

CAPITOLO X SINGOLI CONTRATTI

I CONTRATTI ASIMMETRICI

SOMMARIO: 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. I caratteri dei contratti del consumatore. - 5. La buona fede nella disciplina consumeristica. - 6. La valutazione della vessatorietà. - 7. La nullità relativa. - 8. L'azione inibitoria. - 8.1. L'azione collettiva risarcitoria. - 9. La risoluzione alternative delle controversie dei consumatori. - 10. I contratti asimmetrici tra imprenditori: la subfornitura. - 10.1. La forma. - 10.2. Il contenuto. - 10.3. La responsabilità del subfornitore. - 10.4. L'abuso di dipendenza economica. - 10.5. I contratti del turismo organizzato (d. lgs. 23 maggio 2011, n. 79). - 10.6. L'apparato definitorio. - 10.7. Il danno da vacanza rovinata. - 10.8. Il diritto di recesso.

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 si caratterizza per l'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**”, locuzione che 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 asimmetria informativa, mentre il contratto tra professionisti o tra

imprese può essere designato con la formula “terzo contratto”, 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.

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*, laddove l’imprenditore è debole (non perché non sia informato e 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 congiuntamente in condizioni di disuguaglianza. 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.

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 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 e, 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.

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.

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 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, comma 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.

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.

Il **d. lgs. 6 settembre 2005, n. 206** ("Codice del consumo") rappresenta il tentativo di ricostruzione unitaria di un nuovo modello contrattuale, nell'ottica di riconoscere e garantire una lista di diritti fondamentali dei consumatori (già contenuta nell'art. 1, comma 2, della l. n. 281 del 1998 ed ora riproposta nell'art. 2 del Codice) afferenti: la tutela della salute; la sicurezza e la qualità dei prodotti e dei servizi; l'adeguata informazione e la corretta pubblicità; l'educazione al consumo; la correttezza, la trasparenza e l'equità nei rapporti contrattuali; la promozione e lo sviluppo dell'associazionismo libero, volontario e democratico tra i consumatori e gli utenti; 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 extragiudiziarie delle controversie;
- rafforzare la tutela del consumatore - utente.

In ambito nazionale il decreto sulle liberalizzazioni (D.l. 24 gennaio 2012, n. 1) ha innovato l'ordinamento sotto tre profili: ha introdotto una forma di controllo amministrativo sulle clausole vessatorie, affidandolo all'Autorità garante della concorrenza e del mercato (art. 37 *bis* cod. cons.); ha chiarito alcuni aspetti in tema di *class action*; ha esteso alle microimprese la tutela contro le pratiche commerciali scorrette. In ambito europeo, è stata varata la direttiva 2011/83/Ce sui diritti dei consumatori,

I SINGOLI CONTRATTI

che ha modificato i precedenti strumenti sui contratti a distanza e sui contratti negoziati fuori dai locali commerciali, con particolare riferimento agli obblighi informativi e al diritto di recesso. La direttiva ha adottato il criterio della “*maximum harmonisation*”, che garantisce una protezione più elevata, ma impedisce agli Stati membri di derogare alle norme Ue in senso più favorevole ai consumatori.

Il tratto comune ai recenti interventi può essere rinvenuto nella ricerca di un maggiore equilibrio tra protezione dei consumatori e competitività delle imprese. L'esigenza di queste ultime, di una maggiore certezza applicativa, ha condotto, all'interno dei confini italiani, a una rivalutazione del controllo amministrativo preventivo sugli atti lesivi dei consumatori, mentre, in ambito europeo, si è tradotta in una riduzione della discrezionalità degli Stati nel recepimento della normativa Ue, ancorché compensata da un innalzamento del livello di tutela dei consumatori.

Nel 2008, la Commissione Ue aveva messo in cantiere un ambizioso progetto di revisione dell'*acquis* comunitario in materia consumeristica, proponendo la revisione di quattro importanti direttive sui contratti dei consumatori (vendite porta a porta, contratti a distanza, clausole abusive e garanzie nella vendita) e l'introduzione di un nuovo standard di armonizzazione delle legislazioni nazionali (*full harmonization*).

Rispetto alla proposta originaria, la direttiva 2011/83/Ue ha tuttavia un raggio applicativo molto ridimensionato e ciò probabilmente dipende proprio dall'adozione del criterio della massima armonizzazione, di non facile accettazione da parte degli Stati membri.

Le direttive oggetto di modifica rimangono le stesse dell'originaria proposta, ma l'intervento sulla disciplina delle garanzie nella vendita e soprattutto delle clausole abusive è minimo.

Le disposizioni fondamentali della direttiva appaiono così quelle di principio, che meglio possono rivelare le linee di evoluzione del diritto consumeristico del domani.

L'art. 4 disciplina il livello di armonizzazione e mantiene la promessa iniziale di vietare agli Stati non solo l'adozione di misure interne di minor protezione per i consumatori, ma anche di disposizioni più severe. Il vantaggio risiederebbe nella capacità di incentivare gli scambi transfrontalieri e di ridurre i costi transattivi per consumatori e imprese, grazie all'uniformità della disciplina sull'intero territorio Ue. In cambio di tale irrigidimento, il livello di protezione dei consumatori è stato innalzato. La portata della *full harmonization* è peraltro limitata dal fatto che lo stesso art. 4 consente alla direttiva di derogarvi, come in effetti avviene in più norme (v. l'art. 5, comma 4, sugli obblighi informativi aggiuntivi, l'art. 9, comma 3, sul compenso del professionista, l'art. 18, comma 4, sui rimedi ulteriori in caso di mancata consegna).

La seconda norma di rilievo è quella che disciplina l'ambito di applicazione della direttiva, che è esteso «a qualsiasi contratto concluso tra un professionista e un consumatore» (art. 3) e che comprende, salve alcune precisazioni, sia i contratti di vendita che quelli di servizi (art. 2).

Dal punto di vista dei contenuti precettivi, la direttiva ruota attorno a tre nuclei fondamentali.

In primo luogo, l'art. 5 prevede a carico del professionista una fitta rete di obblighi informativi, che spaziano dalle caratteristiche di beni e servizi al prezzo totale, dalle

I SINGOLI CONTRATTI

modalità di pagamento e consegna alla durata del contratto: tali obblighi valgono per tutti i contratti diversi dai contratti a distanza e dai contratti negoziati fuori dai locali commerciali, così per la prima volta prescindendosi dalla tipologia contrattuale.

Gli artt. 6-16 disciplinano gli obblighi informativi e il recesso nei contratti a distanza e nei contratti negoziati fuori dai locali commerciali, ormai accomunati.

Rispetto ai precedenti strumenti, le maggiori novità sono date:

a) per gli obblighi informativi, dall'aumento del loro numero e del dettaglio, dalle forme con cui le informazioni devono essere trasmesse al fine di garantire la tracciabilità, dalla stretta correlazione instaurata tra il mezzo con cui il contratto è concluso e il modo con cui le informazioni devono essere fornite;

b) per il recesso, dall'innalzamento dei termini breve e lungo per l'esercizio del diritto (quattordici giorni e dodici mesi), dalla codificazione di alcune esclusioni, a volte in rotta con la Corte di giustizia, dall'aggiornamento delle modalità di comunicazione tra le parti. Con gli artt. 17-22, la direttiva riacquista una vocazione universale, disciplinando la consegna, le tariffe, il passaggio del rischio, la comunicazione telefonica e i pagamenti supplementari, in termini validi per tutti i contratti tra professionista e consumatore. La norma più importante è quella sulla consegna, in cui sono fissati al professionista precisi termini per eseguirla ed è accordato al consumatore, in caso di ritardo, il diritto di risolvere il contratto e di vedersi rimborsato il prezzo eventualmente pagato.

La direttiva 2011/83/Ce è stata recepita nel nostro ordinamento con d. lgs. 21 febbraio 2014, n. 21, di cui si darà atto nel prosieguo della trattazione.

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 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.

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, sia dalla nostra giurisprudenza nazionale. In particolare, deve essere considerato “consumatore” la persona fisica che, anche se svolge attività imprenditoriale commerciale, artigianale o professionale, conclude un qualche contratto per la soddisfazione di **esigenze della vita quotidiana** estranee all'esercizio di dette attività, mentre deve essere considerato **professionista** tanto la **persona fisica**, quanto quella **giuridica**, sia pubblica che privata, che, invece, utilizza il contratto (avente ad oggetto la cessione di beni o la prestazione di servizi e senza tale limitazione dopo l'entrata in vigore della citata l. n. 526 del 1999) **nel quadro della sua attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale**.

Perché ricorra la figura del “professionista” non 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 imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale. 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**. 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 carattere necessariamente professionale di tale attività, in quanto organizzata e non occasionale.

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 (*Cass. 24 luglio 2011, n. 10086; CGUE, 2 aprile 2020, C-329/19*).

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, commerciale, artigianale 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**, 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.

La soluzione per la quale non è necessario, al fine di ritenere il contratto rientrante nell’attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale, che questo 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, 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 o per il venditore che stipuli con una banca un contratto volto a regolare la concessione di finanziamenti ai propri futuri acquirenti.

Maggiori perplessità ha invece destato l’atto compiuto per **finalità promiscue**.

- L’**orientamento prevalente**, fautore della teoria dello scopo obiettivo dell’atto, ha radicalmente **escluso** la possibilità di ravvisare l’applicabilità dello *status* del consumatore alla persona fisica che ha compiuto l’atto di consumo finalisticamente orientato a soddisfare anche esigenze professionali, giacché ciò esclude in radice che l’atto sia stato 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*.

- Si riscontra, tuttavia, un **diverso approccio ermeneutico**, seguito anche da alcune corti di merito, che sostiene l’opportunità di una **nozione più ampia di consumatore**.
- A tal fine, alcuni propongono la distinzione tra: i) **atti della professione**, esclusi dall’ambito protettivo della disciplina in esame e ii) **atti relativi alla professione**, che invece vi sarebbero inclusi, in quanto solo strumentali o connessi all’esercizio dell’attività professionale. 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.
- Altri fondano l’interpretazione estensiva della nozione di consumatore sul criterio della **competenza**, al fine di farvi rientrare anche imprenditori e professionisti operanti nell’ambito della propria attività, ma al di fuori dello specifico settore di competenza.

In senso critico è stato, tuttavia, messo in evidenza che 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 ed anche per le difficoltà processuali di accertamento della competenza che ne discenderebbero, visto che l’onere della prova spetta alla persona fisica che intenda dimostrare la sua qualità di consumatore.

Sul punto si è espressa la **Corte di giustizia delle Comunità europee** (sentenza del 20 gennaio 2005, C-464/01), chiamata a pronunciarsi in via pregiudiziale sulla corretta interpretazione dell’art. 13, 1° comma, della Convenzione di Bruxelles del 27 settembre 1968, concernente la competenza giurisdizionale e l’esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, che ha fatto propria un’**interpretazione strettamente letterale** e, conseguentemente, **nega** l’applicabilità dello statuto del consumatore agli atti compiuti per scopi anche solo parzialmente professionali.

All’orientamento della Corte di Giustizia si è allineata la giurisprudenza di legittimità (sentenza 25 luglio 2001, n. 10127), 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.

LA NOZIONE DI BENE A SEGUITO DELLA RIFORMA DEL 2021.

I SINGOLI CONTRATTI

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)¹, i beni oggetto di compravendita a cui è applicabile la disciplina consumeristica 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;
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.

I CARATTERI DEI CONTRATTI DEL CONSUMATORE.

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;
- conseguenze dell'ingiustizia contrattuale: **nullità relativa**;
- **foro esclusivo**.

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

- Come già illustrato nei paragrafi precedenti (ai quali si *rinvia*), la prima caratteristica dei contratti del consumatore è che sono considerati tali solo i **contratti conclusi tra un consumatore ed un professionista**.
- 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. Ciò, in deroga al principio di libertà delle forme, ispirato alle esigenze di celerità dei traffici e di circolazione della ricchezza. 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, già contenute nella precedente disciplina consumeristica dettata nel codice civile (art. 1469 *quater* c.c.) e in varie leggi speciali sono state ora trasfuse all'interno del 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.

- 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**, 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 diviso 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) e può essere rilevata d'ufficio dal giudice. Questi caratteri accomunano la disciplina in esame alle c.d. nullità speciali previste a tutela della parte debole del contratto in diverse discipline di settore.

- L'art. **33, comma 2, lett. u)** del Codice del Consumo (un tempo art. 1469 *bis*, comma 3, n. 19 c.c.), 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?*”.

L'interpretazione di tale disposizione ha creato non pochi dubbi in dottrina e numerosi contrasti nella giurisprudenza, sia di merito che di legittimità, risolti con l'intervento delle Sezioni Unite (sentenza dell'1 ottobre 2003, n. 14669), che hanno affermato che la disposizione dettata dalla norma in questione, 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.

LA BUONA FEDE NELLA DISCIPLINA CONSUMERISTICA.

L'art. **33** Cod. Consumo ripropone il contenuto del vecchio art. 1469 *bis*, 1° comma, c.c., prevedendo 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?*”.

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.

Secondo un **orientamento minoritario**, seguito da qualche corte di merito, essa doveva essere intesa 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”, oltretutto sulla *ratio* di tutela del consumatore nella convinzione che l'inopponibilità al consumatore della buona fede soggettiva del professionista ed al contempo l'onere della prova della contrarietà a buona fede della clausola, costituisca una tutela più forte.

L'**orientamento maggioritario** propende, tuttavia, per una lettura della **buona fede in senso oggettivo**. Dal punto di vista sostanziale, si rileva che l'interpretazione nel senso della buona fede oggettiva non comporti alcuna attenuazione della tutela del consumatore, non imponendogli alcun onere probatorio. Il duplice riferimento alla

buona fede ed al significativo squilibrio va inteso come una “*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. 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 diviso nella disciplina dispositiva derogata dalla clausola vessatoria, 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 significa **assenza di significativo squilibrio**.

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. 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.

Come già evidenziato nel paragrafo 2, la rilevanza della buona fede in ambito consumeristico si rileva anche come **regola di trasparenza**, anche se sul punto l'esplicita regola codificata all'art. 35 del Codice del consumo (prima contenuta nell'art. 1469 *quater* c.c.) toglie terreno all'applicazione della clausola generale.

LA VALUTAZIONE DELLA VESSATORIETÀ.

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 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 vessatorie le **clausole che riproducono disposizioni di legge o convenzioni internazionali** ratificate dall'UE 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).

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.

Il comma 3 dell'art. 33 prevede una disciplina specifica per i contratti aventi ad oggetto la prestazione di servizi finanziari a tempo indeterminato. 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. 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.

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. Si tratta delle clausole indicate nell'art. 36, comma 2, del Codice del consumo. 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.

LA NULLITÀ RELATIVA.

L'art. 36 del Codice del Consumo prevede quale sanzione per la vessatorietà delle clausole la nullità relativa, 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 ispirata dall'esigenza di una tutela speciale del consumatore, inteso quale "parte debole" del contratto sottoscritto con il professionista, rispetto al quale si trova in una posizione di asimmetria contrattuale.

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.

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, influenzando sulla trattativa intercorsa tra costui ed i suoi clienti, determinando l'inefficacia assoluta di queste clausole ritenute vessatorie). Tale disposizione si giustifica alla luce della posizione di debolezza che il venditore-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.

La norma utilizza impropriamente il termine "**regresso**" che, secondo l'interpretazione prevalente, 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, dovendosi viceversa 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.

Una questione dibattuta in giurisprudenza è quella relativa alla corretta esegesi della norma di cui all'art. 1469 *bis*, comma 3, n. 13, c.c., (oggi trasfusa nel codice del consumo) secondo cui si presume vessatoria fino a prova contraria la clausola che ha per oggetto o per effetto di “*consentire al professionista di aumentare il prezzo del bene o del servizio senza che il consumatore possa recedere se il prezzo finale è eccessivamente elevato rispetto a quello originariamente convenuto*”.

Tale questione è stata definita da una pronuncia di legittimità (*Cass., 18 ottobre 2007, n. 19366*), che ha chiarito come l'incremento eccessivo e non giustificato del prezzo rispetto a quello iniziale - non supponendo necessariamente che, nell'economia complessiva del rapporto, ne risulti necessariamente alterato l'aspetto funzionale della adeguatezza delle rispettive prestazioni - non incida sulla causa del contratto e non determini lo squilibrio tra le rispettive prestazioni, assumendo la diversa qualificazione di **presupposto di legittimazione dell'azione di recesso**, per cui gli aumenti del prezzo, autorizzati ad iniziativa unilaterale del professionista, possono essere praticati *ad libitum* sino alla soglia dell'eccesso (la quale, se non è stata definita in anticipo dalle parti, deve essere verificata dal giudice in sede di contestazione dell'efficacia della clausola). In particolare, la S.C. ha precisato che la disposizione del n. 13 non si applica quando, ai sensi del comma 7 dell'art. 1469 *bis* c.c., le parti abbiano introdotto nel contratto clausole di indicizzazione del prezzo, descrivendo espressamente le modalità di variazione. Pertanto, conclude, la Cassazione l'applicazione della norma dell'art. 1469 *bis*, comma 3, n. 13, c.c. è sottoposta alla verifica di sussistenza sia dell'ipotesi di esclusione, prevista dall'art. 1469 *bis*, comma 7, c.c. che dell'elemento dell'eccessività, rispetto a quello originario, del nuovo prezzo.

Altra questione dibattuta è quella della vessatorietà delle clausole che prevedono una caparra penitenziale o confirmatoria in caso di recesso del consumatore: secondo la recente giurisprudenza la previsione di tali tipi di clausole non è vessatoria là dove stigmatizzi in maniera equa sia il consumatore che il professionista, mentre tali clausole si presumono vessatorie nel caso in cui riguardino il solo recesso o la mancata conclusione del contratto da parte del consumatore (*Cass. civ., sez. II, 18 settembre 2020, n. 19565*).

Nell'ambito della casistica giurisprudenziale relativa alla disciplina delle clausole vessatorie vanno segnalate due ulteriori questioni oggetto di dibattito: la **tutela collettiva in caso di pubblicità ingannevole** e la **tutela del consumatore in caso di violazione delle norme *antitrust***.

1. In merito alla tutela collettiva in caso di pubblicità ingannevole, si segnala una interessante pronuncia delle Sezioni Unite (sentenza 28 marzo 2006, n. 7036) che - sotto il vigore del d. lgs. 25 gennaio 1992, n. 74 - ha affermato la **giurisdizione del G.O.** in ordine alla controversia con cui un'associazione rappresentativa di consumatori, lamentando il carattere ingannevole di alcuni messaggi pubblicitari, chiede di inibire, ai sensi della l. 30 luglio 1998, n. 281, il loro utilizzo, di ordinare l'adozione di misure idonee correttive, di ordinare la pubblicazione per estratto della sentenza e di condannare l'impresa che li diffonde al risarcimento del danno derivante dalla lesione degli interessi collettivi dei consumatori.

2. Ulteriore tematica, oggetto in passato di dibattito dottrinale e di contrasti giurisprudenziali, risolta dalla Sezioni Unite (sentenza 4 febbraio 2005, n. 2207), è quella dell'**abuso da intesa anticoncorrenziale** e della **legittimazione aquiliana del consumatore** per lesione alla libertà negoziale. In particolare, le Sezioni Unite, alla luce di una interpretazione sistematica della rinnovata disciplina della concorrenza, non più finalizzata a realizzare solo gli interessi degli imprenditori in concorrenza tra loro nella logica codicistica dell'atto di concorrenza sleale, hanno evidenziato la possibile **valenza plurioffensiva dell'intesa anticoncorrenziale vietata**, in quanto lesiva, oltre alla struttura concorrenziale del mercato, anche il patrimonio del singolo, concorrente o meno, dell'autore (o degli autori) dell'intesa. Da ciò discende la necessità di garantire una generale correttezza del funzionamento dei rapporti che determinano il mercato, sanzionando e inibendo quelle condotte che impediscono la realizzazione della competitività tra i soggetti del mercato. La **legge antitrust** detta, infatti, norme a tutela della libertà di concorrenza aventi come **destinatari non soltanto gli imprenditori, ma anche gli altri soggetti del mercato**, ovvero chiunque abbia interesse, processualmente rilevante, alla conservazione del suo carattere competitivo al punto da poter allegare uno specifico pregiudizio conseguente alla rottura o alla diminuzione di tale carattere per effetto di un'intesa vietata e chiedere pertanto la dichiarazione di nullità di tale intesa alla Corte di appello, impedendo all'impresa di conseguire il frutto dell'intesa e consentendo l'eliminazione dei suoi effetti. Il consumatore che ha subito un danno da una contrattazione che non ammette alternative per l'effetto di una collusione a monte, e cioè di un "cartello", anche se non è parte di un rapporto di concorrenza con gli autori della collusione, ha a propria disposizione l'azione di cui all'art. 33 della legge *antitrust*, da far valere dinanzi alla Corte d'appello chiedendo la dichiarazione di nullità dell'intesa e l'eliminazione del pregiudizio da quest'ultima prodotto attraverso il risarcimento del danno aquiliano ai sensi dell'art. 2043 c.c.

In giurisprudenza si è affermato, con riferimento alle previgenti disposizioni di cui all'art. 1469 *bis* c.c., comma 3, n. 19, e art. 1469 *ter* c.c. (oggi trasfuse nel codice del consumo) che il c.d. **foro del consumatore** è esclusivo ma derogabile, altresì precisandosi che la presunzione di vessatorietà della clausola di relativa deroga è superabile, ad onere del professionista, solamente con la dimostrazione dell'essere (quantomeno solamente) la medesima stata oggetto di specifica trattativa (v. ***Cass.*, 24 novembre 2008, n. 27911; *Cass.*, 6 settembre 2007, n. 18743**). E ciò anche laddove la pattuizione si sia tradotta nell'indicazione derogatoria di una località coincidente con l'applicazione di uno dei criteri delineati dal codice di rito (v. ***Cass.*, Sez. un., 1° ottobre 2007, n. 14669**. V. altresì ***Cass.*, 23 febbraio 2007, n. 4208; *Cass.*, 8 marzo 2005, n. 5007**).

Sotto altro profilo, la Corte di Cassazione ha sottolineato che allorquando come nella specie il consumatore, convenuto avanti a foro diverso da quello proprio, eccepisca l'incompetenza territoriale del giudice avanti al quale è stato tratto, al medesimo incombe di allegare che trattasi di controversia concernente un contratto concluso mediante sottoscrizione di moduli o formulari predisposti per

disciplinare in maniera uniforme determinati rapporti contrattuali, ovvero come nella specie dal professionista unilateralmente predisposto per il singolo affare.

Atteso che, avuto riguardo ai sopra richiamati precedenti, la Corte ha già avuto modo di precisare che la trattativa spiega invero rilievo non già ai fini dell'accertamento della vessatorietà o abusività della clausola bensì dell'applicazione o meno della disciplina di tutela del consumatore in argomento, di cui come detto costituisce oggettivo presupposto di esclusione (v. Cass., 26 settembre 2008, n. 24262), va conseguentemente osservato che in presenza della suindicata allegazione da parte del consumatore convenuto **spetta quindi al professionista**, che contrapponga la sussistenza di una clausola di deroga del foro del consumatore, **dare la prova positiva che essa è stata oggetto di specifica trattativa** idonea - in quanto caratterizzata dagli imprescindibili requisiti della individualità, serietà ed effettività - ad escludere l'applicazione della disciplina di tutela del consumatore (ora) posta dal Codice del consumo.

Come anche in dottrina osservato, con specifico riferimento al disposto normativo dell'art. 1469 ter c.c., comma 4 (nel sottolinearsi la diversità al riguardo della soluzione adottata dall'ordinamento italiano rispetto a quella posta dalla Direttiva 93/13/CEE), non è infatti l'assenza di trattativa a rilevare quale presupposto di applicazione della disciplina di tutela del consumatore in argomento, ma al contrario è lo svolgimento della trattativa ad atteggiarsi quale oggettivo presupposto di esclusione della relativa applicazione.

Non è allora il consumatore a dover provare il fatto negativo della mancanza di negoziazione, ma è invece il professionista che intenda far valere la disapplicazione, nel singolo caso concreto, della disciplina di tutela del consumatore a dover dare la prova del fatto positivo del prodromico svolgimento di una trattativa dotata dei caratteri essenziali suoi propri, quale fatto impeditivo della relativa applicazione.

Si evince, a tale stregua, che (così come già l'art. 1469 ter c.c., commi 4 e 5) il d. lgs. n. 206 del 2005, art. 34, commi 4 e 5 debbono, come sostenuto anche in dottrina con riferimento alla analoga previgente normativa, essere letti non già in termini di contrapposizione, e facendo valere l'*argumentum a contrario*, bensì in modo collegato e coordinato, nel quadro di un'interpretazione sistematica che ne privilegia gli aspetti funzionali, riconoscendosi che al di là di ogni ridondanza formale il d. lgs. n. 206 del 2005, art. 34, comma 5 (così come già l'art. 1469 ter c.c., commi 4 e 5) in realtà esplicita e ribadisce una regola sulla ripartizione della prova volta a favorire, o quantomeno ad alleggerire, la posizione processuale del consumatore, giacché nell'operare una scelta di carattere sicuramente qualitativo il legislatore ha come detto posto l'onere della prova in capo alla parte - il professionista - che in base al ruolo svolto (anche) nel rapporto contrattuale ha senz'altro maggiore possibilità di fornirla (Cass., Sez. III, ord. 20 marzo 2010, n. 6802).

Secondo la Corte di Giustizia, 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 rivedendo il contenuto di tale clausola (Corte Giust. U.E., 21 gennaio 2015 e Corte Giust. U.E., 30 aprile 2014, C-26/13).

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.

Tuttavia, con orientamento parzialmente diverso CGUE 21 aprile 2016, C-477/15 Radlinger e Radlingerová c. FINWAY a.s., ha affermato che i giudici nazionali sono tenuti unicamente ad escludere l'applicazione di una clausola contrattuale abusiva affinché non produca effetti vincolanti nei confronti dei consumatori, senza essere autorizzati a rivedere il contenuto della medesima.

Il contratto deve poter sussistere, in linea di principio, senz'altra modifica che non sia quella risultante dalla soppressione delle clausole abusive, purché, conformemente alle norme di diritto interno, una simile sopravvivenza del contratto sia giuridicamente possibile. Ciò sarebbe ricavabile dalle finalità e dall'economia generale della direttiva 93/13 che impone agli Stati membri, come di prevedere mezzi adeguati ed efficaci «per far cessare l'inserzione di clausole abusive nei contratti stipulati tra un professionista e dei consumatori». In questo senso, se il giudice nazionale potesse rivedere il contenuto delle clausole abusive contenute in contratti del genere, tale facoltà potrebbe compromettere la realizzazione dell'obiettivo di lungo termine indicato all'articolo 7 della direttiva, in quanto ridurrebbe l'effetto dissuasivo esercitato sui professionisti dalla pura e semplice non applicazione nei confronti del consumatore di siffatte clausole abusive.

L'AZIONE INIBITORIA.

Il Codice del consumo (in cui è confluita la l. n. 281 del 1998) ha riconosciuto in capo ai consumatori e 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.

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**.

La materia è stata riordinata nel Codice del Consumo che, nella Parte V (*“Associazioni dei consumatori e accesso alla giustizia”*), ha dedicato il Titolo II a *“Le azioni inibitorie e l'accesso alla giustizia”*. L'**art. 137** del Codice del Consumo dispone l'istituzione di un **elenco delle associazioni** dei consumatori e degli utenti **rappresentative** a livello nazionale presso il Ministero delle Attività produttive, 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** riproducono i precetti contenuti nell'art. 1469 *sexies* c.c. in tema di **azioni cautelari** e di **onere di pubblicazione della decisione** favorevole all'associazione dei consumatori. 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* ss. c.p.c.

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 o su beni primari. Tale valutazione deve essere fatta **in termini qualitativi**, non quantitativi, parametrati sulla potenziale diffusione della clausola 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.

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. Inoltre, il comma 10 dell'art. 140 dispone che l'azione inibitoria prevista dall'art. 37, per le associazioni di cui all'art. 139, si esercita *“ai sensi del presente articolo”*.

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.

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”* (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.).

L'AZIONE COLLETTIVA RISARCITORIA.

Con la legge finanziaria del 2008 è stata introdotta nel nostro ordinamento l'azione collettiva risarcitoria a tutela dei consumatori, inserendo all'interno del Codice del consumo l'**art. 140-bis**. Tale strumento aveva la finalità di aumentare le forme di tutela degli interessi dei consumatori, consentendo alle associazioni di categoria di agire oltre gli ambiti dell'art. 140 del Codice del consumo, allo scopo di far accertare il diritto dei consumatori e degli utenti al risarcimento del danno ed alla restituzione delle somme loro spettanti.

LA SENTENZA

Con ordinanza del 24 aprile 2015 n. 8433 è stata rimessa alla Sezioni Unite la questione **se l'ordinanza di inammissibilità dell'azione di classe ex art. 140-bis del Codice del Consumo impedisca o meno la riproposizione della domanda risarcitoria in sede ordinaria anche per i medesimi fatti e contro la medesima impresa**, e se, dunque, l'ordinanza de qua si fondi su una cognizione sommaria tale da non poter assumere la stabilità del giudicato sostanziale e da sottrarsi alla ricorribilità in Cassazione.

Secondo un primo orientamento (**Sez. I, 14 giugno 2012, n. 9772**), *“l'ordinanza di inammissibilità dell'azione di classe ex art. 140 bis del d. lgs. 6 settembre 2005, n. 206 (codice del consumo) è fondata su una delibazione sommaria ed è unicamente finalizzata ad una pronuncia di rito, idonea a condizionare soltanto la prosecuzione di quel processo di classe senza assumere la stabilità del giudicato sostanziale ovvero impedire la riproposizione dell'azione risarcitoria anche in via ordinaria; deve essere, pertanto, esclusa l'ammisibilità del ricorso per cassazione avverso detta ordinanza, salvo per quel che attiene la pronuncia sulle spese e sulla pubblicità”*.

Il Collegio remittente ritiene di non poter condividere tale soluzione. In primo luogo, infatti, l'art. 140 bis D.Lgs. 206/05 in nessuno dei suoi commi prevede espressamente la riproponibilità dell'azione collettiva che sia stata dichiarata inammissibile. La norma si limita infatti a prevedere la libera riproponibilità dell'azione individuale (combinato disposto dei commi 3 e 15), non di quella di

classe. In secondo luogo, *“non sembra appagante sostenere che l’azione di classe costituisca una mera forma processuale di tutela dei diritti, alternativa ed equipollente rispetto all’azione individuale: con la conseguenza che, dichiarata inammissibile la prima, la libera riproponibilità della seconda impedirebbe di ritenere decisoria e definitiva la dichiarazione di inammissibilità”*. Dichiarata inammissibile l’azione collettiva, il provvedimento che tale inammissibilità dichiara non potrebbe dirsi ‘non definitivo’, sol perché all’attore resti l’azione individuale. Quest’ultima, infatti, ha contenuto diverso (perché con essa non può promuoversi la tutela di ‘interessi collettivi’, al contrario dell’azione di classe); scopi diversi (perché l’azione individuale avente ad oggetto diritti del consumatore lascia l’attore in una posizione di evidente squilibrio dinanzi al convenuto, là dove la ratio dell’azione collettiva è con evidenza quella di riequilibrare tale rapporto, in chiara attuazione del precetto di cui all’art. 3, comma 2, Cost.) ed effetti diversi (in quanto solo con l’azione collettiva il debitore è esonerato ‘da ogni diritto ed incremento’ sulle somme pagate entro 180 giorni dal deposito della sentenza (art. 140 bis, comma 12, d. lgs. 206/05)).

A ciò si aggiunge che *“se davvero l’azione collettiva fosse sempre liberamente riproponibile dopo l’ordinanza di inammissibilità, non avrebbe alcun senso la norma che impone al giudice di ordinare ‘la più opportuna pubblicità’ all’ordinanza di inammissibilità (art. 140 bis, comma 8, d. lgs. 206/05)”*. Infine, seguendo l’interpretazione non condivisa dall’ordinanza di rimessione, *“se l’infondatezza dell’azione collettiva non è evidente icu oculi, e viene dichiarata con sentenza, sul relativo accertamento si forma il giudicato; se invece l’infondatezza è talmente sesquipedale da potere essere dichiarata con ordinanza, il giudicato non si forma e la domanda sarebbe riproponibile: il che val quanto dire che la medesima domanda quanto meno merita di essere riesaminata, tanto più è ammessa al beneficio dei riesame”*.

Anche lo strumento dell’**azione di classe**, inizialmente recepito nell’ordinamento italiano mediante la disciplina consumeristica, così come già accennato *supra* con l’azione inibitoria, 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 (sulla cui entrata in vigore si è già detto).

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.

LA RISOLUZIONE ALTERNATIVE 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 direttiva 2013/11/UE nasce in considerazione del non sufficiente sviluppo della risoluzione alternativa delle controversie nell'intera U.E., con la conseguenza che la disparità nella copertura, nella qualità e nella conoscenza dell'ADR tra gli Stati membri rappresenta una barriera al mercato interno ed è 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.

La nuova normativa comporta una modifica al codice del consumo con l'inserimento del capitolo relativo alla risoluzione extragiudiziale delle controversie, che contiene anche chiarimenti in relazione all'operatività delle regole di prescrizione e decadenza. Per quanto riguarda le controversie transfrontaliere, il consumatore potrà rivolgersi al Centro nazionale della rete europea per i consumatori.

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.

ULTERIORI MODIFICHE INTRODOTTE DAL DECRETO LEGISLATIVO 4 NOVEMBRE 2021 N. 170 IN VIGORE DAL 1° GENNAIO 2022.

I SINGOLI CONTRATTI

Oltre alla modifica relativa alla definizione di bene oggetto del contratto (nella nuova versione più dettagliata rispetto al previgente testo dell'art. 129²), 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.

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 prescrizione 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 consegna.

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

² 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.

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.

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 (successivamente modificata dalla legge 5 marzo 2001, n. 57 e dal d. lgs. 9 ottobre 2002, n. 231), 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 invece 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 prescrizioni³.

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 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*".

Nell'ottica di fornire protezione al subfornitore che abbia iniziato l'esecuzione del contratto non ancora sottoscritto, inoltre, l'art. 2 co. 2 della legge 192/1998 introduce una deroga al principio della necessità di un contratto scritto sottoscritto da entrambe le parti. 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.

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 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

³ M. RUVOLO, *Questioni giurisprudenziali in tema di subfornitura industriale ed abuso di dipendenza economica*, in *Corr. giur.*, 2010, 5, 599.

I SINGOLI CONTRATTI

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.

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.

L'ABUSO DI DIPENDENZA ECONOMICA.

Eventuali situazioni di **dipendenza economica** del subfornitore nei confronti del committente sono disciplinate dall'art. 9 della legge 192/1998, ai sensi del quale *“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 subito 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 realizza 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”.

Si discute se l'**abuso di dipendenza economica** (e la relativa disciplina dettata dalla legge 192/1998) sia applicabile anche a contratti diversi dalla subfornitura.

Sul punto in giurisprudenza si sono formati due orientamenti contrapposti.

Il primo è nel senso di una soluzione restrittiva, secondo la quale il citato art. 9 derogando al principio della libertà contrattuale, conferisce al giudice poteri di 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 mostra 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 dalle Sezioni Unite⁴, che hanno aderito al secondo degli orientamenti descritti.

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 e, 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 L. 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 cit. statuisce la nullità del “patto che realizza l'abuso” di dipendenza economica.

⁴ Cass., Sez. un., 25 novembre 2011, n. 24906.

I CONTRATTI DEL TURISMO ORGANIZZATO (D.LGS. 23 MAGGIO 2011, N. 79).

Il d. lgs. 23 maggio 2011, n. 79 disciplina il mercato del turismo e, in particolare, i contratti del turismo organizzato (art. 32 e ss. dell'all. 1), innovando la previgente disciplina, contenuta nel codice del consumo (artt. 82-100).

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, 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 presenta 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.

Deve darsi atto, peraltro, della recente 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.

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.

Il consumatore che stipula un contratto del turismo viene 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.

Infine, è da rilevare che in base al comma 2 dell’art. 33 l’organizzatore può vendere pacchetti turistici anche tramite il venditore, figura che quindi sopravvive a questo limitato fine e si affianca all’intermediario. La dottrina, tuttavia, osserva che si tratta di un semplice difetto di coordinamento, analogo a quello che contraddistingue gli artt. 34 e 35, dove continua a parlarsi di venditore anziché di intermediario.

Sul piano oggettivo, l’art. 34 amplia l’oggetto dei pacchetti turistici, che comprendono anche le crociere 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*”.

IL DANNO DA VACANZA ROVINATA.

La principale 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*”.

Si tratta di una formula normativa che inserisce il danno da vacanza rovinata nella galassia del danno non patrimoniale, ma che lo distingue dagli altri danni alla persona da inadempimento delle prestazioni connesse al pacchetto turistico, che restano risarcibili *ex art.* 43 del d. lgs. 79/2011, secondo le norme stabilite dalle convenzioni internazionali.

L’art. 46 fa dipendere la risarcibilità del danno da vacanza rovinata dal fatto che l’inadempimento o l’inesatta esecuzione delle prestazioni che costituiscono oggetto del pacchetto turistico siano di non scarsa importanza (art. 1455 c.c.). Nell’intenzione del legislatore, in tal modo la norma partecipa consapevolmente della tendenza, inaugurata dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, con le c.d. sentenze di San Martino dell’11 novembre 2008, a circoscrivere lo spazio di operatività del danno non patrimoniale e a evitare la risarcibilità dei danni bagatellari.

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

I SINGOLI CONTRATTI

prestabilito. Il codice del consumo disciplina oggi compiutamente il diritto di recesso del consumatore nell'ambito del novellato art. 41 del codice del turismo.

L'art. 32, comma 3, del codice del turismo intende colmare tale lacuna, operando un rinvio al codice del consumo.

I CONTRATTI TRASLATIVI

SOMMARIO: 1. La compravendita. - 1.1. Gli obblighi del venditore. - 1.2. Gli obblighi del compratore. - 1.3. La vendita con patto di riscatto. - 1.4. La vendita a scopo di garanzia. - 1.5. La vendita con riserva della proprietà. - 1.6. Altre tipologie di vendita. - 2. Il riporto. - 3. La permuta. - 4. Il contratto estimatorio. - 5. La somministrazione.

LA COMPRAVENDITA.

Il contratto di compravendita è collocato nella sistematica del vigente codice civile all'esordio del titolo III del libro IV, 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, 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, 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.

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**, 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;
- 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 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 di vendita ad effetti reali differiti).

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.

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. La distinzione sopra delineata, peraltro, appare quanto mai opportuna al fine di un corretto inquadramento sistematico della figura del c.d. **preliminare ad effetti anticipati**. 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.

- Un contratto con **attribuzioni corrispettive**. In forza del sinallagma, la prestazione di una parte è corrispettiva alla prestazione dell'altra o meglio, come è stato affermato, ciascuna prestazione è causa dell'altra.
- Un **contratto 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. Nella compravendita, al contrario, l'esecuzione della prestazione si esaurisce in un solo istante, vale a dire nel momento (immediato o differito) in cui il trasferimento si verifica.
- Un **contratto** di regola **commutativo**, non aleatorio, in quanto al momento della conclusione è possibile valutare l'entità del vantaggio e del sacrificio 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, co. 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 infra*) in cui il carattere aleatorio deriva dalle caratteristiche dell'oggetto del trasferimento costituito dall'*universum ius defuncti*.
- 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.).

Requisiti del contratto di compravendita sono, in conformità di 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** (ad esempio, il diritto di proprietà)

sia il **bene oggetto** del diritto trasferito (ad esempio, uno specifico appartamento).

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.

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 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 posteriore. 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.

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 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. La giurisprudenza di legittimità ha, infatti, avuto modo di precisare che, 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 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**.

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 dal primo comma dell'**art. 1474 c.c.** Il secondo criterio, detto *«del prezzo corrente»*, è previsto dal secondo comma dell'art. 1474 c.c. Il terzo criterio è quello *«del giusto prezzo»* ed è previsto dal terzo comma dell'art. 1474 c.c.

Riguardo alla disciplina delle **spese**, l'art. 1475 c.c. dispone che le stesse siano a carico del compratore, salvo diversa pattuizione. Normalmente, si ritiene che la disciplina dettata dalla norma in esame possa considerarsi riferita anche alla ripartizione tra dette parti dell'**imposta di registro**, ferma restando, però, la solidarietà passiva tra compratore e venditore, stabilita dall'art. 93, D.P.R. n. 131/86, che opera nei confronti dell'Amministrazione finanziaria.

Ai sensi dell'art. 1, comma 66, della legge 27 dicembre 2013, n. 147 (legge di stabilità 2014), il notaio o altro pubblico ufficiale è tenuto a versare su apposito conto corrente dedicato tutte le somme dovute a titolo di onorari, diritti, accessori, rimborsi spese e contributi, nonché a titolo di tributi per i quali il medesimo sia sostituto o responsabile d'imposta, in relazione agli atti dallo stesso ricevuti o autenticati e soggetti a pubblicità

immobiliare. Gli importi depositati presso il conto corrente costituiscono patrimonio separato, sono assolutamente impignorabili a richiesta di chiunque.

L'art. 1471 c.c. individua i c.d. **divieti speciali di comprare**.

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 spetta l'azione di annullamento.

Parte della dottrina suggerisce una configurazione unitaria dei divieti in esame, riconducendoli sotto il profilo del **difetto di legittimazione** ovvero inquadrandoli nelle c.d. «**situazioni di incompatibilità**».

La sanzione applicata in caso di inosservanza di questi divieti è diversa: nei primi due casi l'acquisto è nullo, mentre negli altri due è annullabile. La differenza trova giustificazione, secondo la dottrina prevalente, nella diversa natura degli interessi protetti dai divieti in esame, che nelle prime due ipotesi è pubblicistica, mentre nelle altre due squisitamente privatistica.

Sempre in tema di divieti speciali di comprare, rientra nella categoria in esame il divieto di cui all'art. 1261 c.c., che impone dei limiti alla cessione di crediti: infatti, aderendo all'opinione maggioritaria che considera la cessione del credito una mera prestazione, ne discende che la stessa può ben essere dedotta in un contratto di compravendita; pertanto, il divieto di cui all'art. 1261 c.c. si risolve, in ultima analisi, in un'ulteriore ipotesi di divieto di acquisto. In particolare, ai sensi dell'art. 1261 c.c., è proibito per i magistrati, i funzionari delle cancellerie e segreterie giudiziarie, gli ufficiali giudiziari, gli avvocati, i procuratori, i patrocinatori ed i notai rendersi cessionari dei crediti in relazione ai quali è sorta contestazione dinanzi all'autorità giudiziaria di cui fanno parte, o nella cui giurisdizione esercitano le loro funzioni; il presente divieto è stabilito a pena di nullità.

Infine, in ambito societario il legislatore ha posto talune limitazioni all'acquisto di azioni proprie (art. 2357 c.c.), al fine di tutelare i creditori sociali circa l'effettiva entità del patrimonio societario.

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.*»

- 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 venduta¹.

¹ 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

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. 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.

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;
- **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) acquista il bene medesimo;
- **costituito 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).

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.

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 vendita*, anche se non in possesso dell'alienante.

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.

- Il venditore deve altresì **procurare al compratore la proprietà** della cosa, quando ciò non deriva immediatamente dalla conclusione del contratto. Posto che la vendita è, normalmente, un contratto consensuale ad effetti reali, di talché l'effetto traslativo è conseguenza dello scambio dei consensi tra le parti, la norma si riferisce alle ipotesi

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).

di **vendita obbligatoria**, in cui all'obbligazione di dare segue, in un momento successivo, il trasferimento della proprietà della cosa. Vendita obbligatoria è la vendita di cosa altrui, la vendita di cosa futura e la vendita di cosa generica.

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

Nel caso in cui le parti abbiano **espressamente dichiarato** nel contratto l'appartenenza a 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, 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 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 abbia avuto luogo in conseguenza di una attività svolta dallo stesso venditore e cioè dei rapporti tra questi e il terzo proprietario del bene e in ragione dell'adempimento da parte di quest'ultimo degli obblighi assunti nei confronti del venditore.

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*.

- 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 meno a tal fine l'attività dell'uomo (*emptio rei speratae*).

Sotto il profilo della **natura giuridica**, la tesi dominante è nel senso che si tratti di un'ipotesi di vendita obbligatoria (o meglio, a effetti obbligatori immediati ed effetti reali differiti). 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 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*) 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).

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 apparentemente chiara formulazione 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.

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. 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.

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. In proposito, la giurisprudenza di legittimità ha affermato che la distinzione tra vendita e 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 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 (**Cass., Sez. II, 17 dicembre 1999, n. 14209**). Rimane salva la possibilità che le parti concludano contratti aventi natura mista di vendita e appalto (ad esempio, vendita di un terreno verso il corrispettivo della costruzione di un edificio).

La vendita di cosa futura deve essere tenuta distinta dalla c.d. *emptio 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. L'*emptio spei* deve sempre risultare da un'espressa volizione delle parti e da clausole appositamente stabilite o accettate.

- Nei contratti che hanno ad oggetto **cose generiche** la proprietà si trasmette con l'individuazione fatta secondo le modalità indicate nel contratto. 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**.

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

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

Secondo l'opinione dottrinarina 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.

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

- *tesi della garanzia in senso tecnico*: la disciplina dettata dagli artt. 1487 e ss. c.c. darebbe luogo a delle figure di garanzia in senso proprio;
- *tesi dell'errore del compratore circa l'effettiva consistenza dell'oggetto*;
- *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.

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**. 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.

I- 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, ma può dirsi sussistente soltanto quando **il terzo faccia valere diritti reali sulla cosa** oggetto della compravendita e tali **diritti** risultino **effettivamente spettanti** a tale terzo. Sebbene non siano mancate delle voci contrarie anche autorevoli, 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.); 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).

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**.

Pertanto, 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 del compratore quale era prima dell'acquisto. Ovviamente il diritto al risarcimento 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.

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.

L'evizione parziale deve essere tenuta distinta dalla c.d. **evizione limitativa**, prevista dall'art. 1489 c.c.², che ricorre quando la cosa venduta sia gravata da oneri o da diritti reali o personali non apparenti che ne diminuiscano il libero godimento. In tale ipotesi il compratore, ove tali diritti non siano stati denunziati

² 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,

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.

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 direttamente dal terzo che potrebbe agire in rivendica; in questa ipotesi, infatti, la vendita originaria deve intendersi definitivamente inadempita. 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.

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. 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).

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).

Quanto agli effetti dell'**esclusione convenzionale** si veda l'art. 1488 c.c. 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**. 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. Dalla formulazione letterale della norma (art. 1488, co. 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.

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. 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.).

II- Il venditore, ai sensi dell'art. 1490, co. 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.

I vizi consistono in imperfezioni materiali della cosa, tali da incidere sulla utilizzabilità o sul valore.

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, comma 2, c.c.).

La garanzia non è dovuta nel caso di **vizi conosciuti o facilmente riconoscibili** dal compratore (art. 1491 c.c.). 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

emerge *ictu oculi* alla vista della cosa. Secondo altri, sarebbe da considerarsi tale anche quello che richieda una diligenza minima per la scoperta. Per la giurisprudenza³, 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.

L'art. 1495 c.c. impone al compratore l'**onere**, a pena di decadenza dalla garanzia, **di denunciare** 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. 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, 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.

Il compratore è **esonero dall'onere della denuncia** in caso di **riconoscimento** o, viceversa, di **occultamento** dei vizi da parte del venditore.

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 denunciato, 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 azionata lui riferito non già ad intrinseco difetto della cosa venduta, bensì a difetto imputabile all'acquirente o a terzi che,

³ 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.

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 obiettiva 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.

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.

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 *aediles curules*.

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

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 pagamento⁴. 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 convenuto⁵. Ove la percentuale non possa essere determinata con sufficiente grado di approssimazione, il giudice provvedere ad una valutazione equitativa⁶.**

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.

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.

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

I SINGOLI CONTRATTI

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.).

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 con documenti, il termine decorre dal momento in cui vengono rimessi i titoli rappresentativi.

⁴ Rubino, 812.

⁵ Cass. civ., Sez. II, Ordinanza, 19/01/2022, n. 1517.

⁶ Cass. civ., Sez. II, 06/10/2000, n. 13332; Cass. civ., 16/11/1978, n. 5297.

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, **ovvero** determini l'**applicazione dell'ordinario regime decennale di prescrizione**.

Con **ordinanza interlocutoria del 26 marzo 2012, n. 4844**, la II sezione della Corte di Cassazione ha rimesso gli atti al primo presidente per l'eventuale assegnazione della **questione alle sezioni unite**.

Il provvedimento di rimessione evidenzia come la questione della durata del termine di prescrizione, per l'ipotesi in cui il venditore abbia riconosciuto il vizio redibitorio impegnandosi ad eliminarlo, costituisca un nodo tuttora problematico, non sciolto dal pregresso intervento delle sezioni unite (**Cass., Sez. un., n. 13294 del 2005**), le quali, nell'escludere *tout court* la predicabilità, in tal caso, di una fattispecie di novazione oggettiva, avevano poi dato adito a divergenti letture circa la questione della prescrizione (non esaminata *funditus* in sentenza), poiché, da un canto, la valorizzazione della natura soltanto ricognitiva dell'impegno riparatorio assunto dal venditore offriva argomenti favorevoli alla perdurante applicabilità del termine di prescrizione annuale (onde la funzione soltanto interruttiva dell'impegno *de quo*), mentre altri passi della pronuncia sembravano evocare l'attivazione del termine ordinario decennale - soluzione, questa, adottata di recente dalla III sezione della corte di legittimità (**Cass. n. 747 del 2011**), nonostante la fragilità della tesi della nuova obbligazione che si correla e si aggiunga, pur in assenza di effetto novativo, a quella originaria senza determinarne l'estinzione *ex art.* 1230 c.c. - fragilità derivante dal non divisibile frazionamento della causa concreta (**Cass. 10490 del 2006**) dell'intera vicenda negoziale.

Le Sezioni Unite, investite, nel 2005, della delicata questione della natura dell'obbligo assunto da venditore, la risolsero nel senso che l'impegno a riparare la cosa viziata non avesse alcuna efficacia novativa della precedente obbligazione, risultando bensì attuativa della medesima (finalizzata, cioè, alla realizzazione del risultato economico che il compratore si prefigurava di ottenere dal contratto di compravendita). Tale impegno, piuttosto che rappresentare un *quid novi* con effetto modificativo-estintivo della garanzia, integrava gli estremi del *quid plaris* in seno al vincolo obbligatorio, volto ad ampliarne le modalità di attuazione, onde consentire al compratore "*di essere svincolato dalle condizioni e dai termini di cui all'art. 1495 c.c.*". Conseguentemente, al tentativo in corso tra le parti di far ottenere al compratore il risultato che egli aveva diritto di conseguire fin dalla conclusione del contratto, andava attribuito l'univoco significato di "*svincolare quest'ultimo dai termini e dalle condizioni per l'esercizio delle azioni edilizie*", mentre l'impegno del venditore si sostanzia in un riconoscimento del debito, interruttivo della prescrizione. Solo in presenza di un inequivoco accordo delle parti (espresso, ovvero *per facta concludentia*), volto ad estinguere l'originaria obbligazione di garanzia e a sostituirla con una nuova per oggetto o titolo, l'impegno del venditore ad eliminare i vizi avrebbe potuto, pertanto, dar luogo ad un fenomeno di novazione oggettiva.

La pronuncia delle Sezioni Unite del 2005 ha suscitato delle perplessità in ordine alle affermazioni contenute nella parte finale della stessa pronuncia sul tema della prescrizione. Dopo aver premesso che "*l'impegno del venditore... non dà vita ad una nuova obbligazione estintivo-sostitutivo dell'originaria obbligazione di garanzia*", la Corte

proseguì affermando che tale impegno “*consente al compratore di essere svincolato dai termini di decadenza e dalle condizioni di cui all’art. 1495 c.c. ai fini dell’esercizio delle azioni edilizie (risoluzione del contratto o riduzione del prezzo), sostanzziandosi tale impegno in un riconoscimento del debito interruttivo della prescrizione (art. 2944 c.c.)*».

Cass., Sez. un., 13 novembre 2012, n. 19702

Secondo tale successiva pronuncia, invece, 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, i quali attribuiscono al compratore (salve le esclusioni stabilite dagli artt. 1490 e 1491) 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’esperienza rispettivamente dell’*actio quanti minoris* o dell’*actio redhibitoria*. 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, se 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 compete, 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.

Né può darsi credito l’assunto secondo cui il momento attuativo/correttivo, originato dall’accordo per la riparazione del bene, possa avere effetto su quello risarcitorio/caducatorio, rappresentato dalle azioni edilizie, tanto da far assimilare il termine di prescrizione previsto per il secondo a quello operante per il primo. Tale assunto, infatti, non ha riscontro nella disciplina della garanzia per vizi, la quale non prevede l’obbligo di eliminarli.

Un analogo effetto espansivo di una “obbligazione” verso l'altra era stato ritenuto operante, ma in senso inverso, da Cass. sez. II, 29 dicembre 1994 n. 11281, secondo cui *“il riconoscimento dei vizi della cosa venduta ed il contestuale impegno del venditore ad eliminarli in sede di esecuzione del contratto non è che uno dei modi con cui il venditore, che ha l'obbligo di consegnare una cosa immune da vizi di cui all'art. 1490 c.c., assicura ed attua l'esatto adempimento della sua prestazione, e, di per sé, non dà luogo, pertanto, ad un accordo novativo se non sia in concreto provata la volontà delle parti di sostituire al rapporto originario un nuovo rapporto con diverso oggetto o titolo, così come richiesto per la novazione dell'art. 1230 c.c. e dell'art. 1231 c.c., che estesamente chiarisce come non si abbia novazione nel caso di mera modifica degli elementi accessori della obbligazione; conseguentemente, in mancanza della predetta prova, il riconoscimento dei vizi della cosa venduta e l'impegno a ripararla determina solo l'interruzione del termine di prescrizione annuale di cui all'art. 1495 c.c., e non la sostituzione di questo termine con il nuovo e diverso termine di prescrizione ordinaria”*.

Questa tesi non è condivisibile, in quanto il presupposto di essa è che il compratore disponga di una azione “di esatto adempimento” per ottenere dal venditore l'eliminazione dei vizi della cosa: azione compresa tra quelle edilizie e quindi soggetta anch'essa al termine di prescrizione annuale stabilito dall'art. 1495 c.c.

Invece un tale rimedio, come già si è detto, non è apprestato dalla disciplina della garanzia per vizi, che attribuisce al compratore la scelta soltanto tra la riduzione del prezzo e la risoluzione del contratto. Il diritto di ottenere, in alternativa, la riparazione del bene, infatti, è riconosciuto soltanto in particolari ipotesi: limitatamente ai beni mobili, quando “il venditore ha garantito per un tempo determinato il buon funzionamento della cosa venduta”, oppure “gli usi... stabiliscono che la garanzia di buon funzionamento è dovuta anche in mancanza di patto espresso” (art. 1512 c.c., che fissa in sei mesi dalla scoperta il termine di prescrizione); sempre limitatamente ai mobili, “per qualsiasi difetto di conformità esistente al momento della consegna del bene”, se il venditore è un “professionista” e il compratore un “consumatore” (artt. 128 e ss. del codice del consumo, adottato con il d. lgs. 6 settembre 2005, n. 206, che fissano in ventisei mesi dalla consegna il termine di prescrizione).

Che il compratore possa chiedere, indipendentemente da un impegno in tal senso del venditore, la condanna di costui all'eliminazione dei vizi, è stato talora ipotizzato in dottrina anche sotto il profilo del risarcimento del danno in forma specifica: si tratterebbe quindi di un'azione insita nel diritto di garanzia e in quanto tale soggetta anch'essa alla prescrizione annuale. L'assunto appare incompatibile con il disposto dell'art. 1494 c.c., che configura come risarcimento “per equivalente” quello che compete al compratore, poiché lo collega alla riduzione del prezzo o alla risoluzione del contratto, che presuppongono la mancata riparazione del bene.

Per tali ragioni, si deve quindi concludere nel senso che 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.

Cass. civ., Sez. un., 3 maggio 2019, n. 11748.

Fino al 2013 non vi erano incertezze giurisprudenziali sul principio che l'onere della prova dei difetti e delle eventuali conseguenze dannose nonché dell'esistenza del relativo nesso causale fosse, nelle azioni di garanzia per i vizi della cosa venduta, a carico al compratore che intendesse far valere la garanzia.

Tale indirizzo è stato modificato con una pronuncia della Seconda Sezione sul presupposto che le Sezioni Unite, con la sentenza n. 13533 del 2001, avevano determinato l'unificazione della disciplina dell'onere della prova dell'inadempimento dell'obbligazione nelle azioni di adempimento contrattuale, di risoluzione contrattuale e di risarcimento dei danni da inadempimento.

Sul punto sono poi intervenute le S.U. 3 maggio 2019, n. 11748, le quali 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 un impegno contrattuale (quello di un esatto obbligo traslativo secondo quanto promesso) la cui inattuazione dà luogo a inadempimento del contratto. La Suprema Corte ha quindi chiarito che non trova 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).

Occorre infine 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.

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 si basa sulla considerazione che la disciplina della garanzia per vizi ha carattere speciale rispetto a quella generale dettata dagli artt. 1453 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 possa 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. Secondo altri, l'azione di adempimento sarebbe configurabile come azione di risarcimento in forma specifica. Rimane, comunque, ferma la possibilità che il venditore assuma pattiziamente l'obbligo di eliminare i vizi. In tal caso, peraltro all'azione di esatto adempimento non sono applicabili i termini di decadenza e di prescrizione di cui all'art. 1495 c.c., propri delle azioni derivanti dalla garanzia legale.

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 generali 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.

**DIBATTITI
DOTTRINALI**

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. Non vi è accordo in dottrina e giurisprudenza circa l'applicabilità al caso in esame dell'**azione *quantum 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. 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 concerne 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. 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.

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 **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.

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 a 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.

GLI OBBLIGHI DEL COMPRATORE.

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 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.

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. 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 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**, 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 cc.dd. "**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.

Riguardo al **tempo del pagamento**, l'art. 1498 c.c., prevede (al 1° comma) 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 (2° comma), il prezzo deve essere pagato al momento della consegna della cosa.

Quanto, invece, al **luogo del pagamento**, l'art. 1498 c.c. prevede quattro possibili alternative:

1. luogo pattuito dalle parti;
2. in mancanza, luogo previsto in base agli usi;
3. in mancanza, luogo della consegna;
4. infine, luogo di domicilio del venditore (criterio residuale).

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 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.

Gli **interessi** cui fa riferimento la norma si definiscono **compensativi** e 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.

LA VENDITA CON PATTO DI RISCATTO.

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.).

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.

DIBATTITI DOTTRINALI

Quanto alla **natura giuridica**, secondo parte della dottrina, il patto di riscatto andrebbe inquadrato nello schema della **condizione risolutiva potestativa**, con conseguente applicabilità della relativa disciplina, compreso l'art. 1359 c.c.

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, al recesso (eccezionalmente retroattivo), mentre, secondo altra parte della dottrina, alla revoca (che si distingue dal recesso proprio per la sua efficacia retroattiva).

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. Peraltro, l'atto separato, se occulto, si atteggia, in sostanza, come una controdiagnosi rispetto al contenuto dell'atto di vendita, in cui l'effetto traslativo appare irrevocabile, integrando, quindi, un'ipotesi di simulazione relativa.

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, co. 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 quello legale, che si applica *a fortiori* se le parti, stipulando il patto di riscatto, nulla hanno disposto circa il termine.

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 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.

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.

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. 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, co. 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, 3° co., c.c.). Il compratore non può pretendere il riscatto congiuntivo se ciascun proprietario 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, 1° comma, 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, 2° comma, 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 obbligatori: *pactum de retrovendendo*, *pactum de retroemendo*, *pactum displicentiae* e *in diem addictio*.

- 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. 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. 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).
- Perfettamente simmetrico alla figura precedentemente esaminata è il ***pactum de retroemendo*** con il quale **il venditore si impegna a riacquistare** il bene a semplice richiesta del compratore.
- 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. La differenza è chiara: il recesso è possibile solo nella fase in cui il contratto non sia stato ancora eseguito e quindi non sia prodotto il trasferimento di proprietà (art. 1373 c.c.); il riscatto, invece, agisce sul contratto integralmente eseguito.

Infine, *in diem addictio* è il patto con cui le parti stabiliscono che la vendita resti caducata ove, entro un certo termine, il venditore decida di vendere la cosa a un altro acquirente a condizioni migliori.

LA VENDITA A SCOPO DI GARANZIA.

Lo schema della **vendita con patto di riscatto** può essere utilizzato ed è stato in concreto utilizzato 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.

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, etc.

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. In tutti questi casi il vantaggio pratico per il creditore consiste nel disporre di una **garanzia reale immediata**, opponibile ai terzi, sulla quale può soddisfarsi (avendo la proprietà del bene) in modo autonomo senza dover avviare costose procedure esecutive e senza rischiare di dover soggiacere all'eventuale concorso di altri creditori.

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.**

ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI

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.

Peraltro, la giurisprudenza di legittimità in un primo momento (sino agli anni '80 circa) riteneva non comprese nel divieto, e quindi valide, quelle operazioni negoziali in cui il trasferimento della proprietà fosse immediato e non subordinato all'inadempimento (si pensi al caso di vendita sospensivamente condizionata all'inadempimento del debitore o alla vendita con patto di riscatto sopra descritta); 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 dall'intento comune delle parti di costituire una garanzia con attribuzione irrevocabile del bene al creditore solo in caso di inadempimento del debitore.

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.; prendendo, invece, le mosse dalle più recenti teorie della c.d. 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. (perché illecito è proprio il comune intento delle parti oggettivo nel concreto accordo contrattuale perfezionato).

In applicazione del generale divieto di patto di commissorio di cui all'art. 2744 c.c., l'art. 1500 co. 2 c.c. sanziona con la nullità il patto di restituire il bene per un prezzo superiore a quello stipulato per la vendita, stabilendo che l'eccedenza non è dovuta. 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. *«La pattuizione di interessi sul prezzo non può ritenersi consentita neppure a titolo compensativo di utilità che il venditore abbia potuto trarre in ragione di particolari accordi poiché tali utilità, e i simmetrici oneri per la controparte, in quanto esulano dalla specifica disciplina dei rimborsi ex art. 1502 c.c., devono essere "scontati" nel prezzo che le parti hanno fissato nel contratto, in considerazione del concreto atteggiarsi del rapporto contrattuale e dell'aleatorietà che connota la previsione del riscatto» (Cass. civ., sez. II, 30 marzo 2016, n. 6144).*

LA VENDITA CON RISERVA DELLA PROPRIETÀ.

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.

ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI

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). 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 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). 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. 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.

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.

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 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.

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. 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.

ALTRE TIPOLOGIE DI VENDITA.

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 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. Secondo autorevole opinione, la fattispecie prevista dal terzo comma dell'art. 1520 c.c. 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.

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. 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.

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. 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.

d) *Vendita su documenti*

La vendita su documenti è caratterizzata dal fatto che **il venditore si libera** 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. Il **possesso dei documenti** attribuisce il **diritto a ottenere la consegna** delle cose stesse dal detentore ed il potere di disposizione su di esse.

e) *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.

f) *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). 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. Il

I SINGOLI CONTRATTI

venditore può impegnarsi a garantire il buon funzionamento della cosa venduta, per un determinato periodo di tempo (art. 1512 c.c.): in tal caso, salvo patto contrario, il compratore è tenuto a denunciare il vizio entro trenta giorni dalla scoperta, a pena di decadenza; la relativa azione di prescrive nel termine di sei mesi.

La peculiarità della disciplina in tema di vizi della cosa mobile venduta si manifesta anche sotto un altro aspetto; il comma 2 dell'art. 1512 c.c., infatti, prevede la possibilità per il giudice di assegnare al venditore un termine per sostituire o riparare la cosa, salvo il diritto al risarcimento dei danni.

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, comma 3, c.c.)

Il venditore deve dare al compratore pronta notizia del deposito eseguito (art. 1514 c.c.).

Se il compratore non adempie l'obbligazione di pagare il prezzo, il venditore può far vendere coattivamente senza ritardo la cosa per conto e a spese di lui (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 coattivamente senza ritardo le cose, a spese del venditore, a mezzo di persona autorizzata, di ufficiale giudiziario o di un commissario nominato dal tribunale (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 dal presente articolo 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 (art. 1517 c.c.).

Se la vendita ha per oggetto una cosa che ha un prezzo corrente a norma del terzo co. dell'art. 1515 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.⁷ 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 mercuriali⁸ ed il suo carattere eccezionale ne esclude l'applicabilità ogni qualvolta la cosa compravenduta non sia**

⁷ Cass. civ., Sez. II, Ordinanza, 06/04/2022, n. 11126; Cass. civ., Sez. II, 04/03/1998, n. 2386.

⁸ Cass. civ., Sez. II, Ordinanza, 06/04/2022, n. 11126; Cass. civ., 29/07/1983, n. 5222.

sussumibile nell'elenco di cui all' art. 1515, 3° co.⁹. La norma in commento riguarda soltanto il risarcimento del danno dovuto in caso di risoluzione per inadempimento¹⁰, e non può quindi essere applicata qualora si sia fatto ricorso all'adempimento coattivo, richiedendo unicamente l'applicazione dell' art. 1516¹¹.

Anche in dottrina è stato puntualizzato che l'ambito di applicazione è circoscritto al solo caso della risoluzione del contratto¹², anche solo parziale, e non è invece consentita in caso di inesatta esecuzione¹³.

Con riferimento all'onere della prova, la medesima norma dispensa la parte adempiente dall'onere della prova del pregiudizio subito¹⁴.

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 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.).

La legge 21 febbraio 2014, n. 9 (Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 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

⁹ Cass. civ., Sez. II, Ordinanza, 06/04/2022, n. 11126; Cass. civ., Sez. II, 16/04/1994, n. 3614.

¹⁰ Cass. civ., Sez. II, Ordinanza, 06/04/2022, n. 11126.

¹¹ Cass. civ., 16/06/1952, n. 1740.

¹² Greco, Cottino, Della vendita, in Comm. Scialoja, Branca, sub artt. 1470-1547, Bologna-Roma, 1981, 401.

¹³ Rubino, La compravendita, in Tratt. Ciu, Messineo, 2a ed., Milano, 1971, 987.

¹⁴ Cass. civ., Sez. II, Ordinanza, 06/04/2022, n. 11126.

I SINGOLI CONTRATTI

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.

Su richiesta di almeno una delle parti o di un suo avente causa, la stessa sanzione amministrativa si applica ai richiedenti, in luogo di quella della nullità del contratto prevista dalla previgente disciplina per le violazioni commesse anteriormente all'entrata in vigore del decreto-legge 23 dicembre 2013, n. 145, purché la nullità del contratto non sia già stata dichiarata con sentenza passata in giudicato.

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.

Ora, su tale questione si registra un primo orientamento, già espresso dalla Cassazione con sent. n. 13006 e ribadito, da ultimo, con sentenza n. 7630 del 2011, secondo il quale *“l’obbligo di contenere i prezzi di cessione di immobili, costruiti sulla base di concessione edilizia rilasciata a contributo ridotto, grava soltanto sul costruttore, titolare della concessione, o su colui che è, in questa, subentrato, ma non sull’acquirente dell’immobile che intenda, a sua volta, rivenderlo”*.

È, questa, una conclusione che viene fondata sul rilievo che la lettera della L. n. 10 del 1977 si presenta chiara nell’individuare nel soggetto che abbia ottenuto la concessione edilizia a contributo ridotto (che quindi abbia concluso con il Comune la convenzione necessaria, ovvero l’atto d’obbligo equivalente) il destinatario degli obblighi assunti di contenere i prezzi di cessione ed i canoni di locazione degli alloggi, nei limiti indicati nella stessa convenzione e per la prevista durata della sua validità. L’estensione di questi obblighi ad altri (che non sia il mero subentrante nella posizione di concessionario), e, in particolare, l’estensione a chi sia acquirente dell’alloggio dal concessionario costruttore, non trova giustificazione nella esplicita norma di legge, che non esprime alcun riferimento soggettivo ulteriore rispetto a quello del concessionario costruttore, del comune e della regione, e ricollega all’accordo (o atto d’obbligo equivalente) l’impegno di alienare o locare a prezzi limitati gli alloggi costruiti con concessione rilasciata a contributo ridotto; di tale accordo è parte specifica il concessionario costruttore, e, quindi, solo su quest’ultimo ricade l’obbligo assunto. Del resto, le modalità di determinazione del prezzo di cessione sono coerenti con la limitazione alla sola persona del concessionario costruttore dell’impegno assunto di contenere il prezzo di cessione (od il canone di locazione) degli alloggi costruiti, a fronte del connesso ed a lui soltanto riconosciuto beneficio di riduzione del contributo per il rilascio della concessione edilizia.

In un recente arresto, la Cassazione ha ritenuto che l’orientamento richiamato non sia del tutto convincente, se non altro perché non offre una visione completa e complessiva dell’intera normativa in tema di edilizia agevolata e, soprattutto, non ha colto l’essenziale ratio della normativa di cui si dice. In estrema sintesi, l’orientamento richiamato, se ha dato prevalenza all’autonomia contrattuale, quale valore costituzionalmente garantito, non ha tenuto conto dell’altro bene costituzionalmente garantito, dal quale è attratta la normativa relativa all’edilizia agevolata, quello, cioè, del diritto all’abitazione (**Cass., sez. II, ord. 4 luglio 2014, n. 15406**).

Piuttosto, la previsione di cui alla L. 22 ottobre 1971, n. 865, art. 35, commi 15 e 19, relativa al divieto temporaneo, a pena di nullità, di alienazione di alloggi costruiti su determinate aree costituisce una prescrizione di ordine pubblico generale, dettata dal legislatore, per prevenire l’eventualità che le agevolazioni concesse nel quadro di una politica abitativa di interesse sociale possano trasformarsi in un inammissibile strumento di speculazione. Mentre, sotto il vigore della L. n. 167 del 1962, il vincolo perpetuo di alienazione poteva dirsi efficace ostacolo alla realizzazione degli scopi speculativi degli immobili costruiti con contributo pubblico, la sopravvenuta temporaneità del divieto ha impedito di

conferire allo stesso, analoga efficacia, imponendo, quindi, al fine di assicurare la finalità cui sarebbe preordinata la normativa in materia di edilizia pubblica e agevolata, di ritenere sussistenti i vincoli attinenti al prezzo di vendita, anche per i successivi acquirenti.

Ora, è, questa, un'interpretazione che risulterebbe confermata anche dalla legislazione successiva.

È affermazione pacifica presso gli studiosi della materia, che la L. n. 85 del 1994, art. 3, là dove ha introdotto una deroga al vincolo di inalienabilità quinquennale, ha confermato l'esistenza del vincolo del prezzo massimo di cessione non avendone disposta l'abrogazione.

Inoltre, mentre il vincolo di inalienabilità è previsto sia per gli alloggi costruiti su aree cedute in proprietà sia su aree concesse in diritto di superficie il vincolo di prezzo imposta dalla L. n. 865 del 1971, e riletto solo alle aree concesse in diritto di superficie, settore che non è stato oggetto della riforma operata dalla L. n. 179 del 1992, o dalla L. n. 85 del 1994.

Anche la successiva e più recente normativa in materia di edilizia pubblica agevolata e convenzionata evidenzia la necessità della persistenza del vincolo attinente al prezzo di vendita, almeno fin quando esso non sia stato eliminato con convenzione in forma pubblica stipulata a richiesta del singolo proprietario e soggetta a trascrizione per un corrispettivo proporzionale alla corrispondente quota millesimale determinato, anche per le unità di diritto di superficie.

Per il carattere di questione di particolare importanza, la questione è stata rimessa alle Sezioni Unite.

La questione è stata oggetto di chiarimento da parte delle Sezioni Unite della Suprema Corte di Cassazione (*Cass., Sez. un., 16 settembre 2015, n. 18135*), 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. 31 della L. 448/1998, al comma 49 *bis*, mediante il pagamento di un indennizzo al concedente.

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** visto il divieto di cui all'art. 458 c.c.

È necessaria la **forma scritta**, sotto pena di nullità (art. 1543 c.c.).

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 accettata con beneficio d'inventario, quest'ultimo giova anche all'acquirente.

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.

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.).

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.

**DIBATTITI
DOTTRINALI**

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.

IL RIPORTO.

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.

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.), a **efficacia traslativa** (il riportatore acquista la proprietà del titolo), a **titolo oneroso** ed a **carattere sinallagmatico**.

Con riferimento alle **funzioni** in concreto perseguite si suole distinguere tra il **riporto di banca** ed il **riporto di borsa**. 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). Il riporto di borsa, normalmente concluso tra due agenti per conto dei loro

clienti, rientra invece nella più ampia categoria dei contratti di borsa ed ha uno scopo prevalentemente speculativo, in relazione alla fluttuazione del valore dei titoli di credito. 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*.

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 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 co. 2 c.c. stabilisce che il contratto cessa di produrre effetti e ciascuna parte può ritenere quanto ricevuto al momento della conclusione del contratto.

LA PERMUTA.

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).

Analogamente al contratto di vendita anche la permuta è un **contratto consensuale**, normalmente **con effetti reali** (art. 1376 c.c.), 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, commutativo e istantaneo** (nel senso che l'esecuzione della prestazione si esaurisce nel momento in cui il trasferimento si attua).

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.

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.

Di particolare importanza, 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).

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.

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 ecc.) 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 delle restituzioni 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).

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.).

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.

IL CONTRATTO ESTIMATORIO.

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 o a restituire le cose nel termine stabilito. 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.

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).

Si tratta di un **contratto reale** (che si perfeziona con la consegna), con **attribuzioni corrispettive**, ad **efficacia obbligatoria**, 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). Secondo la tesi prevalente 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.

LA SOMMINISTRAZIONE.

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

Il contratto di somministrazione si distingue dalla **vendita a consegne ripartite** perché nel primo la periodicità o la continuità delle prestazioni si pongono come elementi essenziali del contratto stesso, in funzione di un fabbisogno del somministrato, sicché ogni singola prestazione è distinta e 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.

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

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.

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»).

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 termine 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.

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.

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.

Il **patto di esclusiva** può invece essere convenuto a favore del somministrato o a favore del somministrante (artt. 1567 e 1568 c.c.). 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.

L'eventuale violazione del patto d'esclusiva comporta il diritto al risarcimento del danno nei confronti del contraente inadempiente.

I CONTRATTI DI GODIMENTO

SOMMARIO: 1. La locazione. - 1.1. Obbligazioni del locatore. - 1.2. Obbligazioni del conduttore. - 1.3. La sublocazione e la cessione del contratto. - 1.4. La disciplina speciale degli immobili urbani. - 1.5. Le locazioni di immobili adibiti ad uso diverso da quello di abitazione. - 2. L'affitto. - 2.1. L'affitto di azienda. - 3. Il *leasing*. - 3.1. Il *leasing* immobiliare. - 3.2. Il *sale and lease back* (*rinvio*). - 3.3. I contratti di godimento in funzione della successiva alienazione (c.d. *rent to buy*).

LA LOCAZIONE.

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.).

La locazione si differenzia dal **comodato** 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.

DIBATTITI DOTTRINALI

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

Secondo la tesi maggioritaria, 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 realtà**, poiché il conduttore soddisfa il proprio interesse attraverso il godimento della cosa senza che sia necessaria la cooperazione di nessun altro soggetto, **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. Accogliendo tale tesi si può riconoscere al conduttore il potere diretto sulla cosa e allo stesso tempo si spiega come non possa essere acquistato se non *a domino*, e non possa essere usucapito. Trovano, altresì, 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.

Dottrina e giurisprudenza sono concordi nel ritenere che per concedere in

locazione un bene **non sia necessario esserne proprietari**, essendo sufficiente avere la disponibilità materiale del bene che, secondo parte della giurisprudenza, deve derivare da un rapporto giuridico, che consenta di trasferire al conduttore la detenzione e di garantirgli il godimento della cosa locata.

Sono, quindi, **legittimati a locare**: il proprietario, l'usufruttuario, l'enfiteuta, il superficiario, il creditore anticretico, il sequestratario e lo stesso conduttore. 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. La locazione della cosa comune da parte di uno dei comproprietari rientra nell'ambito della gestione di affari ed è soggetta alle regole di tale istituto, tra le quali quella di cui all'articolo 2031 del codice civile, sicché, nel caso di gestione non rappresentativa, il comproprietario non locatore può ratificare l'operato del gestore e, ai sensi dell'art. 1705, comma 2, c.c. (applicabile per effetto del richiamo al mandato contenuto nell'articolo 2032 del codice civile), esigere dal conduttore, nel contraddittorio con il comproprietario locatore, la quota dei canoni corrispondente alla rispettiva quota di proprietà indivisa. Nondimeno, il comproprietario non concedente può manifestare il proprio dissenso a norma dell'art. 2031, comma 2, c.c., con l'effetto di essere esonerato dal dovere di adempiere alle obbligazioni che il gestore ha assunto. (**Cassazione civile sez. III, 10/09/2019, n. 22540, conforme a Cassazione Civile, Sezioni Unite, n. 11135 del 2012**). 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 parti¹. 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.².

Conduttore è solo colui che ha stipulato il contratto di locazione al fine di acquisire il godimento del bene locato.

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. Non possono costituire oggetto del contratto di locazione: le cose consumabili (posto che non è possibile un loro godimento senza distruggerne la sostanza), i cc.dd. «beni immateriali» ed i beni che fanno parte del demanio pubblico e del patrimonio indisponibile dello Stato o di altri enti pubblici territoriali, in virtù del particolare regime al quale sono sottoposti.

La **causa** del contratto di locazione consiste nello scambio tra il godimento di una cosa che una parte concede all'altra e il corrispettivo che questa si obbliga a dare alla prima. Secondo l'opinione dottrinale prevalente il **corrispettivo** non può consistere nella prestazione di dare una cosa infungibile, né in una prestazione di fare o non fare. La giurisprudenza, accogliendo una nozione ampia di corrispettivo, ritiene che esso possa consistere in qualsiasi utilità suscettibile di valutazione economica, compresa un'opera o un servizio o un'attività lavorativa

¹ Cass. civ., Sez. I, Ordinanza, 28/10/2019, n. 27545

² 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.

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.

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, 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. 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. 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*.

Secondo la giurisprudenza, il contratto di locazione avente ad oggetto beni mobili, non essendo soggetto a forma scritta *ad substantiam*, può essere provato anche *per facta concludentia*.

La fissazione di un **termine di durata** costituisce elemento essenziale del contratto di locazione, ma, qualora non venisse apposto alcun termine, comunque la 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, anche d'ufficio, a tale durata.

La determinazione convenzionale della durata può ricavarsi anche indirettamente con l'apposizione al contratto di una condizione propria o impropria, e *per relationem*.

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 eterointegrazione del contenuto del contratto. È bene, tuttavia, precisare che con l'entrata in vigore della **legge sull'equo canone (l. 27 luglio 1978, n. 392)** 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, 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 abitazioni 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.

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.).

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

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, a 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.

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, va individuato nell'unità di tempo a cui è commisurato il corrispettivo.

La **scadenza del termine finale di durata**, convenzionale o legale, non comporta necessariamente la fine del rapporto di locazione, poiché ne è ammessa la **rinnovazione** (art. 1597 c.c.). La nuova locazione è regolata dalle stesse condizioni della precedente, ma la sua durata è quella stabilita per le locazioni a

tempo indeterminato (2° comma). **Se è stata data disdetta**, il conduttore non può opporre la tacita rinnovazione, salvo che risulti la volontà del locatore di rinnovare il contratto (3° comma).

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. 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.

Conseguentemente, nel caso in cui il locatore abbia intimato formale disdetta, anche se successivamente il 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. 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.

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*. 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.

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.). 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, che subentra nei diritti e nelle obbligazioni derivanti da tale contratto (art. 1602 c.c.). 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.).

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 (artt. 1606 c.c.).

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.

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**;
- c) **garantire il pacifico godimento** della cosa durante la locazione.

Trattasi di un **elenco non esaustivo**, poiché indica solo le obbligazioni tipiche del 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 costituito 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.

In ipotesi di **mancata consegna** il relativo obbligo è suscettibile di esecuzione in forma specifica ai sensi dell'**art. 2930 c.c.** e **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 rinuncia 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**, ma la disposizione è derogabile dalle parti. 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, 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, ma consente di agire, a seconda dei casi, per la risoluzione del contratto o per la riduzione del canone.

Al momento della consegna, le parti possono redigere un **verbale**, in cui risulti la descrizione del bene. Tale verbale ha valore di **confessione stragiudiziale** (art. 2735 c.c.).

Il locatore deve **mantenere la cosa in stato tale da servire all'uso** convenuto (art. 1575, n. 2, c.c.)³. Tale obbligo deriva da quello iniziale di consegna in buono stato

³ 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

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**.

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.

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 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.

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'obbligo di manutenzione gravante sul locatore può essere convenzionalmente derogato dalle parti, poiché tutta la materia delle riparazioni è retta da norme dispositive.

Il locatore, durante il rapporto di locazione, ha il **potere-dovere di vigilanza** sul bene oggetto del contratto e, pertanto, è responsabile dei danni cagionati a terzi dalla mancanza di opere di manutenzione poste a suo carico dalla legge, **dovendo altrimenti rispondere in solido con il conduttore ex art. 2055⁴**. 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 c.c., 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

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).

⁴ Cass. civ., Sez. III, Sentenza, 15/01/2020, n. 516.

canone o lo scioglimento del contratto) - fa da corollario all'obbligazione principale del locatore di consentire al conduttore il godimento del bene.

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. 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, sentenza o delibera condominiale. In tal caso, pertanto, il conduttore potrà agire per la risoluzione del contratto, per il risarcimento del danno ed anche con la tutela possessoria. Secondo l'opinione prevalente, il divieto di innovazioni costituisce comunque norma dispositiva, 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.

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 (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 riparazioni⁵.

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. I vizi di costruzione della cosa locata debbono essere rimossi dal locatore, ove si renda

⁵ 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.

necessario al fine di mantenere il bene locato nello stato da servire all'uso pattuito.

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**, 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. 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.

La garanzia non opera quando il vizio non sia rilevante, o se i vizi erano conosciuti o *«facilmente riconoscibili»* 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.

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 rinuncia (art. 1580 c.c.).

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.

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. 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. La garanzia **non copre 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 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).

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** (art. 1587 c.c.). 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.

In particolare, ai sensi dell'art. 1587 c.c., n. 1, prima parte, il conduttore deve prendere in consegna la cosa locata e servirsene con **diligenza** secondo l'uso concordato dalle circostanze del caso.

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.

All'obbligo di diligenza si associa il **dovere** (secondo alcuni obbligo) **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).

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. 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 servirsene della cosa.

Il conduttore che attua delle molestie di fatto agli altri inquilini del fabbricato⁶ dà 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

⁶ Ad esempio, tali molestie possono essere costituite da insulti, imbrattamenti, nonché l'affissione di cartelli con ingiurie alla porta dei vicini.

proprio, ove tolleri tali molestie. Tale inadempimento può essere integrato anche da un solo episodio qualora risulti grave⁷.

Il **mutamento d'uso** (anche parziale) che si sostanzia 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.

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.

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.

Nel caso di una **sopravvenuta minore utilizzabilità** del bene imputabile al locatore, il conduttore non può, di sua iniziativa, ridurre il canone (*ex* art. 1460 c.c.), salvo l'ipotesi di totale impedimento o qualora la minore utilizzabilità del bene sia dovuta a vizi non conosciuti o non facilmente riconoscibili.

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. 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, oltre ad imporre al conduttore un'obbligazione di *facere*, applicabile a qualsiasi contratto da cui derivi la concessione di un bene in godimento dietro corrispettivo, 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.

⁷ Cass. civ., Sez. III, Ordinanza, 20/10/2020, n. 22860.

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.

L'art. 1588 c.c. prevede, invece, 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, fermo restando che la prova liberatoria può anche essere solamente negativa e riferita alla mera non imputabilità.

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. 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.

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.

Nel caso di **mancata esecuzione di interventi di piccola manutenzione ordinaria** il locatore **non potrà rifiutare la restituzione**, che se avvenuta esporrà il conduttore solo a responsabilità *ex art.* 1591 c.c., ove il locatore dimostri l'esistenza di danni da parte del locatore.

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.

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 locata⁸.**

La responsabilità del conduttore *ex art.* 1591 c.c. costituisce applicazione del principio generale *mora perpetuat obligationem* ed ha natura contrattuale, pertanto, in applicazione

⁸ Cass. civ., Sez. VI - 3, Ordinanza, 07/12/2021, n. 38970.

del principio dettato dall'art. 1218 c.c., il conduttore, per esimersi da responsabilità, deve provare che il ritardo non è a lui imputabile.

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.

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 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.

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 particolari disposizioni della legge o degli usi, **in mancanza del consenso del locatore non ha diritto ad indennità**.

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*. In ogni caso, ai sensi del comma 2 dell'art. 1592 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.

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.

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° comma, 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.

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 locativo, le conseguenze del deterioramento per l'uso 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. 392⁹.

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° comma, 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.

Il 2° comma dell'art. 1595 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.

Il 3° e ultimo comma 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.

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, 2° co., 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.

LA DISCIPLINA SPECIALE DEGLI IMMOBILI URBANI.

La disciplina codicistica della locazione immobiliare (artt. 1607-1614 c.c.) è residuale,

⁹ Cass. civ., Sez. III, Sentenza, 13/11/2019, n. 29329.

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 tale secondo 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. In entrambi i casi il contratto deve avere forma scritta.

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.

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. 431/98).

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).

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.

Il conduttore, entro sei mesi dalla riconsegna dell'immobile, può chiedere la restituzione delle somme corrisposte in misura superiore al canone previsto nel contratto (art. 13, commi 1 e 3). Tale ripetizione è possibile anche quando il canone è stato maggiorato rispetto a quanto dovuto *ex art. 2*, ma in tal caso il conduttore può, in via alternativa, chiedere al giudice, durante il vigore del contratto, di ricondurre la locazione alle condizioni di legge.

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).

Cass., Sez. un., 17 settembre 2015, n. 18215

L'art. 1350, n. 8, c.c. impone la **forma scritta** sotto pena di **nullità** per i contratti di locazione **ultranovennali** aventi a oggetto beni immobili. I medesimi contratti devono essere resi pubblici con il mezzo della **trascrizione** a causa del loro rilevante valore economico (art. 2643, n. 8, c.c.).

Alla previsione codicistica si aggiunge un'ulteriore prescrizione dettata dalla legge n. 431/1998, che annovera tra i propri obiettivi la lotta contro la piaga dell'evasione fiscale. Tale finalità giustifica la scelta del legislatore di sottoporre il contratto di locazione d'immobili a uso abitativo all'onere della forma per iscritto (art. 1, ult. comma, della legge n. 431/1998). Si tratta di una forma *ad substantiam*¹⁰. Il vincolo di forma non risponde qui: i) né all'esigenza di rendere più sicura la prova dell'accordo; ii) né alla necessità d'indurre le parti a ponderare il significato dell'impegno che stanno per assumere; iii) né all'esigenza di fronteggiare lo squilibrio informativo delle parti del contratto. Il vincolo di forma si spiega alla luce di quanto previsto dall'art. 13 della legge n. 431/1998: la disposizione rende manifesto il disegno del legislatore, che ha introdotto il requisito formale per assicurare all'imposizione fiscale il canone realmente pagato dal locatario, in maniera da dissuadere le parti a simulare il *quantum debeatur*. La prescrizione della forma scritta *ad substantiam* è volta essenzialmente a tutelare l'interesse alla **trasparenza del mercato delle locazioni**, in funzione dell'esigenza di un più penetrante controllo fiscale; esigenza avvertita in modo significativo in un settore dove, come poc'anzi ricordato, a causa della precedente disciplina dirigitica il fenomeno dell'evasione era divenuto inarginabile.

Il proposito antielusivo-antievasivo è stato rafforzato dall'art. 1, comma 346, della legge n. 311/2004: la norma stabilisce che i contratti di locazione sono **nulli se non sono registrati**. L'ordinamento ha posto a carico del locatore l'obbligo di registrazione.

Se il contratto di locazione a uso abitativo (o il contratto di locazione immobiliare ultranovennale) è privo della forma scritta, l'invalidità del contratto trae origine dall'assenza di un elemento intrinseco ex art. 1325, n. 4, c.c.

Se, invece, la forma è stata rispettata, ma non c'è stata la registrazione entro il termine di legge, la nullità deriva dall'assenza di un presupposto estrinseco (di natura tributaria), che rileva sotto il profilo dell'iter di perfezionamento dell'atto negoziale e, di riflesso, del rapporto sostanziale.

La nullità si applica anche nei confronti di qualsiasi pattuizione diretta ad attribuire al locatore un canone superiore a quello contrattualmente stabilito (art. 13, comma 4, della legge n. 431/1998). In tal caso, il conduttore, con azione proponibile nel termine di sei mesi dalla riconsegna dell'immobile locato, può richiedere la restituzione delle somme indebitamente versate.

Il conduttore può altresì richiedere, con azione proponibile dinanzi all'autorità giudiziaria, che la locazione venga ricondotta a condizioni conformi a quelle stabilite negli accordi definiti in sede locale fra le organizzazioni della proprietà edilizia e le organizzazioni dei conduttori maggiormente rappresentative (art. 2 della legge n. 431 del 1998). Si tratta di un'azione volta a conservare il contratto, adeguandolo alle condizioni di legge. L'azione si sostanzia quindi in un rimedio manutentivo.

Tale azione è altresì consentita nei casi in cui il locatore non abbia provveduto alla registrazione del contratto nel termine di legge.

Il patto volto a determinare un maggior canone rispetto a quello dichiarato nel contratto registrato realizza un'operazione di simulazione. Il procedimento simulatorio si sostanzia nella stipula di un contratto di locazione (registrato) e di una controdichiarazione, che consente la sostituzione dell'oggetto del negozio (cioè del prezzo reale in luogo di quello apparente). La controdichiarazione non registrata consente di esigere un corrispettivo maggiore da occultare al fisco. Lo scopo della simulazione è proprio quello dell'occultamento al fisco della differenza tra la somma indicata nel contratto registrato e quella effettivamente percepita dal locatore in forza del patto non registrato.

La sostituzione del prezzo apparente con quello reale (il canone effettivamente convenuto) contrasta con la norma imperativa sancita dall'art. 13, comma 4, della legge n. 431/1998. La nullità ivi prevista colpisce la controdichiarazione (cioè il negozio non registrato che attribuisce al locatore il diritto di esigere un canone maggiore), e non invece il contratto di locazione registrato, a riprova del fatto che l'effetto voluto dal legislatore è quello di disincentivare la simulazione del corrispettivo del contratto di locazione¹¹. La conseguenza di ciò è che il locatore ha diritto di esigere il canone solo nella misura (inferiore) prevista dal contratto registrato, con obbligo di restituire il maggior importo eventualmente percepito dal locatario in forza della controdichiarazione affetta da nullità.

Tale nullità non è sanabile attraverso la tardiva registrazione. L'adempimento tardivo dell'obbligo di registrazione si configura come atto non negoziale che non incide sull'invalidità della controdichiarazione, perché a mancare è proprio l'oggetto (e il presupposto) di una ipotetica sanatoria. Infatti, se la controdichiarazione, inserita nell'ambito del procedimento simulatorio, è affetta da nullità per contrarietà a norma imperativa, di tale atto non può predicarsi un'ipotetica validità sopravvenuta in forza di un requisito extra-formale successivo (la registrazione).

Lo scopo dissuasivo dell'intento di evasione-elusione fiscale – che costituisce la *ratio* della legge n. 431/1998) - sarebbe fortemente attenuato, se non del tutto vanificato, dal riconoscimento alla registrazione tardiva di un effetto sanante: il legislatore, sanzionando con la nullità ogni patto volto alla previsione di un maggior canone, ha inteso contrastare proprio il fenomeno del c.d. mercato sommerso degli affitti, perseguendo incondizionatamente l'emersione del fenomeno delle locazioni c.d. "in nero". La causa concreta della controdichiarazione non tempestivamente registrata si pone in diretto contrasto con lo scopo della norma imperativa¹².

La nullità della controdichiarazione, oltre a una funzione antielusiva, assolve anche a una funzione di tutela della parte "debole" al momento della stipula del contratto, data l'asimmetria del rapporto tra locatore e locatario; la maggior forza contrattuale consente al locatore di pretendere e di imporre un canone maggiorato e occultato al fisco quale condizione per la concessione del godimento dell'immobile al locatario.

¹¹ La *ratio* della legge n. 431/1998 è espressa nella relazione di accompagnamento della Commissione permanente ambiente territorio e lavori pubblici, che indica con chiarezza come l'obiettivo della legge fosse quello di "introdurre misure atte a combattere il fenomeno dell'evasione fiscale che appare particolarmente presente in questo settore", in aggiunta alla volontà di realizzare una liberalizzazione controllata del mercato locativo.

¹² Cass., Sez. un., 17 settembre 2015, n. 18213.

LE LOCAZIONI DI IMMOBILI ADIBITI AD USO DIVERSO DA QUELLO DI ABITAZIONE.

Per le locazioni di immobili adibiti ad uso diverso da quello di abitazione è rimasta in vigore la disciplina dettata dalla l. n. 392/78.

In tal caso la durata della locazione (o sublocazione) non può essere inferiore a sei anni, o a nove anni se adibiti ad attività alberghiera (art. 27), a meno che l'attività da esercitare abbia, per sua natura, carattere transitorio.

Diverso dalla locazione di natura transitoria è il **contratto atipico di alloggio**, che ricorre quando il conduttore non si limita a concedere il godimento di una o più stanze, ma fornisce ulteriori servizi, quali la pulizia, il cambio biancheria, o soddisfa altre esigenze accessorie di tipo alberghiero. La giurisprudenza ha stabilito che il contratto atipico di alloggio non è soggetto alla disciplina della locazione ad uso abitativo, configurando un rapporto di tipo precario, caratterizzato normalmente dalla facoltà di recesso *ad nutum* di ciascuno dei contraenti.

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), 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.

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. 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.

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).

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).

Cass., Sez. un., 9 ottobre 2017, n. 23601.

Con riguardo alle **locazioni non abitative**, nessuna norma sancisce espressamente la nullità testuale del patto di maggiorazione del canone, come invece previsto dall'art. 13 della legge n. 492 del 1998 per le locazioni abitative. Per queste ultime, la sanzione della nullità riguarda il solo patto di maggiorazione del canone: non si estende al contratto registrato, che resta, pertanto, valido ed efficace.

Per le locazioni non abitative, in mancanza di una norma analoga all'art. 13 della legge n. 492 del 1998, non è predicabile nessuna nullità testuale dell'accordo di maggiorazione del canone.

La **nullità**, però, colpisce l'intero contratto in caso di mancanza di un requisito extraformale, costituito dall'**omessa registrazione del contratto** stesso. Se la sanzione della nullità derivasse dalla sola violazione dell'obbligo di registrazione, allora sembrerebbe ragionevole riconoscere un effetto sanante al comportamento del contraente che, sia pur tardivamente, adempia a quell'obbligo.

In tale prospettiva, occorre preliminarmente verificare se una tardiva registrazione possa dirsi legittima.

La normativa tributaria sembra offrire una risposta positiva al quesito, considerato che:

- a) il termine di trenta giorni previsto per assolvere al pagamento dell'imposta di registro non è qualificato come perentorio (D.P.R. n. 131 del 1986, art. 17, comma 1);
- b) l'art. 38 dello stesso D.P.R. prevede che "la nullità... dell'atto non dispensa dall'obbligo di chiedere la registrazione e di pagare la relativa imposta";
- c) è prevista la possibilità di una registrazione volontaria tardiva anche in caso di decadenza dall'azione di riscossione (D.P.R. n. 131 del 1986, art. 76, comma 5).

Non è di ostacolo alla possibilità di una tardiva registrazione l'art. 1, comma 59, della legge n. 208 del 2015. La norma prevede l'obbligo unilaterale del locatore di provvedere alla registrazione del contratto di locazione entro il termine perentorio di trenta giorni. Tale disposizione, però, riguarda i soli contratti di locazione di immobili ad uso abitativo.

La legittimità di una registrazione tardiva consente di riconoscere ad essa l'effetto di sanare la nullità. Secondo le Sezioni Unite, sul piano morfologico, si tratta di una **nullità per difetto di un co-elemento di validità extranegoziale** e, sul piano funzionale, di invalidità da inadempimento dell'obbligo di registrazione.

Si tratta di una nullità definita "**impropria**" o "atipica", perché il contratto nullo produce i suoi effetti almeno fino a trenta giorni dalla sua stipulazione, cioè entro il termine ultimo per effettuare la registrazione.

La sanatoria della nullità si pone in linea con quanto affermato da quella dottrina che propone una lettura estensiva dell'art. 1423 c.c., volta a consentire la sanatoria di talune nullità contrattuali oltre le ipotesi previste espressamente dalla legge.

In questa prospettiva, la giurisprudenza conclude nel senso che il contratto di locazione ad uso non abitativo (non diversamente da quello abitativo), che contiene la previsione di un canone realmente convenuto e realmente corrisposto (e dunque, in assenza di qualsivoglia fenomeno simulatorio), ove non registrato nei termini di legge, è nullo ai sensi dell'art. 1, comma 346, della legge n. 311 del 2004. Tale nullità, tuttavia, è **sanabile** in caso di tardiva registrazione, da ritenersi consentita in base alle norme tributarie.

La conseguente questione che si pone è se l'effetto sanante della tardiva registrazione produca effetti retroattivi o meno. Al riguardo, le Sezioni unite ritengono che la nullità per tardiva registrazione presenti delle anomalie: ad una prima fase di validità ed efficacia del rapporto contrattuale (in pendenza del termine per la registrazione) fa seguito la nullità del contratto, salva la sanatoria

derivante dalla tardiva registrazione. Ciò induce la giurisprudenza a ritenere che l'effetto sanante sia destinato a **retroagire** alla data della conclusione del contratto. L'effetto di sanatoria con efficacia retroattiva consente di stabilizzare definitivamente gli effetti del contratto, assicurando tutela alla parte debole del rapporto: il conduttore non è esposto ad azioni di rilascio, gode della durata della locazione come prevista *ab origine* nel contratto (e non dalla data della registrazione), conserva il diritto all'avviamento, quello alla prelazione, e ancora quello alla libera trasferibilità dell'azienda e del contratto.

Resta da stabilire se la tardiva registrazione possa produrre un effetto sanante *ex tunc* anche nel caso in cui la fattispecie concreta sia costituita da un accordo simulatorio cui consegua non già la tardiva registrazione dell'intero contratto che preveda la corresponsione del canone reale, ma quella del solo patto dissimulato volto ad occultare un canone maggiore, dopo che il contratto contenente il canone simulato sia stato a sua volta e previamente registrato.

Secondo le Sezioni unite, la fattispecie della totale omissione della registrazione del contratto contenente *ab origine* l'indicazione del canone realmente dovuto (in assenza, pertanto, di qualsivoglia procedimento simulatorio) non è assimilabile all'ipotesi di simulazione del canone con registrazione del solo contratto simulato recante un canone inferiore, cui acceda il cd. "accordo integrativo" con canone maggiorato.

Sul piano morfologico e funzionale, le due fattispecie presentano differenze:

1. il contratto non registrato *in toto*, contenente l'indicazione del reale corrispettivo della locazione, è "sconosciuto" all'erario dal punto di vista fiscale e nullo dal punto di vista civilistico in virtù di una testuale previsione normativa che commina la sanzione della nullità. Quest'ultima può essere sanata successivamente alla stipula del contratto attraverso la registrazione tardiva. In tale ipotesi non viene in rilievo un vizio genetico dell'atto, ma la mancata attuazione di un obbligo ad esso conseguente, in relazione al quale ben può ricavarsi dal sistema la possibilità di un adempimento tardivo, che integri diacronicamente la fattispecie con il necessario co-elemento esterno di validità, costituito dal requisito extra-formale della registrazione, con effetti sananti dal momento in cui l'atto stesso è stato posto in essere;
2. diverso è il caso di un contratto debitamente registrato, contenente un'indicazione simulata di prezzo, cui acceda una pattuizione *a latere*, non registrata e destinata a sostituire la previsione negoziale del canone simulato con quella di un canone maggiore rispetto a quello formalmente risultante dal contratto registrato. È inevitabile la riconduzione di tale fattispecie nell'orbita dell'istituto della simulazione, in sintonia con quanto affermato dalle stesse Sezioni Unite con riferimento alla locazione ad uso abitativo. Il (medesimo) procedimento simulatorio si sostanzia, sul piano morfologico, in un previo accordo simulatorio e in una successiva, unica convenzione negoziale, tanto nell'ipotesi di simulazione assoluta (assenza di effetti negoziali) quanto di simulazione relativa (produzione di effetti diversi da quelli riconducibili al negozio apparente). La cd. controdi chiarazione non è altro che uno strumento probatorio idoneo a fornire la "chiave di lettura" del negozio apparente.

L'accordo simulatorio, volto a celare un canone maggiore rispetto a quello indicato nel contratto scritto e registrato, disvela la finalità di elusione ed evasione fiscale che un simile patto è destinato a realizzare. Si tratta di una **causa concreta illecita**: la fattispecie della simulazione relativa del canone locatizio risulta così affetta da un vizio genetico, attinente alla sua causa concreta, inequivocabilmente volta a perseguire lo scopo pratico di eludere (seppure parzialmente) la norma tributaria sull'obbligo di registrazione dei contratti di locazione. Tale norma tributaria è stata elevata a "rango di disposizione imperativa".

Trattandosi di un vizio riconducibile al momento genetico del contratto e alla violazione di una norma imperativa, si configura una forma di **nullità virtuale**, tradizionalmente insanabile ex art. 1423 c.c.: in tal caso, infatti, la nullità deriva non dalla mancata registrazione (situazione suscettibile di essere sanata con il tardivo adempimento), ma, a monte, dall'illiceità della causa concreta del negozio, che una tardiva registrazione non è idonea a sanare.

Si rende a questo punto necessario estendere l'indagine alla sorte del contratto di locazione regolarmente registrato, ma contenente l'indicazione del canone simulato.

Nel caso di locazione ad uso abitativo, la sanzione della nullità prevista dall'art. 13, comma 1, della legge n. 431 del 1998 colpisce non la mancata registrazione dell'atto che reca il prezzo reale (c.d. controdichiarazione), ma l'illegittima sostituzione di un prezzo con un altro. È la clausola relativa al prezzo contenuta nella controdichiarazione ad essere affetta da nullità *ex lege*; resta valida invece la clausola del contratto registrato, oltre al resto del regolamento contrattuale.

Nel caso di locazione ad uso non abitativo, 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.

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.

L'AFFITTO.

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 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 controversie in tema di contratto di affitto. 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, e colui che esercita l'attività imprenditoriale sul bene stesso, ossia l'affittuario.

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 della sua destinazione economica.

Secondo parte della dottrina **oggetto** del contratto di affitto deve essere sempre un'azienda; la tesi dominante, invece, individua nel ruolo strumentale del bene rispetto all'attività produttiva del conduttore l'elemento idoneo a qualificare l'affitto.

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 **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.

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.

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.).

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.

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 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:

- se l'affittuario non destina al servizio della cosa i mezzi necessari per la gestione di essa. 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;
- in caso di 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, 2° co. c.c.);
- per il mutamento stabile della destinazione economica della *res* affittata, intesa come lo specifico utilizzo produttivo cui la cosa è destinata.

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

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 stesse¹³.**

¹³ Cass. civ., Sez. III, Ordinanza, 27/03/2020, n. 7574.

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.

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 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 quo*, 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.).

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.), oltretutto 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.).

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.

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*. 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.

Il 2° comma dell'articolo, 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.

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). 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, nell'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 costitutivi 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 del contratto.

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. 392/78). 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 tollendis»* in capo all'affittuario al termine del rapporto. Infatti, dal combinato disposto degli artt. 2561, comma 4, 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.

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 dichiarò di liberarlo.

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.

La disciplina, per esplicita indicazione normativa (comma 5) 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.

IL LEASING.

È riconducibile alla categoria dei contratti di godimento anche il *leasing*, contratto tradizionalmente definito come normativamente atipico ma “socialmente tipico”, per il quale peraltro è stata recentemente dettata una disciplina esplicita (legge 4 agosto 2017, n. 124).

Ai sensi dell'art. 1, comma 136, che dà una nozione unitaria di *leasing*, si intende per contratto di locazione finanziaria quello con cui la banca o l'intermediario finanziario si obbligano 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.

Prima della definizione normativa, si definivano *leasing* due diversi istituti:

- il ***leasing* c.d. operativo**: 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. Trattasi, secondo un ormai consolidato orientamento dottrinale, **non di un contratto atipico ma di istituto avente forma e sostanza locative** (riconducibile, a seconda dei casi, alla locazione, all'affitto o al noleggio).
- il ***leasing* finanziario**: un contratto prima atipico, oggi tipico, in forza del quale l'utilizzatore (denominato anche conduttore o *lessee*) chiede ad una società di *leasing* (denominata anche locatore o *lessor*), 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.

I numerosi dibattiti intorno alla figura del *leasing* sono riferibili, quindi, a tale seconda figura.

La peculiare struttura del *leasing* finanziario ha indotto parte della dottrina e della giurisprudenza a ritenere che si trattasse di un **contratto misto** o, secondo altri, di **contratto complesso**. Per individuare la **disciplina** applicabile a tale contratto si è, in un primo momento, cercato di **ricondurlo ad uno dei contratti tipici** con i quali presenta alcuni caratteri in comune.

- In particolare, parte della dottrina ha 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. A tale inquadramento si sono però mosse diverse

critiche. In primo luogo, se il *leasing* fosse effettivamente riconducibile alla locazione, non 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, 1° comma, c.c. Né si giustificerebbe 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. 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);
 - 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;
 - d) i miglioramenti e le addizioni diventano di proprietà del concedente senza indennizzo.
- Altra parte della dottrina ha 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. 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 hanno, 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. Contro tale tesi si è 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 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 credito di ammontare certo, corrispondente allo schema proprio dei contratti di credito. 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 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. 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*.

Secondo alcuni autori, tale collegamento negoziale sarebbe **necessario**, con la conseguenza che l'eventuale venir meno, per qualunque ragione, 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), col solo limite del consenso del concedente nell'ipotesi in cui chieda la risoluzione del contratto di vendita. Tale prospettazione è stata accolta anche dalla giurisprudenza.

Per individuare la **disciplina** applicabile all'istituto in esame è necessario effettuare una attenta ricostruzione degli interventi normativi succedutisi nel tempo, alcuni dei quali contenenti **norme che regolano l'attività dei soggetti che partecipano all'operazione finanziaria**, tra cui gli artt. 1 e 5 del d. lgs. 14 dicembre 1992, n. 481, di attuazione della dir. CEE 89/646 (che individuavano gli enti creditizi che potevano esercitare tale attività), il Testo unico bancario di cui al d. lgs., n. 385/1993 (artt. 106 e ss.) e la disciplina antiriciclaggio (legge 5 luglio 1991, n. 197, successivamente innovata ad opera del d. lgs. 21 novembre 2007, n. 231), ed altri dettanti **norme che regolano l'oggetto del contratto** (partendo dalla l. 2 maggio 1976, n. 183, recante «Interventi straordinari nel Mezzogiorno per il quinquennio 1976-1980», che per prima, all'art. 17, ha definito il *leasing*, individuandone gli elementi caratterizzanti, poi ribaditi negli interventi successivi, ed il Testo unico bancario (artt. 117, 118 e 119, relativi alla «trasparenza delle condizioni contrattuali»).

L'art. 1, comma 2, lett. f) del d. lgs. 1° settembre 1993, n. 385 (Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia) include il *leasing* finanziario nell'elenco di attività riservate a **determinate categorie di soggetti**. Più precisamente, l'**attività di locazione finanziaria** può essere esercitata soltanto da intermediari finanziari iscritti nell'elenco generale di cui all'art. 106 TUB.

Per quanto riguarda, invece, il *lessee*, in difetto di una espressa disciplina che indichi le caratteristiche dell'utilizzatore 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 del contratto di *leasing* possono essere sia beni mobili (non consumabili) che immobili, purché scelti dall'utilizzatore.

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 rilevata l'esistenza nella prassi commerciale di **due sottotipi** di locazione finanziaria, con caratteristiche distinte: il ***leasing di godimento*** e il ***leasing traslativo***.

La legittimità di tale distinzione è stata riconosciuta anche dalla S.C. che, nel 1989, con 6 pronunce (nn. 5569, 5570, 5571, 5572, 5573 e 5574 del 13 dicembre), ha realizzato un parziale mutamento di rotta rispetto ai suoi precedenti e ha individuato nell'ambito del *leasing* finanziario due distinte figure contrattuali atipiche:

- il *leasing* «tradizionale» (o ***leasing di godimento***), qualificabile come contratto con causa di finanziamento, che si caratterizza per il fatto che ha ad oggetto un bene che esaurisce la sua utilità economica in un certo periodo di tempo, normalmente coincidente con la durata del contratto. Tale figura sarebbe, secondo la S.C., connotata da forte «imprenditorialità», sia dal punto di vista soggettivo (poiché ad essa ricorrerebbero principalmente gli imprenditori), che dal punto di vista oggettivo (poiché concernerebbe beni strumentali all'esercizio dell'impresa);
- il *leasing* «impuro» (o ***leasing traslativo***), che si differenzia dal primo in quanto «l'utilizzatore non solo può non essere un imprenditore, ma la durata del contratto non è più commisurata alla vita economica del bene, essendo stabilita in funzione del previsto effetto traslativo». In tal caso, i canoni corrisposti dall'utilizzatore non sono giustificati dal godimento del bene, ma costituiscono anche il corrispettivo di una parte di prezzo, visto che la cosa è destinata a conservare un valore residuo apprezzabile per l'utilizzatore.

**ORIENTAMENTI
GIURISPRUDENZIALI**

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 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. (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 si è uniformata all'orientamento introdotto dalle sei sentenze del 1989 e confermato dalla sentenza delle Sezioni

I SINGOLI CONTRATTI

Unite del 7 gennaio 1993, n. 65, secondo cui 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;
- g) il fatto che i canoni costituiscono sempre e soltanto il corrispettivo del godimento del bene.

Le caratteristiche del **leasing traslativo** sono, invece, le seguenti:

- 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.

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 con la nota sentenza delle Sezioni unite n. 65 del 1993 e sono:

- 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.

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 (artt. 1341 e 1342 c.c.).

Il contratto di *leasing* si perfeziona nel momento in cui il contratto viene 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.

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*;

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, 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).

L'utilizzatore non può cedere, né sublocare a terzi il bene.

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. 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*, 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 e provvedendo alla sua **manutenzione ordinaria e straordinaria**.

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), a pagare una penale pari alla differenza tra i canoni residui e la somma 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, 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. Per quanto riguarda, invece, il rischio derivante dalla mancata consegna, la giurisprudenza ha ritenuto illegittima la clausola che lo faccia ricadere sull'utilizzatore.

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. Anche la giurisprudenza si è espressa in tal senso.

Con ordinanza n. 17597 del 4 agosto 2014, la Terza sez. della Corte di Cassazione ha rimesso alle Sezioni Unite la questione inerente all'individuazione delle **azioni contrattuali proponibili** direttamente dall'utilizzatore nei confronti del fornitore del bene in *leasing* e, in particolare, la proponibilità diretta dell'azione di risoluzione.

Prevalente dottrina e ormai anche la giurisprudenza di legittimità convergono a favore del collegamento negoziale tra la compravendita e la locazione finanziaria. Questa ricostruzione conduce anch'essa ad ammettere l'azione diretta dell'utilizzatore nei confronti del fornitore ma solo in presenza di alcuni

presupposti e limiti processuali e sostanziali, non sempre univocamente delineati, riconducibili al mandato senza rappresentanza di cui all'art. 1705 c.c., comma 2. Pacifica la riferibilità normativa del problema all'art. 1705, comma 2, c.c., la rimessione alle Sezioni Unite è sollecitata dal contrasto che si registra in giurisprudenza sulle applicazioni della stessa alle azioni proponibili dall'utilizzatore.

Ed infatti, secondo un primo orientamento (Cass. n. 17145/2006) tale riferibilità consente di fondare la legittimazione dell'utilizzatore a far valere la pretesa all'adempimento del contratto di fornitura oltre che al risarcimento del danno e non anche la sua legittimazione all'azione di risoluzione contrattuale della vendita per inadempimento del venditore salvo il caso in cui nel contratto di leasing vi sia uno specifico patto al riguardo. Tale conclusione risulta inappagante nella misura in cui il concedente potrà esprimere la propria maggiore forza contrattuale proprio nel riservare a sé tale legittimazione.

Un diverso orientamento (Cass. n. 5125 del 2004) ammette la proponibilità dell'azione di risoluzione ma, facendosi carico del pregiudizio che la risoluzione del contratto di vendita potrebbe arrecare al concedente, configura una fattispecie di litisconsorzio necessario che ne permetta la partecipazione in giudizio.

Sul punto sono intervenute le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, con la sentenza 5 ottobre 2015, n. 19785. Più precisamente, 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.

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

I SINGOLI CONTRATTI

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.

Qualora il contratto si **risolva** per **grave inadempimento** dell'utilizzatore ai sensi del **comma 137**, il **concedente** ha diritto alla **restituzione del bene**.

Ai sensi dell'**art. 1, comma 137**, della legge annuale per il mercato e la concorrenza 2017 (**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.

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**).

Il **comma 139** 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.

In ogni caso 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** 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* prevede che al contratto di locazione finanziaria si applichi, in caso di fallimento dell'utilizzatore, l'articolo 72 della legge fallimentare (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 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, terzo comma, lettera *a*) L.F., 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.

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 (Cassazione civile, 25 febbraio 2020, n. 5022, sez. III): ci si è chiesti, in particolare, se la disciplina introdotta dall'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-quater L.F., 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 ritenute 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 analogica¹⁴: 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.F. Altro orientamento, al

¹⁴ 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.

contrario, ha negato che gli effetti della risoluzione dei contratti di *leasing* possano trovare disciplina nell'art. 72-*quater* L.F., 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.

Sul punto sono intervenute le Sezioni Unite 28 gennaio 2021, n. 2061, le quali hanno chiarito che la Legge n. 124 del 2017 non ha effetti retroattivi e trova, quindi per i contratti di *leasing* finanziario in cui i presupposti della risoluzione per l'inadempimento dell'utilizzatore non si siano ancora verificati al momento della sua entrata in vigore. Dunque, in relazione ai contratti risolti in precedenza e rispetto ai quali sia intervenuto il fallimento dell'utilizzatore soltanto successivamente alla risoluzione contrattuale, rimane valida la distinzione tra *leasing* di godimento e *leasing* traslativo, dovendo per quest'ultimo applicarsi, in via analogica, la disciplina di cui all'art. 1526 c.c. e non quella dettata dall'art. 72-*quater* l.f., rispetto alla quale non possono ravvisarsi le condizioni per il ricorso all'*analogia legis*, non essendo peraltro consentito giungere in via interpretativa ad una applicazione retroattiva della Legge n. 124 del 2017.

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, salvo 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*. 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.

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 di stabilità per il 2016: 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 della legge di stabilità 2016.

IL SALE AND LEASE BACK (RINVIO).

Il contratto di *sale and lease back* (o *lease back* o locazione finanziaria di ritorno), è stato analizzato nella parte dedicata alle garanzie, in relazione al divieto del patto commissorio, cui si rinvia.

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 in legge, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, della legge 11 novembre 2014, n. 164) ha introdotto una 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 compravendita¹⁵.

¹⁵ Cfr. A. FUSARO, *Rent to buy, Help to buy, Buy to rent, tra modelli legislativi e rielaborazioni della prassi*, in *Contratto e Impresa*, 2014, 2, 419; A. TESTA, *Il rent to buy: la tipizzazione sociale di un contratto atipico*, in *Immobili e proprietà*, 2014, 384.

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 finanziamento¹⁶.

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 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*¹⁷.

I contratti suscumbili 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* c.c., 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 legge fallimentare, 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*

¹⁶ A. SCARPA, *L'operazione "rent to buy" entra nel nostro sistema*, in *Guid. Dir.*, 2014, 41, 51.

¹⁷ A. SCARPA, *L'operazione "rent to buy"*, *cit.*

to buy tipico, nei limiti della compatibilità, gli articoli da 1002 a 1007, nonché gli articoli 1012 e 1013 del codice civile, 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 *run 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.

In caso di inadempimento, oltre a essere esperibile l'azione, di esecuzione in forma specifica dell'obbligo di contrarre, ai sensi dell'art. 2932 c.c., 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 ricevuta¹⁸.

In caso di fallimento del concedente, il contratto prosegue, fatta salva l'applicazione dell'art. 67, terzo comma, lettera c), della legge fallimentare (regio decreto 16 marzo 1942, n. 267). In caso di fallimento del conduttore, si applica l'art. 72 della legge fallimentare; 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.

¹⁸ A. SCARPA, *L'operazione "rent to buy"*, cit.

I CONTRATTI DI GESTIONE

SOMMARIO: 1. Il mandato. - 1.1. Obbligazioni del mandatario ed obbligazioni ed oneri del mandante. - 1.2. Esecuzione ed inadempimento. - 1.3. Estinzione. - 2. La commissione. - 3. La spedizione. - 4. Il comodato. - 5. Il contratto di agenzia. - 5.1. Obblighi e diritti dell'agente e del preponente: in particolare l'indennità di fine rapporto. - 5.2. Scioglimento del rapporto di agenzia. - 5.3. L'agente di assicurazione. - 6. La mediazione. - 6.1. I doveri e i diritti del mediatore. - 6.2. La mediazione professionale e le clausole derogatorie. - 6.3. La mediazione atipica (il c.d. procacciatore di affari). - 7. L'affiliazione commerciale (*franchising*). - 7.1. Obblighi antecedenti e successivi alla conclusione del contratto. - 8. Il brokeraggio.

IL MANDATO.

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).

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, 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.

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, decreteranno il sorgere di una *negotiorum gestio*.

In relazione all'**oggetto**, l'art. 1703 c.c. riconosce il contenuto dell'obbligazione 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'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* (cd. **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 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 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 articolo, che vi fa confluire esclusivamente gli atti di ordinaria amministrazione.

Solitamente la **causa** del mandato è individuata nella relazione sussistente tra l'obbligazione gestoria ed il compenso, ma, non rilevando l'onerosità per la qualificazione legislativa del tipo, sussiste la possibilità di concludere mandati gratuiti, ciò che ha portato alcuni autori a valorizzare il profilo funzionale della causa (indipendente dall'onerosità o gratuità), individuandola nella gestione.

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*.

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 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.

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. 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, il mandato afferirebbe esclusivamente al rapporto tra mandante e mandatario).

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. **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). 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. Sulla portata della norma si è espressa la Corte di Cassazione, con una pronuncia a Sezioni Unite (vedi *infra*).

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 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 rivendere** 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 ritiene che il mandato determini il sorgere di una **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.

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.

Stante l'assoluta mancanza di disposizioni in merito, diversi sono stati gli orientamenti volti a delineare il mandato ad alienare, tanto che una recente tesi, in relazione alle diverse critiche mosse a ciascuna di esse, arriva addirittura a negare l'ammissibilità della figura, specialmente in riferimento ai beni soggetti a trascrizione.

Secondo una prima ricostruzione, **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, 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.

Si è posto in giurisprudenza, ma anche in dottrina, il problema, poi risolto definitivamente dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione con la sentenza 8 ottobre 2008, n. 24772, di comprendere la reale portata dell'inciso di cui all'art. 1705, comma 2, c.c. ("*il mandante, sostituendosi al mandatario, può esercitare i diritti di credito derivanti dall'esecuzione del mandato*").

Le Sezioni Unite 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 mandatario, rimanendo **escluse le azioni poste a loro tutela** (annullamento, rescissione, risoluzione e risarcimento).

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.

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.

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. 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 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, 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, ma non mancano voci a favore della natura assicurativa.

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.

ESECUZIONE ED INADEMPIMENTO.

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*.

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) 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.

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, resteranno nella sua sfera giuridica ed economica, salvo ratifica del mandante.

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*.

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*.

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*.

La revocabilità, stabilita quale regola dall'art. 1723, comma 1, c.c., implica un'evidente limitazione all'applicazione dell'art. 1372, comma 1, c.c., assumendo l'irrevocabilità del mandato carattere eccezionale. L'**irrevocabilità** 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 pattizialmente od abbia ad oggetto un mandato oneroso (artt. 1723, comma 1, e 1725 c.c.).

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.

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 scioglie il rapporto solo nei suoi confronti.

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*.

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.

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 senza rappresentanza e include la dicitura "concludere contratti di trasporto con uno o più vettori"¹.

~~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 dei 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. 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 ².

~~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.~~

¹ 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".

² L. 29 dicembre 2021, n. 233, in vigore dal 1° gennaio 2022.

~~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 mandante³.

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 **essenzialmente gratuito**, viene inquadrato nell'ambito dei cd. 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 la previsione di un contributo pecuniario corrisposto dal comodatario, che non si configuri, però, per la sua consistenza, come corrispettivo del godimento del bene.

Il comodato **si perfeziona** con la **consegna** del bene e per tale motivo si configura come **contratto reale**.

L'accordo delle parti non è sottoposto a vincoli di **forma**, 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* e con il mutamento del titolo della detenzione, là dove la disponibilità materiale del bene 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 c.d. **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.

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.

³ 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”.

Il comodato è, per entrambe le parti, un **atto di ordinaria amministrazione**, anche se taluno lo inquadra negli atti di straordinaria amministrazione 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. 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 proprietà del bene.

Il comodatario non possiede la cosa, ma è 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. 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.

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.).

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.

Se 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", che non è però una figura concettualmente diversa dal comodato ma solo un comodato risolvibile *ad*

nutum dal comodante. In caso di comodato precario, 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 attività⁴.

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 perseguiti dalle parti. La Corte di Cassazione con una pronuncia a Sezioni Unite (sentenza 9 febbraio 2011, n. 3168) ha ribadito che *“il termine finale del comodato può risultare anche per implicito dalla destinazione del bene, precisando però che 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 del proprietario”*.

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 via 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.

LA SENTENZA

Tale soluzione, adottata dalle Sezioni Unite nel 2004, è stata oggetto di numerose critiche che hanno condotto ad una nuova rimessione della questione cui è seguito, a distanza di un decennio, un nuovo pronunciamento delle **Sezioni Unite del 29 settembre 2014 (n. 20448)**.

Alle Sezioni Unite nuovamente interpellate viene richiesto un pronunciamento su quando e come insorga il vincolo di destinazione a casa familiare; quale sia il momento di cessazione di esso; quale sia il regime di opponibilità e come sia connotata la posizione giuridica del coniuge e dei figli del comodatario iniziale.

Il punto di partenza risiede nella critica mossa alle Sezioni Unite del 2004 la cui statuizione avrebbe determinato *“una sostanziale espropriazione delle facoltà del comodante”* a causa dell'esclusione della recedibilità *ad nutum ex art. 1810 c.c.* a prescindere dal fatto che il proprietario sia genitore del beneficiario o un terzo estraneo.

Ed infatti, si obiettava che, se il coniuge proprietario è di certo tenuto a rispettare la solidarietà post coniugale in ragione della tutela costituzionale dell'istituto familiare, ciò non può valere per i terzi. Tuttavia, quest'ultimi, aderendo all'orientamento inaugurato dalle Sezioni Unite nel 2004, si troverebbero costretti a subire una situazione *“destinata a durare indefinitamente nel tempo”*. Inoltre, la soluzione prescelta giungerebbe a negare la configurabilità del precario di casa familiare, con l'effetto di *“scoraggiare”* il diffuso istituto del comodato quale

⁴ Cass. civ., Sez. VI - 3, Ordinanza, 15/10/2020, n. 22309.

soluzione ai problemi abitativi delle giovani coppie, e costituirebbe un modo per attribuire al coniuge assegnatario diritti poziori rispetto a quelli vantati dall'originario comodatario.

Viene quindi sollecitato un diverso contemperamento tra le contrapposte esigenze del concedente e del comodatario assegnatario della casa coniugale.

Le Sezioni Unite del 2014 ribadiscono l'impostazione patrocinata con l'arresto del 2004.

Il Codice civile contempla due forme di comodato: quello di cui agli articoli 1803 e 1809 c.c. e il comodato c.d. precario a cui si riferisce il disposto dell'art. 1810 c.c. ovvero il "comodato senza termine di durata".

La recedibilità *ad nutum* di cui all'art. 1810 c.c. sarebbe ammessa, si evidenzia, solo nel caso in cui il contratto di comodato sia concluso senza pattuizione di un termine e rispetto al quale sia impossibile desumerlo dall'uso cui sia destinata la cosa.

Diversamente, nelle ipotesi di cui agli artt. 1803 e 1809 c.c. il comodante può esigere la restituzione immediata della cosa solo nel caso in cui dimostri la sopravvenienza di un urgente e impreveduto bisogno, dovendo in caso contrario attendere la scadenza del termine pattuito o la cessazione dell'uso cui sia destinato il bene.

Il comodato di immobile destinato al soddisfacimento delle esigenze abitative della famiglia del comodatario rientra nella tipologia di comodato disciplinato agli artt. 1803 e 1809 c.c. Ed infatti, il bene oggetto del contratto è connotato da un uso determinato in relazione al quale può essere individuato il termine. Le Sezioni Unite rispondono alle preoccupazioni sottese all'ordinanza di remissione; in particolare, evidenziano come dalla destinazione dell'immobile alle esigenze familiari non deriva una durata indeterminata del contratto. Ed invero, una volta cessata la convivenza, e in mancanza di un provvedimento giudiziale di assegnazione del bene, esso deve essere restituito al comodante in quanto sarebbe venuto meno lo scopo cui il contratto era finalizzato.

Le Sezioni Unite, proprio in considerazione della rilevanza della destinazione dell'immobile ai fini della durata del contratto, richiamano l'attenzione su una scrupolosa indagine dell'intenzione delle parti, che tenga conto delle loro condizioni personali e sociali, dei loro rapporti e interessi perseguiti.

Infine, essendo in gioco valori della persona, ed in particolare le esigenze di tutela della prole, questa destinazione, con più intensità di ogni altra, giustifica massima attenzione in quel controllo di proporzionalità e adeguatezza, sempre dovuto in materia contrattuale, che il giudice deve compiere quando valuta il bisogno fatto valere con la domanda di restituzione e lo compara al contrapposto interesse del comodatario.

Viene così stigmatizzata ogni tutela che si potrebbe in astratto assegnare a comportamenti ostruzionistici dei beneficiari dell'immobile imponendo il rispetto dei doveri di correttezza, da parte dei coniugi, e di autoresponsabilità, con riferimento ai figli maggiorenni.

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.

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.

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.).

IL CONTRATTO DI AGENZIA.

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'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.

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.) e con **assunzione del rischio economico** da parte dello stesso, che è legato da un semplice rapporto di collaborazione con il preponente.

Ulteriore elemento caratterizzante il rapporto tra agente e preponente è la **stabilità**, espressiva di una non episodica collaborazione professionale.

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**.

L'art. 9 della l. 3 maggio 1985, n. 204, con il quale era disposto l'obbligo di iscrizione dell'agente all'apposito ruolo, è stato ritenuto dai giudici nazionali non più applicabile, a fronte di successivi interventi della Corte di giustizia europea, con i quali si è statuito che l'interpretazione della dir. 86/653/CE, relativa agli agenti, osta ad una normativa nazionale che subordini la validità di efficacia di un contratto di agenzia all'iscrizione dell'agente di commercio in un apposito albo.

OBBLIGHI E DIRITTI DELL'AGENTE E DEL PREPONENTE: IN PARTICOLARE L'INDENNITÀ DI FINE RAPPORTO.

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.

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.

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.

La **cessazione del rapporto** determina il sorgere del diritto ad 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. 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, 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.

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. La disposizione è derogabile a vantaggio di una o di entrambe le parti e 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.

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., inserito nel codice in attuazione della direttiva

86/653/CE dall'art. 5 del d. lgs. 10 settembre 1991, n. 303, e successivamente modificato, con l'introduzione del comma 2, dall'art. 23 della l. 29 dicembre 2000, n. 422.

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, a tempo indeterminato.

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.

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 (*Cass. civ., sez. II, 4 marzo 2016, n. 4299*).

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.

LA MEDIAZIONE.

A norma dell'art. 1754 c.c. è mediatore colui che **mette in relazione** due o più parti per la conclusione di un affare. 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, così come, specularmente si nega l'esistenza di un obbligo, in capo a questi ultimi, alla conclusione dell'affare intermediato.

■ Secondo un primo orientamento, 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.

Diverse sono le obiezioni mosse ad un tale orientamento. La critica più forte deriva dalla considerazione che l'assoluta libertà del mediatore e degli intermediari (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, quanto meno in relazione alla mediazione espressamente disciplinata dal codice civile, si avrebbe un istituto di chiara **matrice non negoziale**.

■ Secondo una tesi minoritaria la mediazione costituisce un'ipotesi di **negotiorum gestio**.

■ Per differente opzione ermeneutica, la messa in relazione degli intermediari andrebbe considerata un **atto giuridico in senso stretto**, capace di creare il rapporto. Più precisamente il complessivo fenomeno della mediazione dovrebbe essere inteso come una 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. 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. 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'intermediario, 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 dalla Suprema Corte (sentenza 14 luglio 2009, n. 16382), 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.

L'art. 1754 c.c., oltre a definire l'attività di mediazione, richiede che il mediatore, nello svolgimento della stessa, non sia legato agli intermediari da rapporti di collaborazione, dipendenza o rappresentanza.

I DOVERI E I DIRITTI 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 alle parti intermedie le informazioni a lui note in grado di influire sulla successiva conclusione dell'affare, consentendo loro di valutare l'opportunità e la convenienza dello stesso.

Tale obbligo è valutato dalla giurisprudenza secondo il criterio della **diligenza media** professionale (art. 1176, comma 2, c.c.), in ragione dell'intervento riformatore operato dalla l. n. 39/1989 (che non a caso disciplina il mediatore professionale). 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. Peraltro, quest'ultima conclusione sembra negata dalla giurisprudenza più recente 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.

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**; i profili problematici di tale diritto attengono all'esatta comprensione della locuzione «se l'affare è concluso per effetto del suo intervento», cui l'art. 1755 c.c. ne subordina il riconoscimento (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, ovvero, ancorché articolatosi in una concatenazione di più atti strumentali, diretta nel suo complesso alla soddisfazione di un unico interesse economico. ~~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.~~

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

I SINGOLI CONTRATTI

sempre l'antecedente necessario per pervenire alla conclusione dell'affare⁵. 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 parti⁶. 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 mediatore⁷, 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 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 contratto⁸. 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

⁵ Cass. civ., Sez. II, Ordinanza, 08/04/2022, n. 11443; Cass. civ., Sez. II, Ordinanza, 16/01/2018, n. 869.

⁶ Cass. civ., Sez. II, Ordinanza, 16/01/2018, n. 869.

⁷ Cass. civ., Sez. II, Ordinanza, 08/04/2022, n. 11443.

⁸ Pretura Taranto, 22/02/1989.

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 contatto⁹. 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 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.

Il patto col quale sia previsto il diritto del mediatore al **compenso** anche **nel caso di mancata conclusione dell'affare** deve valere a collegare il diritto alla provvigione ad un fatto diverso dalla mancata conclusione, che può essere rappresentato dall'aver il mediatore svolto per un certo tempo una concreta attività di ricerca di terzi interessati all'affare ed essere pervenuto al risultato entro un certo termine o anche non esservi pervenuto, se prima della scadenza del termine la parte ritira l'incarico al mediatore: in questi casi la provvigione costituisce il compenso per aver il mediatore assunto e adempiuto l'obbligo di impegnare la propria organizzazione nella ricerca del terzo interessato all'affare.

Se il conferente l'incarico rifiuti (anche se ingiustificatamente) di concludere l'affare col terzo indicato dal mediatore che abbia fatto un'offerta coincidente con le aspettative del conferente, la previsione dell'obbligo di corrispondere comunque un compenso

⁹ 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).

all'intermediario può avere causa nella remunerazione dell'attività dallo stesso posta in essere nella ricerca di un interessato. Ma se il compenso sia previsto in misura identica (o vicina) a quella stabilita per l'ipotesi di conclusione dell'affare, si pone il problema di stabilire se, in relazione al caso di mancata conclusione dell'affare per scelta di chi ha conferito l'incarico, vi sia squilibrio fra i diritti e gli obblighi delle parti *ex art. 33, comma 1, del codice del consumo*, giacché solo con la conclusione dell'affare il proponente realizza il suo interesse, il cui rifiuto di concluderlo non integra comunque un inadempimento.

Se, invece, il rifiuto di concludere il contratto da parte di chi abbia conferito l'incarico trae origine dalla sussistenza, originaria o sopravvenuta, di circostanze ostative alla conclusione stessa, di cui la stessa parte abbia omesso di informare il mediatore al momento del patto o cui abbia dato causa successivamente, si configura una sua responsabilità per violazione dei doveri di correttezza e buona fede di cui agli artt. 1175 e 1375 c.c. In casi siffatti, la previsione dell'obbligo di pagare comunque la provvigione o somma equivalente integrerebbe una clausola penale e sarebbe dunque soggetta al diverso apprezzamento di cui all'art. 33, comma 2, lett. f, del codice del consumo, concernente la presunzione di vessatorietà delle clausole che, in caso di inadempimento, prevedano il pagamento di una somma manifestamente eccessiva.

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).

LA MEDIAZIONE PROFESSIONALE E LE CLAUSOLE DEROGATORIE.

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. 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. 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.

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.

Secondo un primo orientamento il mediatore e il procacciatore d'affari individuano due distinte figure negoziali - la prima tipica e la seconda atipica - che si differenziano per la

posizione di imparzialità del mediatore rispetto al procacciatore, il quale, invece, agisce su incarico di una delle parti interessate, dalla quale soltanto può pretendere la provvigione, e non è soggetto all'applicazione della norma - da considerarsi eccezionale - di cui alla L. 3 febbraio 1989, n. 39, art. 6, che presuppone l'obbligo di iscrizione nel relativo albo, previsto dalla stessa legge, al precedente art. 2, per i soli mediatori.

Secondo l'orientamento più recente della giurisprudenza di legittimità, anche l'ipotesi della mediazione atipica (o del c.d. procacciatore di affari) rientra nell'ambito di applicabilità della disposizione prevista dalla L. n. 39 del 1989, art. 2, comma 4, che, per l'appunto, disciplina anche ipotesi atipiche di mediazione, stante la rilevanza, nell'atipicità, che assume il connotato della mediazione, alla quale si accompagna l'attività ulteriore in vista della conclusione dell'affare. Pertanto, anche per l'esercizio di questa attività sarebbe richiesta l'iscrizione nell'albo degli agenti di affari in mediazione; ragion per cui il suo svolgimento in difetto di tale condizione esclude, ai sensi dell'art. 6 della stessa legge, il diritto alla provvigione.

Il delineato contrasto di giurisprudenza ha indotto la Cassazione a rimettere la questione alle Sezioni Unite. Ad avviso del Collegio remittente, le suddette opzioni ermeneutiche non sono facilmente risolvibili in termini di scelta tra l'una e l'altra, in quanto tendono a soddisfare finalità diverse, parimenti apprezzabili: il più risalente indirizzo appare sostanzialmente diretto a preservare la stretta interpretazione del dato normativo, al non dichiarato, ma evidente fine di non lasciar senza compenso un'attività che pur sempre è stata svolta, quanto meno a beneficio del preponente; il più recente approdo interpretativo tende invece ad attrarre nell'orbita della mediazione tipica anche figure ad essa eccentriche, per combattere la piaga dell'abusivismo, soprattutto da parte di persone moralmente e professionalmente inidonee.

LA SENTENZA

Cass., Sez. un., 2 agosto 2017, n. 19161

Le Sezioni unite 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 esclude il diritto alla provvigione.

L'attività svolta occasionalmente 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.

Quanto ai profili di compatibilità comunitaria e di coerenza costituzionale dell'obbligo di iscrizione di cui si discute, la Corte di Giustizia ha affermato che il diritto dell'Unione europea "osta ad una normativa nazionale che subordini la validità di un contratto di agenzia all'iscrizione dell'agente di commercio in apposito albo". La stessa Corte, tuttavia, ha chiarito che la direttiva n. 86/653/CEE, riguardando la figura dell'agente commerciale, non si rivolge 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 (in tal senso, si veda anche Cass. n. 13636 del 2004). Tale direttiva non può ritenersi applicabile neanche al mediatore atipico o unilaterale, difettando il requisito della collaborazione abituale e professionale con altro imprenditore. La direttiva risulta invece applicabile - e quindi, non può imporsi l'obbligo di iscrizione ai fini del riconoscimento del diritto alla provvigione - nel caso in cui il procacciatore d'affari operi stabilmente con un determinato preponente: in questa ipotesi la disciplina del rapporto risulta assimilabile piuttosto al rapporto di agenzia.

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'incarico¹⁰.

L'AFFILIAZIONE COMMERCIALE (*FRANCHISING*).

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), con il quale una parte (affiliante o *franchisor*) concede la disponibilità di un insieme di diritti di proprietà industriale od intellettuale ad un soggetto (affiliato o *franchisee*), il quale si impegna a versare un corrispettivo.

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.

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 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 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.

Funzionali alla tutela degli interessi ed investimenti dell'affiliante sono gli obblighi che l'art. 5 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.).

IL BROKERAGGIO.

La legge 792/1984, che ha istituito l'albo dei mediatori di assicurazione, all'art. 1 fornisce la seguente definizione di mediatore di assicurazione (o *broker*): "*chi esercita professionalmente attività rivolta a mettere in diretta relazione con imprese di assicurazione o riassicurazione, alle quali non sia vincolato da impegni di sorta, soggetti che intendano provvedere con la sua collaborazione alla copertura dei rischi, assistendoli nella determinazione del contenuto dei relativi contratti e collaborando eventualmente alla loro gestione ed esecuzione*".

Oggi l'attività del *broker* assicurativo è delineata dall'art. 106 d. lgs. 209/2005 (codice delle assicurazioni private), per il quale "*l'attività di intermediazioni assicurativa e riassicurativa consiste nel presentare o proporre prodotti assicurativi e riassicurativi o nel prestare assistenza e*

¹⁰ Cass. civ., Sez. II, Ordinanza, 25/06/2020, n. 12651.

I SINGOLI CONTRATTI

consulenza finalizzate a tale attività e, se previsto dall'incarico intermediativi, nella conclusione dei contratti ovvero nella collaborazione alla gestione o all'esecuzione, segnatamente in caso di sinistri, dei contratti stipulati? Il broker, quindi, è qualificabile come un **incaricato di fiducia** dell'assicurando, con il compito prioritario di **consigliarlo nella scelta** per la collocazione sul mercato dei rischi alle migliori condizioni ed assisterlo nella stipula del contratto di assicurazione o riassicurazione, e successivamente di mettere in contatto a tal fine le parti di questo. Esso può essere definito come un mediatore di assicurazione che **mette in relazione l'assicurando e l'assicuratore** per la conclusione di un contratto di assicurazione, senza essere legato a nessuna delle due parti da rapporti di collaborazione, di dipendenza e di rappresentanza e che si distingue dall'agente di assicurazione per le caratteristiche di indipendenza e imparzialità. Tale assunto è stato confermato anche dalle Sezioni Unite, con la sentenza n. 8095/2007, nella quale si afferma che **il broker non è un rappresentante delle parti** che stipulano il contratto di assicurazione (o di una di esse), ma è parte del contratto cosiddetto di "brokeraggio" stipulato con il soggetto che si è rivolto al professionista.

Nella medesima pronuncia si è affermato il diritto del *broker* alla **provvigione** in tutti i casi in cui questi abbia svolto un'attività di collaborazione intellettuale con l'assicurando, in vista della copertura di rischi assicurativi e per la stipula di futuri contratti di assicurazione, a nulla rilevando che l'assicurando, dopo essersi avvalso dell'ausilio del *broker*, abbia stipulato personalmente quegli stessi contratti.

I CONTRATTI PER LA PRESTAZIONE DI SERVIZI

SOMMARIO: 1. L'appalto. - 1.1. Controlli e verifiche in corso d'opera. - 1.2. Variazioni al progetto e revisione del prezzo. - 1.3. Cessazione del rapporto, accettazione ed effetto traslativo. - 1.4. Garanzia per i vizi e rovina dell'immobile. - 1.5. Estinzione dell'appalto. - 1.6. Diritti degli ausiliari dell'appaltatore verso il committente. - 1.7. Il subappalto. - 2. Il contratto d'opera. - 2.1. Il contratto d'opera professionale. - 3. Il trasporto. - 3.1. Il trasporto di persone. - 3.2. Il trasporto di cose. - 3.3. Il trasporto cumulativo. - 4. Il deposito. - 5. Il deposito in albergo.

L'APPALTO.

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.

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 attengono 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 eseguite¹.

L'appalto è un contratto a **forma libera** e **non necessariamente *intuitu personae***, come può desumersi dal disposto dell'art. 1674 c.c. Si tratta altresì di un **contratto tipicamente oneroso**, 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. 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 imprevedute incontrate nell'esecuzione dell'opera, tipica dell'appalto *à forfait*, non comporta alcuna

¹ Cass. civ., Sez. II, Ordinanza, 09/02/2022, n. 4225.

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 contrattuale.

Connotazione essenziale del contratto di appalto è, infine, l'**autonomia** dell'appaltatore, *dominus* nell'organizzare e regolare lo svolgimento del lavoro, strettamente connessa all'**assunzione del rischio** in capo allo stesso e che esclude ogni rapporto istitutorio fra committente ed appaltatore, con conseguente inapplicabilità dell'art. 2049 c.c.

È possibile, tuttavia, che le parti convengano di riservare al committente il **potere di ingerirsi** nella direzione dei lavori. 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, dovendo segnalare eventualmente la contrarietà a tali regole delle prescrizioni impartitegli. A diversa conclusione si dovrà, invece, pervenire solo laddove l'appaltatore, perdendo ogni autonomia, 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.

Il contratto di appalto presenta delle **affinità con diverse figure** contrattuali, ampiamente analizzate dalla giurisprudenza, la quale si è preoccupata di individuare i criteri discretivi con l'appalto.

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*. In giurisprudenza si afferma che, in siffatte ipotesi, ai fini della distinzione tra vendita e appalto occorre avere riguardo ad un **criterio di prevalenza**, da valutare anche **alla luce della comune intenzione delle 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». Pertanto, la prevalenza della prestazione di *facere* e del lavoro sulla materia, che, non a caso, può essere fornita anche dall'appaltante (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.

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, si prevalenza del lavoro prestato.

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. 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, incompatibile con la *locatio operis*, nella quale il contraente impiega prevalentemente il lavoro proprio e dei componenti della propria famiglia.

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. 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.

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 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, e in quanto compatibile, nonché quella in materia di somministrazione.

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**. 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.

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*.

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.

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. In mancanza di un corrispettivo, ove la prestazione debba essere eseguita gratuitamente, la dottrina ritiene ipotizzabile l'esistenza di una donazione.

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. 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.

CONTROLLI E 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., con la conseguenza che il committente sarà in ogni caso legittimato a sollevare eventuali obiezioni in sede di verifica finale.

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.

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.

VARIAZIONI AL PROGETTO E REVISIONE DEL PREZZO.

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 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, comma 3, c.c.).

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. 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.

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.). Si tratta di un **potere di modifica contrattuale unilaterale**, attribuito *ex lege* al committente e suscettibile di esclusione pattizia, cui corrisponde un **diritto ad un compenso ulteriore** in capo all'appaltatore, anche laddove il prezzo fosse stato determinato globalmente.

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 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, 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. 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.

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.

Al secondo comma dell'articolo 1664 c.c. il legislatore prende in considerazione la c.d. **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 parti, tali da rendere notevolmente più onerosa la prestazione.

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 committente².

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 normali³.

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.

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, mentre altri hanno ricondotto il collaudo alla categoria dei negozi giuridici bilaterali di accertamento.

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).

Verifica e collaudo sono seguiti dall'**accettazione**, che costituisce un negozio unilaterale recettizio con cui il committente manifesta la volontà di ricevere l'opera 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 **espresa, 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

² Cass. civ., Sez. II, Ordinanza, 15/12/2021, n. 40122.

³ Cass. civ., Sez. I, Ordinanza, 26/02/2020, n. 5144.

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'inadempimento⁴.

Molteplici sono gli **effetti dell'accettazione**:

- a. il **diritto al pagamento del corrispettivo** a favore dell'appaltatore,
- b. il **passaggio del rischio** per perimento o deterioramento dell'opera (art. 1673 c.c.),
- c. 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.)
- d. il **passaggio della proprietà** dell'opera in capo al committente. Sotto questo aspetto occorre distinguere a seconda se 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.

GARANZIA PER I VIZI E ROVINA DELL'IMMOBILE.

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 rifiutato di consegnarla. 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.

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

⁴ Cass. civ., Sez. II, Ordinanza, 19/03/2021, n. 7861.

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. 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, co. 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.

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*.

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.

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.

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**⁵. 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

⁵ Cass. civ., Sez. II, Ordinanza, 30/10/2018, n. 27640; Cass. civ., 13/12/1977, n. 5444.

con l'appaltatore inadempiente e il maggior costo sopportato per la stipulazione di un successivo contratto maggiormente oneroso⁶.

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*.

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 rispande 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 extracontrattuale, compresa la colpa del debitore (***Cass. civ., sez. unite, 3 febbraio 2014, n. 2284***).

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.

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.).

LA SENTENZA
La natura della responsabilità dell'appaltatore

Secondo la giurisprudenza della Cassazione (v. da ultimo Cass., Sez. un., n. 8893 del 2014), l'art. 1669 c.c., "*benché collocato tra le norme disciplinanti il contratto di appalto è diretto alla tutela dell'esigenza di carattere generale della conservazione e funzionalità degli edifici e di altri immobili destinati per loro natura a lunga durata. Conseguentemente, l'azione di responsabilità prevista da detta norma ha natura extracontrattuale*". Proprio facendo leva sulla natura extra-contrattuale dell'azione ex art. 1669 c.c., le SS.UU., con la sentenza 2284 del 2014, hanno affermato che essa rappresenta una ipotesi speciale dell'azione di cui all'art. 2043 c.c., con la conseguenza che, nelle ipotesi in cui l'azione speciale ex art. 1669 c.c. non sia più esercitabile (perché, ad esempio, il pericolo di rovina dell'edificio interviene dopo 10 anni dalla sua costruzione da parte dell'appaltatore), potrà essere esercitata, ricorrendone i presupposti, l'azione ex art. 2043 c.c.

Inoltre, la giurisprudenza ha specificato che i rimedi annoverati dall'art. 1667 e dall'art. 1669 non sono incompatibili, ma concorrenti; spetta al giudice,

⁶ Cass. civ., Sez. III, Sentenza, 17/06/2021, n. 17453.

nell'esercizio del potere d'interpretazione e qualificazione della domanda, guardare al contenuto sostanziale della pretesa desumibile dalla situazione dedotta in causa e del provvedimento chiesto in concreto, e pronunciarsi senza altri limiti che quello di rispettare il principio della corrispondenza della pronuncia alla richiesta.

In tal senso, di fronte alla domanda con la quale venga chiesta la condanna dell'appaltatore a risarcire o eliminare i vizi dell'opera, allorché a suo fondamento siano dedotti difetti della costruzione così gravi da incidere sugli elementi essenziali dell'opera stessa, influenzando sulla sua durata e compromettendone la conservazione, il giudice è sempre tenuto - ove le circostanze lo richiedano (come ad es. di fronte a denuncia tardiva ex art. 1667 c.c., ma tempestiva ex art. 1669 c.c., o anche per garantire la durata ragionevole del processo prescindendo dall'istruttoria in tema di rispetto del termine ex art. 1667 c.c., ove sia incontestato il rispetto del termine ex art. 1669 c.c.) - a qualificare la domanda, in via alternativa o concorrente, di risarcimento in forma generica o specifica da responsabilità extracontrattuale ex art. 1669 c.c., rispetto alle corrispondenti richieste di adempimento contrattuale o riduzione del prezzo e risoluzione ex art. 1667 c.c. (da ultimo, Cassazione Civile, sezione II, ordinanza n. 20184/2019).

ESTINZIONE DELL'APPALTO.

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 alla conclusione del contratto.

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, e, quanto ai requisiti formali, si concorda sul fatto che la forma sia libera.

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 diversi⁷.

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

⁷ Cass. civ., Sez. II, 17/07/2020, n. 15304.

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. La norma, inoltre, è stata considerata estensibile anche all'appalto di servizi.

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 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. Nei casi di **impossibilità temporanea**, la disposizione trova applicazione, ove ricorrano le condizioni di cui all'art. 1256, comma 2, c.c.

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.

Infine, causa di estinzione dell'appalto è la **morte dell'appaltatore**, ove il **contratto** sia stato stipulato **intuitu 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* e dai fini dello scioglimento è sufficiente la prova che il committente si sia rivolto all'appaltatore in quanto ritenuto fornito di speciali requisiti. 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.

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.).

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 P.A., avente **natura sostitutiva** 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*.

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'appalto⁸.

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.

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., cosicché, 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.

IL SUBAPPALTO.

Il subappalto costituisce una particolare figura contrattuale, riconducibile, secondo 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.

Il codice civile fornisce una disciplina alquanto scarna del subappalto, limitandosi a considerare tale figura contrattuale agli articoli 1656 e 1670 c.c. 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**

⁸ Cass. civ., Sez. lavoro, Ordinanza, 17/12/2019, n. 33407.

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. Si è anche parlato di annullabilità, ma sostanzialmente con i medesimi effetti. 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.

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 verificano, 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.

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.

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. In via generale, pertanto, potrà agire unicamente nei confronti dell'appaltatore per far valere i vizi e le difformità di cui agli artt. 1667-1677 c.c. 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 denuncia dei vizi entro sessanta giorni dalla ricezione.

IL CONTRATTO D'OPERA.

Il contratto d'opera, disciplinato nel libro quinto del codice civile, ha origini nel *contractus locatio conductio*, ricompreso dai classici tra i contratti che si concludono con il semplice consenso comunque manifestato.

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. **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 (I. Ancona 22.2.2021, n. 243).**

Dalla definizione fornita dal legislatore, così come dalla stessa denominazione 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.

Altra caratteristica fondamentale del contratto è la **sinallagmaticità**. La natura sinallagmatica è desumibile dal disposto dell'art. 2225 c.c., in base al quale il contratto d'opera viene considerato **essenzialmente oneroso**, e ricompreso nello schema del *do ut facias*.

Alla 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**. 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.

Le caratteristiche fin qui delineate permettono di distinguere il contratto in esame dalle **figure affini**.

Dal punto di vista sostanziale, il contratto d'opera si differenzia dall'**appalto** 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. **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 dall' art. 2083) e nell'altro in una organizzazione stabile d'impresa, nella quale l'appaltatore si avvale del lavoro subordinato altrui⁹.**

Il contratto d'opera si differenzia nettamente dal **lavoro subordinato** per la mancanza del vincolo di subordinazione e l'assunzione del rischio a carico del prestatore. 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.

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 e ss. c.c. 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.

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*.

L'art. 2224 c.c. disciplina l'esecuzione di quei contratti d'opera finalizzati alla

⁹ 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.

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.

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.).

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 comma 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 condizioni dell'ambiente di lavoro grava sul committente l'onere risarcitorio¹⁰.

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.

Qualora tale patto non esista, come avviene nella maggior parte delle ipotesi, il 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.

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.

Ai fini della **determinazione da parte della autorità giudiziaria**, si ritiene che il giudice sia chiamato 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

¹⁰ 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).

per il committente e del lavoro per il prestatore d'opera.

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 impiegato¹¹.

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.

Il committente deve, a pena di decadenza, **denunciare** le difformità e i vizi **entro otto giorni** dalla scoperta. La mancata denuncia 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 denunciati. 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 terzo comma 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.

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**

¹¹ Tribunale di S. Maria Capua Vetere, Sez. IV, 25.5.2022, n. 2008.

causa, né una specifica motivazione^{12 13}.

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**.

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.

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.

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. 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.

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. 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.

¹² ASSANTI, Professioni intellettuali e contratti d'opera, in Tratt. Rescigno, 15, I, Torino, 1986, 1493.

¹³ 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).

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.

Caratteristiche peculiari delle professioni intellettuali 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.

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 (vedi *infra*).

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.

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.

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*** 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.

La natura del contratto d'opera professionale quale contratto *intuitu 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.

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. Possibilità oggi confermata dagli artt. 4 e ss. della legge 247/2012.

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.

L'articolo in esame fa, inoltre, riferimento alle **tariffe professionali**, l'applicazione delle quali secondo l'orientamento espresso dalla Corte di giustizia dell'Unione europea con la sentenza 19 febbraio 2002, causa C-35/99 è legittima qualora siano adottate con misura legislativa o regolamentare da parte di uno Stato membro dell'Unione Europea. Tuttavia, l'ambito di applicazione di tale norma è oggi notevolmente ridimensionato, in quanto l'**art. 2 co. 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. L'attuale disposto del terzo comma dell'art. 2233 c.c. è stato, altresì introdotto dal decreto Bersani in sostituzione dell'originario testo che prevedeva il divieto del **patto di quotelite**.

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.

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 quella **specificata** 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 complementarietà e non di specialità. 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, nel senso che il professionista è tenuto al risarcimento del danno unicamente **per dolo o colpa grave**. In tema di **prova dell'inadempimento** di una obbligazione, infatti, il creditore che agisca per la risoluzione contrattuale, per il risarcimento del danno, ovvero per l'adempimento deve soltanto provare la fonte (negoziale o legale) del suo diritto ed il relativo termine di scadenza, limitandosi alla mera allegazione della circostanza dell'inadempimento della controparte, mentre il debitore convenuto è gravato dell'onere della prova del fatto estintivo dell'altrui pretesa, costituito dall'avvenuto adempimento.

Con riferimento, inoltre, all'ipotesi prevista dall'art. 2236 c.c., la prova dell'esistenza della speciale difficoltà grava sul professionista. Sul professionista grava altresì un obbligo di informazione.

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).

IL TRASPORTO.

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.

Fatta eccezione per alcune disposizioni comuni, 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, 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 segg. c.c.

L'accordo, che determina il momento perfezionativo del negozio e, quindi, la responsabilità del vettore, può manifestarsi anche per fatti concludenti.

Il trasporto è un **contratto ad effetti obbligatori**, posto che non determina alcun trasferimento di diritti ai sensi dell'art. 1376 c.c. 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**.

Secondo l'opinione prevalente in dottrina, il contratto di trasporto è **normalmente**, ma non indefettibilmente, **a prestazioni corrispettive** e **a titolo oneroso**. Ne consegue che 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.).

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, comma 3, c.c.).

Ai sensi dell'art. 1696¹⁴, 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.

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,

¹⁴ 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.

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.

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. Siffatta figura non è estranea al nostro ordinamento, posto che il codice della navigazione (artt. 414 e 949) la prevede, al fine di limitare la responsabilità del vettore ai soli casi di dolo o colpa grave del medesimo e dei suoi preposti. Quanto alla normativa applicabile, è necessario distinguere trasporto non terrestre e trasporto terrestre: nel primo caso troverà applicazione l'art. 414 cod. 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.

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 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.

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.¹⁵ prevedendo che 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.

IL TRASPORTO DI PERSONE.

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.

IL TRASPORTO DI COSE.

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 dovrà 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.

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

¹⁵ 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.

trasporto di persone, invece, egli risponderà pure dei danni scaturiti da tali eventi, ove non dimostri di aver adottato tutte le misure idonee per evitarli.

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 il trasporto viene definito quale sottotipo dell'appalto o del contratto d'opera, rispettivamente a seconda che il vettore sia imprenditore o meno.

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.

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.

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 di cose** 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.). Si tratta di una deroga alla regola della responsabilità solidale propria delle obbligazioni indivisibili, che trova la sua *ratio* nella circostanza che il viaggiatore, essendo a bordo del mezzo di trasporto, può sempre controllare il modo in cui il contratto è eseguito.

Quanto alle modalità di perfezionamento del negozio, il contratto può essere concluso contemporaneamente da tutti i vettori, oppure, inizialmente, da uno solo di essi.

IL DEPOSITO.

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.

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** è **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, **denunciare 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.

IL DEPOSITO IN ALBERGO.

Gli artt. 1783 e ss. c.c. e seguenti 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** (art. 1783 c.c.). 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

I SINGOLI CONTRATTI

di accettare. In tali casi la **responsabilità è illimitata**. (art. 1784 c.c.). 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.).

I CONTRATTI DI FINANZIAMENTO, DI BANCA E DI BORSA

SOMMARIO: 1. I contratti bancari. – 2. Il mutuo. - 3. Il deposito bancario. - 3.1. I depositi bancari di denaro. - 3.2. L'apertura di credito bancario. - 3.3. L'anticipazione bancaria. - 3.4. Lo sconto bancario. - 3.5. Il *factoring*. - 3.6. Il conto corrente ordinario. - 3.7. Il conto corrente bancario. - 3.8. Il servizio di cassette di sicurezza. - 3. I contratti di investimento.

I CONTRATTI BANCARI.

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 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, essendo tradizionalmente distinta fra **operazioni bancarie passive e attive**.

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., TUB** (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 ss. c.c.), al **pagamento contro documenti a mezzo banca** (art. 1530 c.c.), ai **prestiti con garanzia sul macchinario** (2762 c.c.) al **pegno risultante da polizza o da altra scrittura** (2787, 4 comma c.c.), oltre alle norme dettate per le obbligazioni ed i contratti in generale e per alcuni contratti tipici (mutuo, deposito ecc.).

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, 1370 c.c., nonché dagli artt. 33 e ss. del d. lgs. 6 settembre 2005, n. 206 (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.

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** (cc.dd. contratti *intuitu personae*); da qui deriva dunque, l'intrasmissibilità del rapporto, persino nelle ipotesi di successione *mortis causa*, nonché 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 resta esclusa tutta una serie di operazioni contrattuali di notevole rilievo nell'attività bancaria. L'ABI (Associazione bancaria italiana) ha elaborato delle condizioni generali standardizzate che vanno applicate dalla generalità delle banche (c.d. Norme uniformi bancarie o N.U.B.).

Il problema degli **usi bancari** risulta oggi ridimensionato, in quanto il loro ambito di applicazione è stato notevolmente ristretto, ferma restando, comunque, 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 **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 1, TUB).

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 TUB).

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, TUB), salvo che per particolari ragioni tecniche il C.I.C.R. autorizzi la conclusione di contratti in altra forma (art. 117, comma 2, TUB).

La nullità del contratto è **rilevabile unicamente dal cliente**; trattandosi di nullità relativa, l'azione è soggetta a **prescrizione** e il contratto bancario colpito da nullità può essere **convalidato**.

Particolare menzione merita la disciplina del **diritto di recesso** in ambito bancario, il cui referente normativo si rinviene nell'art. 125 *ter* TUB.

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.

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. 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 (***Cass., Sez. un., 19 dicembre 2007, n. 26724***).

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.

Quanto al profilo dell'obbligo a contrarre gravante sulla banca, pur in assenza di un preciso dovere in tal senso, va evidenziato che l'istituto di credito non può rifiutare – senza alcuna giustificazione – una richiesta di stipula di contratti da parte di terzi, soprattutto ove il rifiuto riveli un comportamento gravemente ed ingiustamente lesivo della posizione del richiedente. Un tale rifiuto, infatti, determina la lesione del principio di buona fede contrattuale e si sostanzia in un abuso del diritto.

Inoltre, avuto riguardo al cd. segreto bancario, si segnalano molteplici e rilevanti limitazioni derivanti dalla prevalenza del diritto all'informazione sulla solvibilità della clientela, rispetto all'interesse alla riservatezza vantato dalla clientela medesima. Sintomatica, in tal senso, appare l'istituzione del servizio per la contabilizzazione dei rischi bancari cd. Centrale di rischio.

IL MUTUO.

Secondo l'art. 1813 c.c., il mutuo è il contratto reale 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.

Poiché principale bene fungibile il denaro, si capisce come il contratto di mutuo rivesta primaria importanza fra i contratti bancari.

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 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**).

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.

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).

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). 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 (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.

Oggetto del mutuo possono essere una **quantità di denaro o di altre cose fungibili**. 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 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.

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'adempimento¹.

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 (c.d. «prestito tra amici») ed è valida la clausola che attribuisca al mutuante di richiedere la restituzione

¹ Cass. civ., Sez. II, Ordinanza, 08/04/2022, n. 11437.

ad nutum.

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.

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 assicurazione².

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 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

² Cass. civ., Sez. VI - 3, Ordinanza, 01/02/2022, n. 2989.

in qualsiasi momento.

L'art. 1822 c.c. disciplina espressamente la **promessa di mutuo** di cui dunque è ammessa la validità.

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, 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.

Un'ipotesi particolare è il c.d. **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 inadempimento potrà dar luogo a risoluzione del contratto solo se è stato espressamente previsto dalle parti.

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.

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 coesenziale e strumentale alla stessa funzione di prestito e conclude l'operazione economica.

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 mutate è solo una facoltà e non un obbligo per il mutuatario.

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 (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. Non è necessario 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 (vedi *supra*).

Nel 2020 le Sezioni Unite della Corte di Cassazione³ 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 precedenza⁴ - 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 pattuiti⁵, anche per il periodo nel quale è maturato il ritardo nell'adempimento da parte del mutuatario-debitore.

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 deve non avere scarsa importanza.

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,

³ Cass. civ., Sez. Unite, Sentenza, 18/09/2020, n. 19597.

⁴ Cass. civ., Sez. Unite, Sentenza, 20/06/2018, n. 16303.

⁵ in questo senso anche la successiva Cass. civ., Sez. III, Ordinanza, 09/11/2020, n. 24992.

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 mutate 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 mutuuario può restituire anticipatamente quanto ricevuto a prescindere dal sopravvenire di eventi pregiudizievole). Si tende, invece, ad ammettere in dottrina il rimedio risolutorio a favore del mutuuario quando l'eccessiva onerosità riguarda il debito di interessi, anche se la giurisprudenza lo ha escluso nelle ipotesi di eccessiva onerosità delle rate il cui importo era agganciato ad una moneta estera.

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.), 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 giustificare un trattamento separato.

I DEPOSITI BANCARI DI DENARO.

La definizione legislativa del deposito bancario di danaro 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.

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**.

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.

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 danaro 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 danaro, con funzione di godimento o prestito, **a favore della banca**, la quale può certamente disporre, ma con l'obbligo di assicurarne la disponibilità al cliente nei modi e con le regole previste per la tipologia di deposito prescelto.

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. 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 **si distingue**, tradizionalmente, in:

- **deposito ordinario o semplice**: non può essere alimentato con successivi versamenti e non prevede la facoltà di prelevamenti parziali durante lo svolgimento del rapporto, essendo rimborsabile solo in unica soluzione (es. buoni fruttiferi e certificati di deposito). 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, normalmente, a scadenza e a tagli prefissati), con possibilità di prelevare *una tantum* la somma versata da parte del cliente depositante.
- **deposito in conto corrente** (artt. 1852-1857 c.c.): 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, assumendo il fondamentale ruolo di titolo di legittimazione al portatore.
- **deposito a risparmio**: comporta 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. 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.

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 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.

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.

È necessario 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.

L'APERTURA DI CREDITO BANCARIO.

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 parte una somma di denaro per un dato periodo di tempo o a tempo indeterminato.

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.).

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 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 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.

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 disposizione il **contenuto essenziale del negozio**.

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** (e **non già un diritto di credito**) 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. 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, in conformità alla deliberazione CICR del 9 febbraio 2000.

È altresì previsto che il tasso scaturente dalla chiusura periodica, così calcolato, produca interessi nelle medesime modalità e che non sia consentita la capitalizzazione periodica su tali interessi. Si tratta – a ben vedere – di una conclusione in linea con gli arresti della più recente giurisprudenza, nonché con il novellato testo del TUB.

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).

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.).

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.). 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, ai sensi dell'art. 9, 2° comma, c.c. 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.).

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.

L'ANTICIPAZIONE BANCARIA.

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;
- 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.

La prassi bancaria, recepita dalle norme bancarie uniformi, 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), cioè la **necessaria proporzionalità** tra valore della garanzia ed ammontare del credito concesso all'anticipato.

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.

Con l'anticipazione bancaria il **cliente** acquista un vero e proprio **diritto di credito** disponibile, diversamente da quanto avviene per l'apertura di credito. 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.

La **costituzione della garanzia ed il suo particolare oggetto** (titoli o merci) 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 (art. 1850 c.c.).

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 disporre, 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 restitutorio⁶.

⁶ Cass. civ., Sez. III, 24/05/2004, n. 10000; Cass. civ., Sez. I, 20/10/1994, n. 8571.

Risponde alla medesima ratio quanto affermato dalla Suprema Corte⁷ in tema di patto marciano, laddove chiarisce che è nulla la vendita di un immobile a scopo di 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.

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.

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 ripristinarne la disponibilità, fermi restando gli obblighi e le facoltà di restituzione, anche anticipata, di quanto dovuto.

LO SCONTO BANCARIO.

Lo sconto bancario, secondo la definizione offertane dall'art. 1853 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**.

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). 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, ecc.), **non implica un trasferimento di denaro ma solo l'impegno della banca** (nei limiti e per

⁷ Cass. civ., Sez. III, 17/01/2020, n. 844.

il tempo concordati) a **scontare titoli cambiari** (castelletto) ovvero anche **crediti commerciali diversi** (fido per smobilizzo di crediti).

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.

Elemento essenziale è l'**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 interesse pattuito per il periodo che intercorre fra l'operazione di sconto e l'effettiva scadenza del credito.

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».

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. 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, secondo le regole generali.

IL FACTORING.

Il **factoring** è un modello contrattuale nato 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** 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.

L'**imprenditore cedente**, generalmente, **garantisce** sia l'**esistenza del credito** che la **solvenza del debito receduto** mediante la c.d. cessione con rivalsa o *pro solvendo*, salvo l'espressa rinuncia o l'approvazione del credito da parte del cessionario.

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.

Nucleo fondamentale e costante è la **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.

I **tratti salienti** di tale operazione negoziale consistono:

1. 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);
2. 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 facoltà dell'imprenditore cedente di ottenere dal *factor* delle anticipazioni a costo prestabilito, anche prima dell'incasso dei crediti ceduti;
3. 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.

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 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.

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.

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.

IL CONTO CORRENTE ORDINARIO.

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). 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.

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.).

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**, 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. 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.

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**. 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 sorgere dell'obbligazione, non solo ha la facoltà ma è tenuto ad annotare i propri crediti, mentre l'altro può, di converso, pretendere l'annotazione.

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.

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.).

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.). 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.

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 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** 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.

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** 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 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, comma 2, c.c. prevede 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, 2° comma, c.c.), da cui scaturisce una presunzione semplice, superabile mediante la prova di una volontà contraria al rinnovo.

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 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 BANCARIO.

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.

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. 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. 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.). Tale caratteristica differenzia, in modo sostanziale, il conto corrente bancario rispetto a quello ordinario descritto dall'art. 1823 c.c.

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. 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.

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.

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.

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.).

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. 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 corrente.

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 banca non può, invero, considerarsi creditrice della somma impiegata per eseguire le disposizioni impartite 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. 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.

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 ecc.). Allo stesso modo e seguendo la medesima logica dovranno essere applicate le norme previste dai contratti di deposito bancario o di apertura di credito.

Il conto corrente bancario prevede, per ragioni di natura contabile, una **chiusura annuale** che coincide con la liquidazione degli «interessi passivi ed attivi» da parte della banca, nonché **chiusure infrannuali** 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.

In relazione all'ipotesi di **mancata approvazione dell'estratto conto** la normativa di riferimento (art. 119, comma 3, TUB 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.

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.

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.

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.).

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.

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.

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.).

IL SERVIZIO DI CASSETTE DI SICUREZZA.

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.

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, ecc.

L'apertura e la chiusura della cassetta avvengono 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 nella cassetta.

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'espletamento del servizio di cassette di sicurezza, anche sulla scorta degli artt. 1, comma 2, lett. f) n. 14, TUB, è riservato alle **banche** e agli altri **intermediari finanziari** a ciò autorizzati per effetto dell'estensione per gli stessi prevista dall'art. 18, TUB.

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**, una diversa posizione dottrinale ritiene, piuttosto, configurabile nella custodia un criterio per delimitare la responsabilità della banca piuttosto che un'autonoma prestazione.

Una lettura di sintesi, di recente, 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.

Il dovere di custodia è strettamente correlato alla natura dell'attività svolta dagli istituti di credito autorizzati ad offrire il servizio di cassette di sicurezza. Tale dovere implica – inevitabilmente – un incremento degli obblighi di diligenza previsti nei confronti della banca e uno speculare aggravamento della responsabilità per le ipotesi di pregiudizi arrecati al cliente, nel corso dell'esecuzione del contratto. 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 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.

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. 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, 1° comma, 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.

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. L'entità del danno sofferto può essere, altresì, stimata con valutazione equitativa da parte del giudice.

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.

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.

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 spese⁸.

I CONTRATTI 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).

⁸ 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.

L'art. 23 del TUF prevede che “i contratti relativi alla prestazione dei servizi di investimento (...) sono redatti per iscritto e un esemplare è consegnato ai clienti (...) Nei casi di inosservanza della forma prescritta, il contratto è nullo”; “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 (*Cass., ord. 27 aprile 2017, n. 10447*).

LA SENTENZA

Cass., Sez. un., 16 gennaio 2018, n. 898

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.c. 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 TUF, 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 è soddisfatto 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.

I CONTRATTI ALEATORI

SOMMARIO: 1. La rendita. - 1.1. La rendita perpetua. - 1.2. La rendita vitalizia. - 2. L'assicurazione. - 2.1. L'assicurazione contro i danni. - 2.1.1. 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. - 3. Il gioco e la scommessa.

LA RENDITA.

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.).

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.

LA RENDITA PERPETUA.

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 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.

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.

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.).

LA RENDITA VITALIZIA.

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.

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.).

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 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.

L'ASSICURAZIONE.

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).

L'assicurazione è tradizionalmente considerato 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; 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 incamererà questi ultimi senza essere al contempo obbligato a pagare alcunché. Per una diversa impostazione, tuttavia, si tratterebbe di un ordinario contratto a prestazioni corrispettive, avendo il versamento del premio come corrispettivo la copertura assicurativa e non l'indennità.

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.*

L'assicurazione è un **contratto a prestazioni corrispettive**, poiché all'obbligo gravante sull'assicurato di pagare il premio, corrisponde la correlata assunzione del rischio del verificarsi dell'evento in capo all'assicuratore. Da ciò discende la conseguente applicazione della 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.

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.

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 (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 è necessario per legittimare il primo, quale mero sostituto, a farli valere.

Il contratto assicurativo può anche essere stipulato **in nome altrui**, con conseguente applicazione degli articoli dettati in materia di rappresentanza.

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'assunzione 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.

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., attese l'operatività in senso più favorevole all'assicurato.

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 obblighi¹.

Il contratto di assicurazione (come ogni altro contratto) **si conclude** nel momento 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.

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.

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.).

¹ Cass. civ., Sez. III, Sentenza, 10/02/2022, n. 4357.

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.).

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 sulla responsabilità civile** che ha lo scopo di tenere indenne l'assicurato dai rischi di danni derivanti da illeciti contrattuali ed extracontrattuali da lui commessi, purché senza dolo (art. 1917 c.c.).

Si è posto, tanto in dottrina quanto in giurisprudenza, in assenza di una organica disciplina normativa, il problema della collocazione 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'inabilità permanente, ovvero ad un terzo beneficiario, nel caso di morte dell'assicurato medesimo conseguente ad infortunio. Le Sezioni Unite (sentenza 10 aprile 2002, n. 5119) hanno 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. Sul punto è intervenuto il Codice delle Assicurazioni Private, 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 contratto di assicurazione è strumentale alla realizzazione di una funzione indennitaria, dal momento che il fine perseguito dai contraenti è di tenere indenne l'assicurato dal pregiudizio economico che il verificarsi dell'evento cagiona. In ragione della suddetta funzione si giustificano:

- **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.
- **l'art. 1909 c.c.**, che 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.
- **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.

Il principio indennitario subisce alcune **eccezioni** di natura pattizia:

- seppur di regola è escluso il **lucro cessante** dal calcolo dell'indennità, le parti possono prevedere che anche i risultati sperati siano oggetto di indennizzo (art. 1905, comma 2, c.c.);
- può essere pattuita una clausola c.d. **del valore a nuovo**, con la quale l'assicuratore, indipendentemente dal valore effettivo della cosa al momento del sinistro, si obbliga a versare all'assicurato la somma necessaria per il riacquisto della stessa,
- 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 vincolarsi a quella misura, indipendentemente dal fatto che possa essere eccessiva rispetto al danno effettivamente subito (art. 1908, comma 2, c.c.).

Le parti possono anche stabilire un'**assicurazione parziale** (cd. sottoassicurazione), per 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.

Sono posti a carico dell'assicurato gli **obblighi di avviso** (della verifica del sinistro all'assicuratore) e **di salvataggio** (artt. 1913 e 1914 c.c.). La violazione di tali obblighi comporterà la perdita del diritto all'indennità, in caso di dolo, ovvero la diminuzione della stessa, in caso di colpa (art. 1915 c.c.).

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 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.

Cass. civ., Sez. un., 6 maggio 2016, n. 9140

La clausola *claims made*, circoscrivendo l'operatività della assicurazione ai soli sinistri per i quali nella vigenza del contratto il danneggiato richiama 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. Le clausole *claims made* si dividono in due 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, come quello dedotto in giudizio, 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.

A dirimere un contrasto interpretativo emerso su plurimi aspetti sono intervenute le Sezioni unite, dapprima nel 2016 e, successivamente, nel 2018. Con la sentenza *6 maggio 2016, n. 9140*, la Suprema Corte ha sostenuto che nel contratto di assicurazione della responsabilità civile la clausola che subordina l'operatività della copertura assicurativa alla circostanza che tanto il fatto illecito quanto la richiesta risarcitoria intervengano entro il periodo di efficacia del contratto, o comunque entro determinati periodi di tempo preventivamente individuati (cd. clausola *claims made* mista o impura), non è vessatoria, ma, in presenza di determinate condizioni, può essere dichiarata nulla per difetto di meritevolezza ovvero – ove applicabile la disciplina del D.Lgs. n. 206 del 2005 – per il fatto di determinare a carico del consumatore un significativo squilibrio dei diritti e obblighi contrattuali; la relativa valutazione va effettuata dal giudice di merito.

Tre i passaggi essenziali del percorso argomentativo sviluppato dalle Sezioni unite:

1. la clausola *claims* non implica alcuna decadenza convenzionale perché, lungi dal subordinare l'esercizio di un diritto ad una determinata condotta del titolare, consente o preclude l'operatività della garanzia in dipendenza dell'iniziativa di un terzo estraneo al contratto, iniziativa che peraltro incide non sulla sorte di un già insorto diritto all'indennizzo, quanto piuttosto sulla nascita del diritto stesso;
2. quanto alla questione della nullità per inesistenza dell'alea, la clausola *claims made* con garanzia pregressa è valida perché resta impregiudicata l'alea dovuta alla possibilità o meno che il danneggiato agisca nei confronti dell'assicurato per ottenere il risarcimento, atteso che il rischio dell'aggressione del patrimonio dell'assicurato in dipendenza di un sinistro verificatosi nel periodo contemplato dalla polizza si concretizza progressivamente, non esaurendosi nella sola condotta materiale, cui pur è riconducibile causalmente il danno ed occorrendo anche la manifestazione del danneggiato di esercitare il diritto al risarcimento;
3. la clausola non è nulla clausola per contrasto con l'art. 1917 c.c. e per assenza di causa del contratto, posto che, da un lato, l'art. 1932 c.c. non menziona tra le norme inderogabili l'art. 1917, co. 1, c.c., e dall'altro, rientra nella piena disponibilità dei contraenti modulare l'obbligo di garanzia con le modalità che

ritengano più opportune, dovendosi piuttosto individuare il limite oltre il quale le parti non possono spingersi senza snaturare l'essenza del contratto di assicurazione;

4. la clausola, peraltro, laddove assegna rilievo sia alla data della condotta che a quella della richiesta, inserisce un fattore temporale aggiuntivo, così circoscrivendo l'ambito della garanzia e stabilendo quali siano, rispetto all'archetipo fissato dall'art. 1917 c.c., i sinistri indennizzabili; in tal modo delimita l'oggetto del contratto, piuttosto che la responsabilità. Entro i richiamati limiti la clausola non è vessatoria dovendo, tuttavia, procedersi ad uno scrutinio di validità condotto sotto il profilo della meritevolezza di tutela della deroga al regime legale contrattualmente stabilita.

Quanto ai criteri da osservare nel condurre la verifica di meritevolezza, le Sezioni unite escludono la immeritevolezza delle clausole cd. *pure*, che, non prevedendo limitazioni temporali alla loro retroattività, svalutano del tutto la rilevanza dell'epoca di commissione del fatto illecito.

Quanto, invece, alle *claims made impure*, le Sezioni unite segnalano la maggiore problematicità del relativo vaglio di meritevolezza «a partire da quella, particolarmente penalizzante, che limita la copertura alla sola ipotesi che, durante il tempo dell'assicurazione, intervengano sia il sinistro che la richiesta di risarcimento». In relazione a tali clausole occorrerà considerare il reale bilanciamento di interessi tra le parti assegnando rilevanza, per le clausole che estendono la garanzia al rischio pregresso, all'entità del premio pagato dall'assicurato, ritenendo meritevole la pattuizione ove si riscontri che la riduzione della copertura assicurativa trovi un corrispettivo in una sensibile riduzione del premio.

Quanto, infine, alle conseguenze del giudizio di “immeritevolezza” della clausola, le Sezioni unite sostengono che esse «non possono non avere carattere reale, con l'applicazione dello schema legale del contratto di assicurazione della responsabilità civile e cioè della formula *'loss occurrence'*».

Sul tema le Sezioni unite sono più recentemente tornate con sentenza *24 settembre 2018, n. 22437*. Al fine di valutare il profilo di meritevolezza delle clausole *claims made*, il Supremo Collegio avvia il proprio iter argomentativo, rilevando, preliminarmente, che il modello *claims made* si inserisce, ormai, nell'area della tipicità legale e costituisce un modello praticato “per la copertura dai rischi per danni da eziologia incerta e/o da lungolatenza”. Scendendo ad un livello più profondo di analisi, i giudicanti, quindi, danno una prima risposta sostenendo la validità delle clausole con garanzia pregressa, avallando, di fatto, l'orientamento già espresso in precedenza dalle medesime Sezioni Unite nel 2016. Allo stesso modo vengono confermati i rilievi per cui le *claims made* delimitano l'oggetto del contratto, piuttosto che la responsabilità, di guisa che appaiono infondati i dubbi circa la possibile vessatorietà delle medesime. Fissati questi punti, per lo più riproduttivi di quanto già le Sezioni Unite del 2016 avevano sancito, la Suprema Corte giunge a considerare il rilievo attinente alla necessità del giudizio meritevolezza, ribaltando il proprio precedente orientamento. Ritenuto che il modello contrattuale basato sulle *claims made* rientra nell'assicurazione della responsabilità civile e rappresenta una deroga pattizia all'art. 1917, comma 1, c.c. (consentita dall'ordinamento ai sensi dell'art. 1932 c.c.) e rilevato che siffatto meccanismo avrebbe ormai trovato copertura positiva, la Corte afferma che sia naturale conseguenza di quanto rappresentato il superamento del giudizio di meritevolezza ex art. 1322, comma 2, c.c., giacché quest'ultimo è ancorato al presupposto della atipicità contrattuale, mentre il modello assicurativo basato sulle *claims made* è ormai tipizzato. In altri termini, il giudizio di meritevolezza viene considerato - dalle Sezioni Unite 2018 - superfluo, giacché il contratto basato sulle *claims made* è tipico e per ciò solo meritevole. Al contrario rimane possibile indagare la causa concreta, affinché emergano squilibri tra interessi a cui sia possibile porre rimedio.

Cass., Sez. un., 25 settembre 2018, n. 22437.

Il tema della validità delle clausole *claims made* è stato nuovamente rimesso al vaglio delle Sezioni Unite con ordinanza 19 gennaio 2018, n. 1465.

Le Sezioni Unite investite della questione si sono quindi pronunciate con la segnalata sentenza 25 settembre 2018, n. 22437, per l'analisi della quale si rinvia al capitolo XI, sezione VI, paragrafo 2.

LE NOVITÀ INTRODOTTE DALLA LEGGE ANNUALE PER IL MERCATO E LA CONCORRENZA 2017.

L'art. 1, commi 2-4, della legge annuale per il mercato e la concorrenza 2017 (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 RC 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 mandatarî 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, razionalizzare i costi gravanti sul sistema assicurativo e sui consumatori.

I principi e i criteri che devono essere seguiti, nella redazione della tabella, tengono conto dei criteri valutativi del danno non patrimoniale ritenuti congrui dalla consolidata giurisprudenza di legittimità.

L'ASSICURAZIONE SULLA VITA.

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:

- a) il **rischio della morte** (assicurazione caso morte a vita intera, assicurazioni caso morte temporanee);
- b) il **rischio della sopravvivenza** (assicurazione di capitale differito, assicurazioni di rendita immediata);
- c) **entrambi**, 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 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.).

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. 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.

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 rinunciato 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.

Dall'art. 1923, comma 1, c.c. che dispone l'**impignorabilità** e la **non sequestrabilità** 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.

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.

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 risolve 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.

APPROFONDIMENTO

Cass., Sez. un., 25 settembre 2018, n. 22437. Cass., Sez. un., 30 aprile 2021, n. 11421

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, la Suprema Corte ha ribadito che la designazione comporta l'acquisto 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 rinuncia o dall'accettazione. 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 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.

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 chiarisce, infine, che allorché uno dei beneficiari di un contratto di assicurazione sulla vita premuovia 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*).

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 (c.d. 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.

La riassicurazione può essere singola ovvero per trattati, qualora abbia ad oggetto rispettivamente singoli rischi o 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.).

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.

I SINGOLI CONTRATTI

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.). 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.

CONTRATTI DI DEFINIZIONE DELLE LITI

SOMMARIO: 1. La transazione: nozione e natura. - 1.1. La transazione avente a oggetto obbligazioni solidali (rinvio). - 2. La cessione dei beni ai creditori. - 3. Il sequestro convenzionale.

LA TRANSAZIONE: NOZIONE E NATURA.

La transazione è «il contratto col quale le parti, facendosi reciproche concessioni, pongono fine a una lite già incominciata o prevengono una lite che può sorgere» (art. 1965 c.c.). La c.d. **transazione pura**, descritta dal primo comma della norma citata, va tenuta distinta dalla c.d. **transazione mista** di cui al comma 2, 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».

I contraenti possono stipulare anche una transazione novativa, con la quale stabiliscono di sostituire integralmente un rapporto diverso da quello oggetto di contestazione, che ne risulta estinto, con un nuovo rapporto giuridico.

Sul piano strutturale, la transazione è un contratto di scambio, a titolo oneroso, che assolve ad una funzione di soluzione o prevenzione delle liti, a fronte di reciproche concessioni.

La transazione è un atto dispositivo e ciò spiega la norma contenuta nel primo comma dell'art. 1966 c.c., il quale prevede che «per transigere le parti devono avere la capacità di disporre dei diritti che formano oggetto della lite»; a ciò si aggiunge che «la transazione è nulla se tali diritti, per loro natura o per espressa disposizione di legge, sono sottratti alla disponibilità delle parti».

Elementi strutturali necessari sono:

- a) la *res litigiosa*,
- b) le reciproche concessioni.

La giurisprudenza ritiene sussistente la **lite** in presenza di un **conflitto di interessi**, indipendentemente dal fatto che tali interessi, poi, siano concretamente azionabili in giudizio, ricordando però che occorre sempre una fase di contrapposizione. La lite può essere attuale o futura, ossia può non essere ancora sfociata in un processo, pur non essendo meramente ipotetica. La *res litigiosa* deve essere **dubia**, atteso che elemento qualificante della transazione è proprio il carattere incerto. Secondo taluni autori, l'incertezza deve essere oggettiva, ossia relativa alla situazione giuridica. Altri autori invece, sostengono che l'incertezza vada riferita – piuttosto – ad una prospettiva soggettiva rispetto ad una situazione giuridica futura. L'incertezza può essere **di fatto**, quando riguarda l'incerta realizzazione di un diritto, e può riguardare l'**interpretazione di una norma giuridica**, qualora vi sia un contrasto giurisprudenziale.

L'oggetto del contratto alla stregua dei principi dettati dall'art. 1346 c.c. deve essere possibile, lecito determinato o determinabile.

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, co.

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.

L'oggetto della transazione 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 e i rapporti giuridici controversi che le parti intendono comporre.

La lite deve cessare in seguito alle reciproche concessioni che le parti accettano; proprio a tal fine, non si può avere alcuna transazione se i contraenti non rinunciano a talune pretese e non accettano di sopportare un sacrificio, al fine di evitare le spese e l'alea di un processo. Nella reciprocità delle concessioni è insita la corrispettività della transazione.

La **forma** del contratto di transazione è disciplinata dall'art. 1967 c.c. a mente del quale la forma scritta è richiesta di regola *ad probationem*, salvo che la transazione abbia ad oggetto i diritti menzionati nell'art. 1350, nn. 1-11, c.c., nel qual caso è imposta a pena di nullità.

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 parti¹.

Al contratto di transazione si può indubbiamente applicare la disciplina generale sui **vizi della volontà**. Nessun dubbio sorge rispetto alla **violenza** e al **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 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. Anche larga parte della dottrina ritiene di poter estendere la regola dettata dall'art. 1969 c.c. all'errore di fatto. 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

¹ Cass. civ., Sez. II, Sentenza, 04/09/2020, n. 18489.

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).

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 delle 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.

Discusse sono le conseguenze dell'**errore di fatto**. Parte della dottrina ritiene di poter estendere la regola dettata dall'art. 1969 c.c. anche al suddetto errore, ma la tesi non è unanimemente condivisa.

L'errore sul **caput non controversum** rileva secondo le regole generali in materia di errore.

Se la regola è l'irrilevanza dell'errore, l'**art. 1971 c.c.**, analogamente a quanto previsto dall'art. 96 c.p.c., precisa che se una delle parti era consapevole della **temerarietà** della sua pretesa, l'altra può chiedere l'**annullamento** del contratto. Non è sufficiente la colpa della controparte, ma è necessaria l'effettiva consapevolezza, cioè il dolo o la mala fede. Il contratto di transazione soggiace sicuramente al regime generale in materia di nullità (art. 1418 c.c.). Ad esso si aggiungono alcune ipotesi speciali di nullità, in particolare l'**art. 1972 c.c.** prevede 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, comma 2, c.c. ove si prevede la nullità della transazione su **diritti indisponibili**. Contrariamente, la transazione riferita ad un contratto nullo ma non illecito è suscettibile di annullamento, su iniziativa del contraente che ignorava la causa della nullità, a mente dell'art. 1972, comma 2, c.c.

In deroga alla disciplina generale in materia di rescissione per lesione, l'art. 1970 c.c. prevede che «*la transazione non può essere impugnata per causa di lesione*». Parte della dottrina spiega il fondamento logico-giuridico di questa norma disconoscendo la natura dispositiva e/o costitutiva della transazione (natura ribadita dalla suprema Corte, la quale ricorda che l'accordo transattivo, mediante reciproche concessioni, rappresenta una fonte costitutiva di nuove situazioni giuridiche oggettive), nonché la sua 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*». 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.

L'art. 1976 c.c. esclude espressamente la possibilità di **risolvere per inadempimento** il contratto di **transazione novativa** (al fine di tornare a far valere le pretese originarie), salvo che tale possibilità sia stata prevista pattiziamente. La regola è legata alla particolare natura della transazione novativa la quale, presupponendo il venir meno dell'originario rapporto - ormai estinto - non consente la sua reviviscenza

Diversamente, la transazione semplice è risolvibile per inadempimento.

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^{2 3}.

È indubbio che la transazione è sempre risolvibile per **impossibilità sopravvenuta ed eccessiva onerosità**.

LA TRANSAZIONE AVENTE A OGGETTO OBBLIGAZIONI SOLIDALI (RINVIO).

Da tempo è discusso, in dottrina e in giurisprudenza se nel transigere la lite, il creditore e uno dei debitori in solido, possano impedire agli altri debitori obbligati in solido a profittare degli effetti del contratto di transazione, come stabilito dall'art. 1304, comma 1, c.c.

LA CESSIONE DEI BENI AI CREDITORI.

La cessione dei beni ai creditori è prevista e disciplinata dall'art. 1977 e ss. c.c. che la definisce «*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, pertanto, di un **contratto con funzione liquidatoria** del patrimonio del debitore oggetto della cessione, al fine di soddisfare con il ricavato i creditori cessionari, nel rispetto del principio della *par condicio creditorum*. La legge (art. 1980 c.c.) garantisce, inoltre, ai **creditori** che il debitore non potrà più disporre dei beni ceduti, dal momento della conclusione dell'accordo di cessione, mentre il debitore verrà liberato dai debiti, all'esito della distribuzione delle somme, nel limite di quanto ricevuto dai creditori cessionari (art. 1984 c.c.). Si discute se gli effetti della cessione abbiano **natura reale o obbligatoria**.

La tesi prevalente, e preferibile, propende per la **natura obbligatoria** confortata dal dato normativo. Infatti, gli **atti dispositivi** dei beni ceduti eventualmente posti in essere dal debitore **in violazione del divieto** posto dall'art. 1980, comma 1, c.c. sono considerati dal legislatore **inopponibili** ai creditori cessionari (e comportano quale unica sanzione la risoluzione per inadempimento del contratto di cessione ex art. 1985 c.c.) ma **efficaci** nei confronti dell'acquirente del bene, estraneo al contratto di cessione, diversamente se si fosse in presenza di un negozio con effetti reali il successivo atto dispositivo non potrebbe produrre effetto alcuno. Indice della estraneità del negozio alla categoria dei contratti ad effetti reali si rinviene, inoltre, nell'**obbligo di rendiconto**, previsto dall'art. 1983 c.c., incompatibile con la perdita del diritto reale da parte del cedente.

² Cass. civ., Sez. II, 28/08/1993, n. 9125.

³ 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).

La **causa** del contratto di cessione è **solutoria** (liquidatoria-satisfattiva). 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.

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 e ss. c.c.).

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 (in generale da intendersi come chiunque sia personalmente obbligato alla estinzione di un debito) ed i creditori, tutti o 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.

Si ritiene da taluni che il **contratto** sia **aperto** all'adesione di ulteriori creditori in un momento successivo alla conclusione (ciò è possibile, evidentemente, fino al riparto del ricavato, posto che dopo tale momento il contratto si estingue avendo esaurito il suo scopo).

L'adesione successiva al contratto deve, tuttavia, ritenersi consentita solo se tale facoltà costituisce oggetto di espressa pattuizione delle parti originarie; in caso contrario – in ossequio al principio della intangibilità degli accordi negoziali – sarà necessario il consenso delle parti contraenti, il che, come è stato efficacemente evidenziato, di fatto esclude la natura aperta del negozio.

Alcuni autori hanno, invece, messo in evidenza 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*. 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 specificamente i beni ceduti in ossequio all'art. 1346 c.c.

La parola attività va intesa alla stregua di «beni» o «patrimonio». Vi 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 (art. 515 c.p.c.) non rilevando nel caso della cessione volontaria il divieto di sottoporli ad esecuzione coattiva, posto dalla legge.

Appare ammissibile anche la cessione di beni futuri, ammessa in via generale dall'art.

1348 c.c.

L'art. 1980 c.c. specifica che «*il debitore non può disporre dei beni ceduti*» ed il combinato disposto degli artt. 2649 e 2687 c.c. sanziona con l'**inefficacia** verso i creditori gli atti dispositivi compiuti dal debitore cedente e trascritti dopo la trascrizione della cessione. Il vincolo di indisponibilità ha **natura obbligatoria**, non rispondendo all'esigenza «*di garantire la tutela di interessi primari*», bensì di tutelare i creditori verso eventuali atti dispositivi posti in essere dal debitore. Conseguentemente l'unica sanzione prevista si muove sul piano dei rapporti interni ed è quella della **risoluzione** del contratto di cessione **per inadempimento**, mentre gli eventuali **atti dispositivi** dei beni ceduti rimangono 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 rispetto alla stipulazione del contratto possono agire esecutivamente anche sui beni oggetto della cessione. 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 **beni non ricompresi** nel negozio di cessione, l'intervento dei creditori cessionari è precluso dal divieto posto dall'art. 1980 cpv. c.c. e sarà necessario procedere alla previa liquidazione dei beni ceduti ovvero ottenere una pronuncia risolutiva della cessione.

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.).

In assenza di espressa disciplina, deve ritenersi che ai creditori spetti l'amministrazione **coniuntiva**, 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 cessionari possono esercitare tutte le **azioni** (in particolare, possono agire ma anche resistere in giudizio) **di carattere patrimoniale**, relative ai beni ceduti (*ex* art. 1979 c.c.); si tratta di una forma di rappresentanza processuale che trova nella legge la sua fonte, fermo restando che 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**.

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.

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 e 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.).

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»*.

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.

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 residuo 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.

La vicenda contrattuale può concludersi anche per effetto del **recesso** dal contratto, potere riconosciuto al debitore dall'art. 1985 c.c.

Alla cessione dei beni si applicano tutte le norme generali dettate in materia di **nullità, annullabilità e risoluzione**.

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»*.

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.

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.

IL SEQUESTRO CONVENZIONALE.

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.

L'istituto in esame trova applicazione pratica talmente rara da potersi ritenere caduto in desuetudine. 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: 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.

Presupposto per la stipula del contratto è l'esistenza di una controversia su un bene.

Il contratto si **perfeziona** con «l'*affidamento*» della cosa al terzo sequestratario trattandosi di un contratto reale.

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.

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 l'**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**, secondo 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 - 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.

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.

LE TRACCE

1. Premessi cenni sulla natura e sulla struttura del comodato, si esamini la figura del comodato indeterminato.
2. Le garanzie della compravendita, con particolare riguardo ai vizi della cosa oggetto di preliminare, all'impegno del venditore di eliminare i vizi e alla garanzia nella rivendita.
3. I contratti asimmetrici: gli strumenti di tutela del contraente debole e i poteri del giudice.

I SINGOLI CONTRATTI