.

(30) Propone un'ampia applicazione del rimedio del recesso per giusta causa F. Padovini, *Scioglimento unilaterale del vincolo fra recesso e impugnazione del contratto nella proposta di diritto comune europea della vendita*, in *Giustiziacivile.com*, 2, 2014, 506 s. Si veda già G. Gabrielli - F. Padovini, voce *Recesso (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988, 33, dove si precisa che le clausole generali, come quella della giusta causa, sono idonee a ricomprendere, oltre all'inadempimento, anche l'eccessiva onerosità sopravvenuta e l'impossibilità di una delle prestazioni, ammettendo il carattere non eccezionale del recesso, se diretto a reagire all'inadempimento di un rapporto ad esecuzione continuata. In tale caso, il recesso altro non sarebbe che un adattamento della regola *ex art.* 1454 c.c. e, quindi, non sussisterebbero ostacoli ad un'applicazione analogica delle disposizioni che lo contemplano.

Argomenti

Contratti in generale

Frammentarietà del quadro normativo italiano ed assenza di una disciplina (positiva) di carattere generale

Ferma restando l'immediata risolvibilità del contratto ove la prestazione sia divenuta *medio tempore* impossibile, anche per causa imputabile alla parte tenuta ad eseguirla, il legislatore italiano ha predisposto, poi, una serie di strumenti, attivabili pure allorché sia soltanto minacciata l'attuazione del rapporto fra le parti ed il soddisfacimento dell'interesse creditorio non risulti pertanto ancora escluso.

Taluni dei rimedi previsti trovano applicazione a prescindere dallo schema contrattuale prescelto. Ciò vale, ad esempio, fra gli strumenti di tutela preventiva a carattere cautelare-conservativo, per l'eccezione dilatoria *ex art.* 1461 c.c., così come per la decadenza dal beneficio del termine, prevista e regolata dall'*art.* 1186 c.c.

Nell'ambito della disciplina speciale dedicata ai singoli contratti si rinvengono, ancora, strumenti di reazione interruttivo-estintivi, funzionali ad impedire la prosecuzione del rapporto, malgrado non sia ancora riscontrabile un inadempimento definitivo di una delle obbligazioni contrattuali. In specifici casi, il contraente ha la possibilità di svincolarsi dal contratto, se ricorra una giusta causa di recesso (*v. art.* 2119, comma 1, c.c. e *art.* 1, L. n. 604 del 1966; *cf. art.* 1723, comma 2, 1845, comma 1, c.c.) o una diversa circostanza, non necessariamente coincidente con un

inadempimento, alla quale il legislatore abbia parimenti ricollegato la (potenziale) interruzione del rapporto (*v. gli artt.* 1464, 1627, comma 1, 1660, commi 2 e 3, 1674, 1811, 1893, comma 1, 1898 c.c.; per la rilevanza rimediabile dell'insolvenza, *v. gli artt.* 1626, 1833, comma 2, 1868 c.c.). Inoltre, egli può risolvere - anticipatamente e *pro futuro* - il contratto di somministrazione, quando sia dato riscontrare i presupposti dell'*art.* 1564 c.c. Può, altresì, avviare la procedura *ex artt.* 1662 e 2224 c.c., funzionale ad anticipare l'ingresso delle conseguenze caducatorie, quando la controparte abbia tenuto una condotta negligente nell'esecuzione dell'opera (31).

Orbene, le disposizioni di legge annoverate non sono prive di una certa potenzialità espansiva, come dimostrano le proposte avanzate dagli interpreti al fine di dilatarne l'ambito applicativo (32). Lungi, tuttavia, dal predisporre rimedi, esperibili in ogni ipotesi di pericolo o di certezza del futuro inadempimento, esse si limitano a dettare regole subordinate al riscontro di specifici presupposti; o il cui campo di operatività risulta limitato ai tipi contrattuali esplicitamente considerati (o che presentano comunque profili di affinità con le fattispecie regolate) (33). A differenza delle previsioni normative di diritto straniero ed uniforme, le quali ammettono la risolvibilità anticipata di qualsiasi contratto, alla sola condizione che la relativa violazione appaia evidente (34), esse non si prestano,

(31) *Cfr.* A. Venturelli, *op. cit.*, 318 s., secondo il quale gli artt. 1564, 1662 e 2224 c.c. e la regolamentazione dell'impossibilità sopravvenuta dimostrerebbero che, nel quadro normativo interno, l'istituto della risoluzione anticipata, trova apposita considerazione e disciplina.

(32) Propongono un'estensione dell'ambito applicativo del recesso impugnatorio, in specie di quello per giusta causa, ad esempio, G. Ferri, voce *Associazione in partecipazione*, in *Noviss. Dig. it.*, II, Torino, 1958, 1438 (nell'ambito dell'associazione in partecipazione); G. Ghezzi, *Del contratto di agenzia*, nel *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1970, 202 s. (con riguardo al contratto di agenzia); con specifico riferimento alla recedibilità dai contratti di agenzia e di somministrazione, *v.*, in termini possibilistici, F. Padovini, *Risoluzione e recesso*, in *Obbl. e contr.*, 2012, 87 e, nel contesto di un contributo dedicato all'inadempimento anticipato, *Id.*, *L'inadempimento anticipato*, cit., 100, dove l'A. rileva l'opportunità di un ulteriore impiego del recesso per giusta causa, che potrebbe ricomprendere anche il serio pericolo di un inadempimento. Alcune riflessioni sulla portata delle disposizioni che attribuiscono rilevanza rimediabile alle vicende soggettive del contraente (le quali sarebbero, tuttavia, estranee al fenomeno dell'inadempimento anticipato: *cf.*, al riguardo, M.R. Nuccio, *op. cit.*, 100 ss.), sono offerte da T. Pertot, *op. ult. cit.*, 217 ss. Riscontrabile è altresì la tendenza ad autorizzare il ricorso al rimedio previsto dalla regola *ex art.* 1564 c.c. quando il contratto (di durata) stipulato dalle parti non rientri entro lo schema di quello regolato, ma si collochi in una zona ad esso contigua. Per una possibile estensione ai contratti a prestazioni continuative o periodiche, *v.*, ad esempio, V. Putorti, *op. ult. cit.*, 156; O. Cagnasso, voce *Concessione di vendita*, nel *Dig. disc. priv.*,

sez. comm., III, Torino, 1988, 226. Per un'ampia lettura degli artt. 1186, 1461, 1662 e 2224 c.c., *v. infra*.

(33) Contrario ad una generalizzazione del recesso per giusta causa è, ad esempio, G. Gabrielli, *Vincolo contrattuale e recesso unilaterale*, Milano, 1985, 39 s., per il quale sarebbe poco coerente ammettere che circostanze di gravità minore dell'inadempimento e non necessariamente imputabili alla parte, possano legittimare l'altro contraente a reagire con uno strumento "più sbrigativo ed energico dei mezzi risolutivi ordinari". Nel senso che il recesso per giusta causa potrebbe esercitarsi unicamente a fronte di un inadempimento grave "e non in presenza di qualsivoglia inesattezza della prestazione, a meno che la disciplina dedicata alla singola figura non allarghi l'ambito dei presupposti rilevanti", F. Padovini, *op. ult. cit.*, 87 (ma *v.*, in tempi più recenti ed in un mutato contesto, riflettendo sulle prospettive - attuali e di novellazione - del diritto italiano, *Id.*, *L'inadempimento anticipato*, cit., 100); G. Gabrielli, *Recesso e risoluzione per inadempimento*, in *Riv. trim.*, 1974, 728 ss. Per le ragioni che depongono in senso contrario ad una generalizzazione delle regole civilistiche, funzionali ad autorizzare (perfino) l'immediata interruzione del contratto al sopraggiungere dell'insolvenza di una delle parti e di ulteriori vicende soggettive che la riguardano, si rinvia a T. Pertot, *op. ult. cit.*, 213 ss. e 223 ss. Ancora, per una critica alla tesi che rinviene nell'*art.* 1564 c.c. un fondamento normativo generale dell'inadempimento anticipato, *v.* M.R. Nuccio, *op. cit.*, 106 ss. Nei paragrafi successivi saranno illustrati anche gli ostacoli che si frappongono ad un'ampia lettura degli artt. 1186, 1461, 1662 e 2224 c.c.

(34) Come precisa J. Kleinschmidt, in *Commentaries on European Contract Laws*, edited by N. Jansen - R. Zimmermann, Oxford, 2018, art. 9:304, 1361, quando si discorre di "violazione

dunque, ad assumere una portata (tendenzialmente) onnicomprensiva.

In assenza di una disposizione che regoli in via generale il problema dell'inadempimento anticipato ed individui nella risoluzione del contratto il suo naturale mezzo di reazione, si tratta quindi di capire se l'immediata interruzione del vincolo sia ammessa - e, in caso di risposta affermativa, a quali condizioni - pure allorquando lo squilibrio del rapporto in concreto accertabile non sia (ancora) tale da integrare un inadempimento (definitivo), e non si possa neppure inquadrare entro una delle fattispecie, cui il legislatore espressamente ricollega la fine anticipata del vincolo. Si tratta di stabilire, inoltre, se altri rimedi, diversi da quello ablativo, risultino eventualmente più adeguati per reagire all'evidenza o al pericolo di una violazione del rapporto.

Pluralità di ricostruzioni ermeneutiche: assimilabilità di inadempimento attuale ed anticipato e basi giuridiche di diritto interno

In realtà, dottrina e giurisprudenza italiane si sono oramai da tempo discostate dalla tesi originaria, orientata a negare rilievo rimediabile a condotte latamente antidoverose della parte contrattuale, poste in essere prima del tempo fissato per l'attuazione del rapporto. In mancanza di espresse previsioni normative di carattere generale, plurimi sono peraltro gli argomenti impiegati dagli interpreti al fine di ammettere l'immediato ricorso a rimedi financo interruttivo-estintivi qualora sia riscontrabile un'alterazione del sinallagma, non coincidente con l'inadempimento definitivo di una delle obbligazioni dedotte in contratto.

Fra i sostenitori di un primo orientamento vi è, ad esempio, chi - dalla premessa di una sostanziale assimilabilità fra i casi di inadempimento prima del termine e quelli di inadempimento in senso

proprio - si mostra favorevole ad un'interpretazione evolutiva della disciplina interna, in grado di allinearla alle direttive di provenienza internazionale e sovranazionale. In conformità con la tradizionale concezione dell'*anticipatory breach of contract*, gli Autori che aderiscono alla citata impostazione concentrano l'attenzione soprattutto sulla figura del rifiuto anticipato di adempiere, facendone discendere possibili conseguenze immediate, sul piano sia risarcitorio che risolutorio (35): a seguito del rivelato proposito di non adempiere di una delle parti contrattuali, l'altra non potrebbe essere costretta ad attendere inerte la scadenza; di contro, l'affidamento ingenerato dal rifiuto nell'inattuazione del programma negoziale e nello scioglimento del vincolo autorizzerebbe il destinatario ad operare senz'altro in quest'ultima direzione (36).

Nel tentativo di conferire veste teorico-dogmatica alla tesi favorevole ad equiparare il rifiuto e, più in generale, la situazione di evidenza di un futuro inadempimento all'inadempimento vero e proprio, altri interpreti hanno ritenuto, poi, di ravvisare la base normativa della suddetta assimilazione nel già menzionato art. 1186 c.c., relativo alla decadenza dal beneficio del termine. Nonostante la disposizione contempli tre soli presupposti decadenziali (insolvenza, diminuzione delle garanzie date e mancata adozione di quelle promesse), la regola sarebbe suscettibile di assumere una portata più vasta e sarebbe destinata a trovare applicazione anche in ipotesi non direttamente riconducibili a quelle elencate dal legislatore: precisamente, ogniqualvolta, venendo meno le condizioni sulle quali si fondano la fiducia del creditore e la sua attesa, non avesse più senso attendere lo spirare del termine originariamente previsto. L'operare della decadenza consentirebbe di valutare come dovuta la prestazione, la quale potrebbe essere dunque pretesa dal creditore prima ancora della scadenza originariamente fissata. Ne conseguirebbe che,

contrattuale anticipata", ci si riferisce tendenzialmente anche ad una *prospective non-performance*.

(35) Sostengono la risolubilità del contratto in caso di rifiuto anticipato di adempiere, fra i tanti, M. Giorgianni, *L'inadempimento. Corso di diritto civile*, Milano, 1975, 179 s.; L. Mosco, *La risoluzione del contratto per inadempimento*, Napoli, 1950, 35 ss.; R. Fadda, *La tutela del creditore nella pendenza del termine*, in *Liber amicorum per Angelo Luminoso. Contratto e mercato*, I, Milano, 2013, 554 s.; M. Dellacasa, *Recesso discrezionale e rimedi contrattuali*, Torino, 2008, 109 ss., spec. 110; R. Sacco, *I rimedi sinallagmatici*, in R. Sacco - G. De Nova, *Il contratto*, Torino, 2016, 1603 s. In giurisprudenza, propendono ad equiparare la dichiarazione, con la quale il debitore comunicò o faccia intendere di non voler eseguire la prestazione, ad un inadempimento vero e proprio, e a concedere, perciò, al relativo destinatario, il diritto di esperire i rimedi concessi dall'ordinamento alla controparte

dell'inadempiente Cass. Civ. 30 giugno 1959, n. 2064; Cass. Civ. 8 ottobre 1963, n. 2677; Cass. Civ. 18 febbraio 1965, n. 265; Cass. Civ. 9 gennaio 1997, n. 97; Cass. Civ. 16 luglio 2001, n. 9637, tutte in *La tutela sinallagmatica "anticipata" nei contratti a prestazioni corrispettive*, a cura di A. Venturelli, Torino, 2013, 71 ss. Per il dibattito intorno all'anticipata esperibilità del rimedio risarcitorio, sia consentito rinviare, ancora, a T. Pertot, *op. ult. cit.*, 262 s. e 398 ss.

(36) V., in particolare, R. Sacco, *op. cit.*, 1604; M. Dellacasa, *op. ult. cit.*, 102 s., 109 ss. e 113; Id., *Inadempimento prima del termine, eccezioni dilatorie, risoluzione anticipata*, in *Riv. dir. priv.*, 2007, 560 s., per il quale l'affidamento riposto nell'inattuazione dello scambio dal destinatario del rifiuto risulterebbe compromesso se, in seguito alla dichiarazione, il rifiutante cambiasse opinione.

Argomenti

Contratti in generale

in caso di mancata reazione alla richiesta eventualmente rivoltagli, il debitore potrebbe considerarsi come senz'altro inadempiente, mentre al creditore deluso spetterebbe l'esperibilità dei rimedi predisposti contro la definitiva inattuazione del rapporto, compreso, nell'ambito dei contratti sinallagmatici, quello della risoluzione (37).

Con una precisazione che conduce ad esiti sostanzialmente coincidenti con quelli ricavabili dalla lettura di talune disposizioni straniere e di diritto sovranazionale, le quali attribuiscono al rifiuto immediata rilevanza risolutoria, si sottolinea, inoltre, la rinunciabilità agli ulteriori passaggi, ove il debitore abbia già manifestato di non voler eseguire la prestazione dovuta: stante il dettato dell'art. 1219, comma 2, n. 2, c.c., il rifiuto, almeno quello scritto, consentirebbe, infatti, di considerare il dichiarante inadempiente, con tutte le implicazioni del caso, sin dal momento della manifestazione oppositiva (38). Quest'ultima sarebbe idonea ad attribuire all'inadempimento quei contorni di irreversibilità che, in ambito contrattuale, risultano necessari a giustificare l'ingresso dello scioglimento, senza dovere neppure transitare per la concessione di un'altra occasione a chi, di fatto, avesse già comunicato di non volerla sfruttare (39).

Rilievi critici: reversibilità della situazione conseguente al rifiuto e limiti delle disposizioni vigenti

Nondimeno, fra gli interpreti vi è pure chi nega la possibilità di un accostamento fra i casi di

inadempimento dopo la scadenza del termine ed in pendenza dello stesso, rigettando altresì l'idea di un'interpretazione tanto lasca degli indici normativi richiamati. Insistendo sulla persistente doverosità, ma soprattutto sulla perdurante possibilità dell'adempimento, si sottolinea, ad esempio, che non vi sarebbe motivo per la parte destinataria di una manifestazione oppositiva di confidare in un inadempimento solo esternato e, stante l'eventualità di una rimediazione prima della scadenza, tutt'altro che inevitabile (40).

Perplesità suscita anche la tesi, la quale poggia su un'ampia lettura degli artt. 1186 e 1219, comma 2, n. 2, c.c. Per ciò che riguarda la disposizione che regola il rimedio della decadenza dal beneficio del termine, essa individua espressamente tre sole ipotesi idonee a far venire meno la *ratio*, sulla quale riposa la dilazione. Pertanto, dubbio è se il creditore possa esigere la prestazione sottoposta a termine quando la situazione di pericolo in concreto riscontrata non sia inquadrabile entro la cornice di una di quelle espressamente elencate: forte, infatti, è il sospetto di tassatività dei casi previsti da una norma che, in deroga a quella sull'inesigibilità della prestazione in pendenza del termine stabilito a favore del debitore, ammette la legittimità di un'immediata pretesa creditoria e, quindi, l'anticipato ottenimento della prestazione, nonostante la dilazione pattuita (41). Discussa è, inoltre, l'applicabilità dell'art. 1186 c.c., quando il differimento convenuto dalle parti dipenda, non già dall'apposizione di un termine adempitorio, ma dalla previsione di una condizione sospensiva o di un

(37) Così A. Zaccaria, *La tutela del promittente compratore in buona fede di una cosa altrui*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, II, 122 s.; v. già C.M. Bianca, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1979, 15. Ritiene che la mancata esecuzione della prestazione dovuta, a seguito della decadenza del debitore dal beneficio del termine, legittimi il creditore, che sia altresì parte di un contratto a prestazioni corrispettive, a risolvere il rapporto, ma anche a sollevare l'eccezione ex art. 1460 c.c., A.M. Benedetti, *Le autodifese contrattuali*, in *Comm. Schlesinger*, Milano, 2011, 92, nt. 3.

(38) Per la possibilità di "allargare la portata della regola contenuta nell'art. 1219, n. 2, c.c. fino almeno a comprendere anche l'ipotesi in cui il debitore abbia accompagnato ad una propria dichiarazione orale fatti univoci che lascino comunque intendere come egli non abbia, seriamente, alcuna intenzione di adempiere", A. Zaccaria, *op. cit.*, 122.

(39) Con riferimento al rifiuto, v. A. Venturelli, *La tutela sinallagmatica "anticipata" e l'armonizzazione del diritto patrimoniale nei Paesi latino-americani*, in *Opinio Juris in Comparative Studies in Comparative and National Law, Principles of Latin American Contract Law: General Harmonization Rehearsals. Special Issue*, 2019, 129, il quale, tuttavia, non ritiene di ravvisare nella dichiarazione debitoria un'ipotesi di decadenza dal beneficio del termine ex art. 1186 c.c. (cfr. *Id.*, *Il rifiuto anticipato dell'adempimento*, cit., 323 ss.). Si veda, poi, F. Addis, *Spunti esegetici sugli aspetti dei contratti di vendita di beni regolati nella nuova direttiva*

(UE) 2019/771, in *Nuovo diritto civile*, 2/2020, 22, per il quale l'inadempimento anticipato derivante dal rifiuto reso per iscritto sarebbe riconosciuto, nel nostro sistema, dall'art. 1219, comma 2, n. 2, c.c. Così anche V. Brizzolari, *Inadempimento anticipato e risoluzione del contratto*, in questa *Rivista*, 2021, 595 s.

(40) Ritiene che il rifiuto non sia in grado di determinare o di predire con sicurezza un inadempimento, G. Conte, *L'uniformazione della disciplina giuridica della risoluzione per inadempimento e, in particolare, dell'anticipatory breach dei contratti*, in *Eur. dir. priv.*, 1998, 488. Infatti, il dichiarante potrebbe mutare opinione dopo avere rifiutato l'adempimento: così anche F. Benatti, *La costituzione in mora del debitore*, Milano, 1968, 163; L. Bigliuzzi Geri, *Profili sistematici dell'autotutela privata*, II, Milano, 1971, 51 s.; U. Natoli, *L'attuazione del rapporto obbligatorio, I, Il comportamento del creditore*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, XVI, 1, Milano, 1974, 139; F. Piraino, *Adempimento e responsabilità contrattuale*, cit., 224 s. Nello stesso senso, in definitiva, pure R. Sacco, *op. cit.*, 1603 s. e M. Dellacasa, *Inadempimento prima del termine, eccezioni dilatorie, risoluzione anticipata*, cit., 563 ss. e 565 ss.; *Id.*, *Recesso discrezionale e rimedi contrattuali*, 116 ss., che non esclude un possibile adempimento del rifiutante, sia pure previo interpello.

(41) Il carattere tassativo dei casi di decadenza dal beneficio del termine è sostenuto da V. Putorti, *op. ult. cit.*, 213 ss.; U. Natoli, *op. cit.*, 137 ss., spec. 139; A.M. Principalli, *La dichiarazione orale e anticipata di non voler adempiere*, in *Corti Bari Lecce Potenza*,

termine (iniziale) di efficacia, con il quale si rinvii nel tempo la produzione degli effetti - reali, oltreché obbligatori - del negozio (42).

Quanto, poi, all'art. 1219, comma 2, n. 2, c.c., esso si limita a fare discendere dalla dichiarazione di non adempiere, resa per iscritto, l'inutilità di una specifica iniziativa del creditore, normalmente richiesta perché possano prodursi gli effetti della mora (43). Ne deriva che, anche a voler ammettere l'operatività della regola nei casi di rifiuto scritto reso *ante diem* - possibilità non esclusa dalla formulazione letterale della norma (44) - l'art. 1219, comma 2, n. 2, c.c. non potrebbe essere invocato al diverso fine di considerare inadempiente, con le più gravi conseguenze, il debitore, il quale avesse - in qualsiasi forma ed in qualsiasi momento - dichiarato di non avere più intenzione di adempiere (45). Il dichiarante conserverebbe, anzi, la possibilità di un ripensamento, adempiendo l'obbligazione precedentemente rifiutata, e ciò addirittura nei casi in cui l'atto abdicativo rivestisse forma scritta (46). Sicché, il "ventilato proposito di non adempiere", ancorché reso per iscritto, non darebbe alcuna certezza circa l'inadempimento (47) e non legittimerebbe, perciò, l'ingresso (immediato) dei rimedi demolitori, che dalla

definitiva inesecuzione di una prestazione solitamente si fanno discendere.

È appena il caso di aggiungere che argomenti univoci, di segno opposto, non sarebbero ricavabili neppure da quelle disposizioni che, elaborate a livello europeo e recepite nell'ordinamento nazionale, riconoscono alla dichiarazione antidoverosa di una delle parti la capacità di legittimare l'altra all'immediato scioglimento del rapporto. Trattasi, infatti, di disposizioni che hanno un ambito applicativo limitato ai soli rapporti B2c; le quali sono riferite, inoltre, ad un rifiuto reso quando l'adempimento sia già dovuto o dopo che una violazione della *lex contractus* sia effettivamente subentrata, eventualmente anche prima dell'esaurirsi della fase attuativa, e la dichiarazione della parte infedele riguardi l'eventualità che a quella violazione sia posto rimedio (v. artt. 135-bis, comma 4, lett. d e 135-octiesdecies c. cons.; cfr. art. 61, comma 4, lett. a, c. cons. (48)). Il conferimento di una certa valenza giuridica all'atto abdicativo, che trova concretizzazione nella prevista inutilità di concedere un'ulteriore *chance* (funzionale, a seconda del caso, alla consegna o al ripristino della conformità) a chi abbia di fatto già comunicato di non volerne fruire, non consente, tuttavia, di ricollegare al rifiuto

1970, 261 ss.; G. Muraro, *L'inadempimento prima del termine*, in *Riv. dir. civ.*, 1975, I, 252. U. Breccia, *Le obbligazioni*, in *Tratt. Iudica-Zatti*, Milano, 1991, 516 s.; L. Bigliuzzi Geri, voce *Eccezione di inadempimento*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, VII, Torino, 1991, 341; F. Addis, *Le eccezioni dilatorie*, in *Tratt. del contratto Roppo*, V, 2, cit., 428 s., nt. 39; M. Dellacasa, *op. ult. cit.*, 559 e 580; M. Fragali, *La dichiarazione anticipata di non voler adempiere*, in *Riv. dir. comm.*, 1966, I, 254 s.; E. Contino, *Casi e questioni in materia di inadempimento prima del termine e possibili rimedi*, in *Quadrimestre*, 1988, 261. Non condivide la tesi, secondo la quale l'art. 1186 c.c. sarebbe idoneo ad assicurare a canone generale di tutela contro ogni situazione di pericolo di futuro inadempimento, pur senza affermare il carattere eccezionale della regola e la tassatività delle ipotesi dalla medesima contemplate, A. Venturelli, *Il rifiuto anticipato dell'adempimento*, cit., 320 ss. Ad ogni modo - come sottolinea G. Amadio, *op. cit.*, 92 - anche a prescindere dalle valutazioni circa il carattere eccezionale dell'art. 1186 c.c., non sarebbe possibile identificare le ipotesi di risoluzione anticipata con quelle della citata disposizione. Di recente, sull'"infruttuoso tentativo di ancorare all'art. 1186 c.c. lo statuto rimediabile dell'inadempimento anticipato", M.R. Nuccio, *op. cit.*, 81 ss.

(42) Esclude l'applicabilità dell'art. 1186 c.c. dove il rapporto obbligatorio non sia ancora sorto, poiché scaturente da una fattispecie soggetta ad un termine (iniziale) di efficacia, v. R. Fadda, *op. cit.*, 530. Con riguardo alle fattispecie *sub condicione*, v. V. Scalisi, *Il contratto in trasformazione: invalidità e inefficacia nella transizione al diritto europeo*, Milano, 2011, 50, il quale rileva come l'art. 1186 c.c. realizzi una tutela anticipata del diritto che non esiste, invece, nell'ipotesi del negozio condizionale.

(43) Sul punto, v. E. Boeri, *La responsabilità per ritardo e la mora del debitore*, in *Tratt. resp. contr. Visintini*, III, Padova, 2009, 660 ss. Sulle diverse opinioni in ordine alla natura - *ad probationem* o *ad substantiam* - della forma scritta, E. Contino, *op. cit.*, 258, testo e nt. 40.

(44) La quale non offre riferimenti testuali al momento di emissione della dichiarazione, circostanza, questa, che non

dovrebbe indurre ad attribuire rilievo alla sola manifestazione oppositiva successiva alla scadenza: così A. Venturelli, *op. ult. cit.*, 326 ss.; Id., *La tutela sinallagmatica "anticipata" e l'armonizzazione del diritto patrimoniale nei Paesi latino-americani*, cit., 129.

(45) V. U. Natoli, *op. cit.*, 138 s.; F. Benatti, *op. cit.*, 163; F. Romano, *Valore della dichiarazione di non voler adempiere fatta prima della scadenza del termine*, in *Riv. dir. civ.*, 1965, II, 613, nt. 19.

(46) Per tale possibilità, si veda G. Amadio, *op. cit.*, 92 s. V. anche M. Costanza, in A. Luminoso - U. Carnevali - M. Costanza, *Risoluzione per inadempimento*, cit., 440 s. *Contra*, tuttavia, A. Venturelli, *Interferenza di un terzo nella relazione contrattuale altrui e inadempimento "anticipato" del comune dante causa*, in *Liber amicorum Bruno Troisi*, a cura di C. Cicero - G. Perlingieri, II, Napoli, 2017, 1443 s.; Id., *Pericolo d'inadempimento e proposizione della domanda giudiziale ex art. 2932 c.c.*, in *Riv. dir. priv.*, 2017, 85 s.

(47) Così, ma con esiti diversi da quelli prospettati nel testo, R. Sacco, *op. cit.*, 1603 s.

(48) In realtà, vi è, in dottrina, chi si dimostra favorevole a ravvisare nella disposizione da ultimo citata una regola riferita a fattispecie coincidenti con quelle riconducibili all'istituto dell'*anticipatory breach* o *repudiation*: v., ad esempio, S. Cherti, *La disciplina della consegna nelle vendite ai consumatori*, in *Giur. it.*, 2014, 2630, testo e nt. 45. V., tuttavia, F. Addis, *La consegna nel codice del consumo riformato*, in questa *Rivista*, 2016, 509: l'Autore rileva come il rifiuto del professionista autorizzi, bensì, all'immediata risoluzione anche se anteriore alla concessione del termine supplementare o alla decorrenza di quello pattiziamente concordato o suppletivo ex art. 61, comma 1, c. cons.; pure in tali casi, il comma 5 lascerebbe però intendere che il consumatore deve manifestare il recesso solo dopo che sia spirato il termine pattiziamente concordato o quello suppletivo, ossia quando la prestazione di consegna sia esigibile.

Argomenti

Contratti in generale

conseguenze rimediali destinate ad esplicarsi prima ancora che sia scaduto il termine per eseguire la prestazione dovuta (e/o si sia già verificata un'inadempimento).

A ben vedere, a più audaci conclusioni potrebbe autorizzare soltanto l'art. 135-*septiesdecies* c. cons. (49), il quale attribuisce al consumatore il diritto di risolvere immediatamente il contratto, se il professionista abbia dichiarato, o risulti chiaramente dalle circostanze, che non fornirà il contenuto o il servizio digitale promesso. Tuttavia, se non vi è dubbio che, per come formulata, la disposizione consente di omettere le specifiche attività indicate al comma 1 ai fini della risoluzione del contratto anche dove il rifiuto del professionista sia anticipato rispetto alla scadenza prevista per la fornitura, qualche incertezza solleva l'interpretazione del termine "immediatamente", impiegato con riferimento all'esercizio del rimedio risolutorio. In particolare, esso potrebbe essere inteso come espressione della volontà legislativa di ammettere lo scioglimento contrattuale prima ancora della scadenza, sol che il professionista rifiutasse di adempiere o l'inadempimento risultasse chiaramente dalle circostanze (50). A rigore, non sarebbe però esclusa nemmeno un'interpretazione restrittiva dell'eccezione contemplata dall'art. 135-*septiesdecies*, comma 2, c. cons., il cui unico significato potrebbe essere quello di rendere superflui, in presenza di un rifiuto (anticipato o successivo alla mancata fornitura), gli adempimenti richiesti dal comma 1 ai fini della risoluzione, il cui esercizio - possibile a prescindere dal previo invito rivolto al professionista e dall'ulteriore attesa di una sua reazione - presupporrebbe, comunque, la mancata esecuzione della prestazione al tempo stabilito. Ed anche a voler ammettere una risoluzione prima della scadenza, privilegiando in tal guisa un'interpretazione estensiva della

disposizione, non potrebbero comunque trascurarsi i presupposti che ne delimitano l'operare, impedendone un'applicazione generalizzata fuori dai contratti di fornitura di contenuti e servizi digitali conclusi tra un professionista ed un consumatore (51).

Complessità del rapporto obbligatorio ed ampliamento della nozione di inadempimento

Senonché, pure rigettando la tesi che privilegia un'applicazione della norma sulla decadenza dal beneficio del termine oltre i casi elencati e negando, similmente, che all'art. 1219, comma 2, n. 2, c.c. possa attribuirsi un significato ampio, una soluzione positiva del problema dell'inadempimento *ante diem* è possibile accogliendo l'opinione della struttura complessa del rapporto obbligatorio scaturente dal contratto (52). Il relativo oggetto, determinato alla luce del generale principio di buona fede (v. artt. 1175, 1375 e 1358 c.c.), non si esaurisce, infatti, nell'obbligo primario di prestazione, ma si compone di tutta una serie di obblighi accessori, anche funzionalmente legati al dovere di prestazione, come quello di sforzarsi per preservare la possibilità di adempiere (53). Ebbene, è proprio portando a coerenti sviluppi l'idea dell'obbligazione come organismo complesso che dottrina e giurisprudenza recenti tendono ad ampliare la nozione di inadempimento, ammettendo altresì la possibilità per la parte *in bonis* di reagire a tutti quei conegni che, ancorché posti in essere dall'altra parte in pendenza del termine o di una condizione sospensiva, appaiano comunque idonei a pregiudicare l'attuabilità del programma negoziale (54).

A tale conclusione si perviene, in parte, argomentando dall'autonomia di qualsiasi dovere lesso prima

(49) Sulla possibile portata dell'art. 13, par. 2, lett. a), Dir. UE 2019/770, poi confluito nel citato art. 135-*septiesdecies* c. cons., si veda, inoltre, F. Addis, *Spunti esegetici sugli aspetti dei contratti di vendita di beni regolati nella nuova direttiva (UE) 2019/771*, cit., 21 ss.

(50) In questo senso, con riferimento all'art. 13, par. 2, lett. a), Dir. UE 2019/770, F. Addis, *op. loc. ult. cit.* e F. Padovini *Effettività della tutela nel diritto europeo, in Il trattamento algoritmico dei dati tra etica, diritto ed economia*, a cura di P. Perlingieri - S. Gioia - I. Prisco, Napoli, 2020, 366.

(51) Auspicano, invero, un ampliamento del rimedio dello scioglimento stragiudiziale (nella forma di un recesso per giusta causa), anche come strumento di reazione ad un c.d. inadempimento anticipato, F. Padovini, *L'inadempimento anticipato*, cit., 100; F. Addis, *op. ult. cit.*, 5 ss.

(52) Per tale ricostruzione, v., fra tutti, L. Mengoni, *La parte generale delle obbligazioni*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1984, 509.

(53) Inteso, precisamente, quale espressione del dovere di diligenza *ex art.* 1176 c.c.: cfr. L. Mengoni, *Obbligazioni di "risultato" e obbligazioni di "mezzi"*, I, in *Riv. dir. comm.*, 1954, I, 193 ss. e 199 ss.; v. anche Id., *Obbligazioni di "risultato" e obbligazioni di "mezzi"*, IV, *ivi*, 270.

(54) Nel senso che un inadempimento attuale e di gravità tale da legittimare chi lo subisca a sciogliere il contratto possa ravvisarsi anche quando il contraente violi alcuno degli obblighi accessori alla prestazione principale, prima del momento finale del rapporto o di quello individuato per la relativa attuazione, v., ad esempio, F. Benatti, *op. cit.*, 163 ss., spec. 164 e 166 s.; G. Muraro, *op. cit.*, 271 ss. e 278 s.; A. Belfiore, voce *Risoluzione del contratto per inadempimento*, cit., 1314 e 1325; M.G. Cubeddu, *L'importanza dell'inadempimento*, Torino, 1995, 151; G. Amadio, *op. cit.*, 88 ss.; G. Conte, *op. cit.*, 491. In giurisprudenza, Cass. Civ. 21 dicembre 2012, n. 23823; Cass. Civ. 10 aprile 1986, n. 2500, entrambe in *La tutela sinallagmatica "anticipata" nei contratti a prestazioni corrispettive*, cit., 71 ss. Per le ipotesi *sub condicione*,

del termine, incluso quello preparatorio: al pari degli obblighi di protezione, quest'ultimo importerebbe, dunque, se violato, la facoltà per il creditore di fare immediato ricorso ai necessari mezzi di difesa (55). Ma al fine di accordare un'adeguata protezione al contraente fedele non sarebbe forse neppure necessario insistere sul carattere autonomo dell'obbligo preparatorio contravenuto. Se è vero, infatti, che la violazione del dovere di diligenza ex art. 1176 c.c., cui è tenuta la parte debitrice dal momento dell'assunzione del vincolo, anche nell'adempimento di obblighi diversi da quello principale (56), rileva sul piano della determinazione della responsabilità solo ove lo scopo dell'obbligazione risulti definitivamente compromesso, non si può negare che la negligenza sia contraria all'obbligo assunto in sé e per sé considerata, ossia indipendentemente dalla sopraggiunta impossibilità della prestazione; potendo come tale rilevare anche sul piano rimediabile (57). Un tanto emergerebbe dalla stessa disciplina codicistica, la quale, in specifici contesti, riconnette alla negligenza effetti perfino interruttivi del rapporto in essere (58). È quanto accade, ad esempio, ai sensi dei summenzionati artt. 1662 e 2224 c.c., che, in materia di contratto di appalto e di contratto d'opera, ammettono appunto lo scioglimento anticipato del rapporto, ove una delle parti ometta di porre in essere la necessaria attività preparatoria e di rimediare altresì a tale mancanza; e nei quali attenta dottrina ritiene di individuare indici normativi di sicura rilevanza per dimostrare che nel nostro ordinamento la condotta negligente - in cui si traduce l'assunzione di contegni contrari al regolare svolgimento dell'opera e, più in generale, all'adempimento - non dev'essere per forza tollerata da chi la subisca, potendo addirittura condurre a conseguenze caducatorie prima

ancora della sopraggiunta impossibilità della prestazione (59).

Preferibilità - *de iure condito* - della tesi che individua nell'inadempimento anticipato una violazione (attuale) di obblighi (meramente) accessori

L'impostazione prospettata, la quale ricostruisce il problema dell'inadempimento anticipato in termini di violazione attuale del rapporto, è quella che - *de iure condito* - appare maggiormente idonea a giustificare e a regolare la risposta rimediabile al comportamento infedele tenuto da una delle parti prima della sopraggiunta esigibilità della prestazione dovuta.

Innanzitutto, essa non richiede di forzare l'ambito applicativo di disposizioni che - vuoi per la loro collocazione topografica, vuoi per la *ratio* che le connota - difficilmente si prestano ad un'applicazione generalizzata.

Inoltre, la tesi, che identifica l'inadempimento *ante diem* con la violazione di un obbligo, diverso da quello differito ed attuale prima ancora della scadenza, presenta il vantaggio di poter operare a prescindere dalla tipologia del termine apposto ed anche laddove l'efficacia - obbligatoria o reale - del rapporto sia sospesa in virtù della previsione di una condizione (60).

Ancora, la valorizzazione del dovere di correttezza, il quale connota il rapporto sin dalla stipula (v. artt. 1175, 1372, 1375, 1358 c.c.) (61), consente di attribuire rilevanza pure alla semplice, ma comunque ingiustificata, dichiarazione del debitore di non voler adempiere, o alla sua pretesa di eseguire la prestazione, ritrattando il precedente rifiuto (62). Infatti, nonostante la manifestazione oppositiva non si possa ritenere preclusiva di un futuro

si veda, in dottrina, V. Putorti, *Pendenza della condizione e tutela del contraente fedele*, in *Rass. dir. civ.*, 2011, 126 ss., spec. 130 s.; G. Tatarano, *Condizione e modus*, in *Tratt. dir. civ. del Consiglio Nazionale del Notariato* diretto da P. Perlingieri, Napoli, 2009, 105.

(55) V., ad esempio, F. Benatti, *op. cit.*, 163 ss., spec. 166 s.

(56) A. Di Majo, *Delle obbligazioni in generale*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1988, 295 ss. Con riguardo alla regola sulla diligenza, la quale "discende dalla stessa struttura del vincolo obbligatorio", si veda anche Id., *Le tutele contrattuali*, cit., 98.

(57) L. Mengoni, *Obbligazioni di "risultato" e obbligazioni di "mezzi"*, I, cit., 204; A. Albanese, *op. cit.*, 379 ss.

(58) V., ancora, L. Mengoni, *op. loc. ult. cit. e*, di recente, A. Albanese, *op. cit.*, 382.

(59) F. Benatti, *op. cit.*, 166, testo e nt. 46. A sorreggere la conclusione, favorevole ad ammettere la legittimità di una reazione - peraltro non necessariamente perentoria - alla violazione di obblighi strumentali alla prestazione ancora inesigibile, soccorrerebbero, a ben vedere, anche ulteriori disposizioni codicistiche, a partire da quella che fa discendere dalla mancata diligente custodia e conservazione della cosa data in comodato la possibilità per il

comodante di chiederne l'immediata restituzione (art. 1804 c.c.). Per un riferimento a tale disposizione, v. A. Albanese, *op. cit.*, 382.

(60) Nel senso che l'efficacia differita sarebbe, nelle ipotesi citate, soltanto quella finale, v. D. Carusi, *Condizione e termini*, nel *Tratt. del contratto Roppo*, III, Milano, 2006, 269 e 331, per il quale il vincolo fra le parti s'instaurerebbe immediatamente, con la correlativa produzione, sin dal momento della stipulazione, degli effetti prodromici e/o preliminari, che rappresenterebbero, per l'A., il riflesso del principio di vincolatività ex art. 1372 c.c.

(61) V., in particolare, R. Scognamiglio, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, Napoli, 1969, 295, per il quale l'obbligo di comportarsi secondo buona fede sussisterebbe non solo nella fase di esecuzione del contratto, ma anche in quella dell'efficacia pendente, sin dalla venuta ad esistenza del contratto. Così anche v. D. Carusi, *op. cit.*, 269 e 331.

(62) Tuttavia, nel senso che si potrebbe dubitare in ordine alla contrarietà al dovere di correttezza della dichiarazione di non adempiere, A. Venturelli, *Il rifiuto serio e definitivo dell'adempimento*, in G. Collura (a cura di), *Coordinamento dei dottorati di ricerca in diritto privato, Atti del X Incontro Nazionale, Firenze, 25-26.1.2008*, Milano, 2009, 154, per il quale il rifiutante porrebbe in

Argomenti

Contratti in generale

adempimento, né in grado di costringere il destinatario a rivolgersi altrove per soddisfare le proprie aspettative, essa non può considerarsi neanche del tutto priva di conseguenze; ciò soprattutto ove si tenga in conto che il dovere di correttezza impone alla parte debitrice di non assumere condotte contraddittorie o dirette, comunque, ad aggravare in maniera ingiustificata la posizione dell'altro contraente (63). In tale prospettiva, il rifiuto rileverebbe, non tanto perché in grado di autorizzare il destinatario a fare affidamento sulla mancata attuazione contrattuale (64), la quale non sarebbe neppure certa nella persistente eseguibilità della prestazione, ma perché direttamente contrario ad una direttiva di condotta. Scorretto sarebbe il rifiuto ingiustificato di adempiere di una delle parti (65); ma tale sarebbe, a ben vedere, anche e soprattutto il comportamento di chi pretendesse di eseguire, contro la volontà del creditore, la prestazione precedentemente declinata (66); ad esempio, dopo avere rivalutato la convenienza di un affare per il quale avesse temporaneamente perso interesse (67).

È appena il caso di notare, infine, che la tendenza a ravvisare nel rifiuto anticipato e, più in generale, nella condotta antidoverosa assunta dalla parte nel corso del rapporto, una violazione attuale del contratto è riscontrabile pure in altri sistemi, compresi quelli, nei quali origina la figura dell'*anticipatory breach of contract*. Abbandonata progressivamente l'impostazione originaria, la quale riteneva di coglierne la giustificazione teorica nel modello contrattuale (c.d. *offer and acceptance theory*), fra i *common lawyers* si è fatta strada, infatti, la diversa tesi che suggerisce di individuare nella *repudiation* un comportamento immediatamente lesivo del sinallagma (c.d. *present breach theory* (68)): lungi dal dipendere da un nuovo accordo intercorso fra le parti contrattuali,

lo scioglimento anticipato del contratto (e la connessa pretesa risarcitoria) troverebbero dunque, fondamento - per i sostenitori della teoria citata - in una patologia dello stesso rapporto originario.

Profili rimediali: carattere residuale della risoluzione

Ammissa la configurabilità di un'alterazione anticipata del rapporto, consistente nella violazione (attuale) di un obbligo diverso da quello principale che ne costituisce oggetto, ne consegue la necessità di assicurare alla parte fedele un'adeguata difesa. Al riguardo, sorge, in particolare, l'interrogativo se, una volta riconosciuta l'esistenza di una lesione, ancorché riferita ad un obbligo soltanto strumentale, preparatorio all'adempimento, il contraente possa in effetti chiedere ed ottenere in ogni caso lo scioglimento (immediato) del vincolo.

Ebbene, fra gli interpreti è frequente l'affermazione secondo la quale la parte fedele sarebbe legittimata a risolvere senz'altro il contratto per reagire a qualsiasi lesione attuale di un obbligo, anche secondario, che desse motivo di temere la successiva inesecuzione della prestazione tipica (69).

Ma se la soluzione favorevole a consentire l'anticipata esperibilità del rimedio risolutorio o di altro avente carattere parimenti definitivo risulta condivisibile con riferimento ai casi, nei quali dalla violazione in essere derivi l'impossibilità della prestazione, essa non appare invece altrettanto giustificata nella persistente eseguibilità di quanto dovuto o quando il rapporto sia comunque ancora attuabile: ipotesi nelle quali risulterebbe più coerente con i principi cui è ispirato l'ordinamento (70) (ed andrebbe pertanto privilegiata, ove fattibile ed in assenza di diverse indicazioni di legge) la conservazione del vincolo (71).

essere un comportamento meno scorretto di chi, consapevole di non voler o poter adempiere, attendesse inerte la scadenza del termine.

(63) Come sottolinea F. Piraino, *op. ult. cit.*, 226.

(64) Così, invece, M. Dellacasa, *op. ult. cit.*, 560 s.

(65) In questo senso, G. Muraro, *op. cit.*, 278 s.; A. Ravazzoni, voce *Mora del debitore*, in *Noviss. Dig. it.*, X, Torino, 1964, 907 s.

(66) V. U. Braccia, *op. cit.*, 597 s.; così anche M. Dellacasa, *op. ult. cit.*, 566.

(67) Va notata una certa convergenza con la tesi di chi fa leva sull'affidamento per attribuire immediato rilievo al rifiuto della parte di adempiere. Tuttavia, com'è stato osservato (v., in particolare, F. Piraino, *op. ult. cit.*, 225 s.), l'ancoraggio all'affidamento dovrebbe rappresentare, secondo quell'impostazione, una giustificazione della rilevanza del rifiuto di adempiere alternativa al diverso argomento che nel rifiuto (e, più in generale, nella condotta del debitore dalla quale emerge l'assenza di una sua volontà di adempiere) pretende di ravvisare la violazione di un obbligo accessorio, fondato sulla clausola generale di buona fede. In realtà, il

relativo richiamo non sarebbe affatto superfluo, poiché solo la buona fede potrebbe conferire rilevanza giuridica alla credenza nella definitiva perdita dell'utilità connessa alla prestazione.

(68) Sulla quale, si veda, anche per ulteriori riferimenti alla letteratura in lingua inglese, H. Weidt, *op. cit.*, 68 ss.

(69) V. i riferimenti riportati alla nt. 54.

(70) Segnatamente, con quelli di adeguatezza, proporzionalità e ragionevolezza, i quali imporrebbero "di valutare la corrispondenza esistente tra il rimedio irrogato e la concreta istanza di tutela da realizzare": v. V. Putorti, *op. ult. cit.*, 133; cfr. G. Perlingieri, *Compenso del professionista, finanziamento del progetto e clausola condizionale. Il ruolo della buona fede ex art. 1358 c.c. nei contratti con la P.A.*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 119 ss., spec. 167.

(71) È quanto parrebbero suggerire peraltro sia la giurisprudenza favorevole a consentire l'anticipato ricorso all'azione *ex art.* 2932 c.c. (v. Cass. Civ. 22 maggio 2015, n. 10546, in *Corr. giur.*, 2015, 1518 ss.), sia l'indirizzo dottrinale che argomenta nel senso dell'esperibilità della tutela inibitoria a difesa di un diritto di credito, financo nei casi di mero pericolo di un futuro inadempimento (cfr.

A dire il vero, è lo stesso codice ad ammettere, in taluni casi, una risposta perentoria anticipata alla violazione dei doveri (soltanto) preparatori, non ancora tramutatasi in un inadempimento definitivo (72): basti pensare agli artt. 1662 e 2224 c.c., dettati con riguardo ai contratti di appalto e di opera, l'applicazione dei quali dipende appunto dalla lesione di un tale dovere che grava, rispettivamente, sull'appaltatore e sul prestatore d'opera. Sennonché, neppure le disposizioni citate consentono, a ben vedere, una risoluzione immediata, la quale risulta ammessa, per converso, soltanto a seguito dell'infuttuoso decorso di un termine concesso alla parte, antecedente a quello stabilito per l'esecuzione della prestazione dedotta in contratto.

Al fine di fornire uno strumento di reazione adeguato all'opportunità di conservazione del rapporto, ancora attuabile, si potrebbe peraltro immaginare di dare seguito alla tesi che interpreta le due previsioni normative di parte speciale come espressive di un principio di più ampia portata, sì da estendere la soluzione elaborata dal legislatore anche ad altre fattispecie negoziali, nelle quali sia ugualmente necessario lo svolgimento di un'attività preliminare, di preparazione (73). La soluzione prospettata troverebbe riscontro in quelle elaborate a livello sovranazionale e risponderebbe altresì al canone di ragionevolezza: iniquo sarebbe, infatti, riconoscere al solo committente un potere di reazione alla condotta della controparte che non si prepari adeguatamente all'adempimento, costringendo, invece, il contraente *in bonis* di altri contratti, nei quali sia parimenti richiesto il compimento di atti

propedeutici, ad assistere passivamente alla propria rovina (74).

(Segue). Rimedi conservativi e tutela dilatoria anticipata

Benché ragionevole, l'opzione ermeneutica che propone un'ampia applicazione degli artt. 1662 e 2224 c. c. trova però, a sua volta, un ostacolo nella (per vero meno recente, ma) altrettanto accreditata tesi che afferma l'eccezionalità delle due disposizioni, le quali consentono il ricorso ad uno strumento di autotutela, diretto a reagire alla violazione di un dovere soltanto preparatorio e a provocare lo scioglimento del contratto, quando ancora non siano accertabili né la definitività, né la gravità dell'inadempimento (75). E d'altronde, pure chi si dimostra maggiormente disposto ad estrapolare dalle previsioni di parte speciale una regola di portata più vasta, avverte poi la necessità di circoscriverne il campo di operatività ai soli casi, nei quali sia già concretamente dovuta una specifica attività propedeutica (76).

Per affermare la possibilità di reagire, oltre i suddetti limiti, a qualsiasi condotta antidoverosa (non necessariamente coincidente con la violazione di un dovere *lato sensu* preparatorio) posta in essere in qualunque momento durante la fase di pendenza si potrebbero, certo, valorizzare ulteriori indici normativi rinvenibili nell'ordinamento. Neppure una lettura sistematica delle disposizioni esistenti imporrebbe comunque di individuare nella risoluzione contrattuale anticipata (ed immediata) lo strumento di tutela contro la condotta latamente infedele della parte contrattuale, assunta nella fase

L. Gatt, *La tutela inibitoria del diritto al contratto*, in *Studi in onore di Cesare Massimo Bianca*, III, Milano, 2006, 304 s. e D.M. Frenda, *op. cit.*, 798 ss.; non condivide, invece, la tesi che sostiene la generale ammissibilità della tutela inibitoria del credito estesa anche ai casi di mero pericolo di inadempimento A. Albanese, *op. cit.*, 374 ss.; per un'analisi critica, v., di recente, A. D'Adda, *Assetti attuali della tutela civile inibitoria: alcune riflessioni "sparse"*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2023, 1384 ss.). Nonostante non siano andate esenti da critiche, le soluzioni prospettate hanno quantomeno il pregio di indicare che lo strumento di tutela attribuito al creditore nella fase *ante diem*, specialmente in costanza di possibilità della prestazione, non sia né possa essere solo quello risolutorio.

(72) V. A. Albanese, *op. cit.*, 382.

(73) V. A. Venturelli, *Il rifiuto anticipato dell'adempimento*, cit., 205; Id., *Risoluzione in corso d'opera dell'appalto e tutela sinalagmatica "anticipata"*, in *Contr. impr.*, 2015, 497 ss., per il quale la collocazione topografica dell'art. 1662 c.c. non costituisce argomento sufficiente per escluderne qualsivoglia applicazione analogica ad altri contratti, parimenti ad esecuzione prolungata. Precisa, al riguardo, C. Granelli, *op. cit.*, 214, che gli artt. 1662, comma 2, e 2224, comma 1, c.c. si prestano ad essere intesi "come espressione di un principio, se non di portata generale, quanto meno estensibile a tutti i contratti la cui esecuzione richieda significative

e prolungate condotte preparatorie (ovvero non marginali attività di protezione) da parte del contraente obbligato". Nello stesso senso, v. anche V. Putorti, *Inadempimento e risoluzione anticipata del contratto*, cit., 97 s. (per il quale nulla impedirebbe di estendere il rimedio previsto dalle succitate disposizioni a tutti i contratti in cui sia richiesto l'adempimento, *medio tempore*, di specifici obblighi preparatori) e M. Dellacasa, *op. ult. cit.*, 574 s.

(74) Così F. Benatti, *op. cit.*, 166, testo e nt. 46, riportando l'intuizione di T. Ascarelli, *In tema di deposito regolare*, in *Temil emil.*, 1927, II, 75 s.

(75) In questo senso D. Rubino - G. Iudica, *Appalto*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 2007, 303; G. Gabrielli, *Il rapporto giuridico preparatorio*, Milano, 1974, 244. V. però P. Perlingieri, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, II, Napoli, 2006, 252 ss. e 586 s., per il quale "la distinzione delle norme in regolari ed eccezionali è storica, sempre risorgente e in continua evoluzione nella dinamica dell'ordinamento".

(76) Si veda, in particolare, A. Venturelli, *Il rifiuto anticipato dell'adempimento*, cit., 206 ss. e 213 ss. Per una più ampia portata delle due disposizioni, v., invece, F. Benatti, *op. cit.*, 166 ss.; V. Putorti, *op. ult. cit.*, 97; Id., *Rifiuto anticipato di adempiere e tutela del creditore*, cit., 409.

Argomenti

Contratti in generale

ante diem o pendente condicione. Anzi, in costanza della possibilità della prestazione, lo scioglimento andrebbe relegato ad *extrema ratio*, mentre preferenza si dovrebbe accordare - in mancanza di indicazioni legislative di segno opposto - ai rimedi conservativi e/o cautelari.

Fra i mezzi di tutela spettanti alla parte contrattuale *in bonis*, da preferire alla risoluzione, rientrerebbe, ad esempio, l'eccezione dilatoria *ex art. 1461 c.c.* Invero, la disposizione consente alla parte di sospendere l'esecuzione della prestazione dovuta nei soli casi, nei quali siano peggiorate (dopo la conclusione del contratto) le condizioni patrimoniali di controparte. Sennonché, diversi sono stati i tentativi finora compiuti dagli interpreti allo scopo di garantirne un impiego più duttile. In dettaglio, l'orientamento pressoché unanime della giurisprudenza e della dottrina è nel senso di ammetterne l'applicabilità anche laddove l'insorgenza della causa di pericolo, manifestatasi solo nel corso del rapporto e ignorata senza colpa dalla parte *in bonis*, preceda il momento della stipula (77). Non mancano, inoltre, argomenti a sostegno della tesi favorevole ad ammettere il ricorso al rimedio dilatorio quando i fattori di pericolo non coincidano con quello individuato dal legislatore.

Per l'opportunità di una dilatazione della regola, tale da renderla operante ogniqualvolta sia riscontrabile un mutamento *in peius* nelle condizioni, non necessariamente patrimoniali, dell'altro contraente (78), deporrebbe, anzitutto, l'art. 71 CISG (79). La disposizione, la quale risulta direttamente applicabile, salvo apposito *opt-out* delle parti, ove il contratto stipulato rientri nel campo applicativo della legge uniforme, presenta infatti un ambito di operatività più ampio rispetto al nostro art. 1461 c.c., potendosi

invocare, oltretutto nell'ipotesi in cui sia riscontrabile una grave insufficienza nella solvibilità del debitore (80), pure quando sussista, più in generale, una seria deficienza nella sua capacità d'adempiere (v., art. 71, comma 1, lett. a) ovvero, più semplicemente, la possibilità del futuro adempimento sia compromessa dal modo nel quale egli si appresti ad eseguire il contratto (art. 71, comma 1, lett. b). Con l'ulteriore precisazione, omessa dal legislatore italiano del 1942, che le cause di pericolo possono assumere rilevanza quand'anche preesistenti all'instaurazione del vincolo, purché manifestatesi e divenute quindi conoscibili solo in un momento successivo; a condizione, s'intende, che la parte fedele le avesse incolpevolmente ignorate all'atto della stipula. Ebbene, ove si consideri la chiara corrispondenza funzionale del rimedio offerto dalla legge uniforme a quello, "meno evoluto", di diritto interno, tenendo altresì conto delle risultanze di una più che mai utile analisi storica - la quale ha visto il legislatore internazionale ampliare, fino ai confini attuali, i presupposti di una regola che presentava in origine connotati non dissimili da quella italiana -, sembrerebbe naturale attribuire all'art. 71 CISG il compito di "integrare l'attuale 1461 [...] manifestamente ancorato ad una visione superata dei rapporti d'impresa" (81); degradando, di conseguenza, il presupposto di legge a semplice esempio di una situazione di pericolo che potrebbe essere dovuta a cause di incapacità diverse da quella esplicitamente individuata (82).

La riscontrata tensione espansiva della regola sull'eccezione di sospensione potrebbe indurre a concludere, addirittura, per l'opportunità e la fattibilità di un suo maggiore ampliamento, predicando, così, l'esperibilità del rimedio pure nell'ipotesi - non

(77) In giurisprudenza, v., fra le tante, Cass. Civ. 24 febbraio 1999, n. 1574, in *Corr. giur.*, 1999, 1259; Cass. Civ. 20 febbraio 2008, n. 4320, in *Giur. it.*, 2008, 2480. Ritieni che il mutamento *ex art. 1461 c.c.* possa essere anche solo gnoseologico, in dottrina, F. Addis, *Il "mutamento" nelle condizioni patrimoniali dei contraenti*, Milano, 2013, *passim*, spec. 116 ss., 121 ss., 199 ss. e 233 ss.; Id., *Le eccezioni dilatorie*, cit., 476 s. Ma v., in senso critico, R. Sacco, *op. cit.*, 1664.

(78) Per la fattibilità di siffatta dilatazione, v. V. Putorti, *op. ult. cit.*, 127 s.; F. Addis, *op. ult. cit.*, 431 ss.; V. Roppo, *op. cit.*, 925; R. Fadda, *La tutela preventiva dei diritti di credito*, Napoli, 2012, 289, testo e nt. 63.

(79) Sul collegamento sistematico fra la disposizione codicistica e quella della legge uniforme, si vedano F. Addis, *op. ult. cit.*, 433 s.; Id., *Il "mutamento" nelle condizioni patrimoniali dei contraenti*, cit., 262 ss.; A. Venturelli, *op. ult. cit.*, 159; M. Dellacasa, *op. ult. cit.*, 556. Nel senso che, pur senza prestarsi ad un'interpretazione analogica, l'art. 71 CISG offrirebbe utili indicazioni per allargare i presupposti fattuali dell'art. 1461 c.c., v. anche F. Piraino, *Il "mutamento" delle condizioni patrimoniali e l'eccezione dilatoria ex art. 1461 cod. civ.*, in *Osser. dir. civ. comm.*, 2015, 383.

(80) Ipotesi che, tuttavia, non coinciderebbe pienamente con quella *ex art. 1461 c.c.*: v. F. Addis, *Il "mutamento" nelle condizioni patrimoniali dei contraenti*, cit., 145.

(81) Così, già nel 1980, G. Santini, *La sospensione e la risoluzione anticipata del contratto, La vendita internazionale. La convenzione di Vienna dell'11 aprile 1980. Atti del Convegno degli Studi di S. Margherita Ligure, 26-28 settembre 1980*, Milano, 1981, 244 s. Si veda, al riguardo, anche F. Padovini, *L'eccezione di pericolo di inadempimento (Unsicherheitseinrede)*, in *La riforma dello Schuldrecht tedesco: un modello per il futuro diritto europeo delle obbligazioni e dei contratti?*, Atti del Convegno svoltosi a Ferrara il 7-8.3.2003, a cura di G. Cian, Padova, 2004, 276.

(82) Fa riferimento alle proposte di rilettura della disposizione codicistica che suggeriscono una derubricazione del presupposto espressamente previsto a semplice esemplificazione, in una recensione del libro di F. Addis (*Il "mutamento" nelle condizioni patrimoniali dei contraenti*, cit.), F. Piraino, in *Annuario del contratto 2013*, diretto da A. D'Angelo - V. Roppo, Torino, 2014, 216.

espressamente contemplata dall'art. 71 CISG - di manifestata assenza della volontà di eseguire la prestazione dovuta (83). A ben vedere, argomenti a supporto di siffatta soluzione sarebbero ricavabili anche dal diritto interno. In particolare, una volta ammessa la contrarietà della condotta del debitore, il quale dimostri la mancanza della concreta intenzione di adempiere, alla direttiva di buona fede o agli obblighi accessori che ne scaturiscono, l'esperibilità del rimedio dilatorio "anticipato" risulterebbe giustificata, facendo leva sull'art. 1460 c.c., che è da tempo ritenuto applicabile pure in assenza di una relazione di stretta corrispettività tra l'obbligo violato e la prestazione cui è tenuta la parte che invochi la tutela (84). Inoltre, l'allargamento dell'ambito di operatività dell'*exceptio* potrebbe trovare fondamento, all'interno del codice, in una lettura combinata degli artt. 1460 ss. c.c. (85), i quali, se sistematicamente interpretati, consentirebbero di affermare una possibile *reductio ad unitatem* della tradizionale diade "eccezione di inadempimento" - "eccezione di pericolo" (86), e di allargare, su tali basi, il presupposto oggettivo del rimedio della sospensione (87). Ne deriverebbe la possibilità di esperirlo - a prescindere dall'ordine cronologico fissato per l'esecuzione delle prestazioni corrispettive, dalla tipologia del contratto concluso e dalla qualità dei soggetti coinvolti - alla sola condizione che si fosse in presenza di un pericolo di inadempimento, ancorché dipendente da cause diverse da un peggioramento riguardante la sfera economico-patrimoniale di uno dei contraenti; e financo in mancanza di una qualsiasi violazione attuale di uno degli obblighi imposti alle parti (88).

Prospettive *de iure condendo* e modelli di riferimento

Tuttavia, anche l'estensione del rimedio dilatorio, che taluno ritiene di poter operare, costituisce, secondo altri, frutto di una forzatura. Nel nostro ordinamento, lo strumento della sospensione conosce bensì talune concretizzazioni all'interno di discipline dedicate ai singoli contratti tipici (v., ad esempio, l'art. 1481 c.c. (89); ma v. anche gli artt. 1822, 1844, 1850, 1926, 1956, 1959, comma 1, c.c.); e trova specificazione, altresì, in diverse previsioni extracodicistiche (v., ad esempio, gli artt. 172 ss. del nuovo Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza - CCII; cfr. anche l'art. 135-bis, ult. comma, c. cons. (90)). In effetti, un'interpretazione combinata di tali disposizioni, lette alla luce dell'art. 71 CISG, potrebbe giustificare un'estensione dell'eccezione di pericolo. Ma se le regole speciali consentono di affermare che il principio dell'art. 1461 c.c. si presta ad operare, con riferimento a talune fattispecie individuate dal legislatore, anche ove il pericolo non sia riconducibile ad un peggioramento nelle condizioni patrimoniali della controparte, nondimeno l'eccezionalità del rimedio di autotutela difficilmente si attaglia, in assenza di un'esplicita previsione, legislativa o anche solo pattizia, ad una sua applicazione generalizzata a tutti i casi di minaccia di un futuro inadempimento (91).

Nonostante le potenzialità della disciplina interna, residuano dunque incertezze in ordine alla concreta portata delle disposizioni vigenti. Sicché appare condivisibile l'auspicio espresso da chi suggerisce di provvedere alla predisposizione di una normativa

(83) V. L. Bigliuzzi Geri, *Osservazioni sull'art. 1461 c.c.*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1974, 58 s., testo e nt. 50, per la quale potrebbe essere sintomatica della situazione rilevante ex art. 1461 c.c. anche una dichiarazione di non poter adempiere.

(84) In dottrina, per la rilevanza, ai fini dell'esperimento dell'eccezione di inadempimento, della violazione di qualsiasi obbligo, anche indirettamente preordinato alla realizzazione dei risultati corrispettivi, si veda, per tutti, F. Realmonte, voce *Eccezione di inadempimento*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, 1965, 224 s.

(85) Per una tale lettura, funzionale all'ampliamento dell'ambito applicativo dell'eccezione di pericolo, v. F. Addis, *Le eccezioni dilatorie*, cit., 431 ss.; M. Dellacasa, *op. ult. cit.*, 556. Nel senso che gli artt. 1460 s. c.c. avrebbero una funzione affine, ossia di favorire la conservazione del vincolo, oltretutto la corretta e puntuale attuazione del sinallagma contrattuale, v. A.M. Benedetti, *op. cit.*, 93.

(86) Così S. Pagliantini, *A proposito del libro di Fabio Addis, "Il mutamento nelle condizioni patrimoniali dei contraenti"*, in *Persona e mercato*, 2015, 2; F. Addis, *Le eccezioni dilatorie*, cit., 414.

(87) V. F. Addis, *op. ult. cit.*, 430 ss. e 474 ss.; M. Dellacasa, *op. ult. cit.*, 556.

(88) Contrario ad un'eccezione di inadempimento anticipata, esperibile contro il pericolo di inadempimento, è, invece, A. Montanari, *op. ult. cit.*, 50 s.

(89) Sul quale si veda, di recente, S. Cacace, *Il pericolo di rivendica*, Milano, 2022, *passim*.

(90) Per un commento, v. A. Venturelli, *I rimedi esperibili dal consumatore: il risarcimento del danno e l'exceptio inadimplenti contractus*, in G. De Cristofaro (a cura di), *La nuova disciplina della vendita mobiliare nel codice del consumo. La direttiva (UE) 2019/771 relativa ai contratti per la fornitura di cose mobili stipulati da professionisti con consumatori ed il suo recepimento nel diritto italiano (d.lgs. 4 novembre 2021, n. 170)*, Torino, 2022, 357 ss.

(91) Sottolinea il carattere eccezionale del rimedio di autotutela, A.M. Benedetti, *op. cit.*, 92 ss. V. M. Tamponi, *La risoluzione per inadempimento, in I contratti in generale*, in E. Gabrielli (a cura di), *Tratt. contr. Rescigno-Gabrielli*, II, Torino, 2006, 1777 e 1784. Per la tipicità degli strumenti di autotutela, v., L. Bigliuzzi Geri, *op. ult. cit.*, 54, la quale, proprio per tale motivo, definisce come insoddisfacente e addirittura pericolosa la ricostruzione (cui per vero aderisce) che individua nella difesa offerta contro l'autore di una dichiarazione di non voler adempiere l'espressione di un potere *sui generis*. Sull'autotutela in ambito contrattuale, si veda, di recente, F. Addis, *Autotutela contrattuale*, in *Enc. dir.*, *Contratto*, Milano, 2021, 47 ss. Per una delimitazione dell'ambito applicativo dell'art. 1461 c.c. e delle ulteriori disposizioni accomunate dalla medesima *ratio*, v. poi, da ultimo, M.R. Nuccio, *op. cit.*, 73 ss.

Argomenti

Contratti in generale

esplicita, atta a risolvere i problemi applicativi connessi alla formulazione delle previsioni rinvenibili nell'ordinamento (92).

Un intervento legislativo potrebbe trarre spunto, a ben vedere, da quelli occorsi in altri sistemi o dalle soluzioni proposte nei testi di diritto uniforme. Avventato sarebbe, tuttavia, formulare un contributo propositivo, il quale si limitasse a suggerire un trapianto delle regole altrove elaborate sul terreno del diritto interno. Il confronto comparatistico dovrebbe servire, invece, a meglio ponderare i termini di un eventuale ripensamento legislativo.

Ad esempio, in un'ottica *de iure condendo* sarebbe opportuno riflettere sull'effettiva convenienza di importare una regola che ancorasse l'esercizio (stragiudiziale) del rimedio risolutorio ad una situazione di mera certezza di una futura violazione contrattuale. Una previsione normativa che disponesse in tale senso contribuirebbe apparentemente ad aumentare lo standard di tutela accordato alla parte *in bonis*, la quale avrebbe la facoltà di svincolarsi dal rapporto, senza neppure la necessità di riscontrare una sua concreta violazione e a prescindere dalla natura dell'obbligo accessorio cui si fosse per ipotesi contravenuto. Non vi sarebbe più alcuna ragione, dunque, per dare seguito alla tesi che esclude il ricorso ai rimedi contro l'inadempimento laddove la lesione riguardi un obbligo che, in quanto meramente preparatorio, risulti funzionalmente legato a quello di prestazione. Tuttavia, la regola sull'immediata risolvibilità del contratto, fondata sul solo presupposto della certezza di un futuro inadempimento, esporrebbe la parte contrattuale fedele al rischio di valutazioni errate, le quali apparirebbero financo inevitabili, considerata la necessità di stabilire il verificarsi di un evento che, in quanto collocato nell'avvenire, sarebbe stimabile, prima della scadenza, soltanto in termini di più o meno elevata probabilità di accadimento. Ed anzi, a ben riflettere, la certezza richiesta ai fini dello scioglimento potrebbe dirsi sicuramente raggiunta, nella fase *ante diem*, solo ove fosse già riscontrabile un'impossibilità della prestazione dovuta da uno dei contraenti,

mentre del tutto aleatoria sarebbe, al di fuori di tale ipotesi, l'immediata risoluzione.

In considerazione di ciò, la scelta di prevedere, nell'ordinamento interno, una disposizione volta a consentire la risoluzione (anche stragiudiziale) del rapporto prima del termine, pur nella costante eseguibilità della prestazione dovuta, richiederebbe di prevedere un meccanismo - analogo, ad esempio, a quello regolato dall'art. 72, comma 2, CISG - che, procedimentalizzando l'ingresso del rimedio interruttivo-estintivo, garantisse al contraente il raggiungimento della certezza circa il futuro verificarsi di una violazione contrattuale; certezza che, al di fuori delle ipotesi di impossibilità della prestazione, potrebbe ritenersi conseguita soltanto allorché, nonostante l'ulteriore *chance* concessagli, il debitore non reagisse al sollecito, preferibilmente scritto, della parte creditrice (93).

La previsione di un *iter* funzionale alla formazione del convincimento circa la definitiva compromissione del rapporto, la quale è il presupposto per scioglierlo senza rischi, è comune peraltro anche alla disciplina più evoluta dell'inadempimento anticipato nei sistemi d'origine, come racchiusa nei *restatements* e negli strumenti di *statutory law* (v. par. 251 del secondo *Restatement of Contracts* e par. 2-609 *Unif. Com. Code*). Essa non è inoltre priva di riscontri nel diritto interno: alla medesima logica a fondamento dell'art. 72, comma 2, CISG paiono infatti ispirati anche i più volte citati artt. 1662 e 2224 c.c., i quali "affidano al decorso" di un "termine, precedente rispetto a quello fissato per l'esecuzione, il compito di trasferire un'inattuazione ancora reversibile del rapporto sulla prestazione inesigibile, così da renderla a tutti gli effetti definitivamente inadempita" (94). Ad ogni modo, quello della risoluzione, sia pure mediata, non potrebbe costituire l'unico strumento nelle mani della parte fedele di fronte alla minaccia di un inadempimento futuro. Viceversa, a quest'ultima occorrerebbe riconoscere l'ulteriore possibilità di sospendere, anzitutto, l'esecuzione della propria prestazione, se già dovuta.

Sotto tale profilo, sarebbe utile ampliare l'ambito di operatività dell'art. 1461 c.c.: segnatamente, per una

(92) In tale senso, F. Padovini, *L'inadempimento anticipato*, cit., 99 s. Cfr. Id., *Effettività della tutela nel diritto europeo*, cit., 367 e F. Addis, *Due libri nell'orizzonte del diritto privato europeo*, in *Osser. dir. civ. comm.*, 2024, 228. Di recente, per i benefici e i limiti di un'"operazione di adeguamento del diritto interno", M.R. Nuccio, *op. cit.*, 64 ss.

(93) In senso favorevole ad una soluzione "procedimentalizzata" sono, ad esempio, M. Dellacasa, *op. ult. cit.*, 573 s. e V. Brizzolari, *op. cit.*, 597. Nutre invece qualche perplessità nei confronti dell'"impiego generalizzato della sequenza perentoria

fissata dall'art. 72, 2° co, CISG", F. Addis, *op. ult. cit.*, 227 s. Vero è, come sottolinea l'A., che, innescando la sequenza, la parte non si tutelerebbe da successive contestazioni rivolte alle ragioni alla base della sua condotta. Vero è però, altresì, che l'avvio del procedimento non dovrebbe poter trarre legittimazione da una semplice valutazione soggettiva della parte, non sorretta da idonei indici oggettivi circa la probabilità del verificarsi di un futuro inadempimento.

(94) Così, espressamente, A. Venturelli, *Il rifiuto anticipato dell'adempimento*, cit., 278.

sua maggiore idoneità ad operare nell'odierna economia di mercato, esso andrebbe esteso, conformemente alle attuali proposte dottrinali, quantomeno in coerenza con la sfera operativa dell'analoga disposizione contenuta nella CISG. Il modello cui guardare sarebbe, in specie, quello offerto dal par. 321 BGB tedesco, che, oltre a presentare un più ampio campo di applicazione rispetto al nostro art. 1461 c.c., tende a collegare i due strumenti di tutela - l'eccezione di sospensione e lo scioglimento anticipato del contratto a seguito della mancata reazione debitoria - sì da agevolare un ingresso graduale delle conseguenze (anche) perentorie. In particolare, nel combinare i rimedi della *Unsicherheitseinrede* e del *Rücktritt*, la disposizione tedesca si presenta come capace di coniugare le esigenze di conservazione del singolo rapporto con quelle (della velocità e dell'efficienza) dei traffici giuridici.

In realtà, gli esiti dell'indagine comparatistica e l'esigenza di prevedere rimedi adeguati per le diverse ipotesi di pericolo di inadempimento imporrebbero di considerare un'eventuale ulteriore estensione dello strumento della sospensione. Ci si potrebbe domandare, in particolare, se sia forse il caso di svincolare le ipotesi di pericolo dalla sfera della capacità adempitoria, per inserirle all'interno di una più ampia accezione di insicurezza, comprensiva della situazione derivante dalla manifestata assenza della volontà di eseguire la prestazione dovuta (95). Certo, la possibilità per la parte di sospendere l'attuazione del contratto quando l'altra rifiuti l'adempimento o dimostri altrimenti l'assenza dell'intenzione di adempiere, potrebbe anche ricavarsi dall'art. 1460 c.c. nella sua formulazione attuale: a tale fine sarebbe soltanto necessario aderire a quelle impostazioni che ammettono, da un lato, l'illegittimità attuale della

manifestazione debitoria, comunque resa; e, dall'altro, l'applicabilità della regola *inadimplenti non est adimplendum* anche a lesioni del rapporto diverse da quella coincidente con l'inesecuzione di una delle prestazioni corrispettive.

Non vi è dubbio, tuttavia, che i problemi connessi ad una tale estensione - già oggi superabili, ma solo accettando taluni presupposti stipulativi - risulterebbero definitivamente risolti, se fosse introdotta una disposizione espressa, la quale consentisse la sospensione dell'esecuzione contrattuale a fronte di una qualsiasi minaccia di inadempimento, derivante da una situazione di incapacità della parte contrattuale o dalla dimostrata assenza del proposito di eseguire quanto promesso: ciò indipendentemente dalla scansione temporale delle prestazioni sinallagmatiche e dalla possibilità di ravvisare una violazione di un obbligo dotato di autonomia; alla sola condizione che la situazione di pericolo non fosse già nota alla parte *in bonis* all'atto della stipula. In tale prospettiva, ci si potrebbe, ad esempio, ispirare, almeno per ciò che riguarda i presupposti di esperibilità del rimedio, a quanto disposto dal nuovo art. 1220 *Code civil* francese, il quale ammette la sospensione dell'esecuzione, sol che sia manifesto che l'altra parte non adempirà (96).

È appena il caso di precisare che la prospettata opportunità di dilatare i presupposti dello strumento dilatorio, attribuendo rilievo non solo alle diverse ipotesi di incapacità del debitore, ma anche ai casi di rifiuto (97), non risulterebbe invero in contrasto con la previsione codicistica, che dalla dichiarazione (scritta) del debitore di non adempiere fa discendere l'automatica mora del debitore (v. art. 1219, comma 2, n. 2, c.c.). Benché in grado di indicare l'illegittimità attuale di una specifica forma espressiva

(95) Del resto, una volta esclusa l'equipollenza rifiuto-inadempimento, il rifiuto non potrebbe che integrare un pericolo e il rimedio allora sarebbe piuttosto quello dilatorio: v. A. Venturelli, *La tutela sinallagmatica "anticipata" e l'armonizzazione del diritto patrimoniale nei Paesi latino-americani*, cit., 130 (che tuttavia non aderisce alla ricostruzione del rifiuto in termini di mero pericolo di inadempimento).

(96) Il modello francese andrebbe disatteso, invece, sul versante degli esiti cui conduce l'esperienza dell'eccezione dilatoria, non avendo il legislatore della riforma previsto né la possibilità per il contraente di fare cessare la conseguente situazione di stallo, prestando adeguate garanzie; né il diritto per la parte fedele di svincolarsi dal rapporto, quando l'altro contraente non sia in grado di dimostrare la propria capacità o volontà di adempiere. Non è un caso che la soluzione sia stata successivamente "corretta" dai redattori della recente riforma belga i quali, nel riconoscere un'eccezione di sospensione dai presupposti sostanzialmente coincidenti con quelli fissati dal legislatore francese, hanno ritenuto tuttavia di integrare la previsione, formulata sulla falsariga del citato art. 1220 *Code civil*, sì da evitare il protrarsi della situazione di paralisi del rapporto, conseguente alla sospensione (v., art. 5.239

Code civil belga). Sulle soluzioni francese e belga, v. F. Addis, *Recesso per inadempimento e tutela dilatoria*, in *Il diritto privato tedesco vent'anni dopo la Schuldrechtsmodernisierung: un modello per i giuristi europei?*, cit., 101 ss.

(97) Non sarebbe invece auspicabile un'estensione dei presupposti applicativi dell'eccezione di sospensione ai casi di semplice timore soggettivo del futuro inadempimento, non sorretto da circostanze obiettivamente accertabili. Infatti, un tale ampliamento della regola renderebbe l'eccezione astrattamente sollevabile sul presupposto del semplice differimento della prestazione, cui è intrinseco un innalzamento del rischio di inadempimento. Il rimedio dilatorio si presterebbe, così, a facili abusi e si esporrebbe, in ogni caso, ad un impiego eccessivo, con conseguente esponenziale incremento del numero delle controversie. Così A. Venturelli, *op. ult. cit.*, 124 ss. Sottolinea l'inopportunità di un ampliamento del rimedio sul modello dei progetti europei di codificazione, del *Draft Common Frame of Reference* e del progetto di *Common European Sales Law*, F. Piraino, *Il "mutamento" delle condizioni patrimoniali e l'eccezione dilatoria ex art. 1461 cod. civ.*, cit., 395 s.

Argomenti

Contratti in generale

dell'atto abdicativo (anche anticipato), essa non autorizzerebbe, infatti, ad assimilare la manifestazione oppositiva in quanto tale ad un inadempimento definitivo, ricollegandovi l'immediato ingresso dei relativi rimedi. Di contro, dalla mera enunciazione dell'inadempimento non potrebbe che derivare - nella persistente eseguibilità della prestazione - un più o meno fondato sospetto circa il suo effettivo verificarsi.

Ad esiti diversi si dovrà forse pervenire, a seguito dell'attuazione della normativa europea, nell'ambito dei rapporti B2c: beninteso, sempreché delle disposizioni contenute nelle direttive, da ultimo recepite nell'ordinamento interno, si ritenesse di privilegiare un'interpretazione ampia, intendendole come necessariamente attributive di rilievo rimediale immediato a qualsiasi rifiuto, anche se reso prima della scadenza. Ad ogni modo, l'eventuale riconoscimento di un diritto di recesso

anticipato al consumatore, quale soggetto debole del rapporto, non richiederebbe e, anzi, scongiurerebbe di generalizzare la soluzione prospettata, rendendola praticabile indipendentemente dalla qualità della parte destinataria del rifiuto; e financo al di fuori dei confini oggettivi tracciati dal legislatore. Del resto, la situazione di crisi, che induce la parte ad assumere un atteggiamento contrario al vincolo o, addirittura, a dichiarare di non volere o potere più adempiere, potrebbe rivelarsi soltanto passeggera, con la conseguente reviviscenza, da un lato, dell'interesse debitorio a liberarsi della prestazione dovuta; dall'altro, di quello creditorio a ricevere quanto promesso dalla controparte. Sicché, l'opzione di chi scegliesse di non orientare immediatamente il contratto verso una fine inesorabile, optando viceversa per la sua conservazione, potrebbe rivelarsi utile, in definitiva, per entrambe le parti (98).

(98) In questo senso, v. anche V. Brizzolari, *op. cit.*, 597.

Obbligazioni sostenibili

Dai non meglio definiti *green bond* agli “*European green bond*”

di Massimo Lembo

La nuovissima normativa Comunitaria sui cosiddetti *European green bond* va ad inserirsi in un quadro - sinora - poco o nulla disciplinato offrendo criteri oggettivi per il mercato degli investitori al rispetto dei quali è consentito di utilizzare la nuovissima “etichetta” verde.

Premessa

La transizione ecologica in atto, la focalizzazione sui fattori ESG (*Environment, social and governance*), il c.d. *Green deal* unionale (patto verde europeo (1)), la normativa europea sulla finanza sostenibile, il c.d. decreto legge n. 25 del 17 marzo 2023 *fintech* (che apre la porta alla “digitalizzazione” finanziaria) sono tutti segnali inequivocabili di una nuova attenzione all’ambiente che si declina attraverso provvedimenti di origine Comunitaria. La concentrazione in un arco temporale relativamente ristretto ed una certa sovrapposizione di temi rischia però di ingenerare confusione nel pubblico alimentando - inoltre - fenomeni di manipolazione del vero attraverso scorrette pratiche di *greenwashing* atte a fuorviare il pubblico, soprattutto degli investitori, principalmente quelli sensibili al tema ambientale. Sta, quindi, ai Regolatori intervenire per correggere prassi scorrette riconducendole a vie virtuose.

Coniugare - peraltro - redditività degli investimenti e destinazione di questi verso soggetti che operano in modo “sostenibile” non è certo molto semplice anche perché è di tutta evidenza che ogni impresa che voglia o debba affrontare processi di riconversione in ottica della transizione ecologica deve effettuare notevoli investimenti che - almeno nel breve termine - impatteranno sulla redditività aziendale ponendosi in una posizione di minore attrattività rispetto a chi non voglia imboccare detto percorso.

È intuitivo che i primi - in una prospettiva di medio/lungo periodo - saranno vincenti sui secondi ma i tempi non sono certi ed i risultati possono essere pregiudicati da fattori esterni che inducano a scelte contingenti in controtendenza: basti pensare alle scelte di decarbonizzazione fatte da alcuni paesi che, allo scoppio del conflitto russo ucraino, hanno riattivato l'estrazione del carbone per sopperire al gas ed al petrolio sovietico. Quindi, in estrema sintesi, la transizione ecologica è un mezzo necessario per giungere al risultato di un pianeta più vivibile, ma modi e tempi per ottenerlo sono anche aleatori viste le diverse sensibilità dichiarate dai maggiori paesi che incidono per popolazione e per tipo e modelli di produzione industriale nel contesto planetario. Resta, però, occorre ribadirlo, una strada senza ritorno, da affrontare magari progressivamente con un approccio non solo ideologico.

I Regolamenti europei più significativi e le iniziative dei Regolatori

Il Reg. UE 2019/2088 (*sustainable finance disclosure regulation* - SFRD) (2), in vigore dal 10 marzo 2021, disciplina gli obblighi di trasparenza (informativa) circa la sostenibilità dei servizi finanziari. Ciò significa che i partecipanti ai mercati finanziari ed i consulenti finanziari devono essere messi a conoscenza non solo dei rischi finanziari ma anche dei pertinenti rischi di sostenibilità che potrebbero impattare negativamente sul rendimento di un

(1) Adottato dalla Commissione l'11 dicembre 2019 con obiettivo finale al 2050 e tappa intermedia al 2030 per quanto concerne le emissioni di gas a effetto serra.

(2) Noto anche come Regolamento disclosure. Questo Regolamento è stato seguito dal Reg. 2019/2089 che, modificando il

Regolamento Benchmark, ha introdotto due nuove categorie di indici di riferimento che tengono conto di alcuni aspetti di sostenibilità ambientale.

Argomenti

I singoli contratti

investimento, rendendo pubbliche le loro politiche in tema.

Il 2 febbraio 2021 le Autorità Europee (ESAs) hanno emanato le “norme tecniche di regolamentazione” - Rts, previste dal Regolamento che sono entrate in vigore l'1° gennaio 2022 anche se - a rigore - l'emissione delle Rts non è condizione per l'operatività del citato Regolamento. Destinatari della disciplina sono coloro che creano i prodotti e i consulenti finanziari (ma, si ritiene, anche i *broker*). La trasparenza impone, pertanto, una serie di nuovi obblighi informativi, operanti in sede precontrattuale:

- a) presentazione del prodotto e informazioni sulla sostenibilità;
- b) pubblicazione sul sito *web* dei partecipanti al mercato degli impatti negativi sui fattori di sostenibilità (3) che hanno le decisioni sugli investimenti, le metodologie di misurazione e le fonti informative utilizzate;
- c) esplicitazione delle politiche di identificazione dei principali impatti negativi e le azioni di mitigazione connesse.

Stante la non felicissima definizione di “investimenti sostenibili” di cui all'art. 2.1, n. 17 del successivo Reg. UE n. 852/2020 (4), il principio ispiratore cui riferirsi sembra quello di non arrecare un danno significativo agli obiettivi ESG (5). Detto regolamento è stato poi integrato dal Reg. delegato UE 2021/2139 della Commissione che ha fissato i “criteri di vaglio tecnico” che consentono di determinare a quali condizioni si possa considerare che un'attività economica contribuisce in modo sostanziale alla mitigazione dei cambiamenti climatici o all'adattamento ai cambiamenti climatici e se non arreca un danno significativo a nessun altro obiettivo ambientale.

Con documento dell'8 aprile 2022 la Banca d'Italia, per quanto di sua competenza, ha diramato le “aspettative di vigilanza” (6) concernenti i fattori climatici e ambientali. Per contro, la Consob aveva emanato nel giugno 2021 un Quaderno dal titolo “La finanza per lo sviluppo sostenibile”. In entrambi i casi non si può certo parlare di normativa, anche solo secondaria. Successivamente, la Consob, a sensi del c.d. decreto *fintech* (7), ha adottato il nuovo Regolamento

sull'emissione e circolazione di strumenti finanziari su tecnologie a registro distribuito - DLT (delibera del 6 dicembre 2023, n. 22923). Per l'emissione di strumenti finanziari in formato digitale non negoziati su una sede di negoziazione - cioè non inclusi nell'ambito applicativo del Reg. UE 858/2022 - è stato stabilito l'obbligo di avvalersi di registri a circolazione digitale gestiti da responsabili iscritti in un apposito elenco tenuto dalla Consob.

A livello europeo, il Reg. delegato UE 2022/1288 ha aggiornato le sopra citate norme tecniche di regolamentazione, con validità 1° gennaio 2023; queste norme integrano direttamente il regolamento SFDR con impatto sia sul “catalogo prodotti” degli intermediari, sia sui questionari di profilazione che andranno aggiornati rispetto alle preferenze di sostenibilità, ai fattori di sostenibilità e al rischio di sostenibilità (8) e, conseguentemente, sull' algoritmo di adeguatezza degli strumenti/prodotti finanziari.

Resta ancora aperta la tematica del possibile *greenwashing* (di cui manca una del tutto chiara definizione) e delle misure per contrastarlo. La Commissione europea, peraltro, ha recentemente elaborato ben due iniziative, ancora non operative, di contrasto al fenomeno del *greenwashing*: a. la Direttiva *Empowering consumers for the green transition* del 17 gennaio 2024 in sede di prima lettura ed in attesa di approvazione definitiva (9) con cui vengono proibite le affermazioni che implicino un impatto ambientale neutro, ridotto o positivo e quelle prive di impegni e obiettivi chiari, oggettivi e verificabili. Si introduce, così, un nuovo “marchio armonizzato”; b. la proposta di direttiva *Green claim directive*. Relativamente a questa, va premesso che per *green claims* vanno intese le dichiarazioni volte a pubblicizzare un prodotto o un servizio mettendone in luce gli aspetti positivi per l'ambiente.

Le tre Autorità di vigilanza europee (ESAs) hanno emesso, nel giugno 2024, un “parere congiunto” nell'ambito del processo di riforma del Regolamento SFDR sull'informativa sulla sostenibilità nel settore dei servizi finanziari (SFDR). Nel parere le ESAs chiedono un quadro coerente per la finanza sostenibile, che tenga conto sia della transizione verde, sia di

(3) Clima, ambiente, rispetto dei diritti umani, anticorruzione.

(4) *Sustainable finance disclosure regulation*, in vigore dal 10 marzo 2021 (regolamento sulla tassonomia), cioè le casistiche nelle quali un investimento può essere considerato sostenibile (si pensi all'utilizzo del gas naturale o dell'energia nucleare “pulita”).

(5) Amato - Pierotti - Benvenuto, *Regolamento SFDR e norme tecniche di attuazione: la “sfida” delle sustainability disclosures*, in *dirittobancario.it*, 15 marzo 2021.

(6) Si tratta di strumenti di *soft law*.

(7) D.L. n. 25/2023, poi convertito nella L. n. 52/2023.

(8) Artt. 2.7, 2.8 e 2.9, Reg. delegato 2021/1253. La sommatoria e la sintesi di questi tre elementi determinano il concetto di “investimento sostenibile”.

(9) Che modifica la Dir. 2005/29 del Parlamento Europeo e del Consiglio sulle pratiche commerciali sleali inserendo nella *black list* delle pratiche ritenute ingannevoli il divieto di dichiarazioni ambientali generiche.

una maggiore tutela dei consumatori, alla luce degli insegnamenti tratti dall'applicazione del SFDR proponendo l'introduzione di due nuove categorie di sostenibilità per i prodotti finanziari: a. "sostenibile", b. "di transizione", che gli operatori dei mercati finanziari dovrebbero utilizzare per garantire la massima semplificazione e comprensione per i consumatori e gli investitori.

Da ultimo, la Consob, con il "richiamo di attenzione" n. 1/2024 del 25 luglio 2024, è intervenuta sollecitando gli intermediari (sia produttori che distributori), affinché assicurino che le informazioni sulla finanza sostenibile relative ai temi ESG siano più chiare, concise e comprensibili, soprattutto nei confronti della clientela al dettaglio. Il "richiamo" è accompagnato da una elencazione di prassi operative (positive e negative) riscontrate in concreto, ritenute utili a supportare gli intermediari nell'adozione di modalità applicative maggiormente coerenti ed evolute, ai fini di una migliore conformità alla disciplina. Allargando l'orizzonte all'ambito assicurativo, un'indagine condotta a fine 2023 ha dimostrato che il 95% delle Compagnie di assicurazione offra polizze *light green* (art. 8 SFDR) ed il 27% offra polizze *dark green* (art. 9 SFDR) (10).

Inoltre, l'*International Association of Insurance Supervisors* ha posto in consultazione, nel luglio 2024, le proprie linee guida sulla vigilanza del rischio climatico. Il cambiamento climatico è ritenuto un tema strategico per la IAIS, in quanto percepito come fonte di rischio finanziario, che incide sulla resilienza dei singoli assicuratori e potrebbe portare a rischi di stabilità finanziaria: una risposta adeguata da parte delle autorità di vigilanza ai rischi legati al clima sosterrà gli obiettivi della vigilanza assicurativa di proteggere gli assicurati, contribuire alla stabilità finanziaria e promuovere il mantenimento di un mercato assicurativo equo, sicuro e stabile. Come è evidente, ci si è mossi - forse in ordine sparso - ma con un chiaro obiettivo.

I *green bond*

I primordi di questo strumento finanziario sono individuabili, a livello europeo, nell'emissione della BEI del 2007 e, per quanto concerne l'Italia, nell'emissione effettuata dalla Hera spa nel 2014.

L'*International capital market association* - ICMA, associazione su base volontaria, ha individuato una

definizione di *green bond* come qualsiasi tipo di strumento obbligazionario i cui proventi vengono impiegati esclusivamente per finanziare o rifinanziare, in tutto o in parte, nuovi o preesistenti progetti ambientali e che, in ogni caso, sono allineati con i quattro principali componenti dei *green bond principles* - GBP (11):

- a. l'utilizzo dei proventi,
- b. il processo di valutazione e di selezione del progetto,
- c. la gestione dei proventi,
- d. l'attività di *reporting*.

A queste componenti si aggiungono tre corollari relativi ai progetti che i) devono dare benefici a livello di sostenibilità ambientale e ii) vanno idoneamente esplicitati nel prospetto di emissione, mentre i proventi iii) vanno tracciati e registrati informaticamente dall'emittente.

Quindi, si potrebbe ritenere che i *green bond* abbiano già un adeguato substrato normativo se non fosse che questo non ha natura vincolante ed il mancato rispetto incida solo a livello reputazionale. Inoltre, i GBP raccomandano, ma non impongono, che gli emittenti si avvalgano di revisori esterni ed indipendenti.

In tale contesto, il mercato dei *green bond* ha avuto una certa diffusione, ancorché costituiscano una quota molto modesta del totale delle emissioni obbligazionarie. In Italia, gli emittenti maggiormente attivi risultano il Gruppo Unicredit e Intesa san Paolo. Lo Stato italiano, nel marzo del 2021, ha emesso il primo BTP *green* avente durata al 2045 con cedola semestrale, a supporto della transizione ecologica. Sono seguite altre emissioni simili.

Partendo da questa constatazione, la Commissione europea ha ritenuto di procedere con una disciplina - vincolante - che superasse questi indubbi limiti.

Il Reg. UE 2023/2631 (in vigore dal 20 dicembre 2024)

Questo Regolamento, avente portata generale, trae origine da una proposta di Regolamento della Commissione europea che risale al 6 luglio 2021 e l'iter si è concluso con l'approvazione definitiva del 23 ottobre 2023; detto Regolamento si è specificamente occupato delle obbligazioni verdi europee (*European green bond standard* - EuGB), da non confondere con altra tipologia che è quella dei citati *green bond* (GB), cioè

(10) Per chiarezza, in via generale - e quindi non solo per il mondo assicurativo - allo stato esistono prodotti che valorizzano o promuovono elementi ambientali e sociali detti *light green* e prodotti che hanno come obiettivo investimenti sostenibili,

ambito ritenuto più stringente in quanto applicabile solo ai prodotti totalmente sostenibili.

(11) Principi delle obbligazioni verdi, esplicitati in un documento del giugno 2021, integrato da un'appendice nel giugno 2022.

Argomenti

I singoli contratti

le obbligazioni i cui proventi vanno destinati a progetti/investimenti sostenibili, vincolando il denaro a progetti specifici ancorché non legati ad indicatori particolari (12). Altra e diversa tipologia è quella dei *social bond* per i quali non esiste ancora una disciplina compiuta. In questo variegato contesto si propongono anche i *bond* digitali i cui presupposti normativi si trovano nel Reg. UE 858/2022 (Regolamento “tassonomia”) in tema di emissione e circolazione di strumenti finanziari in forma digitale, in vigore in Italia dal 16 maggio 2023 tramite la L. n. 52/2023 che ha introdotto un regime temporaneo “pilota” su tecnologie a Registro distribuito (13). Nel luglio del 2024 è stato emesso in Italia il primo *digital bond* sulla *blockchain* da parte della Cassa Depositi e Prestiti con unico investitore Intesa San Paolo.

Veniamo alle obbligazioni verdi europee. Tali vanno intese come titoli di debito o obbligazioni emesse da banche, imprese, stati sovrani o organismi sovranazionali finalizzati a raccogliere risorse finanziarie da investire in progetti ecosostenibili (14) legati al clima, messe a disposizione di investitori nell’ambito dell’Unione. Il Regolamento europeo interviene, come anticipato, in un ambito sinora retto - se così si può dire - dalle linee guida dell’*International capital market association*, a carattere volontario e non cogente, utilizzate dagli emittenti di “obbligazioni verdi”: una mera autoregolamentazione. La mancanza di una normativa armonizzata è chiaramente indicata nel Considerando n. 7 quale fattore di incertezza e di freno allo sviluppo di tali strumenti finanziari.

Il Regolamento, ben più pregnante, introduce una sorta di marchio di qualità di “alto livello” riconoscibile dagli investitori e può essere scomposto in quattro comparti principali:

- a. prescrizioni uniformi per tutti gli emittenti,
- b. introduzione dei “verificatori esterni”, soggetti all’obbligo di registrazione presso l’ESMA e di monitoraggio da parte della stessa, oltre che di una revisione “post emissione” sull’allocazione dei proventi,
- c. modelli di informativa volontaria, pre e post emissione, per le “obbligazioni commercializzate come ecosostenibili” (e per le obbligazioni legate alla

sostenibilità), vale a dire obbligazioni il cui emittente assume nei confronti degli investitori un impegno precontrattuale secondo cui i proventi dell’obbligazione saranno destinati ad attività economiche che contribuiscono ad un obiettivo ambientale nell’Unione (cfr. art. 2, n. 5) (15). Il successivo art. 5 prevede una certa flessibilità nell’uso dei proventi, per attività economiche per le quali non sono (ancora) in vigore criteri di vaglio tecnico nel limite massimo del 15% (e per consentire l’utilizzo della dicitura sin dall’avvio dell’emissione, d. condizioni per avvalersi della denominazione EuGB in caso di cartolarizzazione anche *multi originator*, di obbligazioni, ma con esclusione delle operazioni di cartolarizzazione sintetica.

Preliminarmente, è stabilito che per potersi fregiare della denominazione di obbligazione verde europea (o EuGB) occorre:

1. rispettare una serie di requisiti nonché

2. assoggettarsi a specifici obblighi di trasparenza.

Si tratta, quindi, di una denominazione riservata a quei soggetti europei e di Paesi terzi potranno assoggettarsi volontariamente in occasione dell’emissione di bond “green”.

I requisiti cui si è sopra accennato si risolvono sostanzialmente nell’utilizzo dei proventi acquisiti con l’emissione delle EuGB che vanno indirizzati integralmente - prima della scadenza dei titoli - secondo un approccio graduale e rispettando i criteri di tassonomia (16) ad una o più delle seguenti categorie:

- a. immobilizzazioni che non siano attività finanziarie,
- b. spese previste dal Reg. delegato UE 2021/2178 della Commissione (Regolamento delegato che integra il Regolamento tassonomia (17)),
- c. spese operative sostenute nel triennio antecedente l’emissione ma sempre previste dal citato Reg. 2021/2178, il tutto al netto dei costi di emissione (“proventi netti”). I proventi delle EuGB - secondo i Considerando nn. 11 e 12 - dovrebbero essere utilizzati per finanziare attività economiche che abbiano un impatto positivo duraturo per l’ambiente, in linea con gli obiettivi

(12) Ve ne sono di modesta emissione, 10 milioni di emissione da parte della banca Popolare pugliese, scadenza triennale, rendimento 4,25% cedola trimestrale a finanziamento del settore immobiliare e automobilistico sostenibile, e di grandi importi, di 850 milioni emesso da Terna, ibrido e perpetuo destinato ad investitori istituzionali, tasso 4,8% sino al 2030 (Fonte // *Sole 24 Ore*, 5 aprile 2024, 29).

(13) *Distributed ledger technology*.

(14) Si tenga a mente che il Reg. UE 2020/852 impone di applicare i criteri di tassonomia per determinare se un’attività economica possa considerarsi ecosostenibile.

(15) L’art. 2, n. 6 prevede le diverse “obbligazioni legate alla sostenibilità” per ciò intendendo quelle le cui caratteristiche finanziarie o strutturali variano a seconda del conseguimento da parte dell’emittente di obiettivi predefiniti di sostenibilità ambientale.

(16) Che sono, ai sensi dell’art. 2, punto 3 i criteri di ecosostenibilità delle attività economiche definite all’art. 1, Reg. UE 2020/852.

(17) Questo Regolamento mira a che gli investitori siano messi in grado di comprendere quanto siano le attività economiche coerenti con la tassonomia rispetto al totale degli investimenti.

ambientali di cui al Reg. UE 2020/852. Per le spese di cui ai punti b) e c) vanno redatti appositi piani CapEx (*capital expenditure*, cioè spese in conto capitale) che indichino come dette spese prima della scadenza delle obbligazioni, devono essere allineate alla tassonomia (art. 7).

Gli obblighi di trasparenza possono riassumersi in una serie di strumenti di trasparenza: la scheda informativa standardizzata, una revisione “pre emissione”, la relazione annuale sull’allocazione dei proventi (secondo uno schema standardizzato), la relazione sull’impatto ambientale delle obbligazioni verdi europee (una volta nella durata dei titoli, dopo l’intera allocazione dei proventi), il Prospetto ai sensi del Reg. UE 2017/1129 (poi modificato dal Reg. UE 2021/337 del Parlamento Europeo e del Consiglio (18)), la pubblicazione sul sito *web* dell’emittente di una serie di documenti nella lingua del paese di emissione (se offerte in un solo Stato membro) o in una lingua comunemente accettata negli ambienti internazionali.

Infine, la scheda informativa, prima della pubblicazione, va munita del parere favorevole di un revisore esterno, caratterizzato da competenza e terzietà.

I prossimi passi

Si attendono le norme da parte della Consob che, inevitabilmente, verranno emanate ancorché il Regolamento sia di per sé già direttamente applicabile. In tal modo si potrà avere una più chiara distinzione tra obbligazioni verdi europee e gli altri strumenti o prodotti finanziari in qualche modo *green* o dichiarati tali. E questo è già di per sé positivo ancorché il quadro normativo sia ancora in fase evolutiva. Peraltro, se effettivamente si volesse spingere gli investitori verso questo tipo di investimento (e la cosa, *mutatis mutandis*, vale anche per i c.d. mutui *green* (19)), appare chiaro come la leva fiscale potrebbe essere utilizzata per incentivare la diffusione di tali prodotti, magari applicando una ritenuta ai proventi agevolata rispetto a quella ordinaria del 26%, salvo le emissioni dello Stato che scontano un’imposizione del 12,50%.

(18) Regolamento Prospetto che stabilisce i requisiti relativi alla redazione, all’approvazione e alla diffusione del prospetto da pubblicare per l’offerta pubblica di titoli o la loro ammissione alla

negoziazione in un mercato regolamentato che ha sede o opera in uno Stato membro.

(19) È del luglio 2024 una pubblicazione della banca d’Italia intitolata “Lo sviluppo del mercato dei mutui verdi in Italia”.

Transazioni *online*

Sulla c.d. patrimonializzazione del dato personale e relativa cessione. Il caso della pubblicità personalizzata in internet

di Giuseppe Cassano (*)

Questo contributo muove alcune critiche alla recente sentenza resa dalla Corte di Giustizia che, peccando forse di eccessivo formalismo nell'interpretare le norme in materia di *privacy*, finisce per far correre il rischio agli operatori professionali di subire una compromissione delle entrate economiche legate alla pubblicità personalizzata. Non ogni aspetto delle transazioni *online* deve essere vagliato esclusivamente alla luce del GDPR e un operatore professionale può legittimamente proporre ai suoi utenti messaggi pubblicitari personalizzati raccogliendo l'adesione al trattamento dati in sede di iscrizione ad un *social network*.

Servizi *online* gratuiti

È noto come un'ampia gamma di informazioni - ben organizzate e selezionate - siano accessibili agli utenti della rete internet avvalendosi di servizi *online* prevalentemente gratuiti, alcuni fruibili da chiunque liberamente, mentre per altri è richiesta la previa creazione di un profilo utente ("*account*").

A consentire una tale gratuità sono gli annunci pubblicitari che, per quanto qui rileva, possono essere di due tipi, standardizzati, ossia mostrati a prescindere dalle caratteristiche proprie di chi li vede, oppure personalizzati sulla base delle precedenti attività di navigazione degli utenti cui si rivolgono.

Questi ultimi, ovvero gli annunci personalizzati, incontrano con maggior grado di probabilità

l'interesse dei consumatori e hanno, pertanto, un maggior valore sia per questi, che per gli inserzionisti. La copertura giuridica relativa alla personalizzazione di tali annunci è alla base della recente sentenza resa dalla CGUE, Grande Sezione, 4 luglio 2023, n. 252 (1) sul cui argomentare, in questo lavoro, si svolgeranno alcune riflessioni critiche.

La Corte che, in realtà, non offre all'interprete una chiave di lettura univoca delle norme di riferimento, rimettendo al Giudice del rinvio la valutazione concreta, segue un filo conduttore che, oggi, non ha ragione di esistere: quello di un'applicazione rigorosa ed estremamente formale del GDPR senza tenere in debito conto né l'evoluzione del concetto di consumatore (2), né l'ambito di riferimento della questione

(*) Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima, al vaglio del Comitato di valutazione.

(1) In *Diritto di Internet*, 2024, 445, con nota di Cassano, *Pubblicità personalizzata e formalismo degli interpreti*. Sul tema cfr. le considerazioni di Cassano, Piñar, Pizzetti, Tassone, Bolognini, al Convegno "*Pay or Consent* ed il futuro della pubblicità personalizzata", European School of Economics, Roma, la cui registrazione è disponibile all'indirizzo <https://www.ese.ac.uk/it/news/lezione-al-campus-di-roma>.

(2) Il consumatore è oggi il vero protagonista dell'*e-commerce* tanto da essersi coniata, e diffusa, l'espressione "*cyber consumatore*". Si vedano in dottrina: D'Amico, *La tutela del consumatore alla prova dell'effettività*, in *Foro it.*, 2023, IX, p. IV, 390; Manfredonia, *I servizi finanziari "online" e la tutela del*

consumatore "telematico", in *Rass. dir. civ.*, 2004, IV, 1171; Pernice, *Smart contract: software o contratto? Tentativo di applicazione delle norme sulla teoria generale del contratto*, in *Ciber-spazio e diritto internet e le professioni giuridiche*, 2022, 1, 49; Punzi, *Le influenze del consumatore digitale. Il diritto di fronte all'influencer marketing*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 2022, III-IV, 517; Sbicca, *Smart contract e autonomia privata*, in *Rass. dir. civ.*, 2022, 4, 1483; Sirgiovanni, *Lo "smart contract" e la tutela del consumatore: la traduzione del linguaggio naturale in linguaggio informatico attraverso il legal design*, in *Nuove leggi civ.*, 2023, I, 214; Valenza, *Contratti di abbonamento a servizi online e recesso del consumatore. La Corte di giustizia sull'importo dovuto per le prestazioni già eseguite*, in *Corr. giur.*, 2021, VII, 893.

sottoposta al suo giudizio. E cioè a dire, quanto a quest'ultimo profilo, la calibrazione *ad personam* della pubblicità sulla piattaforma social Facebook. Quello della pubblicità è un settore economico che ha copertura costituzionale (3) e che si snoda attraverso operazioni commerciali che mirano a massimizzare il profitto del produttore del bene, o dell'offerente il servizio pubblicizzato, attraverso studi e ricerche e, soprattutto nell'ambito dell'economia digitale, attraverso la profilazione del consumatore finale (4).

Profilazione di un utente

Per capire cosa si intende per profilazione di un utente possiamo rifarci alla definizione del Legislatore, agli studi della dottrina (5), o ancora a quelli degli esperti di ingegneria del *software* o delle tecniche di *marketing* (6).

Dal punto di vista prettamente giuridico è indispensabile muovere dal concetto di "profilazione", come delineato dal Legislatore all'art. 4 GDPR, che consta di una "qualsiasi forma di trattamento automatizzato di dati personali consistente nell'utilizzo di tali dati personali per valutare determinati aspetti personali relativi a una persona fisica, in particolare per analizzare (...) le preferenze personali, gli interessi (...) di detta persona fisica" (7).

Uno dei principali ambiti di utilizzo della profilazione è la pubblicità comportamentale, che trovando terreno fertile nel mondo delle comunicazioni informatiche, prevede il tracciamento delle informazioni rilasciate dagli utenti, "al fine di creare segmenti pubblicitari *ad personam*, modellati sugli interessi dell'utente considerato" (8).

Attraverso complessi sistemi di profilazione gli operatori hanno la capacità di intercettare le preferenze dell'utenza, in modo da variare l'offerta dei contenuti della pubblicità a seconda dei destinatari e di aumentare a dismisura le visualizzazioni, di fatto contribuendo, in modo causalmente determinante, alla diffusione di prodotti e servizi (9).

Il profilo dell'interessato emerge così quale nuovo bene giuridico, espressamente tutelato dalla legge, che ha un'immanente valenza economica nel business sulle piattaforme digitali (10). Di tale fenomeno se ne sono occupati, per primi, gli economisti che hanno individuato nel dato personale una "nuova ricchezza" (11).

L'attività di profilazione - che come visto si traduce in un trattamento automatizzato di dati personali - pone a monte la questione della base legale per procedere a tale trattamento, tema che si declina in termini peculiari in riferimento alle attività *online* e su cui si pronuncia la Corte di Giustizia nella sua sentenza qui in esame fornendo, come si cercherà di dimostrare

(3) La pubblicità commerciale è "considerata una componente dell'attività delle imprese, come tale assistita dalle garanzie di cui all'art. 41 Cost., e assoggettabile, in ipotesi, alle limitazioni ivi previste al secondo e terzo comma" (Corte cost. 17 ottobre 1985, n. 231).

(4) Come noto, le operazioni di *marketing* mirate concernenti un pubblico ristretto sono più efficaci e redditizie di quelle non mirate, e passive, concernenti il grande pubblico. In dottrina si vedano i seguenti contributi: Lombardi, *Ai confini della realtà: il neuromarketing applicato al metaverso o delle nuove prospettive dello N&M*, in *Contratto e impresa/Europa*, 2024, 1, 111; Minzione, *Brevi note al "codice di condotta sulle pratiche commerciali e di marketing responsabili nella filiera alimentare dell'UE, tra dialettica persuasiva e vincolatività auspicata*, in *Rivista di diritto dell'impresa*, 2023, 2, 435; Seminara, *Marketing d'influenza e pubblicità non trasparente: la responsabilità dell'inserzionista, degli influencer e dell'internet service provider*, in *Persona e mercato*, 2023, n. 3, 548.

(5) De Meo, *Autodeterminazione e consenso nella profilazione dei dati personali*, in *Dir. inf.*, 2013, III, 587; Soccorso - Quaranta, *Profilazione della clientela ai fini della valutazione di adeguatezza. Recenti tendenze*, in *Bancaria editrice*, 2023, XI, 71; Sborlini, *Profilazione elettorale e protezione dei dati personali: prospettive di soluzione in ambito europeo*, in *Dir. inf.*, 2022, VI, 1173; Spangaro, *Il concetto di profilazione tra "direttiva madre" e GDPR*, in *Giur. it.*, 2022, VII, 1577; Pellecchia, *Profilazione e decisioni automatizzate al tempo della black box society: qualità dei dati e leggibilità dell'algoritmo nella cornice della responsible research and innovation*, in *Nuove leggi civ.*, 2018, V, 1209.

(6) Per semplificare si può fare riferimento a un dato di esperienza comune ai più. Chi alla cassa di un supermercato almeno

una volta non si è sentito chiedere: "Ha la nostra *fidelity card*"? Ecco spiegata la profilazione: nata nel settore della distribuzione commerciale, e passata nel volgere di pochi anni da un ambito ristretto a un ambito di generale applicazione nell'economia digitale, essa altro non è che una tecnica, molto remunerativa, per offrire al consumatore promozioni, sconti e vantaggi mirati e, quindi, per implementare transazioni commerciali e conseguenti vantaggi per i consumatori e gli operatori economici.

(7) Le linee guida del Garante della privacy non possono dettare una definizione di profilazione in contrasto con quanto risulta in maniera vincolante dalla previsione legale (Cass. Civ., Sez. VI-2, 8 novembre 2021, n. 32411, ord.).

(8) V. Trib. Milano, Sez. I, 11 aprile 2023, n. 2128.

(9) V. Cass. Civ., Sez. I, 13 dicembre 2021, n. 39763, ord., secondo cui "i servizi prestati *on line* e, segnatamente, l'attività di *hosting* hanno subito nel corso degli ultimi anni un'evoluzione radicale. La cernita ed il riordino dei contenuti, lungi dall'essere assorbiti dalla nozione di mera memorizzazione, sono invece oggi il cuore dell'attività economica di un *hosting provider*. Grazie a sistemi di *data mining* (insieme di tecniche e metodologie che hanno per oggetto l'estrazione di informazioni utili da grandi quantità di dati attraverso metodi automatici o semiautomatici e il loro utilizzo scientifico, aziendale, industriale o operativo) e di elaborazione massiva di *big data*, questi prestatori di servizi sono in grado di trarre enormi guadagni dalla loro attività di *hosting*".

(10) D'Ippolito, *Profilazione e pubblicità targettizzata on line. Real-Time Bidding e behavioural advertising*, in *Edizioni scientifiche italiane*, 2021.

(11) Ricciuto, *L'equivoco della privacy. Persona vs Dato Personale*, in *Edizioni scientifiche italiane*, 2022.

Argomenti

Contratti in generale

nei prossimi paragrafi, una lettura del GDPR improntata al formalismo giuridico (12).

Patrimonializzazione del dato personale

Prima di addentrarci sull'argomentare della CGUE è opportuna una riflessione sul fenomeno della c.d. patrimonializzazione del dato personale (13).

Precisamente, a fronte della tutela del dato personale quale espressione di un diritto della personalità dell'individuo (14) sussiste anche un diverso campo di protezione del dato stesso, inteso quale possibile oggetto di una transazione economica, posta in essere sia tra gli operatori del mercato che tra questi e i soggetti interessati.

Trattasi di un fenomeno tipico delle nuove economie dei mercati digitali che impone agli operatori di rispettare, nelle relative transazioni commerciali, quegli obblighi di chiarezza, completezza e non ingannevolezza delle informazioni previsti dalla legislazione a protezione del consumatore il quale deve essere reso edotto dello scambio di prestazioni che è sotteso alla sua adesione ad un contratto per la

fruizione di un servizio, quale è quello di utilizzo di un *social network* (15).

Questa possibilità di sfruttamento economico del dato personale nell'ambito delle piattaforme social, unitamente alla conseguente necessità di tutelare il consumatore che le utilizzi, non può definirsi un concetto del tutto innovativo (16): ciò che rileva è, in particolare, la natura patrimoniale del bene oggetto della decisione che il consumatore deve assumere, che fa sì che la stessa possa essere qualificata come decisione di natura "commerciale", ai fini della quale risulta necessaria un'informazione quanto più chiara e completa da parte del professionista (17). Il fatto, poi, che anche ove l'utente si sia determinato nel senso di non accettare la cessione gli sia comunque consentito accedere a taluni dei servizi forniti, e che quindi il dato non costituisca un corrispettivo in senso tecnico del servizio, è un'eventualità successiva che non elimina la necessità di una corretta informazione al fine di assicurare una scelta consapevole sull'accettazione, o meno, dell'utilizzo a fini pubblicitari delle preferenze personali (18).

(12) Sulla premessa secondo cui il consenso in questione deve essere ricondotto alla nozione di "consenso informato" (nozione, questa, ampiamente impiegata in taluni settori - basti pensare al campo delle prestazioni sanitarie) la giurisprudenza (Cass. Civ., Sez. I, 2 luglio 2018, n. 17278) ha affrontato, con riguardo all'aspetto della libertà, la specifica questione se un "condizionamento" - tale da far sì che il consenso non sia conforme al dettato normativo - possa essere ravvisato nell'ipotesi in cui l'offerta di un determinato servizio da parte del gestore di un sito internet sia condizionato alla prestazione del consenso all'utilizzo dei dati personali per il successivo invio, da parte di terzi, di messaggi pubblicitari. Ha ritenuto la Suprema Corte che la risposta a tale quesito non possa essere univoca e, cioè, che il condizionamento non possa sempre, e comunque, essere dato per scontato e debba, invece, essere ritenuto tanto più sussistente, quanto più la prestazione offerta dal gestore del sito internet sia, ad un tempo, infungibile e irrinunciabile per l'interessato. Il che non può certo dirsi accadere nell'ipotesi dell'offerta di un generico servizio informativo giacché, all'evidenza, si tratterebbe di informazioni agevolmente acquisibili per altra via, eventualmente attraverso altri siti (anche) a pagamento, se non attraverso il ricorso all'editoria cartacea, con la conseguenza che ben può rinunciarsi a detto servizio senza un sacrificio gravoso. La Suprema Corte, sempre nella decisione n. 17278/2018, conclude il suo argomentare con l'affermazione, in punto di diritto, del seguente principio di diritto: "In tema di consenso al trattamento dei dati personali, la previsione dell'art. 23 del Codice della *privacy*, nello stabilire che il consenso è validamente prestato solo se espresso liberamente e specificamente in riferimento ad un trattamento chiaramente individuato, consente al gestore di un sito Internet, il quale somministra un servizio fungibile, cui l'utente possa rinunciare senza gravoso sacrificio (nella specie servizio di newsletter su tematiche legate alla finanza, al fisco, al diritto e al lavoro), di condizionare la fornitura del servizio al trattamento dei dati per finalità pubblicitarie, sempre che il consenso sia singolarmente ed inequivocabilmente prestato in riferimento a tale effetto, il che comporta altresì la necessità, almeno, dell'indicazione dei settori merceologici o dei servizi cui i messaggi pubblicitari saranno riferiti".

(13) Il Legislatore disciplinando "taluni aspetti dei contratti di fornitura di contenuto digitale o di servizi digitali conclusi tra consumatore e professionista" (art. 135-*octies* Codice del Consumo - D.Lgs. n. 206/2005) ha espressamente fornito la definizione di "prezzo" ovvero "la somma di denaro o una rappresentazione digitale del valore dovuto come corrispettivo per la fornitura di contenuto digitale o di servizio digitale" (lett. g). Irti, *Piattaforme digitali, contratti e protezione dei dati personali*, in questa *Rivista*, 2024, 1, 5; Pagliantini, *L'attuazione minimalista della dir. 2019/770/UE: riflessioni sugli artt. 135 octies - 135 vices ter c. cons. La nuova disciplina dei contratti b-to-c per la fornitura di contenuti e servizi digitali*, in *Nuove leggi civ.*, 2022, 6, 1499; Tosi, *Circolazione contrattuale dei dati personali tra GDPR e nuovo codice del consumo*, in *Dir. inf.*, 2023, 2, 189; Versaci, *Il valore negoziale dei dati personali del consumatore: spigolature sul recepimento della Direttiva 2019/770/UE in una prospettiva comparata*, in *Riv. dir. priv.*, 2022, 11, 207.

(14) In quanto tale soggetto a specifiche e non rinunciabili forme di protezione, quali il diritto di revoca del consenso, di accesso, rettifica, oblio.

(15) La dottrina definisce oggi i dati, specie personali, come il "petrolio digitale" così sottolineando il loro alto valore patrimoniale, v. L. Lucarelli, *La monetizzazione dei dati personali: applicazione e rischi relativi al trattamento dei dati inerenti la salute*, in *dirittifondamenti.it*, 2022, 200-224.

(16) Invero già negli "Orientamenti per l'attuazione/applicazione della direttiva 2005/29/CE relativa alle pratiche commerciali sleali" del 25 maggio 2016, la Commissione Europea aveva affermato che "i dati personali, le preferenze dei consumatori e altri contenuti generati dagli utenti hanno un valore economico de facto".

(17) In dottrina si sostiene la tesi per cui la valorizzazione economica dei dati personali, da un lato, e la protezione degli stessi nella prospettiva, tradizionale, della tutela della persona, dall'altro lato, non siano tra di loro in contrapposizione rappresentando due forme di tutela l'una complementare rispetto all'altra, v. Battelli, *Negozialità dei dati come strumento di regolazione del mercato e di protezione della persona utente di servizi digitali*, in *Riv. dir. impr.*, 2022.

(18) T.A.R. Lazio, Roma, Sez. I, 18 novembre 2022, n. 15326.

La vicenda oggetto di controversia

Alla luce di quanto fin qui messo in evidenza - e cioè la copertura costituzionale della pubblicità, l'efficienza dei meccanismi di profilazione, l'indispensabilità del trattamento lecito dei dati personali e la patrimonializzazione degli stessi - può ora passarsi all'analisi della sentenza della CGUE.

Questa è resa su domanda di pronuncia pregiudiziale, proposta sensi dell'art. 267 TFUE, dall'*Oberlandesgericht Düsseldorf* (Tribunale Superiore del Land, *Düsseldorf*, Germania) che tratta, in estrema sintesi, della decisione del *Bundeskartellamt* (ovvero dell'Autorità federale tedesca garante della concorrenza), di vietare ad alcune società (19) di procedere al trattamento di taluni dati personali previsto dalle condizioni generali di utilizzo del *social network* Facebook (20).

Ricostruito il contesto normativo di riferimento (secondo le coordinate dettate dal diritto euro-unione e dal diritto tedesco) la Corte sottolinea come:

- Meta Platforms Inc. (di seguito, Meta) gestisca l'offerta del *social network* Facebook nell'U.E. e promuova (all'indirizzo www.facebook.com) servizi gratuiti per gli utenti privati (21);

- dal punto di vista economico, Facebook si fonda sul finanziamento tramite la pubblicità *online*, che viene confezionata su "misura per i singoli utenti del *social network* in funzione, in particolare, del loro comportamento di consumo, dei loro interessi, del loro

potere d'acquisto e della loro situazione personale" (22) (*id est*, profilazione degli utenti);

- Meta si basa sul contratto d'uso a cui gli utenti di Facebook aderiscono e con il quale accettano le condizioni generali stabilite da detta società, accettazione - quest'ultima - necessaria per utilizzare lo stesso *social network* (23). A loro volta, le condizioni generali rinviano alle regole sull'uso dei dati e dei marcatori (*cookies*) adottate dalla suddetta società: in forza di queste ultime, Meta raccoglie dati riferiti agli utenti e ai loro dispositivi, relativi alle loro attività all'interno e all'esterno del *social network*, e li mette in relazione con gli *account* Facebook degli utenti interessati. Per quanto riguarda, in particolare, i dati relativi alle attività al di fuori del *social network* (indicati in sentenza come "dati *off* Facebook"), si tratta, da un lato, dei dati concernenti la consultazione di pagine Internet e di applicazioni di terzi che sono collegate a Facebook attraverso interfacce di programmazione - gli "Strumenti *business* di Facebook" - e, dall'altro, dei dati riguardanti l'utilizzo degli altri servizi *online* appartenenti al gruppo Meta.

Orbene, l'Autorità federale garante della concorrenza, da parte sua, aveva sostanzialmente vietato alle menzionate società di subordinare, nelle condizioni generali, l'uso di Facebook da parte di utenti privati residenti in Germania al trattamento dei loro "dati *off* Facebook" e di procedere, senza il consenso di detti utenti, al trattamento di tali dati sulla base delle condizioni generali allora vigenti (24).

(19) Si tratta di "Meta Platforms Inc., già Facebook Inc., Meta Platforms Ireland Limited, già Facebook Ireland Ltd., Facebook Deutschland GmbH".

(20) Precisamente: "1 La domanda di pronuncia pregiudiziale verte sull'interpretazione dell'articolo 4, paragrafo 3, TUE nonché dell'articolo 6, paragrafo 1, dell'articolo 9, paragrafi 1 e 2, dell'articolo 51, paragrafo 1, e dell'articolo 56, paragrafo 1, del regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE (regolamento generale sulla protezione dei dati) (GU 2016, L 119, p. 1, e rettifiche in GU 2016, L 314, p. 72, GU 2018, L 127, p. 3 e GU 2021, L 74, p. 35; in prosieguo: il 'RGPD').

2 Tale domanda è stata presentata nell'ambito di una controversia tra M.P. Inc., già F. Inc., M.P.I. Ltd, già F.I. Ltd, e F.D. GmbH, da un lato, e il *Bundeskartellamt* (autorità federale garante della concorrenza, Germania), dall'altro, in merito alla decisione di quest'ultimo di vietare a tali società di procedere al trattamento di taluni dati personali previsto dalle condizioni generali di utilizzo del *social network* F. (*in prosieguo*: le "condizioni generali").

(21) Al tempo stesso le altre società del gruppo Meta offrono, sempre nell'U.E., altri servizi *online* tra cui Instagram, WhatsApp, Oculus e - fino al 13 marzo 2020 - Masquerade.

(22) Secondo quanto si afferma nella pronuncia dell'*Oberlandesgericht Düsseldorf Beschluss*: "Facebook.com wird durch Online-Werbung finanziert, die auf den individuellen Nutzer des sozialen Netzwerks zugeschnitten ist und darauf abzielt, dem Nutzer diejenige Werbung zu zeigen, die ihn auf Grund seines

persönlichen Konsumverhaltens, seiner Interessen, Kaufkraft und Lebenssituation interessieren könnte. Werbetreibende können mittels des 'Werbeanzeigenmanagers' die gewünschte Zielgruppe spezifizieren und die Werbung den Nutzern anzeigen lassen, zudem ihre Kundenlisten in verschlüsselter Form an Facebook übermitteln und ihre Werbung durch Abgleich mit den Daten aus dem sozialen Netzwerk weiter verfeinern".

(23) Ancora secondo la pronuncia dell'*Oberlandesgericht Düsseldorf Beschluss*: "Private Nutzer in Europa schließen mit der Betätigung der Schaltfläche 'Registrieren' einen Nutzungsvertrag über Facebook.com ab und stimmen damit gleichzeitig den von Facebook Ireland gestellten Nutzungsbedingungen zu. Nach diesen verarbeitet Facebook Ireland personenbezogene Daten, für deren Erläuterung insbesondere auf die von Facebook Ireland gestellten Daten- und Cookie-Richtlinien verwiesen wird. Danach erfasst Facebook Ireland nutzer- und gerätebezogene Daten über Nutzeraktivitäten innerhalb und außerhalb des sozialen Netzwerks und ordnet sie den Facebook.com-Konten der betroffenen Nutzer zu. Bei den außerhalb des sozialen Netzwerks stattfindenden Nutzeraktivitäten geht es zum einen um den Besuch von dritten Webseiten und Apps, die mittels Programmierschnittstellen ('Facebook Business Tools') mit Facebook.com verbunden sind, und zum anderen um die Nutzung der anderen zu Facebook gehörenden Dienste Instagram, WhatsApp und Oculus, in Bezug auf die eine Datenverarbeitung über die anderen Facebook Unternehmen und -Produkte hinweg erfolgt".

(24) Inoltre, essa ha ordinato loro di adeguare dette condizioni generali in modo che da esse risultasse chiaramente che tali dati non sarebbero stati né raccolti, né messi in relazione con gli

Argomenti

Contratti in generale

Alla base di tale decisione vi è, in punto di diritto, la considerazione secondo la quale il trattamento dei dati come regolato nelle riferite condizioni generali, costituiva uno sfruttamento abusivo della posizione dominante di tale società sul mercato dei *social network online* per gli utenti privati in Germania.

Nel contesto di tale vicenda, in un primo momento, Meta (esattamente il 31 luglio 2019) ha introdotto nuove condizioni generali, le quali indicano espressamente che l'utente, invece di pagare per l'uso dei prodotti Facebook, dichiara di acconsentire alle inserzioni pubblicitarie e, poi, dal 28 gennaio 2020 la stessa Meta offre in tutto il mondo, il c.d. "Off-Facebook-Activity" che consente agli utenti di Facebook di visualizzare un riepilogo delle informazioni che li riguardano, che le società del gruppo Meta ottengono in relazione alle loro attività su altri siti Internet e applicazioni, e di scollegare, se lo desiderano, tali dati dal loro *account* Facebook, tanto per il passato quanto per il futuro.

Le questioni pregiudiziali

Il Tribunale Superiore del Land, *Düsseldorf* nutre una serie di dubbi - che portano a sottoporre alla Corte un complesso ventaglio di questioni pregiudiziali - che si possono così riepilogare:

- in primo luogo, in merito alla possibilità per le autorità nazionali garanti della concorrenza di controllare, nell'ambito dell'esercizio delle loro competenze, la conformità di un trattamento di dati personali alle condizioni stabilite nel GDPR;
- in secondo luogo, in merito alla possibilità per un operatore di un *social network online* di trattare i dati personali sensibili della persona interessata (ai sensi dell'art. 9, par. 1 e 2, GDPR);
- in terzo luogo, in merito alla liceità del trattamento dei dati personali dell'utente interessato da parte di un siffatto operatore (art. 6, par. 1, GDPR);
- in quarto luogo, in merito alla validità - alla luce dell'art. 6, par. 1, I, lett. a), e dell'art. 9, par. 2, lett. a), del medesimo Regolamento - del consenso

prestato a un'impresa che detiene una posizione dominante sul mercato nazionale dei *social network online*, ai fini di un trattamento di dati del tipo di quello qui rilevante.

L'intervento della CGUE: i rapporti tra Authority

Come anticipato, la lettura della pronuncia resa dall'adita CGUE non può non far sorgere qualche dubbio in capo all'interprete.

In particolare, la prima questione posta dall'A.G. tedesca ha carattere procedurale e consiste nello stabilire se un'autorità per la concorrenza possa pronunciarsi su questioni interpretative ed applicative del GDPR. Il che si traduce in una riflessione sulla c.d. l'applicazione c.d. "indiretta" del Regolamento *privacy*.

Su questo specifico punto la Corte pone i seguenti capisaldi:

- *in primis*, l'autorità garante della concorrenza è tenuta al rispetto dell'obbligo di leale cooperazione con le altre autorità di controllo (25),
- quindi, un'autorità garante della concorrenza può constatare, nell'ambito di una procedura per abuso di posizione dominante, che le condizioni generali d'uso poste in essere dall'impresa attenzionata, e relative al trattamento dei dati personali (e alla loro applicazione), non siano conformi al GDPR sempreché detta constatazione sia necessaria per accertare l'esistenza di un tale abuso;
- l'autorità nazionale garante della concorrenza non può discostarsi da una decisione dell'autorità nazionale di controllo competente, o dell'autorità di controllo capofila competente, che riguardi tali condizioni generali o condizioni generali analoghe;
- laddove sorgano dubbi sulla portata di tale decisione l'autorità nazionale garante della concorrenza deve consultare dette autorità di controllo e chiederne la cooperazione, al fine di fugare i propri dubbi o di determinare se si debba attendere l'adozione di una decisione da parte di tali autorità prima di iniziare la propria valutazione;

account degli utenti Facebook, né utilizzati senza il consenso dell'utente interessato, e ha chiarito che tale consenso non è valido qualora costituisca una condizione per l'utilizzo del *social network*.

(25) Al tema della cooperazione tra autorità amministrative indipendenti non è estranea la giurisprudenza nazionale che, da ultimo, ponendo l'accento sullo spettro amplissimo di ipotesi riconducibili all'attività di trattamento e dunque rilevanti in materia di dati personali delle persone fisiche (e quindi ricadenti nella sfera di applicazione del GDPR) ha escluso la possibilità di sostenere compartimenti "stagni", non permeabili tra di loro, con riferimento all'ambito di competenza e dei poteri di AGCM rispetto a

quelli di altre Autorità, in particolare del Garante *privacy*. E allora non si può validamente "escludere 'a priori' qualsiasi forma di collaborazione tra le due Autorità nel corso di una indagine che, seppure fondamentalmente indirizzata all'esame circa la compatibilità o meno con la disciplina consumeristica di condotte sviluppate da professionisti, abbia indubitabilmente addentellati forti e robuste caratterizzazioni osmotiche con la tutela dei dati personali, potendosi, *in thesi*, sostenere addirittura una funzionalizzazione tra i comportamenti contestati e la violazione, contemporanea, di discipline normative differenti perché riferite a settori specialistici e quindi la doverosità della cooperazione tra Autorità" (Cons. Stato, Sez. VI, 15 gennaio 2024, n. 497).

- infine, in assenza di obiezioni o di risposta di queste ultime entro un termine ragionevole, l'autorità nazionale garante della concorrenza può proseguire la propria indagine.

In estrema sintesi, il meccanismo delineato dalla Corte è tale per cui un'autorità nazionale garante della concorrenza può soffermarsi in tema di valutazione del trattamento dati (nell'ambito di una procedura su un abuso di posizione dominante) e, tuttavia, non si può discostare da una decisione adottata dell'autorità garante della *privacy* (primo limite) e deve consultare e cercare la cooperazione di quest'ultima (secondo limite).

Una volta consultate le autorità competenti in materia di *privacy* se le stesse non si oppongono, o non rispondono "entro un termine ragionevole", l'autorità nazionale per la concorrenza può procedere.

Queste affermazioni in punto di diritto, da parte della Corte, che pur non incidono sulle fondamenta del principio dello sportello unico ("*one-stop-shop*") (26) in tema di *privacy*, possono comunque compromettere significativamente i vantaggi dell'armonizzazione nell'applicazione del GDPR imponendo a diverse autorità di controllo una collaborazione che potrebbe non essere sempre proficua (problemi operativi non tarderanno a sorgere in conseguenza della necessità per le autorità *privacy* di controllare le attività delle varie autorità nazionali per la concorrenza, il tutto in danno dell'armonizzazione).

(Segue) La pubblicità personalizzata

Il rapporto tra pubblicità personalizzata e corretta applicazione del GDPR è il profilo di maggiore portata della sentenza in esame per i suoi risvolti non solo di natura giuridica, ma anche economica, giacché, come detto nelle prime battute di questo lavoro, la pubblicità è indispensabile per il sostentamento dei social media (27).

La Corte muove da un'affermazione che non motiva e cioè a dire che, malgrado la gratuità dei servizi resi da Facebook, l'utente di quest'ultimo non possa ragionevolmente attendersi che, senza il suo consenso, l'operatore di tale *social network* tratti i suoi dati personali a fini di personalizzazione della pubblicità. Insiste, poi, sul fatto che i diritti fondamentali e gli interessi degli utenti prevalgono sull'interesse dell'operatore ad una tale personalizzazione della

pubblicità ragion per cui il trattamento di dati da quest'ultimo così effettuato non può rientrare nell'ambito di applicazione dell'art. 6, par. 1, I, lett. f), GDPR (cioè del trattamento "necessario per il perseguimento del legittimo interesse del titolare del trattamento o di terzi").

Inoltre, sottolinea la Corte come il trattamento qui in esame sia potenzialmente illimitato, tanto da poter suscitare nell'utente la sensazione che la sua vita privata sia oggetto di continua sorveglianza, e come, al contempo, l'obiettivo di garantire la sicurezza del *network* costituisca comunque un legittimo interesse di Meta, idoneo cioè a giustificare il trattamento di cui trattasi.

La Corte, da un lato, rimette alla decisione del Giudice del rinvio il compito di verificare se, e in quale misura, il trattamento di dati personali raccolti a partire da fonti esterne a Facebook risulti effettivamente necessario per garantire che non sia compromessa la sicurezza interna di tale *network* (28).

Dall'altro lato non esclude, a priori, che l'interesse del titolare del trattamento a migliorare il suo prodotto (o servizio) al fine di renderlo più performante, e quindi più attrattivo, possa costituire un legittimo interesse idoneo a giustificare un trattamento di dati personali.

E al contempo appare dubbio, alla Corte, che, relativamente al trattamento di dati in causa nel procedimento principale, "l'obiettivo diretto al miglioramento del prodotto possa - tenuto conto della portata di tale trattamento e del suo notevole impatto sull'utente, nonché della circostanza che quest'ultimo non possa ragionevolmente attendersi che tali dati siano trattati dalla Meta - prevalere sui diritti fondamentali e sugli interessi di detto utente, tanto più nel caso in cui quest'ultimo sia minorenni". Orbene è certo che i dati personali debbano essere trattati in modo "lecito" ai sensi del GDPR che, all'art. 6, precisa come il trattamento sia lecito solo se, e nella misura in cui, ricorre almeno una delle seguenti condizioni:

- a) l'interessato abbia espresso il proprio "consenso" al trattamento dei propri dati personali per una o più specifiche finalità;
- b) il trattamento sia "necessario all'esecuzione di un contratto" (o di misure precontrattuali) di cui l'interessato sia parte;

(26) V. art. 60 GDPR.

(27) Conti, *Fare business con Facebook*, Milano, 2012; G. D'Acquisto - M. Naldi, *Big Data e Privacy by Design. Anonimizzazione, Pseudonimizzazione, Sicurezza*, Torino, 2017; M. Loguerio, *Le nuove vie del marketing digitale*, Milano, 2002; A. Mantelero, *Big data: I rischi della concentrazione del potere*

informativo digitale e gli strumenti di controllo, in *Dir. inf.*, 2012, 139; S. Stabile, *Le nuove frontiere della pubblicità e del marketing su Internet*, in *Dir. ind.*, 2009, V, 482.

(28) In tale contesto, il Giudice è chiamato altresì a verificare il rispetto del principio della "minimizzazione dei dati" (art. 5, par. 1, lett. c, GDPR).

Argomenti

Contratti in generale

c) il trattamento sia necessario per adempiere un obbligo legale al quale è soggetto il titolare del trattamento; d) il trattamento sia necessario per la salvaguardia degli interessi vitali dell'interessato o di un'altra persona fisica;

e) il trattamento sia necessario per l'esecuzione di un compito di interesse pubblico o connesso all'esercizio di pubblici poteri di cui è investito il titolare del trattamento;

f) il trattamento sia necessario per il "perseguimento del legittimo interesse del titolare del trattamento o di terzi", a condizione che non prevalgano gli interessi o i diritti e le libertà fondamentali dell'interessato che richiedono la protezione dei dati personali, in particolare se l'interessato è un minore (29).

Ai fini del nostro argomentare, in particolare, occorre stabilire se Meta possa fare affidamento per una corretta pubblicità personalizzata sul legittimo interesse, oppure sul trattamento necessario all'esecuzione del contratto o, infine, sul consenso esplicito dell'utente (30).

Sul punto la Corte offre una interpretazione restrittiva del cennato requisito della necessità contrattuale: e cioè a dire, l'operazione di trattamento dati deve essere "oggettivamente indispensabile" per realizzare una finalità che è parte integrante della prestazione contrattuale destinata all'interessato gravando a carico del responsabile del trattamento dimostrare in che modo l'oggetto principale del contratto non potrebbe essere conseguito in assenza del trattamento dati (31).

Con particolare riferimento alla personalizzazione della pubblicità la Corte riconosce come essa sia utile per l'utente, in quanto gli consente in particolare di visualizzare un contenuto in larga misura corrispondente ai suoi interessi, e tuttavia rimane il fatto "che, salvo verifica del giudice del rinvio, la personalizzazione dei contenuti non appare necessaria per offrire a tale utente i servizi del *social network online*. Tali servizi possono, eventualmente, essergli forniti sotto forma di un'alternativa equivalente che non implichi tale personalizzazione, che non è dunque oggettivamente indispensabile per una finalità che faccia parte integrante di detti servizi".

E cioè a dire la Corte non si pronuncia in via espressa e definitiva, ma lascia la soluzione della questione al Tribunale nazionale, né la stessa - si noti bene - fa riferimento diretto alla pubblicità personalizzata riferendosi piuttosto alla "personalizzazione dei contenuti" che, in ogni caso, è ritenuta operazione strettamente non necessaria.

Passiamo ora all'altro profilo e precisamente a quello riguardante gli interessi legittimi in riferimento al quale la Corte sviluppa il suo argomentare lungo due direttrici fondamentali sulle quali, in realtà, si è già avuto modo di riflettere.

La prima attiene alla considerazione secondo cui, per gli iscritti a Facebook, non era ragionevole ritenere che, pur a fronte di servizi gratuiti, i loro dati sarebbero stati oggetto di trattamento per la pubblicità personalizzata e la seconda direttrice pone l'accento sul pericolo di un possibile, continuo, monitoraggio di abitudini e preferenze dei medesimi utenti.

Si potrebbe quindi pensare, sempre in riferimento agli interessi legittimi, ad una distinzione tra "grandi" *social network* e altri fornitori di servizi *online* anche per la pubblicità personalizzata: i primi potrebbero essere tenuti a uno standard più severo di quello richiesto per i secondi, data la vastità dei dati da essi raccolti.

Quanto al consenso la Corte rimette - ancora una volta - al giudice del rinvio il compito di stabilire se gli utenti di Facebook abbiano validamente e, in particolare, liberamente espresso il loro consenso al trattamento.

Quindi dichiara che gli artt. 6 e 9 GDPR devono essere interpretati nel senso che "la circostanza che l'operatore di un *social network online* occupi una posizione dominante sul mercato dei *social network online* non osta, di per sé, a che gli utenti di tale *social network online* possano validamente acconsentire, ai sensi dell'articolo 4, punto 11, di detto regolamento, al trattamento dei loro dati personali effettuato da tale operatore. Tale circostanza costituisce nondimeno un elemento importante per determinare se il consenso sia stato effettivamente prestato validamente e, in particolare, liberamente, circostanza che spetta a detto operatore dimostrare".

Riportandosi dunque al diritto antitrust e della concorrenza, e al concetto di "posizione dominante", la

(29) V. CGUE, Sez. I, 7 dicembre 2023, n. 26/22.

(30) In riferimento, come detto, ai dati *off* Facebook, e "rifor- mulando la domanda del tribunale richiedente" la Corte con il suo interventi ha od oggetto l'operazione di "trattamento di dati personali effettuato da un operatore di un *social network online* - consistente nel raccogliere dati degli utenti di tale *social network* provenienti da altri servizi del gruppo al quale appartiene tale operatore oppure derivanti dalla consultazione, da parte di tali

utenti, di siti Internet o di applicazioni di terzi, nel mettere in relazione tali dati con l'*account* del *social network* di detti utenti e nell'utilizzare detti dati".

(31) Di conseguenza, secondo la Corte, la circostanza che un trattamento sia menzionato nel contratto oppure che sia soltanto "utile per l'esecuzione" di quest'ultimo è, di per sé, circostanza irrilevante ai fini in esame.

Corte se da un lato sottolinea che il consenso deve essere prestato liberamente (altrimenti essendo invalido), dall'altro lato precisa che la mera posizione dominante non vuol dire, *ex se*, che il consenso degli utenti non sia valido.

Gli utenti - secondo la Corte - devono disporre della libertà di rifiutare individualmente, nell'ambito della procedura contrattuale, di prestare il loro consenso a operazioni particolari di trattamento di dati non necessarie all'esecuzione del contratto, senza essere per questo tenuti a rinunciare integralmente alla fruizione del servizio offerto dall'operatore del *social network online*, il che implica che a detti utenti venga proposta, se del caso a fronte di un adeguato corrispettivo, un'alternativa equivalente non accompagnata da simili operazioni di trattamento dati. È importante sottolineare due aspetti importanti in questa affermazione della Corte. In primo luogo, la Corte ritiene che una alternativa binaria (o consenso alla profilazione, o alternativa equivalente dietro di un adeguato corrispettivo) soddisfa chiaramente i requisiti del GDPR.

In secondo luogo, invece, se non è chiaro, né univoco, cosa si intenda nella pratica per "alternativa equivalente, tuttavia bene fa la Corte a respingere la tesi per cui il consenso non è prestato liberamente ogni volta che l'alternativa al medesimo consenso non sia gratuita" (cioè quando l'alternativa al consenso è il pagamento di un corrispettivo).

Ma la Corte, nel suo argomentare, cade forse in contraddizione?

A ben vedere sì: invero, da un lato, essa rifiuta (o almeno dubita) che l'utilizzo di dati personali di terzi per la pubblicità personalizzata sia necessario per l'esecuzione di un contratto ma, dall'altro lato, si noti bene, essa stessa suggerisce un'alternativa equivalente non accompagnata dal trattamento dati per la pubblicità personalizzata (dietro adeguato corrispettivo) (32).

E tale alternativa non può non avere matrice contrattuale: l'esecuzione dell'accordo tra le parti necessita di uno scambio di prestazioni e, dal lato dell'utente finale del servizio, queste potranno essere rappresentate dalla cessione dei propri dati o da non meglio specificate alternative che comunque dovranno essere di natura giuridica omogenea. E

allora è evidente che sussiste una necessità di natura contrattuale per prestare il servizio!

Come emerge altresì con evidenza l'erroneità di una interpretazione così ristretta di "necessità contrattuale".

Il tutto senza sottacere che dal considerando n. 4 del Regolamento europeo qui in esame emerge, testualmente, che il diritto alla protezione dei dati di carattere personale non è una prerogativa assoluta, ma va considerato alla luce della sua funzione sociale e va temperato con altri diritti fondamentali, in ossequio al principio di proporzionalità (33).

(Segue) Il trattamento di dati sensibili

Concludiamo in ordine alla possibilità, per un operatore di un *social network online*, di trattare i dati personali sensibili della persona interessata (ai sensi dell'art. 9, parr. 1 e 2, GDPR), questione sulla quale la Corte, nuovamente, non fornisce all'interprete indicazioni precise.

È certamente possibile - secondo la Corte - che alla semplice navigazione possa corrispondere la rivelazione di dati sensibili dell'utente ma è rimesso al Giudice del caso concreto stabilire se in relazione al caso specifico ciò accada o meno. La problematica è complessa e presenta diverse sfaccettature. Da un lato è importante distinguere tra dati sensibili e dati di natura non sensibile che però potrebbero svelare inferenze sensibili in seguito ad ulteriori trattamenti o combinazioni con altri dati.

In ogni caso, Sulla questione del rapporto tra "Pubblicità sulle piattaforme *online*" e "trattamento di dati sensibili" viene in soccorso il DSA che al comma 3 dell'art. 26 è chiaro nello stabilire che "I fornitori di piattaforme *online* non possono presentare pubblicità ai destinatari del servizio basate sulla profilazione, ..., utilizzando le categorie speciali di dati personali di cui all'articolo 9, paragrafo 1, del regolamento (UE) 2016/679."

E il successivo art. 28 DSA ("Protezione *online* dei minori") vieta ai fornitori di piattaforme *online* di presentare sulla loro interfaccia pubblicità basata sulla profilazione "che usa i dati personali del destinatario del servizio se sono consapevoli, con ragionevole certezza, che il destinatario del servizio è minore".

(32) V.: [https://www.barczentewicz.com/post/the-cjeus-decision-in-metas-competition-case-](https://www.barczentewicz.com/post/the-cjeus-decision-in-metas-competition-case-consequences-for-personalized-advertising-under-the-gdpr-part-1/)

[part-2-sensitive-data-and-privacy-enforcement-by-competition-authorities/](https://www.barczentewicz.com/post/the-cjeus-decision-in-metas-competition-case-part-2-sensitive-data-and-privacy-enforcement-by-competition-authorities/).

(33) App. Genova, Sez. lav., 30 settembre 2023, n. 168.

Argomenti

Contratti in generale

Infine ulteriori obblighi di trasparenza della pubblicità *online* sono dettati all'art. 39 DSA per i fornitori di "piattaforme *online* di dimensioni molto grandi", o di motori di ricerca *online* di "dimensioni molto grandi" (con una utenza pari o superiore a 45 milioni in U.E.) che presentano pubblicità sulle loro interfacce *online*.

Questi sono chiamati a compilare e rendere accessibile al pubblico in una specifica sezione della loro interfaccia *online* un registro contenente tutta una serie di informazioni (34) per l'intero periodo durante il quale presentano pubblicità e fino a un anno dopo la data dell'ultima presentazione dell'annuncio pubblicitario sulle loro interfacce *online*.

(34) Art. 39, II, DSA: "Il registro comprende come minimo tutte le informazioni seguenti: a) il contenuto della pubblicità, compreso il nome del prodotto, del servizio o del marchio e l'oggetto della pubblicità; b) la persona fisica o giuridica per conto della quale viene presentata la pubblicità; c) la persona fisica o giuridica che ha pagato la pubblicità, se diversa da quella di cui alla lettera b); d) il periodo durante il quale è stata presentata la pubblicità; e) un'indicazione volta a precisare se la pubblicità fosse destinata a essere presentata a uno o più gruppi specifici di destinatari del servizio e,

in tal caso, i principali parametri utilizzati a tal fine, compresi, se del caso, i principali parametri utilizzati per escludere uno o più di tali particolari gruppi; f) le comunicazioni commerciali pubblicate sulle piattaforme *online* di dimensioni molto grandi e individuate a norma dell'articolo 26, paragrafo 2; g) il numero totale di destinatari del servizio raggiunti e, ove opportuno, i dati aggregati suddivisi per ciascuno Stato membro relativi al gruppo o ai gruppi di destinatari ai quali la pubblicità era specificamente destinata".

Osservatorio europeo

a cura di Marco Stillo - Studio Legale De Berti Jacchia Franchini Forlani - Bruxelles

Tutela dei consumatori

SUL CONTRATTO DI MUTUO IPOTECARIO STIPULATO AL FINE DI FINANZIARE L'ACQUISTO DI UN UNICO BENE IMMOBILE RESIDENZIALE PER CONCEDERLO IN LOCAZIONE DIETRO CORRISPETTIVO

Corte di Giustizia UE, Sex. X, 24 ottobre 2024, causa C-347/23, LB e JL contro Getin Noble Bank S.A. (Direttiva 93/13/CEE del Consiglio, del 5 aprile 1993, concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori)

In data 24 ottobre 2024, la Corte di Giustizia dell'Unione europea si è pronunciata nella Causa C-347/23, *LB e JL contro Getin Noble Bank S.A.*, sull'interpretazione dell'art. 2, lett. b), Dir. 93/13/CEE del Consiglio, del 5 aprile 1993, concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori (1). Tale domanda era stata presentata nell'ambito di una controversia tra, da un lato, LB e JL e, dall'altro, la *Getin Noble Bank S.A.* (di seguito: la "Getin Noble") in merito ad una domanda di rimborso delle rate mensili pagate in forza di un contratto di mutuo ipotecario indicizzato in una valuta estera. Nel 2008 LB e JL, che formavano una coppia sposata residente a Londra e che non esercitava alcuna attività commerciale, avevano stipulato con il dante causa della Getin Noble un contratto di mutuo ipotecario indicizzato al franco svizzero che prevedeva un tasso d'interesse variabile e un rimborso di tale credito in zloty polacchi. Nello specifico, tale contratto era stato stipulato ai fini dell'acquisto di un immobile residenziale situato a Varsavia, destinato ad essere locato dietro corrispettivo. Al fine di realizzare tale progetto, LB e JL si erano avvalsi dei servizi di JP, un amministratore di proprietà immobiliari che esercita la sua attività professionale in Polonia, il quale era divenuto il loro mandatario rappresentandoli al momento della conclusione del contratto di mutuo ipotecario, di quello di acquisto di tale immobile, di quello di locazione di quest'ultimo nonché di quello di servizi ai locatari. Dopo aver rimborsato la totalità del loro mutuo ipotecario e venduto il suddetto immobile, LB e JL avevano adito il *Sąd Okręgowy w Warszawie* (Tribunale regionale di Varsavia; di seguito: il "giudice del rinvio") chiedendo il rimborso di tutte le somme versate in esecuzione di tale contratto in quanto contenente clausole abusive che ne determinavano la nullità. Alla luce della necessità di interpretare la normativa europea rilevante in materia, pertanto, il giudice del rinvio aveva deciso di sospendere il procedimento e di chiedere alla Corte di Giustizia se l'art. 2, lett. b) (2), Dir. CE 93/13 debba essere interpretato nel senso che una persona fisica che stipula un contratto di mutuo ipotecario al fine di finanziare l'acquisto di un unico immobile residenziale per concederlo in locazione dietro corrispettivo rientra nella nozione di "consumatore" ai sensi di tale disposizione. Nel rispondere, la Corte ha preliminarmente ricordato che è in riferimento alla qualità dei contraenti, a seconda che essi agiscano o meno nell'ambito della loro attività professionale, che la Dir. CE 93/13 definisce i contratti che rientrano nel suo ambito di applicazione (3), di talché la qualità di "consumatore" della persona interessata deve essere determinata alla luce di un criterio funzionale, consistente nel valutare se il rapporto contrattuale di cui trattasi rientri nell'ambito di attività estranee all'esercizio di una professione, indipendentemente dalle conoscenze concrete che la persona interessata può avere o dalle informazioni di cui realmente dispone (4). Nell'ambito di un contratto di mutuo stipulato con un professionista, inoltre, quando il condebitore si trova in una situazione analoga a quella del debitore, in termini di obbligazioni contrattuali, non occorre distinguere tra questi ultimi per quanto riguarda l'applicazione della Dir. CE 93/13 a tale contratto specifico, di talché rientra anche nella nozione di "consumatore" ai sensi dell'art. 2, lett. b), Dir. CE 93/13, nell'ambito di un tale contratto, la persona fisica che si trova nella situazione di un condebitore quando agisce per fini che non rientrano nell'ambito della sua attività professionale (5). Il giudice nazionale adito nel contesto di una controversia vertente su un contratto che può rientrare nell'ambito di applicazione della Dir. CE 93/13, infine, deve verificare, tenendo conto di tutti gli elementi di prova e, segnatamente, delle condizioni di tale contratto, se l'interessato possa essere qualificato come "consumatore" ai sensi di tale direttiva, alla luce di tutte le circostanze del caso concreto e, in particolare, della natura del bene o del servizio oggetto del contratto considerato, idonee a dimostrare il fine per il quale tale bene o servizio è acquisito (6). Fatte salve le verifiche che spetterà al giudice del rinvio effettuare, pertanto, risulta che la conclusione del contratto di mutuo ipotecario in questione nel non perseguiva, per LB e JL, una finalità professionale, e bensì mirava a consolidare il loro patrimonio privato, in quanto

(1) *G.U.U.E.*, L 95 del 21-4-1993.

(2) L'art. 2, Dir. 93/13 alla lett. b) dispone: "... Ai fini della presente direttiva si intende per:

(...)

b) 'consumatore': qualsiasi persona fisica che, nei contratti oggetto della presente direttiva, agisce per fini che non rientrano nel quadro della sua attività professionale...".

(3) CGUE 8-6-2023, causa C-570/21, *YYY*. (Nozione di "consumatore"), punto 34.

(4) CGUE 8-6-2023, causa C-455/21, *Lyoness Europe*, punto 48.

(5) CGUE 8-6-2023, causa C-570/21, *YYY*. (Nozione di "consumatore"), punto 52.

(6) CGUE 8-6-2023, causa C-455/21, *Lyoness Europe*, punto 49.

l'acquisto dell'immobile residenziale finanziato da tale mutuo costituiva per essi una forma di investimento. Di conseguenza, la Corte ha statuito che:

"L'articolo 2, lettera b), della direttiva 93/13/CEE del Consiglio, del 5 aprile 1993, concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori, deve essere interpretato nel senso che una persona fisica che stipula un contratto di mutuo ipotecario al fine di finanziare l'acquisto di un unico bene immobile residenziale per concederlo in locazione dietro corrispettivo rientra nella nozione di 'consumatore', ai sensi di tale disposizione, qualora tale persona fisica agisca per fini che non rientrano nell'ambito della sua attività professionale. Il solo fatto che detta persona fisica intenda ricavare redditi dalla gestione di tale immobile non può, di per sé, condurre ad escludere la suddetta persona dalla nozione di 'consumatore', ai sensi di detta disposizione".

SULL'OBBLIGO DEL CREDITORE DI VERIFICA DEL MERITO CREDITIZIO DEL CONSUMATORE E SULLA RELATIVA SANZIONE IN CASO DI INADEMPIMENTO

Corte di Giustizia UE, Sex. X, 24 ottobre 2024, causa C-339/23, Horyzont Niestandardowy Sekurytyzacyjny Fundusz Inwestycyjny Zamknięty contro LC (Direttiva 2008/48/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 aprile 2008, relativa ai contratti di credito ai consumatori e che abroga la direttiva 87/102/CEE)

In data 24 ottobre 2024, la Corte di Giustizia dell'Unione europea si è pronunciata nella Causa C-339/23, Horyzont Niestandardowy Sekurytyzacyjny Fundusz Inwestycyjny Zamknięty contro LC, sull'interpretazione degli articoli 8, 10 e 23 della Dir. 2008/48/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 aprile 2008, relativa ai contratti di credito ai consumatori e che abroga la Dir. 87/102/CEE (7). Tale domanda era stata presentata nell'ambito di una controversia tra lo Horyzont Niestandardowy Sekurytyzacyjny Fundusz Inwestycyjny Zamknięty (di seguito: lo "Horyzont"), cessionario della Nest Bank S.A. (di seguito: la "Nest Bank"), e LC, una persona fisica, in merito al pagamento di un credito risultante da un contratto di credito al consumo. Tale contratto era stato concluso in 28 settembre 2017, e il credito avrebbe dovuto essere rimborsato in 60 rate mensili entro il 3 ottobre 2022. LC, tuttavia, non aveva rimborsato la somma mutuata entro il termine stabilito, di talché lo Horyzont, a cui il credito risultante dal contratto era stato ceduto dalla Nest Bank, aveva proposto dinanzi al Sąd Rejonowy Lublin Zachód w Lublinie (Tribunale circondariale di Lublino ovest) una domanda di pagamento, che era stata accolta con conseguente ingiunzione di pagamento nei confronti di LC. Quest'ultimo, pertanto, aveva proposto opposizione dinanzi al Sąd Rejonowy w Siemianowicach Śląskich (Tribunale circondariale di Siemianowice Śląskie; di seguito: il "giudice del rinvio") che, alla luce della necessità di interpretare la normativa europea rilevante in materia, aveva deciso di sospendere il procedimento e di chiedere alla Corte di Giustizia se l'art. 23 (8) della Dir. CE 2008/48 debba essere interpretato nel senso che esso non osta a che una sanzione applicata in caso di violazione dell'obbligo di valutazione del merito creditizio del consumatore, previsto dall'art. 8, par. 1 (9), di tale direttiva, differisca da quella prevista in caso di violazione di altri obblighi eventualmente equivalenti ivi previsti, e segnatamente in caso di violazione dell'obbligo menzionato all'art. 10, par. 2 (10), di quest'ultima, relativo alle

(7) G.U.U.E., L 133 del 22-5-2008.

(8) L'art. 23, Dir. CE 2008/48, intitolato "Sanzioni", dispone: "... Gli Stati membri stabiliscono le norme relative alle sanzioni applicabili in caso di violazione delle disposizioni nazionali adottate a norma della presente direttiva e prendono tutti i provvedimenti necessari per garantirne l'attuazione. Le sanzioni previste devono essere efficaci, proporzionate e dissuasive...".

(9) L'art. 8, Dir. 2008/48, intitolato "Obbligo di verifica del merito creditizio del consumatore", al par. 1 dispone: "... Gli Stati membri provvedono affinché, prima della conclusione del contratto di credito, il creditore valuti il merito creditizio del consumatore sulla base di informazioni adeguate, se del caso fornite dal consumatore stesso e, ove necessario, ottenute consultando la banca dati pertinente. Gli Stati membri la cui normativa prevede già una valutazione del merito creditizio del consumatore consultando una banca dati pertinente possono mantenere tale obbligo...".

(10) L'art. 10, Dir. 2008/48, intitolato "Informazioni da inserire nei contratti di credito", al par. 2 dispone: "... Nel contratto di credito figurano, in modo chiaro e conciso, le informazioni seguenti:

- a) il tipo di credito;
- b) l'identità e l'indirizzo geografico delle parti del contratto, nonché, se del caso, l'identità e l'indirizzo geografico dell'intermediario del credito;
- c) la durata del contratto di credito;
- d) l'importo totale del credito e le condizioni di prelievo;
- e) in caso di credito sotto forma di dilazione di pagamento per una merce o un servizio specifici o di contratti di credito collegati, tale merce o servizio e il relativo prezzo in contanti;
- f) il tasso debitore, le condizioni che ne disciplinano l'applicazione e, se disponibile, ogni indice o tasso di riferimento applicabile al tasso debitore iniziale, nonché i periodi, le condizioni e le procedure di modifica del tasso debitore. Qualora si applichino tassi debitori diversi in circostanze diverse, le suddette informazioni in merito a tutti i tassi applicabili;
- g) il tasso annuo effettivo globale e l'importo totale che il consumatore è tenuto a pagare, calcolati al momento della conclusione del contratto di credito; sono indicate tutte le ipotesi utilizzate per il calcolo di tale tasso;
- h) l'importo, il numero e la periodicità dei pagamenti che il consumatore deve effettuare e, se del caso, l'ordine della distribuzione dei pagamenti ai vari saldi restanti dovuti ai diversi tassi debitori ai fini del rimborso;
- i) in caso di ammortamento del capitale di un contratto di credito a durata fissa il diritto del consumatore di ricevere, su richiesta e senza spese, in qualsiasi momento dell'intera durata del contratto di credito, un estratto sotto forma di tabella di ammortamento.

La tabella di ammortamento indica gli importi dovuti nonché i periodi e le condizioni di pagamento di tali importi; la tabella contiene la ripartizione di ciascun rimborso periodico per mostrare l'ammortamento del capitale, gli interessi calcolati sulla base del tasso debitore e, se del caso, gli eventuali costi aggiuntivi; qualora il tasso non sia fisso o i costi aggiuntivi possano essere modificati nell'ambito del

informazioni da inserire nei contratti di credito al consumo. Nel rispondere, la Corte ha preliminarmente ricordato che, al fine di conseguire l'obiettivo perseguito dall'art. 23, Dir. CE 2008/48, non solo il legislatore nazionale, e bensì anche i giudici nazionali devono disporre, nei limiti definiti dall'oggetto della controversia di cui sono investiti, di un potere discrezionale che consenta loro di scegliere, a seconda delle circostanze del caso concreto, la misura proporzionata alla gravità dell'inosservanza dell'obbligo accertata. Tali giudici devono quindi prendere in considerazione tutte le norme del diritto nazionale ed interpretarle, quanto più possibile, alla luce del tenore letterale e della finalità di tale direttiva, al fine di ottenere un risultato compatibile con gli obiettivi da essa perseguiti (11). Di conseguenza, a condizione che le norme relative alle sanzioni per le violazioni degli obblighi derivanti dalla Direttiva 2008/48, stabilite da uno Stato Membro, siano conformi a tali principi, l'art. 23 di tale direttiva non osta a che la violazione di obblighi diversi sia soggetta a differenti sanzioni. Tutto ciò premesso, la Corte ha pertanto statuito che:

"L'articolo 23 della direttiva 2008/48/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 aprile 2008, relativa ai contratti di credito ai consumatori e che abroga la direttiva 87/102/CEE del Consiglio, deve essere interpretato nel senso che esso non osta a che una sanzione applicata in caso di violazione dell'obbligo di valutazione del merito creditizio del consumatore, previsto dall'articolo 8, paragrafo 1, di tale direttiva, differisca dalla sanzione prevista in caso di violazione di altri obblighi eventualmente equivalenti previsti in detta direttiva e segnatamente in caso di violazione dell'obbligo previsto dall'articolo 10, paragrafo 2, della stessa direttiva, relativo alle informazioni da inserire nei contratti di credito al consumo, purché siano soddisfatte le condizioni stabilite da detto articolo 23".

contratto di credito, la tabella di ammortamento contiene in modo chiaro e conciso un'indicazione del fatto che i dati della tabella sono validi solo fino alla modifica successiva del tasso debitore o dei costi aggiuntivi conformemente al contratto di credito;

j) se il pagamento riguarda spese e interessi senza ammortamento del capitale, un estratto dei periodi e delle condizioni di pagamento dell'interesse debitore e delle spese ricorrenti e non ricorrenti correlate;

k) se del caso, le spese di gestione di uno o più conti su cui sono registrati le operazioni di pagamento e i prelievi, a meno che l'apertura del conto sia facoltativa, le spese relative all'utilizzazione di un mezzo di pagamento che permette di effettuare pagamenti e prelievi, eventuali altre spese derivanti dal contratto di credito, nonché le condizioni alle quali tali spese possono essere modificate;

l) il tasso degli interessi in caso di ritardi di pagamento applicabile al momento della conclusione del contratto di credito e le modalità di modifica dello stesso e, se applicabili, le penali per inadempimento;

m) un avvertimento relativo alle conseguenze dei mancati pagamenti;

n) se del caso, l'indicazione delle spese notarili dovute;

o) le garanzie e le assicurazioni richieste, se esistenti;

p) l'esistenza o l'assenza del diritto di recesso e il periodo durante il quale esso può essere esercitato e le altre condizioni per il suo esercizio, comprese le informazioni sull'obbligo del consumatore di rimborsare il capitale prelevato e corrispondere gli interessi conformemente all'articolo 14, paragrafo 3, lettera b), e l'importo giornaliero degli interessi da corrispondere;

q) informazioni concernenti i diritti derivanti dall'articolo 15 nonché le condizioni del loro esercizio;

r) il diritto al rimborso anticipato, la relativa procedura nonché, se del caso, le informazioni sul diritto del creditore a ottenere un indennizzo e le relative modalità di calcolo;

s) la procedura da seguire per l'esercizio del diritto di scioglimento del contratto di credito;

t) l'eventuale esistenza di un meccanismo extragiudiziale di reclamo e di ricorso a disposizione del consumatore e, se tale meccanismo esiste, le modalità di accesso allo stesso;

u) se del caso, altre condizioni contrattuali;

v) se del caso, identità e indirizzo della competente autorità di controllo...".

(11) CGUE 10-6-2021, causa C-303/20, *Ultimo Portfolio Investment (Luxembourg)*, punto 36.



IPSOA In Pratica
*Risposte chiare, autorevoli
e sempre aggiornate*

Società 2024

CARTA + DIGITALE



Scegli la formula “sempre aggiornati”

CARTA+DIGITALE: la soluzione ideale per rimanere costantemente aggiornati e godere di un testo sempre nuovo, grazie all'azione combinata dei due supporti:

- **CARTA:** per tutte le tipologie di società esamina: costituzione; funzionamento; bilancio; strumenti finanziari; operazioni straordinarie; regime fiscale; aspetti penali.

Aggiornato a d.lgs. n. 209/2023 di attuazione **Riforma fiscale**, Reg. UE 2020/1053 **crowdfunding per imprese**, **Decreto Fintech**.

- **DIGITALE:** segue evoluzione normativa, pronunce giurisprudenziali, Orientamenti Consigli notarili e provvedimenti dell'Agenzia delle Entrate

Y49OHBN

INDICE DEGLI AUTORI**Bosco Claudia**

Il punto sul principio della responsabilità solidale dell'acquirente nel trasferimento di un'azienda commerciale

Cassano Giuseppe

Sulla c.d. patrimonializzazione del dato personale e relativa cessione. Il caso della pubblicità personalizzata in internet

Castelli Luciano

Il punto sul principio della responsabilità solidale dell'acquirente nel trasferimento di un'azienda commerciale

D'Amico Giovanni

Il giudice e la legge

Della Chiesa Michele

Aliud pro alio e funzione economico-sociale del bene

Duvia Paolo

La responsabilità patrimoniale della P.A. nell'azione di arricchimento senza causa

Guzzo Carlotta

Il punto sul principio della responsabilità solidale dell'acquirente nel trasferimento di un'azienda commerciale

Lembo Massimo

Dai non meglio definiti *green bond* agli "*European green bond*"

Macario Francesco

Osservatorio dell'Arbitro Bancario Finanziario

Marsico Giuseppe Maria

Fideiussione *omnibus*: tra mercato, concorrenza e decadenza

Milazzo Edoardo

Cessione in garanzia e retrocessione del credito ..

Pertot Tereza

Inadempimento anticipato e tutela della parte contrattuale fedele

Stillo Marco

Osservatorio europeo

Vismara Fabrizio

Clausola *floor* e contratti di finanziamento

INDICE CRONOLOGICO**DEI PROVVEDIMENTI****Giurisprudenza**

642

Corte UE

24 ottobre 2024, Sex. X, causa C-339/23 700

24 ottobre 2024, Sex. X, causa C-347/23 699

690

Corte di cassazione

14 maggio 2024, Sez. II, n. 13214 626

27 maggio 2024, Sez. III, n. 14735, ord. 616

15 luglio 2024, Sez. III, n. 19358 602

642

Arbitro Bancario Finanziario

20 marzo 2024, Coll. Coord., n. 3576 634

593

13 settembre 2024, Coll. coord., n. 9747 635

628

INDICE ANALITICO**Arricchimento senza causa**

618

La responsabilità patrimoniale della P.A. nell'azione di arricchimento senza causa (*Cass. Civ., Sez. III, 27 maggio 2024, n. 14735, ord.*), di Paolo Duvia 616

Cessione del credito

642

Cessione in garanzia e retrocessione del credito (*Cass. Civ., Sez. III, 15 luglio 2024, n. 19358*), di Edoardo Milazzo 602

Contratti bancari

685

Clausola *floor* e contratti di finanziamento, di Fabrizio Vismara 637

Contratto di cessione del quinto

634

Cessione del quinto. Polizze assicurative. Ruolo dell'intermediario (*A.B.F., Coll. Coord., 20 marzo 2024, n. 3576*) 634

649

Debiti azienda ceduta

605

Il punto sul principio della responsabilità solidale dell'acquirente nel trasferimento di un'azienda commerciale, di Luciano Castelli, Claudia Bosco e Carlotta Guzzo 642

667

Fideiussione omnibus

Fideiussione *omnibus*: tra mercato, concorrenza e decadenza, di Giuseppe Maria Marsico 649

699

Inadempimento

637

Inadempimento anticipato e tutela della parte contrattuale fedele, di Tereza Pertot 667

Interpretazione e applicazione della leggeIl giudice e la legge, di *Giovanni D'Amico* **593****Obbligazioni sostenibili**Dai non meglio definiti *green bond* agli "*European green bond*", di *Massimo Lembo* **685****Risoluzione del contratto e restituzione rate pagate**Contratti di finanziamento. Estinzione del debito. Inadempimento del fornitore dei beni o servizi. Rigetto del ricorso (A.B.F., *Coll. coord.*, 13 settembre 2024, n. 9747) **635****Transazioni online**Sulla c.d. patrimonializzazione del dato personale e relativa cessione. Il caso della pubblicità personalizzata in internet, di *Giuseppe Cassano* **690****Tutela dei consumatori**Sul contratto di mutuo ipotecario stipulato al fine di finanziare l'acquisto di un unico bene immobile residenziale per concederlo in locazione dietro corrispettivo (CGUE, *Sex. X*, 24 ottobre 2024, causa C-347/23) **699**Sull'obbligo del creditore di verifica del merito creditizio del consumatore e sulla relativa sanzione in caso di inadempimento (CGUE, *Sex. X*, 24 ottobre 2024, causa C-339/23) **700****Vendita***Aliud pro alio* e funzione economico-sociale del bene (Cass. Civ., *Sez. II*, 14 maggio 2024, n. 13214), di *Michele Della Chiesa* **626**

INDICE DEGLI AUTORI

Aluigi Federico	
Osservatorio europeo	1, 109; 2, 225; 3, 325; 4, 456; 5, 578
Amendolagine Vito	
Le obbligazioni gravanti sul notaio nella stesura del rogito	1, 61
Brevi riflessioni sul contratto di patrocinio legale ..	2, 212
<i>Superbonus</i> e responsabilità contrattuale	3, 315
Amidei Andrea	
Dopo le Sezioni Unite, ancora su ingiustificato arricchimento, sussidiarietà e "clausole generali"	4, 373
Barone Paolo	
Il riparto dell'onere probatorio nella responsabilità per l'inesatto adempimento del mandato professionale	3, 260
Bellin Massimo	
Il legato in favore di un Comune	3, 307
Bosco Claudia	
Il punto sul principio della responsabilità solidale dell'acquirente nel trasferimento di un'azienda commerciale	6, 642
Carnevali Ugo	
Indennizzi assicurativi, controversia giudiziale e interessi legali <i>ex art.</i> 1284, comma 4, c.c.	1, 99
Le bollette energetiche e i consumatori	4, 337
Cassano Giuseppe	
Sulla c.d. patrimonializzazione del dato personale e relativa cessione. Il caso della pubblicità personalizzata in internet	6, 690
Castelli Luciano	
I recenti orientamenti in tema di concessione abusiva del credito	2, 195
Il punto sul principio della responsabilità solidale dell'acquirente nel trasferimento di un'azienda commerciale	6, 642
Cataldo Patrizio	
Brevi note sulla responsabilità postcontrattuale: profili descrittivi e possibili linee evolutive	4, 437
Creuso Matteo	
I recenti orientamenti in tema di concessione abusiva del credito	2, 195
D'Aleo Linda	
Il recesso del committente per inadempimento dell'appaltatore tra normativa e giurisprudenza	4, 398
D'Amico Giovanni	
Sul "diritto vivente" (Introduzione alla sessione di un Convegno)	3, 237
Il giudice e la legge	6, 593
de Gioia Carabellese Pierre	
Contratto autonomo di garanzia e fideiussione bancaria. Fra <i>undue influence</i> e <i>unconscionability</i> di Oltremanica e buona fede italiana	1, 87
De Luca Cecilia	
Sulla natura sussidiaria dell'azione di ingiustificato arricchimento	1, 38
Sulla configurabilità della fattispecie della "servitù prediale" in relazione ad area destinata al "parcheggio" di autovetture	3, 247
Sulla natura della "condizione" contrattuale avente ad oggetto una autorizzazione amministrativa	4, 384
Sulla "natura della responsabilità della banca" per pagamento dell'assegno a soggetto non legittimato	5, 493
Della Chiesa Michele	
<i>Aliud pro alio</i> e funzione economico-sociale del bene	6, 628
Di Rosa Giovanni	
Vincoli preliminari e patto di prelazione	5, 482
Diplotti Christian	
Patti di rinuncia e manleva verso gli amministratori dimissionari nelle operazioni di M&A: validità, portata e tecniche redazionali	5, 559
Duvia Paolo	
La responsabilità patrimoniale della P.A. nell'azione di arricchimento senza causa	6, 618
Frattolillo Augusto	
Giurisprudenza domestica in materia di criptovalute	1, 56
Garofalo Eleonora	
La retroversione per contraffazione incolpevole: natura del rimedio e ruolo nella prevenzione della violazione del contratto di licenza	1, 25
Giorgianni Veronica	
Sulla presunzione del nesso di causalità tra l'inadempimento degli obblighi informativi e la responsabilità dell'intermediario finanziario per il danno patito dall'investitore	2, 167
Grillo Emanuele	
Il <i>trust</i> tra "neutralità fiscale" e profili sostanziali ..	5, 525
Guzzo Carlotta	
Il punto sul principio della responsabilità solidale dell'acquirente nel trasferimento di un'azienda commerciale	6, 642

Impellizzeri Salvatore

La natura extracontrattuale dell'azione c.d. "edilizia" ex art. 1669 c.c. e la residualità "relativa" dell'azione generale ex art. 2043 c.c. **2, 142**

Irti Claudia

Piattaforme digitali, contratti e protezione dei dati personali **1, 5**

Lembo Massimo

Contratto autonomo di garanzia e fideiussione bancaria. Fra *undue influence* e *unconscionability* di Oltremarica e buona fede italiana **1, 87**

I "derivati impliciti" un anno dopo la decisione delle Sezioni Unite n. 5657/2023 **2, 219**

La "manipolazione" dell'Euribor: brevi note sulle conseguenze per i contratti di finanziamento ed i derivati di copertura **3, 302**

Dai non meglio definiti *green bond* agli "*European green bond*" **6, 685**

Macario Francesco

L'azione di arricchimento senza causa tra sussidiarietà e generalità: il punto delle Sezioni Unite **2, 121**

Ragione e autonomia negoziale: il rapporto tra ragionevolezza e meritevolezza. *In ricordo di Nicolò Lipari* **5, 469**

Osservatorio dell'Arbitro Bancario Finanziario **1, 53; 2, 191; 3, 282; 4, 407; 5, 533; 6, 634**

Manazza Erika

Preliminare di vendita di immobile ipotecato e inadempimento dell'obbligo di liberazione dal vincolo **4, 360**

Manelli Matteo

Il diritto del mediatore alla provvigione nel caso in cui l'"affare concluso" dalle parti sia un preliminare di preliminare **1, 105**

Marsico Giuseppe Maria

Contratti derivati e analisi economica del diritto: tra meritevolezza, indeterminatezza e indeterminabilità dell'oggetto e nullità **1, 73**

Autonomia privata e clausole antistallo: la *Russian Roulette Clause* tra meritevolezza, principio di conservazione e assetti proprietari **3, 285**

Profili dogmatici e di prassi operativa sul contratto di permuta **4, 411**

Fideiussione *omnibus*: tra mercato, concorrenza e decadenza **6, 649**

Marziani Francesco

Obbligazioni soggettivamente complesse e propagazione degli effetti interruttivi della prescrizione ... **3, 272**

Milazzo Edoardo

Cessione in garanzia e retrocessione del credito .. **6, 605**

Molteni Beatrice

La clausola risolutiva espressa nel contratto di agenzia **2, 203**

Parola Francesca

Sui rapporti fra l'art. 1669 c.c. in tema di responsabilità dell'appaltatore e art. 2043 c.c. **2, 152**

Sui rapporti fra caparra confirmatoria e clausola penale **5, 518**

Perini Francesca

La concessione abusiva del credito **5, 537**

Pertot Tereza

Inadempimento anticipato e tutela della parte contrattuale fedele **6, 667**

Petti Gianluca

"Preliminare di preliminare" e diritto del mediatore alla provvigione **2, 127**

Pisapia Amleto

Il contratto di investimento in strumenti finanziari, negoziato dalla banca per conto proprio, è affetto da nullità qualora stipulato fuori sede e privo della facoltà di recesso per il cliente **1, 48**

Romeo Christian

La concessione abusiva del credito **5, 537**

Russo Tommaso Vito

Il *trust* come strumento per disciplinare il passaggio generazionale e le dinamiche successorie **4, 445**

Sansoni Riccardo

Pianificare l'incapacità **5, 566**

Sciortino Andrea Filippo Francesco

Patti di rinuncia e manleva verso gli amministratori dimissionari nelle operazioni di M&A: validità, portata e tecniche redazionali **5, 559**

Stefani Antonio

Dalle Sezioni Unite via libera all'ammortamento alla francese **4, 352**

Stillo Marco

Osservatorio europeo **6, 699**

Takanen Flavio

La nullità di protezione, riequilibrio del contratto e autonomia contrattuale **5, 543**

Timpano Vincenzo

Il *sale and lease back* oltre i confini del divieto del patto commissorio **1, 11**

Torrisi Antonio

Tratti caratterizzanti e rilevanza processuale della transazione novativa **2, 159**

Travaglino Giovanni PaoloL'ottativo del cumulo: causa e tipo della polizza infortuni secondo il Tribunale di Milano **2, 181****Vismara Fabrizio**Obblighi di protezione nei rapporti tra banca e cliente **1, 68**Clausola *floor* e contratti di finanziamento **6, 637****INDICE CRONOLOGICO****DEI PROVVEDIMENTI****Giurisprudenza****Corte UE**16 novembre 2023, Sez. IV, causa C-497/22 **1, 111**23 novembre 2023, Sez. V, causa C-354/22 **1, 109**11 gennaio 2024, Sez. III, causa C-755/22 **2, 226**25 gennaio 2024, Sez. V, causa C-390/22 **2, 225**22 febbraio 2024, Sez. IX, causa C-81/23 **3, 325**29 febbraio 2024, Sez. II, causa C-584/22 **3, 326**11 aprile 2024, Sez. III, causa C-173/23 **4, 456**16 maggio 2024, Sez. IX, causa C-405/23 **4, 458**4 luglio 2024, Sez. IV, causa C-450/22 **5, 578**29 luglio 2024, cause riunite C-771/22 e C-45/23 **5, 580**24 ottobre 2024, Sez. X, causa C-339/23 **6, 700**24 ottobre 2024, Sez. X, causa C-347/23 **6, 699****Corte di cassazione**15 maggio 2023, Sez. III, n. 13203 **1, 36**27 giugno 2023, Sez. I, n. 18293, ord. **2, 165**17 luglio 2023, Sez. II, n. 20450, ord. **2, 149**18 luglio 2023, Sez. I, n. 20800 **1, 23**4 ottobre 2023, Sez. I, n. 28034, ord. **1, 9**6 novembre 2023, Sez. III, n. 30905, ord. **2, 156**10 novembre 2023, Sez. II, n. 31301 **2, 139**13 novembre 2023, Sez. II, n. 31431 **2, 124**6 dicembre 2023, Sez. III, n. 34251, ord. **3, 271**11 dicembre 2023, Sez. III, n. 34475, ord. **3, 258**8 gennaio 2024, Sez. II, n. 421 **4, 393**13 febbraio 2024, SS.UU., n. 3925 **3, 242**6 marzo 2024, Sez. II, n. 5976, ord. **4, 383**18 marzo 2024, Sez. IV, n. 7178 **4, 371**28 marzo 2024, Sez. II, n. 8442 **4, 359**15 aprile 2024, Sez. V, n. 10076 **5, 523**18 aprile 2024, Sez. II, n. 10541, ord. **5, 515**18 aprile 2024, Sez. I, n. 10711 **5, 491**14 maggio 2024, Sez. II, n. 13214 **6, 626**27 maggio 2024, Sez. III, n. 14735, ord. **6, 616**29 maggio 2024, SS.UU., n. 15130 **4, 343**6 giugno 2024, Sez. III, n. 15801, ord. **5, 479**15 luglio 2024, Sez. III, n. 19358 **6, 602****Tribunale**28 marzo 2023, Torino, Sez. I civ. **1, 44**11 aprile 2023, Milano, Sez. X, n. 2894 **2, 177****Arbitro Bancario Finanziario**22 marzo 2023, Torino, n. 2808 **1, 53**6 settembre 2023, Torino, n. 8542 **2, 192**14 novembre 2023, Coll. coord., n. 11070 **1, 54**2 gennaio 2024, Coll. coord. Milano, n. 25 **2, 191**6 febbraio 2024, Milano, n. 1599 **4, 407**14 febbraio 2024, Milano, n. 1960 **5, 534**11 marzo 2024, Coll. Bologna, n. 3138 **3, 282**20 marzo 2024, Coll. Coord., n. 3576 **6, 634**21 maggio 2024, Coll. coord., n. 6070 **4, 408**24 maggio 2024, Coll. coord., n. 6196 **5, 533**13 settembre 2024, Coll. coord., n. 9747 **6, 635****INDICE ANALITICO****Agricoltura**Sulla incidenza di un contratto di locazione ai fini delle domande di protezione delle denominazioni di origine, delle indicazioni geografiche e delle menzioni tradizionali nel settore vitivinicolo (*CGUE, Sez. V, 23 novembre 2023, causa C-354/22*) **1, 109****Apertura di credito**Apertura di credito. Contratto di cessione del credito. Risoluzione del contratto (*A.B.F., Coll. Bologna, 11 marzo 2024, n. 3138*) **3, 282****Appalto di beni immobili**La natura extracontrattuale dell'azione c.d. "edilizia" ex art. 1669 c.c. e la residualità "relativa" dell'azione generale ex art. 2043 c.c. (*Cass. Civ., Sez. II, 10 novembre 2023, n. 31301*), di *Salvatore Impellizzeri* **2, 139**Sui rapporti fra l'art. 1669 c.c. in tema di responsabilità dell'appaltatore e art. 2043 c.c. (*Cass. Civ., Sez. II, 17 luglio 2023, n. 20450, ord.*), di *Francesca Parola* **2, 149****Arricchimento senza causa**Sulla natura sussidiaria dell'azione di ingiustificato arricchimento (*Cass. Civ., Sez. III, 15 maggio 2023, n. 13203*), di *Cecilia De Luca* **1, 36**L'azione di arricchimento senza causa tra sussidiarietà e generalità: il punto delle Sezioni Unite, di *Francesco Macario* **2, 121**

La responsabilità patrimoniale della P.A. nell'azione di arricchimento senza causa (*Cass. Civ., Sez. III, 27 maggio 2024, n. 14735, ord.*), di Paolo Duvia **6, 616**

Assegno circolare

Diligenza professionale. Pagamento mediante assegno circolare falso. Responsabilità dell'intermediario. Risarcimento del danno (*A.B.F. Milano 6 febbraio 2024, n. 1599*) **4, 407**

Assicurazione

L'ottativo del cumulo: causa e tipo della polizza infortuni secondo il Tribunale di Milano (*Trib. Milano, Sez. X, 11 aprile 2023, n. 2894*), di Giovanni Paolo Travaglino **2, 177**

Autonomia contrattuale

Autonomia privata e clausole antistallo: la *Russian Roulette Clause* tra meritevolezza, principio di conservazione e assetti proprietari, di Giuseppe Maria Marsico **3, 285**

Autonomia negoziale

Ragione e autonomia negoziale: il rapporto tra ragionevolezza e meritevolezza. In ricordo di Nicolò Lipari, di Francesco Macario **5, 469**

Banche

I recenti orientamenti in tema di concessione abusiva del credito, di Luciano Castelli e Matteo Creuso **2, 195**

Caparra confirmatoria

Sui rapporti fra caparra confirmatoria e clausola penale (*Cass. Civ., Sez. II, 18 aprile 2024, n. 10541, ord.*), di Francesca Parola **5, 515**

Cessione del credito

Cessione in garanzia e retrocessione del credito (*Cass. Civ., Sez. III, 15 luglio 2024, n. 19358*), di Edoardo Milazzo **6, 602**

Competenza giurisdizionale

Sulla competenza giurisdizionale a decidere in materia di contratti di vendita di veicoli conclusi in uno Stato membro diverso da quello dello Stato di residenza dell'acquirente e da quello della sede del costruttore (*CGUE, Sez. IX, 22 febbraio 2024, causa C-81/23*) **3, 325**

Competenza per materia e "controversia con la clientela"

Furto d'identità. Responsabilità dell'intermediario. Obblighi di adeguata verifica e di identificazione del cliente. Tutela del consumatore (*A.B.F. Coll. coord. 21 maggio 2024, n. 6070*) **4, 408**

Concessione abusiva del credito

La concessione abusiva del credito, a cura di Christian Romeo e Francesca Perini **5, 537**

Conti correnti

Conti correnti. Contabilità conti correnti. Responsabilità dell'intermediario. Diligenza professionale (*A.B.F. Torino 22 marzo 2023, n. 2808*) **1, 53**

Conto corrente bancario e servizi di trasferimento

Conto corrente bancario. Conto di pagamento. Penale. Servizio di trasferimento (*A.B.F. Coll. coord. Milano 2 gennaio 2024, n. 25*) **2, 191**

Contratti bancari

Obblighi di protezione nei rapporti tra banca e cliente, di Fabrizio Vismara **1, 68**

Clausola *floor* e contratti di finanziamento, di Fabrizio Vismara **6, 637**

Contratti derivati

Contratti derivati e analisi economica del diritto: tra meritevolezza, indeterminatezza e indeterminabilità dell'oggetto e nullità, di Giuseppe Maria Marsico . **1, 73**

Contratti di finanziamento

La "manipolazione" dell'Euribor: brevi note sulle conseguenze per i contratti di finanziamento ed i derivati di copertura, di Massimo Lembo **3, 302**

Contratti di servizio pubblico

Sulla compensazione dovuta a un operatore che soddisfi obblighi di servizio pubblico (*CGUE, Sez. V, 25 gennaio 2024, causa C-390/22*) **2, 225**

Contratto di agenzia

La clausola risolutiva espressa nel contratto di agenzia, di Beatrice Molteni **2, 203**

Contratto di cessione del quinto

Cessione del quinto. Polizze assicurative. Ruolo dell'intermediario (*A.B.F., Coll. Coord., 20 marzo 2024, n. 3576*) **6, 634**

Contratto di licenza d'uso

La retroversione per contraffazione incolpevole: natura del rimedio e ruolo nella prevenzione della violazione del contratto di licenza (*Cass. Civ., Sez. I, 18 luglio 2023, n. 20800*), di Eleonora Garofalo ... **1, 23**

Contratto di patrocinio legale

Brevi riflessioni sul contratto di patrocinio legale, di Vito Amendolagine **2, 212**

Contratto di permuta

Profili dogmatici e di prassi operativa sul contratto di permuta, di Giuseppe Maria Marsico **4, 411**

Contratto preliminare

Preliminare di vendita di immobile ipotecato e inadempiamento dell'obbligo di liberazione dal vincolo (*Cass. Civ., Sez. II, 28 marzo 2024, n. 8442*), di Erika Manazza **4, 359**

Criptovalute

Giurisprudenza domestica in materia di criptovalute, a cura di *Augusto Frattolillo* **1, 56**

Debiti azienda ceduta

Il punto sul principio della responsabilità solidale dell'acquirente nel trasferimento di un'azienda commerciale, di *Luciano Castelli, Claudia Bosco e Carlotta Guzzo* **6, 642**

Diritto vivente

Sul "diritto vivente" (Introduzione alla sessione di un Convegno), di *Giovanni D'Amico* **3, 237**

Disciplina antiriciclaggio

Competenza A.B.F. Correttezza del comportamento dell'intermediario. Conto corrente. Poteri di firma (A.B.F., *Coll. coord.*, 14 novembre 2023, n. 11070) **1, 54**

Domanda di rimborso di buoni postali fruttiferi

"*Dies a quo*". Data di scadenza del titolo. Disciplina più favorevole ai risparmiatori. Estinzione del diritto (A.B.F. *Coll. coord.* 24 maggio 2024, n. 6196) **5, 533**

Elementi accidentali

Sulla natura della "condizione" contrattuale avente ad oggetto una autorizzazione amministrativa (*Cass. Civ.*, *Sez. II*, 6 marzo 2024, n. 5976, *ord.*), di *Cecilia De Luca* **4, 383**

Fideiussione omnibus

Fideiussione *omnibus*: tra mercato, concorrenza e decadenza, di *Giuseppe Maria Marsico* **6, 649**

Garanzia

Contratto autonomo di garanzia e fideiussione bancaria. Fra *undue influence* e *unconscionability* di Oltremarica e buona fede italiana, di *Pierre de Gioia Carabellese e Massimo Lembo* **1, 87**

Inadempimento

Inadempimento anticipato e tutela della parte contrattuale fedele, di *Tereza Pertot* **6, 667**

Ingiustificato arricchimento

Dopo le Sezioni Unite, ancora su ingiustificato arricchimento, sussidiarietà e "clausole generali" (*Cass. Civ.*, *Sez. IV*, 18 marzo 2024, n. 7178), di *Andrea Amidei* **4, 371**

Interessi

Indennizzi assicurativi, controversia giudiziale e interessi legali *ex art.* 1284, comma 4, c.c., di *Ugo Carnevali* **1, 99**

Interest rate swap

Il contratto di investimento in strumenti finanziari, negoziato dalla banca per conto proprio, è affetto da nullità qualora stipulato fuori sede e privo della facoltà di recesso per il cliente (*Trib. Torino, Sez. I civ.*, 28 marzo 2023), di *Amleto Pisapia* **1, 44**

Intermediazione finanziaria

Sulla presunzione del nesso di causalità tra l'inadempimento degli obblighi informativi e la responsabilità dell'intermediario finanziario per il danno patito dall'investitore (*Cass. Civ.*, *Sez. I*, 27 giugno 2023, n. 18293, *ord.*), di *Veronica Giorgianni* **2, 165**

Interpretazione e applicazione della legge

Il giudice e la legge, di *Giovanni D'Amico* **6, 593**

Leasing

Il *sale and lease back* oltre i confini del divieto del patto commissorio (*Cass. Civ.*, *Sez. I*, 4 ottobre 2023, n. 28034, *ord.*), di *Vincenzo Timpano* **1, 9**

Leasing con clausola di indicizzazione

I "derivati impliciti" un anno dopo la decisione delle Sezioni Unite n. 5657/2023, di *Massimo Lembo* .. **2, 219**

Mandato professionale

Il riparto dell'onere probatorio nella responsabilità per l'inesatto adempimento del mandato professionale (*Cass. Civ.*, *Sez. III*, 11 dicembre 2023, n. 34475, *ord.*), di *Paolo Barone* **3, 258**

Mediazione

Il diritto del mediatore alla provvigione nel caso in cui l'"affare concluso" dalle parti sia un preliminare di preliminare, di *Matteo Manelli* **1, 105**

"Preliminare di preliminare" e diritto del mediatore alla provvigione (*Cass. Civ.*, *Sez. II*, 13 novembre 2023, n. 31431), di *Gianluca Petti* **2, 124**

Mutuo bancario

Dalle Sezioni Unite via libera all'ammortamento alla francese (*Cass. Civ.*, *SS.UU.*, 29 maggio 2024, n. 15130), di *Antonio Stefani* **4, 343**

Notaio

Le obbligazioni gravanti sul notaio nella stesura del rogito, a cura di *Vito Amendolagine* **1, 61**

Nullità di protezione

La nullità di protezione, riequilibrio del contratto e autonomia contrattuale, di *Flavio Takanen* **5, 543**

Obbligazioni indivisibili e credito risarcitorio

Obbligazioni soggettivamente complesse e propagazione degli effetti interruttivi della prescrizione (*Cass. Civ.*, *Sez. III*, 6 dicembre 2023, n. 34251, *ord.*), di *Francesco Marziani* **3, 271**

Obbligazioni sostenibili

Dai non meglio definiti *green bond* agli "european green bond", di *Massimo Lembo* **6, 685**

Oneri recurring e up front

Oneri *up front*. Oneri *recurring*. Principi della sentenza *Lexitor* (A.B.F. *Torino* 6 settembre 2023, n. 8542) **2, 192**

Pagamento mediante assegno circolare

Diligenza professionale. Pagamento mediante assegno circolare poi risultato falso. Responsabilità dell'intermediario. Risarcimento del danno. Ristoro delle spese sostenute dal cliente per l'assistenza professionale (A.B.F. Milano, 14 febbraio 2024, n. 1960) **5, 534**

Patto di prelazione

Vincoli preliminari e patto di prelazione (Cass. Civ., Sez. III, 6 giugno 2024, n. 15801, ord.), di Giovanni Di Rosa **5, 479**

Piattaforme digitali

Piattaforme digitali, contratti e protezione dei dati personali, di Claudia Irti **1, 5**

Postcontratto

Brevi note sulla responsabilità postcontrattuale: profili descrittivi e possibili linee evolutive, di Patrizio Cataldo **4, 437**

Recesso unilaterale del committente

Il recesso del committente per inadempimento dell'appaltatore tra normativa e giurisprudenza (Cass. Civ., Sez. II, 8 gennaio 2024, n. 421), di Linda D'Aleo **4, 393**

Responsabilità degli amministratori

Patti di rinuncia e manleva verso gli amministratori dimissionari nelle operazioni di M&A: validità, portata e tecniche redazionali, di Andrea Filippo Francesco Sciortino e Christian Diplotti **5, 559**

Risoluzione del contratto e restituzione rate pagate

Contratti di finanziamento. Estinzione del debito. Inadempimento del fornitore dei beni o servizi. Rigetto del ricorso (A.B.F., Coll. coord., 13 settembre 2024, n. 9747) **6, 635**

Servitù prediali

Sulla configurabilità della fattispecie della "servitù prediale" in relazione ad area destinata al "parcheggio" di autovetture (Cass. Civ., SS.UU., 13 febbraio 2024, n. 3925), di Cecilia De Luca **3, 242**

Strumenti pubblicitici e privatistici

Pianificare l'incapacità, di Riccardo Sansoni **5, 566**

Successioni

Il legato in favore di un Comune, di Massimo Bellin **3, 307**

Superbonus

Superbonus e responsabilità contrattuale, di Vito Amendolagine **3, 315**

Titoli di credito

Sulla "natura della responsabilità della banca" per pagamento dell'assegno a soggetto non legittimato (Cass. Civ., Sez. I, 18 aprile 2024, n. 10711), di Cecilia De Luca **5, 491**

Transazione novativa

Tratti caratterizzanti e rilevanza processuale della transazione novativa (Cass. Civ., Sez. III, 6 novembre 2023, n. 30905, ord.), di Antonio Torrì **2, 156**

Transazioni online

Sulla c.d. patrimonializzazione del dato personale e relativa cessione. Il caso della pubblicità personalizzata in internet, di Giuseppe Cassano **6, 690**

Trasporti aerei

Sul carattere abusivo di una clausola contrattuale (CGUE, Sez. III, 11 aprile 2024, causa C-173/23) .. **4, 456**

Sulla compensazione pecuniaria dei passeggeri aerei in caso di ritardo prolungato di un volo (CGUE, Sez. IX, 16 maggio 2024, causa C-405/23) **4, 458**

Trust

Il trust come strumento per disciplinare il passaggio generazionale e le dinamiche successorie, di Tommaso Vito Russo **4, 445**

Il trust tra "neutralità fiscale" e profili sostanziali (Cass. Civ., Sez. V, 15 aprile 2024, n. 10076), di Emanuele Grillo **5, 523**

Turismo

Sulla corretta qualificazione di un contratto concluso tra un privato e un professionista del turismo (CGUE, Sez. IV, 16 novembre 2023, causa C-497/22) **1, 111**

Sul diritto del viaggiatore a risolvere un contratto di pacchetto turistico senza spese di risoluzione (CGUE, Sez. II, 29 febbraio 2024, causa C-584/22) **3, 326**

Tutela dei consumatori

Sull'obbligo di verifica del merito creditizio dei consumatori (CGUE, Sez. III, 11 gennaio 2024, causa C-755/22) **2, 226**

Le bollette energetiche e i consumatori, di Ugo Carnevali **4, 337**

Sul dovere in capo al giudice nazionale di verificare la trasparenza delle clausole contrattuali nell'ambito di azioni collettive (CGUE, Sez. IV, 4 luglio 2024, causa C-450/22) **5, 578**

Sul diritto del viaggiatore a ottenere il rimborso integrale dei pagamenti effettuati a un organizzatore di viaggi, da parte dell'assicuratore di questo (CGUE 29 luglio 2024, cause riunite C-771/22 e C-45/23) **5, 580**

Sul contratto di mutuo ipotecario stipulato al fine di finanziare l'acquisto di un unico immobile residenziale (CGUE, Sez. X, 24 ottobre 2024, causa C-347/23) . **6, 699**

Sull'obbligo del creditore di verifica del merito creditizio del consumatore e sulla relativa sanzione (CGUE, Sez. X, 24 ottobre 2024, causa C-339/23) **6, 700**

Vendita

Aliud pro alio e funzione economico-sociale del bene (Cass. Civ., Sez. II, 14 maggio 2024, n. 13214), di Michele Della Chiesa **6, 626**

A DOMANDA, ONE RISPONDE



One Risponde Professional ***Le risposte a firma degli Autori Wolters Kluwer***

Il servizio di risposte certificate per ogni problema dei professionisti Fiscali, Lavoro, Legali e Aziende. Per interpretare correttamente la normativa, per risolvere un dubbio su un argomento specifico, per sviluppare competenze in nuovi ambiti, puoi consultare migliaia di quesiti già risolti in oltre 20 aree tematiche o chiedere ad un team di Autori Wolters Kluwer compilando un semplice form online. Per ogni risposta potrai inoltre trovare le correlazioni alla documentazione ufficiale e alle altre risorse di One.

Tutte le risposte per prendere sempre la decisione giusta.

Scopri di più



Breviaria Iuris Più

Commentario breve al CODICE CIVILE

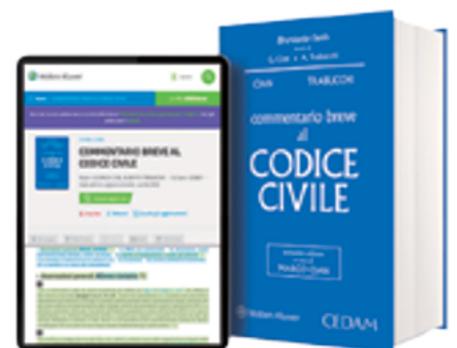
Diritto al punto.



Breviaria Iuris Più è la nuova formula dei codici commentati CEDAM. Commenti brevi, risposte puntuali al caso concreto... oggi anche in **digitale, costantemente aggiornati**. Facili da individuare grazie alle **evidenziazioni in colore**.

Scopri la nuova edizione del **Commentario breve al CODICE CIVILE CARTA+DIGITALE** con aggiornamento e tutti i **vantaggi di Breviaria Iuris Più**.

L'indispensabile per il professionista.



L'estratto che stai consultando
fa parte del volume in vendita
su **ShopWKI**,
il negozio online di **Wolters Kluwer**

[Torna al libro](#)



CEDAM

IPSOA

UTET[®]
GIURIDICA

il fisco

 ALTALEX