PARTE IX
I SINGOLI CONTRATTI

CAPITOLO I
I CONTRATTI ASIMMETRICI

▪**1.** I contratti asimmetrici. ▪**1.1.** La diversa asimmetria nei contratti del consumatore e nei contratti dell'imprenditore. ▪**2.** Il sindacato del giudice sull'asimmetria del contratto. ▪**3.** I contratti asimmetrici del consumatore: nozione e fondamento normativo. ▪**4.** La nozione di consumatore e di professionista nella giurisprudenza. ▪**4.1.** Lo scopo extraprofessionale. ▪**5.** I caratteri dei contratti del consumatore. ▪**6.** La buona fede nella disciplina consumeristica. ▪**7.** La vessatorietà delle clausole. ▪**7.1.** La nullità relativa. ▪**8.** L'azione inibitoria. ▪**9.** La risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori. ▪**10.** I contratti asimmetrici tra imprenditori: la subfornitura. ▪**11.** La forma. **11.1.** Il contenuto. ▪**11.2.** La responsabilità del subfornitore. ▪**11.3.** L'abuso di dipendenza economica.

1. I contratti asimmetrici.

Nell'ultimo decennio, l'evoluzione del quadro normativo - sia di ascendenza europea, sia di diritto nazionale - ha determinato l'elaborazione di un nuovo paradigma contrattuale, per tale intendendosi un modello di contratto governato da un insieme di regole che diverge in modo significativo dalla disciplina generale del contratto di cui agli artt. 1321 e ss. c.c.

Tale modello è caratterizzato dall'asimmetria delle parti contrattuali e comprende, in primo luogo, i contratti del consumatore, ma anche i contratti che legano un professionista a un altro professionista o un'impresa ad altra impresa, quando le rispettive posizioni siano – per le obiettive condizioni di mercato – significativamente asimmetriche in termini di potere contrattuale.

Di qui l'elaborazione della categoria dei "contratti asimmetrici": la locuzione allude a tutti quei contratti in cui si fronteggiano due soggetti di mercato caratterizzati da una significativa asimmetria di forza negoziale; asimmetria informativa, economica, relazionale che, per il fatto di derivare precisamente dalle rispettive "fisiologiche" posizioni di mercato, si presenta come asimmetria di tipo, per l'appunto, "fisiologico" e non patologico.

Il contratto asimmetrico si colloca ideologicamente agli antipodi del contratto disciplinato dal codice civile, per definizione simmetrico (c.d. primo contratto). Nell'ambito della categoria del contratto asimmetrico, il contratto tra professionista e consumatore può essere idealmente designato con la formula "secondo contratto", caratterizzato da asimmetrica informativa, mentre il contratto tra professionisti o tra imprese può essere designato con la formula "terzo contratto"[1], caratterizzato da asimmetria economica.

I tratti caratteristici del contratto asimmetrico (che si approfondiranno nei successivi paragrafi) possono essere identificati e sintetizzati nei seguenti termini. Si tratta di un contratto:

a) la cui "forza di legge" risulta notevolmente attenuata rispetto al "primo contratto", per l'ampio potere di recesso attribuito al contraente debole e per il dilagare delle invalidità discendenti dal moltiplicarsi dei vincoli legali di forma, di contenuto, di trasparenza e di informativa;

b) in cui l'attenuata forza di legge è controbilanciata da un contenimento forzoso delle conseguenze distruttive dell'impugnazione (nullità solo parziali e nullità relative);

c) assoggettato a controlli sull'equilibrio dello scambio, in senso non solo normativo, ma anche economico, ben al di là dei casi limitati in cui la tradizione di diritto comune lo ammetteva;

d) il cui regime subisce la crescente commistione tra regole tradizionalmente separate, quali quelle di validità e quelle di comportamento[2].

[1] A fondamento di tale categoria contrattuale possono essere posti: l'art. 9, l. 18 giugno 1998, n. 192, sulla subfornitura, che disciplina, com'è noto, l'abuso di dipendenza economica; l'art. 7 d. lgs. 9 ottobre 2002, n. 231, sui ritardi di pagamento; la disciplina portata dalla l. 6 maggio 2004, n. 129, sull'affiliazione commerciale, ed in particolare l'art. 3.

[2] V. ROPPO, *Il contratto del duemila,* IV ed., Torino, 2020, specialmente p. 69 e ss.

1.1. La diversa asimmetria nei contratti del consumatore e nei contratti dell'imprenditore.

Sia i contratti del consumatore, sia quelli dell'imprenditore possono essere caratterizzati da asimmetria: essa, tuttavia, si atteggia in maniera differente nell'un caso e nell'altro.

L'asimmetria del consumatore, infatti, è di tipo informativo, mentre quella dell'imprenditore debole è di tipo economico, e cioè va riferita alla posizione dell'imprenditore sul mercato e ai suoi concreti rapporti con il *partner* contrattuale.

Il consumatore soffre di un'asimmetria informativa che limita il suo potere di negoziazione e lo rende *price conscious but terms inconscious*; l'imprenditore è debole non perché non sia informato o non sia capace di negoziare, ma per mancanza di alternative sul mercato.

Ancora, la debolezza dell'imprenditore, a differenza di quella del consumatore, caratterizza non soltanto il momento genetico, ma anche e soprattutto lo svolgimento del rapporto: del resto, i contratti del consumatore sono generalmente contratti istantanei (di scambio), quelli dell'imprenditore debole contratti di durata (e di gestione). Ed è proprio la fase successiva alla conclusione del contratto, e cioè la fase esecutiva, il luogo normale in cui si palesa l'abuso.

Insomma, quella del contratto asimmetrico tra imprenditori è disciplina del rapporto, più che dell'atto, a differenza di quella del contratto del consumatore. Del resto, consumatore e professionista sono parti geneticamente diseguali; imprenditore forte e imprenditore debole sono geneticamente eguali, ma possono trovarsi congiunturalmente in condizioni di diseguaglianza.

In altre parole, i contratti del consumatore muovono dalla qualificazione formale delle parti, e cioè dalla debolezza strutturale e presunta del consumatore; diversamente è a dirsi per i contratti asimmetrici tra imprenditori. Pertanto, alla logica imperniata sull'asimmetria presunta del consumatore si sostituiscono nei contratti asimmetrici tra imprenditori criteri e modalità di controllo della asimmetria in concreto[3].

2. Il sindacato del giudice sull'asimmetria del contratto.

L'asimmetria sussistente tra le parti può giustificare l'intervento del giudice nell'equilibrio normativo ed economico del contratto: è, dunque, la disparità di forza contrattuale l'antecedente che autorizza il giudice a riformulare un programma contrattuale pur espressamente voluto e negoziato dai privati.

La questione della sindacabilità giurisdizionale del contratto asimmetrico ha subito una profonda evoluzione nel corso degli anni, caratterizzata da tre diverse fasi storiche.

Sotto il vigore del codice civile del 1865, il principio (di matrice liberale) della signoria della volontà impediva di riconoscere al giudice un potere di controllo sull'equilibrio dello scambio, essendo ogni determinazione sulla congruità dello stesso rimessa all'autonomia dei contraenti.

Il sindacato sull'equilibrio contrattuale inizia a trovare ingresso con il codice civile del 1942, ma solo in alcuni casi tassativamente previsti, tra cui la rescissione per

[3] E. MINERVINI, *Il terzo contratto,* in *Contratti,* 2009, 5, 493.

lesione *ultra dimidium* del contratto concluso con approfittamento dell'altrui stato di bisogno (art. 1448 c.c.) o di pericolo (art. 1447 c.c.) e la risoluzione del contratto per eccessiva onerosità sopravvenuta (art. 1467 c.c.).
Laddove ricorrano i presupposti per l'operatività delle succitate norme, al giudice è consentito di sindacare la congruità dello scambio contrattuale ed, eventualmente, di evitare la rescissione o la risoluzione del contratto attraverso la riconduzione ad equità del medesimo; a ben vedere, però, l'intervento del giudice è subordinato all'iniziativa processuale della parte interessata alla conservazione del contratto e, secondo l'orientamento prevalente, è solo diretto a valutare l'adeguatezza dell'offerta di modificazione formulata.
Solo recentemente, sotto l'influsso del diritto di matrice sovranazionale, si è riconosciuto al giudice un potere d'intervento *lato sensu* correttivo in presenza di anomalie nella fase di formazione del contratto connesse alla posizione di debolezza di una delle parti[4].
Un tale potere è attribuito al giudice dalla disciplina a tutela del consumatore e dell'imprenditore debole (nei rapporti di subfornitura, su cui v. *amplius infra*) ed è riconosciuto anche dai principi di diritto uniforme.

Ai sensi dell'art. 3.10 dei «*Principi Unidroit*», una parte ha diritto di "*annullare il contratto o una sua singola clausola se, al momento della sua conclusione, il contratto o la clausola attribuivano ingiustificatamente all'altra parte un vantaggio eccessivo*".
Dalla lettura dei Principi emerge che al fine di valutare l'eccessività o meno del vantaggio occorre verificare se quest'ultimo sia stato tratto approfittando di una situazione di altrui debolezza economica oppure dell'altrui imperizia, ignoranza, inesperienza o mancanza di abilità a trattare.
È evidente, dunque, che il rimedio prefigurato, pur avendo una latitudine notevole, è comunque condizionato alla sussistenza di una disparità di forze tra le parti.
Del pari, l'art. 4.109 dei «*Principles of European Contract Law*», elaborati a cura della "Commissione Lando", attribuisce il potere di "*annullare il contratto*" alla parte che "*fosse in situazione di dipendenza o avesse una relazione di fiducia con l'altra parte, si trovasse in situazione di bisogno economico o avesse necessità urgenti, fosse affetto da prodigalità, ignorante, privo di esperienza o dell'accortezza necessaria a contrattare*", laddove l'altra parte "*era o avrebbe dovuto essere a conoscenza di ciò, e date le circostanze e lo scopo del contratto, ha tratto dalla situazione della prima un vantaggio iniquo o un ingiusto profitto*".
Anche i "Principi Lando", dunque, ammettono il sindacato giudiziale sullo squilibrio tra le prestazioni solo in quanto frutto di alterazioni del procedimento di formazione del contratto, tali da turbare le valutazioni di convenienza della parte che versi in condizione di inferiorità[5].

Deve precisarsi che il sindacato del giudice sull'equilibrio dello scambio è caratterizzato dalla stretta tipicità e, pertanto, è ammesso nei soli casi espressamente previsti dalla legge.

Occorre dar conto, tuttavia, di una tendenza dottrinale in atto volta ad ampliare l'ambito del sindacato del giudice sull'autonomia privata: alla luce del diritto vivente, laddove il procedimento di formazione del contratto sia inficiato da anomalie connesse alla posizione di debolezza di una delle parti, il sindacato giudiziale sarebbe ammesso in via generalizzata e, dunque, anche al di fuori dei rapporti tra professionisti e consumatori o tra imprese nell'ipotesi della subfornitura.
Secondo tale orientamento, l'art. 41 Cost. e il principio di solidarietà sociale (art. 2 Cost.) imporrebbero di considerare l'autonomia privata non più come un valore in sé, ma come uno

[4] SACCO-DE NOVA, *Il contratto,* Torino, 2016.
[5] SACCO-DE NOVA, *Il contratto*, Torino, 2016.

strumento per il perseguimento di interessi (se non socialmente utili) quanto meno conformi ai valori di fondo ai quali l'ordinamento si ispira. In virtù di tali precetti costituzionali, letti in correlazione con il principio generale di buona fede, si giunge a riconoscere all'autorità giudiziaria il potere di sindacare l'assetto di interessi definito dai contraenti, all'esito di una contrattazione inficiata dall'approfittamento da parte di uno di essi dell'altrui condizione di debolezza.
L'impostazione "estremistica" ora riportata è temperata dalla dottrina che adombra una tendenza espansiva del sindacato giudiziale sull'equilibrio normativo del contratto e che cerca di debordare al di fuori delle aree nelle quali tale sindacato è stato espressamente e positivamente previsto.
Tale tendenza è resa manifesta da quell'orientamento secondo cui il contratto iniquo, per effetto di una condotta di approfittamento dell'altrui debolezza, posta in essere da una delle parti in fase formativa, sarebbe nullo per violazione di norme imperative *ex* art. 1418, co. 1, c.c. In particolare, si afferma che dal principio costituzionale di solidarietà sociale e dal canone codicistico di buona fede sarebbe ricavabile una norma imperativa di carattere generale che vieterebbe ai contraenti di approfittare della condizione di vulnerabilità in cui versi la controparte, imponendo assetti economici e/o normativi squilibrati.
Alcune pronunce di merito hanno, poi, dichiarato la nullità del contratto, per violazione di specifici obblighi comportamentali (es. di natura informativa) al cui rispetto il contraente forte è tenuto in virtù di un'esplicita norma di settore.
Tali pronunce, tuttavia, non sono condivisibili, e non sono state condivise dalla corte di legittimità, secondo cui il rimedio esperibile dalla parte lesa, a fronte di un contratto "proceduralmente" iniquo, deve essere coerente con la natura comportamentale della norma violata in fase di formazione del contratto.
Sebbene, infatti, l'obbligo di comportarsi con correttezza e buona fede abbia indiscutibilmente carattere imperativo, esso è, comunque, ontologicamente diverso dalle norme imperative la cui violazione determina senz'altro nullità virtuale. L'art. 1418, comma 1, c.c., laddove sancisce la nullità del contratto contrario a norme imperative fa riferimento esclusivamente alle disposizioni inerenti la struttura o il contenuto della fattispecie negoziale, oltre ai precetti che, in assoluto oppure in presenza o in difetto di determinate condizioni, vietano la stipulazione stessa del contratto. La distinzione tra norme comportamentali e norme di validità, d'altronde, è fortemente radicata nel nostro ordinamento giuridico. Il codice civile non contiene, invero, alcuna norma che sancisca la nullità del contratto come conseguenza della violazione delle regole di correttezza. A bene vedere, in alcuni casi e a determinate condizioni, una condotta abusiva tenuta nel corso delle trattative può implicare la caducazione del contratto, ma la patologia che viene in rilievo è l'annullabilità o la rescindibilità, giammai la nullità radicale.
Di conseguenza, ferma restando la validità del contratto squilibrato, l'unica forma di tutela invocabile è la responsabilità precontrattuale ai sensi dell'art. 1337 c.c.

3. I contratti asimmetrici del consumatore: nozione e fondamento normativo.

La disciplina dei contratti del consumatore affonda le sue radici nell'esigenza, avvertita dal legislatore comunitario sin dagli anni '70, di tutelare gli interessi del consumatore regolamentando l'attività contrattuale che lo vedeva come protagonista di fronte ad un soggetto professionale in grado di dettare unilateralmente le condizioni contrattuali. Ciò, sia al fine di ripristinare delle regole concorrenziali corrette all'interno del mercato unico, sia al fine di tutelare un soggetto considerato "debole", in quanto impossibilitato ad influire sul contenuto contrattuale e vittima di un'evidente asimmetria informativa.
Dal 1975 si sono succedute una serie di iniziative programmatiche in materia di tutela del consumatore, sfociate in tre risoluzioni del Consiglio (la prima del 14 aprile 1975, che ha individuato i cinque diritti fondamentali dei consumatori: salute e sicurezza, protezione degli interessi economici, risarcimento del danno, educazione e informazione, rappresentanza; la seconda del 19 maggio 1981 e la terza del 23 giugno 1986) alle quali è poi seguita, con la modifica apportata dall'art.

129A del Trattato di Amsterdam all'art. 153 del Trattato CE, l'investitura ufficiale delle istituzioni comunitarie per il perseguimento di una politica di tutela del consumatore, poi suggellata dall'incorporazione della protezione della salute, della sicurezza e degli interessi dei consumatori nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea del 7-9 dicembre 2000 (Carta di Nizza, art. 38).
A partire dagli anni '80 si è così venuta stratificando una legislazione contrattuale speciale di fonte comunitaria che, in alcuni casi, si è estrinsecata in una normazione di tipo verticale, ossia per tipologia negoziale (così per i contratti di vendita fuori dai locali commerciali, di credito al consumo, di viaggi "tutto compreso", di multiproprietà, di vendita a distanza etc.), in altri casi in una disciplina di tipo trasversale (così per le clausole abusive, per le vendite di beni mobili e per la tutela degli interessi collettivi), dando luogo ad una serie di interventi normativi, ora in gran parte confluiti nel d. lgs. 6 settembre 2005, n. 206 (c.d. "codice del consumo").

Il codice del consumo[6] rappresenta il tentativo di ricostruzione unitaria di un nuovo modello contrattuale, nell'ottica di riconoscere e garantire una lista di diritti fondamentali dei consumatori (contenuta nell'art. 2 del codice) afferenti: i) la tutela della salute; ii) la sicurezza e la qualità dei prodotti e dei servizi; iii) l'adeguata informazione e la corretta pubblicità; iv) l'esercizio delle pratiche commerciali secondo principi di buona fede, correttezza e lealtà; v) l'educazione al consumo; vi) la correttezza, la trasparenza e l'equità nei rapporti contrattuali; vii) la promozione e lo sviluppo dell'associazionismo libero, volontario e democratico tra i consumatori e gli utenti; viii) l'erogazione di servizi pubblici secondo standard di qualità e di efficienza.
L'opera di razionalizzazione del quadro normativo nazionale in tema di tutela consumeristica, al fine di adeguarlo alle disposizioni comunitarie ed agli accordi internazionali, è avvenuta ispirandosi ai seguenti criteri direttivi:
- implementare gli obblighi informativi in favore del consumatore (tra l'altro, omogeneizzando le procedure relative al diritto di recesso nelle diverse tipologie di contratto);
- implementare le forme di composizione extragiudiziaria delle controversie;
- rafforzare la tutela del consumatore - utente.

4. La nozione di consumatore e di professionista nella giurisprudenza.

Art. 3, comma 1 Codice del Consumo

Il Codice del consumo, all'art. 3, comma 1, fornisce una definizione unitaria di consumatore ed utente come: "*la persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale eventualmente svolta*", in

[6] ALPA*, Il codice del consumo,* in *Contratti,* 2005, 1017; ALPA-ROSSI CARLEO *(a cura di), Codice del consumo, Commentario,* Napoli, 2005; DONA*, Il codice del consumo. Regole e significati,* Torino, 2005; ID.*, Il codice del consumo,* Torino, 2005; GABRIELLI-MINERVINI *(a cura di), I contratti dei consumatori,* Torino, 2005; IURILLI*, Manuale di diritto dei consumatori,* Torino, 2005; ALPA, *Diritto dei consumatori*, Roma-Bari, 2006, 3; ID., *I diritti dei consumatori e il "Codice del consumo" nell'esperienza italiana*, in *Contr. impr. Europa*, 1, 2006, 2; *CUFFARO (a cura di), Codice del consumo,* Milano, 2006; ROSSI CARLEO, *Il codice del consumo: prime riflessioni fra critiche e consensi*, in *Contr. impr Europa*, 1, 2006, 34; STANZIONE – SCIANCALEPORE*, Commentario al codice del consumo,* Milano, 2006; CESARO*, I contratti del consumatore. Commentario al codice del consumo,* Padova, 2007; VETTORI*, Codice del consumo,* Padova, 2007; ALPA *(a cura di), I contratti del consumatore,* Milano, 2014; BACHELET – D'ADDA, *Lineamenti di diritto europeo dei contratti. Contratti asimmetrici del consumatore e d'impresa*, Torino, 2020.

contrapposizione al professionista, definito come "*la persona fisica o giuridica che agisce nell'esercizio della propria attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale*".
Rientrano in tale definizione sia l'imprenditore (individuale e collettivo), "*ovvero un suo intermediario*", sia le società di capitali e gli altri enti con o senza personalità giuridica, gli enti *non profit*, nei limiti dell'attività imprenditoriale strumentale eventualmente svolta ed anche gli enti pubblici svolgenti attività di impresa, esclusa l'attività meramente strumentale[7].
L'espressione "intermediario" va intesa in senso ampio, come comprensiva, oltre che del rappresentante e del mandatario, anche di qualunque altro soggetto che si inserisca professionalmente nella catena produttiva-distributiva (quale ad esempio, l'agente, il mediatore, il vettore, lo spedizioniere, etc.).
Nel rispetto delle indicazioni provenienti dalle fonti comunitarie e nazionali, la definizione generale contenuta nell'art. 3, comma 1, lett. a), del codice del consumo ribadisce che consumatore o utente può essere esclusivamente una persona fisica, così come più volte ribadito sia dalla Corte di Giustizia[8], sia dalla giurisprudenza nazionale[9].
Né valgono a scalfire tale principio le definizioni più ampie di consumatore fornite, rispettivamente, dall'art. 5, comma 1, e dall'art. 18, comma 2, del suddetto d. lgs. n. 206/2005, trattandosi di norme che fanno salva la definizione del citato art. 3, comma 1, lett. a), e che hanno come ambito applicativo solo le discipline rispettivamente contenute nel Titolo II, relativo alle "Informazioni ai consumatori", e nel Titolo III, concernente la pubblicità e le altre comunicazioni commerciali ingannevoli.
Tale soluzione risponde al convincimento che l'ente (personificato o non) non possa agire per scopi estranei all'attività professionale svolta, poiché la sua attività è vincolata agli scopi indicati nell'atto costitutivo e nello statuto[10]. Né rileva in alcun modo, al fine di estendere la tutela destinata ai consumatori, la natura lucrativa o *non profit* dell'attività svolta dall'ente, poiché dirimente ai fini della definizione di "consumatore" non è lo scopo ultimo dell'attività prestata, bensì il

---

[7] Cfr. TROIANO, *Gli enti pubblici come "professionisti" e come "consumatori"*, in BIANCA-BUSNELLI (a cura di), *Commentario al Capo XIV-bis del codice civile: dei contratti del consumatore*, in *Le nuove leggi civ. comm.*, Padova, 1999, 186.

[8] Cfr. Corte giust. com. eu. 22 novembre 2001, cause riunite C-541/99, in *Resp. civ. prev.*, 2002, I, 54, con nota di SANNA e in *Corr. Giur.*, 2002, 445, con nota di CONTI, secondo cui ai sensi dell'art. 2 lett. b) della direttiva del Consiglio 5 aprile 1993 n. 93/13/CEE (concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori), la nozione di "consumatore" include unicamente le persone fisiche; pertanto, non rientra in tale nozione l'impresa che stipula un contratto con un'altra impresa per l'acquisto di beni o servizi a beneficio esclusivo dei propri dipendenti.

[9] Cfr. Cass., Sez. II, 25 settembre 2018, n. 22728: "*la giurisprudenza di questa Suprema Corte ha spiegato che la qualifica di "consumatore" di cui all'art. 3 del d. lgs. 6 settembre 2005, n. 206 - rilevante ai fini della identificazione del soggetto legittimato ad avvalersi della tutela di cui all'art. 33 del citato d. lgs. - spetta alle sole persone fisiche allorché concludano un contratto per la soddisfazione di esigenze della vita quotidiana estranee all'attività imprenditoriale o professionale eventualmente esercitata, dovendosi invece considerare professionista il soggetto che stipuli il contratto nell'esercizio di una siffatta attività o per uno scopo a questa connesso*".

[10] Cfr. ALPA-CHINÈ, *voce Consumatore (protezione del) nel diritto civile*, in *Dig. Civ.*, XV, Appendice, Torino, 1997, 547; CHINÈ, *Il consumatore*, in LIPARI (a cura di), *Diritto privato europeo*, I, Padova, 1997, 164; ID., *Consumatore (contratti del)*, in Enc. dir., Aggiornamento, IV, 2000, 404; ID., *Il consumatore*, in LIPARI (a cura di), *Trattato di diritto privato europeo*, Tomo I, Padova, 2003, 443; ID., *Commento agli artt. 1-3*, in CUFFARO (a cura di), *Codice del consumo*, Milano, 2006, 3; ID., *La nozione di consumatore nel diritto vivente*, in AAVV., *Lezioni di diritto privato europeo*, Padova, 2007, 895.

carattere necessariamente professionale di tale attività, in quanto organizzata e non occasionale.
La Corte Costituzionale ha avuto modo di acclarare, a più riprese[11], la legittimità costituzionale di tale assetto normativo.
La soluzione scelta dal legislatore non ha, comunque, impedito di riconoscere la qualifica di consumatore in un'ipotesi in cui l'operazione economica, formalmente riferita ad un ente, era in realtà riconducibile ad una pluralità di persone fisiche, come nell'ipotesi di contratti stipulati dall'amministratore di condominio, in qualità di mandatario con rappresentanza dei singoli condomini[12].

In particolare, la Suprema Corte[13] ha osservato che al contratto concluso con il professionista dall'amministratore di condominio, ente di gestione sfornito di personalità giuridica distinta da quella dei suoi partecipanti, si applica, in presenza degli altri elementi previsti dalla legge, la disciplina consumeristica, atteso che l'amministratore agisce quale mandatario con rappresentanza dei vari condomini, i quali devono essere considerati consumatori, in quanto persone fisiche operanti per scopi estranei ad attività imprenditoriale o professionale.

4.1. Lo scopo extraprofessionale.

Ulteriore requisito necessario affinché si possa rientrare nella qualifica di consumatore è che la persona fisica abbia agito per uno scopo estraneo all'eventuale attività imprenditoriale o professionale da lui svolta ed afferente, viceversa, al soddisfacimento di un bisogno della sua sfera privata, personale o familiare.
Secondo la dottrina maggioritaria e la giurisprudenza di legittimità, l'accertamento della natura dello scopo per il quale il soggetto ha agito deve avvenire in virtù di un criterio oggettivo[14], essendo irrilevante qualsiasi intenzione soggettiva del contraente, alla luce del principio generale di irrilevanza dei motivi in ambito contrattuale.

Spetta, pertanto, al giudice valutare le modalità dell'atto, le forme utilizzate, le circostanze di tempo e di luogo, le condizioni di pagamento al fine di verificare che l'atto sia stato compiuto per soddisfare bisogni personali o familiari[15].
Al fine di ritenere il contratto rientrante nell'attività imprenditoriale o professionale non è necessario che sia stipulato dal professionista nell'esercizio dell'attività propria dell'impresa o della professione da lui svolta, essendo sufficiente che venga posto in essere per uno scopo connesso all'esercizio di tale attività[16].

---

[11] Cfr. Corte Cost., 30 giugno 1999, n. 282, in *Foro it.*, 1999, I, 3118, con nota di PALMIERI; Corte Cost., 22 novembre 2002, n. 469, in *Foro it.*, 2003, I, 332, con note di PALMIERI e PLAIA; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2003, I, 174, con nota di BONFIGLIO; in *Danno e resp.*, 2003, 701, con nota di PERFUMI.
[12] Cass., Sez. VI, 22 maggio 2015, n. 10679.
[13] Cfr. Cass., 24 luglio 2001, n. 10086, cit
[14] Cfr. ALPA, *Il diritto dei consumatori*, Bari, 1995, 119; PRINCIGALLI, *Il consumatore e l'operatore commerciale*, in JANNARELLI (a cura di), *Le vendite aggressive*, Napoli, 1995, 55; ALPA-CHINÈ, *voce Consumatore (protezione del) nel diritto civile*, cit., 545; ASTONE, *Art. 1469-bis, 2° comma,* in ALPA-PATTI, *Le clausole vessatorie nei contratti con i consumatori,* Tomo I, Milano, 1997, 118; CHINÈ, *Il consumatore,* in LIPARI (a cura di), *Trattato di diritto privato europeo,* cit., 447.
[15] CHINÈ, *Commento agli artt. 1-3*, in CUFFARO (a cura di), *Codice del consumo*, cit., 18.
[16] Cfr. Cass., ord. 12 marzo 2014, n. 5705; Cass., 25 luglio 2001 n. 10127.

In tal senso si è espressa la Corte di legittimità con riferimento, in un caso[17], alla conclusione di un contratto di *leasing* e, in un altro[18], alla stipulazione di una fideiussione prestata per un debito principale al quale si collegava l'attività di impresa svolta dal soggetto agente. Occorre tuttavia dar atto del superamento della cosiddetta teoria del "professionista di riflesso" (o "di rimbalzo) secondo cui, ai fini della qualificazione soggettiva del garante (quale consumatore o professionista) occorresse avere riguardo alla posizione del debitore principale (risultando perciò il garante assorbito dalla qualifica attribuita al debitore principale). In particolare, laddove una persona fisica si impegni a garantire, ad esempio, le obbligazioni contratte da una società commerciale nei confronti di un istituto bancario. ai fini dell'applicabilità o meno della disciplina consumeristica si dovrà valutare se il contratto di garanzia, sebbene in relazione al suo oggetto accessorio rispetto al contratto principale da cui deriva il debito che esso garantisce, si presenti, dal punto di vista dei contraenti come un contratto distinto. In questo senso, la valutazione sulla qualifica o meno di consumatore del garante deve essere condotta assumendo quale unico parametro la qualità con cui le parti del contratto di garanzia hanno agito[19].

I contratti in vista della professione

Tale soluzione può essere estesa anche al caso in cui la persona fisica, pur agendo al di fuori della sua specifica attività professionale, acquisti beni o servizi strumentali o comunque inerenti all'esercizio della professione.

Nello stesso modo si è esclusa l'applicabilità dello *status* di consumatore per la persona fisica che acquisti beni in vista del futuro esercizio di un'attività professionale[20], o per il venditore che stipuli con una banca un contratto volto a regolare la concessione di finanziamenti ai propri futuri acquirenti[21].

Maggiori perplessità ha invece destato l'atto compiuto per finalità promiscue[22].

L'orientamento prevalente, fautore della teoria dello scopo obiettivo dell'atto, ha radicalmente escluso la possibilità di ravvisare l'applicabilità dello statuto del consumatore alla persona fisica che ha compiuto l'atto di consumo finalisticamente orientato a soddisfare anche esigenze professionali[23]. Ciò poiché se una persona fisica agisce non solo per finalità personali o familiari, ma anche per finalità correlate all'esercizio di un'attività professionale è in radice esclusa la ricorrenza di un atto compiuto "*per scopi estranei all'attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale eventualmente svolta*" di cui all'art. 3, comma 1, lett. a) del codice del consumo, di cui *supra*.

I contratti misti per finalità private e professionali

Si riscontra, tuttavia, un diverso approccio ermeneutico[24], che sostiene l'opportunità di una nozione più ampia di consumatore. A tal fine, si propone la distinzione tra: i) atti della professione, esclusi dall'ambito protettivo della disciplina in esame in quanto compiuti nell'esercizio della specifica attività

[17] Cass., 8 giugno 2007, n. 13377, in *Contratti,* 2007, 10, 898.

[18] Cass., 13 giugno 2006, n. 13643, in *Contratti*, 2007, 225, con nota di GUERINONI.

[19] C.G.U.E., 14 settembre 2016, C-534/2015; Cass., 13 dicembre 2018, n. 32225.

[20] Cfr. Cass., 14 aprile 2000, n. 4843, in *Corr. Giur.*, 2001, 524 e Cass., 10 agosto 2004, n. 15475, in *Nuovo dir.*, 2005, 392.

[21] Cfr. Cass., 25 luglio 2001, n. 10127.

[22] Su cui cfr. FAZIO, *La tutela consumeristica e l'acquisto per fini promiscui*, in *Europa dir. priv.*, 2007, 153.

[23] Va tuttavia segnalata la diversa posizione di MINERVINI, *Tutela del consumatore e clausole vessatorie*, Napoli, 1999, 42, che preferisce una soluzione in termini di uso prevalente.

[24] Cfr. GABRIELLI, *op. cit.*, 20 ss.

professionale dell'individuo e ii) atti relativi alla professione, che invece vi sarebbero inclusi, in quanto solo strumentali o connessi all'esercizio dell'attività professionale.

In tale ottica si giunge a qualificare consumatore l'avvocato che acquisti un computer per il suo studio legale o il concessionario di automobili che stipuli un contratto di trasporto di alcuni veicoli per partecipare ad una fiera, così come la persona fisica che acquisti beni strumentali alla propria futura attività imprenditoriale[25].

Tale soluzione interpretativa si fonda sulla considerazione che la *ratio* principale della protezione offerta al consumatore coincida con l'obiettivo di eliminare, o almeno ridurre drasticamente, le asimmetrie informative presenti nei contratti di consumo conclusi sia da privati, sia da professionisti che operano al di fuori dello specifico ambito della loro attività professionale[26].
Di contrario avviso l'orientamento prevalente[27], che contesta l'equivalenza tra consumatore e contraente debole e disinformato e rileva che estendere l'applicabilità della qualifica di consumatore anche al professionista che compia un atto connesso alla sua professione può comportare il rischio di accordare protezione anche a soggetti che non subiscono alcuna asimmetria informativa con la loro controparte. Né tale effetto distorsivo potrebbe essere eliminato in virtù del correttivo, proposto da alcuni sostenitori della tesi estensiva, di escludere l'applicazione del contratto di consumo agli atti che si pongano in un rapporto di strumentalità non occasionale con la professione svolta[28], poiché rimetterebbe ai singoli giudici l'accertamento, sulla base di un criterio necessariamente casistico, della sussistenza di un rapporto di strumentalità occasionale tra l'atto posto in essere e la professione svolta dal contraente.
Allo stesso modo va contestata la tesi della dottrina[29] basata sul criterio della "competenza", sovente recepito dalla giurisprudenza francese[30], al fine di far rientrare nella nozione di consumatori anche imprenditori e professionisti operanti nell'ambito della propria attività, ma al di fuori dello specifico settore di competenza. Infatti, la definizione di consumatore recepita nel codice del consumo non attribuisce alcun rilievo alla "competenza" della persona fisica che agisce per scopi estranei alla sua attività professionale; da tale approccio discenderebbero, tra l'altro, notevoli difficoltà processuali, visto che l'onere della prova spetta alla persona fisica che intenda dimostrare la sua qualità di

[25] Cfr. FICI, *"Consumatore", "professionista" e criteri di vessatorietà nei contratti del consumatore,* in *Corr. Giur.*, 2002, 1627.
[26] Cfr. GABRIELLI, *op. cit.*, 24.
[27] Cfr. CHINÈ, *Il consumatore*, in LIPARI (a cura di), *Trattato di diritto privato europeo, cit.*, 446-7; DI MARZIO, *Ancora sulla nozione di «consumatore» nei contratti*, in *Giust. civ.*, 2002, I, 694; CASERTA, nota a Cass., 25 luglio 2001, n. 10127, in *Contratti*, 2002, 347; GROPPI, *La figura giuridica di consumatore nei contratti di cui al Capo XIV-bis titolo II del libro IV del codice civile*, in *Giust. civ.*, 1998, II, 223; STELLA RICHTER, *Il tramonto di un mito: la legge uguale per tutti (dal diritto comune dei contratti al contratto dei consumatori), ivi*, 1997, II, 202. In giurisprudenza vedasi: Cass., 25 luglio 2001, n. 10127, e Cass., 24 luglio 2001, n. 10086.
[28] Cfr. FICI, *op. loc. cit.*
[29] Cfr. BARENGHI, *Art. 1469 bis c.c.,* in BARENGHI (a cura di), *La nuova disciplina delle clausole vessatorie nel codice civile*, cit., 32.
[30] Va precisato tuttavia che l'ordinamento francese non conosce una definizione legislativa di consumatore e, pertanto, è lasciato ampio spazio di manovra all'elaborazione delle corti. Sul punto cfr. ASTONE, *op. cit.*, 139 ss.

consumatore.
Escludendo, pertanto, le suddette proposte di estensione della qualifica di consumatore anche al professionista che operi fuori dall'ambito specifico di sua competenza o che compia un atto relativo alla professione, il problema degli atti compiuti per finalità promiscue può essere risolto solo alla luce di due possibili chiavi di lettura. L'una, più aderente al dato letterale fornito dalla definizione legislativa di consumatore, tendente a negare l'applicabilità dello statuto del consumatore agli atti compiuti per scopi anche solo parzialmente professionali[31]; l'altra, basata su di un criterio prevalentemente quantitativo, che individua il confine tra l'atto di consumo e l'atto professionale nella prevalenza dello scopo, che spetta al giudice verificare nel caso concreto[32].
Sul punto si è espressa la Corte di giustizia dell'U.E.[33], chiamata a pronunciarsi in via pregiudiziale sulla corretta interpretazione dell'art. 13, comma 1, della Convenzione di Bruxelles del 27 settembre 1968, concernente la competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, che ha condiviso la prima delle suddette opzioni interpretative.

In particolare la Corte di Giustizia ha affermato che un soggetto che ha stipulato un contratto relativo ad un bene destinato ad un uso in parte professionale ed in parte estraneo alla sua attività professionale non ha il diritto di avvalersi del beneficio delle regole di competenza specifiche previste dagli artt. 13-15, a meno che l'uso professionale sia talmente marginale da avere un ruolo trascurabile nel contesto globale dell'operazione di cui trattasi, essendo irrilevante a tale riguardo il fatto che predomini l'aspetto extraprofessionale. Spetta al giudice adito decidere se il contratto in questione sia stato concluso per soddisfare, in misura non trascurabile, esigenze attinenti all'attività professionale del soggetto ovvero se, al contrario, l'uso professionale rivestisse solo un ruolo insignificante.

La soluzione proposta dalla Corte trova il suo fondamento nei seguenti argomenti: i) la definizione normativa di consumatore fa riferimento all' "uso estraneo all'attività professionale", da cui discende l'esclusione degli atti compiuti per fini professionali; ii) tale interpretazione restrittiva è conforme alla natura derogatoria della regola del foro del consumatore e risulta in linea con i principi di certezza del diritto e di prevedibilità del giudice competente che ispirano la convenzione di Bruxelles; iii) gli obiettivi di tutela del consumatore quale parte debole cui si ispirano gli artt. 13-15 della Convenzione sarebbero frustrati da un'interpretazione estensiva della nozione di consumatore tale da comprendere anche gli atti compiuti per finalità promiscue.
Tale soluzione non è contraddetta dalla conclusione della Corte, secondo cui l'atto di consumo rientrerebbe nell'ambito applicativo della normativa di protezione nell'ipotesi di nesso tra il contratto stipulato e l'attività professionale "*talmente modesto da divenire marginale*", avendo un ruolo trascurabile nel contesto dell'operazione per cui il contratto è stato concluso; valutazione che spetterà al giudice nazionale, il quale "*dovrà prendere in considerazione non solo il contenuto, la natura e la finalità del contratto, bensì anche le circostanze oggettive che hanno accompagnato la sua*

[31] Cfr. ALPA-CHINÈ, *voce Consumatore (protezione del) nel diritto civile*, cit., 545.
[32] MINERVINI, *op. cit.*, 42.
[33] Cfr. C.G.U.E., 20 gennaio 2005, causa C-464/01, in *Corr. Giur.*, 2005, 1381, con nota di CONTI.

conclusione".

All'orientamento della Corte di Giustizia si è allineata la giurisprudenza di legittimità[34], che ha confermato doversi considerare "consumatore" «*la persona fisica che (...) conclude un qualche contratto per la soddisfazione di esigenze della vita quotidiana*».

Allo stesso modo, alla persona fisica o giuridica che utilizzasse il contratto nell'ambito della sua attività imprenditoriale o professionale deve attribuirsi la qualificazione di professionista, per la quale è necessario che il contratto sia posto in essere nell'esercizio dell'attività propria dell'impresa o della professione, essendo sufficiente che venga posto in essere per uno scopo connesso all'esercizio dell'attività professionale o imprenditoriale.

Concorda circa l'irrilevanza della distinzione tra atti della professione e atti relativi alla professione anche parte della dottrina[35].

D'altronde – si afferma - un ampliamento dell'ambito soggettivo di applicazione della normativa delle clausole vessatorie tale da comprendere il contraente che dovesse stipulare in veste professionale contratti estranei all'attività professionale o imprenditoriale svolta sarebbe «*incompatibile col chiaro dettato della norma*» (cfr. art. 3 del codice del consumo)[36]. Infatti, pur potendosi manifestare «*analoghe esigenze di protezione di una parte "debole"*» anche tra professionisti, la limitazione dell'ambito di applicazione della normativa delle clausole vessatorie risponderebbe ad «*una scelta politica del legislatore (a partire da quello europeo), che l'interprete può criticare ma non forzare*»[37].

5. La nozione di bene a seguito della riforma del 2021.

Commentato [BF1]: N aggiornare nell'intero file

Ai sensi dell'art. 129 del Codice del Consumo, come modificato dal D.lgs. n. 170/2021 in attuazione di una Direttiva europea (n. 2019/771)[38], i beni oggetto di compravendita a cui è applicabile la disciplina consumieristica devono possedere i seguenti requisiti soggettivi:

1. la corrispondenza alla descrizione, al tipo, alla quantità e alla qualità contrattuali, la funzionalità, la compatibilità, l'interoperabilità e le altre caratteristiche previste dal contratto di vendita;
2. l'idoneità ad ogni utilizzo particolare voluto dal consumatore, che sia stato da questi portato a conoscenza del venditore al più tardi al momento della conclusione del contratto di vendita e che il venditore abbia accettato;

---

[34] Cfr. Cass., 25 luglio 2001, n. 10127, e Cass., 24 luglio 2001, n. 10086.

[35] Cfr. DI MARZIO, *Ancora sulla nozione di «consumatore» nei contratti*, in *Giust. civ.*, 2002, I, 694; CASERTA, nota a Cass., 25 luglio 2001, n. 10127, in *Contratti*, 2002, 347; SCARSO, *Unternehmer als Vertragsparteien - Die Anwendbarkeit des Gesetzes über missbräuchliche Klauseln*, in *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 2001, 387; CHINÈ, *Il consumatore*, in LIPARI (*a cura di*), *Trattato di diritto privato europeo*, cit., 446-447; GROPPI, *La figura giuridica di consumatore nei contratti di cui al Capo XIV-bis titolo II del libro IV del codice civile*, in *Giust. civ.*, 1998, II, 223; STELLA RICHTER, *Il tramonto di un mito: la legge uguale per tutti (dal diritto comune dei contratti al contratto dei consumatori*), ivi, 1997, II, 202.

[36] Cfr. ROPPO, *Il contratto*, in *Tratt. Iudica e Zatti*, Milano, 2001, 912; ROSSI, *Il concetto di consumatore e l'ambito soggettivo di tutela della disciplina dei contratti del consumatore*, in *Rass. giur. Enel*, 1988, 457; D'AMICO, *«Regole di validità» e principio di correttezza nella formazione del contratto*, Napoli, 1996, 349.

[37] Cfr. ROPPO, *op. loc. ult. cit.*

[38] Tali modifiche sono entrate in vigore il 1° gennaio 2022 e sono applicabili ai contratti conclusi successivamente a tale data

3. la completezza, ossia deve essere fornito assieme a tutti gli accessori, alle istruzioni, anche inerenti all'installazione, previsti dal contratto di vendita;
4. l'aggiornamento come previsto dal contratto di vendita.

Tali beni devono, inoltre, possedere i seguenti requisiti oggettivi:

1. l'idoneità agli scopi per i quali si usano beni di quel tipo, tenendo conto di quanto disposto dalla normativa nazionale ed europea, delle norme tecniche o, in difetto, dei codici di condotta dell'industria applicabili allo specifico settore;
2. la qualità e la corrispondenza alla descrizione del campione o modello che il venditore ha messo a disposizione del consumatore prima della conclusione del contratto;
3. la completezza, ossia deve essere consegnato assieme agli accessori, compresi imballaggio, istruzioni per l'installazione o altre istruzioni;
4. essere della quantità e possedere le qualità e altre caratteristiche, anche in termini di durabilità, funzionalità, compatibilità e sicurezza, ordinariamente presenti in un bene del medesimo tipo e che il consumatore può ragionevolmente aspettarsi, in base alle dichiarazioni pubbliche rese dal venditore, o da altri, compreso il produttore, in particolare nella pubblicità o nell'etichetta.

Ai sensi della nuova versione dell'articolo la parola "bene" ricomprende, pertanto, qualsiasi bene mobile materiale ed anche i beni con elementi digitali e gli animali vivi.

5. I caratteri dei contratti del consumatore.

Classificazione soggettiva dei contratti

I contratti del consumatore, attualmente disciplinati negli artt. 33-38 del codice del consumo, si caratterizzano per i seguenti aspetti:
- classificazione soggettiva dei contratti;
- neoformalismo negoziale;
- controllo giudiziale della vessatorietà delle clausole;
- nullità relativa come conseguenza dell'ingiustizia contrattuale;
- foro esclusivo.

Neoformalismo negoziale

Come già illustrato nei paragrafi precedenti, la prima caratteristica dei contratti del consumatore è che sono considerati tali solo i contratti conclusi tra un consumatore, inteso come "*la persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale eventualmente svolta*", ed un professionista, definito come "*la persona fisica o giuridica che agisce nell'esercizio della propria attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale, ovvero un suo intermediario*".

Un secondo aspetto caratterizzante della disciplina dei contratti del consumatore è dato dal rilievo che assume il c.d. "neoformalismo negoziale", espressione coniata per indicare la rinnovata tendenza del legislatore ad attribuire rilevanza giuridica a certi atti solo quando realizzati nelle forme previste dalla legge.

Numerose sono le prescrizioni di forma scritta a pena di nullità del contratto introdotte di recente nel nostro ordinamento giuridico da leggi speciali, sovente

emanate in attuazione di direttive comunitarie, tra cui: le disposizioni che impongono la forma scritta nei contratti bancari (art. 117 del d. lgs. n. 385 del 1993) e nei contratti del mercato finanziario (artt. 23 e 24 del d. lgs. n. 58 del 1998), nei contratti di vendita di pacchetti turistici (art. 35, d. lgs. n. 79 del 2011), nel contratto di subfornitura (art. 2, l. n. 192 del 1998), nel contratto di locazione di immobili ad uso abitativo (art. 1, l. n. 431 del 1998) e in quello di multiproprietà (art. 72, d. lgs. n. 206 del 2005) e nel contratto di *franchising* (art. 3, l. n. 129 del 2004).

Ciò, in deroga al principio di libertà delle forme, ispirato alle esigenze di celerità dei traffici e di circolazione della ricchezza, che la dottrina tradizionale[39] ha desunto dalle disposizioni codicistiche di cui agli artt. 1325, n. 4 e 1350 c.c.

La finalità di tali nuove prescrizioni di forma risiede non solo nella funzione di certezza del contenuto contrattuale, ma anche di trasparenza e più in generale di tutela della formazione del consenso del contraente che si trova in una posizione di debolezza contrattuale (acuita dall'asimmetria informativa) e che ha potuto solo aderire al contratto, senza poter influire sul suo contenuto. In particolare, le prescrizioni formali contenute nell'art. 1341, comma 2, c.c. e nella disciplina dei contratti con il consumatore integrano delle "forme di protezione", volte a garantire la trasparenza contrattuale ed a garantire la conoscenza del contenuto del contratto a vantaggio del contraente che non ha partecipato alla sua predisposizione.

Il neoformalismo si sostanzia sovente non solo nella prescrizione della forma scritta del contratto, ma anche nell'imposizione di un contenuto obbligatorio di informazioni da fornire al contraente aderente prima della conclusione del contratto o all'interno del contratto (come, ad esempio, il diritto di recesso), oltreché nell'obbligo di formulare le clausole del contratto in modo chiaro e comprensibile. Tali prescrizioni sono state ora contenute nel codice del consumo. In particolare, l'art. 35 del codice del consumo ha recepito la regola di trasparenza che impone il requisito di chiarezza e comprensibilità delle clausole proposte al consumatore per iscritto, che è stata applicata dalla recente giurisprudenza in modo molto incisivo, associando direttamente il difetto di trasparenza al profilo della vessatorietà.

Controllo giudiziale della vessatorietà delle clausole

Il dubbio sulla consequenzialità diretta tra difetto di trasparenza e vessatorietà nasce dall'apparente incongruenza dell'art. 35 del codice del consumo, che, dopo aver disposto al comma 1 l'obbligo di redigere le clausole in modo chiaro e comprensibile, ha stabilito al comma 2 che, in caso di dubbio, tali clausole vanno interpretate in senso più favorevole al consumatore (c.d. *interpretatio contra proferentem,* già dettata nell'art. 1370 c.c., applicabile però solo ai contratti conclusi mediante condizioni generali di contratto), salvo che – come precisato al comma 3 - si agisca con l'inibitoria prevista dal successivo art. 37 del medesimo codice del consumo. Da tale disposizione sembrerebbe discendere che al difetto di

[39] Cfr. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico,* Torino, 1960, 284; SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, 1969, Napoli, 116; GIORGIANNI, *Forma degli atti (dir. priv.),* in *Enc Dir.,* 1968, 1003; SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1971, 136. V. anche la trattazione del Cap. II, Sez. IV di questa Parte.

trasparenza non possano conseguire rimedi diversi dalla cosiddetta "interpretazione adeguatrice", soluzione che sembrerebbe confermata dal mancato richiamo nell'art. 35 del codice del consumo all'articolo che lo precede. Tuttavia, è unanimemente riconosciuto che il difetto di trasparenza è sicuramente un indice di vessatorietà.

Ulteriore peculiarità della disciplina dei contratti del consumatore è data dal controllo giudiziale della vessatorietà delle clausole, che si esplica attraverso una valutazione del "significativo squilibrio" e della contrarietà alla buona fede, che deve tener conto della natura del bene o servizio oggetto del contratto e delle circostanze esistenti al momento della conclusione del contratto, oltre al contenuto delle altre clausole presenti nel contratto o in altri contratti ad esso collegati.

La valutazione del carattere abusivo della clausola non può, invece, riguardare la determinazione dell'oggetto del contratto, né l'adeguatezza del corrispettivo previsto per i beni o servizi, se individuati in modo chiaro e comprensibile (art. 34, comma 2, codice del consumo). Sul punto, si rinvia al paragrafo successivo.

Con una innovazione da tempo auspicata dalla dottrina maggioritaria il legislatore ha sancito, all'art. 36 del codice del consumo, la nullità, e non più l'inefficacia, delle clausole vessatorie.

Trattasi di nullità parziale (per la cui trattazione in termini generali si rinvia al Cap. III, Sez. III di questa Parte) poiché, ove il giudice accerti la presenza di una clausola vessatoria, la dichiara nulla espungendola dal testo contrattuale, mentre per il resto rimane valido ed efficace l'assetto di interessi divisato dai contraenti (non si applica, quindi, l'art. 1419, comma 1, c.c.).

È inoltre una nullità di protezione, in quanto opera solo a vantaggio del consumatore (nullità relativa), ma può essere rilevata d'ufficio dal giudice.

Questi caratteri accomunano la disciplina in esame alle c.d. nullità speciali[40], previste a tutela della parte debole del contratto in diverse discipline di settore, tra cui: gli artt. 117 e 124 T.U. bancario, l'art. 23 T.U. intermediazione finanziaria, l'art. 78 codice del consumo sulla multiproprietà etc.

Foro esclusivo

L'art. 33, comma 2, lett. u), del Codice del Consumo, stabilisce che si presumono vessatorie fino a prova contraria le clausole che hanno per oggetto, o per effetto, di *"stabilire come sede del foro competente sulle controversie località diversa da quella di residenza o domicilio elettivo del consumatore*".

Cass., Sez. un., n. 14669/03

L'interpretazione di tale disposizione ha creato non pochi dubbi in dottrina e numerosi contrasti nella giurisprudenza, risolti con l'intervento delle Sezioni Unite[41]

Secondo la giurisprudenza di legittimità, in particolare, la citata disposizione (art. 33, comma 2, lett. u), del codice del consumo) si deve interpretare nel senso che il legislatore, nelle controversie tra consumatore e professionista, ha stabilito un foro esclusivo del consumatore (quello del luogo dove ha la residenza o il domicilio effettivo), anche se derogabile a seguito di trattativa individuale, escludendo l'operatività dei fori previsti dagli artt. 18, 19 e 20 c.p.c. Tale foro speciale - che opera a prescindere dalla posizione processuale assunta dal consumatore - prevede la competenza territoriale esclusiva del giudice del luogo dove il consumatore ha la residenza o il domicilio elettivo, prevedendo la presunzione di vessatorietà di una clausola che preveda un diverso foro competente.

---

[40] Cfr. PASSAGNOLI, *Nullità speciali*, Milano, 1995.

[41] Cass., Sez. un., 1° ottobre 2003, n. 14669, con nota di CONTI, in *Corr. giur.*, 2003, 1427.

Una questione dibattuta è stata quella della estensibilità del foro esclusivo del consumatore anche ai contratti accessori a quello principale concluso dal consumatore.

6. La buona fede nella disciplina consumeristica.

L'art. 33 codice del consumo prevede 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*".

Buona fede in senso soggettivo (minoritaria)

Nonostante il suggerimento del Consiglio di Stato[42] di sostituire l'espressione "*malgrado la buona fede*" con quella "*in contrasto con la buona fede*", il legislatore ha preferito mantenere inalterato il testo dell'abrogato art. 1469 *bis*, comma 1, c.c., al fine di garantire un maggiore livello di tutela al consumatore, permettendo di qualificare come abusive le clausole contrattuali che determinano un significativo squilibrio tra le prestazioni, in danno del consumatore, nonostante la buona fede soggettiva dell'altro contraente, senza richiedere l'accertamento ulteriore della violazione delle regole della buone fede.

Come noto, già sotto la vigenza dell'art. 1469 *bis* c.c. l'espressione "*malgrado la buona fede*" era stata criticata per la sua ambiguità e interpretata in vario modo dalla dottrina e dalla giurisprudenza che si erano pronunciate in materia.

La locuzione "malgrado la buona fede"

L'espressione "*malgrado la buona fede*" è stata interpretata da un orientamento minoritario[43], seguito da qualche corte di merito, come buona fede soggettiva del professionista, nel senso che la declaratoria di abusività può essere effettuata anche in presenza di buona fede soggettiva del professionista.

Tale orientamento si basa sul dato letterale della direttiva comunitaria, che contiene l'espressione "*en dépit de l'exigence de bonne foi*", traducibile con "malgrado la buona fede", oltreché sulla *ratio* di tutela del consumatore nella convinzione che l'inopponibilità al consumatore della buona fede soggettiva del professionista ed al contempo l'esonero dalla prova della contrarietà a buona fede della clausola, costituisca una tutela più forte.

Buona fede in senso oggettivo (prevalente)

L'orientamento maggioritario[44] propende, tuttavia, per una lettura della buona fede in senso oggettivo, ossia come obbligo solidaristico accessorio di tenere quei comportamenti che, a prescindere da specifici obblighi contrattuali e dal dovere del *neminem laedere*, senza rappresentare un apprezzabile sacrificio a suo carico, siano idonei a preservare gli interessi dell'altra parte.

A tal fine si sostiene che la traduzione migliore dell'espressione "*en dépit de l'exigence de bonne foi*", contenuta nella direttiva sia: "in dispetto" o "contro" la buona fede (intesa in senso oggettivo), così come d'altronde tradotta nelle versioni tedesca e

---

[42] Cons. St., Ad. Gen. Sez. Cons., 20 dicembre 2004, n. 11602.

[43] Cfr. RIZZO, *Commento all'art. 1469 bis, comma 1*, in CESARO, *Clausole vessatorie e contratto del consumatore*, Padova, 2001, 35, che però individua nel criterio del significativo squilibrio un'applicazione della buona fede oggettiva.

[44] Cfr. PARDOLESI, *Clausole abusive (nei contratti dei consumatori): una direttiva abusata?*, in *Foro it.,* 1994, V, 137; PATTI, *Die Umsetzung der EGRichtlinie uber missbrauchiche klauseln in Verbrauchervertragen in Deutschland und in Italien*, in *Jahrbuch fur das italienische Recht*, 2005, 3; ALPA, *Uno sguardo alla disciplina delle clausole vessatorie in Italia e nel Regno Unito*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2004, 5, 8; DE NOVA, *Le clausole vessatorie. Art. 25, l. 6 febbraio 1996, n. 52*, Milano, 1996, 16; CIAN, *Il nuovo Capo XIV bis (Titolo II, Libro IV) del codice civile sulla disciplina dei contratti con i consumatori*, in *Studium iuris*, 1996, 415.

inglese della direttiva (che contengono rispettivamente le espressioni: "*entgegen den Gebot von Treu und Glauben*" e "*contrary to the requirement of good faith*"). Dal punto di vista sostanziale, si rileva inoltre che l'interpretazione nel senso della buona fede oggettiva non comporta alcuna attenuazione della tutela del consumatore, non imponendogli alcun onere probatorio.

Come precisato, infatti, anche dal Consiglio di Stato[45], il duplice riferimento alla buona fede ed al significativo squilibrio va inteso come un'"endiadi rafforzativa", poiché il significativo squilibrio non è altro che una figura sintomatica della contrarietà al principio della buona fede.

Tale seconda soluzione esegetica si ritiene preferibile.

Residui dubbi interpretativi

Tuttavia, anche tale interpretazione non consente di dissipare tutti i dubbi interpretativi. In particolare, ci si è interrogati sul significato da attribuire al controllo di vessatorietà basato sia sul richiamo al principio di buona fede che sul significativo squilibrio.

In merito al criterio del significativo squilibrio, un orientamento suggerisce una valutazione incentrata sull'assetto di interessi come divisato nella disciplina dispositiva derogata dalla clausola vessatoria[46], mentre altro indirizzo sembra adottare un giudizio di significativo squilibrio in relazione al ruolo svolto dalle parti contrattuali nel corso del rapporto ed alla possibilità concreta di gestire il rischio nell'ambito della propria sfera organizzativa.

Un ulteriore dubbio interpretativo è legato al rapporto tra significativo squilibrio e clausola generale di buona fede.

Secondo parte della dottrina, la buona fede nell'ambito delle clausole vessatorie va intesa come assenza di significativo squilibrio[47]. Tale interpretazione, che implica una sostanziale coincidenza tra buona fede e significativo squilibrio, è stata però criticata da altra parte della dottrina che – in considerazione del fatto che sono due requisiti cumulativi - ha evidenziato come il controllo di vessatorietà debba comprendere non solo l'accertamento della presenza di un significativo squilibrio ma anche la verifica se il significativo squilibrio sia contrario a buona fede[48].

Ma, in tal caso si pone l'ulteriore quesito su cosa debba intendersi per contrarietà a buona fede, una volta espunto il significativo squilibrio. La giurisprudenza, comunque, sembra focalizzare la sua attenzione solo sul significativo squilibrio[49].

7. La vessatorietà delle clausole.

Nozione

Secondo l'art. 33 del codice del consumo si considerano vessatorie le clausole contenute in un contratto concluso tra un consumatore ed un professionista che, seppur non contrarie a buona fede, poiché motivate da apprezzabili interessi del professionista, determinano, in capo al consumatore, un significativo squilibrio dei

---

[45] Cons. St., Ad. Gen. Sez. Cons., 20 dicembre 2004, n. 11602.

[46] Cfr. ROPPO, *La definizione di clausola "vessatoria" nei contratti dei consumatori*, in *Contratti*, 2000, 84. In giurisprudenza, nello stesso senso: Trib. Milano-Legnano 29 marzo 2002, in *Foro it.*, 2002, I, 2826.

[47] Cfr. PATTI, *op. cit.*, 13; LENER, *La nuova disciplina delle clausole vessatorie nei contratti dei consumatori*, in *Foro it.*, 1996, V, 145-160; PARDOLESI, *op. cit.,* 137.

[48] Cfr. ROPPO, *op. cit.,* 85; DE NOVA, *Criteri generali di determinazione dell'abusività di clausole ed elenco di clausole abusive*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1994, 693.

[49] Cfr. TROIANO, *Buona fede e contratti standard: riflessioni sull'impiego della clausola generale nel diritto privato comunitario*, in *Contratti*, 2006, 191.

diritti e degli obblighi derivanti dal contratto.
Ai sensi dell'art. 34, la valutazione circa la sussistenza di tale squilibrio, che deve avere natura "giuridica", in quanto deve riguardare diritti ed obblighi delle parti, e non invece economica, va effettuata tenendo conto della natura del bene o del servizio, delle circostanze esistenti al momento della conclusione e delle altre clausole contenute nel contratto o in altro contratto con esso collegato. Ciò, al fine di proteggere il consumatore da eventuali approfittamenti del professionista, anche a prescindere dall'eventuale sussistenza dell'abuso di dipendenza economica, che invece rileva nell'ambito della concorrenza sleale tra imprese.
La vessatorietà, comunque, non attiene alla determinazione dell'oggetto del contratto, né all'adeguatezza del corrispettivo, purché tali elementi siano individuati in modo chiaro e comprensibile.
In particolare, nell'ambito del controllo di vessatorietà, il giudice deve valutare se la clausola in contestazione arreca un significativo svantaggio al consumatore, non controbilanciato da analogo svantaggio a carico del professionista, né da altra clausola prevista invece a suo vantaggio, in una visione complessiva del contratto.
È inoltre espressamente previsto che non sono da considerarsi vessatorie le clausole che riproducono disposizioni di legge o convenzioni internazionali ratificate dall'Unione Europea o dai suoi Stati membri, o che sono state oggetto di specifica trattativa individuale o di trattativa specifica nell'ipotesi di utilizzo di moduli o formulari (con onere della prova a carico del professionista).

La c.d. lista grigia

L'art. 33, comma 2, del Codice del consumo contiene un elenco di venti clausole che si presumono vessatorie, salvo prova contraria (consistente nella dimostrazione dell'assenza del significativo squilibrio) e fatte salve talune specifiche deroghe dettate con riferimento ai servizi finanziari e specificate nei successivi commi 3-6.
La presenza di tale lista agevola il compito del giudice che, ove accerti che la clausola contestata è riconducibile ad una tipologia presente nella suddetta lista, ne dichiara direttamente la nullità, senza soffermarsi né sul significativo squilibrio, né sulla contrarietà alla buona fede. Ciò, salvo che il predisponente non adduca la prova contraria alla presunzione di vessatorietà delle suddette clausole, per la quale la giurisprudenza applica un principio di ragionevolezza, in relazione alla natura del singolo contratto.
Viceversa, in caso di clausole non riconducibili al suddetto elenco, spetta al consumatore l'onere di provare che la clausola contestata determina un significativo squilibrio, poiché in tal caso non si applica l'inversione dell'onere probatorio.

Contratti aventi ad oggetto la prestazione di servizi finanziari a tempo indeterminato

Il comma 3 dell'art. 33 prevede una disciplina specifica per i contratti aventi ad oggetto la prestazione di servizi finanziari a tempo indeterminato, poiché in tali casi il professionista può, in deroga alle lettere h) e m) del comma 2:
a) recedere, qualora vi sia un giustificato motivo, senza preavviso, dandone immediata comunicazione al consumatore;
b) modificare, qualora sussista un giustificato motivo, le condizioni del contratto, preavvisando entro un congruo termine il consumatore, che ha diritto di recedere dal contratto.
Il comma 4 prevede, inoltre, che in tali contratti il professionista può modificare, senza preavviso, sempre che vi sia un giustificato motivo in deroga alle lettere n) e o) del comma 2, il tasso di interesse o l'importo di qualunque altro onere relativo alla prestazione finanziaria originariamente convenuti, dandone immediata comunicazione al consumatore che ha diritto di recedere dal contratto.

Contratti aventi ad oggetto valori mobiliari, strumenti finanziari ed altri prodotti o servizi

Un'ulteriore disciplina specifica è quella prevista dal comma 5 per i contratti aventi ad oggetto valori mobiliari, strumenti finanziari ed altri prodotti o servizi il cui prezzo è collegato alle fluttuazioni di un corso e di un indice di borsa o di un tasso di mercato finanziario non controllato dal professionista, nonché la compravendita di valuta estera, di assegni di viaggio o di vaglia postali internazionali emessi in valuta estera, ai quali non si applicano le lettere h), m), n) e o) del comma 2.

Clausole di indicizzazione dei prezzi

Infine, il comma 6 prevede un'ultima deroga, che consiste nella non applicazione delle lettere n) e o) del comma 2 alle clausole di indicizzazione dei prezzi, ove consentite dalla legge, a condizione che le modalità di variazione siano espressamente descritte.

La c.d. lista nera

Il legislatore italiano, utilizzando la possibilità di introdurre una disciplina più rigida rispetto a quella della direttiva, ha previsto anche un secondo elenco di clausole da considerare "in ogni caso abusive", anche se oggetto di trattativa individuale.

Queste clausole, indicate nell'art. 36, comma 2, del Codice del consumo sono quelle che hanno per oggetto o per effetto di:
a) escludere o limitare la responsabilità del professionista in caso di morte o danno alla persona del consumatore, risultante da un fatto o da un'omissione del professionista;
b) escludere o limitare le azioni o i diritti del consumatore nei confronti del professionista o di un'altra parte in caso di inadempimento totale o parziale o di adempimento inesatto da parte del professionista;
c) prevedere l'estensione dell'adesione del consumatore a clausole che non ha avuto la possibilità di conoscere prima della conclusione del contratto.
Per tali clausole vige una presunzione assoluta di vessatorietà, che ne comporta la dichiarazione di nullità.

Il comma 5 commina, inoltre, la nullità della clausola contrattuale che, prevedendo l'applicabilità al contratto di una legislazione di un Paese extracomunitario, abbia l'effetto di privare il consumatore della protezione assicurata dal codice del consumo, laddove il contratto presenti un collegamento più stretto con il territorio di uno Stato membro dell'Unione Europea.

7.1. La nullità relativa.

Vessatorietà e sanzione

L'art. 36 del codice del consumo prevede quale sanzione per la vessatorietà delle clausole la nullità relativa[50], con conseguente venire meno delle clausole ritenute vessatorie, mentre il contratto rimane valido ed efficace per il resto (non si applica quindi l'art. 1419, comma 1, c.c.).
Tale nullità opera solo a favore del consumatore, ma è rilevabile d'ufficio dal giudice. Trattasi, quindi, di nullità di protezione[51] ispirata dall'esigenza di protezione speciale del consumatore, inteso quale "parte debole" del contratto sottoscritto con il professionista, rispetto al quale si trova in una posizione di asimmetria contrattuale. Di qui – evidenzia il Consiglio di Stato[52] – un approccio specifico, ignoto al codice civile del 1942 (fondato su un concetto formale di

[50] Per la nullità relativa in termini generali si veda il Cap. III, Sez. III, I, di questa Parte.
[51] Cfr. GIOIA, *Nullità di protezione: vecchi e nuovi problemi di tutela del contraente debole*, in *Corr. giur.*, 1999, 602; ID., *Nuove nullità relative a tutela del contraente debole*, in *Contr. impr.*, 1999, 1356; PUTTI, *La nullità parziale*, Napoli, 2002, 378; BONFIGLIO, *La rilevazione d'ufficio della nullità di protezione*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, 899; DI MARZIO, *Codice del consumo, nullità di protezione e contratti del consumatore*, in *Riv. dir. priv.*, 2005, 865.
[5252] Cons. St., Ad. Gen. Sez. Cons., 20 dicembre 2004, n. 11602.

eguaglianza), diretto a garantire una tutela sostanziale, attenta all'equilibrio effettivo – normativo ed economico – del contratto.
Ciò – aggiunge il Consiglio di Stato – trova conferma nella previsione di meccanismi di riequilibrio, basati su "nullità di protezione" rilevabili, anche d'ufficio, a vantaggio del solo contraente debole e nella necessità di affiancare alla tutela individuale strumenti di tutela processuale a carattere associativo, capaci di sopperire alla debolezza economica e professionale del consumatore *"uti singulus"*.
La sanzione della nullità per le clausole vessatorie, al posto del riferimento contenuto nell'art. 1469 *quinquies* c.c. all'inefficacia, costituisce una novità apportata dal legislatore del codice del consumo, in accoglimento delle indicazioni formulate dall'orientamento predominante della dottrina e dal Consiglio di Stato.
L'abbandono della categoria dell'inefficacia è stato necessario anche alla luce della giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'U.E.[53] che, con riferimento alla normativa sulle clausole abusive, aveva affermato la necessità che il giudice potesse procedere d'ufficio al controllo delle clausole negoziali, in ragione della natura inderogabile degli interessi che la normativa comunitaria intende tutelare.

Secondo la Corte di Giustizia U.E., il fondamento del potere/dovere del giudice di rilievo d'ufficio del carattere abusivo della clausola risiede nel fatto che solo l'intervento positivo di un soggetto estraneo al rapporto contrattuale è in grado di ristabilire l'eguaglianza fra le parti, nonché di superare lo schermo formale di equilibrio che cela l'inferiorità del consumatore[54]. Il giudice nazionale non deve rilevare l'abusività della clausola qualora il consumatore, avvisato dal giudice, abbia dichiarato che non intende invocare la detta abusività. Aggiunge, quindi, il giudice europeo che l'invito alla discussione circa la questione rilevabile d'ufficio, indirizzato alle parti nelle forme previste dalla legislazione nazionale, costituisce attuazione del principio del contraddittorio, sancito dall'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Il giudice nazionale ha così l'obbligo di tener conto della volontà espressa dal consumatore quando quest'ultimo, consapevole del carattere non vincolante di una clausola abusiva, afferma tuttavia di opporsi alla sua disapplicazione, dando quindi un consenso libero e informato alla clausola in questione. La Corte di Giustizia U.E., infine, afferma che il giudice nazionale, per valutare il carattere eventualmente abusivo della clausola contrattuale, deve tener conto di tutte le altre clausole contrattuali.

Il diritto di regresso del venditore

Il comma 4 dell'art. 36 prevede che "*il venditore ha diritto di regresso nei confronti del fornitore per i danni che ha subito in conseguenza della declaratoria di nullità delle clausole dichiarate abusive*": in base a tale norma, il venditore che sia stato obbligato dal suo fornitore ad utilizzare, nella contrattazione con i suoi clienti, alcune clausole che poi sono state dichiarate vessatorie, ha diritto di agire nei confronti del fornitore, per il risarcimento dei danni derivanti dalla declaratoria di inefficacia delle condizioni inique, in seguito all'azione intentata dai consumatori ai sensi dell'art. 2043 c.c. o dell'art. 1337 c.c., qualora si ritenga configurabile un'ipotesi di responsabilità precontrattuale derivante dalla condotta del terzo (il fornitore che ha imposto delle clausole al venditore, influendo sulla trattativa intercorsa tra costui ed i suoi clienti, determinando l'inefficacia assoluta di queste clausole ritenute vessatorie).

[53] Cfr. C.G.U.E., 27 giugno 2000, in C-240-241-242-243-244/98, in *Foro it.*, 2000, IV, 537 e C.G.U.E., 21 novembre 2002, in C-473/00, in *Corr. giur.*, 2003, 2, 254.
[54] C.G.U.E. 21 febbraio 2013, in C-472/11, *Banif Plus Bank Zrt* c. *Csaba Csipai.*

Tale disposizione si giustifica alla luce della posizione di debolezza che il venditore[55]-dettagliante ha nei confronti dell'impresa fornitrice che, spesso, gli consente di commercializzare i suoi prodotti solo a condizione di accettare una serie di condizioni contrattuali gravose che limitano la sua libertà d'azione e di iniziativa nei rapporti con i consumatori finali.
Trattasi di una norma inserita autonomamente dal nostro legislatore, poiché seppur presente nella proposta di direttiva del 1990[56] e del 1992[57], non era stata recepita in sede di stesura definitiva della direttiva 93/13/CE[58], che tuttavia ha concesso al legislatore la facoltà di dettare una disciplina volta a garantire un più elevato livello di tutela.
La norma utilizza il termine "regresso" che, secondo l'interpretazione prevalente[59], ha valenza esclusiva nell'ambito di un rapporto obbligatorio con una pluralità di interessati tra i quali vi è contitolarità di un obbligo; nel caso di specie, invece, non vi è un obbligo solidale che giustifichi il regresso. Quindi, il termine è utilizzato in modo atecnico[60], dovendosi considerare più propriamente una "rivalsa", che il venditore può far valere nei confronti del fornitore per il danno da lui subito per effetto della declaratoria di inefficacia.
I primi commentatori[61] hanno ritenuto configurabile, nel caso di specie, una responsabilità extracontrattuale del fornitore, da far valere ai sensi dell'art. 2043 c.c. Un diverso indirizzo interpretativo[62] ha fatto invece riferimento, oltre che alla responsabilità aquiliana, all'azione generale di arricchimento senza causa, di cui all'art. 2041 c.c. Un orientamento più recente[63] colloca invece l'ipotesi in esame nella zona di confine tra contratto e fatto illecito.

Secondo la Corte di Giustizia U.E., il diritto dell'Unione Europea osta ad una normativa di uno Stato membro che consente al giudice nazionale, qualora accerti la nullità di una clausola abusiva in un contratto stipulato tra un professionista ed un consumatore, di integrare detto contratto

[55] Nonostante la norma indichi solo il "venditore", sembra prevalere una interpretazione estensiva, volta ad estenderne l'applicabilità anche agli altri professionisti che subiscono l'imposizione di clausole da parte di loro controparti contrattuali, quali, l'intermediario, il subfornitore, il professionista debole. In tal senso: ROMAGNOLI, *Clausole vessatorie e contratti di impresa*, Padova, 1997, 156; DI MARZIO, *Clausole vessatorie nel contratto tra professionista e consumatore*, in *Giust. civ.*, 1996, II, 518; MINERVINI, *La tutela del contraente debole (art. 1469 quinquies, comma 4, c.c.)*, in *Resp. com. e impresa*, 1997, 334; PALAZZI, *Il contratto di franchising e la nuova disciplina delle clausole vessatorie*, in *Le nuove leggi civ. comm.*, 1997, 1088.
[56] Proposta di Direttiva del Consiglio concernente le clausole inique nei contratti stipulati con i consumatori, in G.U.C.E., L 243 del 28 settembre 1990, 2.
[57] Proposta modificata di Direttiva del Consiglio concernente le clausole inique nei contratti stipulati con i consumatori, in G.U.C.E., L 73 del 24 marzo 1992, 7.
[58] Direttiva CEE 93/13 del Consiglio della Comunità Europea del 5 aprile 1993, in G.U.C.E., L 95 del 21 aprile 1993, 29.
[59] Cfr. SICCHIERO, *Regresso*, in *Dig. Disc. Priv., Sez. civ.*, XVII, Torino, 1997, 549; CAMPOBASSO, *Regresso (azione di)*, in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, 1991, XXVI; ANDREANI, *Regresso (azione di)*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1988, IX, 704.
[60] Cfr. CASSANO, *Professionista debole e clausole vessatorie (a proposito dell'azione di regresso di cui all'art. 1469 quinquies, comma 4, c.c.)*, in *Danno e resp.*, 2000, 587.
[61] Cfr. LENER, *La nuova disciplina delle clausole vessatorie nei contratti con i consumatori*, in *Foro it.*, 1996, V, 158.
[62] Cfr. BIANCHINI, *Sub art. 1469-quinquies*, in BARENGHI, *La nuova disciplina delle clausole vessatorie nel codice civile*, Napoli, 1996, 218.
[63] Cfr. VETTORI, *Sub art. 1469-quinquies comma 4*, in BIANCA-BUSNELLI (a cura di), *Commentario al Capo XIV bis del codice civile: dei contratti del consumatore*, in *Le nuove leggi civ. comm.*, Padova, 1999, 911.

rivedendo il contenuto di tale clausola[64].

Date la natura e l'importanza dell'interesse pubblico sul quale si basa la tutela assicurata ai consumatori, che si trovano in una situazione d'inferiorità rispetto ai professionisti, la direttiva 93/13/CE impone agli Stati membri, come risulta dal suo articolo 7, paragrafo 1, letto in combinato disposto con il ventiquattresimo considerando della medesima, di fornire mezzi adeguati ed efficaci «per far cessare l'inserzione di clausole abusive nei contratti stipulati tra un professionista e dei consumatori».

Se il giudice nazionale potesse rivedere il contenuto delle clausole abusive inserite in simili contratti, tale facoltà contribuirebbe ad eliminare l'effetto dissuasivo esercitato sui professionisti dalla pura e semplice non applicazione nei confronti del consumatore di siffatte clausole abusive, dal momento che essi rimarrebbero tentati di utilizzare tali clausole, consapevoli che, quand'anche esse fossero invalidate, il contratto potrebbe nondimeno essere integrato, per quanto necessario, dal giudice nazionale, in modo tale, quindi, da garantire l'interesse di detti professionisti.

Il diritto dell'Unione Europea, però, non osta a che il giudice nazionale, in applicazione di principi del diritto dei contratti, rimuova la clausola abusiva sostituendole una disposizione di diritto nazionale di natura suppletiva: il fatto di sostituire ad una clausola abusiva una disposizione normativa nella quale, come risulta dal tredicesimo considerando della direttiva 93/13, si ritiene che non siano inserite clausole abusive, nel senso che sfocia in un risultato tale che il contratto può sussistere malgrado la rimozione della clausola e continua ad essere coercitivo per le parti, è pienamente giustificato data la finalità della direttiva 93/13[65].

8. L'azione inibitoria.

Il codice del consumo ha riconosciuto ai consumatori e agli utenti i diritti - definiti "fondamentali" - alla tutela della salute, alla sicurezza e qualità dei prodotti e dei servizi, ad un'adeguata informazione e ad una corretta pubblicità, all'educazione al consumo, alla correttezza, trasparenza ed equità nei rapporti contrattuali, alla promozione ed allo sviluppo dell'associazionismo ed all'erogazione di pubblici servizi secondo standard di qualità e di efficienza.

Lo stato dell'arte prima del Codice del Consumo

Al fine di realizzare una più adeguata tutela di tali diritti, il codice del consumo prevede la legittimazione attiva delle associazioni rappresentative dei consumatori e degli utenti a promuovere l'azione inibitoria.

Art. 137 del Codice del Consumo

L'art. 137 del codice del consumo, in particolare, dispone l'istituzione di un elenco delle associazioni dei consumatori e degli utenti rappresentative a livello nazionale presso il Ministero dello Sviluppo Economico, stabilendo al comma 2 i requisiti necessari per l'iscrizione.

L'art. 37, invece, si occupa della legittimazione attiva nell'ambito dell'azione inibitoria in materia di clausole abusive, prevedendo, al comma 1, che le associazioni rappresentative dei consumatori inserite nell'elenco di cui all'art. 137 e quelle dei professionisti, così come anche le Camere di Commercio, possono convenire in giudizio il professionista o l'associazione di professionisti che utilizzano o che raccomandano l'utilizzo di condizioni generali di contratto e richiedere al giudice competente che inibisca l'uso delle clausole di cui sia accertata l'abusività.

I successivi commi 2 e 3 disciplinano le azioni cautelari e gli oneri di pubblicazione della decisione favorevole all'associazione dei consumatori.

---

[64] C.G.U.E., 21 gennaio 2015, in cause riunite C-482/13, C-484/13, C-485/13 e C-487/13, nonché C.G.U.E., 30 aprile 2014, in C-26/13.

[65] C.G.U.E., 30 aprile 2014, in C-26/13.

In particolare, al comma 2, si precisa che l'inibitoria può essere concessa quando ricorrono "*giusti motivi di urgenza*" ai sensi degli artt. 669 *bis* e ss. c.p.c.
La giurisprudenza ha chiarito che l'utilizzo di clausole abusive può essere inibito anche se non ricorrono tutti gli indici di vessatorietà previsti dalla disciplina, stante la natura generale e preventiva del rimedio.

In merito alla valutazione circa la ricorrenza dell'urgenza, a fronte di un orientamento minoritario secondo il quale si deve far riferimento al pregiudizio irreparabile del singolo consumatore, valutabile ai sensi dell'art. 700 c.p.c., si pone l'orientamento prevalente, ai sensi del quale bisogna far riferimento all'idoneità della clausola vessatoria ad incidere su diritti fondamentali della persona (quale ad esempio il diritto alla salute, tutelato dall'art. 32 Cost., che può essere leso da una clausola vessatoria inserita in una polizza sanitaria) o su beni primari (quali l'acqua). Tale valutazione deve essere fatta in termini qualitativi, non quantitativi, parametrati sulla potenziale diffusione della clausola[66] o sul presumibile impiego per una serie indefinita di contratti, perché in tali ipotesi i giusti motivi di urgenza sarebbero *in re ipsa*.

Il comma 3 prevede che il giudice possa ordinare che il provvedimento sia pubblicato in uno o più giornali, di cui uno almeno a diffusione nazionale. Tale rimedio è finalizzato a consentire una più agevole e diffusa pubblicità del provvedimento inibitorio, al fine di far conoscere a tutti i consumatori potenziali la vessatorietà delle clausole contenute nel contratto oggetto di controversia.
Infine, il comma 4 consta di una norma di chiusura, prevedendo che, per quanto non disciplinato dai primi tre commi, alle azioni inibitorie esercitate dalle associazioni dei consumatori, si applicano le disposizioni dettate dall'art. 140 sull'inibitoria collettiva.

Azione inibitoria collettiva

Oltre all'inibitoria prevista dall'art. 37 in materia di condizioni generali di contratto, il codice del consumo prevedeva, agli artt. 139-140, un ulteriore strumento di tutela attivabile dalle associazioni dei consumatori e degli utenti inserite nell'elenco di cui all'art. 137.

In particolare, le suddette associazioni, ai sensi dell'art. 140, comma 1, potevano chiedere al tribunale di:
a) inibire gli atti e i comportamenti lesivi degli interessi dei consumatori e degli utenti;
b) adottare le misure idonee a correggere o eliminare gli effetti dannosi delle violazioni accertate;
c) ordinare la pubblicazione del provvedimento su uno o più quotidiani a diffusione nazionale o locale, nei casi in cui la pubblicità del provvedimento può contribuire a correggere o eliminare gli effetti delle violazioni accertate.

Lo strumento dell'azione inibitoria consumeristica è divenuto oggi istituto di applicazione generale, a seguito dell'introduzione nel codice di procedura civile degli artt. da 840 *bis* a 840 *sexiesdecies*, ad opera della legge 12 aprile 2019, n. 31.
In particolare, l'art. 7 della citata legge prevede che le disposizioni da ultimo introdotte "*entrano in vigore decorsi dodici mesi dalla pubblicazione [in] Gazzetta Ufficiale*"

[66] In tal senso, invece, DI MAJO, *Giusti motivi d'urgenza: atto secondo, il dolo del professionista*, in *Corr. Giur.*, 1998, 1103.

(avvenuta il 18 aprile 2019); le stesse disposizioni "*si applicano alle condotte illecite poste in essere successivamente alla data della sua entrata in vigore. Alle condotte illecite poste in essere precedentemente continuano ad applicarsi le disposizioni vigenti prima della medesima data di entrata in vigore*".

Il nuovo strumento è posto a presidio di "*Chiunque abbia interesse alla pronuncia di una inibitoria di atti e comportamenti, posti in essere in pregiudizio di una pluralità di individui o enti*"; in tal caso si "*può agire per ottenere l'ordine di cessazione o il divieto di reiterazione della condotta omissiva o commissiva*" (art. 840 *sexiesdecies* c.p.c.).

A partire dal 18 maggio 2021 dunque, la legge 12 aprile 2019, n. 31 ha abrogato gli articoli 138, 139, 140, 140-*bis* e 141 del codice del consumo. A norma dell'art. 840 *bis*, comma 1, c.p.c., venuto meno ogni riferimento a consumatori e utenti, il legislatore ha previsto un'azione di classe esperibile da tutti coloro che avanzino pretese risarcitorie, in relazione alla lesione di "*diritti individuali omogenei*".

L'azione consente di tutelare situazioni soggettive maturate a fronte di condotte lesive, per l'accertamento della responsabilità e la condanna al risarcimento del danno e alle restituzioni. Titolari dell'azione sono "*ciascun componente della classe*", nonché "*le organizzazioni o associazioni senza scopo di lucro iscritte in un apposito elenco istituito presso il Ministero della giustizia*".

Possibili soggetti passivi dell'azione di classe, invece, sono le "*imprese ovvero [gli] enti gestori di servizi pubblici o di pubblica utilità, relativamente ad atti e comportamenti posti in essere nello svolgimento delle loro rispettive attività. Sono fatte salve le disposizioni in materia di ricorso per l'efficienza delle amministrazioni e dei concessionari di servizi pubblici*".

La domanda si propone con ricorso ed è regolata dagli artt. 702 *bis* e ss. c.p.c. (art. 840 *ter* c.p.c.).

Il legislatore del 2019 ha confermato il ricorso al sistema c.d. *opt-in*, in base al quale sui soggetti potenzialmente interessati all'azione di classe grava un onere di adesione alla stessa (artt. 840 *quinquies*, comma 1, e 840 *septies* c.p.c.), contrariamente a quanto accade nell'ordinamento statunitense (sistema c.d. *opt-out*), in cui l'onere grava unicamente su chi intende dissociarsi dalla "classe".

L'eventuale sentenza di accoglimento, che ha natura di accertamento della responsabilità del resistente, introduce una fase successiva, denominata "*procedura di adesione*", e gestita da un "*giudice delegato*" nominato dal Tribunale, finalizzata alla liquidazione dei risarcimenti spettanti ai singoli aderenti all'azione.

L'art. 840 *quaterdecies* c.p.c., infine, disciplina il ricorso ad accordi transattivi, anche in corso di giudizio.

9. La risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori.

Con il decreto legislativo n. 130 del 6 agosto 2015 l'Italia ha recepito la direttiva 2013/11/UE del 21 maggio 2013 sulla risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori, che modifica il regolamento (CE) n. 2006/2004 e la direttiva 2009/22/CE (Direttiva sull'ADR per i consumatori). La nuova normativa comporta una modifica al codice del consumo con l'inserimento del titolo II *bis* della parte V, relativo alla risoluzione extragiudiziale delle controversie, che contiene anche chiarimenti in relazione all'operatività delle regole di prescrizione e decadenza. La direttiva 2013/11/UE nasce in considerazione del non sufficiente sviluppo della risoluzione alternativa delle controversie nell'intera U.E., con la

conseguenza che le disparità nella copertura, nella qualità e nella conoscenza dell'ADR[67] tra gli Stati membri rappresentano una barriera al mercato interno e sono da annoverare tra le ragioni per cui molti consumatori evitano di effettuare acquisti transfrontalieri, temendo che eventuali controversie con le imprese non possano essere risolte in modo facile, rapido ed economico. Affinché i consumatori possano avvalersi di tutte le potenzialità del mercato interno, l'ADR dovrebbe essere disponibile per tutti i tipi di controversie di consumo, a livello nazionale e transfrontaliero.
È previsto che il consumatore non possa essere privato in nessun caso del diritto di adire il giudice competente, qualunque sia l'esito della procedura di composizione extragiudiziale e la creazione di organismi permanenti che offrano la risoluzione di una controversia attraverso una procedura ADR, *Alternative Dispute Resolution*, ed è iscritto in un apposito elenco istituito presso ciascuna Autorità competente. Ogni Autorità definisce il procedimento per l'iscrizione e verifica il rispetto dei requisiti di stabilità, efficienza, imparzialità nonché il rispetto del principio di tendenziale non onerosità, per il consumatore, del servizio.
Infine, gli organismi ADR sono obbligati a mantenere un sito *web* quale strumento per fornire alle parti un accesso facile alle informazioni; al contempo, deve essere consentita al consumatore la possibilità di presentare reclamo anche con modalità diverse da quella telematica.

10. Ulteriori modifiche introdotte dal Decreto legislativo 4 novembre 202 n. 170 in vigore dal 1° gennaio 2022.

Commentato [BF2]: N aggiornare nell'intero file

Oltre alla modifica relativa alla definizione di bene oggetto del contratto (nella nuova versione più dettagliata rispetto al previgente testo dell'art. 129[68]), il Decreto legislativo 4 novembre 2021 n. 170, in vigore dal 1° gennaio 2022 ha introdotto ulteriori modifiche alla disciplina in commento. La prima rilevante modifica riguarda l'art. 128, che chiarisce l'ambito di applicazione del Codice del consumo e che comprende i contratti di vendita conclusi tra consumatore e venditore.
Con "consumatore" si deve intendere: la persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale eventualmente svolta, il termine "venditore" fa invece riferimento al fabbricante del bene o al fornitore del servizio, o a un suo intermediario, o all'importatore del bene. Inoltre, nel nuovo testo dell'art. 131 del Codice del consumo si specifica che anche l'errata installazione del bene può essere considerata difetto di conformità se l'installazione è prevista dal contratto di vendita ed è stata eseguita dal venditore o sotto la sua responsabilità e se l'installazione deve essere eseguita dal consumatore e l'errata installazione dipende da carenze nelle istruzioni di installazione fornite dal venditore.

[67] *Alternative Dispute Resolution.*
[68] La parola "bene" significa qualsiasi bene mobile materiale (anche da assemblare) e, grazie alla recentissima modifica, dal 1° gennaio 2022 la nozione di bene ricomprende anche i beni con elementi digitali e gli animali vivi.

Il nuovo art. 133 contiene invece le norme sulla responsabilità del venditore: il venditore è responsabile per qualsiasi vizio di conformità del bene (anche beni con elementi digitali) esistente al momento della consegna e che si manifesta entro due anni.
L'azione diretta a far valere i difetti si prescrive in 26 mesi dalla consegna (in caso di beni usati le parti possono convenire un termine prescrizionale non inferiore a 1 anno).
La riforma del 2021 ha eliminato l'obbligo del consumatore di denunciare i vizi entro due mesi dalla scoperta.
L'art. 135 si occupa dell'onere della prova e stabilisce che qualsiasi difetto di conformità si presume esistente già dal momento della consegna, se si manifesta entro un anno da quel momento (prima della modifica erano 6 mesi). In questi casi non è quindi necessario per il consumatore provare che il bene era difettoso già al momento della consegnata.
In caso di difetto di conformità del bene il consumatore ha diritto, in alternativa: al ripristino della conformità, alla riduzione del prezzo (riduzione che deve essere proporzionale alla diminuzione di valore del bene ricevuto dal consumatore rispetto al valore che avrebbe avuto se fosse stato conforme), alla risoluzione del contratto.
Per quanto riguarda il ripristino alla conformità del bene, il consumatore può scegliere tra riparazione e sostituzione, purché il rimedio prescelto non sia impossibile o non imponga al venditore costi sproporzionati. Il venditore può inoltre rifiutarsi di rendere conformi i beni se la riparazione e la sostituzione sono impossibili o se i costi sono sproporzionati.
Il consumatore ha diritto alla riduzione proporzionale del prezzo o alla risoluzione del contratto: se il venditore non ha provveduto alla riparazione o sostituzione del bene, se si manifesta un difetto di conformità nonostante il tentativo di ripristino del bene, se il difetto di conformità è così grave da giustificare la riduzione del prezzo o la risoluzione, se il venditore ha dichiarato o risulta dalle circostanze che non procederà al ripristino della conformità entro un termine ragionevole.
Il consumatore non ha il diritto di risolvere il contratto se il difetto di conformità è lieve, ma spetta al venditore dimostrarlo. Inoltre, il consumatore può rifiutarsi di eseguire il pagamento di qualsiasi parte di prezzo fino a quando il venditore non abbia adempiuto ai suoi obblighi.
La riparazione o sostituzione devono avvenire: senza spese, entro un congruo lasso di tempo, senza notevoli inconvenienti per il consumatore.

10. I contratti asimmetrici tra imprenditori: la subfornitura.

Il contratto di subfornitura, inizialmente diffusosi nella prassi negoziale, ha prima acquisito una tipicità sociale, per poi trovare una tipizzazione normativa con la legge 192/1998, uno dei cui obiettivi è rappresentato dalla tutela, in relazione a possibili abusi del committente, della posizione del subfornitore, considerato il contraente debole nella dinamica dei rapporti negoziali tipici della subfornitura.
Con il termine "subfornitura" si intende il rapporto contrattuale in base al quale un imprenditore (committente) conferisce ad un altro imprenditore (subfornitore) l'incarico di predisporre parti del prodotto finale o di svolgere talune fasi del

processo produttivo, se questo sia scomponibile.
Nella definizione di cui all'art. 1, comma 1, della legge 192/1998 si prevede che "*con il contratto di subfornitura un imprenditore si impegna a effettuare per conto di un'impresa committente lavorazioni su prodotti semilavorati o su materie prime forniti dalla committente medesima, o si impegna a fornire all'impresa prodotti o servizi destinati ad essere incorporati o comunque ad essere utilizzati nell'ambito dell'attività economica del committente o nella produzione di un bene complesso, in conformità a progetti esecutivi, conoscenze tecniche e tecnologiche, modelli o prototipi forniti dall'impresa committente*".
A differenza dell'appalto – che è caratterizzato dall'autonomia dell'appaltatore, in funzione della stessa obbligazione (di risultato) di quest'ultimo, e dal controllo e dalla sorveglianza esercitata dal committente al fine di assicurarsi che l'opera venga eseguita in conformità delle regole dell'arte - la subfornitura è caratterizzata dal controllo diretto ed integrale sull'esecuzione dei lavori da parte dell'impresa committente, che trasferisce al subfornitore il c.d. *know how*, inteso come patrimonio conoscitivo sul come produrre un determinato bene o servizio.
La dipendenza del subfornitore verso il committente risiede in tale trasferimento da parte del committente medesimo delle nozioni sul come fare un determinato bene o servizio, al punto che il subfornitore, a differenza dell'appaltatore, è privo di autonoma capacità valutativa in ordine alla congruità delle prescrizioni[69].

11. La forma.

Il contratto di subfornitura deve essere redatto per iscritto a pena di nullità. Tuttavia, nell'ottica della tutela del subfornitore-contraente debole, a quest'ultimo il primo comma dell'art. 2 della legge 192/1998, nel caso di nullità per difetto di forma, riconosce comunque il diritto "*al pagamento delle prestazioni già effettuate e al risarcimento delle spese sostenute in buona fede ai fini dell'esecuzione del contratto*[70]".

Nell'ottica di fornire protezione al subfornitore che abbia iniziato l'esecuzione del contratto non ancora sottoscritto, l'art. 2, comma 2, della legge 192/1998 introduce una deroga al principio della necessità di un contratto in forma scritta. Si prevede, infatti, che "*nel caso di proposta inviata dal committente secondo le modalità indicate nel comma 1, non seguita da accettazione scritta del subfornitore che tuttavia inizia le lavorazioni o le forniture, senza che abbia richiesto la modificazione di alcuno dei suoi elementi, il contratto si considera concluso per iscritto agli effetti della presente legge e ad esso si applicano le condizioni indicate nella proposta, ferma restando l'applicazione dell'articolo 1341 del codice civile*".
Ne discende che, in caso di trasmissione in forma scritta di un ordine da parte del committente, il contratto di subfornitura è validamente concluso (con applicazione della relativa disciplina), anche se il subfornitore non risponda per iscritto, ma si limiti a dare esecuzione a quell'ordine in modo conforme a quanto in esso previsto. In tale ipotesi il contratto è da ritenere concluso, in base a quanto previsto dall'art. 1327 c.c., nel tempo e nel luogo in cui ha avuto inizio l'esecuzione.
Viene comunque fatta salva l'applicazione dell'articolo 1341 c.c., per cui le clausole vessatorie sono efficaci solo se specificamente sottoscritte.

11.1. Il contenuto.

In relazione al contenuto negoziale, l'art. 2 della legge 192/1998 dispone che "*nel contratto di subfornitura devono essere specificati: a) i requisiti specifici del bene o del servizio*

[69] M. RUVOLO, *Questioni giurisprudenziali in tema di subfornitura industriale ed abuso di dipendenza economica*, in *Corr. giur.,* 2010, 5, 599.
[70] Cass. civ., Sez. II, Ordinanza, 06/10/2021, n. 27094.

richiesti dal committente, mediante precise indicazioni che consentano l'individuazione delle caratteristiche costruttive e funzionali, o anche attraverso il richiamo a norme tecniche che, quando non siano di uso comune per il subfornitore o non siano oggetto di norme di legge o regolamentari, debbono essere allegate in copia; b) il prezzo pattuito; c) i termini e le modalità di consegna, di collaudo e di pagamento".

Con particolare riferimento al prezzo, sempre l'art. 2 precisa che esso "*deve essere determinato o determinabile in modo chiaro e preciso, tale da non ingenerare incertezze nell'interpretazione dell'entità delle reciproche prestazioni e nell'esecuzione del contratto*". Sul prezzo viene poi aggiunto, all'art. 3, che nel caso in cui vengano apportate, nel corso dell'esecuzione del rapporto, su richiesta del committente, significative modifiche e varianti che comportino comunque incrementi dei costi, il subfornitore avrà diritto ad un adeguamento del prezzo anche se non esplicitamente previsto dal contratto.

Per quanto riguarda i pagamenti, va rilevato che il contratto deve fissare i termini di pagamento della subfornitura, decorrenti dal momento della consegna del bene o dal momento della comunicazione dell'avvenuta esecuzione della prestazione, e deve precisare, altresì, gli eventuali sconti in caso di pagamento anticipato rispetto alla consegna. Il prezzo pattuito deve essere corrisposto in un termine che non può eccedere i sessanta giorni dal momento della consegna del bene o della comunicazione dell'avvenuta esecuzione della prestazione.

L'art. 6 della legge 192/1998 contiene una serie di previsioni sulla nullità di clausole negoziali.

Si prevede che è nullo il patto tra subfornitore e committente che riservi ad uno di essi la facoltà di modificare unilateralmente una o più clausole del contratto di subfornitura. Sono validi, tuttavia, gli accordi contrattuali che consentano al committente di precisare, con preavviso ed entro termini e limiti contrattualmente prefissati, le quantità da produrre e i tempi di esecuzione della fornitura.

Con riferimento al diritto di recesso si prevede che è nullo il patto che attribuisca ad una delle parti di un contratto di subfornitura ad esecuzione continuata o periodica la facoltà di recesso senza congruo preavviso.

Infine, è nullo il patto con cui il subfornitore disponga, a favore del committente e senza congruo corrispettivo, di diritti di privativa industriale o intellettuale.

11.2. La responsabilità del subfornitore.

Il subfornitore è responsabile del funzionamento e della qualità della parte o dell'assemblaggio da lui prodotti o del servizio fornito (art. 5 della legge 192/1998). Tuttavia, tale responsabilità viene meno in relazione ai difetti nei materiali o attrezzi forniti dal committente per l'esecuzione della fornitura e tempestivamente segnalati dal subfornitore.

Il regime di responsabilità del subfornitore dettato dalla legge 192/1998 non esclude l'applicazione di altri regimi, come quello sulla responsabilità per danno da prodotto difettoso.

In merito a possibili erronee effettuazioni della fornitura, l'art. 5 prevede anche che "*eventuali contestazioni in merito all'esecuzione della subfornitura debbono essere sollevate dal committente entro i termini stabiliti nel contratto che non potranno tuttavia derogare ai più generali termini di legge*".

La necessità di tali termini è dovuta al fatto che il subfornitore non può rimanere esposto *sine die* alla possibilità di una contestazione da parte del committente. Non può, però, trattarsi di un termine eccessivamente breve, se si considera che l'art. 2965 c.c. stabilisce che "*è nullo il patto con cui si stabiliscono termini di decadenza che rendono eccessivamente difficile a una delle parti l'esercizio del diritto*".
Al termine di decadenza in questione è poi collegata la possibilità per le parti di esperire un tentativo di conciliazione.

11.3. L'abuso di dipendenza economica.

L'art. 9 della legge 192/1998 vieta l'abuso, da parte di un'impresa, dello stato di dipendenza economica nel quale si trova, nei suoi riguardi, un'impresa cliente o fornitrice. Ai sensi della predetta norma, infatti, "*è vietato l'abuso da parte di una o più imprese dello stato di dipendenza economica nel quale si trova, nei suoi o nei loro riguardi, una impresa cliente o fornitrice. Si considera dipendenza economica la situazione in cui una impresa sia in grado di determinare, nei rapporti commerciali con un'altra impresa, un eccessivo squilibrio di diritti e di obblighi. La dipendenza economica è valutata tenendo conto anche della reale possibilità per la parte che abbia subìto l'abuso di reperire sul mercato alternative soddisfacenti. L'abuso può anche consistere nel rifiuto di vendere o nel rifiuto di comprare, nella imposizione di condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose o discriminatorie, nella interruzione arbitraria delle relazioni commerciali in atto. Il patto attraverso il quale si realizzi l'abuso di dipendenza economica è nullo. Il giudice ordinario competente conosce delle azioni in materia di abuso di dipendenza economica, comprese quelle inibitorie e per il risarcimento dei danni*".

Ipotesi settoriali di abuso di dipendenza economica sono poi costituite, per espressa previsione del legislatore, dalle previsioni in materia di rimedi collettivi (2011), dalla disciplina sui ritardi nei pagamenti commerciali (2012) e dalle condotte realizzate dai fornitori di carburante e dai titolari di impianti di distribuzione di carburante, in violazione degli obblighi e dei diritti che la normativa di settore rispettivamente impone o riconosce nelle relazioni con i gestori degli impianti, al fine di creare le condizioni di una maggiore concorrenza (art. 17, co. 3, d.l. 24.1.2012, n. 1, conv. in l. 24.3.2012, n. 27).
L'elemento comune di questi interventi più recenti è verosimilmente da ricercare in preoccupazioni circa l'effettività della tutela (nate anche per la scarsa applicazione, che la norma dell'art. 9, l. 192/1998 ha finora avuto nella prassi). Si vorrebbe dunque assicurare maggiore effettività della tutela attraverso mezzi che non richiedono un'iniziativa giudiziale della vittima dell'abuso.

L'*iter* normativo di emanazione della norma è stato particolarmente articolato e complesso. L'originario disegno di legge ne prevedeva l'inserimento, come norma di portata generale, all'art. 3 della l. 287/1990 (c.d. *legge antitrust*), qualificando come abuso di posizione dominante – e non di dipendenza economica – alcuni comportamenti posti in essere da committenti dotati di una posizione di maggiore forza contrattuale rispetto ai subfornitori e pregiudizievoli per questi ultimi. Tuttavia, l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, chiamata a esprimere pareri sulla questione, si è a più riprese dichiarata contraria all'art. 3 della legge antitrust (per via del fatto che, in realtà, non vi è correlazione necessaria tra l'esistenza di una posizione dominante di mercato che impone l'attivazione dei poteri pubblicistici di controllo e riequilibrio assegnati all'autorità Garante per la Concorrenza ed il Mercato e l'esistenza di una posizione di dominio

"contrattuale"; quest'ultima, ove rilevata, potrebbe anche non avere riflessi sul mercato e potrebbe, in tal caso, essere riequilibrata solo con l'attivazione di rimedi privatistici).

Con qualche modifica, il divieto ha quindi trovato la sua collocazione definitiva nella legge sulla subfornitura; solo nel 2001, il legislatore riprendendo il proposito originario, ma con soluzione di compromesso, ha infine aggiunto l'attuale limitata competenza dell'Autorità Garante, con l'inserimento del comma 3-bis all'art. 9 della l. n. 192/98. In particolare, con tale disposizione si è previsto che "*ferma restando l'eventuale applicazione dell'articolo 3 della legge 10 ottobre 1990, n. 287, l'Autorità garante della concorrenza e del mercato può, qualora ravvisi che un abuso di dipendenza economica abbia rilevanza per la tutela della concorrenza e del mercato, anche su segnalazione di terzi ed a seguito dell'attivazione dei propri poteri di indagine ed esperimento dell'istruttoria, procedere alle diffide e sanzioni previste dall'articolo 15 della legge 10 ottobre 1990, n. 287, nei confronti dell'impresa o delle imprese che abbiano commesso detto abuso. //In caso di violazione diffusa e reiterata della disciplina di cui al decreto legislativo 9 ottobre 2002, n. 231, posta in essere ai danni delle imprese, con particolare riferimento a quelle piccole e medie, l'abuso si configura a prescindere dall'accertamento della dipendenza economica.*"

Nella ricostruzione della disciplina del divieto di abuso di dipendenza economica, una questione centrale, attesa la genericità della previsione legislativa, è quella dell'individuazione della sua *ratio* e collocazione sistematica.

In proposito, si possono distinguere due principali teorie.

Un primo orientamento è costituito dalle tesi che possono chiamarsi "civilistiche". Il mancato inserimento nella legge antitrust, più in generale l'iter legislativo, ed insieme la suggestione esercitata dal fatto che il divieto consente un controllo sul contenuto anche economico del contratto a tutela di una parte "debole", hanno alimentato in dottrina l'idea, variamente declinata, che dal punto di vista della funzione e della collocazione nel sistema l'istituto andasse ascritto a un "diritto dei contratti", a un "diritto civile comune" o a un "diritto dei contraenti deboli", tutti e tre da contrapporre al diritto antitrust e della concorrenza in genere.

Queste costruzioni porterebbero ad inquadrare sistematicamente la disciplina del divieto di abuso di dipendenza economica come espressione di un più generale principio di "giustizia" (o "equità") contrattuale; principio che, proprio in tale portata generale, non è, però, solitamente riconosciuto come vigente (almeno per ora) nell'ordinamento italiano (e neanche in quello europeo).

Una diversa tesi inquadra sistematicamente la disciplina del divieto di abuso nel quadro dei principi governanti i rapporti fra imprese nel funzionamento dei mercati, e quindi, più precisamente, nella disciplina di tutela della concorrenza. Secondo i suoi fautori, questo inquadramento è anche maggiormente idoneo a produrre concreti sviluppi applicativi.

Peraltro, la disciplina settoriale dei rapporti tra i titolari e i gestori degli impianti di distribuzione di carburante, nel fare richiamo al divieto di abuso di dipendenza economica, presuppone e quindi conferma questa impostazione di fondo. Mentre la circostanza che all'Agcm sia attribuita in materia di abuso di dipendenza economica una competenza (non piena ma solo) condizionata si lascia spiegare sul piano dell'organizzazione giuridico-amministrativa, più che su quello sostanziale delle finalità da attribuirsi al divieto; e quindi non sembra essere in contraddizione

Commentato [EP3]: Q
riquadro, per intitolare qu
sistematica dell'abuso di d

– a differenza di quanto sostengono alcuni autori – con una lettura "filo-concorrenziale" del divieto.
Questa lettura impone dunque di interpretare la disciplina sull'abuso di dipendenza economica in funzione della ricerca di soluzioni che favoriscano l'efficienza complessiva dei mercati, mediante un (non facile) contemperamento fra la libertà (anche organizzativa) dell'impresa dominante e una tutela dell'impresa dipendente che garantisca a questa di non essere soffocata nella sua attitudine a sviluppare una propria autonomia imprenditoriale ed un'autonoma capacità di crescita nei mercati[71].
Si è discusso, in passato, se l'abuso di dipendenza economica (e la relativa disciplina dettata dalla legge 192/1998) fosse applicabile anche a contratti diversi dalla subfornitura.
Sul punto in giurisprudenza si erano formati due orientamenti contrapposti.
Il primo era nel senso di una soluzione restrittiva, secondo la quale il citato art. 9 derogando al principio della libertà contrattuale, conferisce al giudice poteri d natura eccezionale, qual è quello di riequilibrare l'assetto del contratto e può spingersi fino all'estremo di costituire veri e propri rapporti giuridici fra le parti, determinando in tal modo conseguenze che, ove se ne ritenesse l'applicazione al di fuori della ristretta cerchia delle subforniture, si rivelerebbero assolutamente dirompenti dei principi di comune applicazione in materia contrattuale.
Il secondo orientamento, invece, si mostrava favorevole ad una applicazione estensiva della legge 192/1998, disegnando tale legge un istituto che, a buon diritto, nel solco interpretativo tracciato dall'affermazione del centrale ruolo svolto dalla buona fede nella gestione dei rapporti speciali, precontrattuali e contrattuali, si inserisce quale clausola generale di abuso di potere contrattuale delle relazioni negoziali tra imprese.
Il contrasto giurisprudenziale è stato composto da un'ordinanza delle Sezioni Unite[72], che ha aderito al secondo degli orientamenti descritti.

Commentato [EP4]:

Commentato [EP5]: Q
margine, dal titolo "l'amb

L'abuso di dipendenza economica – secondo le Sezioni Unite - configura una fattispecie di applicazione generale, che può prescindere dall'esistenza di uno specifico rapporto di subfornitura, la quale presuppone, in primo luogo, la situazione di dipendenza economica di un'impresa cliente nei confronti di una sua fornitrice, in secondo luogo, l'abuso che di tale situazione venga fatto, determinandosi un significativo squilibrio di diritti e di obblighi, considerato anzitutto il dato letterale della norma, ove si parla di imprese clienti o fornitrici, con uso del termine cliente che non è presente altrove nel testo della legge n. 192 del 1998. Poiché l'abuso in questione si concretizza nell'eccessivo squilibrio di diritti e obblighi tra le parti nell'ambito di "rapporti commerciali", esso presuppone che tali rapporti siano regolati da un contratto, tant'è che il comma terzo dell'art. 9 citato statuisce la nullità del "patto che realizza l'abuso" di dipendenza economica.

Volgendo adesso l'attenzione alla sua definizione normativa, può notarsi come il legislatore abbia fornito una definizione di abuso di dipendenza economica identificandola con l'imposizione di un significativo squilibrio di diritti e obblighi, in una situazione in cui manchino reali possibilità di reperire sul mercato

[71] FABBIO, *Abuso di dipendenza economica,* in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, *Diritto on line*, 2012.
[72] Cass., Sez. un., 25 novembre 2011, n. 24906.

alternative soddisfacenti.
Il comma 1 dell'art. 9 contiene un divieto generale di abuso di dipendenza economica. Il comma 2, invece, contiene un elenco esemplificativo di ipotesi di abuso, che può consistere: i) nel rifiuto di vendere e nel rifiuto di comprare; ii) nella imposizione di condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose o discriminatorie; iii) nella interruzione arbitraria delle relazioni commerciali in atto.
Il "rifiuto di vendere e rifiuto di comprare" va inteso come rifiuto di intrattenere in generale rapporti commerciali e non, certamente, come rifiuto di concludere contratti di compravendita. Nonostante non sia espressamente previsto, si deve ritenere che non tutti i rifiuti integrino gli estremi dell'abuso, ma solo quelli "arbitrari" o ingiustificati; non potrà considerarsi abusivo, ad esempio, il rifiuto di contrarre derivante da insufficiente affidamento in ordine al regolare svolgimento del rapporto o dalla decisione di uscire dal mercato.
Il termine "interruzione" è da intendere come sinonimo di cessazione di fatto; il che significa, fra l'altro, che non possa escludersi *a priori* l'abuso quando l'interruzione coincida con la naturale scadenza del contratto o quando questa derivi da un recesso da un contratto a tempo indeterminato (anche se, per ipotesi, la clausola preveda la possibilità di recedere *ad nutum*). Il legislatore considera abusive solo le interruzioni "arbitrarie".
Molto controversa è, invece, la questione relativa al significato della locuzione "condizione contrattuale gravosa". Nell'interpretare la norma occorre far riferimento ai parametri elaborati in relazione alla disciplina italiana ed europea in materia di abuso di posizione dominante, dato che l'art. 9 della l. n. 192 del 1998, nell'individuare la misura dell'abuso rilevante, riprende alla lettera il disposto dell'art. 3 della l. n. 287 del 1990, che a sua volta deriva dall'art. 102 TFUE.
Tuttavia, è bene avere presente che si tratta di fattispecie distinte: per aversi abuso di dipendenza economica occorre che la condotta dell'impresa dominante rechi un pregiudizio alla controparte dipendente, e che la dipendenza sia tale da rendere possibile quel pregiudizio.

Con riferimento al cosiddetto abuso di sfruttamento, il parametro utilizzato al fine di valutare l'abusività è stato quello relativo alla misura praticata in altri mercati. Più specificamente, nelle ipotesi in cui l'impresa si è limitata a realizzare maggiori profitti, al fine della valutazione dell'abuso, la Corte di Giustizia ha fatto riferimento alla misura praticata sui mercati territorialmente diversi aventi uguali struttura su cui esisteva concorrenza, o alla misura praticata dalla stessa impresa dominante ad altri soggetti, o, ancora, in mancanza di mercati di confronto aventi struttura diversa da quella monopolista, alla misura praticata in media dagli altri monopolisti.
Il parametro di valutazione adottato è "oggettivo", in quanto non tiene conto delle specifiche situazioni in cui versano le imprese, e "relativo", poiché fa riferimento a mercati di confronto.
Da ciò discende che, anche nell'ipotesi di abuso di dipendenza economica, la misura selezionata dalle parti dovrà essere considerata abusiva:
- se diversa da quella praticata su mercati geograficamente diversi aventi uguale struttura ma su cui operi la concorrenza (anche imperfetta);
- anche se diversa da quanto praticato sullo stesso mercato, perché nell'ipotesi presa in considerazione dalla disciplina contenuta nella legge sulla subfornitura l'impresa forte non necessariamente si trova in posizione dominante.
È necessario, inoltre, che la misura sia tale in ragione della posizione di dominio in cui versa l'impresa "forte" del rapporto.

L'accertamento della discriminatorietà o meno di una clausola deve, invece, essere effettuato *per relationem.*

In ogni caso, la valutazione della condizione di dipendenza economica passa (anche, ma non esclusivamente) attraverso la verifica della reale possibilità della parte di reperire alternative soddisfacenti; quindi, la disponibilità di soddisfacenti alternative di mercato, ulteriori al settore merceologico dove l'impresa opera, escluderebbe, per definizione, la possibilità di invocare l'abuso di dipendenza economica).
Altro elemento che necessariamente deve ricorrere, per qualificare come abusiva e sanzionabile la condotta dell'impresa "dominante", è l'intenzionalità offensiva - che su quella condizione di dipendenza si innesta - finalizzata al raggiungimento di obiettivi ulteriori ed eccentrici rispetto alle motivazioni puramente di logica commerciale; ossia che, ad esempio, il rifiuto di contrarre o l'interruzione delle relazioni commerciali non corrisponda ad un apprezzabile interesse economico dell'impresa dominante, al mutamento delle strategie di espansione commerciale, alla necessità di adeguamento dei livelli qualitativi dei prodotti.
In sintesi, l'interruzione del rapporto commerciale o il rifiuto di instaurazione deve essere del tutto arbitrario, o finalizzato precipuamente a danneggiare commercialmente l'impresa in condizioni di dipendenza economica (*animus nocendi*), per cui detta indagine implica la verifica, in concreto, che la condotta dell'impresa "dominante" costituisca il mero estrinsecarsi del rapporto di dominanza economica, anziché essere rivolta ad un interesse meritevole di tutela di natura commerciale.
In questo senso anche la giurisprudenza della Cassazione, per cui "*in tema di contratto di fornitura, l'abuso di dipendenza economica, di cui all'art. 9 della l. n. 192 del 1998, è nozione indeterminata il cui accertamento postula l'enucleazione della causa concreta della singola operazione che il complessivo regolamento negoziale realizza, secondo un criterio teleologico di valutazione, in via di fatto, della liceità dell'interesse in vista del quale il comportamento è stato tenuto; nell'applicazione della norma è pertanto necessario: 1) quanto alla sussistenza della situazione di "dipendenza economica", indagare se lo squilibrio dei diritti e degli obblighi delle parti sia "eccessivo", essendo il contraente che lo subisce privo di reali alternative economiche sul mercato (p. es., perché impossibilitato a differenziare agevolmente la propria attività o per avere adeguato l'organizzazione e gli investimenti in vista di quel rapporto); 2) quanto all' "abuso", indagare la condotta arbitraria contraria a buona fede, ovvero l'intenzionalità di una vessazione perpetrata sull'altra impresa, in vista di fini esulanti dalla lecita iniziativa commerciale retta da un apprezzabile interesse dell'impresa dominante (quale, p. es., modificare le proprie strategie di espansione, adattare il tipo o la quantità di prodotto, o anche spuntare migliori condizioni), mirando la condotta soltanto ad appropriarsi del margine di profitto altrui."*[73]
Naturalmente, il carattere intenzionale della condotta, per assumere rilevanza giuridica, dovrà necessariamente estrinsecarsi in fatti e condotte oggettive rivelatrici del rapporto di sfruttamento della relazione di sudditanza/dominanza economica.

A titolo esemplificativo, può annoverarsi il carattere improvviso ed immotivato del recesso,

[73] Cass. civ., sez. I, 21 gennaio 2020, n. 1184.

seppure compiuto in base alle previsione del contratto[74], talvolta accompagnato dalla mancanza concessione di un congruo termine che consenta alla controparte di cercate altri partners commerciali sul mercato[75], oppure l'esercizio della facoltà (parimenti negozialmente prevista) di sostituire la controparte con altro partner commerciale "*in qualsiasi momento e senza incorrere in alcuna responsabilità*" compromettendo potenzialmente la possibilità di remunerazione degli investimenti fatti dalla controparte[76].

Da tale disamina emerge che la nozione di "significativo squilibrio di diritti e obblighi" non è da intendersi, come nella disciplina consumeristica, da un punto di vista meramente normativo: in questo caso è attribuito al giudice un potere di sindacato non solo sull'equilibrio normativo del contratto, ma anche del suo contenuto economico, inerente al corrispettivo o agli elementi accessori particolarmente gravosi che vi siano apposte.

Il sistema dei rimedi contro l'abuso è piuttosto articolato.

Ai sensi dell'art. 9, i rimedi civili espressamente previsti sono: la nullità del «patto attraverso il quale si realizzi l'abuso», le «inibitorie» ed il «risarcimento dei danni»; competente è il giudice ordinario, secondo le regole generali (co. 3).

Sul versante amministrativo è invece attribuita all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato la competenza a conoscere, con i poteri ordinari, dell'abuso di dipendenza economica nel quale essa «ravvisi» una «rilevanza per la tutela della concorrenza e del mercato» (co. 3 bis, secondo periodo). Tale competenza sembra poi doversi estendere all'ipotesi particolare della violazione «diffusa e sistematica» della normativa in materia di ritardi nei pagamenti commerciali, di cui al d.lgs. 9.10.2002, n. 231 (co. 3 bis, secondo periodo). Rimedi collettivi, esercitabili dalle associazioni imprenditoriali di categoria in sede civile, sono poi previsti nel cd. Statuto delle imprese (art. 4 e art. 10, co. 3, l. 11). Andando al primo dei rimedi, l'invalidità da abuso di dipendenza economica, che il legislatore ha chiamato «nullità», poiché mira in prima linea a proteggere l'impresa dipendente che ha subito l'imposizione di condizioni inique, è generalmente ricondotta alla categoria, di elaborazione dottrinale, delle invalidità cd. di protezione. Di qui la soluzione prevalente, della parzialità necessaria, e di una legittimazione attiva ristretta alla sola parte vittima dell'abuso. Per i rimanenti profili di disciplina (rilievo d'ufficio, prescrizione, convalida, opponibilità ai terzi, sanatoria, rettifica mediante offerta di riconduzione ad equità), invece, si tende per lo più a dare per scontata l'applicabilità del generale regime della nullità (artt. 1419 ss. c.c.).

È presente in dottrina però anche la tesi dell'applicabilità, in via di analogia *juris*, della generale disciplina dell'annullabilità (artt. 1441 ss. c.c.), sul presupposto che questa rappresenti la reazione normale dell'ordinamento di fronte alla violazione di norme poste a tutela di una responsabile esplicazione dell'autonomia privata.

In ordine alla responsabilità per danni, è controversa anzitutto la sua natura, contrattuale, aquiliana o mista. La varietà di opinioni sul punto riflette le attuali

[74] In assenza di circostanze qualificanti ulteriori, come si è già detto, l'esercizio del diritto di recesso in conformità alla clausola contrattuale non può dar luogo alla fattispecie di abuso; cfr. Trib. Roma 5 novembre 2003, in *Riv. dir. comm.*, 2004, II, 1.

[75] Così, recitava la previsione contrattuale esaminata da Trib. Roma 24 gennaio 2017.

[76] Trib. Torino 11 marzo 2010.

incertezze sui generali criteri di distinzione tra responsabilità contrattuale e non, nonché sulla funzione del divieto di abuso di dipendenza economica in particolare (per la natura contrattuale della responsabilità da interruzione arbitraria delle relazioni commerciali in atto, Cass, Sez. un., ord. 25.11.2011, n. 24906, Nuova giur. civ. comm, 2012, I, 298 ss.). Agli effetti pratici, le differenze di maggior rilievo riguardano probabilmente il regime internazionalprivatistico e la prescrizione. Per il resto (colpevolezza, *an* e *quantum* del danno, prova) dovrebbero difatti valere le specifiche regole settoriali della responsabilità per danni da illecito concorrenziale. È controversa, infine, l'ammissibilità di tutele in forma specifica, in particolare di provvedimenti giudiziali, cautelari e definitivi, tendenti a far ottenere all'impresa dipendente la specifica utilità rifiutata. L'espressa previsione nel testo dell'art. 9 delle inibitorie aiuta in parte a superare tali obiezioni, non solo per il rifiuto di contrarre costituente abuso di dipendenza economica, ma anche, più in generale, per il rifiuto di contrarre che integri un illecito concorrenziale ai sensi degli artt. 101 e 102 TFEU, 2 e 3 l. n. 287/1990, 2598 c.c.

Secondo il tipo di illecito e le circostanze del caso concreto, si dovrebbe poter avere un obbligo giudiziale di contrarre *tout court*, magari a certe condizioni individuate (quando l'avvio o la prosecuzione della relazione commerciale sia in concreto la sola alternativa lecita al comportamento abusivo) (Trib. Torino, 11.3.2010, Giur. Comm., 2011, II, 1471 ss.; Trib. Catania, 9.7.2009, Foro It., 2009, I, 2813; Trib. Torre Annunziata, 30.3.2007, Giur. mer., 2007, 2009 ss.; Trib. Trieste, 21.9.2006, Nuova giur. civ. comm, 2007, I, 899 ss.; Trib. Roma, 5.11.2003, Riv. dir. comm., 2004, II, 1 ss.; Trib. Taranto, 17.9.2003, Foro It., 2003, I, 3440; Trib. Bari, 6.5.2002, Riv. dir. comm., 2002, II, 319 ss.); oppure un obbligo di contrarre "condizionato" (quando le alternative lecite sono in concreto più d'una); oppure ancora "variabile" (se per es. si rende necessaria, oltre all'ordine di contrarre, anche la determinazione in qualche misura, ma non per intero, dell'oggetto e delle condizioni della relazione).

Rimedi collettivi contro l'abuso di dipendenza economica possono essere attivati in sede civile dalle associazioni di categoria rappresentative, quando l'abuso risulti lesivo dell'interesse generale della categoria ovvero degli interessi seriali di imprese appartenenti ad una medesima categoria, ai sensi del combinato disposto degli artt. 4, co. 1, e 10, co. 3, l. n. 180/2011. In pratica, il rimedio appare destinato a trovare applicazione nei casi in cui una grande impresa imponga sistematicamente una politica commerciale abusiva ad una pluralità di imprese da essa dipendenti, magari avendo come controparte negoziale un consorzio od altra entità che le riunisce.

Competente per le azioni civili è il Tribunale, secondo le regole ordinarie.

Se l'illecito si qualifica anche come abuso di posizione dominante di rilevanza nazionale, dovrebbe inoltre rimanere salva, per la vittima dell'abuso, la possibilità di adire le sezioni specializzate in materia di impresa, ai sensi dell'art. 3, co. 1, lett. c), d.lgs. 27.6.2003, n. 168.
Non dovrebbe valere, attesa la portata generale del divieto di abuso di dipendenza economica oltre i rapporti di subfornitura, l'obbligo di conciliazione ex art. 10 l. 192/1998[77].

È necessario, infine, distinguere la fattispecie di abuso di dipendenza economica da quella di abuso di posizione dominante, avendo presente che la norma sulla

[77] Trib. Teramo, 4 febbraio 2010; *contra* Trib. Roma, 20 maggio 2002, *Foro It.*, 2002, I, 3280.

competenza dell'Agcm mira verosimilmente a circoscriverne, per ragioni di buon andamento della pubblica amministrazione, la potestà d'intervento a quei casi in cui la portata degli interessi coinvolti è tale da giustificare l'azione di un'amministrazione indipendente nazionale, preposta alla tutela della concorrenza e del mercato[78].

Agli effetti dei rapporti tra divieto di abuso di dipendenza economica e divieto nazionale di abuso di posizione dominante, e più in generale della competenza dell'Autorità, la norma impone di distinguere tre ipotesi:

a) abuso di dipendenza economica coincidente con un abuso di posizione dominante;

b) abuso di dipendenza economica che, pur senza coincidere con un abuso di posizione dominante, presenta rilievo concorrenziale;

c) abuso di dipendenza economica semplice, che non coincide con un abuso di posizione dominante, e neppure presenta rilievo concorrenziale.

In concreto, la dottrina propone di ricondurre all'ipotesi sub a) l'egemonia su imprese clienti o fornitrici, che un'impresa trae dalla titolarità di una risorsa essenziale per operare su mercati a monte o a valle; all'ipotesi sub b) il potere di mercato verticale, che il produttore di un bene principale può esercitare sui mercati derivati dei servizi di assistenza e riparazione di propri prodotti; come anche il potere di mercato di chi sia titolare unico o quasi della domanda rivolta a mercati minori (assistenza, manutenzione, riparazione, subfornitura), e che richiede la formazione di piccole imprese specializzate. In queste situazioni, in cui l'incidenza sul mercato dei relativi abusi è verosimilmente più modesta, la potestà d'intervento dell'Autorità è eventuale, e si giustifica solo in certi casi, in particolare quando si tratti di pratiche generalizzate e/o di mercati derivati di notevole importanza economica, in assoluto o rispetto al mercato principale.

All'ipotesi sub c), infine, si riconduce tendenzialmente il potere economico bilaterale o contrattuale o specifico al rapporto o anche dipendenza da rapporti commerciali. In questo caso, nascendo la dipendenza da circostanze interne ai rapporti tra le parti, si può supporre che le ripercussioni dell'abuso sulle posizioni degli altri attori economici e per la concorrenza siano in generale più modeste, che in tutte le altre situazioni sin qui considerate.

In un'interpretazione funzionale e sistematica, l'ulteriore previsione contenuta nel secondo periodo del co. 3 bis, relativa alla violazione della disciplina dei ritardi nei pagamenti, si lascia intendere come un'estensione della competenza dell'Agcm. Competenza rispetto alla quale dovrebbe tuttavia continuare a valere il generale presupposto del rilievo concorrenziale della condotta, che definisce l'ipotesi sub b) sopra illustrata.

In ordine al controllo giurisdizionale, si deve ritenere che i provvedimenti adottati dall'Autorità in base all'art. 9, co. 3 bis, l. n. 192/1998 siano soggetti alla giurisdizione esclusiva del T.A.R. Lazio, in applicazione dell'art. 33, co. 1, l. n. 287/1990.

[78] FABBIO, *op. cit.*

CAPITOLO II
I CONTRATTI TRASLATIVI

▪**1.** La compravendita in generale: nozione e cenni storici. ▪**1.1.** Natura giuridica. ▪**1.2.** I requisiti della compravendita. ▪**1.2.1.** Il prezzo e le spese. ▪**1.2.2.** I divieti speciali di comprare. ▪**1.3.** Gli obblighi del venditore. ▪**1.4.** Gli obblighi del compratore. ▪**2.** Le garanzie. ▪**2.1.** La garanzia per evizione. ▪**2.2.** La garanzia per vizi e per mancanza di qualità. ▪**3.** Le varie tipologie di vendita: in particolare, la vendita di bene altrui. ▪**3.1.** La vendita di cosa futura. ▪**3.2.** La vendita di cosa generica. ▪**3.2.1.** La vendita alternativa e la vendita con facoltà alternativa. ▪**3.3.** La vendita con patto di riscatto. ▪**3.4.** La vendita a scopo di garanzia. ▪**3.5.** La vendita con riserva della proprietà. ▪**3.6.** Altre tipologie di vendita. ▪**4.** Gli altri contratti traslativi: in particolare, il riporto. ▪**4.1.** La permuta. ▪**4.2.** Il contratto estimatorio. ▪**4.3.** La somministrazione.

1. La compravendita in generale: nozione e cenni storici.

Il contratto di compravendita è collocato nella sistematica del vigente codice civile all'esordio del titolo terzo del libro quarto, in considerazione della sua grande diffusione nella pratica degli affari e dell'attitudine a costituire il paradigma di riferimento, sotto il profilo della struttura e della disciplina, di diverse fattispecie negoziali tipiche e atipiche.

La codificazione del 1942, superando la distinzione tra vendita civile e vendita commerciale che caratterizzava la legislazione precedente (cfr. artt. 1447 e ss. c.c. del 1865 e artt. 3 e 59 e ss. cod. comm. 1882), ha dato vita ad un unico tipo contrattuale, delineandone la nozione nell'art. 1470 c.c., secondo cui: *«La vendita è il contratto che ha per oggetto il trasferimento della proprietà di una cosa o il trasferimento di un altro diritto verso il corrispettivo di un prezzo»*.

Come autorevolmente osservato[1], con tale definizione il legislatore ha voluto sottolineare la funzione tipicamente traslativa della compravendita, superando, in tal modo, anche i contrasti interpretativi originati dal sistema previgente, determinati in particolare da alcune disposizioni che sembravano rinviare ad una natura meramente obbligatoria di tale contratto.

Riguardo alle origini storiche, non vi è dubbio che l'idea del vendere e del comprare si sia configurata come tratto comune di tutti i popoli che avessero superato la fase del baratto. Peraltro, appare opportuno rilevare che l'attuale configurazione dell'istituto presenta profonde differenze rispetto all'omologo esistente nel diritto romano, atteso che l'*emptio venditio* riconosciuto a partire dell'età postclassica dell'ordinamento romanistico comportava per le parti soltanto l'assunzione reciproca dell'impegno a trasferire la proprietà di un bene e a pagarne il prezzo (*titulus adquirendi*), mentre gli effetti traslativi erano connessi al perfezionamento di atti successivi (*mancipatio, in iure cessio* e *traditio,* costituenti il *modus adquirendi*). Gli atti di trasferimento, infatti, si configuravano come negozi astratti che potevano essere compiuti anche *venditionis causa*, ossia quali atti esecutivi dell'obbligo assunto dal venditore con l'*emptio venditio*[2]. Solo con il *Code Napoleon* si supera questa impostazione, ed ha ingresso il principio del consenso traslativo.

1.1. Natura giuridica.

L'inquadramento del contratto di compravendita nell'ambito delle categorie elaborate dalla teoria generale del contratto può essere sintetizzato rilevando che esso è un contratto consensuale, ad effetti reali, a prestazioni (o più precisamente con attribuzioni) corrispettive, istantaneo, di regola commutativo e normalmente di straordinaria amministrazione[3].

È un contratto consensuale, in quanto si perfeziona con il realizzarsi dell'incontro delle volontà delle parti senza che occorra la consegna della cosa o il pagamento del prezzo.

È un contratto ad effetti reali nel senso precisato dall'art. 1376 c.c.: esso produce, in ogni caso, il trasferimento della proprietà, la costituzione o il trasferimento di un diritto reale ovvero il trasferimento di altro diritto.

È noto, tuttavia, che l'effetto reale della vendita può anche essere non immediato: per la previsione di un'espressa clausola contrattuale in tal senso (vendita

[1] LUMINOSO, *La compravendita*, Torino, 2009, 3.
[2] MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*, Firenze, 1994, 479-480.
[3] CAPOZZI, CILLI, D'AMATO E TAVANI, *Dei singoli contratti*, Milano, 2005, 6.

sottoposta a termine iniziale o a condizione sospensiva, vendita con riserva della proprietà) o perché il venditore non è proprietario del bene compravenduto (vendita di cosa altrui) o perché il bene non è ancora venuto ad esistenza (vendita di bene futuro) o perché l'oggetto del contratto deve essere successivamente determinato attraverso un'ulteriore attività di una o di entrambe le parti (come nel caso di vendita di cose genericamente individuate o di vendita alternativa). In tal caso, si parla comunemente di vendita obbligatoria o, come appare preferibile, di vendita ad effetti reali differiti non essendo necessario, per il prodursi dell'effetto reale, una ulteriore manifestazione di volontà.

Vendita obbligatoria

La possibilità di ravvisare nella vendita obbligatoria (o ad effetti reali differiti) la matrice del trasferimento ha spinto la giurisprudenza di legittimità a riconoscere la trascrivibilità immediata di tali contratti ove abbiano ad oggetto diritti reali immobiliari, nonostante l'effetto reale non si sia ancora prodotto[4].

In tal senso anche la giurisprudenza di legittimità, secondo la quale «*non può ottenersi la pronuncia di esecuzione in forma specifica dell'obbligo di concludere un contratto, qualora le parti del contratto preliminare di vendita di cosa futura (nella specie, tre appartamenti ancora da costruirsi) abbiano espressamente subordinato la stipula del contratto definitivo alla avvenuta edificazione degli immobili oggetto dello stesso*»[5].

La vendita obbligatoria deve essere tenuta distinta dal contratto preliminare di compravendita per il diverso contenuto della volontà dei contraenti, che nel primo caso è diretta ad attuare il trasferimento (che sebbene sia differito ad un momento successivo si produce senza necessità di un ulteriore accordo delle parti), mentre nel preliminare è diretta ad impegnare le parti a prestare, in un momento successivo, il loro consenso al trasferimento medesimo[6].

La distinzione sopra delineata, peraltro, appare quanto mai opportuna al fine di un corretto inquadramento sistematico della figura del cosiddetto «preliminare ad effetti anticipati», caratterizzato dall'anticipazione di alcuni degli effetti propri del contratto definitivo (tra cui normalmente il pagamento in tutto o in parte del prezzo e/o l'attribuzione al promissario acquirente della materiale disponibilità del bene promesso in vendita). L'elemento distintivo della fattispecie in esame rispetto alla compravendita come negozio definitivo risiede proprio nel fatto che l'anticipazione non può mai riguardare l'effetto reale (ossia il trasferimento della proprietà), il quale non può prescindere da un successivo incontro di volontà delle parti.

In giurisprudenza si ritiene ammissibile il preliminare di vendita obbligatoria, pur risultando discussa la possibilità per il promissario acquirente di avvalersi in questo caso del rimedio di cui all'art. 2932 c.c.[7]

La vendita è un contratto con attribuzioni corrispettive. In forza del «sinallagma», la prestazione di una parte è corrispettiva alla prestazione dell'altra; o meglio, come

[4] Cfr.: Cass. civ., sez. II, 10 luglio 1986, n. 4497, in *Riv. not.*, 1987, 1216.
[5] Cass. civ., sez. II, 29 marzo 2006, n. 7252, in *Giust. civ. Mass.*, 2006, 3.
[6] Cass. civ., sez. II, 30 aprile 2021, n. 11441; Cass. civ., sez. V, 4 ottobre 2006, n. 21381, in *Giust. civ. Mass.*, 2006, 10.
[7] Cass. civ., sez. II, 29 marzo 2006, n. 7252, cit.

è stato affermato, ciascuna prestazione è causa dell'altra.
La vendita è un contratto normalmente istantaneo, non di durata, intendendo quest'ultima categoria riferita a contratti la cui prestazione si protrae nel tempo e presenta utilità proprio per questo suo durare (si pensi ad esempio al contratto di somministrazione ovvero all'appalto di servizi o alla locazione). Può parlarsi di contratto ad esecuzione differita, con applicabilità dei relativi rimedi, laddove le reciproche attribuzioni non vengano eseguite in modo contestuale alla conclusione del contratto (es: differito pagamento del prezzo).
La vendita è un contratto di regola commutativo, non aleatorio, in quanto al momento della conclusione è possibile valutare l'*an* ed il *quantum* delle prestazioni (intese in senso ampio) di pertinenza di ciascuna delle parti. Fanno eccezione, tuttavia, alcune fattispecie, quali:
a) la cosiddetta vendita di speranza (*emptio spei*) prevista dall'art. 1472 c.c., che si configura come un contratto aleatorio e ricorre quando il compratore si impegna incondizionatamente a pagare un prezzo determinato al venditore, anche se la cosa o il diritto venduto non vengano mai ad esistenza;
b) la vendita a rischio e pericolo del compratore (art. 1488, comma 2, c.c.), nella quale si innestano elementi di aleatorietà e di cui si dirà in seguito in relazione alla disciplina delle garanzie;
c) la vendita di eredità (di cui *amplius* par. 3, lett. h), in cui il carattere – secondo la posizione prevalente - aleatorio deriva dalle caratteristiche dell'oggetto del trasferimento costituito dall'*universum ius defuncti,* quantomeno con riferimento alla vendita di un'eredità senza specificazione degli oggetti: in tal caso, inoltre, il venditore è tenuto a garantire solo la propria qualità di erede (art. 1542 c.c.).
La vendita è un contratto, normalmente, di straordinaria amministrazione, in quanto, salvo rare eccezioni, incide sulla sostanza del patrimonio e non soltanto sul reddito, come è confermato dalle norme che impongono la previa autorizzazione giudiziaria a tutela dell'incapace per il perfezionamento del negozio (cfr. artt. 320, comma 3, 374, n. 1, 375, n. 1 e 424, comma 1, c.c.).

1.2. I requisiti della compravendita.

Requisiti del contratto di compravendita sono, in conformità a quanto disposto dall'art. 1325 c.c., l'accordo delle parti, la causa (costituita dallo scambio di cosa contro prezzo), la forma (che nel caso di trasferimento di diritti immobiliari deve essere scritta ai sensi dell'art. 1350 c.c.) e l'oggetto.
Quanto a quest'ultimo, occorre, in primo luogo, rilevare che per oggetto della compravendita può intendersi sia il diritto trasferito (per esempio, il diritto di proprietà) sia il bene oggetto del diritto trasferito (ad esempio, uno specifico appartamento).

In particolare: l'oggetto

Nel senso della prima interpretazione si è espressa la giurisprudenza di legittimità, la quale ne ha dedotto l'impossibilità di dichiarare la nullità della compravendita sotto il profilo dell'illiceità dell'oggetto qualora non vi sia una norma che preveda espressamente l'incommerciabilità dell'oggetto del contratto[8].

[8] Cass. civ., sez. II, 15 gennaio 2000, n. 409, in *Giust. civ. Mass.*, 2000, 64. Di recente, vedi anche la recente pronuncia del SS.UU. 22 marzo 2019, n. 8230 con la quale si è sanato il contrasto nella giurisprudenza della Sezione seconda relativamente al riconoscimento della sanzione di nullità per gli atti di

La compravendita può avere ad oggetto la proprietà, diritti reali di godimento su beni altrui, diritti di credito, beni immateriali, posizioni giuridiche complesse (si pensi ad esempio ai diritti potestativi), nonché quote sociali.
Non può formare oggetto del contratto di compravendita il trasferimento del possesso in quanto tale, essendo esso una situazione di fatto, non qualificabile – quindi – quale diritto.

Vendita di quote sociali

Riguardo in particolare alla vendita delle quote sociali si è posto il problema di stabilire se le garanzie proprie della vendita possano trovare applicazione anche in relazione alla consistenza quantitativa e qualitativa del patrimonio sociale. In senso negativo si è espressa la prevalente giurisprudenza di legittimità, la quale ha osservato che la cessione delle azioni di una società di capitali o delle quote di una società di persone ha come oggetto immediato la partecipazione sociale e solo quale oggetto mediato la quota parte del patrimonio sociale che tale partecipazione rappresenta. Pertanto, le carenze o i vizi relativi alle caratteristiche e al valore dei beni ricompresi nel patrimonio sociale - e, di riverbero, alla consistenza economica della partecipazione - possono giustificare l'annullamento del contratto per errore o la risoluzione per difetto di qualità della cosa venduta solo se il cedente abbia fornito, a tale riguardo, specifiche garanzie contrattuali ovvero nel caso di dolo di un contraente[9].

1.2.1. Il prezzo e le spese.

Particolarmente rilevante riguardo all'oggetto del contratto in generale, e della compravendita in particolare, è il requisito della determinatezza o determinabilità dello stesso.
Nell'ambito dell'oggetto del contratto di compravendita sono sorte diverse **Prezzo** questioni, sia in dottrina, sia in giurisprudenza, in relazione all'elemento del prezzo.
In primo luogo, con riferimento alle modalità di determinazione, le parti, ai sensi dell'art. 1473, comma 1, c.c., possono affidare la determinazione del prezzo ad un terzo nominato nel contratto o posteriormente. Dottrina e giurisprudenza prevalenti ritengono che, in tal caso, ricorra la figura dell'arbitraggio e che possa trovare applicazione la disciplina di cui all'art. 1349 c.c. È, invece, discussa la possibilità di rimettere la determinazione del prezzo ad una delle parti.
In deroga alla disciplina generale dell'arbitraggio, l'art. 1473 c.c. prevede che laddove il terzo non voglia o non possa accettare l'incarico, ovvero le parti non si accordino per la nomina o la sostituzione, questa sia fatta dal Presidente del Tribunale del luogo di conclusione del contratto (l'autorità provvede, quindi, alla nomina dell'arbitratore e non già alla determinazione). Quanto ai criteri cui l'arbitratore deve attenersi ed agli eventuali rimedi esperibili, nel silenzio della norma, si ritiene possibile applicare quanto previsto dall'art. 1349 c.c.
Si ammettono la vendita con prezzo scalare (in cui prezzo varia al variare di determinati costi), vendita con prezzo circa (in cui il prezzo è suscettibile di piccoli

trasferimento di immobili difformi da quelli descritti nel titolo urbanistico (la tesi sostanzialista era stata adottata da Cass. civ., sez. II, 17 ottobre 2013, n. 23591 secondo la quale un immobile irregolare dal punto di vista urbanistico è incommerciabile e i relativi atti di trasferimento sono affetti da nullità assoluta). In particolare, le Sezioni unite hanno chiarito al contrario che l'atto di trasferimento dell'immobile è valido a condizione che gli estremi del titolo urbanistico menzionati nell'atto siano reali (non mendaci) e riferibili a quell'immobile, mentre è irrilevante e non costituisce motivo di nullità la conformità o difformità dell'immobile rispetto al titolo urbanistico menzionato.

[9] Cass. civ., sez. III, 19 luglio 2007, n. 16031, in *Vita not.*, 2007, 3, 1206; nello stesso senso per tutte Cass. civ., sez. I, 13 dicembre 2006, n. 26690, in *Giust. civ. Mass.*, 2006, 12.

ritocchi da parte del venditore sempre in base a criteri predeterminati), vendita con prezzo a chiamare (*on call*) (in cui il prezzo è determinato in base ai prezzi praticati in una data piazza di affari scelta da parte del venditore).

L'esistenza di un divario, anche considerevole, tra il valore di mercato del bene venduto e il prezzo pattuito non è, di per sé, incompatibile con la causa del contratto di compravendita[10].

In altri termini, nell'ipotesi in cui sia pattuito un prezzo di gran lunga inferiore all'effettivo valore di mercato del bene compravenduto, la conseguenza non sarà l'invalidità del contratto per difetto di causa, ma una eventuale diversa qualificazione giuridica della fattispecie negoziale, che potrà essere ascritta, a seconda dei casi, alla categoria delle donazioni indirette o dei negozi misti a donazione.

La Suprema Corte ha anche avuto modo di specificare, sempre con riferimento alle modalità di indicazione del prezzo, che la precisazione dell'esatto importo del prezzo può essere surrogata, ai fini della soddisfazione del requisito della determinatezza o determinabilità dell'oggetto del contratto, dalla dichiarazione resa dal venditore di avere ricevuto il pagamento del prezzo essendo in tale dichiarazione necessariamente implicito che l'oggetto dell'obbligazione assunta dal compratore è stato determinato, per accordi intercorsi tra le parti, non potendosi concepire il pagamento di un prezzo che non sia stato in concreto esattamente definito[11].

In ossequio al principio della conservazione dei contratti, il legislatore ha provveduto a dettare una serie di criteri residuali che consentono la determinazione legale del prezzo anche in mancanza di determinazione convenzionale. Il primo criterio detto «del prezzo del venditore» è stabilito dall'art. 1474, comma 1, c.c.: «*Se il contratto ha per oggetto cose che il venditore vende abitualmente e le parti non hanno determinato il prezzo, né hanno convenuto il modo di determinarlo né esso è stabilito per atto della pubblica autorità o da norme corporative, si presume che le parti abbiano voluto riferirsi al prezzo normalmente praticato dal venditore*». Il secondo criterio, detto «del prezzo corrente», è previsto dall'art. 1474, comma 2, c.c.: «*Se si tratta di cose aventi un prezzo di borsa o di mercato, il prezzo si desume dai listini o dalle mercuriali del luogo in cui deve essere eseguita la consegna o da quelli della piazza più vicina*». Il terzo criterio è quello «del giusto prezzo» ed è previsto dall'art. 1474, comma 3, c.c., secondo il quale «*qualora le parti abbiano inteso riferirsi al giusto prezzo, si applicano le disposizioni dei commi precedenti: e, quando non ricorrono i casi da essi previsti, il prezzo, in mancanza di accordo, è determinato da un terzo, nominato a norma del secondo comma dell'articolo precedente*»[12].

Spese

Riguardo alla disciplina delle spese, l'art. 1475 c.c. dispone che le stesse siano a carico del compratore, salvo diversa pattuizione. La norma di fatto, presenta un carattere suppletivo in quanto riconosce l'efficacia primaria della volontà delle parti, provvedendo a dettare una regolamentazione solo per l'ipotesi in cui manchi un'esplicita convenzione in merito. Normalmente si ritiene che la disciplina dettata dalla norma in esame possa considerarsi riferita anche alla ripartizione tra dette

[10] CIAN-TRABUCCHI, *op. cit*, 1558. Cass. civ., sez. II, 19 aprile 2013, n. 9640.
[11] Cass. civ., sez. II, 26 agosto 1996, n. 7848, in *Notar.*, 1997, 139.
[12] CAPOZZI, CILLI, D'AMATO E TAVANI, *op. cit.*, 33.

parti dell'imposta di registro ferma restando però la solidarietà passiva tra compratore e venditore, stabilita dall'art. 93 della legge di registro (D.P.R. n. 131/1986), che opera nei confronti dell'Amministrazione finanziaria al fine di rafforzare la tutela del credito tributario, tanto da individuarsi nel notaio rogante la qualità di responsabile d'imposta.
Quanto alle spese accessorie, che l'art. 1475 c.c. pone in via generale a carico del compratore, devono intendersi tutte quelle che siano necessarie per la conclusione del contratto e siano, perciò, con questo in stretto rapporto di causalità, efficienza e strumentalità, con la conseguenza che vanno escluse soltanto quelle spese per cui risulti mancante un rapporto causale - anche sotto il profilo dell'inutilità evidente e della esorbitanza delle stesse - ovvero l'eventuale contrario accordo delle parti. Costituiscono pertanto «spese» della compravendita, a carico anche del compratore, ai sensi dell'art. 1475 c.c. citato - in quanto strumentalmente compiute per rendere possibile il negozio - gli onorari spettanti ad un professionista per la redazione di una relazione tecnica per il frazionamento e di una planimetria che, costituenti parte integrante dell'atto pubblico di vendita di un immobile, siano state effettuate su incarico del solo venditore. Peraltro, non rientra tra tali spese accessorie al contratto di compravendita la provvigione dovuta al mediatore perché la relativa spesa scaturisce da un diverso rapporto, quello di mediazione (art. 1755 c.c.).

1.2.2. I divieti speciali di comprare.

Ai sensi dell'art. 1471 c.c.: «*Non possono essere compratori nemmeno all'asta pubblica, né direttamente né per interposta persona:*
1) gli amministratori dei beni dello Stato, dei comuni, delle province o degli altri enti pubblici rispetto ai beni affidati alla loro cura;
2) gli ufficiali pubblici, rispetto ai beni che sono venduti per loro ministero;
3) coloro che per legge o per atto della pubblica autorità amministrano beni altrui rispetto ai beni medesimi;
4) i mandatari, rispetto ai beni che sono stati incaricati di vendere, salvo il disposto dell'art. 1395».
Sotto il profilo della natura giuridica e del fondamento di tali divieti, si può osservare che, mentre quelli di cui ai numeri 1 e 2 della citata norma sono riconducibili alla nozione di incapacità giuridica speciale, intesa come preclusione assoluta per il soggetto ad essere parte di determinati rapporti giuridici, quelli di cui ai numeri 3 e 4 configurano, invece, casi di impedimenti soggettivi all'acquisto e cioè di impedimenti rimovibili mediante preventiva specifica autorizzazione o mediante successiva convalida di colui al quale spetti l'azione di annullamento[13].
Parte della dottrina suggerisce una configurazione unitaria dei divieti in esame, riconducendoli sotto il profilo del difetto di legittimazione[14], ovvero inquadrandoli nelle c.d. «situazioni di incompatibilità»[15].
La sanzione applicata in caso di inosservanza di questi divieti è diversa: nei primi

[13] BIANCA, *La vendita e la permuta*, in *Tratt. Vassalli*, Torino, 1993, 166.
[14] GRECO – COTTINO, *Della vendita*, in *Comm. cod. civ.*, Bologna-Roma, 1981, 70.
[15] MESSINEO, *Contratto con sé stesso*, in *Enc. Dir.*, Milano, 209; sul punto si veda più ampiamente CIAN-TRABUCCHI, *op. cit.*, 1558-1559.

due casi l'acquisto è nullo, mentre negli altri due è annullabile; ciò in considerazione del fatto che nei primi due casi vengono in considerazioni interessi della pubblica amministrazione, negli altri due interessi privati.

1.3. Gli obblighi del venditore.

Ai sensi dell'art. 1476 c.c., «*le obbligazioni principali del venditore sono: 1) quella di consegnare la cosa al compratore; 2) quella di fargli acquistare la proprietà della cosa o il diritto, se l'acquisto non è effetto immediato del contratto; 3) quella di garantire il compratore dall'evizione e dai vizi della cosa*».

Consegna

Quanto alla prima obbligazione (consegna della cosa) l'art. 1477 c.c. precisa che la cosa deve essere consegnata nello stato in cui si trovava al momento della vendita e che salvo diversa volontà delle parti, la cosa deve essere consegnata insieme con gli accessori, le pertinenze e i frutti dal giorno della vendita ed unitamente ai titoli e i documenti relativi alla proprietà e all'uso della cosa venduta[16].

Nel caso in cui le parti abbiano pattuito che la consegna sia differita rispetto al momento della conclusione del contratto, grava sul venditore anche l'obbligo di custodire il bene sino al momento della consegna, ai sensi dell'art. 1177 c.c.

La prevalente dottrina ritiene che la consegna consista nell'attribuzione del possesso del bene compravenduto e non della mera detenzione[17]. In tal senso, peraltro, si è orientata anche la più recente giurisprudenza, la quale ha chiarito che l'obbligo di consegna comporta il trasferimento del possesso materiale (*corpus*) in favore dell'acquirente che per effetto del consenso delle parti ha già acquistato, oltre alla proprietà, anche il possesso giuridico del bene.

Sotto il profilo della natura giuridica, la consegna viene generalmente qualificata come atto giuridico in senso stretto e precisamente come atto reale cui si ritiene applicabile la disciplina del pagamento di cui agli artt. 1188-1191 c.c.

Forma di consegna

Quanto, poi, alle forme di consegna, si suole tradizionalmente distinguere tra: consegna effettiva, che ricorre quando la cosa oggetto di vendita viene materialmente data dal venditore al compratore; consegna simbolica (*traditio simbolica*), quando il venditore dà materialmente al compratore non il bene oggetto della vendita, ma un diverso oggetto (chiavi, documenti ecc.) idoneo ad attribuire il controllo sul bene stesso; *traditio brevi manu* che comporta il mutamento della detenzione in possesso e ricorre nell'ipotesi in cui il detentore di un bene (ad esempio il conduttore di un immobile) acquisti il bene medesimo; «costituto possessorio» che comporta il mutamento del possesso in detenzione e ricorre nell'ipotesi in cui il venditore conserva la detenzione del bene venduto (ad esempio, a titolo di conduttore)[18].

Con riguardo a quest'ultimo istituto, è discusso se possa configurarsi un costituto implicito, nel caso in cui le parti nulla abbiano precisato in ordine al passaggio del possesso del bene compravenduto[19]. La questione, che può anche avere dei risvolti

---

[16] Nell'ipotesi di compravendita di un impianto termico, il mancato rilascio del certificato previsto dall'art. 17, 3° co., D.M. 1.12.1975 non comporta violazione dell'art. 1477 poiché tale certificato non è condizione d'utilizzabilità ma ha la mera funzione di garantire la conformità dell'impianto a dati tecnici (Cass. civ., Sez. VI - 2, Ordinanza, 17/06/2021, n. 17461; Cass. civ., Sez. II, 16/10/1991, n. 10915).

[17] RUBINO, *La compravendita*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano, 1971, 469.

[18] RUBINO, *op. cit.*, 481-482.

[19] CIAN-TRABUCCHI, *op. cit.*, 1564.

di ordine pratico (come, ad esempio, ai fini della configurabilità di un'eventuale usucapione del bene da parte del venditore che conservi la disponibilità del bene), è stata risolta positivamente dalla prevalente dottrina[20], secondo la quale la dichiarazione di alienazione implica la volontà di trasferire il possesso all'acquirente mantenendo la semplice detenzione. Secondo una diversa opinione, che ha trovato accoglimento anche in alcune pronunce giurisprudenziali, si rende necessario indagare l'effettiva volontà delle parti sulla base delle clausole specifiche del contratto di compravendita e del comportamento complessivo delle parti stesse al fine di accertare se l'acquirente abbia conservato soltanto una detenzione *nomine alieno* ovvero un potere sul bene accompagnato dall'*animus rem sibi habendi*.

Vendita a consegne ripartite

L'adempimento dell'obbligo di consegna, quando si tratta di prestazione divisibile, può anche essere frazionato nel tempo, dando luogo alla c.d. «vendita a consegne ripartite».
Riguardo alle obbligazioni nascenti dal secondo comma dell'art. 1477 c.c., non vi è dubbio che il venditore debba senz'altro consegnare i frutti naturali separati e i frutti civili maturati dopo la vendita, nonché gli accessori e le pertinenze esistenti al momento della vendita[21].
Quanto, invece, all'obbligo di consegnare titoli e documenti inerenti alla cosa venduta, si ritiene che lo stesso riguardi in particolare i documenti probatori dell'esistenza e della titolarità del diritto alienato in possesso del venditore, nonché quelli necessari per il normale utilizzo della *res* venduta anche se non in possesso dell'alienante[22].

In materia di compravendita immobiliare, rientra tra gli obblighi gravanti sul venditore, *ex* art. 1477, comma 3, c.c., anche la consegna del certificato di abitabilità, il cui inadempimento, pur non determinando necessariamente la risolvibilità del contratto, può determinare l'obbligo di risarcire il danno.
A conferma di ciò, si è rilevato che «*nella vendita di immobile destinato ad abitazione, il certificato di abitabilità costituisce requisito giuridico essenziale del bene compravenduto poiché vale a incidere sull'attitudine del bene stesso ad assolvere la sua funzione economico - sociale, assicurandone il legittimo godimento e la commerciabilità. Pertanto, il mancato rilascio della licenza di abitabilità integra inadempimento del venditore per consegna di "aliud pro alio", adducibile da parte del compratore in via di eccezione, ai sensi dell'art. 1460 cod. civ., o come fonte di pretesa risarcitoria per la ridotta commerciabilità del bene, a meno che egli non abbia espressamente rinunciato al requisito dell'abitabilità o esonerato comunque il venditore dall'obbligo di ottenere la relativa licenza*»[23].

1.4. Gli obblighi del compratore.

Pagamento prezzo

L'obbligazione principale del compratore è costituita dal pagamento del prezzo, che è anche elemento essenziale del contratto di compravendita, integrandone necessariamente la causa. Infatti, la presenza di un'obbligazione di diverso oggetto (cosa diversa dal denaro) o addirittura di diverso contenuto (ad es., di fare in senso

[20] RUBINO, *op. cit.*, 482.
[21] CIAN-TRABUCCHI, *op. cit.*, 1565.
[22] CIAN-TRABUCCHI, *op. cit.*, 1564; si veda anche Cass. civ., sez. II, 14 maggio 2004, n. 9207, in *Giust. civ. Mass.*, 2004, 5.
[23] Cass. civ., sez. II, 26 gennaio 2006, n. 1514, in *Giust. civ. Mass.*, 2006, 1; nello stesso senso Cass. civ., sez. II, 16 giugno 2008, n. 16216, in *Riv. not.*, 2008, 6, 1425.

stretto), in luogo dell'obbligazione di pagare il prezzo, configurerebbe la convenzione come un diverso tipo contrattuale (rispettivamente permuta o contratto atipico di *do ut facias*). Se, poi, in luogo di essa non vi è altra obbligazione, si ha contratto di liberalità o nullità del contratto per mancanza di causa[24].

Natura dell'obbligazione

Quanto al suo contenuto, essa non è un'obbligazione di consegnare, ma una vera e propria obbligazione di dare, cioè di attribuire al creditore non solo il possesso di una cosa (denaro), ma anche la proprietà di questa[25]. Tali obbligazioni, infatti, non sono soddisfatte con la semplice attribuzione al creditore del possesso del denaro, come avviene nelle mere obbligazioni di consegnare, ma solo in quanto gli si faccia acquistare anche la proprietà della somma consegnata; ciò in pratica avverrà, con riferimento ai beni mobili, quasi sempre per effetto del semplice acquisto del possesso, in virtù del principio dell'art. 1153 c.c.
L'obbligazione di pagare il prezzo è un'obbligazione pecuniaria e, conseguentemente, il relativo debito si configura come un debito di valuta[26], sottoposto al principio nominalistico contenuto nell'art. 1277 c.c.; analoghe caratteristiche presenta anche l'eventuale debito di restituzione del prezzo, conseguente alla dichiarazione di nullità, annullamento o risoluzione del contratto.
Sono ammissibili anche le c.d. «clausole di garanzia monetaria» a mezzo delle quali, in caso di pagamento del prezzo non contestuale alla conclusione del contratto, si tende ad ancorare, facendo riferimento a indici predeterminati (valore dell'oro, indici ISTAT, etc.), il valore della moneta al valore di mercato della cosa venduta.
Con riferimento al pagamento, sono considerati equivalenti al denaro i titoli di credito con funzione surrogatoria della moneta, considerati autentici mezzi di pagamento (in particolare l'assegno circolare).

Tempo del pagamento

Riguardo al tempo del pagamento, l'art. 1498, comma 1, c.c., prevede che se il contratto dispone un termine per il pagamento del prezzo, è a questo termine che bisogna attenersi, e che, in mancanza di pattuizione in merito ed in assenza di usi specifici (comma 2), il prezzo deve essere pagato al momento della consegna della cosa.

Luogo del pagamento

Quanto, invece, al luogo del pagamento, l'art. 1498 c.c. prevede quattro possibili alternative: luogo pattuito dalle parti, in mancanza luogo previsto in base agli usi, in mancanza luogo della consegna ed infine luogo di domicilio del venditore (criterio residuale). Appare opportuno accennare all'ipotesi di pagamenti da effettuarsi all'estero, i quali avvengono mediante stanza di compensazione, c.d. «*clearing*».

Interessi sul prezzo

L'art. 1499 c.c. dispone, poi, che: «*salvo diversa pattuizione, qualora la cosa venduta e consegnata al compratore produca frutti o altri proventi, decorrono gli interessi sul prezzo, anche se questo non è ancora esigibile*».
Presupposto, dunque, è che la cosa fruttifera sia stata consegnata prima del pagamento del prezzo. La norma risponde ad esigenze di natura equitativa di compensare il venditore per il vantaggio che il compratore (che ha già ricevuto la consegna di un bene produttivo) trae dalla dilazione del pagamento del prezzo.

[24] RUBINO, *op. cit*, 566.
[25] RUBINO, *op. cit*, 568.
[26] CAPOZZI, *Dei singoli contratti*, 1988, Milano, 33.

Gli interessi cui fa riferimento la norma si definiscono compensativi, che si differenziano da quelli moratori in quanto il prezzo non è ancora esigibile e quindi non può essersi verificata mora del compratore per il pagamento di esso. Anche gli interessi corrispettivi o compensativi sono dovuti come quelli moratori nella misura legale.

2. Le garanzie.

Il legislatore prevede a tutela della posizione del compratore tre specifici rimedi: la garanzia per evizione, la garanzia per vizi della cosa e la garanzia per mancanza delle qualità promesse.

Secondo l'opinione dottrinaria prevalente, queste tre figure rispondono ad una finalità giuridica unitaria, consistente nel consentire al negozio di compravendita di realizzare la funzione economica-giuridica che l'art. 1470 c.c. le riconosce, costituita (almeno principalmente) dall'acquisto definitivo, da parte del compratore, della cosa o del diritto oggetto del trasferimento.

Natura giuridica delle garanzie

Quanto alla natura giuridica delle figure di garanzia in esame, appare opportuno riportare schematicamente le diverse opinioni che sono state espresse in merito[27]:

- tesi della garanzia in senso tecnico, secondo la quale la disciplina dettata dagli artt. 1487 e ss. c.c. darebbe luogo a delle figure di garanzia in senso proprio[28]; tale impostazione ha, tuttavia, destato qualche perplessità, sia in quanto le garanzie in senso tecnico presuppongono l'esistenza di una precedente ed autonoma obbligazione da garantire, sia in considerazione del fatto che, mentre la garanzia in senso tecnico (si pensi all'ipoteca o alla fideiussione), è diretta a rafforzare la posizione del creditore, assicurando (o quantomeno accrescendo le possibilità di ottenere) il soddisfacimento del credito e quindi dell'interesse del creditore, le garanzie per evizione e vizi mirano, invece, a ripristinare la situazione patrimoniale del compratore e non a soddisfarne un interesse (conseguimento della proprietà dell'oggetto del contratto immune da vizi giuridici e materiali) che solo il contratto avrebbe potuto attuare[29];
- tesi dell'errore del compratore circa l'effettiva consistenza dell'oggetto[30]; a tale indirizzo interpretativo si è, tuttavia, obiettato che il rimedio previsto dal legislatore nel caso in esame non è l'annullamento del contratto (come nel caso di errore) ma la risoluzione del contratto o la riduzione del prezzo[31];
- tesi della responsabilità precontrattuale in cui incorrerebbe il venditore che non abbia verificato preliminarmente la propria piena legittimazione a disporre, ovvero non abbia rappresentato al compratore eventuali anomalie attinenti alla stessa ovvero ai beni venduti; a tale soluzione esegetica si è, tuttavia, obiettato che con la normativa in esame in materia di garanzie il legislatore non ha inteso reagire alla mancanza di preventiva comunicazione circa l'esistenza di vizi o di cause di evizione o di mancanza di qualità, ma all'esistenza obiettiva di tali

[27] Si veda più ampiamente LUMINOSO, *op. cit.*, 220.

[28] GORLA, *La compravendita e la permuta*, *Tratt. di dir. civ. it.*, Torino, 1937, 88; BARBERO, *Sistema del diritto privato italiano*, Torino, 1965.

[29] MIRABELLI, *Dei singoli contratti*, in *Commentario codice civile*, Torino, 1991.

[30] MIRABELLI, *op. cit.*, 69 e 90.

[31] AMORTH, *Errore e inadempimento nel contratto*, Milano, 1967, 87, il quale fa anche osservare che non è il compratore a cadere in errore, ma è il venditore che non dà il bene promesso.

anomalie.
Alla luce delle superiori considerazioni appare preferibile la tesi seguita dalla dottrina prevalente, secondo la quale gli istituti della garanzia nella vendita attengono ad una violazione del contratto che fa incorrere il venditore in responsabilità da inadempimento contrattuale[32]. Il venditore, infatti, ha l'obbligo di trasferire la cosa libera da diritti altrui o da vizi che ne possono pregiudicare il compimento dell'acquirente.

2.1. La garanzia per evizione.

Nozione

Dal punto di vista tecnico ricorre il fenomeno dell'evizione quando il compratore è privato, in tutto o in parte, del diritto sul bene acquistato, in conseguenza dell'accertato diritto di un terzo.
In altri termini, l'evizione non può essere identificata in qualsiasi molestia di fatto, sussistendo soltanto quando il terzo faccia valere diritti reali sulla cosa oggetto della compravendita e tali diritti risultino effettivamente spettanti a tale terzo[33].
Nello stesso senso si è espressa la giurisprudenza di legittimità, la quale ha proprio ribadito l'irrilevanza della disponibilità materiale[34].
Sebbene non siano mancate delle voci contrarie (anche autorevoli[35]), prevale in dottrina e giurisprudenza l'opinione secondo la quale, affinché possa configurarsi propriamente un fenomeno evittivo, è necessario che l'evento che lo ha determinato sia riconducibile ad una causa preesistente alla conclusione del contratto di compravendita.

Non risulta dunque coperta dalla garanzia per evizione (salvo apposita estensione convenzionale della stessa) l'ipotesi di vittorioso esercizio dell'azione di restituzione nei confronti del terzo acquirente *ex* art. 563 c.c., da parte del legittimario pretermesso già vittorioso in riduzione. Mentre discussa è l'ipotesi in cui la perdita del diritto del compratore consegua a doppia alienazione immobiliare. Secondo autorevole dottrina, in tal caso, il venditore incorre in responsabilità extracontrattuale (atteso che comunque il diritto era già stato trasferito, ai sensi dell'art. 1376 c.c.)[36] avendo cagionato la lesione del diritto trasferito; in giurisprudenza, invece, si è ritenuto che la fattispecie comporti inadempimento dell'obbligo gravante sul venditore *ex* art. 1476, n. 2, c.c. (obbligo di far conseguire al compratore la proprietà del bene), anziché *ex* art. 1476, n. 3, c.c. (obbligo di garantire dall'evizione).

Effetti della garanzia

Quanto agli effetti della garanzia, essi consistono essenzialmente, secondo il disposto dell'art. 1483 c.c., nel riconoscimento in favore del compratore del diritto al risarcimento del danno e alla corresponsione di una somma pari al valore dei frutti che egli sia tenuto a restituire al terzo, oltre alle eventuali spese giudiziali.
Peraltro, detti effetti conseguono al mero fatto obiettivo della perdita del diritto acquistato e, quindi, indipendentemente dalla colpa del venditore e dalla stessa conoscenza da parte del compratore della possibile causa della futura evizione, in quanto detta perdita comporta l'alterazione del sinallagma contrattuale e la conseguente necessità di porvi rimedio con il ripristino della situazione economica

[32] LUMINOSO, *op. cit.*, 225-226; RUBINO, *op. cit.*, 629.
[33] CAPOZZI, CILLI, D'AMATO E TAVANI, *op. cit.*, 55.
[34] Cass. civ., sez. II, 18 ottobre 2005, n. 20165, in *Dir. e Giust.*, 2006, 2, 42.
[35] BIANCA, *op. cit.*, 838.
[36] GAZZONI, *op. cit.*, 1101.

del compratore quale era prima dell'acquisto[37]. Ovviamente il diritto al risarcimento danni non spetta nel caso in cui il compratore abbia dato causa con il proprio comportamento alla perdita del bene acquistato (ciò è confermato dalla previsione di cui all'art. 1485, comma 3, c.c. secondo la quale «*il compratore che ha spontaneamente riconosciuto il diritto del terzo perde il diritto alla garanzia, se non prova che non esistevano ragioni sufficienti per impedire l'evizione*»).

Deve, peraltro, ricordarsi che secondo il disposto di cui all'art. 1485, comma 1, c.c., al fine di conservare il diritto alla garanzia, il compratore convenuto da un terzo, che pretende di avere diritti sulla cosa venduta, ha l'onere di chiamare in causa il venditore. Qualora non lo faccia e sia condannato con sentenza passata in giudicato, perde il diritto alla garanzia, se il venditore prova che esistevano ragioni sufficienti per far respingere la domanda.

Evizione parziale

Le disposizioni finora illustrate trovano applicazione anche nel caso di evizione parziale (art. 1484 c.c.), che ricorre quando il compratore subisca la rivendicazione o l'espropriazione limitatamente ad una parte del bene.

Evizione limitativa

L'evizione parziale deve essere tenuta distinta dalla c.d. «evizione limitativa» prevista dall'art. 1489 c.c., che ricorre quando la cosa venduta sia gravata da oneri o da diritti reali o personali non apparenti che ne diminuiscano il libero godimento[38]. In tale ipotesi il compratore, ove tali diritti non siano stati dichiarati in contratto ed egli non ne abbia avuto conoscenza, può domandare la risoluzione del contratto ovvero una riduzione del prezzo secondo quanto previsto dall'art. 1480 c.c. La distinzione tra le due fattispecie viene individuata osservando che mentre l'evizione parziale importa quantitativamente il mancato acquisto di una parte del diritto, l'altra tutela il compratore di buona fede per l'ipotesi che il diritto acquistato non sia qualitativamente esercitabile in tutta l'espansione consentita dal suo contenuto tipico, per la coesistenza di oneri o diritti a favore di terzi. È stato precisato[39] che l'art. 1489 c.c. si riferisce sia ad oneri e diritti di godimento altrui di natura privatistica (tra i quali la giurisprudenza annovera anche le clausole contrattuali che vietino il mutamento di destinazione d'uso dell'immobile), sia a oneri e limitazioni di natura pubblicistica[40].

Ai sensi dell'art. 1486 c.c.: «*se il compratore ha evitato l'evizione della cosa mediante il pagamento di una somma di denaro, il venditore può liberarsi da tutte le conseguenze della garanzia col rimborso della somma pagata, degli interessi e di tutte le spese*».

In merito, autorevole dottrina ha osservato che esula dall'ambito di applicazione della norma la c.d. «evizione invertita», che ricorre nel caso in cui il compratore abbia acquistato il diritto

[37] Cass. civ., sez. II, 18 ottobre 2005, n. 20165, in *Giust. civ. Mass.*, 2005, 10.

[38] La distinzione è tenuta costantemente presente in giurisprudenza. Si veda per tutte: Cass. civ., sez. II, 25 settembre 2008, n. 24055, in *Dir. e Giust.*, 2008.

[39] Si veda in particolare CIAN-TRABUCCHI, *op. cit.*, 1577.

[40] La giurisprudenza distingue l'evizione parziale dalla fattispecie di cui all' art. 1489: mentre nella prima si verifica il mancato acquisto di una parte del diritto sotto il profilo quantitativo, nella seconda il compratore di buona fede è tutelato per l'eventualità in cui il diritto acquisito non sia qualitativamente esercitabile in tutta l'espansione consentita dal suo contenuto tipico (Cass. civ., Sez. II, Ordinanza, 24/12/2021, n. 41490; Cass. civ., Sez. II, 23/10/1991, n. 11218; Cass. civ., 06/12/1984, n. 6402; Cass. civ., 05/06/1982, n. 3433). Nel primo caso, dunque, è superflua l'indagine circa la non apparenza del diritto fatto valere dal terzo sulla cosa e circa l'ignoranza di tal diritto da parte dell'acquirente, in quanto tali requisiti sono richiesti solo per l'esperimento dell'azione ex art. 1489 e non per l'azione di evizione parziale (Cass. civ., Sez. II, Ordinanza, 24/12/2021, n. 41490).

direttamente dal terzo che potrebbe agire in rivendica, in questa ipotesi infatti la vendita originaria deve intendersi definitivamente inadempiuta. In tal caso il prezzo della seconda vendita potrebbe costituire il punto di riferimento ai fini della determinazione del risarcimento dovuto al compratore, senza però esaurirlo senz'altro per intero e fermo restando il diritto alla restituzione del prezzo originariamente pagato per la prima vendita. Non manca, tuttavia, chi sostiene l'applicabilità della norma in esame anche in caso di accessione, allo scopo di evitare facili elusioni da parte del compratore che diversamente potrebbe addirittura anche conseguire un lucro dall'operazione[41].

Modifiche convenzionali della garanzia

La portata della garanzia per evizione può essere modificata in aumento o in diminuzione per accordo delle parti, ferma restando la responsabilità del venditore per fatto proprio (art. 1487 c.c.). Secondo la dottrina prevalente l'evizione per fatto proprio si ha solo quando il terzo fa valere contro il compratore un atto dispositivo, proveniente dal venditore, compiuto prima della stipulazione del contratto[42]. Secondo altri autori l'espressione si riferirebbe anche agli atti compiuti dal venditore successivamente alla conclusione del contratto (come nel caso di vendita a favore di un secondo compratore che prevale per aver trascritto per primo)[43].

Quanto agli effetti dell'esclusione convenzionale, l'art. 1488 c.c. dispone che «*quando è esclusa la garanzia, non si applicano le disposizioni degli artt. 1479 e 1480 c.c.; se si verifica l'evizione, il compratore può pretendere dal venditore soltanto la restituzione del prezzo pagato e il rimborso delle spese. Il venditore è esente anche da quest'obbligo quando la vendita è stata convenuta a rischio e pericolo del compratore*».

L'ipotesi di vendita a rischio e pericolo del compratore comporta la completa esclusione della responsabilità del venditore. La dottrina prevalente e la giurisprudenza qualificano tale contratto come aleatorio[44]: infatti, nella vendita in questione il compratore assume il rischio della non appartenenza del diritto al venditore al momento della conclusione del contratto e si obbliga a pagarne il prezzo, anche nel caso in cui dovesse subire l'evizione dopo il trasferimento (il rischio non riguarda l'esistenza della cosa, come nell'*emptio spei*, ma la sussistenza del diritto trasferito). Dalla formulazione letterale della norma (art. 1488, comma 2, c.c.) emerge che l'intento di addossare il rischio sul compratore debba risultare da una pattuizione espressa e che non basti la mera conoscenza dell'altruità della cosa.

Pericolo di evizione

Il codice disciplina anche il semplice pericolo di evizione, prevedendo che il compratore, ove abbia ragione di temere una rivendica di terzi, possa legittimamente sospendere il pagamento del prezzo, salvo che il venditore presti idonea garanzia e salvo che fosse a conoscenza del pericolo al momento dell'acquisto. La giurisprudenza ha precisato che il diritto previsto dall'art. 1481 c.c. presuppone che il pericolo di evizione sia effettivo e cioè non meramente presuntivo o putativo, onde esso non può risolversi in un mero timore soggettivo che l'evizione possa verificarsi, ma (anche quando si abbia conoscenza che la cosa appartenga ad altri) occorre che emerga da elementi oggettivi o comunque da indizi

[41] RUBINO, *op. cit.*, 565.
[42] RUBINO, *op. cit.*, 745.
[43] BIANCA, *op. cit.*, 880.
[44] BIANCA, *op. cit.*, 881.

concreti che il vero proprietario abbia intenzione di rivendicare, in modo non apparentemente infondato, la cosa (ne consegue, ad esempio, che il semplice fatto che un bene immobile provenga da donazione e possa essere teoricamente oggetto di una futura azione di riduzione per lesione di legittima, non costituisce di per sé un pericolo effettivo di rivendica e si deve pertanto escludere che il compratore possa sospendere il pagamento o pretendere la prestazione di una garanzia).
La sospensione del pagamento può essere effettuata anche dal compratore che non conosceva, al momento della conclusione del contratto, l'esistenza di garanzie reali o vincoli derivanti da pignoramento o da sequestro non dichiarati dal venditore (art. 1482, comma 1, c.c.).
Il compratore, inoltre, può far fissare al giudice un termine, alla scadenza del quale, se la cosa non è liberata, il contratto è risolto, con l'obbligo del venditore di risarcire il danno (art. 1482, comma 2, c.c.).

2.2. La garanzia per vizi e per mancanza di qualità.

Nozione di vizi

Il venditore, ai sensi dell'art. 1490, comma 1, c.c., deve garantire che la cosa venduta sia immune da vizi che la rendano inidonea all'uso cui è destinata o ne diminuiscano in modo apprezzabile il valore.

Vizi

I vizi consistono in imperfezioni materiali della cosa, tali da incidere sulla utilizzabilità o sul valore[45].
La garanzia può essere esclusa o limitata convenzionalmente, ma le clausole in deroga non hanno effetto in caso in cui il venditore abbia taciuto in mala fede i vizi della cosa (art. 1490, co. 2, c.c.).

Riconoscibilità del vizio

La garanzia non è dovuta nel caso di vizi conosciuti o facilmente riconoscibili dal compratore (art. 1491 c.c.), salvo che in questo caso il venditore ne abbia dichiarato l'assenza. È discussa la nozione di vizio riconoscibile e il conseguente sforzo di diligenza richiesto al compratore: secondo una prima impostazione potrebbe essere considerato riconoscibile soltanto il vizio che emerga *ictu oculi* alla vista della cosa. Secondo altri sarebbe da considerarsi tale anche quello che richieda una diligenza minima per la scoperta[46]. Per la giurisprudenza[47], per la quale l'art. 1491 non postula l'esigenza che vi sia una particolare competenza tecnica, né il ricorso all'opera di esperti, ma è circoscritto alla diligenza occorrente per rilevare i difetti di facile percezione da parte dell'uomo medio. Il ricorso all'esperto, dunque, segna il *discrimen* tra le ipotesi in cui sia prevista la garanzia e quelle in cui sia esclusa, e cioè, se il vizio sia o meno facilmente riconoscibile.

Onere di denunzia

L'art. 1495 c.c. impone al compratore l'onere, a pena di decadenza dalla garanzia, di denunziare i vizi al venditore entro il termine di otto giorni dalla scoperta, salvo diverso termine stabilito dalle parti o dalla legge.
La denuncia è atto giuridico in senso stretto, di natura recettizia, con cui il compratore porta a conoscenza del venditore la presenza di vizi o di mancanza di qualità.

---

[45] BIANCA, *op. cit.*, 885.
[46] Cass. civ., sez. II, 22 gennaio 2000, n. 695, in *Dir. prat. soc.*, 2000, 7, 78.
[47] Cass. civ., Sez. VI - 2, Ordinanza, 06/02/2020, n. 2756; Cass. civ., Sez. II, 18/12/1999, n. 14277; Cass. civ., 09/04/1974, n. 990.

Non occorre specificare la causa o la natura dei vizi, essendo sufficiente una denuncia generica e sommaria che valga ad avvisare il venditore.

La denuncia non è soggetta a particolari formalità, ma è onere del compratore precostituirsi la prova dell'avvenuta denuncia e della sua tempestività.

Le parti possono pattuire un termine diverso da quello previsto dalla legge per la denuncia, trattandosi di termine di decadenza, ma tale convenzione potrebbe incorrere nella nullità ai sensi dell'art. 2965 c.c., ove renda eccessivamente gravoso ad una delle parti l'esercizio dei propri diritti.

Riconoscimento del vizio

Il compratore è esonerato dall'onere della denuncia in caso di riconoscimento o viceversa di occultamento dei vizi da parte del venditore atteso che, in queste ipotesi, il venditore è già necessariamente a conoscenza del vizio stesso.

Si ha riconoscimento del vizio redibitorio, agli effetti di cui all'art. 1495, comma 2, c.c., quando il venditore riconosce che un certo fenomeno denunciatogli, e comunque contestato, costituisce difetto della cosa venduta, anche se non ne indichi la causa o la attribuisca al fatto diverso da quello poi individuato come determinante il difetto. Al contrario, non si ha riconoscimento del vizio della merce quando il fenomeno, cui l'acquirente attribuisce natura di vizio, venga sì riconosciuto dal venditore, ma venga da lui riferito non già ad intrinseco difetto della cosa venduta, bensì a difetto imputabile all'acquirente o a terzi che, per incuria od altro fatto, dopo la vendita o la consegna della merce, ha determinato il fenomeno stesso. Tale riconoscimento, che costituisce una dichiarazione di scienza relativa alla sussistenza della situazione obbiettiva lamentata dall'acquirente e non una dichiarazione negoziale, può essere fatta in qualsiasi forma, anche tacita, cioè con comportamenti incompatibili con l'intenzione di contestare la pretesa avversaria[48].

Occultamento dei vizi

L'occultamento dei vizi, per assumere rilevanza, deve consistere non nel semplice silenzio serbato dal venditore, ma in una particolare attività illecita, funzionale, con adeguati accorgimenti, a nascondere il vizio della cosa[49].

Rimedi a tutela del compratore

Quando la cosa acquistata è viziata, il compratore può chiedere la risoluzione del contratto o la riduzione del prezzo. Si parla, rispettivamente, di azione «redibitoria» ed «estimatoria», definite anche azioni «edili», perché si ricollegano ad analoghe azioni del diritto romano, previste negli editti degli *edili curuli*.

Per la dottrina prevalente, l'azione redibitoria deve essere inquadrata nell'ambito dell'azione di risoluzione per inadempimento della quale condivide la natura, differenziandosi per l'irrilevanza della colpa[50] e per l'onere della preventiva denuncia[51]. La più recente giurisprudenza ammette anche la possibilità di una risoluzione parziale.

Si ammette, infatti, che *«la risoluzione parziale del contratto - espressamente prevista dall'art. 1458 nelle ipotesi di contratti ad esecuzione continuata o periodica - deve ritenersi possibile anche quando l'oggetto del contratto sia rappresentato non già da una sola cosa, caratterizzata da una sua unicità non frazionabile, ma da più cose che, pur se separate dal tutto, possano mantenere*

[48] Cass. civ., sez. II, 11 marzo 2004, n. 4968, in *Giust. civ. Mass.*, 2004, 3.
[49] Cass. civ., sez. II, 15 marzo 2004, n. 5251, in *Giust. civ. Mass.*, 2004, 3.
[50] Si veda Cass. civ., sez. II, 3 giugno 2008, n. 14665, in *Il civilista* 2009, 10, 25.
[51] CIAN-TRABUCCHI, *op. cit.*, 1582-1583.

una propria individualità economico – funzionale»[52].

L'azione estimatoria (o *quanti minoris*) tutela l'equilibrio tra le prestazioni per il caso in cui il compratore non opti per la risoluzione. Tale azione è volta ad ottenere la restituzione di una parte del prezzo o, se questo non era stato ancora corrisposto, la liberazione dell'acquirente dall'obbligo del suo pagamento[53]. La misura della riduzione è stabilita dal giudice, il quale accerta in quale percentuale il prezzo incida sul bene integro e, quindi, diminuisce il prezzo pattuito secondo tale percentuale. Il compratore ha, in ogni caso, diritto alla differenza di valore determinata dai vizi stessi, riferita non al valore obiettivo della cosa, ma al prezzo convenuto[54]. Ove la percentuale non possa essere determinata con sufficiente grado di approssimazione, il giudice provvedere ad una valutazione equitativa[55].

La scelta tra le due azioni è irrevocabile con la proposizione della domanda giudiziale (art. 1492, comma 2, c.c.). Peraltro, se la cosa viziata è perita per caso fortuito o per colpa del compratore o se questi l'ha alienata o trasformata, non potrà più agire con la risoluzione ma dovrà necessariamente agire con l'estimatoria (art. 1492, comma 3, c.c.).

Sul piano processuale è inammissibile la domanda di riduzione esperita in subordine rispetto alla proposizione a titolo principale dell'azione di risoluzione, in quanto entrambe le azioni si ricollegano ai medesimi presupposti, cioè la sussistenza di vizi con le caratteristiche fissate dall'art. 1490 c.c., il quale stabilisce una disciplina della materia completa, non integrabile con le regole dell'art. 1455 c.c., sull'importanza dell'inadempimento, restando esclusa la configurabilità di un rapporto di subordinazione fra le succitate domande[56].

Il venditore è poi tenuto in ogni caso verso il compratore al risarcimento del danno se non prova di avere ignorato senza colpa i vizi della cosa (art. 1494, comma 1, c.c.).

Il risarcimento del danno spetta al compratore indipendentemente dall'esercizio delle azioni edilizie di cui all'art. 1492 c.c[57].

L'azione in esame è fondata sui principi generali che disciplinano la responsabilità per inadempimento sia sul piano dell'onere della prova sia quanto alla colpa (in quanto spetta al compratore provare la sussistenza dei vizi, mentre grava sul venditore l'onere di fornire la prova liberatoria di avere ignorato senza sua colpa i vizi medesimi, superando la presunzione di conoscenza posta a suo carico dall'art. 1494 c.c.[58]).

---

[52] Cass. civ., sez. II, 21 dicembre 2004, n. 23657, in *Contratti*, 2005, 654.

[53] Rubino, 812.

[54] Cass. civ., Sez. II, Ordinanza, 19/01/2022, n. 1517.

[55] Cass. civ., Sez. II, 06/10/2000, n. 13332; Cass. civ., 16/11/1978, n. 5297.

[56] Cass. civ., sez. II, 29 novembre 2004, n. 22415, in *Giust. civ. Mass.*, 2004, 11

[57] Cass. civ., Sez. II, Ordinanza, 17/01/2022, n. 1218. Il compratore, che abbia subito un danno a causa dei vizi della cosa, può rinunciare a proporre l'azione per la risoluzione del contratto o per la riduzione del prezzo ed esercitare la sola azione di risarcimento del danno dipendente dall'inadempimento del venditore, 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.

[58] Cass. civ., Sez. un., 3 maggio 2019, n. 11748. In particolare, le. S.U. 3 maggio 2019, n. 11748 hanno affermato che il compratore che esercita le azioni di risoluzione del contratto o di riduzione del prezzo di cui all'art. 1492 c.c. deve provare l'esistenza dei vizi poiché la garanzia per vizi non costituisce una prestazione del venditore la cui inattuazione dà luogo a inadempimento dell'obbligazione ma consiste in

Prescrizione Per tutte e tre le azioni legali sopra esaminate (risoluzione, riduzione del prezzo e risarcimento del danno) è previsto un termine di prescrizione annuale. Il *dies a quo* del periodo annuale di prescrizione coincide con quello di conclusione del contratto, nei casi in cui il compratore abbia la disponibilità della cosa; altrimenti da quello della consegna. Nella vendita con trasporto, il termine di prescrizione decorre dal momento in cui il venditore rimette la cosa al compratore. Nella vendita su documenti, il termine decorre dal momento in cui vengono rimessi i titoli rappresentativi.

Occorre precisare che le S.U. 11 luglio 2019, n. 18672, hanno affermato che, con riferimento all'interruzione della prescrizione della garanzia per vizi (art. 1495, c. 3, c.c.), trova applicazione la disciplina generale (art. 2943 ss.), sicché la prescrizione non è interrotta soltanto dall'azione giudiziale ma anche dagli altri atti interruttivi stragiudiziali. Infatti, nonostante il tenore letterale dell'art. 1495, c. 3, c.c. faccia riferimento alla prescrizione dell'azione (così apparentemente affermando la natura solo processuale dei "rimedi edilizi" e la conseguente possibilità di interrompere la prescrizione unicamente con il suo esercizio giudiziale) la lettera della norma non può dirsi dirimente.

La giurisprudenza di legittimità è univocamente orientata a ritenere che l'impegno del venditore a riparare il bene implichi il riconoscimento del vizio da cui esso è affetto e impedisca, quindi, la decadenza comminata al compratore dall'art. 1495 c.c. per il caso di mancata tempestiva denuncia. L'obbligazione assunta dal venditore non determina di per sé la sostituzione della nuova obbligazione alla precedente e l'estinzione di questa per novazione oggettiva, poiché un tale effetto novativo, per il disposto dell'art. 1230 c.c., può conseguire soltanto ad una inequivoca volontà manifestata in tal senso dalle parti, sicché di regola le due obbligazioni coesistono[59].

Si discute se l'impegno assunto dal venditore di eliminare i vizi della cosa venduta comporti soltanto un'interruzione della prescrizione destinata a decorrere *ex novo* secondo lo speciale regime annuale delle azioni edili, ovvero determini l'applicazione dell'ordinario regime decennale di prescrizione.

Sul punto, le Sezioni Unite[60] hanno chiarito che l'impegno del venditore all'eliminazione dei vizi, accettato dal compratore, fa sorgere un diritto soggetto alla prescrizione decennale, mentre i diritti alla riduzione del prezzo e alla risoluzione del contratto restano soggetti alla prescrizione annuale.

Ciò in quanto il contenuto dell'obbligazione "*di garantire il compratore ... da vizi di cosa*", che nell'art. 1476, n. 3, c.c. è inserita tra quelle "*principali del venditore*", è precisato dagli artt. 1492, 1493 e 1494 c.c., i quali attribuiscono al compratore (salve le esclusioni stabilite dagli artt. 1490 e 1491

---

un impegno contrattuale (quello di un esatto obbligo traslativo secondo quanto promesso) la cui inattuazione dà luogo a inadempimento del contratto. Non trova quindi applicazione la ripartizione dell'onere della prova indicata dalle S.U. n. 13533/2001 con riferimento all'inadempimento delle obbligazioni nelle ordinarie azioni contrattuali di adempimento, di risoluzione e di risarcimento del danno (art. 1453 c.c.) bensì il generale criterio di cui all'art. 2697 c.c. secondo cui chi vuol fare valere un diritto in giudizio (come quello alla risoluzione della vendita o alla riduzione del prezzo) deve provare i fatti che ne costituiscono il fondamento (ossia l'esistenza dei vizi denunciati).

[59] Cfr. Cass. civ., Sez. un., 21 giugno 2005 n. 13294, per cui l'impegno del venditore ad eliminare i vizi della cosa costituisce un'obbligazione ulteriore che si aggiunge a quelle della garanzia per vizi (che, pertanto, non ne sono escluse) e di regola non ne comporta la novazione oggettiva.

[60] Cass. civ., Sez. un., 13 novembre 2012, n. 19702.

c.c.) sia la facoltà di "*domandare a sua scelta la risoluzione del contratto ovvero la riduzione del prezzo, salvo che, per determinati vizi, gli usi escludano la risoluzione*", sia le restituzioni e i rimborsi conseguenti alla risoluzione, sia il "*risarcimento del danno*", se il venditore "*non prova di avere ignorato senza colpa i vizi della cosa*", e comunque per i "*danni derivati dai vizi*" stessi.
In queste disposizioni si esaurisce la regolamentazione dell'istituto, che pone quindi il venditore in una situazione non tanto di "obbligazione", quanto piuttosto di "soggezione", esponendolo all'iniziativa del compratore, intesa alla modificazione del contratto di vendita, o alla sua caducazione, mediante l'esperimento rispettivamente dell'*actio quanti minoris* o dell'*actio redibitoria*. Il venditore deve subire tali effetti, che si verificano nella sua sfera giuridica *ope iudicis*, senza essere tenuto ad eseguire alcuna prestazione, a parte il dare e il solvere derivanti dai doveri di restituzione e di risarcimento.
La diversa obbligazione di *facere*, che egli assume impegnandosi a eliminare i vizi della cosa non dà luogo all'estinzione per novazione della garanzia apprestata dagli artt. 1490 e ss. c.c., sicché non vi è spazio per ritenere che possa influire sulla sua disciplina, in particolare trasformando da annuale in decennale il termine di prescrizione previsto dall'art. 1495 c.c., che è insuscettibile di modificazioni per volontà delle parti, stante il divieto sancito dall'art. 2936 c.c. Dunque, l'ulteriore diritto, che il compratore acquisisce, è soggetto alla prescrizione ordinaria decennale, in quanto è estraneo alla previsione degli artt. 1490 e ss. c.c., ma proprio per questa stessa ragione resta applicabile alle azioni edilizie, che al compratore stesso già competevano, la prescrizione annuale che per esse specificamente è stabilita.
Il pericolo che, in tal modo, le azioni di riduzione del prezzo e di risoluzione si prescrivano nel periodo in cui il compratore si astiene dall'esercitarle, essendo in corso gli interventi del venditore per l'eliminazione dei vizi, è agevolmente evitabile ponendo in essere atti interruttivi. Secondo le Sezioni Unite, conclusivamente, l'impegno del venditore all'eliminazione dei vizi, accettato dal compratore, fa sorgere il corrispondente diritto, che è soggetto alla prescrizione decennale, mentre i diritti alla riduzione del prezzo e alla risoluzione del contratto restano soggetti alla prescrizione annuale.

Esperibilità della c.d. "azione di esatto adempimento"

Si discute se il compratore possa proporre l'azione c.d. «di esatto adempimento», chiedendo la condanna del venditore alla riparazione dei vizi o alla sostituzione della cosa con altra esente da vizi.
La tesi negativa[61] si basa sulla considerazione che la disciplina della garanzia per vizi avendo carattere speciale su quella generale - dettata dagli artt. 1453 e ss. c.c. - che prevede, in alternativa alla risoluzione, l'azione di adempimento. Inoltre, chiedendo la sostituzione o la riparazione si chiede, in pratica, una nuova attività, che esula dal contenuto dell'impegno contrattuale. In particolare, la giurisprudenza (che è sostanzialmente orientata nello stesso senso) ritiene che l'acquirente di un immobile non può ottenere la condanna all'eliminazione dei vizi della cosa venduta, dato che l'obbligazione principale del venditore non ha per oggetto, neppure in via sussidiaria, un *facere* relativo alla materiale struttura della cosa venduta. La tesi positiva si basa sull'assunto che l'azione di adempimento è un'azione di carattere generale e, come tale, applicabile in tutti i casi di inadempimento di un rapporto obbligatorio[62]. Secondo altri, l'azione di adempimento sarebbe configurabile come azione di risarcimento in forma specifica[63].
Rimane, comunque, ferma la possibilità che il venditore assuma pattiziamente

[61] LUMINOSO, *op. cit.*, 300.
[62] RUBINO, *op. cit.*, 825, secondo il quale comunque detta azione di adempimento potrebbe essere esercita solo nei casi in cui il venditore versi in colpa.
[63] BIANCA, *op. cit.*, 1010.

l'obbligo di eliminare i vizi.

Mancanza di qualità

Dai vizi si distingue la mancanza di qualità essenziali o promesse che, ai sensi dell'art. 1497 c.c., autorizza il compratore a chiedere la risoluzione del contratto, secondo le regole generale sulla risoluzione per inadempimento.

Qualità essenziali sono quelle indispensabili per l'uso cui la cosa è normalmente destinata, della cui esistenza il venditore risponde anche in assenza di espressa deduzione delle stesse nel contratto. Qualità promesse sono quelle oggetto di contrattazione esplicita o implicita. Peraltro, l'esistenza di una pattuizione in merito alle qualità del bene rende superflua ogni indagine circa il carattere essenziale delle stesse.

Azioni a tutela dell'acquirente

Riguardo alle azioni a tutela dell'acquirente è discussa la possibilità di accomunare l'ipotesi di mancanza di qualità a quella dei vizi. Sebbene la prevalente dottrina abbia mostrato una certa tendenza a parificare la tutela del compratore nelle due ipotesi, la giurisprudenza di legittimità ha individuato alcuni elementi di distinzione.

In particolare, con riferimento all'azione di risoluzione (ferma l'applicabilità dei termini di prescrizione e decadenza stabiliti dall'art. 1495 c.c., in quanto espressamente richiamati dall'art. 1497, comma 3, c.c.) è stato evidenziato come, mentre il legittimo esercizio dell'azione di risoluzione per vizi della cosa alienata non presuppone l'esistenza della colpa dell'alienante per il disposto dell'art. 1492 c.c., tale elemento, per converso, è richiesto nella diversa ipotesi di risoluzione per difetto delle qualità promesse *ex* art. 1497 c.c., norma che, a differenza della prima, richiama le disposizioni generali dell'istituto della risoluzione per inadempimento, fondato, come noto, sul principio della colpa dell'inadempiente[64]. Non vi è accordo in dottrina e giurisprudenza circa l'applicabilità al caso in esame dell'azione *quanti minoris*: non si dubita però (anche da parte di chi nega l'esperibilità dell'azione edile di riduzione del prezzo) che lo stesso risultato pratico possa essere raggiunto attraverso il rimedio risarcitorio che può configurarsi nella forma della riduzione del prezzo dovuto.

Mancanza di qualità ed errore sulla qualità

La fattispecie della mancanza di qualità deve essere tenuta distinta dall'ipotesi di errore sulla qualità: si ritiene infatti che l'errore attenga alla fase genetica del contratto configurandosi falsa rappresentazione della prestazione dovuta e delle sue caratteristiche, mentre la mancanza di qualità concerna la fase esecutiva consistendo in un'inesattezza del bene attribuito che è privo delle caratteristiche pattuite o necessarie, ben chiare fin dall'inizio al compratore[65]. La giurisprudenza di legittimità, tuttavia, ha riconosciuto l'ammissibilità dell'esercizio in via alternativa delle due azioni (di risoluzione per mancanza di qualità e di annullamento per errore) nel medesimo processo[66].

Mancanza di qualità e "vendita di aliud pro alio"

Le fattispecie di vendita di bene viziato o mancante delle qualità devono poi certamente tenersi distinte quella della c.d. «vendita di *aliud pro alio»,* che ricorre sostanzialmente nell'ipotesi in cui sia consegnato all'acquirente un bene completamente diverso da quello pattuito. La distinzione si presenta assai importante, dal momento che nel caso di *aliud pro alio* trova applicazione la

[64] Cass. civ., sez. II, 21 gennaio 2000, n. 639, in *Contratti*, 2000, 903.
[65] GALGANO, *op. cit.*, 1621; RUBINO, *op. cit.*, 906.
[66] Cass. civ., sez. II, 4 aprile 2003, n. 5313, in *Giust. civ. Mass.*, 2003, 4,

normativa generale dettata in materia di risoluzione per inadempimento dagli artt. 1453 e ss. c.c., sicché la relativa azione non sarà soggetta ai termini brevi di decadenza e prescrizione di cui all'art. 1495 c.c., ma subordinata all'ordinario termine decennale di prescrizione[67].

La distinzione tra le fattispecie in esame, tuttavia, non è sempre agevole sul piano pratico, anche in considerazione del fatto che la giurisprudenza ritiene sussistente l'ipotesi di consegna di *aliud pro alio* non quando la cosa consegnata appartenga ad un genere radicalmente diverso da quello pattuito, ma anche quando la cosa sia priva delle particolari qualità necessarie affinché assolva alla sua naturale funzione economico-sociale ovvero a quella funzione che le parti abbiano assunto come essenziale[68].

3. Le varie tipologie di vendita: in particolare, la vendita di bene altrui.

Come già sopra evidenziato, tra le ipotesi di vendita obbligatoria che fanno sorgere a carico del venditore l'obbligo di procurare l'acquisto del bene al compratore (art. 1478 c.c.) rientra la vendita di bene altrui.

Al fine di individuare correttamente la disciplina positiva dell'istituto è necessario distinguere a seconda che l'acquirente sia o viceversa non sia consapevole dell'altruità della cosa acquistata.

Nel caso in cui le parti abbiano espressamente dichiarato nel contratto l'appartenenza ad un terzo del bene compravenduto ovvero l'acquirente sia comunque a conoscenza di tale circostanza al momento della prestazione del consenso, infatti, si perfeziona, secondo la pacifica opinione di dottrina e giurisprudenza, una valida vendita obbligatoria. Nel caso, poi, in cui il venditore non faccia conseguire la proprietà al compratore, come stabilito dall'art. 1478 c.c., secondo alcuni potrebbe trovare applicazione l'art. 1381 c.c. (promessa del fatto del terzo) sicché il venditore sarebbe esposto a responsabilità a prescindere da una sua colpa[69]; secondo altri, l'obbligo risarcitorio sarebbe comunque subordinato - secondo i principi generali - alla possibilità di ravvisare una colpa del venditore.

Nel diverso caso in cui l'acquirente ignorasse l'altruità del bene, trova applicazione il chiaro disposto di cui all'art. 1479 c.c., secondo il quale il compratore può chiedere la risoluzione del contratto (salvo che il venditore non gli abbia fatto conseguire la proprietà della cosa), la restituzione del prezzo pagato ed il rimborso delle spese effettuate in dipendenza del contratto, salvo il diritto ad ottenere il risarcimento del danno subito.

Quanto all'obbligo di far acquistare la proprietà del bene alienato (derivante dall'art. 1478 c.c., e più ampiamente dall'art. 1476, n. 2, c.c.), esso può essere adempiuto sia mediante l'acquisto della proprietà della cosa da parte del venditore, col successivo trasferimento di essa al compratore, sia mediante la vendita diretta della cosa stessa dal terzo al compratore, purché tale trasferimento, anche se il venditore non sia intervenuto nel relativo contratto, abbia avuto luogo in conseguenza di una attività svolta dallo stesso venditore e cioè dei rapporti tra

[67] Cass. civ., sez. II, 3 luglio 2004, n. 14586, in *Giust. civ. Mass.*, 2004, 7-8.

[68] CIAN-TRABUCCHI, *op. cit.*, 1579; Cass. civ., sez. II, 23 marzo 1999, n. 2712, in *Notar.*, 1999, 307; Cass. civ., sez. II, 17 settembre 2004, n. 18757, in *Giust. civ. Mass.*, 2004, 9.

[69] RUBINO, *op. cit.*, 358.

questi e il terzo proprietario del bene e in ragione dell'adempimento da parte di quest'ultimo degli obblighi assunti nei confronti del venditore[70] definitivo. Nel caso di vendita di bene solo in parte altrui (art. 1480 c.c.), il compratore che ignorava la circostanza può chiedere la risoluzione ed il risarcimento del danno, quando, avuto riguardo alle circostanze, debba ritenersi che non avrebbe acquistato il bene senza la parte di cui non è divenuto proprietario; diversamente può chiedere solo una riduzione del prezzo, oltre al risarcimento del danno. Secondo la giurisprudenza di legittimità la disciplina di cui all'art. 1480 c.c. comprende sia l'ipotesi di vendita per intero di un bene rispetto al quale la proprietà dell'alienante sia limitata soltanto ad una parte materiale della cosa (*communio pro diviso*), sia l'ipotesi di vendita da parte di un comproprietario, di una cosa di proprietà comune *pro indiviso*[71].

3.1. La vendita di cosa futura.

Nozione Nella vendita di cosa futura l'acquisto della proprietà si verifica quando la cosa viene ad esistenza. Nel caso di vendita di alberi o di frutti di un fondo, la proprietà si acquista quando gli alberi sono tagliati o i frutti separati.

La vendita di cosa futura è quella che ha per oggetto una cosa che non esiste al momento della stipula del contratto, ma si prevede che verrà ad esistenza, occorra o no a tal fine l'attività dell'uomo. Essa è riconducibile alla figura dell'*emptio rei speratae* conosciuta nel diritto romano.

Natura giuridica Sotto il profilo della natura giuridica, sono state espresse sia in dottrina che in giurisprudenza molteplici opinioni. Innanzitutto, sebbene non sia mancato chi ha ritenuto la figura in esame un contratto incompleto, suscettibile soltanto di effetti preliminari, l'orientamento prevalente è nel senso che si tratti di una fattispecie negoziale perfetta sin dall'inizio, ricorrendo in essa tutti gli elementi essenziali del contratto, ivi compreso l'oggetto costituito dalla *res sperata* o *in fieri*[72].

Secondo un'ulteriore impostazione esso si configurerebbe come negozio a consenso anticipato, caratterizzato dall'inversione dell'ordine cronologico con il quale sopravvengono gli elementi del contratto, nel senso che l'elemento oggettivo normalmente preesistente all'elemento soggettivo del consenso delle parti, è invece destinato a sopravvenire in un momento successivo[73].

La tesi dominante è, tuttavia, nel senso che si tratti di un'ipotesi di vendita obbligatoria o meglio ad effetti obbligatori immediati ed effetti reali differiti[74]. Il venditore deve, cioè, considerarsi obbligato a porre in essere l'attività strumentale positiva eventualmente necessaria per la produzione del risultato traslativo, dovendo altrimenti rispondere per inadempimento contrattuale (art. 1218 c.c.).

Oggetto Oggetto della vendita di cosa futura è un bene attualmente inesistente come autonomo oggetto di diritti. Può trattarsi sia di cosa non ancora esistente *in rerum natura* sia di cosa che, seppure esistente, non sia in proprietà di alcuno (*res nullius*)

---

[70] Cass. civ., sez. III, 27 novembre 2001, n. 15035, in *Giust. civ. Mass.*, 2001, 2023.
[71] Cass. civ., sez. II, 12 gennaio 2005, n. 387, in *Giust. civ. Mass.*, 2005, 1.
[72] CAPOZZI, CILLI, D'AMATO E TAVANI, *op. cit.*, 91.
[73] RUBINO, *op. cit.*, 178.
[74] Cfr. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Tratt. dir. civ. it.*, Torino, 1952, 241; Cass. civ., sez. I, 7 settembre 1978, n. 4047, in *Riv. not.*, 1979, 224; Cass. civ., sez. II, 28 novembre 1987, n. 8863, in *Giust. civ. Mass.*, 1987, 11; Cass. civ., sez. II, 1° marzo 2007, n. 4888, in *Guida al dir.*, 2007, 21, 48.

e come tale suscettibile di occupazione, sia di prodotto d'opera non ancora realizzato o di prodotto naturale non ancora staccato dalla cosa madre e, pertanto, insuscettibile di proprietà separata. Naturalmente, è necessario che la venuta ad esistenza della cosa sia evento materialmente e giuridicamente possibile, versandosi altrimenti nell'ipotesi di nullità del contratto per impossibilità originaria dell'oggetto.

La vendita di cosa futura si distingue dalla vendita di cosa altrui perché quest'ultima riguarda un bene già esistente ma appartenente a persona diversa dal venditore (o - come si usa dire – ha ad oggetto un bene futuro solo soggettivamente e non oggettivamente).

Disciplina

Quanto alla disciplina positiva, l'art. 1472, comma 2, c.c., prevede che qualora le parti non abbiano voluto concludere un contratto aleatorio, la vendita è nulla, se la cosa non viene ad esistenza. La formulazione apparentemente chiara della norma non ha impedito che si ponessero dei problemi interpretativi. Si discute, infatti, se si tratti di autentica nullità, ovvero di un'impropria espressione che indica, in omaggio ai principi generali, l'istituto della risoluzione del contratto. Prevale questa seconda opinione, atteso che, una volta configurato il contratto in esame come negozio perfetto, la mancata venuta ad esistenza del bene futuro non si presenta come un vizio intrinseco del contratto ma come inadempimento dell'obbligazione principale del venditore.

La più attenta dottrina, peraltro, suggerisce di distinguere a seconda che la mancata produzione del bene sia o non imputabile al venditore. Nel primo caso l'azione a favore del compratore è la risoluzione per inadempimento; nel secondo caso è l'azione di risoluzione per impossibilità sopravvenuta[75].

Trascrivibilità

In ordine alla trascrivibilità del contratto in esame, ove avente in oggetto un bene immobile futuro, si distinguono due tesi. Alcuni autori sostengono la tesi negativa in quanto, prima che la cosa venga ad esistenza, il contratto non produce effetti reali[76]. Altri si sono espressi in senso favorevole in quanto il legislatore richiede ai fini della trascrizione un atto idoneo al trasferimento e non necessariamente un effetto traslativo immediato, come confermato dalla trascrivibilità dei contratti che trasferiscono beni immobili anche se sottoposti a condizione sospensiva, nonché dalla trascrivibilità del contratto preliminare[77].

Differenza tra vendita di cosa futura e appalto

La differenza tra vendita di cosa futura e appalto, di estrema chiarezza sul piano squisitamente teorico (in quanto l'appalto ha un'efficacia essenzialmente obbligatoria, mentre la compravendita ha un'efficacia essenzialmente traslativa), assume nella pratica contorni tutt'altro che definiti nelle ipotesi, non infrequenti, di contratti in cui un soggetto si obbliga verso altro soggetto ad eseguire una determinata opera, che egli realizzerà non solo con la propria organizzazione ed a proprio rischio, ma anche con proprio materiale. In proposito, la giurisprudenza di legittimità ha affermato che la distinzione tra vendita ed appalto nel caso in cui la prestazione di una parte consista sia in un *dare* sia in un *facere*, non si esaurisce nel dato meramente oggettivo del raffronto fra il valore della materia e il valore della prestazione d'opera, ma è necessario avere riguardo alla volontà dei

[75] CAPOZZI, CILLI, D'AMATO E TAVANI, *op. cit.*, 92.
[76] GAZZONI, *Manuale di Diritto Privato*, Napoli, 2019, 1099.
[77] CAPOZZI, CILLI, D'AMATO E TAVANI, *op. cit.*, 94-95.

contraenti, per cui si ha appalto quando la prestazione costituisce un mezzo per la produzione dell'opera e il lavoro è lo scopo essenziale del negozio, in modo che le modifiche da apportare alle cose, pur rientranti nella normale attività produttiva dell'imprenditore che si obbliga a fornirle ad altri, consistono non già in accorgimenti marginali e secondari diretti ad adattarli alle specifiche esigenze del destinatario della prestazione, ma sono tali da dare luogo ad un *opus perfectum*, inteso come effettivo e voluto risultato della prestazione[78]. Rimane salva la possibilità che le parti concludano contratti aventi natura mista di vendita ed appalto (ad esempio, vendita di un terreno verso il corrispettivo della costruzione di un edificio).

Vendita di speranza

La vendita di cosa futura deve essere tenuta distinta dalla c.d. *«empio spei»* o vendita a speranza. Quest'ultimo contratto infatti si connota per il suo carattere aleatorio, in quanto il compratore si obbliga a corrispondere il prezzo in modo incondizionato, anche ove la cosa non venga ad esistenza[79]. L'*emptio spei* deve sempre risultare da un'espressa volizione delle parti e da clausole appositamente stabilite o accettate.

3.2. La vendita di cosa generica.

Nei contratti che hanno ad oggetto cose generiche, la proprietà si trasmette con l'individuazione, fatta secondo le modalità indicate nel contratto, ai sensi dell'art 1378 c.c.

La vendita di cose generica rientra tra le ipotesi di vendita obbligatoria dal momento che dal contratto nasce immediatamente l'obbligo a carico del venditore di procedere all'individuazione.

La giurisprudenza di legittimità ammette anche la vendita generica di beni immobili[80].

L'individuazione si configura come negozio giuridico bilaterale o unilaterale recettizio, da perfezionarsi secondo le modalità pattuite dalle parti.

La vendita di cose generiche deve tenersi distinta dalla vendita di una massa di cose, sia pur omogenee, regolata dal principio dell'immediato trasferimento del diritto, ai sensi dell'art. 1377 c.c.

3.2.1. La vendita alternativa e la vendita con facoltà alternativa.

La vendita alternativa è quel particolare tipo di vendita in cui vi sono due o più prestazioni, entrambe dedotte nel contratto come alternative l'una all'altra.

Il codice civile del 1865 – diversamente da quello attualmente in vigore - prendeva in considerazione la fattispecie in esame, stabilendo che "*la vendita può essere fatta puramente e semplicemente, o sotto condizione sospensiva o risolutiva, e può altresì avere per oggetto due o più cose alternativamente. In tutti questi casi l'effetto di essa è regolato dai principi generali dei contratti*" (art. 1449).

Gli interpreti sono concordi nel ritenere che alla vendita alternativa siano sicuramente applicabili le norme dettate dagli art. 1285 e ss. c.c., in tema di obbligazioni alternative, e quindi, fra le altre, le norme concernenti la titolarità della facoltà di scelta, la decadenza da tale facoltà, nonché le conseguenze

[78] Cass. civ., sez. II, 17 dicembre 1999, n. 14209, in *Giust. civ. Mass.*, 1999, 2561.
[79] GALGANO, *op. cit.*, 1572.
[80] Cass civ., sez. II, 23 marzo 2004, n. 5757, in *Riv. not*, 2004, 1535.

dell'impossibilità della prestazione.
Il dibattito tra gli interpreti verte sull'individuazione del momento a partire dal quale si producono gli effetti traslativi in una vendita alternativa. Da un lato, parte della dottrina ritiene che, verificandosi la concentrazione in un momento successivo rispetto alla conclusione del contratto, è a questo momento che deve farsi riferimento per il trasferimento di proprietà, non avendo la concentrazione alcun effetto retroattivo, giacché al momento della conclusione del contratto di vendita il bene è determinabile, ma non ancora determinato; in sostanza, secondo i fautori di questa tesi, la vendita alternativa viene equiparata ad una vendita generica, in relazione alla quale l'effetto traslativo si produce solo a partire dal momento in cui avviene l'individuazione[81].
Diversamente, secondo altra parte della dottrina, l'effettuazione della scelta - e la conseguente individuazione della prestazione dovuta - produce effetti retroattivi, dovendo l'effetto traslativo farsi risalire al momento della conclusione del contratto. Quest'ultima tesi, in particolare, configura la vendita alternativa come una vendita obbligatoria, i cui effetti – pur producendosi successivamente - retroagiscono al momento della stipula del contratto. Ne consegue che l'atto di scelta, lungi dal costituire un atto negoziale, sarebbe un mero atto giuridico lecito[82].
Una tesi ancora diversa sembra essere quella seguita dalla giurisprudenza, che individua una fattispecie complessa a formazione progressiva; pertanto, viene richiesta la forma scritta sia per il contratto di compravendita, sia per l'atto con cui viene effettuata la scelta.
Una problematica connessa a quella affrontata concerne la possibilità di trascrivere il contratto di compravendita prima che si sia verificata la concentrazione: chi assimila la fattispecie in questione a quella di una vendita generica nega la possibilità di operare la trascrizione; diversamente, i fautori della tesi della vendita obbligatoria ritengono che ciò sia possibile, poiché gli effetti della concentrazione retroagiscono al momento della stipula del contratto e, quindi, la trascrizione produce un effetto prenotativo nei confronti di eventuali altre compravendite, aventi ad oggetto il medesimo bene, che siano state concluse prima che si producesse la concentrazione, ma che siano state trascritte dopo la trascrizione della vendita alternativa.
La fattispecie in esame non va confusa con la vendita con facoltà alternative: in quest'ultima ipotesi, infatti, la prestazione dedotta in contratto è unica, ma è lasciata al venditore la facoltà di scegliere se liberarsi fornendo un diverso bene. In altri termini, nella vendita con facoltà alternative la scelta della diversa prestazione si pone come meramente eventuale, di talché, qualora la stessa non venga effettuata, il venditore resta obbligato a trasferire quanto pattuito.
Pertanto, alla vendita con facoltà alternative non si applica la normativa dettata dal codice in tema di vendita alternativa, ed in particolar modo non si applica la disciplina concernente la concentrazione in caso di impossibilità di una delle prestazioni: nella vendita con facoltà alternative, infatti, qualora venga meno il bene oggetto della prestazione principale, il debitore sarà liberato; diversamente,

[81] DI MAJO-INZITARI, voce *Obbligazioni alternative*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1979, 219.
[82] MAZZONI, *Obbligazioni alternative, obbligazioni e contratti*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Rescigno, IX, vol. 1, Torino, 1989, 582.

qualora l'impossibilità sopravvenuta riguardi la prestazione indicata come facoltativa, il debitore potrà validamente adempiere solamente eseguendo la prestazione principale.

3.3. La vendita con patto di riscatto.

Nozione Il patto di riscatto può essere definito come quella clausola del contratto di compravendita con la quale il venditore si riserva il diritto di riavere la proprietà della cosa e, più in generale, la titolarità del diritto venduto, restituendo il prezzo e rimborsando alcune spese accessorie (art. 1500, comma 1, c.c.)[83].

Fondamento In termini generali, la logica dell'istituto risiede nell'agevolare il venditore consentendogli di mantenere la possibilità di riacquistare il bene, ove sia stato costretto a vendere sotto la pressione di necessità momentanee.

Natura giuridica Quanto alla natura giuridica, secondo parte della dottrina[84], il patto di riscatto andrebbe inquadrato nello schema della condizione risolutiva potestativa, con conseguente applicabilità della relativa disciplina, compreso l'art. 1359 c.c. La dichiarazione di riscatto, in quest'ottica, si configurerebbe come evento dedotto in condizione, verificatosi il quale la vendita si risolverebbe con effetto retroattivo e dunque con efficacia anche per i terzi aventi causa dal compratore.

In base ad un secondo e diverso orientamento, invece, la vendita con patto di riscatto non sarebbe un negozio condizionato, ma puro, ed il diritto di riscatto dovrebbe essere qualificato come un diritto potestativo, da assimilare, secondo parte della dottrina[85], al recesso (eccezionalmente retroattivo), mentre, secondo altra parte della dottrina[86], alla revoca (che si distingue dal recesso proprio per la sua efficacia retroattiva).

Forma Il patto di riscatto è una clausola del contratto di vendita, ma può essere perfezionato anche mediante atto separato, purché contestuale al contratto cui accede. Il patto di riscatto, inoltre, deve rivestire la stessa forma del contratto di compravendita e, ove abbia ad oggetto beni immobili, è soggetto a trascrizione ai fini dell'opponibilità ai terzi (salva l'opponibilità degli effetti dell'esercizio del potere di riscatto, secondo la disposizione di cui all'art. 2653, n. 3, c.c.).

Termini per l'esercizio del riscatto Il termine per l'esercizio del riscatto non può essere maggiore di due anni, se la vendita ha per oggetto beni mobili, compresi i mobili registrati, e di cinque anni, se ha per oggetto beni immobili (art. 1501, comma 1, c.c.). La brevità del termine si giustifica per la duplice ragione che il riscatto può rappresentare un ostacolo alla libera circolazione dei beni e genera un'incertezza sulla sorte definitiva del contratto. Se le parti stabiliscono un termine maggiore, questo si riduce a quella legale, che si applica *a fortiori* se le parti, stipulando il patto di riscatto, nulla hanno disposto circa il termine.

Modalità di esercizio Il diritto di riscatto si esercita con una dichiarazione avente carattere recettizio e natura negoziale, che deve essere comunicata al compratore in forma scritta in caso di vendita immobiliare sotto pena di nullità (art. 1503 c.c.). L'effetto in favore del venditore è, peraltro, subordinato al rimborso da parte sua al compratore del

[83] RUBINO, *op. cit.*, 1024.
[84] GRECO - COTTINO, *op. cit.*, 277.
[85] BIANCA, *op. cit*, 569.
[86] RUBINO, *op. cit.*, 1031.

prezzo, delle spese e di ogni altro pagamento legittimamente fatto per la vendita. Se il compratore si rifiuta di ricevere il pagamento di tali rimborsi, il venditore decade dal diritto di riscatto qualora non ne faccia offerta reale entro otto giorni dalla scadenza del termine. L'offerta reale non ammette equipollenti quali, ad esempio, l'invito innanzi al notaio per l'esecuzione del riscatto ovvero l'inizio di un'azione giudiziale con contestuale offerta scritta. La nullità in questione colpisce qualsiasi pattuizione che comporti per il venditore un esborso superiore al prezzo stabilito, e *in primis* la pattuizione relativa al pagamento di interessi sul prezzo stesso.

Effetti del riscatto

Con l'esercizio del riscatto il venditore riacquista il diritto alienato. Si verifica, infatti, l'automatica risoluzione del contratto con effetto solo parzialmente retroattivo, atteso che il riscattante, ai sensi dell'art. 1505 c.c., è tenuto a mantenere le locazioni fatte senza frode, le quali abbiano data certa e siano state convenute per un tempo non superiore ai tre anni.

Vendita con patto di riscatto di bene in comunione

È stato precisato da una parte della dottrina che, per effetto dell'atto di riscatto, si verifica un ripristino della posizione di diritto in cui si trovava il venditore rispetto alla cosa al momento della conclusione del contratto. Il codice vigente, infatti, riconosce al venditore che riscatti la cosa la possibilità di riavere la proprietà anche in pregiudizio dei diritti incompatibili dei terzi cui il patto sia opponibile[87]. L'opponibilità del patto, peraltro, è preclusa soltanto, per i mobili nel caso di acquisto del terzo *ex* art. 1153 c.c. e per gli immobili nel caso di priorità della trascrizione dell'acquisto del terzo rispetto alla trascrizione della dichiarazione di riscatto che intervenga dopo il decorso di sessanta giorni dalla scadenza del termine per l'esercizio del riscatto (artt. 2653, n. 3, e 2691 c.c.).

Il codice disciplina anche la vendita con patto di riscatto di una cosa in comunione. Se oggetto della vendita è una parte indivisa di una cosa, il comproprietario che chiede la divisione deve proporre la domanda non solo nei confronti del comproprietario che ha acquistato con patto di riscatto, ma anche nei confronti del venditore, affinché costui possa, se crede, tempestivamente esercitare il riscatto per far venir meno gli effetti della vendita e presentarsi come proprietario in sede di divisione (art. 1506, comma 1, c.c.).

Se la divisione non è possibile e si fa luogo alla vendita con incanto, il venditore deve esercitare il riscatto prima dell'aggiudicazione decadendo altrimenti dal diritto anche se aggiudicatario sia lo stesso compratore (art. 1506, comma 2, c.c.).

Se più persone hanno venduto congiuntamente mediante un solo contratto una cosa indivisa, o se il venditore ha lasciato più eredi, ciascun interessato può esercitare il riscatto solo relativamente alla quota che gli spettava (art. 1507, commi 1 e 2, c.c.).

Tale norma afferma il principio della divisibilità del riscatto, regola temperata a favore del compratore che ha peraltro il diritto di pretendere il riscatto congiuntivo dell'intera quota; se non vi è accordo tra le parti il riscatto può esercitarsi soltanto da parte di colui o di coloro che offrono di riscattare la cosa per intero (art. 1503, comma 3, c.c.).

Il compratore non può pretendere il riscatto congiuntivo se ciascun proprietario

[87] LUMINOSO, *op. cit.*, 178.

ha alienato separatamente la propria quota (art. 1508 c.c.). In tal modo, il compratore subirà uno stato di comunione che egli, d'altro canto, poteva prevedere, considerata l'indipendenza delle singole vendite.
Se il compratore ha lasciato più eredi, il diritto di riscatto può essere esercitato contro ciascuno di essi solo per la singola quota di spettanza, anche quando la cosa venduta è tuttora indivisa (art. 1509, comma 1, c.c.), fermo restando che il venditore non è tenuto ad esercitare il riscatto di tutte le quote ereditarie.
Se invece l'eredità è stata divisa e la cosa venduta è stata assegnata ad uno degli eredi, il diritto di riscatto non può esercitarsi contro di lui che per la totalità (art. 1509 c.c.). Per il principio di retroattività della divisione (art. 757 c.c.), l'erede si considera infatti come proprietario unico dell'intera cosa fin dall'apertura della successione.
Devono poi essere analizzate alcune figure affini al patto di riscatto, aventi però natura ed effetti obbligatorio: il *pactum de retrovendendo*, *pactum de retro emendo*, il *pactum displicentiae* e l'*in diem addictio*.

Pactum de retro-vendendo

Si definisce *pactum de retrovendendo* la clausola contrattuale con la quale l'acquirente si obbliga a rivendere all'alienante il bene alienatogli a determinate condizioni[88]. Ha natura di negozio autonomo rispetto alla precedente compravendita ed ha carattere di contratto preliminare unilaterale, in quanto l'impegno a concludere il futuro contratto riguarda solo il compratore.
Il patto di retrovendita non è opponibile ai terzi acquirenti, non potendo essere trascritto; in caso d'inadempimento, il venditore può agire solamente per il risarcimento del danno nei confronti dell'acquirente, salva la possibilità di ricorrere, ove sussistano i presupposti, al rimedio dell'esecuzione in forma specifica previsto dall'art. 2932 c.c.[89] La differenza rispetto al riscatto emerge anche con riferimento alle modalità di esercizio del diritto, atteso che, mentre per l'esercizio del riscatto è sufficiente la volontà del venditore che si esplica mediante una dichiarazione di riscatto e il pagamento degli oneri, per la retrovendita occorre un nuovo contratto, vale a dire anche il consenso del compratore.
Infine, quale contratto autonomo, può essere stipulato successivamente e non trovano applicazione i limiti massimi di durata del patto di riscatto, in quanto aventi natura eccezionale (perché derogatoria del principio generale di autonomia contrattuale).

Pactum de emendo

Perfettamente simmetrico alla figura precedentemente esaminata è il *pactum de retro emendo,* con il quale il venditore si impegna a riacquistare il bene a semplice richiesta del compratore.

Pactum displicentiae

Per *pactum displicentiae* si intende il patto con il quale le parti stabiliscono che ciascuna di esse potrà recedere dal contratto perdendo la caparra prestata o restituendo il doppio di quella ricevuta[90]. La differenza è chiara: il recesso è possibile solo nella fase in cui il contratto non sia stato ancora eseguito e quindi non sia sopraggiunto il trasferimento di proprietà (art. 1373 c.c.); il riscatto, invece, agisce sul contratto integralmente eseguito.

In diem addictio

Infine, l'*in diem addictio* è il patto con cui le parti stabiliscono che la vendita resti

[88] GAZZONI, *op. cit.*, 1111.
[89] CAPOZZI, *op. cit.*, 158.
[90] GAZZONI, *op. cit.*, 1112.

caducata ove, entro un certo termine, il venditore riceva una proposta di acquisto a condizioni migliori rispetto a quelle della già conclusa vendita.

3.4. La vendita a scopo di garanzia.

Nozione

Lo schema della vendita con patto di riscatto si presta ad essere impiegato per realizzare una funzione di garanzia. Ciò può accadere nell'ipotesi in cui il perfezionamento della vendita con patto di riscatto sia contestuale e strumentale ad un rapporto di mutuo: il debitore mutuatario assume le vesti di venditore con diritto di riscatto, il creditore mutuante quelle di acquirente, la somma mutuata figura come prezzo e il debitore/venditore se riuscirà a restituire la somma mutuata potrà riscattare il bene venduto, diversamente perderà definitivamente la proprietà.

Funzione pratica

Peraltro, il medesimo risultato pratico è stato ed è spesso perseguito con altri schemi negoziali, come la vendita sottoposta alla condizione sospensiva della mancata restituzione del prezzo (capitale mutuato ed interessi) entro un certo termine ovvero sotto la condizione risolutiva della restituzione di tali somme, ovvero *sale and lease back* con funzione di garanzia ecc.

In sintesi, si può affermare che ricorra la figura della c.d. «alienazione a scopo di garanzia» in tutti i casi in cui le parti di un rapporto obbligatorio stipulano un contratto di alienazione di un bene o di cessione di un credito a garanzia dell'adempimento dell'obbligazione, strutturando l'operazione in modo tale che se il debitore alienante adempie, il bene (o il credito) trasferito gli sarà restituito; se non adempie, il bene (o il credito) resterà definitivamente in proprietà del creditore acquirente[91].

Rapporti con il divieto del patto commissorio

In tutti questi casi il vantaggio pratico per il creditore consiste nella attuale titolarità del diritto reale opponibile ai terzi, che, in caso di inadempimento o, comunque, di mancato esercizio del riscatto da parte del venditore, resterà a lui definitivamente attribuito.

Tuttavia, l'utilizzo dei sopra descritti schemi negoziali ha fatto sorgere il problema della compatibilità di tale prassi con il divieto del patto commissorio sancito dall'art. 2744 c.c., la cui *ratio* è stata variamente individuata dalla dottrina nell'esigenza di tutelare il debitore contro una pressione abusiva del creditore[92] o nell'esigenza di evitare di consentire cause di prelazione atipiche con conseguente potenziale pregiudizio per gli altri creditori[93].

Cessione di credito a scopo di garanzia

Sul punto, la giurisprudenza prevalente ha ritenuto legittime le operazioni sopra descritte quando abbiano ad oggetto un credito (c.d. «cessioni di credito a scopo di garanzia»), in quanto le difficoltà legate al rischio di violazione del divieto del patto commissorio sono superate ritenendo applicabile in via analogica l'art. 2803 c.c.; si è invece sistematicamente negata la validità delle alienazioni a scopo di garanzia aventi ad oggetto beni di natura diversa.

La posizione della giurisprudenza

Peraltro, la giurisprudenza di legittimità in un primo momento (sino agli anni ottanta circa) riteneva non comprese nel divieto, e quindi valide, quelle operazioni negoziali in cui il trasferimento della proprietà fosse immediato e non subordinato

[91] ROPPO, *Trattato dei contratti. Vol. 1: Vendita e vendite*, Milano, 2014, 545.
[92] RUBINO, *op. cit.*, 1025.
[93] PRATIS, *Della tutela dei diritti*, in *Commentario cod. civ.*, XII, Torino, 1976, 90.

all'inadempimento (si pensi al caso di vendita sospensivamente condizionata all'inadempimento del debitore o alla vendita con patto di riscatto sopra descritta)[94]; in una fase successiva (ancora oggi in atto), invece, si è ritenuto che siano assimilabili a patti commissori vietati, a prescindere dal momento temporale dell'acquisto, tutte le alienazioni caratterizzate dell'intento comune delle parti di costituire una garanzia con attribuzione irrevocabile del bene al creditore solo in caso di inadempimento del debitore[95].

Natura giuridica

Sotto il profilo della natura giuridica, partendo dalla tesi (tradizionale) della causa come funzione economico sociale del contratto, secondo la quale un contratto tipico come la vendita non può mai avere causa illecita, la vendita a scopo di garanzia dovrebbe essere qualificata come contratto in frode alla legge ai sensi dell'art. 1344 c.c.[96]; prendendo, invece, le mosse dalle più recenti teorie c.d. «della causa in concreto» (causa come funzione economico individuale del contratto, sganciata dal tipo astratto previsto dalla legge), la vendita a scopo di garanzia che mascheri un patto commissorio dovrebbe essere qualificata come negozio con causa illecita ai sensi dell'art. 1343 c.c.[97] (perché illecito è proprio il comune intento delle parti oggettivato nel concreto accordo contrattuale perfezionato).

Il c.d. "patto marciano"

Autorevole dottrina ed alcune pronunce giurisprudenziali ritengono ammissibile il c.d. «patto marciano» (che prende il nome da un noto passo del giureconsulto romano Marciano, che per la prima volta ne elaborò lo schema e ne propose l'applicazione) in base al quale il creditore, in caso di inadempimento, diviene definitivamente proprietario del bene dato in garanzia, ma con l'obbligo di restituire al debitore la differenza tra il valore del bene (da stimarsi in base a criteri oggettivi ed a cura di un estimatore, in epoca successiva alla stipula del contratto ed alla scadenza del termine di adempimento) e l'importo del credito, evitando in tal modo eventuali iniquità e pregiudizi ai danni dal debitore[98].

3.5. La vendita con riserva della proprietà.

Nozione

La vendita a rate con riserva della proprietà è quella in cui il compratore acquista la proprietà del bene con il pagamento dell'ultima rata del prezzo, assumendo, però i rischi dal momento della consegna.

Natura giuridica

Discussa è la natura giuridica dell'istituto. La dottrina tradizionale e alcune pronunzie giurisprudenziali inquadrano il patto di riservato dominio nell'ambito dei negozi condizionati sospensivamente (all'integrale pagamento del prezzo) ovvero risolutivamente (al mancato pagamento del prezzo)[99]. A tale impostazione è stato obiettato che la vendita in oggetto produce immediatamente effetti obbligatori in quanto dalla conclusione del contratto nasce sia l'obbligo di consegna, sia l'obbligo di pagare il prezzo e che l'effetto traslativo non opera *ex*

---

[94] Cass. civ., sez. II, 12 dicembre 1986, n. 7385, in *Giust. civ. Mass.*, 1986, 12.

[95] ROPPO, *Trattato dei contratti. Vol. 1: Vendita e vendite*, Milano, 2014, 545; Cass. civ., sez. II, 3 febbraio 1999, n. 893, in *Giust. civ. Mass.*, 1999, 2521; Cass. civ., sez. III, 26 giugno 2001, n. 8742, in *Giust. civ. Mass.*, 2001, 1272; Cass. civ., sez. II, 7 luglio 2003, n. 10702, in *Giust. civ. Mass.*, 2003, 7-8.

[96] Cass. civ., sez. II, 28 settembre 1994, n. 7890, in *Giust. civ. Mass.*, 1994, 1159.

[97] ROPPO, *Trattato dei contratti. Vol. 1: Vendita e vendite*, Milano, 2014, 545

[98] BIANCA, *Il divieto del patto commissorio*, Milano, 1957, 285; PERLINGERI, *Cessione dei crediti*, in *Comm. cod. civ.*, Bologna-Roma, 1982, 41.

[99] LIPARI, *Vendita con riserva di proprietà*, in *Enc. Dir.*, Milano, 526.

tunc, come avviene in forza del principio della retroattività della condizione, ma *ex nunc*, con il pagamento dell'ultima rata. Conseguentemente, altra parte della dottrina e della giurisprudenza suole qualificare la fattispecie in esame quale vendita obbligatoria (con effetti obbligatori immediati ed effetti reali differiti)[100].

Autorevole dottrina, poi, sottolineando la funzione di garanzia che dovrebbe essere riconosciuta alla figura in esame, ha affermato che il venditore con riservato dominio conserverebbe soltanto un diritto reale atipico di garanzia (denominato appunto riservato dominio), mentre la proprietà deve considerarsi già passata in favore dell'acquirente al momento della conclusione del contratto in quanto la sua posizione si presenta con i rischi, gli oneri, le facoltà ed i poteri che caratterizzano la proprietà[101].

Il fatto che l'acquirente assuma i rischi dal momento della consegna (art. 1523 c.c.) non costituirebbe dunque, in questa prospettiva un'eccezione al principio *res perit domino*, come da altri sostenuto, ma sarebbe in linea con i principi generali che addossano i rischi al proprietario del bene (v. art. 1465 c.c.).

Per quanto riguarda il bene oggetto di vendita con patto di riservato dominio, la dottrina è concorde nel ritenere che la cosa venduta debba essere conservata nella sua consistenza, sicché l'acquirente non può compiere atti di alienazione, incorporazione, congiunzione, specificazione e trasformazione sul bene prima del pagamento integrale del prezzo[102].

Opponibilità della riserva di proprietà

La riserva di proprietà è opponibile ai terzi creditori del compratore solo se risulta da atto scritto avente data certa anteriore al pignoramento. Nel caso di patto di riservato dominio previsto in alienazioni immobiliari (ritenuto ammissibile dalla prevalente dottrina), sarà necessaria la trascrizione ai fini dell'opponibilità ai terzi (trascrizione che andrà eseguita applicando analogicamente la disciplina della condizione sospensiva). Una volta effettuato il pagamento integrale del prezzo, sarà necessario procedere all'annotamento di cancellazione del patto, ai sensi e per gli effetti dell'art. 2668 c.c.

Effetti dell'inadempimento dell'acquirente

L'art. 1526 c.c. disciplina gli effetti della risoluzione del contratto per inadempimento mirando a realizzare l'equo contemperamento degli interessi delle parti. In particolare, il primo comma prevede il diritto dell'alienante ad un equo compenso per l'uso della cosa nel caso di restituzione all'acquirente delle rate riscosse. L'equo compenso rappresenta la contropartita dell'uso e del naturale deterioramento della cosa, dipendente dal tempo trascorso, mentre per l'ulteriore deprezzamento dovuto per cause straordinarie, soccorre il risarcimento del danno, anch'esso dovuto dall'acquirente inadempiente[103].

Il secondo comma prevede la possibilità che le parti convengano che le rate pagate restino acquisite al venditore a titolo di indennità (c.d. «patto di confisca delle rate»). Tale patto viene considerato da una parte della dottrina una forma di clausola penale di cui all'art. 1382 c.c.[104] L'art. 1526, comma 3, c.c. prevede l'applicazione del secondo comma sopra descritto anche al contratto di locazione

[100] RUBINO, *op. cit.*, 428; CAPOZZI, CILLI, D'AMATO E TAVANI, *op. cit.*, 113-114.
[101] BIANCA, *La vendita e la permuta*, cit., 526.
[102] GAZZONI, *op. cit.*, 1120.
[103] CIAN-TRABUCCHI, *op. cit.*, 1613.
[104] BIANCA, *op. ult. cit.*, 550.

nel quale sia stato convenuto che, al termine di esso, la proprietà della cosa sia acquisita al conduttore per effetto del pagamento dei canoni pattuiti.

3.6. Altre tipologie di vendita.

Riserva di gradimento

a) Vendita con riserva di gradimento.

Ricorre la figura della vendita con riserva di gradimento quando le parti convengano che l'acquirente manifesti il proprio gradimento entro un termine stabilito dalle parti o dagli usi. Il contratto si considera perfezionato soltanto dopo la comunicazione del gradimento.

Secondo l'opinione largamente prevalente in dottrina e giurisprudenza, non si tratta di una vendita perfetta ma di un contratto che si perfeziona (peraltro con efficacia *ex nunc*) solo se e nel momento in cui l'acquirente comunica al venditore il suo gradimento; mentre la riserva di gradimento viene normalmente inquadrata nell'istituto dell'opzione, in quanto l'alienante assume l'obbligo di mantenere ferma la proposta di vendita per un determinato periodo di tempo, mentre l'acquirente si riserva di accettarla o meno a seconda che il bene acquistato risulti o meno di suo gradimento[105].

Secondo autorevole opinione, la fattispecie prevista dal terzo co. dell'art. 1520 c.c. («*Se la cosa si trova presso il compratore e questi non si pronunzia nel termine sopra indicato, la cosa si considera di suo gradimento*») si configurerebbe come «riserva di non gradimento», e, pertanto, come contratto già perfetto ed efficace in cui la clausola di gradimento attribuirebbe all'acquirente soltanto un diritto di recesso da esercitarsi entro un termine di decadenza[106].

La vendita a prova

b) Vendita a prova.

La vendita a prova si presume fatta sotto la condizione sospensiva che la cosa abbia le qualità pattuite o sia idonea all'uso cui è destinata.

Si tratta di un contratto già concluso, sospensivamente condizionato alla sussistenza di determinati requisiti.

La prova viene definita dalla dottrina dominante quale atto giuridico in senso stretto, non negoziale, che implica un accertamento meramente oggettivo delle qualità pattuite del bene e la sua idoneità all'uso.

La vendita su campione

c) Vendita su campione.

La vendita su campione è un contratto perfetto ed immediatamente efficace con il quale le parti stabiliscono i requisiti e le qualità dell'oggetto del contratto mediante riferimento ad un bene concreto (il campione) che deve servire come mezzo esclusivo di confronto, con la conseguenza che qualsiasi difformità attribuisce all'acquirente il diritto alla risoluzione[107].

Secondo la dottrina maggioritaria, si tratta di un contratto *per relationem* in quanto le parti non esprimono una volontà autosufficiente ma fanno rinvio ad una fonte estranea (il campione) per la determinazione del suo contenuto[108].

La vendita su documenti

d) Vendita su documenti.

La vendita su documenti è caratterizzata dal fatto che il venditore si libera

[105] BIANCA, *op. cit.*, 348.
[106] BIANCA, *op. cit.*, 348; CIAN-TRABUCCHI, *op. cit.*, 1609.
[107] CIAN-TRABUCCHI, *op. cit.*, 1610.
[108] CAPOZZI, CILLI, D'AMATO E TAVANI, *op. cit.*, 170.

dall'obbligo della consegna attribuendo al compratore il titolo rappresentativo della merce e gli altri documenti previsti dal contratto o dagli usi (art. 1527 c.c.).
Salvo patto o usi contrari, il pagamento del prezzo deve avvenire contestualmente alla consegna dei documenti, senza che il compratore possa addurre eccezioni relative alla qualità e allo stato delle cose a meno che queste non risultino già dimostrate (art. 1528 c.c.).
Anche la vendita su documenti si presenta come un contratto consensuale e non reale perché la funzione del titolo rappresentativo consegnato sta soltanto nel procurare il possesso e non nel trasferire la proprietà[109].
Il possesso dei documenti attribuisce il diritto ad ottenere la consegna delle cose stesse dal detentore ed il potere di disposizione su di esse.
e) Vendita a termine di titoli di credito.

Vendita a termine di titoli di credito

Nella vendita a termine di titoli di credito il venditore si impegna a trasferire al compratore una certa quantità di titoli di una data specie alla scadenza del termine convenuto, mentre il compratore si impegna a pagare, alla stessa scadenza, il prezzo corrente alla data del contratto.
La caratteristica del contratto in esame consiste nel porre l'operazione in bilico tra due quotazioni di prezzo distanziate nel tempo: quotazione del momento della conclusione del contratto e quotazione del momento della scadenza del termine. L'intento perseguito dalle parti è di natura speculativa, nel senso che ciascuno di essi spera di lucrare l'eventuale differenza a proprio vantaggio delle due quotazioni.
Gli artt. 1531-1534 c.c. disciplinano la gestione dei titoli di credito e l'esercizio dei relativi diritti nel periodo compreso tra la conclusione del contratto e la scadenza del termine.
f) vendita di cose mobili

Vendita di cose mobili

Alla vendita di beni mobili sono dedicati gli articoli dal 1510 al 1519 c.c., che dettano una peculiare disciplina relativa al luogo di consegna, all'ipotesi di vendita con trasporto e all'ipotesi dell'inadempimento (risoluzione di diritto, risarcimento del danno e restituzione di cose non pagate).

Luogo di consegna

In mancanza di patto o di uso contrario, la consegna della cosa deve avvenire nel luogo dove questa si trovava al tempo della vendita, se le parti ne erano a conoscenza, ovvero nel luogo dove il venditore aveva il suo domicilio o la sede dell'impresa. Salvo patto o uso contrario, se la cosa venduta deve essere trasportata da un luogo all'altro, il venditore si libera dall'obbligo della consegna rimettendo la cosa al vettore o allo spedizioniere; le spese del trasporto sono a carico del compratore (art. 1510 c.c.). Se il compratore non si presenta per ricevere la cosa acquistata, il venditore può depositarla, per conto e a spese del compratore medesimo, in un locale di pubblico deposito, oppure in altro locale idoneo determinato dal pretore del luogo in cui la consegna doveva essere fatta. Infine, si precisa che la garanzia per il buon funzionamento è dovuta, anche in assenza di espressa pattuizione, qualora sia stabilita dagli usi (art. 1512 c.c.)
Il venditore deve dare al compratore pronta notizia del deposito eseguito (art. 1514 c.c.).

Disciplina dell'inadempimento

Se il compratore non adempie l'obbligazione di pagare il prezzo, il venditore può

[109] CAPOZZI, CILLI, D'AMATO E TAVANI, *op. cit.*, 175.

far vendere senza ritardo la cosa per conto e a spese di lui.
La vendita è fatta all'incanto a mezzo di una persona autorizzata a tali atti o, in mancanza di essa nel luogo in cui la vendita deve essere eseguita, a mezzo di un ufficiale giudiziario. Il venditore deve dare tempestiva notizia al compratore del giorno, del luogo e dell'ora in cui la vendita sarà eseguita.
Se la cosa ha un prezzo corrente, stabilito per atto della pubblica autorità, ovvero risultante da listini di borsa o da mercuriali, la vendita può essere fatta senza incanto, al prezzo corrente, a mezzo di persona autorizzata, di ufficiale giudiziario o di un commissario nominato dal tribunale. In tal caso, il venditore deve dare al compratore pronta notizia della vendita. Il venditore ha diritto alla differenza tra il prezzo convenuto e il ricavo netto della vendita, oltre al risarcimento del maggior danno (art. 1515 c.c.). Se la vendita ha per oggetto cose fungibili che hanno un prezzo corrente a norma del terzo co. dell'articolo precedente, e il venditore non adempie la sua obbligazione, il compratore può fare acquistare senza ritardo le cose, a spese del venditore, a mezzo di persona autorizzata, di ufficiale giudiziario o di un commissario nominato dal tribunale. Dell'acquisto il compratore deve dare pronta notizia al venditore. Il compratore ha diritto alla differenza tra l'ammontare della spesa occorsa per l'acquisto e il prezzo convenuto, oltre al risarcimento del maggior danno (art. 1516 c.c.).
La risoluzione ha luogo di diritto a favore del contraente che, prima della scadenza del termine stabilito, abbia offerto all'altro, nelle forme di uso, la consegna della cosa o il pagamento del prezzo, se l'altra parte non adempie la propria obbligazione. La risoluzione di diritto ha luogo pure a favore del venditore, se, alla scadenza del termine stabilito per la consegna, il compratore, la cui obbligazione di pagare il prezzo non sia scaduta, non si presenta per ricevere la cosa preventivamente offerta, ovvero non l'accetta. Il contraente che intende valersi della risoluzione disposta dall'articolo in questione (art. 1517 c.c.) deve darne comunicazione all'altra parte entro otto giorni dalla scadenza del termine; in mancanza di tale comunicazione, si osservano le disposizioni generali sulla risoluzione per inadempimento.
Se la vendita ha per oggetto una cosa che ha un prezzo corrente a norma dell'art. 1515, comma 3, c.c., e il contratto si risolve per l'inadempimento di una delle parti, il risarcimento è costituito dalla differenza tra il prezzo convenuto e quello corrente nel luogo e nel giorno in cui si doveva fare la consegna, salva la prova di un maggior danno. Nella vendita a esecuzione periodica, la liquidazione del danno si determina sulla base dei prezzi correnti nel luogo e nel giorno fissati per le singole consegne (art. 1518 c.c.).
La norma in commento, che pone una eccezionale presunzione di danno minimo in favore della parte non inadempiente, in deroga ai principi generali di cui agli artt. 1223 ss.[110] c.c., trova applicazione esclusivamente nell'ipotesi di vendita di cose mobili aventi prezzo corrente stabilito per atto dell'autorità oppure risultante da listini di borsa o mercuriali[111] ed il suo carattere eccezionale ne esclude l'applicabilità ogni qualvolta la cosa compravenduta non sia sussumibile nell'elenco

[110] Cass. civ., Sez. II, Ordinanza, 06/04/2022, n. 11126; Cass. civ., Sez. II, 04/03/1998, n. 2386.
[111] Cass. civ., Sez. II, Ordinanza, 06/04/2022, n. 11126; Cass. civ., 29/07/1983, n. 5222.

di cui all' art. 1515, 3° co.[112]. La norma in commento riguarda soltanto il risarcimento del danno dovuto in caso di risoluzione per inadempimento[113], e non può quindi essere applicata qualora si sia fatto ricorso all'adempimento coattivo, richiedendo unicamente l'applicazione dell' art. 1516[114].
Anche in dottrina è stato puntualizzato che l'ambito di applicazione è circoscritto al solo caso della risoluzione del contratto[115], anche solo parziale, e non è invece consentita in caso di inesatta esecuzione[116].
Con riferimento all'onere della prova, la medesima norma dispensa la parte adempiente dall'onere della prova del pregiudizio subito[117].
Se la vendita è stata fatta senza dilazione per il pagamento del prezzo, il venditore, in mancanza di pagamento, può riprendere il possesso delle cose vendute, finché queste si trovano presso il compratore, purché la domanda sia proposta entro quindici giorni dalla consegna e le cose si trovino nello stato in cui erano al tempo della consegna stessa.
Il diritto di riprendere il possesso delle cose non si può esercitare in pregiudizio dei privilegi previsti dagli artt. 2764 e 2765 c.c., salvo che si provi che il creditore, al tempo della introduzione di esse nella casa o nel fondo locato ovvero nel fondo concesso a mezzadria o a colonia, conosceva che il prezzo era ancora dovuto. Tale ultima disposizione si applica anche a favore dei creditori del compratore che abbiano sequestrato o pignorato le cose, a meno che si provi che essi, al momento del sequestro o del pignoramento, conoscevano che il prezzo era ancora dovuto (art. 1519 c.c.).
g) Vendita di beni immobili.

La vendita di beni immobili

La vendita di beni immobili può avvenire a misura o a corpo. Nel primo caso. le parti indicano l'estensione e fissano un prezzo in ragione di un tanto per ogni unità di misura, mentre nella vendita a corpo il prezzo è determinato in relazione al bene in quanto tale, a prescindere dalla sua misura. Nella vendita a misura il compratore ha diritto a una riduzione, se la misura effettiva dell'immobile è inferiore a quella indicata nel contratto. Se la misura risulta superiore a quella indicata nel contratto, il compratore deve corrispondere il supplemento del prezzo, ma ha facoltà di recedere dal contratto qualora l'eccedenza oltrepassi la ventesima parte della misura dichiarata (art. 1537 c.c.). Nella vendita a corpo, invece, non si fa luogo a diminuzione o a supplemento di prezzo, salvo che la misura reale sia inferiore o superiore di un ventesimo rispetto a quella indicata nel contratto.
Nel caso in cui dovrebbe pagarsi un supplemento di prezzo, il compratore ha la scelta di recedere dal contratto o di corrispondere il supplemento (art. 1538 c.c.).
Se due o più immobili sono stati venduti con lo stesso contratto per un solo e medesimo prezzo, con l'indicazione della misura di ciascuno di essi, e si trova che la quantità è minore nell'uno e maggiore nell'altro, se ne fa la compensazione fino alla debita concorrenza; il diritto al supplemento o alla diminuzione del prezzo

[112] Cass. civ., Sez. II, Ordinanza, 06/04/2022, n. 11126; Cass. civ., Sez. II, 16/04/1994, n. 3614.
[113] Cass. civ., Sez. II, Ordinanza, 06/04/2022, n. 11126.
[114] Cass. civ., 16/06/1952, n. 1740.
[115] Greco, Cottino, Della vendita, in Comm. Scialoja, Branca, sub artt. 1470-1547, Bologna-Roma, 1981, 401.
[116] Rubino, La compravendita, in Tratt. Cicu, Messineo, 2a ed., Milano, 1971, 987.
[117] Cass. civ., Sez. II, Ordinanza, 06/04/2022, n. 11126.

spetta in conformità delle disposizioni sopra stabilite (art. 1540 c.c.).
La legge 21 febbraio 2014, n. 9 (Conversione in legge, con modificazioni, del D.L. 23 dicembre 2013, n. 145), ha modificato il d.lgs. n. 192/2005 (recante Attuazione della direttiva 2002/91/CE relativa al rendimento energetico nell'edilizia), prevedendo che, nei contratti di compravendita immobiliare, negli atti di trasferimento di immobili a titolo oneroso e nei nuovi contratti di locazione di edifici o di singole unità immobiliari soggetti a registrazione, deve essere inserita un'apposita clausola con la quale l'acquirente o il conduttore dichiarano di aver ricevuto le informazioni e la documentazione, comprensiva dell'attestato, in ordine alla attestazione della prestazione energetica degli edifici; copia dell'attestato di prestazione energetica deve essere allegata al contratto, tranne che nei casi di locazione di singole unità immobiliari.
In caso di omessa dichiarazione o allegazione, se dovuta, le parti sono soggette al pagamento, in solido e in parti uguali, della sanzione amministrativa pecuniaria da euro 3.000 a euro 18.000; la sanzione è da euro 1.000 a euro 4.000 per i contratti di locazione di singole unità immobiliari e, se la durata della locazione non eccede i tre anni, essa è ridotta alla metà.
Il pagamento della sanzione amministrativa non esenta comunque dall'obbligo di presentare la dichiarazione o la copia dell'attestato di prestazione energetica entro quarantacinque giorni.

Quando un immobile è stato costruito in regime di edilizia agevolata, si discute se il vincolo del prezzo massimo di cessione sia limitato solo al tempo del vincolo di inalienabilità del bene e se valga solo per il concessionario o anche per i successivi acquirenti.
La questione è stata oggetto di chiarimento da parte delle Sezioni Unite della Suprema Corte di Cassazione[118], secondo cui sussiste il vincolo del "prezzo massimo di cessione" dell'immobile costruito in regime di edilizia agevolata non soltanto per il primo trasferimento, ma anche per tutti quelli successivi al primo, salva la possibilità di rimuoverlo, trascorsi 5 anni dall'acquisto, con il procedimento amministrativo previsto dall'art. art. 31 della L. 448/1998, al comma 49 *bis*, mediante il pagamento di un indennizzo al concedente.

La vendita di eredità: nozione

h) Vendita di eredità.
La vendita di eredità viene tradizionalmente definita come il contratto che ha per oggetto il trasferimento del patrimonio ereditario verso il corrispettivo di un prezzo.
Nella vendita di eredità il patrimonio ereditario viene considerato nel suo insieme, come si evince chiaramente dal tenore letterale dell'art. 1542 c.c.
La vendita di eredità presuppone una successione aperta. Infatti, se effettuata prima dell'apertura della successione, integra, secondo la dottrina prevalente, una vendita nulla per contrarietà al divieto dei patti successori *ex* art. 458 c.c., in quanto configura un patto successorio dispositivo vietato, mentre secondo una parte della dottrina la vendita è nulla per mancanza dell'oggetto.
È necessaria la forma scritta, sotto pena di nullità (art. 1543 c.c.).

Debiti ereditari

Il compratore, se non vi è patto contrario, è obbligato in solido col venditore a pagare i debiti ereditari. In dottrina è stato precisato che nel caso di eredità

[118] Cass., Sez. un., 16 settembre 2015, n. 18135.

accettata con beneficio d'inventario, quest'ultimo giova anche all'acquirente[119].
La norma secondo la pacifica interpretazione dottrinale disciplina in rapporti esterni, nei confronti dei creditori ereditari.
È, invece, discusso il meccanismo di trasferimento dei debiti ereditari nei rapporti interni. Coloro che ravvisano nella fattispecie in esame un'ipotesi di alienazione di un'universalità giuridica ritengono che i debiti si trasferiscano automaticamente unitamente ai beni e ai diritti in quanto facenti parte del patrimonio ereditario. Per i sostenitori della tesi contraria, secondo la quale il contratto in esame si presenterebbe comunque come alienazione di rapporti giuridici distinti, i debiti non si trasferiscono in capo al compratore, salvo espresso accollo.

Natura giuridica

La prevalente dottrina e giurisprudenza configura il negozio in esame come contratto aleatorio, quantomeno con riferimento alla vendita di un'eredità senza specificazione degli oggetti: in tal caso il venditore non è tenuto a garantire che la propria qualità di erede (art. 1542 c.c.).
In tal senso ha avuto modo di esprimersi anche la Corte di Cassazione.
Secondo la prevalente interpretazione dottrinale la vendita dell'eredità riguarda tutti i diritti ereditari spettanti all'alienante al momento dell'apertura della successione.
Oggetto della vendita può essere anche la quota ereditaria. In tal caso, ove il venditore intenda vendere la propria quota ad un estraneo troverà applicazione l'art. 732 c.c. che riconosce il diritto di prelazione e di riscatto a favore degli altri coeredi.
Si discute se in caso di vendita della quota ereditaria si trasferisca anche il diritto all'eventuale accrescimento della quota del venditore che si verifichi in seguito alla stipulazione del contratto per effetto di una delle cause normativamente previste.
Al riguardo si confrontano due orientamenti: la tesi negativa è basata sulla considerazione che l'accrescimento è un diritto personale dell'erede e come tale non può essere compreso fra i «beni ereditari»; secondo la dottrina prevalente, tuttavia, considerato che il diritto all'accrescimento integra automaticamente con efficacia *ex tunc* la quota ereditaria del beneficiario e che la vendita di eredità comporta il trasferimento di tutte le posizioni attive e passive, comprese le aspettative, facenti parte della quota di eredità, non può che concludersi che il diritto all'accrescimento, inteso come espansione del diritto attribuito originariamente al coerede, sia compreso nel complesso dei rapporti oggetto di trasferimento, salvo espressa esclusione[120].

4. Gli altri contratti traslativi: in particolare, il riporto.

Nozione

Il riporto è definito dall'art. 1548 c.c. come il contratto per il quale un soggetto detto riportato trasferisce la proprietà di titoli di credito di una data specie per un determinato prezzo ad un altro soggetto detto riportatore e quest'ultimo assume l'obbligo di trasferire, alla scadenza del termine stabilito, la proprietà di altrettanti titoli della stessa specie, verso rimborso del prezzo, che può rimanere invariato ovvero essere aumentato o diminuito nella misura convenuta.

---

[119] BIANCA, *op. cit.*, 229.
[120] FEDELE, *La compravendita dell'eredità*, Torino, 1977, 183; CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, Milano, 2002, 527.

Natura giuridica

Come si evince dal dettato normativo, il riporto è costituito dalla combinazione di due trasferimenti che hanno ad oggetto titoli di credito: il primo *a pronti* dal riportato al riportatore ed il secondo *a termine* dal riportatore al riportato; per questa ragione il codice di commercio lo considerava una doppia vendita e di qui la collocazione sistematica nell'odierno codice civile che lo inserisce subito dopo la compravendita e prima della permuta.

Il riporto è un contratto reale (l'art. 1549 c.c. espressamente dispone che «*il contratto si perfeziona con la consegna dei titoli*»), ad efficacia traslativa (il riportatore acquista la proprietà dei titoli), a titolo oneroso ed a carattere sinallagmatico (c'è corrispettività tra le prestazioni).

Il riporto di banca e il riporto di borsa

Con riferimento alle funzioni in concreto perseguite si suole distinguere tra il riporto di banca ed il riporto di borsa[121]. Il primo ha una tipica funzione creditizia e di garanzia allo stesso tempo e si conclude normalmente tra una banca (riportatore) ed un privato (riportato): in particolare il riportato consegue un finanziamento dal riportatore che, da parte sua, è garantito dalla proprietà dei titoli; alla data stabilita il primo riavrà i titoli dietro rimborso del prezzo, generalmente aumentato dell'importo degli interessi. Il riporto di borsa, normalmente concluso tra due agenti per conto dei loro clienti, rientra nella più ampia categoria dei contratti di borsa ed ha uno scopo prevalentemente speculativo, in relazione alla fluttuazione del valore dei titoli di credito: il riportato ed il riportatore, infatti, intendono lucrare sulla differenza di prezzo che i titoli assumono sul mercato in momenti successivi.

Oggetto

Dal tenore letterale dell'art. 1548 c.c., che fa riferimento al trasferimento di titoli di credito di una «data specie», può desumersi che l'oggetto del riporto deve necessariamente essere costituito da titoli fungibili, anche in considerazione del fatto che, alla scadenza il riportatore è tenuto non al ritrasferimento dei medesimi titoli, bensì alla restituzione del *tantundem eiusdem generis et qualitatis*. Potrà quindi trattarsi certamente di titoli azionari, titoli obbligazionari, titoli rappresentativi di merci, ecc. ma non di cambiali e assegni, in quanto non fungibili, né, d'altra parte di quote di società a responsabilità limitata o di persone, perché non sono titoli di credito[122].

Disciplina

In ordine alla disciplina, le forti analogie con il contratto di compravendita inducono dottrina e giurisprudenza prevalenti a ritenere applicabili al contratto in esame alcune norme sulla compravendita, nei limiti della loro compatibilità. In particolare, si ritengono applicabili i seguenti articoli: 1483 c.c. (evizione); 1490 c.c. (vizi); 1453 c.c. (risoluzione del contratto per consegna di un titolo diverso); 1510 c.c. (luogo della consegna); 1478 c.c. (vendita di cosa altrui). Inoltre, il comma 1 dell'art. 1550 c.c. rinvia espressamente agli artt. 1531, 1532, 1533 e 1534 c.c.

In caso di inadempimento, l'art. 1551 c.c. richiama gli artt. 1515 e 1516 c.c., dettati in materia di vendita: pertanto, il contratto si risolve e la parte che ha adempiuto può far vendere la cosa in danno della controparte inadempiente. Nel caso in cui entrambe le parti non adempiano, l'art. 1551, comma 2, c.c. stabilisce che il contratto cessa di produrre effetti e ciascuna parte può ritenere quanto ricevuto al momento della conclusione del contratto.

---

[121] GAZZONI, *op. cit.*, 1133-1135.

[122] CIAN -TRABUCCHI, *op. cit.*, 1625.

Il c.d. "riporto proroga"

Una forma contrattuale di grande diffusione è quella del c.d. «riporto proroga», normalmente connesso ad un precedente contratto di borsa a termine, che ricorre quando una delle due parti non potendo restituire i titoli o pagare il prezzo alla scadenza pattuita, al fine di ottenere una dilazione (proroga) propone la stipula di un contratto di riporto.

4.1. La permuta.

Nozione

Secondo la definizione formulata dall'art. 1552 c.c., la permuta è il contratto che ha per oggetto il reciproco trasferimento della proprietà di cose o di altri diritti da un contraente all'altro. Nello schema contrattuale in esame risulta compreso anche la doppia vicenda traslativa di diritti - e non solo di beni -, ma non lo scambio c.d. di *do ut facias* (ossia l'alienazione di un bene verso esecuzione di una prestazione di fare).

Natura giuridica

Analogamente al contratto di vendita anche la permuta è un contratto consensuale (giacché è sufficiente il consenso delle parti e non occorre, per il suo perfezionamento, la consegna delle cose); normalmente con effetti reali, nel senso precisato dall'art. 1376 c.c. (in quanto produce il reciproco trasferimento della proprietà di un diritto reale limitato o di un altro diritto), anche se la permuta può atteggiarsi come un contratto ad effetti obbligatori (permuta di beni futuri, di beni altrui, di beni genericamente individuati); con attribuzioni corrispettive (dal momento che ciascuna prestazione è causa dell'altra); commutativo; ed istantaneo (nel senso che l'esecuzione della prestazione si esaurisce nel momento in cui il trasferimento si attua).

Oggetto

La permuta può avere ad oggetto non soltanto il diritto di proprietà e gli altri diritti reali, ma anche diritti di credito e posizioni giuridiche complesse.

Evizione

Una disciplina particolare è prevista in tema di evizione dall'art. 1553 c.c., in conseguenza della caratteristica stessa del contratto di permuta: il permutante che ha sofferto l'evizione, infatti, può scegliere se riavere indietro la cosa da lui prestata, oppure chiedere il valore della cosa evitta, applicandosi in questo secondo caso le norme sulla vendita.

Permuta di bene presente con bene futuro

Di particolare in portanza, soprattutto in considerazione della sua diffusione nella prassi dei rapporti commerciali, è la permuta di bene presente (area edificabile) con bene futuro (edificio da costruire). La giurisprudenza ha più volte ribadito la distinzione di tale figura rispetto al contratto misto di vendita ed appalto, osservando che il contratto di cessione della proprietà di un'area in cambio di un fabbricato (o di parte di esso) da erigere sull'area medesima a cura e con mezzi del cessionario partecipa della natura giuridica del contratto di permuta di bene presente con altro futuro, ovvero del contratto misto vendita - appalto, a seconda che, rispettivamente, il sinallagma negoziale consista nel trasferimento reciproco del diritto di proprietà attuale del terreno e di quello futuro sul fabbricato (relegando l'obbligo di erigere il medesimo su di un piano meramente accessorio e strumentale), ovvero la costruzione del fabbricato risulti l'oggetto principale della volontà delle parti (ad essa risultando strettamente funzionale la precedente cessione dell'area)[123].

[123] Cass. civ., sez. II, 29 maggio 1998, n. 5322, in *Giur. It.*, 1999, 249; Cass. civ., sez. I, 12 aprile 2001, n. 5494, in *Giust. civ. Mass.*, 2001, 780; Cass. civ., sez. II, 4 maggio 2006, n. 10257, in *Dir. e Giust.*, 2006, 29, 42.

Tutela del contraente permutante l'area

Particolarmente delicata appare, in relazione alla figura negoziale in esame, la questione relativa alla tutela del contraente permutante l'area, il quale si priva immediatamente della proprietà del terreno permutato, dovendo poi attendere la realizzazione dell'edificio per acquistarne la proprietà.

La dottrina che si è occupata del problema ha suggerito diverse soluzioni: perfezionare la permuta con riserva della proprietà sicché il trasferimento dell'area non avverrà al momento della conclusione del contratto, ma soltanto quando il costruttore avrà adempiuto la sua prestazione, realizzando la costruzione; perfezionare la permuta con riserva di superficie sull'area che dovrà ospitare la costruzione da ricevere in corrispettivo (che pertanto verrà acquistata man mano che verrà realizzata secondo i principi dell'accessione); perfezionamento di tre contratti collegati di vendita, appalto e divisione di cosa futura: il proprietario del fondo vende una quota indivisa del suolo stesso, riservandosi una quota corrispondente in millesimi al valore degli appartamenti a lui attribuiti; contemporaneamente le parti procedono alla divisione del futuro edificio ed il venditore dà in appalto al costruttore la realizzazione delle porzioni immobiliari attribuitegli, compensando il corrispettivo dell'appalto con il prezzo della vendita.

Decreto legislativo 20 giugno 2005, n. 122

Il carattere non sempre del tutto soddisfacente delle soluzioni sopra descritte ha spinto il legislatore ad emanare il d. lgs. 20 giugno 2005, n. 122, con il quale è stato stabilito che, in tutti i casi di trasferimento non immediato di un immobile da costruire (preliminare, vendita, permuta di bene presente con bene futuro etc.), all'alienante (permutante, venditore, promittente venditore) del bene futuro è imposto, a pena di nullità (relativa) del contratto, di procurare il rilascio in favore della controparte di una fideiussione bancaria, a garanzia della restituzione delle somme corrisposte (o del valore del bene trasferito in caso di permuta) prima del trasferimento della proprietà del bene, per il caso in cui l'alienante stesso incorra in una situazione di crisi (fallimento, domanda di ammissione al concordato preventivo, pignoramento del bene immobile oggetto del contratto)[124].

La disciplina della permuta è modulata su quella della vendita, con esclusione di quelle norme che presuppongono il prezzo quale prestazione pecuniaria, quali, ad esempio, gli artt. 1498 e 1499 c.c. (art. 1555 c.c.).

Permuta con conguaglio

Ricorre la permuta con conguaglio nel caso in cui l'attribuzione traslativa di un determinato bene è accompagnata da un'attribuzione pecuniaria. In tal caso si pongono problemi di distinzione con la vendita. Secondo alcuni autori, il contratto deve considerarsi come vendita, qualora la somma di danaro prestata in aggiunta alla dazione del bene sia superiore al valore del bene stesso (criterio matematico). Secondo altri autori, la fattispecie deve, invece, qualificarsi come permuta, ove le parti abbiano ritenuto preminente la disponibilità delle cose, e il conguaglio rappresenti per esse un elemento puramente secondario ed accidentale del negozio, essendo del tutto indifferente che il supplemento in danaro sia inferiore o superiore al valore dalla cosa cui si accompagna; si avrebbe vendita in caso contrario (criterio soggettivo). Un'ulteriore opinione è quella di chi sostiene che il

[124] Peraltro, Cass. civ., sez. II, ordinanza 23 luglio 2019, n. 19824 ha precisato che in caso di permuta di un terreno con un appartamento da costruire, ai fini dell'opponibilità ai terzi della trascrizione dell'atto di permuta deve verificarsi se la nota di trascrizione della convenzione consenta l'individuazione dell'appartamento oggetto di permuta.

concorso della prestazione traslativa e di quella pecuniaria non impone necessariamente di definire la fattispecie come vendita o come permuta, ben potendo parlarsi di contratto misto (criterio misto)[125].
È escluso che, con riferimento all'ipotesi di permuta, sussista il diritto di prelazione legale del conduttore (artt. 38 e 39 legge 27 luglio 1978, n. 392) di immobile urbano attesa l'infungibilità dei beni permutati e, quindi, l'impossibilità di contrarre alle stese condizioni.

4.2. Il contratto estimatorio.

Nozione

Con il contratto estimatorio una parte (c.d. *tradens*) consegna uno o più beni mobili all'altra (*accipiens*) e questa si obbliga a pagare il prezzo salvo che restituisca le cose nel termine stabilito. La giurisprudenza di legittimità ha chiarito che nel contratto estimatorio, l'alternativa fra la restituzione della cosa ed il pagamento del prezzo costituisce una facoltà dell'*accipiens* che, configurando un elemento costitutivo del contratto, deve essere contemplata nelle previsioni contrattuali, essendo priva di rilevanza la circostanza che, dopo la conclusione del contratto, sia stata offerta la restituzione in via di mero fatto. Si tratta, quindi, di obbligazione con facoltà alternativa e non già di obbligazione alternativa essendo la prestazione dedotta in obbligazione unica sin dall'inizio del rapporto. Peraltro, non è essenziale che sia esplicitamente pattuito un termine per l'effettuazione della scelta - potendo operare la generale norma di cui all'art. 1183 c.c. - né è necessario che il prezzo sia stato predeterminato, purché lo stesso sia determinabile.[126]

Fondamento

La funzione della fattispecie negoziale in esame consiste nel consentire all'*accipiens* (normalmente venditore al dettaglio) di disporre di una grande quantità e varietà di merce, evitando però di pagare subito e in definitiva non pagando la merce che rimanga invenduta (si pensi alla rivendita di giornali), evitando così il rischio economico relativo a tale ipotesi.

Natura giuridica

Si tratta di un contratto reale (che si perfeziona con la consegna), con attribuzioni corrispettive, ad efficacia obbligatoria[127], in particolare con obbligazione facoltativa (o con facoltà alternativa) a favore dell'*accipiens* (che ha l'obbligo di pagare il prezzo, ma può liberarsi restituendo le cose in natura)[128]. È rimasta minoritaria la tesi secondo la quale il contratto estimatorio avrebbe effetti traslativi immediati della proprietà, salva la facoltà di restituzione dell'*accipiens*. Secondo la tesi prevalente, infatti, l'*accipiens* ha il potere di disporre del bene come cosa altrui quando aliena a terzi, divenendo, però, proprietario, sia pure per un solo istante, nel momento stesso dell'alienazione[129].
Deve ritenersi, infatti, che la proprietà si trasferisca all'*accipiens* solamente col pagamento del prezzo. Ciò si evince dall'art. 1558 c.c. che, consentendo

---

[125] BIANCA, *op. cit.*, 1139; si veda più ampiamente sui tre criteri: CIAN-TRABUCCHI, *op. cit.*, 1627.
[126] Cass. civ., Sez. II, 21 dicembre 2015, n. 25606.
[127] CAPOZZI, CILLI, D'AMATO E TAVANI, *op. cit.*, 237; MENTI, *Il contratto estimatorio*, Padova, 1986, 61.
[128] La natura di obbligazione alternativa che riveste l'obbligo, assunto dall'*accipiens*, di restituire il bene ovvero di pagarne il corrispettivo emerge anche dalla disciplina dell'impossibilità di restituzione, di cui all'art. 1557 c.c.: anche se l'impossibilità non dipende da causa imputabile all'*accipiens,* questi non è liberato dall'obbligazione di pagarne il prezzo, in applicazione di quanto previsto in via generale dall'art. 1289, comma 1, prima parte, c.c.
[129] CAPOZZI, CILLI, D'AMATO E TAVANI, *op. cit.*, 239.

l'esecuzione da parte dei creditori dell'*accipiens* sui beni consegnati a pagamento avvenuto, lascia intendere che solamente a seguito di tal adempimento il bene appartenga al patrimonio del predetto debitore.

4.3. La somministrazione.

Nozione

La somministrazione è il contratto con il quale una parte si obbliga, verso il corrispettivo di un prezzo, ad eseguire, a favore dell'altra, prestazioni periodiche o continuative di cose.

Natura giuridica

Quanto alla natura giuridica, si può rilevare che si tratta di un contratto a prestazioni corrispettive, di durata, commutativo, ad effetti obbligatori.

Distinzione dalla vendita a consegne ripartite

Il contratto di somministrazione si distingue dalla vendita a consegne ripartite perché la periodicità o la continuità delle prestazioni si pongono come elementi essenziali del contratto stesso, in funzione di un fabbisogno del somministrato, sì che ogni singola prestazione è distinta ed autonoma rispetto alle altre, mentre la vendita a consegne ripartite è caratterizzata dalla unicità della prestazione, rispetto alla quale la ripartizione delle consegne attiene soltanto al momento esecutivo del rapporto.

Distinzione dall'appalto

Si distingue, inoltre, dall'appalto che ha ad oggetto prestazione di opere o servizi e non di cose.

La c.d. "somministrazione a piacere"

Qualora non sia determinata l'entità della somministrazione, si ritiene pattuita una quantità corrispondente al normale fabbisogno del somministrato; si ritiene, peraltro, valida la c.d. «somministrazione a piacere» nella quale il somministrante è obbligato alla prestazione su richiesta discrezionale, per il se e per il quanto, della controparte[130].

L'entità della somministrazione

Corrispettivi

Nelle somministrazioni a carattere periodico il prezzo è corrisposto all'atto delle singole prestazioni e in proporzione di ciascuna di esse. È fatta salva la possibilità di una diversa pattuizione, come accade quando sia previsto il pagamento a scadenze anticipate (c.d. «canone di fornitura») ovvero posticipate (c.d. «pagamento a consumo»).

Recesso, risoluzione e sospensione

Nel caso di contratto a tempo indeterminato può essere esercitato il diritto di recesso che opera *ex nunc*, ma richiede un preavviso, da dare in un termine stabilito dalle parti, ovvero dagli usi, ovvero ancora in un temine congruo in ragione della natura della somministrazione (art. 1569 c.c.). Il recesso può essere anche esercitato per mezzo di comportamento concludente, considerato che la norma non richiede particolari forme.

Qualora una delle parti si renda inadempiente, si applica l'art. 1564 c.c., che regola la risoluzione del contratto: la specialità della disciplina in questione si rinviene nella circostanza che, ai fini dello scioglimento del contratto, non è sufficiente che l'inadempimento sia di non scarsa importanza, ma deve anche essere tale da menomare la fiducia nell'esattezza dei successivi adempimenti, avendo il legislatore inteso tutelare maggiormente la stabilità del contratto di somministrazione. Il termine di prescrizione per l'esercizio dell'azione di risoluzione è quello ordinario di dieci anni, ma per le singole prestazioni vale il termine di prescrizione breve, di durata pari a cinque anni, previsto dall'art. 2948, n. 4, c.c.

---

130 CIAN-TRABUCCHI, *op. cit.*, 1627.

Un peculiare rimedio contro l'inadempimento consiste nella sospensione della prestazione da parte del contraente adempiente (art. 1565 c.c.), prevista per il caso in cui non si possa far luogo alla risoluzione in ragione della scarsa gravità dell'inadempimento stesso; tuttavia, in ossequio al generale principio di buona fede, si richiede che la parte, la quale si avvalga di tale facoltà dia un congruo preavviso al contraente inadempiente. Si tratta, in sostanza, di un'applicazione della generale eccezione di inadempimento di cui all'art. 1460 c.c., che qui risulta estesa anche ai casi di scarsa importanza dell'inadempimento.[131]

Patto di preferenza

Le parti possono convenire che il somministrato sia tenuto a dare la preferenza al somministrante nel caso di stipula di un successivo contratto per lo stesso oggetto. Tale patto (detto di preferenza) non può avere durata superiore ai cinque anni. Ha natura di prelazione convenzionale e si ritiene che lo stesso sia soggetto a forma iscritta *ad probationem* in applicazione analogica dell'art. 2596 c.c.[132]

Il patto di esclusività

Il patto di esclusiva può invece essere convenuto a favore del somministrato o a favore del somministrante. Nel primo caso può essere definito come la clausola in forza della quale il somministrante non può compiere nella zona cui l'esclusiva si riferisce, prestazioni (dirette o indirette) della stessa natura di quelle che formano oggetto del contratto in favore di altri. Nel secondo caso la clausola (a favore del somministrante) comporta che il somministrato non possa ricevere da terzi (né compiere con mezzi propri) le prestazioni oggetto del contratto di somministrazione.

La funzione di tali clausole è duplice: limitare la concorrenza di eventuali terzi e tutelare l'interesse delle parti contraenti alla continuità e sicurezza della fornitura[133]. L'eventuale violazione del patto d'esclusiva, costituendo inadempimento, comporta il diritto al risarcimento del danno nei confronti del contraente inadempiente.

[131] F. GAZZONI, Manuale *di diritto privato,* Napoli, 2019, 1140.
[132] COTTINO, *Del contratto estimatorio – Della somministrazione*, in *Comm. cod. civ.*, Bologna-Roma, 1970, 175.
[133] COTTINO, *op. loc. cit.*

CAPITOLO III
I CONTRATTI DI GODIMENTO

▪**1.** La locazione: nozione e natura giuridica. ▪**1.1.** Caratteri. ▪**1.2.** Obbligazioni del locatore. ▪**1.3.** Obbligazioni del conduttore. ▪**1.4.** Gli effetti del contratto di locazione nei confronti del comproprietario non locatore. ▪**1.5.** Responsabilità per la perdita o il deterioramento della cosa. ▪**1.6.** Disciplina dei miglioramenti e delle addizioni. ▪**1.7.** La sublocazione e la cessione del contratto. ▪**1.8.** La disciplina speciale degli immobili urbani. ▪**1.9.** La disciplina delle locazioni a uso non abitativo. ▪**2.** L'affitto: nozione e natura giuridica. ▪**2.1.** Il contratto. ▪**2.2.** L'affitto di azienda. ▪**2.3.** L'affitto di fondo rustico. ▪**3.** Il comodato ▪**4.** Il *leasing*: nozione e inquadramento giuridico. ▪**4.1.** Il contratto. ▪**4.2.** La disciplina del rapporto. ▪**4.3.** Il c.d. *leasing* «*adossè*». ▪**4.4.** Il *leasing* immobiliare. ▪**4.5.** Il *leasing* azionario. ▪**4.6.** Il *leasing* al consumo. ▪**4.7.** Il *sale and lease back*. ▪**4.8.** Il *leasing* pubblico. ▪**4.9.** Il *leasing* internazionale. ▪**5.** I contratti di godimento in funzione della successiva alienazione (c.d. *rent to buy*).

1. La locazione: nozione e natura giuridica.

Nozione

La locazione è il contratto con il quale una parte («locatore») si obbliga a fare godere all'altra («locatario» o «conduttore») una cosa mobile o immobile per un certo periodo di tempo, dietro pagamento di un determinato corrispettivo (art. 1571 c.c.).

Differenze con altri istituti

La locazione si differenzia dal comodato (su cui si rinvia al capitolo IV) in quanto, nella prima, il locatore concede in godimento la *res* dietro pagamento di un corrispettivo, mentre il comodato è un contratto essenzialmente gratuito.

Si differenzia, invece, dall'affitto in quanto quest'ultimo ha necessariamente ad oggetto una cosa produttiva, che è dedotta come tale nel contratto, altrimenti, secondo la dottrina, non si configurerebbe affitto bensì locazione[1].

Natura giuridica

In passato vi è stato un ampio dibattito dottrinario in merito alla natura giuridica della locazione.

Secondo una teoria minoritaria, la locazione sarebbe riconducibile alla categoria dei diritti reali, essendo anch'essa caratterizzata dalla realità, in quanto sussiste un rapporto diretto e immediato tra il locatario e la cosa locata (costui soddisfa infatti il suo interesse con il godimento del bene senza che sia necessaria l'intermediazione o la cooperazione del locatore), e dall'assolutezza, in quanto la locazione è opponibile, sia pure entro certi limiti, al terzo acquirente.

La dottrina tradizionale sostiene, invece, che la locazione appartenga alla categoria dei diritti relativi, e ciò in quanto non sussiste il rapporto di realità tra il titolare del diritto e la cosa ed a carico di entrambe le parti è configurabile una prestazione (che per il locatore consiste nel far godere la cosa). Inoltre, la locazione non è opponibile *erga omnes,* ma solo in presenza di alcune condizioni (data certa e, per le locazioni ultranovennali, trascrizione) a determinati soggetti, e precisamente: al terzo acquirente (art. 1599 c.c.) di un bene immobile già locato, al nudo proprietario per le locazioni concluse dall'usufruttuario (art. 999 c.c.) e al venditore con patto di riscatto (art. 1505 c.c.). Si evidenzia, altresì, l'incompatibilità con la natura di diritto reale della disciplina del rischio del perimetro della cosa, che è a carico del locatore, mentre nei contratti traslativi di diritti reali è a carico dell'acquirente. Infine, si rileva che la possibilità di risolvere il contratto per eccessiva onerosità, nel caso in cui una delle prestazioni divenga più onerosa dell'altra, è inconcepibile per un diritto reale, e conferma viceversa l'esistenza di un nesso di sinallagmaticità tra le prestazioni.

Esiste poi una tesi mediana, che è maggioritaria, secondo cui la locazione sarebbe annoverabile in una categoria intermedia tra quella dei diritti reali e dei diritti obbligatori, ossia quella dei diritti personali di godimento. A sostegno di tale tesi militano diverse considerazioni. *In primis*, è innegabile che la locazione presenti il carattere della realità, poiché il conduttore soddisfa il proprio interesse attraverso il godimento della cosa senza che sia necessaria la cooperazione di nessun altro soggetto, e si instaura quindi quel rapporto diretto tra cosa e titolare che è proprio dei diritti reali, manca però il requisito dell'assolutezza caratteristico dei diritti reali, perché il diritto del conduttore non è tutelabile *erga omnes*, ma solo nei confronti di determinate categorie di soggetti.

[1] Cfr. TABET, *La locazione-conduzione*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, XXV, Milano, 1972, 239.

Accogliendo tale tesi si può riconoscere al conduttore il potere diretto sulla cosa, con il vantaggio di potergli accordare la tutela possessoria (attuabile anche contro il proprietario), ed allo stesso tempo si spiega come non possa essere acquistato, se non *a domino,* e non possa essere usucapito e trovano giustificazione anche la disciplina del rischio di perimento (che è a carico del proprietario) e la necessità del consenso del proprietario per la cessione del diritto del locatore.
In conclusione, la locazione è un contratto consensuale ad effetti obbligatori, da cui nasce un diritto personale di godimento a vantaggio del conduttore ed è un contratto a prestazioni corrispettive in quanto a carico del conduttore è posto, tra l'altro, l'obbligo di pagare il canone, ed in capo al locatore quello di consentire al conduttore il godimento della *res* locata.

1.1. Caratteri.

Soggetti

Dottrina e giurisprudenza sono concordi nel ritenere che, per concedere in locazione un bene, non sia necessario esserne proprietari, ma sia sufficiente averne la disponibilità materiale[2]; secondo parte della giurisprudenza, tale disponibilità materiale deve però derivare da un rapporto giuridico, che consenta al conduttore di esercitare la detenzione e di garantirgli il godimento della cosa locata.

Ne deriva che il conduttore convenuto per la risoluzione del contratto per inadempimento, per l'adempimento delle obbligazioni previste nel contratto o per la restituzione della cosa locata, non può opporre al locatore la mancanza della titolarità di tale *res*, trattandosi del resto di un diritto di credito alla restituzione. Né nel giudizio per il rilascio dell'immobile locato il conduttore può esigere dal locatore la prova che questi ne è il proprietario.

Sono, quindi, legittimati in via di diritto a locare: il proprietario, l'usufruttuario, l'enfiteuta, il superficiario, il creditore anticretico, il sequestratario e lo stesso conduttore[3]. Invece, l'art. 1024 c.c. vieta la stipulazione di contratti di locazione al titolare di un diritto di uso o abitazione.
Qualora il potere di disposizione sulla cosa che si intende locare appartenga a più soggetti, come ad esempio in caso di bene in comproprietà, ognuno può concedere il bene in locazione nei limiti della sua quota di proprietà, ma è altresì possibile che il comproprietario conceda il bene in locazione nella sua interezza, presumendosi in tal caso il consenso degli altri comproprietari, salvo la prova contraria.
Conduttore è solo colui che ha stipulato il contratto di locazione al fine di acquisire il godimento del bene locato.

Oggetto

Oggetto del contratto di locazione è il bene, mobile (in tal caso si parla anche di noleggio) o immobile, che il locatore consegna al conduttore affinché questi se ne serva in modo continuativo e per un determinato periodo di tempo.
In dottrina[4] è generalmente ammessa la locazione di cosa altrui, purché – come già sopra detto - il locatore abbia la disponibilità della cosa locata e sia in grado di

[2] Per la dottrina. si veda: MICCIO, *La locazione*, Torino, 1980; TABET, *op. cit.* In giurisprudenza, cfr.: Cass. civ., sez. III, 11 aprile 2006, n. 8411, in *Obbl. e contr.*, 2006, 10, 842.
[3] Cfr. TABET, *Locazione (in generale)*, in *Noviss. Dig. It.*, IX, Torino, 1982, 1004; GUARINO, *Locazione*, in *Tratt. Grosso- Santoro Passarelli*, Milano, 1965, 32, nt. 18.
[4] Cfr. MIRABELLI, *La locazione*, Torino, 1972, 277 *op. cit.*; COSENTINO-VITUCCI, *Le locazioni dopo le riforme del 1978-1985*, Torino, 1986, 37; CATELANI, *Manuale della* locazione, Milano, 2001, 64.

consegnarla al conduttore e garantirne il pacifico godimento.
Non possono invece costituire oggetto del contratto di locazione: le cose consumabili (posto che non è possibile un loro godimento senza distruggerne la sostanza) ed i c.d. «beni immateriali»[5], né i beni che fanno parte del demanio pubblico e del patrimonio indisponibile dello Stato o di altri enti pubblici territoriali[6], in virtù del particolare regime al quale sono sottoposti.

Causa

La causa del contratto di locazione consiste nello scambio tra il godimento di una cosa che una parte concede all'altra, ed il corrispettivo che questa si obbliga a dare alla prima.
Secondo l'opinione dottrinaria prevalente il corrispettivo non può consistere nella prestazione di dare una cosa infungibile, né in una prestazione di fare o non fare[7].
La giurisprudenza, accogliendo una nozione ampia di corrispettivo, ritiene che esso possa consistere in qualsiasi utilità suscettibile di valutazione economica, compresa un'opera, un servizio o un'attività lavorativa resa in favore del locatore.
Secondo l'opinione unanime di dottrina e giurisprudenza, il corrispettivo non deve essere necessariamente determinato, potendo anche essere solo determinabile[8].

Forma

Il contratto di locazione non è in genere soggetto ad alcun vincolo di forma, eccezion fatta per le locazioni ultranovennali (definite dall'art. 1572 c.c. atti eccedenti l'ordinaria amministrazione), per le quali è prevista la forma scritta *ad substantiam* (art. 1350, n. 8, c.c.).

Il mancato rispetto della forma scritta *ad substantiam* per le locazioni ultranovennali determina la nullità dell'intero rapporto, dovendosi escludere una validità nei termini del novennio[9], ma si ritiene ammissibile, a norma dell'art. 1424 c.c., una conversione della locazione ultranovennale in un contratto infranovennale (di durata da determinarsi a norma dell'art. 1574 c.c.), qualora risulti che le parti avrebbero ugualmente stipulato il contratto per una durata inferiore se avessero conosciuto la nullità derivante dal vizio di forma[10].
In dottrina si ritiene, inoltre, che non sono soggette a forma scritta *ad substantiam* le locazioni infranovennali rinnovabili per un ulteriore periodo che sommato al precedente ecceda il novennio[11].
Un'eccezione a tale principio è costituita dalle locazioni infranovennali stipulate dalla Pubblica amministrazione, perché in tal caso è sempre richiesta la forma scritta *ad substantiam*[12].

Durata

La fissazione di un termine di durata costituisce elemento essenziale del contratto di locazione[13], ma qualora non venisse apposto alcun termine comunque la

[5] Si esprime in senso contrario LAZZARA, *Il contratto di locazione*, Milano, 1961, il quale ritiene che anche i c.d. beni immateriali siano suscettibili di un'utilizzazione economica da parte del locatario.
[6] *Contra* Cass. civ., Sez. III, 22 marzo 2004, n. 5672, *ivi*, 2004, secondo la quale il fatto che l'immobile sia stato realizzato su terreno demaniale non preclude l'assoggettamento della locazione al regime civilistico, salva la facoltà di autotutela della P.A.
[7] Cfr. TABET, *La locazione-conduzione*, cit., 297 e ss.
[8] Cfr. MIRABELLI, *op. cit*, 296, nota 3; DOGLIOTTI – FIGONE, *La locazione. Disciplina generale – Le locazioni abitative*, in CENDON (a cura di), *Il diritto privato oggi*, Milano, 1993, 33.
[9] Cfr. BUCCI – MALPICA – REDIVO, *Manuale delle locazioni*, Padova, 1989, 32.
[10] Cfr. MIRABELLI, *op. cit.*, 212.
[11] Cfr. TABET, *op. cit.*, 1004; BUCCI – MALPICA – REDIVO, *op. cit.*, 33.
[12] La giurisprudenza ha pertanto escluso che, in difetto di contratto scritto, possa desumersi la volontà della P.A. di concludere tale contratto da una manifestazione tacita di volontà dimostrata da fatti concludenti o da comportamenti meramente attuativi (quali ad esempio la delibera dell'organo collegiale dell'ente pubblico). Cfr. Cass. civ., Sez. III, 22 giugno 2005, n. 13385, in *Guida al dir.*, 2005, 44, 69.
[13] Secondo GUARINO, *op. cit.*, 33, la durata non è elemento essenziale bensì naturale nel senso che nulla vieta alle parti di stipulare una locazione con durata indeterminata ma con libera facoltà di recesso,

locazione, ai sensi dell'art. 1573 c.c., non potrebbe eccedere i trent'anni. Trattandosi di disposizione imperativa, i contratti stipulati per un periodo eccedente tale limite temporale sono ridotti a tale durata. Tale riduzione di diritto, poiché è qualificabile come una limitazione di ordine pubblico, è applicabile anche d'ufficio.

Il limite del trentennio previsto dall'art. 1573 c.c. è giustificato in vario modo, dall'esigenza di evitare la nascita di un diritto reale oltre il *numerus clausus*, o dall'impossibilità di riesame delle decisioni iniziali in ordine all'impiego del bene.
La disposizione fa, comunque, salve le eccezioni al principio della durata massima trentennale contenute in espresse norme di legge (quali l'art. 1607 c.c. per le case di abitazione e l'art. 1629 c.c. per l'affitto di fondi rustici destinati al rimboschimento).

La determinazione convenzionale della durata può ricavarsi anche indirettamente con l'apposizione al contratto di una condizione propria o impropria, e *per relationem,* attraverso l'interpretazione delle varie clausole contrattuali (in particolare di quella disciplinante l'uso della cosa[14]).
Nel caso in cui non sia previsto alcun termine o non sia altrimenti ricavabile, interviene in via suppletiva l'art. 1574 c.c., che prevede diversi termini, a seconda della tipologia di bene locato, realizzando così una etero-integrazione del contenuto del contratto.
È bene, tuttavia, precisare che, con l'entrata in vigore della legge sull'equo canone e della l. 9 dicembre 1998, n. 431, la disciplina dettata dall'art. 1574 c.c. ha assunto un valore residuale, conservando la sua efficacia solo per le locazioni mobiliari e per quelle immobiliari non soggette all'equo canone, ai sensi dell'art. 26 della l. 27 luglio 1978, n. 392. La legge sull'equo canone è stata, successivamente, in parte abrogata dalla l. 9 dicembre 1998, n. 431 (relativa agli immobili urbani ad uso abitativo), che all'art. 2, prescrive una durata minima di quattro anni per le locazioni abitative e di tre anni per le locazioni c.d. «a canone controllato»; mentre per le locazioni non ad uso abitativo, la l. 27 luglio 1978, n. 392 stabilisce una durata più lunga, pari sei anni per le locazioni di tipo produttivo e a nove anni per quelle ad uso alberghiero.

Termine L'art. 1596 c.c. dispone che la locazione a tempo determinato si estingue, senza bisogno di preventiva disdetta, con lo spirare del termine, salvo che intervenga una tacita rinnovazione del contratto.
Ove, invece, non sia stato fissato un termine, soccorrono i criteri suppletivi di legge (art. 1574 c.c.) ma, per la cessazione del contratto di locazione, è comunque necessario comunicare la disdetta nel termine determinato dalle parti o dagli usi, in difetto della quale il contratto è rinnovato (art. 1597, comma 1, c.c.).

Disdetta

La disdetta è un atto negoziale unilaterale e recettizio, espressione di diritto potestativo attribuito *ex lege*, concretantesi in una manifestazione di volontà, che può provenire sia dal locatore che dal conduttore, diretta ad impedire la prosecuzione o la rinnovazione tacita del rapporto locativo.
In virtù della vigenza nel nostro ordinamento positivo del principio generale di libertà della forma, si può affermare che la disdetta - salvo l'ipotesi di particolari

subordinata all'onere di un congruo preavviso, a favore dell'una, dell'altra o di entrambe le parti.
[14] TRIFONE, *La locazione*, in *Trattato Rescigno*, vol. XII, Torino, 2007, 34 ss.

formalità richieste dalla legge o pattuite contrattualmente (art. 1352 c.c.) - può essere indifferentemente comunicata per iscritto o verbalmente.

In applicazione di tale principio, si è affermato che spetta al giudice accertare con ogni mezzo se, sul piano della prova, la manifestazione negoziale, quale che sia il mezzo adoperato, abbia comunque raggiunto lo scopo di mettere a conoscenza il conduttore dell'intenzione inequivocabile del locatore di porre fine al contratto, senza che possa a tal fine rilevare la disciplina della scrittura privata (art. 2702 c.c.) e la mancanza di sottoscrizione.
Si è inoltre affermata la validità della disdetta contenuta nell'intimazione di sfratto per finita locazione in virtù della circostanza che, in tale atto, si esprime la volontà del locatore contraria ad un'eventuale proroga o rinnovazione del rapporto.
In altri casi la giurisprudenza ha ritenuto equipollente a disdetta la domanda di risoluzione del contratto per colpa del conduttore, o l'atto di citazione per convalida di sfratto, o altri atti equipollenti dotati di pari efficacia[15] dai quali risulti inequivocabilmente la volontà del locatore di non rinnovare il contratto alla scadenza.

In caso di pluralità di conduttori, la disdetta del locatore, in quanto volta a determinare la cessazione del rapporto di locazione alla scadenza del termine contrattuale e, conseguentemente, ad imporre la riconsegna della *res locata*, ossia l'esecuzione di una prestazione indivisibile, è efficace nei confronti di tutti i conduttori, ancorché intimata ad uno solo di essi. Allo stesso modo, nel caso di pluralità di locatori, sarà sufficiente la disdetta intimata da uno solo di essi.
Gli effetti della disdetta si producono allo spirare del termine per cui è stata intimata, quindi, il conduttore può godere della proroga del contratto intervenuta dopo la ricezione ma prima della scadenza del contratto.

L'operatività della disdetta va temporalmente collocata al momento della ricezione dell'atto: in caso di raccomandata non consegnata per assenza si dovrà fare riferimento al momento dell'arrivo all'indirizzo; se, invece, essa è contenuta in un atto giudiziario occorrerà coordinare le regole attinenti l'arrivo al domicilio con quelle (diverse) concernenti la validità ed efficacia della notifica[16].

La disdetta ha la funzione di impedire la prosecuzione o la rinnovazione del contratto di locazione e non di determinare la cessazione del rapporto prima della scadenza, pertanto, nel caso in cui sia stata intimata per un termine di scadenza anteriore, vale per il termine successivo e, viceversa, è pienamente efficace la disdetta intimata erroneamente per una data successiva alla scadenza legale, quando, dal tenore dell'atto, risulti inequivocabilmente la volontà dell'intimante. Una disdetta che non sia idonea - per inosservanza del termine - a produrre la cessazione della locazione per la scadenza voluta dal locatore, ha l'efficacia di produrre la cessazione del rapporto per la successiva scadenza.
In caso di contratto di locazione senza determinazione di tempo, la disdetta deve essere inoltrata - salva diversa pattuizione - nel termine fissato dagli usi che, ai sensi dell'art. 1574, n. 3, c.c. va individuato nell'unità di tempo a cui è commisurato il corrispettivo.
La scadenza del termine finale di durata, convenzionale o legale, non comporta

Rinnovazione

[15] Cass. civ., Sez. III, 12 gennaio 2006, n. 409, in *Mass. Giur. It.*, 2006.
[16] Cass. civ., 5 marzo 2002, n. 3269, in *Mass. Giur. It.*, 2002.

necessariamente la fine del rapporto di locazione, poiché ne è ammessa la rinnovazione.

La rinnovazione non va confusa con la novazione, che si verifica quando i contraenti sostituiscono all'originaria obbligazione una nuova avente titolo od oggetto diverso e risulti altresì in modo non equivoco la volontà di estinguere la precedente obbligazione.

L'art. 1597 c.c. dispone, infatti, che la locazione si ha per rinnovata se, una volta scaduto il termine della locazione, il conduttore «rimane ed è lasciato» nella detenzione della cosa locata o se, trattandosi di locazione a tempo indeterminato, non è stata comunicata la disdetta (comma 1). La nuova locazione è regolata dalle stesse condizioni della precedente, ma la sua durata è quella stabilita per le locazioni a tempo indeterminato (comma 2). Se è stata data disdetta, il conduttore non può opporre la tacita rinnovazione, salvo che risulti la volontà del locatore di rinnovare il contratto (comma 3).

In deroga alla norma in commento, le parti possono convenire - tramite apposite clausole e osservando le formalità previste dall'art. 1341 c.c. - specifiche modalità di regolamentazione dell'effetto di tacita rinnovazione del negozio. Tali clausole dovranno però essere ben specifiche, in modo tale da evitare il pericolo di incorrere nella sanzione della nullità per indeterminatezza dell'oggetto, con conseguente riespansione degli effetti giuridici previsti dalla disciplina codicistica. Ad esempio, si potrà riconoscere il diritto potestativo di provocare la rinnovazione del contratto ad una sola delle parti contrattuali, oppure, come accade di frequente, pattuire che si darà luogo alla rinnovazione del contratto se non interverrà la disdetta entro un termine stabilito. Se, per effetto della rinnovazione, il contratto di locazione è destinato a protrarsi per più di nove anni, si dovrà osservare la prescrizione formale di cui all'art. 1350 c.c.; qualora poi si arrivasse ad una durata superiore ai trent'anni, diverrà operante il limite di cui all'art. 1573 c.c., con relativa riduzione della durata ai sensi dell'art. 1597 c.c.

Affinché vi sia una legittima tacita rinnovazione del contratto sono, pertanto, necessarie due condizioni: la permanenza del conduttore nel godimento del bene e la volontà del locatore di lasciarlo in tale condizione.
La *ratio* della previsione va ravvisata nella comune intenzione delle parti di conservare in vita il rapporto locativo[17].
Il consenso del locatore alla rinnovazione può derivare o da dichiarazione espressa o da comportamento concludente, quale l'accettazione del canone anche in periodo successivi alla scadenza pattuita o disposta dalla legge.
In tale ipotesi, la volontà del locatore è presunta, ma va esclusa ove costui abbia espresso l'intenzione di riottenere il bene[18], o il contratto è scaduto per tempestiva disdetta. In tal caso, vengono in soccorso una serie di indizi atti a rilevare l'esistenza di una volontà contraria a quella prima espressa, non essendo di per sé sufficiente né la percezione dei canoni né gli adempimenti fiscali.

Nel caso in cui il locatore abbia intimato formale disdetta, anche se successivamente il

[17] Cfr., tra le altre: Cass. civ., Sez. III, 22 luglio 2002, n. 10644, in *Mass. Giur. It.*, 2002; *Id.*, Sez. III, 25 marzo 2004, n. 5949, in *Giuda al dir.*, 2004, 21, 93; *Id.*, Sez. III, 28 luglio 2005, n. 15802, *ivi*, 2005, 37, 68; *Id.*, Sez., III, 16 dicembre 2005, n. 27731, in *Mass. Giur. It.*, 2005.
[18] Cass. civ., 11 luglio 2003, n. 10346, in *Mass. Giur. It.*, 2003.

conduttore sia rimasto nell'immobile locato dopo la scadenza e/o il locatore abbia continuato a percepirne il canone senza proporre tempestivamente azione di rilascio, ciò non vale a configurare un'ipotesi di rinnovazione del contratto, occorrendo a tal fine un comportamento positivo del locatore idoneo a dimostrare una nuova volontà contraria a quella precedentemente dimostrata con la disdetta[19].
Stesso discorso vale nel caso in cui il locatore abbia intimato lo sfratto, salvo che non si dimostri che successivamente il locatore abbia manifestato una volontà, nuova e contraria a quella precedentemente espressa, di rinunciare agli effetti prodotti con l'intimazione.

La disdetta successiva alla rinnovazione tacita può solo impedire quella immediatamente seguente[20].

Nel caso in cui il contratto di locazione sia stipulato dalla Pubblica amministrazione non può configurarsi né una proroga né un rinnovo tacito, dato che la volontà di obbligarsi della P.A. non può mai desumersi per implicito da fatti o da atti, dovendo sempre esser manifestata nelle forme richieste dalla legge, ossia con l'atto scritto *ad substantiam*[21].
Tuttavia, nel caso in cui, dopo la scadenza del contratto, l'amministrazione locatrice continui a percepire i canoni chiedendo anche l'aumento Istat, può aversi una continuazione dell'originario rapporto, sempre che nel contratto vi sia una clausola in tal senso[22].
Nell'ipotesi di alienazione della cosa locata (anche a titolo gratuito) la locazione non cessa purché il contratto abbia data certa anteriore all'alienazione (art. 1599, comma 1, c.c.). ***Emptio non tollit locatum***
Tale regola non è, però, assoluta: la locazione di cosa mobile, infatti, è comunque inopponibile se l'acquirente ha ottenuto il possesso della cosa in buona fede (comma 2), mentre quella di beni immobili, se non trascritta, è opponibile nei limiti di un novennio dall'inizio della locazione (comma 3). In ogni caso, se ne ha assunto l'obbligo con l'alienante, l'acquirente è tenuto a rispettare la locazione (comma 4).
Il principio dettato da tale disposizione comporta, quindi, nel caso di trasferimento della cosa locata a titolo particolare, la cessione legale del contratto di locazione con la continuazione dell'originario rapporto locatizio e l'assunzione da parte dell'acquirente della stessa posizione del locatore[23], che subentra nei diritti e nelle obbligazioni derivanti da tale contratto (art. 1602 c.c.).

Poiché l'acquirente dell'immobile locato obbligato a rispettare la locazione stipulata dal precedente proprietario con contratto di data certa anteriore all'alienazione è terzo rispetto al contratto, non gli sono opponibili gli accordi verbali in deroga al contenuto originario del contratto che non risultino anche da scrittura di data certa.

---

[19] Cass. civ., Sez. III, 11 luglio 2003, n. 10946, in *Mass. Giur. It.*, 2003; *Id.*, Sez. V, 26 ottobre 2005, n. 20834, *ivi*, 2005; *Id.*, Sez. III, 14 marzo 2006, n. 5464, *ivi*, 2006; *Id.*, Sez. III, 7 giugno 2006, n. 13346, in *Impresa*, 2006, 1680.
[20] Cass. civ., Sez. III, 23 ottobre 2001, n. 12959, in *Mass. Giur. It.*, 2001.
[21] Cfr., tra le altre: Cass. civ, Sez. III, 11 gennaio 2000, n. 188, in *Mass. Giur. It.*, 2000; *Id.*, Sez. III, 24 giugno 2002, n. 9165, *ivi,* 2002; *Id.*, Sez. III, 3 agosto 2002, n. 11649, *ivi*, 2002; *Id.*, Sez. III, 23 gennaio 2006, n. 1223, *ivi*, 2006.
[22] Cass. civ., Sez. III, 9 agosto 2002, n. 12087, in *Mass. Giur. It.*, 2002.
[23] GRASSELLI, *La locazione di immobili nel codice civile e nelle leggi speciali*, Padova, 2005, 486.

L'art. 1599 c.c. è una norma di carattere eccezionale, come tale non suscettibile di applicazione estensiva ad istituti diversi dalla locazione (come il comodato o il *leasing*).
L'onere di rendere certa la data del contratto prima di alienare il bene locato è a carico del locatore, il quale, in difetto, dovrà risarcire il danno al conduttore licenziato (art. 1601 c.c.).
Le norme contenute nell'art. 1599 c.c. sono derogabili per volontà delle parti.
In sede di conclusione del contratto di locazione può, infatti, essere pattuita la clausola di scioglimento in caso di alienazione. L'acquirente che vuole avvalersi di tale facoltà deve comunicarlo al conduttore rispettando il termine di preavviso di cui all'art. 1596 c.c. In tal caso, al conduttore non spetta il risarcimento del danno, salvo patto contrario (art. 1603 c.c.).

Scioglim
contratt
di aliena

In caso, però, di vendita con patto di riscatto, il compratore non può licenziare il conduttore fino a quando il suo acquisto non sia divenuto irrevocabile a seguito della scadenza del termine del riscatto (art. 1604 c.c.).

Si può, inoltre, stabilire contrattualmente l'attribuzione al locatore, in caso di alienazione, del diritto di recesso. In tal caso, il conduttore è tenuto a restituire l'immobile al locatore e non al terzo acquirente.
Nell'ipotesi in cui il diritto del locatore sulla cosa locata si estingue con effetto retroattivo, le locazioni da lui concluse, se di data certa e non fraudolente, proseguono al massimo per un triennio, fatte salve le diverse disposizioni di legge (art. 1606 c.c.).

Estinzione
diritto
locatore
effetti retroa

Il diritto del locatore può, ad esempio, estinguersi per il verificarsi di una clausola risolutiva, per la pronuncia di una risoluzione contrattuale, per la nullità o l'annullamento per incapacità legale, per rescissione o riscatto convenzionale[24].

La condizione che il contratto sia stipulato senza frode è diretta ad evitare collusioni tra locatore e conduttore a danno del terzo ed è una norma dettata a tutela della buona fede del terzo, poiché costui, nel caso in cui la stipulazione sia avvenuta al solo scopo di danneggiarlo, non subentrerà nel rapporto, restando la locazione a lui non opponibile.

1.2. Obbligazioni del locatore.

L'art. 1575 c.c. indica le tre principali obbligazioni del locatore: a) consegnare al conduttore la cosa locata in buono stato di manutenzione; b) mantenerla in stato da servire all'uso pattuito[25]; c) garantire il pacifico godimento della cosa durante la locazione.
Trattasi di un elenco non esaustivo, poiché indica solo le obbligazioni tipiche del

[24] Cfr. GUARINO, *op. cit.*, 50; TABET, *La locazione-conduzione*, cit., 700.
[25] La risoluzione per impossibilità sopravvenuta della prestazione trova applicazione non solo quando il bene locato sia totalmente distrutto, ma anche quando la rovina, pur essendo parziale, riguardi elementi principali e strutturali del bene con l'effetto che, con riferimento alla sua individualità ed alla sua destinazione, ne sia pregiudicata definitivamente la funzionalità e l'attitudine a prestarsi al godimento previsto dalle parti (Cass. civ., Sez. III, 10/04/1995, n. 4119). Qualora le condizioni di degrado dell'immobile siano tali da renderlo strutturalmente inidoneo a qualsivoglia attività, senza alcun margine di dubbio, è legittima la sospensione degli oneri relativi al pagamento dei canoni nonostante la permanenza del conduttore nella detenzione della cosa locata (Cass. civ., Sez. III, Ordinanza, 22/06/2020, n. 12103).

locatore, che devono essere coordinate con la disciplina pattizia e con la normativa speciale.
L'obbligo di consegna si pone come elemento ineliminabile della prestazione del locatore, poiché effetto tipico della locazione è proprio l'attribuzione del diritto di godimento sul bene. Tale obbligo si realizza con il compimento di quell'attività necessaria, volta ad operare il trasferimento della detenzione. Tale attività può consistere o nella consegna materiale della cosa, o nella consegna simbolica (dazione delle chiavi del bene immobile).

La consegna può mancare quando il conduttore si trovi già, ad altro titolo, nel godimento della cosa, come nei casi di costituto possessorio (vendita con riserva di locazione) e di *traditio brevi manu*.

La consegna non costituisce atto negoziale, ma adempimento in senso tecnico, ovvero atto dovuto, per cui, rispetto ad essa, non vengono in rilievo la capacità ed i vizi del volere di chi la effettua, né l'accettazione del conduttore[26].
In ipotesi di mancata consegna il relativo obbligo è suscettibile di esecuzione in forma specifica ai sensi dell'art. 2930 c.c. e degli artt. 605 e ss. c.p.c. nei confronti del locatore, sempre che il conduttore non preferisca chiedere la risoluzione del contratto ed il risarcimento del danno.
Il conduttore non può, invece, in caso di omessa consegna, procedere al diretto impossessamento del bene, poiché è soggetto all'azione di spoglio o manutenzione proposta dal locatore.
Può, invece, proporre l'azione di nunciazione per danno temuto a tutela dei suoi beni immessi nell'immobile locato ma solo nei confronti del terzo.
L'obbligo in esame impone al locatore di consegnare il bene unitamente agli accessori pattuiti e a quelle pertinenze che abbiano una destinazione strumentale con l'uso convenuto della cosa principale, salvo patto contrario.
L'art. 1575, comma 1, n. 1, c.c. prevede che la cosa debba essere consegnata in buono stato di manutenzione. La disposizione è, tuttavia, derogabile dalle parti.
Le parti sono libere di locare la cosa in condizioni mediocri o scadenti, in tal caso gli obblighi di manutenzione e di riconsegna sono parametrati allo stato della cosa al momento della consegna.
La consegna della cosa inidonea a realizzare l'interesse del conduttore non importa responsabilità del locatore laddove risulti che il conduttore, conoscendo la possibile inettitudine del bene a realizzare il suo interesse, abbia comunque accettato il rischio economico[27], motivo per cui non è esonerato dall'obbligo di versare il canone. Né, salvo diversa pattuizione, legittima il conduttore a chiedere al locatore un adeguamento della cosa (attraverso ad esempio una ristrutturazione), ma consente di agire, a seconda dei casi, per la risoluzione del contratto o per la riduzione del canone.

La giurisprudenza ha precisato che, in mancanza di specifica pattuizione, non è onere del locatore ottenere le eventuali autorizzazioni amministrative necessarie per l'uso del bene locato, pertanto non può configurarsi alcuna responsabilità per inadempimento del locatore nel caso

[26] MIRABELLI, *op. cit.*, 360.
[27] Cass. civ., Sez. III, 15 ottobre 2002, n. 14659, in *Gius.*, 2003, 457.

in cui il conduttore non abbia ottenuto le autorizzazioni, anche se il diniego è dipeso dalle caratteristiche del bene locato[28]. Ciò, salvo che il locatore ne abbia espressamente garantito il rilascio, rispondendo in tal caso per la promessa del fatto del terzo ai sensi dell'art. 1381 c.c. [29]
Si è, inoltre, affermato che non costituisce inadempimento del locatore, né causa di invalidità del contratto, la consegna di un bene privo di concessione edilizia e licenza di abitazione, salvo che tale fatto, ignoto al momento della conclusione, pregiudichi la possibilità di godimento del bene[30].
A maggior ragione, si è escluso che l'obbligazione del locatore di mantenere la cosa in stato da servire all'uso convenuto comprenda modificazioni o trasformazioni dell'originario stato di fatto, non previste dal contratto, rese necessarie e urgenti al fine di adeguare il bene ai nuovi requisiti imposti, nel corso della locazione, dall'autorità e consentire l'esercizio dell'attività commerciale o industriale per la quale è stato locato[31].

Al momento della consegna, le parti possono redigere un verbale, in cui risulti la descrizione del bene. Tale verbale ha valore di confessione stragiudiziale e forma piena prova della verità dei fatti dichiarati contro colui che ha reso le dichiarazioni a proprio svantaggio[32].
Il locatore deve mantenere la cosa in stato tale da servire all'uso convenuto (art. 1575, n. 2, c.c.). Tale obbligo deriva da quello iniziale di consegna in buono stato locativo e riceve specificazione nei successivi artt. 1576 e 1577 c.c. relativi alla disciplina delle riparazioni. La sua eventuale violazione dà luogo ad un'obbligazione risarcitoria.
Il locatore è tenuto ad eseguire le riparazioni necessarie a mantenere la cosa in uno stato idoneo all'uso al quale è destinata, salvo quelle di piccola manutenzione che sono a carico del conduttore (l'art. 1576 c.c.).
L'obbligo non si estende, però, a modificazioni o trasformazioni non previste dal contratto, né alla ricostruzione della cosa che sia stata distrutta totalmente o in misura tale da non poter più servire all'uso cui era stata destinata. In tal caso si applicano le norme in tema di impossibilità sopravvenuta della prestazione[33]: se l'impossibilità è totale il contratto è risolto, se è parziale si applicano le norme di cui all'art. 1464 c.c., per cui il conduttore potrà scegliere tra una riduzione del canone o il recesso dal contratto.
Nell'ipotesi di locazione di cose mobili, l'art. 1576, comma 2, c.c. distinguendo tra manutenzione ordinaria e straordinaria (art. 1004 c.c.), pone l'onere della prima a carico del conduttore, unitamente alle spese di conservazione, mentre l'onere della seconda spetta al locatore.

La giurisprudenza ha, ad esempio, affermato che grava su locatore: la sostituzione e riparazione di elettrodomestici presenti nell'immobile locato, purché dovute al deterioramento derivante da un utilizzo normale; la riparazione degli infissi esterni, poiché si presume che i danni riportati da tali infissi derivino da vetustà o caso fortuito, salvo che si provi che derivino da un uso

[28] Cass. civ., Sez. III, 11 aprile 2000, n. 4598, in *Giur. It.*, 2000, 2232; *Id.*, Sez., III, 12 maggio 2000, n. 6121, in *Mass. Giur. It.*, 2000.
[29] Cass. civ., Sez. III, 11 aprile 2000, n. 4598.
[30] Cass. civ., Sez., III, 12 maggio 2000, n. 6121.
[31] Cass. civ., Sez. III, 19 dicembre 2008, n. 29867, in *Imm. e propr.*, 2009, 187; *Id.*, Sez. III, 26 marzo 2009, n. 7347, *ibidem*, 386.
[32] GABRIELLI-PADOVINI, *La locazione di immobili urbani*, Padova, 2005, 553 e ss.
[33] Cfr. MIRABELLI, *op. cit.*, 392.

anomalo della cosa; o anche l'installazione del sistema di riscaldamento autonomo o di ascensore decisa da delibera condominiale.

Naturalmente non ricade sul locatore l'obbligo di riparare il guasto causato per dolo o colpa dal conduttore o dai suoi familiari, dipendenti e/o terzi da lui ammessi, anche temporaneamente, all'uso ed al godimento dell'immobile locato.
L'obbligo non sussiste neanche nel caso in cui manchi un interesse attuale del conduttore alle riparazioni, perché esse non risultano connesse con l'uso pattuito per il bene concesso in locazione.
Sono, invece, a carico del locatore le opere necessarie ad eliminare le cause che limitano il godimento del bene locato o cagionano danni e che sono attribuibili allo stato del bene (quindi vi rientrano le opere che si siano rese necessarie per vetustà o caso fortuito).
L'art. 1576 c.c. si riferisce all'ipotesi di guasto sopravvenuto, in quanto, in caso di vizi preesistenti, opera la garanzia prevista dall'art. 1578 c.c.
Sono a carico del conduttore le opere di piccola manutenzione occorrenti per rimuovere il deterioramento prodotto dall'utilizzo del bene locato, anche se, ove non abbia adempiuto a tale obbligo, al momento del rilascio il conduttore non è tenuto ad eliminare a sue spese le conseguenze del deterioramento subito dalla cosa locata a seguito dell'uso fattone, quando tale uso sia stato conforme a quello pattuito e sia stata impiegata una media diligenza, poiché il normale deterioramento d'uso costituisce un limite all'obbligo del conduttore di restituire la cosa al termine della locazione nello stato in cui l'ha ricevuta[34].
La giurisprudenza ha, recentemente affermato che il locatore, che abbia autorizzato il conduttore ad eseguire opere di ristrutturazione del bene, è legittimato (e obbligato) a sorvegliare l'attività autorizzata o, comunque, consentita, allo scopo di evitare che da essa possa derivarne un ingiusto danno ai terzi, dovendo altrimenti rispondere in solido con il conduttore ex art. 2055[35].

In tema di locazione di immobili urbani ad uso abitativo la giurisprudenza costante ritiene nulla, ai sensi dell'art. 79, l. 27 luglio 1978, n. 392, la clausola che impegna il conduttore a ripristinare, al termine della locazione, lo stato locativo dell'immobile nelle condizioni in cui l'ha ricevuto poiché tale pattuizione assicurerebbe al locatore un vantaggio non consentitogli dalla legge[36].

L'art. 1577 c.c. specifica che, nel caso in cui la cosa locata necessiti di riparazioni spettanti al locatore, il conduttore è tenuto a dargliene avviso. Se si tratta di riparazioni urgenti, il conduttore può, tuttavia, eseguire direttamente le opere necessarie, salvo rimborso, purché ne dia contestualmente avviso al locatore.

L'avviso deve essere tempestivo, in quanto si deve consentire al locatore di intervenire subito, al fine di evitare l'aggravamento delle condizioni del bene o l'eventuale prodursi di danni a terzi. In caso di riparazioni urgenti, il diritto al rimborso delle spese effettuate dal conduttore non è escluso dalla mancanza del previo avviso al locatore[37].

[34] Cass. civ., Sez. III, 26 novembre 2002, n. 16685, in *Giuda al dir.*, 2003, 9, 63.
[35] Cass. civ., Sez. III, Sentenza, 15/01/2020, n. 516.
[36] Cass. civ., Sez. III, 5 agosto 2002, n. 11703, in *Arch. Locaz.*, 2003, 200.
[37] Cfr. Cass. civ., Sez. III, 27 ottobre 2003, n. 16089, in *Foro it.*, 2004, 1, 1156.

L'obbligo di manutenzione gravante sul locatore può essere convenzionalmente derogato dalle parti, poiché tutta la materia delle riparazioni è retta da norme dispositive[38].
Il locatore, durante il rapporto di locazione, ha il potere – dovere di vigilanza sul bene oggetto del contatto e, pertanto, è responsabile dei danni cagionati a terzi dalla mancanza di opere di manutenzione poste a suo carico dalla legge.
Il conduttore è, invece, responsabile dei danni provocati da quelle parti della cosa che sono nella sua disponibilità ed in relazione alle quali ha l'obbligo di intervenire.
Ai sensi dell'art. 1582 c.c. il locatore non può compiere sulla cosa innovazioni che diminuiscano il godimento da parte del conduttore.

Tale norma - così come anche gli artt. 1583, in tema di mancato godimento per riparazioni urgenti (che impone al conduttore di tollerarle), e 1584 c.c., che disciplina i diritti del conduttore durante le riparazioni (attribuendogli, a seconda che si tratti di esecuzione prolungata per oltre un sesto della durata della locazione o per più di 20 giorni, o di esecuzione che rende inabitabile la cosa, rispettivamente la riduzione del canone o lo scioglimento del contratto) - fa da corollario all'obbligazione principale del locatore di consentire al conduttore il godimento del bene.

Il *discrimen* rispetto alle riparazioni urgenti è rappresentato dal fatto che le innovazioni dipendono solo dalla volontà del locatore.

Non ogni intervento innovativo ricade nel divieto, perché è necessario si tratti di un'alterazione negativa del godimento del bene locato da parte del conduttore, mentre sono ammessi interventi che non siano obiettivamente gravosi, né voluttuari, e che anzi apportino un miglioramento alle condizioni di utilizzabilità del bene (ad es., installazione di impianto di riscaldamento, servizio portierato).
Il limite agli interventi viene meno non solo se il lavoro si concretizzi in una riparazione urgente, ma anche se l'innovazione non dipenda dalla volontarietà, ma sia imposta da: norma di legge (ad es., per garantire il risparmio energetico), sentenza (ad es., per l'eliminazione del passo carrabile) o delibera condominiale (ad es., per il passaggio al riscaldamento autonomo o per l'eliminazione portierato).
In tal caso, pertanto, il conduttore potrà agire per la risoluzione del contratto, per il risarcimento del danno ed anche con la tutela possessoria.

Va tuttavia precisato che, salvo patto contrario, le opere che modificano l'originario stato della cosa, in relazione alla particolare attività svolta dal conduttore, non possono essere imputate al locatore, anche nel caso in cui siano state imposte dalla pubblica autorità al fine di consentire l'espletamento dell'attività considerata.
La giurisprudenza si è espressa in tal senso, ad esempio, in un'ipotesi di mancato rilascio della licenza di esercizio del locale locato per la mancata modifica condominiale della destinazione del locale; o con riferimento all'installazione di una canna fumaria necessaria al funzionamento di un ristorante, in caso di divieto opposto dal condominio; o riguardo le nuove opere imposte da sopravvenute disposizioni di legge per la certificazione di prevenzione incendi di un locale ad uso autorimessa.

[38] Cfr. Cass. civ., Sez. III, 2 novembre 1992, n. 11856, in *Mass. Giur. It.*, 1992; *Id.*, Sez. III, 4 novembre 2002, n. 15388, in *Giur. It.*, 2003, 2050.

Secondo l'opinione prevalente, il divieto di innovazioni costituisce comunque norma dispositiva[39], pertanto è pattiziamente derogabile dalle parti.

L'eventuale tolleranza del conduttore deve essere interpretata in relazione alle circostanze di fatto, onde desumere o meno la sussistenza di una rinuncia tacita[40].

Garanzia per i vizi della cosa locata

Dall'obbligo di consegna della cosa locata in buono stato di manutenzione deriva la garanzia per i vizi disciplinata dall'art. 1578 c.c.
Il vizio determinante è costituito da un difetto intrinseco alla cosa che incide in modo apprezzabile sulla sua idoneità all'uso convenuto, senza escluderla del tutto (perché in tal caso il contratto diverrebbe risolubile per impossibilità sopravvenuta ai sensi dell'art. 1463 c.c.).
Ai fini di verificare l'applicabilità o meno della norma rileva la distinzione tra guasto e vizio, poiché in caso di guasto non opera la garanzia di cui all'art. 1578 c.c., ma si applicherà la disciplina in tema di riparazioni[41].
La garanzia ha carattere oggettivo e prescinde dalla colpa del locatore, che invece costituisce il presupposto per l'azione risarcitoria di cui al comma 2 dell'art. 1578 c.c.[42]
La giurisprudenza ha affermato che i vizi di costruzione della cosa locata debbono essere rimossi dal locatore, ove si renda necessario al fine di mantenere il bene locato nello stato da servire all'uso pattuito[43].

---

[39] Cfr. TRIFONE, *op. cit.*, 476; *contra*, TABET, *La locazione-conduzione*, cit., 418.
[40] Cfr. MIRABELLI, *op. cit.*, 400-401.
[41] Secondo la giurisprudenza, costituisce vizio anche il mancato rilascio della licenza di abitabilità se, in conseguenza del mancato rilascio, il conduttore non abbia potuto godere in concreto della cosa locata; la risoluzione del contratto potrà essere domandata dal conduttore soltanto quando l'abitabilità sia stata definitivamente negata (Cass. civ., Sez. III, 16/09/1996, n. 8285; Cass. civ., Sez. III, 23/07/1994, n. 6892; contra Cass. civ., Sez. III, 09/06/1994, n. 5623; A. Cagliari 21.1.1986; T. Milano 15.9.1994). Si è anche ritenuto che la mancanza della concessione amministrativa necessaria per la legale destinazione all'uso pattuito dell'immobile locato rientri tra i vizi che, diminuendo in modo apprezzabile l'idoneità del bene all'uso predetto, possono legittimare il conduttore alla richiesta di risoluzione del contratto (Cass. civ., 13/06/2018, n. 15378; Cass. civ., Sez. III, Sentenza, 07/06/2011, n. 12286) ovvero di riduzione del canone ai sensi dell'art. 1578, ed anche lo stato di obiettiva incertezza sulla condizione urbanistica dell'immobile locato, che può rappresentare, anche da solo, una qualità negativa incidente, per le difficoltà frapposte dall'autorità amministrativa, sull'effettiva fruibilità del bene conformemente all'uso pattuito (Cass. civ., Sez. III, 26/11/2002, n. 16677). La Suprema Corte ha reputato che nel contratto di locazione di un immobile per uso diverso da quello di abitazione costituisce inadempimento del locatore, giustificativo della risoluzione del contratto ai sensi dell'art. 1578, anche il vizio derivante dall'esistenza di un ordine inibitorio da parte della P.A. dell'attività che avrebbe dovuto svolgersi nel locale oggetto del contratto (Cass. civ., Sez. III, Sentenza, 07/02/2012, n. 1694). In senso contrario a quanto sin qui esposto, una pronuncia della Cassazione (Cass. civ., Sez. III, Ordinanza, 28/12/2021, n. 41744), secondo la quale - in tema di locazione di immobili a uso diverso da quello abitativo - la diretta inerenza della nozione di "vizio" della cosa locata alla struttura materiale del bene, porta a escludere dal tema dei vizi della cosa, oltre che da quello sulla validità contrattuale, tutti i casi in cui il bene concesso in godimento sia privo dei titoli amministrativi necessari o indispensabili ai fini della utilizzazione della stessa cosa, in sé considerata (ossia, secondo la propria destinazione economica), o in conformità all'uso convenuto tra le parti, dovendo tale questione integralmente risolversi sul terreno dell'adempimento delle obbligazioni reciprocamente assunte dai contraenti e non già sul piano dei vizi della cosa locata.
[42] GRASSELLI, *op. cit. Contra* CATELANI, *op. cit.*, per il quale l'inosservanza della garanzia per vizi ingenera sempre una responsabilità per colpa contrattuale.
[43] Cfr. Cass. civ., Sez. III, 25 gennaio 2011, n. 1735, in *Giust. Civ.*, 2011, 2, 337.

In caso di rovina, anche solo parziale, della *res* locata, che riguardi elementi principali e strutturali del bene e che sia tale da pregiudicarne definitivamente la funzionalità e l'idoneità ad essere goduta dal conduttore, si determina la risoluzione per impossibilità sopravvenuta.
In presenza di un vizio rilevante, il conduttore può chiedere la riduzione del corrispettivo (è, invece, illegittima l'autoriduzione) o la risoluzione del contratto[44], mentre non può esperire l'azione per l'esatto adempimento.
Le due azioni sono alternative.
Si discute in dottrina se l'azione di risarcimento danni sia cumulabile con quella di riduzione del corrispettivo.
Nel caso in cui il conduttore azioni la pretesa risarcitoria, ricadrà su di lui la prova della sussistenza del vizio ed il nesso causale con il pregiudizio di cui chiede il risarcimento, mentre la colpa del locatore si presume fino a prova contraria[45]. Sul locatore incombe, invece, l'onere di dimostrare la sua incolpevole ignoranza circa la presenza di vizi, provando di aver verificato le qualità della cosa con la diligenza media.

Se l'opera è già stata compiuta, il conduttore può esperire l'esecuzione forzata in forma specifica dell'obbligo di non fare di cui all'art. 2933 c.c., con conseguente eliminazione delle opere a spese del locatore. Se, invece, è ancora in costruzione, si può ricorrere alla tutela cautelare atipica (art. 700 c.p.c.).

Nel caso in cui l'innovazione sia stata compiuta dal locatore immettendosi violentemente o fraudolentemente nella detenzione della cosa, si ammette la tutela possessoria del conduttore[46].
La garanzia non opera quando il vizio non sia rilevante, o se i vizi erano conosciuti o «facilmente riconoscibili»[47] dal conduttore, poiché in tal caso si ritiene che il conduttore, accettando la cosa nello stato in cui si trovava al momento della consegna, abbia implicitamente rinunciato a far valere tali vizi. La prova dell'effettiva conoscenza dei vizi da parte del conduttore ricade sul locatore.
La garanzia per vizi può essere pattiziamente esclusa o limitata. Tuttavia, l'art. 1579 c.c. specifica che il patto che esclude o limita la responsabilità del locatore per i vizi della cosa non ha effetto se questi sono stati in mala fede taciuti al conduttore o sono tali da rendere impossibile il godimento della cosa.

La norma costituisce, quindi, norma speciale rispetto all'art. 1229 c.c., ammettendo implicitamente, in deroga a tale norma, la validità della clausola di esonero da responsabilità anche per colpa grave[48].

---

[44] Cass. civ., Sez. III, 16 luglio 2002, n. 10271, in *Arch. civ.*, 2003, 563.
[45] Cfr. CATELANI, *op. cit.*
[46] Cfr. MIRABELLI, *op. cit.*, 402; TABET, *La locazione-conduzione*, cit., 1018; GUARINO, *op. cit.*, 59.
[47] Il significato della locuzione «facilmente riconoscibili» riferita ai vizi può essere individuato facendo ricorso alla disciplina codicistica in tema di errore contenuta nell'art. 1431 c.c., pertanto, il vizio della cosa locata può dirsi riconoscibile quando il conduttore, usando una diligenza anche minima, poteva accertarlo in relazione al contenuto ed alle circostanze della locazione. Secondo parte della dottrina (MIRABELLI, *op. cit.*, 422) il locatore risponderebbe anche per i vizi facilmente riconoscibili ove abbia garantito che la cosa era esente da vizi, trovando applicazione anche in ambito locatizio la norma dettata in materia di vendita (art. 1491 c.c.).
[48] MIRABELLI, *op. cit.*, 423; PROVERA, *op. cit.*, 219; GUARINO, *op. cit.*, 54.

Se i vizi sono pericolosi per la salute del conduttore, dei suoi familiari o dipendenti, il conduttore può ottenere la risoluzione del contratto, anche se i vizi gli erano noti (ma in questo caso è escluso il risarcimento del danno che è stato accettato), nonostante qualunque rinunzia (art. 1580 c.c.).

Vizi sopravvenuti

A differenza di quanto previsto con riferimento al contratto di vendita, i vizi della cosa locata rilevano anche se sopravvenuti nel corso della locazione (art. 1581 c.c.); ciò, sempre che il vizio consista in un guasto inerente alla natura della cosa e non derivi invece da un evento esterno ascrivibile a forza maggiore (in questa ipotesi si applica la disciplina dettata negli artt. 1463 e ss. c.c.) o al fatto di un terzo (in tal caso il conduttore è tutelato dall'art. 1585 c.c.).

Alla scadenza del contratto, qualora il conduttore sia in mora nella restituzione della cosa, il locatore è liberato dall'obbligo di manutenzione, salvo che tale permanenza derivi da provvedimenti legislativi di sospensione degli sfratti[49].

Garanzia del pacifico godimento della cosa

Il locatore deve, anche, garantire al conduttore il pacifico godimento della cosa (art. 1575, n. 3, c.c.) sia astenendosi da qualsiasi comportamento che turbi tale pacifico godimento, sia garantendo il conduttore da possibili molestie di terzi.

Secondo parte della dottrina, nella previsione dell'art. 1575, n. 3, c.c. rientrano tutti i possibili eventi che disturbano la normale attuazione del rapporto locatizio posti in essere dal locatore o da terzi[50]; secondo altri, invece, l'operatività della norma sarebbe limitata alle molestie di terzi[51].

La garanzia del pacifico godimento del bene locato costituisce un effetto naturale del contratto, ma il conduttore può rinunciarvi.

In ogni caso, il conduttore che venga privato del godimento del bene da parte del locatore (o suoi dipendenti o ausiliari) può esperire l'azione di spoglio.

Il contenuto di tale garanzia risulta specificato negli artt. 1585 e 1586 c.c., che distinguono le azioni di terzi che pretendono di avere diritti sulla *res* locata (molestie di diritto), dalle turbative di fatto.

In particolare, ai sensi dell'art. 1585 c.c., il locatore deve garantire al conduttore il pacifico godimento della cosa contro le molestie di diritto, che diminuiscono l'uso o il godimento della cosa, avanzate da terzi che pretendono di avere diritti sulla cosa locata (consistenti in pretese giudiziali o stragiudiziali di soggetti che vantano diritti, di natura reale o personale, contrastanti con quelli del conduttore, o perché ne contestano il potere di disposizione o perché rivendicano sulla cosa locata un diritto reale o personale).

La garanzia non copre, invece, le molestie di fatto (ad esempio, danni o immissioni provenienti dal fondo vicino), per le quali il conduttore può agire in nome proprio con l'azione di spoglio ai sensi dell'art. 1168 c.c., o in surrogatoria nel caso in cui il proprietario non esperisca le azioni petitorie reali, oppure, in caso di illecito aquiliano, chiedere il risarcimento del danno ai sensi dell'art. 2043 c.c.

Nel caso di molestie di diritto, l'art. 1586 c.c. specifica che, se trattasi di molestie stragiudiziali, il conduttore deve darne pronto avviso al locatore, a pena di risarcimento del danno; se invece i terzi hanno agito giudizialmente, il locatore è

Garanz
molest

[49] Cfr. Cass. civ., Sez. III, 3 maggio 2000, n. 5522, in *Arch. Locaz.*, 2001, 86.
[50] MIRABELLI, *op. cit.*, 380.
[51] TABET, *La locazione-conduzione*, cit., 369.

tenuto a gestire la lite nei confronti del terzo, mentre il conduttore va estromesso, se non ha interesse a rimanere in giudizio (la garanzia ha, quindi, un contenuto ed una funzione esclusivamente processuale).
In merito alla tutela del conduttore in caso di mancato funzionamento della garanzia, la dottrina è divisa, ritenendo alcuni che la garanzia per molestie vada regolata con l'applicazione in via analogica della disciplina dei vizi (ammettendo quindi i rimedi della risoluzione del contratto, della riduzione del canone, e del risarcimento del danno)[52]; altri ritenendo applicabili solo i rimedi della risoluzione e del risarcimento del danno[53]; altri ancora, ammettendo, in caso di evizione totale o parziale del bene locato conseguente a perdita della lite assunta dal locatore, solo la riduzione del canone e il risarcimento del danno, salvo che le parti non abbiano espressamente previsto la risoluzione[54].

1.3. Obbligazioni del conduttore.

Le principali obbligazioni poste dal legislatore a carico del conduttore sono prendere in consegna la cosa e pagare il corrispettivo del godimento.
A queste due obbligazioni, poi, se ne aggiungono altre, come quella di restituire il bene e quella di conservare la cosa in buono stato; o quelle stabilite nel contratto in considerazione della specifica natura del bene locato.
L'art. 1587 c.c. enuncia le due più importanti obbligazioni gravanti sul conduttore: prendere in consegna il bene e l'obbligo di dare il corrispettivo.
In particolare, ai sensi dell'art. 1587, n. 1, prima parte, c.c., il conduttore deve prendere in consegna la cosa locata e servirsene con diligenza secondo l'uso concordato dalle circostanze del caso.

La dottrina si è interrogata sulla natura di tale obbligo, dividendosi tra coloro che sostengono si tratti di obbligo in senso tecnico[55], - per alcuni autonomo[56], sebbene correlato all'interesse del locatore alla custodia e successiva restituzione della *res*; per altri, invece, strumentale rispetto a quello primario di custodire, conservare e restituire il bene locato[57]- e coloro che vi ravvisano solo una manifestazione del dovere di collaborare per rendere possibile l'adempimento reciproco, attesa la strumentalità della consegna. Conseguentemente, in caso di violazione dell'obbligo di prendere in consegna, secondo i fautori della prima tesi, si configurerebbe un'ipotesi di inadempimento di un obbligo fondamentale[58] (con la conseguente possibilità del locatore di chiedere una pronuncia giudiziale di risoluzione[59], ove ricorrano i presupposti di cui all'art. 1455 c.c.)[60]; mentre per, coloro che evidenziano la natura onerosa della suddetta condotta, quale espressione del dovere di cooperazione all'adempimento del locatore[61] sostengono l'applicabilità in via esclusiva la disciplina in tema di *mora credendi*[62], per cui il locatore, effettuata l'intimazione ai sensi dell'art. 1216 c.c., sarà liberato dal relativo obbligo[63] .

[52] MIRABELLI, *op. cit.*, 453.
[53] TABET, *La locazione-conduzione*, cit., 532.
[54] COSENTINO-VITUCCI, *op. cit*, 92 ss.
[55] CATAUDELLA*, Scritti sui contratti, Padova*, 1998, 252.
[56] PROVERA, *op. cit.*, 268.
[57] TABET, *op. ult. cit.*, 439.
[58] GIANNATTASIO, *op. cit.*, 270.
[59] MIRABELLI, 457.
[60] PROVERA, *op. cit.*, 270.
[61] GUARINO, *op. cit.,* 53.
[62] TABET, *op. cit.*, 440.
[63] GRASSELLI*, La locazione di immobili nel codice civile e nelle leggi speciali*• PADOVA, 1999, 220.

Dal momento della consegna del bene locato il conduttore ne acquista la detenzione ed assume il conseguente obbligo di custodia, strumentale all'obbligo di riconsegna alla scadenza del bene locato nelle stesse condizioni possedute al momento della consegna (tranne il normale deterioramento consentito ai sensi dell'art. 1590 c.c.).
La norma prevede anche, a carico del conduttore, la diligenza nell'utilizzo del bene, che consiste nell'adozione di tutte le cautele per la conservazione della cosa locata imposte dalla natura della *res* locata e dalla volontà delle parti.

La diligenza del buon padre di famiglia a cui fa riferimento la norma in esame costituisce applicazione del principio generale espresso nell'art. 1176 c.c., e, secondo la giurisprudenza costante della Cassazione, è sempre operante nel corso del rapporto, indipendentemente dall'obbligo di restituzione[64]. Pertanto, la sua inosservanza comporta la possibilità per il locatore di chiedere subito la risoluzione del contratto, la riduzione in pristino o la realizzazione delle necessarie opere di manutenzione.

All'obbligo di diligenza si associa il dovere[65] (secondo alcuni obbligo[66]) di vigilanza sulla cosa locata, che si estende alle riparazioni urgenti o all'avviso al locatore per quelle non di propria competenza (oltre che per le eventuali molestie di diritto).

Godimento secondo l'uso concordato

Il conduttore deve servirsi della cosa locata secondo l'uso determinato nel contratto o che può presumersi dalle circostanze, senza alterare lo stato della *res locata* sotto il profilo strutturale, tipologico, funzionale e di decoro (a prescindere dal fatto che intenda ripristinarlo al termine del rapporto). L'alterazione degli elementi strutturali della cosa locata consente al locatore di chiedere la risoluzione del contratto[67].
Il rispetto della destinazione non si identifica con il dovere di diligenza, perché non può escludersi che il conduttore, anche superando i limiti di destinazione pattuiti, sia diligente nel servirsi della cosa (si pensi ad esempio al conduttore che, diligente nel mantenere in buone condizioni l'immobile locatogli, lo adibisca però non ad abitazione, ma a studio professionale).
Il mutamento d'uso (anche parziale) che si sostanzi in interventi, o comunque in un'alterazione apprezzabile degli interessi del locatore, può costituire motivo di risoluzione, ove non sia pattiziamente consentito, ed è valutabile con i criteri ordinari di rilevanza dell'inadempimento.
Nel caso in cui la cosa sia destinata a più usi, consentiti dal contratto e ciascuno con una regolamentazione giuridica diversa, il giudice deve stabilire quale sia l'uso prevalente, ricorrendo al criterio della prevalenza negoziale.
Salvo che abbia ad oggetto una cosa produttiva o tale per cui l'uso sia necessario alla sua conservazione, non sussiste a carico del conduttore uno specifico obbligo di uso o un corrispondente divieto di non uso; pertanto, il mancato uso della *res* locata, ove non sia oggetto di specifica previsione, non costituisce inadempienza

[64] Cfr. Cass. civ., Sez. III, 7 marzo 2001, n. 3343, 2001.
[65] TABET, *La locazione-conduzione*, cit.
[66] In dottrina si veda: GALGANO, *Dir. civile e commerciale*, II, 2, Padova, 1990; in giurisprudenza. si veda: Cass. civ., Sez. III, 1° giugno 2004, n. 10485, in *Giur. It.*, 2004, 2263.
[67] Spetta poi al giudice del merito valutare l'importanza dell'inadempimento ai fini dell'eventuale risoluzione, dando rilevanza all'entità oggettiva dell'inadempimento ed alla sua incidenza nell'interesse del locatore.

contrattuale.

Con riferimento agli immobili urbani adibiti ad uso abitativo, la giurisprudenza ha chiarito che, dal disposto di cui all'art. 80 della legge n. 392/1978 (la cui disciplina è stata mantenuta nella legge n. 431/1998), deve dedursi che il mutamento di destinazione, dovendo comunque considerarsi inadempimento grave in virtù di presunzione di legge, comporta la risoluzione del contratto; tuttavia, se il locatore non richiede entro tre mesi la risoluzione, a tale sua condotta è attribuita efficacia sanante, con conseguente assoggettamento del contratto alla disciplina normativa conforme all'effettiva utilizzazione dell'immobile[68].

Il conduttore che attua delle molestie di fatto agli altri inquilini del fabbricato[69] da luogo ad un inadempimento contrattuale per abuso della cosa locata ex art. 1587 c.c. nei confronti del locatore, dovendo questo rispondere verso gli altri inquilini per fatto proprio, ove tolleri tali molestie. Tale inadempimento può essere integrato anche da un solo episodio qualora risulti grave[70].

Pagame canone

L'art. 1587, n. 2, c.c. prevede, a carico del conduttore, l'obbligo di pagare il canone nei termini convenuti. Nella locazione di beni immobili esiste una clausola d'uso in base alla quale se le parti non stabiliscono diversamente, il corrispettivo deve essere corrisposto in rate mensili.

Il pagamento deve avvenire al domicilio del locatore, con moneta avente corso legale. L'adozione di un diverso mezzo di pagamento non ha efficacia liberatoria e comporta quindi l'inadempimento del conduttore, salvo accettazione del locatore.

Qualora vi sia prolungata accettazione del locatore, la giurisprudenza ha ritenuto l'efficacia liberatoria, quale pagamento del canone, dell'invio di un assegno di conto corrente[71] o di un vaglia postale[72]. In tal caso, il comportamento del creditore può essere idoneo a escludere lo stato soggettivo di colpa del debitore inadempiente e, quindi, la mora idonea a determinare la risoluzione del contratto.

Poiché trattasi di una delle obbligazioni principali del conduttore, in caso di morosità nel pagamento del canone, il contratto può essere risolto, salvo che il conduttore dimostri che l'inadempimento sia dipeso dall'ingiustificato rifiuto del locatore di ricevere la prestazione[73].
Nel caso di una sopravvenuta minore utilizzabilità del bene imputabile al locatore, il conduttore non può, di sua iniziativa, sospendere il pagamento del canone (*ex* art. 1460 c.c.)[74], salvo l'ipotesi di totale impedimento o qualora la minore

[68] Cass. civ., Sez. III, 15 febbraio 2005, n. 2976, in *Imm. e propr.*, 2005, 5, 283.
[69] Ad esempio, tali molestie possono essere costituite da insulti, imbrattamenti, nonché l'affissione di cartelli con ingiurie alla porta dei vicini.
[70] Cass. civ., Sez. III, Ordinanza, 20/10/2020, n. 22860.
[71] Cass. civ., Sez. III, 14 marzo 2006, n. 5447, in *Mass. Giur. It.*, 2006.
[72] Cass. civ., Sez. III, 19 luglio 2005, n. 15202, in *Mass. Giur. It.*, 2005; *Id.,* Sez. III, 23 gennaio 2006, n. 1226, in *Imm. e propr.*, 2006, 4, 241.
[73] Cass. civ., Sez. III, 11 febbraio 2005, n. 2853, in *Guida al dir.*, 2005, 11, 73.
[74] La sospensione totale o parziale dell'adempimento di tale obbligazione del conduttore è, infatti, legittima solo quando venga a mancare del tutto la controprestazione del locatore e non, ad esempio, quando costui non abbia mantenuto la cosa locata in condizioni tali da servire all'uso convenuto (Cass. civ., Sez. III, 1° giugno 2006, n. 13133, in *Mass. Giur. It.*, 2006; *Id.*, Sez. III, 23 aprile 2004, n. 7772).

utilizzabilità del bene sia dovuta a vizi non conosciuti o non facilmente riconoscibili[75] ovvero a mancanza di buona fede del locatore[76].
Il conduttore deve restituire la cosa al locatore nello stato medesimo in cui l'ha ricevuta, salvo il normale deterioramento dovuto all'uso (art. 1590 c.c.).
Tale obbligo configura un'ipotesi di responsabilità contrattuale avente ad oggetto un *facere* atipico (la restituzione della *res locata*) che va eseguito nei confronti del locatore, indipendentemente dalla circostanza che ne sia o meno il proprietario.

In ipotesi di cessione del contratto di locazione, tale responsabilità si trasferisce in capo al cessionario e, comunque, ricade su chiunque abbia la disponibilità di fatto sulla cosa, in base a un titolo non contrario a norme di ordine pubblico.

Il momento in cui scatta l'obbligo di restituzione è quello della scadenza contrattuale o del venir meno del rapporto per motivi diversi dallo spirare del termine.
La norma specifica le modalità di riconsegna delle cose mobili, che deve avvenire nel luogo dove sono state consegnate.
Per le locazioni di beni immobili, in mancanza di un'espressa indicazione normativa, si ritiene che la restituzione vada effettuata nel luogo in cui essi si trovano.
Per accertare che la cosa locata venga restituita nello stesso stato di quando è stata consegnata al conduttore, salvo il normale deterioramento dovuto all'uso, si fa riferimento alla descrizione fattane dalle parti al momento della consegna, in assenza della quale si presume che il conduttore abbia ricevuto la cosa in buono stato di manutenzione.

Secondo la Suprema Corte in caso di mancata tinteggiatura dell'immobile locato al momento della restituzione non spetta al locatore alcun risarcimento poiché si tratta di una spesa di ordinaria manutenzione che la legge pone a carico del locatore (art. 1576 c. c.) e l'eventuale clausola che obbligasse il conduttore ad eliminare, al termine del rapporto locatizio, le conseguenze del deterioramento per l'uso

[75] Cfr. Cass. civ., Sez. III, 7 marzo 2001, n. 3341, in *Contratti*, 2001, 11, 995, secondo la quale: «*Il conduttore che continua a godere dell'immobile, per quanto esso presenti vizi, non può sospendere integralmente il pagamento del canone di locazione, giustificandosi in tal caso, ai sensi dell'art. 1460, 2° comma, c.c., soltanto una riduzione del canone proporzionata all'entità del mancato godimento dipendente da difetti dell'immobile imputabili a inadempimento del locatore agli obblighi di manutenzione a suo carico, in applicazione analogica dei principi di cui all'art. 1584 c.c.; in ogni caso, non può tenersi conto dei vizi già esistenti al momento della stipulazione del contratto e conosciuti o facilmente riconoscibili da parte del conduttore, il quale, accettando la cosa nello stato in cui si trovava al momento della consegna, ha implicitamente rinunziato a farli valere*».

[76] Cass. civ., sez. III, 29 gennaio 2021, n. 2154 in *Giust. Civ. Mass.,* 2021, per cui il conduttore può sollevare l'eccezione di inadempimento, non solo quando venga completamente a mancare la prestazione del locatore ma anche nell'ipotesi di suo inesatto adempimento, tale da non escludere ogni possibilità di godimento dell'immobile, purché la sospensione del pagamento del canone appaia giustificata, in ossequio all'obbligo di comportarsi secondo buona fede, dall'oggettiva proporzione dei rispettivi inadempimenti, avuto riguardo all'incidenza della condotta della parte inadempiente sull'equilibrio sinallagmatico del contratto, in rapporto all'interesse della controparte. (nel casso di specie è stata ritenuta legittima la sospensione del pagamento dei canoni a fronte dell'impossibilità di utilizzare tutte le parti dell'immobile all'uso convenuto - attività commerciale - per irregolarità urbanistico-amministrative, assenza di mutamento di destinazione d'uso e di agibilità).

normale della cosa locata (ponendo a suo carico le spese di tinteggiatura delle pareti), sarebbe nulla ai sensi dell'art. 79, L. 27.7.1978, n. 392[77].

Sono a carico del conduttore i danni, rilevati al momento della consegna, casualmente ricollegabili all'inadempimento delle obbligazioni derivanti dal contratto, quali ad esempio quelli derivanti dalla mancata effettuazione delle piccole riparazioni o dall'ostacolo frapposto all'effettuazione delle riparazioni necessarie a carico del locatore[78].

In ogni caso, il conduttore non risponde del deterioramento della cosa locata derivante dall'utilizzo in conformità della destinazione pattuita, né del perimento o deterioramento dovuti a vetustà.
In ipotesi di inadempimento del conduttore alle obbligazioni previste dalla legge o dal contratto, il locatore ha facoltà di rifiutare la restituzione finché il conduttore non abbia ripristinato le condizioni dell'immobile.
La legittimità di tale rifiuto andrà valutata in relazione al contenuto dell'obbligazione violata, secondo il canone della buona fede oggettiva in fase di esecuzione del contratto.
Nel caso di mancata esecuzione di interventi di piccola manutenzione ordinaria il locatore non potrà rifiutare la restituzione, che se avvenuta tardivamente esporrà il conduttore solo a responsabilità *ex* art. 1591 c.c.
In ipotesi di rifiuto illegittimo da parte del locatore a ricevere il bene, il conduttore deve procedere ad offerta formale al fine di far cessare gli obblighi nascenti dagli artt. 1590 e 1591 c.c.

In caso di rifiuto del locatore a ricevere in consegna il bene, il conduttore può costituirlo in mora con la complessa procedura di cui agli artt. 1216 e 1209 c.c., che ne comporta la liberazione dall'obbligo di pagamento del corrispettivo[79].
In mancanza di una offerta formale, unica in grado di costituire in mora il locatore, l'adozione da parte del conduttore di altre modalità serie, concrete e tempestive (quali ad esempio la convocazione per iscritto del locatore per consegnargli le chiavi dell'immobile e redigere il verbale di consegna) aventi valore di offerta reale non formale *ex* art. 1220 c.c., sempreché non sussista un legittimo motivo di rifiuto da parte del locatore, è tuttavia idonea ad evitare la mora del conduttore[80].
Tuttavia, l'esclusione della mora del conduttore nella restituzione dell'immobile locato per effetto di una offerta non formale ai sensi dell'art. 1220 c.c., vale a preservarlo dalla responsabilità per il ritardo e, quindi, ad escluderne l'obbligo di corrispondere al locatore, a titolo risarcitorio, il «maggior danno», ma non esclude anche l'obbligo del pagamento del canone (ciò anche nel caso in cui il conduttore abbia smesso di utilizzare l'immobile), potendo il conduttore sottrarsi al pagamento solo attraverso la riconsegna dell'immobile o l'offerta formale, con il risultato di costituire in *mora accipiendi* il locatore e liberarsi definitivamente della sua obbligazione[81].

[77] Cass. civ., Sez. III, Sentenza, 13/11/2019, n. 29329.
[78] Cass. civ., Sez. III, 31 agosto 2009, n. 18931, in *Imm. e propr.*, 2009, 731.
[79] Cass. civ., Sez. III, 13 febbraio 2002, n. 2086, in *Mass. Giur. It.*, 2002; *Id.*, Sez. III, 3 ottobre 2005, n. 19308, in *Guida al dir.*, 2005, 35, 45.
[80] Cass. civ., Sez. III, 7 giugno 2006, n. 13345.
[81] Cass. civ., 10 febbraio 2003, n. 1941, in *Impresa*, 2003, 688.

Mora res

Il conduttore messo in mora per restituire la cosa è tenuto a pagare al locatore il corrispettivo convenuto fino alla riconsegna, salvo l'obbligo di risarcire il maggior danno (art. 1591 c.c.).
La responsabilità del conduttore per il ritardo nella restituzione dell'immobile ai sensi dell'art. 1591 c.c. ha natura contrattuale, poiché deriva dalla violazione dell'obbligo del "conduttore" di restituire la cosa locata alla cessazione del contratto. Da ciò deriva che il diritto al risarcimento dei danni derivati dall'inadempimento a tale obbligo, ancorché in parte normativamente determinato con riferimento al corrispettivo convenuto, si prescrive nell'ordinario termine decennale. Il conduttore rimasto nella detenzione dell'immobile dopo la cessazione del contratto è infatti tenuto al pagamento, da tale momento, dell'indennità di occupazione ai sensi dell'art. 1591 c.c., e non già del canone secondo le scadenze pattuite, perché, cessato il rapporto di locazione, la protrazione della detenzione costituisce inadempimento dell'obbligo di restituzione della cosa locata[82].

La responsabilità del conduttore *ex* art. 1591 c.c. costituisce applicazione del principio generale *mora perpetuat obligationem* ed ha natura contrattuale, pertanto, in applicazione del principio dettato dall'art. 1218 c.c., il conduttore, per esimersi da responsabilità, deve provare che il ritardo non è a lui imputabile[83].
In mancanza di tale prova liberatoria, il conduttore in mora, indipendentemente da qualsiasi prova fornita dal locatore, è tenuto a corrispondere un importo pari al canone convenuto (secondo le previsioni della legislazione speciale in tema di immobili urbani, compresi eventuali aumenti o adeguamenti ed oneri accessori).
Ove il locatore adduca di aver subito un danno ulteriore, non risarcito dal solo protratto versamento del canone dovuto in pendenza del rapporto locativo dovrà fornirne la prova della sussistenza di tale danno[84].

In merito alla prova di tale maggior danno la giurisprudenza non è univoca.
La Suprema Corte ha affermato che spetta al locatore dimostrare con ogni mezzo, quindi anche per presunzioni, l'esistenza di una concreta lesione del suo patrimonio in relazione alle condizioni dell'immobile, alla sua ubicazione e alle possibilità di una sua specifica attuale utilizzazione, nonché dell'esistenza di soggetti seriamente disposti ad assicurarsene il godimento dietro corrispettivo[85].

Il locatore può costituire in mora il conduttore con una disdetta, con una domanda giudiziale di risoluzione del contratto di locazione o facendo valere la risoluzione di diritto.

La giurisprudenza ha affermato che la disdetta del rapporto locativo inviata ad uno soltanto degli eredi del conduttore è idonea a costituire in mora tutti, consistendo l'obbligazione di riconsegna in un *facere* tipicamente indivisibile, in deroga ai principi generali in materia di costituzione in mora dei coobbligati solidali (v. artt. 1308 e 1317 c.c.).

[82] Cass. civ., Sez. VI - 3, Ordinanza, 07/12/2021, n. 38970.
[83] Cass. civ., Sez. III, 23 maggio 2002, n. 7546, in *Mass. Giur. It.*, 2002.
[84] Cass. civ., Sez. III, 3 marzo 2009, n. 5051.
[85] Cass. civ., sez. III, 12 dicembre 2008, n. 29202, in *Mass. Giur. It.*, 2008

La mora del conduttore è esclusa qualora costui abbia, nel termine previsto, realizzato un'offerta non formale, ai sensi dell'art. 1220 c.c. In tal caso, il conduttore non dovrà corrispondere al locatore a titolo risarcitorio il «maggior danno», ma solo il canone dovuto durante la locazione, anche nel caso di mancato uso dell'immobile.

1.4. Gli effetti del contratto di locazione nei confronti del comproprietario non locatore.

Si discute se il comproprietario dell'immobile che non sia parte del contratto di locazione dell'immobile stesso sia legittimato ad agire direttamente o indirettamente per l'esercizio dei diritti derivanti dalla stipulazione del contratto, che gli impedisce di fare uso della cosa comune.

Le controversie promosse dai comproprietari pretermessi hanno dato luogo a contrastanti soluzioni, con orientamenti giurisprudenziali diversi, sia in ordine all'impugnabilità della locazione stipulata da un solo comproprietario e alla tutela degli altri proprietari estranei alla locazione del bene comune, sia in relazione alla tutela dell'affidamento del terzo conduttore.

Si controverte se il comproprietario del bene comune, che per lo più si duole della mancata considerazione della sua contitolarità del bene, possa esercitare i diritti a lui derivanti dalla stipulazione del contratto di locazione voluto dall'altro comproprietario, da inquadrare giuridicamente e sistematicamente nel mandato senza rappresentanza, con diritto del mandante di esigere la quota del canone corrispondente alla titolarità del suo diritto reale pro quota, ovvero se il predetto agire debba rientrare nella gestione *utiliter coeptum,* di affare "altrui", cui equiparare l'affare "comune", gestito da uno di essi nell'interesse anche degli altri comproprietari, con soluzioni sul piano meramente risarcitorio e con esclusione di qualsiasi interferenza del comproprietario non locatore nell'esercizio dei diritti endocontrattuali, a meno che non abbia ratificato l'operato del gestore facendo scattare l'art. 2032 c.c. e le regole del mandato tra cui l'agire direttamente nei confronti del terzo *ex* art. 1705, comma 2, c.c.[86]

In definitiva, gli elementi di contrasto, meritevoli di approfondimento sono i seguenti:
a) quali sono i limiti ai poteri non di "disposizione", ma di "gestione" del singolo comproprietario del bene comune, attraverso il godimento diretto, o indiretto, e se possa unilateralmente procedere alla locazione della cosa comune, impedendo agli altri di farne parimenti uso secondo, il loro diritto, *ex* art. 1102 c.c.;
b) quale tutela compete agli altri comproprietari per la locazione stipulata da uno di essi; e se siffatta tutela operi soltanto all'interno dell'amministrazione della comunione (art. 1105 c.c.), ovvero possa rivolgersi direttamente nei confronti del conduttore attraverso il mandato senza rappresentanza per ottenere la sua quota della controprestazione dovuta, ovvero solo nei confronti del condomino locatore come gestore di affari altrui con richiesta di risarcimento danni, tranne il caso di ratifica dell'operato del condomino locatore che consente il ritorno del mandato (art. 2032 c.c.);
c) quale tutela spetta al conduttore, terzo nei riguardi degli altri condomini, legato al contratto di locazione stipulato dal comproprietario locatore che aveva la disponibilità della cosa locata in cui ha fatto affidamento, tenuto conto che mentre il codice in tema di società prevede

[86] CARBONE, *Le sezioni unite sulla disciplina applicabile alla locazione della cosa comune da parte di uno dei comproprietari,* in *Corr. Giur.,* 2012, 12, 1441, le cui riflessioni vengono riprese di seguito nel testo.

espressamente la disciplina dei rapporti dei terzi con la società (lib. V, tit. V, capo II, sez. III, artt. 2266-2271 c.c.), nessuna regolamentazione il legislatore ha previsto per i rapporti tra i terzi e la comunione (libro III, tit. VII, capo I, artt. 1100-1116 c.c.).

Le Sezioni Unite della Cassazione, preso atto delle difficoltà esistenti all'interno della comunione, ritengono valida la locazione stipulata dal singolo comunista, precisando la necessità, per stipulare il contratto di locazione, della disponibilità della cosa comune da parte del comproprietario, corrispondente alla detenzione esclusiva e qualificata dell'immobile, trattandosi di un presupposto comune ad ogni locazione[87].

Riconosciuta la validità della locazione resta la configurazione della tutela del (o dei) comproprietario estromesso dalla locazione stipulata e dalla ripartizione del canone percepito da un solo comproprietario per la cosa comune nella sua interezza. La Corte si pone il problema se fondarlo sullo schema del mandato tacito o presunto, riconoscendo pienamente il contratto di locazione stipulato, ovvero degradando il rapporto contrattuale a livello di un mero fatto e quindi di una gestione dannosa dell'affare per gli altri comproprietari, con diritto al risarcimento del danno ingiusto subito per aver impedito agli altri partecipanti di fare parimenti uso della cosa comune secondo il loro diritto.

Il contrasto non concerne solo la tutela dei comproprietari tra mandato e gestione di affari, ma riguarda anche l'affidamento del terzo conduttore che ha stipulato una locazione con un solo comproprietario nei confronti degli altri comproprietari che non abbiano partecipato alla stipula del contratto.

Le Sezioni Unite sposano la tesi della gestione di affari, ma con un correttivo: applicano, infatti, il quinto e ultimo articolo del titolo VI del libro IV del c.c., sulla gestione di affari, e cioè l'art. 2032 c.c., che rappresenta un ponte mobile con aggancio, attraverso il termine "anche", tra i due istituti del mandato senza rappresentanza e della gestione di affari "altrui" (nella specie "comune"), finora contrapposti.

La chiave di volta che consente l'aggancio tra i due opposti orientamenti giurisprudenziali è il termine "ratifica" che legittima a far rientrare, nell'ambito della gestione di affare "altrui", anche la c.d. gestione di affari altrui "impropria" o quella posta in essere dal condomino zelante che concede in locazione una cosa anche sua e che "scientemente" (art. 2028 c.c.) non pensa affatto che la locazione della "cosa comune" sia la locazione di una "cosa altrui".

Il soggetto nella cui sfera giuridica si è verificata l'ingerenza del soggetto non legittimato può ratificare la locazione stipulata con il terzo, indipendentemente dal fatto che quest'ultimo abbia agito in nome proprio ovvero in nome altrui. E la ratifica come comportamento concludente si realizza attraverso la richiesta di quella parte del canone locativo di sua spettanza, richiesta del canone che significa convalida dell'operato del condomino locatore, al quale non può essere più richiesto il risarcimento dei danni per la gestione compiuta.

Attraverso la ratifica che ha effetto retroattivo, facendo salvo i diritti dei terzi, viene meno sia la provvisorietà dell'intrapresa ingerenza nell'altrui sfera giuridica, sia il difetto di legittimazione, trattandosi di una cosa comune, che appartiene anche a

[87] Cass., Sez. un., 4 luglio 2012, n. 11135.

chi si ingerisce nell'altrui sfera giuridica, dando luogo ad una locazione che vede come locatori i due comproprietari.
La ratifica è assoggettata alla disciplina dell'art. 1399 c.c. e va rapportata alla specifica normativa di volta in volta prevista per il diritto esercitato, ma produce anche il vantaggioso effetto per il comproprietario locatore di far venir meno la responsabilità risarcitoria del gestore.

1.5. Responsabilità per la perdita o il deterioramento della cosa.

L'art. 1588 c.c. prevede la responsabilità del conduttore per la perdita e il deterioramento del bene locato, anche se derivanti da incendio, avvenute in corso di locazione, qualora non provi che dipendano da causa a lui non imputabile.
La presunzione di colpa posta dalla norma a carico del conduttore comporta l'onere, per costui, di fornire la dimostrazione della causa del deterioramento o della perdita non derivante da colpa[88], fermo restando che la prova liberatoria può anche essere solamente negativa e riferita alla mera non imputabilità[89].
Il conduttore è tenuto a corrispondere i canoni fino alla scadenza naturale del contratto, anche in ipotesi di causa sconosciuta o dubbia dell'evento che ha provocato la perdita o il deterioramento del bene oggetto della locazione[90].
Il conduttore non risponde però del perimento e del deterioramento dovuti a vetustà (art. 1590, comma 3, c.c.), né dell'ordinario deterioramento del bene, ossia del deterioramento giustificato da un uso della cosa in conformità del contratto, ai sensi dell'art. 1590 c.c.

L'art. 1588 c.c. pone una presunzione di colpa a carico del conduttore superabile soltanto con la prova che la causa della perdita o del deterioramento, identificata in modo positivo e concreto, non era a lui imputabile.

La norma è sostanzialmente riproduttiva dell'art. 1218 c.c. ed è applicabile sia alle locazioni mobiliari che immobiliari.
La responsabilità del conduttore sussiste anche ove la perdita e il deterioramento siano riconducibili a terzi da lui «volontariamente» ammessi, anche transitoriamente, all'utilizzo del bene e nel caso di eventuali danni causati dalla cosa nei confronti di terzi (compreso il locatore), in virtù dell'art. 2051 c.c.

1.6. Disciplina dei miglioramenti e delle addizioni.

Gli artt. 1592 e 1593 c.c. disciplinano i miglioramenti e le addizioni apportati dal conduttore sul bene locato.
Il conduttore ha facoltà di apportare alla cosa locata quelle migliorie od innovazioni che non ne mutino la natura e la destinazione pattuita ma - salvo

[88] Cass. civ., Sez. III, 27 novembre 2002, n. 16762, in *Danno e resp.*, 2003, 5, 560.
[89] Cass. civ., sez. VI, 10 marzo 2021, n. 6550 in *Guida al dir.*, 2021, 14, per cui la presunzione di colpa è superabile solo con la dimostrazione di avere adempiuto diligentemente i propri obblighi di custodia e con la prova che il fatto da cui sia derivato il danno o il perimento della cosa è addebitabile a una causa esterna al conduttore a lui non imputabile, da individuarsi in concreto, ovvero al fatto di un terzo, del quale è invece irrilevante accertare l'identità, esulando l'identificazione di tale soggetto dall'attività oggetto della prova liberatoria.
[90] Cass. civ., Sez. III, 6 febbraio 2007, n. 2550, in *Contratti*, 2007, 7, 672.

particolari disposizioni di legge o di aiuti - in mancanza del consenso del locatore non ha diritto ad indennità.
La differenza tra miglioramenti e addizioni consiste nel fatto che queste ultime comportano l'aggiunta di un accessorio alla cosa principale senza perdita di identità; i primi, invece, consistono in interventi che, senza mutare la natura del bene locato, ne comportano un miglioramento oggettivo, qualitativo o quantitativo, (attraverso la sostituzione di un elemento o tramite la fusione di più cose con quella principale) tale da accrescerne il valore, aumentandone in modo durevole il godimento, la produttività e la redditività.

La giurisprudenza distingue il miglioramento dalla trasformazione, che consiste in un'attività implicante alterazioni strutturali tali da rendere la cosa locata diversa da quella originaria o comunque da mutarne la natura.
In ogni caso, sia che si qualifichi innovazione che trasformazione, ove l'intervento consista in un'alterazione unilaterale (ossia realizzata senza il consenso del locatore) che importi un uso anormale della cosa o che sia tale da stravolgere l'originaria conformazione e struttura della cosa, l'alterazione è da ritenersi illecita e costituisce inadempimento delle obbligazioni di cui agli artt. 1587 e 1590 c.c.

Consenso del locatore

Ove il conduttore abbia realizzato i miglioramenti con il consenso, espresso o tacito, del locatore, ha diritto a un'indennità corrispondente alla minor somma *inter expensum et meliorandum*. Tale facoltà va necessariamente esercitata al momento della riconsegna della *res locata*, quando può operarsi una utile comparazione tra importo delle spese sostenute dal conduttore ed aumento di valore conseguito dall'immobile.
In ogni caso, ai sensi dell'art. 1592, comma 2, c.c., ove non siano dovute indennità, il valore dei miglioramenti può compensare i deterioramenti verificatisi senza colpa grave del conduttore. La norma di cui all'art. 1592 c.c. è derogabile dalle parti.

Addizioni

L'art. 1593 c.c. disciplina invece le addizioni, prevedendo che il conduttore che abbia eseguito addizioni ha diritto di toglierle alla fine della locazione, se ciò non comporti pregiudizio alla cosa locata, salvo che il locatore preferisca ritenerle.
La giurisprudenza considera addizioni solo quelle innovazioni o quegli incrementi, qualitativi o quantitativi, che ineriscono alla cosa locata, lasciandone però integra la struttura fondamentale e l'organizzazione funzionale autonoma.
Non può, invece, parlarsi di addizioni quando gli incrementi consistano in alterazioni strutturali intrinseche che abbiano come conseguenza la trasformazione della cosa locata o, addirittura, la perdita dell'autonomia propria del bene, così da realizzare una nuova ed unica entità patrimoniale.
Il consenso del locatore alle addizioni non può desumersi da una mera tolleranza, dovendosi invece concretare in una chiara ed inequivoca dichiarazione di volontà, intesa come esplicita approvazione delle innovazioni, o in un comportamento concludente[91], mentre la mera conoscenza o la mancata opposizione del locatore non vale a legittimare la richiesta di indennizzo da parte del conduttore. Anche nel caso delle addizioni spetta al conduttore fornire la prova dell'esistenza del consenso del locatore[92].

Ius retinen

[91] Cass. civ., Sez. III, 20 marzo 2006, n. 6094, in *Mass. Giur. It.*, 2006.
[92] Cass. civ., Sez. III, 22 agosto 2007, n. 17861, in *Mass. Giur. It.*, 2007.

Nel caso in cui il locatore decida di ritenere le addizioni, è tenuto a corrispondere al conduttore un'indennità pari alla minor somma tra l'importo della spesa e il valore delle addizioni al tempo della riconsegna.
Ai sensi del 2° co., se il conduttore ha realizzato delle addizioni non separabili senza nocumento della cosa e che ne costituiscono un miglioramento, comportandone un aumento di valore, si applica l'art. 1592 c.c.
Nel caso in cui il conduttore abbia realizzato delle trasformazioni il locatore può rifiutare la riconsegna[93].

1.7. La sublocazione e la cessione del contratto.

La sublocazione è il contratto con il quale il conduttore attribuisce, in tutto o in parte, ad un terzo (subconduttore) il godimento del bene locato dietro corrispettivo (canone), ferma la permanenza in capo al primo della titolarità dei diritti ed obblighi derivanti dal contratto stipulato con il locatore.
Ai sensi dell'art. 1594 c.c., il conduttore, salvo patto contrario, ha facoltà di sublocare la cosa locatagli, ma non può cedere il contratto senza il consenso del locatore.
La differente disciplina prevista tra cessione e sublocazione deriva dalla profonda diversità esistente tra cessione del contratto, che determina una successione a titolo particolare, e subcontratto, che determina la nascita di un nuovo e diverso rapporto, seppure derivato.
Le parti possono stabilire pattiziamente il divieto di sublocazione.
Il regime della sublocazione varia a seconda della natura del bene locato. Ai sensi del 2° co., nel caso di locazione di cosa mobile, la sublocazione deve essere autorizzata dal locatore o consentita dagli usi. Inoltre, è prevista una disciplina speciale per gli immobili urbani (su cui vedi paragrafo successivo) e per i fondi rustici (in caso di fondi rustici, la violazione del divieto può condurre alla risoluzione del contratto).
L'art. 1595 c.c. regola i rapporti tra locatore e subconduttore, prevedendo l'azione diretta del locatore nei confronti del subconduttore per il pagamento del canone di sublocazione e per costringerlo ad adempiere alle altre obbligazioni derivanti dal contratto di sublocazione.
L'art. 1595, comma 2, c.c. prevede che il subconduttore non può opporre al locatore pagamenti anticipati, salvo che siano stati eseguiti in conformità agli usi locali. In merito alle altre eccezioni la norma tace, ma sul punto la dottrina ha precisato che sono da ritenere ammissibili le eccezioni di compensazione e remissione, oltre che la nullità del contratto principale.
L'art. 1595, comma 3, c.c. rappresenta un'applicazione del principio generale «*resoluto iure dantis resolvitur et ius accipientis*». Tale norma dispone che la nullità e la risoluzione del contratto di locazione hanno effetto anche nei confronti del subconduttore, e stabilisce che la sentenza pronunciata tra locatore e conduttore ha effetto anche contro di lui.

La sentenza pronunciata tra locatore e conduttore per qualsiasi ragione (nullità, risoluzione, scadenza della locazione, rinuncia del conduttore-sublocatore al contratto) fa stato anche nei

[93] Cass. civ., Sez. III, 26 novembre 2002, n. 16685.

confronti del subconduttore, esplicando efficacia sia di cosa giudicata sostanziale che di titolo esecutivo per il rilascio, anche se il subconduttore sia rimasto estraneo al giudizio.

La *ratio* di tale soluzione normativa risiede nel fatto che la subconduzione comporta la nascita di un rapporto obbligatorio derivato la cui sorte dipende da quella del rapporto principale, così come il diritto del subconduttore deriva ed è condizionato da quello del suo dante causa (conduttore).

Ne discende che il subconduttore - non potendo vantare diritti nei confronti del locatore principale ed avendo un semplice interesse alla continuazione del rapporto locatizio fondamentale - nella causa per finita locazione tra il proprietario ed il conduttore originario, può spiegare solo un intervento adesivo semplice o dipendente, e non già un intervento autonomo litisconsortile e, quindi, non è titolare del diritto di impugnare in via autonoma la sentenza sfavorevole alla parte adiuvata, potendo soltanto aderire all'impugnazione proposta da quest'ultima.

Il terzo detentore dell'immobile per il quale il locatore ha ottenuto, nei confronti del conduttore, una sentenza di condanna al rilascio, può opporsi o all'esecuzione ai sensi dell'art. 615 c.p.c. se sostiene di detenere l'immobile in virtù di un titolo autonomo e perciò non pregiudicato da quella sentenza, o ai sensi dell'art. 404, comma 2, c.p.c. se invece sostiene che il suo titolo derivi da quello del conduttore e che la sentenza è frutto di collusione tra il locatore ed il conduttore in suo danno[94].

1.8. La disciplina speciale degli immobili urbani.

La disciplina codicistica della locazione immobiliare (artt. 1607-1614 c.c.) è residuale, rispetto alla disciplina speciale intervenuta successivamente ad opera dalla l. 27 luglio 1978, n. 392 («Disciplina delle locazioni di immobili urbani») e dalla l. 9 dicembre 1998, n. 431 («Disciplina delle locazioni e del rilascio degli immobili adibiti ad uso abitativo»), che ha sostituito la disciplina degli immobili ad uso abitativo contenuta nella legge n. 392/1978.

Per gli immobili adibiti ad uso abitativo (con esclusione di quelli di interesse storico o artistico, di edilizia residenziale pubblica o locati esclusivamente per finalità turistiche), la l. n. 431/1998 (art. 2) consente alle parti la scelta tra: la conclusione di un contratto con canone libero (con divieto, a pena di nullità di clausole o vantaggi economici o normativi volti ad aumentarlo), ma di durata non inferiore a quattro anni rinnovabile per altri quattro, nonché, alla seconda scadenza, di nuovo rinnovabile alle stesse condizioni (salvo diversa comunicazione del locatore almeno sei mesi prima); oppure la conclusione di un contratto nel rispetto di quanto stabilito, anche per il canone, in appositi contratti-tipo definiti fra le organizzazioni della proprietà e dei conduttori: in tal caso, il proprietario gode di agevolazioni fiscali, ma la durata del contratto non può essere inferiore a tre anni, prorogata, in difetto di accordo sul rinnovo, di altri due anni, a loro volta rinnovabili salvo disdetta inviata sei mesi prima per lettera raccomandata.

[94] Cass. civ., Sez. III, 28 aprile 2006, n. 9964, in *Mass. Giur. It.*, 2006.

In entrambi i casi il contratto deve avere forma scritta[95].

Secondo le Sezioni Unite della Suprema Corte di Cassazione, "*In tema di locazione immobiliare ad uso abitativo, la nullità prevista dall'art. 13, comma 1, della l. n. 431 del 1998 sanziona esclusivamente il patto occulto di maggiorazione del canone, oggetto di un procedimento simulatorio, mentre resta valido il contratto registrato e resta dovuto il canone apparente; il patto occulto, in quanto nullo, non è sanato dalla registrazione tardiva, fatto extranegoziale inidoneo ad influire sulla validità civilistica*"[96].
Tale assunto è stato confermato più di recente dalle medesime Sezioni Unite, le quali hanno ribadito che "*È nullo il patto con il quale le parti di un contratto di locazione di immobili ad uso non abitativo concordino occultamente un canone superiore a quello dichiarato; tale nullità "vitiatur sed non vitiat", con la conseguenza che il solo patto di maggiorazione del canone risulterà insanabilmente nullo, a prescindere dall'avvenuta registrazione*"[97].
Il locatore, alla prima scadenza, può evitare il rinnovo, comunicando la disdetta, con preavviso di sei mesi, ma solo ove ricorra uno dei motivi indicati all'art. 3 della citata legge n. 431/1998.

Se il locatore, riacquistando legittimamente l'immobile non lo destina entro dodici mesi agli usi per i quali ha esercitato la disdetta o se essa è illegittimamente esercitata, il conduttore ha diritto al ripristino del rapporto di locazione alle stesse condizioni o, in alternativa, al risarcimento del danno non inferiore a trentasei mensilità dell'ultimo canone (art. 3, commi 3 e 5, l. n. 431/1998).
È poi prevista, a particolari condizioni, la possibilità di stipulare una locazione transitoria per soddisfare particolari esigenze delle parti o esigenze abitative di studenti universitari (art. 5 l. n. 431/1998).
È nulla ogni pattuizione volta a derogare ai termini di durata indicati dalla legge o a determinare un importo del canone superiore a quello risultante dal contratto scritto e registrato (art. 13 l. n. 431/1998).
L'art. 2 della l. n. 392/1978 (non abrogato dalla l. n. 431/1998) vieta, salvo il consenso del locatore, la sublocazione totale e la cessione del contratto, mentre consente la sublocazione parziale, salvo patto contrario e previa *denuntiatio* al locatore.
Restano, inoltre, in vigore le disposizioni dettate dalla l. n. 392/1978, ad esempio, in materia di recesso del conduttore (art. 4), successione al conduttore del contratto (art. 6), nullità della clausola di scioglimento in caso di alienazione (art. 7), oneri accessori (art. 9), intervento del conduttore in assemblea (art. 10).

1.9. La disciplina delle locazioni a uso non abitativo.

La disciplina delle locazioni a uso non abitativo è contenuta negli artt. 27 e ss. della legge 27 luglio 1978, n. 392. Essa è diretta a plasmare il tipo della locazione commerciale, in maniera da abbracciare ogni affitto in favore di un operatore economico di un immobile adibito all'esercizio di una qualsiasi attività generatrice di reddito. La normativa si preoccupa di regolamentare la durata e la misura del corrispettivo della locazione commerciale, nonché le ripercussioni che la cessazione del rapporto di godimento dello stabile aziendale possano avere sulla prosecuzione dell'attività produttiva del locatario.
L'impianto della legge n. 392/1978, da una larga parte della dottrina, è ritenuto (già da tempo)

[95] Vedi però Cass. civ., sez. III, 9 aprile 2021, n. 9475, la quale ha affermato che il contratto di locazione concluso in forma verbale e non registrato è affetto da nullità relativa, di protezione che può essere fatta valere solo dal conduttore e non è rilevabile d'ufficio dal giudice.
[96] Cass., Sez. un., 17 settembre 2015, n. 18213.
[97] Cass., Sez. un., 9 ottobre 2017, n. 23601.

ormai inadeguato rispetto alle mutate condizioni economico-sociali, e incoerente pure rispetto ai notevoli progressi del regime legislativo delle locazioni abitative[98].
A salvaguardia dell'inderogabilità della disciplina, è posta la sanzione di nullità, prevista dall'art. 79 della legge 392/1978, riferibile a tutte le pattuizioni dirette a limitare la durata legale del contratto di locazione, o ad attribuire al locatore un canone maggiore di quello dovuto o altro vantaggio in contrasto con le disposizioni della legge sull'equo canone. La disposizione è quindi animata da una pretesa di onnicomprensività volta a impedire che il futuro conduttore sia indotto ad accettare condizioni lesive dei propri diritti pur di assicurarsi il godimento dell'immobile: traspare l'intenzione del legislatore di fissare con riferimento all'intera legge n. 392 del 1978 l'ammontare massimo della prestazione cui il conduttore di immobile a uso commerciale possa essere tenuto.
Vengono così sanzionati con la nullità tutti gli accordi che, pur senza prevedere in modo palese un canone superiore o una durata inferiore ai limiti legali, e perciò senza contrastare con alcuna delle singole norme della legge, si risolvano comunque in un aggravio economico per il conduttore o in una riduzione temporale del rapporto.
Quel che già da tempo è apparso non più accettabile è la permanente scelta legislativa di affidare tuttora la regolamentazione delle locazioni commerciali a norme inderogabili, laddove la necessità di tener conto dei mutati e mutevoli bisogni dei soggetti produttivi fa preferire che la disciplina del rapporto locativo sia sempre più organizzata mediante norme suppletive.
Per tale ragione, l'art. 18 del D.L. 12 settembre 2014, n. 133 (convertito con modificazioni dalla legge 11 novembre 2014, n. 164) ha consentito la pattuizione di clausole che incidano sulla durata del contratto, o che attribuiscono un maggior canone al locatore, o che comunque deroghino alle disposizioni della legge 392/1978, per le locazioni a uso diverso da quello abitativo, che non siano riferite a locali qualificati di interesse storico a seguito di provvedimento regionale o comunale, ove ricorrano due presupposti: uno, di ordine quantitativo, basato sull'ammontare dell'importo del canone annuo pattuito, che deve superare gli euro 250.000,00; l'altro, di ordine formale, occorrendo fornire prova scritta del contratto.
L'inderogabilità della disciplina legale e il *favor conductoris* vengono, così, innovativamente subordinati a una determinata capacità economica del locatario, il quale, ove in grado di sostenere una spesa annua di corrispettivo del godimento eccedente una determinata somma, stimata congrua dal legislatore, è ritenuto in via presuntiva dotato della forza contrattuale sufficiente per negoziare col locatore in posizioni paritarie le condizioni del rapporto da instaurare.

Per le locazioni di immobili adibiti ad uso diverso da quello di abitazione la durata della locazione (o sublocazione) non può essere inferiore a sei anni, o a nove anni se adibiti ad attività alberghiera (art. 27 l. n. 392/1978), a meno che l'attività da esercitare abbia, per sua natura, carattere transitorio.

Il conduttore può però recedere dal contratto anche prima della scadenza, ove ricorrano gravi motivi, oppure nel caso che il locatore abbia concesso contrattualmente tale facoltà.
Il contratto si rinnova tacitamente alla sua scadenza per un identico periodo (art. 28 l. n. 392/1978), salvo che sia intervenuta una tempestiva disdetta, che però, alla prima scadenza, il locatore può intimare soltanto per i motivi tassativamente elencati nell'art. 29 della stessa legge.

[98] Cfr. D'ASCOLA, *Spunti critici in materia di locazioni a uso diverso dall'abitazione*, in *Rass. loc. e cond.*, 2004, 269; CARRATO-SCARPA, *Le locazioni nella pratica del contratto e del processo*, III ed., Milano 2013, 195; PADOVINI, *La disciplina delle locazioni immobiliari tra regime attuale e prospettive future*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, II, 265.

La Suprema Corte ha precisato che l'eventuale nullità assoluta della disdetta per mancata specificazione dei motivi rende inidoneo l'atto a produrre gli effetti suoi propri per la prima scadenza contrattuale, ma non gli impedisce di valere per la scadenza successiva come espressione di volontà contraria alla rinnovazione della locazione[99].

La disdetta, essendo un atto recettizio, produce i suoi effetti (di impedire il rinnovo) solo dal momento in cui giunge a conoscenza del destinatario, salva diversa pattuizione delle parti.

È pertanto tardiva la disdetta spedita prima del termine contrattualmente previsto per l'esercizio della relativa facoltà, ma pervenuta al destinatario dopo tale data[100].

Il canone iniziale di locazione può essere liberamente determinato dalle parti, ma per gli anni successivi gli aumenti sono sottratti alla disponibilità delle parti e sono consentiti dalla legge con frequenza annuale nel limite massimo del 75% della variazione dell'indice dei prezzi al consumo. Pertanto, qualsiasi pattuizione volta ad assicurare al locatore un importo superiore a quello risultante dal contratto scritto e registrato è sanzionato con la nullità[101].
In caso di cessazione del rapporto che non sia dovuta a risoluzione per inadempimento del conduttore o al suo recesso, a quest'ultimo è dovuta una indennità per la perdita dell'avviamento commerciale (artt. 34 e 35 l. n. 392/1978).

Le obbligazioni di pagamento della indennità per la perdita dell'avviamento commerciale e quella di rilascio dell'immobile sono tra loro in rapporto di reciproca interdipendenza, per cui ciascuna prestazione è inesigibile in difetto del contemporaneo adempimento dell'altra[102].

Il conduttore può sia sublocare l'immobile che cedere il contratto di locazione a terzi senza bisogno del consenso del locatore (che, tuttavia, potrà opporsi alla cessione per gravi motivi), purché venga anche ceduta o locata l'azienda (art. 36).
Nel caso in cui invece l'azienda non venga ceduta o locata, il conduttore deve avere il consenso del locatore, sia nell'ipotesi in cui voglia cedere il contratto (come prevede l'art. 1594 c.c.), sia nell'ipotesi in cui voglia sublocarlo.
Nel caso in cui il locatore intenda vendere l'immobile locato il conduttore ha un diritto di prelazione per l'acquisto (art. 38 l. n. 392/1978).

Diritto di prelazione

Il conduttore che eserciti un'attività commerciale a diretto contatto con il pubblico (esclusi i professionisti: art. 35, l. n. 392/1978) ha diritto di prelazione e di riscatto qualora il locatore intenda trasferire l'immobile a titolo oneroso (artt. 38, 39 l. n. 392/1978). Il corrispettivo dell'alienazione dev'essere quantificato in denaro ai fini della prelazione, che opera anche nel caso in cui il concedente intenda alienare al terzo a fronte di una controprestazione infungibile (ad es. permuta, conferimento in società) ed è esclusa solo da un atto a titolo gratuito o dalla vendita fallimentare (essendo l'aggiudicazione fatta a seguito di gara). Anche nel caso in cui il locatore

[99] Cfr. Cass. civ., Sez. III, 26 aprile 2004, n. 7927, in *Mass. Giur. It.*, 2004.
[100] Cfr. Cass. civ., Sez. III, 2 aprile 2009, n. 8006, in *Mass. Giur. It.*, 2009.
[101] Cfr. Cass. civ., Sez. III, 16 ottobre 2008, n. 25274, in *Mass. Giur. It.*, 2008; *Id.*, sez. III, 26 marzo 2009, n. 7341, *ivi*, 2009
[102] Cfr. tra le altre: Cass. civ., Sez. III, 27 marzo 2009, n. 7528, in *Mass. Giur. It.*, 2009; *Id.*, Sez. III, 17 gennaio 2001, n. 580, *ivi*, 2001.

intenda locare a terzi l'immobile alla scadenza del contratto, il conduttore ha diritto di prelazione ma tale prelazione ha solo efficacia obbligatoria, quindi non c'è diritto di riscatto (art. 40 l. n. 392/1978).
Con riguardo alle locazioni non abitative, la simulazione del canone di locazione determina l'applicazione della sanzione della nullità virtuale insanabile. Il vizio, però, non inficia l'intero rapporto, ma solo la controdichiarazione: resta valido il contratto registrato.
La nullità *vitiatur sed non vitiat:* è nullo il patto con il quale le parti di un contratto di locazione di immobili ad uso non abitativo concordino occultamente un canone superiore a quello dichiarato; ma è il solo patto di maggiorazione del canone ad essere insanabilmente nullo, non il contratto registrato.
La giurisprudenza giunge a questa conclusione in forza dell'art. 79 della legge n. 392 del 1978[103].
Tale norma è stata per lungo tempo interpretata nel senso che la sanzione della nullità in essa prevista abbia riguardo alle vicende funzionali del rapporto, colpendo, pertanto, le sole maggiorazioni del canone previste dalle parti durante l'esecuzione del contratto, non anche quelle convenute al momento della conclusione dell'accordo.
Questa interpretazione è stata rivisitata dalla giurisprudenza più recente: la lettura dell'art. 79 della legge n. 392 del 1978 è stata modificata nel senso che il patto di maggiorazione del canone è nullo anche se la sua previsione attiene al momento genetico del rapporto.
In questa prospettiva, i casi apparentemente più gravi (e cioè quelli di totale omissione della registrazione del contratto) risultano soggetti ad una disciplina meno rigida: la nullità, in tali casi, è sanabile con la tardiva registrazione. Mentre non è sanabile la nullità derivante dalla simulazione del canone di locazione.
Il diverso trattamento delle due fattispecie può trovare spiegazione nella maggiore gravità del vizio che deriva dalla simulazione del canone di locazione: si tratta di un vizio genetico e voluto da entrambe le parti; mentre nel caso di mancata registrazione del contratto, si configura un inadempimento successivo alla stipula di un contratto geneticamente valido[104].

2. L'affitto: nozione e natura giuridica.

Nell'ambito dei contratti di godimento si annovera anche l'affitto, che si differenzia dalla locazione in quanto ha ad oggetto una cosa produttiva (azienda, fondo rustico, miniera, cava[105] e torbiera) di cui viene attribuita all'affittuario la disponibilità e la gestione, in conformità della sua destinazione economica, con diritto di far propri i frutti e le altre utilità della cosa stessa (art. 1615 c.c.).
Nel codice civile, tra le norme sulla locazione e quelle sull'affitto (compreso l'affitto di azienda) sussiste il tipico rapporto tra norme generali e norme speciali, per cui se la fattispecie non è regolata da una norma specificamente prevista per l'affitto dovrà farsi ricorso alla disciplina generale sulla locazione di cose, ove compatibile. Il rito speciale delle locazioni non è, invece, applicabile alle

[103] Cass. civ., Sez. III, 13 novembre 2018, n. 29016.
[104] Cass. sez. un. 23601/2017.
[105] Cass. civ., Sez. III, 10 gennaio 2008, n. 250, in *Mass. Giur. It.*, 2008.

controversie in tema di contratto di affitto.

Nozione L'affitto è un contratto avente natura consensuale ed effetti obbligatori, che determina una separazione tra colui che ha la disponibilità del bene, ossia il concedente[106], e colui che esercita l'attività imprenditoriale sul bene stesso, ossia l'affittuario.

2.1. Il contratto.

Nel contratto di affitto si realizza lo scambio tra la consegna di una cosa oggettivamente produttiva (come l'azienda commerciale o industriale, il fondo rustico, la miniera, la cava e la torbiera) contro il pagamento del canone e l'impegno ad una gestione produttiva del bene, in conformità alla sua destinazione economica[107].

Oggetto Secondo parte della dottrina oggetto del contratto di affitto deve essere sempre un'azienda[108], intesa quale complesso unitario di tutti i beni mobili ed immobili, materiali ed immateriali, organizzati per la produzione. Ciò poiché il legislatore, nel dettare le norme per l'affitto in generale, ha dato particolare rilevanza ad elementi tipici dell'azienda quali: la gestione (art. 1615 c.c.), la destinazione dei mezzi necessari alla stessa (art. 1618 c.c.), le iniziative atte a produrre un aumento di reddito (art. 1620 c.c.). Ma a ben vedere l'affittuario può anche non essere un imprenditore, come nell'ipotesi in cui utilizza i beni prodotti per soddisfare bisogni propri o dei suoi familiari.

Altra parte della dottrina ha osservato che, in ossequio alla lettera del codice, dovrebbero essere considerate «produttive» solo le cose che sono «naturalmente fruttifere», escludendo così sia le macchine che gli opifici[109].

La tesi dominante, invece, individua nel ruolo strumentale del bene rispetto all'attività produttiva del conduttore l'elemento idoneo a qualificare l'affitto. In questa ottica, sotto il profilo oggettivo, appare sufficiente l'idoneità, anche solo potenziale, del bene ad essere destinato alla produzione[110], mentre si considera essenziale l'attività dell'affittuario che, in conformità dell'accordo, opera tale destinazione inserendo il bene nel processo produttivo da lui organizzato.

Elemento caratteristico del contratto di affitto che, quindi, assume rilevanza causale all'interno del negozio[111], è lo spostamento della produzione da un soggetto (locatore) all'altro (affittuario), che si obbliga a sfruttare il bene affittato, oltreché al pagamento del canone (o fitto).

La gestione produttiva Il locatore ha diritto di pretendere, con l'azione di adempimento o di risoluzione, che la gestione dell'affittuario sia conforme agli interessi della produzione.

L'affittuario si obbliga a curare la gestione del bene in conformità alla sua

---

[106] Come si è detto in generale, non è necessario che il concedente sia proprietario del fondo perché egli sia legittimato a concludere un contratto di affitto di fondo rustico, ma è sufficiente che abbia la disponibilità del terreno così da essere in grado di trasferirne all'affittuario la detenzione e il godimento (Cass. civ., Sez. III, 14 marzo 2006, n. 5482, in *Mass. Giur. It.*, 2006).

[107] Cass. civ., Sez. III, 7 luglio 2003, n. 10684, in *Gius*, 2004, 1, 33.

[108] MIRABELLI, *op. cit.*

[109] TABET, *Affitto in generale*, in *Noviss. Dig. it.*, Torino, 1957.

[110] ROMAGNOLI, *Affitto, Disposizioni generali*, in *Comm. Scialoja Branca*, Bologna-Roma, 1978, sub art. 1615-1627.

[111] SANTORO PASSARELLI, *La locazione e affitto rustico*, in *Atti del primo Congresso nazionale di diritto agrario*, Firenze, 1937, 406.

destinazione economica (altrimenti il rapporto si risolve *ex* art. 1618 c.c.) e fa propri i frutti e le altre utilità del bene stesso, dietro pagamento di un corrispettivo.
La durata dell'affitto può essere esplicitata nel contratto o risultare in modo implicito dall'accordo: quest'ultimo caso si verifica quando dal complesso delle pattuizioni sia desumibile il tempo necessario per l'attuazione del godimento secondo la destinazione stabilita nel contratto.
Nel caso in cui la durata non sia stata prevista trova applicazione l'art. 1616 c.c., che attribuisce ad entrambi i contraenti (ove gli usi non dispongano diversamente) il potere di fissare unilateralmente il termine finale del contratto, garantendo alla parte che lo subisce un tempo congruo per ovviare alle conseguenze della cessazione del rapporto ed in ogni caso la congruità deve valutarsi con riguardo alle esigenze della produzione ed alle altre circostanze legate alla specifica fattispecie.
Nell'ipotesi in cui sia l'affittuario a recedere dal contratto, è considerato adeguato quel periodo che consente al locatore di predisporre quanto necessario per la diretta gestione del bene o per portare a termine le trattative di un ulteriore contratto di affitto con terzi; mentre, nel caso di recesso del locatore, è considerato congruo il termine che, secondo le circostanze, risulta indispensabile all'affittuario per procurarsi la disponibilità di un altro bene.
Operano anche per l'affitto sia la norma dell'art. 1573 c.c. relativa al termine massimo di durata trentennale, sia l'art. 1597 c.c. in tema di rinnovazione tacita (esclusa soltanto dall'art. 382 c. nav.).

Tuttavia, la rinnovazione non può desumersi dalla circostanza della permanenza del conduttore nella detenzione della cosa oltre la scadenza del termine, né dal pagamento e dall'accettazione dei canoni e neppure dal ritardo con cui sia stata promossa l'azione di rilascio.

Nell'affitto il locatore è assoggettato agli stessi obblighi dettati dal codice civile in materia di locazione, salvo gli adattamenti previsti dalle disposizioni sull'affitto e quelli necessari in considerazione della particolare natura della cosa oggetto di affitto e dell'obbligo di gestione produttiva[112].
In considerazione del tenore letterale dell'art. 1617 c.c. si è sostenuto che nell'affitto l'obbligo di consegna della cosa assume un rilievo autonomo rispetto all'attribuzione del diritto di godimento[113] ma, a ben vedere, la *ratio* della previsione codicistica che specifica tale obbligo a carico del locatore, sembra più la necessità di specificare lo stato che deve caratterizzare il bene al momento della consegna (ossia deve essere tale da servire all'uso e alla produzione a cui è destinata)[114], piuttosto che un ulteriore obbligo del locatore.
Il locatore non è tenuto alla sorveglianza e custodia della cosa affittata, per cui non risponde dei danni cagionati all'affittuario da atti illeciti compiuti da terzi.
L'esonero del locatore dalla garanzia per molestie di fatto subite ad opera di terzi dal conduttore presuppone l'immissione di quest'ultimo nella detenzione qualificata del bene, che avviene con la consegna *ex* art. 1617 c.c. Prima di tale

[112] ROMAGNOLI, voce *Affitto*, in *Enc. giur. Treccani*, I, Roma, 1988.
[113] LAZZARA, *Il contratto di locazione*, Milano, 1961, 52.
[114] La cosa dovrà poi essere restituita alla scadenza del contratto in buono stato di produttività e di organizzazione, tenuto conto della destinazione economica del bene.

momento, il conduttore non è in grado di difendersi dalle molestie dei terzi mediante le azioni possessorie, non essendo stato immesso nella detenzione della cosa.
Una volta acquisita la detenzione del bene, l'affittuario è invece legittimato ad intraprendere le azioni possessorie nei confronti dei terzi ed anche – in quanto detentore in nome proprio - esercitare l'azione di reintegrazione nei confronti del locatore, il quale, in virtù del contratto di affitto, è obbligato a garantirgli il pacifico godimento del bene e a non privarlo del godimento spogliandolo della detenzione.

Per quanto riguarda l'affittuario il legislatore non ha individuato specifici obblighi a carico dell'affittuario, ma ha indicato nell'art. 1618 c.c. alcune ipotesi d'inadempimento corrispondenti ad altrettante obbligazioni contrattuali.

Destinazione al servizio della cosa dei mezzi necessari alla gestione

Il primo obbligo indicato causa di risoluzione dall'art. 1618 c.c. è quello di destinare al servizio della cosa affittata i mezzi necessari per la sua gestione; tale obbligo, che costituisce una esplicazione dell'obbligo dell'affittuario di curare la gestione produttiva del bene affittato, ha un contenuto variabile a seconda della natura della cosa e dell'attività produttiva prevista e, oltre l'impiego di capitali e beni strumentali, può comprendere anche l'assunzione di mano d'opera o di personale specializzato.
L'obbligo di corretta gestione deve essere rispettato continuativamente nel corso del rapporto, ed è del tutto indipendente ed autonomo rispetto all'obbligo di restituzione. Non ha, quindi, rilievo la circostanza che il risultato dannoso della gestione possa essere eliminato al termine del rapporto.
La seconda causa di risoluzione indicata nell'art. 1618 c.c. è la mancata osservanza delle regole della buona tecnica, che costituisce una condotta di diligenza qualificata in relazione alle qualità tecniche e professionali richieste per la specifica gestione produttiva (art. 1176, comma 2, c.c.);

Regole della buona tecnica

Da ultimo, l'art. 1618 c.c. menziona il mutamento stabile della destinazione economica della *res* affittata, intesa come lo specifico utilizzo produttivo cui la cosa è destinata.

Rispetto della destinazione economica

È da ritenersi, infatti, ormai superata l'interpretazione minoritaria secondo la quale per destinazione economica dovrebbe intendersi la scelta di settori produttivi molto ampi come l'industria o l'agricoltura.

L'elenco non è, comunque, esaustivo.
L'art. 1619 prevede a favore del locatore il c.d. «diritto di controllo», che consiste nella possibilità di verificare il rispetto da parte del conduttore delle obbligazioni previste dal contratto.

Diritto di controllo

Il proprietario può, quindi, accertare in ogni momento, anche con l'accesso *in loco*, il rispetto da parte dell'affittuario degli obblighi su di lui incombenti, nonché di chiedere la risoluzione del contratto se l'affittuario non destini al servizio della cosa i mezzi necessari per la gestione di essa, ovvero non osservi le regole della buona tecnica.

La giurisprudenza è concorde nel ritenere che costituisca grave inadempimento che dà luogo alla risoluzione del contratto il rifiuto opposto dall'affittuario al concedente che chieda di

esercitare il diritto di controllo.

Ai sensi dell'art. 1620 c.c. l'affittuario può intraprendere le «iniziative» idonee a produrre un potenziale aumento delle utilità generate dalla cosa affittata. L'esercizio di questa facoltà non può però tradursi in obblighi a carico del locatore, o arrecare pregiudizio al locatore o non essere conforme all'interesse della produzione nazionale.

Incremen produttiv cosa

Nel caso di migliorie si applica l'art. 1592 c.c., per cui l'affittuario non potrà pretendere alcuna indennità dal locatore.

È controverso, in dottrina, se le opere eseguite dall'affittuario per incrementare la produttività della cosa possano costituire oggetto di riduzione a fine rapporto. Tale soluzione appare possibile con riguardo a quelle opere che diano luogo ad un mutamento dell'aspetto estetico della cosa, o nell'attitudine ad un determinato uso o, e non a quelle che ne migliorino l'attitudine all'uso previsto nel contratto, senza pregiudizio di altri utilizzi.

Riparazioni

L'art. 1621 c.c. pone a carico del locatore le sole spese per le riparazioni straordinarie, imputando le altre a carico dell'affittuario. La giurisprudenza ha recentemente affermato che tale norma debba ritenersi derogabile dalle parti nell'ambito dell'autonomia negoziale delle stesse[115].

La disposizione, derogatoria rispetto alle norme previste per il contratto di locazione (art. 1577 c.c.), si giustifica in virtù dell'aspetto dinamico che contraddistingue la gestione produttiva dell'affittuario, con particolare riferimento ai poteri di iniziativa riconosciutigli dalla legge.

In particolare, la Suprema Corte ha chiarito che l'affittuario dell'azienda ha l'obbligo di conservarla, in tutte le sue componenti, nello stato in cui viene affittata e, perciò, di sostenere tutte le spese necessarie a tale scopo. A tal fine, la Corte precisa che ai fini della distinzione tra spese di manutenzione ordinaria e straordinaria i lavori di manutenzione ordinaria vanno individuati "in negativo" e, cioè, escludendo quelle opere che sono da reputarsi straordinarie perché non finalizzate alla conservazione della originaria destinazione economica del bene e al ripristino della sua attitudine produttiva (ciò in quanto a differenza di quanto avviene per il contratto di locazione di beni non produttivi il conduttore non fa proprio il reddito derivante dalla cosa) , eventualmente adoperando, in via orientativa l'elenco esemplificativo delle riparazioni straordinarie di cui all'art. 1005 c.c..[116]

In merito alla possibilità di derogare al regime previsto dalla norma, prevedendo, ad esempio, l'accollo delle spese di straordinaria manutenzione all'affittuario, la Cassazione si è espressa in senso negativo in virtù della considerazione che una tale previsione sarebbe incompatibile con lo schema dell'affitto.

Di diverso avviso la giurisprudenza di merito e parte della dottrina, che hanno invece ritenuto ammissibile e quindi valida ed efficace la clausola contrattuale che gravi l'affittuario delle spese per tutte le riparazioni (anche straordinarie).

Ai sensi dell'art. 1622 c.c., il conduttore che nel corso del rapporto subisca una perdita superiore ad un quinto del reddito annuale (o del reddito complessivo) a causa della necessità di eseguire riparazioni che siano a carico del locatore, ha

[115] Cass. civ., Sez. III, Ordinanza, 27/03/2020, n. 7574.

[116] Cass. civ., sez. III, 18 settembre 2020, n. 19632, in *Giust. Civ. Mass.*, 2020.

diritto ad una riduzione del canone proporzionale alla diminuita possibilità di sfruttamento del bene.
La risoluzione del contratto è, invece, rimessa all'apprezzamento del giudice, che può negarla o concederla secondo le circostanze, ossia valutando la durata dell'affitto, l'incidenza della perdita temporanea su tutto il rapporto, l'entità della diminuzione del reddito e gli interessi concreti delle parti.
Tenendo conto delle esigenze della funzione produttiva tipiche dell'affitto, il legislatore ha dettato una specifica disposizione (l'art. 1623 c.c.) in tema di modificazioni sopravvenute, che deroga al rimedio generale contro l'eccessiva onerosità sopravvenuta previsto dall'art. 1467 c.c. Siffatta soluzione - consentendo alla parte a cui sfavore si è modificato l'equilibrio contrattuale soltanto la facoltà di chiedere la risoluzione del contratto, rimettendo alla controparte l'opzione per la *reductio ad aequitatem* - non avrebbe infatti salvato l'impresa dal rischio della crisi, che può essere più grave in caso di cessazione che in caso di squilibrio, anche notevole, del canone rispetto all'utilità ricavabile dal godimento.
La norma *de qua*, invece, dà primaria importanza alla possibilità di modificare l'entità del fitto, al fine di compensare lo squilibrio creatosi tra le parti, unita alla possibilità di ottenere la risoluzione del contratto, che potrà essere concessa secondo le circostanze del caso (così come previsto nel caso di «perdite determinate da riparazioni» dall'art. 1622 c.c.).
Parte della dottrina e la giurisprudenza ritengono che l'evento che comporta la modifica del rapporto - che deve riguardare entrambi i contraenti e deve essere tale da avvantaggiare una parte e sacrificare l'altra - deve essere straordinario ed imprevedibile al momento della conclusione del contratto, ma è stato osservato[117] che, in mancanza di un'esplicita previsione normativa, è da escludere una tale limitazione del diritto di ciascuna parte ad una modificazione del canone, perché in contrasto col principio della rigida corrispettività che il legislatore ha voluto realizzare in tema di affitto.

Cause di scioglimento

Le cause di scioglimento del rapporto sono quelle tipizzate dalla legge e riconducibili alla scadenza del termine o al recesso in caso di contratto a tempo indeterminato (art. 1616 c.c.), all'incapacità sopravvenuta e all'insolvenza dell'affittuario (art. 1626 c.c.), alla morte dell'affittuario seguita, entro tre mesi, da recesso del locatore o degli eredi (art. 1627 c.c.), oltreché alla risoluzione per inadempimento (artt. 1453 e 1455 c.c.), alle quali possono aggiungersi altre cause individuate dalla comune volontà dei contraenti e specificamente previste nel contratto, come ad esempio, l'alienazione della *res* (art. 1625 c.c.).
Ai fini della valutazione della gravità dell'inadempimento dell'affittuario non è sufficiente tener conto soltanto di poteri di iniziativa concessi all'affittuario, ma occorre anche considerare che il concedente ha diritto di non subire turbamenti nello svolgimento del rapporto, quali possono essere quelli derivanti dalla necessità di porre in essere ripetute contestazioni, da perdita di tempo e di denaro, dall'esercizio di attività difensive, da rinunzie di progetti di miglioramento, dalla probabile perdita di maggiori profitti economici e da ogni altro aspetto negativo dell'opera compiuta dall'affittuario.

[117] LAZZARA, *Le disposizioni generali dell'affitto*, in *Obbligazioni e contratti*, in *Tratt. Rescigno,* III, Torino, 1991, 661 e ss.

In caso di ritardata restituzione del bene, si applicano i criteri di cui all'art. 1591 c.c., per cui deve essere fornita dal locatore la prova specifica dell'esistenza del danno e del suo concreto ammontare, dimostrando di aver subito una diminuzione patrimoniale ravvisabile nella circostanza di non aver potuto affittare o vendere il bene a condizioni vantaggiose, dimostrabile attraverso la prova dell'esistenza di ben precise proposte di affitto o di acquisto, ovvero di altri concreti propositi di utilizzazione.

Mora restitutoria

In ragione dell'importanza che assume la persona dell'affittuario e dell'essenzialità della «fiducia» che il locatore deve nutrire nei confronti dell'affittuario ai fini di determinarsi alla stipula del contratto, si afferma comunemente che il contratto di affitto viene stipulato *intuitu personae*.

Cessione contratto subaffitto

In ragione di tale aspetto, si giustifica la disposizione contenuta nell'art. 1624 c.c., secondo cui il contratto di affitto non è cedibile, né è ammesso il subcontratto senza il consenso del locatore.

La violazione di tale norma comporta la risoluzione del contratto.

L'art. 1624, comma 2, c.c. prevede che la facoltà di cedere l'affitto comprende quella di subaffittare, mentre esclude esplicitamente il contrario. La previsione è, tuttavia, suscettibile di deroga per volontà delle parti.

2.2. L'affitto di azienda.

Per l'affitto di azienda manca una specifica disciplina normativa, eccezion fatta per l'art. 2562 c.c. (che prevede l'applicabilità delle disposizioni di cui all'art. 2561 c.c. in tema di usufrutto d'azienda anche in caso di affitto d'azienda) e l'art. 2558, comma 3, c.c., in tema di successione nei contratti (che prevede il subentro dell'affittuario nei contratti stipulati per l'esercizio dell'azienda, salva una diversa pattuizione tra le parti[118]). Trattasi, pertanto, di un contratto frutto della libera regolamentazione dei contraenti, che rinviene la sua *ratio* nella finalità pratica di non assoggettare alla disciplina di cui alla l. n. 392/1978 il godimento di un complesso aziendale comprensivo di un bene immobile finalizzato ad un impiego produttivo.

Il criterio distintivo tra locazione di immobile ed affitto di azienda può rinvenirsi in funzione della destinazione unitaria o meno dei beni in godimento. Si avrà, quindi, una locazione di immobile quando il bene concesso in godimento venga considerato specificamente, nella economia del contratto, come l'oggetto principale della stipulazione, secondo la sua effettiva consistenza e con funzione prevalente e assorbente rispetto agli altri elementi che assumono carattere accessorio e non siano collegati all'immobile da un vincolo che li unifichi ai fini della produzione, mentre si avrà affitto di azienda quando l'immobile non viene considerato nella sua individualità giuridica, ma come uno degli elementi costituitivi del complesso unitario di beni, mobili ed immobili, materiali ed immateriali, legati tra loro da un vincolo di interdipendenza e di complementarietà per il conseguimento di un determinato fine produttivo, che costituisce l'oggetto

[118] Tale pattuizione può eludere il trasferimento all'affittuario della posizione contrattuale nella sua globalità, ma anche limitarsi ad escludere il trasferimento dei soli debiti e dei crediti già sorti, disponendo che il subentro operi solo per il futuro.

del contratto[119].

La Corte di Cassazione[120] ha in più occasioni chiarito che la locazione di immobile con pertinenze ricorre quando la concessione in godimento, per effettiva e comune intenzione dei contraenti, abbia ad oggetto principale un immobile avente destinazione commerciale che, pur dotato di accessori, non sia un'entità produttiva, mentre nell'affitto di azienda, per volontà delle parti e per caratteristiche dei beni, oggetto del contratto è il godimento a titolo obbligatorio di un complesso anche solo potenzialmente produttivo, in cui l'immobile è considerato non come entità a sé stante.

Ne consegue che il proprietario potrà concedere in godimento il bene a titolo di affitto di azienda solo nel caso in cui abbia iniziato egli stesso l'esercizio dell'attività imprenditoriale, perché altrimenti sarà soggetto alla disciplina speciale sulle locazioni alberghiere, per le quali la durata minima è di nove anni (art. 27, comma 3, l. n. 392/1978).

Con il contratto di affitto di azienda nasce in capo all'affittuario un diritto di godimento sul complesso aziendale, cioè sull'apparato strumentale di cui l'imprenditore si avvale per lo svolgimento dell'attività imprenditoriale.

Tale contratto ricorre anche quando, al momento della stipula, il complesso organizzato dei beni oggetto di trasferimento non era in grado di funzionare, per la necessità di una diversa e più efficiente organizzazione o dell'apporto di altri beni[121].

La disciplina dettata dagli artt. 1592 e 1593 c.c. in tema di miglioramenti ed addizioni apportate all'immobile dal conduttore non trova applicazione nell'affitto di azienda, per il quale non è previsto uno «*ius tollendi*» in capo all'affittuario al termine del rapporto. Infatti, dal combinato disposto degli artt. 2561, 4° co., e 2562 c.c., emerge che la differenza tra le consistenze di inventario all'inizio e al termine dell'affitto è regolata in denaro, sulla base dei valori correnti al termine dell'affitto, sia essa derivata da mutamenti quantitativi o soltanto qualitativi delle componenti aziendali[122].

Nel caso di affitto d'azienda con contestuale cessione del contratto di locazione dell'immobile nel quale è esercitata l'azienda, applicandosi l'art. 36 della l. n. 392/1978 e non invece l'art 1408 c.c., il locatore non può opporsi alla sublocazione o alla cessione del contratto di locazione, unitamente alla cessione dell'azienda, ma può contare sul protrarsi della responsabilità del cedente per il pagamento del canone, nel caso di inadempimento del cessionario, salvo che egli stesso dichiari di liberarlo[123].

Cessione d'azienda

Ai sensi dell'art. 2112 c.c., in caso di trasferimento d'azienda, il rapporto di lavoro continua con il cessionario ed il lavoratore conserva tutti i diritti che ne derivano. Il cedente ed il cessionario sono obbligati in solido per tutti i crediti che il lavoratore aveva al tempo del trasferimento, salvo che quest'ultimo acconsenta alla liberazione del cedente.

---

[119] Cfr. tra le altre: Cass. civ., Sez. III, 11 giugno 2007, n. 13683, in *Mass. Giur. It.*, 2008; *Id.*, 15 marzo 2007, n. 5989, *ivi*, 2007; *Id.*, 26 settembre 2006, n. 20815, *ivi*, 2006.

[120] Cass. civ.. Sez. III, 16 aprile 2009, n. 9012, in *Impr. e propr.*, 2009, 459. Vedasi anche Cass. civ.. Sez. III, 11 giugno 2007, n. 13683.

[121] Cass. civ., Sez. III, 31 marzo 2007, n. 8076, in *Arch. locaz.*., 2008, 92.

[122] Cass. civ., Sez. III, 9 maggio 2007, n. 10623, in *Mass. Giur. It.*, 2007.

[123] Cass. civ., Sez. III, 13 dicembre 2007, n. 26234, in *Mass. Giur. It.*, 2007.

La disciplina, per esplicita indicazione normativa (art. 2112, comma 5, c.c.) si applica anche alla cessione di ramo d'azienda, inteso come articolazione funzionalmente autonoma di un'attività economica organizzata, identificata come tale dalle parti contraenti al momento del trasferimento.

2.3. L'affitto di fondo rustico.

Uno dei contratti più antichi, ancora oggi diffusi in alcune regioni d'Italia, è l'affitto del fondo rustico, ossia il contratto con cui una parte (locatore o affittante)[124] si obbliga a far godere, dietro pagamento di un determinato corrispettivo, un fondo rustico ad un soggetto (affittuario), che si obbliga a curarne la gestione in conformità della sua destinazione economica e dell'interesse alla produzione.

La S.C. ha rinvenuto un'ipotesi di affitto di fondo rustico anche nell'affitto di fondo da destinare a colture forestali da realizzare a cura del solo affittuario (nel caso di specie, una s.r.l.), ancorché con la concessione di contributi in conto capitale a carico dello Stato[125].
Si è, inoltre, affermata la riconducibilità al contratto di affitto di fondo rustico, con conseguente assoggettamento alla ordinaria disciplina civilistica, anche dei fondi gravati da usi civici[126].

Esistono due tipi di affitto di fondo rustico: quello effettuato ad un coltivatore diretto (che lavora il fondo con il lavoro proprio e della propria famiglia, in proporzione almeno pari ad un terzo della forza lavoro necessaria per la coltivazione del fondo) e quello effettuato ad un conduttore (che è l'imprenditore medio o grande capitalista). I due tipi di contratti si differenziano per:

- misura del canone;
- forma contrattuale (che è libera per il primo e *ad probationem* per il secondo)

Nel caso di contratto stipulato dalla P.A. è comunque necessaria la forma scritta a pena di nullità (v. art. 17 R.D. 2440/1923), per cui è da escludersi anche una rinnovazione tacita per «*facta concludentia*»[127];

- potere di compiere piccoli miglioramenti;
- diritto di prelazione (che è riconosciuto solo nel primo tipo dall'art. 8 della l. n. 590/1965)

L'originaria disciplina codicistica del contatto di affitto di fondo rustico (artt. 1628 e ss. c.c.) è stata innovata da specifici interventi normativi (tra cui la l. n. 567/1962 e la l. n. 203/1982, come successivamente modificate) che hanno introdotto una disciplina vincolistica sia in ordine alla durata del rapporto (rendendolo, sostanzialmente, a tempo indeterminato) sia al valore del canone.
La l. n. 203/1982 ha sancito, inoltre, il principio generale del divieto di stipulazione contratti agrari atipici, ed ha introdotto la c.d. «conversione» in affitto, ossia la possibilità di domandare la conversione in affitto di qualsiasi contratto associativo

[124] Poiché il contratto di affitto è un contratto di natura consensuale, esso spiega i suoi effetti indipendentemente dal diritto di proprietà del concedente, rilevando soltanto il fatto che costui abbia la disponibilità del bene, necessaria per consentirgli di trasferirne all'affittuario la detenzione.
[125] Cass. civ., Sez. III, 6 maggio 2008, n. 11054, in *Mass. Giur. It.*, 2008.
[126] Cass. civ., Sez. III, 11 febbraio 2008, n. 3261, in *Mass. Giur. It.*, 2008.
[127] Cass. civ., Sez. III, 26 giugno 2008, n. 17550, in *Mass. Giur. It.*, 2008.

(mezzadria, colonia parziaria, soccida) in corso, tramite semplice richiesta dell'affittuario o su domanda del concedente con il consenso dell'altra parte, trovando altrimenti applicazione i termini di durata di cui all'art. 34 della l. n. 203/1982 (sei o dieci anni).

Durata

La legge speciale prevede una durata minima dell'affitto (tanto nel caso del coltivatore diretto, ai sensi dell'art. 1 della l. n. 203/1982, che del conduttore, *ex* art. 22 della medesima legge) di quindici anni, rinnovabili tacitamente.

Nel caso in cui il fondo sia un terreno montano incapace di costituire una unità produttiva idonea ad assicurare una produzione pari alla retribuzione annua di un salario agricolo, invece, la durata minima è di sei anni (art. 2 l. n. 203/1982).

Rinnovazione

La durata massima è invece quella stabilita dal codice civile, ossia trent'anni.

Il contratto scaduto si rinnova automaticamente se non disdetto dal locatore un anno prima della scadenza, oppure dall'affittuario in ogni momento, ma con preavviso di un anno.

La rinnovazione non può, tuttavia, desumersi dalla perdurante permanenza nel fondo dell'affittuario o dalla circostanza che il concedente abbia continuato a percepire il canone senza proporre tempestivamente azione di rilascio, occorrendo invece un comportamento positivo idoneo ad evidenziare una nuova volontà, contraria a quella precedentemente esternata per la cessazione del rapporto[128].

Causa

La causa del contratto di affitto di fondo rustico risiede nella concessione in godimento di un fondo rustico al fine di esercitarvi una delle attività agricole possibili, dietro pagamento di un canone.

Determinazione del canone

Il pagamento del canone, in denaro o in utilità di altra natura è uno degli elementi essenziali del contratto di affitto di fondo rustico. Tale canone deve essere periodico, certo o almeno determinabile, ed è di norma correlato al valore di godimento del bene.

In passato la determinazione del canone era sottratta alla libera determinazione dei contraenti.

Attualmente, dopo l'intervento della Corte Costituzionale[129], che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale delle disposizioni in tema di determinazione del canone, pur essendo rimasto in vita l'istituto dell'equo canone, sono venuti completamente a mancare i criteri per poterne calcolare l'ammontare[130]. Conseguentemente, le parti possono prevedere contrattualmente che il canone sia corrisposto, in parte, in misura fissa periodica, ed in parte, in rapporto ai risultati dello sfruttamento agrario del terreno[131].

Eventuali regalie, prestazioni, onoranze o compensi dovuti a qualsiasi titolo dall'affittuario al concedente in aggiunta al canone sono, invece, vietati dall'art. 9 della l. n. 567/1962, pertanto un'eventuale pattuizione contraria è da ritenersi nulla di diritto[132].

---

[128] Cfr. Cass. civ., Sez. III, 13 aprile 2007, n. 8833, in *Mass. Giur. It.*, 2007.

[129] Corte cost., 5 luglio 2002, n. 318, in *Foro it.*, 2002, I, 2943.

[130] Cfr. Cass. civ., Sez. III, 19 novembre 2007, n. 23931, in *Mass. Giur. It.*, 2007; id., 5 marzo 2007, n. 5074, *ibidem*.

[131] Cass. civ., Sez. III, 16 settembre 2008, n. 23720, in *Mass. Giur. It.*, 2008.

[132] Cass. civ., Sez. III, 16 settembre 2008, n. 23720, cit.

Nel caso in cui l'affittuario abbia legittimamente eseguito opere di miglioramento fondiario, addizioni e trasformazioni, ha diritto all'indennità di cui all'art. 16 della l. 3 maggio 1982, n. 203, che, in caso di vendita del fondo prima del pagamento di tale indennità, deve essere corrisposta dall'acquirente[133].

In materia di contratti agrari, non basta un qualsiasi inadempimento dell'affittuario a determinare la risoluzione del contratto di affitto di fondo rustico, essendo invece necessario un grave inadempimento in relazione al pagamento del canone, alla normale e razionale coltivazione del fondo, nonché alla conservazione e manutenzione dello stesso, quando ne risulti modificato l'originario ordinamento colturale, per la violazione dell'obbligo di conservare la struttura funzionale e la destinazione economica voluta dal concedente[134].

Risolu
inadem

La proponibilità della domanda giudiziale di risoluzione del contratto di affitto a coltivatore diretto per inadempimento è subordinata, oltre al preventivo esperimento del tentativo di conciliazione prescritto dall'art. 46 della l. n. 203/1982, anche ad uno specifico adempimento a carico del concedente, consistente nella contestazione, mediante lettera raccomandata con avviso di ricevimento, degli addebiti all'affittuario.

La giurisprudenza ha rilevato che l'inadempimento dell'affittuario può legittimare la risoluzione solo nel caso in cui leda in modo rilevante la capacità produttiva del fondo o ne trasformi la destinazione economica[135], o quando sussista una morosità persistente da più anni.

Mora nella restituzione del fondo

In caso di ritardata restituzione del fondo si applica l'art. 1591 c.c., secondo cui il conduttore in mora deve corrispondere al locatore il corrispettivo convenuto nel contratto fino al momento della consegna, salvo il risarcimento del maggior danno. Tale danno, di cui deve essere fornita la prova specifica, può essere parametrato alla misura del canone che si potrebbe ricavare dall'affitto ad un soggetto non coltivatore diretto pattuito senza l'assistenza sindacale[136].

Differenz
l'affitto

L'affitto di fondo rustico non è caratterizzato dall'*intuitu personae*, in quanto è cedibile *inter vivos* (art. 48 l. n. 203/1982) ed è trasferibile *mortis causa* (art. 49 l. n. 203/1982).

In caso di subaffitto o concessione di fondo rustico senza il consenso del proprietario, ai sensi dell'art. 21 della l. n. 203/1982, a costui spetta il diritto di richiedere o la risoluzione per inadempimento del contratto di affitto, o la nullità del contratto di subaffitto o subconcessione.

3. Il comodato.

Il comodato è il contratto col quale una parte consegna all'altra una cosa mobile o immobile, affinché se ne serva per un tempo o per un uso determinato, con l'obbligo di restituire la stessa cosa ricevuta (art. 1803, comma 1, c.c.).

Essendo, per stessa definizione legislativa (art. 1803, comma 2, c.c.) un contratto

---

[133] Cass. civ., Sez. III, 26 giugno 2008, n. 17547, in *Mass. Giur. It.*, 2008.

[134] Cfr. Cass. civ., Sez. III, 26 giugno 2007, n. 14755, in *Mass. Giur. It.*, 2007; *Id.*, 28 gennaio 2004, n. 1572, *ivi*, 2004.

[135] Cfr. Cass. civ., Sez. III, 19 marzo 2009, n. 6669, in *Obbl. e contr.*, 2009, 652.

[136] Cass. civ., Sez. III, 27 settembre 2007, n. 20343, in *Mass. Giur. It.*, 2007.

«essenzialmente» gratuito, viene inquadrato nell'ambito dei c.d. rapporti di cortesia e, dal punto di vista strutturale, l'operazione viene ricostruita come attribuzione patrimoniale unilaterale con obbligazioni, non in rapporto di corrispettività, per entrambe le parti. La gratuità del contratto non esclude che vi possa essere, ed assuma rilievo, l'interesse del comodante a concedere il bene a terzi e non è neanche incompatibile con previsione di un contributo pecuniario corrisposto dal comodatario, che non si configuri però, per la sua consistenza, come corrispettivo del bene[137]. Per valutare se la somma erogata assume o meno il valore di corrispettivo, si devono confrontare i sacrifici e i vantaggi che derivano rispettivamente alle parti[138].

Il comodato si perfeziona con la consegna del bene (che non è mera esecuzione del contratto) e per tale motivo si configura come contratto reale. L'accordo delle parti non è sottoposto a vincoli di forma[139], per cui la prova del contratto può essere fornita in qualsiasi modo. Oltre che con la consegna effettiva e materiale, il contratto si perfeziona anche con la *traditio longa manu*, con quella simbolica, *brevi manu* ed il mutamento del titolo della detenzione, che sia già in capo al comodatario.

È dubbio se il contratto di comodato possa essere dalle parti strutturato come contratto consensuale e soprattutto se sia ammissibile un preliminare di comodato. Muovendo dalla gratuità del contratto, si tende ad escludere la coercibilità dell'accordo di dare e ricevere in comodato e ciò impedirebbe sia la possibilità di una «forma» consensuale di accordo sia la possibilità di stipulare un preliminare di comodato.

Il comodato ha ad oggetto cose determinate e non consumabili. Viene però ammesso il cd. comodato *ad pompam* o *ad ostentationem*, in cui è prevista la consegna di una cosa generica e consumabile ma specificamente individuata e non separabile (si pensi ad un sacco di grano) di cui non sia ammessa la sostituibilità e che debba essere restituita così come consegnata[140].

Per quanto riguarda la durata del contratto, se non è convenuto un termine né è desumibile dall'uso cui la cosa deve essere destinata, l'art. 1810 c.c. prevede che il bene debba essere restituito non appena il comodante lo richieda. Può essere apposto un termine di durata, anche lungo e per tutta la vita del comodatario, anche se in dottrina taluno ritiene un tale termine improponibile.

Il comodato è, per entrambe le parti, un atto di ordinaria amministrazione[141], anche se taluno lo inquadra negli atti di straordinaria amministrazione[142] e, per altri ancora, si tratterebbe di atto di ordinaria amministrazione per il comodatario o per il comodante se vi è assunzione di onere da parte sua[143]. La legittimazione a dare in comodato spetta a chiunque abbia potere di disporre del godimento della cosa, per cui il comodante che agisce per la restituzione non è tenuto a provare la

---

137 Cass. civ., Sez. III, 17 giugno 2002 n. 8703, in *Mass. Giur. It.*, 2002.
138 Cass. civ., sez. III, 28 giugno 2005 n. 13920 *in Mass. Giur. It.*, 2005
139 Cass. civ., sez. III, 29 gennaio 2003 n. 1293, in *Mass. Giur. It.*, 2003, 138
140 GIAMPICCOLO, *Comodato e mutuo*, Tr. G. S.-P. Milano, 1972, 19
141 CARRESI, *Il comodato. Il mutuo*, Tr. VAS. Torino, 1950, 29.
142 FRAGALI, *Libro IV, delle obbligazioni, Il comodato*, in Commentario al Codice Civile, a cura di Antonio Scialoja e Giuseppe Branca, Bologna, 1953, 206.
143 GIAMPICCOLO, op. cit., 17.

proprietà del bene[144].
Il comodatario non possiede la cosa, ma è tuttavia un detentore autonomo, per cui può agire con la reintegrazione (tranne che si tratti di un comodato per ospitalità o cortesia, perché non si acquista una detenzione autonoma).
Il comodatario è tenuto a custodire e a conservare la cosa con la diligenza del buon padre di famiglia e non può servirsene che per l'uso determinato dal contratto o dalla natura della cosa. Non può concedere a un terzo il godimento della cosa senza il consenso del comodante e se non adempie a tali obblighi, il comodante può chiedere l'immediata restituzione della cosa, oltre al risarcimento del danno (art. 1804 c.c.).
L'uso del bene, salvo diverso accordo, comprende la facoltà di ritrarre l'utile di cui la cosa è capace attraverso un impiego economicamente normale. Per quanto riguarda l'obbligo di custodia, deve essere valutato se, avuto riguardo alle circostanze concrete, il comodatario ha posto in essere tutte le attività protettive che l'ordinaria diligenza richiede[145]. Tale obbligo implica anche il dovere di comunicazione al comodante dei vizi della cosa, delle riparazioni a cui non è tenuto il comodatario e delle molestie di terzi che vantano diritti sulla cosa. L'obbligo di conservare riguarda il mantenimento del bene nell'originario stato di consistenza, salvo il naturale deterioramento dovuto all'uso.
In caso di inadempimento dell'obbligo, il comodante non può chiedere la risoluzione del contratto, ma la restituzione della cosa e il risarcimento del danno. Ai sensi dell'art. 1805 c.c., il comodatario è responsabile se la cosa perisce (a tale ipotesi si equipara anche il deterioramento) per un caso fortuito a cui poteva sottrarla sostituendola con la cosa propria, o se, potendo salvare una delle due cose, ha preferito la propria. Inoltre, il comodatario che impiega la cosa per un uso diverso o per un tempo più lungo di quello a lui consentito, è responsabile della perdita avvenuta per causa a lui non imputabile, qualora non provi che la cosa sarebbe perita anche se non l'avesse impiegata per l'uso diverso o l'avesse restituita a tempo debito. Ai sensi dell'art. 1807 c.c., se la cosa si deteriora (o perisce) per solo effetto dell'uso per cui è stata consegnata e senza colpa del comodatario, questi non risponde del deterioramento. In sostanza, il comodatario deve provare che il deterioramento o il perimento sono avvenuti per effetto dell'uso o per causa a lui non imputabile.
Il comodatario non ha diritto al rimborso delle spese sostenute per servirsi della cosa mentre ha diritto di essere rimborsato delle spese straordinarie sostenute per la conservazione della cosa, se queste erano necessarie e urgenti (art. 1808 c.c.). La norma va intesa nel senso che il comodante non è tenuto a mantenere la cosa in stato di servire all'uso convenuto anche se ha carattere dispositivo. Le spese di ordinaria manutenzione sono a carico del comodatario[146], le straordinarie a carico del comodante ma quelle necessarie e urgenti fanno sorgere l'obbligo di provvedere del comodatario, il quale ha diritto di ripeterle dal comodante. Qualora non ricorrano la necessità e l'urgenza, la spesa straordinaria non è ripetibile anche

[144] Cass. civ., Sez. III, 12 maggio 2003 n. 7195, in *Mass. Giur. It.*, 2003.
[145] Cass. civ., Sez. III, 10 novembre 2003 n. 16826, in *Foro it.*, 2005, I, 2143.
[146] FRAGALI, *op. cit.*, 309.

se comporti dei miglioramenti[147] salvo che il comodante l'abbia autorizzata.
Ai sensi dell'art. 1809 c.c., il comodatario è obbligato a restituire la cosa alla scadenza del termine convenuto o, in mancanza di termine, quando se ne è servito in conformità del contratto. Se però, durante il termine convenuto o prima che il comodatario abbia cessato di servirsi della cosa, sopravviene un urgente e impreveduto bisogno al comodante, questi può esigerne la restituzione immediata.
In caso di comodato precario ai sensi dell'art. 1810 c.c., ossia senza l'individuazione di un termine, la circostanza che un immobile - concesso in comodato - sia destinato ad attività commerciale non è sufficiente per ritenere il relativo contratto soggetto ad un termine implicito, con la conseguenza che il comodante può domandare la restituzione del bene prima della cessazione di tale attività[148].
La determinazione di una durata del rapporto, anche in assenza di una espressa previsione, può essere indirettamente ricavata dalla natura dell'uso, dalla professione del comodatario e dagli interessi ed utilità perseguite dalle parti[149].
Un'ipotesi particolare è quella del comodato di bene immobile destinato ad abitazione: da tale destinazione non può desumersi la determinazione di una durata del rapporto. Se, però, l'immobile è concesso in uso perché sia destinato a casa familiare, deve ritenersi che vi sia una implicita determinazione di tempo, ovvero un vincolo di destinazione a soddisfare le esigenze della famiglia. Tale vincolo non viene meno neanche nell'ipotesi di crisi coniugale e di conseguente assegnazione giudiziale dell'immobile ad uno dei coniugi. E trattandosi dunque di un comodato con determinazione di durata, il comodante può recedere dal rapporto prima della scadenza, che si verifica con il venire meno delle esigenze abitative della famiglia, solo se ricorre l'ipotesi del comma 2[150].

La configurabilità di un comodato per destinazione a casa familiare implica una scrupolosa verifica dell'intenzione delle parti, che tenga conto delle loro condizioni personali e sociali, della natura dei loro rapporti, degli interessi perseguiti.
Ciò significa che il comodatario (o il coniuge separato), che opponga alla richiesta di rilascio la esistenza di un comodato di casa familiare con scadenza non prefissata, ha l'onere di provare, anche mediante le inferenze probatorie desumibili da ogni utile fatto secondario allegato e dimostrato, che tale era la pattuizione attributiva del diritto personale di godimento.
Spetta invece a chi invoca la cessazione del comodato per il raggiungimento del termine prefissato, dimostrare il relativo presupposto.

Mancando una espressa previsione di legge ed in assenza di uno specifico accordo tra le parti, è ammessa, in caso di comodato con determinazione di durata, l'anticipata restituzione della cosa da parte del comodatario, purché la restituzione venga effettuata rispettando l'obbligo di comportarsi secondo buona fede.
Il bisogno urgente che legittima il comodante ad ottenere la restituzione del bene

147 Cass. civ., Sez. III, 6 novembre 2002 n. 15543, in *Mass. Giur. It.*, 2002.
148 Cass. civ., Sez. VI - 3, Ordinanza, 15/10/2020, n. 22309.
149 Cass. civ., Sez. III, 16 gennaio 2006 n. 704, in *Mass. Giur. It.*, 2006; *Id.*, Sez. III, 16 aprile 2003, n. 6101, in *Mass. Giur. It.*, 2003.
150 Cass., Sez. un., 29 settembre 2014 n. 20448; Cass. civ., Sez. III, 6 giugno 2006 n. 13260, in *Foro It.*, 2006, 9, 1, 2309; *Id.*, Sez. II, 13 febbraio 2006, n. 3072, in *Mass. Giur. It.*, 2006; *Id.*, Sez. un., 21 luglio 2004, n. 13603, in *Mass. Giur. It.*, 2004.

deve essere imprevedibile al momento della conclusione del contratto ma non sembra che debba essere un bisogno grave.
Se invece non è stato convenuto un termine né questo risulta dall'uso a cui la cosa doveva essere destinata, il comodatario è tenuto a restituirla non appena il comodante la richiede (art. 1810 c.c.).
Si parla, in questo caso, anche di comodato precario[151], che non è però una figura concettualmente diversa dal comodato ma solo un comodato risolvibile *ad nutum* dal comodante. Ad esso è equiparato il comodato a tempo determinato cui venga aggiunta la clausola di risolubilità *ad nutum* del comodante. Nel caso di immobili, la mancanza di determinazione di durata non deve poter essere desunta dalla destinazione cui il bene è adibito, sicché esso si configura come godimento precario.
L'azione di restituzione del bene per recesso o scadenza del termine è di carattere personale e non può configurarsi come rivendica. Se però il comodante è proprietario del bene, può avvalersi anche dell'azione di rivendicazione per ottenere la restituzione del bene.
In caso di morte del comodatario, il comodante, benché sia stato convenuto un termine, può esigere dagli eredi la immediata restituzione della cosa (art. 1811 c.c.), ma è ammesso il patto contrario e il consenso del comodante a continuare il rapporto con gli eredi del comodatario. Per poter ottenere la restituzione è necessaria la richiesta del comodante anche se si è sostenuta l'automatica estinzione del contratto. La norma viene estesa alla sopravvenuta incapacità ed al fallimento del comodatario.
In caso di morte del comodante, invece, l'obbligazione si trasmette ai suoi eredi e nell'ipotesi di contratto senza determinazione di durata, gli eredi possono chiedere la restituzione *ad nutum*.
Vi è infine una disciplina specifica dei danni subiti dal comodatario per vizi della cosa, che limita l'obbligo del comodante al risarcimento qualora, conoscendo i vizi della cosa, non ne abbia avvertito il comodatario (art. 1812 c.c.).

4. Il *leasing*: nozione e inquadramento giuridico.

[151] Secondo la Corte di Cassazione (Sez. un., 9 febbraio 2011, n. 3168), il termine finale del comodato può risultare anche per implicito dalla destinazione del bene; in tanto ciò può accadere, in quanto tale destinazione ha insita in sé una scadenza predeterminata, mancando la quale, l'uso del bene viene a qualificarsi come a tempo indeterminato ed il comodato come precario e, dunque, revocabile *ad nutum* dal proprietario. Tale decisione si mostra perfettamente coerente con l'esigenza di non destabilizzare ex post la posizione contrattuale del comodante che si sia determinato alla detta concessione gratuita, prefigurandosi che il comodatario avrebbe acquisito la disponibilità della *res* in via soltanto interinale. Invero ove, al contrario, avesse inteso spogliarsi definitivamente del bene, concedendolo in toto al comodatario, il *tradens* avrebbe senza dubbio prescelto una diversa forma negoziale, superando le ristrettezze di una siffatta attribuzione che, sebbene essenzialmente gratuita, rimane pur sempre non definitiva. In altri termini, la tutela effettuale della destinazione d'uso impartita al bene, prevista dal combinato disposto di cui agli artt. 1803 e 1809 c.c., soccorre in favore del comodatario solo ove tale uso assuma ex se carattere chiaramente determinato.
L'incertezza, così come dimostra la disciplina del «comodato indeterminato» (art. 1810 c.c.), non può che giovare esclusivamente a vantaggio del comodante (*rectius*, non deve risolversi in un pregiudizio per tale parte negoziale), garantendogli *ex facto* il diritto potestativo di riacquisire la disponibilità del bene a suo esclusivo piacimento.
È in questa nuova e diversa luce che emerge tutta la centralità del carattere temporaneo della destinazione che, così riveduto, vale a riempire di contenuti l'idea della funzione sociale del comodato come strumento negoziale legittimante la momentanea concessione in uso di una *res*, a titolo essenzialmente gratuito.

È riconducibile alla categoria dei contratti di godimento anche il *leasing*, tradizionalmente annoverato fra i contratti atipici ma "socialmente" tipici, ma recentemente disciplinato dalla legge annuale per il mercato e la concorrenza 2017 (l. 4 agosto 2017, n. 124).

Ai sensi dell'art. 1, comma 136, si intende per contratto di locazione finanziaria quello con cui una banca o un intermediario finanziario si obbliga ad acquistare o a far costruire un bene su scelta e secondo le indicazioni dell'utilizzatore, che ne assume tutti i rischi - anche di perimento - e lo fa mettere a disposizione per un dato tempo verso un determinato corrispettivo. Detto corrispettivo tiene conto del prezzo di acquisto o di costruzione e della durata del contratto.

La scadenza del contratto implica che l'utilizzatore abbia il diritto di acquistare il bene ad un prezzo prestabilito, ovvero che lo debba restituire qualora egli non eserciti tale diritto.

Con la denominazione «*leasing*» sono definiti nella pratica due differenti istituti: il *leasing* c.d. «operativo» ed il *leasing* finanziario; a ben vedere, tuttavia, solo quest'ultimo è tecnicamente qualificabile con il termine *leasing*.

Il *leasing* c.d. operativo è un'operazione a struttura bilaterale, in cui lo stesso produttore o distributore di beni a elevata standardizzazione concede in godimento il bene al conduttore, dietro pagamento di un canone periodico, per un periodo di tempo commisurato alla vita economica del bene, alla scadenza del quale, di regola, avviene la restituzione del bene.

Il *leasing* finanziario, invece, è un contratto in forza del quale l'utilizzatore (denominato anche *lessee*, concessionario o conduttore) chiede ad una società di *leasing* (denominata anche concedente, *lessor* o locatore), di acquistare da un fornitore la proprietà di un bene (individuato dall'utilizzatore), mobile o immobile, per poi concederlo in godimento allo stesso utilizzatore, dietro versamento di un corrispettivo periodico.

La peculiare struttura del *leasing* ha indotto parte della dottrina[152] e della giurisprudenza a ritenere che si trattasse di un contratto misto (ossia di un contratto derivante dalla combinazione di elementi funzionali di diversi schemi negoziali tipici, che non perdono la loro identità, pur confluendo in un'unica struttura contrattuale[153]) o, secondo altri, di contratto complesso (ossia di contratto in cui sono unificati gli effetti, considerati nella loro totalità, di più contratti, che si fondono nell'unicità della causa).

Per individuare la disciplina applicabile a tale contratto si era, in un primo momento, cercato di ricondurlo ad uno dei contratti tipici con i quali presentava alcuni caratteri in comune.

In particolare, parte della dottrina aveva tentato di ricondurre il contratto di *leasing* al contratto di locazione sulla base della circostanza che entrambi i negozi si incentrano sulla concessione in godimento di un dato bene per un determinato tempo dietro corrispettivo[154].

A tale inquadramento erano però state mosse diverse critiche. In primo luogo, si è contestato che, se il *leasing* fosse effettivamente riconducibile alla locazione, non

[152] Cfr. VAILATI, *Aspetti giuridici del leasing finanziario*, in *Riv. not.*, 1973, I, 215.

[153] Si rinvia sul punto alla trattazione dell'argomento svolta nel Manuale, Parte VII, Capitolo II.

[154] TABET, *La locazione di beni strumentali (leasing)*, in *Banca, borsa tit. cred.*, 1973, II, 287 ss

avrebbe ragion d'essere la clausola (normalmente inserita nei contratti di *leasing*) che prevede, nel caso di risoluzione per inadempimento, la ritenzione dei canoni percetti, poiché tale possibilità dovrebbe discendere direttamente dall'applicazione dell'art. 1458, comma 1, c.c., che nei contratti ad esecuzione continuata o periodica fa salve le prestazioni già eseguite[155]. Né si giustificherebbe l'obbligo dell'utilizzatore di pagare i canoni anche in caso di perdita del bene per fatto non imputabile. Inoltre, prima della stipula del contratto di *leasing* il concedente non ha alcun rapporto con il bene individuato dall'utilizzatore e costui si determina all'acquisto della *res* al solo scopo di concederla in godimento al *lessee*, non avendo alcun interesse al suo reimpiego[156].

Vi sono poi ulteriori importanti differenze con la locazione: a) nel *leasing* i compensi periodici pagati dall'utilizzatore non hanno solo natura di canoni locatizi ma anche di corrispettivo del finanziamento e sono commisurati al valore economico del bene (se il contratto ha una durata pari alla vita tecnico-economica del bene) o ne comprendono il prezzo (quando la durata del contratto è inferiore alla vita tecnico-economica del bene)[157]; b) il rischio della mancata consegna, nonché quello per vizi e per l'evizione sono a carico dell'utilizzatore; c) la manutenzione (sia ordinaria che straordinaria) è sempre posta a carico dell'utilizzatore e d) i miglioramenti e le addizioni diventano di proprietà del concedente senza indennizzo.

Vendita a rate con riserva di proprietà

Altra parte della dottrina aveva sostenuto che il contratto di *leasing* sia, invece, assimilabile alla vendita a rate con riserva di proprietà, affermando conseguentemente l'applicabilità dell'art. 1526 c.c., che prevede, nell'ipotesi di risoluzione per inadempimento del compratore, la restituzione da parte del venditore delle rate riscosse[158].

Nel *leasing*, tuttavia, sono diversi i soggetti dell'operazione, poiché il concedente è un intermediario finanziario, non commerciale, e l'utilizzatore è di regola un imprenditore che vuole conseguire il godimento di un bene strumentale, non di consumo, come invece avviene normalmente nella vendita a rate. Inoltre, i canoni non rappresentano solo il corrispettivo del godimento ma sono la risultante di un insieme di fattori (costo del bene, comprensivo dell'ammortamento, interesse sul capitale investito, utile e spese del concedente); per tale motivo si giustifica la clausola, normalmente inserita nei formulari, che prevede il diritto del concedente a ritenere i canoni percetti.

Altri Autori avevano invece ricondotto il *leasing* al contratto di mutuo o, più in generale, alla categoria dei contratti di credito, sostenendo che il pagamento dei canoni costituirebbe una sorta di rimborso rateale del finanziamento[159].

Contro tale tesi si era però rilevato che, mentre nei contratti di credito la concessione di credito può realizzarsi anche mediante la dazione di denaro ad un soggetto terzo rispetto al beneficiario, purché essa venga effettuata a favore di quest'ultimo (ad

c) co
credito

[155] DE NOVA, *Nuovi Contratti*, *op. cit.,* 288.
[156] BUSSANI, *op. cit*., 302.
[157] DE NOVA, *op. cit.*, 288.
[158] CAPIZZANO, *Leasing*, in *Dizionari di diritto privato*, I, in IRTI (a cura di), *Diritto Civile*, Milano, 1980, 515 ss.
[159] CLARIZIA, *Alcune considerazioni sul contratto di locazione finanziaria*, in *Banca, borsa tit. cred.*, 1976, II, 465 ss.; MUNARI, *Leasing*, in *Enc. Dir.*, *Agg. VI*, Milano, 2002, 660 ss.

esempio, quando il terzo è creditore del beneficiario), nel *leasing* finanziario questo non accade (poiché l'utilizzatore non è debitore del fornitore, che riceve il denaro dal concedente) ed in ogni caso manca il requisito del di credito di ammontare certo, corrispondente allo schema proprio dei contratti di credito[160]. Inoltre, le clausole di risoluzione per inadempimento del concessionario prevedono che il concedente abbia diritto a ritenere i canoni percetti e, molto spesso, anche il suo diritto ad ottenere il pagamento di una penale pari alla differenza tra i canoni residui e quanto ottenuto dal reimpiego del bene sul mercato.

Già da tempo si è, tuttavia, rilevato che le specificità del *leasing* non consentono di identificarlo con nessuna figura negoziale tipica. Si è, allora, cercato di qualificare l'operazione di *leasing* in termini di contratto atipico caratterizzato dal collegamento[161] tra due negozi che mantengono la loro autonomia, pur nel quadro di una interdipendenza funzionale.

Si è, infatti, osservato che, se dal punto di vista economico l'operazione di *leasing* è trilaterale, poiché i rapporti tra fornitore, concedente e utilizzatore costituiscono un insieme unitario, tuttavia dal punto di vista giuridico trattasi di combinazione di due negozi bilaterali, perché difetta uno dei requisiti essenziali dei contratti plurilaterali, ossia il «conseguimento di uno scopo comune» ai sensi dell'art. 1420 c.c.[162] Né pare corretto assimilarla alla cessione del contratto, perché nel caso del *leasing* il consenso del fornitore non è essenziale per la conclusione del contratto di locazione finanziaria e in alcuni casi manca del tutto (ad es., nel *leasing* operativo).

L'operazione si compone di due distinti contratti bilaterali: il *leasing*, stipulato tra concedente ed utilizzatore, ed il contratto di compravendita o di appalto, stipulato tra fornitore e concedente.

Alcuni autori sostengono che tra il contratto di *leasing* ed il contratto di compravendita (o di appalto) sussiste un collegamento negoziale in senso tecnico[163] o necessario, poiché tra i due contratti vi sarebbe un nesso economico e teleologico consistente nel soddisfare l'interesse del futuro utilizzatore ad acquisire la disponibilità della cosa.

Da tale inquadramento scaturisce che l'eventuale venir meno, per qualunque ragione (ad es. per nullità, risoluzione o altro), del contratto di vendita comporta il venir meno anche del contratto di *leasing* e la legittimazione attiva dell'utilizzatore ad agire direttamente (e non in via surrogatoria) contro il venditore (o appaltatore), con il solo limite del consenso del concedente nell'ipotesi in cui chieda la risoluzione del contratto di vendita.

Secondo una diversa tesi[164], invece, nel contratto di *leasing* non si può affermare la volontà del fornitore di stipulare la vendita in funzione del fatto che il bene verrà concesso in *leasing*, anche se le parti, nell'esercizio della loro autonomia contrattuale, possono decidere di «legare» i due contratti, ad esempio prevedendo l'obbligo del fornitore di riconoscere all'utilizzatore la facoltà di agire contro di lui nell'ipotesi di vizi della cosa o di ritardata consegna, o l'obbligo per il concedente di inserire nel contratto di vendita tali clausole.

---

[160] BUSSANI, *op. cit.*, 289.

[161] Si rinvia sul punto alla trattazione dell'argomento svolta nel Manuale, Parte VII, Capitolo II.

[162] DE NOVA, *Nuovi Contratti*, *op. cit.*, 280.

[163] Si vedano: LUMINOSO, *Il* leasing, in *I contratti tipici e atipici*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di IUDICA E ZATTI, Milano, 1996, 364; CLARIZIA, *op. cit.*, 113. In giurisprudenza, cfr. Cass. civ., Sez. III, 2 agosto 2004, n. 14786, in *Mass. Giur. It.*, 2004.

[164] TASSONE, *op. cit.*, 82 e ss.

Secondo le Sezioni Unite della Cassazione[165], è indubbio che tra i due negozi v'è un indispensabile collegamento negoziale, considerato che la fornitura è effettuata in funzione della successiva locazione del bene compravenduto e la locazione presuppone che il locatore si sia procurato il bene che darà in godimento al locatario. Tuttavia, nessuno pone in discussione che i due atti mantengano la loro sostanziale autonomia, che l'utilizzatore sia terzo rispetto al contratto di fornitura ed, a sua volta, il fornitore sia terzo rispetto al contratto di locazione; laddove, invece, il concedente è l'unico, tra i tre, ad essere parte di entrambi gli atti.
In quest'ordine di idee, la sottrazione della vicenda dall'ambito del rapporto plurilaterale e la sua sussunzione in quello del contratto collegato fa sì che le parti possano gestire separatamente i distinti rapporti contrattuali, secondo le rispettive funzioni, assegnando rilevanza giuridica a quelle sole interdipendenze che realmente condizionano l'attuazione dell'operazione economica.
Così inquadrato, il contratto di *leasing* è un contratto meramente bilaterale stipulato tra concedente ed utilizzatore e collegato ad altro contratto bilaterale stipulato tra concedente e fornitore per l'acquisizione del bene oggetto del contratto a favore dell'utilizzatore. Nella pratica, il collegamento si realizza mediante apposite clausole previste in ciascuno dei due contratti.
Tuttavia, nulla vieta che questo collegamento possa talvolta venire ancor più esaltato attraverso la partecipazione dell'utilizzatore al contratto di fornitura: in tali ipotesi, è possibile configurare il contratto di fornitura alla stregua di un contratto produttivo di alcuni effetti obbligatori a favore del terzo utilizzatore, senza necessità di ipotizzare la presenza di un mandato implicito al contratto di *leasing* volto ad assicurare all'utilizzatore i diritti di azione riconosciuti dalla legge al mandante nel mandato senza rappresentanza (art. 1705, comma 2, c.c.).
È da segnalarsi una recente pronuncia dei giudici di legittimità, ove si afferma che, in seguito alla L. 4.8.2017, n. 124, il leasing finanziario ha assunto una fisionomia unitaria, dovendo ritenersi definitivamente superata la distinzione tra leasing di godimento e leasing traslativo e il ricorso in via analogica, per tale seconda figura, alla disciplina dettata dall'art. 1526. Questo comporta che gli effetti della risoluzione del contratto di leasing, che si verifichi anteriormente alla dichiarazione di fallimento, devono essere regolati sulla base di quanto previsto dall'art. 72 quater l. fall., che ha carattere inderogabile e prevale su eventuali difformi pattuizioni delle parti[166]. È stato, inoltre, precisato che la disciplina di cui all'art. 1, commi 136-140, L. 4.8.2017, n. 124, non ha effetti retroattivi, sì che il 138° co. si applica alla risoluzione i cui presupposti si siano verificati dopo l'entrata in vigore della legge stessa. Per i contratti risolti anteriormente resta dunque valida la distinzione tra leasing di godimento e leasing traslativo, con conseguente applicazione analogica, a quest'ultima figura, della disciplina dell'art. 1526, e ciò anche se la risoluzione sia stata seguita dal fallimento dell'utilizzatore, non potendosi applicare analogicamente l'art. 72 quater, l. fall.[167].

[165] Cass., Sez. un., 5 ottobre 2015, n. 19785.
[166] Cass. civ., Sez. I, Ordinanza, 28/10/2019, n. 27545
[167] Cass. civ., Sez. Unite, Sentenza, 28/01/2021, n. 2061; Cass. civ., Sez. III, Ordinanza, 22/03/2022, n. 9210; Cass. civ., Sez. I, Ordinanza, 30/03/2022, n. 10249.

4.1. Il contratto.

Soggetti

L'attività di locazione finanziaria può essere esercitata soltanto da intermediari finanziari iscritti nell'elenco generale di cui all'art. 106 T.U.B.

Per quanto riguarda, invece, il *lessee*, in difetto di una espressa disciplina che indichi le caratteristiche dell'utilizzatore (eccezion fatta per il *leasing* agevolato, per il quale la normativa statale e regionale indica specifici requisiti), si può sostenere che chiunque possa ricoprire tale qualifica, quindi un lavoratore autonomo, un'impresa o un ente pubblico o, secondo alcuni, anche un privato che agisca per scopi estranei alla attività professionale eventualmente svolta. Tale ultima affermazione non è, tuttavia, condivisa da una parte della dottrina, la quale rileva che la disciplina di tutela del consumatore confligge con il contenuto socialmente tipizzato del contratto di *leasing* (si pensi ad esempio alla previsione convenzionale dell'assunzione di tutti i rischi da parte dell'utilizzatore).

Oggetto

Oggetto del contratto di *leasing* possono essere sia beni mobili (non consumabili) che immobili, purché scelti dall'utilizzatore.

Causa

La causa dell'operazione di *leasing* è stata, da tempo, individuata nel finanziamento per l'acquisto della disponibilità di beni (produttivi o di consumo, a seconda che l'utilizzatore sia un imprenditore o un consumatore), dietro pagamento di un canone periodico.

Successivamente, si è, però, rilevata l'esistenza nella prassi commerciale di due sottotipi di locazione finanziaria, con caratteristiche distinte:

1) il *leasing* finanziario, o di godimento (forma classica del *leasing*), consistente nella locazione di beni inidonei a mantenere un apprezzabile valore commerciale al termine del contratto (per cui il valore residuo alla scadenza è esiguo ed il prezzo d'opzione è basso), in cui i canoni tendono essenzialmente a remunerare il concedente del capitale impiegato, e caratterizzato quindi da una causa di finanziamento per scopo di godimento.

2) il *leasing* traslativo (è la forma c.d. «impura»), avente ad oggetto beni idonei a conservare, alla scadenza del contratto, un valore residuo apprezzabile, superiore all'importo convenuto per l'opzione di acquisto, per cui i canoni includono anche una quota del prezzo, in previsione del successivo acquisto da parte dell'utilizzatore. In questo caso la causa del contratto di *leasing* è riconducibile al finanziamento a scopo di trasferimento della proprietà del bene.

La legittimità di tale distinzione è stata riconosciuta anche dalla S.C. che, nel 1989, con sei pronunce[168], ha effettuato un parziale mutamento di rotta rispetto ai suoi precedenti, affermando l'esistenza, nell'ambito del *leasing* finanziario, di due distinte figure contrattuali atipiche, aventi ciascuna una propria connotazione, con riferimento allo scopo pratico perseguito dalle parti: il *leasing* di godimento (o tradizionale), da un lato, e quello traslativo (o impuro), dall'altro.

Dalla diversa qualificazione del contratto di *leasing* la Suprema Corte fa conseguire l'applicazione di una diversa disciplina nell'ipotesi di risoluzione per inadempimento dell'utilizzatore, poiché, nel caso del *leasing* tradizionale, troverà

[168] Cass. civ., sez. I, 13 dicembre 1989, nn. 5569, 5570, 5571, 5572, 5573 e 5574, in *Mass. Giur. It.*, 1989.

applicazione la disciplina dettata per i contratti ad esecuzione continuata o periodica, e quindi l'art. 1458 c.c. (con conseguente esclusione dell'obbligo, per il concedente, di restituire i canoni percetti), mentre nel caso del *leasing* traslativo, essendo assimilabile alla vendita a rate con riserva della proprietà, dovrà essere applicato l'art. 1526 c.c.[169] (con conseguente dovere, per il concedente, di restituire le rate riscosse, salvo il diritto ad un equo compenso per l'uso della cosa ed al risarcimento del danno).

La successiva giurisprudenza di legittimità[170] si è uniformata all'orientamento introdotto dalle sei sentenze del 1989 e confermato dalle Sezioni Unite[171].
La tesi sostenuta dalla Cassazione dell'esistenza di due tipi di locazione finanziaria è stata, però, oggetto di critica, in quanto si è osservato che il *leasing* nella prassi si presenta in modo piuttosto uniforme[172] ed il *discrimen* rappresentato dal rapporto tra prezzo di opzione e valore residuo del bene, non è affidabile, poiché la durata dei contratti di *leasing* è normalmente inferiore alla vita economica del bene[173]. In senso critico si è espressa anche una sentenza di merito, che ha ritenuto non condivisibile la distinzione operata dalla S.C. in quanto la finalità di finanziamento - che costituisce la causa presente in ogni tipo di *leasing* - è sufficiente, in quanto lecita e meritevole di tutela, a caratterizzare il contratto, anche quando il fine dell'utilizzatore sia quello di acquistare la proprietà del bene alla scadenza del contratto.

In particolare, secondo la S.C.[174], il *leasing* di godimento si caratterizza per:
a) la funzione di intermediazione che l'impresa di *leasing* svolge tra produttore e utilizzatore;
b) l'avere ad oggetto beni o impianti strumentali all'esercizio dell'impresa dell'utilizzatore, che probabilmente esauriranno le loro potenzialità nel periodo di durata del contratto;
c) l'interesse del contraente a realizzare un impiego remunerativo di capitale finanziario e l'interesse dell'utilizzatore ad ottenere la disponibilità del bene, senza esborso di capitali rilevanti;
d) i canoni parametrati alla vita economica del bene, secondo un piano di ammortamento finanziario, al termine del quale l'utilizzatore restituisce l'importo del capitale investito dal concedente, maggiorato dell'utile della società di *leasing* e delle spese dell'operazione;
e) un valore residuale minimo del bene alla scadenza del contratto ed un prezzo di opzione modesto;
f) la circostanza che la proprietà resta al concedente in funzione di garanzia del pagamento dei canoni secondo il piano di ammortamento concordato e

[169] Cfr. Cass. civ., Sez. III, 14 novembre 2006, n. 24214, in *Mass. Giur. It.*, 2006; *Id.*, 2 marzo 2007, n. 4969, in *Foro it.*, 2433; *Id.*, 28 agosto 2007, n. 18195, in *Mass. Giur. It.,* 2007; *Id.*, 17 luglio 2008, n. 19697, in *Nuova giur. civ.*, 2009, 3, I, 1, 237.
[170] Cfr. Cass. civ., Sez. III, 28 novembre 2003, n. 18229, in *Contratti*, 2004, 6, 575; Cass. civ., Sez. III, 29 marzo 2004, n. 6188, in *Guida al dir.*, 2004, 20, 69 e, più di recente, *Id.*, Sez. I, 23 maggio 2008, n. 13418, in *Fall.*, 2009, 303, con nota di BERSANI.
[171] Cass. civ., Sez. un., 7 gennaio 1993, n. 65, in *Contratti*, 1993, 177, con nota di MAFFEIS.
[172] Cfr. CLARIZIA, *op. cit.*, 181, secondo il quale l'errore nel quale cade la Cassazione «*quando, a prescindere dalla qualificazione giuridica sostiene l'esistenza di due tipi d locazione finanziaria è quello di non dare il giusto rilievo alla struttura immutabile e costante dell'operazione ed al suo concreto svolgimento nella realtà del mercato italiano*».
[173] DE NOVA, *OP. cit.*, 278; BUSSANI, *op. cit.*, 310 e ss.
[174] Cass. civ., Sez. un., 7 gennaio 1993, n. 65, in *Contratti*, 1993, 177, con nota di MAFFEIS.

g) i canoni costituiscono sempre e soltanto il corrispettivo del godimento del bene.

Le caratteristiche del *leasing* traslativo sono, invece, le seguenti:

Caratteri tipici del leasing traslativo

a) ha ad oggetto beni standardizzati o di consumo, utilizzabili da qualunque soggetto (non solo da imprenditori) o macchinari ed impianti che, pur essendo strumentali all'esercizio dell'impresa dell'utilizzatore, conservano alla scadenza del contratto un considerevole valore economico residuo, eccedente il prezzo di opzione;

b) il periodo di consumazione tecnica ed economica del bene eccede la durata del contratto;

c) la volontà delle parti è di realizzare il trasferimento della proprietà del bene alla scadenza del contratto, considerato il significativo valore residuo del bene;

d) l'importo globale dei canoni corrisponde al valore del bene, poiché sconta in parte anche una quota di prezzo;

e) la concessione in godimento assume una funzione strumentale rispetto alla vendita.

Indici

La riconducibilità del singolo contratto di *leasing* all'uno o all'altro dei due tipi sopra descritti dipende dalla volontà in concreto espressa dalle parti, che può essere desunta da una serie di indici, alcuni dei quali sono stati individuati nella giurisprudenza di legittimità:

- il rapporto tra valore residuo del bene e prezzo di opzione (un'apprezzabile eccedenza può essere rivelatrice della volontà di trasferimento del bene in proprietà);
- la facoltà dell'utilizzatore di chiedere la proroga del contratto;
- il rapporto tra la durata del contratto e il periodo di prevedibile obsolescenza economica e tecnica del bene;
- l'obbligo dell'utilizzatore di restituire il bene in buono stato manutentivo e di funzionamento;
- il tipo di professione dell'utilizzatore;
- il criterio di determinazione dei canoni;
- eventuali pattuizioni specifiche in deroga o in aggiunta alle condizioni generali del contratto.

Procedimento di formazione del contratto

Il contratto di *leasing* finanziario viene concluso all'esito di un complesso procedimento di formazione.

Di regola, il futuro utilizzatore individua il fornitore e stabilisce con costui le condizioni di acquisto del bene da parte del concedente, poi si rivolge alla società di *leasing* che gli fa compilare una proposta di contratto.

Se la proposta viene accolta, il concedente sottopone all'utilizzatore il testo contrattuale definitivo che ha unilateralmente predisposto con l'utilizzazione di formulari (con conseguente necessità di specifica sottoscrizione delle clausole vessatorie in conformità agli artt. 1341 e 1342 c.c.).

Il contratto di *leasing* si perfeziona nel momento in cui il contratto vene sottoscritto dall'utilizzatore.

Successivamente, il concedente acquista il bene dal fornitore, il quale, solitamente, provvede a consegnarlo direttamente all'utilizzatore. Quest'ultimo, una volta verificata la corrispondenza tra il bene prescelto e quello consegnato, sottoscriverà

il verbale di consegna e da quel momento inizia il godimento del bene[175].
Il canone periodico che l'utilizzatore è tenuto a versare è determinato con riferimento al costo del bene, agli interessi sul capitale investito, alle spese di gestione e all'utile della società di *leasing*;

Canone

In caso di inadempimento al pagamento di una rata, il concedente può chiedere la risoluzione del contratto e ha diritto alla restituzione del bene senza dover restituire le rate riscosse (diversamente da quanto previsto dall'art. 1526 c.c.), nelle quali era stato computato l'ammortamento (*arg. ex* art. 1458, comma 1, c.c.).

Alla scadenza del contratto l'utilizzatore può scegliere se acquistare la proprietà del bene mediante il pagamento del prezzo residuo esercitando il diritto di opzione, oppure restituire il bene, o rinnovare il contratto ad un canone ridotto[176], può inoltre richiedere la sostituzione del bene con un altro bene utilizzabile in modo più proficuo, o agire nelle altre forme stabilite dal contratto. Se il prezzo di opzione alla scadenza è nettamente più basso o più alto rispetto al valore residuo del bene, il contratto è rispettivamente una vera e propria vendita a rate (identificandosi il prezzo di opzione con l'ultima rata, trovando, in tal modo, applicazione l'art. 1526, comma 3, c.c.) o una locazione (che è soggetta a un trattamento fiscale meno favorevole).

Diritto opzione

L'utilizzatore non può cedere, né sublocare a terzi il bene**.**

4.2. La disciplina del rapporto.

Obbligazione principale della società di *leasing* è concedere in godimento il bene all'utilizzatore, garantendolo da molestie di terzi che pretendono di avere diritti sulla cosa.

Ob del

A tale obbligo è strumentalmente collegato quello di stipulare con il fornitore il contratto di vendita avente ad oggetto il bene da concedere in *leasing* (pur non costituendo un contratto preliminare a favore di terzo tale da far sorgere in capo all'utilizzatore un diritto autonomo alla conclusione della vendita), in cui dovrà essere pattuito l'obbligo del fornitore di consegnare il bene all'utilizzatore nei tempi e con le modalità stabilite tra fornitore ed utilizzatore e dovranno essere definite le facoltà da riconoscere all'utilizzatore in merito all'esercizio diretto dei diritti e delle azioni derivanti dal contratto di vendita.

Per quanto riguarda, invece, l'utilizzatore, costui ha l'obbligo di: pagare i canoni, ricevere in consegna il bene e farne buon uso, nel rispetto delle norme relative all'impiego del bene[177] e provvedendo alla sua manutenzione ordinaria e straordinaria.

Obbli carico dell'u

Nel caso di inadempimento di una delle obbligazioni poste in capo al *lessee*, il contratto viene risolto e, conseguentemente, l'utilizzatore è tenuto restituire il bene, pagare i canoni scaduti, e, ove pattuito (trattasi di clausola diffusa nella prassi[178]), a pagare una penale pari alla differenza trai canoni residui e la somma

[175] DE NOVA, *Nuovi contratti*, Torino, 1994, 281; BUSSANI, *Contratti moderni, Factoring, franchising, leasing*, in *Tratt. dir. civ.* diretto da Sacco, Torino, 2004, 263.
[176] Il patto di opzione può essere oggetto di apposita convenzione.
[177] DE NOVA, *op. cit.*, 286.
[178] Sui contenuti abituali del contratto di *leasing* si vedano: BUSSANI, *op. cit.*, 267; DE NOVA, *op. cit.*, 283;

ottenuta mediante il reimpiego del bene sul mercato.
Sull'utilizzatore grava l'onere di agire per la tutela dei diritti del concedente e, segnatamente, dei diritti da quest'ultimo vantati nei confronti del fornitore-produttore.
Di regola, l'utilizzatore assume i rischi: di perimento o di sottrazione del bene (nel senso che il *lessee* deve continuare a pagare i canoni), di danno a terzi, di evizione e vizi[179], dovendo agire direttamente contro il fornitore con l'azione di adempimento o risarcitoria, ma non con l'azione di risoluzione, che inciderebbe sul diritto del concedente.

Normalmente i formulari contengono clausole di esclusione della responsabilità del concedente per mancata consegna della cosa da parte del fornitore, essendo il relativo rischio posto a carico dell'utilizzatore, e clausole di esonero dalla garanzia per vizi della cosa. Secondo autorevole dottrina, entrambe le dette clausole sono da ritenersi valide purché l'utilizzatore sia effettivamente messo in condizione di tutelare i propri interessi nei confronti del fornitore[180].
Anche la giurisprudenza si è espressa in tal senso.

In particolare, la Suprema Corte ha affermato che «*nell'ipotesi in cui l'utilizzatore prescelga, oltre al bene, la persona che dovrà fornirglielo, e sia stabilito che il fornitore consegni direttamente il bene all'utilizzatore, l'obbligazione del concedente diventa quella di concludere il contratto di vendita con il fornitore mediante l'impiego del capitale nell'acquisto, mentre l'obbligazione di consegna del bene sulla base del contratto di vendita va adempiuta nei confronti dell'utilizzatore. In tale ipotesi l'eventuale clausola di esonero di responsabilità del concedente per inadempimento del fornitore non presenta tecnicamente la funzione di stabilire un esonero di responsabilità, gravando in questo caso sul concedente solo l'obbligazione di determinare in capo al fornitore l'obbligo di consegnare il bene all'utilizzatore. Quest'ultimo, pur non potendo far valere nei confronti del «concedente» il diritto alla consegna del bene ed anche alla possibilità di farne uso secondo la sua destinazione, non rimane però privo di tutela. Infatti, egli può esercitare nei confronti del fornitore, in via diretta e non surrogatoria, le azioni intese ad ottenere l'adempimento o il risarcimento dei danni in caso di inadempimento. Ciò in quanto finisce per realizzarsi, nella conclusione del contratto di fornitura, quella medesima scissione di posizioni, nei confronti del terzo contraente, che si presenta nel caso di contratti conclusi dal mandatario in nome proprio e nell'interesse del mandante*»[181].

Ai sensi dell'art. 1, comma 137, della legge 4 agosto 2017, n. 124, costituisce grave inadempimento dell'utilizzatore il mancato pagamento di: i) almeno sei canoni mensili o due canoni trimestrali anche non consecutivi o un importo equivalente per i leasing immobiliari; ii) ovvero di quattro canoni mensili anche non consecutivi o di un importo equivalente, per gli altri contratti di locazione finanziaria.
Qualora il contratto si risolva per grave inadempimento dell'utilizzatore ai sensi

BUONOCORE-LUMINOSO, *op. cit.*, 1463 e ss.

[179] In caso di processo promosso dall'utilizzatore contro il fornitore per ottenere la risoluzione del contratto per vizi della cosa il concedente è litisconsorte necessario.

[180] DE NOVA, *Nuovi contratti*, 283 ss. Si veda anche RESCIO, *La traslazione del rischio contrattuale nel leasing*, Milano, 1989, 216. Secondo l'A., il trasferimento dei rischi in capo all'utilizzatore è ammissibile nei limiti in cui soddisfa il normale interesse finanziario del concedente. In giurisprudenza, per la validità della clausola relativa al rischio per mancata consegna del bene si vedano Cass. civ., Sez. III, 13 dicembre 2000, n. 15762, in *Mass. Giur. It.*, 2000 e Cass. civ., Sez. III, 26 marzo 2004, n. 6044.

[181] Cass. civ., Sez. III, 5 settembre 2005, n. 17767, in *Contratti*, 2006, 274.

del citato comma 137, il concedente ha diritto alla restituzione del bene[182].
In tal caso, il concedente dovrà comunque corrispondere all'utilizzatore quanto ricavato dalla vendita o da altra collocazione del bene, effettuata ai valori di mercato.
Da tale somma saranno dedotte la somma dei canoni non pagati, dei canoni a scadere, solo in linea capitale, e del prezzo pattuito per l'esercizio dell'opzione finale di acquisto, nonché le spese anticipate per il recupero del bene, la stima e la sua conservazione per il tempo necessario alla vendita.
Resta fermo, nella misura residua, il diritto di credito del concedente nei confronti dell'utilizzatore, nei casi in cui il ricavato della vendita - o di altra collocazione del bene - sia inferiore a quanto dovuto dall'utilizzatore (comma 138 dell'art. 1 della legge. n. 124/2017).
Il comma 139 dell'art. 1 della legge. n. 124/2017 reca disposizioni sulle modalità di vendita o di nuova collocazione del bene.
In tal caso il concedente procede alla vendita o ricollocazione del bene sulla base dei valori risultanti da pubbliche rilevazioni di mercato, elaborate da soggetti specializzati.
Nel caso non sia possibile far riferimento ai predetti valori, si procede alla vendita sulla base di una stima effettuata da un perito scelto dalle parti di comune accordo, nei venti giorni successivi alla risoluzione del contratto o, in caso di mancato accordo nel predetto termine, da un perito indipendente scelto dal concedente in una rosa di almeno tre operatori esperti, previamente comunicati all'utilizzatore, che può esprimere la sua preferenza vincolante ai fini della nomina entro dieci giorni dal ricevimento della predetta comunicazione.
Si chiarisce che il perito è indipendente quando non è legato al concedente da rapporti di natura personale o di lavoro tali da compromettere l'indipendenza di giudizio. Nella procedura di vendita o ricollocazione il concedente si attiene a criteri di celerità, trasparenza e pubblicità adottando modalità tali da consentire l'individuazione del migliore offerente possibile con obbligo di informazione dell'utilizzatore.
Il comma 140 dell'art. 1 della legge. n. 124/2017 mantiene ferma la disciplina di cui all'articolo 72-*quater* del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267 (legge fallimentare), relativo al caso di fallimento dell'utilizzatore.
Il richiamato articolo 72-*quater* l. fall. prevede che al contratto di locazione finanziaria si applichi, in caso di fallimento dell'utilizzatore, l'art. 72 della stessa l. fall. (che disciplina i rapporti e i contratti pendenti al momento del fallimento di una delle parti). Se è disposto l'esercizio provvisorio dell'impresa, il contratto continua ad avere esecuzione salvo che il curatore dichiari di volersi sciogliere dal contratto. In caso di scioglimento del contratto, il concedente ha diritto alla

[182] Vedi Cass. civ., sez. Un., 28 gennaio 2021, n. 2061 per le quali la disciplina dettata dalla L. n. 124/17, «non ha carattere retroattivo, essendo essa priva degli indici che consentono di riconoscere efficacia regolativa per il passato, non avendo disposto in tal senso lo stesso legislatore». La predetta legge non può, dunque, trovare applicazione per quei contratti di *leasing* finanziario, in cui si siano verificati i presupposti della risoluzione per inadempimento dell'utilizzatore, già prima della sua entrata in vigore, ma essa potrà applicarsi solo ove non si sia verificato, prima dell'entrata in vigore della novella, il fatto generatore degli effetti giuridici derivanti dalla applicazione del diritto previgente.

restituzione del bene ed è tenuto a versare alla curatela l'eventuale differenza fra la maggiore somma ricavata dalla vendita o da altra collocazione del bene stesso avvenute a valori di mercato rispetto al credito residuo in linea capitale; per le somme già riscosse si applica l'articolo 67, comma 3, lettera a), l. fall., che esclude dalla revocatoria i pagamenti di beni e servizi effettuati nell'esercizio dell'attività d'impresa nei termini d'uso.
Il concedente ha diritto ad insinuarsi nello stato passivo per la differenza fra il credito vantato alla data del fallimento e quanto ricavato dalla nuova allocazione del bene. In caso di fallimento delle società autorizzate alla concessione di finanziamenti sotto forma di locazione finanziaria, il contratto prosegue; l'utilizzatore conserva la facoltà di acquistare, alla scadenza del contratto, la proprietà del bene, previo pagamento dei canoni e del prezzo pattuito.

Ove oggetto del contratto siano immobili da adibire ad abitazione principale, trova applicazione la disciplina di cui all'articolo 1, commi 76-81, della legge 28 dicembre 2015, n. 208: tali norme disciplinano gli aspetti civilistici della locazione finanziaria di immobili da adibire ad uso abitativo (c.d. *leasing* immobiliare).
In sintesi, si rammenta che tale contratto costituisce una forma di finanziamento, alternativo al contratto di mutuo, a favore delle persone fisiche finalizzato all'acquisto o alla costruzione di un immobile da adibire ad abitazione principale.
Le norme in esame richiamano le sole disposizioni civilistiche afferenti al *leasing* immobiliare; non sono richiamate e dunque non si applicano al *leasing* finanziario le specifiche agevolazioni fiscali (deducibilità ai fini Irpef e riduzione dell'imposta di registro) connesse a tali contratti, disciplinate dai successivi commi 82-84 dell'art. 1 della legge 28 dicembre 2015, n. 208.

Il fallimento del concedente

Un importante quesito che si è posto all'attenzione degli interpreti è quello relativo alla sorte del contratto di *leasing* in caso di fallimento di uno dei contraenti.
Secondo il prevalente orientamento dottrinale, in caso di fallimento del *lessor* il contratto di *leasing* non si scioglie ed il diritto di opzione è opponibile al fallimento, poiché trattasi di un diritto che costituisce parte integrante del contratto[183].
A tale conclusione si giunge sia qualora si condivida la tesi che assimila la locazione finanziaria alla vendita con riserva di proprietà (e, conseguentemente, applicando l'art. 73, comma 2, l. fall.) sia che si riconduca il *leasing* alla locazione (attraverso, dunque, l'applicazione dell'art. 80 l. fall.)[184].
Il legislatore ha accolto tale tesi prevedendo, all'art. 7 del d.l. 24 dicembre 2003, n. 354, convertito in l. 26 febbraio 2004, n. 45, che: «*La sottoposizione a procedura concorsuale delle società autorizzate alla concessione di finanziamenti sotto forma di locazione finanziaria non è causa di scioglimento dei contratti di locazione finanziaria, inclusi quelli a carattere traslativo né consente agli organi della procedura di optare per lo scioglimento dei contratti stessi; l'utilizzatore conserva la facoltà di acquistare, alla scadenza, la proprietà del bene verso il pagamento del prezzo pattuito*» e all'art. 72 *quater,* ultimo comma, del r.d. 16 marzo 1942, n. 267 che: «*In caso di fallimento delle società autorizzate alla concessione di finanziamenti sotto forma di locazione finanziaria, il contratto prosegue; l'utilizzatore conserva la facoltà di acquistare, alla scadenza del contratto, la proprietà del bene, previo pagamento dei canoni e del prezzo pattuito*».

183 DE NOVA, *op. cit.*, 293.
184 DE NOVA, *op. cit.*, 292 e ss.; BUSSANI, *op. cit.*, 327.

La disciplina sulla risoluzione del contratto per inadempimento del *lessee* è stata recentemente oggetto di un'ordinanza di rimessione alle sezioni unite della Corte di Cassazione: ci si è chiesti, in particolare, se la disciplina introdotta dell'art. 1 della l. 4 agosto 2017, n. 124, che ha unificato *leasing* di godimento e *leasing* traslativo ed enucleato, al co. 138, per il caso di risoluzione per inadempimento del *lessee* una disciplina simile a quella prevista dall'art. 72 co. *quater* l. fall, sia applicabile anche ai contratti di leasing traslativo stipulati e dichiarati risolti prima di tale data, o se piuttosto tali contratti debbano considerarsi regolati dalle norme - quali l'art. 1526 c.c.- che venivano considerate applicabili analogicamente in assenza di una normativa specifica e che possono, secondo la Corte, essere considerate diritto vivente.

In particolare, secondo un primo indirizzo, l'art. 1526 c.c. non potrebbe più trovare applicazione alla risoluzione per inadempimento dei contratti di *leasing*, a prescindere dalla distinzione tra *leasing* traslativo o di godimento, in quanto non vi sarebbe più, come conseguenza dell'entrata in vigore della L. n. 124 del 2017 e dell'introduzione dell'art. 72 *quater*, una lacuna cui sopperire in via analogica (Cass. 29 marzo 2019, n. 8980; Cass. 10 maggio 2019 n. 12552; Cass. 10 luglio 2019 n. 18543; Cass. 10 luglio 2019 n. 18545; Cass. 30 settembre 2019 n. 24438 e Cass. 28 ottobre 2019, ord., n. 27545): le suddette due norme, dunque, regolerebbero anche i contratti cui non sarebbero applicabili *ratione temporis*, per effetto di un'interpretazione storico-evolutiva da privilegiarsi, con la conseguenza di ritenere applicabile in forma generalizzata l'art. 72 quater l.fall. Altro orientamento, al contrario, ha negato che gli effetti della risoluzione dei contratti di leasing possano trovare disciplina nell'art. 72 quater l.fall., in quanto norma che non disciplina la risoluzione del contratto di leasing, bensì il suo scioglimento quale conseguenza del fallimento dell'utilizzatore (in tal senso, Cass. 12 febbraio 2019, ord., n. 3965; Cass. 18 giugno 2018, ord., n. 15975; Cass. 19 febbraio 2018, ord., n. 3945; Cass. 9 febbraio 2016, n. 2538; Cass. 29 aprile 2015, n. 8687).

La Corte, nell'ordinanza richiamata, pone l'attenzione sulla circostanza per cui l'interpretazione "evolutiva" proposta dal ricorrente e che intende superare il tradizionale orientamento volto ad applicare alla risoluzione del contratto di leasing traslativo l'art. 1526 c.c., rischia di porsi, in realtà, in aperto contrasto con il principio comunitario di certezza del diritto e del corollario di tutela del legittimo affidamento: ciò in quanto l'attuale normativa in tema di leasing alla data della stipula del contratto non era in vigore e pertanto i suoi effetti non erano ragionevolmente prevedibili. Tanto più se si considera che la norma della quale si invoca l'applicazione era inesistente all'epoca in cui si realizzò la fattispecie concreta non disciplinata dall'ordinamento[185].

Vizi e tutela dell'utilizzatore: Sez. un. 19785/2015

In tema di rimedi concessi all'utilizzatore, nel caso in cui il bene dato in *leasing* presenti dei vizi, occorre segnalare il recente intervento delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione[186]; in particolare, il problema si pone qualora il contratto di *leasing* non preveda il trasferimento, in capo all'utilizzatore, della posizione contrattuale del concedente, al fine di poter esercitare direttamente le azioni che questi ha nei confronti del fornitore.

[185] Cass., sez. III, 25 febbraio 2020, n. 5022.
[186] Cass., Sez. un., 5 ottobre 2015, n. 19785.

Ad un'azione diretta dell'utilizzatore nei confronti del fornitore si oppone, infatti, la regola della c.d. relatività del contratto, consacrata nell'art. 1372 c.c., in forza della quale è, in via di principio, da escludersi che, in mancanza di diverso patto o di specifica disposizione normativa, colui che non è stato parte del contratto di fornitura (l'utilizzatore) possa agire perché il contratto stesso sia risolto, incidendo in una *res inter alios acta* e sortendo, così, l'effetto di privare il concedente della proprietà del bene locato e, dunque, della garanzia riservatasi a fronte del pagamento dei canoni di locazione.

Questa regola, in specifiche ipotesi, è stata ritenuta derogata da un collegamento negoziale in senso tecnico, che impone la considerazione unitaria della fattispecie. Collegamento in senso tecnico per il quale è necessario che ricorra sia un requisito oggettivo, costituito dal nesso teleologico tra i negozi, volti alla regolamentazione degli interessi reciproci delle parti nell'ambito di una finalità pratica consistente in un assetto economico globale ed unitario, sia un requisito soggettivo, costituito dal comune intento pratico delle parti di volere non solo l'effetto tipico dei singoli negozi in concreto posti in essere, ma anche il coordinamento tra di essi per la realizzazione di un fine ulteriore, che ne trascende gli effetti tipici e che assume una propria autonomia anche dal punto di vista causale.

Sul punto, le Sezioni Unite ritengono che ci si trovi al cospetto di due contratti (quello di compravendita e quello di locazione finanziaria) che conservano la rispettiva distinzione, pur essendo tra loro legati da un nesso che difficilmente può essere considerato di collegamento negoziale in senso tecnico. È pur vero che questi contratti sono legati da un nesso obiettivo (economico o teleologico), ma quel che manca, perché possa ravvisarsi il collegamento tecnico, è il nesso soggettivo, ossia l'intenzione delle parti di collegare i vari negozi in uno scopo comune. Non si può dire, infatti, che il fornitore si determini alla vendita in funzione della circostanza che il bene verrà concesso in locazione dal compratore/concedente all'utilizzatore/locatario. Al contrario, il fornitore ha il mero interesse alla vendita del suo prodotto e la causa che regge il contratto da lui stipulato con il finanziatore/concedente è quella tipica del contratto di compravendita, ossia il trasferimento del bene in cambio del prezzo.

A conferma di quanto finora argomentato soccorre il quadro normativo delineato dal Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia (d. lgs. n. 385 del 1993), il quale, nei contratti di credito collegati ed in ipotesi di inadempimento del fornitore, non consente all'utilizzatore/consumatore di agire direttamente contro il fornitore per la risoluzione del contratto di fornitura, bensì gli consente di chiedere al concedente/finanziatore (dopo avere inutilmente costituito in mora il fornitore) di agire per la risoluzione del contratto di fornitura; richiesta che determina la sospensione del pagamento dei canoni (art. 125 *quinquies*, il quale dispone pure che la risoluzione del contratto di fornitura determina la risoluzione di diritto, senza penalità e oneri, del contratto di locazione finanziaria).

Per le ragioni finora esposte deve escludersi pure che l'utilizzatore possa autonomamente esercitare contro il fornitore l'azione di riduzione del prezzo che, quale rimedio sinallagmatico, andrebbe a modificare i termini dello scambio nel rapporto tra concedente e fornitore.

Da quanto detto discende che tra il contratto di *leasing* finanziario, concluso tra

concedente ed utilizzatore, e quello di fornitura, concluso tra concedente e fornitore allo scopo (noto a quest'ultimo) di soddisfare l'interesse dell'utilizzatore ad acquisire la disponibilità della cosa, si verifica un'ipotesi di collegamento negoziale (nella pur persistente individualità propria di ciascun tipo negoziale), in forza del quale l'utilizzatore è legittimato a far valere la pretesa all'adempimento del contratto di fornitura, oltre che al risarcimento del danno conseguentemente sofferto. Invece, in mancanza di un'espressa previsione normativa al riguardo, l'utilizzatore può esercitare l'azione di risoluzione (o di riduzione del prezzo) del contratto di vendita tra il fornitore ed il concedente (cui esso è estraneo) solamente in presenza di specifica clausola contrattuale con la quale gli venga dal concedente trasferita la propria posizione sostanziale.

Venendo alla tematica della tutela dell'utilizzatore contro i vizi, innanzitutto, la Corte – uniformandosi alla giurisprudenza unanime e alla dottrina - riconosce all'utilizzatore il diritto di agire verso il fornitore per il risarcimento del danno, nel quale sono tra l'altro compresi i canoni pagati al concedente in costanza di godimento del bene viziato. A tale ultimo riguardo la responsabilità risarcitoria è fatta risalire, in via generale, a quella da lesione del credito illecitamente commessa dal fornitore che è terzo rispetto al contratto di locazione.

Per quanto riguarda i veri e propri rimedi contro i vizi concessi all'utilizzatore, la Corte supera l'ostacolo della relatività degli effetti contrattuali richiamando il concedente – *trait d'union* tra l'utilizzatore ed il fornitore – al rispetto del principio di buona fede, e quindi imponendogli l'adozione di una serie di cautele volte a tutelare la posizione dell'utilizzatore.

Più precisamente, occorre distinguere l'ipotesi in cui i vizi siano immediatamente riconoscibili dall'utilizzatore da quella in cui gli stessi si manifestino successivamente alla consegna.

Il primo caso deve essere equiparato a quello della mancata consegna, sicché il concedente, una volta informato del fatto che l'utilizzatore, verificati i vizi che rendono la cosa inidonea all'uso, ha rifiutato la consegna, ha l'obbligo di sospendere il pagamento del prezzo in favore del fornitore, per poi esercitare, se ricorrono i presupposti di gravità dell'inadempimento, l'azione di risoluzione del contratto di fornitura, alla quale necessariamente consegue la risoluzione del contratto di *leasing*. Diversamente, il concedente corrisponderebbe al fornitore il pagamento di un prezzo non dovuto che, come tale, non può essere posto a carico dell'utilizzatore.

Il secondo caso - quello dei vizi occulti o in mala fede taciuti dal fornitore ed emersi dopo l'accettazione verbalizzata da parte dell'utilizzatore - sicuramente consente all'utilizzatore di agire direttamente contro il fornitore per l'eliminazione dei vizi o la sostituzione della cosa. Ma, laddove ne ricorrano i presupposti, anche in questo caso il concedente, informato dall'utilizzatore dell'emersione dei vizi, ha, in forza del canone integrativo della buona fede, il dovere giuridico di agire verso il fornitore per la risoluzione del contratto di fornitura o per la riduzione del prezzo, con tutte le conseguenze giuridiche ed economiche riverberantesi sul collegato contratto di locazione finanziaria.

In ogni ipotesi - come si diceva - l'utilizzatore può agire contro il fornitore per il risarcimento dei danni *ex* art. 2043 c.c., compresa la restituzione della somma

corrispondente ai canoni già eventualmente pagati al concedente.

4.3. Il c.d. *leasing* «*adossè*».

Il c.d. *leasing* «*adossè*» è una particolare operazione di *leasing*, ideata in Francia, con riferimento a fasce di mercato caratterizzate dal valore ridotto dei beni e dalla difficoltà di valutare la solvibilità dei potenziali utilizzatori.
Il produttore dei beni, dopo aver individuato un gruppo di clienti interessati ad ottenere in *leasing* i beni da lui prodotti, vende tali beni ad una società di *leasing*, se li fa concedere in *leasing* con un unico contratto, e stipula con gli utilizzatori finali tanti contratti di *leasing* quanti sono i beni.
L'operazione è, quindi, costituita da un *lease-back* iniziale (visto che fornitore ed utilizzatore coincidono) che prevede contrattualmente la facoltà del produttore-utilizzatore di concedere i beni in *leasing* o in locazione a terzi ed il suo obbligo ad esercitare il diritto di opzione (in modo che gli utilizzatori finali possano poi esercitarlo nei suoi confronti), cui seguono tanti *leasing* quanti sono i beni.
Un orientamento giurisprudenziale ritiene nullo il *lease-back* iniziale che abbia ad oggetto i beni che compongono il magazzino del produttore, in quanto configurerebbe un negozio avente scopo di garanzia in violazione del divieto di patto commissorio (art. 2740 c.c.) ma l'operazione può essere considerata lecita ove risulti la necessità del venditore di godere o usare i beni.
Il collegamento esistente tra i due contratti costituenti l'operazione definita di *leasing adossè* comporta la possibilità che l'inadempimento di una parte contrattuale si rifletta sull'altra, anche se non inadempiente (ad es., nel caso in cui l'utilizzatore finale paghi regolarmente i canoni e ed il fornitore, riscossi tali canoni, non provveda a pagare le rate alla società di *leasing*, quest'ultima, in qualità di proprietaria, avrà il diritto di riprendersi il bene intimandone la restituzione all'utilizzatore finale). Per evitare tale pericolo è necessario specificare con chiarezza nel contratto sia la titolarità del diritto di proprietà sui beni oggetto del contratto che la disciplina delle operazioni finanziarie.

4.4. Il *leasing* immobiliare.

Il *leasing* immobiliare si distingue da quello mobiliare per l'oggetto, consistente in un bene immobile, che di norma tende ad aumentare il suo valore di mercato nel tempo (diversamente dal bene mobile, che è soggetto ad obsolescenza).
La sua struttura prevede la concessione in godimento di un bene immobile acquistato o fatto costruire dal concedente, su indicazione dell'utilizzatore, con possibilità per lo stesso utilizzatore di acquistarne la proprietà alla scadenza del contratto.
Altra caratteristica è che il prezzo di opzione d'acquisto deve essere predeterminato nel contratto, e non può dunque essere quantificato al momento della scadenza.
Inoltre, in caso di risoluzione del contratto per inadempimento dell'utilizzatore si ritiene che il concedente non sia tenuto a riconoscere all'utilizzatore il «surplus» che residua dalla vendita del bene, dopo aver sottratto la somma necessaria a coprire il debito. È fatta, comunque, salva la possibilità di diversa pattuizione contrattuale.

Ulteriore differenza con il *leasing* mobiliare è quella relativa al regime dei rischi e delle responsabilità, visto che l'art. 2053 c.c. è inderogabile, per cui in caso di danni provocati a terzi dalla rovina di edifici, risponderà il proprietario, ovvero la società di *leasing*.

Leasing immobile costruire

Nell'ipotesi in cui il contratto abbia ad oggetto un immobile da costruire, la struttura rimane invariata, ma in tal caso il committente è la società concedente che, in quanto proprietaria della porzione di suolo su cui verrà costruito l'immobile, dovrà controllare la regolare esecuzione delle opere ed il rispetto dei doveri di sicurezza.

Nella prassi, si trovano tuttavia spesso inserite clausole finalizzate ad esonerare la società concedente da eventuali pesi ed oneri ricollegabili all'immobile da costruire, ma anche in presenza di tali clausole, la società di *leasing* può essere coinvolta in eventuali responsabilità attinenti alla sicurezza del cantiere. Poiché l'efficacia del contratto di *leasing* si produce in un momento successivo rispetto al sorgere, in capo al committente, delle responsabilità relative alla sicurezza sui cantieri, per ovviare a tali responsabilità la società potrebbe ricorrere alla «delega di funzioni», che consente di trasferire determinati poteri di direzione dei lavori (e quindi anche le relative responsabilità) in capo a soggetti diversi.

4.5. Il *leasing* azionario.

I contratti di *leasing* traslativo aventi ad oggetto beni non consumabili hanno dato la sponda alla creazione della figura del *leasing* di titoli di credito e di azioni societarie.

In mancanza di una disciplina organica del *leasing*, si è proposta una ricostruzione di tale schema negoziale quale locazione di titoli di credito (art. 1571 c.c.) con un'opzione irrevocabile (art. 1331 c.c.) di vendita.

Tale ricostruzione è, tuttavia, da ritenersi ormai superata alla luce dell'avvenuto riconoscimento dell'autonomia causale e strutturale della locazione finanziaria in generale, di cui il *leasing* azionario costituisce una delle principali forme.

Defin

Il *leasing* azionario è il contratto con cui un'impresa colloca presso una società di *leasing* valori mobiliari, mantenendone il possesso, dietro pagamento di canoni periodici. Alla scadenza del contratto, l'impresa ha la facoltà di riscattare i titoli contro pagamento di un prezzo predeterminato. Nel caso in cui eserciti tale facoltà, la società utilizzatrice diverrà proprietaria delle azioni, che potranno essere rivendute a terzi o mantenute nel portafoglio della società.

Il vantaggio economico derivante da tale operazione è quello di poter procedere ad un aumento di capitale sociale senza un contestuale esborso da parte dei soci e senza l'assunzione di un ulteriore costo e rischio economico o evitare costose immobilizzazioni, senza procedere alla sottoscrizione immediata delle azioni da parte dei soci o di terzi.

Trattasi, quindi, di un'operazione che consente di realizzare una maggiore capitalizzazione senza alterare la compagine sociale ed i relativi equilibri di potere. A ciò vanno aggiunti i vantaggi fiscali derivanti dalla deducibilità dei canoni di *leasing* dall'imponibile.

Nella prassi commerciale tale contratto è utilizzato da imprenditori che:

1) vogliono aumentare il capitale senza estendere l'azionariato, dilazionando nel

tempo il relativo esborso;
2) vogliono creare una società *ad hoc* divenendone proprietari solo al termine della locazione;
3) vogliono ottenere un finanziamento per i propri fabbisogni (così come avviene anche nel *sale and lease back*).
In alcuni casi l'operazione di *leasing* azionario potrebbe configurarsi come trilaterale, come ad esempio accade nell'ipotesi di un aumento di capitale di una società che viene sottoscritto da una società che lo conceda in *leasing* ad una società finanziaria, che - successivamente all'esercizio del diritto di opzione - dovrebbe impegnarsi a concedere azioni alla prima società.

Nei gruppi societari

Il *leasing* azionario trova applicazione anche nell'ambito dei gruppi societari.
L'operazione, in tal caso, è strutturata in questo modo: la capogruppo cede ad una società di *leasing* il proprio pacchetto di azioni – eventualmente anche di controllo – di una delle società controllate, questa società poi concede in *leasing* alla capogruppo la partecipazione acquistata, a fronte del versamento di canoni periodici. Si realizza, così, una ricapitalizzazione senza un mutamento sostanziale della compagine sociale.
Lo stesso meccanismo potrebbe applicarsi anche a favore di uno o più soci della società c.d. bersaglio, ossia le azioni di nuova emissione sono sottoscritte dalla società di *leasing*, che poi li concede in locazione finanziaria agli stessi soci, i quali, alla scadenza del contratto, ne acquistano la proprietà. Si concede, così, ai soci (o anche ad un solo socio) la possibilità di evitare di sottoscrivere da subito l'aumento di capitale, concedendogli la possibilità di dilazionare l'esborso economico attraverso il pagamento di canoni periodici, consentendogli però di godere direttamente dei diritti relativi alle azioni di nuova emissione.

L'operazione suddetta per essere lecita deve, comunque, rispettare i limiti dettati dagli artt. 2357 e ss. c.c., in tema di acquisto da parte di azioni proprie da parte di una società, poiché anche se le azioni di nuova emissione sono acquistate da un terzo (e non dalla società emittente), comunque la società emittente ne ha l'effettiva disponibilità e, alla scadenza del *leasing*, le acquista in proprietà esercitando il diritto di opzione. Inoltre, nel caso in cui lo statuto della società emittente preveda delle clausole di prelazione o di gradimento, dovrà essere preventivamente acquisito il consenso degli organi tenuti a prestarlo e tale consenso dovrà essere prestato sia nei confronti della società utilizzatrice che della società di *leasing*.

Uno dei profili più interessanti del *leasing* azionario è quello dell'individuazione del soggetto cui spetta l'esercizio dei diritti sottesi alle azioni oggetto di *leasing*. Nel caso in esame si realizza, infatti, una separazione tra la proprietà formale delle azioni, che è attribuita alla società di *leasing*, e l'esercizio dei diritti amministrativi e patrimoniali connessi alle stesse.
Considerato che una situazione similare si realizza nelle ipotesi di pegno, usufrutto e sequestro di azioni, si ritiene applicabile anche al caso di specie quanto previsto dall'art. 2352, comma 1, c.c., secondo cui: «*Nel caso di pegno o di usufrutto sulle azioni, il diritto di voto spetta, salvo convenzione contraria, al creditore pignoratizio o all'usufruttuario*».
In ogni caso, la società potrebbe anche «scorporare» pattiziamente il diritto di voto, mantenendone l'esercizio, il che sarebbe comunque in sintonia con la causa del contratto di *leasing*.

L'eserci
diritti
amminis
patrimo

4.6. Il *leasing* al consumo.

Il c.d. *leasing* al consumo è un'ipotesi di *leasing* in cui l'utilizzatore è un consumatore, ossia una «*persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale eventualmente svolta*» (art. 121, comma 1, T.U.B) ed il bene oggetto del contratto ha un valore né troppo vile né troppo elevato (art. 122, comma 1, T.U.B).

Nel contratto di *leasing* l'acquisto della proprietà è solo eventuale, in quanto si realizza solo nel caso in cui l'utilizzatore decida di esercitare il diritto di opzione. Solo in tale ipotesi trova, quindi, applicazione la disciplina del credito al consumo. A tale tipologia di *leasing* sono applicabili le disposizioni contenute nel Capo II, Titolo VI del T.U.B., che disciplinano i contratti di credito al consumo.

Secondo una parte della dottrina il *lessee* non può essere una persona fisica, in quanto in tal caso verrebbe meno la caratteristica fondamentale del contratto di *leasing* ossia lo scopo di finanziamento[187], pertanto, si dubita della qualifica del *leasing* al consumo come sottotipo della locazione finanziaria[188].

4.7. Il *sale and lease back.*

Il *sale and lease back* (o *lease back* o locazione finanziaria di ritorno), una variante del *leasing* molto diffusa negli Stati Uniti di America, è il contratto con cui un'impresa (*lesee*) vende un bene di sua proprietà, mobile o immobile, di natura strumentale all'esercizio della sua attività, ad una società finanziaria (*lessor*), che ne paga il prezzo e contestualmente lo concede in locazione finanziaria alla venditrice, dietro il pagamento di un canone e con possibilità di riacquisto al termine del contratto corrispondendo la somma del riscatto (secondo lo schema del costituto possessorio).

L'operazione ha struttura bilaterale e si realizza mediante la stipulazione di due contratti, la compravendita ed il *leasing*.

In sostanza, il *sale and lease back* consente ad un'impresa di procurarsi una pronta disponibilità monetaria smobilizzando una parte del suo patrimonio, senza per questo farla uscire definitivamente dalla sua sfera di utilizzazione, visto che al termine del contratto il *lessee* può riacquistarne la proprietà esercitando l'opzione. Lo scopo principale dell'operazione è, quindi, il finanziamento, al quale inoltre si associano considerevoli vantaggi fiscali.

Il *sale and lease back* si differenzia dalla vendita con patto di riscatto perché nel primo l'alienante rimane nella disponibilità della cosa ed ha, alla scadenza del contratto, la scelta di prorogare la locazione o di riacquistare la cosa.

La dottrina e la giurisprudenza si sono interrogate in merito ad una eventuale nullità della locazione di ritorno per violazione dell'art. 2744 c.c., che sancisce il divieto del patto commissorio, ossia dell'accordo volto a consentire al creditore di acquistare la proprietà della cosa data in garanzia di un debito (mediante ipoteca,

[187] GAZZONI, *Manuale di dir. priv.*, Napoli, 2019, 1317; CLARIZIA, *op. cit.*, 108 ss.

[188] FALCO, *Il credito al consumo (d. lg. 1.9.1993, n. 385, T.U. delle leggi in materia bancaria e creditizia). Artt. 121-128*, in AA.VV., *Materiali e commenti sul nuovo diritto dei contratti*, a cura di Vettori, Padova, 1999, 610 e ss.

pegno o anticresi), in caso di mancato adempimento del debito stesso.
In un primo tempo qualche pronuncia di merito ha riconosciuto la validità del contratto di *sale and lease back*, ma poi l'orientamento prevalente è stato di segno opposto, negandosi la liceità di tale operazione, in quanto integrante un negozio in frode alla legge (poiché volta ad eludere il divieto del patto commissorio). Conseguentemente, si è affermata la nullità sia del contratto di vendita che di quello di locazione finanziaria.
In dottrina si è, però, evidenziata la necessità di distinguere l'ipotesi di impiego «normale» di tale contratto, caratterizzato da un interesse meritevole di tutela e da considerarsi pertanto lecito, con i suoi impieghi anomali e quindi illeciti[189].
Tale indirizzo è stato poi accolto dalla giurisprudenza[190], la quale ha affermato che il contratto di *sale and lease back* configura un contratto d'impresa socialmente tipico, che, come tale, è in linea di massima astrattamente valido, ferma la necessità di verificare, caso per caso, la presenza di elementi sintomatici atti ad evidenziare che la vendita è stata posta in essere in funzione di garanzia ed è volta ad aggirare il divieto di patto commissorio.
Per verificare la sussistenza o meno del carattere illecito del *sale and lease back* sarà di volta in volta necessario valutare se, nel caso concreto, l'operazione sia volta a perseguire gli scopi leciti propri del *sale and lease back*, o sia finalizzata a perseguire uno scopo di garanzia confliggente con il divieto di cui all'art. 2744 c.c. (c.d. *lease back* anomalo).

Secondo autorevole dottrina, la validità dell'operazione dipenderà, quindi, dalla causa in concreto, in termini di giusto equilibrio tra valore del bene venduto, prezzo versato, canone e prezzo dell'opzione[191].

A tale scopo la Suprema Corte individua degli elementi sintomatici tra cui: il fatto che il venditore versi in una situazione di difficoltà economica; il possibile approfittamento della sua condizione di debolezza e la sproporzione tra il valore del bene trasferito ed il corrispettivo versato dall'acquirente[192].

In ogni caso, pur ricorrendo uno dei suddetti indici di «sospetto» rilevatori di un intento di garanzia, l'eventuale inserimento nel contratto di una clausola idonea a ristabilire l'equilibrio sinallagmatico tra le prestazioni delle parti rende valido il contratto. Tali potrebbero essere, ad esempio, la clausola che preveda, al termine del rapporto, la stima del bene oggetto di garanzia, al fine di confermarne il trasferimento se il valore del bene sia equiparabile al valore del credito inadempiuto, ovvero di quantificare il maggior costo che dovrebbe sopportare il creditore per ottenere l'acquisizione del bene pagando un prezzo aggiuntivo al debitore; oppure la clausola che stabilisca, in caso di inadempimento, l'imputazione a credito dell'utilizzatore di quanto ricavato dalla vendita del bene (patto marciano).

---

189 BIGLIAZZI GERI – BRECCIA – BUSNELLI – NATOLI, *Diritto civile*, 3, *Obbligazioni e contratti*, Torino, 1989, 634.
190 Cass. civ., Sez. V, 29 marzo 2006, n. 7296, in *Obbl. e contr.*, 2006, 665; *Id.*, 14 marzo 2006, n. 5438, in *Contratti*, 2007, 522.
191 GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2019, 1238.
192 Cfr. Cass. civ., Sez. III, 21 luglio 2004, n. 13580, in *Giur. It.*, 2005, 5, con nota di CASSANO, *Il contratto di sale and lease back*. In dottrina, cfr. MANIACI, *Leasing, lease back e divieto di patto commissorio*, in *Contratti*, 1998, 404.

4.8. Il *leasing* pubblico.

Il *leasing* pubblico è quella locazione finanziaria in cui il ruolo di utilizzatore è rivestito da un ente pubblico non economico o da un organismo di diritto pubblico.
L'ammissibilità del *leasing* pubblico – che in passato[193] era stata messa in dubbio in virtù del principio di tipicità degli atti amministrativi, dal quale si era dedotto che non fosse consentito alla pubblica amministrazione stipulare contratti atipici o innominati – è stata per la prima volta espressamente riconosciuta dall'art. 2 del d. lgs. 24 luglio 1992, n. 358, oggi abrogato.
La disciplina di riferimento attualmente vigente è quella degli artt. 179 e ss. del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 (c.d. codice dei contratti pubblici), ove il legislatore punta a disciplinare compiutamente una vasta gamma di ipotesi, riassuntivamente denominate come "partenariato pubblico privato".

4.9. Il *leasing* internazionale.

Si definisce *leasing* finanziario internazionale il *leasing* in cui il concedente e l'utilizzatore appartengono ad ordinamenti diversi (mentre è indifferente lo Stato di appartenenza del fornitore del bene oggetto del contratto)[194].

Nel caso in cui il concedente e l'utilizzatore risiedano nello stesso Stato e sia invece il fornitore a risiedere all'estero, si configura il c.d. *leasing* all'importazione, che di regola non è compreso nella nozione di *leasing* internazionale[195].

Il *leasing* internazionale racchiude una serie di schemi contrattuali diffusi nella prassi commerciale internazionale, determinati dalle numerose variabili che possono incidere sul contenuto del contratto (ad esempio, le condizioni economiche e istituzionali degli ordinamenti coinvolti nell'operazione; l'esistenza di regimi fiscali diversi; etc.) e dalle peculiari esigenze legate alla transnazionalità del contratto.
La dottrina[196] ha, comunque, individuato tre schemi di *leasing* internazionale:
a) le operazioni di *leasing* internazionale in senso stretto (c.d. *foreign to foreign leasing* o *cross-border leasing*), in cui tutti i soggetti del rapporto sono residenti in Stati diversi (anche il fornitore);
b) *leasing* all'esportazione (c.d. *export leasing*), nel quale la società di *leasing* ed il fornitore appartengono allo stesso ordinamento;
c) operazioni particolari, in cui intervengono spesso società costituite *ad hoc*.
In considerazione delle difficoltà connesse a tale tipo di contrattazione coinvolgente sistemi giuridici diversi, si è ritenuto necessario definire una disciplina

[193] Cfr. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, t. I, Padova, 1975, 296.
[194] Cfr. tra gli altri: LA TORRE, *Manuale della locazione finanziaria*, Milano, 2002, 623; CLARIZIA, *I contratti per il finanziamento dell'impresa*, in *Tratt. dir. comm.* diretto da Buonocore, t. IV, Torino, 2002, 345; FRIGNANI, voce «*Leasing finanziario internazionale (analisi comparata)*», in *Dig. disc. Priv., sez. comm.*, Torino, 2000, 495; MONFERRÀ, *Il leasing internazionale*, in VARRETTA – DE LAURENTIS (a cura di), *Manuale del leasing*, Milano, 1988, 359; LUMINOSO, *Il leasing*, in *Contratti tipici e atipici*, in *Tratt. dir. priv.* a cura di IUDICA E ZATTI, Milano, 1996, 427; DE NOVA, *Nuovi contratti*, Torino, 1994, 313; RUTIGLIANO, *Il leasing internazionale*, in AA.VV., *Il mercato del leasing*, Milano, 1983, 157.
[195] Cfr. DE NOVA, *Il contratto di leasing*, Milano, 1985, 87.
[196] Cfr. BUSSANI, *op. cit.*, 352 e ss.; MONFERRÀ, *op. cit.*, 359

transnazionale uniforme del contratto. A tal fine, è intervenuto l'Istituto per l'unificazione del diritto privato (UNIDROIT), che ha guidato la stesura della Convenzione sul *leasing* finanziario internazionale firmata ad Ottawa il 28 maggio 1988, e ratificata dall'Italia con l. 14 luglio 1993, n. 259 (che è entrata in vigore il 1° maggio 1995), con cui si è inteso dettare una disciplina che favorisse lo sviluppo del *leasing*.

Alla luce di tale scopo, l'art. 1, comma 1, della Convenzione definisce «*financial leasing transaction*» l'operazione in cui il concedente acquista (dietro indicazione ed alle condizioni specificate dell'utilizzatore) da un terzo soggetto (il fornitore) un bene indicato dall'utilizzatore e con un contratto di *leasing* glielo concede in godimento dietro pagamento di canoni.

Per poter ricadere nell'ambito applicativo della Convenzione è necessario che il concedente e l'utilizzatore abbiano la sede dei loro affari in Stati diversi, purché questi Stati e quello in cui il fornitore ha la propria sede siano Stati contraenti, oppure sia il contratto di fornitura che il contratto di *leasing* siano sottoposti alla legge di uno Stato contraente (art. 3).

È, inoltre, necessario che: a) la scelta del bene e del fornitore venga effettuata da parte dell'utilizzatore; b) l'acquisto del bene sia collegato con il contratto di *leasing* e il fornitore sia a conoscenza del contratto di *leasing* in vista del quale viene stipulato il contratto di fornitura; c) l'ammontare dei canoni sia calcolato in considerazione dell'ammortamento di tutto o di una parte sostanziale del costo del bene (art. 1.2).

L'oggetto del contratto può essere costituito da impianti, materiali o altri beni strumentali (art. 1.1 e 1.4), ma non da beni immobili.

La Convenzione trova applicazione a prescindere dalla previsione o meno dell'opzione di acquisto e della eventuale proroga del contratto (art. 1, co. 3), che non sono ritenuti caratteri essenziali dell'operazione.

L'applicabilità della Convenzione può essere esclusa *in toto* o in parte con il consenso di tutte le parti, ad eccezione delle seguenti clausole: la clausola relativa alla garanzia del pacifico godimento dell'utilizzatore da parte del concedente, la clausola relativa all'ammontare della penale prevista per l'ipotesi di risoluzione per inadempimento dell'utilizzatore e la clausola relativa al regime della decadenza dal beneficio del termine.

L'art. 7 sancisce l'opponibilità dei «*lessor's real rights*» (diritti reali dell'utilizzatore) sul bene sia al fallimento che ai creditori dell'utilizzatore anche nel caso di procedimenti cautelari o esecutivi. Tale opponibilità non può però pregiudicare i diritti dei creditori aventi privilegio o garanzia mobiliare sui beni oggetto di *leasing* (art. 7.5). Inoltre, l'opponibilità non opera nell'ipotesi in cui la legge applicabile subordini l'opponibilità di quei diritti a particolari forme di pubblicità; in tali casi sarà quindi necessario la sussistenza dei requisiti prescritti.

Il concedente non è responsabile per i danni arrecati dal bene all'utilizzatore o a terzi (art. 8).

L'utilizzatore ha l'obbligo di mantenere il bene e di restituirlo alla scadenza, salvo che decida di esercitare l'opzione di acquisto o vi sia una proroga del contratto, se previsto (art. 9).

L'utilizzatore può agire direttamente nei confronti del fornitore come se fosse

parte del contratto di fornitura e come se dovesse ricevere il bene direttamente dal fornitore, ma non può agire per la risoluzione del contratto senza il consenso del concedente (art. 10).
Nel caso di mancata o ritardata consegna o nell'ipotesi in cui il bene consegnato non risulti conforme a quello pattuito, l'utilizzatore può risolvere il contratto e chiedere la restituzione dei canoni versati, oppure non pagare i canoni fino a quando il concedente non abbia adempiuto la sua obbligazione (art. 12).
Nel caso di inadempimento dell'utilizzatore, il concedente può richiedere il pagamento dei canoni scaduti insieme agli interessi ed al risarcimento dei danni e, se l'inadempimento è sostanziale, può richiedere anche il pagamento dei canoni non ancora scaduti, oppure risolvere il contratto ed ottenere la restituzione del bene insieme al risarcimento dei danni (art. 13).
Il concedente può liberamente cedere in tutto o in parte i diritti nascenti dal contratto di *leasing*, mentre l'utilizzatore deve necessariamente ottenere il consenso del *lessor* (art. 14).

5. I contratti di godimento in funzione della successiva alienazione (c.d. *rent to buy*).
L'art. 23 del D.L. n. 133 del 2014 (convertito con modificazioni dalla legge 11 novembre 2014, n. 164) ha introdotto la tipizzazione legale di un'operazione, nota da decenni nel mercato immobiliare e di derivazione anglosassone, abitualmente denominata "*rent to buy*". Si tratta dei «*contratti, diversi dalla locazione finanziaria, che prevedono l'immediata concessione del godimento di un immobile, con diritto per il conduttore di acquistarlo entro un termine determinato imputando al corrispettivo del trasferimento la parte di canone indicata nel contratto*».
L'affare contempla, in sostanza, un contratto di locazione, corredato dal patto secondo cui, quando l'importo dei canoni pagati per un certo tempo abbia raggiunto la cifra stabilita come prezzo per la cessione della proprietà dell'immobile, l'iniziale locazione si converte in una compravendita[197].
A differenza del *leasing*, il *rent to buy* consente alle parti di finanziarsi reciprocamente (ovvero, consente al proprietario dell'immobile di ricavarne reddito prima ancora della vendita, e all'acquirente di prenotare l'investimento futuro, traendo però immediata utilità dal godimento del bene), senza ricorrere alla leva finanziaria. In tal modo, il *rent to buy* consente "disintermediazione" del finanziamento[198].
La disciplina recata dal D.L. n. 133 del 2014 risulta applicabile non solo ai contratti che prevedano il «diritto per il conduttore di acquistar(e)» l'immobile in locazione, ma anche agli schemi contrattuali che si articolano in una opzione di acquisto collegata alla locazione, nonché alle locazioni con preliminare di futura vendita (come conferma il richiamo all'art. 2645 *bis* c.c. in tema di pubblicità immobiliare, nonché all'art. 2932 c.c. in caso di inadempimento).
Elemento fisionomico della fattispecie legalmente tipizzata è la previsione pattizia della facoltà di imputazione al corrispettivo di una parte del canone versato per la

[197] Cfr. FUSARO, *Rent to buy, Help to buy, Buy to rent, tra modelli legislativi e rielaborazioni della prassi*, in *Contr. e Impr.*, 2014, 2, 419; TESTA, *Il rent to buy: la tipizzazione sociale di un contratto atipico*, in *Immobili e proprietà*, 2014, 384.
[198] SCARPA, *L'operazione "rent to by" entra nel nostro sistema,* in *Guid. Dir.*, 2014, 41, 51.

locazione dell'immobile. In tal senso, il contratto di *rent to buy*, contenendo un patto novativo del titolo di una frazione dei canoni locativi in prezzo della vendita, presenta un'evidente analogia con l'ipotesi prevista dall'art. 1526, comma 3, c.c. per la vendita mobiliare con riserva della proprietà, già ritenuta operante per il *leasing*[199].

I contratti sussumibili nello schema tipico del *rent to buy* possono essere trascritti ai sensi dell'art. 2645 *bis* c.c. del codice civile e la trascrizione produce anche gli effetti della trascrizione delle locazioni immobiliari ultranovennali.

È, dunque, prevista la trascrizione del contratto di locazione, con il quale viene concesso il godimento del bene, e questa trascrizione ha efficacia di "prenotazione" degli effetti tipici della trascrizione del contratto di compravendita, nel senso che, ove seguita da quest'ultima, la trascrizione della locazione rende inopponibili al conduttore acquirente tutte le iscrizioni o trascrizioni eseguite *medio tempore* nei confronti del locatore alienante. L'efficacia prenotativa della trascrizione, rispetto alla previsione dell'articolo 2645-bis, viene, peraltro, prolungata, e il termine triennale previsto da quest'ultima norma è elevato, per il *rent to buy*, a tutta la durata del contratto di locazione, e comunque a un periodo non superiore a dieci anni.

Nel limite del decennio contemplato spetta altresì il privilegio di cui agli articoli 2775 *bis* c.c. e 72 della l. fall., non dovendo gli effetti della trascrizione essere cessati prima della dichiarazione di fallimento. La durata da prendere in considerazione a questo scopo dovrebbe essere, tuttavia, quella del contratto originario, non estesa, cioè, alla "nuova locazione" che sia conseguenza dell'eventuale "rinnovazione tacita" della locazione ai sensi dell'art. 1597 c.c. D'altra parte, alla trascrizione della locazione con riscatto si riconoscono comunque gli effetti sostanziali contemplati all'art. 2644 c.c. per le locazioni di durata superiore a nove anni.

Ai contratti che rientrano nell'ambito applicativo dell'art. 23 del D.L. n. 133 del 2014 si applica altresì la norma in materia di cancellazione della trascrizione, *ex* art. 2668, comma 4, c.c., come pure la disposizione dell'art. 2825 *bis* c.c., la quale prevede che l'ipoteca iscritta sull'immobile a garanzia di un finanziamento dell'intervento edilizio prevale sulla trascrizione anteriore del contratto preliminare (e quindi pure sulla locazione con riscatto), limitatamente alla quota accollatasi dall'acquirente.

Si applicano, ancora, al *rent to buy* tipico, nei limiti della compatibilità, gli articoli da 1002 a 1007 c.c., nonché gli articoli 1012 e 1013 c.c., in tema di obblighi nascenti dall'usufrutto (in particolare, riguardo a inventario e garanzia, onere delle spese di manutenzione, pretese di terzi e liti), in maniera da sottolineare la diversità del programma obbligatorio in oggetto dalla locazione in senso stretto.

Al contratto di *rent to buy*, invece, non si applicano le discipline speciali dettate dalla legge 27 luglio 1978, n. 392, per le locazioni degli immobili urbani adibiti o non a uso abitativo, e dalla legge 9 dicembre 1998, n. 431, per le locazioni di immobili adibito a uso abitativo.

Le parti definiscono in sede contrattuale la quota dei canoni imputata al corrispettivo che il concedente deve restituire in caso di mancato esercizio del diritto di acquistare la proprietà dell'immobile entro il termine stabilito

[199] SCARPA, *L'operazione "rent to by", cit.*

In caso di inadempimento, oltre a essere esperibile l'azione, ai sensi dell'art. 2932 c.c., di esecuzione in forma specifica dell'obbligo di contrarre, si dispone che la risoluzione possa dichiararsi soltanto ove sussista il mancato pagamento, anche non consecutivo, di un numero minimo di canoni, determinato dalle parti in misura, comunque, non inferiore a un ventesimo del loro numero complessivo.

La modulazione pattizia della gravità dell'inadempimento, avente portata risolutoria del vincolo, è quindi contenuta dalla legge, in modo da impedire che un occasionale o scarso omesso versamento dei canoni periodici possa esporre il potenziale acquirente al rischio di perdere la facoltà di opzione, pur avendo già corrisposto gran parte degli acconti di prezzo.

Se il contratto viene risolto per inadempimento del concedente, questi deve restituire la parte dei canoni imputata al corrispettivo, maggiorata degli interessi legali; in caso, invece, di risoluzione per inadempimento del conduttore, il concedente ha diritto alla restituzione dell'immobile e acquisisce interamente i canoni a titolo di indennità, salvo che non sia stato pattuito diversamente. Nella prima ipotesi vien fatta salva la complessità della causa negoziale, che unisce il godimento della locazione all'effetto traslativo della vendita, sicché la retroattività degli effetti della risoluzione trova la propria proporzione in rapporto alla parziale imputabilità dei canoni versati al prezzo della compravendita, nella seconda ipotesi, per contro, il concedente venditore vedrà compensata l'occupazione dell'immobile trattenendo a titolo di penale l'intera somma già ricevuta[200].
In caso di fallimento del concedente, il contratto prosegue, fatta salva l'applicazione dell'art. 67, comma 3, lettera c), della l. fall. (regio decreto 16 marzo 1942, n. 267). In caso di fallimento del conduttore, si applica l'art. 72 della l. fall.; se il curatore si scioglie dal contratto, il concedente ha diritto alla restituzione dell'immobile ed acquisisce interamente i canoni a titolo di indennità, se non è stato diversamente convenuto nel contratto.

[200] SCARPA, *L'operazione "rent to by", cit.*.

CAPITOLO IV
I CONTRATTI DI GESTIONE

▪**1.** Il mandato: nozione e struttura. ▪**1.1**. Effetti dispositivi nel mandato con rappresentanza e nel mandato in nome proprio. ▪**1.2.** Obbligazioni del mandatario ed obbligazioni ed oneri del mandante. ▪**1.3.** Esecuzione ed inadempimento. ▪**1.4.** Estinzione. ▪**2.** Ipotesi peculiari di mandato senza rappresentanza: la commissione. ▪**2.1.** La spedizione. ▪**3.** Il contratto di agenzia: nozione e caratteri. ▪**3.1**. Obblighi e diritti dell'agente e del preponente: in particolare l'indennità di fine rapporto. ▪**3.2.** Scioglimento del rapporto di agenzia. ▪**3.3.** L'agente di assicurazione. ▪**4.** La mediazione: nozione e natura. ▪**4.1.** I doveri ed i diritti del mediatore. ▪**4.2.** La mediazione professionale e le clausole derogatorie. ▪**4.3.** La mediazione atipica (il c.d. procacciatore di affari). ▪**5.** L'affiliazione commerciale (*franchising*): nozione, forma e contenuto. ▪**5.1.** Obblighi antecedenti e successivi alla conclusione del contratto.

1. Il mandato: nozione e struttura.

Il mandato è, secondo l'art. 1703 c.c., quel contratto in forza del quale una parte (mandatario) si obbliga a compiere uno o più atti giuridici per conto dell'altra (mandante).

L'altruità dell'affare e la cooperazione gestoria

Primo elemento caratterizzante il contratto *de quo* è l'altruità dell'affare che, inerendo alla dimensione pratico-sostanziale del negozio, oltre a qualificare sul piano funzionale il contratto[1], implica la riconducibilità del mandato tra le ipotesi di interposizione o cooperazione gestoria nelle quali l'attività è compiuta nell'interesse di un altro soggetto.

Tale assunto merita una chiarificazione, utile al fine di comprendere, sul piano funzionale, come si atteggino i rapporti di gestione rispetto alla rappresentanza, specialmente in considerazione delle connessioni che eventualmente possono legare quest'ultimo istituto al mandato.
Infatti, il riconoscimento di un'accezione lata di rappresentanza, tale da comprendere al suo interno tanto i fenomeni di vera e propria sostituzione formale (rappresentanza diretta), quanto le ipotesi di sostituzione semplicemente funzionale (rappresentanza indiretta), permetterebbe l'estensibilità della disciplina, per essa prevista dal legislatore, al diverso istituto del mandato, in caso di lacune normative.
Secondo un primo orientamento[2], la gestione e la rappresentanza condividerebbero la stessa funzione, poc'anzi evidenziata, di cura dell'interesse altrui, ricadendo all'interno della più generale rappresentanza di interessi.
A giustificazione di tale assunto, si evidenzia come la necessità di un substrato sostanziale, consistente nella cura dell'interesse altrui, sia confermato dalla disciplina sul conflitto di interessi di cui all'art. 1394 c.c., che permette l'annullamento dell'atto compiuto dal rappresentante con sé stesso, su domanda del rappresentato.
In senso contrario[3], ossia a sostegno della netta distinzione tra rappresentanza e cooperazione gestoria, la dottrina maggioritaria, che rinviene nelle due ipotesi funzioni differenti.
Soltanto la seconda si qualificherebbe per la cura dell'interesse altrui, mentre, al contrario, la rappresentanza diretta, attribuendo il potere di spendita del nome del rappresentato, si connoterebbe per la produzione nella sfera giuridica di quest'ultimo degli effetti formali dell'atto gestorio, in modo che i diritti acquisiti e le obbligazioni assunte incidano direttamente sulla sua persona.

Interesse del terzo o del mandatario (mandato *in rem propriam*)

È stato, peraltro, precisato[4] che in ogni rapporto obbligatorio figura, quale elemento essenziale, la predisposizione dell'obbligo per l'attuazione di un interesse del creditore, con la conseguenza che è doveroso chiarire in cosa consista l'interesse proprio del mandante; tale specificazione sarà utile al fine di distinguerlo da quello che, in ragione del mandato, possa avere eventualmente anche il mandatario (mandato *in rem propriam*) od il terzo.

Il concetto di interesse dell'affare deve inerire, per poter qualificare il mandato in quanto tale,

[1] LUMINOSO, *Mandato*, in *Diritto Civile*, a cura di LIPARI-RESCIGNO, Vol. III-III, Milano, 408, per il quale «*La funzione gestoria è tra l'altro alla base della distinzione tra mandato e negozio fiduciario*»; LUMINOSO, *Il mandato*, Torino, 2007, 18, per il quale, inoltre, la distinzione fra i due istituti dovrebbe desumersi implicitamente dalla tipicità del mandato. Con particolare riferimento all'acquisto di immobili ed alla distinzione tra mandato e fiducia cd. statica si veda CHINÈ, *Brevi note in tema di interposizione reale: mandato senza rappresentanza e «pactum fiduciae» a confronto*, in *Giur. It.*, 1994, I, 1, 581.
[2] PUGLIATTI, *Sulla rappresentanza indiretta*, in *Studi sulla rappresentanza*, 1965, 401.
[3] DOMINEDÒ, *Mandato (diritto civile)*, in *Noviss. Dig. It.*, Torino, 1987, 111.
[4] MINERVINI, *Il mandato, la commissione, la spedizione*, in *Tratt. Vassalli*, Torino, 1952, 15.

al patrimonio del mandante, nel quale devono prodursi gli effetti economici che dal negozio discendono, mentre, al contrario, non può essere identificato con l'utilità economica, il profitto od il beneficio che dall'affare discende, che potrà eventualmente riguardare la sola sfera del mandatario o del terzo, così come riconosce esplicitamente l'art. 1723, comma 2 c.c., dirimendo il precedente contrasto sorto in dottrina.
È così possibile comprendere la compatibilità di tale figura negoziale con ipotesi in cui i beneficiari del profitto dell'affare siano soggetti diversi dal mandante, anche se tali casi rappresentano l'estremo limite del mandato, il quale non potrebbe sussistere qualora fosse conferito nell'interesse esclusivo del mandatario o del terzo[5]. È pacifico che quest'ultimo non possa identificarsi con il semplice interesse al compenso od alla sopravvivenza del mandato (tutelati direttamente dagli artt. 1720, comma 1, e 1723, comma 2, c.c.), ma debba, comunque, inerire al compimento dell'atto gestorio.
Oggetto di dibattito, invece, è l'esatta identificazione dei caratteri che l'interesse deve possedere, al fine di giustificare la disciplina derogatoria di cui all'art. 1723, comma 2, c.c.
Il campo sembra diviso tra coloro che affermano sussistente l'interesse a fronte di un qualsiasi vantaggio di natura patrimoniale in favore del mandatario o del terzo e coloro che, al contrario, richiedono un vero e proprio interesse giuridico, derivante da un precedente rapporto obbligatorio tra mandante e mandatario o tra mandante e terzo, eventualmente anche contemplato all'interno dello stesso contratto di mandato.
Infine, in posizione intermedia si colloca altra parte della dottrina[6] che considera rilevante qualsiasi interesse, indipendentemente dalla sua patrimonialità o giuridicità.

In quanto contratto, il mandato deve possedere i requisiti di cui all'art. 1325 c.c. Innanzitutto, deve sussistere l'accordo tra mandante e mandatario, dovendosi negare qualità di mandato a meri comportamenti di fatto i quali, di regola, potranno rilevare nell'ambito di una *negotiorum gestio*.

È possibile che l'incontro delle volontà avvenga tacitamente, purché sulla base di comportamenti positivi e non sulla scorta del puro silenzio, non equiparabile ad una dichiarazione di volontà[7], motivo per il quale deve escludersi la validità del mandato presunto, in quanto fonte sarebbe esclusivamente il comportamento del mandatario.
Ovviamente l'incapacità giuridica assoluta o relativa di ciascuna delle parti rende le stesse inidonee alla conclusione del contratto. Al contrario, sorgono dubbi ove sia attestata un'incapacità relativa del mandante nei confronti del terzo, chiamato a contrattare con il mandatario. Nel caso in cui al mandato segua la procura, sarà possibile l'applicazione dell'art. 1389, comma 2, c.c. ed i divieti di acquisto dovrebbero trovare applicazione.
Nella ipotesi in cui il mandatario sia sprovvisto di rappresentanza, secondo alcuni autori, potrà, comunque, trovare applicazione l'art. 1389 c.c., mentre per altri, data l'assenza di rapporti fra mandante e terzo, l'incapacità relativa del primo nei confronti del secondo non potrà essere considerata rilevante, salvo che nel caso di violazione di norme materiali[8].
Inoltre, mentre per l'attribuzione del potere di rappresentanza è necessaria esclusivamente la capacità d'agire del rappresentato, nel mandato, cui eventualmente tale potere inerisca, si richiede, stante la sua natura contrattuale, che entrambi i soggetti possiedano tale capacità. Invero, con riferimento al mandante, quest'ultima deve essere valutata in relazione alla natura ordinaria o straordinaria dell'atto gestorio ed all'eventuale obbligazione di compenso, mentre in ordine al mandatario dovrà farsi riferimento alle obbligazioni assunte con la stipula del mandato.
In relazione all'oggetto, l'art. 1703 c.c. riconosce il contenuto dell'obbligazione

[5] MIRABELLI, *Dei singoli contratti*, in *Comm. Cod. Civ.*, Torino, IV, t. 3, 1991, 526.
[6] GRAZIADEI, *Mandato*, in *Digesto disc. priv., Sez. civ.*, XI, Torino, 1994, 180 ss.
[7] MINERVINI, *op. cit.*, 24.
[8] CARRARO, *Il mandato ad alienare*, Padova, 1947, 115.

principale del mandatario nel compimento di atti giuridici per conto del mandante. Stante la lettera dell'articolo, sembra doversi ammettere che oggetto dell'attività del gestore possano essere esclusivamente atti negoziali o giuridici in senso stretto che, compiuti volontariamente e consapevolmente dall'agente, rilevano per la giuridicità degli effetti che recano con sé, mentre, al contrario, non potranno essere oggetto principale del mandato attività puramente materiali, di regola proprie dei contratti d'opera.

L'attività materiale potrà eventualmente rilevare ove sia semplicemente funzionale o strumentale al compimento di atti giuridici da parte del mandatario. Per una tesi minoritaria[9], può essere anche oggetto principale della prestazione, qualora il suo compimento venga affidato in relazione ad un risultato giuridico che attraverso tale attività si persegue, come ad esempio avviene nei casi di unione o commistione di merce affidata al mandatario ai fini di una successiva vendita.
Infine, risulta dubbio se il mandato possa avere ad oggetto un'attività, piuttosto che singoli atti giuridici, negandosi tale evenienza con riferimento all'attività d'impresa, in quanto lo *status* di imprenditore risulta strettamente connesso all'effettivo compimento dell'attività, a prescindere da un'interposizione reale di persona.

L'oggetto del mandato deve, altresì, essere possibile, lecito, determinato o determinabile.

Per quel che concerne gli atti personalissimi, alcuni autori ne sostengono la validità soltanto ove il mandatario agisca in nome proprio, in quanto gli effetti, in tali ipotesi, cadono nella sua sfera giuridica.
Si nega validità al c.d. mandato *post mortem*, che, avendo ad oggetto attività giuridica consistente nel trasferimento di un bene dell'eredità che il mandante non ha contemplato all'interno del testamento, contrasta con il divieto di patti successori sancito dall'art. 458 c.c., mentre, al contrario, sarà valido qualora concerna il compimento di atti esecutivi di precedenti attribuzioni compiute in vita dal *de cuius* (c.d. mandato *post mortem exequendum*).

Si suole distinguere tra mandato speciale e mandato generale, a seconda che l'attività comprenda il compimento di uno o più atti determinati ovvero tutti gli affari che interessano il mandante o tutti gli atti attinenti ad una determinata sfera di rapporti che fanno capo a quest'ultimo.
Tale classificazione rileva, secondo la dottrina dominante[10], in considerazione del fatto che al mandato speciale, e solo ad esso, potrà essere applicato l'art. 1708, comma 1, c.c., che obbliga il mandatario all'effettuazione degli atti, ancorché materiali, necessari o accessori al compimento di quelli che formano l'oggetto principale della prestazione dedotta in contratto.
Negli stessi termini, al mandato generale, e solo ad esso, potrà applicarsi il comma 2 del medesimo art. 1708 c.c., che vi fa confluire esclusivamente gli atti di ordinaria amministrazione, cioè quelli volti alla mera conservazione o godimento del bene, ovvero alla disposizione di redditi.
Solitamente, la causa del mandato è individuata nella relazione sussistente tra l'obbligazione gestoria ed il compenso. Tuttavia, poiché l'onerosità non è un

[9] MIRABELLI, *op. cit.*, 518.
[10] LUMINOSO, *op. cit.*, 416.

requisito essenziale per la qualificazione legislativa del tipo, sussiste la possibilità di concludere mandati gratuiti; ciò ha portato alcuni autori [11], oltre a definire l'istituto un «contratto incolore», a valorizzare il profilo funzionale della causa (indipendente dall'onerosità o gratuità), individuandola nella gestione[12].

La forma del mandato è causa di vivace dibattito in dottrina, ma qualora il contratto abbia ad oggetto l'acquisto o l'alienazione di beni immobili in nome proprio la giurisprudenza costantemente richiede la forma scritta *ab substantiam*.

Il problema, invero, è riferibile esclusivamente all'ipotesi di mandato in nome proprio, perché in caso contrario l'onere della forma scritta è assolto dalla procura, atteso che gli effetti del contratto di compravendita si producono in capo al rappresentato in forza del solo rapporto di rappresentanza, mentre il mandato spiega i suoi effetti nel rapporto tra rappresentante e rappresentato[13].

Al contrario, la giurisprudenza richiede costantemente la forma scritta per il mandato senza rappresentanza avente ad oggetto il trasferimento di beni immobili, la cui assenza rende nullo il negozio, impedendo la costituzione del rapporto giuridico e, di conseguenza, il sorgere di obbligazioni tra le parti[14].

A giustificazione di tale assunto, alcuni Autori[15] considerano che l'onere della forma scritta, sancito dall'art. 1351 c.c. per il contratto preliminare, debba essere riferito a tutti gli atti dai quali derivino obblighi a contrarre, e, dunque, anche al contratto di mandato per l'acquisto di beni immobili, dal quale deriva l'obbligo di ri-trasferimento al mandante *ex* art. 1706, comma 2, c.c.

Parte della dottrina, in relazione all'alienazione di beni immobili, ritiene necessaria la forma scritta solo ove si riconosca al mandato efficacia traslativa, affermando che il problema della forma andrebbe più che altro risolto di volta in volta in relazione al tipo di effetto che il mandato è destinato a produrre[16].

1.1. Effetti dispositivi nel mandato con rappresentanza e nel mandato in nome proprio.

Qualora al mandatario sia attribuito il potere di rappresentanza, egli agirà non solo per conto del mandante in forza del contratto, ma anche in suo nome in ragione della procura a lui rilasciata, determinandosi, stante il richiamo alle norme sulla rappresentanza (artt. 1387 e ss. c.c.) ad opera dell'art. 1704 c.c., una deviazione in favore del gerito sia degli effetti sostanziali che di quelli formali dell'atto gestorio[17].

L'art. 1704 c.c. rende, dunque, applicabili anche le norme previste in tema di rappresentanza.

In particolare, le regole di cui agli artt. 1387 e ss. c.c. rilevano esclusivamente verso l'esterno, al fine di far sorgere i rapporti passivi ed attivi *ab origine* in capo al mandante, ma sono inapplicabili ai rapporti interni tra gestore e gerito, per i quali troveranno applicazione le norme dettate in materia di mandato[18].

In ciò rileva, dunque, la distinzione tra rappresentanza e mandato, e, di conseguenza, tra quest'ultimo e la procura, che consiste, secondo l'orientamento prevalente, in un negozio unilaterale, riferibile al rapporto esterno tra mandante e terzo contraente (mentre, al contrario,

[11] MINERVINI, *op. cit.*, 18.
[12] LUMINOSO, *op. cit.*, 405.
[13] Cass. civ., Sez. II, 30 maggio 2006, n. 12848, in *Contratti*, 2007, 146; Cass. civ., Sez. III, 10 novembre 2000, n. 14637, in *Contratti*, 2001, 269.
[14] Cass. civ., Sez. III, 9 luglio 2001, n. 9289, in *Giust. civ.*, 2002, I, 1355, con nota di CHINÈ.
[15] CARRARO, *op. cit.*, 111.
[16] LUMINOSO, *op. cit.*, 423.
[17] LUMINOSO, *op. cit.*, 406.
[18] MINERVINI, *op. cit.*, 12.

il mandato afferirebbe esclusivamente al rapporto tra mandante e mandatario)[19].
L'autonomia determina, inoltre, che l'esistenza della procura non possa presumersi di regola dal semplice conferimento di un mandato, e, viceversa, quest'ultimo non possa presumersi dall'esistenza della prima, seppur recentemente la giurisprudenza ha affermato che il conferimento di una procura ed il concreto esercizio di essa da parte del soggetto che ne è investito costituiscono elementi sufficienti per affermare che sia stata conferita in virtù di un rapporto di mandato, in mancanza di deduzioni relative alla riconducibilità della procura a rapporti gestori attinenti alla rappresentanza di enti giuridici o imprese od altre situazioni o rapporti pure in astratto compatibili con il suo rilascio[20].

Oggetto

Mandato senz

Al contrario, nel mandato senza rappresentanza, di regola, i diritti e gli obblighi derivanti dal negozio gestorio, indipendentemente dalla conoscenza che il terzo possa avere del mandato, sono posti in capo al mandatario ai sensi dell'art. 1705, comma 1, c.c., escludendo il comma 2, nella sua prima parte, qualsiasi rapporto fra mandante e terzo[21].
La seconda parte del comma 2 della medesima disposizione, peraltro, riconosce in capo al mandante, sempreché ciò non pregiudichi i diritti riconosciuti a tutela del mandatario verso lo stesso, la possibilità di sostituirsi al mandatario per esercitare i diritti di credito derivanti dal negozio gestorio.
Si è posto in giurisprudenza, ma anche in dottrina, il problema, poi risolto definitivamente dalle Sezioni Unite nel 2008, di comprendere la reale portata dell'inciso.

Le Sezioni Unite[22] hanno affermato che il sistema normativo è imperniato sul rapporto regola/eccezione, in quanto secondo l'art. 1705, comma 1, c.c., il mandatario acquista i diritti e assume gli obblighi derivanti dagli atti compiuti con i terzi, che rimangono estranei al mandante, mentre sono eccezionali le disposizioni che prevedono l'immediata reclamabilità del diritto (sia di credito che reale, secondo quanto dispone l'art. 1706, comma 1, c.c.) da parte del mandante, con conseguente necessità della stretta interpretazione e dell'esclusione di qualunque integrazione di tipo analogico o estensivo, nell'ottica della tutela della posizione del terzo contraente.
Infatti, se con riferimento al rapporto tra mandante e mandatario la rilevanza sostanziale dell'interesse può giustificare una titolarità soltanto formale in capo al secondo, non può trascurarsi che il terzo, nel contrattare con il mandatario, ripone affidamento nel fatto che tutte le vicende successive al rapporto andranno a dipanarsi tra esse parti, senza alcun ipotetico intervento di terzi mandanti. Ne deriva che l'espressione «diritti di credito» di cui all'art. 1705, comma 2, c.c., va circoscritta all'esercizio dei diritti sostanziali (di credito o reali) acquistati dal

[19] Cass. civ., Sez. II, 30 maggio 2006, n. 12848, *cit.*, per la quale: «*ferma la distinzione tra procura e mandato - risolvendosi, la prima, nel conferimento ad un terzo del potere di compiere un atto giuridico in nome di un altro soggetto e, il secondo, in un contratto in forza del quale una parte si obbliga a compiere uno o più atti giuridici nell'interesse di un'altra - il mandato con rappresentanza a vendere beni immobili non è soggetto all'onere della forma scritta stabilito, ai sensi del combinato disposto degli artt. 1392 e 1350 n. 1) cod. civ. per l'atto di procura, atteso che gli effetti del contratto di compravendita si producono in capo al rappresentato in forza del solo rapporto di rappresentanza, mentre il mandato spiega i suoi effetti nel rapporto tra rappresentante e rappresentato*».
[20] Cass. civ., Sez. II, 30 maggio 2006, n. 12848, *cit.*
[21] Per il patto fiduciario con oggetto immobiliare, che si innesta su un acquisto effettuato dal fiduciario per conto del fiduciante, non è richiesta la forma scritta *ad substantiam* poiché si tratta di un atto meramente interno tra fiduciante e fiduciario che dà luogo ad un assetto di interessi che si esplica esclusivamente sul piano obbligatorio. Ne consegue che tale accordo, una volta provato in giudizio, è idoneo a giustificare l'accoglimento della domanda di esecuzione specifica dell'obbligo di ritrasferimento gravante sul fiduciario (Cass. civ., Sez. Unite, Sentenza, 06/03/2020, n. 6459).
[22] Cass., Sez. un., 8 ottobre 2008, n. 24772, in *Resp. civ. prev.*, 2010, 1, 32, con nota di MASTROMATTEO.

mandatario, rimanendo escluse le azioni poste a loro tutela (annullamento, rescissione, risoluzione e risarcimento).

Mandato ad acquistare

Ulteriori problemi interpretativi si sono posti con riferimento al contenuto dell'art. 1706 c.c., relativo al mandato ad acquistare.
Concentrando l'attenzione sul comma 1, relativo all'acquisto di beni mobili, può rilevarsi, in relazione agli esiti già evidenziati cui sono pervenute le Sezioni Unite nel 2008, che la disposizione costituisce eccezione alla regola di cui all'art. 1705, comma 1, c.c., nel riconoscere in capo al mandante la facoltà di «rivendicare» quanto acquistato per suo conto dal mandatario senza rappresentanza.
L'ultima parte dell'art. 1706, comma 1, c.c. fa salvi i diritti acquistati dai terzi quali possessori del bene in buona fede.
Per quel che concerne l'acquisto di beni immobili o beni mobili registrati, l'art. 1706, comma 2, c.c., impone in capo al mandatario un obbligo di ritrasferimento del bene acquistato.
Inoltre, deve aggiungersi che la stessa lettera dell'articolo, richiamando le disposizioni contenute nell'art. 2632 c.c., non può che deporre in favore di un effetto costitutivo dell'atto di ritrasferimento e non puramente dichiarativo o certificativo, come al contrario vorrebbero far ritenere le tesi del doppio acquisto automatico, secondo le quali il mandante acquisterebbe la proprietà del bene in via automatica dal mandatario, successivamente al negozio gestorio.
In realtà, l'opinione maggiormente seguita in dottrina[23] ritiene che il mandato determini il sorgere di un'obbligazione di dare in senso tecnico, di modo che l'atto di ritrasferimento sia considerato un negozio traslativo con causa esterna, implicante un'ipotesi di pagamento traslativo[24].
In relazione al mandato ad acquistare, l'art. 1707 c.c. contempla il rapporto sussistente tra mandante e creditori del mandatario, stabilendosi la prevalenza delle ragioni del primo contro il pignoramento dei secondi, qualora l'atto da cui risulta il mandato, trattandosi di beni mobili, ovvero la trascrizione dell'atto di ritrasferimento o della domanda giudiziale diretta a conseguirlo, trattandosi di beni immobili o mobili registrati, abbiano data certa anteriore al pignoramento.

La l. 12 marzo 1942, n. 267 (l. fall.), si occupa all'art. 103, comma 2, delle conseguenze derivanti dal fallimento del mandatario, in particolare sostenendo che quest'ultima occorrenza, seppur determini lo scioglimento del mandato *ex* art. 78 l. fall., non pregiudica l'applicazione dell'art. 1706 c.c.
In realtà, si ritiene che tale disposizione sia un doppione dell'art. 1707 c.c., sostituendosi la parola «pignoramento» con il termine «fallimento», in quanto il richiamo normativo compiuto dalla legge fallimentare sarebbe fatto all'art. 1707 c.c. e non all'art. 1706 c.c.[25]

Mandato ad alienare

Stante l'assoluta mancanza di disposizioni in merito, diversi sono stati gli orientamenti volti a delineare il mandato ad alienare, tanto che una tesi, in relazione alle diverse critiche mosse a ciascuna di esse, arriva addirittura a negare

[23] GIORGIANNI, *Contratto preliminare, esecuzione in forma specifica e forma del mandato*, in *Giust. civ.*, 1961, I, 64.
[24] Per una compiuta disamina sul pagamento traslativo vedasi: in questo volume, parte VII, cap. III, sez. II, par. 8, pag. 895; FRANCESCHETTI-MARASCA, *Obbligazioni*, Rimini, 2008, 173.
[25] MINERVINI, *op. cit.*, 108.

l'ammissibilità della figura, specialmente in riferimento ai beni soggetti a trascrizione[26].
Secondo una prima ricostruzione[27], per poter trasferire un diritto è necessario esserne titolare, con la conseguenza che nel momento in cui il mandatario dispone del bene, agisce quale proprietario in forza del precedente trasferimento che troverebbe origine nel contratto di mandato.
Secondo altra parte della dottrina[28], invece, la proprietà permarrebbe in capo al mandante ed il bene si trasferirebbe al terzo, in quanto il mandato fungerebbe da semplice autorizzazione all'alienazione, producendo in capo al mandatario un potere dispositivo.
Infine, in considerazione del fatto che l'art. 1719 c.c. pone in capo al mandante l'obbligo di somministrare al mandatario tutti i mezzi necessari per l'esecuzione del mandato, il contratto obbligherebbe il mandante stesso ad un successivo negozio di trasferimento del bene in favore del primo[29].

1.2. Obbligazioni del mandatario ed obbligazioni ed oneri del mandante.

Le obbligazioni del mandante e del mandatario possono distinguersi in essenziali, principali ed accessorie, a seconda che siano necessarie, eventuali o semplicemente strumentali per l'attuazione del rapporto[30].
In relazione alle obbligazioni del mandatario, essenzialità può riconoscersi soltanto al compimento dell'atto gestorio, adempiuto ove vi sia conformità oggettiva tra l'atto posto in essere e l'atto dedotto in mandato, cui si aggiungerebbe in caso di mandato in nome proprio la necessità di un momento psicologico, riscontrabile nell'*animus solvendi* od *aliena negotii gerendi* ovvero in fatti concludenti che imputino l'atto al rapporto di mandato.

Obbligazioni del mandatario

L'art. 1710 c.c., nel disporre che il mandatario debba eseguire il mandato con la diligenza del buon padre di famiglia, richiama il principio di cui all'art. 1176 c.c. L'obbligo è esteso a tutti gli atti preparatori, strumentali ed ulteriori rispetto al compimento degli atti per i quali il mandato è stato conferito[31]. In applicazione degli obblighi di diligenza e buona fede, il mandatario è tenuto, in base all'art. 1710, comma 2, c.c., a comunicare al mandante eventuali circostanze sopravvenute che siano tali da incidere sul contenuto o sulla sopravvivenza del mandato, ma qualora siano tali da non potergli essere comunicate in tempo, il mandatario potrà, ove ciò sia funzionale all'interesse del mandante, discostarsi dalle precedenti istruzioni, secondo quanto disposto dall'art. 1711, comma 2, c.c.
L'art. 1713, comma 1, c.c., disciplina l'obbligazione di rendiconto, comprendente tanto la presentazione del prospetto contabile delle entrate quanto la descrizione e documentazione dell'intera attività gestoria svolta, che ne determina a sua volta l'attualità. L'obbligazione non viene meno in caso di estinzione del mandato per morte del mandante o del mandatario. La dispensa dal rendiconto, prevista dal comma 2 della medesima disposizione, decretando, a sfavore del mandante, un'inversione dell'onere della prova dell'inadempimento del mandatario, non ha effetto

[26] PUGLIATTI, *Fiducia e rappresentanza indiretta*, in *Diritto Civile. Metodo-Teoria-Pratica. Saggi*, Milano, 1951, 297.
[27] CARRARO, *op. cit.*, 86.
[28] BIANCA, *Diritto civile. Il contratto*, Milano, 2019, 74.
[29] MINERVINI, *op. cit.*, 126.
[30] Cfr. LUMINOSO, *op. cit.*, 426.
[31] Cass. civ., Sez. I, 25 febbraio 2000, n. 2149, in *Contratti*, 2000, 624; Cass. civ., Sez. III, 2 marzo 1995, n. 2444, in *Mass. Giur. It.*, 1995.

ove quest'ultimo sia chiamato a rispondere per dolo o colpa grave.
L'art. 1713, comma 1, c.c. prevede anche che, a seguito della conclusione dell'attività gestoria o, invero, nel caso di revoca del mandato[32], divenga attuale l'obbligo del mandatario di rimettere al mandante tutto ciò che, a causa del mandato (e non semplicemente in occasione della sua esecuzione), ha ricevuto, e cioè sia i beni conseguiti che le anticipazioni non impiegate.
Anche nel caso in cui il mandatario agisca in nome proprio, secondo l'art. 1715 c.c., non risponderà verso il mandante dell'inadempimento del terzo contraente, salvo il caso in cui l'insolvenza di quest'ultimo gli fosse nota. Specialmente al fine di responsabilizzare il mandatario nella scelta del terzo contraente, può, però, essergli pattiziamente addossato il rischio del suo inadempimento, verificandosi, di conseguenza, una situazione assimilabile a quella riscontrabile nella commissione qualora sia concordato lo «star del credere», *ex* art. 1736 c.c. Al patto è riconosciuta natura fideiussoria a garanzia delle obbligazioni assunte dal terzo[33], ma non mancano voci a favore della natura assicurativa.

Obbligazioni del mandante

In relazione alle «obbligazioni del mandante», sembra preferibile, in ragione della loro strumentalità all'obbligazione gestoria e, di conseguenza, alla soddisfazione di un interesse suo proprio, distinguere fra obbligazioni ed oneri di cooperazione creditoria.
In particolare, tale ultima natura sarebbe rivestita dall'obbligazione di somministrazione dei mezzi necessari all'adempimento prevista dall'art. 1719 c.c.
Di vera e propria obbligazione deve parlarsi con riferimento al compenso, cui si riferisce l'art. 1719, comma 1, c.c.

La dottrina[34] è orientata prevalentemente verso una qualificazione del mandato oneroso quale contratto a prestazioni corrispettive, considerando ammissibile, di conseguenza, la risoluzione per inadempimento del mandatario nei limiti di cui all'art. 1453 c.c. In assenza di determinazioni pattizie del compenso (che potrà presentarsi anche sotto forma di un diritto personale di godimento), dovrà farsi riferimento alle tariffe professionali ed in subordine agli usi del luogo dove si è concluso il negozio gestorio.
Il compenso è dovuto, seppur proporzionalmente all'attività effettivamente compiuta, anche nel caso in cui vi sia stato uno scioglimento anticipato del mandato, ovvero qualora, nonostante il mandatario abbia diligentemente svolto l'attività dovuta, l'affare non abbia avuto buon esito (l'art. 1715 c.c., infatti, prevede che, in assenza di patto contrario, il mandatario non risponde verso il mandante dell'adempimento dei terzi con cui abbia contrattato, tranne l'ipotesi in cui gli stessi fossero insolventi al tempo del contratto e tale insolvenza fosse nota, o avrebbe dovuto esserlo, al mandatario).

1.3. Esecuzione ed inadempimento.

Sostituto del mandatario

Nell'esecuzione del contratto è generalmente consentito al mandatario di avvalersi dell'opera di un sostituto, a meno che non sia stato espressamente vietato oppure si tratti di attività rientrante nei limiti di un incarico fiduciario affidato *intuitu personae*. Ciò è dovuto al fatto che il mandato non necessariamente si basa sull'*intuitus personae,* pur essendo caratterizzato dalla fiducia[35].
L'art. 1717 c.c. prevede tre diverse ipotesi di sostituzione del mandatario: a) sostituzione non autorizzata dal mandante o non necessaria per la natura dell'incarico, in cui il mandatario risponde dell'operato del sostituto; b)

[32] Cass. civ., Sez. III, 11 agosto 2000, n. 10739, in *Contratti*, 2001, 3, 253, con nota di MARIANI.
[33] Cfr. MINERVINI, *op. cit.*, 109.
[34] Cfr. MINERVINI, *op. cit.*, 18.
[35] Cass. civ., Sez. III, 25 agosto 2006, n. 18512, in *Mass. Giur. It.*, 2006.

sostituzione autorizzata dal mandante senza indicazione della persona del sostituto, in cui il mandatario risponde dell'operato del sostituto solo se è dimostrata la sua colpa nella scelta di quest'ultimo; c) sostituzione autorizzata dal mandante con contemporanea indicazione del sostituto, in cui il mandatario è esonerato da responsabilità. A queste ipotesi suole aggiungersene una quarta, consistente nella sostituzione espressamente vietata dal mandante. In tutte le ipotesi il mandante può agire direttamente contro la persona del sostituto.

È bene chiarire che le ipotesi richiamate dall'art. 1717 c.c. attengono alla sostituzione nel rapporto obbligatorio, aggiungendosi o subentrando il terzo al mandatario e liberandolo nel secondo caso, salvo il rispetto delle condizioni suesposte. Ne consegue che differente è la situazione evidenziata dall'art. 1228 c.c., ove la sostituzione è puramente posta sul piano esecutivo del rapporto obbligatorio.

Secondo parte della dottrina, la sostituzione andrebbe distinta dal submandato perché nella prima il sostituto si obbliga ad agire per conto del mandante, mentre nel secondo il submandatario assume l'obbligazione esclusivamente verso il mandatario-submandante e agisce solo per conto di quest'ultimo: l'azione diretta *ex* art. 1717, comma 4, c.c. spetta solo nei confronti del sostituto, ma non verso il submandatario.

Inadempimento ed eccesso di mandato

L'inadempimento del contratto può essere riferibile a fatto imputabile tanto al mandatario, quanto al mandante, anche nel caso di mandato gratuito, prevedendo espressamente il legislatore una serie di obblighi a carico del gerito agli artt. 1719 e 1720 c.c.

Contro l'inadempimento possono essere esperiti i mezzi di tutela previsti in generale per i contratti, cui, peraltro, deve aggiungersi una specifica e peculiare disciplina prevista dall'art. 1711 c.c. nell'ipotesi di cd. «eccesso di mandato».

L'eccesso di mandato si verifica nel momento in cui il mandatario ecceda i limiti fissati dal mandato, con la conseguenza che gli atti eccedenti, sia vantaggiosi che svantaggiosi[36], resteranno nella sua sfera giuridica ed economica, salvo ratifica del mandante.

Si ha eccesso nel momento in cui l'adempimento del mandatario differisca sotto qualsiasi profilo dall'oggetto del mandato, seppur ne rimanga dubbia la nozione.

Secondo la giurisprudenza meno tradizionale, è necessario che il mandatario persegua uno scopo diverso ed incompatibile con quello prefissato dal mandante, seppur si è anche detto che in caso di «mandato specifico», indipendentemente dallo scopo perseguito, si avrà eccesso qualora il mandatario si discosti dalle istruzioni specifiche ricevute dal mandante.

Anche se in passato si è sostenuta l'annullabilità degli atti compiuti «in eccesso», attualmente si preferisce sancirne la semplice inefficacia.

L'eventuale ratifica del mandante, prevista dall'art. 1711, comma 1, c.c., determina l'attribuzione ad entrambe le parti del contratto dei diritti ed obblighi che si sarebbero verificati *ab origine*, qualora non vi fosse stato eccesso.

Non sono richiesti particolari requisiti di forma per la ratifica, se non nelle ipotesi in cui la stessa sia richiesta per il valido conferimento dell'incarico.

Si discute, infine, se nell'ipotesi di mandato con rappresentanza sia necessaria, oltre alla ratifica di cui all'art. 1399 c.c., anche quella richiesta dall'art. 1711 c.c.

[36] Cass. civ., Sez. III, 20 settembre 2004, n. 9472, in *Gius*, 2004, 3600.

1.4. Estinzione.

Mancata conoscenza del mandatario di una causa di estinzione

Al mandato sono sicuramente applicabili le cause generali di estinzione del contratto, cui devono essere aggiunte le specifiche ipotesi tassativamente elencate dall'art. 1722 c.c., i cui effetti estintivi potranno essere inibiti in forza di deroghe convenzionali, salvo talune limitazioni funzionali alla tutela di diritti indisponibili.
Secondo quanto stabilito dall'art. 1729 c.c., il mandatario non subisce in via definitiva gli effetti degli atti compiuti nel periodo di tempo compreso tra l'estinzione del mandato ed il momento in cui è pervenuto a conoscenza della causa estintiva, potendo, quindi, far valere nei confronti del mandante l'atto gestorio compiuto *medio tempore*.

La norma è sicuramente applicabile alle ipotesi di scioglimento per morte e sopravvenuta incapacità del mandante, ma non nel caso di revoca, data la natura recettizia di tale atto e la conseguente applicazione dell'art. 1335 c.c. Non si hanno uniformità di vedute in ordine alla possibile riconduzione della rinunzia all'interno dell'ambito applicativo della disposizione, così come è dubbia la sua applicabilità ai casi di fallimento di una delle parti[37].
La norma regola esclusivamente il rapporto interno tra mandante e mandatario, mentre l'opponibilità ai terzi delle cause estintive del potere di rappresentanza è regolato dall'art. 1396 c.c. Alla conoscenza è equiparabile l'ignoranza colpevole, ma non il semplice dubbio.

Morte, interdizione od inabilitazione

Una prima causa speciale di estinzione è rinvenibile nell'ipotesi prevista dall'art. 1722, n. 4, c.c., in base al quale il mandato si estingue per morte, interdizione od inabilitazione di una delle parti con effetti *ex nunc*.

La norma è derogabile pattiziamente e lo stesso legislatore prevede agli artt. 1722, n. 4, e 1728 c.c. due limiti alla sua operatività.
In ordine al primo, la morte o l'incapacità del mandante imprenditore (non piccolo) non estingue il mandato che abbia ad oggetto attività di impresa, il cui esercizio sia stato proseguito.
Il secondo, che determina un'ipotesi di ultrattività, si verifica allorché sia già stata avviata dal mandatario l'attività gestoria e sussista pericolo nel ritardo, imponendosi, quindi, il proseguimento dell'esecuzione del mandato.

Revoca del mandato

L'art. 1723 c.c., nonostante la terminologia utilizzata, delinea una figura che, distinguendosi dalla revoca in senso tecnico, costituisce più precisamente un'ipotesi di recesso unilaterale, produttiva di effetti *ex nunc*[38].
La revocabilità, statuita quale regola dall'art. 1723, comma 1, c.c., implica un'evidente limitazione all'applicazione dell'art. 1372, comma 1, c.c., assumendo l'inderogabilità del mandato carattere eccezionale[39]. L'inderogabilità può essere assoluta, nell'ipotesi di mandato nell'interesse del mandatario o del terzo (art. 1723, comma 2, c.c.), ovvero relativa qualora, salvo giusta causa, l'irrevocabilità sia stata prevista pattiziamente od abbia ad oggetto un mandato oneroso (artt. 1723, comma 1, e 1725 c.c.).
Mentre nessun dubbio sussiste circa la natura di indennizzo del cd. «risarcimento del danno» previsto dall'art. 1725, comma 1, c.c. per la revoca del mandato oneroso avvenuta prima della

[37] MINERVINI, *op. cit.*, 221.
[38] GRAZIADEI, *op. cit.*, 180.
[39] BAVETTA, *Mandato*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1975, 371; DOMINEDÒ, *op. cit.*, 132.

scadenza del termine o del compimento dell'affare, permangono dubbi in ordine alla natura delle conseguenze in caso di violazione del patto di irrevocabilità.
Per alcuni autori[40], si avrebbe un vero e proprio risarcimento del danno, per violazione degli obblighi contrattualmente assunti dal mandante, commisurato all'integrale lesione dell'interesse del mandatario alla permanenza del rapporto. In senso opposto[41] coloro che ravvisano un semplice indennizzo calcolato sul lucro cessante, da corrispondere insieme al compenso per l'opera fino a quel momento prestata dal mandatario.
In giurisprudenza si è precisato che il risarcimento ha natura di debito di valore, al contrario del compenso per l'attività prestata che è un debito di valuta.
L'art. 1724 c.c. nell'ammettere l'ipotesi di revoca tacita, a fronte della nomina di un nuovo mandatario o del compimento dell'atto ad opera del mandante, statuisce, però, che l'estinzione del mandato avrà effetto soltanto dal giorno della comunicazione al mandatario.

Mandato collettivo, congiuntivo e disgiuntivo

L'art. 1726 c.c., nel descrivere il mandato collettivo, che interviene quando più soggetti con un unico negozio conferiscono mandato per un affare comune unico, stabilisce che la revoca avrà effetto, in tali casi, solo se fatta da tutti i mandanti.

Con ciò non si esclude la possibilità che una revoca unilaterale abbia quale effetto l'estinzione del rapporto in capo a tutti i soggetti, purché vi sia giusta causa, ancorché riferibile al solo recedente.
La giurisprudenza[42] ha ritenuto che, in materia di arbitraggio, possa rinvenirsi un'ipotesi di mandato collettivo, con conseguente applicazione dell'art. 1726 c.c., qualora le parti demandino ad un terzo arbitratore la determinazione, in loro sostituzione, di uno o più elementi di un contratto concluso, ma incompleto.

Anche con riferimento ai mandatari, il mandato può essere soggettivamente complesso, qualora ognuno di essi sia tenuto per suo conto a dare esecuzione al contratto (mandato disgiuntivo), ovvero qualora sia richiesta un'attività congiunta con gli altri mandatari (mandato congiuntivo).
Nella seconda ipotesi, in considerazione del fatto che il compimento dell'affare richiede il coinvolgimento congiunto di tutti i mandatari, l'art. 1730 c.c. dispone che, salvo patto contrario, la causa di estinzione riferibile ad uno solo dei mandatari determinerà il venir meno del mandato nei confronti di tutte le parti.
Al contrario, nelle ipotesi di mandato disgiuntivo si ritiene che la causa concernente uno solo dei mandatari sciolga il rapporto solo nei suoi confronti.

Rinunzia del mandatario

Non desta particolari problemi la rinunzia del mandatario, anch'essa causa di estinzione del mandato, *ex* art. 1727 c.c., ed intesa quale forma di recesso unilaterale dal contratto con efficacia *ex nunc*.

L'art. 78 l. fall. esclude l'effetto estintivo derivante dal fallimento del mandante, riconoscendo, al contrario, a norma dell'art. 72 l. fall., una semplice sospensione del contratto, cui seguirà la decisione del curatore, con l'autorizzazione del comitato dei creditori, di subentrare nel contratto in luogo del fallito ovvero di sciogliersi dal medesimo.
In tali casi, nonostante la sospensione del contratto, il mandatario sarà, in base all'art. 1728, comma 1, c.c., obbligato a proseguire la gestione qualora vi sia pericolo nel ritardo, così come si considera estensibile la disciplina disposta dall'art. 1729 c.c., in relazione agli atti compiuti dal mandatario prima di venire a conoscenza del fallimento.
Pare dubbia, invece, l'efficacia di una rinuncia che si giustifichi in relazione all'intervenuto

[40] LUMINOSO, *op. cit.*, 459.
[41] BAVETTA, *op. cit.*, 371.
[42] Cass. civ., Sez. I, 26 marzo 2002, n. 4283, in *Arch. civ.*, 2003, 58.

fallimento del mandante, in quanto sembrerebbe porre nel nulla l'effetto sospensivo decretato dall'art. 72 l. fall. e, soprattutto, il potere decisionale del curatore.
Rimane immutata la disciplina dell'estinzione del contratto in caso di fallimento del mandatario, che viene generalmente giustificata con il venir meno della fiducia riposta dal mandante[43].

2. Ipotesi peculiari di mandato senza rappresentanza: la commissione.

Secondo l'art. 1731 c.c. la commissione è un mandato senza rappresentanza connotato dalla specificità del suo oggetto, consistente esclusivamente nella conclusione di contratti di compravendita. Per conseguenza, la sua disciplina è formata sia dalle norme generali sul mandato, sia dalle specifiche disposizioni contenute agli artt. 1731 e ss. c.c.

L'onerosità è considerata elemento naturale della commissione, come per il mandato, e l'art. 1733 c.c. prevede una serie di criteri idonei alla commisurazione del compenso.
Parte della provvigione, commisurata alle spese sostenute ed all'opera svolta dal commissionario, è dovuta dal committente che revochi l'ordine. Tale ultima facoltà gli è concessa, ai sensi dell'art. 1734 c.c., fino a quando l'affare non sia stato concluso dal commissionario.
Nella commissione di vendita l'art. 1732 c.c. riconosce facoltà di concedere dilazioni per il pagamento del prezzo soltanto ove ciò sia previsto dagli usi e non sia espressamente vietato dal committente, altrimenti quest'ultimo potrà pretendere il pagamento immediato del prezzo dal commissionario, il quale a sua volta potrà, però, beneficiare dei vantaggi derivanti dalla concessa dilazione.
Il commissionario può anche essere contraente in proprio, nei termini in cui ciò gli è concesso dall'art. 1735 c.c., per la compravendita di titoli, divise o merci che abbiano un prezzo corrente, stabilito per atto della pubblica autorità o risultante da listini di borsa o da mercuriali. In particolare, può acquistare per sé le cose che deve vendere, ad un prezzo, in ogni caso, non inferiore a quello corrente nel giorno in cui compie l'operazione, ovvero può fornire le cose che deve acquistare, ad un prezzo non superiore rispetto a quello corrente, se inferiore al prezzo stabilito eventualmente dal committente.
Infine, al contrario del mandato, in forza dell'art. 1736 c.c., il commissionario può essere ritenuto responsabile dell'inadempimento del terzo (c.d. «star del credere») non solo con apposita pattuizione, ma anche in ragione di eventuali usi normativi.

2.1. La spedizione.

~~Come la commissione, la spedizione, in base all'art. 1737 c.c., è un mandato senza rappresentanza connotato dalla specificità dell'oggetto, riscontrabile esclusivamente nella conclusione di contratti di trasporto di cose e nel compimento delle operazioni accessorie, consistenti in quegli atti materiali o giuridici strumentali alla conclusione del contratto.~~

La Legge n. 233/2021, di conversione del D.L. n. 152/2021, ha modificato il testo dell'art 1737 c.c. relativo al contratto di spedizione definendolo come segue: "Il contratto di spedizione è un mandato con il quale lo spedizioniere assume l'obbligo di concludere in nome proprio e per conto del mandante o, se dotato di poteri di rappresentanza, in nome e per conto del mandante, uno o più contratti di trasporto con uno o più vettori e di compiere le operazioni accessorie". L'articolo riformato introduce il concetto di mandato con rappresentanza, oltre al già presente mandato

[43] Cfr. MINERVINI, *op. cit.*, 216.

senza rappresentanza e include la dicitura "concludere contratti di trasporto con uno o più vettori"[44].
~~Anche in tal caso~~ Le norme generali dettate per il mandato si coniugano con quelle dettate specificamente per la spedizione.

L'onerosità è elemento naturale del contratto e la misura del compenso è determinata sulla base di criteri, indicati dall'art. 1740 c.c., il cui comma 2 prevede, però, la possibilità che, per le spese anticipate e per i compensi relativi al compimento delle prestazioni accessorie, possa essere pattuita una somma forfettaria, che per alcuni determinerebbe la riconduzione della fattispecie nell'alveo di un contratto di trasporto, piuttosto che di spedizione[45].
Parte del compenso, oltre al rimborso delle spese sostenute, è riconosciuto, come nella commissione, nel caso di revoca da parte del committente prima della conclusione del contratto di trasporto, ai sensi dell'art. 1741 c.c. Nell'ipotesi di perdita o avaria delle cose spedite, si applica l'art. 1696 relativo ai limiti al risarcimento del danno per perdita o avaria delle cose trasportate [46].
~~Lo spedizioniere, in forza dell'art. 1739 c.c., è tenuto, nella scelta della via, del mezzo o delle modalità di trasporto della merce, all'osservanza delle istruzioni impartite dal committente e, in ogni caso, ad agire secondo il migliore interesse del medesimo.~~
~~L'assicurazione delle cose spedite, di cui al comma 2, non è considerata quale operazione necessaria per l'esecuzione dell'incarico.~~
Nell'esecuzione del mandato lo spedizioniere, ai sensi dell'art 1739 c.c., è tenuto a osservare le istruzioni del mandante. Lo spedizioniere non ha l'obbligo di provvedere all'assicurazione delle cose spedite, salva espressa richiesta del mandante[47].

3. Il contratto di agenzia: nozione e caratteri.

A norma dell'art. 1742 c.c., con il contratto di agenzia una parte assume stabilmente l'incarico di promuovere, per conto dell'altra, verso una retribuzione, la conclusione di contratti in una zona determinata, agendo eventualmente quale rappresentante (art. 1752 c.c.).
L'attività promozionale, che descrive il tipo e costituisce l'obbligazione principale dell'agente, è costituita da atti di contenuto vario, non predeterminato, che tendono tutti alla promozione della conclusione di contratti, quali il compito di propaganda, la predisposizione dei contratti, la ricezione e la trasmissione delle proposte al preponente per l'accettazione[48].

L'attività promozionale

L'obbligazione non ha ad oggetto la mera propaganda, ma deve consistere nell'attività di convincimento del potenziale cliente a concludere il contratto con il preponente, atteso che è proprio con riguardo a questo risultato che viene attribuito all'agente il compenso, consistente nella provvigione sui contratti conclusi per suo tramite e andati a buon fine.

---

[44] Il testo in vigore prima della sostituzione disposta dalla citata legge n. 233/2021 era il seguente: *"Il contratto di spedizione è un mandato col quale lo spedizioniere assume l'obbligo di concludere, in nome proprio e per conto del mandante, un contratto di trasporto e di compiere le operazioni accessorie"*.
[45] Cfr. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2019, 1191.
[46] L. 29 dicembre 2021, n. 233, in vigore dal 1° gennaio 2022.
[47] Il testo in vigore prima della sostituzione disposta dalla citata legge n. 233/2021 era il seguente: "*Nella scelta della via, del mezzo e delle modalità di trasporto della merce, lo spedizioniere è tenuto a osservare le istruzioni del committente e, in mancanza, a operare secondo il migliore interesse del medesimo. Salvo che gli sia stato diversamente ordinato e salvi gli usi contrari, lo spedizioniere non ha obbligo di provvedere all'assicurazione delle cose spedite. I premi, gli abbuoni e i vantaggi di tariffa ottenuti dallo spedizioniere devono essere accreditati al committente, salvo patto contrario*".
[48] Cass. civ., Sez. lav., 8 luglio 2008, n. 18686, in *Mass. Giur. It.*, 2008; Cass. civ., Sez. lav., 1° aprile 2004, n. 6482, in *Contratti*, 2004, 905, con nota di AUTELITANO.

Al contrario, il mero propagandista, oltre a non stipulare alcun contratto con i clienti, non svolge neppure attività volta alla loro conclusione, ponendosi tale evento come un fatto esterno ed eventuale all'attività di pubblicità[49].

Autonomia

L'autonomia è il primo elemento che connota l'attività di promozione, in quanto esercitata con organizzazione di mezzi (della quale l'agente sostiene le spese a norma dell'art. 1748, comma 7, c.c.)[50], e con assunzione del rischio economico da parte dello stesso, che è legato da un semplice rapporto di collaborazione con il preponente[51].

Seppur nulla vieti che la promozione per la conclusione di contratti formi oggetto della prestazione di un contratto di lavoro subordinato, l'incidenza dell'autonomia nell'attività di cui all'art. 1742 c.c. determina una netta distinzione tra l'agente ed il lavoratore, per il quale, al contrario del primo, il contratto ha ad oggetto, in regime di subordinazione, la prestazione di energie lavorative, il cui risultato rientra esclusivamente nella sfera giuridica dell'imprenditore, che sopporta il rischio dell'attività svolta[52].
Alcuni autori[53], peraltro, rilevano come l'autonomia dell'agente non sia assoluta, in quanto, fra i suoi obblighi, l'art. 1746 c.c. impone la tutela degli interessi del preponente e la lealtà e buona fede nello svolgimento dell'incarico. Inoltre, oltre al fatto che l'agente può organizzarsi sindacalmente, il preponente è obbligato a peculiari versamenti previdenziali e, a determinate condizioni, all'indennità verso l'agente in caso di cessazione del rapporto.
Per tali motivi e specialmente in ragione del fatto che nell'agente, persona fisica, ricorrono in alcune ipotesi veri e propri bisogni di protezione, parte della dottrina considera il rapporto di agenzia quale rapporto di parasubordinazione, con la possibilità di applicare talune norme sostanziali, ma soprattutto processuali, proprie della disciplina del lavoro subordinato[54].

Stabilità

Ulteriore elemento caratterizzante il rapporto tra agente e preponente è la «stabilità», espressiva di una non episodica collaborazione professionale.

La stabilità è alla base della distinzione tra agente e procacciatore d'affari, la prestazione del quale è occasionale, nel senso che dipende esclusivamente dalla sua iniziativa, con la conseguenza che al rapporto possono applicarsi in via analogica solo le disposizioni relative al contratto di agenzia (come quelle concernenti le provvigioni), che non presuppongano un carattere stabile e predeterminato del rapporto[55].

Forma

Vige il principio della libertà delle forme per la conclusione del contratto di agenzia, in quanto il comma 2 dell'art. 1742 c.c. richiede la forma scritta unicamente *ad probationem*.

La disposizione è stata interpretata, da parte della giurisprudenza di merito, nel senso che lo

---

[49] Cass. civ., sez. lav., 31 luglio 2020, n. 16565; Cass. civ., Sez. lav., 8 luglio 2008, n. 18686, *cit.*; Cass. civ., Sez. lav., 21 febbraio 2006, n. 3709, in *Mass. Giur. It.*, 2006.
[50] Per il profilo delle spese si veda anche Cass. civ., Sez. lav., 1° settembre 2003, n. 12756, in *Arch. civ.*, 2004, 903.
[51] Cass. civ., Sez. lav., 12 maggio 2004, n. 9060, in *Gius*, 2004, 3560.
[52] Cass. civ., Sez. lav., 23 aprile 2009, n. 9696, in *Obbl. e contr.*, 2009, 746, con nota di GENNARI.
[53] GAZZONI, *op. cit.*, 1192.
[54] Cass. civ., Sez. lav., 12 novembre 2019, n. 29290; Cass. civ., Sez. lav., 25 luglio 2008, n. 20497, in *Contratti*, 2009, 375, con nota di BARBA, per la quale potrà applicarsi al contratto di agenzia, a determinate condizioni, la disciplina di cui all'art. 2119 c.c., concernente il recesso per giusta causa.
[55] Cass. civ., Sez. lav., 24 giugno 2005, n. 13629, in *Contratti*, 2006, 67.

scopo, cioè la prova del contratto, possa essere raggiunto anche da un documento da cui risulti stipulato il contratto di agenzia, seppur non sia riproduttivo del suo contenuto.

3.1. Obblighi e diritti dell'agente e del preponente: in particolare l'indennità di fine rapporto.

Obbligazioni dell'agente

Come si è avuto modo di vedere nel paragrafo precedente, il compimento dell'attività di promozione al fine della conclusione di contratti da parte del preponente previsto dall'art. 1742 c.c. costituisce l'obbligazione principale dell'agente.

Proprio in funzione dell'assolvimento di tale incarico, l'art. 1746, comma 1, c.c., prevede l'obbligo di agire con lealtà e buona fede, dal quale derivano gli ulteriori obblighi di tutelare gli interessi del preponente, di agire in conformità alle istruzioni ricevute, nonché di informarlo sulle condizioni del mercato nella zona assegnatagli e su ogni ulteriore circostanza utile per valutare la convenienza dei singoli affari.

Inoltre, l'art. 1746 c.c., ai commi 2 e 3, nell'imporre all'agente l'osservanza degli obblighi che incombono al commissionario, esclude quelli previsti dall'art. 1736 c.c., disponendo che è vietato qualsiasi patto con il quale sia posto a carico dell'agente la responsabilità, anche solo parziale, per l'inadempimento del terzo.

Eventualmente un obbligo di garanzia potrà essere concordato di volta in volta per singoli affari di particolare natura ed importanza, purché nei limiti dell'ammontare della provvigione e previo corrispettivo in favore dell'agente.

In sostanza, lo «star del credere» potrà riguardare, in via eccezionale, affari individualmente determinati e preventivamente concordati dalle parti[56].

I diritti dell'agente

In costanza del rapporto di agenzia, i diritti dell'agente si riducono esclusivamente alla provvigione, per la quale il legislatore detta una peculiare disciplina all'art. 1748 c.c.

Il diritto è riconosciuto per gli affari conclusi dal preponente con i terzi, avvalendosi dell'attività promozionale dell'agente, ovvero non avvalendosene (c.d. affari diretti) purché i terzi stessi fossero, antecedentemente alla costituzione del rapporto di agenzia, acquisiti dall'agente come clienti per affari dello stesso tipo o appartenenti alla zona o alla categoria o gruppo di clienti ad esso riservati.

La provvigione è legata al positivo esito dell'affare, in quanto, salvo patto contrario, è dovuta dal momento e nella misura in cui il preponente abbia eseguito o avrebbe dovuto eseguire la prestazione, ovvero, qualora l'abbia eseguita, dal momento e nella misura in cui il terzo ha eseguito o avrebbe dovuto eseguire la propria.

La prescrizione del diritto è quella quinquennale di cui all'art. 2948, n. 4, c.c.

Infine, nel caso di accordi fraudolenti intercorsi tra il preponente ed il terzo e volti a non dare esecuzione, anche solo parziale, all'affare concluso, l'art. 1748, comma 5, c.c. tutela l'agente nel riconoscergli la provvigione, seppur in misura ridotta.

Qualora intervenga la conclusione degli affari grazie all'attività promozionale dell'agente successivamente alla cessazione del rapporto di agenzia, il diritto alla provvigione è, inoltre, riconosciuto dall'art. 1748, comma 3, c.c., purché la proposta sia pervenuta al preponente antecedentemente allo scioglimento del vincolo, ovvero la conclusione dell'affare sia avvenuta entro un termine ragionevole dalla data di cessazione del rapporto di agenzia.

[56] BALDASSARRI, *Il contratto di agenzia*, Milano, 2000, 84.

Il canone di ragionevolezza deve, peraltro, essere interpretato in senso restrittivo, al fine di evitare una duplicazione dei compensi, in considerazione dell'indennità che l'art. 1752, comma 1, c.c. riconosce all'agente proprio qualora, successivamente alla cessazione del rapporto, il preponente si avvantaggi dell'attività promozionale del primo[57].

Indennità in caso di cessazione del rapporto

La cessazione del rapporto determina il sorgere del diritto a un'indennità, purché siano soddisfatti alcuni requisiti positivi e negativi previsti dall'art. 1752, commi 1 e 2, c.c. così come modificato dai d.lgs. n. 303/1991 e n. 65/1999 (in attuazione della dir. 86/653/CE) e dai quali può evincersi il carattere meritocratico dell'emolumento finale[58].

Nessun problema, ormai, si pone in relazione ai requisiti necessari per la maturazione del diritto all'indennità.
In particolare, il diritto matura qualora l'agente abbia procurato nuovi clienti od abbia sviluppato sensibilmente i rapporti con i clienti esistenti ed il preponente goda ancora di vantaggi derivanti dagli affari con questi ultimi, purché l'indennità sia equa, tenuto conto, in particolare, delle provvigioni che l'agente perde e di ogni altra circostanza del caso.
Inoltre, è richiesto che la cessazione del rapporto non dipenda da grave inadempimento o da recesso ingiustificato dell'agente, ovvero da cessione ad un terzo dei diritti ed obblighi dipendenti dal contratto.
Tali norme sono inderogabili a svantaggio dell'agente, in base al comma 6 dello stesso art. 1751 c.c.

Obbligazioni del preponente

Seppur il preponente non sia obbligato alla conclusione degli affari per i quali è intervenuta l'attività promozionale dell'agente, l'art. 1749 c.c. pone a suo carico l'obbligo di agire con lealtà e buona fede nei rapporti con il secondo[59], dal che si desume che il rifiuto sistematico del preponente possa essere valutato, qualora non adeguatamente giustificato, violazione dell'articolo suddetto, con conseguente risarcibilità del danno e risoluzione del contratto in favore dell'agente.

Inoltre, l'art. 1749 c.c. impone al preponente un obbligo di informazione avente ad oggetto sia le circostanze utili per l'esecuzione del contratto, sia l'accettazione, il rifiuto o la mancata esecuzione di un affare procuratogli, oltre ad un obbligo di consegna dell'estratto conto delle provvigioni dovute.

Il diritto di esclusiva ed il patto di non concorrenza

Il diritto di esclusiva che, previsto dall'art. 1743 c.c., deve considerarsi elemento naturale del contratto di agenzia, ha valenza bilaterale, in quanto implica, nella stessa zona e per lo stesso ramo di attività, sia l'obbligo dell'agente di non assumere l'incarico di trattare gli affari di diverse imprese in concorrenza tra loro, sia, specularmente, l'obbligo del preponente di non valersi contemporaneamente di più agenti.

---

[57] SALAMONE, *I contratti della distribuzione in generale ed integrata. La concessione di vendita. L'affiliazione commerciale (franchising)*, in *Diritto Civile* a cura di LIPARI-RESCIGNO, Vol. III-III, Milano, 2009, 584.
[58] CECCONI, *Il contratto di agenzia*, Torino, 2001, 158.
[59] Cass. civ., Sez. lav., 2 maggio 2000, n. 5467, in *Contratti,* 2000, 793, con nota di BALDI E VENEZIA, afferma l'applicazione della clausola di buona fede nell'esercizio dello *ius variandi* da parte del preponente.

Per lo stesso ramo di attività non ci si riferisce ad un'identità assoluta di beni prodotti o commercializzati, ma, al contrario, occorre aver riguardo ai soggetti, i quali, in un determinato contesto temporale e locale, possono o potranno rivolgersi all'una impresa piuttosto che all'altra, sicché queste debbano considerarsi tra di loro in concorrenza.

La disposizione è derogabile a vantaggio di una o di entrambe le parti e la deroga può desumersi, purché in modo chiaro ed univoco, anche indirettamente dal contratto di agenzia, qualora il suo contenuto sia incompatibile con la sussistenza del suddetto diritto.

La deroga comporta anche la possibilità per il preponente di trattare e concludere affari direttamente per suo conto all'interno della zona determinata (con esclusione del diritto alla provvigione in favore dell'agente), seppur parte della dottrina ritenga che tale facoltà vada limitata ai nuovi clienti[60], determinandosi in caso contrario una violazione dell'art. 2958, n. 3, c.c. ove il preponente instauri rapporti con clienti, non nuovi, ma procurati dall'agente.

A differenza dell'obbligo di esclusiva, il patto di non concorrenza, oltre ad essere di origine pattizia, limita esclusivamente l'attività dell'agente e solo in un momento successivo alla cessazione del rapporto di agenzia.
Il patto è disciplinato dall'art. 1751 *bis* c.c.

A fronte dell'accettazione del patto è disposta in favore dell'agente la corresponsione di un'indennità, di natura non provvisionale, da commisurarsi sia alla durata, non superiore a due anni dalla cessazione del rapporto, sia alla natura ed alla misura dell'indennità di fine rapporto.
Al contrario del contratto, per il patto di non concorrenza è prevista la forma scritta *ad substantiam*.

3.2. Scioglimento del rapporto di agenzia.

Stante il carattere di stabilità, il rapporto di agenzia può definirsi di durata.
L'art. 1750, comma 1, c.c., peraltro, prevede la possibilità che il contratto sia a tempo determinato, nel qual caso la cessazione avverrà (come di regola avviene) con il sopraggiungere del termine, a meno che le parti abbiano continuato a darvi esecuzione, divenendo il contratto, in tale ipotesi e salvo diversa pattuizione[61], a tempo indeterminato.

Seppure l'articolo preveda esplicitamente la facoltà di recesso, previo preavviso, unicamente nelle ipotesi di contratto a tempo indeterminato, non può negarsi, in entrambi i casi, la possibilità di un recesso per giusta causa, in analogia con le disposizioni previste per il rapporto di lavoro subordinato[62], come può desumersi anche indirettamente dal disposto di cui all'art. 1751, comma 2, c.c.

La facoltà di un recesso *ad nutum* è riconosciuta dall'art. 1750, comma 2, c.c. esclusivamente nelle ipotesi di contratto di agenzia a tempo indeterminato, previo preavviso.

---

[60] GAZZONI, *op. cit.*, 1193.
[61] Le parti potrebbero, infatti, stabilire la rinnovazione tacita del contratto per la stessa durata del precedente.
[62] Cass. civ., Sez. lav., 4 giugno 2008, n. 14771, in *Contratti*, 2008, 1039.

Quest'ultimo ha efficacia obbligatoria, cosicché la mancata concessione del termine, ovvero la concessione di un termine inferiore a quello dovuto *ex* art. 1750, comma 3, c.c., non rende invalido il recesso quale manifestazione di volontà tesa allo scioglimento del vincolo, ma determinerà la sostituzione della clausola nulla con la norma codicistica, ritenuta di carattere imperativo[63].

Il rapporto può sciogliersi anche per effetto di risoluzione per inadempimento, in ossequio alle regole generali di cui agli artt. 1453 e ss. c.c.; in particolare, costituisce un esempio di inadempimento rilevante ai fini della risoluzione la condotta di concorrenza illecita tenuta dall'agente, consistente nell'avvenuta promozione di affari per conto di imprese direttamente concorrenti con l'impresa preponente[64].

3.3. L'agente di assicurazione.

L'art. 1753 c.c. rende applicabili anche all'agente assicurativo le disposizioni dettate per l'agente di commercio, purché non siano derogate da accordi collettivi o dagli usi ed in quanto compatibili con la natura dell'attività assicurativa.
Ne consegue che l'applicazione della normativa codicistica è subordinata a quella derivante dalla contrattazione collettiva e dagli usi, al contrario di quanto avviene in materia di agenzia.

L'agente in economia e l'agente in gestione libera

L'attività d'impresa assicuratrice, avente ad oggetto la promozione della stipulazione di contratti di assicurazione e la gestione del portafoglio acquisito, può avvenire mediante il decentramento della stessa presso apposite agenzie operanti localmente, sia in economia (cd. «agente in economia»), e cioè con personale dipendente dall'impresa medesima, o con affidamento dell'incarico a soggetti estranei operanti autonomamente, con propria organizzazione di mezzi materiali e personali (c.d. «agente in gestione libera»).
Le due modalità si distinguono, in concreto, in relazione all'imputazione giuridica degli atti strumentali all'organizzazione dell'attività necessaria al funzionamento dell'agenzia stessa, nel senso che se tali atti sono imputabili all'impresa si avrà un rapporto di lavoro subordinato fra questa ed il preposto all'agenzia, mentre, se essi sono imputabili allo stesso preposto, si avrà un rapporto di agenzia in senso tecnico, con la conseguenza che solo nel primo caso la titolarità del rischio è, in tutto o in parte, attribuibile all'impresa assicuratrice.
Stante la distinzione suesposta, si ritiene comunemente che l'art. 1753 c.c. possa essere applicato esclusivamente alla figura dell'agente in gestione libera.

4. La mediazione: nozione e natura.

A norma dell'art. 1754 c.c. è mediatore colui che mette in relazione due o più parti per la conclusione di un affare.

La natura contrattuale o non negoziale della mediazione

Il legislatore non definisce la mediazione ma il mediatore, lasciando aperto il problema relativo alla sua natura.
La discussione origina, in particolar modo, dal fatto che costantemente in dottrina e giurisprudenza è stata negata l'esistenza di un vincolo obbligatorio che imponga al mediatore di attivarsi o di proseguire l'attività di messa in relazione degli intermediati[65], così come, specularmente si nega l'esistenza di un obbligo, in capo

[63] Cass. civ., Sez. lav., 6 agosto 2002, n. 11791, in *Gius*, 2003, 27.
[64] Cass. civ., Sez. II, 4 marzo 2016, n. 4299.
[65] Cass. civ., Sez. III, 30 settembre 2008, n. 24333, in *Contratti*, 2009, 63, per la quale l'assenza di vincolo gravante sul mediatore sarebbe alla base della distinzione dell'istituto dal mandato. In particolare, la Corte afferma, in ordine ad ipotesi di mediazione atipica, che «*per stabilire se un contratto abbia natura di mandato o di*

a questi ultimi, alla conclusione dell'affare intermediato.

Secondo un primo orientamento[66], la mediazione è un fenomeno contrattuale, desumendosi ciò principalmente dalla collocazione sistematica dell'istituto ed in particolare dal riferimento all'incarico contenuto nell'art. 1756 c.c., che disciplina l'obbligo del rimborso delle spese in favore del mediatore a carico della persona che abbia lui conferito l'incarico.
La negozialità della mediazione non dovrebbe negarsi neppure nell'ipotesi in cui non vi sia stato un preventivo conferimento dell'incarico al mediatore (ovvero vi sia stato un conferimento ad opera di uno soltanto dei soggetti intermediati), in quanto la successiva conclusione dell'affare è considerata volontà di avvalersi dell'attività svolta dal mediatore e, di conseguenza, di concludere il contratto.
Diverse sono le obiezioni mosse ad un tale orientamento.
Innanzitutto, si afferma che la collocazione sistematica della mediazione fra i contratti tipici non può essere considerato sicuro indice della natura contrattuale, non potendo vincolare l'interprete nella sua attività di ricostruzione dell'istituto, cui si aggiunge la considerazione del fatto che sarebbe stato il legislatore a non prendere volutamente posizione sul problema, vista la peculiare formulazione dell'art. 1754 c.c. Inoltre, nella disciplina codicistica non vi sarebbe alcun riferimento all'accordo quale elemento essenziale dell'istituto. In particolare, l'incarico di cui all'art. 1756 c.c. dovrebbe riferirsi non tanto all'attività di mediazione, quanto ad una specifica attività richiesta dall'intermediato.
Con particolare riferimento a quelle teorie contrattualistiche, che rinvengono nella conclusione dell'affare il momento di perfezionamento del contratto di mediazione[67], può sostenersi che il perfezionamento avverrebbe in un momento in cui il contratto ha già esaurito ogni sua funzione, potendo rilevare al più come riconoscimento del debito di provvigione.
Inoltre, si nega costantemente, salvo qualche voce contraria[68], che l'art. 2 della l. 3 febbraio 1989, n. 39, sulla disciplina della professione di mediatore, nel considerare tale qualunque agente d'affari in mediazione, abbia voluto sostanzialmente porre un rinvio al differente contratto d'agenzia, riconoscendo indirettamente la natura contrattuale dell'istituto.
La critica più forte, però, deriva proprio dalla considerazione che l'assoluta libertà del mediatore e degli intermediati (salvo diversa pattuizione), in ordine all'attività di mediazione ed alla conclusione dell'affare, determinano un'attenuazione dei vincoli assunti reciprocamente dalle parti, tale da far dubitare della natura negoziale dell'istituto.
Per altro orientamento[69], quanto meno in relazione alla mediazione espressamente disciplinata dal codice civile[70], si avrebbe un istituto di chiara matrice non negoziale.
Tralasciando la tesi che ravvisa nella mediazione un'ipotesi di *negotiorum gestio*[71], che in realtà si differenzia non poco dalla prima per il carattere della gratuità, per l'obbligo di concludere la gestione ed in relazione all'*utiliter coeptum* (elementi non presenti nella mediazione), è opportuno soffermarci sull'orientamento che rinviene nella messa in relazione degli intermediati un atto giuridico in senso stretto, capace di creare il rapporto.
Più precisamente il complessivo fenomeno della mediazione dovrebbe essere inteso come una

---

mediazione non è sufficiente fare riferimento all'esistenza o meno di un potere di rappresentanza in capo alla persona incaricata del compimento dell'affare (in quanto anche il mediatore può assumere la rappresentanza dell'intermediato), né è sufficiente avere riguardo all'oggetto dell'incarico (potendo la mediazione essere preordinata alla stipula di qualsiasi contratto, ivi compresi quelli di finanziamento), occorrendo, invece avere riguardo alla natura vincolante o meno dell'incarico, in quanto mentre il mandatario ha l'obbligo di eseguirlo, il mediatore ha la mera facoltà di attivarsi per mettere in relazione le parti».

[66] Cass. civ., Sez. III, 19 agosto 2003, n. 12106, in *Arch. civ.*, 2004, 811; Cass. civ., sez. III, 22 marzo 2001, n. 4111, in *Corr. Giur.*, 2001, 1173, con nota di FORCHINO, che denominano esplicitamente la mediazione quale contratto.

[67] POZZI, *op. cit.*, 398.

[68] DI CHIO, *La mediazione*, in *Trattato di diritto commerciale e diritto pubblico dell'economia* diretto da GALGANO, XVI, Padova, 1991, 525.

[69] Fra tutti CATAUDELLA, *Note sulla natura giuridica della mediazione*, in *Riv. dir. comm.*, 1978, I, 379.

[70] Cass. civ., Sez. III, 14 luglio 2009, n. 16382, in *Contratti*, 2009, 1085, con nota di TOSCHI VESPASIANI.

[71] IANNI, *Brevi osservazioni sulla mediazione*, in *Le Corti di Brescia, Venezia e Trieste*, 1960, 808.

sorta di fattispecie a formazione progressiva nella quale alcuni effetti sarebbero riconducibili alla messa in relazione ed altri (in particolare l'obbligo alla corresponsione della provvigione) sarebbero dovuti alla successiva conclusione dell'affare[72].

La messa in relazione costituirebbe il momento dopo il quale sorge la mediazione, seppur alcuni autori hanno negato che a tale situazione possa ricollegarsi la nascita degli obblighi previsti nel codice, che, al contrario, dovrebbero riconoscersi solo a fronte della conclusione dell'affare[73].

Sicuramente non l'obbligo di corresponsione della provvigione, per il quale l'art. 1755 c.c. richiede espressamente la conclusione dell'affare, ma neppure, seppur ciò sembrerebbe porsi in contrasto con l'art. 1756 c.c., l'obbligo di rimborsare le spese sostenute dal mediatore, in considerazione del fatto che l'incarico, cui si riferisce la norma, avrebbe ad oggetto non l'attività di mediazione, ma uno specifico compito affidato dall'intermediato[74], costituendo oggetto di una prestazione relativa ad un contratto d'opera. Anche l'obbligo di informazione, previsto dall'art. 1759 c.c., richiederebbe la conclusione dell'affare, in quanto il mediatore, ove la violazione dell'obbligo abbia determinato la mancata conclusione dello stesso, potrà essere chiamato a rispondere esclusivamente in via extracontrattuale.

Invero, tale ultima critica sembra superata da una recente pronuncia della Suprema Corte, che rinviene la fonte dell'obbligo suddetto nel contatto sociale qualificato, con conseguente responsabilità contrattuale in caso di violazione, indipendentemente dalla conclusione o meno dell'affare.

La teoria della distinzione tra mediazione tipica non negoziale e mediazione atipica contrattuale

Più precisamente, la Cassazione, consapevole del contrasto ed in particolare delle premesse poste a sostegno delle due teorie, ha aderito ad una soluzione di compromesso, individuando due tipologie di mediazione. Da un lato, le disposizioni codicistiche individuano una forma tipica, non negoziale, di mediazione, in quanto non soltanto gli effetti della stessa sono specificamente individuati dal legislatore (con la conseguente esclusione di un negozio giuridico), ma soprattutto perché non vi è alla base un regolamento di interessi preventivamente concordato dal mediatore con una o più parti. Ciò non toglie, peraltro, che la mediazione possa avere la propria fonte in un contratto, così come può desumersi dall'art. 2, punti 2 e 4, della l. n. 39/1989, che esplicitamente indica fra i soggetti obbligati all'iscrizione al ruolo anche coloro che esercitino, su mandato a titolo oneroso, attività per la conclusione di affari relativi ad immobili od aziende.

Quest'ultima ipotesi (mediazione negoziale c.d. atipica) si configura, in particolare, qualora le parti intendano regolare il rapporto di mediazione in modo tale da allontanarsi dalla disciplina codicistica[75] senza che, tuttavia, sia persa la prestazione caratterizzante, consistente nel mettere in relazione due o più parti per la conclusione di un affare (art. 1754 c.c.).

Peraltro, più che ad una mediazione negoziale atipica, tale figura risulta riconducibile al contratto di mandato[76].

L'autonomia nel rapporto di mediazione

L'art. 1754 c.c., oltre a definire l'attività di mediazione, richiede che il mediatore, nello svolgimento della stessa, non sia legato agli intermediati da rapporti di collaborazione, dipendenza o rappresentanza.

L'ultima delle suesposte limitazioni si giustifica in relazione al fatto che non può logicamente parlarsi di mediazione qualora manchi il requisito soggettivo dell'alterità dell'intermediario

---

[72] MELITO, *Il diritto del mediatore alla provvigione e la conclusione dell'affare: in particolare la conclusione di un contratto preliminare*, in *Giur., compl. Cass. civ.*, 1954, II, 235.

[73] MARINI, *La mediazione,* in *Comm. Schlesinger*, Milano, 1992, 18

[74] CARRARO, *La mediazione*, Padova, 1960, 108.

[75] Cass. civ., Sez. III, 7 aprile 2009, n. 8374, in *Imm. e propr.*, 2009, 7, 461, per la quale: «*La mediazione, derogando alle regole dell'articolo 1755 c.c., deve considerarsi atipica nel caso in cui le parti hanno previsto la corresponsione della provvigione all'acquisizione di una proposta di acquisto conforme alle condizioni previste e predefinite nell'incarico di vendita, sì che in questo caso per il sorgere del diritto alla provvigione è sufficiente l'indicazione del futuro contraente, mentre non è necessaria la conclusione dell'affare*».

[76] In tema Cass. civ., Sez. un., 2 agosto 2017, n. 19161.

rispetto all'affare, in ordine al quale lo stesso sia chiamato ad attivarsi.
In particolare, la suddetta ricostruzione sembra essere confermata dal successivo art. 1961 c.c. che, legittimando in capo del mediatore la rappresentanza di uno degli intermediati nell'esecuzione dell'affare concluso, sembra indirettamente escludere che la qualità di rappresentante possa essere assunta prima di tale momento.

Più complesso il discorso relativo ai rapporti di collaborazione e dipendenza, l'esclusione dei quali, ai fini della riconduzione della figura nell'alveo della mediazione, è secondo parte della dottrina[77] e della giurisprudenza più recente dovuta all'imparzialità che deve connotare, quale requisito essenziale, la figura del mediatore.

In realtà, secondo altro orientamento[78], il fatto che l'incarico possa essere conferito anche da una sola delle parti dell'affare (come sempre più spesso avviene al giorno d'oggi) rende difficile poter pensare ad un intermediario equidistante rispetto alla posizione di entrambi gli intermediati. Si preferisce, dunque, aderire alla tesi che esclude la mediazione ogniqualvolta la messa in relazione costituisca adempimento di un obbligo giuridico sorto in relazione ad un rapporto di dipendenza o collaborazione, indipendentemente dall'imparzialità. Pertanto, sembra che la limitazione posta dal legislatore sia da correlare alla necessità che il mediatore, non essendo obbligato a svolgere l'attività di cui all'art. 1754 c.c., agisca in piena autonomia e libertà senza vincolo di subordinazione o collaborazione.

4.1. I doveri ed i diritti del mediatore.

Obblighi del mediatore

Sebbene gravi sul mediatore l'obbligo di comportarsi secondo correttezza, ai sensi dell'art. 1175 c.c., in capo allo stesso non può riconoscersi un obbligo di imparzialità per i motivi esposti nel precedente paragrafo, seppure la tesi non sia comunemente accolta.
È necessario soffermare l'attenzione sugli obblighi di informazione e di garanzia previsti rispettivamente dal comma 1 e comma 2 dell'art. 1759 c.c., senza dimenticare che l'art. 1760 c.c. prevede degli specifici obblighi per il mediatore professionale in affari su merci o su titoli.
Come si è avuto modo di osservare, l'art. 1759, comma 1, c.c. pone a carico del mediatore l'obbligo di comunicare agli intermediari le informazioni a lui note in grado di influire sulla successiva conclusione dell'affare, consentendo alle parti intermediate di valutare l'opportunità e la convenienza dello stesso.

Tale obbligo è valutato dalla giurisprudenza[79] secondo il criterio della diligenza media professionale, in ragione dell'intervento riformatore operato dalla l. n. 39/1989 (che non a caso disciplina il mediatore professionale), con la conseguenza che il mediatore sarà tenuto, nell'adempimento dell'obbligo, ai canoni di diligenza richiesti dall'art. 1176, comma 2, c.c., non essendo comunque vincolato, salvo diversa pattuizione, ad accertamenti di natura tecnico-giuridica[80].
Come si è già avuto modo di osservare al paragrafo precedente, la conclusione dell'affare è ritenuta dalla giurisprudenza tradizionale presupposto al fine di decretare la responsabilità del mediatore *ex* art. 1759, comma 1, c.c., quanto meno nelle ipotesi di mediazione tipica.

---

[77] VARELLI, *La mediazione*, Napoli, 1953, 58.
[78] ALPA, *Istituzioni di diritto privato*, Torino, 1994, 978, che definisce l'imparzialità «*più un obiettivo che una realtà*».
[79] Cass. civ., Sez. II, 16 settembre 2015, n. 18140.
[80] Cass. civ., Sez. III, 18 gennaio 2006, n. 822, in *Obbl. e contr.*, 2007, 1, 34, con nota di DE ROSA.

Peraltro, quest'ultima conclusione sembra negata dalla giurisprudenza più recente[81] per la quale se *prima facie* la responsabilità del mediatore non mandatario appare agevolmente di natura extracontrattuale, risulta preferibile, riguardando la stessa una figura professionale, applicare la più recente previsione giurisprudenziale di legittimità della responsabilità da «contatto sociale».

La disposizione contenuta nell'art. 1759, comma 2, c.c., in base alla quale il mediatore è responsabile dell'autenticità della sottoscrizione delle scritture e dell'ultima girata dei titoli trasmessi per suo tramite, costituisce una specificazione del più generale obbligo di informazione, di cui al primo comma.

Secondo parte della dottrina[82] la norma imporrebbe un vero e proprio obbligo di garanzia, con conseguente responsabilità del mediatore anche non per sua colpa, e non un semplice dovere di diligenza nell'accertamento dell'autenticità delle sottoscrizioni.
Stante la lettera dell'articolo, deve negarsi la responsabilità del mediatore per i documenti non «trasmessi» per suo tramite, ma scambiati direttamente tra le parti.
Si pongono, anche in tale caso, le stesse divergenze di opinioni circa la natura della responsabilità in caso di mancata conclusione dell'affare intermediato, che si è già avuto modo di esaminare in relazione all'obbligo di informazione.

Diritti del mediatore

Per quel che concerne l'obbligo di iscrizione al ruolo dei mediatori previsto dalla l. n. 39/1989, si rinvia al paragrafo successivo.
Fra i diritti del mediatore rileva senza alcun dubbio quello alla provvigione per i suoi profili problematici attinenti all'esatta comprensione della locuzione «se l'affare è concluso per effetto del suo intervento», cui l'art. 1755 c.c. subordina il riconoscimento di tale diritto (salvo diversa pattuizione).
Per conclusione dell'affare deve intendersi il compimento di un'operazione di natura economica generatrice di un rapporto obbligatorio tra le parti, produttivo di azione in giudizio per l'adempimento dell'obbligo assunto[83], ovvero, ancorché articolatasi in una concatenazione di più atti strumentali, sia diretta nel suo complesso alla soddisfazione di un unico interesse economico.

Come si desume dalla relazione al codice civile[84], la nullità del negozio intermediato esclude il diritto alla provvigione, a meno che non intervenga un'ipotesi di conversione del negozio nullo, qualora possa ritenersi che le parti, in relazione allo scopo da esse perseguito, avrebbero voluto, conoscendo la causa di nullità, porre in essere il negozio diverso[85].
Per quanto attiene alla simulazione, solo nel caso in cui essa sia relativa sarà riconosciuto il diritto alla provvigione in relazione al negozio dissimulato, purché ovviamente concluso per effetto dell'intervento del mediatore[86].
L'art. 1757 c.c., al comma 1, dispone che ove il contratto intermediato sia soggetto a condizione sospensiva, il diritto alla provvigione sorge solo a fronte del verificarsi della condizione, mentre al comma 2 e 3 rende irrilevante, ai fini del diritto, il verificarsi della condizione risolutiva ovvero l'annullamento o la rescissione, purché il mediatore non fosse a conoscenza della causa di

[81] Cass. civ., Sez. III, 14 luglio 2009, n. 16382, cit.
[82] MINASI, *Mediazione*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1976, 42; *contra* AZZOLINA, *La mediazione*, in *Tratt. Vassalli*, Torino, 1955, 111.
[83] In particolare, Cass. civ., Sez. III, 19 ottobre 2007, n. 22000, in *Giur. It.*, 2008, 1683, per la quale, in relazione al principio esposto, anche la stipulazione di un contratto preliminare di compravendita di un immobile è sufficiente a far sorgere tale diritto.
[84] Relazione al codice civile n. 725.
[85] CARRARO, *op. cit.*, 275.
[86] CATAUDELLA, *op. cit.*, 11.

invalidità.

~~Inoltre, è necessario, ai fini del riconoscimento del diritto alla provvigione, che l'attività di mediazione abbia avuto un'efficienza causale sulla successiva conclusione dell'affare, non in termini di derivazione diretta ed esclusiva, ma anche semplicemente quale *condicio sine qua non* che si aggiunga ad altre cause indipendenti[87].~~

~~Il nesso di causalità, peraltro, deve essere escluso qualora il negozio concluso sia diverso da quello proposto, seppur non sussista unità di vedute in ordine al reale significato del concetto di identità, che secondo alcune pronunce è di tipo meramente formale, mentre per altre è di tipo economico o, comunque, sostanziale, non potendosi riscontrare diversità, qualora sia stato raggiunto lo scopo perseguito dalle parti, ancorché sulla base di un differente negozio.~~

Sul nesso di causalità tra la messa in relazione e la conclusione dell'affare, la Corte di Cassazione ritiene che, pur non essendo necessario un nesso eziologico diretto ed esclusivo, sia necessario che la messa in relazione da parte del mediatore costituisca pur sempre l'antecedente necessario per pervenire alla conclusione dell'affare[88]. Si sostiene inoltre che purché sussista il nesso di causalità non è necessario l'intervento del mediatore in tutte le fasi delle trattative sino all'accordo definitivo, in quanto anche la semplice attività consistente nel ritrovamento e nell'indicazione dell'altro contraente o nella segnalazione dell'affare legittima il diritto alla provvigione, sempre che tale attività costituisca il risultato utile di una ricerca fatta dal mediatore e poi valorizzata dalle parti[89]. Una volta concluso l'affare non assume rilevanza l'assoluta identità delle condizioni alle quali la trattativa sia stata portata a termine solo successivamente e con l'intervento di altro mediatore, non essendo un unico elemento di parziale differenziazione, di per sé, idoneo ad interrompere il nesso eziologico tra l'attività originariamente svolta dal soggetto che per primo aveva messo le parti in relazione tra loro e l'affare tra le stesse concluso. Per stabilire se tra la messa in relazione e la conclusione dell'affare debba sussistere il nesso di causalità, occorre aver riguardo al principio di causalità adeguata o efficiente, in base al quale la conclusione dell'affare deve costituire l'effetto dell'intervento del mediatore[90], il che si verifica quando l'attività da questi svolta rientra nella serie di fattori ai quali sia ricollegabile la positiva conclusione delle trattative. Non costituiscono circostanze idonee ad interrompere il nesso di causalità né la circostanza che la conclusione dell'affare sia avvenuta dopo la scadenza dell'incarico, né l'intervallo di tempo tra la conclusione del contratto e le prime trattative, né il successivo interessamento anche di altri soggetti. La valutazione circa la sussistenza del nesso di causalità, in quanto accertamento di fatto, è rimessa all'apprezzamento del giudice di merito. La mera indicazione di un potenziale acquirente o venditore non è sufficiente a far sorgere il diritto alla provvigione a meno che tale indicazione, per le particolari difficoltà del settore, non si configuri già di per sé come contributo causale rilevante alla conclusione

[87] Fra le altre v. Cass. civ., Sez. III, 15 aprile 2008, n. 9884, in *Mass. Giur. It.*, 2008.
[88] Cass. civ., Sez. II, Ordinanza, 08/04/2022, n. 11443; Cass. civ., Sez. II, Ordinanza, 16/01/2018, n. 869.
[89] Cass. civ., Sez. II, Ordinanza, 16/01/2018, n. 869.
[90] Cass. civ., Sez. II, Ordinanza, 08/04/2022, n. 11443.

del contratto. Anche nell'ipotesi in cui una parte manifesti ad un mediatore il proprio interesse a vendere un bene immobile senza conferirgli mandato scritto a vendere si configura una fattispecie di mediazione tipica. A norma dell'art. 1755, l'affare che costituisce il diritto alla provvigione del mediatore è quello che dal mediatore è stato proposto alle parti, sicché, nel caso che queste concludano successivamente un affare diverso da quello originariamente proposto dal mediatore, viene meno ogni nesso di causalità tra l'attività da quest'ultimo espletata e l'affare ed il conseguente obbligo delle parti di pagare la provvigione. Con riferimento ad una compravendita immobiliare la giurisprudenza di merito ha ritenuto che non possano assumere rilievo per fondare l'inesistenza del rapporto causale né la diversità dell'oggetto del contratto concluso rispetto a quello proposto dal mediatore, né il lasso di tempo intercorso tra le trattative e la stipula del contratto[91]. Ai sensi della disciplina dettata dagli artt. 1754 e 1755, il diritto alla provvigione deve essere riconosciuto anche qualora l'attività del mediatore non sia stato il fattore determinante ed esclusivo della conclusione dell'affare, essendo sufficiente, rispetto a questo, che la menzionata attività presenti il carattere della completezza. Non assumono in proposito rilevanza, una volta realizzatosi l'affare, gli originari ripensamenti di una delle parti del rapporto di mediazione, i quali appartenendo alla sfera interna delle determinazioni della parte, non possono incidere sull'efficienza causale esclusiva o concorrente dell'opera del mediatore. Il mediatore per far valere il diritto alla provvigione ha l'onere di provare sia di aver posto i contraenti in contatto tra loro, sia che in seguito a questo contatto ed eventualmente all'ulteriore opera di mediazione da lui svolta, è stata possibile la conclusione dell'affare. Il nesso causale tra l'attività del mediatore svolta in favore del venditore *in bonis* e del potenziale acquirente si interrompe se l'acquisizione del bene avviene nell'ambito di una procedura concorsuale. Il diritto alla provvigione non sorge qualora le parti, pur avendo concluso l'affare grazie all'attività del mediatore, non siano state in grado di conoscere ed abbiano ignorato incolpevolmente l'opera di intermediazione svolta. Non sussiste il diritto alla provvigione quando una prima fase delle trattative avviate con l'intervento del mediatore non dia risultato positivo e accada che la conclusione dell'affare, cui le parti siano successivamente pervenute, sia indipendente dall'intervento del mediatore che le aveva poste originariamente in contatto[92]. Affinché sorga il diritto alla provvigione è altresì necessario che l'attività di mediazione sia svolta in modo palese, sicché il mediatore deve rendere note ai soggetti intermediati la propria qualità e terzietà. Di conseguenza, se, ad esempio, il mediatore si presenta formalmente come mandatario di una delle parti dando luogo alla cosiddetta "mediazione occulta" non matura il diritto alla provvigione.

Al diritto corrisponde, in base al comma 2 dell'art. 1755 c.c., l'obbligo per le parti

[91] Pretura Taranto, 22/02/1989.

[92] Nella fattispecie, i giudici di legittimità ha cassato la sentenza di merito che aveva riconosciuto efficacia causale all'attività di un primo mediatore consistita nell'aver occasionalmente accompagnato presso l'abitazione della venditrice una potenziale acquirente, senza valutare se la ripresa delle trattative tra le parti fosse intervenuta per effetto di iniziative nuove assolutamente non ricollegabili alle precedenti e da queste condizionate, tali da escludere la rilevanza dell'intervento dell'originario mediatore (Cass. civ., Sez. II, Ordinanza, 12/02/2019, n. 4107).

che abbiano concluso l'affare di corrispondere la provvigione, così come, in caso di pluralità di mediatori, l'art. 1758 c.c. prevede che ciascuno di essi ha diritto ad una quota della provvigione, la cui misura deve essere rapportata, secondo la giurisprudenza, all'entità ed all'importanza dell'attività prestata da ciascuno degli intermediari.

Salvo patto contrario, è esclusa la solidarietà sia dal lato attivo che dal lato passivo, potendo la parte dell'affare, ai sensi dell'art. 1314 c.c., ritenersi liberata dall'obbligo solo ove abbia corrisposto a ciascuno degli intermediari la quota spettategli.

La mediazione per contraente non nominato

L'art. 1762 c.c. consente al mediatore di non manifestare ad uno dei contraenti il nome dell'altro, divenendo responsabile dell'esecuzione del contratto nei confronti del contraente «palese» (c.d. mediazione per contraente non nominato).

Secondo parte della dottrina[93] e della giurisprudenza, in tal caso il contratto si concluderebbe direttamente tra gli intermediati, in quanto il vincolo non potrebbe formarsi mai in capo al mediatore. Secondo altri[94], invece, la figura in questione denota un'ipotesi di contratto per persona da nominare, in cui le parti sarebbero l'intermediato noto ed il mediatore (salvi poi gli effetti dovuti al disvelamento della parte non nominata), in considerazione del fatto che, aderendo alla tesi opposta, si potrebbe garantirebbe il diritto alla provvigione anche nelle ipotesi in cui un soggetto si finga mediatore, agendo, al contrario, nel suo esclusivo interesse.

4.2. La mediazione professionale e le clausole derogatorie.

L'obbligo di iscrizione al ruolo e le conseguenze derivanti dalla sua violazione

Con la l. n. 39/1989 la mediazione è divenuta attività protetta, esclusiva e non delegabile, allo scopo di riservarne l'esercizio ad operatori in possesso di rigorosi requisiti di idoneità professionale e morale, e combattere in tal modo anche il dilagante fenomeno dell'abusivismo[95].
L'art. 2, punto 1, della l. n. 39/1989 sancisce l'obbligo di iscrizione al ruolo dei mediatori, detenuto presso ciascuna camera di commercio e diviso in tre sezioni, per tutti coloro che intendono esercitare l'attività di mediazione, seppur in forma discontinua od occasionale, eccezion fatta per gli agenti di cambio, i mediatori pubblici, gli agenti marittimi, i mediatori di assicurazioni e per coloro che svolgono mediazione creditizia, per i quali trovano applicazione discipline speciali.
La stessa legge prevede, rispettivamente agli artt. 6 e 8, che la violazione di tale obbligo comporta il venir meno del diritto alla provvigione e l'applicabilità di una sanzione amministrativa, cui si aggiunge, secondo la giurisprudenza, la nullità del contratto per violazione di norma imperativa.

Deve evidenziarsi che, seppur la Corte di Giustizia europea abbia ritenuto contrastante con la dir. 86/653/CE la normativa interna che richiede, ai fini della validità del contratto di agenzia, l'iscrizione dell'agente di commercio nell'apposito albo, tale pronuncia non può estendersi al mediatore, il quale agisce in posizione di terzietà rispetto ai contraenti posti in contatto, a tale stregua differenziandosi dall'agente di commercio, che attua invece una collaborazione abituale e professionale con altro imprenditore[96].

[93] CARRARO, *op. cit.*, 202.
[94] MINASI, *op. cit.*, 42.
[95] LUMINOSO, *op. cit.*, 515.
[96] Cass. civ., sez. I, 5 giugno 2007, n. 13184, in *Contratti*, 2007, 900.

L'obbligo si estende a coloro che, esercitando un'attività mediatizia in senso proprio, agiscono quali ausiliari del mediatore, mentre, al contrario, non può riconoscersi in capo a quei soggetti che realizzino esclusivamente un'attività strumentale a quella propria di mediazione da altri compiuta[97].

Professionalizzazione dell'attività di mediazione e vessatorietà delle clausole derogatorie della disciplina codicistica

La l. n. 39/1989 ha determinato una crescente professionalizzazione dell'attività di mediazione, che sempre più spesso è svolta da strutture complesse ed organizzate in forma di impresa.

Ciò ha decretato un nuovo modo di concepire l'attività di mediazione, non più soltanto tesa all'appianamento delle divergenze ai fini della conclusione dell'affare, ma consistente anche in attività di consulenza giuridica e finanziaria al fine di far fronte ad ogni esigenza manifestata dal cliente. La «semplicistica» struttura dell'istituto che si ricava dalle disposizioni codicistiche non si rivela più consona a descrivere l'attività del moderno mediatore, sempre più complessa. Di conseguenza, nella trattazione della disciplina relativa al mediatore professionale assume particolare importanza la problematica relativa alla validità e vessatorietà di quelle clausole derogatorie della disciplina codicistica (che in alcuni casi distanziano la fattispecie concreta dal tipo mediazione), contenute in moduli o formulari (c.d. contratti standard), il cui utilizzo da parte del mediatore è subordinato al preventivo deposito presso le Commissioni del ruolo dei mediatori istituite presso le Camere di Commercio (art. 5).
Deve evidenziarsi, infatti, che la tradizionale prassi dell'inserimento di clausole vantaggiose per il mediatore all'interno dei contratti deve fare i conti sia con la disciplina tipica predisposta dal legislatore per la mediazione, che, soprattutto, con la dir. 93/13/CE in materia di clausole abusive, trasposta nel nostro ordinamento con l. n. 52/1996 ed ora contenuta nel Codice del consumo. Si allude, in particolare alla clausola "franco mediazione", implicante l'esonero di una delle parti dal pagamento della provvigione; alla clausola di sovrapprezzo, con la quale la misura della provvigione è rapportata alla differenza tra un prezzo fissato in precedenza, in relazione all'affare, dal contraente ed il prezzo che il mediatore riuscirà ad ottenere dall'altro contraente; al patto di irrevocabilità in forza del quale l'intermediato non può revocare l'incarico affidato per un determinato periodo di tempo; al patto di esclusiva in ordine al quale è fatto divieto al cliente di poter concludere l'affare per il tramite di altri mediatori; al patto con il quale il diritto alla provvigione è maturato dal mediatore indipendentemente dalla conclusione dell'affare.

4.3. La mediazione atipica (il c.d. procacciatore di affari).

Si discute se sia necessaria o meno l'iscrizione da parte del c.d. "procacciatore di affare" all'albo professionale dei mediatori.
Le Sezioni unite[98] hanno evidenziato che la legge n. 39 del 1989 (art. 2, comma 4) stabilisce che l'iscrizione debba essere richiesta anche se l'attività venga esercitata in modo occasionale o discontinuo da coloro che svolgono, su mandato a titolo oneroso, attività per la conclusione di affari relativi ad immobili o ad aziende. E poiché nella nozione di mandato a titolo oneroso rientra anche l'incarico conferito ad un soggetto o ad un'impresa finalizzato alla ricerca di altri soggetti interessati alla conclusione di un determinato affare, anche i procacciatori di affari, che su incarico di una parte svolgano l'attività di intermediazione per la conclusione di un affare concernente beni immobili o aziende, devono essere iscritti nei registri delle imprese o nei repertori tenuti dalla camera di commercio. Con la conseguenza che la mancata iscrizione

[97] Cass. civ., sez. III, 7 maggio 2007, n. 10290, in *Contratti*, 2007, 793.
[98] Cass., Sez. un., 2 agosto 2017, n 19161.

esclude il diritto alla provvigione.
L'attività svolta sulla base di mandato oneroso esonera dalla iscrizione solo nel caso in cui l'attività abbia ad oggetto beni diversi dai beni immobili o dalle aziende. In sintesi, l'attività occasionale svolta dal mediatore tipico o atipico che si riferisca alla intermediazione in affari concernenti beni mobili non richiede l'iscrizione.
Si giunge a diversa conclusione se l'attività sia svolta a titolo professionale. In questo caso, qualsiasi forma assuma la mediazione e qualsiasi sia l'oggetto della intermediazione, il mediatore, tipico o atipico, è comunque tenuto all'iscrizione nel registro delle imprese o nel repertorio delle attività economiche, con tutte le conseguenze che dalla mancanza di iscrizione derivano quanto al diritto alla provvigione.
In questa prospettiva, la riserva dello svolgimento dell'attività di mediazione - tipica o atipica - solo a soggetti in possesso di determinati requisiti di idoneità tecnica e morale e la previsione del rifiuto di ogni tutela al mediatore non iscritto nel ruolo si giustificano, nella discrezionale scelta del legislatore nazionale, in relazione alla peculiare importanza assunta dalla mediazione nello sviluppo dei traffici e all'esigenza, sempre più avvertita, di tutelare il generale interesse ad un ordinato e corretto sviluppo di un'attività che spesso costituisce l'unico tramite per la conclusione degli affari.

Per quanto concerne il compenso, è configurabile il diritto alla provvigione del mediatore per l'attività di mediazione prestata in favore di una delle parti contraenti, quando egli sia stato contemporaneamente procacciatore d'affari dell'altro contraente. Infatti, se è vero che, normalmente, il procacciatore d'affari ha diritto al pagamento solo nei confronti della parte alla quale sia legato da rapporti di collaborazione, è anche vero che tale "normale" assetto del rapporto può essere derogato dalle parti, nell'esercizio della loro autonomia negoziale, ben potendo il procacciatore, nel promuovere gli affari del suo mandante, svolgere attività utile anche nei confronti dell'altro contraente con piena consapevolezza e accettazione da parte di quest'ultimo. Di conseguenza, essendo il procacciatore di affari figura atipica, i cui connotati, effetti e compatibilità, vanno individuati di volta in volta, con riguardo alla singola fattispecie, occorre avere riguardo, in materia, al concreto atteggiarsi del rapporto, e in particolare alla natura dell'attività svolta e agli accordi concretamente intercorsi con la parte che non abbia conferito l'incarico[99].

5. L'affiliazione commerciale (*franchising*): nozione, forma e contenuto.

Noz

Dall'art. 1, comma 1, della l. 6 maggio 2004, n. 129, sull'affiliazione commerciale, si desume che quest'ultima (c.d. *franchising*) è un contratto bilaterale, a prestazioni corrispettive, finalizzato alla commercializzazione di determinati beni o servizi, stipulato tra due soggetti giuridici, economicamente e giuridicamente indipendenti (in quanto non legati da rapporti di lavoro, di subfornitura od agenzia[100]), con il quale una parte (affiliante o *franchisor*) concede la disponibilità

[99] Cass. civ., Sez. II, Ordinanza, 25/06/2020, n. 12651.
[100] Cass. civ., sez. III, 15 gennaio 2007, n. 647, in *Foro it.*, 2008, 3, 1, 920.

di un insieme di diritti di proprietà industriale od intellettuale[101] ad un soggetto (affiliato o *franchisee*), il quale si impegna a versare un corrispettivo.

Evoluzione storica e tipologie di affiliazione commerciale

Comunemente si ritiene che il *franchising* sia istituto di derivazione americana, sviluppatosi attorno al 1870 all'indomani della fine della guerra civile, in un momento in cui risultava troppo rischioso ed oneroso per le imprese del nord-est la distribuzione dei propri prodotti nel sud e nell'ovest del paese.
In Italia, seppur l'ampio utilizzo della figura debba essere circoscritto ad un periodo successivo agli anni '70 dello scorso secolo, l'istituto si fa comunemente risalire agli anni '20[102], ma è solo dopo l'intervento del Regolamento CEE 30 novembre 1988, n. 4087 (ormai non più in vigore) che il *franchising* comincia a prendere forma, nella struttura che in parte è contemplata dalla l. n. 129/2004, con la quale è per la prima volta regolamentato nell'ordinamento nazionale.
La tradizione, antecedente alla tipizzazione dell'affiliazione commerciale, sembra rispettata dalla nuova normativa laddove, all'art. 1, comma 1, menziona «lo scopo di commercializzare determinati beni e servizi», chiaramente alludendo al *franchising* di distribuzione ed a quello di servizi, nei quali l'affiliato svolge verso il pubblico un'attività di distribuzione di beni prodotti dall'affiliante ovvero di prestazione di servizi da esso ideati.
Secondo parte della dottrina[103] verrebbe recuperata, in forza di un indiretto richiamo operato dall'art. 1 comma 3, lett. d), anche la tradizionale figura del *franchising* di produzione, nel quale anche l'affiliato svolge attività di produzione, sfruttando le conoscenze dell'affiliante che, solitamente per ragioni di opportunità economica, preferisce non investire direttamente[104].
L'art. 2 rende applicabile la disciplina contenuta nella l. n. 129/2004 sia al *master franchising*, con il quale l'affiliato sfrutta l'affiliazione (detta principale o *master*) al fine di stipulare ulteriori contratti di affiliazione (di secondo livello) con terzi, sia al *corner franchising*, mediante il quale l'affiliato, non rinunciando alla propria principale attività commerciale, riserva uno spazio dedicato esclusivamente alla commercializzazione di prodotti o servizi dell'affiliante.

Contenuto del contratto

Il contratto di affiliazione deve essere redatto per iscritto a pena di nullità. Tale disposizione è contenuta nell'art. 3, comma 1, l. n. 129/2004, il cui comma 3 detta un elenco di indicazioni minime che il contratto stesso deve contenere.

La forma avrebbe, dunque, una «funzione informativa a tutela del *franchisee*»[105], in quanto veicolo per rendere edotte le parti circa il contenuto dell'affiliazione, al fine di garantire certezza e stabilità al rapporto, nonché, in particolare, di tutelare la posizione dell'affiliato (la vera posizione debole del contratto).
Peraltro, non tutti gli elementi minimi, indicati dall'art. 3, comma 3, possono essere definiti essenziali per la riconoscibilità del tipo, con la conseguenza che, indipendentemente dal fatto che il legislatore li abbia espressamente definiti eventuali, sarà l'interprete a doverne riscontrare l'essenzialità, al fine di rilevare la nullità del contratto in caso di loro mancanza od incompletezza.
Carattere essenziale deve riconoscersi all'indicazione dell'ammontare degli investimenti, *ex* art. 3, comma 3 lett. a), consistenti, non nel complesso degli investimenti per avviare l'attività, ma in quelli specifici, necessari per operare nel sistema.

---

[101] L'efficacia del contratto è meramente obbligatoria, in quanto il trasferimento dei diritti si deve ad accordi concettualmente distinti dal contratto di affiliazione commerciale.
[102] VASOLI, Franchising *e disciplina dei contratti stipulati con affilianti stranieri*, in *Dir. prat. soc.*, 2006, 1, 32.
[103] FINESSI, *La tipizzazione del contratto di* franchising *e i profili problematici della l. 6 maggio 2004, n. 129*, in *Studium iuris*, 2004, 1484.
[104] Ciò avviene specialmente nelle ipotesi in cui la produzione debba avvenire in un paese differente da quello di origine dell'affiliante.
[105] DE NOVA, *La nuova legge sul* franchising, in *Contratti*, 2004, 761.

Inoltre, assume veste di elemento essenziale la specifica del *know-how* fornito dall'affiliante (art. 3, comma 3 lett. d), così come definito nel precedente art. 1, comma 3, lett. a).
Infine, può dirsi essenziale anche l'indicazione delle caratteristiche dei servizi offerti dal *franchisor* in termini di assistenza (art. 3, comma 3 lett. f).
Al contrario, carattere soltanto eventuale avranno le altre indicazioni, di cui pure è richiesta l'indicazione nel contratto dall'art. 3, comma 3. In particolare, le spese di ingresso[106] (lett. a), così come le *royalties*[107] (lett. b), potranno definirsi essenziali esclusivamente nel *franchising* di servizi, in quanto, in tal caso, garantiscono il corrispettivo all'affiliante, mentre in quello di distribuzione il compenso potrà essere eventualmente costituito dal semplice prezzo dei beni acquistati dall'affiliato.

Le limitazioni poste dal legislatore all'art. 3, comma 3, esclusivamente per il contratto a tempo determinato, il cui termine dovrà essere pari o superiore ai tre anni e, comunque, tale da garantire l'ammortamento degli investimenti dell'affiliato, sono estese analogicamente da una parte della dottrina[108] anche all'ipotesi di *franchising* a tempo indeterminato, al fine di tutelare anche in tal caso l'ammortamento da un eventuale recesso *ad nutum* dell'affiliante.

Obblighi antecedenti alla conclusione del contratto: in particolare la cd. *disclosure*

5.1. Obblighi antecedenti e successivi alla conclusione del contratto.

L'art. 6 della l. n. 129/2004 richiede ad entrambe le parti un comportamento, in ogni momento, orientato ai canoni di lealtà, correttezza e buona fede.
Prima della conclusione del contratto diversi sono gli obblighi posti in capo all'affiliante ed affiliato, tendenzialmente finalizzati a garantire la trasparenza contrattuale (c.d. *disclosure*) e, di conseguenza, una riflessione serena sull'opportunità dell'affare.

In applicazione dei suddetti canoni di lealtà, correttezza e buona fede, l'art. 6 commi 1, 2 e 3, della l. n. 129/2004 pone obblighi di informazione, diversamente modellati a seconda della parte contrattuale, e la cui violazione, sotto il profilo della falsità, potrà essere fatta valere, in forza dell'art. 8 l. n. 129/2004, ai fini del risarcimento del danno e dell'annullamento del contratto ai sensi dell'art. 1439 c.c.
Entrambe le parti sono tenute a fornirsi reciprocamente e tempestivamente tutte le informazioni necessarie per la conclusione dell'affiliazione.
Mentre le informazioni dell'affiliato dovranno essere esatte e complete, tale requisito non è richiesto espressamente (ma l'estensione è d'obbligo per la dottrina) per quelle fornite dall'affiliante che, peraltro, vedrà limitato il suo obbligo alle sole informazioni richieste dal primo e sempreché la loro divulgazione non sia oggettivamente riservata e non pregiudichi diritti dei terzi.
La maggiore tutela, che sembra essere riservata all'affiliante, è, in realtà, posta nel nulla dall'art. 4, che pone a suo carico l'obbligo di consegnare all'affiliato, almeno trenta giorni prima della sottoscrizione, una copia completa del contratto corredata da un'ulteriore documentazione, della quale lo stesso articolo fornisce un catalogo preciso e dettagliato.

---

[106] Secondo l'orientamento maggioritario il concetto di spese di ingresso è più ampio rispetto a quello di diritti di ingresso (*initial fee*), limitato quest'ultimo, secondo il disposto di cui all'art. 1, comma 3, lett. b), ad «una cifra fissa, rapportata anche al valore economico e alla capacità di sviluppo della rete, che l'affiliato versa al momento della stipula del contratto di affiliazione commerciale»
[107] Definite dall'art. 3, comma 3, lett. c) «*una percentuale che l'affiliante richiede all'affiliato commisurata al giro d'affari del medesimo o in quota fissa, da versarsi anche in quote fisse periodiche*»
[108] DE NOVA, *op. cit.*, 761; per altri autori lo scopo potrebbe essere perseguito mediante l'applicazione dei canoni di correttezza di cui all'art. 1375 c.c., in tal senso: FRIGNANI, *Il contratto di franchising*, Milano, 1999, 184.

La falsità delle informazioni fornite comporta la facoltà della parte in buona fede di chiedere l'annullamento del contratto ai sensi dell'art. 1439 c.c. ed il risarcimento del danno (art. 8).
Si è posto in evidenza che il riferimento all'art. 1439 c.c. è pleonastico[109] e che, per dargli un significato compiuto, occorrerebbe immaginare l'annullamento in caso di dolo anche qualora, nonostante i raggiri, il contratto si sarebbe ugualmente concluso.
Ulteriore onere imposto al *franchisor* (art. 3, comma 3, l. n. 129/2004), che intenda aprire una rete di affiliazione[110], è quello consistente nell'aver già sperimentato sul mercato la propria formula commerciale.

Obblighi relativi alla fase esecutiva del contratto e successivi alla sua cessazione

Funzionali alla tutela degli interessi ed investimenti dell'affiliante, sono gli obblighi che l'art. 5 l. n. 129/2004 pone in capo all'affiliato in sede di esecuzione e successivamente alla cessazione del *franchising*, espressivi del più generale obbligo di buona fede nell'esecuzione del contratto (artt. 1175 e 1375 c.c.).

Salvo forza maggiore, l'affiliato, senza il consenso dell'affiliante, non può trasferire la sede indicata nel contratto.
Inoltre, anche in un momento successivo allo scioglimento dell'affiliazione, si richiede che l'affiliato osservi e faccia osservare ai propri dipendenti la massima riservatezza in ordine al contenuto dell'attività oggetto del contratto.
L'importanza del pregiudizio subito dall'affiliante, in caso di violazione dell'obbligo alla riservatezza, sarà il metro cui rapportare la possibile risoluzione del contratto, oltre a giustificare il risarcimento del danno.
Non è infrequente la pattuizione di vincoli successivi alla cessazione del rapporto in capo all'affiliato.
Si allude, in particolar modo, ai patti con i quali il *franchisee* si obbliga a non utilizzare il *know-how*, i segni distintivi e la proprietà intellettuale, cui si accompagna il patto di non concorrenza, per la cui validità è necessario fare riferimento alle condizioni richieste dagli artt. 2596 c.c. e 5 del Regolamento CE 2790/99, specialmente in riferimento ai divieti sanciti dall'odierno art. 101 del Trattato sul funzionamento dell'U.E. in materia di concorrenza.
In tali casi, però, per far fronte all'eventuale esistenza di scorte di magazzino, si suole prevedere una clausola con la quale il *franchisee* si obbliga ad acquistare le rimanenze, non potendo essergli vietato, altrimenti, l'utilizzo della proprietà intellettuale, seppur per un tempo limitato, ai fini dello smaltimento, in forza dell'art. 1375 c.c.

[109] TRIPODI, *La disciplina del* franchising, in TRIPODI-PANDOLFINI-IANNOZZI, *Manuale del franchising*, Rimini, 2006, 103.
[110] Per il concetto di rete e sistema si veda SALAMONE, *op. cit.*, 737.

CAPITOLO V
I CONTRATTI PER LA PRESTAZIONE DI SERVIZI

SEZIONE I ▪ IL CONTRATTO DI APPALTO

▪**1.** L'appalto: nozione, natura e autonomia. ▪**1.1.** Appalto e figure affini. ▪**1.2.** La struttura: l'oggetto. ▪**1.2.1.** La forma. ▪**1.2.2.** Il corrispettivo. ▪**1.3.** Controlli e verifiche in corso d'opera. ▪**1.4.** Variazioni al progetto e revisione del prezzo. ▪**1.5.** Cessazione del rapporto, accettazione ed effetto traslativo. ▪**1.6.** Garanzia per i vizi e rovina dell'immobile. ▪**1.7.** L'appalto di servizi. ▪**1.8.** Estinzione dell'appalto. ▪**1.9.** Diritti degli ausiliari dell'appaltatore verso il committente. ▪**1.10.** Il subappalto.

SEZIONE II ▪ IL CONTRATTO D'OPERA

2. Il contratto d'opera: profili generali. ▪**2.1.** Figure affini. ▪**2.2.** Disciplina: la fisiologia del rapporto contrattuale. ▪**2.3.** Segue: la patologia del rapporto contrattuale. ▪**2.4.** Il contratto d'opera professionale. ▪**2.5.** L'infungibilità della prestazione professionale. ▪**2.6.** Il compenso. ▪**2.7.** La responsabilità professionale.

SEZIONE III ▪ IL CONTRATTO DI TRASPORTO

▪**3.** Il trasporto: nozione e natura. ▪**3.1.** La struttura. ▪**3.2**. Il trasporto di persone. ▪**3.3.** Il trasporto di cose. ▪**3.4.** Il trasporto cumulativo. ▪**3.5.** La differenza con altri istituti.

SEZIONE IV ▪ I SERVIZI TURISTICI

▪**4.** I servizi turistici. ▪**4.1.** L'apparato definitorio. ▪**4.2**. Il diritto di recesso. ▪

SEZIONE V ▪ IL CONTRATTO DI DEPOSITO

▪**5.** Il deposito in generale. ▪**5.1.** Il deposito in albergo. ▪**5.2.** Il deposito nei magazzini generali

SEZIONE I • IL CONTRATTO DI APPALTO

1. L'appalto: nozione, natura e autonomia.

Nozione

L'art. 1655 c.c. definisce l'appalto come *il contratto con il quale una parte*, ossia l'appaltatore, *assume, con organizzazione dei mezzi necessari e con gestione a proprio rischio, il compimento di un'opera o di un servizio,* commissionatogli dall'appaltante o committente, *verso un corrispettivo in danaro*.

Si tratta di un contratto riconducibile alla categoria dei contratti ad esecuzione prolungata, intermedia rispetto a quella dei contratti ad esecuzione istantanea e ad esecuzione continuata. In particolare, l'interesse del committente trova soddisfazione in un preciso momento temporale, rappresentato dalla produzione dell'effetto traslativo, nonostante l'esecuzione del contratto sia dilatata nel tempo e la durata della prestazione dell'appaltatore sia determinata in funzione dell'*opus* dovuto, avendo inizio con la consegna dei lavori e terminando con l'ultimazione di questi e, quindi, con il passaggio della proprietà in capo all'appaltante[1].

La legge non stabilisce entro quale termine l'opera debba essere compiuta ed il servizio prestato. In giurisprudenza si è precisato che l'appalto, anche nei casi in cui la sua esecuzione si protragga nel tempo, e fatte salve le ipotesi in cui le prestazioni in esso dedotte attengano a servizi o manutenzioni periodiche, non può considerarsi un contratto a esecuzione continuata o periodica con la conseguenza che deve ritenersi applicabile la regola generale dettata dall' art. 1458, della piena retroattività di tutti gli effetti della risoluzione, anche in ordine alle prestazioni già eseguite[2].

L'appalto è un contratto a forma libera e non necessariamente *intuitus personae,* come può desumersi dal disposto dell'art. 1674 c.c., ai sensi del quale il contratto di appalto non si scioglie per morte dell'appaltatore, salvo che la considerazione della sua persona sia stata motivo determinante del contratto. Si tratta, altresì, di un contratto tipicamente oneroso, atteso che, come espressamente previsto dallo stesso art. 1655 c.c., il compimento dell'opera o del servizio avviene verso un corrispettivo in danaro, nonché di un contratto a prestazioni corrispettive ed essenzialmente obbligatorio, facendo nascere in capo ad entrambe le parti l'obbligo di eseguire una prestazione.

Altro carattere dell'appalto è la non aleatorietà, data dal fatto che il rischio della gestione che l'appaltatore assume su di sé rientra pur sempre nell'alea normale del contratto, salvo che «*per volontà delle parti sia introdotto un coefficiente di assoluta incertezza nel rischio cui i contraenti vengono esposti, cioè l'assunzione dell'alea per ogni evento, anche il più anomalo*». Tuttavia, anche l'eventuale clausola con la quale si escluda, in deroga all'art. 1664 c.c., il diritto dell'appaltatore ad un ulteriore compenso per le difficoltà impreviste incontrate nell'esecuzione dell'opera, tipica dell'appalto *à forfait*, non comporta alcuna alterazione della struttura ovvero della funzione dell'appalto, nel senso di renderlo un contratto aleatorio, «*ma solo un ulteriore allargamento del rischio, senza che questo, pur così ulteriormente allargato, esorbiti dall'alea normale di questo tipo*

[1] RESCIGNO, voce *Appalto*, in *Enc. Giur. It.*, 1988; RUBINO - MOSCATI, *L'appalto,* in *Tratt. Vassalli*, Torino, 1980, 295; GAZZONI, *Manuale di diritto privato,* Napoli, 2019, 1164; MAGNI, sub *Art. 1655,* in RESCIGNO (a cura di), *Codice civile,* tomo I, Milano, 2008, 2979.

[2] Cass. civ., Sez. II, Ordinanza, 09/02/2022, n. 4225.

contrattuale».

Autonomia

Connotazione del contratto di appalto, ritenuta essenziale ai fini della riconducibilità al tipo[3] è, infine, l'autonomia dell'appaltatore, «*dominus nell'organizzare e regolare lo svolgimento del lavoro nell'ambito delle finalità previste dal contratto ed al fine di conseguirle»,* senza che in via generale sia ammessa un'ingerenza del committente sotto tale profilo. Si tratta, in particolare, di un carattere che appare strettamente connesso all'assunzione del rischio in capo all'appaltatore[4] e che esclude ogni rapporto istitutorio fra committente ed appaltatore, con conseguente inapplicabilità dell'art. 2049 c.c.[5]

È possibile, tuttavia, che le parti convengano di riservare al committente il potere di ingerirsi nella direzione dei lavori[6]. In tal caso, non viene meno il requisito dell'autonomia, assistendosi semplicemente ad una compressione della stessa, con la conseguenza che l'appaltatore sarà comunque tenuto ad attenersi alle regole dell'arte[7], dovendo segnalare eventualmente la contrarietà a tali regole delle prescrizioni impartitegli[8].

A diversa conclusione si dovrà, invece, pervenire solo laddove l'appaltatore, perdendo ogni autonomia[9], sia ridotto a *nudus minister,* dovendo eseguire la prestazione sotto la diretta e penetrante direzione del committente (appalto a regia). L'autonomia dell'appaltatore non è, invece, esclusa dalla presenza di un direttore dei lavori, che è un rappresentante del committente limitatamente alla materia tecnica[10]. La giurisprudenza di legittimità, in particolare, ha avuto modo di chiarire che per i danni cagionati a terzi nell'esecuzione dei lavori può essere chiamato a rispondere anche il direttore dei lavori, la cui responsabilità è di natura extracontrattuale e può concorrere con quella del committente ovvero dell'appaltatore[11].

1.1. Appalto e figure affini.

Somministrazione

Il contratto di appalto presenta delle affinità con diverse figure contrattuali, che sono state ampiamente analizzate nella giurisprudenza, la quale si è preoccupata di individuare i criteri discretivi con l'appalto.

Vendita

In particolare, affinità sono riscontrabili con la compravendita, specie ove la prestazione da eseguire, presentando elementi combinati di entrambi i negozi, consista sia in un dare che in un *facere*[12]. In giurisprudenza si afferma che, in siffatte ipotesi, ai fini della distinzione tra vendita e appalto occorra avere riguardo ad un criterio di prevalenza, da valutare anche alla luce della comune intenzione delle

---

[3] MANGINI – IACUANIELLO BRUGGI, *Il contratto di appalto,* in *Giur. sist. Bigiavi,* Torino, 1997, 11.
[4] GAZZONI, *op. cit.,* 1165.
[5] Cass. civ., 25 gennaio 2016, n. 1234, in *Giustizia civile massimario 2016*.
[6] Cass. civ., Sez. II, 29 gennaio 2002, n. 1154, in *Giust. civ. Mass.* 2002, 157.
[7] Cass. civ., Sez. I, 18 febbraio 2008, n. 3932, in *Guida al dir.*, 2008, 19, 55.
[8] Cass. civ., Sez. II, 30 maggio 2003, n. 8813, in *Giust. civ. Mass.* 2003, 5.
[9] Cass. civ., Sez. II, 20 febbraio 2008, n. 4364, in *Foro padano*, 2008, 2, I, 283.
[10] Cass. civ., Sez. III, 13 aprile 2015, n. 7370, in *Giust. Civile Mass.*, 2015.
[11] Cass. civ., Sez. II, 27 agosto 2012, n. 14650, in *Giust. Civile Mass.*, 2012, 9, 1082.
[12] MUCIO, *Vendita e appalto: criteri distintivi,* in *Contr.,* 2001, 57; DE NOVA, *La distinzione tra vendita e appalto (un problema di qualificazione)*, in *Foro pad.,* 1967, I, 979.

parti. In particolare, si ha appalto «*quando la prestazione della materia costituisce un mezzo per la produzione dell'opera ed il lavoro è lo scopo essenziale del negozio*»[13]. Pertanto, la prevalenza della prestazione di *facere* e del lavoro sulla materia, che, non a caso, può essere fornita anche dall'appaltante[14] (deponendo in tal senso il disposto dell'art. 1658 c.c.) è indice della presenza di un contratto di appalto. Si badi bene come la giurisprudenza di legittimità abbia affermato che nei casi in cui il negozio presenti elementi di commistione dei due contratti, in ogni caso dovrà essere assoggettato alla disciplina di un solo dei due, individuata in forza del criterio della prevalenza[15].

I medesimi criteri distintivi già analizzati riguardo alla compravendita soccorrono, poi, in relazione al contratto di somministrazione. Ed invero, si resta nell'ambito della somministrazione, ove la prestazione di *facere* appaia meramente strumentale rispetto all'erogazione periodica o continuativa dei beni oggetto del contratto. Si ha appalto nel caso in cui, invece, la prevalenza sia data dall'elemento del lavoro prestato[16].

Contratto d'opera

Il contratto di appalto presenta, altresì, elementi di affinità con il contratto d'opera, rispetto al quale ha in comune il requisito dell'autonomia rispetto al committente, nonché l'oggetto[17]. L'elemento di distinzione va ravvisato, invece, nel profilo organizzatorio, atteso che l'appaltatore esegue la prestazione con organizzazione dei mezzi necessari e con gestione a proprio rischio, rivestendo normalmente la qualità di imprenditore. Tuttavia, nulla esclude che l'appaltatore non presenti soggettivamente tale ultima qualifica, rilevando, sotto un profilo oggettivo, l'esistenza di una organizzazione di tipo imprenditoriale[18], incompatibile con la *locatio operis,* nella quale il contraente impiega prevalentemente il lavoro proprio e dei componenti della propria famiglia.

Lavoro subordinato

L'appalto si differenzia, infine, dal lavoro subordinato in quanto, se oggetto del contratto di appalto è la prestazione verso un corrispettivo in danaro di un ben definito risultato, che andrà conseguito con organizzazione dei mezzi necessari e gestione a proprio rischio, nel caso del lavoro subordinato, oggetto del contratto è la prestazione di una attività lavorativa svolta alle dipendenze e sotto la direzione dell'imprenditore[19]. La subordinazione del lavoratore, in particolare, è cosa diversa rispetto alla generica vigilanza spettante al committente dell'appalto, consistendo tale subordinazione nell'assoggettamento gerarchico del lavoratore rispetto al datore di lavoro.

1.2. La struttura: l'oggetto.

L'oggetto del contratto di appalto può consistere in opere o servizi. In particolare, sono appalti di opere quelli che richiedono lo svolgimento di una attività di rielaborazione della materia, volta ad apportare modifiche alla stessa ovvero a produrre un bene nuovo non già esistente. Laddove l'appaltatore sia

[13] Cass. civ., Sez. II, 30 giugno 2009, n. 15368, in *Foro padano*, 2008, 2, I, 287.
[14] GAZZONI, *op. cit.,* 1164.
[15] Cass. civ., Sez. II, 6 ottobre 2014, n. 20993, in *Guida al dir.*, 2015, 5, 64.
[16] Cass. civ., Sez. lav., 27 agosto 2003, n. 12546, in *Giust. civ. Mass.* 2003.
[17] MAGNI, *op. cit.,* 2975.
[18] GAZZONI, *op. cit.,* 1164.
[19] MAGNI, *op. cit.,* 2975.

semplicemente tenuto a fornire una utilità o comunque a soddisfare un interesse del committente senza rielaborazione della materia, oggetto del contratto di appalto sarà un servizio. In quest'ultimo caso, la disciplina applicabile sarà pur sempre quella codicistica, sebbene modellata sulla base dell'appalto di opere, ma occorrerà aver riguardo alla compatibilità tra ciascuna norma e il contenuto specifico del rapporto dedotto in causa. Così la norma di cui all'art. 1673 c.c. non potrà dirsi estensibile all'appalto avente per oggetto il compimento di servizi, «*nella ipotesi in cui il risultato di questi ultimi non porti, attraverso la trasformazione o modificazione della materia, alla creazione di una res nuova*».

L'oggetto dell'appalto deve, secondo le norme generali, essere determinato o determinabile, nonché lecito, non potendo essere contrario a norme imperative. Sotto quest'ultimo profilo, è opportuno prendere in esame la giurisprudenza di legittimità che ha ritenuto nullo per illiceità dell'oggetto il contratto di appalto per la costruzione di un immobile privo delle necessarie concessioni amministrative[20]. Oltre a non poter pretendere il pagamento del corrispettivo azionando i tradizionali rimedi contrattuali, l'appaltatore, in siffatta ipotesi, non sarà neppure legittimato ad esercitare l'azione di indebito arricchimento, ovvero quella di cui all'art. 936 c.c.

1.2.1. La forma.

Per il contratto d'appalto il legislatore non richiede il rispetto di particolari requisiti formali, non essendo necessaria la forma scritta né *ad substantiam*, né *ad probationem*. Nulla vieta, pertanto, che il contratto sia concluso oralmente ovvero con una manifestazione tacita di volontà per *facta concludentia*[21].

La forma scritta è richiesta, tuttavia, nel caso di appalto avente ad oggetto la costruzione di un bene immobile, ove il suolo sia fornito dall'appaltatore, ricorrendo l'ipotesi di cui all'art. 1350, n. 1, c.c., in ragione del fatto che il committente acquisterà la proprietà del suolo e della costruzione a titolo derivativo dall'appaltatore[22]. Il contratto di appalto deve, altresì, essere redatto per iscritto nel caso in cui abbia ad oggetto la costruzione di navi o aeromobili, essendo la forma scritta richiesta dalle previsioni degli artt. 237, 238 e 852 c. nav.

1.2.2. Il corrispettivo.

L'appalto costituisce un contratto a titolo oneroso, essendo espressamente previsto dal legislatore il pagamento di un corrispettivo in danaro (art. 1655 c.c.). In particolare, si ritiene che il corrispettivo in danaro costituisca un elemento che valga a connotare il tipo negoziale, con la conseguenza che in presenza di un corrispettivo in natura o costituito da un *facere* il contratto non potrà essere qualificato come appalto[23]. In mancanza di un corrispettivo, ove la prestazione debba essere eseguita gratuitamente, la dottrina ritiene ipotizzabile l'esistenza di

[20] Cass. civ., Sez. II, ord. 27 aprile 2018 n. 10173, con la precisazione che l'illiceità del contratto sussiste solo qualora l'appalto sia eseguito in carenza di concessione e non anche nel caso in cui la concessione sia rilasciata dopo la data di stipula ma prima della realizzazione dell'opera.

[21] MANGINI – IACUANIELLO BRUGGI, *op. cit.,* 99.

[22] CAGNASSO, *Appalto nel diritto privato,* in *Digesto comm., I,* Torino, 1987, 166.

[23] GIANNATTASIO, *op. cit.,* 99; RUBINO - MOSCATI, *op. cit.*, 177.

una donazione[24].
Il prezzo viene corrisposto secondo il principio della postnumerazione, sorgendo il relativo diritto non in forza della stipulazione del contratto, ma solo dopo ed in ragione dell'esecuzione[25]. Il corrispettivo, pertanto, sarà pagato dopo l'accettazione.
Il prezzo può, infine, essere pagato *à forfait,* ove sia oggetto di una fissazione globale preventiva, ovvero a misura, cioè sulla base di ogni unità di misura della prestazione. In difetto di fissazione del prezzo, ai sensi dell'art. 1657 c.c., lo stesso andrà determinato con riferimento alle tariffe esistenti o agli usi. In mancanza, sarà determinato dal giudice.

1.3. Controlli e verifiche in corso d'opera.

Verifiche in corso d'opera

L'autonomia di cui gode l'appaltatore nell'esecuzione della prestazione non esclude che il committente possa effettuare delle verifiche in corso d'opera sullo svolgimento dei lavori. Tali controlli sono espressamente previsti dall'art. 1662 c.c., che pone le relative spese a carico del committente medesimo. Si tratta, comunque, di verifiche che costituiscono solo una facoltà in capo a quest'ultimo e che nessun valore possono assumere ai fini dell'accettazione dell'opera ai sensi dell'art. 1665 c.c.[26], con la conseguenza che il committente sarà in ogni caso legittimato a sollevare eventuali obiezioni in sede di verifica finale.
Costituendo tali verifiche mera facoltà dell'appaltante, dal mancato esercizio della stessa facoltà non può farsi derivare alcuna preclusione processuale in ordine all'esercizio dell'azione generale di risoluzione[27].
Per l'ipotesi in cui, a seguito delle verifiche, si accerti che l'esecuzione dell'appalto non proceda secondo le condizioni stabilite nel contratto ed a regola d'arte, il secondo comma dell'art. 1662 c.c. riconosce, altresì, al committente il potere di fissare un congruo termine intimando all'appaltatore di conformarsi a tali condizioni.

Diffida ad adempiere

La conseguenza del mancato adeguamento da parte dell'appaltatore è costituita dalla risoluzione del contratto. L'intento risolutorio si presume sebbene ad esso non sia stato fatto espresso riferimento nella diffida, deponendo in tal senso la lettera della legge. Si tratta, in particolar modo, di una diffida ad adempiere analoga a quella generale prevista dall'art. 1454 c.c., dove, tuttavia, l'intenzione di risolvere il contratto deve essere espressamente dichiarata. Inoltre, differentemente dal rimedio generale di cui all'art. 1454 c.c., la risoluzione non costituisce conseguenza di un inadempimento della parte, atteso che l'esecuzione dell'appalto risulta ancora pendente, non essendo scaduta l'obbligazione e, quindi, inesigibile la prestazione.

1.4. Variazioni al progetto e revisione del prezzo.

Variazioni concordate

Il legislatore fornisce una dettagliata disciplina relativamente alle variazioni del progetto. In particolare, l'art. 1659 c.c. fa riferimento alle variazioni concordate, prevedendo che l'appaltatore non possa apportare variazioni alle modalità di

[24] GIANNATTASIO, *op. cit.,* 99; RUBINO - MOSCATI, *op. cit.*, 177.
[25] GAZZONI, *op. cit.,* 1169.
[26] GAZZONI, *op. cit.,* 1165.
[27] Cass. civ., Sez. II, 22 marzo 2007, n. 6931, in *Guida al dir.*, 2007, 24, 44.

esecuzione dell'opera convenute, se non autorizzate dal committente. L'autorizzazione, secondo il disposto del secondo comma della predetta norma, dovrà essere provata per iscritto. Non è previsto alcun compenso ulteriore per l'appaltatore, sebbene le variazioni siano concordate, allorché il prezzo dell'appalto sia stato determinato *à forfait,* salvo diversa pattuizione (art. 1659, co. 3, c.c.).

Variazioni necessarie

La Corte di Cassazione ha chiarito che le previsioni dell'art. 1659 c.c. non possono, tuttavia, trovare applicazione in presenza dei cosiddetti lavori extracontrattuali, qualora cioè le modifiche aggiuntive al progetto siano di tale natura ed importanza da potersi considerare oggetto di un nuovo contratto di appalto, separato ed indipendente dal primo. In tal caso, non trovano applicazione neppure le limitazioni probatorie di cui all'art. 1659 c.c. e l'autorizzazione del committente può essere desunta ed accertata con qualsiasi mezzo di prova ed anche in via presuntiva[28].

All'art. 1660 c.c. il legislatore prende in considerazione le variazioni al progetto che siano necessarie ai fini di una esecuzione dell'opera a regola d'arte. In tal caso, in mancanza di accordo tra le parti, le varianti saranno determinate dal giudice, unitamente alle correlative variazioni di prezzo.

La norma prevede, altresì, un diritto di recesso sia per l'appaltatore che per il committente. In particolare, il primo può esercitare il diritto di recesso se l'importo delle variazioni supera il sesto del prezzo complessivo convenuto, potendo ottenere, secondo le circostanze, un'equa indennità. Si tratta di un diritto di cui l'appaltatore potrà avvalersi fino a quando l'esecuzione della variante non abbia avuto inizio[29]. Inoltre, ove siano necessarie variazioni a più riprese ciascuna inferiore al sesto, il rispettivo ammontare può sommarsi ai fini dell'applicazione della norma di cui al secondo comma dell'art. 1660 c.c.[30]

L'ultimo comma dell'art. 1660 c.c. riconosce, inoltre, al committente la possibilità di recedere dal contratto, ove le variazioni siano di notevole entità. In tale ipotesi, il committente sarà tenuto a corrispondere all'appaltatore un equo indennizzo, comprensivo del compenso per i lavori eseguiti, delle spese sostenute e dei danni subiti per l'inutilizzazione dell'impresa[31].

Variazioni ordinate dal committente

Il legislatore attribuisce, infine, al committente il potere di apportare variazioni al progetto, sempre che il loro ammontare non superi il sesto del prezzo complessivo convenuto (art. 1661, comma 1, c.c.), limite che può essere raggiunto anche per effetto della somma di più varianti[32]. Si tratta di un potere di modifica contrattuale unilaterale, attribuito *ex lege* al committente e suscettibile di esclusione pattizia[33], cui corrisponde un diritto ad un compenso ulteriore in capo all'appaltatore, anche laddove il prezzo fosse stato determinato globalmente.

---

[28] Cass. civ., Sez. II, 8 gennaio 2014, n. 142, in *Dir. e giust.*, 2014, 9. In tema, Cass. civ., 12 maggio 2016, n. 9767, in *Dir. e giust.*, 2016, 13 maggio, secondo cui "*in materia di appalto, si ha variazione quando le opere nuove sono necessarie per la migliore e completa esecuzione a regola d'arte dell'opera, che quindi, pur modificata resta conforme al progetto originario. Si tratterà di lavori extracontrattuali in presenza di opere nuove che pur avendo una relazione con l'opera in essere non sono in relazione con la stessa ma sono opere con una nuova individualità distinta da quella originaria. Dunque, l'opera nuova è quella che realizza sostanziali modifiche dell'opera originariamente pattuita*".

[29] MAGNI, *op. cit.,* 2988.

[30] GIANNATASIO, *op. cit.,* 191.

[31] GIANNATTASIO, *op. cit.,* 192; MAGNI, *op. cit.,* 2989.

[32] RUBINO – IUDICA, *op. cit.,* 270.

[33] GAZZONI, *op. cit.,* 1167.

La disposizione del primo comma non trova applicazione nel caso in cui le varianti, pur essendo contenute nel limite del sesto, importino notevoli modificazioni della natura dell'opera o dei quantitativi nelle singole categorie di lavori previste nel contratto per l'esecuzione dell'opera medesima (art. 1661, comma 2, c.c.). Il riferimento è ai cosiddetti lavori extracontrattuali, ovvero cambiamenti nella destinazione dell'opera, che l'appaltatore non è tenuto ad accettare, ben potendo rifiutarli[34].

Il regime probatorio delle variazioni dell'opera cambia a seconda che le stesse siano dovute all'iniziativa dell'appaltatore o a quella del committente. Nel primo caso l'art. 1659 c.c. richiede che le modifiche siano autorizzate dal committente e che l'autorizzazione risulti da atto scritto "*ad substantiam*". Nel secondo caso, invece, l'art. 1661 c.c. consente all'appaltatore, secondo i principi generali, di provare con tutti i mezzi consentiti, incluse le presunzioni, che le variazioni sono state richieste dal committente[35].

Sopravvenuta onerosità dell'esecuzione

Il legislatore offre una particolare disciplina con riguardo alle ipotesi in cui si verifichi una onerosità sopravvenuta dell'esecuzione. In particolar modo, ove per circostanze imprevedibili si abbiano aumenti o diminuzioni nel costo dei materiali o della mano d'opera, tali da determinare un aumento o una diminuzione superiori al decimo del prezzo complessivo convenuto, l'appaltatore o il committente possono chiedere una revisione del prezzo medesimo, che può essere accordata solo per quella differenza che eccede il decimo (art. 1664, comma 1, c.c.).

La norma, ritenuta applicabile anche all'appalto di servizi[36], costituisce una applicazione del principio della sopravvenienza di cui all'art. 1467 c.c., mirando a mantenere inalterato nel corso dello svolgimento del rapporto l'equilibrio fra le prestazioni. Differentemente dalla disciplina generale di cui al citato art. 1467 c.c., l'art. 1664 c.c. non prevede, tuttavia, il rimedio della risoluzione del contratto, bensì quello della revisione del prezzo concordato.

Si è discusso in dottrina e giurisprudenza circa i rapporti fra le due disposizioni[37]. Si ritiene che ove non possa operare il disposto dell'art. 1664 c.c., possa comunque trovare applicazione la disciplina generale di cui all'art. 1467 c.c.

Non è mancato, tuttavia, chi ha ritenuto sostanzialmente inesistenti spazi di operatività della norma dell'art. 1467 c.c., non essendo ipotizzabili nell'appalto ipotesi di eccessiva onerosità sopravvenuta non riconducibili all'art. 1664 c.c.[38]

La previsione in esame è suscettibile di deroga pattizia, ma la clausola derogatoria non vale a rendere il contratto aleatorio, incidendo solo nel senso di aumentare il rischio a carico dell'appaltatore.

Sorpresa geologica

Al secondo comma dell'articolo 1664 c.c. il legislatore prende in considerazione la cosiddetta sorpresa geologica, prevedendo il diritto ad un equo compenso per l'appaltatore in relazione ai casi in cui nel corso dell'opera si manifestino difficoltà di esecuzione derivanti da cause geologiche, idriche e simili, non previste dalle

[34] RUBINO – IUDICA, *op. cit.,* 273.
[35] Cass. civ., Sez. II, Ordinanza, 15/12/2021, n. 40122.
[36] Cass. civ., Sez. I, 10 marzo 2006, n. 5277, in *Giust. Civ. Mass.* 2006, 3.
[37] GIANNATTASIO, *op. cit.,* 276; RUBINO – IUDICA, *op. cit.,* 303. In giurisprudenza, Cass. civ., Sez. I, 31 dicembre 2013, n. 28812, in *Giust. Civ. Mass.*, 2013.
[38] RUBINO – IUDICA, *op. cit.,* 303.

parti, tali da rendere notevolmente più onerosa la prestazione.
Si è posta in dottrina e giurisprudenza la questione relativa all'interpretazione delle cause *simili* a quelle geologiche e idriche espressamente considerate dal legislatore. Parte della dottrina ritiene l'espressione comprensiva di ogni causa non imputabile alle parti, sebbene di tipo diverso da quella naturale[39], purché produttiva di effetti identici o analoghi, quali il fatto del terzo e il *factum principis*. L'orientamento prevalente, accolto anche in giurisprudenza, è, tuttavia, nel senso di riconoscere rilevanza alle sole ipotesi di cause naturali[40], non assumendo rilievo il fatto umano. Deve trattarsi di circostanze non già oggetto di previsione, come espressamente richiesto dal legislatore, e neppure prevedibili, secondo l'orientamento prevalentemente accolto dalla giurisprudenza.
Tra gli obblighi dell'appaltatore, sia con riferimento all'appalto pubblico che a quello privato, rientra, senza che a tale scopo sia prevista una specifica pattuizione, il controllo della validità tecnica del progetto fornito dal committente, anche in relazione alle caratteristiche del suolo su cui l'opera deve sorgere, posto che dalla corretta progettazione, oltre che dall'esecuzione dell'opera, dipende il risultato promesso. Pertanto, secondo recente giurisprudenza della Corte di Cassazione, la scoperta in corso d'opera di peculiarità geologiche del terreno tali da impedire l'esecuzione dei lavori, non può essere invocata dall'appaltatore per esimersi dall'obbligo di accertare le caratteristiche idrogeologiche del terreno sul quale l'opera deve essere realizzata e per pretendere una dilazione o un indennizzo, essendo egli tenuto a sopportare i maggiori oneri derivanti dalla ulteriore durata dei lavori, restando la sua responsabilità esclusa solo se le condizioni geologiche non siano accertabili con l'ausilio di strumenti, conoscenze e procedure normali[41].

1.5. Cessazione del rapporto, accettazione ed effetto traslativo.

La cessazione del rapporto contrattuale si ha con l'ultimazione dei lavori ed il passaggio dell'opera in proprietà del committente. A quest'ultimo il legislatore attribuisce il diritto di procedere alla verifica dell'opera realizzata, che andrà compiuta non appena l'appaltatore lo metta in condizioni di poterla eseguire (art. 1665, comma 2, c.c.). La verifica costituisce un'operazione di ispezione e accertamento dell'opera, eseguibile oltre che dal committente anche da un suo incaricato, purché non si tratti del direttore dei lavori, in quanto direttamente responsabile della conformità delle opere alle prescrizioni contrattuali[42].

Verifica

Collaudo

La verifica va tenuta distinta rispetto al collaudo, dichiarazione recettizia successiva con cui il committente dà atto che l'opera è stata eseguita a regola d'arte e in conformità ai patti contrattuali. Si discute circa la natura di tale dichiarazione. Parte della dottrina ha definito il collaudo quale dichiarazione di scienza[43], mentre altri hanno ricondotto il collaudo alla categoria dei negozi giuridici bilaterali di accertamento[44].

---

[39] CAGNASSO, *op. cit.*, 170.
[40] GIANNATTASIO, *op. cit.,* 120; RUBINO – IUDICA, *op. cit.,* 314.
[41] Cass. civ., Sez. I, Ordinanza, 26/02/2020, n. 5144.
[42] Incorre nell'inadempimento, legittimante la risoluzione del contratto, l'appaltatore che si opponga alla verifica dell'esecuzione dell'opera di costruzione (T. Catania, Sez. IV, 6.6.2022).
[43] RUBINO – IUDICA, *op. cit.,* 331.
[44] GIANNATTASIO, *op. cit.,* 275.

Accettazione

Verifica e collaudo sono seguiti dall'accettazione, che costituisce un negozio unilaterale recettizio con cui il committente manifesta la volontà di ricevere l'opera[45] e che fa nascere in capo all'appaltatore, salvo diversa pattuizione o uso contrario, il diritto al pagamento del corrispettivo (art. 1665, comma 5, c.c.).
L'accettazione può essere espressa, tacita o presunta. È presunta nelle due ipotesi disciplinate dal terzo comma dell'art. 1665 c.c. In particolare, se nonostante l'invito fattogli dall'appaltatore, il committente tralascia di procedere alla verifica senza giusti motivi, ovvero non ne comunica il risultato entro un breve termine, l'opera si considera accettata.
Si ha accettazione tacita nell'ipotesi disciplinata dal quarto comma, ossia nel caso in cui il committente riceva senza riserve la consegna dell'opera, ancorché non si sia proceduto alla verifica.
In giurisprudenza si è evidenziato che l'accettazione senza riserva non libera l'appaltatore dalla responsabilità per vizi occulti. Qualora l'inadempimento dell'appaltatore consista nell'anticipato abbandono dei cantieri e nel mancato completamento dell'appalto, neppure l'eventuale accettazione della costruzione, per quanto incompleta, può impedire al committente di richiedere il risarcimento del danno o la risoluzione del contratto o comunque eccepire l'inadempimento[46].

Molteplici sono gli effetti dell'accettazione: oltre al diritto al pagamento del corrispettivo a favore dell'appaltatore, il passaggio del rischio per perimento o deterioramento dell'opera (art. 1673 c.c.) e l'esonero dell'appaltatore dalla garanzia per le difformità ed i vizi dell'opera, ove i vizi fossero conosciuti o riconoscibili, purché, in quest'ultimo caso, non taciuti in mala fede (art. 1667, comma 1, c.c.).

Effetto traslativo

Ulteriore effetto può essere il passaggio della proprietà dell'opera in capo al committente. Sotto questo aspetto occorre distinguere a seconda che si tratti di appalto mobiliare o immobiliare. Nel primo caso, la proprietà si trasferisce con l'accettazione, se la materia è fornita dall'appaltatore. In caso contrario, ove i materiali siano forniti dal committente, l'effetto traslativo si produce man mano che l'opera viene ad esistenza. Nel caso in cui, invece, l'appalto abbia ad oggetto la costruzione di beni immobili, la proprietà si acquista sempre per accettazione, se il terreno è di proprietà dell'appaltatore, mentre l'acquisto della proprietà avverrà per accessione *ex* art. 934 c.c., se il terreno è già di proprietà del committente[47].

1.6. Garanzia per i vizi e rovina dell'immobile.

Rapporti con la disciplina generale

L'art. 1667 c.c. disciplina la garanzia per le difformità e i vizi dell'opera, che la giurisprudenza dominante considera applicazione speciale della generale responsabilità contrattuale per inadempimento, non trattandosi di una garanzia in senso tecnico, ossia di una obbligazione separata e distinta rispetto a quella principale di esecuzione dell'opera. In particolare, la stessa giurisprudenza non ha escluso l'applicazione delle disposizioni generali in tema di inadempimento contrattuale, per l'ipotesi in cui l'opera non sia stata eseguita o completata, ovvero l'appaltatore l'abbia realizzata con ritardo o, pur avendo eseguito l'opera, si sia

[45] RUBINO – IUDICA, *op. cit.,* 334; GIANNATTASIO, *op. cit.,* 278; GAZZONI, *op. cit.,* 1168.
[46] Cass. civ., Sez. II, Ordinanza, 19/03/2021, n. 7861.
[47] GIANNATTASIO, *op. cit.,* 283; GAZZONI, *op. cit.,* 1168.

rifiutato di consegnarla[48]. L'operatività della norma di cui all'art. 1667 c.c. va, pertanto, limitata ai soli casi in cui l'opera sia in ogni caso compiuta e completa.
La garanzia non è dovuta se il committente ha accettato l'opera e le difformità o i vizi erano da lui conosciuti o riconoscibili, purché, in questo caso, non siano stati taciuti in mala fede dall'appaltatore (art. 1667, comma 1, c.c.). Il legislatore opera, quindi, una distinzione a seconda che i vizi siano apparenti o occulti. Nel primo caso l'accettazione senza riserve costituisce un fatto impeditivo al sorgere della responsabilità dell'appaltatore.

Onere di denuncia

I vizi e le difformità devono essere denunciati dal committente all'appaltatore, a pena di decadenza, entro un termine di sessanta giorni dalla scoperta (art. 1667, comma 2, c.c.). I vizi consistono in mancanza di qualità che devono inerire l'opera e si differenziano dalle difformità, che consistono invece in discordanze dalle prescrizioni del contratto. La necessità della denuncia riguarda i soli vizi occulti, rispondendo l'appaltatore dei vizi palesi senza che il committente, che non abbia accettato l'opera, sia tenuto ad alcuna denuncia[49]. Quest'ultima, per espressa previsione normativa, non è necessaria neppure se l'appaltatore abbia riconosciuto le difformità o i vizi o li abbia occultati (art. 1677, comma 2, c.c.). In particolare, il riconoscimento può essere espresso in qualsiasi forma, anche *per facta concludentia,* e, ove sia accompagnato dall'assunzione dell'obbligo di eliminazione del vizio, dà vita ad una obbligazione autonoma rispetto all'obbligazione di garanzia, non soggetta ai termini di decadenza e di prescrizione di cui all'art. 1667 c.c. Inoltre, nel caso in cui l'appaltatore riconosca i vizi e le difformità, l'obbligo della denuncia sarà escluso seppur egli neghi di doverne rispondere. Per quanto attiene all'occultamento, lo stesso, in analogia al disposto del primo comma dell'art. 1667 c.c., va inteso anche come semplice silenzio di malafede da parte dell'appaltatore[50].
Nel caso in cui i vizi discendano dalla progettazione e l'appaltatore abbia eseguito un progetto altrui, questi sarà comunque tenuto a rispondere, ove non abbia denunciato i vizi al committente non appena scoperti. In particolare, in tale ipotesi sussiste un'obbligazione solidale tra appaltatore e progettista. L'appaltatore non andrà esente da responsabilità neppure nel caso in cui il progetto sia stato fornito dal committente, salvo lo abbia eseguito quale *nudus minister*.

Prescrizione

L'azione è soggetta ad un termine di prescrizione biennale, in relazione al quale il legislatore individua quale *dies a quo* la consegna dell'opera. È previsto, altresì, che il committente convenuto per il pagamento possa sempre far valere la garanzia, purché le difformità o i vizi siano stati denunciati entro sessanta giorni dalla scoperta e prima che siano decorsi i due anni dalla consegna (art. 1667, comma 3, c.c.).

Tradizionalmente la giurisprudenza ha ritenuto che il termine di prescrizione predetto valesse con riguardo a tutte le azioni contrattuali di cui all'art. 1668 c.c. e non con riguardo alle comuni azioni contrattuali, né rispetto alla connessa azione di risarcimento del danno. Di recente la Suprema Corte si è espressa, invece, nel senso di ritenere applicabile anche all'azione risarcitoria i termini di prescrizione e decadenza di cui all'art. 1667 c.c.[51]

[48] Cass. civ., sez. III, 6 aprile 2006, n. 8103, in *Contratti*, 2007, 1, 45.
[49] RUBINO - MOSCATI, *op. cit.*, 499; GIANNATTASIO, *op. cit.,* 203
[50] RUBINO - MOSCATI, *op. cit.*, 505.
[51] Cass. civ., Sez. II, 6 settembre 2017 n° 20839; Cass. civ., Sez. II, 30 ottobre 2009, n. 23075, in *Giust. Civ.*

All'art. 1668 c.c. il legislatore prevede, quindi, quale contenuto della garanzia per difetti dell'opera, l'azione di eliminazione dei vizi, la riduzione del prezzo, il risarcimento del danno e, infine, la risoluzione del contratto, rimedi tutti attivabili anche in assenza di colpa dell'appaltatore. La risoluzione può essere richiesta nel caso in cui i vizi e le difformità siano tali da rendere l'opera del tutto inadatta alla sua destinazione[52].
La risoluzione del contratto per colpa dell'appaltatore non priva quest'ultimo del diritto al riconoscimento di un compenso per le opere già effettuate, e di cui il committente stesso si sia giovato[53]. Nel caso di risoluzione dell'appalto per totale mancata esecuzione del contratto da parte dell'appaltatore, il risarcimento dovuto al committente, liberato dall'obbligo del pagamento del prezzo, consiste nella differenza fra l'importo pattuito con l'appaltatore inadempiente e il maggior costo sopportato per la stipulazione di un successivo contratto maggiormente oneroso[54].

Rovina dell'immobile

Una tutela speciale per il committente è offerta dal legislatore con riguardo all'appalto immobiliare.

In particolare, l'art. 1669 c.c. prevede la responsabilità dell'appaltatore nei casi in cui, nel corso di dieci anni dal compimento, l'opera, per vizio del suolo o per difetto della costruzione, rovina in tutto o in parte ovvero presenta evidente pericolo di rovina o gravi difetti. Si tratta di una responsabilità che riveste, differentemente da quella di cui all'art. 1667 c.c., carattere extracontrattuale, essendo preposta a garantire interessi di carattere generale ed inderogabili, come l'incolumità personale, che vanno al di là dei confini del rapporto negoziale *inter partes*[55].
Proprio in ragione della natura aquiliana della responsabilità in questione, la giurisprudenza ha precisato che, qualora l'art. 1669 c.c. non trovi applicazione in concreto per mancanza di uno dei presupposti richiesti dalla norma, si riespande l'ambito di applicazione dell'art. 2043 c.c.: in questo caso, tuttavia, non opera più alcun regime di presunzione di responsabilità in capo al costruttore, dovendo il danneggiato dimostrare la sussistenza di tutti gli elementi costitutivi della responsabilità extra-contrattuale, compresa la colpa del debitore[56].
L'orientamento più recente della giurisprudenza[57], in controtendenza rispetto alla tesi consolidata, tende a spostare il baricentro dell'art. 1669 c.c. dall'incolumità dei terzi alla compromissione del godimento normale del bene, e dunque da un'ottica pubblicistica ed aquiliana ad una privatistica e contrattuale della responsabilità *ex* art. 1669 c.c. Ciò rende meno attuale la teoria della natura extracontrattuale della responsabilità di cui all'art. 1669 c.c.: essa, anche se non ha esaurito la propria funzione storica, ha perso l'originaria centralità che aveva nell'interpretazione giurisprudenziale della norma.
Si ha rovina totale o parziale allorché l'immobile subisca la disintegrazione degli elementi che ne compongono le strutture necessarie della stabilità, cessando di esistere in tutto o in parte. I gravi difetti, invece, consistono in quelle alterazioni che riducono apprezzabilmente il godimento del bene nella sua globalità, pregiudicandone la normale utilizzazione, in relazione alla sua funzione economica e pratica e secondo la sua intrinseca natura.

Mass., 2009, 10.
[52] Cass. civ., Sez. VI, 18 maggio 2012, n. 7942, in *Dir. e giust. Online*, 2012, 21 maggio.
[53] Cass. civ., Sez. II, Ordinanza, 30/10/2018, n. 27640; Cass. civ., 13/12/1977, n. 5444.
[54] Cass. civ., Sez. III, Sentenza, 17/06/2021, n. 17453.
[55] Cass. civ., Sez. II, 31 gennaio 2008, n. 2313, in *Mass. Giur. It.*, 2008.
[56] Cass. civ., Sez. un., 3 febbraio 2014, n. 2284, in *Foro it.*, 2014, 7-8, I, 2178.
[57] Cass. civ., Sez. un., 27 marzo 2017, n. 7756.

Legittimati attivi, oltre al committente, sono i suoi aventi causa, ossia successori sia *inter vivos* che *mortis causa*, acquirenti e legatari del diritto di proprietà o di altro diritto reale[58]. Legittimati passivi sono l'appaltatore, purché non *nudus minister,* il progettista, il direttore dei lavori, ma non anche il fornitore dei materiali.

La rovina ed i difetti gravi devono essere denunciati a pena di decadenza entro un anno dalla scoperta e il diritto del committente si prescrive in un anno dalla denuncia (art. 1669, comma 2, c.c.).

1.7. L'appalto di servizi.

Come si è detto, oggetto del contratto di appalto può essere sia la costruzione di un'opera che la prestazione di un servizio.
L'appalto di servizi consiste in un *facere*, quindi nella prestazione di un'attività che si realizza nell'obbligo in capo all'appaltatore di fornire un servizio a fronte di un corrispettivo predeterminato in accordo con il committente.
Assuma rilevanza, in questo caso, la differenza rispetto al contratto di somministrazione, basata sul diverso contenuto delle prestazioni tipiche.
In particolare, la prestazione dell'appaltatore è diretta sostanzialmente a un *facere,* e cioè al compimento di un'opera o di un servizio mediante organizzazione dei mezzi necessari e con gestione a proprio rischio. Al contrario, la prestazione del somministrante è diretta ad un dare, dato che l'oggetto del negozio è costituito da prestazioni periodiche o continuative di cose (art. 1559 c.c.).
Anche l'attività del somministratore può implicare un *facere:* ciò accade, ad esempio, quando egli deve produrre in tutto o in parte le cose, oggetto della somministrazione, per essere in grado di provvedere alla periodica e continuativa consegna dei quantitativi dovuti all'altra parte. La funzione di questa obbligazione di *facere,* però, è strumentale rispetto all'obbligazione di dare, di cui rende possibile l'esecuzione.
Il contenuto delle prestazioni tipiche vale anche a distinguere l'appalto di servizi dal mandato: l'appaltatore svolge una funzione di carattere materiale, perché si obbliga a compiere per altri, verso un corrispettivo, un'opera o un servizio. Il mandatario, con o senza rappresentanza, esplica invece un'attività giuridica, dato che compie uno o più atti giuridici per conto del mandante (art. 1703 c.c.).
In linea di principio, si applicano all'appalto di servizi tutte le norme generali dettate in materia di appalto.

1.8. Appalto per trasferimento di cose

L'art. 1, comma 819, L. 30 dicembre 2021, n. 234, a decorrere dal 1° gennaio 2022 ha previsto la fattispecie dell'appalto per trasferimento di cose all'art. 1677 bis c.c.[59] prevedendo che se l'appalto ha per oggetto, congiuntamente, la prestazione di due

Commentato [BF6]: N
sottoparagrafi da rivedere
dell'inserimento di nuovi

[58] GAZZONI, *op. cit.,* 1170.
[59] Il presente articolo è stato inserito dall' art. 1, comma 819, L. 30.12.2021, n. 234 (Legge di Bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2022 e bilancio pluriennale per il triennio 2022-2024), a decorrere dal 1° gennaio 2022. Successivamente, tale norma è stata poi sostituita dal disposto dell'art. 37 bis, 1° co., D.L. 30.4.2022, n. 36 (Ulteriori misure urgenti per l'attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza), convertito, con modificazioni, dalla L. 29.6.2022, n. 79, entrando in vigore dal 30 giugno 2022.

o più servizi di logistica relativi alle attività di ricezione, trasformazione, deposito, custodia, spedizione, trasferimento e distribuzione di beni di un altro soggetto, alle attività di trasferimento di cose da un luogo a un altro si applicano le norme relative al contratto di trasporto, in quanto compatibili.

1.8. Estinzione dell'appalto.

Recesso *ad nutum*

Molteplici sono le cause di estinzione del contratto di appalto. In particolare, accanto alle ipotesi già esaminate di risoluzione del contratto *ex* art. 1662 c.c. e di recesso *ex* art. 1660 c.c., il legislatore all'art. 1671 c.c. riconosce in via generale al committente il potere di recedere dal contratto, anche se è stata iniziata l'esecuzione dell'opera o la prestazione del servizio, purché tenga indenne l'appaltatore delle spese sostenute, dei lavori eseguiti e del mancato guadagno. Si tratta di un diritto di recesso *ad nutum* esercitabile senza necessità di giustificazioni in qualunque momento posteriore all'esecuzione del contratto. In caso di recesso unilaterale del committente dal contratto di appalto, ai sensi dell'art. 1671 c.c., grava sull'appaltatore, che chiede di essere indennizzato del mancato guadagno, l'onere di dimostrare quale sarebbe stato l'utile netto da lui conseguibile con l'esecuzione delle opere appaltate, costituito dalla differenza tra il pattuito prezzo globale dell'appalto e le spese che si sarebbero rese necessarie per la realizzazione delle opere. Resta salva per il committente la facoltà di provare che l'interruzione dell'appalto non ha impedito all'appaltatore di realizzare guadagni sostitutivi ovvero che gli ha procurato vantaggi diversi[60].

Comunicata l'intenzione di recedere, non può più essere richiesta la risoluzione del contratto, né il recesso può essere esercitato dopo che sia stata richiesta la risoluzione.

Si ritiene non necessario il preavviso del recesso, salvo diversa previsione pattizia[61], e, quanto ai requisiti formali, si concorda sul fatto che la forma sia libera[62]. È previsto a favore dell'appaltatore il pagamento di una indennità, che costituisce debito di valore e che si giustifica in ragione del fatto che il recesso, negozio unilaterale recettizio, produce effetti *ex nunc,* con la conseguenza di far acquisire al committente la proprietà dell'opera fino a quel momento realizzata. Il diritto di recesso può essere soggetto a limitazioni per effetto di specifiche pattuizioni delle parti, ma in dottrina si è ritenuta nulla la clausola che esclude totalmente la possibilità di recedere per il committente[63]. La norma, inoltre, è stata considerata estensibile anche all'appalto di servizi.

Impossibilità di esecuzione dell'opera

Ulteriore ipotesi di estinzione del contratto di appalto è costituita dall'impossibilità di esecuzione dell'opera, disciplinata dall'art. 1672 c.c., ai sensi del quale se il contratto si scioglie perché l'esecuzione dell'opera è divenuta impossibile in conseguenza di una causa non imputabile ad alcuna delle parti, il committente deve pagare la parte dell'opera già compiuta, nei limiti in cui è per lui utile, in proporzione al prezzo pattuito per l'intera opera. La norma trova applicazione

[60] Cass. civ., Sez. II, 17/07/2020, n. 15304.
[61] RUBINO - MOSCATI, *op. cit.*, 830.
[62] RUBINO - MOSCATI, *op. cit.*, 830; GIANNATTASIO, *op. cit.,* 285; GAZZONI, *op. cit.,* 1171.
[63] GIANNATTASIO, *op. cit.,* 301.

unicamente con riferimento alle ipotesi di impossibilità parziale, che si ha quando una parte dell'opera sia stata eseguita e ne è solo impossibile il completamento, operando in relazione all'impossibilità totale la disciplina generale di cui all'art. 1463 c.c.[64]. Nei casi di impossibilità temporanea, la disposizione trova applicazione, ove ricorrano le condizioni di cui all'art. 1256, comma 2, c.c.[65]

Perimento o deterioramento dell'opera

Il contratto di appalto si estingue, altresì, allorché, per causa non imputabile ad alcuna delle parti, l'opera perisca o sia deteriorata prima che sia accettata dal committente o prima che il committente sia in mora a verificarla.

In tal caso, il perimento o il deterioramento sono a carico dell'appaltatore, qualora questi abbia fornito la materia (art. 1673, comma 1, c.c.). Se, invece, la materia è fornita in tutto o in parte dal committente, il perimento o il deterioramento dell'opera è a suo carico per quanto riguarda la materia da lui fornita e per il resto è a carico dell'appaltatore (art. 1673, comma 2, c.c.). La norma, diversamente da quanto visto con riguardo all'art. 1672 c.c., non è stata ritenuta applicabile all'appalto di servizi.

Morte dell'appaltatore

Infine, causa di estinzione dell'appalto è la morte dell'appaltatore, ove il contratto sia stato stipulato *intuitus personae.*

In particolare, ai sensi dell'art. 1674 c.c., il contratto di appalto non si scioglie per la morte dell'appaltatore, salvo che la considerazione della sua persona sia stata motivo determinante del contratto. Di regola, quindi, il rapporto prosegue con gli eredi, ma il committente può sempre recedere dal contratto, se gli eredi dell'appaltatore non danno affidamento per la buona esecuzione dell'opera o del servizio (art. 1674, comma 2, c.c.).

Lo scioglimento del contratto opera *ex nunc* ed ai fini dello scioglimento è sufficiente la prova che il committente si sia rivolto all'appaltatore in quanto ritenuto fornito di speciali requisiti[66]. Alla morte sono equiparabili, ai fini dell'applicazione dell'art. 1674 c.c., l'interdizione, la dichiarazione giudiziale di assenza e l'incapacità naturale dell'appaltatore[67].

Inoltre, nel caso di scioglimento del contratto per morte dell'appaltatore, il committente è tenuto a pagare agli eredi il valore delle opere eseguite, in ragione del prezzo pattuito, e a rimborsare le spese sostenute per l'esecuzione del rimanente, ma solo nei limiti in cui le opere eseguite e le spese sostenute gli siano utili.

Il committente ha diritto di domandare la consegna, verso una congrua indennità, dei materiali preparati e dei piani in via di esecuzione, salve le norme che proteggono le opere dell'ingegno (art. 1675 c.c.).

1.9. Diritti degli ausiliari dell'appaltatore verso il committente.

Il legislatore attribuisce azione diretta contro il committente a quanti hanno svolto la loro attività alle dipendenze dell'appaltatore per eseguire l'opera o per prestare il servizio, fino alla concorrenza del debito che il committente ha verso l'appaltatore al momento della domanda (art. 1676 c.c.).

Si tratta di un'azione, esperibile anche nel caso di contratti stipulati con la pubblica

[64] RUBINO – IUDICA, *op. cit.*, 480.
[65] RUBINO – IUDICA, *op. cit.*, 487.
[66] GIANNATTASIO, *op. cit.,* 310; MAGNI, *op. cit.*, 3018.
[67] MAGNI, *op. cit.*, 3019; RUBINO - MOSCATI, *op. cit.*, 868.

amministrazione[68], avente natura sostitutoria e non surrogatoria, in quanto non caratterizzata dalla sostituzione del creditore al proprio debitore per far valere un diritto appartenente a quest'ultimo. Ai fini dell'attivazione del rimedio non è, quindi, richiesta la preventiva escussione del patrimonio dell'appaltatore, come chiaramente emerge dalla lettera della norma, che definisce l'azione *diretta.*
Legittimati attivi sono esclusivamente i dipendenti dell'appaltatore, non potendo, pertanto, essere esercitata l'azione da parte dei subappaltatori.
Sussiste solidarietà passiva fra appaltatore e committente, ma quest'ultimo non diviene parte del rapporto di lavoro, con la conseguenza di non essere assoggettato al rispetto delle relative norme, fra cui i principi di congruità della retribuzione *ex* art. 36 Cost.[69]
L'azione dei dipendenti dell'appaltatore nei confronti del committente di cui all'art. 1676 c.c. non può avere ad oggetto le somme liquidate a titolo di risarcimento del danno da licenziamento illegittimo in quanto essa riguarda solo il credito maturato dal lavoratore in forza dell'attività svolta per l'esecuzione dell'opera o la prestazione del servizio oggetto dell'appalto, in coerenza con la "ratio" della norma di determinare l'indisponibilità del credito dell'appaltatore-datore di lavoro nei confronti del committente, al fine di garantire i lavoratori che hanno prestato la loro opera per l'esecuzione dell'appalto. Pertanto, quando questi ultimi si rivolgono al committente questi diviene loro diretto debitore, in solido con l'appaltatore, fino alla concorrenza del debito per il corrispettivo dell'appalto[70].

Il committente non è liberato se paga all'appaltatore dopo aver ricevuto la richiesta di pagamento da parte degli ausiliari di quest'ultimo *ex* art. 1676 c.c., cosicchè, laddove abbia pagato due volte, nei confronti dell'appaltatore e dei dipendenti di questo, potrà richiedere all'appaltatore il rimborso della somma, nei limiti di quanto già corrisposto agli ausiliari in base ai principi dell'indebito arricchimento[71].

1.10. Il subappalto.

Il subappalto costituisce una particolare figura contrattuale, riconducibile, secondo **Nozione**
parte della dottrina, alla categoria generale dei subcontratti, cioè negozi che discendono da altro già perfezionato, rispetto al quale si caratterizzano per l'identità del contenuto economico e della causa, sebbene conclusi separatamente e aventi autonoma esistenza[72]. È, quest'ultima, la teoria cosiddetta della derivazione, accolta in prevalenza anche dalla giurisprudenza, che individua nel subcontratto una ipotesi di collegamento fra contratti, coordinati in vista di una operazione economica unitaria[73].
Dottrina minoritaria ritiene, invece, che il subappalto costituisca un contratto a

[68] Cass. civ., Sez. lav., 10 marzo 2001, n. 3559, in *Giur. It.,* 2001, 1883.
[69] GAZZONI, *op. cit.,* 1139.
[70] Cass. civ., Sez. lavoro, Ordinanza, 17/12/2019, n. 33407.
[71] RUBINO – IUDICA, *op. cit.,* 497.
[72] CIGLIOLA, *Il contratto di subappalto*, in *Tratt. Galgano*, II, Torino, 1995, 1402; GAZZONI, *op. cit.,* 1172; MESSINEO, *Contratto derivato-subcontratto*, in ED, X, Milano, 1962, 80; MAGNI, *op. cit.,* 2982.
[73] Cass. civ., Sez. I, 11 novembre 2009, n. 23903, in *Dir. e Giust.,* 2009 (nota di PAPAGNI), secondo cui "*la natura di contratto derivato o subcontratto del subappalto - con il quale l'appaltatore conferisce ad un terzo l'incarico di eseguire in tutto o in parte i lavori che si è impegnato ad eseguire sulla base del contratto principale - comporta che la sorte del subappalto è condizionata a quella del contratto di appalto*".

favore di terzo, che nel caso specifico sarebbe identificabile nel committente[74].
Il codice civile fornisce una disciplina alquanto scarna del subappalto, limitandosi a considerare tale figura contrattuale agli articoli 1656 e 1670 c.c.

Autorizzazione

In particolare, nella prima delle due norme considerate il legislatore si limita a prevedere che l'appaltatore non possa dare in subappalto l'esecuzione dell'opera o del servizio, se non previa autorizzazione del committente. Si è discusso ampiamente in ordine alle conseguenze della mancata autorizzazione. Tradizionalmente la dottrina considera affetto da nullità, non rilevabile d'ufficio e relativa, il subappalto privo dell'autorizzazione del committente, il quale solo potrebbe far valere tale vizio[75]. Si è anche parlato di annullabilità, ma sostanzialmente con i medesimi effetti[76]. Altri hanno, invece, ritenuto che la mancanza della necessaria autorizzazione rilevasse nel senso di consentire al committente di esperire i rimedi previsti per l'inadempimento contrattuale, in tal modo dovendo essere qualificato il comportamento dell'appaltatore. Secondo questa posizione dottrinaria, pertanto, il committente potrebbe agire per la risoluzione del contratto, sempre che non sia stato da questi autorizzato tacitamente il subappalto[77]. Ed invero, la giurisprudenza riconosce la possibilità che l'autorizzazione venga data per *facta concludentia,* non dovendo necessariamente essere espressa.

Autonomia

Come per l'appalto, caratteristica del subappalto è l'autonomia del subappaltatore nell'esecuzione della prestazione oggetto del contratto. In forza di ciò, quest'ultimo, da un lato, deve segnalare in base alle regole dell'arte eventuali inesattezze del progetto o delle istruzioni impartitegli; dall'altro, assume gli obblighi facenti capo all'appaltatore, tra cui quello di porre in essere tutte le cautele indispensabili per evitare infortuni sul lavoro, dovendo rispondere, ove si verifichino, direttamente nei confronti dei propri dipendenti e non potendo pretendere di essere tenuto indenne dall'appaltatore subcommittente, salvo quando il subappaltatore, sulla base delle specifiche pattuizioni ovvero nel concreto svolgimento del rapporto, sia stato un semplice esecutore di ordini del subcommittente, privato della sua autonomia organizzativa, a tal punto da risultare un *nudus minister* di questi.

Disciplina

Quanto alla disciplina normativa, si osservano le medesime disposizioni dell'appalto, escluse quelle disposizioni che fanno eccezione alla regola e che concedono particolari benefici. Rispetto, invece, alle clausole pattizie, le condizioni del contratto di appalto non si estendono in via automatica al contratto di subappalto avendo le parti la facoltà di fissare una disciplina diversa relativamente, per esempio, ai tempi di esecuzione, consegna ed ai prezzi.

Tutela del committente

Il committente non ha azione diretta nei confronti del subappaltatore, potendo solo, ove ne ricorrano i presupposti, esercitare i controlli e le verifiche di cui all'art. 1662 c.c. mediante l'azione surrogatoria[78]. In via generale, pertanto, potrà agire

---

[74] GRASSO, *Il subcontratto,* Napoli, 1977, 157.
[75] RUBINO – IUDICA, *Dell'appalto,* in *Comm. Scialoja-Branca, sub. Artt. 1655-1677,* Bologna – Roma, 1992, 201.
[76] GIANNATTASIO, *L'appalto,* in *Tratt. Cicu Messineo.,* Milano, 1977, 70.
[77] RUBINO – SAMMARTANO, *Appalti di opere e contratti di servizi,* Padova, 1996, 599; GAZZONI, *op. cit.,* 1172.
[78] GIANNATTASIO, *op. cit.,* 75.

unicamente nei confronti dell'appaltatore per far valere i vizi e le difformità di cui agli artt. 1667-1677 c.c.[79] Sarà, quindi, l'appaltatore a dover agire in via di regresso nei confronti del subappaltatore, previa comunicazione, ai sensi dell'art. 1670 c.c., della denunzia dei vizi entro sessanta giorni dalla ricezione.

[79] GAZZONI, *op. cit.,* 1172.

SEZIONE II • IL CONTRATTO D'OPERA

2. Il contratto d'opera: profili generali.

Origine storica

Il contratto d'opera, disciplinato nel libro quinto del codice civile, ha origini nel *contractus* di *locatio conductio*, ricompreso dai classici tra i contratti che si concludono con il semplice consenso, comunque manifestato.

La *locatio conductio* comprendeva tre diverse tipologie: *locatio rei*, *locatio operis* e *locatio operarum*, che secondo parte della dottrina consistevano in tre distinti contratti, mentre le fonti ne forniscono una trattazione unitaria[80].

L'odierno contratto d'opera comprende ipotesi un tempo inquadrate nella *locatio operis* e nella *locatio operarum*. Invero nella prima rientravano le fattispecie contrattuali nelle quali l'opera veniva svolta su un bene di proprietà del locatore, il quale pagava un prezzo al momento della consegna dell'*opus perfectum*; nella seconda oggetto del contratto era l'attività lavorativa, la quale tuttavia veniva prestata prevalentemente in condizioni di subordinazione.

Infatti, le cosiddette *artes liberales*, che corrispondono alle attuali attività professionali, non erano oggetto di *locatio*, ma venivano esercitate gratuitamente tant'è che l'espressione «onorari», oggi utilizzata per identificare i compensi dei professionisti, ha origine nelle donazioni che detti professionisti ricevevano in cambio delle loro prestazioni gratuite (*honorarii).*

Definizione

Oggi l'art. 2222 c.c. definisce il contratto d'opera come quel contratto con il quale una parte si obbliga verso un corrispettivo a compiere un'opera o un servizio, con lavoro prevalentemente proprio e senza vincolo di subordinazione nei confronti del committente[81].

Dalla definizione fornita dal legislatore, così come dalla stessa denominazione codicistica del titolo III «*Del lavoro autonomo*», è facile desumere che una delle caratteristiche essenziali del contratto, che lo differenzia nettamente dalla *locatio operarum*, è l'autonomia. Da questa deriva l'assunzione del rischio a carico del prestatore d'opera, il quale si obbliga nei confronti del committente a prestare l'*opus perfectum*, quale che sia il costo sopportato per ottenere il risultato, gravando sullo stesso prestatore il rischio di (in)utilità dell'opera.

Altra caratteristica fondamentale del contratto è la sinallagmaticità, come desumibile dal disposto dell'art. 2225 c.c., in base al quale il contratto d'opera viene considerato essenzialmente oneroso[82], e ricompreso quindi nello schema del *do ut facias*.

Al pari di altri contratti, nei quali una delle prestazioni si concretizza in un *facere*, il contratto disciplinato dagli artt. 2222 e ss. c.c. è caratterizzato dall'*intuitus personae* e dalla consequenziale infungibilità della prestazione. Trova, dunque, applicazione sia la seconda parte dell'art. 1330 c.c., in base al quale la morte e la sopravvenuta incapacità del prestatore d'opera prima della conclusione del contratto determinano la perdita dell'efficacia della proposta o della accettazione; nonché la

[80] MARRONE, *Istituzioni di diritto romano,* Firenze, 1994, 491-496.

[81] La giurisprudenza di merito ha confermato che, per il contratto d'opera, non è richiesta dalla legge la forma scritta. Pertanto, incombe sulla parte che lo voglia far valere a proprio favore la dimostrazione del contenuto del contratto stipulato oralmente (T. Ancona 22.2.2021, n. 243).

[82] GIACOBBE, *Il lavoro autonomo: contratto d'opera,* in *Commentario Schlesinger*, Milano, 2000, 137 ss.

disciplina dettata dal nostro ordinamento relativa all'inadempimento delle obbligazioni aventi ad oggetto un *facere* infungibile, le quali non possono essere oggetto di esecuzione in forma specifica.
La mancanza nel titolo III di una disposizione derogatoria al principio generale della libertà di forma consente inoltre di classificare il contratto d'opera tra i contratti non formali, il cui perfezionamento può avvenire pertanto anche in forma orale[83].

2.1. Figure affini.

Le caratteristiche fin qui delineate permettono di distinguere il contratto in esame dalle figure affini.
In primo luogo, è necessario precisare che il contratto d'opera costituisce una fattispecie residuale di lavoro autonomo, la cui disciplina può trovare applicazione per tutte le ipotesi non tipizzate dal legislatore.
Non rientra certamente tra queste ultime il contratto di appalto, le cui regole sono specificatamente dettate dal codice civile, e che rappresenta la fattispecie con la quale il contratto d'opera presenta maggiori affinità.

Le due discipline sono pressoché identiche per quanto concerne il disposto dell'art. 2224 c.c., relativo al potere di verifica e di controllo del committente e all'obbligo di conformazione del prestatore d'opera alle condizioni dettate dal committente, dall'art. 2227 c.c., che prevede una forma di recesso *ex lege ad nutum* a favore del committente, nonché dall'art. 2228 c.c., che fa riferimento ad un'ipotesi di impossibilità parziale sopravvenuta.
Si differenzia unicamente per i termini, in quanto nettamente più brevi quelli dettati per il contratto d'opera, la disciplina relativa alla difformità e ai vizi dell'opera, fornita dall'art. 2226 c.c.
Dal punto di vista sostanziale, il contratto d'opera ha in comune con l'appalto l'obbligo verso il committente di compiere dietro corrispettivo un'opera o un servizio senza vincolo di subordinazione e con assunzione del rischio da parte di chi esegue, differenziandosene, sotto l'aspetto quantitativo piuttosto che qualitativo, per il fatto che l'opera o il servizio vengono compiuti con lavoro prevalentemente proprio dell'obbligato, con l'eventuale aiuto dei propri familiari o di pochi collaboratori.
Le due fattispecie restano, dunque, diversificate in relazione non alla natura, all'oggetto o al contenuto della prestazione ma all'organizzazione e alle caratteristiche dell'impresa preposta al compimento dell'opera.
Anche la giurisprudenza ha concordemente confermato che il discrimen tra contratto d'opera e d'appalto risiede nella presenza in un caso del lavoro proprio del contraente (pur se coadiuvato da componenti della sua famiglia o da qualche collaboratore secondo il modulo organizzativo della piccola impresa desumibile

[83] Vedi però Cass. civ., Sez. II, ord, 15 giugno 2020, n. 11465 secondo la quale il contratto d'opera professionale sottoscritto con la Pubblica Amministrazione, anche quando questa agisce al pari di un soggetto privato, necessita della forma scritta *ad substantiam*.

dall' art. 2083) e nell'altro in una organizzazione stabile d'impresa, nella quale l'appaltatore si avvale del lavoro subordinato altrui[84].

Ne deriva che ai fini della qualificazione giuridica di un contratto come appalto anziché come contratto d'opera non può essere valorizzata né l'autonomia dell'imprenditore che ha assunto l'impegno, né la previsione pattizia di uno specifico risultato che questi si sia obbligato a raggiungere, né la specificazione dettagliata del materiale da adoperare, del tipo di intervento o della mano d'opera.

Più di recente la Corte di Cassazione[85] ha stabilito che contratto d'opera e contratto d'appalto hanno in comune l'obbligazione verso il committente di compiere, a fronte di corrispettivo, un'opera senza vincolo di subordinazione e con assunzione del rischio da parte di chi li esegue. L'elemento differenziale va identificato, quindi, nel criterio della struttura e della dimensione dell'impresa: il contratto d'opera, infatti, coinvolge la piccola impresa *ex* art. 2083 c.c., il contratto di appalto postula, invece, un'organizzazione di media o grande impresa.

Il contratto di lavoro subordinato

Il legislatore qualifica l'opera oggetto del contratto in esame come una forma di lavoro, che si differenzia nettamente dal lavoro subordinato proprio per la mancanza del vincolo di subordinazione e l'assunzione del rischio.

I primi due elementi sono connotati esclusivi e peculiari del rapporto di lavoro subordinato. Per collaborazione si intende l'inserimento del lavoratore nella organizzazione dell'impresa in modo continuativo e sistematico, mentre il vincolo di dipendenza gerarchica si esplica nell'esercizio di una costante vigilanza del datore di lavoro sull'operato del lavoratore.

Per quanto concerne l'oggetto della prestazione, questo, nel caso del lavoro autonomo, è dato dal risultato dell'attività del prestatore, mentre, nel caso del lavoro subordinato, è costituito dalle energie lavorative esplicate dal prestatore secondo le direttive e sotto il controllo del datore di lavoro.

Infine, il rischio attinente all'attività produttiva ricade sul datore di lavoro nella ipotesi di lavoro subordinato (al lavoratore dipendente viene in ogni caso riconosciuto il diritto inviolabile allo stipendio), mentre grava sul lavoratore nel caso di lavoro autonomo.

Inoltre, quando gli elementi fin qui elencati non siano agevolmente apprezzabili ai fini della distinzione tra le due fattispecie di lavoro, occorre fare riferimento a criteri sintomatici e sussidiari quali la qualificazione del prestatore come «dipendente», *nomen iuris* che di per sé non ha un valore assorbente, ma deve essere interpretato unitamente ad altri indizi probatori della subordinazione, come le modalità di pagamento di un corrispettivo.

La distinzione tra l'obbligazione del lavoratore autonomo e quella del lavoratore subordinato corrisponde, per coloro che la ritengano ancora valida[86], alla distinzione tra obbligazione di risultato, e obbligazione di mezzi, eccezion fatta per quanto si preciserà in seguito con riferimento al lavoro autonomo intellettuale.

Il lavoro parasubordinato

Più complessa appare la distinzione tra il lavoro autonomo e il lavoro parasubordinato, che

[84] Cass. civ., Sez. II, 04/02/2004, n. 2115; Cass. civ., Sez. II, 29/05/2001, n. 7307; Cass. civ., Sez. II, 17/07/1999, n. 7606; Cass. civ., Sez. II, 04/06/1999, n. 5451; Cass. civ., Sez. lavoro, 16/06/1989, n. 2916; Tribunale di Forlì 25.2.2021, n. 216.

[85] Cass. civ., Sez. II, 16 novembre 2017, n. 27258.

[86] *Contra*, GIACOBBE, *op. cit.*, 137 ss.

presenta caratteri sia del contratto d'opera che del contratto di lavoro subordinato, e mentre da quest'ultimo mutua gli elementi della continuazione e del coordinamento, alla pari del primo, comporta lo svolgimento di prestazioni lavorative, con autonoma organizzazione di tempi e tecniche, idoneo ad incrementare scienza ed esperienza del prestatore.
Ne consegue una differenza di ordine qualitativo e non quantitativo tra il potere direttivo del datore di lavoro nel rapporto di lavoro subordinato e quello di coordinamento del committente, che si estrinseca soltanto nel potere di conformazione della prestazione convenuta con il lavoratore coordinato[87].
Se è vero che il lavoratore parasubordinato, come il lavoratore autonomo, non ha l'obbligo di prestare il suo servizio a favore di un unico datore di lavoro, è altrettanto vero che il lavoratore autonomo può determinare da solo le modalità di esecuzione della prestazione di lavoro, nei limiti delle condizioni generali pattuite nel contratto, mentre il primo si obbliga a eseguire la prestazione convenuta su richiesta del committente secondo modalità di luogo e di tempo pattuite nel contratto o concordate di volta in volta con il committente stesso.

L'art. 2223 c.c. distingue il contratto d'opera dalla vendita nell'ipotesi in cui la materia sia fornita dal prestatore d'opera in base all'*id* sul quale si forma il consenso delle parti. Si applica, dunque, la disciplina degli artt. 2222 c.c. e ss., qualora le parti abbiano avuto prevalentemente in considerazione l'attività svolta dal lavoratore autonomo, mentre trova applicazione la disciplina della vendita qualora l'oggetto del contratto sia la materia.

Vendita di cosa futura

Maggiori sono le affinità tra il contratto d'opera e la vendita di cosa futura, rispetto alla quale il contratto *de quo* differisce per la prevalenza del *facere* sul *dare*. Si ha la prima ipotesi quando l'oggetto viene prodotto in conseguenza dell'incarico conferito al prestatore d'opera, mentre si rientra nella vendita di cosa futura, qualora un imprenditore si obblighi a fornire ad un altro soggetto manufatti rientranti nella propria normale attività produttiva o commerciale, apportando ad essi le modifiche di forma, misura e qualità richieste specificamente dalla controparte. Dette modifiche, in ogni caso, devono essere tali da non snaturare le caratteristiche essenziali del prodotto, ma consistere in accorgimenti marginali e secondari diretti ad adattarlo alle specifiche esigenze dell'acquirente.
Da un punto di vista prettamente pratico è altresì possibile evidenziare come, mentre nella vendita di cosa futura la consegna del bene esaurisce le obbligazioni contrattuali, nel contratto d'opera questo momento è posticipato fino all'accettazione dell'opera da parte del committente[88].

2.2. Disciplina: la fisiologia del rapporto contrattuale.

Esecuzione dell'opera

L'art. 2224 c.c. disciplina l'esecuzione di quei contratti d'opera finalizzati alla realizzazione di un bene materiale e rappresenta un corollario del principio generale dettato dall'art. 1176 c.c.
Nel contratto d'opera il prestatore, a fronte del pagamento del corrispettivo, è obbligato ad eseguire l'*opus* dedotto in contratto secondo le previsioni concordate ed a regola d'arte. Tuttavia, in mancanza di una pattuizione espressa, che preveda in maniera puntuale ed esaustiva l'attività da svolgere, l'esatto adempimento dell'obbligo di esecuzione a regola d'arte comporta che il prestatore debba eseguire

[87] SANTORO PASSARELLI, *Dal contratto d'opera al lavoro autonomo economicamente dipendente attraverso il lavoro a progetto*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2004, 543.
[88] PERULLI, *Il lavoro autonomo,* in *Tratt. dir. civ. comm.* diretto da Cicu-Messineo, Milano, 1996, 246.

tutte quelle opere che, secondo il principio di buona fede e l'ordinaria diligenza dell'*homo eiusdem condicionis ac professionis*, sono funzionali al raggiungimento del risultato.

L'obbligo del prestatore d'opera non rimane privo di forza cogente; lo stesso primo comma dell'articolo in esame conferisce al committente la facoltà di fissare un termine entro il quale il lavoratore autonomo deve conformarsi alle condizioni stabilite dal contratto o, comunque, necessarie per la realizzazione dell'*opus perfectum*. Strumentale a detta facoltà del committente è il potere di verifica e di controllo che viene pacificamente riconosciuto a questi nonostante la mancanza di una previsione esplicita, presente invece in materia di appalto (art. 1662 c.c.)[89].

Invero, tale potere di verifica è stato più volte interpretato alla pari di un onere, se non addirittura di un dovere del committente. La mancanza del suo esercizio è stata ritenuta idonea a configurare un concorso di colpa del committente con il prestatore d'opera per i danni subiti dai terzi in conseguenza dei difetti dell'opera.

Il rimedio previsto dal primo e secondo comma dell'art. 2224 c.c. non si presenta come obbligatorio e, conseguentemente, non deroga alla disciplina generale della risoluzione per inadempimento. Questa rimane, dunque, applicabile al contratto d'opera in quanto compatibile con quella speciale, oppure in quanto a questa preferita dal committente. A tal proposito, è opportuno precisare che la facoltà di fissazione di un termine non comporta i medesimi effetti della diffida ad adempiere di cui all'art. 1454 c.c.: non provoca, infatti, la risoluzione automatica del contratto, ma dà origine al diritto di recesso previsto dal secondo co. dell'articolo in esame.

Se l'attività oggetto dell'obbligazione deve essere svolta in luoghi o locali posti sotto il controllo del committente e dei quali, di conseguenza, costui deve assicurare la sicura agibilità, quest'ultimo ha l'obbligo di assicurare la sicurezza del prestatore d'opera. Pertanto, in caso di danno subito dal prestatore d'opera causato dalle condizione dell'ambiente di lavoro grava sul committente l'onere risarcitorio[90].

Compenso

Si è già precisato come il contratto d'opera venga considerato un contratto essenzialmente oneroso, onerosità che si desume dal disposto dell'art. 2225 c.c.

In materia di *locatio operis*, tuttavia, non è di per sé stesso illecito il contratto con il quale viene convenuta l'esclusione o la limitazione del diritto del prestatore d'opera al compenso.

Il patto di gratuità della prestazione, inoltre, non richiede una forma specifica e tantomeno quella scritta, onde può essere stipulato anche verbalmente. Né è necessario che esso sia provato documentalmente, ma la sua esistenza può comunque desumersi dall'inequivoco comportamento delle parti.

Qualora tale patto non esista, come avviene nella maggior parte delle ipotesi, il

---

[89] RIVA SANSEVERINO, *Lavoro autonomo,* in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, Bologna, 1977,

[90] In tema di danno occorso ad un prestatore d'opera, sussiste la responsabilità del committente, che sia anche comodatario dell'area sulla quale si svolge la prestazione, ove sia accertato il nesso eziologico tra il danno, l'ambiente ed i luoghi di lavoro. Nella specie, la S.C. ha ritenuto che il nesso eziologico non potesse ritenersi interrotto dal comportamento del prestatore d'opera, posto che il committente-comodatario non poteva non percepire, sia in ragione della qualità non professionale dell'incaricato che per l'assenza di misure di sicurezza, la situazione di pericolo insita nello svolgimento dell'incarico conferito, avente ad oggetto il montaggio di un tendone di otto metri di altezza (Cass. civ., Sez. III, Ordinanza, 10/02/2022, n. 4358).

corrispettivo può essere liberamente determinato dalle parti. Il relativo credito, qualificabile quale credito di valuta, sorge al momento della consegna dell'opera, a seguito dell'accettazione del suo risultato da parte del committente.
Poiché le norme di legge sul contratto d'opera non contengono una disposizione equivalente o simile a quella dell'art. 1659 c.c. in materia di appalto, il prestatore d'opera ha diritto al compenso per i lavori eseguiti in aggiunta o in variazione del preventivo anche in mancanza di pattuizione espressa o di prova scritta, purché siano accettati dal committente. Conseguentemente, trattandosi di rapporto che si svolge con minori formalità, occorre un'espressa pattuizione per stabilire che il prezzo è immutabile e che eventuali varianti o aggiunte non saranno remunerate.
Dal menzionato art. 2225 c.c. emerge, quindi, che la fonte principale ai fini della determinazione del compenso è la volontà delle parti, in mancanza della quale si procede gerarchicamente avuto riguardo alle tariffe professionali, agli usi ed infine alla determinazione del giudice.
Su un piano generale, la giurisprudenza ha ribadito che qualora il corrispettivo non sia stato convenuto dalle parti e non possa essere determinato secondo le tariffe professionali o gli usi, la determinazione dello stesso è di competenza del giudice in relazione al risultato ottenuto e al lavoro necessario per ottenerlo, con statuizione insindacabile in Cassazione se sorretta da motivazione immune da vizi logici e da errori di diritto. La giurisprudenza ha specificato che il carattere esaustivo della disposizione, secondo la quale il giudice deve fondarsi su parametri obiettivi (risultato ottenuto e lavoro necessario per ottenerlo), non osta all'utilizzabilità della valutazione equitativa delle prestazioni *ex* art. 432 c.p.c. nei casi in cui permangono incertezze insuperabili attraverso gli ordinari mezzi istruttori per quanto attiene alle specifiche modalità lavorative e all'esatta entità delle prestazioni effettuate. Rimane al professionista l'onere probatorio in merito sia all'*an* del credito vantato, sia al *quantum*, che si traduce nella prova dell'effettiva esecuzione dell'incarico, del suo conferimento e dell'entità dell'impegno professionale impiegato[91].

Il principio di postnumerazione del corrispettivo

Ai fini della determinazione da parte della autorità giudiziaria, in base ad una prima interpretazione giurisprudenziale, trovava piena applicazione il c.d. «principio della postnumerazione» in forza del quale il corrispettivo deve essere stabilito dal giudice esclusivamente in relazione al risultato ottenuto e al lavoro normalmente necessario per ottenerlo e non al lavoro effettivamente svolto.
L'applicazione di tale principio è oggi affievolita; si ritiene, infatti, che l'autorità giudiziaria, chiamata a svolgere un ruolo pari a quello di un arbitratore, dovrebbe fare riferimento alla natura, quantità e qualità delle prestazioni eseguite, nonché al tempo e ai costi occorrenti per il relativo espletamento, secondo il duplice parametro del risultato per il committente e del lavoro per il prestatore d'opera. Conseguentemente, qualora nel corso del rapporto le prestazioni d'opera

[91] Tribunale di S. Maria Capua Vetere, Sez. IV, 25.5.2022, n. 2008.

assumano una maggiore ampiezza, sia qualitativa che quantitativa, con ulteriore dispendio per il prestatore e maggior vantaggio per il committente, è legittima la determinazione giudiziale del compenso per esse spettanti, non potendo essere perseguiti maggiori vantaggi per il secondo attraverso un maggior sacrificio economico per il primo, senza che si determini una disarmonia tra le prestazioni in sinallagma.

2.3. Segue: la patologia del rapporto contrattuale.

I vizi dell'opera

Ai sensi dell'art. 2226 c.c., l'accettazione espressa o tacita dell'opera libera il prestatore dalla responsabilità per difformità o per vizi della medesima, se all'atto dell'accettazione questi erano noti al committente o facilmente riconoscibili, purché in questo caso non siano stati dolosamente occultati.
Si possono, dunque, identificare due distinte categorie di vizi: quelli noti o facilmente conoscibili, e quelli occulti o dolosamente occultati.
Riguardo ai primi l'accettazione del committente, senza riserve, esplica un effetto sanante, in conseguenza del quale il prestatore d'opera viene liberato dalla responsabilità nascente dal contratto. Con riferimento ai secondi, invece, viene riconosciuto al committente, a prescindere dall'accettazione dell'opera, un termine di decadenza di otto giorni decorrente dalla relativa scoperta.
La mancata denunzia nel suddetto termine determina la non incidenza dei vizi sull'efficacia del contratto, con la conseguenza che questi non possono essere fatti valere neanche al fine di eccepire l'inesatto adempimento da parte del prestatore d'opera, qualora questi richieda il pagamento del corrispettivo convenuto. Alla medesima conclusione si deve, inoltre, pervenire con riguardo alla richiesta del committente di risarcimento dei danni causati dalla condotta illecita del prestatore, *ex* art. 2043 c.c. Si può, invero, profilare una responsabilità extracontrattuale di quest'ultimo solo in relazione a fatti diversi da quelli oggetto dello specifico regolamento negoziale, il quale, come precisato, esclude la rilevanza dei vizi non tempestivamente denunziati.
La denuncia dei vizi, d'altro canto, non è necessaria se il prestatore d'opera ha riconosciuto i vizi o li ha occultati, in quanto la disciplina dettata riguardo all'appalto dall'art. 1667 c.c., è applicabile anche al contratto d'opera.
Si ritengono altresì applicabili il comma 3 dell'art. 1667 c.c., con la conseguenza che la garanzia può sempre essere fatta valere in via d'eccezione purché la denuncia sia stata effettuata entro i termini di decadenza e di prescrizione previsti dall'art. 2226 c.c., nonché l'art. 1669 c.c., qualora l'*opus* si concretizzi in un bene immobile. Trova, infine, applicazione l'art. 1668 c.c., per l'espresso rinvio operato dal legislatore.

Recesso del committente

Altra ipotesi di patologia del rapporto contrattuale si configura qualora l'opera non venga completata non per responsabilità del prestatore, ma a seguito del recesso del committente dal contratto. L'art. 2227 c.c., infatti, riconosce al committente la facoltà di recedere dal contratto, ancorché sia stata iniziata l'esecuzione dell'opera. Per l'esercizio della facoltà di recesso secondo la concorde dottrina, non è richiesta

la giusta causa, né una specifica motivazione[92] [93].
Si tratta di un'ipotesi di recesso *ad nutum*, che si differenzia da quella prevista dall'art. 2224 c.c. per la diversità di presupposti ed effetti.
Tra questi effetti rientra l'obbligo, previsto dall'articolo in esame, di tenere indenne il prestatore d'opera dalle spese del lavoro eseguito e dal mancato guadagno.
La dottrina ha identificato il mancato guadagno nell'utile che il prestatore avrebbe ottenuto in caso di completamento dell'opera, mentre non vi sarebbe ricompreso l'utile non percepito per aver rinunciato ad altre occasioni di lavoro[94].
Il committente è tenuto a corrispondere al prestatore d'opera il compenso per la parte di lavoro svolta e per gli esborsi sostenuti, indipendentemente dall'utilità che ad esso committente sia derivata dall'opera, essendo tale criterio limitativo applicabile solo nel caso di recesso del lavoratore autonomo.

Risoluzione per impossibilità sopravvenuta

Infine, l'art. 2228 c.c. prevede un'ipotesi di impossibilità sopravvenuta per causa non imputabile ad alcuna delle parti.
Più precisamente il citato articolo fa riferimento ad un'ipotesi di impossibilità parziale, in conseguenza della quale, il prestatore d'opera ha diritto ad un compenso per il lavoro prestato in relazione all'utilità della parte di opera compiuta. Tale utilità deve essere valutata tenendo in considerazione sia elementi oggettivi, che elementi soggettivi.
L'articolo in esame si applica solo quando la prosecuzione dell'opera divenga impossibile per causa non imputabile ad alcuna delle parti e, quindi, non può trovare applicazione nel caso in cui i lavori edilizi, oggetto di un contratto d'opera, siano stati sospesi dall'autorità comunale per contrarietà del progetto fornito dal committente al regolamento edilizio. In questo caso, invero, l'interruzione dell'opera è imputabile al committente stesso.

2.4. Il contratto d'opera professionale.

Il contratto d'opera professionale disciplinato dagli art. 2229 e ss. c.c. si differenzia dal contratto d'opera manuale, del quale si è trattato finora, per l'oggetto che consiste nella prestazione di un'opera intellettuale.
Preliminarmente è opportuno liberare il campo da un possibile equivoco scaturente dalla collocazione dell'art. 2229 c.c. - la cui rubrica recita: *esercizio delle professioni intellettuali* - nell'ambito del titolo III relativo al lavoro autonomo. Se è vero che le libere professioni cui fa riferimento il citato articolo rientrano nell'ambito delle professioni intellettuali, non è altrettanto vero il contrario. La professione intellettuale, infatti, non è sempre esercitata in forma libera, ma può essere oggetto di un contratto di lavoro subordinato[95].
Il contratto d'opera professionale, collocandosi in un rapporto di *genus* a *species* con il contratto d'opera è disciplinato dalle norme speciali dettate dagli artt. 2229 e ss.

---

[92] ASSANTI, Professioni intellettuali e contratti d'opera, in Tratt. Rescigno, 15, I, Torino, 1986, 1493.
[93] Di parere difforme recente giurisprudenza di merito, secondo la quale, nonostante il carattere strettamente fiduciario del rapporto di lavoro autonomo, il recesso del committente richiede comunque l'imperizia o la negligenza del prestatore di opere, per quanto di entità meno grave rispetto a quanto richiesto nel recesso per giusta causa dal rapporto di lavoro subordinato (Corte di Appello di Brescia, Sez. lavoro, 11.4.2022, n. 128).
[94] RIVA SANSEVERINO, *op. cit.*, 188.
[95] ANASTASI, *Professioni intellettuali e subordinazione,* in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1994.

c.c., nonché dalle norme del capo I del titolo III in quanto compatibili con le prime. A loro volta le norme contenute nel capo II non trovano applicazione qualora sussistano specifiche previsioni di leggi speciali che disciplinano le singole professioni intellettuali e i relativi organi o collegi.

Si ritiene che la differenza tra l'opera manuale e l'opera intellettuale risieda nel carattere intellettuale della prestazione e quindi nell'impiego di capacità e conoscenze tecnico-scientifiche prevalente rispetto all'uso di eventuale lavoro puramente manuale[96].

Gli albi professionali

La legge determina le professioni intellettuali per l'esercizio delle quali è necessaria l'iscrizione in appositi albi ed elenchi, iscrizione che determina l'effetto di introdurre il professionista a far parte di un particolare ordinamento professionale.

Le associazioni professionali, che generalmente si classificano in collegi (relativi a professioni per le quali è sufficiente un diploma) e ordini (che riguardano le professioni per le quali è richiesta una laurea - fanno eccezione a tale regola i Collegi Notarili, così denominati per ragioni di carattere storico.), sono organi muniti di poteri con natura pubblicistica, tra i quali il principale è il potere disciplinare.

L'iscrizione in un albo professionale ha carattere di accertamento costitutivo di uno *status* professionale, sicché, fino a quando non sia rimossa, impone a chiunque di prendere atto che il soggetto cui essa si riferisce ha il diritto di svolgere tutte le attività, anche nei rapporti con i terzi, connesse a quello *status*.

Tale effetto costitutivo dello *status* professionale ha rilevanti ripercussioni sul diritto al compenso del professionista. L'esecuzione di una prestazione d'opera professionale di natura intellettuale effettuata da chi non sia iscritto nell'apposito albo previsto dalla legge, infatti, dà luogo, ai sensi del combinato disposto degli artt. 1418 e 2231 c.c., a nullità assoluta del rapporto tra professionista e cliente, privando il contratto di qualsiasi effetto. Pertanto, il professionista non iscritto in detti albi non ha alcuna azione per il pagamento della retribuzione, nemmeno quella sussidiaria di arricchimento senza causa[97].

Gli effetti della mancata iscrizione all'albo professionale non si limitano a quelli previsti dall'art. 2231 c.c., in quanto colui che esercita attività professionale, per la quale è richiesta l'iscrizione in un albo, senza esservi iscritto commette il reato di cui all'art. 348 c.p.

È quindi necessario individuare le caratteristiche peculiari, sebbene non esclusive delle professioni intellettuali. Queste sono la discrezionalità nell'esecuzione dell'opera, l'infungibilità della prestazione, la naturale onerosità del contratto, il mero compimento dell'attività come oggetto della prestazione indipendentemente dal risultato raggiunto.

Obbligazioni di mezzi e obbligazioni di risultato

Invero, la qualificazione dell'opera del professionista come obbligazione di mezzi e non di risultato, un tempo unanimemente condivisa dalla dottrina e dalla giurisprudenza, oggi è oggetto di rivisitazioni e adattamenti.

Vengono definite obbligazioni di risultato quelle in cui la prestazione è individuata tramite il riferimento all'evento o al bene in cui deve sfociare l'attività del debitore, la produzione del

[96] CATTANEO, *La responsabilità del professionista,* Milano, 1958, 17.

[97] Cass. civ., Sez. II, Ordinanza, 28/05/2021, n. 15004.

quale è essenziale perché si possa dire soddisfatto l'interesse creditorio. Mentre, sono obbligazioni di mezzi quelle in cui la prestazione è individuata in base ad un certo comportamento del debitore, senza che il risultato finale possa considerarsi essenziale per il soddisfacimento del creditore.
In ambito di teoria generale del diritto, si tende a negare rilievo alla distinzione appena delineata, osservando che anche nelle c.d. obbligazioni di mezzi va distinto lo sforzo di diligenza dalla prestazione. La distinzione, dunque, potrebbe conservare un certo significato soltanto sotto il profilo della maggiore o minore discrezionalità circa la scelta dei mezzi e dei modi per l'attuazione della prestazione[98].

In passato la configurazione dell'obbligazione del professionista come obbligazione di risultati e non di mezzi veniva considerata un'eccezione, giustificata dalla prevalenza del bene materiale, al quale è finalizzata l'opera, rispetto alla prestazione in sé. Conseguentemente è stata definita di risultato l'obbligazione avente ad oggetto la redazione di un progetto di ingegneria, quando la direzione dei lavori per la realizzazione dell'opera progettata venga affidata allo stesso progettista nel precipuo intento di assicurare una più efficiente attuazione dell'opera.
In seguito con specifico riguardo all'attività professionale dell'avvocato, nel caso in cui questi accetti l'incarico di svolgere un'attività stragiudiziale consistente nella formulazione di un parere in ordine all'utile esperibilità di un'azione giudiziale, la prestazione oggetto del contratto è stata qualificata quale obbligazione di mezzi. Ciò in quanto nella redazione di un parere il professionista si obbliga ad offrire tutti gli elementi di valutazione necessari ed i suggerimenti opportuni, allo scopo di permettere al cliente di adottare una consapevole decisione, a seguito di un ponderato apprezzamento dei rischi e dei vantaggi insiti nella proposizione dell'azione.
Pertanto, in applicazione del parametro della diligenza professionale (art. 1176, comma 2, c.c.), è stata riconosciuta la responsabilità dell'avvocato che, nell'adempiere siffatta obbligazione, abbia omesso di prospettare al cliente tutte le questioni di diritto e di fatto atte ad impedire l'utile esperimento dell'azione. Conseguentemente il fondamento della responsabilità è stato rinvenuto anche nella colpa lieve, qualora la mancata prospettazione di suddette questioni sia stata frutto dell'ignoranza di istituti giuridici elementari e fondamentali, ovvero di incuria ed imperizia insuscettibili di giustificazione.
Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione hanno aderito all'interpretazione della dottrina, giudicando erosa la legittimazione teorica e l'utilità pratica della distinzione tra obbligazioni di mezzi e obbligazioni di risultato[99].

2.5. L'infungibilità della prestazione professionale.

Ulteriore caratteristica del contratto d'opera è l'infungibilità della prestazione, che si desume dal disposto dell'art. 2232 c.c. e determina la responsabilità del professionista per l'opera svolta da sostituti e ausiliari.

---

[98] BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, Bologna, 1979, 71 ss.

[99] Cass. civ., Sez. un., 11 gennaio 2008 n. 577, in *Giur. It.*, 2008, 1653; conforme Cass. civ., Sez. III, 26 gennaio 2010, n. 1538, in *Dir. e Giust.*, 2010, 3. Vedi, tuttavia, le precisazioni di Cass. civ., Sez. III, 11 novembre 2019, n. 28991 in *Gius. Civ. Mass.* 2019.

La collaborazione di altri soggetti è possibile soltanto ove sia consentita dal contratto d'opera e dagli usi e non sia incompatibile con l'oggetto della prestazione. Inoltre, la necessaria direzione del professionista cui è sottoposto il collaboratore rende impossibili collaborazioni di soggetti la cui preparazione e qualifica ecceda quella del prestatore d'opera.

Il recesso

A seguito dell'assunzione di un ausiliario o collaboratore si istaura un rapporto contrattuale soltanto tra quest'ultimo e il professionista, non si configura quindi né una cessione di contratto né un subcontratto in senso stretto. Da ciò ne consegue che gli ausiliari non sono legittimati ad agire nei confronti del cliente per il pagamento del compenso.

L'infungibilità del contratto d'opera professionale in combinazione con il carattere fiduciario del rapporto che mediante il contratto si instaura tra cliente e professionista, rappresentano la *ratio* della disciplina del recesso dettata dall'art. 2237 c.c. Tale norma riconosce al cliente il diritto di recesso *ad nutum* anche in presenza di un termine finale apposto al contratto[100] e al professionista il diritto di recesso per giusta causa.

Conseguenza del recesso esercitato dal cliente è l'obbligo di pagamento del compenso per l'opera svolta, da determinarsi secondo i criteri dettati dall'art. 2233 c.c., unitamente al rimborso delle spese sostenute dal professionista. Non sussiste, invece, alcun obbligo relativo al rimborso del mancato guadagno del professionista.

Inoltre, si ritiene che risponda ad interessi meritevoli di tutela per entrambe le parti, ai sensi dell'art. 1322 c.c., l'apposizione di un termine al contratto con la specifica volontà di derogare alla regolamentazione legale del recesso. Dall'interruzione del rapporto contrattuale, ad opera di una parte prima del convenuto termine, conseguirebbe il diritto per la parte adempiente al risarcimento integrale del danno per la mancata esecuzione del rapporto per l'intero periodo di tempo originariamente convenuto.

Più limitato è il diritto di recesso riconosciuto al prestatore d'opera, che deve essere esercitato in modo da evitare pregiudizio al cliente e dà diritto, altresì, al rimborso delle spese e al compenso per il compimento dell'opera svolta, da determinarsi però con riguardo al risultato utile che ne sia derivato al cliente che subisce il recesso. In questa ipotesi grava sul professionista che recede l'onere di dimostrare l'esistenza del credito, quindi anche il risultato utile derivato al cliente dallo svolgimento della sua opera.

Società tra professionisti

La natura del contratto d'opera professionale quale contratto *intuitus personae* ha storicamente condizionato l'ammissibilità di forme associative tra professionisti.

Al riguardo è necessario, in primo luogo, operare una distinzione tra professioni protette e professioni non protette; per queste ultime, infatti, la forma societaria può essere utilizzata senza limitazioni. La costituzione di società o associazioni da parte di quanti esercitano professioni protette, un tempo non consentita dal nostro ordinamento, è oggi ammessa soltanto nei limiti in cui venga conciliato l'esercizio dell'attività in forma societaria, con il principio della personalità della prestazione e della diretta responsabilità del professionista nei confronti del cliente[101].

---

[100] Cass. civ., Sez. II, 15 ottobre 2018 n° 25668.

[101] CAMPOBASSO, *Diritto commerciale, 2. Diritto delle società*, Torino, 2006, 13 ss.

Da ciò deriva che i professionisti che si associano per dividere le spese e gestire congiuntamente i proventi della propria attività non trasferiscono, per ciò solo, all'associazione tra loro costituita la titolarità del rapporto di prestazione d'opera, ma conservano la rispettiva legittimazione attiva nei confronti del proprio cliente, sicché non sussiste una legittimazione alternativa del professionista e dello studio professionale.

In particolare, il d. lgs. 2 febbraio 2001 n. 96, nel dare attuazione alla direttiva comunitaria del 16 febbraio 1998 n. 98/5/CE, ha espressamente introdotto per la prima volta nel nostro ordinamento la possibilità di costituire società tra avvocati, superando le incertezze createsi a seguito della abrogazione dell'art. 2 della l. 23 novembre 1939, n. 1815 (che vietava l'esercizio in forma societaria delle professioni protette) e alla mancata emanazione del successivo regolamento di attuazione, che si sarebbe dovuto adottare con decreto del Ministro della Giustizia. Gli artt. 24 e 26 del citato d. lgs. 96/2001 rispondono all'esigenza di rispettare il principio della necessaria infungibilità e personalità della prestazione d'opera professionale, prevedendo, il primo, che l'incarico debba essere svolto soltanto da soci in possesso di requisiti per l'esercizio dell'attività richiesta e, il secondo, che il socio incaricato sia personalmente e illimitatamente responsabile per l'attività svolta.

Da ultimo, l'art. 1, comma 141, della legge 124/2017 ha introdotto l'art. 4 *bis* alla legge 247/2012, stabilendo che l'esercizio della professione forense in forma societaria è consentito a società di persone, a società di capitali o a società cooperative iscritte in un'apposita sezione speciale dell'albo tenuto dall'ordine territoriale nella cui circoscrizione ha sede la stessa società. È vietata la partecipazione societaria tramite società fiduciarie, *trust* o per interposta persona. La violazione di tale previsione comporta di diritto l'esclusione del socio. Anche nel caso di esercizio della professione forense in forma societaria resta fermo il principio della personalità della prestazione professionale. L'incarico può essere svolto soltanto da soci professionisti in possesso dei requisiti necessari per lo svolgimento della specifica prestazione professionale richiesta dal cliente, i quali assicurano per tutta la durata dell'incarico la piena indipendenza e imparzialità, dichiarando possibili conflitti di interesse o incompatibilità, iniziali o sopravvenuti. La responsabilità della società e quella dei soci non esclude la responsabilità del professionista che ha eseguito la specifica prestazione. La sospensione, cancellazione o radiazione del socio dall'albo nel quale è iscritto costituisce causa di esclusione dalla società.

2.6. Il compenso.

Alla pari del *genus* contratto d'opera, il contratto d'opera professionale è caratterizzato dall'onerosità, quale connotato naturale, come si desume dal disposto dell'art. 2233 c.c.

Detto articolo se, da un lato, ripropone l'ordine gerarchico dei criteri di determinazione del corrispettivo delineato dall'art. 2225 c.c., dall'altro se ne differenzia per quanto concerne l'obbligatorietà del parere dell'associazione professionale, nonché il necessario adeguamento della misura del compenso all'importanza dell'associazione professionale e al decoro della professione,

previsti rispettivamente dal primo e quarto comma.
L'onerosità del contratto d'opera professionale, che in genere ne costituisce elemento normale, non ne integra un elemento essenziale, né può essere considerato un limite di ordine pubblico alla autonomia contrattuale delle parti. Queste, pertanto, ben possono prevedere espressamente la gratuità dello stesso, per i motivi più vari, come l'*affectio* o la *benevolentia*, ovvero ragioni di ordine sociale o di convenienza.
Il debito del compenso si configura quale debito di valuta e grava su colui che conferisce l'incarico, essendo irrilevante che tale attività sia diretta a soddisfare l'interesse di un terzo.

Tariffe professionali

L'articolo in esame fa, inoltre, rifermento alle tariffe professionali, l'applicazione delle quali, secondo l'orientamento espresso dalla giurisprudenza sovranazionale[102], è legittima qualora siano adottate con misura legislativa o regolamentare da parte di uno Stato membro dell'Unione Europea[103].
Tuttavia, l'ambito di applicazione di tale norma è stato notevolmente ridimensionato, in quanto l'art. 2, comma 3-*bis,* del D.L. 4 luglio 2006, n. 223, convertito con modifiche dalla l. 4 agosto 2006, n. 248, ha abolito l'obbligatorietà delle tariffe fisse e dei minimi tariffari riconoscendo valore normativo unicamente agli onorari massimi, eventualmente previsti dalle tariffe professionali.

Il patto di quota lite

L'attuale disposto del terzo comma dell'art. 2233 c.c., in forza del quale «*sono nulli, se non redatti in forma scritta, i patti conclusi tra gli avvocati ed i praticanti abilitati con i loro clienti che stabiliscono i compensi professionali*» è stato, altresì introdotto in sostituzione dell'originario testo che prevedeva il divieto del patto di quota lite. Inoltre, quanto alla professione forense, la legge 247/2012 ha provveduto ad introdurre il nuovo ordinamento professionale, prevedendo all'art. 13 della stessa che l'avvocato possa esercitare l'incarico professionale anche a proprio favore e che l'incarico possa essere svolto a titolo gratuito. Il compenso spettante al professionista è pattuito di regola per iscritto all'atto del conferimento dell'incarico professionale. La pattuizione dei compensi è libera (art. 13, comma 3, l. 247/2012), ma sono vietati i patti con i quali l'avvocato percepisca come compenso, in tutto o in parte, una quota del bene oggetto della prestazione o della ragione litigiosa (art. 13, comma 4, l. 247/2012).
L'art. 2234 c.c. prevede un'eccezione al principio generale disposto dall'art. 2225 c.c., stabilendo che il cliente, salva diversa pattuizione, deve anticipare al prestatore d'opera le spese occorrenti per il compimento dell'opera e corrispondere, secondo gli usi, gli acconti sul compenso.
Non ha invece funzione di garanzia per il pagamento del compenso il diritto di ritenzione indirettamente riconosciuto a favore del professionista dall'art. 2235 c.c., che costituisce un mezzo per rendere possibile la prova del credito.

2.7. La responsabilità professionale.

In tema di risarcimento del danno, il professionista, nell'adempimento delle obbligazioni contrattuali inerenti alla propria attività professionale, è tenuto ad una diligenza che non è solo quella del buon padre di famiglia *ex* art. 1176 c.c., ma è

[102] C.G.U.E., 19 febbraio 2002, in causa C-35/99.
[103] Cass. civ., Sez. I, 13 luglio 2007, n. 15666, in *Giust. Civ. Mass.*, 2007, 7-8.

quella specifica del debitore qualificato la quale comporta il rispetto di tutte le regole e gli accorgimenti che nel loro insieme costituiscono la conoscenza della professione esercitata.

Da ciò consegue che il prestatore d'opera professionale risponde, di norma, anche per colpa lieve e che la relazione tra l'art. 1176 c.c. e l'art. 2236 c.c. è di integrazione e complementarità e non di specialità[104].

Invero, nella sola ipotesi in cui la prestazione dedotta in contratto implichi la soluzione di problemi tecnici di particolare difficoltà, la norma dell'art. 2236 c.c. prevede un'attenuazione della normale responsabilità[105], nel senso che il professionista è tenuto al risarcimento del danno unicamente per dolo o colpa grave.

Con riferimento, inoltre, all'ipotesi prevista dall'art. 2236 c.c., la prova dell'esistenza della speciale difficoltà grava sul professionista (per le prestazioni professionali medico-chirurgiche, in particolare, vedi oggi l'art. 7 della legge 8 marzo 2017, n. 24).

L'obbligo di informazione del medico

Sul professionista grava, altresì, un obbligo di informazione. In particolare, per quanto concerne l'attività medico-chirurgica, in presenza di un atto terapeutico necessario e correttamente eseguito in base alle regole dell'arte, dal quale siano tuttavia derivate conseguenze dannose per la salute, ove tale intervento non sia stato preceduto da un'adeguata informazione del paziente circa i possibili effetti pregiudizievoli non imprevedibili, il medico può essere chiamato a risarcire non solo il danno alla salute, ma anche l'ulteriore pregiudizio (per lo più non patrimoniale) derivante dalla lesione del diritto all'autodeterminazione terapeutica[106].

[104] In particolare, come chiarito dalla giurisprudenza di merito, in caso di colpa lieve, il professionista risponde soltanto dei danni prevedibili, mentre, in caso di colpa grave o dolo, sarà chiamato a rispondere anche dei danni non prevedibili (Tribunale di Taranto, Sez. I, 5.4.2022, n. 879).

[105] Escludono che si tratti di un'attenuazione di responsabilità, ritenendo che la colpa grave rapportata alla speciale difficoltà del caso finisca per "atteggiarsi come una colpa lieve", GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2019, 1175 e CATTANEO, *op. cit.*, 72.

[106] Cass. civ., Sez. III, 23 marzo 2018, n. 7248.

SEZIONE III ▪ IL CONTRATTO DI TRASPORTO

3. Il trasporto: nozione e natura.

Nozione

Il contratto di trasporto, disciplinato dagli artt. 1678 e ss. c.c., è l'accordo in forza del quale un soggetto (vettore) si obbliga, verso corrispettivo, a trasferire persone o cose da un luogo ad un altro.

Natura

Il codice civile adotta una concezione unitaria del trasporto, come sottocategoria della *locatio operis*, caratterizzata dalla particolare natura dell'*opus*, che nel caso di specie consiste nell'obbligo di trasferire.

Il vettore assume un'obbligazione di risultato, impegnandosi a trasportare a destinazione incolume la persona, o intatta la cosa.

Il legislatore ha predisposto regole giuridiche differenti per il trasporto di persone e per quello di cose, dedicando ai due istituti sezioni distinte.

Il trasporto è un contratto consensuale, in quanto si perfeziona con la semplice manifestazione del consenso da parte dei contraenti, secondo l'unanime opinione degli interpreti[107], e tale natura non muta nel caso di trasporto di cose, contratto che si conclude al momento dell'incontro dei consensi di mittente e vettore, indipendentemente dalla consegna della cosa, la quale attiene solo all'esecuzione e non alla conclusione del negozio. Pertanto, le modalità di perfezionamento del contratto sono disciplinate dalle regole generali, di cui agli artt. 1326 e ss. c.c.

L'accordo, che determina il momento perfezionativo del negozio e, quindi, la responsabilità del vettore, può manifestarsi anche per fatti concludenti, quali la consegna della merce al vettore, nel caso di trasporto di cose, o la salita del passeggero sul mezzo, prima di aver acquistato il biglietto, nel caso di trasporto di persone.

3.1. La struttura.

Efficacia

Il trasporto è un contratto ad effetti obbligatori, posto che non determina alcun trasferimento di diritti ai sensi dell'art. 1376 c.c.

Bilateralità

È un contratto a due parti: da un lato il *vettore*, e dall'altro il committente. Committente è il *viaggiatore*, nel caso di trasporto di persone, e il *mittente*, nel caso di trasporto di cose.

Ove stipulato nell'interesse di soggetto diverso dal mittente, il trasporto di cose si configura come contratto a favore del terzo (il *destinatario*), il quale può esercitare i diritti che gli derivano dall'art. 1689 c.c.

La struttura bilaterale del rapporto non muta nel caso di trasporto cumulativo, ovvero qualora le parti, con unico contratto, convengano che l'obbligazione di risultato sia indivisibilmente assunta da più vettori. Anche in tal caso, infatti, i centri di interessi sono due, benché la parte-vettore sia composta da più soggetti (si veda, sul trasporto cumulativo, il par. 5).

Sinallagmaticità

Secondo l'opinione prevalente in dottrina[108], il contratto di trasporto è

[107] In tal senso, per tutti, FRAGALI, *Il Trasporto*, in *Trattato di diritto privato* diretto da RESCIGNO, vol. 11, Torino, 1984, 763; JANNUZZI, *Trasporto*, in *Comm. cod. civ. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1970, 14; STOLFI, *Appalto-trasporto*, Milano, 1966, 98.

[108] Per tutti, BARBERO, *Sistema del diritto privato italiano*, Torino, 1965, II, 438 e segg.; FLAMINI, *Il trasporto amichevole*, Napoli, 1977, 125 e segg.; IACUANIELLO-BRUGGI-PAOLUCCI, *Il contratto di trasporto*, Torino, 1979, 223.

normalmente, ma non indefettibilmente, a prestazioni corrispettive e a titolo oneroso. In altri termini, contenuto necessario e sufficiente del contratto in argomento sarebbe la particolare obbligazione assunta dal vettore, mentre la previsione di un corrispettivo avrebbe carattere meramente eventuale. Secondo tale orientamento, il disposto dell'art. 1678 c.c. non comporterebbe che una mera presunzione di onerosità, analoga a quella prevista in materia di mutuo (art. 1815 c.c.) e di mandato (art. 1709 c.c.).

Trasporto di cortesia

Secondo altra opinione[109], invece, il trasporto gratuito sarebbe un contratto atipico, non direttamente assimilabile alla figura giuridica disciplinata dagli artt. 1678 e ss. c.c. e, tuttavia, regolato dalle medesime norme in via analogica, nei limiti di compatibilità consentiti dall'art. 12 disp. prel. c.c.

Ciò che è certo, è che le norme che disciplinano la responsabilità del vettore nel contratto di trasporto di persone, per espressa disposizione normativa trovano applicazione anche in ipotesi di contratto gratuito (art. 1681, co. 3, c.c.).

Si pone, allora, il dubbio circa l'estensibilità della disciplina di cui agli artt. 1678 e segg. c.c. al trasporto c.d. amichevole o di cortesia, e cioè al trasporto eseguito non in forza di vincolo contrattuale, ma per mero spirito di amicizia, cortesia e in virtù di rapporti sociali extra-giuridici[110]. Siffatta figura non è estranea al nostro ordinamento, posto che il codice della navigazione (artt. 414 e 949 c. nav.) la prevede, al fine di limitare la responsabilità del vettore ai soli casi di dolo o colpa grave del medesimo e dei suoi preposti.

La Cassazione basa la distinzione fra trasporto gratuito e amichevole sull'interesse del vettore, economico, benché mediato, nel primo caso, e morale o sociale nel secondo[111].

Quanto alla normativa applicabile, è necessario distinguere trasporto non terrestre e trasporto terrestre: nel primo caso troverà applicazione l'art. 414 c. nav., sopra citato; nel secondo, invece, la responsabilità del vettore sarà regolata dall'art. 2043 c.c.

Il trasporto è un contratto non formale, né richiede la redazione di particolari scritti ai fini probatori. Documenti quali la *lettera di vettura* e la *ricevuta di carico*, previsti dall'art. 1684 c.c., non sono necessari né per la costituzione del rapporto, né per la sua prova; tuttavia, se rilasciati con clausola "*all'ordine*", fungono da titoli di credito incorporanti i diritti nascenti dal rapporto e, più precisamente, da titoli rappresentativi di merci.

Il trasporto pubblico

L'art. 1679 c.c. stabilisce, per coloro – soggetti pubblici o privati - che effettuino servizi di trasporto pubblico in virtù di concessioni amministrative, l'obbligo di accettare le richieste di trasporto che risultino compatibili con i mezzi ordinari dell'impresa, in conformità con le condizioni di contratto previste nell'atto amministrativo concessorio e rese note al pubblico. Tale norma riflette un principio già noto all'ordinamento, ed espresso all'art. 2597 c.c. in materia di monopolio, laddove si impone al monopolista l'obbligo di contrarre in regime di parità di trattamento con tutti coloro che richiedano la prestazione.

Le condizioni generali di trasporto prevalgono su eventuali clausole difformi del

[109] MIRABELLI, *Dei singoli contratti*, in *Commentario al codice civile*, Torino, 1960, IV, 466.
[110] LIPARI, *Rapporti di cortesia, rapporti di fatto, rapporti di fiducia*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1968, 415 e ss.
[111] Cass. civ., Sez. III, 8 ottobre 2009, n. 21389, in *Rep. Giust. Civ. Mass.,* 2009, 10.

singolo contratto di trasporto, atteggiandosi alla stregua di clausole legali, che si sostituiscono automaticamente, *ex* art. 1339 c.c., a quelle contrastanti. Un'eventuale deroga è ammessa nel solo caso in cui siano le stesse condizioni generali di trasporto a prevedere delle "speciali concessioni", che in tal caso il vettore è obbligato ad applicare a tutti gli utenti a parità di condizioni.
La ragione di tale prevalenza risiede nella circostanza che le condizioni generali di contratto, pur non essendo di fonte legale, sono oggetto di un controllo da parte dell'autorità al momento del rilascio della concessione per effettuare il servizio di trasporto pubblico, sicché già in tale sede viene operato un equo contemperamento degli interessi in gioco, con particolare riguardo alla parte debole, cioè il soggetto trasportato. Da quanto detto consegue che la conoscenza delle clausole da parte del pubblico non è un requisito per l'efficacia delle stesse, dal momento che non opera la disciplina di cui agli artt. 1342 e 1342 c.c., essendo questa sostituita da un controllo a monte dell'autorità amministrativa; al contrario, la conoscibilità cui fa riferimento l'art. 1679, comma 1, c.c. allude solamente all'esigenza di informare adeguatamente i contraenti, senza che ciò abbia alcun riflesso sulla validità delle clausole stesse[112].

3.2. Il trasporto di persone.

Responsabilità del vettore

Il trasporto di persone si distingue dal trasporto di cose in ragione dell'oggetto trasportato, con la conseguenza che in esso non è configurabile un *affidamento al vettore*, e la figura del creditore non può essere scissa nelle due posizioni di mittente e destinatario.
Nel codice vigente il trasporto di persone è disciplinato unicamente per quanto concerne la responsabilità del vettore, la quale sorge in ipotesi di:

- inadempimento assoluto o semplice ritardo, secondo la disciplina generale delle obbligazioni;
- sinistri che colpiscono la persona del viaggiatore o le cose che il viaggiatore porta con sé, se non prova "*di aver adottato tutte le misure idonee ad evitare il danno*" (art. 1681 c.c.).

Pertanto, è prevista a carico del vettore una responsabilità aggravata, estesa anche ai sinistri che conseguono ad eventi non direttamente imputabili al medesimo, a differenza di quanto previsto in materia di trasporto di cose[113].

Secondo la giurisprudenza maggioritaria, accanto all'azione contrattuale *ex* art. 1681 c.c., è da ritenersi ammissibile, ricorrendone i presupposti, anche l'azione per responsabilità aquiliana, *ex* art. 2043 c.c. Tale possibilità assume particolare rilievo qualora il viaggiatore lasci inutilmente decorrere il termine di prescrizione dell'azione contrattuale (un anno); in siffatta ipotesi, egli potrà esperire l'azione extracontrattuale, soggetta a prescrizione quinquennale (art. 2947 c.c.).

---

[112] F. GALGANO, *Commentario compatto al codice civile*, sub art. 1679 c.c., Piacenza, 2010.
[113] A tale proposito, Cass. civ., Sez. III, 18 gennaio 2016, n. 681 afferma che: "*In ipotesi di contratto di trasporto di persone il viaggiatore che abbia subito danni "a causa" del trasporto e dunque fra il sinistro ed il trasporto vi è eziologica dipendenza, ha l'onere di provare il nesso causale tra l'evento dannoso ed il trasporto medesimo, essendo egli tenuto ad indicare la causa specifica di verificazione dell'evento; di converso grava sul vettore, al fine di liberarsi della presunzione di responsabilità a suo carico gravante ai sensi dell'art. 1681 cod. civ., l'onere di provare che l'evento dannoso costituisce fatto imprevedibile e non evitabile con la normale diligenza*".

3.3. Il trasporto di cose.

Responsabilità del vettore

Come già accennato, il trasporto di cose si caratterizza per la sussistenza, a carico del vettore, di un'obbligazione di custodia, accessoria e strumentale rispetto a quella di trasferimento.

Quanto sopra incide sulla ampiezza della responsabilità dell'obbligato, che sorge in caso di:

- inadempimento assoluto o semplice ritardo, secondo la disciplina generale delle obbligazioni (analogamente al trasporto di persone);
- perdita o avaria delle cose oggetto del trasporto, salva la prova che siano da addebitare a caso fortuito, vizi delle cose stesse o fatto del mittente o del destinatario (art. 1693 c.c.) (c.d. *responsabilità ex recepto*).

Al vettore, dunque, per andare esente da responsabilità, non sarà sufficiente fornire la prova negativa che il danno non è derivato da fatto proprio o dei propri dipendenti, ma sarà necessario fornire la prova positiva che il danno è dipeso da un evento estraneo alla sua sfera d'azione; pertanto, saranno a suo rischio i danni derivanti da cause ignote.

Ampia è, in proposito, la casistica giurisprudenziale; un cenno meritano, in particolare, le pronunzie aventi ad oggetto la responsabilità del vettore per perdita delle cose in seguito a furto o rapina[114], eventi ritenuti dalla Suprema Corte assimilabili al caso fortuito solo se imprevedibili e, quindi, inevitabili.

Appare evidente la differenza rispetto alla disciplina della responsabilità del vettore nel trasporto di persone: nel trasporto di cose, il vettore, dando prova positiva dell'evento, a lui non imputabile, che ha causato il danno, andrà esente da responsabilità; nel trasporto di persone, invece, egli risponderà pure dei danni scaturiti da tali eventi, ove non dimostri di aver avere adottato tutte le misure idonee per evitarli.

Risarcimento del danno. Limiti

Ai sensi dell'art. 1696[115], rubricato "Limiti al risarcimento del danno per perdita o avaria delle cose trasportate", il danno derivante da perdita o da avaria (c.c. 1693) si calcola secondo il prezzo corrente delle cose trasportate nel luogo e nel tempo della riconsegna (artt. 1223, 1474, 1515, 1518 c.c.).

Il risarcimento dovuto dal vettore non può essere superiore a 1 euro per ogni chilogrammo di peso lordo della merce perduta o avariata nei trasporti nazionali terrestri e all'importo di cui all'articolo 23, paragrafo 3, della Convenzione relativa al contratto di trasporto internazionale di merci su strada, con Protocollo, firmata a Ginevra il 19 maggio 1956, ratificata ai sensi della legge 6 dicembre 1960, n. 1621, nei trasporti internazionali terrestri, ovvero ai limiti previsti dalle convenzioni internazionali o dalle leggi nazionali applicabili per i trasporti aerei, marittimi, fluviali e ferroviari, sempre che ricorrano i presupposti ivi previsti per il sorgere della responsabilità del vettore.

---

[114] Cass. civ., Sez. III, 13 maggio 2009, n. 11024, in *Giust. Civ. Mass.*, 2009, 5, 765

[115] Articolo modificato dall'art. 10, D.Lgs. 21 novembre 2005, n. 286 e, successivamente, così sostituito dall'art. 30-bis, comma 1, lett. a), D.L. 6 novembre 2021, n. 152, convertito, con modificazioni, dalla L. 29 dicembre 2021, n. 233, a decorrere dal 1° gennaio 2022.

Nel caso in cui il trasporto sia effettuato per il tramite di più mezzi vettoriali di natura diversa e non sia possibile distinguere in quale fase del trasporto si sia verificato il danno, il risarcimento dovuto dal vettore non può in ogni caso essere superiore a 1 euro per ogni chilogrammo di peso lordo della merce perduta o avariata nei trasporti nazionali e a 3 euro per ogni chilogrammo di peso lordo della merce perduta o avariata nei trasporti internazionali.
Le disposizioni dei commi primo, secondo e terzo non sono derogabili a favore del vettore se non nei casi e con le modalità previsti dalle leggi speciali e dalle convenzioni internazionali applicabili.
Il vettore non può avvalersi della limitazione della responsabilità prevista a suo favore dal presente articolo ove sia fornita la prova che la perdita o l'avaria della merce sono stati determinati da dolo o colpa grave del vettore o dei suoi dipendenti e preposti, ovvero di ogni altro soggetto di cui egli si sia avvalso per l'esecuzione del trasporto, quando tali soggetti abbiano agito nell'esercizio delle loro funzioni.

3.4. Il trasporto cumulativo.

Il trasporto cumulativo, la cui nozione si desume dall'art. 1700 c.c., si caratterizza per la presenza di una parte-vettore composta da una pluralità di soggetti, che provvedono all'esecuzione di un'unica prestazione, sebbene ciascuno curi il trasporto solo per una parte del percorso complessivo.
La peculiarità del trasporto cumulativo sta, dunque, nell'indivisibilità della prestazione, alla quale, nell'ipotesi di trasporto di cose, si aggiunge il vincolo di solidarietà tra vettori-condebitori; diversamente, nel trasporto cumulativo di persone ciascun vettore risponde soltanto nell'ambito del proprio percorso, sicché l'obbligazione si configura come parziaria (art. 1682 c.c.).
Quanto alle modalità di perfezionamento del negozio, il contratto può essere concluso contemporaneamente da tutti i vettori, oppure, inizialmente, da uno solo di essi.
In merito alla costruzione giuridica del trasporto cumulativo in tale ultimo caso, e cioè qualora il contratto sia stipulato soltanto fra mittente e primo vettore, non c'è in dottrina uniformità di opinioni. Maggioritaria e confortata dalla giurisprudenza appare l'opinione che ravvisa nella figura in esame un'ipotesi di *contratto a formazione progressiva*: la proposta del mittente è rivolta non soltanto al primo vettore ma, per suo tramite (quale *nuncius*), anche ai vettori successivi, che la accettano esplicitamente o per fatti concludenti, procedendo all'esecuzione della prestazione per la parte di loro competenza.

3.5. La differenza con altri istituti.

Numerose sono le figure giuridiche che presentano affinità con il contratto di trasporto.
Per quanto attiene alla differenza tra contratto di trasporto e contratto di appalto, può dirsi che fosse inesistente nel diritto romano, posto che entrambi rientravano

nella figura della *locatio operis*, e che l'unica peculiarità del trasporto stava nella particolare natura dell'*opus* del vettore. Il codice civile del 1942, portando a compimento una tendenza già avviata dal codice civile del 1865, ha reso il trasporto un contratto del tutto autonomo, dotandolo di una disciplina peculiare; ciò non toglie che la natura del contratto sia rimasta immutata, sicché il trasporto viene, a ragione, definito quale sottotipo dell'appalto o del contratto d'opera, rispettivamente a seconda che il vettore sia imprenditore o meno[116].

A tal riguardo, con la L. 30 dicembre 2021, n. 234, a decorrere dal 1° gennaio 2022 è stata inserita nel Codice Civile la fattispecie dell'appalto per trasferimento di cose all'art. 1677 bis c.c.[117].

Noleggio

Analogie sussistono anche tra trasporto e noleggio, definibile come il contratto con cui un soggetto mette a disposizione di altri un veicolo provvisto di conducente (alle proprie dirette dipendenze), obbligandosi, dietro corrispettivo, al compimento di uno o più viaggi.

Il noleggio, attualmente, trova parziale disciplina nel codice della navigazione (artt. 384-395 e 939 c. nav.) e nel codice della strada (art. 85 c. strada). Secondo l'opinione sostenuta in dottrina[118], esso rientra nello schema dell'appalto, poiché la prestazione dell'appaltatore può avere ad oggetto l'esecuzione di qualsiasi opera o servizio, non avendo un contenuto tipicamente determinato. Si evince, dunque, la differenza tra trasporto e noleggio, contratti che, pur essendo sottotipi dell'appalto, si distinguono per il contenuto dell'obbligazione dedotta in contratto: il vettore si impegna a trasferire persone o cose da un luogo all'altro, mentre il noleggiatore si obbliga ad effettuare uno o più viaggi, senza che assuma rilievo giuridico lo scopo dei viaggi (che potrebbe coincidere o meno con lo spostamento di persone o cose da un luogo all'altro).

Deposito

Infine, il trasporto di cose si distingue dal deposito; nel primo l'obbligo di custodia è meramente accessorio e strumentale rispetto all'obbligo di trasferimento. L'eventuale sosta delle cose da trasportare nei magazzini del vettore, prima o dopo il loro spostamento, non trasforma il vettore in depositario, poiché la sua responsabilità rimane disciplinata dall'art. 1693 c.c.

Servizio di *handling* aeroportuale

Infine, è opportuno richiamare una recente sentenza della giurisprudenza di Cassazione a sezioni unite in materia di trasporto aereo di merci: per tale pronuncia, l'attività svolta dall'impresa esercente il servizio di c.d. "*handling*" aeroportuale non viene resa in esecuzione di un autonomo contratto di deposito a favore di terzo, concluso tra l' "*handler*" (promittente) e il vettore (stipulante) a beneficio del mittente o del destinatario, ma rientra, come attività accessoria, nella

---

[116] Sul punto Cass. civ., Sez. II, 29 luglio 2019, n. 20413, secondo cui sussisterebbe un contratto di appalto di servizi di trasporto e non di mero trasporto ogniqualvolta ci si trovi in presenza di un'apposita organizzazione di mezzi apprestata dal trasportatore per l'esecuzione del contratto, in relazione all'importanza e alla durata dei trasporti da effettuare. In particolare, criteri indicativi possono risultare dalla molteplicità e sistematicità dei trasporti, dalla pattuizione di un corrispettivo unitario per le diverse prestazioni effettuate dal vettore e dall'assunzione dell'organizzazione dei rischi da parte del trasportatore.

[117] Art. 1677 bis c.c.: "*Se l'appalto ha per oggetto, congiuntamente, la prestazione di due o più servizi di logistica relativi alle attività di ricezione, trasformazione, deposito, custodia, spedizione, trasferimento e distribuzione di beni di un altro soggetto, alle attività di trasferimento di cose da un luogo a un altro si applicano le norme relative al contratto di trasporto, in quanto compatibili*".

[118] MOSCATI, voce *Noleggio*, in *Enc. Dir.*, XXV, Milano, 1978, 237; RICCARDELLI, *Sulla natura giuridica del contratto di cessione dell'uso di automezzo con conducente per un determinato viaggio*, in *Foro it.*, 1954, I, 1607.

complessiva prestazione che forma oggetto del contratto di trasporto, la quale non si esaurisce nel mero trasferimento delle cose ma comprende anche la fase ad esso antecedente (allorché l' "*handler*" riceve la merce dal mittente in funzione della consegna al vettore, nell'aeroporto di partenza) e la fase ad esso successiva (allorché riceve la merce dal vettore in funzione della messa a disposizione del destinatario, nell'aeroporto di destinazione), atteso che tale prestazione deve corrispondere, ai sensi dell'art. 1174 c.c., all'interesse del creditore ad ottenere la riconsegna delle cose trasportate nel luogo, nel termine e con le modalità indicate nel contratto medesimo.

Consegue da ciò che: a) l'operatore di "*handling*" assume la qualifica di ausiliario del vettore, in quanto soggetto terzo rispetto al contratto di trasporto, della cui opera il debitore si avvale per l'esecuzione di una parte della prestazione che ne forma oggetto; b) nell'ipotesi di perdita o avaria delle cose trasportate nella fase in cui le stesse sono affidate all' "*handler*", il proprietario di esse può agire contrattualmente nei confronti del vettore, il quale è responsabile del fatto colposo del proprio ausiliario, ai sensi dell'art. 1228 c.c.; c) nella medesima ipotesi, l'operatore di "*handling*" non risponde nei confronti del mittente o del destinatario a titolo contrattuale, non essendo parte del rapporto obbligatorio nascente dal contratto di trasporto, ma risponde, in solido con il vettore, a titolo extracontrattuale in quanto autore di un comportamento doloso o colposo imputabile ai sensi dell'art. 2043 c.c.; d) in quanto ausiliario del vettore aereo, l' "*handler*", pur rispondendo a titolo extracontrattuale, beneficia delle limitazioni di responsabilità previste, in favore del vettore medesimo e dei suoi dipendenti od incaricati, dagli artt. 22 e 30 della Convenzione di Montreal sul trasporto aereo (già artt. 22 e 25/A della Convenzione di Varsavia), nonché della disciplina uniforme convenzionale, dettata in tema di decadenza dall'azione risarcitoria e di prescrizione del diritto al risarcimento del danno, dall'art. 35 della Convenzione di Montreal (già art. 29 della Convenzione di Varsavia), salva l'ipotesi di condotta dolosa o coscientemente colposa, nella quale, ai sensi dell'art. 30, comma 3, della Convenzione di Montreal, la responsabilità dell'ausiliario resta illimitata[119].

[119] Cass. Civ., sez. un., 20 settembre 2017, n. 21850.

SEZIONE IV • I SERVIZI TURISTICI

4. I servizi turistici.

Il d. lgs. 23 maggio 2011, n. 79 disciplina il mercato del turismo e, in particolare, i contratti del turismo organizzato (artt. 32 e ss.). Deve darsi atto, peraltro, della modifica apportata dal d. lgs. 62/2018, che ha introdotto – tra l'altro – maggiori obblighi informativi e la possibilità per il viaggiatore di cedere il contratto di pacchetto turistico a persona in possesso dei requisiti nonché degli effetti delle misure straordinarie varate dal governo con la decretazione d'urgenza contestualmente alla introduzione delle misure straordinarie di contenimento della mobilità dovute all'epidemia di COVID-19, confermate e ampliate in sede di conversione del D.L. 2 marzo 2020, n. 9, convertito con legge 24 aprile 2020, n. 27 e, in particolare, dall'art. 88-*bis*. Quest'ultimo ha introdotto specifiche ipotesi di recesso (per il viaggiatore e per l'organizzatore) dai contratti di viaggio e di pacchetto turistico collegate all'emergenza epidemiologica.

All'origine della predetta disciplina si colloca, da un lato, la convinzione, manifestata nella relazione illustrativa, che il turista sia un consumatore speciale e, dall'altro, l'esigenza di regolamentare in maniera unitaria il fenomeno turistico, anche se i contratti di multiproprietà continuano a essere disciplinati dal codice del consumo (artt. 69 e ss. d. lgs. 206/2005), al quale peraltro l'art. 32 del d. lgs. 79/2011 fa rinvio, sia per quanto concerne la disciplina del recesso contrattuale, sia per quanto non previsto dallo stesso codice del turismo.

Rispetto alla disciplina del codice del consumo, il d. lgs. n. 79/2011 presente tre profili differenziali: a) vi sono, anzitutto, alcune novità lessicali e definitorie, rese necessarie dal nuovo inquadramento della disciplina del codice del turismo; b) è stata espressamente disciplinata (art. 46 d. lgs. n. 79/2011) l'ipotesi del danno da vacanza rovinata, figura di creazione giurisprudenziale; c) sono stati apportati alcuni adeguamenti diretti a chiarire aspetti oscuri della precedente disciplina o poco compatibili con la disciplina internazionale.

4.1. L'apparato definitorio.

Il codice del turismo innova la disciplina dei contratti del turismo organizzato sotto il profilo sia soggettivo che oggettivo (sia pure in maniera limitata).

Sul piano soggettivo, l'art. 33 del codice del turismo amplia anzitutto la nozione di organizzatore di viaggio, intendendo per tale non soltanto colui che direttamente combina gli elementi del pacchetto turistico, ma anche colui che offre al turista la possibilità di realizzare autonomamente e acquistare tale combinazione (c.d. contratto di viaggio *tailor made*). Il legislatore è stato indotto a tale ampliamento dalla consapevolezza che la costruzione della vacanza da parte del consumatore è resa sempre più agevole dall'evoluzione tecnologica e dalla diffusione della rete, ma che non sempre tale costruzione è pienamente libera e autonoma. Spesso il ruolo dell'organizzatore è poco visibile, ma è comunque decisivo nell'indirizzare l'acquirente verso la combinazione del pacchetto turistico: la nuova definizione di organizzatore consente l'estensione delle tutele assicurate dalla disciplina normativa anche a tale ipotesi e impedisce all'organizzatore di sottrarsi alle connesse responsabilità solo in nome della propria posizione apparentemente defilata.

La figura del "venditore" è sostituita da quella di "intermediario", inteso come tale anche colui che vende o si obbliga a procurare i pacchetti turistici, non professionalmente e senza scopo di lucro.
Tale novità chiarisce che può essere considerato venditore-intermediario di un pacchetto turistico anche l'ente non profit che si assuma la responsabilità della messa a disposizione del pacchetto turistico. Il chiarimento appare opportuno anche per la tendenza, sempre più frequente, all'acquisto dei pacchetti turistici tramite internet, dove gli intermediari non sempre svolgono l'attività relativa ai pacchetti turistici come attività professionale principale, ma si limitano a una messa in contatto dell'organizzatore con il turista.
Il consumatore che stipula un contratto del turismo è denominato dal codice "turista". La relazione illustrativa spiega le ragioni di tale denominazione: alla luce dell'art. 46, dedicato al danno da vacanza rovinata, se il codice del turismo avesse utilizzato la definizione di consumatore, la legittimazione a richiedere il danno da vacanza rovinata sarebbe spettato anche all'acquirente di servizi turistici disaggregati.
Sul piano oggettivo, l'art. 34 amplia l'oggetto dei pacchetti turistici, che comprendono anche le crociere turistiche e i servizi disaggregati: il codice, infatti, non si riferisce più alla "prefissata combinazione", ma consente che la combinazione sia "da chiunque ed in qualunque modo realizzata". La dizione viene così a comprendere sia la combinazione operata da un organizzatore o un intermediario diverso da quello che offre i singoli servizi disaggregati, sia quella operata dal consumatore, secondo lo schema del contratto "*tailor made*".
Una importante novità introdotta dal codice del turismo è rappresentata dalla previsione espressa del danno da vacanza rovinata, di matrice giurisprudenziale, definito dall'art. 46 del codice come "*danno correlato al tempo di vacanza inutilmente trascorso ed all'irripetibilità dell'occasione perduta*". Per i necessari approfondimenti, v. in questo manuale par. 23.1 della parte X, cap. II, sez. IV in materia di danno non patrimoniale.

4.2. Il diritto di recesso.

La relazione illustrativa del codice del turismo spiega le ragioni dell'intervento dello stesso codice in ordine alla disciplina del diritto di recesso, da ricercare nella *vexata quaestio* dell'applicabilità delle norme dettate in materia dal codice del consumo ai contratti di viaggio c.d. *last minute*, ossia ai contratti relativi ai viaggi e al tempo libero che il professionista si impegna a fornire ad una data determinata o in un periodo prestabilito.
La materia risulta oggi disciplinata dall'art. 41 del d. lgs. 79/2011, al cui testo si rinvia.

SEZIONE V • IL CONTRATTO DI DEPOSITO

5. Il deposito in generale.

Il deposito è il contratto col quale una parte riceve dall'altra una cosa mobile con l'obbligo di custodirla e di restituirla in natura (art. 1766 c.c.). Il contratto è di natura reale (senza la consegna del bene esso non si perfeziona) e si presume gratuito, salvo che dalla qualità professionale del depositario o da altre circostanze si debba desumere una diversa volontà delle parti (la gratuità è dunque elemento naturale). Non è prevista alcuna specifica forma e dunque la prova del contratto può avvenire con qualsiasi mezzo.

Affinché sussista "affidamento in custodia" non è necessaria la materiale apprensione del bene, ma è sufficiente che esso sia posto nella autonoma sfera di disponibilità e controllo dell'affidatario.

L'affidamento in deposito può riguardare solo beni mobili perché per gli immobili si ha comodato o locazione.

La disciplina legale del rapporto prevede che il depositario deve usare nella custodia la diligenza del buon padre di famiglia (si tratta di obbligazione di risultato e non di mezzi), ma se il deposito è gratuito, la responsabilità per colpa è valutata con minor rigore (art. 1768 c.c.); mentre se il depositario incapace (art. 1769 c.c.), è responsabile della conservazione della cosa nei limiti in cui può essere tenuto a rispondere per fatti illeciti.

Il depositario non può servirsi della cosa depositata né darla in deposito ad altri, senza il consenso del depositante, ma se circostanze urgenti lo richiedono, il depositario può esercitare la custodia in modo diverso da quello convenuto, dandone avviso al depositante appena è possibile. L'inadempimento a detto obbligo è motivo di risoluzione del contratto e di risarcimento del danno patito dal depositante.

Il depositario deve restituire la cosa appena il depositante la richiede, salvo che sia convenuto un termine nell'interesse del depositario. A sua volta, il depositario può richiedere in qualunque tempo che il depositante riprenda la cosa, salvo che sia convenuto un termine nell'interesse del depositante.

Nell'ipotesi in cui non sia stato convenuto un termine, il giudice può concedere al depositante un termine congruo per ricevere la cosa.

Salvo diversa convenzione, la restituzione della cosa deve farsi nel luogo in cui doveva essere custodita e le spese per la restituzione sono a carico del depositante.

Il depositario è inoltre obbligato a restituire i frutti della cosa che egli abbia percepiti. Il depositario deve restituire la cosa al depositante o alla persona indicata per riceverla, e non può esigere che il depositante provi di esserne proprietario.

Se la detenzione della cosa è tolta al depositario in conseguenza di un fatto a lui non imputabile, egli è liberato dall'obbligazione di restituire la cosa, ma deve, sotto pena di risarcimento del danno, denunziare immediatamente al depositante il fatto per cui ha perduto la detenzione. Il depositante ha diritto di ricevere ciò che, in conseguenza del fatto stesso, il depositario abbia conseguito, e subentra nei diritti spettanti a quest'ultimo.

Il depositante è obbligato a rimborsare il depositario delle spese fatte per conservare la cosa, a tenerlo indenne delle perdite cagionate dal deposito e a

pagargli il compenso pattuito.
Un'ipotesi particolare è quella del deposito irregolare, che ha per oggetto una quantità di danaro o di altre cose fungibili, con facoltà per il depositario di servirsene. Il depositario ne acquista la proprietà ed è tenuto a restituirne altrettante della stessa specie e qualità e si osservano, in quanto applicabili, le norme relative al mutuo. Con riferimento alla responsabilità del depositario, è necessario sottolineare che, secondo la giurisprudenza, le norme che disciplinano nel contratto di deposito la responsabilità del depositario sono applicabili solo nel caso in cui l'obbligazione di custodia sia assunta come principale e assorbente, rappresentando l'unica prestazione qualificatrice del contratto.
A tal proposito, la giurisprudenza ha ad esempio precisato che al contratto atipico di parcheggio si applicano le norme relative al contratto di deposito e, pertanto, il depositario assume in tal modo verso il depositante l'obbligo di restituzione della cosa nello stato in cui è stata consegnata. Ne segue che, in caso di sottrazione del bene, il depositario è tenuto al risarcimento del danno, salvo che provi l'imprevedibilità e l'inevitabilità della perdita[1].
Qualora, invece, l'obbligo di custodire abbia una funzione strumentale rispetto a un'altra obbligazione, di carattere principale e si atteggi come meramente accessoria rispetto a quella dedotta in obbligazione, per il suo adempimento trovano applicazione - a termini dell'art. 1177 del c.c. - le regole stabilite per l'adempimento delle obbligazioni in generale.
Deriva da quanto precede, pertanto, che nei contratti misti, in cui l'obbligo di custodire costituisce una prestazione accessoria rispetto all'obbligazione in cui si sostanzia il contratto (come nel caso oggetto della pronuncia, in cui erano state trasmesse a una casa editrice, per la eventuale pubblicazione, 57 diapositive originali e queste, consegnate a un *pony express* per la restituzione, erano state rubate mentre erano nella disponibilità del trasportatore) in cui l'obbligo di custodire costituisce una prestazione accessoria rispetto alle obbligazioni in cui si sostanzia il contratto, non si applicano le regole sulla responsabilità "*ex recepto*" aventi natura eccezionale, bensì quelle ordinarie sulla responsabilità per colpa, le quali prevedono - invece - come parametro di valutazione la diligenza del buon padre di famiglia[2].

5.1. Il deposito in albergo.

Gli artt. 1783 e ss. c.c. disciplinano una ipotesi particolare di deposito delle cose portate in albergo.
Gli albergatori sono responsabili di ogni deterioramento, distruzione o sottrazione delle cose portate dal cliente in albergo e sono considerate portate in albergo le cose che si trovano durante il tempo nel quale il cliente dispone dell'alloggio; le cose di cui l'albergatore, un membro della sua famiglia o un suo ausiliario assumono la custodia, fuori dell'albergo, durante il periodo di tempo in cui il cliente dispone dell'alloggio; le cose di cui l'albergatore, un membro della sua famiglia o un suo ausiliario assumono la custodia sia nell'albergo, sia fuori dell'albergo, durante un periodo di tempo ragionevole, precedente o successivo a

[1] Cass. civ., Sez. VI, 15 aprile 2021, n.9895 in *Giust. Civ. Mass.* 2021.
[2] Cass. civ., sez. III, 30 gennaio 2014, n. 2084.

quello in cui il cliente dispone dell'alloggio.
La responsabilità dell'albergatore per tali beni è limitata al valore di quanto sia deteriorato, distrutto o sottratto, sino all'equivalente di cento volte il prezzo di locazione dell'alloggio per giornata. L'albergatore è responsabile, senza che possa invocare tale limite, quando il deterioramento, la distruzione o la sottrazione delle cose portate dal cliente in albergo sono dovuti a colpa sua, dei membri della sua famiglia e dei suoi ausiliari.
Diversa è la disciplina della responsabilità dell'albergatore per le cose a lui consegnate in custodia; ovvero quando ha rifiutato di ricevere in custodia cose che aveva l'obbligo di accettare. In tali casi la responsabilità è illimitata.
Più in particolare, l'albergatore ha l'obbligo di accettare le carte-valori, il danaro contante e gli oggetti di valore che può rifiutarsi di ricevere soltanto se si tratti di oggetti pericolosi o che, tenuto conto dell'importanza e delle condizioni di gestione dell'albergo, abbiano valore eccessivo o natura ingombrante.
Diversamente, l'albergatore non è responsabile quando il deterioramento, la distruzione o la sottrazione sono dovuti al cliente, alle persone che l'accompagnano, che sono al suo servizio o che gli rendono visita; a forza maggiore; alla natura della cosa.
La disciplina non trova applicazione ai veicoli, alle cose lasciate negli stessi, né agli animali vivi mentre si applica anche agli imprenditori di case di cura, stabilimenti di pubblici spettacoli, stabilimenti balneari, pensioni, trattorie, carrozze letto e simili.
Infine, sono nulli i patti o le dichiarazioni tendenti ad escludere o a limitare preventivamente la responsabilità dell'albergatore (art. 1785 *quater* c.c.).

5.2. Il deposito nei magazzini generali.

Una ulteriore ipotesi particolare di deposito, disciplinata dal codice civile, è quella nei magazzini generali. I magazzini generali sono responsabili della conservazione delle merci depositate, a meno che si provi che la perdita, il calo o l'avaria, è derivata da caso fortuito, dalla natura delle merci ovvero da vizi di esse o dell'imballaggio. Il depositante ha diritto d'ispezionare le merci depositate e di ritirare i campioni d'uso.
I magazzini generali, previo avviso al depositante, possono procedere alla vendita delle merci, quando, al termine del contratto, le merci non sono ritirate o non è rinnovato il deposito, ovvero, trattandosi di deposito a tempo indeterminato, quando è decorso un anno dalla data del deposito, e in ogni caso quando le merci sono minacciate di deperimento. Il ricavato della vendita, dedotte le spese e quanto altro spetta ai magazzini generali, deve essere tenuto a disposizione degli aventi diritto.
Il codice disciplina poi la nota di pegno e la fede di deposito e la sua circolazione, la quale attribuisce il diritto di ritiro dei beni.
In particolare, il contenuto della nota di pegno è disciplinato dall'art. 1790 c.c., mentre la fede di deposito è prevista dall'art. 1791 c.c.; entrambe possono essere intestate al depositante, ovvero ad un terzo da questi designato, e sono trasferibili mediante girata (art. 1792 c.c.).
Le funzioni svolte dai titoli in questione differiscono: la fede di deposito attribuisce

il possesso delle merci – e non la proprietà, che si trasferisce mediante contratto di compravendita - sicché chi ne venga in possesso è legittimato ad ottenere la riconsegna, qualora sia in possesso anche della nota di pegno (art. 1793, comma 1, c.c.); la nota di pegno, invece, attribuisce il solo diritto di pegno sulle merci depositate.

La circolazione dei due titoli può avvenire anche separatamente. Infatti, nel caso in cui un soggetto sia in possesso della sola fede di deposito, avrà diritto ad ottenere la consegna delle merci solo nel caso in depositi la somma dovuta al creditore pignoratizio, entro la scadenza del termine previsto (art. 1795 c.c.). Il possessore della sola nota di pegno, invece, può far vendere i beni depositati, decorsi otto giorni dalla scadenza (art. 1796 c.c.).

La scadenza e l'ammontare del credito, in particolare, devono essere indicati al momento della prima girata (art. 1794 c.c.), così da consentire l'esercizio dei diritti di cui si è detto sopra. Nel caso di girata della nota di pegno che sia priva dell'indicazione concernente il credito, il vincolo in favore del terzo possessore della nota è pari all'intero ammontare del valore delle merci depositate.

CAPITOLO VI
I CONTRATTI DI FINANZIAMENTO, DI BANCA E DI BORSA

▪**1.** I contratti bancari: nozione. ▪**1.1.** La disciplina. ▪**2.** I contratti bancari tipici: in particolare il deposito bancario. ▪**2.1**. Depositi bancari di denaro. ▪**2.2.** I depositi di titoli in amministrazione. ▪**2.3.** L'apertura di credito bancario. ▪**2.4.** Il mutuo. ▪**2.5.** L'anticipazione bancaria. ▪**2.6.** Lo sconto bancario. ▪**2.7.** Il *factoring*. ▪**2.8.** Il *forfaiting*. ▪**2.9.** Il conto corrente: il conto corrente ordinario. ▪**2.9.1.** Il conto corrente bancario. ▪**2.10.** Il servizio di cassette di sicurezza. ▪**3.** I contratti di borsa. ▪**3.1.** Il *future*. ▪**3.2.** Il *forward rate agreement*. ▪**3.3.** Lo *swap*. ▪**3.4.** L'opzione e il *warrant*. ▪**4.** I servizi di investimento. ▪**5.** Il credito al consumo.

1. I contratti bancari: nozione.

L'attività bancaria si esplica principalmente mediante la conclusione di diverse tipologie di operazioni e servizi, sovente «in serie», riguardanti il danaro, ovvero valori monetariamente qualificabili.

I c.d. contratti di credito[1] consentono agli istituti bancari di esercitare un'attività di interposizione nel credito collocandosi come intermediari fra chi possiede capitali e chi ne necessita, mediante la raccolta degli stessi e la loro distribuzione a coloro che ne fanno domanda.

L'intermediazione degli operatori bancari, che si esplica mediante il compimento di due tipologie di attività di natura opposta, è tradizionalmente distinta fra operazioni bancarie passive e attive.

Le operazioni bancarie passive ed attive

Le prime concernono quei negozi mediante i quali le banche intessono rapporti contrattuali con i clienti-risparmiatori (depositi bancari, emissione di certificati di deposito e di obbligazioni, emissione di vaglia cambiari e di assegni circolari), assumendo l'obbligo di restituire a vista o a termine il *tantundem;* nelle operazioni c.d. attive, al contrario, gli istituti bancari intessono rapporti contrattuali volti a soddisfare la domanda di liquidità dei clienti, a fronte dei quali si determinano crediti di restituzione delle banche (sconto, anticipazioni su pegno di titoli o di merci, apertura di credito, prestiti in genere, finanziamenti speciali).

Accanto alle operazioni di raccolta e di impiego di danaro esistono tutta una serie di ulteriori servizi denominati «bancari» che gli istituti di credito offrono alla propria clientela, fra i quali si annoverano i depositi in titoli di custodia e in amministrazione, i depositi chiusi di valori, i depositi in cassette di sicurezza, gli incassi e pagamenti etc.

L'attività bancaria viene esercitata, quindi, mediante la gestione di operazioni idonee sia a raccogliere liquidità monetarie, sia a concedere «a credito» le liquidità raccolte. Un carattere comune che contraddistingue i negozi giuridici mediante i quali si svolgono le operazioni bancarie è il binomio trasferimento di proprietà di somme di denaro (o di altri beni fungibili) e obbligo di restituzione del *tantundem*, da cui scaturisce il complesso rapporto da un lato traslativo di proprietà e dall'altro restitutorio che ha portato all'elaborazione della categoria giuridica dei c.d. contratti di credito, all'interno della quale possono ricondursi il mutuo, il prestito di danaro in genere, il deposito irregolare, nonché tutti i contratti bancari c.d. tipici.

Le operazioni bancarie, pur nella loro essenziale peculiarità, ricalcano schemi contrattuali di carattere generale (deposito, mutuo, mandato, pegno, ecc.) a cui si aggiungono struttura e contenuti particolari, modellati sulle molteplici e peculiari esigenze da soddisfare.

La qualifica di banca di uno dei contraenti comporta, innanzitutto, l'operatività della disciplina dettata dagli artt. 115 e ss. d. lgs. 385/1993 (norme sulla trasparenza delle condizioni contrattuali), unitamente all'applicazione delle norme contenute in leggi speciali, nonché del dettato codicistico riservato ai contratti bancari (artt. 1834 e ss. c.c.), al pagamento contro documenti a mezzo banca (art. 1530 c.c.), ai prestiti con garanzia sul macchinario (art. 2762 c.c.) al pegno risultante da polizza o da altra scrittura (art. 2787, comma 4, c.c.), oltre alle norme dettate per le obbligazioni ed i contratti in generale e per alcuni contratti tipici (mutuo, deposito

[1] Si tratta di categoria inizialmente elaborata dalla dottrina tedesca, poi ripresa da SIMONETTI, *I contratti di credito*, Padova, 1953; LUMINOSO, *I contratti tipici e atipici*, Milano, 1995, 669.

etc.).
Un aspetto strettamente connesso alla qualifica soggettiva del contraente «banca» comporta, altresì, che i contratti conclusi o i servizi offerti siano annoverati fra i contratti d'impresa, sovente stipulati in serie mediante la predisposizione di condizioni generali e la sottoscrizione di moduli predisposti, disciplinati dagli artt. 1341, 1342 e 1370 c.c., nonché dagli artt. 33 e ss. del d. lgs. 6 settembre 2005, n. 206 (c.d. codice del consumo), ove, beninteso, il contratto risulti stipulato con un consumatore.
La natura e la funzione dei contratti bancari non possono neppure prescindere dalla loro qualificazione come contratti di massa, i quali presuppongono la presenza di un'impresa bancaria che, al fine di perseguire la propria attività, attui una gestione coordinata dei singoli contratti stipulati, nel pieno rispetto delle particolari limitazioni e dei vincoli di gestione predisposti in tale ambito contrattuale a tutela della massa dei clienti.
Il carattere peculiare dell'attività bancaria, che la distingue rispetto all'attività esercitata dagli altri operatori finanziari, può essere colto nell'attività di intermediazione tra risparmio e credito, e prova ne è la considerazione che alle sole banche è riservata ogni tipologia di attività di raccolta di fondi a vista e/o collegata all'emissione di mezzi di pagamento a spendibilità generalizzata. Del resto, la delicatezza degli interessi sottesi all'attività delle banche risulta dalle stesse disposizioni costituzionali: la Repubblica incoraggia e tutela il risparmio in tutte le sue forme; disciplina, coordina e controlla l'esercizio del credito (art. 47, comma 1, Cost.).

1.1. La disciplina.

Fiducia

Nei contratti bancari l'identificazione del contraente è sempre necessaria, pena l'inefficacia dell'accordo. In questi contratti, inoltre, la «persona del contraente» rileva sotto il profilo delle qualità personali (c.d. contratti *intuitus personae*), discendendo da tal rilievo la possibilità di annullare il contratto in caso di errore essenziale su qualità o sull'identità della persona dell'altro contraente (art. 1429, n. 3, c.c.).
Il codice civile del 1942 detta una disciplina applicabile ai soli contratti tipici, per cui ne resta esclusa tutta una serie di operazioni contrattuali di notevole rilievo nell'attività bancaria; suppliscono, in materia, le condizioni generali di contratto e la prassi bancaria.
Il problema degli usi bancari risulta, comunque, ridimensionato: il loro ambito di applicazione è stato notevolmente ristretto, ferma restando la loro finalità originaria, perseguita nella pratica mediante la predisposizione di una serie di articolati incentrati sugli obblighi della banca nei rapporti con la clientela, nel senso dell'imprescindibile dovere di osservare criteri di diligenza adeguati alla condizione professionale del cliente e alla natura dell'attività svolta, in conformità a quanto disciplinato dall'art. 1176 c.c.

La trasparenza bancaria

La disciplina sulla trasparenza delle condizioni contrattuali è caratterizzata da una serie di disposizioni cogenti poste nell'interesse del contraente debole, la cui osservanza è oggetto di verifica da parte dell'organo di vigilanza. Particolare attenzione meritano le norme in tema di limiti all'autonomia contrattuale tanto di

forma che di contenuto, derogabili solo in senso più favorevole al cliente, da cui discende la legittimazione attiva ad eccepirne la nullità solo in capo al cliente stesso (art. 127, comma 2, t.u.b.). Trattasi, quindi, di cc.dd. nullità relative, di protezione. L'organo di vigilanza preposto alla verifica del rispetto delle regole di condotta degli istituti bancari e degli intermediari finanziari è la Banca d'Italia (art. 128 t.u.b.).

La pubblicità nei contratti bancari

Ai sensi dell'art. 116, comma 1, t.u.b, «*le banche e gli intermediari finanziari rendono noti in modo chiaro ai clienti i tassi di interesse, i prezzi e le altre condizioni economiche relative alle operazioni e ai servizi offerti, ivi compresi gli interessi di mora e le valute applicate per l'imputazione degli interessi. Per le operazioni di finanziamento, comunque denominate, è pubblicizzato il tasso effettivo globale medio previsto dall'articolo 2, commi 1 e 2, della legge 7 marzo 1996, n. 108. Non può essere fatto rinvio agli usi*».

Forma e contenuto dei contratti

I contratti bancari sono conclusi per iscritto e una copia deve essere consegnata ai clienti, pena la nullità della pattuizione contrattuale (art. 117, commi 1 e 3, t.u.b.), salvo che per particolari ragioni tecniche il C.I.C.R. autorizzi la conclusione di contratti in altra forma (art. 117, comma 2, t.u.b.).

La nullità relativa

L'inosservanza della forma scritta determina la nullità del contratto rilevabile unicamente dal cliente e, trattandosi di nullità relativa, l'azione è soggetta a prescrizione e il contratto bancario colpito da nullità può essere convalidato[2].

Particolare menzione merita la disciplina del diritto di recesso in ambito bancario, i cui referenti normativi si rinvengono negli artt. 118, 120 *bis* e 125 *ter*, t.u.b.

L'art. 119, comma 1, t.u.b. prescrive, altresì, che la banca è tenuta a fornire per iscritto o mediante altro supporto durevole al cliente, alla scadenza del contratto e, comunque, almeno una volta all'anno, una comunicazione completa e chiara in merito allo svolgimento del rapporto[3].

In particolare, l'invio di estratti conto, oltre a soddisfare l'esigenza di maggiore trasparenza contrattuale, persegue anche lo scopo di dare certezza definitiva ai rapporti, secondo la regola del silenzio assenso, che si perfeziona ritenendo approvati gli estratti conto e le altre comunicazioni periodiche alla clientela, trascorsi sessanta giorni dal loro ricevimento.

Anatocismo

L'anatocismo è il fenomeno giuridico-contabile rappresentato dal computo sugli interessi scaduti di ulteriori interessi (gli interessi c.d. "composti"). L'anatocismo è consentito dal nostro ordinamento solo eccezionalmente e con stringenti limiti: in mancanza di usi contrari, gli interessi scaduti possono produrre interessi solo dal giorno della domanda giudiziale o per effetto di convenzione posteriore alla loro scadenza, e sempre che si tratti di interessi dovuti almeno per sei mesi (art. 1283 c.c.).

Dottrina e giurisprudenza, in passato, hanno ritenuto ammissibile la prassi bancaria invalsa in tale materia, di praticare la capitalizzazione trimestrale sugli interessi attivi, riconoscendo solo quella annuale per gli interessi passivi, sulla base dell'opinione secondo cui l'esistenza di norme bancarie uniformi fosse idonea a confermare la vigenza di «usi normativi» di tale contenuto.
Sulla scorta della maggiore sensibilità nei confronti dei contraenti deboli, specie dei

[2] V. PANZARINI, *Sulle nullità del contratto bancario,* in *Contr. impr.*, 1995, 477.
[3] COSTI-VELLA, *Commentario breve al Testo Unico Bancario,* Padova, 2019, 710 e ss.

consumatori, il Giudice di legittimità, con tre successive decisioni[4], ha ritenuto che l'esistenza di tali usi normativi non potesse ragionevolmente risultare accertata e comprovata, né, a tale riguardo, poteva considerarsi sufficiente il richiamo alle norme bancarie uniformi. Pertanto, alle norme bancarie uniformi non poteva essere riconosciuta la natura di uso normativo, ma quella di uso negoziale, inidonea agli effetti dell'art. 1283 c.c

Dopo varie riforme legislative, la stringente disciplina del fenomeno anatocistico in ambito bancario, finalmente conforme alle indicazioni giurisprudenziali, è oggi contenuta all'art. 120 del t.u.b., ispirato al principio per cui gli interessi debitori e creditori devono essere conteggiati con la medesima periodicità.

Interessi usurari e contratti bancari

Con la l. 7 marzo 1996, n. 108, il legislatore ha regolamentato la disciplina sull'usura, modificando quanto disposto dall'art. 644 c.p.
Tale intervento ha svincolato il reato dalla condizione dell'approfittamento dello stato di bisogno del soggetto passivo, affermandone la configurabilità in presenza del mero presupposto oggettivo del farsi «*dare o promettere, sotto qualsiasi forma, per sé o per altri, in corrispettivo di una prestazione di denaro o di altra utilità, interessi o altri vantaggi usurari*», prevedendo, altresì, quale aggravante del reato, l'averlo commesso nell'esercizio di un'attività professionale, bancaria o di intermediazione finanziaria mobiliare (art. 644, comma 5, n. 1, c.p.).

Il c.d. tasso soglia

La determinazione del tasso di interesse limite considerato non usurario (c.d. tasso soglia) è oggetto di una complessa procedura demandata al Ministro dell'economia e delle finanze, mediante la rilevazione trimestrale del tasso medio praticato sul mercato dalle banche e dagli intermediari finanziari. "*Il limite previsto dal terzo comma dell'articolo 644 del codice penale, oltre il quale gli interessi sono sempre usurari, è stabilito nel tasso medio risultante dall'ultima rilevazione pubblicata nella Gazzetta Ufficiale ai sensi del comma 1 relativamente alla categoria di operazioni in cui il credito è compreso, aumentato di un quarto, cui si aggiunge un margine di ulteriori quattro punti percentuali. La differenza tra il limite e il tasso medio non può essere superiore a otto punti percentuali*" (art. 2, comma 4, l. n. 108/1996).

Il d.l. 29 dicembre 2000, n. 394, convertito con modificazioni dalla legge 28 febbraio 2001, n. 24, ha disposto che, ai fini dell'applicazione dell'art. 644 c.p. e dell'art. 1815 c.c., si intendono «*usurari gli interessi che superano il limite stabilito dalla legge nel momento in cui essi sono promessi o comunque convenuti», a qualunque titolo «indipendentemente dal momento del loro pagamento*», dettando altresì un regime transitorio riguardante, in particolare, i mutui bancari.

Obblighi di protezione e di informazione

Nel commercio bancario è, inoltre, possibile individuare una serie di obblighi di protezione derivanti dallo *status* professionale dell'impresa bancaria, la cui violazione fa sorgere una peculiare responsabilità in capo a tale soggetto[5].

Fra i particolari obblighi imposti alla banca rilevano quelli legati all'informazione, la cui violazione ha frequentemente portato ad accertare la responsabilità, contrattuale o aquiliana, della banca, necessariamente soggetta al rispetto delle regole di corretta gestione del credito.

---

[4] Cass. civ., Sez. I, 16 marzo 1999, n. 2374 e Cass. civ., Sez. III, 30 marzo 1999, n. 3096; Cass. civ., Sez. I, 11 novembre 1999, n. 12507, in *Corr. Giur.,* 1999, 1485.

[5] Cass. civ., sez. I 13 gennaio 1993, n. 343, in *Banca, borsa tit. cred.,* 1994, II, 258, con note di MARZONA, *Lo status (professionalità e responsabilità) dell'impresa bancaria in una recente sentenza della Cassazione.*

Altri particolari obblighi di informazione sono previsti in ordine alle operazioni relative agli strumenti finanziari, per i quali è sancita la nullità del contratto nel caso di mancato rispetto delle regole di comportamento e di validità previste per tale tipologia contrattuale[6].

L'abusiva concessione del credito

A fronte degli obblighi fin qui delineati, si possono annoverare anche altri obblighi quali quelli relativi al divieto di abusiva concessione del credito ad imprese in evidenti ed insanabili difficoltà economiche, che hanno più volte portato la Suprema Corte a riconoscere la responsabilità aquiliana della banca, *ex* art. 2043 c.c.

2. I contratti bancari tipici: in particolare, il deposito bancario.

Il codice civile disciplina, nella medesima sezione del capo relativo ai contratti bancari, sotto il titolo dei depositi bancari, sia i depositi di danaro (art. 1834 c.c.)[7], sia i depositi di titoli in amministrazione (art. 1838 c.c.), da cui scaturiscono due categorie contrattuali profondamente diverse quanto a funzione economica e disciplina giuridica, tali da giustificarne un trattamento separato.

2.1. I depositi bancari di denaro.

Definizione

La definizione legislativa del deposito bancario di denaro è offerta dal primo comma dell'art. 1834 c.c. In particolare, con tale contratto la banca acquista la proprietà della somma ricevuta dal depositante e si obbliga a restituirla nella stessa specie monetaria, alla scadenza del termine convenuto (deposito vincolato) ovvero a richiesta del depositante (deposito libero), con l'osservanza del periodo di preavviso stabilito dalle parti o dagli usi.

Qualificazione giuridica

La *querelle* sulla riconducibilità del contratto di deposito bancario all'interno della categoria del mutuo o del deposito irregolare è giunta a qualificare tale operazione contrattuale come una «*species*» all'interno della categoria del deposito irregolare.

La disciplina giuridica del deposito bancario, quindi, è influenzata dal collegamento con l'insieme delle operazioni di massa poste in essere dalla banca e, di conseguenza, dalle molteplici regole contrattuali previste per tale categoria di operazioni negoziali.

In particolare, la facoltà della banca di disporre delle somme depositate dal cliente può essere legittimamente esercitata solo con l'osservanza delle norme dirette ad assicurare la liquidità necessaria per fare fronte alle eventuali richieste di rimborso[8].

Funzione economica

I contratti di deposito bancario, come la maggior parte dei contratti bancari, sono regolati da condizioni generali di contratto e sono, di conseguenza, annoverabili fra i contratti per adesione, da cui consegue la soggezione alla disciplina dell'art. 1341 c.c.

Il deposito bancario di denaro, nelle varie forme conosciute nella prassi, si presta a soddisfare

---

[6] Cass. civ., Sez. un., 19 dicembre 2007, n. 26724, in *Foro it.*, 2008, I, 784, con nota di SCODITTI, *La violazione delle regole di comportamento dell'intermediario finanziario e le sezioni unite.*

[7] Cfr. MOLLE, *Per la qualificazione giuridica del deposito bancario*, in *Banca, borsa tit. cred.,* 1948, I, 1.

[8] Cfr. GUGLIELMUCCI, voce *Deposito bancario*, in *Dig. disc. Priv. Sez. comm*., IV, 255; CAMPOBASSO, *I depositi bancari,* in *Banca, borsa tit. cred.,* 1988, I, 163.

innanzitutto la funzione di custodia a favore del depositante, il quale sostituisce la disponibilità della somma di denaro con il diritto di ottenere il *tantundem* a semplice richiesta[9]. Il diritto di credito alla restituzione di quanto depositato si identifica con il passaggio di proprietà della somma in capo alla banca, ed allo stesso tempo viene espletata la funzione di godimento o prestito a favore della banca stessa, che, come ribadito, può liberamente disporre della somma ricevuta, sempre assicurando al depositante la disponibilità del *tantundem* anche grazie alla gestione in massa della attività di raccolta ed impiego del denaro.

Obbligo di restituzione della banca

A prescindere dalla scelta operata dal singolo risparmiatore, rispetto alle diverse tipologie di deposito bancario, tale schema contrattuale determina sempre la sostituzione di una somma di denaro con la disponibilità della medesima specie monetaria, che permette di evidenziare la peculiare caratteristica del credito nascente in capo al depositante di ottenere la restituzione della somma, a cui si correla il passaggio di proprietà dell'ammontare di denaro, con funzione di godimento o prestito, a favore della banca, la quale può certamente disporne, ma con l'obbligo si assicurarne la disponibilità al cliente nei modi e con le regole previste per la tipologia di deposito prescelto.

La banca acquista quindi la proprietà del denaro depositato – rispetto al quale assume una posizione assimilabile a quella di "amministratori di denaro altrui" - e di conseguenza può concretamente svolgere la funzione di intermediazione nel credito, fermo il divieto, però, di imprudente utilizzazione del denaro raccolto. In altri termini, la banca ha l'obbligo di non destinare il denaro in operazioni azzardate, bensì di impiegarlo in modo da ridurre, il più possibile, i rischi per i risparmiatori, mantenendo inalterata la necessaria liquidità.

Il deposito bancario pecuniario consiste, quindi, in una forma di deposito irregolare (art. 1782 c.c.) che si caratterizza per il necessario intervento della banca in qualità di depositario.
Il deposito di denaro, quindi, in quanto contratto nominato, e, di conseguenza, dotato di autonomia all'interno della categoria dei contratti di massa, si atteggia come operazione negoziale idonea a svolgere contemporaneamente la funzione di custodia e di concessione di credito, tanto da giustificare anche la corresponsione da parte della banca di «interessi» sulle somme depositate.
Il deposito bancario di denaro (art. 1834 c.c.) si distingue, tradizionalmente, in ordinario, a risparmio ed in conto corrente.

Il deposito ordinario

I depositi ordinari o semplici sono quelli che non possono essere alimentati con successivi versamenti e non prevedono la facoltà di prelevamenti parziali durante lo svolgimento del rapporto, essendo rimborsabili solo in unica soluzione. Tale tipologia di depositi ha, in realtà, un rilievo del tutto marginale nella pratica delle operazioni bancarie.
Fra i depositi a scadenza fissa, facenti parte di questa prima categoria, possono, altresì, essere ricompresi quelli rappresentati dai buoni fruttiferi e dai certificati di deposito che si caratterizzano tanto per la lunga durata del vincolo, quanto per il divieto di rimborso anticipato.

Il deposito in conto corrente

L'operazione negoziale, nella pratica, consiste in un versamento contro rilascio di una ricevuta (c.d. certificati di deposito o buoni fruttiferi offerti dalle banche,

[9] V. Cass. civ., sez. III, 18 settembre 2008, n. 23844, in *Giust. civ. Mass.*, 9, 1380 e in *Giust. civ.*, 2009, 3, 630.

normalmente, a scadenza e a tagli prefissati), con possibilità di prelevare *una tantum* la somma versata da parte del cliente depositante.

La figura del deposito in conto corrente, prevista e regolata sia dal codice civile nell'ambito della più ampia categoria delle operazioni bancarie in conto corrente (artt. 1852-1857 c.c.), sia dalle prassi bancarie, si caratterizza per la disponibilità della somma, da parte del cliente, non solo in contanti, ma anche mediante l'emissione di assegni, ovvero tramite assegni da riscuotere, così emergendo come tale mezzo alternativo di pagamento abbia assunto, nella prassi bancaria, il fondamentale ruolo di titolo di legittimazione al portatore.

I depositi a risparmio

Nella pratica, in realtà, l'operazione negoziale del deposito in conto corrente è da tempo superata[10].

Pertanto, le sole operazioni che, attualmente, possono essere annoverate nella categoria dei «depositi bancari di denaro» sono enucleabili nei depositi a risparmio, che comportano il rilascio di un libretto al portatore o nominativo (artt. 1835 e 1836 c.c.) con funzione di documentazione delle operazioni di versamento o prelevamento effettuate dal depositante, risultando ormai desueti quelli c.d. a piccolo risparmio, caratterizzati da un maggior saggio di interessi, nonché da stringenti limiti massimi di deposito.

Certificati di deposito

I certificati di deposito (o buoni fruttiferi) sono documenti rilasciati dalle banche, dietro versamento di denaro, in genere a taglio fisso e a scadenza, usualmente a breve termine (1 mese, 3 mesi, 6 mesi, 12 o 18 mesi), capaci di offrire rendimenti più elevati rispetto a quelli dei depositi a risparmio, e quindi di maggiore utilità pratica.

Libretti di deposito

I libretti di deposito a risparmio fungono essenzialmente da strumenti necessari per l'esercizio, da parte del depositante, dei diritti derivanti dal contratto di deposito bancario, mediante operazioni normalmente effettuate in contanti ed annotate sul libretto di deposito (art. 1835 c.c.).

Le annotazioni su libretto, effettuate dall'impiegato che appare addetto al servizio, fanno, altresì, piena prova nei rapporti fra banca e depositante, fatte salve le eventuali impugnative per errore di fatto o violenza *ex* art. 2732 c.c.

Inoltre, i libretti possono essere al portatore, nominativi o nominativi pagabili al portatore, e la scelta fra l'una o l'altra categoria deve essere annotata sullo stesso libretto, posto che l'annotazione assurge ad elemento essenziale del contratto. Particolare rilievo assume, altresì, l'intestazione del libretto che può anche non coincidere con il nome del depositante, fermo restando che legittimato ad eseguire le operazioni conseguenti al contratto di deposito di denaro resta il solo intestatario o possessore (se il libretto è al portatore o pagabile al portatore) del titolo e, in caso di cointestatari, a ciascuno separatamente.

I libretti nominativi

I libretti nominativi sono considerati semplici contrassegni o titoli di legittimazione, con la specifica finalità di identificare il legittimato a compiere le operazioni connesse al contratto di deposito bancario esonerando la banca dall'obbligo di identificazione, di volta in volta, del soggetto legittimato ad eseguire le singole operazioni contrattuali.

I libretti al portatore

I libretti al portatore, invece, non sono più consentiti, ai sensi del vigente art. 49, comma 12, del d. lgs. 231/2007.

[10] Cfr. GIORGIANNI – TARDIVO, *Manuale di diritto bancario*, Milano, 2009, 441.

Deposito a favore di terzo

Una particolare ipotesi di deposito è quella che può essere eseguita a favore di un terzo in qualità di legittimato ad eseguire le operazioni bancarie. Tale peculiare schema contrattuale è utile, in certa misura, a comprendere la tendenziale parificazione della moneta bancaria alla moneta legale. L'equiparazione fra la moneta legale e quella scritturale, in genere, avviene nella pratica mediante l'inserimento di apposite clausole nei documenti contrattuali, in relazione tanto ai negozi *inter vivos* che *mortis causa*.

Le ricadute pratiche dell'intestazione del libretto di risparmio ad un terzo si concentrano, principalmente, sulle questioni poste dai trasferimenti *mortis causa* o *inter vivos* a titolo gratuito. In proposito la giurisprudenza dominante, nell'escludere la riconducibilità di tale particolare ipotesi alla categoria negoziale delle donazioni indirette, ha privilegiato l'applicabilità della disciplina relativa alle donazioni di modico valore (art. 783 c.c.) che, escludendo la necessità dell'atto pubblico, limitano, di conseguenza, le singole dazioni ai soli beni mobili.

Qualificare, invece, l'intestazione ad un terzo beneficiario del libretto di risparmio al portatore come donazione di un titolo di credito, a cui non può applicarsi lo schema contrattuale della donazione indiretta, comporta la necessità, per la sua stessa validità, del rispetto della forma solenne prevista dall'art. 782 c.c. A tale operazione negoziale si ricollega, altresì, il problema di identificare l'oggetto della donazione nel bene che costituisce il contenuto del titolo ovvero nel titolo stesso.

Nel primo caso, il titolo di credito sarebbe costituito in funzione della donazione, nella seconda ipotesi, al contrario, la donazione avrebbe come oggetto direttamente il titolo di credito. Corollario delle diverse ipotesi resta la confusione fra la moneta scritturale e quella legale la quale si identifica in una *res* materializzata nel libretto e contribuisce a suggellare la moneta scritturale alla stregua di efficace mezzo di attribuzione patrimoniale, al pari del trasferimento materiale di una determinata quantità di moneta legale.

Seguendo il principio per cui unico legittimato alle operazioni bancarie (prelevamenti) è l'intestatario del libretto, si può osservare come nelle ipotesi di libretti nominativi a vantaggio di un terzo sia quest'ultimo ad essere legittimato ad esercitare tutte le facoltà nascenti dal contratto e, di conseguenza, nessun diritto nascente dal contratto di deposito potrà vantare il depositante nei confronti della banca.

Nelle tipologie di deposito esaminate, solitamente, il reale intento perseguito dalle parti (depositante e terzo) è quello di effettuare un'attribuzione patrimoniale, mediante il peculiare schema negoziale offerto dal deposito bancario di denaro, comportante tutta una serie di utilità per il depositante-risparmiatore, che costituiscono il contenuto essenziale del contratto.

Invalidità del negozio di attribuzione

È necessario, infine, considerare l'ipotesi in cui il negozio sottostante di attribuzione, mediante intestazione al terzo del libretto di deposito sia invalido, soprattutto rispetto alle possibili conseguenze caducatorie sull'intera operazione negoziale di cessione della posizione contrattuale con conseguenti effetti diretti anche nei confronti del contraente banca.

In realtà, nello schema contrattuale del deposito è possibile evidenziare la neutralità del rapporto depositante-depositario rispetto alle situazioni soggettive

che si riferiscono direttamente alla cosa depositata; di talché appare ragionevole, anche per il deposito bancario, l'applicazione analogica dell'art. 1777 c.c. che esplicitamente disciplina tale neutralità per il deposito regolare.
Il concetto di neutralità rispetto all'oggetto del deposito può essere esteso a qualsiasi rapporto che possa legare il depositante ad eventuali terzi estranei rispetto al rapporto principale. Quindi nel caso in cui il negozio sottostante sia invalido, tale effetto non produrrà conseguenze sul piano dei rapporti contrattuali che intercorrono fra il depositante e la banca.

2.2. Il deposito di titoli in amministrazione.

I depositi a custodia in amministrazione rientrano all'interno delle operazioni bancarie c.d. accessorie che si distinguono dalle operazioni di credito, le quali sono, invece, espressione dell'attività bancaria tipica.
Non è, quindi, possibile ricomprendere il deposito a custodia e quello monetario presso le banche in un'unica figura di deposito bancario.
La prassi bancaria distingue i depositi a custodia in chiusi e aperti. I primi sono depositi regolari che riguardano plichi, involti, cassette, bauli ecc., chiusi dal depositante mediante un contrassegno, con l'obbligo della banca di custodire la cosa consegnata e di restituirla nella sua integrità e identità.

Depositi chiusi e aperti

Il deposito a custodia di titoli e valori rientra, invece, nel secondo tipo contrattuale ed è caratterizzato dalla circostanza che la banca assume in custodia i titoli e i valori con un contratto di deposito regolare[11].

Con tale contratto, alla prestazione di custodia della banca si affianca un obbligo gestorio di amministrare, comprensivo di tutte le incombenze ricadenti sull'istituto bancario nella sua qualità di intermediario partecipante al servizio di gestione. In merito alla natura di tale contratto tipico, si ritiene che rientri nella categoria dei contratti reali, in quanto si perfeziona solo con la materiale consegna dei titoli alla banca.

Deposito di strumenti finanziari dematerializzati

Attualmente la figura del deposito in amministrazione, oltre che per i titoli cartacei, è utilizzata per i c.d. "strumenti finanziari dematerializzati", tipicamente rivolti al pubblico dei risparmiatori (offerta pubblica di vendita, offerta pubblica di sottoscrizione), mediante sollecitazione all'investimento, nel rispetto della rigorosa disciplina esistente in tale ambito, intesa a garantire la liceità, completezza e trasparenza del contenuto dell'offerta e, più in generale, il corretto svolgimento dell'operazione finanziaria nella tensione verso il mantenimento dell'effettiva parità di trattamento fra i risparmiatori, mediante il riconoscimento alla CONSOB di ampi poteri regolamentari.
In concreto, la banca si impegna alla gestione dei titoli depositati per conto del cliente, per effetto della loro registrazione contabile a nome del cliente stesso, tramite una società di gestione accentrata e, ove autorizzata, deposita presso il gestore accentrato anche i titoli cartacei.
Con riguardo a tale ipotesi di deposito di titoli viene prevalentemente applicata la disciplina contrattuale del deposito regolare, anche se, per effetto della dematerializzazione del «bene depositato», vi è chi ritiene che tale figura possa

[11] MARTORANO, *Contratti bancari*, in *Riv. dir. civ.*, 1957, II, 117; CAPOBIANCO, *I contratti bancari,* Milano, 2016, 1605.

essere più correttamente ricondotta nell'ambito dei servizi di gestione sottoposti, normalmente, ai principi propri del mandato.

2.3. L'apertura di credito bancario.

Nozione L'art. 1842 c.c. detta la nozione di apertura di credito, definendola come il contratto con il quale la banca si obbliga a tenere a disposizione dell'altra pare una somma di denaro per un dato periodo di tempo o a tempo indeterminato.

Funzione Dal punto di vista pratico la funzione assolta da tale figura contrattuale consiste nella messa a disposizione del cliente, da parte della banca, di una somma di denaro di cui servirsi nei limiti e con le modalità concordate.

Dal punto di vista giuridico, invece, la struttura dell'operazione negoziale risulta maggiormente complessa, posto che l'utilizzazione della somma è rimessa alla mera volontà del cliente, mediante uno o più atti di disposizione dai contenuti più disparati, purché, beninteso, siano compatibili con le forme d'uso pattuite (art. 1843 c.c.).

La tipicità di tale figura contrattuale, invero, permette di discostarsi da interpretazioni dissonanti con il dato codicistico, secondo cui l'apertura di credito ha una funzione in sé, dato che non è indifferente economicamente e socialmente godere della disponibilità di una somma di denaro, anche se tale somma non venga in concreto utilizzata. Da ciò è agevole escludere la qualificazione dell'apertura di credito alla stregua di un «contratto preparatorio», destinato a consentire la stipulazione di altri successivi contratti[12], in quanto dal dato positivo emerge, al contrario, la sua natura di autonoma figura negoziale, caratterizzata da una specifica finalità economica.

Diversamente rispetto ad altre figure negoziali aventi ad oggetto ugualmente la concessione di una disponibilità monetaria, nell'apertura di credito manca il trasferimento di proprietà della somma di denaro in capo al cliente che, di fatto, viene sostituita dalla mera «messa a disposizione» di una data quantità di denaro al cliente, da parte della banca.

Nell'apertura di credito, invero, l'obbligo della banca verso il cliente di tenere a sua disposizione una somma di denaro, nasce esclusivamente dalla struttura negoziale di tale contratto ed è strettamente legato alla sua precipua funzione economica.

Il contenuto essenziale del negozio Il problema dell'utilizzazione della somma messa a disposizione può avere una diversa soluzione a seconda del suo inquadramento come momento «esecutivo» del contratto o, viceversa, come una fattispecie negoziale autonoma, sul presupposto che il contratto si perfeziona con la messa a disposizione della somma e che l'utilizzazione (eventuale) è destinata a creare un nuovo e distinto rapporto negoziale fra accreditato e banca.

Quindi, il punto focale del dibattito, come enunciato, consiste nella attribuzione o meno alla «messa a disposizione» *rectius* «affidamento», di un contenuto negoziale autonomo rispetto ai singoli atti di utilizzazione[13].

L'evoluzione dottrinale e le risposte della prevalente giurisprudenza tendono, in particolare, verso quella ricostruzione che, tenendo separati i momenti della «messa a disposizione» con quelli «dell'utilizzazione», indicano nella messa a

[12] FERRI, *Apertura di credito*, in *Enc. Dir.*, II, Milano, 1958, 516.
[13] GIORGIANNI, *I crediti disponibili*, Milano, 1974, 237.

disposizione il contenuto essenziale del negozio.

L'affidamento del cliente

In tale ambito, in ossequio alla prassi invalsa nei rapporti contrattuali fra cliente e banca, il concetto di affidamento costituisce un valore in sé, assimilabile ad una «provvista» che consente all'affidato di indirizzare alla banca (affidante) una serie di ordini che presuppongono, appunto, la messa a disposizione di una somma di denaro in favore del cliente.

L'affidato, di converso, come corrispettivo, è tenuto a corrispondere alla banca una provvigione e solo nell'ipotesi di utilizzazione, dalla quale deriva l'obbligo di restituzione da parte del cliente, gli interessi sulle somme effettivamente utilizzate, oltre, ovviamente, alle commissioni e ai rimborsi che la banca, normalmente, richiede per i servizi offerti.

Si tratta, dunque, di un contratto oneroso e a prestazioni corrispettive in cui il corrispettivo a favore della banca è rappresentato dalla provvigione che il cliente è tenuto a corrispondere indipendentemente dall'utilizzazione che egli faccia del credito[14].

Gli interessi sulle somme dovute

Gli interessi dovuti dal cliente alla banca sono determinati nella misura pattuita, fermo restando che i rapporti debitori e creditori reciproci devono essere regolati con identica periodicità.

I molteplici vincoli di derivazione negoziale fin qui descritti contribuiscono a riempire di contenuti gli obblighi di *facere* della banca affidante, con ciò, però, non volendo assurgere tali obblighi ad elemento determinante del rapporto negoziale, che resta essenzialmente l'apprestamento della disponibilità di denaro da parte della banca al cliente[15].

Muovendo dal presupposto dell'autonomia tra affidamento e conseguente effettiva utilizzazione della disponibilità monetaria, da cui solo scaturisce l'obbligo di restituzione per il cliente, emerge che in capo all'affidato sussiste un mero potere di effettuare ordini alla banca entro i limiti dell'affidamento e non un vero e proprio diritto di credito.

In sostanza, per l'accreditato sussiste unicamente il potere di utilizzare la somma di denaro mediante l'ausilio delle prassi previste dal commercio bancario[16].

Apertura di credito in conto corrente

L'art. 1843 c.c. disciplina l'apertura di credito in conto corrente, frequentemente utilizzata nella prassi bancaria, e, al contempo, ne prevede forme di attuazione meno complesse nelle quali l'accreditato possa utilizzare la riserva monetaria a sua disposizione in una sola volta o in più volte, ma senza la possibilità di eseguire successivi versamenti per ripristinare la disponibilità originaria (c.d. apertura di credito semplice).

Apertura di credito allo scoperto e garantita

Altra distinzione di notevole rilievo pratico è quella che si può operare tra l'apertura di credito allo scoperto e quella garantita (art. 1844 c.c.).

In particolare, la garanzia offerta riguarda essenzialmente l'obbligo di restituzione dell'accreditato, derivante dall'utilizzazione dell'affidamento, da cui consegue che, qualora sia prestata contestualmente al sorgere del rapporto negoziale di apertura di credito, consista, in concreto, in una

[14] Sul punto, FIORENTINO, *Del conto corrente – Dei contratti bancari,* in *Comm. del cod. civ. Scialoja e Branca,* Bologna-Roma, 1969, 104.

[15] FERRI, *Apertura di credito*, cit., 516.

[16] GIORGIANNI, *I crediti disponibili*, cit., 237.

garanzia per debiti futuri (artt. 1938 e 2852 c.c.). Se durante l'esecuzione del rapporto negoziale, però, la garanzia concessa diviene insufficiente, la banca può «chiedere un supplemento di garanzia o la sostituzione del garante» ed in mancanza può ridurre l'affidamento in proporzione alla diminuita garanzia, ovvero può recedere dal contratto (art. 1844, comma 2, c.c.).

Quanto alle modalità concrete di esecuzione del contratto, salvo diversa disposizione pattizia, rilevano le c.d. forme d'uso (art. 1843, comma 1, c.c.) che, sovente, coincidono con quelle previste per i conti correnti di corrispondenza, data la frequenza con cui l'apertura di credito è conclusa in conto corrente.

Il contratto di apertura di credito, normalmente, si conclude a tempo indeterminato, anche se non è escluso che possa essere concluso a tempo determinato, con la previsione del suo scioglimento, senza necessità di preavviso, alla scadenza naturale pattuita, unitamente all'obbligo di restituzione da parte del cliente.

Apertura di credito a tempo determinato

Alla banca è riconosciuta, altresì, nell'ipotesi di apertura di credito a tempo determinato, la facoltà di recedere anticipatamente dal contratto in presenza di una giusta causa (art. 1845, comma 1, c.c.)[17].

Apertura di credito a tempo indeterminato

La disciplina del recesso

Nell'apertura di credito a tempo indeterminato, invece, sussiste il diritto, sancito dall'art. 1845, comma 2, c.c. in capo ad entrambi i contraenti, di recedere, mediante preavviso, dal contratto, nei modi e termini stabiliti dal contratto stesso, dagli usi, o, in mancanza, nel termine di quindici giorni[18]. Il recesso dovrà essere esercitato rispettando la medesima forma del contratto originario[19] e dovrà essere comunicato per iscritto, anche in ossequio alla recente previsione della necessità della forma scritta per tutti i contratti bancari. Dalla natura recettizia del recesso si desume che i suoi effetti si spiegheranno dal momento della legale conoscenza da parte dell'accreditato secondo le regole generali previste dall'art. 1335 c.c.

Le regole peculiari disciplinate per il contratto di apertura di credito hanno ricadute pratiche che si discostano dalle regole generali previste per i contratti.

In particolare, l'attenzione deve essere rivolta alla disciplina del recesso per la cui operatività, in concreto, si prescinde dalla giusta causa anche nei contratti di apertura di credito a tempo determinato; inoltre, giova sottolineare come sia venuto meno qualsiasi termine per la restituzione alla banca delle somme utilizzate nonché il termine di preavviso per il recesso nell'ipotesi di contratto a tempo indeterminato.

Recesso *ad nutum* e regole di buona fede e correttezza nell'esecuzione del contratto

Si addiviene, così, a sancire una vera e propria ipotesi di recesso *ad nutum* dal contratto, con evidenti ricadute problematiche legate alla configurabilità di tale peculiare esplicazione dello *ius poenitendi*, che deve pur sempre essere esercitato nel rispetto dei principi di buona fede e correttezza[20].

La connotazione dei negozi bancari come contratti *intuitus personae* ha portato, infine, a concludere in favore della legittimità del recesso della banca anche nel caso in cui sia in pericolo la solvibilità dell'accreditato sulla considerazione, appunto, dell'essenzialità di tale elemento per valutare la convenienza dell'affare da parte dell'accreditante.

---

[17] SPADA, *Recesso* ad nutum *nell'apertura di credito*, in *Banca, borsa tit. cred.,* 2002, II, 231.

[18] V. Cass. civ., Sez. I, 24 giugno 2008 n. 17090, in *Giust. civ. Mass.* 2008, 6, 1015.

[19] TETI, *Dell'apertura di credito bancario, art. 1842-1845,* in *Il codice civile, commentario,* Milano, 2006.

[20] Vedi Cass. civ., sez. I, 16 aprile 2021 n. 10125, in *Ilsocietario.it* 28 maggio 2021 con nota di FIORUCCI.

2.4. Il mutuo.

Nozione

Secondo l'art. 1813, c.c. il mutuo è il contratto col quale una parte consegna all'altra parte una determinata quantità di denaro o di altre cose fungibili, e l'altra si obbliga a restituire altrettante cose della stessa specie e qualità[21]. Secondo tale schema, il mutuo si configura come contratto di credito che ha ad oggetto il trasferimento della proprietà delle cose al mutuatario, avente natura reale e con obbligo di restituzione del *tantundem* entro un termine determinato dalle parti o comunque fissato dal giudice.

Onerosità del mutuo

L'art. 1815 c.c. ha introdotto il principio, sconosciuto nella precedente codificazione, della naturale onerosità del mutuo il che significa che il mutuatario deve corrispondere gli interessi «salvo diversa volontà delle parti». Solo per espressa convenzione, la cui forma è libera non essendo il mutuo un contratto solenne, può essere escluso l'obbligo di corrispondere gli interessi sul capitale prestato, assumendo in questo caso il mutuo i caratteri di contratto a titolo gratuito.

Più nel dettaglio il mutuo è un negozio traslativo di proprietà e restitutorio, in quanto le cose date a mutuo passano in proprietà del mutuatario (art. 1814 c.c.) il quale è obbligato a restituire il *tantundem* ossia altrettante cose della stessa specie e qualità. Nel doppio trasferimento dei medesimi, per quantità, specie e qualità, beni non è però possibile ravvisare una causa di scambio, non ponendosi evidentemente le due prestazioni in rapporto sinallagmatico e corrispettivo (il passaggio in proprietà delle cose al mutuatario è diretta alla realizzazione della funzione creditizia).

Nel mutuo oneroso, il pagamento degli interessi rappresenta il corrispettivo del godimento del bene e, dunque, dell'attribuzione patrimoniale a suo favore e del corrispondente sacrificio a carico del mutuante (il mutuo oneroso è dunque un contratto a prestazioni corrispettive)

La struttura del mutuo

Dal punto di vista strutturale, la consegna è elemento che concorre alla formazione del contratto insieme alla manifestazione della volontà di entrambe le parti a dare e ricevere una determinata quantità di cose fungibili a titolo di mutuo (essa è dunque elemento costitutivo del contratto).

La forma

Nessuna forma particolare è richiesta per la manifestazione del consenso e la consegna dei beni. Il requisito della forma scritta può essere invece richiesto rispetto a specifiche clausole accessorie del contratto, quali la pattuizione di interessi ultralegali (art. 1284, comma 3, c.c.), o può essere imposto dalla legge in particolari fattispecie.

La concessione di un mutuo viene generalmente considerata un atto eccedente l'ordinaria amministrazione anche dal lato del mutuatario (la conclusione del contratto determina l'obbligo non solo di restituire quanto ricevuto ma anche di corrispondere gli interessi) e per quanto riguarda la capacità, anche negoziale, valgono le regole generali.

Oggetto del mutuo

Oggetto del mutuo possono essere una quantità di denaro o di altre cose fungibili, ossia cose interscambiabili ed individuate solo per l'appartenenza ad un determinato *genus*, di talché la restituzione di cose ontologicamente diverse da

[21] In argomento v. MAGNI, *Il mutuo*, in *Diritto civile*, diretto a LIPARI e RESCIGNO, *Obbligazioni, III, I contratti. G) L'attività di prestito e finanziamento,* Milano, 2009, 865 e ss; CAPOBIANCO, *op, cit.,* 845 e ss.

quelle consegnate risulti indifferente dal punto di vista giuridico ed economico. Va esclusa dunque la riconducibilità al mutuo, anche qualora le parti ne abbiano fatto espresso riferimento, del prestito di cose che, pur non essendo fungibili, siano state considerate tali dalle parti (ad esempio immobili e beni immateriali). La legge considera la fungibilità esclusivamente in senso naturalistico, a differenza di altre ipotesi in cui si è attribuito rilievo, per determinati effetti, alla fungibilità dei beni per volontà delle parti. La fungibilità è intesa come oggettiva sostituibilità delle cose, ma non necessariamente deve trattarsi di cose consumabili.

La consegna della cosa

La consegna del bene, elemento essenziale per la conclusione del contratto, viene intesa non come necessario conseguimento della disponibilità materiale dei beni, ma anche della disponibilità giuridica per cui il contratto si perfeziona anche con la *traditio simbolica* o documentale (consegna dei titoli rappresentativi dei beni) e la *traditio brevi manu* (concessione in mutuo di beni che il mutuatario già detiene a diverso titolo), ma anche con forme equipollenti. È soprattutto nella prassi bancaria che nascono forme di consegna in termini di (mera) disponibilità giuridica, quali il bancogiro, ossia lo spostamento della somma da un conto ad un altro, e l'accreditamento di somme sul conto corrente del mutuatario da parte della banca mutuante.

La consegna, idonea a perfezionare il contratto reale di mutuo, non va perciò, in definitiva, intesa nei soli termini di materiale e fisica "*traditio*" del danaro (o di altre cose fungibili), rivelandosi, invero, sufficiente il conseguimento della sua disponibilità giuridica da parte del mutuatario[22]. Tale disponibilità può ritenersi sussistente, come equipollente della *traditio*, nel caso in cui il mutuante crei un autonomo titolo di disponibilità in favore del mutuatario, determinando l'uscita della somma dal proprio patrimonio e l'acquisizione della medesima al patrimonio di quest'ultimo, ovvero quando, nello stesso contratto di mutuo, le parti abbiano inserito specifiche pattuizioni, consistenti nell'incarico che il mutuatario dà al mutuante di impiegare la somma mutuata per soddisfare un interesse del primo[23].

Il termine per la restituzione

La legge, nel silenzio delle parti circa il termine per la restituzione, consente che sia rimesso al giudice il potere di determinare il tempo della restituzione (con sentenza costitutiva che integra il contenuto lacunoso del contratto confezionato dalle parti), «*avuto riguardo alle circostanze*» ossia considerando le ragioni e lo scopo del prestito. Da ciò, si ricava anche che è valida la pattuizione che rimetta alla volontà del creditore la determinazione del tempo della restituzione.

In caso di mutuo senza indicazione del termine, sussiste il diritto del creditore a esigere immediatamente l'adempimento restitutorio da parte del mutuatario laddove quest'ultimo sia divenuto insolvente, risultando invece superflua la preventiva fissazione giudiziale del termine per l'adempimento[24].

È valida, in quanto espressione dell'autonomia delle parti e non in contrasto con alcuna norma imperativa, la pattuizione di un termine minimo per la restituzione (cd. «prestito tra amici») ed è valida la clausola che attribuisca al mutuante di richiedere la restituzione *ad nutum*.

[22] Cass., Sez. III, 27 agosto 2015, n. 17194.
[23] Cass., Sez. III, 28 giugno 2011, n. 14270.
[24] Cass. civ., Sez. II, Ordinanza, 08/04/2022, n. 11437.

Secondo alcuni, però, in siffatta ipotesi la restituzione presuppone una previa richiesta da parte del mutuante e la concessione di un ragionevole «termine di comporto» che, in caso di disaccordo, è rimesso alla determinazione del giudice ai sensi dell'art. 1183 c.c.[25] Anche il debitore può in qualunque momento ricorrere al giudice (art. 1183, comma 2, c.c.), perché fissi il termine per la restituzione che sia stato rimesso alla volontà del creditore, anche a prescindere dalla richiesta di restituzione da parte del mutuante.
L'intervento del giudice per la fissazione del termine è previsto anche qualora le parti stabiliscano che il mutuatario paghi solo quando potrà e nell'ipotesi del termine rimesso alla volontà del debitore.

Si discute della validità dell'apposizione di un termine iniziale di efficacia del mutuo, di una condizione sospensiva e di una condizione risolutiva, perché in assenza di specifiche indicazioni legislative, l'applicazione delle regole generali dettate dal codice civile deve confrontarsi con la peculiarità, soprattutto strutturale, del mutuo.

Mutuo e contratti di assicurazion e connessi o condizionati

Per la giurisprudenza, sono soggetti alle previsioni di cui all'art. 1, 1° co., del Regolamento Isvap 40/12 i contratti di assicurazione "connessi" o "condizionati" a un contratto di mutuo, per tali dovendosi intendere le polizze la cui stipula è stata pretesa, imposta o capziosamente indotta dal mutuante anche in via di mero fatto, a prescindere dall'inserimento nel contratto di mutuo di clausole formali che ne subordinino la validità o l'efficacia alla stipula del contratto assicurativo.
L'art. 28, D.L. 24.1.2012, n. 1 (convertito nella L. 24.3.2012, n. 27) è teso a contrastare il fenomeno dell'abbinamento (c.d. *binding*) tra mutui e assicurazioni sulla vita, vietando alle banche di imporre al cliente la stipula con un'assicurazione del gruppo (art. 28, 1° co.) e demandando all'Isvap di stabilire quali debbano essere i requisiti minimi di tali contratti (art. 28, 2° co.). Lo scopo è quello di prevenire pratiche scorrette, aggressive o abusive da parte del mutuante e garantire al mutuatario la libertà di scegliere la compagnia con cui assicurarsi.
Sicché, secondo la Cassazione, l'art. 28, D.L. 24.1.2012, n. 1 (e il Regolamento 40/12, che a esso ha dato attuazione) vanno interpretati nel senso che il contratto di assicurazione non conforme al Reg Isvap 40/12 sarà nullo – con sostituzione automatica delle sue clausole, ex art. 1339 – in tutti i casi in cui la banca mutuataria abbia anche solo di fatto imposto al cliente la stipula della polizza o comunque limitato la sua libertà di scelta, a prescindere dal dato formale della presenza o dell'assenza, nel contratto di mutuo, di una clausola che ne subordini l'efficacia alla stipula di un contratto di assicurazione[26].

Le figure affini

Il mutuo va distinto da alcune figure affini.
Il comodato, che ha ugualmente una funzione di prestito, si differenzia dal mutuo in quanto ha ad oggetto cose determinate di cui il comodatario acquista la mera detenzione ed è essenzialmente gratuito; mentre se è previsto un corrispettivo per il godimento, si ha locazione. Il comodato può anche avere ad oggetto cose generiche (c.d. comodato *ad pompam*), che sono però considerate dalle parti nella loro individualità e non passano in proprietà del comodatario. Il deposito

[25] GIAMPICCOLO, *Mutuo (dir. priv.)*, in *Enc. dir.,* XXVII, Milano, 1977, 460; DE POLI, *Il rapporto,* in *Mutuo ed altre operazioni di finanziamento,* Torino, 2005, 47.
[26] Cass. civ., Sez. VI - 3, Ordinanza, 01/02/2022, n. 2989.

irregolare (art. 1782 c.c.) ha ad oggetto, come nel mutuo, cose fungibili, ma si differenzia da quest'ultimo per la funzione del contratto che è di custodia dei beni nell'interesse del depositante. L'apertura di credito bancario (art. 1842 c.c.) svolge la medesima funzione del mutuo in quanto è un contratto di credito diretto a far acquisire la disponibilità di denaro e si differenzia dal mutuo, oltre che per il fatto che può avere ad oggetto solo denaro, per ragioni strutturali in quanto è un contratto consensuale ed inoltre le somme non si trasferiscono immediatamente in proprietà del mutuatario ma restano a disposizione di quest'ultimo che può utilizzarle in qualsiasi momento.

La promessa di mutuo

L'art. 1822 c.c. disciplina espressamente la promessa (che si configura come un preliminare) di mutuo, di cui dunque è ammessa la validità. Tale disposizione non contiene in realtà una compiuta disciplina della promessa di mutuo, ma si limita a stabilire che il promittente può rifiutare l'adempimento della sua obbligazione se le condizioni patrimoniali dell'altro contraente sono divenute tali da rendere notevolmente difficile la restituzione e non gli sono state offerte idonee garanzie. Sembra però doversi escludere, in caso di inadempimento al contratto preliminare, che possa essere ottenuta una sentenza costitutiva *ex* art. 2932 c.c., non potendo la pronuncia del giudice tenere luogo, oltre che del consenso al contratto, anche della mancata consegna, ma il promittente è tenuto al risarcimento del danno contrattuale, comprensivo dunque dell'interesse positivo. La sottoscrizione di un preliminare di mutuo oneroso è considerato un atto di straordinaria amministrazione anche per il mutuatario, che assume l'obbligo di ricevere le somme a titolo di mutuo e di corrispondere gli interessi.

Si discute se sia ammissibile un mutuo consensuale. La dottrina dominante e la giurisprudenza sembrano ormai riconoscere la validità di contratti di mutuo consensuali e dunque perfezionati senza la consegna del denaro. In particolare, si ritiene che tali accordi, talvolta espressamente previsti dalla legislazione speciale e, dunque, divenuti legalmente tipici[27], siano meritevoli di tutela ai sensi dell'art. 1322 c.c. e che la consegna assuma il rango di atto di adempimento del contratto e non di elemento costitutivo. Ma al riconoscimento del mutuo consensuale come fattispecie atipica si oppone autorevole, anche se risalente dottrina[28].

Il mutuo di scopo

Un'ipotesi particolare è il cd. mutuo di scopo, nel quale le somme sono concesse in prestito per una specifica utilizzazione che il mutuatario si impegna a rispettare, assumendo un obbligo di *facere*. Nel mutuo di scopo, per volontà delle parti o per disposizione di legge, il mutuatario assume l'obbligo, prima che di restituire il *tantundem* e di corrispondere gli interessi, di utilizzare il denaro per una specifica finalità dedotta in contratto, e che risponde ad un interesse, anche non patrimoniale, del mutuante. L'inadempimento dell'obbligo assunto può dunque essere motivo di risoluzione del contratto e nell'ipotesi di mutuo di scopo previsto dalla legge, è nullo il contratto con cui le parti si accordino per dare al denaro una destinazione diversa da quella prevista.

Diversa è l'ipotesi in cui, nel mutuo gratuito, sia previsto a carico del mutuatario un *modus* ossia un obbligo che non abbia ad oggetto la destinazione del prestito concesso e soprattutto che non si ponga in funzione di corrispettività, ed il cui

[27] VECCHI, *Il contratto,* in *Mutuo ed altre operazioni di finanziamento*, Torino, 2005, 17.
[28] GIAMPICCOLO, *op. cit.*, 449 e ss.

inadempimento potrà dar luogo a risoluzione del contratto solo se è stato espressamente previsto dalle parti.

Obblighi del mutuante

Nessun obbligo è posto a carico del mutuante, la cui attività si conclude nella consegna dei beni mutuati (il discorso è ovviamente diverso nel mutuo consensuale, perché la consegna del bene costituisce l'obbligo principale cui è tenuto il mutuante); l'art. 1821 c.c. stabilisce però che il mutuante è responsabile del danno cagionato al mutuatario per i vizi delle cose date a prestito, se non prova di averli ignorati senza sua colpa; nel mutuo gratuito la responsabilità sussiste solo se il mutuante, conoscendo i vizi, non ne abbia avvertito il mutuatario. Vi è dunque un obbligo di garanzia a carico del mutuante che lo espone alla responsabilità per i danni subiti dal mutuatario; danni che, fermandosi alla lettera della disposizione, potrebbero essere solo quelli provocati dai vizi del bene e non per il solo fatto che il bene sia viziato.

La restituzione del *tantundem*, ossia di beni della stessa quantità e della stessa «specie e qualità» di quelli consegnati, rappresenta l'obbligazione principale del mutuatario, tanto nel mutuo oneroso che in quello gratuito. Tale obbligazione non si pone in termini di corrispettività rispetto alla *datio* del denaro né qualifica il sinallagma contrattuale, in quanto è coessenziale e strumentale alla stessa funzione di prestito e conclude l'operazione economica.

Per il mutuo di denaro, in nessun caso il debitore potrebbe essere liberato per impossibilità sopravvenuta della prestazione, anche perché l'unica ipotesi di 'perimento' del denaro è quella del venir meno del corso legale della moneta al momento dell'adempimento, la quale è però espressamente regolata dall'art. 1277, comma 2, c.c. che prevede che il pagamento debba farsi in moneta legale ragguagliata per valore alla prima. Per tale ragione l'art. 1818 c.c. regola l'ipotesi dell'impossibilità della restituzione o della sua notevole difficoltà per causa non imputabile con esclusivo riferimento al mutuo di cose diverse dal denaro, stabilendo che il mutuatario è tenuto a pagarne il valore, avuto riguardo al tempo ed al luogo in cui la restituzione si doveva eseguire. Peraltro, nell'ipotesi della notevole difficoltà della restituzione, il pagamento del valore delle cose mutuate è solo una facoltà e non un obbligo per il mutuatario.

Luogo della restituzione

È assente nella disciplina del mutuo un riferimento al luogo della restituzione, per cui, nel caso in cui nulla abbiano previsto le parti, dovranno applicarsi le regole generali (art. 1182 c.c.): il denaro deve essere restituito al domicilio del mutuante e le altre cose fungibili al domicilio del mutuatario.

Gli interessi nel mutuo

La corresponsione degli interessi nel mutuo oneroso rappresenta invece il corrispettivo del godimento dei beni (frutti civili) e si pone dunque in funzione sinallagmatica. È dubbio, peraltro, se l'obbligo di corresponsione degli interessi sussista anche per il mutuo di cose fungibili diverse dal denaro, in quanto il riferimento agli interessi è - nel lessico giuridico - limitato alle obbligazioni di denaro e solo rispetto a queste ultime vi è una specifica disciplina sia per quanto riguarda la misura in cui sono dovuti in assenza di specifica pattuizione sia per quanto attiene ai limiti alla autonomia delle parti (artt. 1282-1284 c.c.). L'art. 1815 c.c. rinvia infatti espressamente per la determinazione degli interessi all'art. 1284 c.c., il che sembrerebbe confermare che essi sono dovuti solo per il mutuo di denaro; e comunque sarebbe difficile immaginare, in assenza di specifica

convenzione, quali modalità di calcolo dovrebbe essere adottata.
In assenza di una specifica pattuizione, gli interessi sono dovuti nella misura legale, mentre la previsione di interessi ultralegali deve essere prevista per iscritto a pena di nullità. Il requisito di forma non è soddisfatto se vi è una dichiarazione meramente ricognitiva proveniente dal mutuatario, perché il requisito della forma scritta va inteso in senso stretto e presuppone una convenzione sottoscritta da entrambe le parti (così, l'invio di estratti conto con l'indicazione scritta del tasso ultralegale, e non contestato espressamente dal cliente, non soddisfa il requisito di forma). Non è necessario invece che la misura (tasso) degli interessi sia indicata numericamente, purché vi sia nella convenzione scritta un criterio certo di determinazione della misura ed in quest'ottica, l'art. 117, comma 6, del d. lgs. n. 385/1993 ha stabilito che sono nulle le clausole contrattuali di rinvio agli usi per la determinazione dei tassi di interesse.
Ai sensi dell'art. 1815, comma 2, c.c. se sono convenuti interessi usurari, la clausola è nulla e non sono dovuti interessi. La norma è stata modificata dall'art. 4 della l. 7 marzo 1996, n. 108 ("*Disposizioni in tema di lotta all'usura*", che modifica anche l'art. 644 c.p.c. sul reato di usura) perché prima era previsto che in caso di interessi usurari, gli interessi erano dovuti nella misura legale.
La normativa ha introdotto un limite (legato al tasso effettivo globale medio riferito ad operazioni di uguale natura e rilevato trimestralmente dal Ministero dell'economia e delle finanze, sentiti la Banca d'Italia e l'ex Ufficio italiano dei cambi, ora Unità di informazione finanziaria), superato il quale gli interessi sono considerati sempre usurari, anche in assenza di uno stato di bisogno della parte e del suo approfittamento. Gli interessi sono usurari anche quando, pur essendo inferiori al limite legale, «*avuto riguardo alle concrete modalità del fatto e al tasso medio applicato per operazioni similari, risultano comunque sproporzionati alla prestazione di denaro o di altra utilità […] quando chi li ha dati o promessi si trova in condizioni di difficoltà economica*» (art. 644 c.p.).
Al momento della sua entrata in vigore, la nuova disciplina degli interessi usurari ha suscitato una serie di questioni applicative rispetto ai mutui precedentemente stipulati per cui il legislatore, con l'art. 1, co. 1, del d.l. 29 dicembre 2000, n. 394, convertito in l. 28 febbraio 2001, n. 24 (Interpretazione autentica della l. 7 marzo 1996, n. 108), ha stabilito che «*ai fini dell'applicazione dell'art. 644 c.p. e dell'art. 1815, co. 2, c.c., si intendono usurari gli interessi che superano il limite stabilito dalla legge nel momento in cui essi sono promessi o comunque convenuti, a qualunque titolo, indipendentemente dal momento del loro pagamento*». Dunque, l'usurarietà dei tassi di interesse deve essere valutata solo con riferimento al momento in cui essi sono pattuiti, restando preclusa la possibilità di dichiarare la nullità sopravvenuta delle clausole che risultino successivamente eccedenti il tasso soglia (ciò vale sia per i contratti anteriori alla legge che per quelli stipulati sotto la nuova disciplina)[29]. La legittimità della legge di interpretazione autentica è stata successivamente confermata dalla Corte costituzionale[30].

[29] Cass. civ., sez. Un., in *Banca Borsa Tit. Cred.*, 3, 2018, 310 con nota di FAUCEGLIA.
[30] Corte cost., 25 febbraio 2002, n. 29, in *Contratti*, 2002, 2, 545.

Nel 2020 le Sezioni Unite della Corte di Cassazione[31] hanno riaffermato il principio della subordinazione degli interessi moratori alla disciplina di contrasto all'usura, stabilendo anche (i) i criteri per l'individuazione del Tasso Soglia con il quale effettuare il confronto, nonché (ii) le conseguenze della declaratoria di nullità ex art. 1815, 2° co., rispetto agli interessi corrispettivi lecitamente pattuiti. Con riguardo al primo punto, è stato stabilito - valorizzando il principio di omogeneità già affermato in precedenza[32] - che il Tasso Soglia va determinato considerando anche lo spread di mora rilevato a fini statistici dalla Banca d'Italia; là dove manchi tale rilevazione, il raffronto va effettuato con il tasso soglia determinato applicando la maggiorazione di legge al TEGM. Con riguardo alle conseguenze della declaratoria di nullità della clausola, si è affermato che restano dovuti gli interessi corrispettivi lecitamente pattuiti[33], anche per il periodo nel quale è maturato il ritardo nell'adempimento da parte del mutuatario-debitore.

L'estinzione del mutuo

Il mutuo si estingue con la restituzione delle cose date in prestito al termine convenuto o, anticipatamente, per il verificarsi di una causa di risoluzione.
Il mancato pagamento degli interessi, qualunque siano le modalità previste, è dalla legge (art. 1820 c.c.) considerato espressamente motivo di risoluzione del contratto per inadempimento, ma secondo l'opinione prevalente deve applicarsi il principio generale secondo cui l'inadempimento non deve avere scarsa importanza[34].
L'art. 1819 c.c. stabilisce che se il mutuatario non adempie l'obbligo di pagare anche una sola rata, il mutuante può chiedere, secondo le circostanze (e, dunque, previa valutazione da parte del giudice dell'importanza dell'inadempimento), l'immediato pagamento dell'intero. La norma prevede un'ipotesi di recesso per inadempimento e, considerato che si riferisce alla mancata restituzione delle cose mutuate e non anche agli interessi, si è osservato che si applica solo al mutuo gratuito o comunque al mutuo con restituzione rateale del solo capitale.
L'art. 1818 c.c. esclude espressamente che sia motivo di liberazione del debitore l'impossibilità sopravvenuta della prestazione, disciplinandone espressamente gli effetti. Nulla è invece previsto per quanto riguarda l'eccessiva onerosità sopravvenuta, ma deve certamente escludersi che tale evento possa spiegare effetti sull'obbligo di restituzione del *tantundem* (ma nel mutuo gratuito il mutuatario può restituire anticipatamente quanto ricevuto a prescindere dal sopravvenire di eventi pregiudizievoli). Si tende invece ad ammettere in dottrina il rimedio risolutorio a favore del mutuatario quando l'eccessiva onerosità riguarda il debito di interessi[35], anche se la giurisprudenza lo ha escluso nelle ipotesi di eccessiva onerosità delle rate il cui importo era agganciato ad una moneta estera.
Infine, secondo alcuni[36] anche il mutante (nel mutuo oneroso ai sensi dell'art. 1467 c.c. e nel mutuo gratuito ai sensi dell'art. 1468 c.c.) potrebbe risolvere anticipatamente il contratto, allorquando vi sia una svalutazione monetaria che

[31] Cass. civ., Sez. Unite, Sentenza, 18/09/2020, n. 19597.
[32] Cass. civ., Sez. Unite, Sentenza, 20/06/2018, n. 16303.
[33] in questo senso anche la successiva Cass. civ., Sez. III, Ordinanza, 09/11/2020, n. 24992.
[34] GIAMPICCOLO, *op. cit.,* 568; *contra* TETI, *Il mutuo*, in *Tratt. dir. priv.* diretto da RESCIGNO, IV, Torino, 1985, 683.
[35] GIAMPICCOLO, *op. cit.,* 462, nt. 92.
[36] GRASSANI, *Mutuo (dir. civ.)*, in *NNss. Dig. It.*, X, Torino, 1964, 1054.

renderebbe eccessivamente oneroso ricevere la restituzione alla scadenza del termine convenuto.
In tema di estinzione del mutuo va menzionato il D.L. 31 gennaio 2007, n. 7, convertito dalla l. 2 aprile 2007, n. 40, che ha introdotto il diritto del mutuatario alla estinzione anticipata del mutuo immobiliare, senza obbligo di corrispondere penali (art. 7); ed introdotto la c.d. portabilità dei mutui contratti con banche e finanziarie (art. 8).
In particolare, l'art. 7 ha previsto la nullità di qualunque patto, anche posteriore alla conclusione del contratto ed ivi incluse le clausole penali, che preveda che il mutuatario, che chieda l'estinzione anticipata o parziale del mutuo, sia tenuto ad una prestazione a favore del mutuante. Dette clausole sono nulle di diritto, ma non determinano la nullità del contratto, configurandosi così una nullità parziale predeterminata dalla legge. La disposizione non ha una applicazione generalizzata, ma riguarda solo i mutui contratti da persone fisiche per l'acquisto o la ristrutturazione di unità immobiliari adibite ad abitazione ovvero allo svolgimento della propria attività economica o professionale. La disposizione contiene una deroga al principio generale secondo cui il termine di restituzione è nell'interesse di entrambe le parti, in quanto consente al mutuatario di recedere unilateralmente ed in qualsiasi momento dal contratto, senza alcun aggravio economico e a scapito dell'interesse del mutante a percepire il corrispettivo originariamente convenuto.
Di una particolare ipotesi di estinzione del contratto di mutuo si fa riferimento anche nell'art. 8 del d.l. n. 7/2007 (da leggersi unitamente all'art. 120-*quater* del Testo Unico Bancario) che ha previsto la c.d. portabilità del mutuo (è la rubrica stessa dell'articolo che recita «*Portabilità del mutuo; surrogazione*»). La norma stabilisce che in caso di mutuo, apertura di credito od altri contratti di finanziamento da parte di intermediari bancari e finanziari, la non esigibilità del credito o la pattuizione di un termine a favore del creditore non preclude al debitore l'esercizio della facoltà di cui all'art. 1202 c.c., ossia di surrogare al mutuante un altro mutuante che abbia estinto il debito originario. In tale ipotesi, il mutuante surrogato subentra nelle garanzie accessorie, personali e reali, al credito surrogato e può essere richiesta l'annotazione della surrogazione al conservatore (per i mutui immobiliari). Anche in questa fattispecie, è previsto che è nullo ogni patto, anche posteriore alla conclusione del contratto, con cui si impedisca o renda oneroso per il debitore l'esercizio della facoltà di surrogazione e la nullità non determina la nullità del contratto. Parimenti, la surrogazione determina il trasferimento del contratto alle stesse condizioni stipulate tra il cliente e la banca subentrante, con l'esclusione di penali o altri oneri di qualsiasi natura.
La disposizione ha un ambito di applicazione diverso da quello dell'art. 7 cit., in quanto non riguarda solo i mutui immobiliari, ma qualunque mutuo ed anche altre operazioni di finanziamento, purché stipulati con intermediari finanziari e bancari. Inoltre, la portabilità del mutuo è usufruibile da qualunque soggetto, non necessariamente persona fisica.

2.5. L'anticipazione bancaria.

Anticipazione bancaria semplice ed in conto corrente

Il codice vigente ha inserito, nel capo dedicato ai contratti bancari, agli artt. 1846-1851 c.c., la disciplina dell'anticipazione bancaria, da cui emerge che si tratta di un contratto di credito caratterizzato dalla presenza di due elementi essenziali: la

costituzione di un pegno di titoli o di merci a garanzia del credito concesso dalla banca e la necessità che sussista per l'intera durata del rapporto contrattuale la proporzionalità della somma oggetto dell'anticipazione con il valore dei beni dati in garanzia[37].
La prassi bancaria evidenzia un'altra peculiarità dell'anticipazione bancaria rispetto all'anticipazione semplice ed in conto corrente (o apertura di credito speciale garantita da merci o da titoli).

Infatti, nell'anticipazione bancaria semplice la banca versa al cliente la somma concordata e questi ha il diritto di prelevarla in una sola volta, con obbligo di restituirla alla scadenza fissata dal contratto e con la facoltà, però, di restituzione totale o parziale anticipata.
Nell'anticipazione in conto corrente, invece, la banca mette a disposizione del sovvenuto una determinata somma, con facoltà per il cliente di utilizzare, in una o più volte, l'ammontare dell'anticipazione, ripristinandone, con successivi versamenti, la disponibilità[38].

L'autonomia di tale figura contrattuale rispetto all'apertura di credito e agli altri contratti bancari è garantita, in concreto, dal peculiare connotato della necessaria proporzionalità tra valore della garanzia ed ammontare del credito concesso all'anticipato.

Il c.d. scarto fra valore del credito e valore della garanzia

L'ammontare dell'anticipazione deve essere, quindi, proporzionale al valore del pegno, ridotto sulla base di una percentuale convenuta c.d. «scarto», e tale percentuale deve rimanere sostanzialmente inalterata durante tutto il corso del rapporto, fatta salva la tolleranza della diminuzione inferiore al decimo, così come disciplina l'art. 1850, comma 1, c.c.

Integrazione della garanzia

La tipizzazione di tale operazione negoziale non ha sopito la divergenza fra i vari orientamenti esistenti in ordine alla sua qualificazione giuridica, come *species* del *genus* apertura di credito con l'aggiunta della garanzia reale mobiliare, ovvero, più correttamente, come autonoma figura contrattuale, anche in considerazione del significato che nell'anticipazione bancaria assumono, appunto, gli elementi della garanzia e della sua proporzionalità rispetto alla somma anticipata.
Nell'apertura di credito la banca ha un potere discrezionale nel valutare la rilevanza della sopravvenuta insufficienza della garanzia, al fine di chiederne l'adeguamento ovvero di utilizzare rimedi di natura diversa a tutela della propria posizione contrattuale.
Nell'anticipazione bancaria, al contrario, la banca è vincolata, giusto il disposto dell'art. 1850 c.c., a pretendere l'integrazione della garanzia al verificarsi di una diminuzione del suo valore non inferiore al dieci per cento, potendo procedere, in caso di inadempimento del cliente, alla vendita dei beni dati in pegno.

La peculiare disciplina prevista per l'anticipazione bancaria risiede, dunque, nella essenzialità della costituzione della garanzia in funzione del finanziamento e nella necessità di mantenere fisso il rapporto di proporzionalità fra ammontare del credito e valore della garanzia come determinato all'atto della stipulazione del contratto. Conseguentemente, quindi, può essere agevolmente spiegato anche il diritto del creditore alla vendita dei beni dati in pegno quando

[37] SIMONETTO, *I contratti di credito,* Padova, 1953, 47. V. Cass. civ., Sez. I, 2 aprile 2009, in *Guida al dir.*, 2009, 30, 90.
[38] SALANITRO, *Le banche e i contratti di banca,* in *Tratt. Vassalli*, Torino, 1983, 46.

non venga accolta la sua richiesta di ripristinare la garanzia, in quanto il rifiuto di ripristinare la proporzionalità fra la garanzia prestata e la somma oggetto di anticipazione bancaria integra un vero e proprio inadempimento contrattuale del debitore.

Con l'anticipazione bancaria il cliente acquista un vero e proprio diritto di credito disponibile, diversamente da quanto avviene per l'apertura di credito da cui consegue per l'accreditato un mero potere di effettuare «ordini» alla banca nei limiti dell'affidamento pattuito.
Il c.d. «scarto» svolge, nell'anticipazione bancaria, l'importante funzione di regolare il necessario rapporto credito-garanzia ed è strettamente connesso alla stima del valore dei beni dati in garanzia.
L'ammontare pattuito per il rapporto credito-garanzia, infatti, permette di mantenere inalterato, per tutta la durata del rapporto, il valore dei beni offerti in garanzia rispetto all'importo del finanziamento concesso[39].

A fronte di ricostruzioni aderenti alla qualificazione dell'anticipazione bancaria come un'ipotesi di collegamento negoziale, composta da due negozi autonomi ma funzionalmente collegati, all'interno di una unitaria operazione negoziale, emergono, secondo altra dottrina[40], conclusioni opposte che tendono a definire l'anticipazione bancaria quale negozio con effetti autonomi ed unitari diversi da quelli spiegati dai singoli negozi di garanzia e di credito che necessariamente lo compongono.

L'oggetto della garanzia: titoli o merci

La costituzione della garanzia ed il suo particolare oggetto (titoli o merci) acquistano particolare rilevanza in quanto sono funzionalizzati a soddisfare due ordini di interessi, quello del creditore al rafforzamento della garanzia e quello del debitore a mantenere inalterato il rapporto tra l'ammontare dell'anticipazione ed il valore della merce o dei titoli accertato di comune accordo tra le parti, che trova a sua volta attuazione nell'obbligo di ripristino della garanzia, ovviamente solo ed in quanto si verifichino le condizioni previste dall'art. 1850 c.c.
Il potere di disporre dei beni dati in pegno trova riconoscimento, invece, nell'art. 1849 c.c., a norma del quale il sovvenuto può sempre ritirare, in tutto o in parte, la merce o i titoli costituiti in pegno, previo versamento della somma corrispondente.

Le considerazioni esposte trovano puntuale conferma nella disciplina convenzionale dell'anticipazione bancaria elaborata dalla prassi bancaria, in cui ricorrono i presupposti necessariamente presenti nell'anticipazione (garanzia, credito e reciproco rapporto di proporzionalità – c.d. *scarto* - per tutta la durata del rapporto) e che risultano essenziali ad impedire l'identificazione dell'anticipazione bancaria con altri contratti di finanziamento assistiti dal rilascio di garanzie mobiliari.

Anticipazione bancaria in conto corrente

È opportuno, infine, soffermare l'attenzione sulla configurabilità dell'anticipazione bancaria in conto corrente in cui la banca mette a disposizione del sovvenuto una determinata somma di denaro, con la facoltà, per il cliente, di utilizzare, in una o più volte, l'ammontare dell'anticipazione e con successivi versamenti, di

[39] FERRI, *Anticipazione bancaria,* in *Enc. Dir.*, II, Milano, 1958, 523.
[40] SERRA, *Anticipazione bancaria*, in *Dig. disc. priv., Sez. comm.,* I, Torino, 1987, 125.; PAVONE LA ROSA, *Anticipazione bancaria nella disciplina del nuovo codice civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1959, 107.

ripristinarne la disponibilità, fermi restando gli obblighi e le facoltà di restituzione, anche anticipata, di quanto dovuto[41].

Il pegno su merci o su titoli

Come già detto, l'anticipazione è strettamente collegata alla costituzione in favore della banca di un pegno su merci (o titoli rappresentativi delle merci: art. 2786 c.c.) ovvero su titoli che devono materialmente consistere in beni mobili fungibili ed aventi un prezzo di scambio, nonché devono essere di facile realizzazione sul mercato[42].
In generale il pegno di titoli si costituisce nelle forme e con le modalità proprie dei titoli al portatore, all'ordine o nominativi, ma, a seguito della ormai consueta procedura di dematerializzazione di tali titoli, l'annotazione avviene mediante registrazioni sui conti tenuti dall'intermediario.
Qualora, invece, la garanzia sia costituita da merci, sarà necessaria la materiale consegna delle stesse al creditore (art. 2786 c.c.), e la relativa responsabilità per la loro custodia graverà sulla banca che potrà andare esente da responsabilità solo provando che il deperimento o la perdita delle merci sia dipesa da fatti alla stessa non imputabili.

Sempre con riguardo al pegno il legislatore dispone, all'art. 1846 c.c., che, se la banca ha rilasciato un documento in cui sono individuate le cose date in pegno, essa non ne può disporre, salvo patto contrario da provare per iscritto, al contrario, se le cose oggetto di garanzia non sono state individuate ovvero sia stata conferita alla banca la facoltà di disporne, l'istituto di credito deve restituire solo la somma o la parte di merci o di titoli che eccedono l'ammontare dei crediti garantiti (art. 1851 c.c.).

In sostanza, il legislatore ha previsto che la garanzia dell'anticipazione bancaria può essere prestata non solo mediante la costituzione di pegno regolare (c.d. anticipazione propria) ma anche servendosi del pegno irregolare (c.d. anticipazione impropria) da cui discende il trasferimento alla banca della proprietà dei beni offerti in garanzia con la facoltà di disporne, salvo, beninteso, l'obbligo di restituire una quantità del medesimo genere e qualità di beni corrispondente all'eccedenza di quanto anticipato, in concreto determinata in corrispondenza del valore dei beni «al tempo della scadenza dei crediti» (art. 1851 c.c.).
Sul punto la Corte di Cassazione ha chiarito che non opera il divieto del patto commissorio nell'ipotesi della costituzione di pegno irregolare avente ad oggetto somme di denaro depositate dal debitore costituente presso la banca creditrice, purché il relativo patto sia strutturato in modo da consentire al beneficiario, in caso di inadempimento dell'altra parte, di fare definitivamente propria la sola somma corrispondente al credito garantito e quindi di compensare quest'ultimo con il proprio debito restitutorio[43].
Risponde alla medesima ratio quanto affermato dalla Suprema Corte[44] in tema di patto marciano, laddove chiarisce che è nulla la vendita di un immobile a scopo di

[41] SALANITRO, *Le banche e i contratti di banca*, *cit*., 46.
[42] PERASSI-CALANDRA BONAURA-SILVETTI, *La banca: l'impresa e i contratti*, in *Trattato Cottino,* Padova, 2001, 609.
[43] Cass. civ., Sez. III, 24/05/2004, n. 10000; Cass. civ., Sez. I, 20/10/1994, n. 8571.
[44] Cass. civ., Sez. III, 17/01/2020, n. 844.

garanzia se il patto che l'accompagna non ha criteri certi di stima del bene: si assume, infatti, che proprio in quanto il patto marciano può consentire di evitare approfittamenti del creditore ai danni del debitore è necessario che le parti abbiano previsto criteri di stima del bene al momento della convenzione marciana. Occorre quindi che la stipulazione preveda, per il caso e al momento dell'inadempimento, ossia quando si attuerà coattivamente la pretesa creditoria (cfr. art. 1851), un procedimento volto alla stima del bene, entro tempi certi e con modalità definite, che assicurino la presenza di una valutazione imparziale, in quanto ancorata a parametri oggettivi automatici, oppure affidata a persona indipendente ed esperta la quale a detti parametri farà riferimento (cfr. art. 1349), al fine della corretta determinazione dell'*an* e del *quantum* della eventuale differenza da corrispondere all'utilizzatore. La pratica degli affari potrà poi prevedere diverse modalità concrete di stima, purché siano rispettati detti requisiti. L'essenziale, in conclusione, è che risulti, dalla struttura del patto, che le parti abbiano in anticipo previsto che, nella sostanza dell'operazione economica, il debitore perderà eventualmente la proprietà del suo bene per un prezzo giusto, determinato al tempo dell'inadempimento, perché il surplus gli sarà senz'altro restituito.

2.6. Lo sconto bancario.

Nozione Lo sconto bancario, secondo la definizione offertane dall'art. ~~1853~~ 1858 c.c., è il «*contratto con cui la banca, previa deduzione dell'interesse, anticipa al cliente l'importo di un credito verso terzi non ancora scaduto, mediante la cessione, salvo buon fine, del credito stesso*».

La disciplina codicistica si esaurisce nei due successivi articoli che si riferiscono, rispettivamente, allo sconto di cambiali in generale e allo sconto di cambiali documentate.

Qualificazione giuridica La laconicità del dato positivo ha contribuito a far sorgere un acceso dibattito circa la configurazione giuridica della fattispecie. La contrapposizione, in particolare, si incentra su due ricostruzioni: l'una riconduce il contratto tra i negozi onerosi di scambio e l'altra tra quelli di prestito o concessione di credito[45].

Specularmente alla *querelle* sulla ricostruzione giuridica dell'istituto, il dibattito si incentra sulla sua natura reale o consensuale, che comporta, per il perfezionarsi del contratto, nell'un caso lo scambio dei consensi e nell'altra ipotesi la consegna del denaro a titolo di anticipazione[46].

Prevale, per coloro che riconoscono nello sconto bancario una figura contrattuale tipica, la natura consensuale dell'accordo negoziale, anche a fronte della sua autonomia giuridica e funzionale rispetto al contratto di mutuo (tipico contratto reale)[47].

A ben vedere, però, è difficile poter negare il carattere reale dell'istituto attesa anche la formulazione utilizzata dal legislatore che qualifica lo sconto bancario come «contratto con il quale la banca anticipa al cliente l'importo», da cui deriva la qualificazione della consegna del denaro quale elemento caratterizzante l'intera

[45] CAVALLI, *Lo sconto*, in *Contratti bancari, lo sconto bancario. Il credito documentato*, Milano, 1993, 171 ss.; BETTI, *Inefficacia del negozio cambiario e reazione del rapporto causale,* in *Riv. dir. civ.*, 1927, II, 358; MINERVINI, *Lo sconto bancario*, Napoli, 1949, 74 ss.; GALGANO, *Diritto civile e commerciale,* II, Padova, 1993, 149-150.
[46] DONADIO, *Lo sconto*, Milano, 1948, 28.
[47] FERRO LUZZI *Lo sconto bancario*, in PORTALE (a cura di), *Le operazioni bancarie*, II, Milano, 1978, 755; CAMPOBASSO, *Diritto commerciale*, *Contratti, titoli di credito, procedure concorsuali*, Torino, 1992, 118.

fattispecie negoziale.

Nella prassi, invero, il carattere della realità è attenuato dalla circostanza che spesso il contratto di sconto bancario si inserisce in un ulteriore e più complesso rapporto tra banca e clienti che dispongono di un conto corrente sul quale poter accreditare gli importi anticipati.
La giurisprudenza prevalente accede alla tesi della realità, pur ammettendo la possibilità che il contratto si perfezioni mediante l'accreditamento sul conto corrente dello scontatario, al fine di costituire una rimessa con conseguente applicazione della disciplina prevista per l'istituto delle rimesse in conto corrente.

Nell'ambito della ricostruzione dogmatica dello sconto bancario come contratto di prestito o di concessione di credito, è stato evidenziato come tale istituto configuri, in concreto, un contratto di liquidità, mediante il quale la banca trasferisce al cliente «moneta attuale» contro «moneta futura», a fronte, comunque, del corrispettivo dell'operazione normalmente dedotto dalla banca, in via anticipata, dall'importo concesso al cliente[48].

La funzione economica

La funzione economica dello sconto, consistente essenzialmente nel fornire liquidità, deve essere integrata dalla necessità che la misura dell'importo anticipato sia commisurata al valore attuale del credito ceduto vantato dal sovvenuto nei confronti di un terzo, e che quanto anticipato dal sovvenuto sia restituito dal terzo (debitore ceduto del medesimo sovvenuto). Lo sconto bancario, pertanto, è espressione del collegamento funzionale tra prestito e cessione del credito *pro solvendo,* da cui discende che l'effetto liberatorio in capo al sovvenuto si verificherà solo all'esito della riscossione del credito da parte della banca.

Il c.d. castelletto di sconto

Frequentemente nella prassi l'operazione di sconto è consentita entro i limiti stabiliti dalla banca, mediante il c.d. «castelletto di sconto» o «fido per smobilizzo di crediti».
Lo sconto bancario, invero, diversamente rispetto agli altri contratti di credito bancari (apertura di credito, anticipazione bancaria, etc.), non implica un trasferimento di denaro ma solo l'impegno della banca (nei limiti e per il tempo concordati) a scontare titoli cambiari (castelletto) ovvero anche crediti commerciali diversi (fido per smobilizzo di crediti)[49].

Il c.d. castelletto di sconto di per sé non costituisce un'apertura di credito ed il fido, pertanto, non rappresenta l'ammontare delle somme di cui il cliente può disporre, ma soltanto il limite entro il quale la banca è tenuta ad accettare i titoli presentati dal cliente stesso.

Oggetto del contratto di sconto bancario possono essere altresì crediti verso terzi non ancora scaduti, anche se, generalmente, sono ammessi allo sconto bancario solamente titoli di credito cambiari.
Un elemento ritenuto essenziale, per la fattispecie in esame, è rappresentato dall'interesse corrisposto alla banca a fronte dell'anticipazione dell'importo del credito.
Tale interesse, anticipatamente versato (c.d. sconto), viene parametrato al valore nominale del credito scontato mediante l'applicazione di un determinato tasso di

[48] GABRIELLI, *Il contratto di sconto,* in *Banca, borsa tit. cred.*, 1984, I, 95.
[49] CAPOBIANCO, *op. cit.,* 1149.

interesse pattuito per il periodo che intercorre fra l'operazione di sconto e l'effettiva scadenza del credito.

Invero, come già indicato, la cessione a favore della banca avviene «salvo buon fine» e, pertanto, solo l'effettivo pagamento, da parte del debitore ceduto, estingue il contratto di sconto[50] e di conseguenza, l'eventuale mancato adempimento del terzo debitore determina l'obbligo dello scontatario alla restituzione dell'importo anticipato.

Lo sconto di cambiali

Nell'ipotesi prevista dall'art. 1859 c.c., disciplinante lo sconto di cambiali, l'operazione di finanziamento è rafforzata dalla cessione di titoli di credito, da cui discende la possibilità per la banca, in caso di mancato pagamento, di agire contro lo scontatario con l'azione bancaria oltre che con quella ordinaria tipica del contratto di sconto e ciò «fatte salve le norme di legge speciali relative alla cessione della provvista nello sconto di cambiali tratte non accettate o munite della clausola senza accettazione».

Il pagamento della tratta alla scadenza estinguerà anche il debito relativo al rapporto causale sottostante. Al contrario, in caso di inadempimento, la banca potrà agire contro il trattario inadempiente o non accettante mediante l'azione fondata sul rapporto causale, senza perdere, comunque, il diritto ad esercitare l'ordinaria azione cambiaria.

Lo sconto di tratte documentate

All'art. 1860 c.c. viene regolato lo sconto di tratte documentate che configura una peculiare ipotesi di sconto bancario da cui discende la consegna dei titoli rappresentativi della merce alla banca in qualità di cessionaria della tratta cambiaria. Tale operazione viene generalmente utilizzata quale strumento di esecuzione di operazioni negoziali di compravendita, sovente di natura internazionale.

La banca cessionaria è obbligata, dunque, a presentare al terzo debitore i titoli rappresentativi della merce ma, d'altro canto, tale consegna non comporta un passaggio di proprietà a favore della banca, da cui discende la permanenza in capo al compratore di tutti i rischi connessi al contratto di vendita sottostante.

Il privilegio speciale previsto dall'art. 1860 c.c. consente alla banca, qualora il prezzo non venga pagato, di ritenere le cose che ne formano oggetto ovvero di venderle, a norma delle disposizioni normative che disciplinano il privilegio speciale, il quale può essere esercitato anche in eventuale pregiudizio dei terzi che vantino diritti sulla cosa stessa.

Lo sconto bancario e le procedure concorsuali

Con riferimento al rapporto tra contratto di sconto e procedure concorsuali, è opportuno delineare l'ipotesi del fallimento dello scontatario e le problematiche ad esso connesse.

Una volta perfezionatasi la cessione del credito, l'istituto bancario scontante diviene titolare del credito a tutti gli effetti e, in caso di inadempimento del debitore, può proporre domanda di ammissione al passivo del fallimento dello scontatario[51].

Per quanto concerne, poi, l'esperibilità della revocatoria fallimentare, posto che lo sconto è un negozio a titolo oneroso, questo, in presenza dei requisiti di legge, sarà suscettibile di revoca ad opera della curatela fallimentare. Resteranno, però, esclusi

[50] GRECO, *Le operazioni di banca*, Padova, 1930, 321.

[51] CAVALLI, *Osservazioni in tema di sconto bancario e procedure concorsuali,* in *Giur. Comm.*, 1985, I, 1008.

dall'azione revocatoria i pagamenti effettuati dal debitore ceduto alla banca, in quanto non possono essere definiti come atti solutori imputabili all'imprenditore poi dichiarato fallito.

2.7. Il *factoring*.

Nozione

Negli ultimi decenni, agli strumenti negoziali tipici della prassi bancaria si sono aggiunte ulteriori operazioni negoziali consolidatesi in nuove figure contrattuali non tipicamente bancarie ed oggi ampiamente diffuse, con la specifica funzione di strumenti di finanziamento.

Si tratta, in particolare, del *factoring*, del c.d. credito al consumo e del *leasing*.

Il *factoring*, di cui è opportuno occuparci in questa sede, è un contratto sorto nei paesi anglosassoni e successivamente sviluppatosi nell'Europa continentale.

In Italia tale figura negoziale, priva di disciplina codicistica, riveste il carattere dell'atipicità, anche dopo l'entrata in vigore della l. 21 febbraio 1991, n. 52, sulla c.d. cessione dei crediti d'impresa.

La definizione giuridica del *factoring,* per la molteplicità e diversità delle sue ricadute pratiche all'interno della prassi mercantile, ha destato numerose questioni problematiche, fino a prevalere la qualificazione di «*contratto con cui un imprenditore detto cedente o fornitore, trasferisce o si obbliga a trasferire, in esclusiva ed a titolo oneroso, mediante cessioni di crediti, ad altro soggetto, detto cessionario o factor, la totalità o parte dei crediti anche futuri, derivanti dall'esercizio dell'impresa, verso i propri clienti, detti debitori ceduti, ottenendone la controprestazione in servizi o in denaro*», e, di regola, l'anticipazione, totale o parziale, dell'importo ceduto[52].

L'imprenditore cedente, generalmente, garantisce sia l'esistenza del credito che la solvenza del debitore ceduto mediante la c.d. cessione con rivalsa o *pro solvendo*, salvo l'espressa rinuncia o l'approvazione del credito da parte del cessionario.

La funzione economica

Il *factoring* è certamente qualificabile come un contratto di finanziamento che si realizza essenzialmente mediante un'operazione di cessione del credito, ma che, al contempo, presenta un più ampio contenuto economico e giuridico derivante dai molteplici servizi aggiuntivi offerti dal *factor* al cedente, che hanno assunto, nella prassi, un'importanza sempre maggiore.

Il contratto di *factoring*, pur potendo presentare nella pratica commerciale una serie di varianti e di clausole differenziate in relazione alle particolari esigenze dei contraenti, è costituito, nel suo nucleo fondamentale e costante, da una convenzione complessa per effetto della quale il *factor* si impegna, per un periodo di tempo determinato e rinnovabile, salvo preavviso, ad assumere la titolarità dei crediti di cui un imprenditore è o diventerà titolare a causa della vendita dei beni da lui prodotti o commercializzati.

Gli elementi caratterizzanti del *factoring* e gli obblighi accessori del *factor*

I tratti salienti di tale operazione negoziale consistono: nell'acquisto da parte del *factor* dei crediti dell'imprenditore *pro soluto* (con l'assunzione del rischio di insolvenza dei debitori), ovvero *pro solvendo* (nel qual caso saranno accreditate all'imprenditore le sole somme recuperate); nel corrispettivo per l'attività del *factor* costituito dalla commissione che può variare in rapporto a molteplici elementi incidenti sul grado di assunzione del rischio, con la previsione, di regola, della

[52] LUMINOSO, *I contratti tipici e atipici*, I, *contratti di alienazione, di godimento, di credito,* Milano, 1995, 289; DI MAJO, *Contratti d'impresa,* in E*nc. Dir., Agg. III*, Milano, 1999, 476.

facoltà dell'imprenditore cedente di ottenere dal *factor* delle anticipazioni a costo prestabilito, anche prima dell'incasso dei crediti ceduti; nell'obbligo, infine, del cessionario di fornire alla controparte altri servizi (di informazione, di consulenze, di collaborazione nella gestione aziendale) di non secondaria importanza nell'economia del contratto.

In altri termini, ciò che assume particolare rilevanza è la molteplicità delle funzioni economiche riscontrabili nel *factoring* che non si esauriscono nella pura e semplice cessione di uno o più crediti, ma comportano per le parti e soprattutto per il *factor,* l'assunzione di fondamentali obbligazioni (di *facere, non facere, praestare*), di estrema rilevanza pur se non strettamente inerenti alla cessione del credito.
L'impresa utilizzatrice del *factoring* consegue una serie di vantaggi quali: la semplificazione della contabilità e dell'amministrazione aziendale (essendo in pratica trasferita al *factor* la complessa attività di contabilizzazione, documentazione, gestione e recupero dei crediti); l'eliminazione o, quanto meno, la forte attenuazione del rischio di insolvenza dei clienti; l'acquisizione di una fonte supplementare di liquidità attraverso le anticipazioni pattuite; la garanzia di poter disporre di determinate somme in momenti prestabiliti ed, infine, l'utilizzazione dell'opera di informazione e consulenza fornita dal *factor* nella gestione dell'impresa.

Il *factoring* internazionale

La *Convenzione Unidroit* relativa al *factoring* internazionale (Ottawa 28 maggio 1988), ratificata in Italia con l. 14 luglio 1993, n. 260, prevede l'obbligo per il cessionario del credito di svolgere fra le diverse funzioni: quella di finanziamento del fornitore mediante il prestito o il pagamento anticipato ovvero di tenuta dei conti riguardanti i crediti ed il relativo incasso, nonché della tutela contro l'inadempimento da parte dei debitori.
La funzione tipica del *factoring* si realizza allorché il *factor* si impegna ad anticipare l'ammontare dei crediti non ancora scaduti, concedendo di fatto un finanziamento al cedente.
Gli eventuali e molteplici servizi offerti dal *factor* al cedente prescindono dalla vicenda traslativa del credito intesa come scambio sinallagmatico tra bene e prezzo ed, anzi, fanno sorgere autonomamente in capo al cessionario il diritto ad un corrispettivo in denaro.

La cessione dei crediti d'impresa

La menzionata l. 21 febbraio 1991, n. 52, disciplinante la cessione dei crediti d'impresa, pur essendo di estremo rilievo per le società di *factoring,* non esaurisce tutte le possibili manifestazioni di tale operazione negoziale e va ad aggiungersi alla disciplina generale dettata dall'art. 1260 c.c. per la cessione dei crediti.

La cessione dei crediti futuri

La l. n. 52 del 1991, dunque, presuppone che il cedente sia un imprenditore e che i crediti ceduti sorgano da contratti stipulati dal cedente nell'esercizio dell'impresa e, d'altro canto, prevede, all'art. 4, che il cedente garantisca, nei limiti del corrispettivo pattuito, la solvenza del debitore, salvo espressa rinuncia alla garanzia da parte del cessionario.

Altra caratteristica saliente del contratto di *factoring* si incentra sulla cedibilità dei crediti anche futuri, ammettendo così la cedibilità *in massa* dei crediti e, quindi, dell'intero «portafoglio clienti» del cedente.

La cedibilità dei crediti futuri, in generale, è consentita a condizione che gli stessi siano determinabili entro i limiti in cui è consentito all'autonomia negoziale dedurre in contratto la prestazione di cose future (art. 1348 c.c.) e sempre che, al momento della conclusione del

negozio, sussista già il rapporto giuridico da cui trarranno origine i crediti futuri. Al riguardo, va precisato che, quando la cessione ha ad oggetto crediti futuri, il trasferimento del credito si verifica solo nel caso in cui il debito futuro venga effettivamente ad esistenza.

In relazione all'efficacia della cessione nei confronti del debitore ceduto, l'art. 1264 c.c. prevede che la stessa abbia effetto nei suoi confronti quando questi l'abbia accettata o quando gli sia stata notificata. In ogni caso, anche prima della notificazione, il debitore che paga al cedente non è liberato se il cessionario prova che il debitore era comunque a conoscenza della cessione.
In ordine alla natura giuridica del *factoring* sussistono numerosi contrasti che interessano, prevalentemente, la struttura negoziale dell'operazione se comportante un unico negozio di cessione globale di crediti presenti e futuri ovvero una pluralità di negozi di cessione di credito, in esecuzione di una convenzione iniziale.
Nella prassi contrattuale italiana il modello più diffuso è quello che rientra nell'ambito dei contratti di credito[53], posto che le anticipazioni effettuate dal *factor* al cedente assolvono ad una funzione di finanziamento, ovvero di credito, in qualche misura analoga a quella riscontrata nello sconto bancario, fatte salve la particolarità proprie dell'istituto del *factoring*.

2.8. Il *forfaiting*.

Nozione

Il contratto di *forfaiting,* noto anche come sconto *à forfait,* ovvero *pro soluto* di titoli di credito, consiste in una particolare tecnica di monetizzazione dei crediti all'esportazione a medio termine, attuata mediante la cessione, da parte di un esportatore, a favore di un istituto finanziario (*forfaiter*), di crediti cartolari non ancora scaduti, derivanti dalla fornitura di beni o dalla prestazione di servizi all'estero, in cambio dell'anticipazione dell'importo dei crediti stessi, previa deduzione di un tasso di interesse in misura fissa (*à forfait*).
Manca una nozione legale del *forfaiting,* come pure una sua disciplina compiuta: ma il modello sociale è menzionato dalla legge come una delle "attività ammesse al mutuo riconoscimento", e quindi come uno dei possibili svolgimenti dell'attività bancaria[54].
Il richiamo al credito commerciale non allude ad un modello contrattuale, ma alla tipologia di un'attività. Non indica, quindi, uno schema, e neppure, verosimilmente, una categoria normativa o concettuale, ma raccoglie una fenomenologia qualificata dai soggetti che la realizzano.

Funzione

In particolare, il *forfaiting* consiste nella cessione di titoli di credito non scaduti dati in pagamento della fornitura di beni o servizi all'estero contro l'anticipazione in contanti delle stesse, previa deduzione di un tasso d'interesse fisso e senza rivalsa verso l'esportatore cedente, rappresenta uno strumento di finanziamento, ma delinea, almeno nei suoi tratti essenziali, un modello compatibile con lo sconto bancario (art. 1858 c.c.), e precisamente con lo sconto senza rivalsa, non realizzando, quindi, sul piano giuridico un'operazione di finanziamento, bensì

[53] LIBONATI, *Il factoring*, in *Riv. dir. comm*., 1981, I, 325.; PANZARINI, *Lo sconto dei crediti e dei titoli di credito*, Milano, 1984, 631.
[54] DEL PRATO, *I modelli contrattuali nella prassi bancaria per la concessione del credito alle imprese, Riv. Dir. Civ.,* 2001*,* 3, 20271.

un'operazione di scambio.
Si può definire, quindi, come una compravendita di crediti cartolari, senza garanzia della solvenza, ma con garanzia, secondo la regola generale in tema di cessione del credito, dell'esistenza di una valida obbligazione del debitore cambiario principale; la somma anticipata dal *forfaiter* rappresenta il corrispettivo della cessione, determinato previa deduzione, dall'importo nominale dei crediti, di un interesse calcolato *à forfait*, in ragione dei rilevanti rischi di riscossione del credito ceduto (rischio politico, monetario, di scambio, di insolvenza, di calamità naturali ecc.).

Differenze con altri contratti

Il *forfaiting* differisce dal factoring, ove pure si attua normalmente una cessione di crediti *pro soluto*, in quanto il *factor* cessionario non anticipa l'importo dei crediti ceduti, ma si impegna a versare al cedente il corrispettivo pattuito alla scadenza dei crediti stessi; nel *factoring*, inoltre, si realizza la cessione di una pluralità di crediti non cartolari, e non di un unico credito rateizzato ed incorporato in una serie di titoli di credito; ancora, nel *forfaiting* è assente l'impegno del cedente di sottoporre all'approvazione del cessionario i contratti originanti i crediti oggetti di cessione, così come l'assunzione, da parte del cessionario, del servizio di contabilizzazione relativamente ai contratti dei medesimi.
Il *forfaiting* si differenzia dai contratti di finanziamento (mutuo, anticipazione bancaria e apertura di credito) perché non è previsto l'obbligo di restituzione della somma anticipata nell'ipotesi di mancata realizzazione del credito ceduto; si distingue anche dallo sconto bancario tipico, in ragione dell'espressa esclusione della clausola salvo buon fine.
Il *forfaiting* non può nemmeno assimilarsi all'assicurazione del credito, poiché il *forfaiter* acquista la titolarità del credito, di cui paga il controvalore all'esportatore anticipatamente rispetto alla scadenza, mentre l'assicuratore si impegna semplicemente a versare all'assicurato, che resta titolare del credito, un indennizzo in caso di mancata riscossione dello stesso alla scadenza.
Il *forfaiting* ha avuto notevole sviluppo a seguito dell'emanazione della l. 22 maggio 1977, n. 244 (c.d. legge Ossola), e successive modifiche ed integrazioni, con cui è stata prevista la corresponsione, da parte del medio credito centrale, di un contributo agli interessi sui finanziamenti che gli esportatori nazionali ottengano all'estero, a fronte di singoli contratti di fornitura di merci e servizi, nonché di esecuzione di studi e lavori, laddove nelle suddette operazioni di finanziamento sono ricomprese anche le cessioni di titoli di credito pro soluto, in ragione dell'anticipazione che l'esportatore ottiene dal *forfaiter* estero, cessionario.

2.9. Il conto corrente: il conto corrente ordinario.

Nozione

Con il contratto di conto corrente le parti si obbligano ad annotare in un conto i crediti derivanti da reciproche rimesse, impegnandosi a mantenerli inesigibili ed indisponibili fino ad una scadenza precostituita c.d. chiusura.

La disciplina giuridica

A tale scadenza le partite di dare e di avere si compensano vicendevolmente e da ciò consegue un saldo che il creditore, solo in quel momento, ha diritto di chiamare in pagamento (art. 1823 c.c.), salvo che preferisca considerarlo quale prima rimessa di un nuovo conto.

Presupposto di tale operazione contrattuale è che due soggetti si trovino, o prevedano di trovarsi, in un rapporto negoziale continuativo dal quale potrà derivare una pluralità di

reciproche posizioni debitorie e creditorie, anche sulla base di titoli giuridicamente distinti[55].

È necessario stabilire, da un lato, la provvisoria inesigibilità ed indisponibilità dei singoli crediti (art. 1823, comma 1, c.c.) e, dall'altro, il diritto del creditore ad ottenere la prestazione alla chiusura del conto (art. 1823, comma 2, c.c.).

L'obbligo di annotazione

Mezzo tecnico utilizzato per assoggettare le singole rimesse allo speciale regime convenuto tra le parti consiste nell'obbligo di annotazione, mediante il quale vengono raccolti i dati che concorreranno alla futura determinazione del saldo.

La compensazione

La compensazione, infine, si configura come effetto conseguente alla sopravvenuta esigibilità dei crediti contrapposti al momento della chiusura del conto, in base a quanto pattuito dai correntisti[56].

Pertanto, il differimento della scadenza dei crediti e l'esigibilità del saldo solo alla chiusura del conto, quale risultante dalla compensazione, permettono di semplificare la disciplina di determinati rapporti commerciali secondo un assetto più funzionale agli interessi delle parti, tanto è vero che tale strumento contrattuale è generalmente ricompreso tra i mezzi di razionalizzazione dell'attività di impresa[57].

Ed ancora, la descritta operazione contrattuale giova non solo al debitore ma anche al creditore in vista di eventuali futuri rapporti con l'altra parte, da cui potranno scaturire una pluralità di obbligazioni di natura contrattuale a suo carico.

In effetti, mediante lo strumento della regolazione dei reciproci rapporti contrattuali in conto corrente, può realizzarsi, pur se indirettamente, una funzione di consolidamento delle relazioni di affari tra i contraenti, potendosi, secondo alcuni, ravvisare anche una funzione creditizia insita nella reciproca dilazione delle prestazioni dovute[58].

Invero, rispetto allo scopo di ottenere e concedere credito risulta prevalente la funzione del differimento delle prestazioni come mezzo per conteggiare e liquidare le somme dovute, poiché la dilazione, in questo rapporto, assume un ruolo strumentale in vista del raggiungimento dello scopo pratico insito nella funzione economica del contratto di conto corrente[59].

Tale figura negoziale ha una natura sinallagmatica che si perfeziona con il semplice scambio dei consensi unito all'obbligo di annotazione delle rimesse che, però, attiene al momento esecutivo dell'accordo e non a quello genetico.

Il conto corrente ordinario, implicando una particolare regolamentazione di crediti futuri destinati a sorgere da separati negozi giuridici, può essere ricondotto nella categoria dei contratti normativi[60].

Gli stipulanti non si obbligano, quindi, a concludere uno o più affari futuri ma solo ad annotare i crediti che verranno ad esistenza se ed in quanto saranno compiute determinate operazioni.

Ogni correntista, una volta verificatosi il presupposto giuridico richiesto per il

---

[55] MARTORANO, *Conto corrente (contratto di)*, in *Enc. Dir.*, IX, Milano, 1961, 658.
[56] SCOZZAFAVA-GRISI, *Il conto corrente ordinario*, in *Tratt. Rescigno,* 12, t. IV, *Obbligazioni e contratti*, Torino, 1985, 755.
[57] FERRI, *Manuale di diritto commerciale,* Torino, 1976, 584.
[58] FIORENTINO, *Il conto corrente*, in *Tratt. Vassalli*, Torino, 1952, 2.
[59] SCOZZAFAVA-GRISI, *Il conto corrente ordinario*, cit., 755.
[60] MARTORANO, *Conto corrente (contratto di)*, *cit.*, 661.

sorgere dell'obbligazione non solo ha la facoltà ma è tenuto ad annotare i propri crediti, mentre l'altro può, di converso, pretenderne l'annotazione.

I poteri delle parti

Le parti possono, altresì, stabilire espressamente quali rimesse devono rientrare nella regolamentazione negoziale concordata e quali, al contrario, ne devono rimanere escluse, e qualora non operino alcuna scelta a riguardo, tutti i reciproci crediti, da qualsiasi fonte provenienti, potranno essere oggetto di annotazione in conto corrente, fatti salvi i divieti previsti dall'art. 1824 c.c. per particolari tipologie di credito.

In particolare, rimangono esclusi i crediti non suscettibili di compensazione (art. 1246 c.c.) come, ad esempio, quelli di natura non pecuniaria. Nei rapporti tra imprenditori restano esclusi, ad esempio, quei crediti nascenti da rapporti estranei all'esercizio delle rispettive imprese (art. 1824, comma 2, c.c.).
In virtù di particolari accordi fra le parti le annotazioni in conto corrente possono, altresì, riferirsi anche a crediti che i contraenti vantano verso terzi, mediante l'apposizione della clausola «salvo incasso»[61].

La funzione dell'annotazione

L'annotazione in conto corrente, quindi, svolge unicamente la funzione di «congelare» le reciproche posizioni dei correntisti fino al momento prefissato per provvedere alla liquidazione del saldo e non incide sull'autonomia dei singoli rapporti che mantengono, di conseguenza, il naturale collegamento con i negozi dai quali prendono vita.
A norma degli artt. 1823 e 1828 c.c., ciascuna parte conserva la facoltà di sollevare le eccezioni relative all'atto dal quale il credito deriva, con l'effetto che se tale atto viene dichiarato nullo ovvero annullato, risoluto o rescisso, la posta corrispondente deve essere eliminata dal conto (art. 1827 c.c.). Ogni credito, inoltre, continua a produrre interessi nella misura stabilita dal contratto che lo origina, o in mancanza, al tasso legale (art. 1825 c.c.).

Le garanzie reali o personali

In tema di garanzie reali o personali che possono assistere i singoli crediti annotati in conto corrente, l'art. 1828 c.c. prevede che le garanzie stesse non si estinguono, in linea di principio, per effetto dell'inclusione nel conto dei crediti per i quali sono offerte, da cui consegue l'applicabilità della disciplina prevista per l'imputazione di pagamenti per più crediti soggetti a compensazione (artt. 1249-1193 c.c.)[62].
L'indisponibilità proveniente dall'annotazione in conto corrente dei crediti reciproci facenti capo ai correntisti si ripercuote, entro determinati limiti, anche al di fuori della sfera negoziale degli stipulanti.
L'art. 1830 c.c., disciplina, in proposito, che i creditori personali dei correntisti non possono sottoporre a sequestro o pignoramento i singoli crediti annotati, ma solamente il saldo risultante a favore del proprio debitore, al momento del sequestro o del pignoramento, purché, ovviamente, sussistano i requisiti previsti dall'art. 2915 c.c. per l'opponibilità ai terzi del contratto.
Il creditore, inoltre, non può pretendere il pagamento dal terzo sequestrato o pignorato prima dell'ordinaria chiusura del conto, ed al contempo è vietato al correntista di riportare detto saldo a nuovo, ripristinandone così il regime di inesigibilità. All'ultimo comma dell'art. 1830 c.c. è previsto, infine, l'obbligo, per il

[61] MARTORANO, *Conto corrente (contratto di)*, *cit.*, 662.
[62] FIORENTINO, *Il conto corrente*, *cit.*, 17.

correntista pignorato o sequestrato, di darne avviso all'altro correntista al fine di permettergli l'eventuale esercizio del diritto di recesso.

La chiusura del conto

La chiusura del conto non implica, automaticamente, lo scioglimento del contratto di conto corrente, poiché nell'ambito di un unico rapporto negoziale, a tempo determinato o indeterminato, possono esservi più chiusure, con gli effetti tipici previsti di volta in volta dai correntisti[63].

Il credito risultante a favore di una delle parti, al momento consensualmente stabilito o a quello fissato dall'art. 1831 c.c., consiste in un credito liquido ed esigibile che produce nuovi interessi nella misura pattuita dai correntisti o, in mancanza, in misura legale, fatta salva l'espressa diversa volontà delle parti di considerare le rimesse improduttive di interessi o produttive di interessi ad un tasso inferiore rispetto a quello legale.

Il saldo

Il saldo è, dunque, il risultato di una serie di compensazioni operate fra le contrapposte partite di dare e di avere comprese entro un determinato periodo di conto, da cui dovrebbe derivare un identico risultato finale per i correntisti. In caso, però, di divergenza fra i risultati dei reciproci saldi, a causa dell'esistenza di errori nelle annotazioni o nei conteggi ovvero di contestazioni sull'ammontare o sulla validità di determinate partite, viene in soccorso un particolare prospetto, c.d. estratto conto, nel quale sono riportate tutte le annotazioni del periodo, ivi comprese quelle eseguite a titolo d'interessi, spese e commissioni, con relativa determinazione del saldo conseguente.

L'estratto conto e la sua approvazione

L'estratto conto può essere espressamente accettato o rifiutato da chi lo riceve, ma l'art 1832 c.c., attribuisce un particolare significato al silenzio in quanto l'estratto conto inviato da un correntista all'altro si intende approvato quando non sia contestato nel termine pattuito o in quello determinato dagli usi o, infine, in quello ritenuto congruo secondo le circostanze.

L'art. 1832, al comma 2, c.c. prevede anche che, nonostante l'intervenuta approvazione, ciascun correntista conserva il diritto di impugnare l'estratto conto nel termine di sei mesi decorrenti dal suo ricevimento. Lo stesso correntista può, inoltre, esercitare le azioni e sollevare le eccezioni che riguardano la validità ed efficacia dei rapporti sostanziali dai quali traggono origine le singole annotazioni.

In ordine alla cessazione del rapporto, la scadenza del termine di durata pattuito tra le parti ha effetto estintivo solo quando non sia prevista la proroga tacita (art. 1823, comma 2, c.c.), da cui scaturisce una presunzione semplice, superabile mediante la prova di una volontà contraria al rinnovo.

La disciplina del recesso

Quanto alla disciplina del recesso, gli artt. 1830 e 1833 c.c. prevedono l'esistenza ed il conseguente esercizio di tale diritto in capo ad ambedue i contraenti o ai loro eredi, oltre che nella già menzionata ipotesi di pignoramento o sequestro del saldo, anche in quella di contratto stipulato a tempo indeterminato, nonché nelle ipotesi di interdizione, inabilitazione, morte o insolvenza di una delle parti poiché si tratta di eventi che fanno venir meno l'elemento fiduciario posto alla base del contratto di conto corrente.

Il recesso, a cui consegue lo scioglimento del rapporto negoziale, impedisce l'inclusione in conto di nuove partite dal momento in cui entra nella sfera di conoscenza legale del destinatario

[63] FIORENTINO, *op. cit.*, 412; MARTORANO, *op. cit.*, 664.

(essendo questo un atto recettizio), in conformità al principio enunciato dall'art. 1335 c.c.

Il venir meno del contratto per effetto del recesso, invero, non implica l'immediata esigibilità del saldo tutte le volte in cui l'esercizio non coincida con una delle chiusure periodiche disciplinate dall'art. 1831 c.c. (art. 1833, ultimo comma c.c.).

Il conto corrente e le procedure concorsuali

Da ultimo, occorre precisare che in caso di procedure concorsuali il contratto di conto corrente si scioglie automaticamente (art. 76 l. fall.) e tale cessazione determina la liquidazione immediata del saldo con riferimento alla data d'inizio della procedura concorsuale con la possibilità di compensazione delle reciproche partite di dare e avere, in quanto si tratta di debiti e crediti anteriori alla sentenza dichiarativa di fallimento (art. 56 l. fall.)[64].

Nel caso in cui debitore sia il contraente fallito, il correntista *in bonis* deve insinuare al passivo il proprio credito che è immediatamente esigibile e da tale momento diventa improduttivo di ulteriori interessi. Ove, al contrario, risulti creditore del saldo l'imprenditore fallito, il curatore, subentrando nella medesima posizione del contraente fallito, può richiedere il pagamento alla controparte rispettando le normali scadenze di chiusura *ex* art. 1833, ultimo comma, c.c.

2.9.1. Il conto corrente bancario.

Nozione

Il conto corrente bancario, o c.d. di corrispondenza, rappresenta il principale strumento negoziale mediante il quale le banche operano al fine di porre in essere l'attività di raccolta del risparmio e di erogazione del credito[65].

La disciplina giuridica

Si tratta di un'operazione negoziale idonea a fornire utilità pratica tanto alla banca quanto ai clienti, i quali possono effettuare versamenti, oltre che in denaro, con altri mezzi di pagamento come cessioni di assegni e di effetti cambiari, giroconti ecc.; possono inoltre eseguire prelevamenti utilizzando tutte le altre forme rispondenti agli usi commerciali bancari, come gli ordini di pagamento, di giro, di domiciliazione di effetti ecc.

La banca, dal suo canto, mediante la diffusione dei conti correnti di corrispondenza, consente di ridurre la quantità di moneta «legale» circolante, aumentandone le relative capacità di impiego, agevolando così gli scambi commerciali.

La funzione economica

L'istituto bancario diventa un organo di trasformazione del «credito commerciale a scadenza» in un credito prontamente esigibile, creando una movimentazione di denaro mediante la quale svolge l'importante funzione di intermediazione «monetaria».

L'opinione dominante, tanto in dottrina che in giurisprudenza, ravvisa nel contenuto giuridico del conto corrente bancario un servizio di cassa assunto dalla banca per conto del cliente[66].

Nel conto corrente bancario, infatti, gli stipulanti mirano alla finalità di prestare ed ottenere un servizio di cassa, in funzione del quale opera il principio della costante disponibilità ed esigibilità del saldo (art. 1852 c.c.; art. 7, comma 2, n.u.b.).

Tale caratteristica differenzia, in modo sostanziale, il conto corrente bancario

---

[64] SCOZZAFAVA-GRISI, *Il conto corrente ordinario*, cit., 798.

[65] CAVALLI, voce *Conto corrente,* II), *Conto corrente bancario*, in *Enc. giur. Treccani,* vol. XIII, Roma, 1988, 1; Cass. civ., Sez. I, 5 maggio 2009, n. 2801, in *Giust. civ. Mass.*, 2, 180.

[66] MOLLE, *I contratti bancari,* in *Tratt. Cicu-Messineo-Mengoni,* Milano, 1983, 397

rispetto a quello ordinario descritto dall'art. 1823 c.c.

Il conto corrente di corrispondenza può essere in concreto composto da una varietà di negozi che delimitano lo svolgimento concreto del rapporto contrattuale.
Il correntista ha la possibilità di far confluire nel conto il risultato di operazioni di natura diversa, potendo disporre delle somme risultanti a suo credito senza la materiale necessità di prelevarle, bensì utilizzando l'istituto bancario come intermediario dei pagamenti.

Gli obblighi della banca verso il cliente

L'art. 1856 c.c. e le condizioni generali di contratto non specificano la natura degli obblighi prestazionali che devono rientrare nel concreto contenuto negoziale ma, nonostante ciò, la prassi bancaria permette di rinvenire, nel conto corrente di corrispondenza, un nucleo essenziale di prestazioni che la banca non può rifiutare, salvo giustificato motivo[67]. Si tratta, in particolare, dei prelievi e dei versamenti per cassa, nonché delle riscossioni e dei pagamenti risultanti da ordini del correntista nelle diverse forme previste dagli usi e dalle esigenze tecniche di volta in volta emergenti.

La convenzione di assegno

All'interno della categoria degli ordini di pagamento, un ruolo di fondamentale importanza va attribuito agli ordini impartiti dal cliente a mezzo di assegni bancari mediante un'apposita convenzione c.d. «convenzione di assegno» che si considera implicita nel conto corrente di corrispondenza[68].

Il correntista, di fatto, ha l'obbligo di avvalersi degli appositi moduli forniti dalla banca contro rimborso del costo, da cui discende l'obbligo ad una diligente tenuta del *carnet* di assegni, onde evitare ogni pregiudizio derivante dalla perdita, dalla sottrazione o dall'uso abusivo dei tagliandi.

Il correntista può, altresì, ordinare alla banca di provvedere al pagamento di vaglia cambiari domiciliati presso la banca stessa ovvero di fatture, canoni, retribuzioni ecc., aventi di norma scadenze periodiche.

Gli ordini di pagamento

Gli ordini di pagamento sono, normalmente, impartiti per iscritto e la banca li esegue rispettando le procedure previste dalla sua organizzazione interna, addebitando il relativo importo sul conto del correntista.

I c.d. ordini di giro

I c.d. "ordini di giro" si caratterizzano per essere ordini di pagamento eseguiti mediante accredito su un conto, acceso presso la stessa banca o presso diverso istituto, intestato al terzo beneficiario.
L'esecuzione degli ordini impartiti dal cliente da parte della banca deve essere considerata adempimento di un'obbligazione contrattuale assunta dalla stessa banca e disciplinata dalle norme sul mandato (art. 1856 c.c.)[69].
In tale contesto, il rapporto di mandato si integra necessariamente con un ulteriore rapporto volto a predisporre una disponibilità monetaria entro i cui limiti la banca assume l'obbligo di offrire il servizio.

Il rapporto di provvista c.d. fido

Esiste, invero, un rapporto, detto di provvista, in genere ricondotto ad uno dei contratti bancari (deposito, apertura di credito ecc.) finalizzati alla creazione della disponibilità di somme, essenziale per il funzionamento del rapporto di conto

[67] GIORGIANNI-TARDIVO, *Diritto bancario,* Milano, 2009, 458.
[68] MOLLE, *I titoli di credito bancario*, Milano, 1972, 168.
[69] CAVALLI, voce *Conto corrente,* II), *Conto corrente bancario*, cit., 4.

corrente.

Di fatto, se il cliente non dispone di fondi propri ovvero gli stessi siano insufficienti, può ricorrere alla banca che, previa valutazione della sua disponibilità e solvibilità, può concedergli credito mediante varie operazioni negoziali.

Il credito così concesso, utilizzabile in operazioni diverse, è normalmente indicato come «fido», inteso quale ammontare globale della disponibilità monetaria concessa dalla banca al cliente.

Uno degli aspetti peculiari del conto corrente di corrispondenza è rappresentato dalla trasformazione in «somme disponibili» del risultato delle operazioni di riscossione, c.d. attive, che la banca pone in essere per conto del cliente, così realizzandosi in concreto una particolare forma di credito disponibile.

La disponibilità delle somme in favore del cliente

Altro aspetto che si accompagna alla disponibilità di somme è costituito dalla possibilità di utilizzare gli importi in questione mediante operazioni, c.d. passive, che rappresentano pagamenti, pur non consistendo in effettivi esborsi di denaro.

Al cliente, in altri termini, è concesso di trasformare in somme di «denaro» le poste a sua disposizione, in particolare il riferimento è ai versamenti di denaro ed anche alle diverse rimesse effettuate da terzi nonché ai crediti verso i terzi, non appena vengano soddisfatti.

La banca non può, invero, considerarsi creditrice della somma impiegata per eseguire le disposizioni impartitele dal correntista in quanto, per eseguire gli ordini dei clienti, attinge dalle somme c.d. disponibili per effetto dell'accreditamento nel conto, che funge da presupposto necessario perché tali poste attive siano utilizzabili da parte dell'istituto bancario.

Gli ordini c.d. allo scoperto

Nel caso in cui l'ordine impartito dal correntista sia dato allo «scoperto», cioè in assenza di provvista, la somma necessaria ad eseguire le operazioni richieste dal cliente rientrerà nei limiti dell'affidamento, salvo che l'istituto bancario decida di esorbitare da tale limite, nel qual caso ne deriverà un credito immediatamente esigibile verso il cliente[70].

La disponibilità in favore del correntista

L'operazione negoziale diretta alla predisposizione della disponibilità in favore del correntista dà vita ad un rapporto contrattuale inscindibilmente connesso con la struttura dei negozi a cui corrispondono, in concreto, le singole prestazioni delle parti. Quindi si utilizzerà lo schema del mandato per regolare i rapporti tra banca e cliente con riguardo agli ordini od incarichi dallo stesso affidati alla banca, mentre per gli atti posti in essere in esecuzione di tali ordini o incarichi si applicheranno le norme relative ai diversi atti esecutivi da realizzare (sconti, fidejussioni, avalli etc.). Allo stesso modo e seguendo la medesima logica dovranno essere applicate le norme previste dai contratti di deposito bancario o di apertura di credito.

In pratica, si utilizzeranno le norme sul deposito in caso di conto attivo e, al contrario, nel caso in cui il saldo del conto risulti passivo, si dovrà distinguere a seconda che la differenza rientri o meno nella scopertura autorizzata e solo nel secondo caso si potrà qualificare l'operazione come un'anticipazione fatta dal mandatario, mentre nel primo caso saranno applicabili le regole dell'apertura di credito[71].

La chiusura annuale del conto

Il conto corrente bancario prevede, per ragioni di natura contabile, una chiusura

[70] RESCIGNO, *In tema di compensazione nel conto corrente bancario,* in *Banca, borsa tit. cred.,* 1973, II, 424.

[71] MOLLE, *Questioni in tema di scoperto di conto*, in *Banca, borsa tit. cred.,* 1965, II, 566.

annuale che coincide con la liquidazione degli «interessi passivi ed attivi» da parte della banca, nonché chiusure infra-annuali secondo le pattuizioni contrattuali, in occasione delle quali viene trasmesso al correntista il c.d. estratto conto al fine di permettergli la verifica delle annotazioni relative alle singole operazioni effettuate nel periodo di riferimento.

L'estratto conto e la sua approvazione

In relazione all'ipotesi di mancata approvazione dell'estratto conto la normativa di riferimento (artt. 119, comma 3, t.u.b. e 1832, comma 2, c.c.) disciplina che, in mancanza di opposizione scritta da parte del cliente, gli estratti conto e le altre comunicazioni periodiche alla clientela si intendono approvati, trascorsi sessanta giorni dal loro ricevimento.

Modalità di spedizione dell'estratto conto

Non sono previste particolari formalità per la modalità di spedizione e l'onere probatorio dell'avvenuta spedizione, in caso di contestazione da parte del cliente, ricade sulla banca. Per meri errori di annotazione o di calcolo il termine di sei mesi decorre dalla ricezione, da parte del cliente, dell'estratto conto relativo alla vera e propria chiusura del conto che deve essere trasmesso mediante lettera raccomandata.

Forma dell'opposizione

L'eventuale opposizione al contenuto dell'estratto conto deve rivestire la forma scritta e per spiegare i suoi effetti deve giungere al destinatario entro il termine fissato, trattandosi di atto recettizio.

Valore probatorio dell'estratto conto

Il valore probatorio degli estratti conto è comprovato tanto dalla loro utilizzabilità nei procedimenti monitori quanto in quelli di cognizione, come si può agevolmente argomentare dalla disciplina del testo unico bancario che, all'art. 50, consente alle banche di avvalersi del procedimento d'ingiunzione *ex* art. 633 c.p.c. anche sulla base del contenuto dell'estratto conto, il quale assume il valore di certificato conforme alle scritture contabili, quando sia redatto da un soggetto a ciò autorizzato dalla banca interessata che deve, altresì, comprovare l'esistenza e l'esigibilità del credito.

Compensazione e revocabilità delle rimesse

Problematiche essenziali legate alla corretta gestione del conto corrente di corrispondenza possono essere rinvenute nella compensazione e nella revocabilità delle rimesse, quando il correntista sia titolare di più conti o di diversi rapporti di conto corrente, nel qual caso il legislatore prevede che i saldi attivi e passivi si compensano reciprocamente, fatto salvo un espresso patto contrario (art. 1853 c.c.)[72].

La cointestazione del conto

I particolari casi in cui il conto corrente sia intestato a più soggetti ovvero il correntista autorizzi soggetti terzi, rispetto al rapporto negoziale, ad eseguire operazioni sul conto, pongono una serie di questioni applicative.

La firma disgiunta

L'art. 1854 c.c. disciplina, a tale proposito, la possibilità per gli intestatari del conto di eseguire operazioni anche separatamente, mediante la c.d. firma disgiunta che, costituendo un'eccezione, deve essere prevista espressamente nel contratto.

In sostanza, i cointestatari del conto corrente, che hanno optato per la firma disgiunta, sono considerati debitori o creditori in solido dei saldi del conto, mentre nel caso di cointestatari senza l'opzione della firma disgiunta la norma di riferimento resta l'art. 1298 c.c.

[72] GIORGIANNI-TARDIVO, *Diritto bancario,* cit., 1014.

La chiusura del conto e la disciplina del recesso

La chiusura del rapporto di conto corrente di corrispondenza, normalmente stipulato a tempo indeterminato, avviene, di norma, mediante il recesso, il cui esercizio è riconosciuto tanto alla banca quanto al cliente.

L'art. 1855 c.c. impone per il legittimo esercizio dello *ius poenitendi* un necessario preavviso nel rispetto «del termine stabilito dagli usi o, in mancanza, in quello di quindici giorni». In proposito, invero, si è cercato di interrompere la prassi bancaria che di fatto permetteva il recesso *ad nutum* o con preavviso di un solo giorno, ribadendo la necessità di rispettare un termine congruo per l'avviso che, in mancanza di uno specifico uso normativo in tal senso, potrebbe essere individuato nel termine di quindici giorni (art. 1855 c.c.).

I c.d. depositi dormienti

Un particolare fenomeno è disciplinato dai c.d. depositi dormienti.

Si tratta di conti rimasti giacenti presso le banche, non reclamati da depositanti deceduti o che per altre ragioni non abbiano più eseguito alcun tipo di operazione insita nel contratto di conto corrente bancario.

La legge 23 dicembre 2005, n. 266, all'art. 1, comma 345, ne ha previsto l'acquisizione allo Stato al fine di farli confluire nel Fondo di indennizzo per i risparmiatori, costituito con l'art. 1, comma 343, della legge finanziaria citata.

Il conto corrente bancario e le procedure concorsuali

Infine, quanto al rapporto tra il conto corrente di corrispondenza e il fallimento del correntista, è opportuno osservare come la diretta conseguenza della dichiarazione di fallimento del cliente-correntista sia la cessazione del rapporto negoziale e l'acquisizione alla massa fallimentare del saldo di chiusura, ovviamente quando la procedura concorsuale non consenta la prosecuzione dell'attività di impresa.

Altre ipotesi in cui il contratto si scioglie automaticamente sono quelle che riguardano il caso di morte o di sopravvenuta incapacità del correntista, in quanto viene meno l'essenziale natura fiduciaria insita in tale negozio, fatta salva la disciplina dell'art. 1722 c.c.

La dichiarazione di fallimento del correntista evidenzia, altresì, il *dies a quo* ai fini dell'esperimento della speciale azione revocatoria fallimentare disciplinata dall'art. 67 l. fall.

2.10. Il servizio di cassette di sicurezza.

Nozione

Tra i servizi di «custodia» offerti dalla banca emerge quello relativo all'uso delle cassette di sicurezza, previsto dall'art. 1839 c.c. che, unitamente alle previsioni negoziali di volta in volta pattuite, riveste un ruolo di sicura centralità.

L'espletamento del servizio di cassette di sicurezza, anche sulla scorta dell'art. 1, comma 2, lett. f.), n. 14, t.u.b., è riservato alle banche e agli altri intermediari finanziari a ciò autorizzati, per effetto dell'estensione per gli stessi prevista dall'art. 18 t.u.b.

Il servizio di cassette di sicurezza consiste nella messa a disposizione dell'utente di una cassetta metallica contenuta in un loculo o scomparto inserito in casseforti normalmente incorporate nell'edificio della banca o, comunque, collocate in luoghi sufficientemente fortificati (c.d. *caveau*), in modo da assicurare la massima sicurezza contro rischi di manomissione ovvero di

incendi, terremoti, inondazioni[73] ecc.
L'apertura e la chiusura della cassetta avviene con il ricorso a due distinte chiavi, una in possesso della banca (c.d. chiave di passo), e l'altra in possesso del cliente. Ciò comporta la necessità, in questa fase, della materiale cooperazione tra cliente e banca. L'accesso alla cassetta è riservato, infatti, ai fruitori del servizio accompagnati da responsabili della banca senza che vi sia alcuna verifica sui beni che il cliente intende porre della cassetta.

La qualificazione giuridica

Il legislatore, pur lasciando alla prassi contrattuale la dettagliata regolamentazione del servizio di cassette di sicurezza, ha disciplinato una serie di obblighi che la banca è tenuta a rispettare per non incorrere in responsabilità, in relazione, in particolare, all'idoneità e alla custodia dei locali in cui sono site le cassette, nonché all'integrità della cassetta stessa (art. 1839 c.c.), alla sua apertura nel caso di più intestatari o nel caso di decesso dell'intestatario ovvero di uno degli intestatari (art. 1840 c.c.) ed, infine, alle ipotesi di apertura forzata della cassetta (art. 1841 c.c.).
La qualificazione giuridica del servizio di cassette di sicurezza è stata oggetto di numerose incertezze, in parte venute meno con l'entrata in vigore del codice civile del 1942 che ne ha previsto la disciplina normativa, pur non specificandone la funzione giuridica ed economica.
L'art. 1839 c.c., prevede una forma di responsabilità aggravata della banca che, per alcuni aspetti, può essere ricondotta all'interno della responsabilità oggettiva, con specifico riferimento all'attività di imprese a ciò autorizzate che offrono un servizio volto ad assicurare, con organizzazione di persone e di mezzi idonei, una protezione del tutto particolare ai beni inseriti dai clienti nella cassetta.
Una ricostruzione dogmatica della funzione giuridica dell'istituto è volta ad affermare che la prestazione essenziale e caratterizzante tale figura contrattuale è quella di custodia[74], una diversa posizione dottrinale ritiene, piuttosto, configurabile nella custodia un criterio per delimitare la responsabilità della banca piuttosto che un'autonoma prestazione[75].

Contenuto dell'obbligo di custodia e responsabilità della banca

Una lettura di sintesi ha qualificato l'obbligo di custodia come elemento caratterizzante degli obblighi contrattuali tipici del servizio di cassette di sicurezza, spostandone la *ratio* da criterio di responsabilità a prestazione dovuta.
In questo senso, dunque, l'obbligo di custodia sarà esigibile anche a prescindere dal verificarsi del danno (deterioramento o perdita della cosa oggetto di custodia) e potrà configurarsi sia come fonte di responsabilità della banca, sia quale causa di giustificato recesso ovvero di risoluzione del contratto da parte del cliente (v. art. 1803, comma 3, c.c.)[76].

Doveri di diligenza della banca

Come già indicato, l'istituto bancario risponde verso il cliente sia per l'idoneità e la custodia dei locali in cui sono poste le cassette, sia per l'integrità delle cassette stesse, salva l'ipotesi in cui il danno sia cagionato da un evento ascrivibile al caso fortuito. La banca per liberarsi da ogni forma di responsabilità deve provare di avere utilizzato la massima diligenza nell'esecuzione del contratto. Il banchiere, giova ribadirlo, non conosce, né deve conoscere il contenuto della cassetta di

[73] FERRI, *Cassette di sicurezza,* in *Enc. Dir.,* VI, Milano, 1960, 459.
[74] PAPANTI-PELLETTIER, *Cassette di sicurezza,* in *Enc. Dir., Aggiorn.* II, Milano, 1998, 188.
[75] DI MAJO, *Adempimento in generale, sub art. 1177-1220 c.c.*, in *Comm. del cod. civ. Scialoja e Branca*, Bologna-Roma, 1994, 8.
[76] DI MAJO, *op. cit.*, 16; GIORGIANNI, *L'inadempimento,* Milano, 1975, 251.

sicurezza per non violare il diritto alla riservatezza del cliente, e da ciò si evince che il contenuto dell'obbligo di custodia non può commisurarsi all'effettivo valore dei beni eventualmente depositati. In tale contesto è stata avanzata l'ipotesi di una c.d. asimmetria informativa a danno della banca, la quale, non potendo conoscere anticipatamente il rischio connesso alla stipulazione del contratto, non è in grado di predisporre un'adeguata copertura per farvi fronte[77].

Il valore dei beni contenuti nella cassetta

Invero, il valore dei beni contenuti nella cassetta di sicurezza ha una funzione essenziale per la quantificazione del danno, ma non ha alcuna incidenza sugli obblighi di prestazione assunti dalla banca, la quale è comunque tenuta ad adottare tutte le misure necessarie ad assicurare «salvo il caso fortuito», l'idoneità e la custodia dei locali, nonché l'integrità della cassetta. Tale questione si riflette, direttamente, sul canone dovuto dal cliente che normalmente è parametrato al c.d. rischio medio, da cui è derivata la prassi delle banche di inserire nei contratti talune specifiche clausole dirette a limitare la propria responsabilità entro determinati limiti quantitativi.

Nella pratica le banche si tutelavano prevedendo l'uso della cassetta entro un valore complessivo non superiore ad un certo importo da cui conseguiva l'obbligo per l'utente di non riporre nella cassetta beni di valore superiore all'importo pattuito, al fine di delimitare, di fatto, la quantificazione del danno entro il limite previsto dal contratto.

Tale prassi contrattuale è stata disattesa a seguito di molteplici pronunce giurisprudenziali che hanno consolidato l'orientamento contrario all'apposizione di clausole limitative della responsabilità della banca entro importi predeterminati, in quanto l'obbligo di custodia da parte della banca deriva direttamente dalla necessità di preservare la cassetta in sé, senza alcun riferimento al suo contenuto.

La nullità delle clausole limitative della responsabilità

Le clausole così apposte sono da considerarsi, quindi, radicalmente nulle in quanto irragionevolmente limitative del debito risarcitorio della banca verso il cliente, tanto ai sensi dell'art. 1229, comma 1, c.c., quanto degli artt. 33 e ss. del d.lgs. n. 206/2005, in quanto sono unicamente rivolte a trasferire sul danneggiato gli effetti della negligente custodia della cassetta di sicurezza da parte della banca.

La prova del danno

Per quanto concerne la prova del danno determinato dalla sottrazione dei beni depositati in cassetta, è ammissibile il ricorso a presunzioni semplici ed a prove testimoniali basate, ad esempio, sulla circostanziata denuncia del fatto, sulla compatibilità delle rivendicazioni con le condizioni economiche del danneggiato, nonché sulla prova testimoniale di persone legate al danneggiato da vincoli familiari[78]. L'entità del danno sofferto può essere, altresì, stimata con valutazione equitativa da parte del giudice.

Responsabilità della banca e caso fortuito

La responsabilità della banca viene meno, come ribadito, solo in presenza del c.d. caso fortuito, da cui si evince chiaramente il carattere quasi oggettivo della responsabilità dell'istituto di credito che offre il servizio di custodia in cassette di sicurezza.

In particolare, la diligenza professionale richiesta alla banca dalla natura dell'attività svolta (art. 1176, comma 2, c.c.) non è idonea, da sola, a giustificare la qualificazione giuridica della responsabilità dell'istituto di credito alla stregua della generale responsabilità di natura

[77] PERASSI-SILVETTI, *La banca: l'impresa e i contratti*, in *Trattato Cottino,* Padova, 2001, 603.
[78] V. Cass. civ., Sez. III, 25 novembre 2008, n. 28067, in *Giur. It.*, 2009, 2190.

contrattuale e prova ne è la considerazione che l'ipotesi del caso fortuito, come presupposto per esonerare la banca da responsabilità, è limitata alla sola imprevedibilità dell'evento non essendo sufficiente, a volte, la mera inevitabilità.

Il caso fortuito, in sostanza, non può essere riconosciuto quando, considerata l'attività ed il suo concreto svolgimento, l'evento dannoso rientra, comunque, nel rischio connesso all'attività d'impresa, ancorché il comportamento lesivo sia stato perpetrato con modalità e tecniche eccezionali di aggressione.
Per quanto riguarda l'apertura della cassetta, se la stessa è intestata a più persone ciascuna di queste avrà diritto di ottenerne l'apertura, salvo sia diversamente stabilito (art. 1840 c.c.); tuttavia, nel caso in cui uno degli intestatari sia deceduto, la banca che ne abbia avuto notizia non può permettere l'apertura della cassetta se non risulta esserci l'accordo di tutti gli aventi diritto, ovvero vi provvede in conformità a quanto stabilito dall'autorità giudiziaria[79].
Alla scadenza del contratto, la banca ha diritto di aprire la cassetta, previa autorizzazione del tribunale, purché ricorrano due condizioni: l'intestatario della cassetta deve ricevere un'intimazione a liberare la stessa, e devono essere trascorsi sei mesi da quando tale invito è stato rivolto (art. 1841 c.c.).
L'apertura si esegue con l'assistenza di un notaio a tale scopo designato e con le cautele che il tribunale ritiene opportune.
Circa la conservazione degli oggetti che vengono rinvenuti al suo interno, il tribunale dà disposizioni, anche eventualmente nel senso di disporre la vendita di quanto è necessario al soddisfacimento delle pretese della banca in merito a canoni e spese[80].

3. I contratti di borsa.

Nozione

Gli strumenti finanziari possono essere offerti e negoziati dagli stessi emittenti, ovvero da soggetti diversi, in qualità di beneficiari finali delle negoziazioni o di semplici intermediari finanziari. Qualora l'offerta di valori mobiliari sia preceduta da una «sollecitazione all'investimento» rivolta al pubblico dei risparmiatori, la legge pone tutta una serie di strumenti, a tutela degli interessati all'investimento, finalizzati a garantire la liceità, la completezza e la trasparenza del contenuto dell'offerta e, più in generale, il corretto svolgimento dell'offerta di strumenti finanziari, nonché la parità di trattamento tra i risparmiatori.

Nell'ipotesi di offerta diretta solo ad investitori qualificati (banche, intermediari finanziari, SICAV, etc.), la menzionata disciplina non si applica, al pari dell'ipotesi in cui l'offerta sia rivolta ad un numero limitato di soggetti ovvero quando la complessiva offerta non sia superiore ad un determinato ammontare e, infine, in altri casi fissati dalla legge (art. 100 d. lgs. n. 58/1998) o individuati dalla CONSOB con regolamento.

Il ruolo del legislatore comunitario

Il legislatore ha riservato alle banche, alle SIM (società di intermediazione mobiliare) e ad altri intermediari finanziari qualificati la gestione di tutta una serie

[79] GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2019, 1230.
[80] Per la modifica del presente articolo, a decorrere dal 31 ottobre 2025, vedi gli artt. 27, comma 2, lett. b), n. 4), e 32, comma 3, D.Lgs. 13 luglio 2017, n. 116, come modificato dall'art. 8-bis, comma 1, lett. b), D.L. 30 dicembre 2019, n. 162, convertito, con modificazioni, dalla L. 28 febbraio 2020, n. 8; per l'applicabilità di tale disposizione vedi l'art. 32, comma 5, del medesimo D.Lgs. n. 116/2017.

di servizi aventi ad oggetto la negoziazione e la collocazione degli strumenti finanziari.

Prima di passare all'analisi dettagliata degli strumenti finanziari negoziati «per conto proprio o per conto terzi», è opportuno segnalare i più significativi interventi del legislatore comunitario, con particolare riguardo alle attività di intermediazione e gestione dei c.d. valori mobiliari, qualificati come «strumenti e prodotti finanziari»[81].

L'attività connessa agli «strumenti e prodotti finanziari» nonché ai «servizi finanziari ed accessori» è molto complessa ed in continuo divenire, anche sulla scorta delle molteplici esigenze di una efficace e sostanziale tutela del pubblico dei risparmiatori, nonché della necessità di trasparenza e di correttezza alla stregua di canoni di etica commerciale e finanziaria.

Il legislatore comunitario, in questo senso, ha cercato di armonizzare le discipline riguardanti le operazioni relative alla quotazione degli strumenti finanziari nonché agli obblighi di informazione degli emittenti autorizzati, al fine di favorire la creazione di un mercato unico europeo dei prodotti e servizi finanziari. La commissione europea, in tal senso, ha fatto convergere l'attività normativa in tale materia verso la realizzazione di una disciplina uniforme e completa delle attività finanziarie mediante l'assegnazione di un «monopolio normativo» al legislatore comunitario, con il necessario ausilio delle Autorità di vigilanza dei Paesi membri.

In particolare, il regolamento (UE) 2017/1129 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 giugno 2017, relativo al prospetto da pubblicare per l'offerta pubblica o l'ammissione alla negoziazione di titoli in un mercato regolamentato ha abrogato la direttiva 2003/71/CE del 4 novembre 2003.

L'ambito di applicazione di tale ~~direttiva~~ regolamento comprende tanto i titoli di capitale che gli altri strumenti finanziari offerti al pubblico o ammessi alla negoziazione nei mercati regolamentati, ivi compresi gli strumenti finanziari ammessi alle quotazioni ufficiali della borsa valori, con lo specifico obiettivo di assicurare una più efficace tutela degli investitori.

Il legislatore interno ha poi recepito la dir. 2006/48/UE dando attuazione al principio del mutuo riconoscimento in ambito U.E. dei prospetti degli strumenti finanziari comunitari, approvati dalle Autorità nazionali competenti.

La dir. 2004/39/UE del 21 aprile 2004, concernente i mercati e gli strumenti finanziari (c.d. direttiva MiFid sui servizi d'investimento)[82], è stata poi modificata dalla dir. 2006/31/UE entrata in vigore, a seguito della sua attuazione con d. lgs. 17 settembre 2007, n. 164, il 1° novembre 2007.

La direttiva MiFid sui servizi d'investimento

L'operatività della direttiva MiFid (*Markets In Financial Instruments Directive*), in vigore sino al 2 gennaio 2018, ha determinato importanti conseguenze sulla disciplina delle attività finanziarie, introducendo una nuova categoria di strumenti finanziari (c.d. strumenti derivati su merci e su altri beni non finanziari), nonché prevedendo due nuovi servizi di investimento riservati: la consulenza in materia di investimenti e la gestione di sistemi multilaterali di negoziazione.

La direttiva 2014/65/UE

Il d.lgs. 3 agosto 2017, n. 129, ha dato attuazione alla direttiva 2014/65/UE del

[81] COSTI, *Il mercato mobiliare*, in *Trattato di dir. comm.*, diretto da Cottino, vol. VIII, Padova 2004, 29.

[82] SCOTTI-CAMUZZI, *I conflitti di interessi fra intermediari finanziari e clienti nella direttiva MiFid*, in *Banca, borsa tit. cred.*, 2007, I, 121.

Parlamento europeo e del Consiglio del 15 maggio 2014 (MiFid 2). Detta direttiva ha per finalità di aumentare la consapevolezza e la tutela degli investitori con maggiori obblighi informativi per l'intermediario (ad es., specificazione dei costi in termini assoluti anziché percentuali), comunicazioni periodiche rafforzate, maggiori obblighi in tema di valutazione di adeguatezza della clientela ("*know your costumer*"), obblighi di *disclosure* in materia di servizi di consulenza anche al fine di evitare situazioni di conflitto di interessi, previsione di requisiti ulteriori e più rigidi per i consulenti finanziari.

La categoria dei contratti di borsa ha subito una costante evoluzione che ha portato alla nascita di nuove tipologie negoziali, finalizzate precipuamente a rispondere alla crescente domanda del mercato, caratterizzato da sempre maggiore dinamicità.

La qualificazione giuridica dei contratti di borsa

La qualificazione giuridica dei c.d. contratti di borsa ha fatto emergere varie ricostruzioni.

In particolare, fra chi sostiene che un contratto può essere qualificato «di borsa» solo quando viene concluso mediante gli organi di borsa[83], vi è chi sposa la ricostruzione dogmatica secondo cui sono da considerare contratti di borsa, oltre ovviamente a quelli conclusi in borsa, anche quelli conclusi tramite agenti di cambio o istituti di credito, in quanto assoggettati, per volontà delle parti o della legge, alla disciplina propria dei contratti conclusi in borsa[84].

Vi è un'ulteriore interpretazione che definisce operazione negoziale di borsa qualsiasi contratto relativo alla negoziazione di titoli o valori genericamente determinati purché sia a termine ed abbia un meccanismo predeterminato per l'esecuzione o per la proroga degli obblighi assunti[85].

Infine, in base ad un altro orientamento, sono da annoverare fra i contratti di borsa quelli che sostanzialmente riproducono i «modelli presenti nella realtà della borsa che qualificano e caratterizzano le contrattazioni»[86].

All'interno della categoria dei negozi di borsa sembrano potersi far rientrare, altresì, le fattispecie tipiche della compravendita a termine e del riporto. Quest'ultima figura negoziale (artt. 1548 e ss. c.c.), in particolare, svolge una funzione essenzialmente speculativa, ma ben potrebbe anche essere finalizzata a conferire ad un soggetto, per un tempo limitato, la disponibilità di titoli di credito. La medesima funzione economico-sociale può essere, peraltro, raggiunta con la conclusione di due contratti di compravendita di titoli di credito di cui uno «a pronti» e l'altro «a termine», oppure mediante la stipulazione di due contratti di mutuo, di cui uno costituito da denaro e l'altro da titoli di credito.

La vendita a pronti e quella a termine

La negoziazione dei valori mobiliari, *rectius* degli strumenti finanziari, avviene, normalmente, mediante un'operazione di borsa (se si tratta di prodotti quotati nei c.d. mercati regolamentati), con la predisposizione, in genere, di contratti standardizzati aventi ad oggetto un determinato quantitativo di valori mobiliari e di strumenti finanziari. Nell'ambito di tali contratti si distinguono, quindi, la vendita a pronti e la vendita a termine.

---

[83] MESSINEO, *Il contratto di borsa per contanti,* in *Operazioni di borsa e di banca,* Milano, 1954, 5.
[84] FERRI, *Manuale di dir. comm.*, Torino, 1982, 512.
[85] BIANCHI - D'ESPINOSA, *Il contratto di borsa. Il riporto*, in *Trattato di diritto civile e commerciale Cicu-Messineo*, Milano, 1969, 147; SERRA, *I contratti di borsa a premio*, Milano, 1971, 79.
[86] DALMARTELLO, *Adempimento e inadempimento nel contratto di riporto*, Milano, 1955, 91.

La prima, detta anche «a contanti», prevede l'esecuzione del contratto ed il pagamento del prezzo entro il quinto giorno dalla stipulazione.
La seconda, invece, implica la consegna dei titoli ed il pagamento del prezzo pattuito ad una determinata scadenza. Tale peculiare modalità di vendita consente le c.d. vendite allo scoperto (di titoli non posseduti dal venditore al momento del contratto) che consente, ad una delle parti, di contenere entro limiti prestabiliti la perdita derivante dalla oscillazione negativa o positiva del titolo. Da ciò può derivare la previsione della facoltà, da parte di chi versa il premio, di non eseguire il contratto (*dont*) ovvero di scegliere di rendersi acquirente o venditore dei titoli oggetto di contrattazione (*stellage*).

I contratti differenziali, invece, pur rivestendo la forma del contratto a termine, possono prevedere, per espressa pattuizione delle parti, la compensazione, tramite il versamento di una somma di denaro pari alla differenza di valore dei titoli che risulta dal periodo intercorrente fra la stipula del contratto e la data fissata per la sua esecuzione.
L'operazione «pronti contro termine», ove si tratti di valuta, può essere utilizzata dalle banche e dagli intermediari finanziari anche in alternativa al classico deposito in numerario, normalmente con scadenza non superiore a tre mesi e per importi consistenti.
La temporaneità del rapporto e l'utilità pratica perseguita dalle parti tendono, invero, ad escludere la qualificazione di tale operazione alla stregua di un contratto di investimento[87].

I c.d. strumenti finanziari derivati

Ai contratti menzionati occorre aggiungere quelli aventi ad oggetto i c.d. «strumenti finanziari derivati», espressamente disciplinati dal d. lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 (c.d. t.u.f.), che consistono, in concreto, in pattuizioni su eventuali differenze tra indici di prezzo di attività finanziarie sottostanti, come quotazioni di titoli, tassi di interesse, valute, merci[88] etc. e sono in genere utilizzati per dare copertura ai rischi insiti negli altri strumenti finanziari (ad es. nei titoli obbligazionari), ma che possono, nondimeno, essere utilizzati con finalità speculative.
Appartengono alla categoria degli strumenti finanziari derivati: il *future,* le opzioni (*options)*, su indici o su titoli, gli *swaps,* il *forward rate agreement.*

3.1. Il *future.*

Nozione

Il *future* è un contratto con il quale le parti si obbligano, alla scadenza, a scambiarsi, ad un prezzo prestabilito, un certo quantitativo di determinate attività finanziarie.
Nel caso di *futures* su indici verrà liquidata una somma in denaro pari alla differenza tra il valore dell'indice di riferimento alla data della stipula del contratto e quello del giorno di scadenza.

La funzione economica

Il *future,* generalmente incorporato in un titolo rappresentativo, può essere, quindi, utilizzato non solo come mezzo di copertura finanziaria, ma anche a fini speculativi.

In particolare, gli speculatori non detengono i beni o i titoli sottostanti e non hanno un diretto interesse alla produzione, alla vendita, all'utilizzazione di merci. Al fine di evitare un'eccessiva influenza degli speculatori nella determinazione dei prezzi dei *futures*, alcune borse merci prevedono limiti alla concentrazione di titoli in capo ad uno stesso speculatore. Vengono,

[87] MOLLE-DESIDERIO, *Manuale di diritto bancario e dell'intermediazione finanziaria*, 7° ed., Milano, 2005, 280.
[88] MARANGONI, *Operatività delle banche in strumenti innovativi. La disciplina della Banca d'Italia*, in ROSSANO-SICLARI (a cura di), *Interesse pubblico e controllo della finanza innovativa,* Padova, 2006, 553.

altresì, previsti limiti giornalieri di oscillazione dei prezzi dei *futures*, al di là dei quali le negoziazioni possono essere sospese, analogamente a quanto succede nelle Borse valori.

L'eliminazione del rischio legato all'oscillazione del prezzo non fa venir meno, peraltro, il rischio dell'inadempimento dei contraenti.

Le c.d. stanze di compensazione

Allo scopo di contenere il pericolo dell'inadempimento sono stati creati, infatti, appositi organismi internazionali c.d. *clearing houses* (stanze di compensazione) che, sostanzialmente, si interpongono tra venditori e compratori, assumendo il ruolo di controparte diretta degli uni e degli altri[89].

Il contratto di vendita a termine

La *clearing house* utilizza lo strumento del deposito cauzionale ad adeguamento giornaliero per limitare i rischi di un eventuale inadempimento. Tale sistema si incentra sul deposito iniziale (*initial margin*) che gli operatori devono effettuare in relazione alla tipologia del contratto stipulato ed al valore nominale dei titoli negoziati; l'ammontare del deposito deve essere ripristinato giornalmente da coloro che hanno subito un decremento di prezzo del *future* rispetto al prezzo di chiusura del giorno precedente; al contrario, gli operatori che hanno visto aumentare il prezzo del *future* possono prelevare la somma eccedente l'*initial margin*.
L'operazione negoziale descritta viene definita «contratto di vendita a termine, a liquidazione giornaliera».
Oggetto del *future* può essere anche un'attività finanziaria ed il *financial future* consiste appunto in un impegno a vendere o ad acquistare, ad una certa data futura, non una merce, ma una determinata attività finanziaria a prezzi e quantità prestabiliti; ciò allo scopo di prevenire e limitare, come già accennato, i rischi legati all'andamento del tasso di interesse dei titoli, del cambio, del mercato, ovvero al fine di realizzare speculazioni sull'andamento dei titoli stessi, dei tassi di cambio ovvero degli indici di borsa.

Le diverse tipologie di *futures*

Possono distinguersi varie tipologie di *futures* tra cui:

- l'*interest rate future* che comporta l'impegno a vendere o ad acquistare, ad una data futura, una determinata quantità di titoli ad un prezzo prefissato;
- il *currency future*, consistente nell'impegno a vendere o ad acquistare ad una data futura una determinata quantità di valuta ad un tasso di cambio prefissato;
- lo *stock index future* caratterizzato dal riferimento all'indice di borsa con l'obiettivo di ridurre il rischio di mercato insito in qualunque portafoglio titoli.

Elementi caratterizzanti del *future*

In generale, comunque, i *futures* sono contratti standardizzati negoziati quasi esclusivamente su mercati istituzionalizzati, i cui elementi caratterizzanti consistono nella tipologia di beni o di attività finanziarie sottostanti; nella quantità del «bene» o dell'attività oggetto di *future*; nelle date di scadenza e nelle altre modalità concrete di regolamento negoziale; nelle modalità di negoziazione all'interno delle stanze di compensazione ed, infine, nei margini iniziali e di mantenimento delle posizioni di ciascun contraente[90].

3.2. Il *forward rate agreement.*

[89] ROBIGLIO, in *Comitato direttivo degli agenti di cambio della borsa valori di Milano*, *I contratti futures. Nuovi strumenti per il mercato finanziario,* Milano, 1988, 102-103.
[90] CAPUTO NASSETTI, *Profili civilistici dei contratti "derivati" finanziari*, Milano, 1997, 179.

Nozione e funzione

Il *forward rate agreement* ha la funzione di stabilire in anticipo il tasso di un deposito a termine, con finalità tanto di copertura dal rischio di volatilità dei tassi di deposito, quanto di mera speculazione.

Si tratta di finalità simili a quelle del *future* finanziario per depositi, realizzate però senza necessità di stipulare o depositare margini iniziali e senza l'inconveniente pratico della standardizzazione delle scadenze e degli importi cui, invece, il contratto di *future* è sottoposto sulle piazze finanziarie.

La qualificazione giuridica

La problematica legata alla qualificazione giuridica del *forward rate agreement* è strettamente collegata a quella della peculiarità di tale figura contrattuale rispetto agli altri contratti finanziari derivati.

Questo contratto si differenzia, in particolare, dallo *swap* perché è privo dell'elemento del flusso finanziario e quindi della pluralità di pagamenti ed ha ad oggetto, come prestazione principale, quella del pagamento della differenza fra gli interessi percepiti al tasso pattuito e quelli che sarebbero stati percepiti al tasso effettivo.

Si tratta, in sostanza, di un contratto consensuale a carattere differenziale semplice[91], che prevede l'adempimento in unica soluzione di una prestazione derivante dalla differenza tra due, meramente teoriche e presupposte, prestazioni reciproche delle parti.

3.3. Lo *swap*.

Nozione

Lo *swap* è un contratto non standardizzato e non trattato sulle piazze in quanto prevale, in tale operazione negoziale, l'esigenza di personalizzazione, nel rispetto delle specifiche esigenze dei singoli contraenti.

La funzione economica

In genere per *swap* si intende l'operazione di scambio di capitali o di flussi di interesse ovvero di importi indicizzati a tassi, divise ed indici di vario genere[92].

A fronte delle molteplici manifestazioni concrete di tale figura contrattuale, può enuclearsi uno schema generale di funzionamento, mediante il quale due parti decidono di scambiarsi flussi di cassa (*cash flow*). Questi flussi possono essere rappresentati da cambi, tassi d'interesse, prezzi di merci o combinazioni tra i diversi elementi.

Lo scopo finanziario del contratto di *swap* è la copertura della propria posizione ovvero la speculazione.

Possono essere, altresì, enucleate una serie di caratteristiche presenti in tutti i contratti di *swap*, che consistono: nella data di stipula del contratto; nel capitale di riferimento (*notional principal amount*) con un valore nominale equivalente per ambedue i contraenti che non viene scambiato tra le parti ma costituisce la base per il calcolo dei flussi finanziari; nella data (*effective date*) a partire dalla quale iniziano ad essere scambiati i flussi finanziari; nella data di scadenza del contratto (*termination date*); nelle date pattuite per i pagamenti in cui avviene lo scambio dei flussi, anche mediante compensazione (*calculation period*) ed infine nelle indicazioni

---

[91] Si tratta di contratti a prestazioni corrispettive caratterizzati da un accordo in base al quale le parti, alla scadenza, non effettuano entrambe le prestazioni (ad es. consegna della merce e pagamento del prezzo), ma si limitano a calcolare la differenza di valore fra le prestazioni, con corresponsione di un conguaglio da parte di una sola parte.

[92] CAPUTO NASSETTI, *op. cit.*, 130.

per la ridefinizione del rapporto sottostante da parte di una o di entrambe le parti. I contraenti possono soddisfare le diverse esigenze e le aspettative legate all'andamento futuro dei flussi scambiati (prezzi di mercato, tassi di cambio, tassi di interesse, ecc.) utilizzando i numerosi modelli negoziali che rientrano nella categoria negoziale dello *swap*, le cui principali tipologie contrattuali sono:

L'*interest rate swap*

L'*interest rate swap*, stipulato tra due soggetti (intermediari finanziari, società, ecc.) con attività e passività iniziali di pari valore nominale, ma l'una caratterizzata dal tasso fisso e l'altra dal tasso variabile. Oggetto del contratto è, dunque, lo scambio di flussi finanziari in cui la passività o l'attività a tasso fisso viene trasformata in una passività o attività a tasso indicizzato e viceversa. L'*interest rate swap* è un contratto aleatorio[93] e *over the counter*, vale a dire non standardizzato e non destinato alla circolazione sul mercato. Partendo da tali presupposti, la giurisprudenza di legittimità ha ravvisato nell'*interest rate swap* una "scommessa finanziaria differenziale" che persegue interessi meritevoli di tutela sotto il profilo causale *ex* art. 1322 c.c. solo e nella misura in cui si traduca, per entrambe le parti, in una "scommessa razionale". A tal fine, occorre che nel contratto siano definiti e conosciuti, *ex ante* e con certezza, gli "scenari probabilistici", il valore del contratto (c.d. *Mark to Market*) e gli eventuali costi occulti, in quanto tutti elementi che incidono sull'alea che assume la parte contrattuale, indipendentemente dalla finalità di copertura o speculativa che intendono perseguire le parti. In difetto di questi elementi il contratto deve ritenersi nullo per mancanza di causa *ex* artt. 1418, comma 2, c.c. e 1322, comma 2, c.c.[94].

Il *currency swap*

Il *currency swap*, il cui contenuto essenziale è costituito dallo scambio dei tassi di cambio di divise, e verte su di un accordo concluso tra due parti con passività o attività finanziarie denominate in due differenti valute, ma di pari volume rispetto al tasso di cambio in vigore sul mercato all'atto della stipulazione del contratto. In base a tale accordo, la passività o attività ed i relativi interessi denominati in una valuta vengono trasformati nell'altra valuta e viceversa. Se il *currency swap* sottende una passività finanziaria, ciascuna parte si impegna a pagare il debito dell'altra, se, al contrario, sottende un'attività finanziaria, ciascuna parte riscuote il credito dell'altra[95].

Il *Commodity swap*

Il *Commodity swap* consiste in un contratto concluso tra due parti con lo scopo di fissare il prezzo di una certa merce, per una certa quantità, in un dato arco temporale, al fine di scambiare il flusso finanziario derivante da compravendite a prezzi prefissati, con quello derivante da compravendita a prezzi di mercato, per loro stessa natura variabili.

In tale operazione negoziale il ruolo dell'intermediario finanziario è estremamente importante, in quanto lo stesso svolge un ruolo di controparte tanto del produttore quanto dell'utilizzatore.

Il *Domestic swap*

Il *Domestic swap*, nato in Italia e poco utilizzato all'estero, prevede che le parti si obbligano a corrispondere l'una all'altra, alla scadenza stabilita, la differenza tra il valore di una somma in valuta estera, al momento della conclusione del contratto, ed il valore della stessa somma alla scadenza del contratto. A ben vedere, si tratta di una compravendita a termine di divise, con l'aggiunta di un patto compensativo in quanto mancano, in tale fattispecie negoziale, la pluralità dei pagamenti ed il riferimento a veri e propri flussi finanziari.

Elementi caratterizzanti lo *swap*

Vi sono, comunque, determinati principi di diritto applicabili a tutte le diverse fattispecie di *swap* ed essenziali alla corretta qualificazione giuridica, che hanno dato adito a ricostruzioni dogmatiche divergenti.

Uno degli elementi distintivi del contratto di *swap* è costituito dalla sua natura tendenzialmente aleatoria in quanto si tratta di un contratto avente ad oggetto lo scambio reciproco di rischi commerciali, anche se non sono mancate interpretazioni divergenti, secondo le quali il rischio della variazione dei tassi è

[93] Corte Cost. n. 52/2010.

[94] Cass. civ., sez. un., 12 maggio 2020, n. 8770 in *Banca Borsa Tit. Cred.*, 1, 2021, 60 con nota di PATRONI GRIFFI.

[95] MORI, *Swap. Una tecnica finanziaria per l'impresa,* Padova, 1990, 37.

qualificabile come elemento esterno al contratto, alla stregua della normale incertezza economica che caratterizza anche i contratti tipicamente commutativi come la permuta con consegne differite ovvero la vendita di titoli a termine, in quanto il rapporto tra entità del vantaggio e consistenza del rischio è noto alle parti fin dal momento della stipula del contratto.
Secondo tale orientamento, quindi, il vero oggetto dello *swap* non è lo scambio dei rischi, ma lo scambio dei flussi finanziari[96].
Altro presupposto caratterizzante lo *swap* è la sua assoggettabilità alla disciplina prevista per la circolazione dei valori mobiliari, anche se non mancano, seppur minoritarie, alcune opinioni contrarie.
La tesi largamente prevalente, dunque, è orientata in favore dell'inserimento dello *swap* fra i valori mobiliari, in quanto si tratta di un tipico strumento di allocazione degli investimenti.

3.4. L'opzione e il *warrant*.

Nozione

L'*option* o contratto di opzione, è un contratto che attribuisce ad una delle parti, dietro pagamento di un premio (*premium*) che costituisce il prezzo di acquisto dell'*option*, il diritto potestativo di comprare (*call*) o di vendere (*put*) una certa quantità di un determinato strumento finanziario (un titolo azionario, un paniere di azioni, un indice di borsa, un titolo di Stato o un tasso di cambio) ovvero una certa merce, ad un prezzo prefissato (*strike price*) ad una scadenza stabilita (opzioni europee) o in qualsiasi momento entro una scadenza stabilita (opzioni americane)[97].
Il premio è costituito da una percentuale dell'importo oggetto del contratto.

L'acquirente del diritto d'opzione sceglierà di esercitare il diritto stesso soltanto in caso di un'utilità in termini di guadagno: nel caso di opzione *call* quando il prezzo di mercato dello strumento finanziario sottostante risulti superiore allo *strike price,* nel caso di opzione *put*, quando il prezzo di mercato dello strumento sottostante risulti inferiore allo *strike price.*
La diffusione di tale strumento negoziale nelle borse ufficiali ha fatto emergere la necessità di procedere alla standardizzazione degli elementi contrattuali dell'*option.*

Il *warrant*

L'opzione cartolarizzata, cioè incorporata in un titolo negoziabile, è definita *warrant* e può essere ulteriormente distinta in altri due sottotipi: *covered warrant* e *certificates*.

Covered warrants

I *covered warrants* sono strumenti finanziari dematerializzati, emessi in serie che incorporano una *option* (*call* o *put*). Tali contratti possono avere anche un contenuto più complesso e combinare tra loro diversi tipi di *options* (c.d. *covered warrants* strutturati o esotici).

Certificates

I *certificates* rappresentano invece tutti gli altri strumenti derivati cartolarizzati diversi dai *covered warrants*.

La funzione economica

Covered warrants e *certificates* si caratterizzano per la particolare tutela offerta agli investitori: possono infatti essere emessi soltanto da Stati, Enti sovranazionali e società soggette a vigilanza prudenziale dotate dei requisiti patrimoniali fissati dal

[96] CAPUTO NASSETTI, *Profili civilistici dei contratti "derivati" finanziari*, cit., 43.
[97] CLARIZIA, *Le* options *tra disciplina codicistica e regolamentazione pattizia*, in RIOLO (a cura di), *I derivati finanziari*, Milano, 1993, 119.

regolamento di borsa, ovvero con la garanzia di uno di questi soggetti.
L'emittente di *covered warrants* deve essere un soggetto diverso ed autonomo dall'emittente dei titoli o delle attività che costituiscono l'oggetto dei *warrants* stessi.
Scopo pratico degli strumenti finanziari cartolarizzati (c.d. derivati) può essere sia la copertura da rischi insiti nelle singole operazioni finanziarie che vengono trasferiti all'altro contraente, sia il mantenimento di posizioni speculative in relazione alla conclusione per valori «nazionali» rilevanti, specie se effettuate in mercati non regolamentati.

Negoziazione e collocamento degli strumenti finanziari

La negoziazione ed il collocamento dei contratti derivati, per la loro natura di strumenti finanziari, costituisce un «servizio d'investimento» da cui derivano tutta una serie di doverose cautele relative, da un lato, al trattamento prudenziale degli investitori e, dall'altro, al necessario rispetto delle norme in tema di correttezza e responsabilità cui sono tenuti gli operatori bancari e finanziari, nonché al problema del conflitto d'interesse con la banca e/o con l'intermediario finanziario.

Gli intermediari finanziari

Pur non potendosi affrontare compiutamente, in questa sede, le problematiche sottese all'attività di intermediazione finanziaria, è opportuno brevemente delinearne i caratteri salienti.
L'attività di intermediazione finanziaria è stata affidata, oltre, ovviamente, alle banche, anche ai c.d. intermediari finanziari che operano in qualità di mediatori nella circolazione di valori mobiliari.
La finalità della copiosa regolamentazione normativa in tale materia è rivolta a soddisfare l'esigenza di tutelare il risparmio raccolto e gestito nelle diverse forme, dagli intermediari operanti all'interno del sistema finanziario.
Tale tutela, in sostanza, può essere garantita mediante la verifica dell'affidabilità dell'intermediario finanziario, operando un efficace controllo sulla trasparenza e sulla completezza delle condizioni offerte ai risparmiatori, anche prevedendo speciali garanzie al fine di evitare che, nel caso di dissesto economico degli operatori, la conseguente perdita dei valori raccolti e gestiti, possa irreparabilmente danneggiare i risparmiatori.
Altre esigenze, certamente non secondarie, sono quelle alla stabilità, alla competitività nonché al buon funzionamento del sistema finanziario considerato nel suo insieme, che, in quanto tale, può incidere sui flussi monetari ed avere influenza sui processi inflattivi o deflattivi; ed infine quella, estremamente rilevante, di contrastare l'utilizzo del sistema finanziario per finalità illecite.

Il controllo sulle attività finanziarie

Il controllo sulle attività finanziarie è affidato alle Autorità di vigilanza (Banca d'Italia, CONSOB, ISVAP) secondo precise ripartizioni di competenza, mentre determinanti poteri di controllo sono attribuiti al Ministero dell'economia e delle finanze. Per effetto del d.lgs. n. 231/2007 i compiti dell'Ufficio italiano cambi sono stati trasferiti alla Banca d'Italia e detto ufficio è stato soppresso.

4. I servizi di investimento.

La prestazione dei servizi e delle attività di investimento rappresenta l'attività principale che gli intermediari svolgono nel mercato finanziario. La relativa disciplina – di derivazione europea - è contenuta nel titolo II del Testo unico della finanza (d.lgs. n. 58 del 1998).
L'art. 23 del T.U.F. prevede che "*i contratti relativi alla prestazione dei servizi di investimento (...) sono redatti per iscritto, in conformità a quanto previsto dagli atti delegati della direttiva 2014/65/UE, e un esemplare è consegnato ai clienti (...) È nulla ogni pattuizione di rinvio agli usi per la determinazione del corrispettivo dovuto dal cliente e di ogni altro onere a suo*

carico. In tal casi nulla è dovuto. 3. Nei casi previsti dai commi 1 e 2 la nullità può essere fatta valere solo dal cliente".

La Corte di Cassazione, a più riprese, ha affermato che la mancanza del "contratto d'investimento (c.d. contratto-quadro) determina "*la nullità delle operazioni d'investimento successivamente compiute dalla banca. Essendo tali operazioni nulle per difetto di un indispensabile requisito di forma richiesto dalla legge a protezione dell'investitore, è da escludere che se ne possa predicare la ratifica tacita. Quando il legislatore richiede la forma scritta per meglio tutelare una delle parti del contratto, sarebbe manifestamente contraddittorio ammettere che quel difetto di forma sia rimediabile mediante atti privi anch'essi di forma scritta*".

Si discute se per la validità del contratto di investimento sia necessaria non solo la sottoscrizione del cliente, ma anche quella dell'intermediario finanziario.

La norma che sancisce il vincolo di forma scritta è finalizzata alla protezione del contraente debole e alla valorizzazione delle esigenze di chiarezza e di trasparenza informativa. Ciò è già di per sé sufficiente per escludere la necessità della sottoscrizione dell'intermediario finanziario ai fini della validità del contratto.

La prescrizione formale trova la sua *ratio* nel fine di assicurare la piena e corretta trasmissione delle informazioni al cliente, nell'obiettivo della raccolta di un consenso consapevole alla stipula del contratto (c.d. consenso informato). Per tale ragione, la nullità di protezione può essere fatta valere solo dal cliente, oltre che rilevata d'ufficio dal giudice, sempre nell'esclusivo interesse e vantaggio del primo.

Per soddisfare il requisito della forma scritta, prevista a pena di nullità dall'art. 23 del T.U.F., è necessario e sufficiente la sottoscrizione, da parte del cliente, del modulo contrattuale contenente il contratto-quadro. La cd. forma informativa è così rispettata, perché soddisfatto è l'interesse alla conoscenza ed alla trasparenza, o scopo informativo, cui essa è preordinata.

L'altra parte del rapporto, ovvero l'intermediario finanziario, è il soggetto predisponente le condizioni generali di contratto, cui l'investitore aderisce: per l'intermediario non si pone la stessa necessità di tutela dell'investitore. Di qui il rilievo che la sottoscrizione dell'intermediario finanziario non è richiesta a pena di nullità del contratto[98].

5. Il credito al consumo.

Il credito al consumo costituisce uno strumento di finanziamento – nelle varie forme di una dilazione di pagamento, o di un prestito o di altra facilitazione finanziaria - per le persone fisiche che agiscono per scopi estranei ad attività imprenditoriali o professionali; nato all'ombra dell'antico schema della vendita a rate, da questo si è affrancato assumendo una connotazione identificativa propria, ottenuta affiancando al contratto di vendita un apposito contratto concluso tra finanziatore e acquirente, collegato al primo. Si tratta di un collegamento legale, unilaterale (cioè del finanziamento alla vendita), non derogabile, che si instaura indipendentemente da qualsiasi volontà espressa dalle parti, ma che per configurarsi necessita della sussistenza dei presupposti previsti dalla legge.

Il credito è concesso da un finanziatore professionale ed il rapporto è disciplinato dal d.lgs. 385/1993 (c.d. T.U.B.), artt. 121 e ss. Secondo la definizione normativa, il contratto di credito al consumo indica è un contratto di credito finalizzato

[98] Cass., Sez. un., 16 gennaio 2018, n. 898.

esclusivamente a finanziare la fornitura di un bene o la prestazione di un servizio specifici se ricorre almeno una delle seguenti condizioni:
1) il finanziatore si avvale del fornitore del bene o del prestatore del servizio per promuovere o concludere il contratto di credito;
2) il bene o il servizio specifici sono esplicitamente individuati nel contratto di credito.
Le norme in questione trovano applicazione solo qualora il finanziamento sia di importo superiore a Euro 200, ed inferiore a Euro 75000 (art. 122, comma 1, lett. a), T.U.B.). Gli annunci pubblicitari riguardanti tale tipo di finanziamento devono rispettare il contenuto indicato dalla legge, al fine di consentire al consumatore di formare correttamente la propria volontà negoziale; in particolare, devono essere indicati il tasso di interesse, l'importo totale del credito, il TAEG, l'esistenza di eventuali servizi accessori necessari per ottenere il credito, la durata del contratto e l'importo totale dovuto dal consumatore, suddiviso in rate (art. 122 T.U.B.).
Sul finanziatore o intermediario del credito gravano una serie di obblighi precontrattuali previsti dalla legge (art. 124 T.U.B.), al fine di consentire al consumatore di prendere una decisione informata e consapevole in merito alla conclusione del contratto di credito. Le informazioni fornite dal finanziatore sono riprodotte su di un modulo cartaceo che va consegnato al consumatore, anche nell'ipotesi in cui il contratto sia stato stipulato usando un mezzo di comunicazione a distanza.
Sempre nell'ottica di consentire un'adeguata ponderazione dell'operazione, la legge prescrive il requisito della forma scritta per il contratto di finanziamento (art. 125-*bis*), di cui una copia deve essere consegnata al consumatore.
Una disciplina particolare è prevista per il caso in cui il fornitore di beni o servizi, in ragione dei quali il consumatore si è risolto nel senso di stipulare il contratto di credito, si renda inadempiente. L'art. 125-*quinquies* T.U.B. prevede che, qualora il contratto di credito risulti esplicitamente collegato a quello di fornitura, il consumatore possa ottenere la risoluzione del contratto di finanziamento, in presenza dei presupposti di gravità dell'inadempimento, di cui agli artt. 1455 e ss. c.c. In tale ipotesi, il finanziatore è tenuto a restituire al consumatore tutte le rate versate, comprensive degli altri oneri eventualmente applicati; inoltre, lo stesso potrà ripetere direttamente dal fornitore quanto già corrisposto in adempimento del contratto.
Infine, è prevista la possibilità per il consumatore di rimborsare anticipatamente - in qualsiasi momento – l'importo dovuto al finanziatore, ottenendo la riduzione relativa agli interessi e ai costi che non matureranno, per effetto del rimborso anticipato (art. 125-*sexies* T.U.B.).

L'art. 6, par. 1, della Direttiva 93/13/CEE del Consiglio dell'Unione Europea, del 5 aprile 1993, concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori, deve essere interpretato nel senso che il giudice nazionale, investito di una domanda di emissione di un'ingiunzione di pagamento, qualora il debitore consumatore non partecipi al procedimento fino all'emissione di tale ingiunzione di pagamento, è tenuto a disapplicare d'ufficio la clausola abusiva del contratto di credito al consumo, stipulato tra tale consumatore e il professionista interessato, su cui una parte del credito fatto valere è fondata. In tale ipotesi, il giudice dispone della facoltà di respingere parzialmente detta domanda a condizione che il contratto possa sussistere senza nessun'altra modifica o revisione o integrazione, circostanza che spetta a detto giudice verificare.

Nell'ambito del rapporto tra credito e soggetti non professionisti merita ricordare anche l'istituto del c.d. "microcredito", uno strumento di sviluppo economico che permette l'accesso ai servizi finanziari alle persone in condizioni di povertà ed emarginazione. Il microcredito viene definito come credito di piccolo ammontare, finalizzato all'avvio di un'attività imprenditoriale o per far fronte a spese d'emergenza, nei confronti di soggetti vulnerabili dal punto di vista sociale ed economico, che generalmente sono esclusi dal settore finanziario formale.
Nel più ampio contesto della disciplina dei soggetti operanti nel settore finanziario, il legislatore ha introdotto per la prima volta nell'ordinamento italiano, mediante la modifica dell'art. 111 TUB, la disciplina del microcredito sottoponendo quindi i soggetti operanti in detto settore ad un regime di "vigilanza alleggerito" (analogamente a quanto avviene per gli agenti e i mediatori creditizi). Tali soggetti andranno a colmare lo spazio che in precedenza era occupato dai soggetti iscritti nell'elenco generale di cui all'art. 106 TUB, in quanto capaci di soddisfare il bisogno di credito di una certa fascia di operatori economici che non sono in grado di ottenere finanziamenti dalle istituzioni bancarie tradizionali[99].
L'art. 111, 1° comma, del Dlgs 385/1993, rinnovato dall'art. 7 del Dlgs 141/2010, prevede che l'attività di microcredito può essere esercitata solo dai soggetti iscritti in un apposito elenco disciplinato dall'art. 113 TUB, anch'esso rinnovato dallo stesso articolo del Dlgs 141/2010. L'iscrizione in questo elenco è sostitutiva dell'iscrizione nell'Albo degli intermediari finanziari tenuto dalla Banca d'Italia prevista dal 1° comma dell'art. 106 TUB.

Per effetto della modifica introdotta dal Decreto, i soggetti che vorranno esercitare l'attività di microcredito dovranno quindi iscriversi in un apposito elenco tenuto da un organismo di diritto privato, istituito in forma di associazione e vigilato da Banca d'Italia.
L'iscrizione sarà subordinata a determinati requisiti organizzativi, di oggetto sociale e qualitativi e sarà sostitutiva dell'iscrizione nell'Albo degli intermediari finanziari tenuto dalla Banca d'Italia, previsto dall'art. 106, comma 1, TUB. Con tale previsione il legislatore ha voluto perseguire l'obiettivo di favorire lo sviluppo di soggetti che "presentano un indubbio rilievo sociale e che posseggono tendenzialmente una scarsa rilevanza sistemica".

L'intervento normativo in oggetto evidenzia una distinzione tra microcredito "*per l'avvio o l'esercizio di attività di lavoro autonomo o di microimpresa*" (microcredito con finalità di impresa) e microcredito esercitato in via non prevalente "*a favore di persone fisiche in condizioni di particolare vulnerabilità sociale allo scopo di consentire l'inclusione sociale e finanziaria del beneficiario*" (microcredito con finalità esclusivamente sociali).
Nel primo caso, il finanziamento di importo non superiore a € 40.000 non assistito da garanzie reali e accompagnato da servizi di assistenza e monitoraggio sarà concesso a persone fisiche, società di persone e società cooperative, nel secondo caso, il finanziamento di importo non superiore a € 10.000 non assistito da garanzie reali e accompagnato da servizi di bilancio familiare sarà concesso a favore di persone fisiche a "condizioni più favorevoli di quelle prevalenti sul mercato".
La nuova formulazione dell'art. 111, comma 4, TUB, attribuisce rilievo autonomo alle attività di credito svolte dagli enti *no profit* rispetto alla sfera di azione propria

[99] GOFFREDO-BARNERI, *La revisione della disciplina dei soggetti operanti nel settore finanziario, Società*, 2010, 12, 1491.

degli operatori che agiscono a scopo di lucro. Tale previsione riconosce infatti ai soggetti giuridici senza fini di lucro, in possesso delle caratteristiche individuate dalle disposizioni attuative che saranno emanate dal Ministero dell'Economia ai sensi dell'art. 111, comma 5, la possibilità di concedere sia microcrediti con finalità di impresa sia con finalità esclusivamente sociali.

CAPITOLO VII
I CONTRATTI ALEATORI

▪**1.** La rendita: nozione. ▪**1.1**. La rendita perpetua. ▪**1.2**. La rendita vitalizia**.** ▪**2**. Le assicurazioni private: nozione e struttura. ▪**2.1**. L'assicurazione contro i danni. ▪**2.1.1.** Il contratto di assicurazione con clausola *claims made*. ▪**2.1.2.** Le novità introdotte dalla legge annuale per il mercato e la concorrenza 2017. ▪**2.2.** L'assicurazione sulla vita. ▪**2.3.** La riassicurazione e la retrocessione. ▪**2.4.** L'intermediario di assicurazione: in particolare il mediatore di assicurazione o di riassicurazione (cd. *broker*). ▪**3.** Il giuoco e la scommessa.

1. La rendita: nozione.

Nozione

Il termine rendita indica una prestazione periodica di una somma di denaro o di una certa quantità di cose fungibili che, in quella perpetua, è prevista quale corrispettivo dell'alienazione di un bene immobile (rendita fondiaria) o della cessione di un capitale (rendita semplice), ovvero quale onere dell'alienazione gratuita di un bene immobile o della cessione gratuita di un capitale (art. 1861 c.c.), mentre in quella vitalizia, pur potendo essere il corrispettivo dell'alienazione di un bene immobile o della cessione di un capitale, può, altresì, derivare direttamente da un atto gratuito *inter vivos* o *mortis causa* (art. 1872 c.c.).

Da tale prima nozione può ricavarsi che il legislatore abbia voluto disciplinare il rapporto, piuttosto che il contratto[1], come si desume anche dal fatto che per la costituzione della rendita vige il principio di eterogeneità delle fonti, così come confermato da un lato, per la rendita perpetua, dall'art. 1869 c.c. nel fare riferimento ad altre annue prestazioni perpetue costituite a qualsiasi titolo (rendite atipiche), dall'altro, per quella vitalizia, da una serie di disposizioni codicistiche e speciali che prevedono diverse forme di prestazioni vitalizie.

Oggetto della prestazione di rendita

Oggetto della prestazione di rendita può essere, dunque, tanto una somma di denaro, quanto cose fungibili, ma mentre nel primo caso l'ammontare può essere determinato in un momento successivo alla costituzione del rapporto, nella seconda ipotesi l'art. 1861 c.c. dichiara espressamente la necessità che le cose fungibili siano *ab origine* determinate, escludendosi, implicitamente, la possibilità di una prestazione avente ad oggetto quote di prodotti di un fondo determinato (ciò che, peraltro, confermerebbe la natura obbligatoria del rapporto, eliminando qualsiasi relazione tra il fondo alienato e la rendita[2]).

Caratteristiche comuni alla rendita perpetua e vitalizia

Vi sono ulteriori caratteristiche comuni ai due tipi di rendita.
Innanzitutto, sotto il profilo formale, l'art. 1350, comma 1, n. 10, c.c. richiede per ambedue la forma scritta a pena di nullità.
In secondo luogo, la prestazione di rendita è eseguita periodicamente, il che determina la natura durevole del rapporto, seppur nella rendita vitalizia la durata sia commisurata alla vita di una persona, al contrario di quella perpetua nella quale è, di regola, indefinita, evidenziandosi, nel primo caso, la natura, almeno di regola, aleatoria del contratto.
Inoltre, il rapporto è connotato dal carattere obbligatorio, in quanto le vicende legate all'immobile alienato, successive alla conclusione del contratto, non influiscono sull'obbligo del debitore di corrispondere la rendita.
Infine, ulteriore tratto comune può riconoscersi nella cedibilità, sequestrabilità e pignorabilità, seppur nella rendita vitalizia tali caratteristiche possano essere limitate *ex lege* ovvero pattiziamente entro i limiti del bisogno alimentare del creditore (art. 1881 c.c.).

1.1. La rendita perpetua.

Carattere obbligatorio e garanzia della rendita semplice

La rendita perpetua è quel contratto in forza del quale una parte si obbliga verso l'altra a corrispondere periodicamente una somma di denaro o una quantità di cose fungibili - a titolo di rendita perpetua - a fronte dell'alienazione di un immobile (rendita fondiaria) o della cessione di un capitale (rendita semplice).
Conferma del carattere obbligatorio del rapporto è data dalla disciplina prevista

[1] LUMINOSO, *I contratti tipici ed atipici*, in *Tratt. Dir. Priv.* a cura di IUDICA-ZATTI, Milano, 1995, 324.
[2] MARINI, *La rendita perpetua*, in *Tratt. Dir. Priv.* diretto da RESCIGNO, Torino, 2008, 117.

per la rendita perpetua dall'art. 1864 c.c.
Tale disposizione, infatti, nell'imporre inderogabilmente la costituzione di un'ipoteca su un immobile a garanzia della rendita semplice, automaticamente appiana le divergenze con la rendita fondiaria, per la quale trova applicazione la disciplina dell'ipoteca legale di cui all'art. 2817, n. 1, c.c.
Tale disciplina comporta che la garanzia per il creditore non possa più essere rappresentata genericamente, come avveniva in passato, dallo stesso fondo cui la rendita inerisce.

L'essenzialità della garanzia ipotecaria ha portato parte della dottrina[3] a richiedere per i contratti onerosi, costitutivi di rendite atipiche *ex* art. 1869 c.c., la capacità di ipoteca nel caso di trasferimento di diritti reali diversi dalla proprietà.
Per altri[4], al contrario, il corrispettivo della rendita può, invero, essere costituito dal trasferimento di diritti non suscettibili di ipoteca, in considerazione del fatto che nessuna disposizione impone la costituzione della stessa sul diritto alienato.

Stante lo sfavore del legislatore per i vincoli destinati a protrarsi in perpetuo, l'art. 1865 c.c. prevede la redimibilità della rendita per volontà del debitore, indipendentemente da qualsiasi convenzione contraria, mediante il pagamento della somma che risulta dalla capitalizzazione della prestazione annua sulla base dell'interesse legale.
Le parti possono soltanto temporaneamente (ed entro i limiti temporali fissati dal codice) escludere che il diritto di riscatto sia esercitato prima della morte del beneficiario ovvero prima del sopraggiungere di un termine, che non potrà comunque eccedere i dieci anni per la rendita semplice o i trenta per quella fondiaria, prevedendo eventualmente anche un onere di preavviso, il cui termine non può eccedere l'anno.
Circa la natura giuridica del riscatto, si ritiene che si tratti di un recesso unilaterale[5].
Figure particolari di riscatto sono il riscatto forzoso e il riscatto per insolvenza del debitore: il primo, disciplinato dall'art. 1867 c.c., impone al debitore il riscatto della rendita qualora lo stesso sia in mora nel pagamento di due annualità, oppure qualora non abbia prestato le garanzie dovute, oppure ancora nel caso di divisione fra più di tre persone del fondo posto a garanzia della rendita; il secondo (art. 1868 c.c.) ricorre nell'ipotesi in cui il debitore si renda insolvente, salvo che, in caso di alienazione del fondo, l'acquirente se ne assuma il debito.
A fini eminentemente probatori, il debitore di una rendita perpetua o di qualsiasi altra prestazione annua deve fornire al titolare, che lo richieda, un nuovo documento, consistente in un atto di ricognizione, trascorsi nove anni dalla data del precedente (art. 1870 c.c.).

Il diritto di

[3] Fra i tanti TORRENTE, *Della rendita perpetua. Della rendita vitalizia*, in *Comm.* a cura di SCIALOJA-BRANCA, Bologna - Roma, 1966, 22.
[4] PARADISO, *I singoli contratti. Gioco, scommessa, rendite*, in *Tratt. Dir. Civ.* a cura di SACCO, Torino, 2006, 276.
[5] F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2019, 1246.

1.2. La rendita vitalizia.

L'alea del contratto

Come si è avuto modo di notare, l'alea costituisce elemento essenziale della rendita vitalizia, quanto meno nel contratto a titolo oneroso, e si configura come incertezza del risultato economico del contratto, nel senso che il vantaggio per l'uno contraente o la perdita per l'altro, in quanto rapportati alla non prevedibile durata della vita del beneficiario, non sono determinabili al momento della costituzione del rapporto.

La sua mancanza determina nullità del contratto, per difetto di causa, e deve valutarsi sia in relazione alla prestazione di rendita, il cui ammontare non deve essere inferiore o sostanzialmente coincidente con il reddito derivante dal bene o dal capitale alienato, sia in riferimento all'età ed alle condizioni di salute del vitaliziato, che, al momento della conclusione del contratto, non devono essere tali da determinare con ragionevole certezza il tempo del suo decesso.

Durata della rendita vitalizia e limitazioni all'esercizio del diritto di riscatto

La rendita vitalizia può costituirsi per la durata della vita del beneficiario o di altra persona fisica (anche il debitore) ovvero di più persone fisiche (rendita congiuntiva), nel qual caso la parte spettante al creditore premorto si accresce a favore degli altri, salvo patto contrario (artt. 1873 e 1874 c.c.).

A differenza della rendita perpetua, per quella vitalizia è esclusa, salvo diversa pattuizione, la possibilità per il debitore di liberarsi dal pagamento della rendita offrendo il rimborso del capitale, anche qualora rinunzi alla ripetizione delle annualità pagate, (art. 1979 c.c.). Non è chiaro se si tratti di un divieto di riscatto (come si potrebbe dedurre dalla rubrica della norma), ovvero di un divieto di scioglimento unilaterale del contratto, attuato mediante il rimborso del capitale. Autorevole dottrina propende per quest'ultima tesi, considerata più aderente al testo normativo e maggiormente coerente con il riferimento alla rinuncia alla ripetizione delle annualità pagate: infatti, se si trattasse di un vero e proprio riscatto, sarebbe superflua la precisazione dell'eventuale rinuncia alle annualità versate, giacché il riscatto presuppone una capitalizzazione della rendita annua, che si va ad aggiungere a quanto già corrisposto, e non la mera restituzione del capitale ottenuto[6].

La risoluzione del rapporto è prevista esclusivamente per i contratti onerosi qualora il vitaliziante non dia o diminuisca le garanzie promesse alla controparte (art. 1877 c.c.), mentre è esclusa, indipendentemente dall'onerosità o gratuità del contratto, nel caso di inadempimento al pagamento delle rate di rendita scadute, che legittima il creditore esclusivamente a far sequestrare e vendere i beni del suo debitore, al fine di ottenere una somma sufficiente al pagamento della rendita (art. 1878 c.c.). È esclusa altresì nel caso di sopravvenuta eccessiva onerosità della prestazione (art. 1879, comma 2, c.c.), in applicazione del più generale principio di cui all'art. 1469 c.c., secondo cui tale tipo di risoluzione non trova applicazione per i contratti aleatori.

Contratti atipici di rendita vitalizia

È sempre salva la facoltà per le parti di stipulare contratti di rendita vitalizia atipici, derogando in parte alla disciplina legale. È quanto accade con i contratti atipici di mantenimento, anche detti vitalizi alimentari, con i quali una parte si obbliga a prestare assistenza materiale e morale all'altra, per tutta la durata della sua vita, in cambio del trasferimento di un immobile. In particolare, la prestazione assistenziale può consistere nell'obbligo di fornire vitto, alloggio, vestiti e cure mediche).

La differenza principale rispetto al normale contratto di rendita vitalizia risiede

[6] GAZZONI, *op. cit.*, 1248.

nella circostanza che la misura della prestazione non è fissa, ma varia in base al bisogno; inoltre, la prestazione è considerata infungibile e la giurisprudenza ritiene ammissibile una risoluzione per inadempimento, in deroga all'art. 1878 c.c.

2. Le assicurazioni private: nozione e struttura.

Nozione e distinzione funzionale tra assicurazione contro i danni e assicurazione sulla vita

L'assicurazione è quel contratto in forza del quale l'assicuratore, verso la corresponsione di un premio, si obbliga a rivalere l'assicurato, entro i limiti pattuiti, del danno prodotto da un sinistro, ovvero a pagare un capitale od una rendita al verificarsi di un fatto attinente alla vita umana (art. 1882 c.c.).

Dalla definizione codicistica è possibile rinvenire due tipologie di assicurazione: da un lato, l'assicurazione contro i danni, disciplinata per gli aspetti ad essa peculiari dagli artt. 1904 e ss. c.c. (nonché dal d. lgs. 7 settembre 2005, n. 209, istitutivo del codice delle assicurazioni private); dall'altro, l'assicurazione sulla vita, cui si riferiscono esplicitamente gli artt. 1919 e ss. c.c. (nonché il codice delle assicurazioni private).

Diversi sono stati i tentativi di ricondurre ad unità, specialmente sotto il profilo funzionale, entrambe le tipologie.

Infatti, si è affermato[7] che la funzione di risarcire il danno, tipica dell'assicurazione contro i danni, sarebbe assolta anche dall'assicurazione sulla vita, nella quale il danno sarebbe riferibile alla morte od alla vecchiaia (c.d. teoria indennitaria).

In realtà, si è fatto notare[8] che l'art. 1904 c.c., in tema di assicurazione contro i danni, richiede, ai fini della commisurazione dell'indennizzo, il riferimento al danno provocato, ciò che può mancare nell'assicurazione sulla vita, ove, al contrario, l'obbligazione dell'assicuratore prescinde, in ordine al suo ammontare, dall'entità del danno, per poter essere rapportata esclusivamente all'ammontare dei premi corrisposti.

Per conseguenza, il principio indennitario, rimanendo estraneo alla disciplina dell'assicurazione sulla vita, informa esclusivamente quella dell'assicurazione contro i danni, per la quale l'art. 1909 c.c. ne statuisce indirettamente l'inderogabilità nel prevedere che l'indennità non può mai superare il danno.

Le assicurazioni sono gestite da istituti di diritto pubblico, ovvero da società per azioni, nel rispetto delle norme speciali stabilite in materia (art. 1883 c.c.).

Su tali soggetti vigila l'ex ISVAP (Istituto per la Vigilanza sulle Assicurazioni Private e di interesse collettivo), oggi sostituito dall'IVASS (Istituto per la Vigilanza sulle Assicurazioni); in particolare, tale controllo consiste nel rilascio delle autorizzazioni per l'esercizio dell'attività assicurativa, nella vigilanza sulla gestione tecnica, finanziaria, patrimoniale e contabile delle imprese di assicurazione, nonché nel controllo sul rispetto delle leggi e dei regolamenti in materia assicurativa da parte degli operatori.

Aleatorietà del contratto

L'assicurazione è un contratto aleatorio, in quanto condizione per l'attualità dell'obbligo di versamento dell'indennità dell'assicuratore è il verificarsi di un evento, incerto al momento della conclusione del contratto.

Infatti, se l'evento si produce, l'assicurato avrà diritto ad una somma più elevata di quanto corrisposto attraverso i premi, mentre, in caso contrario, l'assicuratore

[7] BUTTARO, *Assicurazione (in generale)*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1958, 443; ASCARELLI, *Saggi di diritto commerciale*, Milano, 1955, 439.

[8] GAMBINO, *Assicurazione. Contratto di assicurazione: profili generali*, in *Enc. Giur. Treccani,* Roma, 1988, 3.

incamererà questi ultimi senza essere al contempo obbligato a pagare alcunché.

Invero, parte della dottrina ha contestato il carattere aleatorio del contratto, da un lato evidenziando che l'obbligo del versamento dei premi è obbligazione *ab origine* certa e determinata ed ha come corrispettivo non l'indennità ma la copertura assicurativa, dall'altro osservando che l'attività assicurativa, essendo attività di impresa, *ex* art. 1883 c.c., permette la neutralizzazione del rischio per entrambi i contraenti.
In particolare, assumendo l'assicuratore professionale una massa di rischi omogenei, è nella possibilità di calcolare statisticamente il rischio medio di verificazione dell'evento, con la conseguenza di poter rapportare ad esso il premio dovutogli da ciascun assicurato e ridurlo di conseguenza.
Si è obiettato[9] che, anche valutando l'assicurazione una complessa operazione economica, ciò non toglie che in relazione ad ogni contratto concluso possa riscontrarsi il carattere dell'aleatorietà, in considerazione dell'incertezza dell'evento dal cui verificarsi scaturisce l'obbligo dell'assicuratore al versamento dell'indennizzo.

Conseguenza dell'aleatorietà è l'inapplicabilità della disciplina concernente sia la rescissione per lesione *ex* art. 1448, comma 4, c.c. che la risoluzione per eccessiva onerosità *ex* art. 1469 c.c.
Inoltre, l'aver considerazione che l'obbligazione dell'assicuratore ha quale oggetto l'assunzione del rischio, più che l'eventuale pagamento dell'indennità, ha portato a definire l'assicurazione un contratto a prestazioni corrispettive, nel quale, dunque, può trovare applicazione la disciplina di cui agli artt. 1453 e ss. c.c. Infatti, l'obbligazione sorge nel momento della conclusione del contratto e non a fronte della produzione dell'evento.

Importanza del rischio ai fini dell'esistenza e della sopravvivenza del contratto

Ulteriore prova dell'aleatorietà è data dalla necessità, ai fini della sopravvivenza del contratto, che il rischio di verificazione del sinistro (nelle assicurazioni contro i danni) o dell'evento attinente alla vita umana (nelle assicurazioni sulla vita) preesista al contratto e perduri durante la sua esistenza.
Infatti, gli artt. 1895 e 1896 c.c. prevedono la nullità o lo scioglimento del contratto *ex nunc* nel caso in cui il rischio venga meno rispettivamente prima o dopo la conclusione dello stesso, seppur in questo secondo caso l'assicuratore abbia diritto a far propri i premi versati per il periodo di tempo in cui l'assicurazione ha prodotto i propri effetti. È dunque esclusa l'assicurabilità del rischio putativo, cioè quello che non esiste oggettivamente, ma che le parti suppongono esistente al momento della stipulazione del contratto.
La cospicua giurisprudenza che si è formata in materia ha distinto le clausole che limitano la responsabilità dell'assicuratore, il cui carattere vessatorio è indiscutibile, da quelle che circoscrivono esclusivamente il rischio oggetto del contratto[10]. In tal senso deve escludersi la natura vessatoria della clausola che subordina il diritto al pagamento della somma dovuta dall'assicuratore all'adozione di specifiche misure di difesa del bene protetto[11], nonché di quella che limiti l'indennizzo a particolari

[9] BUTTARO, *op. cit.*, 455.
[10] Cass. civ., Sez. III, Ordinanza, 09/07/2020, n. 14595; Cass. civ., Sez. III, 09/03/2005, n. 5158; Cass. civ., Sez. III, 04/02/2002, n. 1430; Cass. civ., Sez. I, 14/07/1989, n. 3318.
[11] Cass. civ., Sez. III, 27/07/2001, n. 10290; Cass. civ., Sez. I, 08/07/1991, n. 7533; Cass. civ., 17/12/1981, n. 6680.

circostanze causative dell'evento dannoso[12]. Non ha carattere vessatorio neppure la clausola che prevede la riduzione proporzionale del diritto all'indennità in caso di mancata comunicazione da parte dell'assicurato dell'esistenza di altri contratti di assicurazione[13].

Il codice pone a carico del contraente, in una posizione privilegiata di conoscenza delle circostanze che possono influire sul rischio, obblighi di comunicazione verso l'assicuratore sia in fase di trattative che in fase di esecuzione.
Precedentemente alla conclusione del contratto, gli artt. 1892, 1893 e 1894 c.c. obbligano il contraente (e l'assicurato, qualora sia persona diversa dal primo) a comunicare tutte le circostanze che possano influire sulla volontà dell'assicuratore di prestare il proprio consenso o di prestarlo a condizioni contrattuali differenti.
L'omissione dell'obbligo con dolo o colpa grave determineranno il sorgere di un diritto all'annullamento (da esercitarsi entro tre mesi dalla conoscenza delle inesattezze), il cui esercizio non pregiudicherà il diritto ai premi per il periodo assicurativo in corso e, comunque, al premio convenuto per il primo anno, al contrario del diritto all'indennizzo, che non sorgerà, ove il sinistro si sia verificato *medio tempore* nel periodo in cui poteva essere efficacemente chiesto l'annullamento.
Qualora manchi il dolo o la colpa grave, l'assicuratore potrà unicamente esercitare il diritto di recesso entro tre mesi dalla conoscenza delle inesattezze, salvo corrispondere un indennizzo in misura ridotta, qualora *medio tempore* si sia verificato il sinistro.
Il rischio, *ex* artt. 1897 e 1898 c.c., può anche semplicemente variare durante la vigenza del contratto, ponendo in capo al contraente l'onere o l'obbligo di comunicare immediatamente all'assicuratore qualsiasi circostanza che abbia rispettivamente diminuito od aggravato il rischio assunto da quest'ultimo e che avrebbe portato, qualora conosciuta al momento delle trattative, nel primo caso ad un premio minore e nel secondo ad un premio maggiore od alla non conclusione del contratto.
La mancata comunicazione legittima la riduzione dell'indennizzo, calcolata in proporzione al maggior premio che l'assicurato avrebbe dovuto versare se avesse voluto avere la garanzia del maggior rischio[14].
A fronte della comunicazione, in ipotesi di variazione in difetto, l'assicuratore può recedere dal contratto entro due mesi e con effetto dopo un mese, non potendo, in caso contrario, che esigere il minor premio, mentre, in ipotesi di aggravamento del rischio, il diritto di recesso esercitabile entro un mese è diversamente regolato in ordine agli effetti, a seconda che l'aggravamento sia tale che l'assicuratore non avrebbe consentito l'assicurazione ovvero l'avrebbe consentita per un premio maggiore.
Nel secondo caso, il recesso ha effetto decorsi quindici giorni, e l'eventuale prodursi del sinistro prima che siano trascorsi i termini per la sua comunicazione e per la sua efficacia comporterà l'obbligo ad un indennizzo ridotto, in ragione del maggior premio che sarebbe stato dovuto dall'assicurato; nel primo caso, invece, il recesso ha effetto immediato e l'eventuale verificarsi del sinistro *medio tempore* non comporterà il sorgere del diritto all'indennizzo.
La disciplina dettata dall'art. 1898 c.c. non è, però, riferibile all'assicurazione sulla vita, per la quale trova, invece, applicazione l'art. 1926 c.c.
Le disposizioni concernenti gli oneri ed obblighi di informazione in capo al contraente ed in favore dell'assicuratore sono derogabili pattiziamente, *ex* art. 1934 c.c., solo in favore dell'assicurato.

Ovviamente il rischio assicurabile è delimitato agli eventi che non siano stati provocati con dolo o colpa grave dal contraente, dall'assicurato o dal beneficiario

[12] Cass. civ., Sez. I, 01/03/1986, n. 1303; Cass. civ., 17/05/1982, n. 3040.
[13] Cass. civ., Sez. I, 07/06/1988, n. 3846.
[14] Cass. civ., Sez. III, 2 settembre 2003, n. 12880, in *Arch. Civ.*, 2004, 906.

(e soltanto da essi), salvo che siano stati compiuti per dovere di solidarietà sociale o per tutelare gli interessi dell'assicuratore.
Depone in tal senso l'art. 1900 c.c., seppur preveda la possibilità di deroghe in ordine all'assicurabilità della colpa grave che, peraltro, rientra automaticamente nella copertura assicurativa della responsabilità civile *ex* art. 1917, comma 1, c.c.
Sotto il profilo soggettivo, di regola l'assicurazione è stipulata nel proprio interesse dal contraente, ma l'art. 1891 c.c. consente una scissione tra posizione del contraente e posizione dell'assicurato, permettendo la conclusione di contratti assicurativi sia in favore di soggetti specificati all'interno del contratto (assicurazione per conto altrui), sia in favore di soggetti determinati in un secondo momento, a fronte del verificarsi del sinistro (assicurazione per conto di chi spetta).
In entrambi i casi, il contraente assume gli obblighi derivanti dall'assicurazione, mentre i relativi diritti sono acquisiti dall'assicurato, il cui consenso espresso[15] è necessario per legittimare il primo, quale mero sostituto[16], a farli valere.

Riconducibilità dell'istituto alle ipotesi di contratto a favore di terzo

In passato si è disquisito, ma si discute ancora, seppur in merito siano intervenute le Sezioni Unite, circa la natura dell'assicurazione per conto altrui o per conto di chi spetta.
Nel 2002 le Sezioni Unite[17] hanno escluso che, nel caso in cui l'assicurato rifiuti di avvalersi dei diritti che la stipulazione gli assicura nei confronti del promittente assicuratore, possa applicarsi l'art. 1411, ultimo comma, c.c. che, comporta l'acquisizione in favore dello stipulante della prestazione rifiutata dal beneficiario.
La Suprema Corte, in tal caso, ha fatto leva sul principio indennitario, affermando che la ragione giustificativa della non applicabilità dell'art. 1411 c.c., ultimo comma, è da ravvisarsi proprio in tale principio, il quale esclude che la prestazione dell'indennità possa essere effettuata a favore del contraente che, per definizione, non è il titolare dell'interesse esposto al rischio, essendo egli diverso, come si è detto, dall'assicurato.
Nel 2007, tuttavia, distanziandosi dalla pronuncia delle Sezioni Unite, la terza sezione della Cassazione[18], ha riaffermato la natura di contratto a favore di terzo dell'ipotesi di cui all'art. 1891 c.c., nella quale, quindi, la validità del contratto è influenzata tanto dall'interesse dell'assicurato, quanto, in forza dell'art. 1411, comma 1, c.c., dall'interesse dello stipulante.

Assicurazione stipulata in nome altrui

Il contratto assicurativo può anche essere stipulato in nome altrui, con conseguente applicazione degli articoli dettati in materia di rappresentanza.

Formazione e conclusione del contratto

Unica eccezione riguarda l'applicabilità dell'art. 1398 c.c., qualora l'assicurazione sia conclusa dal *falsus procurator*, derivandone non l'inefficacia del contratto ed il conseguente risarcimento del danno, quanto l'osservanza degli obblighi da parte dello stesso stipulante fino al momento in cui l'assicuratore abbia avuto conoscenza dell'eventuale ratifica dell'interessato (anche se successiva alla scadenza del contratto od al verificarsi del sinistro), ovvero del suo rifiuto.
Il contratto di assicurazione (come ogni altro contratto) si conclude nel momento

[15] Per l'inefficacia di un consenso soltanto presunto o tacito si veda Cass. civ., Sez. un., 18 aprile 2002, n. 5556, in *Archivio Civile*, 2003, 2, 185; Cass. civ., Sez. III, 10 novembre 2003, n. 16826, in *Arch. civ.*, 2004, 9, 1071.
[16] Cass. civ., Sez. III, 2 marzo 2006, n. 4656, in *Ventiquattrore Avvocato Contratti*, 2008, 1, 31, annotata da FELCIOLONI.
[17] Cass. civ., Sez. un., 18 aprile 2002, n. 5556, *cit.*
[18] Cass. civ., Sez. III, 5 giugno 2007, n. 13058, in *Danno e resp.*, 2008, 4, 479, annotata da CUOCCI. *Contra*, Cass. civ., Sez. III, 2 marzo 2018, n. 4923

in cui il proponente ha conoscenza dell'accettazione della controparte, alla quale non è equiparabile il mero silenzio, pur potendo essere espressa in qualsiasi forma.
Le parti possono, peraltro, prevedere che il contratto si perfezioni al momento del pagamento del premio.
Solitamente la conclusione avviene mediante contratti standard, per i quali trova applicazione la disciplina di cui agli artt. 1341 e 1342 c.c., a tutela dei consumatori[19].

Nonostante l'attività propositiva in fase precontrattuale sia solitamente avviata da un intermediario dell'assicuratore, l'assicurando che inserisce i propri dati nei moduli seriali è considerato proponente (art. 1987 c.c.).
La sua proposta è irrevocabile per un periodo di tempo pari a quindici giorni, ovvero trenta nel caso in cui sia necessaria una visita medica. Ciò è funzionale all'assunzione del rischio da parte dell'assicuratore che è posto nella possibilità, quindi, di valutare la veridicità e completezza dei dati essenziali forniti dalla controparte. Per vero, *medio tempore* le parti possono stipulare un contratto provvisorio al fine di garantire una copertura fino al momento della stipulazione del contratto (c.d. nota di copertura).
L'art. 1987 c.c. è inapplicabile alle assicurazioni sulla vita, desumendosi ciò dall'art. 177 d. lgs. n. 209/2005 (c.d. cod. ass.), che riconosce in capo all'assicurato un diritto di ripensamento, con conseguente possibilità di recesso entro trenta giorni dalla conclusione del contratto.

Durata del contratto

Ad esclusione dell'assicurazione sulla vita, tutte le assicurazioni private hanno effetto dalle ventiquattrore del giorno della sua conclusione alle ventiquattrore dell'ultimo giorno stabilito nel contratto (art. 1999 c.c.). Qualora il termine di durata superi i dieci anni, è data la possibilità all'assicurato, una volta trascorso il decennio, di recedere dal contratto con un preavviso di sei mesi.
Il contratto può essere oggetto di proroghe tacite, la cui durata non può essere, comunque, superiore a due anni.

La copertura assicurativa ha inizio con il pagamento del premio o della prima rata di premio (art. 1901, comma 1, c.c.). Stante la natura dispositiva dell'articolo, la previsione dell'efficacia del rapporto assicurativo sin dalla decorrenza contrattualmente convenuta, nonostante il mancato pagamento del premio, deve ritenersi legittima, ai sensi del disposto del successivo art. 1932 c.c., attesane l'operatività in senso più favorevole all'assicurato.

Sospensione della sua efficacia in caso di mancato pagamento del premio

Qualora il contraente non paghi le rate od i premi successivi alle scadenze convenute, la copertura rimane sospesa dalle ventiquattro ore del quindicesimo giorno successivo alla scadenza stessa (art. 1901, comma 2, c.c.).
Il mancato pagamento del premio o della rata di premio costituisce oggetto di un'eccezione in senso lato ed è pertanto rilevabile d'ufficio, operando - a differenza dell'eccezione di inadempimento che riguarda l'esecuzione del contratto - sul piano dell'efficacia in ragione della peculiarità del contratto di assicurazione, il cui equilibrio tecnico ed economico non si realizza nell'ambito di ogni singolo rapporto contrattuale, bensì fra l'insieme dei rischi assunti dall'assicuratore e quello dei premi dovuti dagli assicurati, sul cui puntuale versamento l'assicuratore deve poter contare per costituire e mantenere il fondo per eseguire i suoi obblighi[20].
Si è posto in giurisprudenza il problema dell'applicabilità della sospensione nei casi di clausola di regolazione del premio, in virtù della quale l'ammontare del premio è stabilito sia in una misura minima fissa al momento della conclusione del contratto, sia in una misura variabile alla scadenza di ciascun periodo assicurativo, determinata sulla base di informazioni fornite

[19] Cass. civ., Sez. III, 9 novembre 2006, n. 23892, in *Contratti*, 2007, 6, 576.
[20] Cass. civ., Sez. III, Sentenza, 10/02/2022, n. 4357.

periodicamente dall'assicurato.
Si è cercato di capire se l'omessa od inesatta comunicazione delle informazioni necessarie per la determinazione della misura variabile potesse essere causa della sospensione della copertura assicurativa.
Sul punto sono intervenute le Sezioni Unite[21] che, aderendo all'ultimo orientamento, escludono l'applicazione dell'art. 1901 c.c.
In particolare, la sospensione dell'efficacia del contratto di assicurazione è prevista dal suddetto articolo nel caso di mancato pagamento integrale del premio, mentre nei contratti con clausola di adeguamento il cosiddetto anticipo del premio per il periodo successivo è pagato prima che scada il termine per comunicare la variazione che sia intervenuta ed è accettato dall'assicuratore come pagamento integrale.
Perciò il mancato pagamento del maggior premio, a fronte di una clausola di regolazione dello stesso, deve essere considerato come inadempimento di un'obbligazione civile differente rispetto all'obbligazione di cui all'art. 1901 c.c. ed il comportamento dell'obbligato dovrà essere valutato in base al canone della buona fede oggettiva.
Per conseguenza, nel caso di mancata comunicazione degli elementi variabili, l'assicuratore non è autorizzato automaticamente, in forza dell'art. 1901 c.c., ad avvalersi della sospensione della garanzia assicurativa, ma potrà beneficiare delle conseguenze previste per l'inadempimento delle obbligazioni civili.

L'assicurazione è un contratto a forma libera per il quale è richiesta la forma scritta solo *ad probationem*, con il conseguente obbligo dell'assicuratore di rilasciare al contraente la polizza od altro documento da lui sottoscritto (art. 1888 c.c.).
La polizza può essere emessa all'ordine od al portatore ed il suo trasferimento determina, con gli effetti della cessione, trasferimento del credito verso l'assicuratore, il quale potrà, comunque, dirsi liberato se, senza dolo o colpa grave, adempia nei confronti del giratario o del portatore della polizza che non sia anche l'assicurato (art. 1899 c.c.).

Il diritto di surrogazione dell'assicuratore.

L'art. 1916 c.c. prevede il diritto di surrogazione dell'assicuratore, che integra una successione a titolo particolare nel credito risarcitorio, fino alla concorrenza dell'ammontare dell'indennizzo, la quale si verifica nel momento in cui l'assicuratore dà notizia al terzo responsabile del pagamento effettuato all'assicurato, esprimendo la volontà di avvalersi della citata norma (mentre nessuna tutela, anche solo conservativa, sussiste per l'assicuratore prima di tale momento), ed implica l'opponibilità all'assicuratore delle eccezioni invocabili contro l'assicurato alla suddetta data, per effetto del subingresso dell'uno nella stessa posizione dell'altro[22].

2.1. L'assicurazione contro i danni.

L'assicurazione contro i danni determina il trasferimento in capo all'assicuratore del rischio relativo a danni subiti da diritti patrimoniali dell'assicurato.
Nel suo ambito deve ricondursi l'assicurazione della responsabilità civile che ha lo scopo di tenere indenne l'assicurato dai rischi derivanti, nei confronti di cose e persone, da illeciti contrattuali ed extracontrattuali da lui commessi, purché senza dolo (art. 1917 c.c.).

[21] Cass. civ., Sez. un., 28 febbraio 2007, n. 4631, in *Corr. giur.*, 2007, 7, 961, con nota di TRAVAGLINO.
[22] Cass. civ., Sez. III, 05/07/2022, n. 21218.

Al fine di tutelare la posizione di terzi esposti a peculiari rischi, il legislatore impone in determinati casi l'obbligo per taluni soggetti di assicurarsi contro la responsabilità civile.
Particolare importanza assume l'assicurazione obbligatoria contro la responsabilità civile derivante dalla circolazione dei veicoli e dei natanti[23], avente ad oggetto la responsabilità civile verso i terzi, per danni alle cose ed alle persone, cui è in parte dedicato il d. lgs. n. 209/2005 (codice delle assicurazioni private) agli artt. 122 ss.
La nozione di circolazione è stata recentemente chiarita dalle Sezioni Unite, secondo cui "*il concetto di circolazione stradale di cui all'art. 2054 cod. civ. include anche la posizione di arresto del veicolo e ciò in relazione sia all'ingombro da esso determinato sugli spazi addetti alla circolazione, sia alle operazioni propedeutiche alla partenza o connesse alla fermata, sia, ancora, rispetto a tutte le operazioni che il veicolo è destinato a compiere e per il quale può circolare sulle strade. Ne consegue che per l'operatività della garanzia per R.C.A. è necessario che il veicolo, nel suo trovarsi sulla strada di uso pubblico o sull'area ad essa parificata, mantenga le caratteristiche che lo rendano tale in termini concettuali e, quindi, in relazione alle sue funzionalità non solo sotto il profilo logico ma anche delle eventuali previsioni normative, risultando invece indifferente l'uso che in concreto se ne faccia, sempreché esso rientri nelle caratteristiche del veicolo medesimo*"[24].
Nella copertura assicurativa rientrano anche i trasportati a qualsiasi titolo (anche il coniuge in regime di comunione legale[25]), mentre terzo non può mai essere considerato il conducente responsabile del sinistro (artt. 122, comma 2, e 129, comma 1 d.lgs. n. 209/2005). Diversamente da quanto prescritto dall'art. 1917 c.c., è automaticamente compreso nel rischio assicurato anche l'ipotesi del dolo[26] ed il diritto del danneggiato di agire direttamente nei confronti dell'assicuratore del veicolo responsabile, il quale, a sua volta, ha diritto di rivalsa nei confronti dell'assicurato nella misura in cui avrebbe avuto contrattualmente diritto di rifiutare o ridurre la propria prestazione (art. 144, commi 1 e 2, d.lgs. n. 209/2005).
L'art. 149 del d.lgs. n. 209/2005, ai commi 1 e 3, prevede, nella procedura di risarcimento diretto, che in caso di incidente tra due veicoli assicurati per la responsabilità civile obbligatoria, i danneggiati debbano chiedere l'indennizzo direttamente all'impresa assicuratrice del veicolo utilizzato, la quale sarà obbligata alla liquidazione del danno per conto dell'impresa di assicurazione del veicolo responsabile.
Nel caso, invece, in cui il veicolo danneggiante non sia munito dell'assicurazione obbligatoria o non sia stato identificato, la liquidazione del danno è assunta dal Fondo di garanzia per le vittime della strada (art. 285 d.lgs. n. 209/2005).

L'assicurazione contro gli infortuni

Si è posto, tanto in dottrina quanto in giurisprudenza, in assenza di una organica disciplina normativa, il problema della collocazione, rispettivamente, nella categoria delle assicurazioni contro i danni ovvero delle assicurazioni sulla vita, dell'assicurazione contro gli infortuni, con la quale l'assicuratore, previa corresponsione di un premio, si obbliga al pagamento di una certa somma all'assicurato, nel caso di lesione dovuta ad una causa fortuita, violenta ed esterna che ne determini l'inabilità temporanea o l'invalidità permanente, ovvero ad un terzo beneficiario, nel caso di morte dell'assicurato medesimo conseguente ad infortunio.

Le Sezioni Unite[27] hanno sostanzialmente ritenuto che l'assicurazione contro i rischi invalidanti sia qualificabile come assicurazione contro i danni, mentre l'assicurazione contro gli infortuni mortali rientri nella categoria delle assicurazioni sulla vita.

[23] Altre ipotesi di assicurazione obbligatoria sono previste da leggi speciali, ad esempio, per l'impiego di energia nucleare (l. n. 1860/1962).
[24] Cass., Sez. un., 29 aprile 2015, n. 8620.
[25] Cass. civ., sez. III, 21 giugno 2004, n. 11471, in *Giur. It.*, 2005, 6, 11.
[26] Cass. civ., sez. III, 17 maggio 1999, n. 4798, in *Arch. civ.*, 2000, 3, 354.
[27] Cass. civ., Sez. un., 10 aprile 2002, n. 5119, in *Arch. civ.*, 2003, 2, 185.

Infatti, nel primo caso non può non essere riconosciuta la funzione indennitaria, mentre nel secondo è la sola causa del decesso a determinare una distinzione fra le due tipologie.
Sul punto è intervenuto il d.lgs. n. 209/2005, che all'art. 2 include le assicurazioni contro gli infortuni tra quelle contro i danni, salvi i casi di assicurazioni complementari di cui al comma 2 del medesimo articolo, che rientrano invece nelle assicurazioni sulla vita.

Il principio indennitario

Si può sostenere che il parametro in base al quale qualificare un determinato contratto come assicurazione contro i danni sia la funzione indennitaria dallo stesso assolta.
Proprio in base a tale assunto si giustifica l'art. 1904 c.c. che considera necessario, ai fini della validità del contratto, la preesistenza dell'interesse dell'assicurato all'indennizzo rispetto al momento in cui diviene operativa la copertura assicurativa (il legislatore parla impropriamente di risarcimento del danno).

L'interesse, che deve perdurare per tutto il periodo di esecuzione del contratto e che non deve essere necessariamente collegato alla proprietà della cosa, richiedendosi soltanto una relazione giuridica con essa da parte dell'assicurato, deve essere suscettibile di valutazione economica, al contrario determinandosi eventualmente un contratto per conto altrui o per conto di chi spetta, secondo quanto stabilito dall'art. 1891 c.c.

Al fine di evitare che l'interesse dell'assicurato possa essere interesse alla verificazione del sinistro, più che interesse alla conservazione del bene[28], il principio indennitario, in base al quale il risarcimento non può essere superiore al danno, ottiene conferma dall'art. 1909 c.c., che indirettamente ne sancisce l'inderogabilità, prevedendo, in caso di assicurazione per una somma eccedente il valore della cosa, la nullità del contratto o la riduzione dell'indennità e del premio, a seconda che il contraente sia o meno in dolo.
A tale *ratio* deve ricondursi anche l'art. 1908, comma 1, c.c., per il quale, nell'accertare il danno, non può attribuirsi alle cose perite o danneggiate un valore superiore rispetto a quello che avevano al momento del sinistro.

Le clausole volte sia ad escludere dall'indennizzo una parte del danno fino ad un certo ammontare (franchigia semplice), sia all'abbattimento fisso in ogni caso (franchigia assoluta), non possono essere considerate vessatorie, in quanto tese a delimitare l'oggetto del contratto e non la responsabilità dell'assicuratore.
Qualora quest'ultimo assuma un rischio illimitato, riguardando l'assicurazione l'intero patrimonio dell'assicurato, le parti fissano nel contratto un limite massimo alla copertura assicurativa (c.d. massimale), che, comunque, non esclude la corresponsione degli interessi moratori e del maggior danno da parte dell'assicuratore, anche al di sopra del tetto massimo, nel caso di ritardo colposo nella corresponsione dell'indennità.

Il principio indennitario subisce alcune eccezioni di natura pattizia.
Eccezioni
In particolare, seppur di regola sia escluso il lucro cessante dal calcolo dell'indennità, le parti posso prevedere che anche i risultati sperati siano oggetto di indennizzo (art. 1905, comma 2, c.c.).
Inoltre, può essere pattuita una clausola cd. "del valore a nuovo", con la quale l'assicuratore, indipendentemente dal valore effettivo della cosa al momento del

[28] FANELLI, *Assicurazione. Assicurazione contro i danni*, in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, 1988, 6.

sinistro, si obbliga a versare all'assicurato la somma necessaria per il riacquisto della stessa, solitamente a condizione dell'effettivo riacquisto, al fine di evitare l'incoraggiamento a favorire l'evento dannoso.
Infine, le parti possono convenire per iscritto (forma *ad substantiam*) la stima della cosa assicurata al momento della conclusione del contratto (cd. polizza stimata), con la conseguenza di vincolare le parti a quella misura, indipendentemente dal fatto che possa essere eccessiva rispetto al danno effettivamente subito (art. 1908, comma 2, c.c.).

La sottoassicurazione, la coassicurazione e l'assicurazione cumulativa

Le parti possono anche stabilire un'assicurazione parziale (c.d. sottoassicurazione), con la quale il valore assicurato è inferiore rispetto al valore assicurabile, con la conseguenza che per il calcolo dell'indennità, in forza della regola proporzionale, si ha quale termine di raffronto il rapporto tra il valore assicurato e quello assicurabile (art. 1907 c.c.).
Fra i limiti all'indennizzo, assume particolare rilevanza l'ipotesi della coassicurazione, strumento spesso utilizzato dall'assicurato che debba trasferire un rischio particolarmente elevato, con il quale una pluralità di assicuratori si assume l'intero rischio, ma ciascuno limitatamente ad una quota di esso, rispondendo esclusivamente in proporzione della propria quota (obbligazione parziaria).
Si distingue da quest'ultima l'ipotesi dell'assicurazione cumulativa, nella quale un identico rischio è assunto solidalmente da tutti gli assicuratori, non potendo, comunque, l'ammontare dell'indennità superare il danno (art. 1911 c.c.).
In tale ipotesi, è necessario che l'assicurato dia avviso a ciascun assicuratore delle assicurazioni stipulate, in caso contrario non potendo essergli riconosciuto il diritto all'indennità, qualora l'omissione gli sia imputabile a titolo di dolo.

Gli obblighi di avviso e di salvataggio

Sono posti a carico dell'assicurato gli obblighi di avviso e di salvataggio (artt. 1913 e 1914 c.c.), consistenti nella comunicazione del sinistro all'assicuratore entro tre giorni dalla sua produzione e nel compimento di quanto è possibile per evitare o diminuire il danno.
La violazione di tali oneri comporterà la perdita del diritto all'indennità, in caso di dolo, ovvero la diminuzione della stessa, in caso di colpa (art. 1915 c.c.).

Successione nel contratto e nella titolarità del credito

Qualora siano alienate le cose oggetto di assicurazione, il contratto continua in capo all'acquirente, che subentra nel rapporto, acquisendo i relativi diritti a titolo derivativo, con la conseguente opponibilità da parte dell'assicuratore di tutte le eccezioni opponibili all'alienante (art. 1918 c.c.).
Al fine di tutelare il rapporto di fiducia creatosi tra assicuratore e stipulante, è comunque data la possibilità ai nuovi soggetti del rapporto di recedere dal contratto e, proprio in ragione di tale eventualità, il legislatore prevede l'obbligo dell'assicurato di comunicare sia all'assicuratore l'avvenuta alienazione, sia all'acquirente l'esistenza del contratto assicurativo, pena la sussistenza in suo capo dell'obbligo di versamento del premio, anche in seguito all'alienazione.
A fronte del pagamento della corresponsione dell'indennità, l'assicuratore subentra nei diritti dell'assicurato verso i terzi responsabili (1916 c.c.), salvo che costoro siano il coniuge, i figli, gli ascendenti, i parenti ed affini stabilmente conviventi e i domestici, ma il trasferimento non opera automaticamente, richiedendosi una manifestazione di volontà dell'assicuratore diretta al terzo responsabile.

Non si tratta di un'ipotesi di surrogazione legale, di cui all'art. 1203 c.c., quanto di una figura peculiare di successione nella titolarità del credito[29].
Il terzo può opporre all'assicuratore tutte le eccezioni che avrebbe potuto far valere nei confronti dell'assicurato, ma non quelle derivanti dal contratto di assicurazione.

Per quanto riguarda le spese di lite, la clausola inserita in un contratto di assicurazione della responsabilità civile che stabilisca che l'assicurato, se convenuto dal terzo danneggiato, non ha diritto alla rifusione delle spese sostenute per legali o tecnici non designati dall'assicuratore, è una clausola che deroga in pejus all'art. 1917, 3° co., e di conseguenza nulla ai sensi dell'art. 1932[30].

2.1.1. Il contratto di assicurazione con clausola *claims made* (*rinvio*).

Il contratto di assicurazione con clausola *claims made* (a richiesta fatta) si caratterizza per il fatto che la copertura è condizionata alla circostanza che il sinistro venga denunciato nel periodo di vigenza della polizza (o anche in un delimitato arco temporale successivo, ove sia pattuita la c.d. *sunset clause*), laddove, secondo lo schema denominato "*loss occurrence*", o "insorgenza del danno", sul quale è conformato il modello delineato nell'art. 1917 c.c. , la copertura opera in relazione a tutte le condotte, generatrici di domande risarcitorie, insorte nel periodo di durata del contratto.
La clausola *claims made*, circoscrivendo l'operatività della assicurazione ai soli sinistri per i quali nella vigenza del contratto il danneggiato richieda all'assicurato il risarcimento del danno subito, e il danneggiato assicurato ne dia comunicazione alla propria compagnia, perché provveda a tenerlo indenne, consente all'assicuratore di conoscere con precisione sino a quando sarà tenuta a manlevare il garantito e ad appostare in bilancio le somme necessarie per far fronte alle relative obbligazioni, con quel che ne consegue, tra l'altro, in punto di facilitazione nel calcolo del premio da esigere[31].

---

[29] Si confronti, *amplius*, Cass. civ., Sez. un., 22 maggio 2018, n. 12565
[30] Cass. civ., Sez. III, 05/07/2022, n. 21220.
[31] Le Sezioni Unite si sono nuovamente occupate del tema, asserendo che il modello di assicurazione della responsabilità civile con clausole *on claims made basis*, quale deroga convenzionale all'art. 1917, 1° co., consentita dall' art. 1932, è riconducibile al tipo dell'assicurazione contro i danni e, pertanto, non è soggetto al controllo di meritevolezza di cui all' art. 1322, 2° co., ma alla verifica, ai sensi dell' art. 1322, 1° co., della rispondenza della conformazione del tipo, operata attraverso l'adozione delle suddette clausole, ai limiti imposti dalla legge, da intendersi come l'ordinamento giuridico nella sua complessità, comprensivo delle norme di rango costituzionale e sovranazionale. Tale indagine riguarda, innanzitutto, la causa concreta del contratto - sotto il profilo della liceità e dell'adeguatezza dell'assetto sinallagmatico rispetto agli specifici interessi perseguiti dalle parti -, ma non si arresta al momento della genesi del regolamento negoziale, investendo anche la fase precontrattuale (in cui occorre verificare l'osservanza, da parte dell'impresa assicurativa, degli obblighi di informazione sul contenuto delle claims made) e quella dell'attuazione del rapporto (come nel caso in cui nel regolamento contrattuale on claims made basis vengano inserite clausole abusive), con la conseguenza che la tutela invocabile dall'assicurato può esplicarsi, in termini di effettività, su diversi piani, con attivazione dei rimedi pertinenti ai profili di volta in volta implicati. I.e.: responsabilità risarcitoria precontrattuale anche nel caso di contratto concluso a condizioni svantaggiose; nullità, anche parziale, del contratto per difetto di causa in concreto, con conformazione secondo le congruenti indicazioni di legge o, comunque, secondo il principio dell'adeguatezza del contratto assicurativo allo scopo pratico perseguito dai contraenti; conformazione del rapporto in caso di clausola abusiva (come quella di recesso in caso di denuncia di sinistro) (Cass. civ., Sez. Unite, 24/09/2018, n. 22437; conforme, sulla

Malgrado la variegata tipologia di clausole *claims made* offerte dalla prassi commerciale, esse, schematizzando al massimo, appaiono sussumibili in due grandi categorie: a) clausole c.d. miste o impure, che prevedono l'operatività della copertura assicurativa solo quando tanto il fatto illecito quanto la richiesta risarcitoria intervengano nel periodo di efficacia del contratto, con retrodatazione della garanzia, in taluni casi, alle condotte poste in essere anteriormente (in genere due o tre anni dalla stipula del contratto); b) clausole c.d. pure, destinate alla manleva di tutte le richieste risarcitorie inoltrate dal danneggiato all'assicurato e da questi all'assicurazione nel periodo di efficacia della polizza, indipendentemente dalla data di commissione del fatto illecito.

Si rinvia a Parte X, Cap. I, Sez. VI, p. 35.1 per l'esame dei problemi interpretativi che tale tipologia di clausole ha determinato e per le soluzioni prospettate dalle Sezioni unite, intervenute nel 2016 e nel 2018.

2.1.2. Le novità introdotte dalla legge annuale per il mercato e la concorrenza 2017.

L'art. 1, commi 2-4, della legge 4 agosto 2017, n. 124, contiene un pacchetto di norme in materia di assicurazioni. Tra gli ambiti disciplinati si segnalano l'obbligo a contrarre in materia di assicurazione R.C. Auto, gli obblighi informativi in capo alle compagnie assicurative e il risarcimento del danno biologico.

In particolare, il comma 2 ha modificato l'art. 132 del codice delle assicurazioni private (d.lgs. n. 209 del 2005), in materia di obbligo a contrarre da parte delle imprese di assicurazione, relativamente all'assicurazione obbligatoria per ogni rischio derivante dalla circolazione dei veicoli a motore e dei natanti (R.C. Auto).

L'art. 1, commi 6-11, della citata legge n. 124/2017, inoltre, ha inserito nel codice delle assicurazioni private il nuovo art. 132 *bis*, che prescrive l'obbligo per gli intermediari, prima della sottoscrizione di un contratto R.C. Auto, di informare il consumatore in modo corretto, trasparente ed esaustivo sui premi offerti da tutte le imprese di cui sono mandatari relativamente al contratto base.

Ancora, nel caso di contratti con clausola *bonus-malus*, la variazione del premio, in aumento o in diminuzione rispetto alla tariffa in vigore applicata dall'impresa, deve essere indicata, in valore assoluto e in percentuale, nel preventivo del nuovo contratto o del rinnovo (art. 133 d.lgs. n. 209/2005).

È stato infine sostituito l'art. 138 del citato d.lgs. n. 209/2005, oggi riferentesi non più al solo "danno biologico", bensì complessivamente al "danno non patrimoniale", demandando ad un D.P.R. la predisposizione di una specifica tabella, unica su tutto il territorio della Repubblica, delle menomazioni alla integrità psico-fisica comprese tra dieci e cento punti e del valore pecuniario da attribuire ad ogni singolo punto di invalidità, comprensivo dei coefficienti di variazione corrispondenti all'età del soggetto leso. La finalità della emanazione della tabella per le macrolesioni è di garantire il diritto delle vittime dei sinistri ad un pieno risarcimento del danno non patrimoniale effettivamente subito e, al contempo,

riconducibilità al tipo, Cass. civ., Sez. VI - 3, Ordinanza, 09/07/2019, n. 18413; Cass. civ., Sez. III, Sentenza, 26/04/2022, n. 12981.

razionalizzare i costi gravanti sul sistema assicurativo e sui consumatori.
Il testo novellato della disposizione indica i principi e i criteri che devono essere seguiti nella redazione della tabella, tenendo conto dei criteri valutativi del danno non patrimoniale ritenuti congrui dalla consolidata giurisprudenza di legittimità.

2.2. L'assicurazione sulla vita.

Nozione e tipologie

Con il contratto di assicurazione sulla vita l'assicuratore si obbliga a corrispondere una rendita od un capitale al verificarsi di un evento attinente alla vita umana.
L'assicurazione sulla vita può essere diretta a trasferire il rischio della morte (distinguendosi ulteriormente tra assicurazione caso morte a vita intera, nelle quali è indifferente il momento in cui la morte sopraggiunge, ovvero assicurazioni caso morte temporanee nelle quali è necessario, ai fini del diritto alla rendita od al capitale, che la morte intervenga entro un termine stabilito), ovvero della sopravvivenza (distinguendosi ulteriormente tra assicurazione di capitale differito, nelle quali il capitale o la rendita sono corrisposti solo al sopraggiungere del termine prestabilito, ovvero assicurazioni di rendita immediata, nelle quali la rendita è corrisposta immediatamente), ovvero miste, qualora l'assicuratore si obblighi a pagare una rendita od un capitale alla scadenza del termine o a corrispondere il capitale nell'ipotesi di premorienza.

L'assicurazione a favore o sulla vita di un terzo

L'assicurazione contratta per il caso di morte può essere stipulata sulla vita propria a favore di un terzo o sulla vita di un terzo, nella seconda ipotesi richiedendosi, ai fini della validità del contratto, il suo consenso o quello del suo legale rappresentante, per il quale è richiesta la forma scritta *ad probationem* (art. 1919, comma 2, c.c.).

Il consenso stesso è previsto a tutela della posizione dell'assicurato, al fine di evitare che lo stipulante con l'operazione assicurativa sia incentivato, ai fini dell'ottenimento del capitale o della rendita, a procurare l'evento lesivo, cioè la morte dell'assicurato.
Proprio in ragione di tale *ratio*, al contrario, il consenso non è richiesto per la validità dell'assicurazione per il caso di vita del terzo, nella quale non si ravvisa un medesimo bisogno di tutela.

Nell'assicurazione a favore di terzo lo stipulante si identifica nell'assicurato, seppur il beneficiario sia un diverso soggetto. La designazione, anche fatta genericamente (purché il beneficiario sia individuabile *per relationem*), può essere contenuta nello stesso contratto, in una successiva dichiarazione, od anche in testamento (art. 1920 c.c.).

In tale ultima ipotesi, il terzo acquista *iure proprio* e *non iure successionis*, in quanto la designazione è atto *inter vivos*, seppur contenuta nelle dichiarazioni testamentarie[32].
Ciò comporta che, anche nel caso in cui sia nominato beneficiario l'erede, quest'ultimo avrà diritto alla rendita od al capitale, indipendentemente dall'accettazione dell'eredità.
Sul punto, occorre precisare, sono di recente intervenute le Sezioni Unite della Corte di Cassazione con la sentenza n. 11421 del 30 aprile 2021, superando il contrasto giurisprudenziale sorto in merito all'interpretazione e alle conseguenze della designazione generica degli "eredi" come beneficiari di un contratto di assicurazione sulla vita, in una delle forme previste dall'art. 1920 c.c. In particolare, la Suprema Corte ha ribadito che la designazione comporta l'acquisto

[32] BUTTARO, *op. cit.*, 659.

di un diritto proprio (e non *iure hereditatis*) ai vantaggi dell'assicurazione da parte di coloro che, al momento della morte dello stipulante, rivestano tale qualità in forza del titolo della astratta delazione indicata all'assicuratore per individuare i creditori della prestazione, indipendentemente dalla rinunzia o dall'accettazione. Dunque, il riferimento agli "eredi" opera quale criterio *per relationem* al fine di determinare i terzi che acquistano il diritto di credito verso l'assicuratore, diritto che sorge direttamente nel patrimonio degli stessi essendo in presenza di un negozio *inter vivos* con effetti *post mortem*. La Corte precisa, peraltro, che l'eventuale istituzione di erede per testamento compiuta dal contraente assicurato dopo aver designato i propri "eredi (legittimi)" quali beneficiari della polizza non rileva, pertanto, né come nuova designazione per attribuzione della somma assicurata, né come revoca del beneficio, agli effetti dell'art. 1921 c.c., ove non risulti una inequivoca volontà in tal senso, operando su piani diversi l'intenzione di disporre *mortis causa* delle proprie sostanze e l'assegnazione a terzi del diritto contrattuale alla prestazione assicurativa.
Le regole in materia successoria non vengono in rilievo neppure al fine di determinare i criteri di ripartizione dell'indennizzo spettante. Nello specifico, ove non sia manifesta una diversa volontà, avendo il diritto di credito fonte nel contratto di assicurazione, spetta a ciascuno dei creditori, in forza della *eadem causa obligandi*, una quota uguale dell'indennizzo assicurativo (argomento *ex* art. 1298 c.c.), il cui pagamento ciascuno potrà esigere dall'assicuratore nella rispettiva misura.
La Corte precisa, infine, che allorché uno dei beneficiari di un contratto di assicurazione sulla vita premuoia al contraente successivamente alla designazione, la prestazione – in applicazione del disposto dell'art. 1412, comma 2, cc. – se il beneficio non sia stato revocato o il contraente non abbia disposto diversamente, deve essere eseguita a favore degli eredi del premorto in proporzione della quota che sarebbe spettata a quest'ultimo (i quali acquistano dunque *iure hereditatis*)[33].

Come confermato dall'ultimo comma della disposizione, il diritto è acquistato dal terzo, non per effetto della stipulazione (come nel caso di cui all'art. 1411, comma 2, c.c.), ma quale conseguenza della designazione da parte dell'assicurato.
La designazione può essere oggetto di revoca in ogni momento, sia espressamente che per fatti concludenti, anche nel caso in cui il beneficiario abbia dichiarato di volerne profittare, ma prima che si sia verificato l'evento (art. 1921 c.c.).
Il potere di revoca può essere rinunziato dal contraente con efficacia dal momento in cui il beneficiario abbia dichiarato al primo di volerne profittare. Sono entrambe le dichiarazioni atti unilaterali recettizi e devono essere comunicate per iscritto all'assicuratore.
Due sono le ipotesi di decadenza dal beneficio individuate dall'art. 1922 c.c., cui la dottrina tende ad accostarne una terza.
In particolare, il comma 1 dell'art. 1922 c.c. rende applicabile, sempreché la designazione sia fatta a titolo di liberalità ed indipendentemente da una rinunzia al potere di revoca, la disciplina dettata dall'art. 800 c.c. in tema di donazione, che consente la revoca in caso di ingratitudine o di sopravvenienza dei figli.
Al contrario, il comma 2 dell'art. 1922 c.c. si distanzia da quanto dettato dall'art. 801 c.c. per la donazione, disponendo l'automatica decadenza (e non la semplice possibilità di revoca) dal beneficio, nel caso in cui il terzo attenti alla vita dell'assicurato.
Pur non essendo ricompresa nella disposizione, la decadenza può ritenersi operante anche nell'ipotesi di omicidio e non solo di semplice attentato, al fine di evitare una disparità di trattamento rispetto all'ipotesi di cui all'art. 1927 c.c., relativa al suicidio dell'assicurato.

Dall'art. 1923, comma 1, c.c. che dispone l'impignorabilità e la non sequestrabilità

[33] Cass. civ., Sez. Unite, 30/04/2021, n. 11421.

delle somme dovute dall'assicuratore all'assicurato od al terzo beneficiario, può ricavarsi la natura previdenziale, e non indennitaria, dell'assicurazione sulla vita, in quanto tesa a soccorrere questi ultimi, di regola, in seguito al momento della sopravvivenza o della morte.

Il diritto dei creditori può essere, invece, fatto valere sul premio versato dal contraente in forza della disciplina concernente l'azione revocatoria, la collazione, l'imputazione e la riduzione delle donazioni.

Diritto di riscatto e di riduzione

Ulteriore conferma della funzione previdenziale può essere colta indirettamente dall'art. 1925 c.c. che, al fine di rendere l'assicurato in grado di conoscere in ogni momento quale sarebbe il valore di riscatto o di riduzione dell'assicurazione, impone l'indicazione all'interno della polizza dei diritti di riscatto e di riduzione.

Quest'ultimo opera, nell'ipotesi di sospensione del pagamento dei premi, su richiesta dell'assicurato allo scopo sia di liberarsi dal versamento dei premi futuri, sia di garantire al beneficiario il pagamento del capitale o della rendita, seppur in misura ridotta.
Il riscatto, quale diritto personale, non surrogabile dai creditori, determina lo scioglimento *ex nunc* dell'assicurazione, in quanto a fronte del suo esercizio da parte dell'assicurato, viene a lui anticipata (infatti il suo esercizio è considerato revoca della designazione del beneficiario) la prestazione assicurativa in una misura rapportata ai premi versati.

Salvo le ipotesi in cui siano esercitati il diritto di riscatto o di riduzione, la mancata corresponsione del premio per il primo anno comporta la possibilità per l'assicuratore di agire per l'esecuzione del contratto entro sei mesi, mentre, a fronte dell'omesso pagamento dei premi successivi, il contratto si risolve *ipso iure* decorsi venti giorni, con conseguente perdita dei premi già versati, salvo che sussistano le condizioni per il riscatto o la riduzione (art. 1924 c.c.).
Una disciplina particolare è prevista per il caso di cambiamento di professione dell'assicurato (art. 1926 c.c.). Ovviamente, tale eventualità produce effetti nei confronti del contratto di assicurazione solo nella misura in cui si risolva in un aumento del rischio, diversamente non potendo far cessare gli effetti dell'assicurazione.
Qualora si verifichi un tale mutamento del rischio, se l'aumento è tale che l'assicuratore non avrebbe stipulato il contratto, l'assicurazione cessa di produrre effetti, risolvendosi di diritto; qualora, invece, il rischio aumenti ma in misura minore, l'assicuratore sarà tenuto al pagamento di una somma inferiore per il caso che si verifichi l'evento contro cui si è assicurato, essendo la cifra ridotta proporzionalmente in base al premio dovuto, in rapporto al rischio effettivo.
Una tale evenienza può essere evitata se l'assicurato comunica tempestivamente all'assicuratore il cambiamento di professione: quest'ultimo può scegliere se recedere dal contratto, ovvero ridurre la somma assicurata o aumentare il premio. In quest'ultima ipotesi, la modifica del contratto deve essere accettata – anche tacitamente - dall'assicurato, entro quindici giorni dalla comunicazione.

2.3. La riassicurazione e la retrocessione.

La riassicurazione è quel contratto in forza del quale l'assicuratore (riassicurato) trasferisce il rischio ad un'altra impresa di assicurazione (riassicuratore), il quale a

sua volta può riassicurarsi presso un altro assicuratore (cd. retrocessione).
L'istituto è adottato allo scopo di permettere all'assicuratore di trasferire un rischio troppo gravoso, non solo per l'assicurato, ma anche per sé stesso, stipulando quindi a sua volta un contratto di assicurazione presso un altro assicuratore. I contratti – quello di assicurazione, quello di riassicurazione e quello di retrocessione – risultano tra loro collegati, essendo tutti funzionali ad un'unica vicenda negoziale.

Secondo parte della dottrina la figura non sarebbe riconducibile all'assicurazione in quanto il rischio, consistente nell'esborso del riassicurato, deve essere valutato quale conseguenza normale dell'attività di impresa da esso esercitata[34].

La riassicurazione può essere singola ovvero per trattati, qualora abbia ad oggetto rispettivamente singoli rischi ovvero l'intera attività o singoli rami del riassicurato, imponendosi in quest'ultimo caso la forma scritta *ad probationem* (art. 1928 c.c.).
A differenza della coassicurazione, l'assicurato non entra in rapporto con il riassicuratore, che si obbliga esclusivamente con il riassicurato (art. 1929 c.c.).

2.4. L'intermediario di assicurazione: in particolare il mediatore di assicurazione o di riassicurazione (c.d. *broker*).

Il codice delle assicurazioni private, in attuazione della dir. 2002/92/CE (abrogata dalla Direttiva (UE) 2016/97 del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 gennaio 2016 sulla distribuzione assicurativa), ha riformato la disciplina dell'intermediazione di assicurazione, ora contenuta agli artt. 106 e ss. del d.lgs. n. 209/2005.
L'art. 1, comma 1, lett. cc-*quinquies*) del d.lgs. n. 209/2005 definisce intermediario assicurativo "*qualsiasi persona fisica o giuridica, diversa da un'impresa di assicurazione o riassicurazione o da un dipendente della stessa e diversa da un intermediario assicurativo a titolo accessorio, che avvii o svolga a titolo oneroso l'attività di distribuzione assicurativa*". Ai sensi dell'art. 106 del medesimo d.lgs. n. 209/2005, le attività di distribuzione assicurativa consistono nel fornire consulenza, ai sensi dell'articolo 1, comma 1, lettera m-ter) del d.lgs. n. 209/2005, in materia di contratti di assicurazione, proporre contratti di assicurazione o compiere altri atti preparatori relativi alla loro conclusione, concludere tali contratti ovvero collaborare, segnatamente in caso di sinistri, alla loro gestione ed esecuzione, inclusa la fornitura di informazioni relativamente a uno o più contratti di assicurazione sulla base di criteri scelti dal cliente tramite un sito internet o altri mezzi e la predisposizione di una classifica di prodotti assicurativi, compreso il confronto tra prezzi e tra prodotti o lo sconto sul premio di un contratto di assicurazione, se il cliente è in grado di stipulare direttamente o indirettamente un contratto di assicurazione tramite un sito internet o altri mezzi.

L'attività di distribuzione assicurativa o riassicurativa è riservata alle imprese di cui all'articolo 107 *bis*, comma 1, lettera a), del d. lgs. n. 209/2005 ai relativi dipendenti, nonché agli intermediari assicurativi, anche a titolo accessorio, e riassicurativi, iscritti nel registro di cui al successivo articolo 109 dello stesso decreto. Il registro indica gli Stati membri in cui

[34] CAPOTOSTI, *Assicurazione. Riassicurazione*, in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, 1988, 6.

l'intermediario assicurativo, anche a titolo accessorio, o riassicurativo opera in regime di libero.

Il *broker* ed il contratto di brokeraggio

In particolare, ha suscitato dubbi interpretativi la figura del mediatore di assicurazione e riassicurazione (c.d. *broker*), cioè colui che agisce su incarico dell'assicurando, senza poteri di rappresentanza di imprese di assicurazione o di riassicurazione (art. 109, comma 2, lett. b), d. lgs. n. 209/2005).

Con un'ordinanza del 2007[35], le Sezioni Unite hanno affermato che i *broker*, nello svolgere attività di mediatore di assicurazione e riassicurazione, esercitano professionalmente attività rivolta a mettere in diretta relazione con imprese di assicurazione o riassicurazione, alle quali non siano vincolati da impegni di sorta, soggetti che intendano provvedere con la loro collaborazione alla copertura dei rischi, assistendoli nella determinazione del contenuto dei relativi contratti e collaborando eventualmente alla loro gestione ed esecuzione.
Per conseguenza, il *broker* non può essere considerato rappresentante delle parti, od anche soltanto di una di esse, nella conclusione di un contratto di assicurazione, ma è parte di un differente contratto di *brokeraggio*, stipulato con il soggetto che a lui si è rivolto per lo svolgimento dell'attività.

3. Il giuoco e la scommessa.

La scommessa è un contratto con il quale le prestazioni patrimoniali dei giocatori sono poste in relazione al verificarsi di un evento futuro ed incerto.
La disciplina relativa al giuoco ed alla scommessa è considerata «neutrale», in quanto posta dal legislatore prescindendo da una valutazione di tipo morale o di illiceità.

Le differenti tipologie di giuoco

È diffusa la tendenza ad una tripartizione:
1) giuochi «pienamente tutelati», fonte di obbligazioni civili vere e proprie, e fra i quali sono ricondotti taluni giuochi tradizionalmente previsti, oltre alle competizioni sportive (art. 1934 c.c.) ed alle lotterie legalmente autorizzate (art. 1935 c.c.). All'interno della categoria, sotto il profilo strutturale, si suole ulteriormente distinguere tra scommesse bilaterali, nelle quali ogni partecipante è vincolato nei confronti di un unico organizzatore che assume, a sua volta, la veste di scommettitore, e scommesse plurilaterali, nelle quali si crea un unico rapporto tra tutti gli scommettitori, mentre l'organizzatore, rimanendo estraneo al rapporto, è considerato quale mandatario incaricato di svolgere le operazioni strumentali allo svolgimento del giuoco;
2) giuochi «vietati» da disposizioni penalistiche (artt. 718 e ss. c.p.);
3) giuochi «non proibiti ma soltanto tollerati», individuati in via residuale dalle altre due categorie, rientrandovi, ad esempio, giuochi di modesta entità (quali la dama, gli scacchi, il *bridge*) ed altri più marcatamente d'azzardo (quali il *poker* o la *roulette*).

La scommessa «tollerata» determina il sorgere di un'obbligazione naturale alla corresponsione della vincita, per la quale non è, dunque, prevista a tutela del creditore alcuna azione, pur essendo statuita l'irripetibilità di quanto pagato spontaneamente dal debitore, salvo il caso di sua incapacità o di frode (art. 1933 c.c.). La norma sarebbe un'applicazione di quanto stabilito dall'art. 2034 c.c. in tema di obbligazioni naturali; peraltro, il meccanismo della *soluti retentio* non consente di sostenere con certezza che la *denegatio actionis* prevista dall'art. 1933, comma 1, c.c. sia espressione di un principio di ordine pubblico e non costituisca, piuttosto, una scelta, sia pure di compromesso, del legislatore fondata sulla c.d.

[35] Cass. civ., Sez. un., 2 aprile 2007, n. 8095, in *Guida al dir.*, 2007, 22, 40.

"neutralità del gioco" (che si porrebbe, secondo una felice formula, "al di là della distinzione di bene e di male"), nonché sulla risalente concezione del debito di gioco come dovere morale e sociale[36].

Al contrario, alla scommessa «pienamente tutelata», determinando quest'ultima il sorgere di un'obbligazione civile perfetta, non è possibile applicare il comma 1 dell'art. 1933 c.c., salvo la possibilità del giudice, nel caso di scommesse concernenti competizioni sportive, di rigettare o ridurre la domanda quando ritenga la posta eccessiva.

Ripetizione della prestazione

La ripetibilità di quanto pagato in esito ad una scommessa «proibita» è oggetto di dibattito in dottrina fra coloro[37] che sostengono l'esclusione di ogni effetto civilistico (compresa l'operatività della *soluti retentio*), qualora sia stata violata una disposizione penale, ed altri[38] che al contrario negano che la detta violazione implichi il venir meno di un dovere morale e sociale di pagamento.

[36] Cass. civ., Sez. I, 27 settembre 2012, n. 16511, in *Giust. civ.*, 2012, 10, I, 2263.
[37] MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, Milano, 1954, 199.
[38] FUNAIOLI, *Il giuoco e la scommessa*, in *Trattato di dir. civ.*, diretto da VASSALLI, Torino, 1961, 126.

CAPITOLO VIII
CONTRATTI DI DEFINIZIONE DELLE LITI

SEZIONE I · LA TRANSAZIONE

▪**1.** La transazione: nozione e natura. ▪**1.1.** La struttura. ▪**1.1.1.** I soggetti. ▪**1.1.2.** L'oggetto. ▪**1.1.3.** La forma. ▪**1.2.** I tipi di transazione. ▪**1.2.1.** In particolare: la c.d. transazione novativa. ▪**1.2.2.** La transazione su documenti falsi. ▪**1.3.** I vizi della transazione. annullabilità, nullità e rescissione. ▪**1.4.** La risoluzione. ▪**1.5.** La differenza con altri istituti.

SEZIONE II · LA CESSIONE DEI BENI AI CREDITORI

▪**2.** La cessione dei beni ai creditori: nozione, origine dell'istituto e rilievo pratico. ▪**2.1.** Natura giuridica. ▪**2.2**. Il contratto: a) funzione; b) forma; c) profili soggettivi ed oggettivi. ▪**2.3**. Gli effetti della cessione. ▪**2.4**. Le parti: a) i creditori cessionari; b) il debitore cedente. ▪**2.5.** La conclusione del rapporto. ▪**2.6.** La patologia del contratto: annullamento e risoluzione. ▪**2.7.** Rapporto con altre forme di cessione dei beni.

SEZIONE III · IL SEQUESTRO CONVENZIONALE

▪**3.** Il sequestro convenzionale: funzione e natura giuridica. ▪**3.1.** Il contratto. ▪**3.2.** La disciplina del rapporto.

SEZIONE I ▪ LA TRANSAZIONE

1. La transazione: nozione e natura.

La nozione

L'etimologia del termine «transazione» è riconducibile a *trans agere* che significa "andare al di là, oltrepassare". La transazione è un contratto con cui le parti compongono una controversia insorta tra loro (anche soltanto potenziale), superandola. Il «superare la lite» costituisce la funzione essenziale della transazione, che si persegue attraverso reciproche concessioni, (c.d. *aliquid datum aliquid retentum*)[1].

La natura

La transazione è un contratto tipico, volto alla composizione della lite, collocato dal legislatore del 1942 nel Libro IV, Titolo III, Capo XXV del codice civile.

L'art. 1965 c.c., nel primo co., definisce la transazione come «*il contratto col quale le parti, facendosi reciproche concessioni, pongono fine a una lite già incominciata o prevengono una lite che può sorgere*». Detto comma descrive la c.d. transazione pura, che si distingue dalla c.d. transazione mista, che è disciplinata nel secondo comma, ai sensi del quale «*con le reciproche concessioni si possono creare, modificare o estinguere anche rapporti diversi da quello che ha formato oggetto della pretesa e della contestazione fra le parti*».

Non a caso, alla luce delle superiori definizioni, autorevole dottrina ha affermato che la transazione si colloca quale figura di confine tra diritto sostanziale e diritto processuale[2], tant'è che secondo l'art 1772 del codice civile del 1865 «*le transazioni hanno tra le parti l'autorità di una sentenza irrevocabile*».

Questa definizione aveva acceso il dibattito scientifico sulla natura della transazione, poiché si riteneva che, dato l'accostamento con la sentenza, il contratto di transazione avesse natura dichiarativa e non dispositivo/costitutiva.

La mancata riproposizione, nel codice vigente, di quanto previsto nel codice civile del 1865, nonché l'art. 1976 del nuovo codice (che prevede la possibile risoluzione per inadempimento della transazione) ha avallato, invece, la tesi della natura costitutivo/dispositiva all'istituto.

Così come sopra ricordato, la transazione presuppone un atto dispositivo di diritti, cosicché diventa comprensibile la regola dettata dall'art. 1966, comma 1, c.c. laddove si prevede che: «*per transigere le parti devono avere la capacità di disporre dei diritti che formano oggetto della lite. La transazione è nulla se tali diritti, per loro natura o per espressa disposizione di legge, sono sottratti alla disponibilità delle parti*».

1.1. La struttura.

Strutturalmente la transazione è un contratto un contratto di scambio, a titolo oneroso, che ha come funzione quella di risolvere o prevenire una lite a fronte di reciproche concessioni.

La *res litigiosa*

Elementi strutturali necessari per detto contratto sono: a) la *res litigiosa*, b) le reciproche concessioni.

Autorevole dottrina[3] riteneva che per lite dovesse intendersi il processo (iniziato o possibile); la giurisprudenza, invece, ha richiamato genericamente i concetti di

[1] Cfr. POLACCO, *Del contratto di transazione*, Roma, 1921, 7; SANTORO PASSARELLI, *Nozione della transazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1956, 310; COSTANZA, in *Commentario al codice civile* a cura di Cendon, 1784; RESCIGNO, *Manuale del diritto privato italiano*, Napoli, 1992, 783.

[2] SANTORO PASSARELLI, *La transazione*, Napoli, 1963, 4.

[3] CARRESI, *op. cit.*, 57.

contestazione, controversia, conflitto tra pretese.
In particolare, la giurisprudenza della Corte di Cassazione ritiene sufficiente per la transazione un conflitto di interesse, indipendentemente dal fatto che tali interessi, poi, siano concretamente azionabili in giudizio, ricordando però che occorre sempre una fase di contrapposizione.

1.1.1. I soggetti.

L'art. 1966 c.c., al primo comma, prevede che «*per transigere le parti devono avere la capacità di disporre dei diritti che formano oggetto della lite*»; al secondo comma aggiunge che «*la transazione è nulla se tali diritti, per loro natura o per espressa disposizione di legge, sono sottratti alla disponibilità delle parti*».

La capacità a transigere e legittimazione

L'esatta portata dell'inciso «*capacità di disporre dei diritti*» non è di facile intellegibilità. Infatti, secondo un primo orientamento[4], tale inciso richiama la capacità d'agire generale, mentre, secondo diverso orientamento, invece, si riferisce alla legittimazione a transigere[5].

È evidente che aderire all'una o all'altra teoria è determinante ai fini di determinare le conseguenze giuridiche sul contratto; infatti, il richiamo alla nozione generale di capacità di agire comporterebbe, in caso di una sua eventuale mancanza, l'annullabilità del contratto *ex* art. 1425 c.c.[6], invece, nel caso in cui si propenda per la teoria della legittimazione a transigere[7], troverebbe ingresso un'ipotesi di inefficacia contrattuale.

Anche sulla previsione del secondo comma dell'art. 1966 c.c. non vi è univocità di opinioni in dottrina e giurisprudenza. Infatti, secondo alcuni autori il suddetto comma fa riferimento ad un requisito soggettivo delle parti, cioè alla posizione delle stesse rispetto all'oggetto della lite, cioè alla c.d. capacità di disporre[8], mentre, per altra opinione, tale norma descrive, non un profilo soggettivo, ma l'oggetto del contratto di transazione[9]. Appare preferibile un terzo orientamento, sostenuto da autorevole dottrina[10], secondo cui il primo comma dell'art. 1966 c.c. si riferisce tanto alla capacità di agire generale, quanto alla c.d. legittimazione a contrarre[11].
In ogni caso, deve riconoscersi la capacità o il potere di transigere una controversia a colui che ha la capacità o il potere di compiere l'atto idoneo a dar vita alla situazione giuridica controversa. È incontestato che, in difetto di tale requisito per espressa disposizione codicistica il contratto di transazione è nullo.
Pertanto, sono capaci di transigere tutti i soggetti giuridici che godono di capacità di agire che le persone fisiche acquistano pienamente con il raggiungimento della

[4] PUGLIATTI, *Della transazione*, in *Commentario del codice civile*, Libro delle obbligazioni, II, 2, Firenze, 1949, 466.
[5] CARRESI, *op. cit*., 128.
[6] MINERVINI, *Della transazione*, in *Codice civile commentato con la dottrina e la giurisprudenza* a cura di PERLINGIERI, *Libro IV, Delle obbligazioni*, tomo 2, Bologna-Napoli, 1991, 1456.
[7]. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Tratt. dir. civ. it*. diretto da Vassalli, XV, tomo 2, Torino, 1960, 225.
[8] PUGLIATTI, *Della transazione*, in *Commentario del codice civile*, Libro delle obbligazioni, II, 2, Firenze, 1949, 466.
[9] CARRESI, *op. cit*., 128.
[10] SANTORO-PASSARELLI, *La transazione*, Napoli, 1963, 97.
[11] Sulla nozione di legittimazione a contrarre vedi FALZEA, voce *«Capacità»*, in *Enc. Dir.*, Roma-Milano, 1960, 12-46.

maggiore età (salvo per gli atti per i quali non sia stabilita un'età diversa, *ex* art. 2 c.c.).

1.1.2. L'oggetto.

L'oggetto del contratto di transazione rappresenta una questione ancora «aperta» nel dibattito giurisprudenziale e dottrinario.

I. La teoria tradizionale "i diritti"

Il codice civile non definisce l'oggetto della transazione nel capo XXV, Titolo III del Libro IV, cioè nella parte dedicata a tale contratto, ma tale nozione è ricavabile dall'art. 2113 c.c., che - nel prevedere l'invalidità delle rinunce e delle transazioni che hanno per oggetto diritti del prestatore di lavoro derivanti da disposizioni inderogabili della legge e dei contratti o accordi collettivi concernenti i rapporti di cui all'art. 409 c.p.c. – consente di affermare che oggetto del contratto di transazione sono «i diritti».

A ben vedere, però, tale definizione è incompleta poiché non appare sufficiente affermare che oggetto della transazione sono i diritti, poiché l'eventuale inesistenza del diritto vantato o del rapporto affermato non rende la transazione priva di oggetto.

II. La teoria che individua l'oggetto nelle situazioni giuridiche coinvolte

Autorevole dottrina[12] ha individuato la lite quale oggetto della transazione e solo in via mediata le situazioni giuridiche soggettive in essa coinvolte.

Tale ricostruzione ha suscitato le critiche di altri Autori[13], che ricordano come non sia possibile riferire alla lite i requisiti di idoneità dell'oggetto previsti all'art. 1346 c.c.

III. La teoria più recente: la situazione giuridica controversa

In ossequio a tali perplessità della dottrina, la giurisprudenza di legittimità ha mutato orientamento chiarendo che: «*oggetto della transazione non è la lite in atto o che può sorgere - in quanto la lite ne è solo il presupposto ed in quanto ad essa non possono riferirsi i requisiti di cui all'art. 1346 c.c. - ma è la situazione giuridica controversa, cioè la cosa o il comportamento su cui vertono la pretesa e la contestazione delle parti con la precisazione che, poiché la transazione non importa una volizione retrospettiva, come invece nel contratto di accertamento, esso va considerato essenzialmente sul piano della situazione che alla transazione medesima consegue*»[14].

IV. La teoria dottrinaria: le reciproche concessioni

Occorre segnalare, infine, un differente orientamento dottrinario che rinviene nelle reciproche concessioni l'oggetto del contratto di transazione[15].

A quest'ultima ricostruzione si sono mosse obiezioni sotto un duplice profilo. In primo luogo, secondo autorevole opinione[16], le reciproche concessioni, più che l'oggetto, concorrono ad individuare la funzione della transazione. È pur vero che l'obiezione non sembra decisiva: il fatto che esse contribuiscano a determinare la causa del contratto non esclude che, al tempo stesso, ne siano l'oggetto, come accade nella vendita, dove la cosa ed il prezzo costituiscono l'oggetto e concorrono ad individuare la funzione del contratto[17].

Vi è inoltre un'opinione sincretica che ritiene che l'oggetto della transazione sia al

---

[12] CARRESI, *La transazione*, in *Trattato di diritto civile* diretto da Vassalli, Torino, 1956, 137.
[13] SANTORO-PASSARELLI, *op. cit.*, 116.
[14] Cass. civ., Sez. III, 3 aprile 2003, n. 5139, in *Foro it.*, 2003, I, 3047.
[15] CANDIAN, *Nuove riflessioni sulle dichiarazioni riproduttive dei negozi giuridici*, in *Saggi di diritto*, I, Padova, 1931, 210; VALSECCHI, *Gioco e scommessa. Transazione*, in *Trattato di diritto civile*, Milano, 1954, 147.
[16] SANTORO PASSARELLI, *op. cit.*, 117.
[17] TRASATTI, *nota a Cass. civ., sez. III, 3 aprile 2003, n. 5139*, in *Riv. not.*, 2004, 1, 192.

tempo stesso costituito dalla lite e dalle reciproche concessioni[18].

Questo indirizzo dottrinario espressamente ricorda che: «*la concessione che ciascuna delle parti fa all'altra comprende in sé anche l'abbandono della propria pretesa. Detto in altre parole, nella transazione ciascuno dei contraenti è disposto a rinunciare alla propria pretesa - nei termini in cui è stata formulata - e a venire incontro parzialmente alle richieste della controparte qualora quest'ultima faccia altrettanto*».

V. La teoria sincretica

Occorre segnale un'ulteriore nozione dell'oggetto del contratto di transazione che riprendendo in maniera evolutiva la teoria sopra esposta individua l'oggetto della transazione «*nelle prestazioni in cui consistono le reciproche concessioni, cioè nei diritti di cui si dispone*»[19]. In tal modo, si potrebbe dettare un'unica definizione delle nozioni di oggetto della transazione sia che si tratti di transazione semplice (o pura) o di transazione complessa (art. 1965, comma 2, c.c.); conclusione non condivisibile, invece, per coloro che aderiscono alla tesi dell'oggetto come situazione giuridica controversa, poiché nella transazione complessa si compone la lite mediante prestazioni estranee alla situazione giuridica controversa.

L'art. 1346 c.c.

L'oggetto del contratto alla stregua dei principi dettati dall'art. 1346 c.c. deve essere possibile, lecito determinato o determinabile.

VI. La teoria che rinviene l'oggetto del contratto nelle prestazioni in cui consistono le reciproche concessioni, cioè nei diritti di cui si dispone

Nel caso della transazione la possibilità dell'oggetto deve riferirsi alla situazione giuridica controversa, cioè alla *res litigiosa*. La transazione pura prevista dall'art. 1965, comma 1, c.c. non può non avere ad oggetto una *res litigiosa*. Nella transazione complessa, di contro, l'oggetto del contratto può essere solo parzialmente litigioso. La litigiosità può essere sia giudiziale che stragiudiziale.

Come sopra ricordato la *res* oltre che *litigiosa* deve essere *dubia*.

L'oggetto della transazione, a mente dell'art. 1346 c.c., deve essere altresì lecito.

La disciplina codicistica prevede espressamente illiceità dell'oggetto della transazione qualora la stessa verta su diritti che per loro natura o per espressa disposizione della legge sono sottratti alla disponibilità delle parti (art. 1966, comma 2, c.c.), o se si tratti di transazione vertente sulla nullità di un contratto illecito. (art. 1972, comma 1, c.c.).

Infine, l'oggetto della transazione deve essere determinato o determinabile, pertanto il contratto di transazione deve specificare o rendere individuabili la lite o liti e i rapporti giuridici controversi che le parti intendono comporre.

1.1.3. La forma.

La forma del contratto di transazione viene disciplinata dall'art. 1967 c.c., ove si stabilisce che: «*le transazioni devono essere provate per iscritto, fermo il disposto del n. 12 dell'articolo 1350*». La norma in esame prevede in generale la forma scritta *ad probationem*, con l'eccezione delle transazioni che abbiano per oggetto i diritti menzionati nell'art. 1350, nn. 1-11, c.c. che devono essere fatte per atto pubblico o per scrittura privata, *ad substantiam*.

La forma "*ad substantiam*"

La forma *ad substantiam* è richiesta nel caso in cui parte contrattuale sia una P.A.

È bene sottolineare che il codice civile del 1865 prevedeva la forma scritta *ad substantiam* per tutti i contratti di transazione, mentre il codice vigente ha sancito la libertà della forma del contratto di transazione.

---

[18] TRASATTI, *op. cit.*, 193.

[19] DEL PRATO, voce «*Transazione (dir. priv.)*», in *Enc. Dir.*, XLIV, Milano, 1992, 842-843.

La forma richiesta *ad probationem* esclude che si possa dare la prova della transazione per testimoni, e di conseguenza, per presunzioni.
La prova testimoniale nel caso di forma scritta *ad probationem* può essere ammessa qualora non si intenda provare il contratto di transazione, ma che lo stesso sia venuto materialmente ad esistenza.
Il giudice, però, potrà giovarsi di qualsiasi prova scritta dell'accordo transattivo (es. corrispondenza scambiata tra le parti) nonché della confessione giudiziale o extragiudiziale o dal giuramento.
Giova ricordare una particolare problematica relativa alla quietanza di pagamento come prova dell'accordo transattivo di tutti i rapporti obbligatori tra le parti (e del valore transattivo del *reçu pour solde de tout compte* di matrice francese).
La sottoscrizione unilaterale del documento può essere sufficiente in presenza di una inequivoca manifestazione di volontà della controparte di avvalersi del negozio documentato e, in particolare, della produzione della scrittura in giudizio. Pertanto, anche una quietanza liberatoria può integrare gli estremi del negozio transattivo e la prova di esso può essere fornita con una pluralità di scritti non contestuali e, quindi, anche con la corrispondenza scambiata dalle parti[20].

1.2. I tipi di transazione.

Dalla disciplina codicistica emergono tre diversi «tipi» di transazione:
1) la transazione «pura» o semplice, contemplata al 1° co. dell'art. 1965 c.c., nella quale le parti affiancano l'accordo transattivo al precedente regolamento d'interessi; **a) Transazione semplice**
2) la transazione c.d. mista prevista al comma 2 dell'art. 1965 c.c., ove attraverso le reciproche concessioni si incide su rapporti diversi da quelli che hanno formato oggetto della pretesa e della contestazione delle parti, creandoli, modificandoli o estinguendoli[21]. In tal modo, la transazione può essere validamente conclusa anche nell'ipotesi di collegamenti negoziali tra contratti aventi schemi causali propri ed autonomi; **b) Transazione mista**
3) la transazione c.d. novativa con la quale si sostituisce integralmente il precedente rapporto con un nuovo regolamento d'interessi. **c) Transazione novativa**

1.2.1. In particolare: la c.d. transazione novativa.

La figura della transazione novativa trova il proprio aggancio normativo nell'art. 1976 c.c., ove si fa espressamente riferimento all'ipotesi in cui la transazione estingua il preesistente rapporto giuridico per novazione.
Attualmente non è possibile dettare una definizione univocamente accettata di transazione novativa, sia in dottrina sia in giurisprudenza.
Secondo parte della dottrina, la transazione novativa rappresenta un contratto scaturente dalla combinazione tra funzione transattiva e funzione novativa[22]. Tale interpretazione è stata seguita da parte della giurisprudenza di legittimità e di merito, che ha ritenuto di rinvenire tale tipo di transazione solo qualora fossero **I. La teoria della combinazione tra funzione novativa e funzione transattiva**

[20] Cass. civ., Sez. II, Sentenza, 04/09/2020, n. 18489.
[21] PICCIANO, *Transazione semplice e novativa: brevi note in tema di nullità della «prior obligatio»*, in *Riv. dir. civ.*, 1999, II, 437.
[22] Così BIANCA. *Diritto civile*. 4. *L'obbligazione*, Milano, 1993, 455. In tal senso già CODACCI PISANELLI, *L'ampiezza del concetto di novazione*, in *Riv. it. sc. giur.,* 1950, 360-361.

presenti sia l'*aliquid novi* sia l'*animus novandi*.

II. La teoria che distingue la transazione funzione novativa

Altra parte della dottrina[23], di contro, distingue l'istituto obbligatorio della novazione con il particolare fenomeno estintivo-costitutivo di tale tipo di transazione.

La giurisprudenza più recente, invece, pur accogliendo la prima teoria oscilla nel ritenere necessaria la contemporanea presenza sia dell'elemento soggettivo che dell'elemento oggettivo.

III. L'indirizzo della giurisprudenza

Una pronuncia della Suprema Corte sembra aver concentrato l'attenzione sulla necessità di valutare l'*aliquid novi*, in particolare in detta pronuncia la Cassazione afferma che: «*la transazione assume carattere novativo allorquando le parti, in sede di accordo transattivo, non si limitano a reciproche concessioni, ma danno vita ad autonomi quanto nuovi rapporti giuridici anche incompatibili con la situazione preesistente e la transazione produce l'effetto di eliminare alla radice il conflitto solo a seguito della sua compiuta esecuzione*»[24].

È evidente che i giudici di legittimità hanno ritenuto necessario che dal contratto di transazione emerga una manifestazione inequivocabile di voler estinguere il precedente rapporto per dar vita ad uno nuovo e diverso.

IV. L'elemento oggettivo

La giurisprudenza di legittimità, oltre a ribadire e riaffermare la necessità congiunta dei requisiti dell'*aliquid novi* e dell'*animus novandi* ne specifica l'esatta portata. In particolare, per l'elemento oggettivo (l'*aliquid novi*) occorre rinvenire un'incompatibilità tra il rapporto discendente dalla transazione e quello originario; per l'elemento soggettivo (l'*animus novandi*) occorre la manifestazione di volontà espressa (quindi, non implicita) diretta e non equivoca ad estinguere la precedente situazione.

V. L'elemento soggettivo

È ancora aperto il dibattito giurisprudenziale sulla necessità che nella transazione novativa debba concorrere solo l'elemento oggettivo, oppure sia l'elemento oggettivo che quello soggettivo. In ogni caso, si può senz'altro affermare che la giurisprudenza sembra aver raggiunto un assetto definitivo in ordine alla definizione di transazione novativa ed a riconoscere l'autonomia di detta figura rispetto alla c.d. transazione semplice.

Invece, la dottrina è ancora divisa tra coloro che negano l'esistenza di un'autonoma nozione di transazione novativa diversa e differente dalla transazione semplice. Infatti, secondo un indirizzo dottrinario[25] tutte le transazioni, per definizione, hanno natura novativa poiché tutte le transazioni hanno natura costitutiva. Invece, per un diverso indirizzo[26] la transazione semplice ha natura dichiarativa/accertativa, pertanto, la transazione novativa si caratterizza per l'effetto costitutivo. Per altra opinione ancora, la transazione novativa realizza un collegamento tra due diversi negozi: una transazione semplice di carattere dichiarativo e un ulteriore negozio di carattere dispositivo/costitutivo[27].

1.2.2. La transazione su documenti falsi.

L'art. 1968 c.c. contempla un particolare caso in cui la transazione può avere ad

[23] MOSCARINI-CORBO, *voce «Transazione»*, in *Enc. giur. Treccani*, XXXI, Roma, 1998, 9.
[24] Cass. civ., Sez. III, 15 settembre 2008, n. 23674, in *Giust. civ. Mass.*, 2008, 9, 1363.
[25] D'ONOFRIO, *Della transazione*, in *Comm.* a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1974, 282.
[26] CARRESI, *op. cit.*, 77.
[27] NICOLÒ, *Transazione e novazione*, in *Ann. dir. comp. st. legisl.*, 1934, IX, 5.

oggetto una lite riguardante la falsità di un documento. In tale ipotesi, la norma prevede, a pena di inefficacia, l'omologazione della transazione conclusa durante lo svolgimento di un giudizio civile di falso, ad opera del Tribunale, sentito il P.M.
L'espresso riferimento alla pendenza di un giudizio civile esclude l'applicabilità della norma nelle liti stragiudiziali.
Deve sottolinearsi che la transazione non verte sulla falsità del documento, che oltre ad essere una materia sottratta alla disponibilità delle parti, non consentirebbe di ravvisare concessioni reciproche, ma sulla «*situazione esistente fra le parti, con l'inclusione fra le reciproche concessioni del non uso o dell'uso del documento*» e sulla costituzione di un vincolo che va «*al di là di una semplice obbligazione*»[28].
L'omologazione del Tribunale opera quale *condicio iuris* per la mera efficacia della transazione che dal punto di vista strutturale è completa e perfettamente valida[29].
Il Tribunale può solo omologare la transazione, non potendo apportare modificazioni.

1.3. I vizi della transazione: annullabilità, nullità e rescissione.

L'annullabilità per errore di diritto

Al contratto di transazione si può indubbiamente applicare la disciplina generale sui vizi della volontà. Ciò è indubbio per quanto riguarda la violenza e il dolo, mentre vi sono alcune peculiarità relativamente alla disciplina dell'errore.
L'art. 1969 c.c. prevede espressamente che «*la transazione non può essere annullata per errore di diritto relativo alle questioni che sono state oggetto di controversia tra le parti*». Tale norma, ad una prima lettura, rappresenta un limite all'operatività della disciplina generale sull'errore prevista dall'art. 1429 c.c.
Le superiori affermazioni, seppur condivisibili, necessitano di opportune precisazioni, in particolare, di una premessa: la transazione rappresenta l'alternativa all'accertamento di quale fra le parti abbia giuridicamente ragione.
È evidente che la transazione diverrebbe inutile nel caso in cui venisse ammesso un sindacato su tale questione.

L'errore di fatto

Anche larga parte della dottrina ritiene di poter estendere la regola dettata dall'art. 1969 c.c. all'errore di fatto[30]. In un certo senso la transazione presuppone sempre un errore di fatto o di diritto sulla lite (almeno una delle due parti ha infatti una rappresentazione errata della realtà, stante l'impossibilità ontologica che entrambe, pur sostenendo tesi diverse, abbiano «ragione»).
Se l'errore sulle questioni che sono state oggetto della controversia (il c.d. «*caput controversum*») non è rilevante, occorre comprendere esattamente la portata di tale nozione al fine di delineare i limiti di tale preclusione.
La giurisprudenza della Suprema Corte ribadisce che «*caput controversum*» è quello che incide sull'oggetto del contratto (nozione di difficile individuazione, così come abbiamo visto precedentemente).

---

[28] SANTORO PASSARELLI, *L'omologazione della transazione*, in *Libertà e autorità nel diritto civile. Altri saggi*, Padova, 1977, 115.
[29] DEL PRATO, *La transazione*, Milano, 1992, 58.
[30] Per un'analisi di detti profili vedi SANTORO PASSARELLI, *op. cit.*, 156 e 159; VALSECCHI, *op. cit.*.. 329; FRANZONI, *La transazione*., Padova, 2001.

In altre parole, i giudici di legittimità chiariscono che l'errore di diritto può rilevare qualora coinvolga i presupposti del «*caput controversum*» e sia antecedente logico della controversia.
La validità di tale impostazione è ricavabile dalla lettura congiunta dell'art. 1969 c.c. e dell'art. 1971 c.c., ove si prevede che: «*se una della parti era consapevole della temerarietà della sua pretesa, l'altra può chiedere l'annullamento della transazione*»: in questo caso, infatti, l'errore di fatto o diritto sulla pretesa di una parte può rilevare solo nel caso di piena consapevolezza della temerarietà (della pretesa) dell'altra parte, che determina l'annullabilità del contratto in quanto affetto da vizio di causa[31].
Ancora, l'art. 1972, comma 2, c.c., sancendo l'annullabilità della transazione fatta sulla base di un titolo nullo qualora richiesta dalla parte che ignorava la causa di nullità del titolo, consente di dare rilevanza ad un errore sulla situazione giuridica preesistente.
Così anche l'art. 1973 c.c. ove si prevede l'annullamento della transazione «*fatta sulla base di documenti in seguito riconosciuti falsi*», e l'art. 1974 c.c., che ammette l'annullabilità della transazione intervenuta su una lite già decisa con sentenza passata in giudicato, se del giudicato le parti o una di esse al momento della transazione non avevano notizia.
Tutte le sopracitate ipotesi presuppongono un'errata conoscenza della situazione preesistente.
È bene sottolineare che le specifiche ipotesi di errore rilevante previste per il contratto di transazione devono soddisfare i requisiti di rilevanza stabiliti nella parte generale, quali, in particolare essenziale e riconoscibile (art. 1428 c.c.).

La nullità del contratto di transazione

Il contratto di transazione soggiace sicuramente al regime generale di cause di nullità di cui all'art. 1418 c.c. L'art. 1972 c.c. prevede espressamente che «*è nulla la transazione relativa a un contratto illecito, ancorché le parti abbiano trattato della nullità di questo*». Il contratto illecito cioè il contratto con causa (art. 1343 c.c.) o motivo illeciti (art. 1345 c.c.) non può formare oggetto di transazione.
Altra ipotesi di nullità è quella già precedentemente richiamata e contemplata all'art. 1966, co. 2, c.c. ove si prevede la nullità della transazione su diritti indisponibili.
Il contratto di transazione conosce un'ulteriore deroga rispetto alla disciplina generale del contratto; difatti, l'art. 1970 c.c. prevede che «*la transazione non può essere impugnata per causa di lesione*», pertanto, la disciplina prevista all'art. 1448 c.c. non trova applicazione per il contratto di transazione.
Occorre evidenziare che parte della dottrina[32] spiega il fondamento logico-giuridico disconoscendo la natura dispositiva e/o costitutiva (natura ribadita dalla Suprema Corte, la quale ricorda che l'accordo transattivo, mediante reciproche

[31] Si ritiene, generalmente, che presupposto per l'applicazione della norma sia l'elemento oggettivo della consapevolezza di una delle parti della temerarietà della pretesa, vale a dire della sua assoluta infondatezza (Tribunale Bari, Sez. II, 26/02/2008, n. 485), e l'elemento soggettivo del dolo (Cass. civ., Sez. lavoro, Sentenza, 21/04/2022, n. 12744; Cass. civ., Sez. III, 03/04/2003, n. 5139; Cass. civ., Sez. III, 04/06/1988, n. 3797); in particolare, poi, tale temerarietà non può essere provata per mezzo delle dichiarazioni rese dalle parti in sede di transazione circa le reciproche concessioni che ciascuna fa all'altra (Cass. civ., Sez. lavoro, 23/01/1997, n. 712).
[32] Così FINO, *Transazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, 311.

concessioni, rappresenta una fonte costitutiva di nuove situazioni giuridiche soggettive), nonché la loro riconducibilità nell'alveo dei contratti bilaterali a prestazioni corrispettive; difatti, secondo detta opinione dottrinale dal contratto transattivo non sorgono nuovi diritti poiché «*se due parti contrapposte in virtù di pretese incrociate decidono di rinunciare entrambe alle proprie rivendicazioni, concludendo un accordo transattivo, non si vede proprio quale dovrebbe essere la prestazione eziologicamente discendente dal consenso prestato*»[33] . In altri termini, secondo questa opinione, l'art. 1970 c.c. può essere compiutamente compreso solo tenendo conto che non vi può essere una sproporzione *ultra dimidium* tra prestazioni contrattuali, poiché nella transazione non vi sono prestazioni che scaturiscono dall'accordo.

1.4. La risoluzione.

L'art. 1976 c.c. esclude espressamente la possibilità di risolvere per inadempimento il contratto di transazione novativa «*salvo che il diritto alla risoluzione sia stato espressamente stipulato*». Tale regola (derogabile dalle parti) è legata alla particolare natura della transazione novativa la quale, presupponendo il venir meno dell'originario rapporto - ormai estinto - non consente una reviviscenza del rapporto originario.

Gli altri casi di risoluzione

Diversamente, la transazione semplice è risolvibile per inadempimento.
È indubbio che la transazione, sia semplice che novativa, può essere risolta per impossibilità sopravvenuta ed eccessiva onerosità.
La Suprema Corte ha ritenuto che l'art. 1976 vada interpretato restrittivamente, cioè con riferimento solo all'ipotesi della risoluzione per inadempimento e non per impossibilità sopravvenuta[34] [35].

1.5. La differenza con altri istituti.

È necessario distinguere il contratto di transazione da figure contrattuali affini, ma che rivestono ambiti di operatività differenti.

Differenze con il negozio di accertamento

Sicuramente il contratto di transazione presenta forti affinità con il negozio di accertamento, ma sia la dottrina sia la giurisprudenza hanno rinvenuto degli elementi che chiaramente distinguono le due figure. Innanzitutto, la transazione è un contratto che ai sensi dell'art. 1321 c.c. necessita dell'accordo delle parti, mentre il negozio di accertamento può manifestarsi non solo come contratto atipico *ex* art. 1322 c.c., ma anche come un atto di ricognizione unilaterale *ex* art. 1988 c.c.[36]; inoltre, mentre la transazione ha natura costitutiva, il negozio di accertamento ha natura dichiarativa.
Altra differenza risiede nella necessità che nel contratto di transazione vi siano le reciproche concessioni, mentre nel negozio di accertamento vi è solo la necessità di fissare il contenuto di un rapporto giuridico preesistente.
Inoltre, mentre lo scopo della transazione è quello di dirimere una controversia,

[33] Cass. civ., Sez. III, 12 novembre 1988, n. 6138, in *Giust. Civ. Mass.*, 1988.
[34] Cass. civ., Sez. II, 28/08/1993, n. 9125.
[35] In ogni caso, la transazione a esecuzione differita è suscettibile di risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta in applicazione del principio generale di cui all' art. 1467 (Cass. civ., Sez. II, Sentenza, 20/02/2020, n. 4451).
[36] Sulla natura di tale atto vedi RADOCCIA, *Transazione e accertamento*, in *Giur. merito*, 2005, 1259.

tanto è che il contratto di transazione presuppone la lite, il negozio di accertamento è finalizzato ad eliminare una situazione d'incertezza.

La differenza con il compromesso arbitrale

Dalla transazione si distingue il compromesso arbitrale, cioè quel contratto con cui le parti devolvono ad uno o più arbitri una controversia in luogo del giudice ordinario. L'arbitrato si distingue in rituale (secondo le norme previste) e irrituale, in tal caso l'arbitro sostanzialmente è un mandatario a transigere la cui decisione può valere o come accertamento o transazione impugnabile con riguardo ai limiti del mandato[37].

[37] Cass. civ., Sez. I, 15 luglio 2004, n. 13114, in *Giust. Civ. Mass.*, 2004.

SEZIONE II • LA CESSIONE DEI BENI AI CREDITORI

2. La cessione dei beni ai creditori: nozione, origine dell'istituto e rilievo pratico.

Origine storica nel diritto romano

La cessione dei beni ai creditori trova origine storica nel diritto romano, sistema nel quale, per lungo tempo, la responsabilità patrimoniale nascente da inadempimento delle obbligazioni si traduceva in responsabilità personale del debitore.

L'affermarsi del principio della responsabilità patrimoniale in luogo di quella personale (la cui origine storica può individuarsi nella *lex Poetelia Papiria,* che abolì la figura del *nexum*) comporta il nascere di istituti che consentono la soddisfazione del creditore con strumenti diversi dalla spontanea *solutio*, ovvero dalla soddisfazione coattiva sulla persona del debitore. Ci si riferisce alle procedure di vendita coattiva dei beni del debitore, *bonorum venditio* (vendita in blocco di beni) e successivamente anche *bonorum distractio* (vendita di singoli beni), istituti - tramandatisi nella tradizione giuridica fino ai giorni nostri - che costituiscono gli antenati delle odierne procedure espropriative.

La *cessio bonorum* rappresenta il momento di inizio della transizione dalla responsabilità patrimoniale a quella personale

Nell'ambito della transizione dalla responsabilità personale a quella patrimoniale si colloca la *cessio honorum* - introdotta con la *lex Iulia de bonis cedendis* (attribuita ad Augusto) che per il Mommsen[38] avrebbe attribuito all'autore «l'imperituro onore di avere per primo emancipata la libertà personale dal capitale» - istituto che consentiva al debitore di cedere i suoi beni ai creditori a fini liquidatori e poi satisfattori.

Connotati non dissimili presenta la cessione dei beni ai creditori nel nostro ordinamento, prevista e disciplinata dagli artt. 1977 e ss. c.c.

La cessione dei beni ai creditori è «*il contratto col quale il debitore incarica i suoi creditori o alcuni di essi di liquidare tutte o alcune sue attività e di ripartire tra loro il ricavato in soddisfacimento dei loro crediti*».

Si tratta, quindi, di contratto con funzione liquidatoria del patrimonio del debitore oggetto della cessione al fine di soddisfare con il ricavato, in proporzione dei rispettivi crediti, i creditori che hanno partecipato al contratto di cessione. La legge (art. 1980 c.c.) garantisce, inoltre, ai creditori cessionari che dal momento della cessione il debitore non possa più disporre dei beni che ceduti e prevede che all'esito della distribuzione delle somme il debitore sia liberato verso i creditori cessionari, seppur nei limiti di quanto gli stessi hanno ricevuto (art. 1984 c.c.).

L'istituto non ha trovato particolare riscontro pratico, come testimoniato dal modesto numero di pronunzie giurisprudenziali, se non nell'ambito del concordato preventivo istituto previsto dalla legge fallimentare con il quale il debitore insolvente propone ai creditori una soddisfazione totale o parziale, anche eventualmente mediante cessione dei beni, allo scopo di estinguere la propria obbligazione ed evitare il fallimento.

Una peculiarità della cessione dei crediti sta nel fatto che si tratta di figura che «*nella sua tipicità, non corrisponde mai esattamente alle categorie giuridiche fondamentali proposte per gli istituti affini perché, in qualche misura, li riassume*»[39].

[38] MOMMSEN, *Storia di Roma*, III, Roma, 1963, 1177.

[39] DE MEO, *La cessione dei beni ai creditori*, Milano, 1999, 10.

2.1. Natura giuridica.

Gli orientamenti dottrinali in merito alla natura giuridica dell'istituto possono raggrupparsi in due gruppi: il primo sostiene che il negozio produca effetti reali; il secondo ravvisa effetti solo obbligatori.

Effetti reali

Nell'ambito della prima teoria la realità degli effetti è ricollegata da alcuni ad un vero e proprio trasferimento della proprietà dei beni ai cessionari[40], da altri alla traslazione della facoltà di disporre dei beni[41] (e quindi di amministrarli, venderli, percepirne i frutti, ecc.), da altri ancora al sorgere di un diritto di riscuotere e far proprio il prezzo ricavato dalla alienazione dei beni ceduti[42].

Effetti obbligatori

La dottrina che afferma trattarsi di un contratto con effetti obbligatori, presenta, anch'essa, una pluralità di tesi. Si rinvengono la teoria della sostituzione del creditore (al debitore) con potere dispositivo, detta «convenzionale» perché nascente da un negozio privato[43], la teoria (pre-codicistica) del contratto autorizzativo[44], volta a conferire, sul piano obbligatorio, legittimazione al potere dei cessionari di disporre dei beni, la teoria del mandato[45]. Nell'ambito di tale ultima opzione, in verità maggioritaria, si afferma prevalentemente che si è in presenza di un mandato *in rem suam*, come tale irrevocabile.

La collocazione dell'istituto in questione nell'ambito dei negozi con effetti obbligatori[46] appare senz'altro più corretta.

L'orientamento opposto, peraltro piuttosto risalente, muoveva principalmente dalla necessità di giustificare il potere liquidatorio e satisfattorio (cioè di disporre del bene) che il contratto faceva sorgere sulle *res* cedute.

A parte il fatto che l'attribuzione di un potere dispositivo su determinati beni non è in sé fatto idoneo a connotare il negozio attributivo come ad effetti reali, ancor prima delle pur fondate critiche mosse alla teoria degli effetti reali del negozio, è l'esame del dato normativo, a fornire chiara indicazione della natura obbligatoria degli effetti prodotti dal contratto. Gli atti dispositivi eventualmente posti in essere dal debitore sui beni ceduti in violazione del divieto posto dall'art. 1980, comma 1, c.c. sono inopponibili ai creditori cessionari (e comportano quale unica sanzione la risoluzione per inadempimento del contratto di cessione prevista dall'art. 1985 c.c.) ma efficaci nei confronti dell'acquirente del bene (dal debitore), estraneo al contratto, mentre se si fosse in presenza di negozio con effetti reali il successivo atto dispositivo non potrebbe produrre effetto alcuno[47].

Altro indice della estraneità del negozio alla categoria degli effetti reali si rinviene nell'obbligo di rendiconto previsto dall'art. 1983 c.c., incompatibile con la perdita del diritto reale da parte del cedente.

Come è stato osservato da autorevole dottrina, le esigenze dottrinali di inquadramento della cessione dei beni nell'ambito degli istituti già esistenti,

---

[40] PIOLA, *Cessio bonorum*, in *Nuovo Dig. it.*, Torino, 1938.
[41] FOÀ, *Cessione dei beni ai creditori*, in *Riv. dir. comm.*, 1934, I, 55.
[42] VISALLI, *Cessio honorum e fallimento*, in *Foro it.*, 1959, I, 1742.
[43] DI PACE, *Natura giuridica della cessione dei beni ai creditori*, in *Foro it*, 1938, I, 177.
[44] BETTI, *Natura giuridica della cessione dei beni ai creditori*, in *Riv. dir. comm.*, 1935, II, 304.
[45] STOLFI, in *Riv. dir. civ.* 1933, 349.
[46] MICCIO, *La cessione dei beni ai creditori,* in *Enc. Dir.*, Milano, 1960, 834.
[47] MICCIO, *op. cit.*, 837; VASSALLI-GABRIELLI, *La cessione dei beni ai creditori*, in *Trattato Rescigno*, Torino, 2008, t. V, 205.

possono, tuttavia, ritenersi in gran parte superate dall'esistenza di una disciplina tipica e compiuta[48].

2.2. Il contratto: a) funzione; b) forma; c) profili soggettivi e oggettivi.

Funzione del negozio: liquidazione dei beni per soddisfare i creditori

Per l'individuazione della funzione del negozio di cessione dei beni può muoversi dall'osservazione di quelli che sono gli effetti pratici dell'operazione, enunziati sotto il profilo normativo dall'art. 1977 c.c. Da un lato la liquidazione dei beni, dall'altro – quale momento successivo – la soddisfazione dei creditori e la corrispondente liberazione del debitore.

Gli effetti pratici del negozio conducono all'immediata individuazione della causa nel fine solutorio (liquidatorio-satisfattivo).

A monte sta l'interesse del debitore ad estinguere il debito senza dover subire procedure esecutive e/o concorsuali. Aspetto, questo, che non sembra potersi necessariamente ritenere un interesse comune alle parti e, come tale, da ritenere mero motivo del negozio non idoneo ad assurgere a rilievo causale[49].

Alcuni autori hanno individuato un ulteriore aspetto causale nella funzione di garanzia (indiretta) della posizione dei creditori, che si realizza tramite il divieto di disposizione dei beni, posto dall'art. 1980 c.c., e la trascrizione del contratto (artt. 2649 c.c.)[50] [51].

Forma scritta *ad substantiam*

L'art. 1978 c.c. impone la forma scritta *ad substantiam*, quale che sia la natura dei beni ceduti, con la conseguenza che ogni diversa forma utilizzata comporta la nullità del contratto.

Se tra i beni ceduti figurano crediti vanno osservate le disposizioni dettate dagli artt. 1264 e 1265 c.c. (art. 1978, comma 2, c.c.) in materia di cessione dei crediti.

Parti del contratto sono il debitore ed i creditori

Le parti del contratto in esame sono il debitore (figura nell'ambito della quale va incluso il fideiussore ed in generale chiunque sia personalmente obbligato alla estinzione di un debito) ed i creditori, tutti od alcuni di essi, come testualmente previsto dall'art. 1977 c.c.

I creditori rappresentano un unico centro di interessi ed un'unica parte contrattuale, definibile plurisoggettiva o complessa. La proposta contrattuale può provenire sia dal debitore che dai creditori.

È dubbio, in caso di pluralità di creditori, se la cessione possa concludersi anche con uno solo di essi. In estrema sintesi, all'opinione favorevole che si fonda sul dato testuale (la previsione «alcuni» contenuta nell'art. 1977 c.c. può significare anche uno solo)[52], si contrappone l'opinione che evidenzia come in tal caso si tratterebbe di una *datio in solutum*, non procedendosi ad attività liquidatoria, e verrebbe meno la natura concorsuale (civile) dell'istituto[53].

Contratto aperto?

Si ritiene che il contratto sia un contratto aperto, cui possono, cioè, aderire, anche in un momento successivo alla conclusione, creditori ulteriori (ciò è possibile, evidentemente, fino al riparto del ricavato posto che dopo tale momento il contratto si estingue avendo esaurito il suo scopo).

---

[48] VASSALLI-GABRIELLI, *op. cit.,* 217.

[49] Per una opinione di segno opposto si vedano VASSALLI-GABRIELLI, *op cit*., 211.

[50] MICCIO, *op. cit., 839*.; VASSALLI-GABRIELLI, *op. cit*., 212.

[51] Per una completa disamina delle varie tesi sul profilo causale si veda DE MEO, *op. cit*., 11 ss.

[52] MICCIO, *op. cit.,* 840.

[53] DE MEO, *op. cit.,* 103.

L'adesione successiva al contratto deve, tuttavia, ritenersi consentita solo se tale facoltà costituisce oggetto di espressa pattuizione delle parti originariamente contraenti; in caso contrario – in ossequio al principio della intangibilità degli accordi negoziali se non previo accordo delle stesse parti – sarà necessario il consenso delle parti contraenti, il che, come è stato efficacemente evidenziato[54], di fatto esclude la natura aperta del negozio.

Funzione del negozio: liquidazione dei beni per soddisfare i creditori

Alcuni autori hanno, invece, ritenuto la necessità di consentire l'adesione prescindendo del tutto dal consenso delle parti stipulanti, osservando che questa sarebbe l'unica via per garantire la *par condicio creditorum*[55]. Tale esigenza sembra, tuttavia, già adeguatamente salvaguardata dalla previsione dell'art. 1980, comma 2, c.c., secondo cui i creditori che non hanno partecipato alla cessione possono agire esecutivamente anche sui beni oggetto della cessione stessa.

Venendo all'oggetto del contratto, l'art. 1977 c.c. consente al debitore di cedere «tutte o alcune sue attività» ed il contratto deve indicare i beni ceduti in ossequio all'art. 1346 c.c.

Oggetto del contratto è la cessione di tutte od alcune delle attività che compongono il patrimonio del debitore

La parola attività va intesa alla stregua di «beni», «patrimonio». Tra questi rientrano i crediti (espressamente menzionati dall'art. 1978, comma 2, c.c.), le partecipazioni societarie, e più in generale ogni aspetto patrimoniale della sfera giuridica del cedente che sia suscettibile di liquidazione. Anche i beni in comproprietà possono essere oggetto della cessione, limitatamente alla quota di proprietà del cedente ed i beni impignorabili (artt. 515 e ss. c.p.c.) non rilevando nel caso della cessione volontaria il divieto di sottoporli ad esecuzione coattiva posto dalla legge[56].

Appare ammissibile anche la cessione di beni futuri, ammessa in via generale dall'art. 1348 c.c. È stato evidenziato, in contrario, che così facendo l'efficacia del contratto potrebbe rimanere in sospeso a tempo indeterminato, impedendo la realizzazione dello scopo liquidatorio[57]. All'inconveniente sembra in verità potersi ovviare mediante la previsione di una condizione risolutiva o di un termine.

In via del tutto generale, quale esplicitazione dell'autonomia contrattuale delle parti, deve ritenersi ammissibile l'apposizione al contratto di un termine finale[58].

2.3. Gli effetti della cessione.

L'art. 1980 c.c. informa che «*il debitore non può disporre dei beni ceduti*» ed il combinato disposto degli artt. 2649 e 2687 c.c. prevede l'inefficacia verso i creditori degli atti dispositivi compiuti dal debitore cedente e trascritti dopo la trascrizione[59] della cessione.

Natura obbligatoria del vincolo di indisponibilità che grava sul debitore cedente

Il vincolo di indisponibilità in questione ha natura obbligatoria[60]: non risponde, infatti, all'esigenza «*di garantire la tutela di interessi primari*»[61], bensì di tutelare i creditori

[54] VASSALLI-GABRIELLI, *op. cit.*, 224.
[55] BARBIERA, *I negozi di destinazione alla liquidazione*, *Le cessioni liquidative*, Napoli, 1999, 59.
[56] MICCIO, *op. cit.,* 840.
[57] VASSALLI-GABRIELLI, *op. cit.*, 224.
[58] Cass. civ., Sez. III, 24 ottobre 2003, n. 16013, in *Giust. civ.*, 2004, I, 60.
[59] Per un esame della peculiare operare della trascrizione nel caso della cessione dei crediti si veda GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, in *Il codice civile. Commentario*, diretto da SCHLESINGER, Milano, 1993, 160.
[60] MICCIO, *op. cit.*, 841; GAZZONI, *op. cit.,* 158.; VASSALLI-GABRIELLI, *op. cit.*., 226; DE MEO, *op. cit.,* 177.
[61] VASSALLI-GABRIELLI, *op. cit.*, 226.

verso eventuali atti dispositivi posti in essere dal debitore. Nella fattispecie in esame l'unica sanzione prevista si muove sul piano dei rapporti interni ed è quella della risoluzione del contratto di cessione per inadempimento. Gli eventuali atti dispositivi dei beni ceduti rimarrebbero, invece, perfettamente validi ma inefficaci (per effetto della trascrizione) nei confronti dei creditori cessionari che potrebbero, dunque, procedere alla liquidazione anche dei beni in questione.

I creditori rimasti estranei alla cessione il cui diritto sia sorto in data anteriore alla cessione stessa possono agire esecutivamente anche sui beni del debitore oggetto della cessione ai creditori.

In questo caso, se l'esecuzione promossa riguarda tutti i beni ceduti verrà meno l'oggetto del contratto di cessione con la conseguente estinzione dello stesso; se, invece, l'esecuzione intrapresa colpisce solo alcuni dei beni ceduti l'impossibilità sopravvenuta riguarderà solo parte del contratto.

In entrambe le ipotesi deve ritenersi che i creditori cessionari possano intervenire nella procedura esecutiva.

Se l'esecuzione riguarda, invece, beni non ricompresi nella cessione, l'intervento dei creditori cessionari è precluso dal divieto posto dall'art. 1980 c.c. e sarà necessario procedere alla previa liquidazione dei beni ceduti ovvero ottenere una pronunzia risolutiva della cessione.

2.4. Le parti: a) i creditori cessionari; b) il debitore cedente.

Ai creditori cessionari spetta l'amministrazione del bene

Ai cessionari spetta l'amministrazione dei beni ceduti (art. 1979 c.c.) finalizzata alla liquidazione ed al riparto del ricavato, attività che dovrà essere espletata con la diligenza del buon padre di famiglia (dovuta dal mandatario *ex* art. 1710 c.c.).

Nell'ambito dell'attività di amministrazione ai cessionari deve ritenersi consentita ogni attività che si presenti compatibile con la causa del contratto e funzionale allo scopo liquidatorio dello stesso; così ad esempio non sarà possibile costituire diritti reali sui beni, né diritti di garanzia, né concederli in locazione se non scegliendo forme di locazione per loro natura compatibili con la necessità di rientrare nel possesso del bene non appena si presenti la possibilità della sua liquidazione.

Non sembra potersi riconoscere ai cessionari la qualità di possessori dei beni ceduti in ragione della nozione di possesso, posto che – come disposto dall'art. 1140 c.c. – esso consiste in una situazione di fatto corrispondente ad un «*potere sulla cosa che si manifesta in un'attività corrispondente all'esercizio della proprietà*»[62].

In assenza di espressa disciplina, deve ritenersi che ai creditori spetti l'amministrazione congiuntiva, trattandosi di modalità che meglio salvaguarda il comune interesse ed evita la possibile schizofrenia gestionale dovuta all'amministrazione disgiuntiva. Nulla osta alla nomina di un liquidatore che amministri e liquidi il patrimonio in nome di tutti i creditori.

I creditori cessionari possono esercitare tutte le azioni di carattere patrimoniale relative ai beni ceduti

I cessionari possono esercitare tutte le azioni (agire ma anche resistere in giudizio, il concetto di azione va inteso in senso ampio quale forma di esercizio del diritto, vi rientra, quindi, anche il potere di compromettere in arbitri) di carattere patrimoniale relative ai beni ceduti (*ex* art. 1979 c.c.); si tratta di una forma rappresentanza processuale che trova nella legge la sua fonte, fermo restando che

[62] *Contra* VASSALLI-GABRIELLI, *op. cit.*, 229, i quali precisano però che la conclusione è mossa da ragioni di ordine pratico.

il debitore, quale proprietario dei beni ceduti, non perde la legittimazione ad agire.
Il debitore cedente si trova in una posizione passiva rispetto all'attività di amministrazione dei creditori. Il codice (art. 1983 c.c.) riconosce al cedente il potere di controllo della gestione ed il diritto al rendiconto.

Il debitore si trova in una situazione passiva. Gli spetta un potere di controllo ed il diritto di rendiconto

Il controllo della gestione non può, tuttavia, spingersi fino all'ingerenza nella stessa; il creditore non può cioè influire sulle scelte gestorie ma deve limitarsi ad un controllo formale sulla gestione (richiesta di chiarimenti, di consultazione documentazione, partecipazione ad eventuali assemblee dei creditori).
Deve ritenersi che al debitore cedente – in presenza di atti di *mala gestio* – spetti unicamente il rimedio della risoluzione per inadempimento del contratto di cessione e del risarcimento del danno.
Si è affermato che il debitore non potrebbe opporsi neppure ad una vendita dei propri beni ad un prezzo che reputa eccessivamente basso[63]. Tale conclusione, certamente da condividere per ciò che riguarda i rapporti con i terzi acquirenti, suscita qualche dubbio sul piano dei rapporti interni. Al debitore per un verso viene riconosciuto il diritto a vedersi restituita – all'esito del riparto – l'eventuale eccedenza del ricavato rispetto ai debiti da soddisfare e, per altro verso, la liberazione del debitore avviene «*nei limiti di quanto hanno ricevuto*» (i creditori). Sussiste, dunque, un interesse normativamente riconosciuto a che i beni vengano liquidati ad un prezzo che possa ritenersi equo e tale interesse potrebbe trovare tutela sul piano cautelare (cioè in via preventiva rispetto al compimento da parte dei creditori cessionari di un atto dispositivo pregiudizievole).
Il debitore ha poi diritto al rendiconto. Deve ritenersi che esso debba concernere non solo il prezzo della liquidazione ma anche il riparto ed i criteri seguiti e le spese di gestione affrontate (anticipandole) dai creditori che gravano sul ricavato della liquidazione.
Se è stato nominato un liquidatore, questi deve rendere il conto sia ai creditori che lo hanno nominato che al debitore (art. 1983, comma 2, c.c.).

2.5. La conclusione del rapporto.

Liquidati i beni oggetto della cessione i creditori o il liquidatore nominato devono procedere al riparto. L'art. 1982 c.c. dispone che il riparto avvenga «*in proporzione dei rispettivi crediti, salve le cause di prelazione*».

Il ricavato della liquidazione va ripartito in misura proporzionale al valore dei crediti

In linea di principio, fatta salva l'ipotesi dell'esistenza di cause di prelazione, la soddisfazione dei creditori deve avvenire in modo proporzionale all'entità del singolo credito così da rispettare il principio della *par condicio creditorum*.

Le parti contrattuali possono, tuttavia, convenire diverse modalità di ripartizione[64] (ad esempio, preventiva soddisfazione di uno o più creditori rispetto agli altri), che potrebbero pregiudicare le ragioni di alcuni (in caso di insufficienza del ricavato), senza che ciò possa ritenersi confliggere (trattandosi di diritti patrimoniali disponibili) con interessi inderogabili.

Le parti possono, tuttavia, convenire diverse modalità di ripartizione

Nel caso in cui i beni da liquidare siano una pluralità è possibile procedere a riparti parziali, via via che i singoli beni vengono liquidati.

[63] MICCIO, *op. cit.*, 233.
[64] GHIDINI, *op. cit.*., 187; DE MEO, *op. cit.*, 203.

Esaurito il riparto il debitore è liberato nei limiti di quanto ricevuto dai creditori

Esaurita la fase del riparto «*il debitore è liberato verso i creditori dal giorno in cui essi ricevono la parte loro spettante sul ricavato della liquidazione e nei limiti di quanto ricevuto*» (art. 1984 c.c.).

I pagamenti eseguiti in favore dei creditori (anche se eseguiti dai creditori stessi) sono pagamenti imputabili al debitore. Data esecuzione al riparto, l'eventuale attivo residuato spetta al debitore.

Se i creditori vengono soddisfatti solo parzialmente, il debitore rimane obbligato per la quota di credito residua ed entro tale limite i creditori potranno agire secondo le ordinarie forme per ottenere l'integrale soddisfazione.

Non è precluso all'autonomia contrattuale delle parti convenire che la liberazione del debitore intervenga anche a seguito di un pagamento non integrale dei debitori cessionari.

La vicenda contrattuale può esaurirsi anche per effetto del recesso del debitore

La vicenda contrattuale può concludersi anche per effetto del recesso dal contratto, potere riconosciuto al debitore dall'art. 1985 c.c.

Il recesso può essere esercitato a condizione che il debitore soddisfi integralmente (pagamento di capitale, interessi e spese di gestione anticipate) la pretesa dei creditori con i quali ha stipulato la cessione. Per tale via si consente, quindi, al creditore di evitare la vendita dei beni ceduti contemperando l'interesse dei creditori ad essere integralmente soddisfatti.

Si è osservato, da parte di alcuni autori, che il recesso previsto dall'art. 1985 c.c. costituisce una fattispecie peculiare non riconducibile al recesso previsto dall'art. 1373 c.c., applicabile ai contratti in generale. Tale conclusione muove dalla considerazione che il recesso contemplato dall'art. 1373 c.c. consente ad una parte di sciogliersi dal vincolo contrattuale e non adempiere alla propria prestazione mentre il recesso di cui all'art. 1985 c.c. presuppone, al contrario, l'esecuzione del contratto mediante la soddisfazione dei creditori.

Il rapporto può estinguersi anche per effetto del sopravvenire del fallimento del debitore, ma tale conseguenza è rimessa alla scelta del curatore (art. 78, comma 3, l. fall.), mentre l'effetto estintivo si produce *ex lege* nel caso di fallimento di uno o più creditori cessionari (art. 78, comma 2, l. fall.).

2.6. La patologia del contratto: annullamento e risoluzione.

Si applicano le norme generali in materia di nullità, annullabilità e risoluzione Specifiche cause di annullabilità sono previste dall'art. 1986 c.c.

Alla cessione dei beni si applicano tutte le norme generali dettate in materia di nullità, annullabilità e risoluzione. Quest'ultima ipotesi trova, peraltro, espressa previsione nell'art. 1986, comma 2, c.c. Trattasi, in realtà, di previsione superflua atteso che anche in sua assenza sarebbero stati applicabili gli artt. 1453 e ss. c.c.

L'art. 1986 c.c. prevede alcune cause specifiche di annullabilità del contratto per l'ipotesi di cessione di tutti i beni del debitore quando questi «*ha dissimulato parte notevole di essi, ovvero, se ha occultato passività o ha simulato passività inesistenti*».

Il termine dissimulazione sta ad indicare l'occultamento – in qualsiasi modo avvenga – di beni ai creditori, inducendoli, quindi, a credere che il patrimonio ceduto abbia una entità minore rispetto al reale ed impedendo, così, una esatta valutazione della convenienza dell'operazione.

Occultamento di beni ai creditori

La norma richiede che si tratti di parte notevole dei beni (dunque l'occultamento di una parte trascurabile di essi non sarebbe fatto idoneo a dar luogo alla annullabilità del contratto); lo stabilire se la parte di beni occultata sia o meno

notevole (secondo un criterio di valore piuttosto che quantitativo) è valutazione rimessa in prima battuta ai creditori che dovranno decidere se agire per l'annullamento e, se l'azione viene proposta, al giudice investito della controversia.
Va esclusa – in assenza di espressa previsione normativa - la possibilità che i creditori, una volta scoperto l'occultamento di beni, ne possano ottenere l'inclusione nell'ambito dei beni contrattualmente ceduti.
Se la dissimulazione riguarda solo parte dei creditori cessionari è ammissibile l'azione di annullamento proposta dai soli interessati; la sentenza non farà venir meno il contratto nei confronti degli altri creditori.

Occultamento di passività

L'azione di annullamento è riconosciuta anche nel caso di occultamento di passività ovvero di dissimulazione di passività inesistenti, perché entrambe le ipotesi si rivelerebbero pregiudizievoli per gli interessi dei creditori cessionari. La prima perché li esporrebbe all'azione esecutiva sui beni ceduti da parte di altri creditori estranei al contratto; la seconda perché farebbe concorrere al riparto soggetti compiacenti.
In entrambe le ipotesi la condotta del debitore deve essere dolosa (lo testimoniano le espressioni occultamento e dissimulazione usate dal legislatore); una condotta colposa (ad esempio mera dimenticanza dell'esistenza di una passività) non sarebbe idonea a provocare l'annullamento.

2.7. Rapporto con altre forme di cessione dei beni.

Rapporto con la cessione dei beni nell'ambito del concordato preventivo

Se la cessione dei beni disciplinata dagli artt. 1977 e ss. c.c. non ha avuto particolare successo nell'esperienza pratica, notevole diffusione ha, invece, la cessione dei beni nell'ambito della procedura di concordato preventivo, disciplinata dagli artt. 160 e ss. l. fall.
Presupposto perché possa proporsi il concordato preventivo è lo stato di crisi dell'impresa.
Sussistendo tale elemento, il debitore può proporre ai propri creditori il concordato preventivo e prevedere - quale fonte dalla quale trarre la provvista per l'adempimento – la cessione dei propri beni.
La proposta – che deve essere rivolta a tutti i creditori e può prevedere sia trattamenti differenziati tra le varie classi di creditori (art. 160, lettera d), l. fall.) che la soddisfazione dei creditori in misura parziale - viene formalizzata con un ricorso.
Differenza fondamentale con la cessione civilistica è costituita dal fatto che il concordato preventivo ha natura pubblicistica ed è governato dagli organi della procedura: giudice delegato e commissario giudiziale (art. 163, n. 3, l. fall.). Altra differenza si rinviene nell'amministrazione dei beni ceduti che è conservata dal debitore sotto la vigilanza del commissario giudiziale (art. 167 l. fall.).
La fase liquidatoria dei beni ceduti inizia dopo l'omologazione del concordato e viene gestita – con l'assistenza di un comitato di creditori e sotto la sorveglianza del commissario giudiziale (art. 185 l. fall.) – da uno o più liquidatori nominati dal tribunale con il decreto di omologa del concordato preventivo nel quale vengono anche fissate le modalità concrete con cui procedere alla liquidazione (art. 182 l. fall.).
Anche del concordato preventivo può essere richiesta da ciascuno dei creditori la risoluzione per inadempimento ma solo se questo non ha scarsa importanza (art.

186 l. fall.).
L'esecuzione del concordato preventivo comporta la liberazione del debitore nei confronti di tutti i creditori anteriori al fallimento (inclusi coloro che hanno votato contro la proposta di concordato) anche quando i creditori siano stati soddisfatti solo parzialmente.
Altra ipotesi di cessione dei beni ai creditori può rinvenirsi negli accordi di ristrutturazione (art. 182 *bis* l. fall.) e nel rilascio dei beni che l'erede può effettuare ai creditori ed ai legatari (art. 507 c.c.).

SEZIONE III ▪ IL SEQUESTRO CONVENZIONALE

3. Il sequestro convenzionale: funzione e natura giuridica.

Il sequestro convenzionale è istituto di origine romanistica, sistema nel quale era già conosciuto in forma simile all'attuale.

È contratto avente finalità cautelare degli interessi delle parti

L'art. 1798 c.c. dispone che «*il sequestro convenzionale è il contratto con il quale due o più persone affidano a un terzo una cosa o una pluralità di cose, rispetto alla quale sia nata tra esse una controversia, perché la custodisca e la restituisca a quella cui spetterà quando la controversia sarà definita*».

Si tratta di un contratto avente finalità cautelare degli interessi dei soggetti tra i quali verte la controversia sul bene da custodire, garantendone, all'esito della risoluzione della controversia, la restituzione a chi risulterà averne diritto.

Presuppone l'esistenza di una controversia su un bene

L'istituto in esame trova applicazione pratica talmente rara da potersi ritenere caduto in desuetudine. La ragione di tale scarsa applicazione è dovuta proprio alla sua funzione. Il presupposto è costituito dall'esistenza di una controversia su un bene e ciò fa sì che le parti interessate si trovino già in una situazione conflittuale che rende difficile addivenire ad un accordo sul sequestro.

L'ordinamento, peraltro, offre una corrispondente figura avente natura giurisdizionale, il sequestro giudiziario (art. 670 c.p.c.), che, evidentemente, nelle situazioni di conflitto meglio si presta a soddisfare gli interessi delle parti.

Il contratto in esame viene definito a struttura binaria in quanto si compendia di due distinti accordi: il primo, preparatorio, interviene tra i soggetti in controversia sulla *res;* il secondo*,* il vero contratto, tra i sequestranti e il sequestratario.

Il sequestro convenzionale, pur presentando evidenti elementi comuni al deposito si connota, tuttavia, per una propria tipicità che lo differenzia nettamente; la custodia del bene si pone, infatti, come prestazione strumentale allo scopo cautelare che è proprio del sequestro convenzionale, scopo per il cui perseguimento viene riconosciuta al custode anche la facoltà di compiere i necessari atti di amministrazione[65].

3.1. Il contratto.

È contratto reale che si perfeziona con la consegna del bene al sequestratario

Presupposto per la stipula del contratto è l'esistenza di una controversia su un bene. Per controversia deve intendersi la situazione di conflitto di contrapposte pretese sulla *res* senza la necessità che essa sia sfociata in un contenzioso giudiziario. Le pretese in conflitto non devono necessariamente essere di natura reale.

Il contratto si perfeziona con «*l'affidamento*» della cosa al terzo sequestratario ed è, dunque, un contratto reale.

La dottrina non è concorde sulla bilateralità del negozio, riscontrandosi opinioni che ne affermano la plurilateralità. Tali Autori[66] muovono dalla considerazione della incompatibilità degli interessi dei sequestranti che non potrebbero, quindi, confluire in un'unica parte contrattuale.

In verità, sul piano strettamente contrattuale, i sequestranti incaricano un terzo di custodire il bene con finalità di garanzia ed assumono, sotto tale profilo, una

[65] FORTINO, *Sequestro conservativo e convenzionale, in Enc. Dir.*, XLII, Milano, 1990, 58.

[66] NICOLETTI, *Alcune considerazioni sul significato ed il valore del sequestro convenzionale, i*n *Giust. civ.*, 1969, 1524; FORTINO, *op. cit*, 105.

posizione unitaria; essi costituiscono, pertanto, un'unica parte contrattuale, plurisoggettiva, che stipula con il terzo sequestratario.
L'accordo che i sequestranti raggiungono tra loro prima della stipula del contratto di sequestro ha una funzione meramente preparatoria e si inserisce (quale momento imprescindibile) nella formazione progressiva del negozio ma in sé non produce alcun effetto giuridico[67].
Oggetto del sequestro possono essere sia beni mobili che immobili. Tra i beni mobili rientra anche il denaro, con la precisazione che in questo caso la controversia verterà sull'esistenza del credito.

3.2. La disciplina del rapporto.

Gli obblighi di custodia incombenti sul sequestratario sono disciplinati dalle norme sul deposito

La disciplina del rapporto è interamente rimessa all'autonomia negoziale delle parti. In mancanza di previsione contrattuale, obblighi, diritti e poteri del sequestratario sono disciplinati dagli artt. 1800 e ss. c.c.
Il codice prevede un obbligo di custodire secondo le norme dettate per il deposito (art. 1800, comma 1, c.c.), attribuendo al sequestratario il potere di vendere i beni in custodia solo in caso di «*imminente pericolo di perdita o grave deterioramento delle cose mobili affidategli*», dandone tempestiva (e se possibile preventiva) notizia agli interessati. Il potere di alienazione è escluso per i beni immobili.
Ove la natura delle cose lo richieda, il sequestratario deve amministrarle, seguendo le regole del mandato (art. 1800, comma 3, c.c.).
La custodia conferisce al sequestratario la detenzione dei beni con conseguente legittimazione ad esperire la tutela possessoria.

Il sequestratario è obbligato fino alla definizione della controversia sul bene, salvo diverso accordo delle parti

Il sequestratario - avendo assunto un'obbligazione contrattuale - non può essere liberato prima della definizione della controversia sul bene, salvo che per accordo delle parti o per giusti motivi.
La dottrina è concorde nel ritenere che per accordo delle parti debba ritenersi solo quello dei sequestranti.
Nel caso in cui al sequestratario spetti un compenso, il recesso anticipato e/o senza giusta causa operato dai sequestranti li esporrà al risarcimento del danno, similmente a quanto previsto dall'art. 1725 c.c. in tema di revoca del mandato oneroso. In presenza di giusti motivi, analogo potere di recesso spetta al sequestratario.
Il contratto in esame si presume oneroso. Il sequestratario ha, inoltre, diritto al rimborso delle spese affrontate per l'attività di custodia e di amministrazione.
Definita la controversia, il sequestratario ha l'obbligo di consegnare il bene custodito alla parte che risulti titolare del diritto sul bene.
Nel caso in cui la controversia sia sfociata in contenzioso giudiziario, la dottrina non è concorde sul concetto di definizione della lite. Alcuni autori ritengono che sia sufficiente una sentenza esecutiva[68]; altri sostengono la necessità del passaggio in giudicato della decisione, sulla base della considerazione che solo l'accertamento definitivo provoca la definizione della lite[69].

Commentato [BF7]: S
finale del manuale comple
- Codice Civile commenta
Confortini, C. Granelli. C
Grazia Corbello; aggiorna

[67] CANTILLO-SANTANGELI, *Il sequestro nel processo civile*, 479, 2003; per un'opinione contraria nel sens dell'autonomo rilievo giuridico dell'accordo tra i sequestranti, si veda D'ONOFRIO, *Del sequestr convenzionale*, in *Comm. Scialoja e Branca*, Bologna, 1966, 157.
[68] LANCELLOTTI, *Del sequestro convenzionale*, in *Comm. Codice civile* diretto da D'Amelio e Finzi, Firenze, 1947, vol. II, parte I.
[69] CANTILLO-SANTANGELI, *op. cit.*, 484.