

# Pactum Online

Rivista telematica di diritto dei contratti

Rivista semestrale

*Gennaio - Giugno 2022*

1

## DIREZIONE SCIENTIFICA

Luigi Balestra

Elena Bargelli

Alberto Maria Benedetti

Alessandro D'Adda

Ugo Salanitro

Claudio Scognamiglio

Stefano Troiano

ISSN 2785-552X

  
**Pacini  
Giuridica**

# Pactum Online

## DIREZIONE

Luigi Balestra; Elena Bargelli; Alberto Maria Benedetti; Alessandro D'Adda; Ugo Salanitro; Claudio Scognamiglio; Stefano Troiano.

## ADVISORY BOARD

Federico Azzarri; Elsa Bivona; Lucia Bozzi; Valentina Calderai; Garance Cattalano-Cloarec; Walter Doralt; Mateja Durovic; Mirko Faccioli; Arianna Fusaro; Barbara Grazzini; Mauro Grondona; Jens Kleinschmidt; Antonio Las Casas; Chantal Mak; Marco Martino; Francesco Mezzanotte; Lara Modica; Damjan Možina; Juan Pablo Murga Fernández; Andrea Nervi; Luigi Nonne; Riccardo Omodei Salè; Luisa Pascucci; Francesco P. Patti; Fabrizio Piraino; Nicola Rizzo; Francesco Sangermano; Alessandra Spangaro; Umberto Stefini; Mauro Tesaro; Cristiano de Sousa Zanetti.

## COMITATO DI REDAZIONE

Silvia Bonetti; Valerio Brizzolari; Emilio Bufano (Responsabile); Matteo De Pamphilis; Alessandro Dinisi; Francesco Ferrara; Giovanni Gandino; Gloria Giorgi; Roberta Guainella; Davide Maria Locatello; Martina Marano; Donato Maria Matera; Giorgio Mattarella; Francesco Molinaro; Celeste Natoli; Luca Oliveri; Abigail Owusu; Daniela Santarpia; Gaia Scaduto; Tommaso Sica; Elisa Stracqualursi; Francesco Tonini; Matteo Turci.

*Tutti i contributi pubblicati nella Rivista sono stati sottoposti alla valutazione della Direzione e a revisione anonima, in base all'apposito Regolamento (consultabile sul sito: <https://rivistapactum.it/>).*

*La revisione dei contributi pubblicati in questo fascicolo è stata effettuata da Edoardo Bacciardi, Vittorio Bachelet, Luca Ballerini, Carlotta De Menech, Francesca Episcopo, Maria Samantha Esposito, Stefano Gatti, Alfio Guido Grasso, Elena Guardigli, Gaetano Guzzardi, Nicoletta Muccioli, Luigi Regazzoni, Sara Scola.*

Amministrazione:  
Pacini Editore Srl,  
via Gherardesca 1, 56121 Pisa  
Tel. 050 313011 • Fax 050 3130300  
[www.pacinieditore.it](http://www.pacinieditore.it) • [abbonamenti\\_giuridica@pacinieditore.it](mailto:abbonamenti_giuridica@pacinieditore.it)

I contributi pubblicati su questa rivista potranno essere riprodotti dall'Editore su altre, proprie pubblicazioni, in qualunque forma.

In corso di registrazione presso il Tribunale di Pisa  
Direttore responsabile: Patrizia Alma Pacini

# INDICE ANNATA 2022

## FASCICOLO N. 1

### GENNAIO – GIUGNO

#### OBBLIGAZIONI

DILETTA GIUNCHEDI, *Obbligazioni solidali e transazione parziale: la questione del debito esigibile dai debitori non transigenti* ..... 2

#### CONTRATTO IN GENERALE

FRANCESCO MOLINARO, *La risoluzione del leasing traslativo tra autonomia privata e controllo di meritevolezza da parte del giudice* ..... 9

FRANCESCO MOLINARO, *Emergenza sanitaria e locazioni commerciali: nihil sub sole novum?* ..... 17

ELISA STRACQUALURSI, *I limiti invalicabili all'ingerenza del legislatore nell'esecuzione del contratto* ..... 25

MATTEO DE PAMPILIS, *Trattativa commerciale "a muso duro" e lawful act economic duress* ..... 34

#### RESPONSABILITÀ E RIMEDI

ILARIA SPEZIALE, *L'(in)adempimento del contratto di appalto tra rimedi sostanziali e profili processuali* ..... 42

#### SINGOLI CONTRATTI

##### **Fideiussione**

FRANCESCO MOLINARO, *Le fideiussioni bancarie omnibus tra invalidità derivata e risarcimento del danno: riflessioni critiche sulla sentenza delle Sezioni Unite* ..... 48

PIETRO LIBRICI, *Le fideiussioni a valle di intese illecite nel canone delle Sezioni Unite: considerazioni critiche* ..... 58

##### **Locazione**

DILETTA CORTI, *Locazioni non abitative e inadempimento dell'obbligo di denuntiatio: nihil sub sole novum?* ..... 65

#### CONSUMO

ANGELO NAPOLITANO, *L'ordinanza di assegnazione del quinto, le procedure concorsuali e il piano del consumatore* ..... 74

#### BANCHE, INTERMEDIARI FINANZIARI E ASSICURAZIONI

GIORGIO MATTARELLA, *Sull'esistenza di un diritto al credito ai sensi dell'art. 13, comma 1, lett. m), d.l. 23/2020 (c.d. d.l. liquidità)* ..... 84

ALESSANDRO MACIOCI, *Il diritto di surroga dell'assicuratore nell'ipotesi di concorso di colpa dell'assicurato* ..... 91

#### NUOVE TECNOLOGIE

MATTEO DE PAMPILIS, *La responsabilità di Booking per la prenotazione in “struttura fantasma”* .....101

#### CONTRATTO E PERSONA

REMO TREZZA, *Gli effetti della “prenotazione prelatizia” e il titolo abitativo non ancora richiesto* ..... 109

#### OSSERVATORIO NOTARILE

GLORIA GIORGI, *La funzione perequativa della divisione con conguaglio e il rapporto con la comunione legale* ..... 117

# OBBLIGAZIONI

# Obbligazioni solidali e transazione parziale: la questione del debito esigibile dai debitori non transigenti \*

di DILETTA GIUNCHEDI

Dottore di ricerca  
Università di Bologna

(CORTE DI CASSAZIONE, sent. 24 settembre 2021, n. 25980; Pres. A. Scaldaferrì – Est. L. Tricomi)

## Abstract

*Il caso in esame offre l'opportunità di riflettere sulla natura giuridica della transazione relativa ad obbligazioni solidali, in particolare sulla transazione pro quota conclusa da uno o più condebitori in solido e sui criteri di quantificazione del debito residuo esigibile nei confronti dei debitori non transigenti.*

*The current case offers the opportunity to analyze the legal nature of transaction in the context of joint obligations, with particular attention to pro-rata transaction concluded by one or more joint debtors and also to the legal and pecuniary consequences with regard to the quantification of the residual debt owed by non-settling debtors.*

**Sommario:** 1. Fatto; 2. Decisione; 3. La transazione ex art. 1304 c.c.; 4. Lo scioglimento del vincolo solidale; 5. La transazione parziale; 6. Il debito residuo esigibile dai debitori non transigenti. Le soluzioni adottate in giurisprudenza ed il bilanciamento delle Sezioni Unite; 6.1. Riduzione proporzionale alla quota transatta; 6.2. Riduzione della somma effettivamente transatta; 7. Valutazioni conclusive.

## 1. Fatto

Il caso in esame prende origine dall'azione di responsabilità promossa da una Banca nei confronti di coloro che avevano ricoperto cariche sociali in seno al suo Consiglio di amministrazione [sul tema per tutti, ALPA, *Responsabilità degli amministratori e principio di "sostenibilità"*, in *Contr. e impr.*, 2021, 3, 721; BALESTRA, *Azione di responsabilità nei confronti degli ex amministratori, liquidazione del danno e onere della prova gravante sul curatore fallimentare*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2016, 2, 693], nonché nei confronti del Direttore generale, al fine di ottenere la condanna dei convenuti in solido all'integrale risarcimento dei danni cagionati in conseguenza della violazione dei doveri su di loro rispettivamente incombenti.

Nel corso del giudizio di primo grado, la Banca dava atto dell'intervenuta transazione parziale avente ad oggetto le quote di responsabilità di alcuni dei convenuti, con espressa salvezza del residuo credito risarcitorio verso coloro che non avevano transatto. Il Tribunale di Civitavecchia dichiarava cessata la materia del contendere con riguardo a tutti i convenuti, ad esclusione dei debitori non transigenti, che condannava in solido al risarcimento per un ammontare pari alla quantificazione del danno complessivo, non decurtato delle somme transatte.

In sede di gravame, la Corte di Appello [App. Roma, 27 febbraio 2017, n. 1298, inedita], in parziale riforma della pronuncia del giudice di prime cure, stabiliva che la

\* Il presente contributo è stato sottoposto a valutazione in forma anonima ed è stato pubblicato in anteprima su rivistapactum.it il 29.3.2022.

pretesa azionabile nei confronti dei debitori non transigenti doveva essere limitata al debito residuo, per tale dovendosi intendere una somma pari al debito complessivo decurtato delle somme effettivamente versate in favore del creditore dai debitori coobbligati a titolo di transazione.

## 2. Decisione

Con la pronuncia in commento la Suprema Corte cassa la decisione impugnata, ritenendola contraria al principio di diritto espresso dalle Sezioni Unite [Cass., sez. un., 30 dicembre 2011, n. 30174, in *Giust. civ.*, 2012, 9, 2068, con nota di C. D'ALESSANDRO] ed accolto dalla giurisprudenza e dalla dottrina maggioritarie.

In particolare, in ottemperanza all'insegnamento delle Sezioni Unite, la Suprema Corte afferma che, in caso di transazione stipulata dal creditore con uno o con alcuni dei coobbligati, o comunque in caso di adempimento parziale di una obbligazione solidale, gli effetti della stessa sono diversi a seconda che la somma percepita dall'*accipiens* sia pari o superiore alla c.d. quota virile gravante sul condebitore *solvens* oppure sia ad essa inferiore.

Solo nel primo caso, infatti, il residuo debito gravante sui debitori non transigenti si riduce in misura corrispondente all'importo effettivamente versato dal condebitore che ha transatto; se, invece, come nel caso di specie, la somma versata è inferiore alla quota che faceva idealmente capo al condebitore che ha raggiunto l'accordo transattivo, il debito residuo gravante sugli altri coobbligati deve essere ridotto in misura pari al valore della quota ideale di chi è addivenuto alla transazione.

## 3. La transazione ex art. 1304 c.c.

Appare opportuno illustrare brevemente la normativa in materia di transazione con riguardo alle obbligazioni solidali.

L'art. 1304, comma 1, c.c. prevede che la transazione conclusa dal creditore con uno dei condebitori non produce effetti nei confronti degli altri, se questi non dichiarino di volerne profittare [in argomento, GENTILI, *Solidarietà e transazione secondo l'art. 1304 c.c.*, in *Obbl. contr.*, 2009, 4, 313].

La disciplina si pone, dunque, in linea di continuità con il principio della relatività degli effetti del contratto. È altresì vero che la stessa norma configura un evento giuridico – la transazione – che permette a soggetti terzi di beneficiare degli effetti dell'accordo, sebbene non siano parti dello stesso [FRANZONI, *La transazione*, Cedam, 2001, 290].

Per quanto attiene all'ambito di applicazione della norma, sembra prevalere in giurisprudenza l'opinione secondo la quale lo stesso è circoscritto ai casi in cui ricorrono le seguenti circostanze: (i) l'obbligazione solidale è divisibile; (ii) la solidarietà è prevista nell'interesse del creditore; (iii) l'applicazione dei criteri legali d'interpretazione del contratto porta alla conclusione che la transazione ha avuto ad oggetto l'intero debito e non solo la quota riferibile al debitore che l'ha conclusa [RICCIO, *Le diverse specie di obbligazioni: pecuniarie, alternative, solidali, indivisibili*, in *Le Obbligazioni* a cura di Franzoni, I, Utet, 2004, 1278; GIORGIANNI, *Obbligazione solidale e parziaria*, in *Noviss. dig. it.*, XI, Utet, 1965, 681. In giurisprudenza Cass., 17 novembre 2016, n. 23418, in *Foro it.*, 2016, I, 3771, con nota di PALMIERI].

In altre parole, il condebitore obbligato può avvalersi degli effetti della transazione qualora la comunanza dell'oggetto di questa comporti l'insorgere della facoltà, o meglio del diritto potestativo, del condebitore solidale di avvalersene.

Tale impostazione ha condotto la giurisprudenza maggioritaria ad escludere che il diritto di profittare della transazione possa essere convenzionalmente escluso per volontà del creditore o di entrambe le parti transigenti [DEL PRATO, *Gli strumenti contrattuali di negoziazione della lite: tratti di incidenza della dottrina sulla giurisprudenza*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2016, 1, 174]. Per riscontrare un'opinione contraria, è necessario risalire ad un precedente dei primi anni '90 della Suprema Corte che ha affermato

la validità della clausola contenuta nella transazione tra il creditore ed uno o più condebitori in solido volta ad impedire agli altri condebitori di profittare della stessa [Cass., 19 aprile 1991, n. 4257, in *Riv. not.*, 1992, 1580, con nota di PERTEGATO]. Attenta dottrina ha apertamente criticato tale conclusione, ritenendo che la questione non verta intorno alla derogabilità della norma (che accorda al debitore solidale non transigente un diritto potestativo di fonte legale), bensì sulla corretta individuazione del suo ambito applicativo, dovendosi considerare la facoltà di “stipulare una transazione «parziale», dunque ad effetti necessariamente limitati ai soli transigenti” [DEL PRATO, *Sulla transazione del debitore in solido*, in *Riv. dir. priv.*, 2009, 1, 56].

#### 4. Lo scioglimento del vincolo solidale

L’analisi del caso di specie richiede di individuare preliminarmente il criterio utile per distinguere il tipo di transazione che consente ai condebitori estranei di profittarne, da quello che non concede tale facoltà. Ciò significa, in altre parole, valutare in quali circostanze si possa configurare lo scioglimento dell’obbligazione solidale, quindi la separazione della posizione del debitore transigente da quella degli altri consorti.

Pare opportuno liberare il campo da alcuni possibili dubbi interpretativi che possono insorgere in considerazione di fattispecie, diverse dalla transazione parziale, di cui si intende trattare, che permettono di escludere l’applicabilità dell’art. 1304 c.c.: in particolare della remissione parziale del debito di cui all’art. 1301 c.c. il quale accorda espressamente al creditore la facoltà di riservarsi il credito verso gli altri condebitori in solido. Tale considerazione suggerisce che nei casi in cui il legislatore ha voluto riservare la facoltà al creditore di preservare il proprio diritto nei confronti degli altri, l’ha espressamente previsto.

Ciò premesso, al fine di verificare il configurarsi della fattispecie di cui all’art. 1304, comma 1, c.c., un orientamento risalente poneva al centro della disamina l’elemento soggettivo in capo alle parti della transazione, e riteneva doversi verificare: *a)* se le parti dell’accordo hanno voluto porre in essere un negozio novativo del precedente rapporto obbligatorio; *b)* una volta esclusa tale circostanza, se sia intervenuto un accordo finalizzato alla definizione integrale del rapporto obbligatorio o se la volontà abbia riguardato solo una parte dell’obbligazione [NICOLÒ, *Il riconoscimento e la transazione nel problema della rinnovazione del negozio e della novazione dell’obbligazione*, in *Raccolta di scritti*, I, Giuffrè, 1980, 464].

Vi è da segnalare che parte della dottrina ha criticato la richiamata impostazione, ritenendo che l’effetto novativo non sia da ricercarsi nell’intenzione delle parti, ma costituisca una conseguenza necessaria della transazione avente ad oggetto solo una parte dell’obbligazione solidale scindibile [in tal senso DE MAURO, *Obbligazioni solidali, transazione, parentetiche e quaestio voluntatis*, in *Resp. civ. e prev.*, 2012, II, 4, 1198].

La *ratio* di tale opinione sembra doversi rinvenire nella natura e nella struttura stessa del rapporto solidale [FRANZONI, *La transazione*, cit., 290], lasciandosi intendere che la novazione – quale estinzione del vincolo debitorio nei confronti del creditore con scioglimento della solidarietà nei confronti dei condebitori – sia automatica, e non debba essere determinata dalle parti in sede di transazione. Complementare a tale indirizzo pare anche porsi quella giurisprudenza la quale reputa non novativa la transazione ex art. 1304 c.c. incombente su tutto il debito solidale [Cass., 24 gennaio 2012, n. 947, in *Resp. civ. e prev.*, 2012, 4, 1195, con nota di DE MAURO].

L’orientamento ad oggi dominante ritiene che il *discrimen* sia rappresentato dall’elemento oggettivo, cioè dall’insorgere di un rapporto oggettivamente differente rispetto a quello precedente. In tale solco si pongono le richiamate Sezioni Unite, che concentrano l’attenzione sull’oggetto della transazione, di talché è fondamentale stabilire se le parti si sono accordate sulla sola quota di spettanza del debitore transigente o, al contrario, sul complessivo rapporto obbligatorio [Cass., sez. un., 30 dicembre 2011, n. 30174, cit.]. In altri termini, anche nelle ipotesi in cui la transazione, sulla scorta degli

elementi ermeneutici identificati, appare come novativa, la norma regolatrice della fattispecie non potrà che essere l'art. 1304 c.c., con la conseguenza che i condebitori estranei all'accordo transattivo possono avvalersene allorché l'oggetto della transazione sia riferito all'intera obbligazione.

L'identificazione della natura della transazione deve passare quindi inevitabilmente attraverso una valutazione specifica della singola fattispecie ed alla luce di ciò determinare le conseguenze della mancata liberazione degli altri condebitori consistente nel fatto che l'obbligazione viene privata del vincolo di solidarietà [Cass., 5 luglio 2001, n. 9071, in *Mass. Giust. civ.*, 2001, 1332]. In conclusione, si potrebbe affermare che qualora la transazione abbia ad oggetto la sola parte di obbligazione gravante sul debitore transigente, producendosi un effetto novativo e di scioglimento del vincolo solidale, non sarà applicabile l'art. 1304 c.c. – relativo invece ai casi in cui si transige sull'intera obbligazione – e si dovrà quindi concludere di essere dinanzi ad una transazione parziale.

## 5. La transazione parziale

Alla luce dei ragionamenti appena svolti, la giurisprudenza ritiene che laddove, come nel caso di specie, l'oggetto del negozio transattivo sia limitato alla sola quota del debitore solidale stipulante, si realizzi una transazione parziale e l'art. 1304 c.c. resti inapplicabile [*ex multis*, Cass., 8 luglio 2009, n. 16050, in *Mass. Giust. civ.*, 2009, 7-8, 1064].

Alcuni autori hanno accolto con qualche reticenza tale assunto: non ritengono infatti che sia teoricamente e sistematicamente esatto, almeno in un ambito solidale, l'utilizzo del concetto di *quota*, poiché quest'ultima appare estranea e antitetica alla struttura unitaria del relativo vincolo. A sostegno di tale critica, si adduce infatti che, in seno alla disciplina delle obbligazioni solidali, si rinviene la definizione e l'uso di "parte" (e non di quota) ed è riscontrabile solo nei rapporti interni tra i condebitori ai fini unicamente dell'azione di regresso (art. 1299 c.c.), e, in ogni caso, non nei confronti del creditore. [BUSNELLI, voce *Obbligazioni divisibili, indivisibili e solidali*, in *Enc. giur.*, XXI, Treccani, 1990, 7. *Contra* una cospicua giurisprudenza: Cass., 7 febbraio 2011, n. 2963, in *Diritto e Giustizia online*, 2011].

Ciò detto, vi è inoltre da valutare se il vincolo solidale possa essere sciolto nei confronti del debitore transigente: tale analisi conduce ad un sicuro esito positivo alla luce dell'art. 1311, comma 1, c.c., fermo restando che il creditore dovrà rilasciare quietanza o in ogni caso deve aver agito nei riguardi della sola quota del debitore e non dell'intero debito.

A tal riguardo preme sottolineare che l'effetto dello scioglimento del vincolo solidale, secondo una certa dottrina, non è chiaramente da imputare alla novazione *ex art.* 1300 c.c.: quest'ultima si pone quale strumento di estinzione di un rapporto incontestato; la transazione, invece, compone una lite, nel caso di specie limitatamente ad una quota del condebitore transigente. "In altri termini, la nuova situazione giuridica generata dalla transazione fissa le modalità di estinzione dell'obbligazione contestata in quanto l'adempimento delle concessioni transattive previste in favore del creditore possiede attitudine estintiva del rapporto" [DEL PRATO, *Sulla transazione del debitore in solido*, cit., 62].

Da ciò discende che, affrancandosi dall'obbligazione solidale, il transigente non risente dell'insolvenza dei consorti, i cui effetti pregiudizievoli restano interamente a carico del creditore. Quest'ultimo, d'altra parte, non può esigere dai condebitori l'adempimento dell'intera obbligazione solidale, ma l'esecuzione di una prestazione inferiore, determinata tenendo conto degli effetti riflessi che la transazione produce sul debito [DELLACASA, *La transazione, o meglio «le transazioni» e le obbligazioni solidali: linee guida delle sezioni unite*, in *Giust. civ.*, 2012, I, 11-12, 2628].

La giurisprudenza della Cassazione, anche da ultimo, si attesta sull'opinione secondo la quale la transazione *pro quota*, in quanto tesa a determinare lo scioglimento della solidarietà passiva rispetto al debitore che vi aderisce, non può coinvolgere gli altri

condebitori, i quali dunque nessun titolo avrebbero per profittarne, salvo ovviamente che per gli effetti derivanti dalla riduzione del loro debito in conseguenza di quanto pagato dal debitore transigente [Cass., 24 settembre 2021, n. 25980, cit.].

## **6. Il debito residuo esigibile dai debitori non transigenti. Le soluzioni adottate in giurisprudenza ed il bilanciamento delle Sezioni Unite**

Ulteriore quesito concerne gli effetti della transazione *pro quota* sull'obbligazione residua e sul residuo credito azionabile nei confronti di debitori che non hanno transatto: fermo quanto sino ad ora illustrato, il debito residuo gravante sui coobbligati dovrà essere pari all'ammontare complessivo del debito solidale decurtato di somme pari alle quote effettivamente transatte; oppure dovrà essere proporzionalmente diminuito per la somma delle quote ideali? Detto in altre parole, il debitore rimasto obbligato è chiamato a rispondere della somma – algebricamente – residua oppure dovrà rispondere solo nei limiti delle quote non oggetto di transazione? [in merito v. anche Cass., 8 luglio 2009, n. 16050, cit.].

Le soluzioni adottate dalla giurisprudenza di legittimità sono state spesso oscillanti tra due poli opposti: in alcune pronunce si è sostenuto che il debito complessivo deve essere ridotto in proporzione alla quota transatta [Cass., 8 luglio 2009, n. 16050, cit.], mentre in altre si è ritenuto opportuno procedere alla sottrazione della effettiva somma versata in favore del creditore [Cass., 3 marzo 2011, n. 5108, in *Mass. Giust. civ.*, 2011, 3, 341] dal debitore transigente.

In via di prima approssimazione, appare opportuno chiarire la profonda differenza in termini di effetti sui debitori rimasti. Le due opzioni interpretative – la seconda delle quali è stata adottata dalla pronuncia impugnata dinanzi alla Suprema Corte nel caso in esame – divergono sia dal punto di vista della struttura teorica sottostante, sia sotto un profilo più strettamente finalistico. In particolare, adottando la prima soluzione, i coobbligati saranno chiamati ad adempiere nei limiti delle loro quote, per cui la sopravvenuta transazione non incide sull'ammontare delle singole quote, che rimangono inalterate; nel secondo caso, i debitori non transigenti dovranno invece versare una somma che tenga conto di quella effettivamente ricevuta dal creditore, che potrà essere anche inferiore alla quota di debenza originaria.

### **6.1. Riduzione proporzionale alla quota transatta**

Adottando il principio della riduzione proporzionale, il pagamento della somma corrispondente alla quota transatta giova agli altri coobbligati e li libera quindi nella misura pari al relativo importo ai sensi dell'art. 1292 c.c., essendo quell'accordo destinato a produrre la riduzione dell'intero debito per l'ammontare della quota transatta, senza interferenza sulla quota interna degli altri condebitori, i quali pertanto rimangono obbligati nei limiti della stessa.

Tale impostazione offre indubbi vantaggi per i debitori non transigenti, che godono della diminuzione del debito solidale complessivo e non subiscono aggravii circa la porzione personale. Al tempo stesso, però, il creditore che accetti una transazione dal valore economico inferiore all'ammontare della singola quota ideale non può esigere la differenza tra il dovuto e il transatto nei confronti dei coobbligati solidali, essendo cessato il vincolo solidale tra loro intercorrente.

### **6.2. Riduzione della somma effettivamente transatta**

Come già ricordato, la sentenza della Corte d'appello impugnata e cassata dalla pronuncia in commento, aderendo al secondo orientamento richiamato, ha condannato i coobbligati al pagamento di una somma pari all'importo globale del debito solidale ridotta in misura pari alla somma effettivamente corrisposta dal transigente.

In questa prospettiva pertanto il creditore, qualora abbia, in via transattiva, ottenuto da uno dei coobbligati il pagamento di parte del debito, non può pretendere dall'altro il pagamento dell'intero ammontare, ma soltanto della parte residua [Cass., 19 settembre 1979, n. 4820, cit.].

In casi differenti, però, ossia se la somma versata è inferiore alla quota interna, tale soluzione non può essere condivisa, perché comporterebbe un trattamento ingiustamente discriminatorio per i debitori non transigenti, che si vedrebbero gravati di un debito superiore a quello che il rapporto di solidarietà interna conferisce loro.

Come già rilevato, le contrapposte illustrate ricostruzioni gravano l'una o l'altra parte del rapporto obbligatorio a seconda dell'oggetto – o meglio dell'ammontare – della quota transatta. Le Sezioni Unite [Cass., sez. un., 30 dicembre 2011, n. 30174, cit.] hanno dunque tentato di trovare una soluzione di equilibrio e di compromesso tra tutti gli interessi coinvolti.

La Suprema Corte in composizione collegiale ha, infatti, enunciato il criterio sulla base del quale devono essere ricostruiti gli effetti che la transazione parziale determina sulla posizione dei consorti: ove la transazione stipulata tra il creditore ed uno dei condebitori in solido abbia avuto ad oggetto solo la quota del condebitore che l'ha stipulata, il residuo debito gravante sugli altri debitori si riduce in misura corrispondente all'importo pagato dal condebitore che ha transatto solo se costui ha versato una somma pari o superiore alla sua quota ideale di debito; se, invece, quella somma è inferiore alla quota che faceva idealmente capo al condebitore che ha raggiunto l'accordo transattivo, il debito residuo gravante sugli altri coobbligati deve essere ridotto in misura pari alla quota di chi ha concluso la transazione [*ex multis* Cass., 20 ottobre 2014, n. 22231, in *Diritto & Giustizia*, 2014, 21 ottobre].

Come si è anticipato, il criterio enunciato risponde all'esigenza di evitare che la transazione parziale comporti un ingiustificato arricchimento per il creditore ed un pregiudizio per i consorti. Inoltre, la soluzione appare rispecchiare le simmetrie dei rapporti: per meglio dire, nella transazione parziale, il creditore libera lo stipulante dal vincolo solidale ottenendo quale contropartita un vantaggio patrimoniale. Il condebitore, dunque, “remunera” lo scioglimento del vincolo solidale accordando al creditore una concessione che si identifica, spesso, con la rinuncia ad avvalersi delle eccezioni opposte in un primo tempo [DELLACASA, cit., 2628]. Affrancandosi dall'obbligazione solidale, egli non risente dell'insolvenza dei consorti, i cui effetti pregiudizievoli restano interamente a carico del creditore. Quest'ultimo, d'altra parte, non può esigere dai condebitori dello stipulante l'adempimento dell'intera obbligazione solidale, ma l'esecuzione di una prestazione inferiore, determinata tenendo conto degli effetti riflessi che la transazione produce sul debito.

Da ultimo, coerentemente con il principio di diritto enunciato, si condivide l'opinione secondo la quale è nulla la clausola con cui il creditore si riserva di ottenere dai consorti dello stipulante il pagamento della differenza tra il debito solidale e la somma percepita in attuazione dell'accordo [D'ADDA, *L'oggetto della transazione: il caso della transazione con il debitore solidale*, in *Riv. dir. priv.*, 2007, 2, 307, nt. 1], frequente soprattutto nei casi in cui la somma pagata dal transigente sia inferiore rispetto al valore della sua quota. Ammettendo la validità di tale clausola, da un lato, si pregiudicherebbe i consolidati, tenuti a corrispondere una somma superiore al valore delle rispettive quote; dall'altro, si promuoverebbe la violazione del principio che vieta di modificare in senso peggiorativo la sfera giuridica altrui senza il consenso del soggetto interessato dalla modificazione.

## 7. Valutazioni conclusive

In conclusione, pare che la soluzione prospettata dalle Sezioni Unite ed accolta dalla pronuncia in commento possa ritenersi una soluzione ragionevole ed equilibrata, che tenta di bilanciare i differenti interessi, sacrificando di volta in volta e con minor aggravio possibile le posizioni giuridiche di tutte le parti coinvolte. Il principio di diritto espresso dalle Sezioni Unite coglie forse la matrice ultima della transazione, la quale non

è in sé né vantaggiosa né pregiudizievole, ma comporta contestualmente in capo alle parti benefici e oneri, cosicché la sua eventuale convenienza risulta da una articolata valutazione che deve tener conto non solo del saldo algebrico dei costi e dei benefici, bensì anche della previsione di un giudizio sulla controversia, qualora non composta, e dei conseguenti rischi [D'ALESSANDRO, cit., 2068].

Pare opportuno altresì rilevare che il successo di tale orientamento è dato dal fatto che nella pratica avviene più di frequente che la somma pagata dal transigente sia inferiore alla sua quota; pertanto, è equo che il debito dei consorti si riduca nella misura della stessa: i condebitori rimasti estranei all'accordo, altrimenti, sarebbero tenuti a pagare una somma superiore al valore delle rispettive quote.

Pare però legittimo interrogarsi sulle conseguenze qualora si verifichi un diverso scenario: il caso in cui uno dei debitori abbia transatto per una somma superiore alla quota di spettanza e si sia contestualmente liberato dal vincolo solidale, trovandosi pertanto carente di legittimazione ad agire in regresso, in ragione dello scioglimento della solidarietà.

In tale circostanza, sarebbe opportuno apportare un correttivo al principio di diritto espresso dalla giurisprudenza, secondo cui la transazione parziale conclusa per un ammontare superiore alla quota virile determini automaticamente lo scioglimento del rapporto – interno – solidale tra stipulante e condebitori. Probabilmente, infatti, i consorti non dovrebbero essere necessariamente liberati nei confronti del condebitore che ha contribuito per un ammontare superiore alla sua quota, occorrendo a tal fine che sia il transigente stesso a rinunciare espressamente all'azione di regresso [soluzione ipotizzata anche in Cass., 18 aprile 2006, n. 8946, in *Mass. Giust. civ.*, 2006, 4].

### Bibliografia essenziale

ALPA, *Responsabilità degli amministratori e principio di "sostenibilità"*, in *Contr. e impr.*, 2021, 3, 721

BALBUSSO, *Il regresso nella solidarietà debitoria*, Milano, 2016

BALESTRA, *Azione di responsabilità nei confronti degli ex amministratori, liquidazione del danno e onere della prova gravante sul curatore fallimentare*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2016, 2, 693

BUSNELLI, voce *Obbligazioni divisibili, indivisibili e solidali*, in *Enc. giur.*, XXI, Treccani, 1990, 7

D'ADDA, *Le obbligazioni plurisoggettive*, nel *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da Cicu e Messineo, V, Giuffrè, 2019

D'ADDA, *L'oggetto della transazione: il caso della transazione con il debitore solidale*, in *Riv. dir. priv.*, 2007, 2, 307

DE MAURO, *Obbligazioni solidali, transazione, parentetiche e quaestio voluntatis*, in *Resp. civ. e prev.*, 2012, II, 4, 1195

DEL PRATO, *Gli strumenti contrattuali di negoziazione della lite: tratti di incidenza della dottrina sulla giurisprudenza*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2016, 1, 174

DEL PRATO, *Sulla transazione del debitore in solido*, in *Riv. dir. priv.*, 2009, 1, 56

DELLACASA, *La transazione, o meglio «le transazioni» e le obbligazioni solidali: linee guida delle sezioni unite*, in *Giust. Civ.*, 2012, I, 11-12, 2628

FRANZONI, *La transazione*, Cedam, 2001

GENTILI, *Solidarietà e transazione secondo l'art. 1304 c.c.*, in *Obbl. contr.*, 2009, 4, 313

GIORGIANNI, *Obbligazione solidale e parziaria*, in *Noviss. dig. it.*, XI, Utet, 1965, 681

NICOLÒ, *Il riconoscimento e la transazione nel problema della rinnovazione del negozio e della novazione dell'obbligazione*, in *Raccolta di scritti*, I, Giuffrè, 1980, 464

RICCIO, *Le diverse specie di obbligazioni: pecuniarie, alternative, solidali, indivisibili*, in *Le Obbligazioni* a cura di Franzoni, I, Utet, 2004, 1278

# La risoluzione del *leasing* traslativo tra autonomia privata e controllo di meritevolezza da parte del giudice \*

di FRANCESCO MOLINARO

Dottorando di ricerca

Università degli Studi di Roma Tor Vergata

(CORTE DI CASSAZIONE, sezione prima civile, ord. 26 novembre 2021, n. 37024; Pres. M. Cristiano – Est. M. Falabella)

## Abstract

*Lo scritto analizza il contratto di leasing «traslativo», ponendo specifica attenzione sulla disciplina della risoluzione del contratto per inadempimento dell'utilizzatore che, precedentemente all'avvento della l. n. 124/2017, veniva individuata nell'art. 1526 c.c. In particolare, viene esaminata, la possibilità per le parti di derogare, in ossequio al secondo comma dell'art. 1526 c.c., alla disciplina prevista dal primo comma del medesimo articolo, prevedendo che le rate pagate restino acquisite al venditore (concedente nel caso di leasing) a titolo di penale.*

*This paper analyzes the «traslativo» leasing contract, paying specific attention to the discipline of the termination of contract due to non-fulfillment by the user which prior to the advent of law n. 124/2017, was recognized in art. 1526 c.c. In particular, the paper examines the possibility for the parties, in compliance with the second paragraph of art. 1526 c.c., to derogate from the provisions of the first paragraph of the same article, by providing that the installments paid remain acquired by the seller (grantor in the case of leasing) as a penalty.*

**Sommario:** 1. Il caso; 2. La disciplina della locazione finanziaria tra atipicità e tipicità; 3. *Leasing* traslativo e clausola penale: il giudice può ridurre in via equitativa la penale manifestamente eccessiva.

## 1. Il caso

La Corte di cassazione, con l'ord. n. 37024 del 2021, si è pronunciata sulla possibilità, per le parti, di derogare alla disciplina contenuta nell'art. 1526, primo comma, c.c. Tale norma, infatti, prima dell'introduzione dell'art. 1, comma 138, l. 4 agosto 2017, n. 124, veniva applicata, in caso di risoluzione per inadempimento dell'utilizzatore, al *leasing* traslativo, data l'analogia tra questa figura e la vendita con riserva di proprietà.

In particolare, l'attenzione della Suprema Corte si è incentrata sulla questione della legittimità di una disciplina pattizia che preveda, in caso di risoluzione contrattuale per inadempimento dell'utilizzatore, la possibilità, per il concedente, di ottenere, attraverso l'inserimento di una penale, l'integrale soddisfacimento della pretesa creditoria.

Il caso oggetto della pronuncia in commento trae origine dall'istanza con la quale il concedente, a norma dell'art. 101 l. fall., aveva domandato l'ammissione al passivo del fallimento per ottenere l'ammontare dei canoni immobiliari scaduti e la penale pattuita per la risoluzione del contratto di locazione finanziaria dipesa all'inadempimento dell'utilizzatore.

\* Il presente contributo è stato sottoposto a valutazione in forma anonima ed è stato pubblicato in anteprima su rivistapactum.it il 23.2.2022.

Il giudice delegato ha dichiarato inammissibile la domanda sul presupposto che l'art. 72-*quater* l. fall. subordina l'insinuazione del concedente alla previa allocazione del bene oggetto del contratto di *leasing*.

Avverso tale decisione la società concedente ha proposto opposizione, che è stata respinta dal tribunale sia pure con diversa motivazione: secondo il Collegio, infatti, non può trovare applicazione l'art. 72-*quater* l. fall., non tanto perché non vi era stata la previa allocazione del bene oggetto del contratto ma per l'assenza di un rapporto giuridico pendente; nella fattispecie, infatti, il contratto di *leasing* si era risolto per inadempimento della parte utilizzatrice già in data anteriore alla dichiarazione di fallimento.

Il tribunale, inoltre, ha osservato che, venendo in rilievo un *leasing* traslativo, la risoluzione del rapporto ha, in virtù dell'art. 1458 c.c., efficacia retroattiva per i contraenti, con la conseguenza che la società concedente, pur potendo ottenere il rilascio del cespite dalla curatela, era tenuta alla restituzione dei canoni percepiti, salvo il diritto all'equo compenso per l'uso della cosa.

Tale affermazione è stata giustificata dal tribunale mediante l'applicazione analogica dell'art. 1526 c.c., la quale – al primo comma – prevede espressamente la possibilità per il venditore, concedente nel contratto di *leasing*, di ottenere la risoluzione del contratto a patto di restituire le rate riscosse, salvo il diritto ad un equo compenso per l'uso della cosa.

In ultimo, ha rilevato come la suddetta disposizione, dato il suo carattere inderogabile, prevale e, di conseguenza, esclude l'applicazione dell'art. 21 delle condizioni generali di contratto che, contrariamente a quanto statuito dall'art. 1526 c.c., garantiva alla concedente l'integrale soddisfacimento delle pretese creditorie anche in caso di risoluzione del contratto.

Avverso tale provvedimento la società concedente ha proposto ricorso in cassazione articolando doglianze di natura processuale e sostanziale.

Tra queste merita di essere analizzato il quinto motivo, con il quale, la ricorrente, ha lamentato la violazione o falsa applicazione degli artt. 1526 c.c. e 1382 c.c. per non avere il tribunale considerato la disciplina pattizia, contenuta nelle condizioni generali di contratto. Le parti, infatti, hanno espressamente stabilito le conseguenze della risoluzione contrattuale per inadempimento dell'utilizzatore prevedendo, onde evitare indebiti arricchimenti in favore della concedente, l'obbligo, per la stessa, di dedurre dall'ammontare delle somme dovute quanto ricavato dalla vendita del bene locato.

## 2. La disciplina della locazione finanziaria tra atipicità e tipicità

Prima di esaminare la pronuncia in commento, risulta opportuno soffermarsi sul contratto di *leasing*. Quest'ultimo, trovando applicazione in ambiti sensibilmente diversi tra loro (es. immobili o autoveicoli), ha avuto una diffusione tale da essere considerato dalla dottrina maggioritaria, nonostante l'assenza di una specifica disciplina nel Codice civile, come un «contratto socialmente tipico» (v. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Collegamento negoziale e efficacia della clausola compromissoria: il leasing e altre storie*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2000, 4, 1091).

La possibilità di utilizzare questo contratto, mutuato dagli ordinamenti di *common law*, in diversi settori della società, ha peraltro favorito l'emersione, nella prassi, di diverse forme di *leasing*.

Una prima distinzione, ad esempio, è quella che si è delineata a seconda che il locatore sia il produttore del bene (*leasing* operativo) o un finanziatore che lo acquista per conto dell'utilizzatore (*leasing* finanziario).

Nel primo caso, il contratto di *leasing* si traduce in un'operazione bilaterale, mentre nel secondo dà vita ad un'operazione trilaterale, volta a consentire ad un soggetto il godimento di un bene, a titolo transitorio o finalizzato al definitivo acquisto.

Ponendo particolare attenzione al *leasing* finanziario si può osservare come tale negozio si articoli in un'operazione trilaterale, coinvolgente il fornitore, il concedente e l'utilizzatore, che si snoda attraverso due distinti negozi.

Innanzitutto, viene in rilievo un contratto di compravendita, stipulato tra fornitore

e concedente, attraverso il quale, quest'ultimo, diventa proprietario del bene.

A tale negozio si affianca un ulteriore rapporto, tra concedente ed utilizzatore, in virtù del quale, il primo, divenuto proprietario del bene, consente all'utilizzatore di disporre dell'utilità dello stesso, attraverso il pagamento di un canone che si compone, in parte, del costo del bene e, in parte, degli interessi dovuti al finanziatore per l'anticipazione del capitale.

Il *leasing*, quindi, è un'operazione trilaterale che si articola attraverso due negozi: quello di vendita tra fornitore e concedente e quello di locazione finanziaria tra concedente ed utilizzatore.

I suddetti negozi di vendita e finanziamento, pur essendo avvinti da un nesso funzionale, non danno luogo ad un collegamento negoziale, poiché tra gli stessi si riscontra un nesso oggettivo ma non anche un legame soggettivo (per una diversa lettura si veda MATTACE, *La locazione finanziaria e la tutela delle parti nei confronti del fornitore del contratto di compravendita*, in *giustiziacivile.com*, 28 ottobre 2019).

In altri termini, tali contratti danno luogo ad un «collegamento atecnico», in quanto è presente il requisito oggettivo, dato dalla regolamentazione di interessi reciproci, mentre manca il nesso soggettivo, dato dal perseguimento di uno scopo comune, poiché non si può affermare che il fornitore si determini alla vendita in funzione della circostanza che il bene venga concesso in locazione dal concedente al locatario (v. Cass., sez. un., 5 ottobre 2015, n. 19785, in *Banca borsa tit. cred.*, 2017, II, 1, 20, con nota di MAUGERI).

Il contratto di locazione finanziaria, come in precedenza rilevato, si può articolare, a sua volta, nelle figure del *leasing* di godimento o traslativo.

Il *leasing* di godimento ricorre quando il contratto concerne un bene, soggetto a rapida obsolescenza, rispetto al quale l'interesse dell'utilizzatore verso il bene si esaurisce con il consumarsi del periodo contrattualmente stabilito per il godimento.

Quindi, tale figura contrattuale trova applicazione nella locazione di beni inidonei a mantenere un apprezzabile valore commerciale al termine del contratto, per cui l'utilizzatore non ha interesse ad acquistare il bene alla fine del contratto stesso.

Per questa ragione tale negozio è ritenuto assimilabile ad una locazione e, di conseguenza, soggetto, in caso di risoluzione, alla regola generale condensata nell'art. 1458, comma 1, c.c. Da tale disposizione può evincersi che l'utilizzatore non abbia diritto alla restituzione dei canoni pagati durante la vigenza del contratto, in quanto l'ammontare degli stessi era destinato a compensare il solo utilizzo della cosa (v. LUCCHINI GUASTALLA, *Il contratto di leasing finanziario alla luce della legge n. 124/2017*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, II, 1, 181).

Il *leasing* traslativo, invece, ha ad oggetto beni idonei a conservare, alla scadenza del contratto, un valore residuo apprezzabile, per cui l'ammontare del canone, non comprende solo il corrispettivo per il godimento dello stesso, bensì include anche una quota del prezzo di acquisto, in previsione della successiva acquisizione da parte dell'utilizzatore.

L'ammontare più elevato che caratterizza il canone pagato nel *leasing* traslativo, rispetto a quello di godimento, «invoglia» l'utilizzatore ad esercitare l'opzione e ad acquistare il bene perché il valore residuo è superiore al prezzo di esercizio dell'opzione di acquisto.

La dottrina e la giurisprudenza, preso atto delle peculiarità di tale figura di *leasing* e della forte analogia tra questa figura e la vendita con riserva di proprietà – in cui il compratore intende acquistare il bene a rate – hanno ritenuto applicabile, in caso di risoluzione per inadempimento dell'utilizzatore, l'art. 1526 c.c., che, diversamente dall'art. 1458 c.c., impone al venditore (concedente nel *leasing*) di restituire i canoni percepiti durante l'esecuzione del contratto, pur riconoscendogli il diritto ad un equo compenso per l'uso della cosa (da parte dell'utilizzatore), e il risarcimento del danno (v. CLARIZIA, *Le Sezioni Unite a difesa dell'applicabilità dell'art. 1526 c.c. ai contratti di locazione finanziaria stipulati prima dell'entrata in vigore della L. n. 124/2017*, in *Corr. giur.*, 2021, 4, 465).

Quindi, la differenza tra *leasing* di godimento e traslativo, per l'ipotesi di risoluzione per inadempimento dell'utilizzatore, si giustifica perché, nel secondo, il pagamento

dei canoni non è volto solo a compensare l'utilizzo del bene ma include anche una quota del prezzo, in previsione del futuro ed eventuale acquisto da parte dell'utilizzatore.

Sull'esposta distinzione tra *leasing* di godimento e traslativo ha recentemente inciso la l. n. 124/2017 che, da un lato, ha fornito la definizione di *leasing* finanziario e, dall'altro, ha previsto un'apposita disciplina per la risoluzione del contratto.

Quanto alla definizione, vi si legge che la locazione finanziaria è quel contratto in forza del quale «la banca o l'intermediario, si obbliga ad acquistare o a far costruire un bene su scelta e secondo le indicazioni dell'utilizzatore, che ne assume tutti i rischi, anche di perimento, e lo fa mettere a disposizione per un dato tempo verso un determinato corrispettivo che tiene conto del prezzo di acquisto o di costruzione e della durata del contratto. Alla scadenza del contratto l'utilizzatore ha diritto di acquistare la proprietà del bene ad un prezzo prestabilito, ovvero, in caso di mancato esercizio del diritto, l'obbligo di restituirlo» (art. 1, comma 136).

Tale disposizione se non è di per sé sufficiente a trasformare il *leasing* in un negozio tipico, poiché disciplina solo alcuni aspetti del contratto, è però sicuramente idonea a far venir meno la distinzione, elaborata nella prassi tra *leasing* di godimento e traslativo.

La l. n. 124/2017, oltre al superamento della già menzionata bipartizione, ha inciso sull'applicazione dell'art. 1526 c.c. al *leasing* traslativo, atteso che l'art. 1, comma 138 detta per la risoluzione del contratto una disposizione ad hoc: «il concedente ha diritto alla restituzione del bene ed è tenuto a corrispondere all'utilizzatore quanto ricavato dalla vendita o da altra collocazione del bene, effettuata ai valori di mercato, dedotte la somma pari all'ammontare dei canoni scaduti e non pagati fino alla data della risoluzione, 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 quando il valore realizzato con la vendita o altra collocazione del bene è inferiore all'ammontare dell'importo dovuto dall'utilizzatore a norma del periodo precedente».

Tale normativa, come recentemente sottolineato dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, non ha una portata retroattiva (sul punto v. Cass., sez. un., 28 gennaio 2021, n. 2061 in *Giur. it.*, 2021, 12, 2579, con note di BELLANTE e RUSSO).

Pertanto, può applicarsi solo ai contratti di *leasing* stipulati dopo l'entrata in vigore della novella o, in applicazione della c.d. «teoria del fatto compiuto», ai contratti in cui il fatto costitutivo dell'inadempimento non si era ancora verificato alla data di entrata in vigore della citata disposizione.

Viceversa, per i contratti già risolti al momento dell'entrata in vigore della norma o per quelli il cui fatto costitutivo dell'inadempimento si era già verificato al momento dell'adozione della novella, non potendo trovare applicazione – in ossequio all'art. 11 delle disposizioni sulla legge in generale – la l. n. 124/2017, si dovrà continuare a dare seguito al precedente orientamento che, operando la distinzione tra *leasing* di godimento e traslativo, applicava, in caso di risoluzione del contratto per inadempimento, gli artt. 1458 e 1526 c.c. (cfr. BALBUSSO, *Sui presupposti per la risoluzione per inadempimento dell'utilizzatore nella disciplina della locazione finanziaria di cui alla legge n. 124/2017*, in *Resp. civ. e prev.*, 2021, 4, 1385).

Pertanto, ben ha fatto la Suprema Corte, nel caso di specie, ad applicare l'art. 1526 c.c., perché, essendo il contratto di *leasing* traslativo già risolto nel 2017, non poteva trovare applicazione né la l. n. 124/2017 né l'art. 72-*quater* l. fall., che presuppone la pendenza del contratto al momento del fallimento dell'utilizzatore.

### **3. Leasing traslativo e clausola penale: il giudice può ridurre in via equitativa la penale manifestamente eccessiva**

La Corte di Cassazione, dopo aver ritenuto applicabile al caso sottoposto alla sua attenzione, l'art. 1526 c.c., si è pronunciata sulla compatibilità tra tale disposizione e l'art. 21 delle condizioni generali di contratto che, contrariamente a quanto statuito dall'art. 1526 c.c., garantisce alla società concedente l'integrale soddisfacimento delle pretese,

prevedendo che le rate pagate restino acquisite al venditore (concedente nel *leasing*) a titolo di penale.

Sul punto, la Suprema Corte, partendo dal presupposto che il diritto ad un equo compenso di cui al primo comma dell'art. 1526 c.c. ricomprenda la remunerazione del godimento del bene, il deprezzamento conseguente alla sua incommerciabilità come nuovo e il logoramento per l'uso ma non anche il risarcimento del danno, ammette che le parti possano prevedere che le rate pagate restino acquisite al venditore a titolo di risarcimento.

In altri termini, la Corte di cassazione, facendo leva sul secondo comma dell'art. 1526 c.c., ritiene che l'autonomia contrattuale delle parti si possa spingere sino a prevedere anticipatamente, attraverso una clausola penale, il quantum monetario che il compratore (utilizzatore nel *leasing*) dovrà corrispondere, a titolo di risarcimento, al venditore (concedente nel *leasing*), in caso di inadempimento.

Infatti, la clausola penale, quale pattuizione con cui si conviene che «in caso di inadempimento o di ritardo nell'adempimento uno dei contraenti sia tenuto ad una determinata prestazione», assolve, in base alle tesi più diffuse in dottrina, una funzione risarcitoria, sanzionatoria o mista.

Secondo un primo filone interpretativo la clausola penale ha una funzione risarcitoria, in quanto è volta alla liquidazione preventiva e forfetaria del danno. Essa, infatti, fissa anticipatamente l'ammontare del danno evitando, da un lato, le contestazioni del debitore, che non dovrà provare il pregiudizio subito, e, dall'altro, i tempi della determinazione giudiziale (tra tutti v. C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 5, *La responsabilità*, 3<sup>a</sup> ed., Giuffrè, 2021, 242 e R. SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, in *Trattato di diritto civile* diretto Grosso e Santoro-Passarelli, 3<sup>a</sup> ed., Vallardi, 1972, 150).

A sostegno di tale tesi è stata invocata sia la portata letterale dell'art. 1382 c.c. che fa espresso riferimento al risarcimento del danno, sia l'art. 1383 c.c., il quale esclude il cumulo tra la prestazione principale e la penale, salvo il caso in cui questa non sia prevista per il ritardo.

Tale costruzione è stata tuttavia criticata da coloro i quali ravvisano nella clausola penale una funzione punitiva, in quanto la richiamata tesi risarcitoria si porrebbe in contrasto con alcuni principi inderogabili dell'ordinamento: infatti, essendo dovuta a prescindere dal danno del creditore, verrebbe a reintegrare una diminuzione patrimoniale che potrebbe anche non esservi stata, con ingiustificato arricchimento del primo ed in palese violazione del principio di locupletazione che impedisce al creditore di ottenere una somma maggiore del danno effettivamente subito (così CAMILLETI, *La clausola penale. Profili giuridici*, in *Contr. e impr.*, 2014, 1, 185).

Pertanto, essa configura una «pena privata» caratterizzata dalla duplice finalità, di prevenzione e di punizione: la prima è assicurata dalla «pressione» sul comportamento di una parte per garantire, con maggior forza, l'adempimento dell'obbligazione principale, mentre la seconda si evince dal riconoscimento di una penale, a prescindere dall'infrazione di un danno (tra i fautori della qualificazione della clausola penale come pena privata v. su tutti MOSCATI, *Fonti legali e fonti «private» delle obbligazioni*, Cedam, 1999, 366 e GALLO, *Pene private e responsabilità civile*, Giuffrè, 1996, 33 s.).

Viceversa, altra parte della dottrina ritiene che non si debba per forza individuare un'astratta funzione tipica della clausola penale, dovendosi semmai verificare la peculiare funzione che svolge in concreto. I fautori del presente orientamento, partendo dal presupposto che gli interessi perseguiti dalle parti possano essere diversi, attribuiscono alla clausola penale una funzione camaleontica, compendiabile: a) nella liquidazione convenzionale del danno da risarcire; b) nella creazione di una sanzione risarcitoria o a carattere satisfattivo, accanto ad altra predisposta dall'ordinamento giuridico ma ritenuta insufficiente dallo stipulante; c) nella creazione di una sanzione a carattere non satisfattivo, assimilabile ad una pena privata (così GORLA, *Il contratto. Problemi fondamentali trattati con il metodo comparativo e casistico*, I, *Lineamenti generali*, Giuffrè, 1954, 242 s. e, più di recente, v. SANGERMANO, *Clausola penale e criteri di riduzione tra genesi del contratto e sopravvenienze incidenti sull'interesse creditorio*, in *Contratti*, 2010, 5, 493).

L'indagine appena svolta sulla funzione della clausola penale consente di affrontare con cognizione di causa il fondamento del potere riduttivo del giudice che l'art. 1384 c.c. ricollega alle ipotesi tipiche del parziale adempimento dell'obbligazione principale e della manifesta eccessività della penale.

Infatti, a seconda dell'impostazione accolta, muta il fondamento di tale potere riduttivo: nel caso in cui si aderisca alla tesi risarcitoria, l'art. 1384 c.c. viene considerato concreta applicazione del principio dell'equo temperamento delle posizioni delle parti; ove, invece, si condivida la tesi della pena privata, l'esercizio del suddetto potere viene ritenuto espressione del principio di proporzionalità della sanzione (v. CONFORTI, *Clausola penale, valutazione della manifesta eccessività e modalità del giudizio*, in *Contratti*, 2013, 7, 683).

In entrambe le ipotesi, la deroga operata dall'art. 1384 c.c. al principio *pacta sunt servanda* sarebbe giustificata dal «dovere di solidarietà» di cui all'art. 2 Cost.: la possibilità riconosciuta al giudice di ridurre la penale manifestamente eccessiva sarebbe espressione di un più ampio potere di controllo che è attribuito al primo, non nell'interesse della parte, ma in quello generale dell'ordinamento, per evitare che l'autonomia contrattuale travalichi i limiti entro i quali la tutela delle posizioni soggettive delle parti appare meritevole di protezione (v. BATTELLI, *La riduzione della penale ex officio*, in *Contratti*, 2007, 5, 491).

Le Sezioni Unite della Corte di cassazione (Cass., sez. un., 13 settembre 2005, n. 18128, in *Resp. civ. e prev.*, 2006, 1, 56 con nota di SCHIAVONE e in *Nuova giur. civ. comm.*, 2006, I, 4, 364, con nota di PERFETTI), valorizzando il potere di controllo insito nell'art. 1384 c.c., hanno ritenuto che lo stesso possa essere esercitato d'ufficio, anche in assenza di una richiesta in tal senso da parte del debitore convenuto.

I suddetti principi, in virtù dell'estensione della disciplina della vendita con riserva della proprietà al *leasing* traslativo, possono trovare applicazione, come già in precedenza rilevato, anche rispetto a tale figura contrattuale.

Infatti, l'art. 1526, comma 2, c.c. nel consentire alle parti di derogare alle modalità di risoluzione previste al primo comma – prevedendo la possibilità che le rate pagate restino acquisite al venditore – fa naturalmente salvo il potere del giudice di ridurre l'indennità convenuta.

Tale disposizione, come rilevato da attenta giurisprudenza (v. su tutte Cass., sez. un. 28 gennaio 2021, n. 2061, in *Banca borsa tit. cred.*, 2021, II, 5, 611, con nota di ONORATO) costituisce un portato applicativo specifico dell'art. 1384 c.c., volto a consentire al giudice di controllare se la pattuizione fosse o meno meritevole di tutela alla luce della ratio di evitare indebite locupletazioni in capo al concedente (v. NIVARRA, RICCIUTO e C. SCOGNAMIGLIO, *Diritto privato*, 6<sup>a</sup> ed., Giappichelli, 2019, 414).

La Corte di cassazione, seguendo il predetto insegnamento, ha censurato la decisione del giudice di prime cure, che, ritenendo prevalente l'art. 1526 c.c. sull'art. 21 delle condizioni generali di contratto, non ha considerato valido e produttivo di effetti l'assetto pattizio delineato da quest'ultima disposizione.

Infatti, le parti, in virtù dell'autonomia riconosciutagli dall'art. 1526, comma 2, c.c. ben potevano fissare l'ammontare del risarcimento del danno in via preventiva e forfettaria attraverso la previsione di una clausola penale.

Di conseguenza, il giudice di prime cure non avrebbe dovuto soffermarsi tanto sulla liceità della clausola, riprodotiva di uno schema legale tipico; ma, al contrario, avrebbe dovuto verificare, anche d'ufficio, se tale clausola desse luogo ad un'ingiustificata locupletazione del concedente, risultando manifestamente eccessiva.

In altri termini, il giudice di primo grado, in ossequio al disposto dell'art. 1384 c.c., di cui l'art. 1526, comma 2, c.c. costituisce un portato specifico, avrebbe dovuto accertare se la penale pattuita dalle parti fosse eccessiva e nel qual caso dovesse essere ridotta in via equitativa (v. DI MAJO, *La riduzione della penale ex officio*, in *Corr. Giur.*, 2005, 11, 1540).

## Bibliografia essenziale

Sul contratto di *leasing* si vedano:

BALBUSSO, *Sui presupposti per la risoluzione per inadempimento dell'utilizzatore nella disciplina della locazione finanziaria di cui alla legge n. 124/2017*, in *Resp. civ. e prev.*, 2021, 4, 1382

BELLANTE, *Risoluzione del contratto di leasing anteriormente alla entrata in vigore della l. n. 124/2017*, in *Giur. it.*, 2021, 12 2579

CLARIZIA, *Le Sezioni Unite a difesa dell'applicabilità dell'art. 1526 c.c. ai contratti di locazione finanziaria stipulati prima dell'entrata in vigore della L. n. 124/2017*, in *Corr. Giur.*, 2021, 4, 465

LUCCHINI GUASTALLA, *Il contratto di leasing finanziario alla luce della legge n. 124/2017*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, I, 1, 179

MATTACE, *La locazione finanziaria e la tutela delle parti nei confronti del fornitore del contratto di compravendita*, in *giustiziacivile.com*, nota a Cass. 3 settembre 2019 n. 21993 del 28 ottobre 2019

MAUGERI, *Inadempimento del fornitore e tutela dell'utilizzatore nel leasing finanziario*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2017, II, 1, 35

RUSSO, *Ai contratti di leasing traslativo risolti anteriormente alla l. 124/2017 si applica l'art. 1526 c.c.: la conferma delle Sezioni unite*, in *Giur. it.*, 2021, 12, 2664

ZUCCONI GALLI FONSECA, *Collegamento negoziale e efficacia della clausola compromissoria: il leasing e altre storie*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2000, 4, 1085

Sul dibattito concernente la natura della clausola penale meritano visione:

BATTELLI, *La riduzione della penale ex officio*, in *Contratti*, 2007, 5, 487

BIANCA C.M., *Diritto civile, 5, La responsabilità*, 3<sup>a</sup> ed., Giuffrè, 2021

CAMILLETTI, *La clausola penale. Profili giuridici*, in *Contr. impr.*, 2014, 1, 177

CONFORTI, *Clausola penale, valutazione della manifesta eccessività e modalità del giudizio*, in *Contratti*, 2013, 7, 680

DI MAJO A., *La riduzione della penale ex officio*, in *Corr. Giur.*, 2005, 11, 1534

GALLO, *Pene private e responsabilità civile*, Giuffrè, 1996

GORLA, *Il contratto. Problemi fondamentali trattati con il metodo comparativo e casistico*, I, *Lineamenti generali*, Giuffrè, 1954

MOSCATI, *Fonti legali e fonti «private» delle obbligazioni*, Cedam, 1999

NIVARRA, RICCIUTO e SCOGNAMIGLIO C., *Diritto privato*, 6<sup>a</sup> ed., Giappichelli, 2019

ONORATO, *Tra leasing e teoria generale del diritto. Nota a Cassazione Sezioni Unite*, 28 gennaio 2021 n. 2061, *Banca Borsa tit. cred.*, 2021, II, 5, 628

PERFETTI, *Riducibilità d'ufficio della clausola penale ed interesse oggettivo dell'ordinamento: un rapporto da chiarire*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2006, II, 4, 187

SANGERMANO, *Clausola penale e criteri di riduzione tra genesi del contratto e sopravvenienze incidenti sull'interesse creditorio*, in *Contratti*, 2010, 5, 484

Infine, sul potere del giudice di ridurre la penale manifestamente eccessiva si richiamano:

SCHIAVONE, *Funzione della clausola penale e potere di riduzione da parte del giudice*, in *Resp. civ. e prev.*, 2006, 1, 61

SCOGNAMIGLIO R., *Contratti in generale*, in *Trattato di diritto civile* diretto Grosso e Santoro-Passarelli, 3<sup>a</sup> ed., Vallardi, 1972

# CONTRATTO IN GENERALE

# Emergenza sanitaria e locazioni commerciali: *nihil sub sole novum?* \*

di FRANCESCO MOLINARO

Dottorando di ricerca

Università degli Studi di Roma Tor Vergata

(TRIBUNALE DI ROMA, sezione sesta civile, sent. 5 gennaio 2022, n. 234; dott.ssa Caiffa)

## Abstract

*Il Tribunale di Roma affronta la questione della modifica delle condizioni contrattuali di una locazione commerciale divenute squilibrate, per il conduttore, a causa della crisi economica dipesa dalla pandemia. Il Tribunale capitolino, pur considerando le misure di contenimento per la diffusione del Covid-19 delle sopravvenienze contrattuali, nega, in ossequio al brocardo pacta sunt servanda, l'esistenza di un obbligo di rinegoziazione del contratto divenuto svantaggioso per il conduttore e, parimenti, non attribuisce al giudice, al di fuori dei casi espressamente previsti dalla legge, la possibilità di modificarlo d'ufficio, riducendo temporaneamente i canoni di locazione.*

*The Court of Rome addresses the issue of changing the contractual conditions of a commercial lease that have become unbalanced, for the tenant, due to the economic crisis caused by the pandemic. While considering the measures to contain the spread of Covid-19 as supervening events, the Capitoline Court denies, in compliance with the pacta sunt servanda brocard, the existence of an obligation to renegotiate the contract which has become disadvantageous for the tenant and, likewise, it does not attribute to the judge, apart from the cases expressly provided for by law, the possibility of modifying it ex officio, temporarily reducing the rent.*

**Sommario:** 1. L'emergenza sanitaria e le ricadute sui contratti di locazione ad uso commerciale; 2. La rilevanza delle sopravvenienze atipiche: «*rebus sic stantibus*»; 3. L'irrelevanza delle sopravvenienze atipiche: «*pacta sunt servanda*»; 4. Riflessioni conclusive.

## 1. L'emergenza sanitaria e le ricadute sui contratti di locazione ad uso commerciale

La pandemia da Covid-19 ha avuto un effetto dirompente nel sistema dei contratti, in quanto non si è limitata a sconvolgere l'assetto proprio di alcune figure negoziali ma ha fatto sorgere problemi di grande rilievo pratico, resi ancora più complessi dall'esigenza di riacordare le regole proprie dei singoli contratti con le ricadute che l'emergenza sanitaria ha avuto sulla micro e macroeconomia nazionale.

I negozi maggiormente colpiti sono stati quelli di durata, in quanto le misure di contenimento dell'emergenza Covid-19, avendo sospeso lo svolgimento di alcune attività lavorative (come gli esercizi commerciali al dettaglio, la ristorazione e quelle dedicate all'attività sportiva), hanno reso più difficile per i contraenti far fronte agli impegni contrattuali assunti prima dell'evento pandemico.

Tale difficoltà è stata particolarmente avvertita nel contratto di locazione ad uso abitativo, quale negozio ad esecuzione continuata [sul punto si veda MESSINEO, *Il contratto in generale*, I, Giuffrè, 1968, 785; COCO, voce *Locazione (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*,

\* Il presente contributo è stato sottoposto a valutazione in forma anonima ed è stato pubblicato in anteprima su rivistapactum.it il 24.3.2022.

XXIV, Giuffrè, 1974, 940; INZITARI, voce *Locazione (dir. civ.)*, in *Enc. giur.*, XIX, Trecani, 1990, 5], ed in quello ad uso commerciale che, rispetto alla figura precedente, presenta la peculiarità di avere ad oggetto un immobile adibito allo svolgimento di un'attività professionale [per una panoramica sugli effetti che l'emergenza sanitaria ha provocato sui contratti di locazione si veda C. SCOGNAMIGLIO, *L'emergenza Covid 19: quale ruolo per il civilista?*, in *Giustiziacivile.com*, editoriale 15 aprile 2020].

Infatti, quest'ultima figura, si caratterizza per lo stretto nesso esistente tra la locazione dell'immobile e lo svolgimento della suddetta attività: sebbene non si possa ritenere che la causa del contratto di locazione ad uso commerciale si estenda alla garanzia della produttività dell'attività imprenditoriale – che il conduttore svolge nei locali dati in godimento (il locatore è tenuto a garantire solamente che l'immobile sia strutturalmente idoneo all'uso pattuito, ma non che tale uso sia sempre possibile e proficuo per il conduttore) – è innegabile che i proventi derivanti dall'attività lavorativa siano la fonte principale per far fronte all'obbligo concernente il pagamento del canone di locazione.

Pertanto, le misure di contenimento per la diffusione del Covid 19, avendo impedito al conduttore di svolgere la propria attività lavorativa, hanno reso più «difficoltoso» il pagamento del corrispettivo, alterando l'equilibrio contrattuale originario.

Da qui, la nascita di un rilevante contenzioso, di cui la sentenza in commento è espressione, avente ad oggetto la ben nota questione concernente la rilevanza delle c.d. «sopravvenienze contrattuali atipiche», cioè quegli eventi sopravvenuti alla stipula del contratto, non presi in considerazione né dalla legge né dalle parti, in grado di incidere sul negozio stesso. Queste, a loro volta, sono distinguibili a seconda che alterino la funzione del contratto, frustando il programma negoziale e lo scopo perseguito dalle parti o l'equilibrio originario dello stesso, rendendo sproporzionate le prestazioni reciproche delle stesse [cfr. FRATINI, *Il contratto*, Accademia del diritto, 2022, 828].

In altri termini, si è discusso se, in presenza di sopravvenienze atipiche, quale possono essere le misure di contenimento alla diffusione del coronavirus, i contraenti debbano eseguire il contratto di locazione ad uso commerciale alle condizioni originarie o, invece, possano pretendere la risoluzione (rimedio caducatorio) o la rideterminazione del canone (rimedio manutentivo).

Tali questioni, concernenti la rilevanza o meno delle già menzionate sopravvenienze, sono state esaminate dal Tribunale di Roma nella sentenza in commento.

Infatti, la parte attrice, lamentando il mancato pagamento dei canoni di locazione dovuti da febbraio a dicembre 2020, ha chiesto la convalida di sfratto con il pagamento degli arretrati e la risoluzione di diritto del negozio – invocando, quale clausola risolutiva espressa, l'art. 15 del contratto, in cui le parti convenivano che «*l'inadempienza da parte del conduttore di uno dei patti contenuti nel contratto comporterà la risoluzione dello stesso o, in mancanza, la risoluzione per inadempimento ex art. 1453 c.c.*».

La convenuta ha eccepito, invece, di aver sospeso il pagamento dei canoni a causa del blocco totale delle attività commerciali (resosi necessario per contrastare l'emergenza epidemiologica da Covid-19), deducendo, quindi, la non imputabilità dell'inadempimento e l'impossibilità sopravvenuta della prestazione di cui all'art. 1256 c.c. Ciò posto, la conduttrice, facendo leva sul dovere che incombe in capo alle parti nella fase esecutiva del negozio, ha chiesto la manutenzione del contratto con conseguente rinegoziazione del canone locatizio.

Il Tribunale di Roma – dopo aver escluso, che la clausola contenuta nell'art. 15 possa assurgere, data la sua indeterminatezza, a causa risolutiva espressa e che l'impossibilità di far fronte agli impegni economici assunti con il contratto possa rientrare, alla luce dell'antico brocardo *genus numquam perit*, tra le ipotesi di impossibilità della prestazione rilevanti ex art. 1256 c.c. – esamina la richiesta di rinegoziazione avanzata dalla conduttrice.

## 2. La rilevanza delle sopravvenienze atipiche: «*rebus sic stantibus*»

Prima di analizzare le conclusioni a cui è pervenuto il Tribunale capitolino nel caso di specie, si reputa opportuno ripercorrere l'annoso dibattito concernente la rilevanza o

meno delle sopravvenienze atipiche che, a causa dell'emergenza pandemica, ha ricevuto nuova linfa nel panorama dottrinale e giurisprudenziale, trovando nei contratti di locazione, in specie quelli ad uso commerciale, un osservatorio privilegiato per valutare la tenuta dei rimedi offerti dal Codice civile.

Un indirizzo più recente, preso atto dell'inadeguatezza del sistema a fronteggiare eventi eccezionali non previsti né dalle parti né dalla legge, ritiene che l'antico brocardo del «*pacta sunt servanda*» – attualizzato nella disposizione di cui all'art. 1372, primo comma, c.c. – debba essere letto in combinato disposto con l'opposto brocardo del «*rebus sic stantibus*», in quanto l'esigenza di rispettare il contratto nella sua originaria formulazione vale fin tanto che rimangano inalterati i presupposti e le condizioni che le parti hanno considerato al momento della stipula.

Infatti, qualora sopraggiunga un evento in grado di modificare l'assetto giuridico-economico della pattuizione negoziale, l'originario accordo non risulta più rispondente alla volontà dei contraenti e, di conseguenza, dovrà essere riconosciuto alla parte danneggiata la possibilità di rinegoziare il contratto, al fine di adeguare la pattuizione alla situazione sopravvenuta.

I fautori del presente orientamento, recentemente condiviso anche dall'ufficio del massimario della Corte di cassazione [rel. 8 luglio 2020 n. 56], ritengono necessario distaccarsi da quell'indirizzo volto a risolvere i problemi ingenerati dalle sopravvenienze atipiche che hanno alterato l'equilibrio contrattuale facendo leva sul solo art. 1467 c.c., poiché, questa disposizione, si rivela inidonea a governare ogni tipo di sopravvenienza.

Pertanto, nei contratti di durata, sarebbe opportuno ipotizzare una clausola generale di rinegoziazione, in virtù della quale «*il dato obsoleto o non più funzionale possa essere sostituito dal dato aggiornato o opportuno*» [MACARIO, voce *Revisione del contratto*, in *Enc. dir., Annali*, II, t.2, Giuffrè, 2008, 1054 s.].

La soluzione proposta trova fondamento in alcune disposizioni della Costituzione e del Codice civile, espressive di principi generali, quali l'equità e la buona fede [in tal senso si veda MACARIO, *Rischio contrattuale e rapporti di durata nel nuovo diritto dei contratti: dalla presupposizione all'obbligo di rinegoziare*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, 1, 82].

In ordine al primo, è stato invocato l'art. 1374 c.c. che, ricomprendendo l'equità tra le fonti integrative del contratto, consente ai contraenti, in caso di sopravvenienza atipica idonea a sconvolgere l'originaria pattuizione negoziale, di rinegoziare il contratto, adeguandolo alla situazione provocata dall'evento sopraggiunto alla stipulazione: «*l'equità vuole che i contraenti, se sorpresi dalla sopravvenienza, se appena la cosa è possibile riscrivano il contratto, rinegoziandolo*» [così, SACCO e DE NOVA, *Il contratto*, Giappichelli, 2016, 1710, ripresa anche da PISANI TEDESCO, *Sopraavvenienze, contratti di durata e intervento del giudice*, in *Giustiziacivile.com*, approfondimento del 25 gennaio 2021].

In ordine alla buona fede, invece, sono stati invocati gli artt. 1375 e 1366 c.c. (da leggersi congiuntamente al principio di solidarietà sociale desumibile dall'art. 2 Cost.): il primo, postulando il dovere delle parti di comportarsi secondo buona fede nell'esecuzione del contratto, consente alle stesse di considerare le circostanze successive alla stipula dello stesso e, di conseguenza, rinegoziarlo alla luce di queste [per un approfondito esame della buona fede in senso oggettivo si vedano BRECCIA, *Diligenza e buona fede nell'attuazione del rapporto obbligatorio*, Giuffrè, 1968, 55 s.; U. NATOLI, *La regola della correttezza e l'attuazione del rapporto obbligatorio*, in *Studi sulla buona fede*, Giuffrè, 1975, 119 e DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, in *Commentario del codice civile* a cura di Scialoja e Branca, Zanichelli, 1988; viceversa per un'analisi sulla buona fede in senso soggettivo si legga BUSNELLI, *Buona fede in senso soggettivo e responsabilità del fatto ingiusto*, in *Studi sulla buona fede*, Giuffrè, 1975, 565]; il secondo, includendo la buona fede tra le regole di interpretazione del negozio, permette, in caso di evento in grado di pregiudicare l'assetto regolamentare originario, di interpretare il contratto nel senso di attribuire rilevanza a questo, prevedendo quale sarebbe stata la pattuizione se le parti avessero avuto contezza *ex ante* dell'evento sopraggiunto [per un'analisi dell'art. 1366 si legga NANNI, *La buona fede contrattuale*, Cedam, 1988, 397].

Dalla lettura di tali disposizioni, quindi, si potrebbe desumere un obbligo di rinegoziare, inteso come un serio impegno a «contrattare», che tenga in considerazione, da un lato, gli obiettivi inizialmente prefissati e, dall'altro, gli effetti della sopravvenienza.

Inoltre, tra i fautori del presente orientamento vi è stato chi – osservando l’inadeguatezza degli strumenti che l’ordinamento offre al contraente interessato alla rinegoziazione nel caso in cui l’altra parte tenga un comportamento maliziosamente rivolto a non modificare le pattuizioni originarie – si è spinto oltre interpretando l’obbligo di rinegoziazione come «obbligo a contrarre» più che «obbligo a contrattare» [si veda ROPPO, *Il contratto*, Giuffrè, 2011, 973].

Pertanto, i sostenitori di una simile tesi hanno ritenuto che la tutela del contraente, che vuole ottenere la rinegoziazione, non sia limitata a quella caducatoria, data dalla risoluzione del contratto e dal risarcimento del danno, ma consente anche l’esecuzione in forma specifica di cui all’art. 2932 c.c., con la quale si chiede al giudice una sentenza costitutiva che tenga luogo dell’accordo di rinegoziazione non concluso.

Il giudice, non avendo parametri predefiniti, dovrà determinarne il contenuto del nuovo contratto basandosi sugli elementi contenuti nel regolamento negoziale iniziale, attualizzandoli alla luce dell’evento sopravvenuto [cfr. MANELLI, *Sopravvenienze e Covid-19: prime applicazioni giurisprudenziali della rinegoziazione secondo la relazione tematica della Cassazione n. 56/2020*, in *Contratti*, 2021, 2, 166; F.P. PATTI, *Obbligo di rinegoziare, tutela in forma specifica e penale giudiziale*, *ivi*, 2012, 7, 582 s.].

Infatti, secondo tale «ardito» indirizzo, l’attribuzione al giudice, in caso di mancato accordo tra le parti, del potere di determinare il contenuto della rinegoziazione non contraddice l’autonomia privata, ma, all’opposto, porta a compimento il risultato negoziale prefigurato *ab initio* dalle parti: da un lato, riconosce la centralità del ruolo dei contraenti nel far fronte alla sopravvenienza, lasciando ai medesimi la possibilità di perseguire, almeno in prima battuta, una soluzione sul piano negoziale; dall’altro lato, attribuisce al giudice uno strumento volto a superare lo stallo nelle trattative [cfr. REGAZZONI, *I contratti di durata e la pandemia: dalla correzione (cogente) all’integrazione (dispositiva)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2021, 4, 1224].

Tale orientamento, peraltro, è stato condiviso da alcune pronunce successive all’emergenza sanitaria. Precisamente, in un caso simile a quello oggetto della sentenza annotata, il tribunale di Roma ha affermato che, in caso di mancato accordo delle parti in ordine al contenuto della rinegoziazione del contratto, il giudice possa adeguare l’entità del canone locatizio non solo per i mesi colpiti dalla crisi pandemica ma anche per quelli successivi, stabilendo la presumibile giusta misura [in tal senso v. Trib. Roma 27 agosto 2020, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, 29, con nota di SCALDAFERRI].

### 3. L’irrelevanza delle sopravvenienze atipiche: «*pacta sunt servanda*»

L’orientamento esposto nel precedente paragrafo – nonostante l’emergenza sanitaria e la successiva relazione dall’ufficio del massimario della Corte di cassazione [rel. 8 luglio 2020 n. 56] abbiano spinto per il ripensamento di alcuni principi consolidati nel diritto civile – non ha fatto breccia nella dottrina e nella giurisprudenza prevalente, le quali, facendo leva sull’antico brocardo del «*pacta sunt servanda*» [cfr. R. SCOGNAMILGLIO, *Lezioni sul negozio giuridico*, Cacucci, 1962, 134], hanno continuato ad affermare l’irrelevanza delle sopravvenienze contrattuali atipiche.

Infatti, secondo il presente indirizzo dottrinario, i doveri di correttezza e buona fede nell’esecuzione del contratto, di cui all’art. 1375 c.c. ed al dovere di solidarietà sociale previsto dall’art. 2 Cost., non consentono, anche in caso di eventi eccezionali e imprevedibili, di ravvisare un obbligo di rinegoziazione dei contratti divenuti svantaggiosi per taluna delle parti: il principio di buona fede in qualunque modo lo si voglia declinare attiene al passato (l’interpretazione) e al presente (l’esecuzione) – relativamente alle clausole contrattuali ambigue o ai testi lacunosi – ma nulla può avere a che fare con il futuro, avente ad oggetto un nuovo assetto contrattuale [cfr. BRIGUGLIO, *Novità sostanziali del diritto «emergenziale» anti-covid. Contro il paternalismo giudiziario a spese della autonomia privata*, in *www.giustiziacivile.com*, editoriale del 7 ottobre 2020].

Parimenti, l’obbligo di rinegoziazione non si può fondare neanche sull’art. 1374 c.c. in quanto trattasi di equità integrativo-operativa che, potendo operare solo in presenza

di lacune lasciate dalla volontà delle parti o dalla legge, mal si concilia con le sopravvenienze atipiche, le quali incidono su un assetto contrattuale privo di omissioni, travolgendo l'equilibrio originario [così NARDONE, *Intersezione tra aspetti sostanziali e processuali sul tema della riduzione dei canoni di locazione per gli esercizi commerciali durante l'emergenza pandemica*, in *Giustiziacivile.com*, 10 dicembre 2021].

Le critiche avanzate dai fautori del presente indirizzo non si sono attestate solo sull'assenza di una norma che fondi l'obbligo di rinegoziare, ma hanno riguardato, soprattutto, i rimedi che l'orientamento favorevole ad attribuire rilevanza alle suddette sopravvenienze ha ritenuto applicabili nel caso in cui uno dei paciscenti tenga un comportamento maliziosamente rivolto a non rinegoziare.

Infatti, è stato osservato che definire l'obbligo di rinegoziare come «obbligo a contrattare» costituisce una mera retorica terminologica, priva di concreti risultati pratici: il dovere, così inteso, non consente alla parte interessata al mantenimento del negozio, di ottenere risultati significativi, poiché laddove la controparte non voglia rinegoziare, sarà «costretta» a risolvere il contratto, chiedendo il risarcimento del danno per la violazione del dovere di buona fede che avrebbe dovuto animare la fase di rinegoziazione [l'esigenza di riconoscere al giudice il potere di rideterminare il contratto per garantire l'effettività dell'obbligo di rinegoziazione è stata già ravvisata da SICCHIERO, *La rinegoziazione*, in *Contr. e impr.*, 2002, 2, 800].

Parimenti, secondo l'indirizzo in commento – anche laddove si interpreti l'obbligo di rinegoziare in «senso forte», quale obbligo a contrarre – la tutela offerta dall'art. 2932 c.c. non sarebbe convincente per due ordini di ragioni.

In primo luogo, perché la situazione posta alla base della suddetta norma presuppone la predeterminazione del nuovo accordo che, invece, manca nell'obbligo di rinegoziazione [cfr. GENTILI, *La replica della stipula: riproduzione, rinnovazione, rinegoziazione del contratto*, in *Contr. e impr.*, 2003, 2, 715].

Secondariamente, tale disposizione, al fine di evitare che il giudice si sostituisca alle parti nella determinazione dell'oggetto del contratto, considera coercibile l'obbligo di contrarre solo nel caso in cui non residui alcuna incertezza rispetto al contenuto del negozio da concludere, situazione opposta a quella in cui le parti dovrebbero individuare *ex novo* ed in maniera tendenzialmente libera l'assetto negoziale più adatto alle mutate circostanze [in tal senso si veda REGAZZONI, *op. cit.*, 1226].

Pertanto, il presente indirizzo esclude che il giudice, al di fuori dei casi espressamente previsti dalla legge, possa adeguare il contratto alle mutate circostanze, sostituendo la prestazione liberamente concordata dalle parti, nell'esercizio della loro autonomia contrattuale, con un'altra maggiormente rispondente alla buona fede o all'equità [in tal senso si veda Trib. Roma 15 gennaio 2021, in *Giustiziacivile.com*, approfondimento del 17 febbraio 2021, con nota di BRIGUGLIO].

Tale orientamento ha avuto largo seguito nei giudizi in materia di locazione ad uso commerciale – sorti a causa degli sconvolgimenti sociali prodotti dall'emergenza sanitaria – di cui la sentenza in commento costituisce l'ultimo esempio.

Infatti, il tribunale di Roma, nel caso *de quo*, ha affermato che la chiusura obbligatoria durante la pandemia da Covid-19 non configura per il locatore l'obbligo di rinegoziare il contratto divenuto svantaggioso per il conduttore, né dà al giudice la possibilità di modificarlo d'ufficio, riducendo temporaneamente i canoni di locazione, al di fuori dei casi espressamente previsti dalla legge: la rinegoziazione delle condizioni del contratto compete soltanto alla libera volontà delle parti, poiché riconoscere un siffatto potere al giudice conduce al paradosso di correggere l'alterazione contrattuale, data dalla sopravvenienza atipica, con un'altra alterazione [cfr. FRATINI, *op. cit.*, 834].

Pertanto, il Tribunale capitolino, osservando come un siffatto obbligo non sia stato neanche imposto dalla legge – l'art. 3, comma 6 bis, d.l. 23 febbraio 2020 n. 6 consente unicamente di ritenere temporaneamente giustificati i mancati o ritardati pagamenti relativi ai canoni maturati durante la vigenza di dette misure di contenimento, fermo restando l'obbligo di pagamento di detti canoni alla cessazione delle misure restrittive – ha considerato ingiustificato il comportamento della convenuta che ha sospeso arbitrariamente il pagamento dei canoni nei mesi che vanno da febbraio a dicembre 2020.

Di conseguenza, ha accolto la richiesta della parte attrice risolvendo il contratto di locazione per grave inadempimento della convenuta, poiché ha considerato – facendo leva sull'art. 2 del contratto, che onerava il conduttore dell'obbligo di corrispondere anticipatamente l'importo mensile – la mancata corresponsione dei canoni circostanza evento idoneo ad integrare l'importanza dell'inadempimento richiesta dall'art. 1455 c.c.

#### 4. Riflessioni conclusive

L'emergenza sanitaria provocata dalla diffusione del virus Covid-19 e il nutrito numero di pronunce emesse dai tribunali di merito per risolvere le controversie originate da tale evento offrono l'occasione per valutare la tenuta del sistema di fronte ad eventi così catastrofici.

Tuttavia, il giudizio – date le diverse risposte emerse in dottrina ed in giurisprudenza e l'inattesa ribalta di un argomento sopito da tempo (sopravvenienze contrattuali) – è negativo, in quanto è emersa l'inadeguatezza degli strumenti predisposti dal Codice civile a fronteggiare gli squilibri contrattuali provocati da un evento straordinario, qual è quello pandemico, nei contratti di locazione ad uso commerciale [in senso contrario si veda SANTARPIA, *Modelli e tecniche di «amministrazione» del rapporto contrattuale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, Suppl., 3, 100].

L'art. 1467 c.c., invocato dall'orientamento prevalente per riequilibrare l'alterazione negoziale causata dalle suddette misure (ma non nel presente giudizio), attribuisce al solo locatore il potere di chiedere il mantenimento del contratto: il meccanismo delineato da tale norma, infatti, consente al conduttore di agire per la risoluzione, attribuendo al locatore il potere di evitarla, attraverso l'offerta di ricondurre il negozio a condizioni di equità [così NARDONE, op. cit.; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 5, *La responsabilità*, 3<sup>o</sup> ed., Giuffrè, 2021, 410].

Tuttavia, nella realtà, come si è potuto constatare nella sentenza annotata, gli interessi sono capovolti perché è il conduttore a voler ottenere la riduzione del canone proporzionalmente ai periodi di chiusura forzata mentre il locatore ha interesse a domandare la risoluzione per far fronte all'inadempimento altrui.

Ciò posto – pur non potendo riconoscere alle parti un generico obbligo di rinegoziazione e un potere, quasi «sanzionatorio» al giudice di determinare la «misura» della rinegoziazione in caso di mancato accordo delle trattative [così BELLISARIO, *Affitto d'azienda, lockdown e allocazione del rischio: prime risposte dalla giurisprudenza*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, 6, 1324] – si rende necessaria l'introduzione di uno strumento che consenta ad entrambi i contraenti di neutralizzare gli squilibri economici causati da un evento eccezionale e straordinario.

Tale strumento deve essere individuato nel potere «creativo» che l'ordinamento attribuisce al legislatore, in quanto, da un lato, sarebbe arbitrario attribuire al giudice il potere di individuare, per classi di parti contrattuali, i soggetti sui quali debba ricadere il costo della sopravvenienza; dall'altro, la scelta di far gravare in via generale su una determinata classe di soggetti le conseguenze dello sconvolgimento dell'equilibrio contrattuale indebolirebbe quella determinata classe [così, C. SCOGNAMIGLIO, *Il governo delle sopravvenienze contrattuali e la pandemia COVID-19*, in *Corr. giur.*, 2020, 5, 584].

Viceversa, l'intervento legislativo, aumentando il grado di certezza del diritto, avrebbe il vantaggio di consentire ai diversi attori del sistema produttivo di calcolare i costi delle proprie strategie di contenimento del rischio con la conseguenza di deflazionare il contenzioso [in tal senso v. SALANITRO, *La gestione del rischio nella locazione commerciale al tempo del coronavirus*, in *Giustiziacivile.com*, editoriale del 21 aprile 2020; ID, *Una soluzione strutturale nell'emergenza: locazioni commerciali e impossibilità temporanea*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, Suppl., 3, 110].

La scelta di regolare le sopravvenienze attraverso l'intervento legislativo – già avanzata dall'Associazione civilisti italiani attraverso l'introduzione, nel codice civile, dell'art. 1468 bis – ha trovato indiretta conferma nell'art. 6 *nonies* l. 21 maggio 2021 n. 69 la quale ha statuito che: «Le disposizioni del presente articolo sono volte a consentire un percorso regolato di condivisione dell'impatto economico derivante dall'emergenza

*epidemiologica da COVID-19, a tutela delle imprese e delle controparti locatrici, nei casi in cui il locatario abbia subito una significativa diminuzione del volume d'affari, del fatturato o dei corrispettivi, derivante dalle restrizioni sanitarie, nonché dalla crisi economica di taluni comparti e dalla riduzione dei flussi turistici legati alla crisi pandemica in atto. Locatario e locatore sono tenuti a collaborare tra di loro per rideterminare il canone di locazione».* In altri termini, tale norma seppure limitata ai contratti di locazione, dal punto di vista oggettivo, e alla fase emergenziale in atto, sotto l'aspetto temporale, dimostra, per un verso, l'inadeguatezza delle norme generali a fronteggiare le problematiche che la pandemia ha posto nei contratti di locazione e, per l'altro, la negazione di un generale dovere di rinegoziazione desumibile dai principi regolatori dell'ordinamento.

### **Bibliografia essenziale**

Sulla natura del contratto di locazione si richiamano *ex multis*:

COCO, voce *Locazione (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXIV, Giuffrè, 1974, 918

INZITARI, voce *Locazione (dir. civ.)*, in *Enc. giur.*, XIX, Treccani, 1990, 1

MESSINEO, *Il contratto in generale*, I, Giuffrè, 1968

Sul concetto di buona fede meritano visione:

BRECCIA, *Diligenza e buona fede nell'attuazione del rapporto obbligatorio*, Giuffrè, 1968

BUSNELLI, *Buona fede in senso soggettivo e responsabilità del fatto ingiusto*, in *Studi sulla buona fede*, Giuffrè, 1975, 565

DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, in *Commentario del codice civile* a cura di Scialoja e Branca, Zanichelli, 1988

NANNI, *La buona fede contrattuale*, Cedam, 1988

NATOLI U., *La regola della correttezza e l'attuazione del rapporto obbligatorio*, in *Studi sulla buona fede*, Giuffrè, 1975, 119

Per una panoramica generale sul dibattito concernente la rilevanza delle sopravvenienze atipiche si vedano:

BIANCA C.M., *Diritto civile, 5, La responsabilità*, 3° ed., Giuffrè, 2021

FRATINI, *Il contratto*, Accademia del diritto, 2022

GENTILI, *La replica della stipula: riproduzione, rinnovazione, rinegoziazione del contratto*, in *Contr. impr.*, 2003, 2, 667

MACARIO, voce *Revisione del contratto*, in *Enc. dir.*, Annali, II, t.2, Giuffrè, 2008, 1026

MACARIO, *Rischio contrattuale e rapporti di durata nel nuovo diritto dei contratti: dalla presunzione all'obbligo di rinegoziare*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, 1, 63

PATTI F.P., *Obbligo di rinegoziare, tutela in forma specifica e penale giudiziale*, in *Contratti*, 2012, 7, 573

ROPPO, *Il contratto*, Giuffrè, 2011

SACCO e DE NOVA, *Il contratto*, Giappichelli, 2016

SANTARPIA, *Modelli e tecniche di «amministrazione» del rapporto contrattuale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, Suppl., 3, 94

SCOGNAMIGLIO R., *Lezioni sul negozio giuridico*, Cacucci, 1962

SICCHIERO, *La rinegoziazione*, in *Contr. impr.*, 2002, 2, 774

Per un'approfondita analisi degli effetti prodotti dalle misure di contenimento della diffusione del Covid-19 sul negozio giuridico e, in particolare, sul contratto di locazione ad uso commerciale si leggano:

BELLISARIO, *Affitto d'azienda, lockdown e allocazione del rischio: prime risposte dalla giurisprudenza*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, 6, 1318

BRIGUGLIO, *Novità sostanziali del diritto «emergenziale» anti-covid. Contro il paternalismo giudiziario a spese della autonomia privata*, in *Giustiziacivile.com*, editoriale del 7 ottobre 2020

- BRIGUGLIO, *Tre stili di esercizio della giurisdizione civile di fronte alla pandemia (con postilla sulla determinazione «cautelare» del canone di locazione*, in *Giustiziacivile.com*, approfondimento del 17 febbraio 2021
- MANELLI, *Soppravvenienze e Covid-19: prime applicazioni giurisprudenziali della rinegoziazione secondo la relazione tematica della Cassazione n. 56/2020*, in *Contratti*, 2021, 2, 166
- NARDONE, *Intersezione tra aspetti sostanziali e processuali sul tema della riduzione dei canoni di locazione per gli esercizi commerciali durante l'emergenza pandemica*, in *Giustiziacivile.com*, 10 dicembre 2021
- PISANI TEDESCO, *Sopravvenienze, contratti di durata e intervento del giudice*, in *Giustiziacivile.com*, approfondimento del 25 gennaio 2021
- REGAZZONI, *I contratti di durata e la pandemia: dalla correzione (cogente) all'integrazione (dispositiva)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2021, 4, 1219
- SALANITRO, *La gestione del rischio nella locazione commerciale al tempo del coronavirus*, in *Giustiziacivile.com*, editoriale del 21 aprile 2020
- SALANITRO, *Una soluzione strutturale nell'emergenza: locazioni commerciali e impossibilità temporanea*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, Suppl., 3, 110
- SCALDAFERRI, *La pandemia e la crisi delle locazioni commerciali tra autonomia privata ed intervento del giudice*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, 1, 29
- SCOGNAMIGLIO C., *Il governo delle sopravvenienze contrattuali e la pandemia COVID-19*, in *Corr. Giur.*, 2020, 5, 584
- SCOGNAMIGLIO C., *L'emergenza Covid 19: quale ruolo per il civilista?*, in *Giustiziacivile.com*, editoriale 15 aprile 2020

# I limiti invalicabili all'ingerenza del legislatore nell'esecuzione del contratto \*

di ELISA STRACQUALURSI

Dottore di ricerca

Università di Pisa

(CORTE COSTITUZIONALE, sent. 23 novembre 2021, n. 218; Pres. Coraggio – Est. De Pretis)

## Abstract

*Lo scritto analizza una recente decisione della Corte costituzionale in materia di concessioni di lavori, servizi e forniture pubbliche e riflette sui limiti all'ingerenza del legislatore nei contratti in corso di esecuzione. In particolare, compara la decisione con altre della stessa e di altre giurisdizioni in materie affini, quali i contratti pubblici o le concessioni di demani marittimi, al fine di individuare il nucleo di intangibilità dell'autonomia privata.*

*This article analyses a sentence of the Constitutional Court (n. 218/2021) about concession contracts and considers, in particular, the limits of legislation on current contracts. The article compares the decision with others from both Constitutional and different Courts that have decided on the same topic (such as public works and beach concession contracts). The article tries to identify the core of private autonomy.*

**Sommario:** 1. Introduzione; 2. La vicenda sottesa all'ordinanza di rimessione; 3. La decisione della Corte costituzionale; 4. L'ingerenza sul libero esercizio dell'attività di impresa per perseguire il libero esercizio dell'attività di impresa. Un confronto; 5. Ragionevolezza e proporzionalità: il tema della retroattività impropria; 6. I limiti invalicabili alla ingerenza del legislatore sull'esecuzione contrattuale.

## 1. Introduzione

La Corte costituzionale, con la sentenza n. 218 del 2021, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 177 cod. contratti pubblici, che si rivolge ai soggetti titolari di concessioni di lavori, di servizi pubblici o di forniture già in essere alla data di entrata in vigore del nuovo codice dei contratti pubblici (18 aprile 2016) e non affidate con la formula della finanza di progetto o con procedure di gara ad evidenza pubblica: in base alla norma censurata, questi ultimi sono obbligati ad affidare una quota pari all'ottanta per cento dei contratti mediante procedura ad evidenza pubblica. La restante parte può essere realizzata da società *in house* o da società direttamente o indirettamente controllate o collegate, ovvero tramite operatori individuati mediante procedura ad evidenza pubblica, anche di tipo semplificato.

La *ratio* della norma, adeguatrice e non sanzionatoria [Cons. Stato, parere reso dall'Adunanza della Commissione speciale del 5 giugno 2018, numero affare 547/2018], emerge già dall'ambito applicativo: per quelle concessioni affidate senza il rispetto delle regole di concorrenza, il legislatore del 2016 aveva introdotto un sistema di recupero della concorrenza perduta 'a monte', che obbligava i concessionari ad aggiudicare a soggetti esterni buona parte del valore del contratto, imponendo 'a valle' l'uso dell'evidenza

\* Il presente contributo è stato sottoposto a valutazione in forma anonima ed è stato pubblicato in anteprima su rivistapactum.it il 24.2.2022.

pubblica [COPPOLA, *Novità e conferme in tema di esecuzione del contratto di concessione: l'affidamento dei concessionari a terzi e il ruolo dell'ANAC*, in *www.iusinitiere.it*, 29 novembre 2019; GASPARI, *Affidamenti dei concessionari di cui all'articolo 177 del codice dei contratti pubblici: profili critici*, in *Foro Amm.*, 2018, 11, 2089].

E invero, per quei contratti di cui si occupa l'art. 177 cod. contratti pubblici, il principio della concorrenza aveva subito una lesione grave, poiché era stato impedito ad operatori economici di partecipare ad una gara pubblica per l'assegnazione di concessioni in cui lo strumento di guadagno offerto dalla pubblica amministrazione non era – come non è tuttora – il prezzo di una prestazione, ma il diritto di sfruttare economicamente un servizio avente rilevanza economica [art. 165 cod. contratti pubblici] e nel quale, perciò, le dinamiche concorrenziali erano già particolarmente affievolite a causa della lunga durata dei contratti [art. 168 cod. contratti pubblici; in termini simili a quelli indicati, seppure in materia di concessioni demaniali, Cons. Stato, ad. plen., 9 novembre 2021, n. 17 e 18, in *DeJure*]. L'assenza dell'evidenza pubblica persino nella fase iniziale, di aggiudicazione, rischiava perciò di minare significativamente il mercato e aveva giustificato l'intervento normativo. Tuttavia, secondo la Corte, il legislatore avrebbe trasformato le società concessionarie in vere e proprie stazioni appaltanti, limitandone la libertà di scelta delle attività da svolgere, le modalità di reperimento dei capitali e le forme di organizzazione in modo sproporzionato e, perciò, irragionevole.

## 2. La vicenda sottesa all'ordinanza di rimessione

La società A2A, gestore di impianti d'illuminazione, aveva chiesto al TAR Lazio l'annullamento della delibera dell'ANAC 4 luglio 2018, n. 614 (Linee guida n. 11) che aveva dato attuazione all'art. 177, comma 3, cod. contratti pubblici.

Il TAR Lazio aveva accolto l'eccezione sollevata dalla difesa erariale e dichiarato inammissibile il ricorso e i motivi aggiunti per carenza di immediata e concreta lesività degli atti impugnati: «la lesione della posizione giuridica dei concessionari sarebbe derivata non già dalle prescrizioni in essi contenute, ma dall'eventuale successivo atto applicativo di contestazione dell'esistenza di una “situazione di squilibrio”, all'esito della prima verifica annuale successiva alla scadenza del termine per l'adeguamento alle previsioni dell'art. 177, comma 3, cod. contratti pubblici». Il Consiglio di Stato, invece, ha ritenuto fondato il primo motivo d'appello con il quale la ricorrente contestava la pronuncia di inammissibilità per carenza di lesività delle linee guida impugnate. Infatti, riconosceva che «la distinzione fra la natura interpretativa e non vincolante della parte I e quella prescrittiva e vincolante della parte II reced[e] nell'apprezzamento della portata immediata e direttamente lesiva – e quindi impugnabile in sede giurisdizionale amministrativa – delle Linee Guida nel loro complesso».

Il Consiglio di Stato sollevava, quindi, questioni di legittimità costituzionale dell'art. 177 cod. contratti pubblici, in riferimento agli artt. 3, 41 e 97 Cost., questioni ritenute rilevanti poiché le linee guida sono da un lato diretta applicazione della norma impugnata e, da un altro lato, il presupposto per l'esercizio dei poteri di controllo e sanzionatori dell'ANAC.

## 3. La decisione della Corte costituzionale

La Corte – ricostruita la genesi della normativa censurata, a partire dalla Dir. 1989/440/CEE, fino ad arrivare alla Dir. 2014/23/UE, al censurato criterio direttivo della legge delega n. 11 del 2016 e all'art. 177 cod. contratti pubblici – riconosce che la disciplina europea, seppure «in costante oscillazione», appare comunque piuttosto stabile «nell'escludere un radicale obbligo di affidamento a terzi, finanche per le concessioni già assentite, rinnovate o prorogate». La norma contenuta nell'art. 177 cod. contratti pubblici, distaccandosi dalle indicazioni europee, restituisce invece l'immagine di un obbligo generalizzato, previsto per una quota rilevante del contratto (l'80%), da completare in un termine c.d. di adeguamento che è stato prorogato più volte: il legislatore ha spostato

il termine prima al 31 dicembre 2019, poi al 31 dicembre 2020, quindi al 31 dicembre 2021 e da ultimo al 31 dicembre 2022, evidentemente consapevole delle difficoltà di composizione dei diversi interessi e conscio altresì del fatto che quella individuata dall'art. 177 cod. contratti pubblici non fosse la sintesi più equilibrata.

Sulla scorta di queste premesse, la Corte ritiene che la necessità di recuperare la concorrenza persa nella fase di aggiudicazione, «pur perseguendo l'apprezzabile finalità di assicurare la massima apertura possibile al mercato delle commesse pubbliche – quindi una finalità che attiene [...] al libero esercizio dell'attività di impresa», non sarebbe stata perseguita in termini ragionevoli e proporzionati. A tal fine, considera vari indici: in primo luogo, le dimensioni dell'incidenza normativa, che finisce per trasformare la natura stessa dell'attività di impresa, poiché impedisce la libertà di scegliere le attività da intraprendere e le modalità di svolgimento; incide sul giudizio di illegittimità costituzionale anche la mancata differenziazione o graduazione per dimensione della concessione, per epoca di assegnazione, per durata o per oggetto della stessa. La Corte deduce pertanto che sia stata omessa ogni considerazione dell'interesse dei concessionari e dei loro affidamenti nella stabilità dei rapporti: ciò a causa della scelta di uno strumento irragionevole, perché sproporzionato, rispetto allo scopo perseguito. Il «mezzo più mite» tra quelli a disposizione sarebbe dovuto passare, invece, da una limitazione operata in virtù dell'oggetto e della «particolare meritevolezza di protezione» o da una iniziale modulazione temporale, che non avrebbe reso necessarie le proroghe che a più riprese sono state introdotte.

#### **4. L'ingerenza sul libero esercizio dell'attività di impresa per perseguire il libero esercizio dell'attività di impresa. Un confronto.**

La ricerca di una composizione equilibrata tra interessi e la verifica da parte della Corte se questa sintesi sia o meno proporzionata e ragionevole operano generalmente sul piano di un conflitto tra istanze differenti. La peculiarità del caso in considerazione è che le istanze da comporre sono entrambe riconducibili alla finalità di garantire il libero esercizio dell'attività di impresa e il conflitto sorge allora tra due diverse declinazioni dello stesso principio, l'una maggiormente afferente all'ambito pubblicistico della concorrenza e l'altra correlata con istanze individuali di stabilità e tutela degli affidamenti. Mentre quest'ultima declinazione protegge gli interessi del singolo assegnatario, che aveva confidato sulla stabilità di quelle condizioni contrattuali, cambiate nel corso dell'esecuzione, la prima si pone a tutela della generalità degli operatori e tenta di recuperare il mancato rispetto delle regole di concorrenza per l'assegnazione di alcune concessioni. La concorrenza a cui fa riferimento la Corte costituzionale non può, dunque, non riflettere quella operante in ambito europeo [C. cost., 20 aprile 2018, n. 83, in *DeJure*] che si estrinseca, nel caso di specie, nella concorrenza «per il mercato», la quale si esprime proprio nella definizione di procedure concorsuali volte ad assicurare agli operatori economici la possibilità di partecipare alle gare di evidenza pubblica [C. cost., 27 giugno 2018, n. 137, in *DeJure*].

Il sostrato degli interessi da comporre presenta delle affinità con quello, ben più noto, relativo alla materia delle concessioni di beni demaniali e, in particolare, di beni demaniali marittimi, conflitto giunto più volte di fronte alla Corte costituzionale [più spesso su ricorso del Governo contro interventi regionali: *ex multis*, C. cost. 6 luglio 2021, n. 139, 29 gennaio 2021, n. 10, 23 ottobre 2020, n. 222, 23 luglio 2020, n. 161 in *DeJure*; è all'esame della Corte la questione proposta dal Friuli Venezia Giulia sull'art. 100, d.l. n. 104 del 2020: ricorso n. 100 del 2021], alla Corte di giustizia [C. giust., 14 luglio 2016, cause riunite C-458/14 e C-67/15, *Promoimpresa, Melis e a.*, in *DeJure*] e al Consiglio di Stato [da ultimo, Cons. Stato, ad. plen. n. 17 e 18 del 2021, cit.] e che di recente ha determinato anche l'apertura di una nuova procedura di infrazione da parte della Commissione europea (la lettera di messa in mora è del 3 dicembre 2020).

Ebbene, se i punti di contatto tra le due vicende giudiziali attengono agli interessi da comporre, le forme con cui tale sintesi è avvenuta sono diverse e sottendono, perciò, differenti valutazioni in ordine alla proporzionalità e alla ragionevolezza delle misure.

Mentre le questioni relative al demanio marittimo hanno riguardato le richieste di rinnovo automatico e generalizzato delle concessioni [in particolare, l. 26 febbraio 2010, n. 25 che provocò la prima lettera di messa in mora della Commissione europea, del 5 maggio 2010] e la proroga dei contratti [l. 17 dicembre 2021, n. 221; l. 30 dicembre 2018, n. 145; d.l. 19 maggio 2020, n. 34 e 14 agosto 2020, n. 104], rimandando la procedura di selezione tra i candidati potenziali, l'art. 177 cod. contratti pubblici incide sull'autonomia privata, prima ancora che sulla libertà di iniziativa economica, in modo molto più pervasivo, perché non colpisce solo il piano temporale, ma modifica l'oggetto del contratto.

Nei due casi, tuttavia, il legislatore ha agito in modo analogo, introducendo proroghe successive al cambio di paradigma, senza soluzione di continuità. In tal modo, non solo ha posticipato il momento in cui dare applicazione al principio di concorrenza, ma ha inciso negativamente anche sulla sfera di coloro che fanno valere interessi opposti: la reiterata proroga della durata delle concessioni in un caso e del termine di adattamento nell'altro compromette gravemente la certezza del diritto, anche a danno degli attuali concessionari, che non potendo contare sulla validità delle concessioni, eviteranno di fare investimenti. L'esternalità negativa di queste scelte si riverbera, quindi, su tutto il settore economico coinvolto.

Tuttavia, proprio la differente incidenza a cui si è accennato giustifica i diversi esiti giudiziari per le due situazioni. Nell'una l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato [con le sentenze n. 17 e 18 del 2021, cit.] ha riconosciuto l'incompatibilità comunitaria della legge nazionale che ha disposto la proroga *ex lege* delle concessioni demaniali e, per l'effetto ha ritenuto inefficaci i contratti, in conseguenza della non applicazione della disciplina interna (seppure modulando l'operatività gli effetti della propria decisione, che decorrono solo dal 31 dicembre 2023). Nel caso oggetto della sentenza in commento, la Corte ha invece avallato le perplessità che avevano spinto il legislatore delle proroghe (par. 8, ultimo periodo), dichiarando l'illegittimità costituzionale dell'art. 177, per la sua sproporzionata e irragionevole incidenza sull'interesse dei concessionari.

## 5. Ragionevolezza e proporzionalità: il tema della retroattività impropria.

L'intervento del legislatore del 2016 sulle concessioni ancora in corso ha senz'altro dei tratti di retroattività, seppure impropria: il Consiglio di Stato nell'ordinanza di rimesione e, prima ancora, in sede consultiva aveva colto l'efficacia retroattiva, «connessa direttamente alla previsione» della stessa delega, in ragione della sua esclusiva applicabilità alle sole concessioni già in corso [così Cons. Stato, adunanza della Commissione speciale del 21 marzo 2016, parere 1° aprile 2016, n. 855, sullo «[s]chema di decreto legislativo recante “Codice degli appalti pubblici e dei contratti di concessione”, ai sensi dell'articolo 1, comma 3, della legge 28 gennaio 2016, n. 11», in *DeJure*].

Sul piano rimediabile, allora, il concessionario – sussistendone i requisiti – avrebbe potuto risolvere il contratto per eccessiva onerosità sopravvenuta, trovandosi a dover sostenere un tipo di attività del tutto differente da quella inizialmente pattuita. Secondo la ricostruzione della giurisprudenza amministrativa, infatti, «non vi è ragione, in generale, per escludere l'applicabilità di tale forma legale di risoluzione, ricorrendone i presupposti, anche ai contratti della pubblica amministrazione, ma – ribadisce il Consiglio di Stato – ciò non consegue ad una applicazione delle norme del codice civile, quale automatica conseguenza della riconosciuta natura contrattuale dell'atto», bensì ad una verifica puntuale e in concreto del tipo di contratto considerato [Cons. Stato, 19 agosto 2016, n. 3653, in *Riv. trim. app.*, 2017, 1, 122, con nota di CERUTI, *Concessioni pubbliche e risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta*; più di recente, ID., *Contratti della p.a. - risoluzione del contratto di concessione e giurisdizione del giudice amministrativo*, in *Giur. it.*, 2021, 2, 406; FANTINI, *Le sopravvenienze nelle concessioni e contratti pubblici di durata nel diritto dell'emergenza*, in *Urb. app.*, 2020, 5, 641. In giurisprudenza, anche Cons. Stato, 9 novembre 2020, n. 6894, in *DeJure*].

La Corte costituzionale non guarda, tuttavia, al problema da una prospettiva rimediabile, bensì costituzionale, e sfrutta argomenti convincenti per sostenere sia l'irragionevolezza (considera a tal proposito la portata della norma, la mancata graduazione e

l'omessa valutazione dell'interesse dei concessionari) sia la sproporzione (il legislatore non avrebbe dato preferenza al "mezzo più mite" fra quelli idonei a raggiungere lo scopo).

Con il primo gruppo di ragioni, la Corte ha, dunque, condotto un vaglio sulla ragionevolezza della norma in questione, considerando in modo unitario gli argomenti addotti per sostenere la violazione dell'art. 41 e dell'art. 97 Cost. e quelli elaborati in relazione all'art. 3, dal quale la giurisprudenza costituzionale «ha desunto [...] un canone di "razionalità" della legge svincolato da una normativa di raffronto, rintracciato nell'"esigenza di conformità dell'ordinamento a valori di giustizia e di equità" [...] ed a criteri di coerenza logica, teleologica e storico-cronologica, che costituisce un presidio contro l'eventuale manifesta irrazionalità o iniquità delle conseguenze della stessa» [C. cost., 12 aprile 2012, n. 87, in *DeJure*]. Inoltre, «lo scrutinio di ragionevolezza, [...] impone, [alla] Corte di verificare che il bilanciamento degli interessi costituzionalmente rilevanti non sia stato realizzato con modalità tali da determinare il sacrificio o la compressione di uno di essi in misura eccessiva e pertanto incompatibile con il dettato costituzionale» [C. cost., 30 gennaio 2014, n. 16, in *DeJure*].

Il criterio del "mezzo più mite", richiamato dalla sentenza con il secondo gruppo di ragioni, rinvia, invece, al noto test di proporzionalità, che richiede di valutare se la norma oggetto di scrutinio, con la misura e le modalità di applicazione stabilite, sia non solo necessaria, ma anche idonea al conseguimento degli obiettivi legittimamente perseguiti, «in quanto, tra più misure appropriate, prescriva quella meno restrittiva dei diritti a confronto e stabilisca oneri non sproporzionati rispetto al perseguimento di detti obiettivi» [C. cost., 13 gennaio 2014, n. 1, in *DeJure*].

Ebbene, la dottrina in genere riconosce tre distinti livelli del test [*ex multis*, GALLETTA, *La tutela dell'affidamento nella prospettiva del diritto amministrativo italiano, tedesco e comunitario: un'analisi comparata*, in *Dir. amm.*, 2008, 4, 757]. È necessario, innanzitutto, che la misura sia idonea al raggiungimento dell'obiettivo prefissato: il primo livello del test è debitore della giurisprudenza tedesca che anche di recente ha chiarito che rileva considerare quelle circostanze «*Wenn mit seiner Hilfe der gewünschte Erfolg spürbar gefördert werden kann*» [BGH, 6 giugno 2019, I ZR 206/17, in *www.bundesgerichtshof.de*; BVerwG, 16 dicembre 2016, 8 C 6.15; BVerwG, 28 marzo 2006, *www.bundesverfassungsgericht.de*]. Inoltre, la misura deve essere necessaria al raggiungimento dell'obiettivo, secondo la teoria del minimo mezzo, ovvero non devono essere disponibili misure altrettanto efficaci e meno invasive per gli interessi coinvolti: si tratta di un principio diffuso anche in Italia, dove la dottrina ha notato che all'esercizio dei poteri discrezionali debba sempre «presiedere il criterio generale di equità», riassunto proprio nella formula del «minimo mezzo [per] raggiungere il massimo utile dell'amministrazione col minimo sacrificio dei cittadini» [CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, CEDAM, 1960, p. 164].

Infine, la misura deve superare il vaglio di proporzionalità in senso stretto, dunque, non deve gravare in maniera eccessiva sull'interessato e non deve risultare intollerabile per quest'ultimo. È ancora la giurisprudenza tedesca a fornire indicazioni utili sull'interpretazione di questo strumento. La Corte costituzionale tedesca, nell'utilizzare il canone di proporzionalità, si assicura, infatti, che la misura non risulti *unzumutbar* [tra i tanti esempi, uno recente: BVerfG del 21 marzo 2018, 1 BvF 1/13 ed alcuni più risalenti nel tempo: BVerfG, 18 febbraio 1998, BVerfG, 14 ottobre 1970, in *www.bundesverfassungsgericht.de*], ovvero intollerabile per gli interessi del singolo.

Ebbene, tanto chiarito, il richiamo al minor mezzo da parte della Corte costituzionale può destare qualche perplessità: se l'obiettivo è riportare la concorrenza su *tutto* il settore delle concessioni, a ben poco sarebbe valsa una selezione delle concessioni in base alla meritevolezza di protezione. Non è, allora, tanto un problema di minimo mezzo, ma di sproporzionata incidenza sugli interessi dei singoli concessionari. Risultano perciò più convincenti gli argomenti addotti in punto di irragionevolezza (par. 8.5.1), che dimostrano l'evidente sbilanciamento dell'equilibrio individuato dal legislatore.

Su questo piano, il passaggio logico non espresso, ma che parrebbe implicito nella decisione in commento interessa il giurista (e in particolare il civilista) intento a cercare il limite, superato il quale il legislatore incide sull'impianto contrattuale in corso in modo eccessivo e, perciò, irragionevole.

Il tema investe una riflessione più profonda sul principio di affidamento e sulla lesione agli interessi a questo sottesi. Nel caso di specie, l'affidamento riposa nella possibilità di continuare l'esecuzione del contratto secondo quanto pattuito e perciò anche nella facoltà di esercitare la propria attività di impresa, al fine di trarne profitto. Ebbene, l'intervento normativo non può essere paralizzato da questo affidamento, per quanto nel caso di specie esso sia particolarmente pregnante, poiché trova la propria fonte in un contratto. Vige, invece, nel nostro ordinamento un consolidato principio in base al quale la sopravvenienza normativa può incidere sulle situazioni giuridiche durevoli, per quella parte che ancora deve svolgersi [Cass., sez. un., 25 maggio 1991, n. 5939, in *DeJure*] e pertanto «l'affidamento del cittadino nella sicurezza giuridica, pur aspetto fondamentale e indispensabile dello Stato di diritto, non è tutelato in termini assoluti e inderogabili» [C. cost., 21 novembre 2019, n. 240, 26 aprile 2018, n. 89 e 31 marzo 2015, n. 56, in *DeJure*]. L'affidamento limita semmai l'intervento del legislatore, o meglio impone a quest'ultimo di confrontarsi con tali interessi, interrogandosi sulla proporzionalità del proprio agire.

Il paradigma è quello della retroattività c.d. impropria per cui la legge non è retroattiva, poiché dispone solo per il futuro, ma incide su una fattispecie non conclusa, potendo perciò essere lesiva di un affidamento meritevole di tutela.

Ebbene, al pari della retroattività “in senso proprio”, che è caratterizzata dal fatto che la nuova legge riconnette effetti giuridici a fattispecie esauritesi nel passato [PUGIOTTO, *Il principio di irretroattività preso sul serio*, in PADULA (a cura di), *Le leggi retroattive nei diversi rami dell'ordinamento*, Editoriale Scientifica, 2018, 17 ss.] o incide su rapporti ancora in corso, disconoscendo gli effetti già verificatisi del fatto passato o toglie efficacia, in tutto o in parte, alle conseguenze attuali o future di esso [GIULIANI, *Retroattività e diritti quesiti nel diritto civile*, in PADULA (a cura di), op. cit., 101], resta ferma la necessità che l'intervento normativo «trovi adeguata giustificazione sul piano della ragionevolezza e non si ponga in contrasto con altri valori e interessi costituzionalmente protetti [...], si tratta quindi di verificare [...] la ragionevolezza della disposizione censurata sulla base del principio di tutela dell'affidamento, quale parametro alla stregua del quale scrutinare la legittimità della norma medesima, con riguardo all'art. 3 Cost.» [C. cost., 24 luglio 2009, n. 236 che richiama le sentenze C. cost., 20 maggio 2008, n. 162; C. cost., 28 marzo 2008, n. 74; C. cost., 26 gennaio 2007, n. 11; C. cost., 3 novembre 2005, n. 409; C. cost., 3 luglio 2002, n. 374; C. cost., 22 novembre 2000, n. 525, in *DeJure*].

E tuttavia, siccome quando incide sui rapporti di durata, il legislatore dispone generalmente di una discrezionalità più ampia in materia di successione di leggi, perché le posizioni giuridiche soggettive esistenti sono solo in parte consolidate ed il loro definitivo consolidamento è necessariamente proiettato nel futuro, la possibilità di emanare disposizioni che modifichino in senso sfavorevole per i beneficiari la disciplina dei rapporti di durata è sottoposta dalla giurisprudenza costituzionale alla «unica condizione essenziale [...] che tali disposizioni non trasmodino in un regolamento irrazionale, frustrando, con riguardo a situazioni sostanziali fondate sulle leggi precedenti, l'affidamento del cittadino nella sicurezza giuridica, da intendersi quale elemento fondamentale dello Stato di diritto» [C. cost., 7 luglio 2005, n. 264, in *DeJure*].

Per queste stesse ragioni, occorre prima di tutto verificare se un “operatore prudente e accorto” disponeva di elementi sufficienti per poter ragionevolmente prevedere la possibilità di un mutamento del regime normativo [C. giust., 10 settembre 2009, causa C-201/08, *P.G. & Co. KG*; C. giust., 14 ottobre 2010, causa C-67/09, *Nuova Agricast s.r.l. e a.*, entrambe in [www.eur-lex.europa.eu](http://www.eur-lex.europa.eu), richiamata di recente dal Cons. Stato, ad. plen., n. 17 del 2021, cit.].

Il richiamo alla ragionevolezza, anche se abbinato con il criterio della prevedibilità, presenta comunque un certo grado di vaghezza, che può essere superato solo con un'operazione di bilanciamento che coinvolge senza dubbio il confronto tra i valori; questo non rileva però isolatamente, poiché nel caso di specie, seppure declinati in termini diversi, gli interessi sottesi sono riconducibili a uno stesso valore costituzionale, per espressa ammissione della Corte (par. 8.3).

In disparte, allora, le considerazioni sul progressivo rafforzamento del principio della concorrenza (grazie all'intervento dell'Unione europea fin dal 1971), l'indagine si deve necessariamente allargare a ricomprendere altri fattori, come le modalità con le quali incide la norma, il grado di affidamento e la misura del pregiudizio subito, nota nei paesi di *common law* come *detrimental reliance* [Corte EDU, 8 ottobre 2013, ric. nn. 62235/12 e 57725/12, *António Augusto Da Conceição Mateus e Lino Jesus Santos Januário c. Portogallo*, in *www.echr.coe.int*. Si veda anche Corte EDU, 24 giugno 2014, ric. nn. 48357/07, 52677/07, 52687/07 e 52701/07, *Azienda agricola Silverfunghi s.a.s. e a. c. Italia*, in *www.echr.coe.int*]. Fattori, questi, che illuminano le ragioni della decisione in commento. E invero, nel caso di specie, l'affidamento, di sicura consistenza vista la fonte contrattuale, è leso dal legislatore in modo pervasivo poiché quest'ultimo incide sull'interessa delle prestazioni, in termini perciò non prevedibili, se si considera che il comma 25 dell'art. 253, del precedente codice dei contratti pubblici che definiva un regime transitorio simile per «i titolari di concessioni già assentite alla data del 30 giugno 2002, ivi comprese quelle rinnovate o prorogate ai sensi della legislazione successiva», prevedeva che questi ultimi fossero solo «tenuti ad affidare a terzi una percentuale minima del 60 per cento dei lavori, agendo, esclusivamente per detta quota, a tutti gli effetti come amministrazioni aggiudicatrici».

L'aumento all'ottanta per cento e l'ingerenza sul tipo di esecuzione anche del restante 20 hanno reso la totalità della concessione non più eseguibile secondo gli schemi inizialmente definiti dalle parti, snaturando senza alcuna graduazione la prestazione contrattuale: la norma impone nuovi (e precisi) obblighi al concessionario al quale, a quel punto rimarrà solo la scelta della risoluzione del contratto per eccessiva onerosità sopravvenuta. Ed è proprio questo snaturamento che coglie la Corte per dimostrare la violazione del canone di ragionevolezza insito nell'art. 3 e lumeggiato dagli altri parametri evocati. Come a dire che l'impresa può sempre decidere di partecipare ad una gara impegnandosi ad affidare parte delle attività: così prevedevano l'art. 1-ter, paragrafo 2, della Dir. 71/305/CEE, l'art. 3, paragrafo 2 e l'art. 11, paragrafo 3, della Dir. 84/440/CEE, l'art. 82 della Dir. 2004/18/CE e, infine, l'art. 146 del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163. In questi casi, però, ricade pur sempre nella scelta organizzativa dell'impresa la trasformazione in una sorta di stazione appaltante; diversamente, se questa trasformazione è imposta nel corso dell'esecuzione di un contratto, l'incidenza – al di là del profilo economico – si riflette sul nucleo di protezione costituzionale.

## **6. I limiti invalicabili alla ingerenza del legislatore sull'esecuzione contrattuale.**

Non è la prima volta che la Corte si confronta con i limiti all'incidenza del legislatore sui contratti in corso di esecuzione. Con la sentenza n. 109 del 2021, in tema di appalti pubblici, ha dichiarato non fondata la questione posta dal Tribunale di Lecco sull'art. 240-bis, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163. La norma incideva anche sui contratti in corso di esecuzione, introducendo un limite all'importo complessivo delle riserve pari al venti per cento di quello previsto per il contratto. In quell'occasione, la Corte ha ritenuto che, per un verso, rispetto a quelle istanze «correlate con sopravvenienze di natura oggettiva», la soglia si traducesse «in un ampliamento del rischio contrattuale dell'impresa», in grado di determinare un sacrificio *ragionevole* agli interessi dell'appaltatore, nel bilanciamento con quelli di rango costituzionale tutelati dall'art. 240-bis; per altro verso, rispetto a quelle pretese che scaturivano da inadempimenti della stazione appaltante, la Corte ha riconosciuto un esonero legale della responsabilità: ciò implicava, dal punto di vista ermeneutico ed in aderenza a quanto già aveva statuito in passato la stessa Corte [C. cost., 26 maggio 2005, n. 199 e 22 novembre 1991, n. 420, in *DeJure*], la necessità di limitarlo a quegli inadempimenti non dolosi o gravemente colposi, al fine di mantenere un equo temperamento tra gli interessi in gioco. Per il tramite di una sentenza interpretativa di rigetto, la Corte aveva, dunque, riconosciuto nell'intervento del legislatore un equilibrio sostenibile tra i diversi interessi in gioco nell'esecuzione contrattuale, seppure non il migliore possibile (par. 5.1 e 5.2, nei quali riconosce che la riforma del

2016 ha introdotto una soluzione maggiormente equilibrata). La sussistenza di una soluzione migliore non è, infatti, «di per sé sintomo di una illegittimità costituzionale della scelta legislativa meno appropriata» [C. cost., 27 maggio 2021, n. 109; in termini simili, C. cost., 8 luglio 2020, n. 122, in *DeJure*].

Dal confronto tra i due precedenti, l'insegnamento della Corte pare piuttosto chiaro nel senso che l'illegittimità costituzionale si manifesta solo in quei casi di irragionevolezza evidente. Questa posizione è, del resto, in linea con quella dottrina [G. BENEDETTI, *Negozio giuridico e iniziativa economica privata*, in ID., *Il diritto comune dei contratti e degli atti unilaterali tra vivi a contenuto patrimoniale*, Jovene, 1997, 97 s.; ID., *Appunti e osservazioni sul seminario*, in VETTORI (a cura di), *Persona e mercato*, Cedam, 1996, 139; MAZZAMUTO, *Note minime in tema di autonomia privata alla luce della Costituzione Europea*, in *Eur. dir. priv.*, 2005, 1, 54 e in VETTORI (a cura di), *Contratto e Costituzione in Europa*, Cedam, 2006, 96; NUZZO, *Utilità sociale e autonomia privata*, rist. ESI, 2011, 31 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *Principi generali, clausole generali e nuove tecniche di controllo dell'autonomia privata*, in *Annuario del contratto 2010* diretto da D'Angelo e Roppo, Giappichelli, 2011, 27; NAVARRETTA, *Diritto civile e diritto costituzionale*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, 5, 666 ss.; EAD., *Il contratto "democratico" e la giustizia contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 5, 1262. *Ex plurimis* anche C. cost., 15 luglio 1983, n. 252, C. cost., 5 aprile 1984, n. 89 e C. cost., 15 maggio 1990, n. 241, in *DeJure*] che mira a salvaguardare l'esercizio della libertà contrattuale (pur in posizione di strumentalità) dalle ingerenze del potere pubblico.

Si ricava così la dimostrazione che l'autonomia privata è un valore che riserva un nucleo di intangibilità, che non può essere annichilito: il rischio di questa inammissibile ingerenza è spesso insito in quegli interventi legislativi che incidono sui contratti in corso ed è in questi casi, allora, che le capacità dell'interprete (e in particolare della Corte costituzionale) devono focalizzarsi sull'individuazione – più che del miglior equilibrio, di spettanza normativa – di quei limiti da considerare invalicabili.

### Bibliografia essenziale

Sull'art. 177 cod. contratti pubblici e, in generale, sulle concessioni:

BALDUCCI, *Art. 177. Affidamenti dei concessionari*, in MARIANI, SPAGNOLETTI e TOMA (a cura di), *La legge "sblocca cantieri"*, Giappichelli, 2019, 201

CAPUZZA, *Novità e conferme in tema di esecuzione del contratto di concessione: l'affidamento dei concessionari a terzi e il ruolo dell'ANAC*, in *www.iusinitinere.it*, 29 novembre 2019

GASPARI, *Affidamenti dei concessionari di cui all'articolo 177 del codice dei contratti pubblici: profili critici*, in *Foro amm.*, 2018, 2089

GROSSI, *Art. 177. Affidamenti dei concessionari*, in GAROFOLI e FERRARI (a cura di), *Codice dei contratti pubblici annotato con la dottrina, giurisprudenza, Linee guida e delibera ANAC e formule*, Nel Diritto Editore, 2017, 2574

URBANO, *L'esecuzione delle concessioni (artt. 174-178)*, in *Commentario al codice dei contratti pubblici* a cura di Clarich, Giappichelli, 2019, 1166

Sull'art. 41 Cost. e, in generale, sulla concorrenza:

BENEDETTI G., *Appunti e osservazioni sul seminario*, in VETTORI (a cura di), *Persona e mercato*, Cedam, 1996, 139

BENEDETTI G., *Negozio giuridico e iniziativa economica privata*, in ID., *Il diritto comune dei contratti e degli atti unilaterali tra vivi a contenuto patrimoniale*, Jovene, 1997, 97

CASSESE, *La nuova costituzione economica*, 5<sup>a</sup> ed., Laterza, 2012

ESPOSITO C., *I tre commi dell'art. 41 della Costituzione*, in *Giur. Cost.*, 1962, 37

GALGANO, *Art. 41*, in *Commentario della Costituzione* a cura di Branca, Zanichelli, 1982, 32

IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Laterza, 2004

LIBERTINI, *Concorrenza tra imprese e concorrenza tra Stati*, in MONTALENTI (a cura di) *Unione europea: concorrenza tra imprese e concorrenza tra stati*, Giuffrè, 2016, 1

- LUCIANI, voce *Economia nel diritto costituzionale*, in *Dig. disc. pubbl.*, V, UTET, 1990, 374
- MARINI, *Rapporto tra tutela costituzionale della proprietà e libertà di impresa*, ESI, 2014, 11
- MAZZAMUTO, *Note minime in tema di autonomia privata alla luce della Costituzione Europea*, in *Eur. dir. priv.*, 2005, 5, 54 e in VETTORI (a cura di) *Contratto e Costituzione in Europa*, CEDAM, 2006, 96
- NAVARRETTA, *Il contratto "democratico" e la giustizia contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 5, 1262
- NAVARRETTA, *Diritto civile e diritto costituzionale*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, 5, 643
- NUZZO, *Utilità sociale e autonomia privata*, rist. ESI, 2011
- SCOGNAMIGLIO C., *Principi generali, clausole generali e nuove tecniche di controllo dell'autonomia privata*, in *Annuario del contratto 2010*, diretto da D'Angelo e Roppo, Giappichelli, 2011, 27
- SILVESTRI, *Relazione di sintesi*, in AINIS e PITRUZZELLA (a cura di), *I fondamenti costituzionali della concorrenza*, Laterza, 2019, 149

# Trattativa commerciale “a muso duro” e *lawful act economic duress* \*

di MATTEO DE PAMPHILIS

Dottore di ricerca e professore a contratto  
Università di Bologna

(UNITED KINGDOM SUPREME COURT, sent. 18 agosto 2021, [2021] UKSC 40, *Pakistan International Airline Corporation (Respondent) v Times Travel (UK) Ltd (Appellant)*, Pres. Lord Reed, Dep. Pres. Lord Hodge, JJ Lord Lloyd-Jones, Lord Kitchin, Lord Burrows)

## Abstract

*Secondo la Corte Suprema del Regno Unito, in mancanza di una dottrina dello squilibrio della forza contrattuale o di un principio generale di buona fede nella contrattazione, solo in rare ipotesi è possibile accordare alla parte del contratto un rimedio contro la coercizione economica derivante dall'esercizio di un diritto ad opera della controparte negoziale. La decisione mantiene un approccio rigido in difesa del principio della certezza del diritto nelle relazioni contrattuali, ribadendo come non spetti ai giudici valutare cosa sia socialmente e moralmente accettabile. In ciò, si rinviene una dissonanza rispetto all'approccio della Cassazione italiana, che – in materia di abuso del diritto – ha anche di recente rivendicato il poterdovere di valutare se l'esercizio delle facoltà riconosciute all'autonomia contrattuale abbia operato in chiave elusiva dei principi espressione dei canoni generali della buona fede, della lealtà e della correttezza.*

*According to the United Kingdom Supreme Court, in the absence of a doctrine of inequality of bargaining power or a general principle of good faith in contracting, it will be rare that a court will find lawful act economic duress in the context of commercial negotiation. The decision maintains a rigid approach in defence of the principle of legal certainty in contractual relations, reiterating that it is not up to the judges to assess what is socially and morally acceptable. In this, the UKSC approach differs from the one of the Italian Court of Cassation, which – regarding the doctrine of abuse of rights – has even recently claimed its power-duty to assess whether contractual prerogatives are exercised in avoidance of the general principles of good faith, loyalty and fairness.*

**Sommario:** 1. Il caso sottoposto all'esame della Corte Suprema del Regno Unito; 2. I limiti della *lawful act economic duress* nelle relazioni commerciali; 3. La Cassazione italiana e l'abuso del diritto: un percorso di allontanamento dei sistemi?

## 1. Il caso sottoposto all'esame della Corte Suprema del Regno Unito

La sentenza in commento presenta notevoli spunti di interesse, anche in virtù della presenza, al suo interno, di due opinioni in parte divergenti: quella di maggioranza, affidata alla penna di Lord Hodge; e quella minoritaria o, meglio, isolata, redatta da Lord Burrows e dalla lettura della quale è possibile cogliere la descrizione della fattispecie esaminata dalla Corte Suprema.

\* Il presente contributo è stato sottoposto a valutazione in forma anonima ed è stato pubblicato in anteprima su rivistapactum.it il 1.4.2022.

Alla base della decisione annotata sta il rapporto negoziale tra un'agenzia di viaggi, Times Travel, e la compagnia aerea Pakistan International Airline Corporation (*inde*, PIAC). Times Travel, in particolare, erogava i propri servizi in favore della comunità pachistana di Birmingham; e PIAC, all'epoca dei fatti di causa, era l'unica compagnia aerea ad assicurare collegamenti diretti tra il Pakistan e il Regno Unito. Conseguentemente, l'agenzia aveva strutturato il proprio modello di *business* sulla base del rapporto negoziale instaurato con PIAC, dipendendo in sostanza dalla possibilità di vendere al pubblico i biglietti relativi ai voli di quest'ultima.

Il contratto sottoscritto tra le parti, tra le varie previsioni, conteneva in particolare due clausole rilevanti ai fini della comprensione della vertenza. In primo luogo, era previsto che PIAC potesse modificare unilateralmente il quantitativo di biglietti messi a disposizione dell'agente, per la vendita tramite i propri canali. In secondo luogo, PIAC si era riservata il diritto di recedere dal contratto, con effetto a partire dalla fine del mese successivo a quello in cui il recesso sarebbe stato comunicato.

Nel corso del rapporto, è insorta una vertenza tra PIAC e numerose sue agenzie nel Regno Unito. Le agenzie, infatti, lamentavano che la compagnia aerea non avesse pagato una serie di corrispettivi preveduti contrattualmente. Molte di queste agenzie avevano perciò avviato delle azioni legali per il recupero del credito. Times Travel, tuttavia, in virtù delle pressioni ricevute da PIAC e stante la propria condizione di dipendenza economica dalla compagnia aerea, non aveva avviato alcuna iniziativa giudiziale.

PIAC, nondimeno, aveva trasmesso a Times Travel la comunicazione di recesso e, parallelamente, aveva ridotto drasticamente il numero di biglietti messi a disposizione dell'agente. Pressoché contemporaneamente, la compagnia aerea aveva sottoposto a Times Travel un nuovo contratto, formulando un'offerta "prendere o lasciare" da accettare entro un termine incompatibile con la possibilità, per i titolari dell'agenzia, di valutare approfonditamente il testo dell'accordo e di sottoporlo all'esame dei propri consulenti legali.

Così, Times Travel – per non perdere la possibilità di continuare a vendere i biglietti della compagnia aerea e, quindi, per preservare la sopravvivenza stessa della propria realtà imprenditoriale – aveva sottoscritto il nuovo accordo. In seno a tale contratto, era inserita una previsione, a tenore della quale Times Travel rinunciava a far valere qualsiasi pretesa derivante dal precedente accordo sottoscritto tra le parti, ivi compresa la richiesta di pagamento dei corrispettivi di cui alla menzionata vertenza.

In seguito, l'agenzia ha convenuto in giudizio PIAC, chiedendo il pagamento di tali corrispettivi. Introducendo il giudizio, Times Travel ha dedotto di non ritenersi vincolata al nuovo accordo stipulato tra le parti, in quanto sottoscritto dall'agente unicamente in virtù della pressione economica esercitata dalla compagnia aerea, che aveva fatto ricorso alle proprie prerogative negoziali per porre la controparte contrattuale in una condizione di soggezione economica e, facendo leva sulla medesima, aveva conseguito la rinuncia di Times Travel a far valere la propria pretesa creditoria. Quest'ultima ha quindi chiesto, tra l'altro, la rescissione del contratto per *lawful act economic duress* (su cui v. *infra*, par. 2).

La pretesa dell'agenzia è stata accolta in primo grado, ma la decisione è stata riformata dalla Corte di appello [(2019) EWCA Civ 828; (2020) Ch 98]. In particolare, secondo la *leading judgment* della Court of Appeal, la domanda avrebbe potuto essere accolta solo ove Times Travel avesse dimostrato la mala fede di PIAC nell'assumere una condotta negoziale comunque legittima (avendo essa fatto ricorso a proprie prerogative contrattuali). A tal fine, in particolare, l'agente avrebbe dovuto provare che la richiesta di rinuncia alla pretesa creditoria fosse stata formulata da PIAC nella consapevolezza di non poter far valere alcuna ragione avverso la detta pretesa. In tale prospettiva, sempre secondo i giudici di appello, non è sufficiente dimostrare il carattere irragionevole delle motivazioni opposte da PIAC alla richiesta di pagamento dei pregressi corrispettivi, essendo invece necessaria la prova della vera e propria mala fede della compagnia aerea, nel senso sopra precisato. Poiché, quindi, la Corte di appello ha ritenuto che Times Travel non avesse assolto a tale onere probatorio, la domanda di rescissione è stata rigettata.

Times Travel ha dunque deciso di ricorrere alla Corte Suprema, la quale è stata

investita della questione relativa ai limiti di applicabilità, in seno alle relazioni commerciali, del rimedio ablativo avverso la *lawful act economic duress*.

Per meglio comprendere la motivazione adottata dalla Suprema Corte, è opportuno compiere alcune ulteriori precisazioni preliminari.

In primo luogo, merita di essere sottolineato come non fosse controverso tra le parti il dato della conformità al regolamento contrattuale del comportamento di PIAC, la quale aveva compiuto tutti gli atti sopra sintetizzati muovendosi nella cornice delle proprie prerogative negoziali. In questo senso, dunque, il rimedio è stato invocato da Times Travel a fronte di un *lawful act*.

In secondo luogo, è bene segnalare come la condizione di dipendenza economica di Times Travel, nel rapporto negoziale con PIAC, dipendesse dalla scelta strategica operata dall'agente nella costruzione del proprio modello di business. Nell'assumere la propria condotta – che a molti osservatori potrebbe sembrare ai limiti della spregiudicatezza – PIAC ha dunque potuto fare leva su di una condizione di dipendenza sostanziale di Times Travel derivante dalle scelte imprenditoriali operate da quest'ultima.

Infine, va dato conto della effettiva portata della questione giuridica sottoposta all'attenzione della Corte Suprema, in quanto ciò consente di cogliere i termini del dissenso manifestato dal giudice Lord Burrows. Quest'ultimo, pur concordando con la maggioranza (la cui opinione è stata stesa, come detto, da Lord Hodge, con l'adesione di tutti gli altri componenti della Corte) circa la necessità di rigettare il ricorso, ha offerto una motivazione che – indagando a fondo l'argomento fatto proprio dalla Court of Appeal – ha inteso lasciare maggiori spazi di applicabilità al rimedio avverso la *lawful act economic duress*, che la maggioranza ha invece voluto circoscrivere a limitate ipotesi, a tutela della certezza delle relazioni commerciali.

## 2. I limiti della *lawful act economic duress* nelle relazioni commerciali

La soluzione sposata dalla maggioranza è nel senso della non configurabilità, rispetto al caso di specie, di un'ipotesi di *lawful act economic duress*, sicché a Times Travel è stato negato ogni rimedio ablativo relativamente al nuovo contratto stipulato da PIAC. Fulcro della decisione è l'insussistenza di una condotta illegittima imputabile a quest'ultima, presupposto per l'accesso al rimedio invocato. La Corte Suprema, dunque, da un lato conferma l'esistenza – nel *common law* inglese – di una dottrina della *lawful economic duress*, ma ne circoscrive rigidamente i confini, a tutela del principio generale della certezza del diritto e delle relazioni commerciali, del quale la dottrina in discorso rappresenta quindi un'eccezione [per un approfondimento della tematica, si v., nella dottrina inglese, ENONCHONG, *Duress, Undue Influence and Unconscionable Dealing*, 3<sup>a</sup> ed., 1st supplement, Sweet & Maxwell, 2021; tra gli autori italiani, GENTILI, *L'abuso del diritto come argomento*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, 3, 297 ss.; e, in chiave comparatistica, ALPA, BONELLI, CORAPI, MOCCIA, ZENO-ZENCOVICH e ZOPPINI, *Diritto privato comparato: istituti e problemi*, 2<sup>a</sup> ed., Laterza, 2012].

La decisione della Suprema Corte, pertanto, pur condividendo l'approdo della sentenza della Corte di appello, ne corregge la motivazione. Secondo Lord Hodge, infatti, i confini della dottrina della *lawful act economic duress* non sono fissi e le corti dovrebbero adottare un approccio cauto con riguardo alla eventuale estensione di tali confini, soprattutto nel contesto della contrattazione tra enti commerciali. In tale prospettiva, l'opinione di maggioranza non solo ribadisce l'inesistenza, nel diritto inglese, di un vincolante e prevalente principio di buona fede negoziale o di un generale rimedio alla disegualianza di forza contrattuale, ma respinge anche il tentativo della Court of Appeal di estendere i contorni applicativi della richiamata dottrina in presenza di *bad faith* in capo al contraente che faccia uso delle proprie prerogative contrattuali per porre la controparte in una condizione di soggezione economica e conseguire un vantaggio nella contrattazione. Da questo angolo visuale, un atteggiamento rigido e intransigente («*hard-nosed*») di una parte contrattuale – fintantoché si mantenga nel perimetro della legalità – non può giustificare, se non in casi del tutto eccezionali, la rimozione per via giudiziale del vincolo negoziale instauratosi.

In termini generali, il termine *duress* (di difficile trasposizione nella terminologia tecnica di diritto italiano) può essere inteso come la pressione esercitata su un soggetto per indurlo a tenere un determinato comportamento. Essa, ove accertata, rende inefficaci gli atti compiuti conseguentemente [J. LAW (a cura di), *Oxford dictionary of law*, 9<sup>a</sup> ed., OUP Oxford, 2018, 231]. I rimedi ablativi in ipotesi di *duress* erano tradizionalmente accordati solo nel caso in cui il contraente avesse subito una coartazione della propria volontà in virtù di una pressione o minaccia indirizzata a una persona o a dei beni [*Skeate v. Beale* (1840) 11 Ad & El 983, 113 ER 688]. Più di recente, l'ambito applicativo è stato esteso – seppur con precisi limiti – anche alla *economic duress*, la quale ricorre allorché (i) la parte subisca una minaccia illegittima, (ii) tale minaccia sia la causa della sua determinazione a contrarre e (iii) alla parte contraente non siano state lasciate alternative percorribili rispetto all'accettazione dei termini contrattuali imposti dalla controparte [J. LAW, op. cit., 234].

Ebbene, nel caso affrontato dalla decisione in commento, nessuna parte ha contestato la ricorrenza degli ultimi due presupposti, incentrandosi la questione sulla possibilità di inscrivere la condotta di PIAC nel novero delle minacce illegittime. In altri termini, la Corte è stata chiamata a valutare se l'esercizio delle proprie prerogative contrattuali in termini tali da porre la controparte in una posizione di svantaggio negoziale, con il fine di conseguire la rinuncia a una pretesa creditoria possa descriversi come minaccia illegittima.

In proposito, secondo l'opinione di maggioranza, nei precedenti giurisprudenziali si rinvencono solo due casistiche nelle quali il rimedio in discorso è stato accordato a fronte dell'esercizio di un diritto (*lawful act*). A tale esito si è in particolare pervenuti nelle ipotesi in cui una parte avesse utilizzato la propria conoscenza di attività criminali nelle quali risultasse coinvolta la controparte negoziale o un membro della sua famiglia per conseguire un vantaggio sotto la minaccia di denunciare tali attività [cfr. *Williams v. Bayley* (1866) LR 1 HL 200; *Kaufman v. Gerson* (1904) 1 KB 591; *Mutual Finance Ltd v. John Wetton and Sons Ltd* (1937) 2 KB 389]. In *Williams*, ad esempio, il figlio aveva falsificato la sottoscrizione del padre su di una cambiale. I rappresentanti della banca, scoperto il fatto, non lo avevano denunciato alle autorità, ma avevano utilizzato tale informazione per fare pressione sul padre il quale, per evitare l'incriminazione del figlio, aveva accettato di farsi garante del debito concedendo un'ipoteca sulla sua proprietà. Secondo la House of Lords, l'accordo raggiunto tra quest'ultimo e la banca doveva ritenersi invalido, in quanto il consenso dell'uomo era stato conseguito «*by undue influence*».

La seconda casistica è invece rappresentata da quelle ipotesi nelle quali una parte, esposta a una pretesa della controparte, sospinga quest'ultima – deliberatamente e con mezzi che la legge considera illegittimi – in una posizione di vulnerabilità per indurla ad accettare un accordo che importi la rinuncia alla pretesa [cfr. *Borrelli v. Ting* [2010] UKPC 21; [2010] Bus LR 1718]. *Borrelli* è il precedente sul quale si è maggiormente appuntato il dissenso di Lord Burrows. In tale caso, i liquidatori di una società divenuta insolvente (*Akai*) stavano negoziando un accordo per ottenere i fondi necessari a completare la liquidazione, per la sottoscrizione del quale necessitavano dell'approvazione degli azionisti. Mr. Ting – ex presidente e CEO della società, che si era reso protagonista di condotte responsabili – deteneva una minoranza decisiva per l'approvazione dell'accordo, al quale si oppose preconfazionando altresì prove fasulle da utilizzare per contrastare la proposta dei liquidatori. Ciò determinò l'insorgere di un contenzioso tra le parti, pendente il quale i liquidatori videro approssimarsi la *deadline* per ottenere il finanziamento necessario per la società. Così, Mr. Ting riuscì a negoziare una transazione, in seno alla quale pretese di inserire una rinuncia a far valere nei suoi confronti ogni censura di responsabilità. In seguito, i liquidatori agirono comunque contro Mr. Ting e il Judicial Committee of the Privy Council ritenne che la transazione fosse invalida in quanto frutto dell'illegittima pressione economica esercitata da Mr. Ting e che il comportamento di quest'ultimo fosse sconsigliato («*unconscionable*», che può rendersi anche come sprejudicato, irragionevole, senza scrupoli, immorale).

Proprio in relazione a tale ultimo elemento – la *unconscionability* del comportamento della parte – la decisione in commento compie una prima importante precisazione, utile a delimitarne la portata nell'economia del rimedio invocato da Times Travel.

Secondo Lord Hodges, infatti, quello dell'*unconscionability* non è un criterio onnicomprensivo, suscettibile di ampia interpretazione a prescindere dal contesto. Altrimenti, precisa la Corte, i giudici diventerebbero arbitri di ciò che deve considerarsi moralmente e socialmente accettabile. Ad esempio, il predetto criterio risulta integrato laddove una parte sfrutti in modo sleale la fiducia acquisita nel rapporto con la controparte, ovvero allorché la parte si approfitti della condizione di povertà, ignoranza o sprovvedutezza della controparte (come avviene quando una delle parti sia particolarmente anziana, disaggiata, illetterata, suscettibile, ecc.), concludendo un accordo a condizioni ingiuste, scorrette e irragionevoli. Dal che si ricava, *a contrario*, che il mero squilibrio di forza contrattuale non è di per sé sufficiente a rimuovere il vincolo negoziale instauratosi, essendo necessario che l'attore dimostri che la controparte abbia tratto un irragionevole vantaggio da tale condizione di minorazione.

Il particolare rigore mantenuto dalla Corte Suprema nell'offrire soluzione alla prospettata questione è motivato anche in ragione dell'inesistenza, nel *common law* inglese, di un generale principio di buona fede nella contrattazione e di un rimedio generalizzato avverso la disequaglianza sostanziale in fase di trattativa. Sebbene la conclusione condivisa dalla Corte Suprema finisca per legittimare condotte moralmente riprovevoli, «spetta al Parlamento e non alla magistratura disciplinare lo squilibrio di forza contrattuale nelle ipotesi in cui una persona stia contrattando in una maniera che non è altrimenti contraria alla legge» (così in motivazione). Conseguentemente – in aperto e consapevole contrasto con molte delle giurisdizioni di *civil law* e con alcune di *common law* – l'ambito di applicazione dei rimedi ablativi a fronte della *lawful act economic duress* deve ritenersi, nel *common law* inglese, «estremamente limitato» [BEATSON, *The Use and Abuse of Unjust Enrichment*, Clarendon Press Oxford, 1991, 129 ss.].

Come si è anticipato, Lord Burrows ha condiviso la conclusione della maggioranza, ma non il percorso argomentativo, esponendo una soluzione idonea a lasciare più ampio spazio di azione ai rimedi avverso la *lawful act economic duress*. Secondo il giudice, è senz'altro vero che molti contratti sono sottoscritti da una delle parti sotto una qualche forma di pressione esercitata dall'altra parte, sicché la prima potrebbe ambire a tornare sui propri passi. Tuttavia, l'ambito di applicazione dei rimedi in discorso va individuato – ad avviso di Lord Burrows – nella distinzione tra i concetti di *unlawfulness* e *illegitimacy*, in quanto anche un comportamento secondo il diritto (cioè tenuto esercitando le proprie prerogative negoziali) può comunque rivelarsi *illegitimate*. In particolare, poiché in casi come quello esaminato dalla Corte Suprema nella decisione in commento la minaccia ha senza dubbio ad oggetto l'esercizio di una prerogativa negoziale, la sua legittimità va valutata non già alla stregua della sua conformità al dettato della previsione contrattuale bensì concentrandosi sulla fondatezza («*justification*») della pretesa. In tale prospettiva, una pretesa (nel nostro caso, la pretesa di PIAC di conseguire la rinuncia di Times Travel a mettere in esecuzione il proprio credito) dettata da mero egoismo commerciale deve ritenersi giustificata, ma non altrettanto può concludersi in relazione a una «*bad faith demand*», ovverosia allorché (i) la parte che formuli la minaccia abbia deliberatamente creato, o incrementato, la vulnerabilità della controparte rispetto alla pretesa e (ii) la pretesa sia avanzata da una parte che non è genuinamente convinta di avere fondate ragioni (e non vi siano fondate ragioni) per contrastare l'avversa pretesa (nel nostro caso, la richiesta di pagamento del credito formulata da Times Travel). Secondo la visione di Lord Burrows, dunque, la formulazione di una pretesa/difesa disonesta accompagnata dalla minaccia di far valere un proprio diritto (ad esempio il rifiuto di sottoscrivere un nuovo contratto) può integrare l'ipotesi di *lawful act economic duress*, quale forma di abuso del diritto.

Conseguentemente, da tale angolo prospettico la pretesa di Times Travel sarebbe stata accolta qualora quest'ultima avesse dimostrato il carattere disonesto della difesa di PIAC a fronte della pretesa creditoria vantata da Times Travel.

Come detto, tale soluzione non è stata condivisa da alcuno degli altri componenti del collegio giudicante. Secondo Lord Hodges, infatti, una simile sistemazione estenderebbe la dottrina della *lawful act duress* ben oltre i limiti desumibili dall'esame dei precedenti, recando con sé tre ordini di problematiche. In primo luogo, risulterebbe troppo

difficile estrinsecare un chiaro principio di diritto utile a circoscrivere la nozione di «*bad faith demand*». In secondo luogo e conseguentemente, tale estensione dei confini della *lawful act economic duress* genererebbe una indesiderabile incertezza del diritto delle relazioni commerciali e contrattuali in genere. Infine, tale dottrina potrebbe risultare di limitata utilità, se non altro poiché – in materia giuridica, ovverosia nel fronteggiarsi di opposte tesi e in considerazione della continua evoluzione del diritto – risulterebbe eccessivamente difficile definire il concetto dimostrando la sussistenza di una «*bad faith demand*».

In conclusione, per la maggioranza non è accettabile un'estensione di tale dottrina a circostanze nelle quali un'organizzazione sfrutti il proprio potere commerciale o la propria posizione di monopolio per conseguire un vantaggio, ancorché formulando una pretesa o una difesa che la controparte ritiene o sa essere infondata. Nel caso di specie, dunque, l'atteggiamento “a muso duro” tenuto da PIAC nello sfruttare la propria posizione di fornitore direzionale di Times Travel non integra gli estremi di una condotta riprovevole.

Anche la dottrina, criticando la sistemazione della Court of Appeal nel caso in esame, si era espressa contro la formulazione di una «*open-ended doctrine*», evidenziando come la penuria di precedenti nei quali la dottrina della *lawful act economic duress* era stata applicata alle relazioni commerciali consentisse di scongiurare il rischio di una lacuna del sistema, derivante dalla stessa abolizione della dottrina medesima; abolizione che, al contrario, avrebbe consentito di edificare il sistema del diritto dei contratti su di un più stabile fondamento, prevenendo lunghe e dispendiose vertenze sull'esistenza e l'ambito di applicazione della *lawful act duress* [DAVIES e DAY, “*Lawful Act*” *Duress (Again)*, in *The Law Quarterly Review*, 2020, 136, 7 ss.].

### 3. La Cassazione italiana e l'abuso del diritto: un differente approccio

La conclusione alla quale è pervenuta la Corte Suprema nella decisione in commento è radicata nel fondamentale assunto per il quale «*all that is not prohibited is permitted and there is no general doctrine of abuse of rights*» [BEATSON, op. cit., 129].

Un assunto che l'oramai costante e stabile orientamento della Corte di cassazione italiana smentisce convintamente. Anche di recente, infatti, la Suprema Corte ha rivendicato il proprio potere-dovere di verificare che l'esercizio di un diritto, anche mediante uno o più atti negoziali tra loro collegati, avvenga in maniera non abusiva. In particolare, la Cassazione ha ribadito che l'abuso del diritto non presuppone una violazione in senso formale, ma si realizza quando, nel collegamento tra il potere di autonomia conferito al soggetto ed il suo esercizio, ne risulti alterata la funzione obiettiva rispetto al potere che lo prevede ovvero lo schema formale del diritto sia finalizzato ad obiettivi ulteriori e diversi rispetto a quelli indicati dal legislatore. Elementi sintomatici ne sono pertanto: 1) la titolarità di un diritto soggettivo in capo ad un soggetto; 2) la possibilità che il concreto esercizio di quel diritto possa essere effettuato secondo una pluralità di modalità non rigidamente predeterminate; 3) la circostanza che tale esercizio concreto, anche se formalmente rispettoso della cornice attributiva di quel diritto, sia svolto secondo modalità censurabili rispetto ad un criterio di valutazione, giuridico o *extragiuridico*; 4) la circostanza che, a causa di una tale modalità di esercizio, si verifichi una sproporzione ingiustificata tra il beneficio del titolare del diritto ed il sacrificio cui è soggetta la controparte. Come conseguenza di tale abuso, l'ordinamento pone una regola generale, nel senso di rifiutare la tutela ai poteri, diritti e interessi esercitati in violazione delle corrette regole di esercizio, posti in essere con comportamenti contrari alla buona fede oggettiva [Cass., 30 settembre 2021, n. 26541, in *Pactum*, 2022, 2, 333, con nota di DE PAMPHILIS].

Si tratta di un orientamento più ampiamente argomentato nella decisione della Cassazione italiana a definizione del noto “Caso Renault” [Cass., 18 settembre 2009, n. 20106, in *Contratti*, 2009, 11, 1009, *ivi*, 2010, 1, 5, con nota di D'AMICO; in *Giust. civ.*, 2009, 1, 2671, *ivi*, 2010, 1, 2547, con nota di NIGRO; in *Vita not.*, 2010, 1, 229; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, 1, 231; in *Riv. dir. civ.*, 2010, 6, 653, con nota di PANETTI; in *Corr. giur.*, 2011, 1, 109, con nota di CENINI; in *Obbl. contr.*, 2010, 3, 172, con nota di ORLANDI

(ID., *Contro l'abuso del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, 2, 147); in *Giur. it.*, 2010, 3, 556, con note di MONTELEONE e SCAGLIONE, *ivi*, 2010, 4, 809, con nota di SALERNO; in *Danno resp.*, 2010, 4, 347, con nota di MASTRORILLI; in *Foro it.*, 2010, I, 85, con nota di PALMIERI e PARDOLESI; in *Rass. dir. civ.*, 2010, 2, 577, con nota di GIORGINI; in *Resp. civ. e prev.*, 2010, 2, 345, con nota di GENTILI; in *Giur. comm.*, 2010, 2, 828, con nota di DELLI PRISCOLI], la cui fattispecie concreta presenta non poche affinità con quella esaminata dalla Corte Suprema del Regno Unito. In quell'ipotesi, infatti, la concedente (Renault), esercitando le proprie prerogative contrattuali, aveva, da un lato, comunicato il recesso alla propria rete di concessionari e, dall'altro, proposto al proprio personale dirigente la trasformazione del rapporto contrattuale da lavoro subordinato in concessione di vendita, di fatto "facendo pagare" il taglio del personale ai concessionari, con un contegno che venne giudicato abusivo dalla Cassazione, in quanto contrario al generale principio di buona fede, da interpretarsi anche alla luce del dovere di solidarietà sociale consacrato nell'art. 2 Cost. [*amplius*, GALGANO, *Qui suo iure abutitur neminem laedit?*, in VISINTINI (a cura di), *L'abuso del diritto*, ESI, 2016, 31 (saggio già edito in *Contr. e impr.*, 2011, 2, 311)].

L'accostamento dei due orientamenti – italiano e inglese – è significativo, in quanto consente di constatare come il giudice della tradizione di *common law* (e attivo in un sistema economico di forte impronta liberista) si mostri più attento alla difesa del valore della certezza del diritto nelle relazioni commerciali e al rispetto delle prerogative del legislatore; mentre il giudice italiano, operante in un sistema di *civil law*, non si ponga particolari remore nel sindacare l'accettabilità morale-sociale della condotta (formalmente legittima) delle parti, per dare risposta a istanze di giustizia sostanziale del caso concreto, con le inevitabili ripercussioni in punto di certezza nell'agire economico. Secondo il precedente di legittimità da ultimo richiamato, «l'irrilevanza, per il diritto, delle ragioni che sono a monte della conclusione ed esecuzione di un determinato rapporto negoziale, non esclude – ma anzi prevede – un controllo da parte del giudice, al fine di valutare se l'esercizio della facoltà riconosciuta all'autonomia contrattuale abbia operato in chiave elusiva dei principii espressione dei canoni generali della buona fede, della lealtà e della correttezza», come detto anche alla luce di criteri di valutazione *extra-giuridici*.

Si tratta dunque di un incrocio di approcci affatto peculiare, che spinge a interrogarsi sulle traiettorie evolutive dei sistemi di *civil law* e di *common law* [per una più ampia riflessione sistematica, cfr. GAMBARO, *Common law e civil law: evoluzione e metodi di confronto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2009, 7].

### Bibliografia essenziale

- ALPA, BONELL, CORAPI, MOCCIA, ZENO-ZENCOVICH e ZOPPINI, *Diritto privato comparato: istituti e problemi*, 2<sup>a</sup> ed., Laterza, 2012
- BEATSON, *The Use and Abuse of Unjust Enrichment*, Clarendon Press Oxford, 1991
- DAVIES e DAY, "Lawful Act" Duress (Again), in *The Law Quarterly Review*, 2020, 136, 7
- ENONCHONG, *Duress, Undue Influence and Unconscionable Dealing*, 3<sup>a</sup> ed., 1st supplement, Sweet & Maxwell, 2021
- GALGANO, *Qui suo iure abutitur neminem laedit?*, in VISINTINI (a cura di), *L'abuso del diritto*, ESI, 2016, 31 (saggio già edito in *Contr. impr.*, 2011, 2, 311)
- GAMBARO, *Common law e civil law: evoluzione e metodi di confronto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2009, 7
- GENTILI, *L'abuso del diritto come argomento*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, 3, 297

# RESPONSABILITÀ E RIMEDI

# L'(in)adempimento del contratto di appalto tra rimedi sostanziali e profili processuali \*

di ILARIA SPEZIALE  
Assegnista di ricerca  
Università di Bologna

(Corte di Cassazione, sezione seconda civile, ord. 25 gennaio 2022, n. 2223; Pres. Di Virgilio – Est. Penta)

## Abstract

*Il caso in esame offre spunti di riflessione sulla corretta esecuzione del contratto di appalto e sui rimedi generali applicabili alla fattispecie negoziale nell'ipotesi dell'adempimento solo parziale dell'obbligazione dell'appaltatore. La Cassazione ha qui anche occasione di esprimersi sulla differenza fra eccezioni e mere difese e sull'operatività del principio di non contestazione nel processo civile.*

*The current case offers food for thought about the correct execution of the procurement contract and about the general contractual legal remedies for the partial performance of the contractor's obligation. The Court of Cassation has also been given the opportunity to express its opinion on the difference between exceptions and mere defenses and on the application of the principle of non-contestation in civil trials.*

**Sommario:** 1. Il caso; 2. La distinzione tra consegna e accettazione dell'opera e le implicazioni sul piano probatorio; 3. I rimedi generali e speciali per l'inadempimento del contratto di appalto; 4. I profili processuali rilevanti: le eccezioni, le mere difese e il principio di non contestazione.

## 1. Il caso

La controversia decisa dalla Suprema Corte trae origine dal ricorso per decreto ingiuntivo, con cui la Tizia S.r.l. (appaltatrice) faceva valere il proprio diritto al pagamento del corrispettivo per l'esecuzione di un contratto di appalto concluso con la Caia S.r.l. (committente). Il decreto ingiuntivo emesso nei confronti della committente veniva da questa opposto e l'opposizione, accolta dal giudice di Pace di Verona, era poi confermata dal Tribunale scaligero. In sede d'appello, peraltro, la Caia S.r.l. chiedeva (in via incidentale) e otteneva la condanna della Tizia S.r.l. al risarcimento del danno in proprio favore nella misura di Euro 1.620,00. Dalla lettura della motivazione della pronuncia di secondo grado risultava altresì la risoluzione del contratto di appalto per l'inadempimento della società appaltatrice. E ciò, benché la risoluzione non fosse stata riportata nel dispositivo della sentenza.

La Tizia S.r.l., originaria opponente, proponeva, dunque, ricorso per cassazione, articolandolo in più censure che meritano un approfondimento.

## 2. La distinzione tra consegna e accettazione dell'opera e le implicazioni sul piano probatorio

\* Il presente contributo è stato sottoposto a valutazione in forma anonima ed è stato pubblicato in anteprima su rivistapactum.it il 13.6.2022

A norma dell'art. 1655 c.c., «l'appalto è il contratto col quale una parte assume, con organizzazione di mezzi necessari e con gestione a proprio rischio, il compimento di un'opera o di un servizio verso un corrispettivo in denaro». La definizione codicistica, nella sua sinteticità, ne delinea chiaramente gli elementi identitari e funzionali: l'appalto configura un'operazione economica che prende avvio dall'incarico, conferito dal committente a un'impresa, dietro la promessa di un corrispettivo preordinato alla realizzazione di un'opera o di un servizio [v. POLIDORI, *Appalto*, in *Trattato di diritto civile del Consiglio Nazionale del Notariato* diretto da Perlingieri, Edizioni Scientifiche Italiane, 2015, 6-7].

La conclusione del contratto di appalto produce effetti obbligatori, importando, per l'appaltatore, la prestazione che ha per oggetto il compimento di un'opera o di un servizio, e per il committente, quella che ha per oggetto il pagamento di un corrispettivo in denaro [cfr. GIANNATTASIO, *L'appalto*, nel *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da Cicu e Messineo, XXIV, Giuffrè, 1977, 12]. A simili obbligazioni, principali, si aggiungono quelle di carattere accessorio, fra cui – per quanto qui più interessa – l'obbligazione dell'appaltatore di consegnare l'opera finita al committente.

La Suprema Corte, nella sentenza in esame, ribadisce un principio ormai pacifico in giurisprudenza, ossia la distinzione tra l'«atto puramente materiale» della consegna e l'atto «negoziale» di accettazione dell'opera. Mentre «la consegna si compie mediante la [mera] messa a disposizione del bene a favore del committente, l'accettazione esige, al contrario, che il committente esprima (anche per *facta concludentia*) il gradimento dell'opera stessa, con conseguente manifestazione negoziale (...)».

Ecco, dunque, che l'accettazione è qualificata come negozio unilaterale recettizio e produce effetti assai rilevanti sul piano del rapporto e, a mo' di conseguenza, sul piano probatorio. Segnatamente, tale atto esonera l'appaltatore da ogni responsabilità per i vizi e le difformità dell'opera stessa; inoltre, a norma dell'art. 1665, comma 4, c.c., egli ha diritto al pagamento del corrispettivo, salvo diversa pattuizione o uso contrario [v. Cass., 31 luglio 2017, n. 19019, in *DeJure*].

In tema di garanzia per difformità e vizi nell'appalto, l'accettazione segna il discrimine, ai fini della distribuzione dell'onere della prova, nel senso che, sino a quando l'opera non sia stata espressamente o tacitamente accettata, al committente è sufficiente la mera allegazione dell'esistenza dei vizi, gravando sull'appaltatore l'onere di provare di aver eseguito l'opera conformemente al contratto e alle regole dell'arte; diversamente, una volta che l'opera sia stata positivamente verificata, spetta al committente, che l'ha accettata e che ne ha la disponibilità fisica e giuridica, dimostrare l'esistenza dei vizi e delle conseguenze dannose lamentate. A norma dell'art. 1667, comma 2, c.c., il committente è la parte gravata dall'onere di dimostrare la tempestiva denuncia dei vizi dell'opera. E, come pure la stessa Corte aveva precedentemente chiarito, siffatto risultato ermeneutico appare in sintonia col principio della vicinanza al fatto oggetto di prova [v. Cass., 9 agosto 2013, n. 19146, in *Mass. Giust. civ.*, 2013, 1].

Nel caso di specie, a fronte della mera consegna dell'opera (solo parzialmente completata) dall'appaltatore al committente, spettava al primo provare l'avvenuto adempimento delle prestazioni a suo carico o l'eventuale causa di oggettiva impossibilità di adempierle. Per contro, la Caia S.r.l. (parte committente) era tenuta solo ad allegare e non certo a dimostrare i difetti lamentati.

Senonché – e tale profilo appare particolarmente interessante per l'interprete –, la Corte di Cassazione non ha rigettato *de plano* il motivo di ricorso della società appaltatrice. Ciò, in ragione del fatto che questa aveva denunciato un *error in procedendo* del giudizio d'appello, poi rivelatosi fondato: il Tribunale di Verona aveva omesso del tutto di pronunciarsi sul motivo di gravame, sollevato in quella sede dalla Tizia S.r.l., e costituito dalla (asserita) mancata prova, ad opera della Caia S.r.l., del vizio lamentato dalla stessa. Purtuttavia, i giudici di legittimità, in applicazione – invero poco frequente nella prassi – dell'art. 384 c.p.c., letto anche alla luce dei principi costituzionali di economia processuale e di ragionevole durata dei processi *ex art 111 Cost.*, hanno omesso la cassazione con rinvio della sentenza impugnata, decidendo la causa nel merito. Un'eventualità, questa, riconosciuta espressamente dalla legge, laddove non siano necessari ulteriori accertamenti di fatto [fra le applicazioni giurisprudenziali dell'art. 384 c.p.c., così come

riformulato dall'art. 66 della l. 26 novembre 1990, n. 353, che lo ha integrato prevedendo la facoltà in esame, si vedano: Cass., 28 giugno 2017, n. 16171, in *Mass. Giust. civ.*, 2017; Cass., 19 aprile 2018, n. 9693 in *DeJure*; Cass., 19 ottobre 2020, n. 22633, in *DeJure*].

Una simile decisione di merito – lo si è visto – è stata fondata sulla distinzione tra consegna e accettazione dell'opera nel contratto di appalto, la quale implicava l'assenza di un onere probatorio di parte committente sui vizi che la stessa lamentava sull'opera. In definitiva, la questione di diritto posta con questo motivo di ricorso per Cassazione è risultata infondata e «la statuizione da rendere v[eniva] a confermare il dispositivo della sentenza di appello (determinando l'inutilità di un ritorno della causa in fase di merito)» [così Cass., 25 gennaio 2022, n. 2223, in commento].

### 3. I rimedi generali e speciali per l'inadempimento del contratto di appalto

La pronuncia in esame offre, quindi, importanti chiarimenti sulla corretta applicazione delle norme generali in tema di adempimento parziale e di risoluzione del contratto nella fattispecie negoziale dell'appalto.

È bene rilevare che il legislatore ha dettato disposizioni specifiche per l'inadempimento del contratto di appalto (artt. 1667, 1668, 1669 c.c.) e ha previsto due fattispecie speciali di risoluzione: l'una segue automaticamente all'esito negativo della diffida effettuata dal committente, nel corso di esecuzione dell'opera, a norma dell'art. 1662, comma 2, c.c.; l'altra riguarda il caso in cui l'opera sia stata completata, ma presenti vizi, difformità o difetti tali da renderla del tutto inadatta alla sua destinazione, ex art. 1668, comma 2, c.c.

A seconda dell'obbligazione violata e della forma dell'inadempimento, l'appaltatore potrà incorrere in una responsabilità ordinaria o in una responsabilità speciale verso il committente [così RUBINO, *L'appalto*, in *Tratato Vassalli*, Utet, 1980, 473]. Come la giurisprudenza ha più volte precisato, infatti, le previsioni specifiche sull'(in)adempimento del contratto di appalto integrano, senza escluderli, i principi generali in tema di inadempimento contrattuale, i quali sono applicabili quando non ricorrano i presupposti della normativa speciale [v., ex multis, Cass., 24 giugno 2011, n. 13983, in *Contratti*, 2012, 3, 139 ss. con nota di A. GENOVESE, *Adempimento inesatto del contratto di appalto: norme generali e speciali*; Cass., 17 maggio 2004, n. 9333, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2005, 1, 856 ss., con nota di LANZI, *In tema di difformità e vizi dell'opera nel contratto di appalto*]. Quest'ultima rimane circoscritta a una sola forma di inesatto adempimento dell'obbligazione gravante sull'appaltatore: cioè al caso in cui l'opera sia stata realizzata (di regola, per intero), ma presenti vizi o difformità. Tutti gli altri inadempimenti danno luogo (anche) alla responsabilità contrattuale ordinaria [v. RUBINO, op. cit., 474].

Nel caso di specie, la Cassazione ha ribadito un principio già espresso dalla medesima Corte: l'accettazione dell'esecuzione parziale dell'opera da parte del committente, a norma dell'art. 1181 c.c., non estingue il debito, ma lo riduce, non precludendo, dunque, al committente stesso di agire per la risoluzione del contratto di appalto, «ove la parte residuale del credito rimasta scoperta sia tale da comportare ugualmente la gravità dell'inadempimento». E ciò, in ragione del fatto che «gli artt. 1181 e 1455 c.c. si riferiscono a due distinte sfere di applicabilità: il primo attiene alla facoltà del creditore di rifiutare la prestazione parziale e di agire per il conseguimento dell'intero, donde la legittimità del rifiuto di un adempimento inesatto; l'art. 1455 riguarda, invece, il potere del contraente di risolvere il contratto a prestazioni corrispettive nel caso di inadempimento di non lieve entità dell'altra parte» [così Cass., 25 gennaio 2022, n. 2223, in commento].

Simili principi generali, se applicati al contratto di appalto, attribuiscono diverse facoltà al committente: questi è libero di rifiutare l'adempimento parziale o di accettarlo; e, quand'anche la parziale o inesatta esecuzione del contratto sia tale da giustificare la risoluzione, egli potrà trattenere la parte di manufatto realizzata e provvedere direttamente al suo completamento. In aggiunta, il committente può chiedere e ottenere dal giudice la riduzione proporzionale del prezzo pattuito e il risarcimento degli (ulteriori) danni [v. Cass., 17 febbraio 2010, n. 3786, in *Riv. giur. edilizia*, I, 2010, 849 (s.m.) e

Cass., 12 aprile 1983, n. 2573, in *DeJure*]. Infine, tale parte contraente potrà decidere di dare comunque esecuzione al contratto, nonostante l'inadempienza dell'appaltatore. Un simile comportamento attribuisce, però, scarsa importanza, nell'economia del negozio, all'inadempimento della controparte, facendo venire meno il presupposto richiesto dall'art. 1455 c.c. per la risoluzione del contratto [v. Cass., 12 maggio 1994, n. 4630, in *DeJure*].

Ad ogni modo – conclude la Suprema Corte sul punto –, nella fattispecie sottoposta al suo giudizio, «la risoluzione del contratto si pone sullo sfondo, laddove la domanda principale della originaria opponente accolta dalla corte di merito [era] quella di risarcimento dei danni, che può anche essere sganciata dalla prima».

#### **4. I profili processuali rilevanti: le eccezioni, le mere difese e il principio di non contestazione**

In chiusura, appare opportuno analizzare i rilievi di carattere processuale che la Cassazione ha avuto qui occasione di formulare.

La Tizia S.r.l., per la prima volta in appello, si doleva della mancata prova, da parte della Caia S.r.l., di alcuni profili fattuali rilevanti per la decisione di merito. Tale doglianza, rigettata dal Tribunale scaligero perché nuova, ha offerto ai giudici di legittimità lo spunto per chiarire la differenza fra eccezioni e mere difese, oltre che per definire i contorni applicativi del principio di non contestazione.

L'art. 345 c.p.c. prescrive il divieto di *ius novorum* in appello, che include anche le eccezioni sollevate per la prima volta nel secondo grado di giudizio. Purtuttavia, la norma non vieta indistintamente tutte le difese: sono precluse le sole eccezioni in senso proprio, ossia quelle riservate alla mera iniziativa di parte. Come la giurisprudenza ha più volte precisato, sono, invece, consentite le eccezioni rilevabili d'ufficio, sempre che riguardino fatti principali o secondari emergenti dagli atti, dai documenti o dalle altre prove ritualmente acquisite al processo [v. Cass., 6 maggio 2020, n. 8525, in *DeJure*; Cass., 11 giugno 2021, n. 16560, in *DeJure*]. Sono altresì consentite le mere difese. Di qui la necessità di una corretta distinzione fra le fattispecie.

Le eccezioni consistono nella allegazione (se fatta dalla parte) o nella rilevazione (se fatta d'ufficio) di fatti estintivi, modificativi o impeditivi del diritto dedotto in giudizio, ai sensi dell'art. 2697 c.c. [così Cass., 6 maggio 2020, n. 8525, cit.]. In altri termini, la parte o il giudice oppongono nuovi fatti o temi d'indagine che non sono compresi fra quelli indicati dall'attore, né risultano dagli atti di causa. Diversamente, le mere difese sono volte a contrastare genericamente le pretese avversarie, senza tradursi nell'allegazione di un fatto impeditivo, modificativo o estintivo delle stesse. Esse – precisa la Cassazione nella pronuncia in commento – vanno coordinate con il principio di non contestazione.

Tale principio, di origine giurisprudenziale e poi consacrato nel codice di rito dalla riforma del 2009, appare oggi fondante del processo civile, unitamente al sistema di preclusioni progressive sulle quali lo stesso si fonda [cfr. FAROLFI, *Il principio di non contestazione nel processo civile*, Giuffrè, 2015, 111]. A norma dell'art. 115, comma 1, c.p.c., il giudice deve porre a fondamento della decisione anche i fatti non specificamente contestati dalla parte costituita. La formulazione della previsione supera ogni distinzione (di creazione giurisprudenziale) tra fatti principali o secondari: pertanto, il principio è riferibile sia ai fatti principali (costitutivi, modificativi, estintivi, impeditivi), sia a quelli c.d. secondari (vale a dire dedotti con funzione probatoria) [v. Cass., 25 gennaio 2022, n. 2223, in commento].

I giudici di legittimità hanno precisato che «la non contestazione espunge il fatto da quelli bisognosi di essere provati, soggiacendo inevitabilmente ad un termine decadenziale immediatamente precedente a quello in cui maturano le preclusioni istruttorie». È chiaro, infatti, che «la controparte deve essere posta nelle condizioni di valutare se il fatto sia o meno, alla luce del comportamento processuale avverso, necessitante di

essere provato, e quindi, se occorra o meno articolare mezzi istruttori sul punto, nel rispetto delle preclusioni sancite dall'art. 183, comma 6» [così Cass., 25 gennaio 2022, n. 2223, in commento].

Al proposito, la Suprema Corte propone qui una «*summa divisio*» dei fatti, a seconda che essi siano riferibili anche alla controparte e siano stati specificamente allegati o meno. Come pure la dottrina sostiene da tempo, la *relevatio ab onere probandi* non riguarda tutti i fatti che l'attore allega a proprio favore, ma esclusivamente quelli che tale parte processuale ha l'onere specifico di provare e che siano specificamente indicati; al contempo, il convenuto sarà tenuto a contestare i soli eventi (allegati, compiutamente raffigurati e) che possa ragionevolmente conoscere. Il silenzio tenuto rispetto a fatti, su cui la parte non è in grado di prendere una posizione univoca, non può caricarsi di alcun significato [così SASSANI, *L'onere della contestazione*, in *www.judicium.it*, 2010, 10-11; v. anche FAROLFI, op. cit., 272].

Pertanto, la contestazione da parte del convenuto, sotto forma di mera difesa, di un fatto genericamente dedotto dall'attore e/o estraneo alla sua sfera di conoscibilità «può essere formulata per la prima volta in appello, non giustificandosi per questo una riapertura dei termini per articolare i mezzi istruttori (essendo, comunque, onerata la parte che aveva allegato il fatto di provarlo in primo grado)» [così Cass., 25 gennaio 2022, n. 2223, in commento]. Al contrario – conclude la sentenza sul punto –, l'assenza di contestazioni in primo grado di un fatto riferibile anche alla controparte e specificamente allegato impedirà al convenuto di eccepirlo in sede di gravame.

### **Bibliografia essenziale**

- FAROLFI, *Il principio di non contestazione nel processo civile*, Giuffrè, 2015
- GENOVESE A., *Adempimento inesatto del contratto di appalto: norme generali e speciali*, in *Contratti*, 2012, 3, 139
- GIANNATTASIO, *L'appalto*, nel *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da Cicu e Messineo, XXIV, Giuffrè, 1977
- LANZI, *In tema di difformità e vizi dell'opera nel contratto di appalto*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2005, 1, 856 ss.
- POLIDORI, *Appalto*, in *Trattato di diritto civile del Consiglio Nazionale del Notariato* diretto da Perlingieri, Edizioni Scientifiche Italiane, 2015
- RUBINO, *L'appalto*, in *Trattato Vassalli*, Utet, 4° ed. con note di Moscati, 1980
- SASSANI, *L'onere della contestazione*, in *www.judicium.it*, 2010

# SINGOLI CONTRATTI

## FIDEIUSSIONE

# Le fideiussioni bancarie *omnibus* tra invalidità derivata e risarcimento del danno: riflessioni critiche sulla sentenza delle Sezioni Unite \*

di FRANCESCO MOLINARO

Dottorando di ricerca

Università degli Studi di Roma Tor Vergata

(CORTE DI CASSAZIONE, sez. un. civili, sent. 30 dicembre 2021, n. 41994; Pres. Raimondi – Est. Valitutti)

### Abstract

*Il saggio analizza il dibattito concernente la sorte delle fideiussioni bancarie omnibus riprodotte dello schema anticoncorrenziale elaborato dall'ABI. In particolare, nello scritto si riportano le tesi emerse in dottrina e in giurisprudenza per tutelare il soggetto che abbia stipulato un contratto di fideiussione «a valle» – nullità totale del contratto, nullità parziale relativa alle sole clausole anticoncorrenziali e contratto valido con possibilità per il cliente di richiedere il solo risarcimento del danno – al fine di rilevare alcune criticità insite nella pronuncia in commento, favorevole a riconoscere la nullità parziale delle fideiussioni bancarie omnibus.*

*The essay analyzes the debate concerning the fate of the omnibus bank guarantees reproducing the anti-competitive scheme developed by ABI. In particular, the writing reports the theses that emerged in doctrine and in jurisprudence to protect the person who has stipulated a «downstream guarantee contract» – total nullity of the contract, partial nullity relating only to the anti-competitive clauses and valid contract with the possibility for the customer to request only compensation for damage – in order to detect some critical issues inherent in the ruling in question, which was in favor of recognition of the partial nullity of the omnibus bank guarantees.*

**Sommario:** 1. Il caso; 2. La questione giuridica: lo schema antimonopolistico elaborato dall'Associazione Bancaria Italiana e la sorte delle fideiussioni bancarie *omnibus*; 2.1. segue: a) nullità totale; 2.2. Segue b) nullità parziale; 2.3. Segue: c) risarcimento del danno; 3. La pronuncia delle Sezioni Unite: la nullità (parziale) delle fideiussioni bancarie *omnibus*; 4. Riflessioni conclusive: le Sezioni Unite hanno posto fine al dibattito sulle fideiussioni bancarie *omnibus*?

### 1. Il caso

\* Il presente contributo è stato sottoposto a valutazione in forma anonima ed è stato pubblicato in anteprima su rivistapactum.it il 24.2.2022

Con la sentenza in epigrafe le Sezioni Unite della Corte di cassazione si sono pronunciate sulla sorte delle fideiussioni bancarie omnibus aventi un contenuto negoziale conforme alla modulistica ABI, già ritenuta dalla Banca d'Italia contraria alla disciplina antimonopolistica.

Precisamente, il caso esaminato dal Supremo consesso della giustizia civile ha ad oggetto la stipula tra una società e la banca di due contratti, uno di conto corrente e l'altro di finanziamento, a garanzia dei quali l'istituto bancario, aveva richiesto il rilascio di due distinte fideiussioni.

A seguito del mancato versamento di quanto pattuito, la banca presentava ricorso per decreto ingiuntivo per ottenere il pagamento degli importi garantiti. Tale giudizio, però, veniva sospeso perché, nelle more dell'opposizione, il consumatore presentava alla Corte d'appello in unico grado, un atto di citazione con il quale chiedeva, in via principale, la nullità dei contratti di fideiussione per la violazione della disciplina anticoncorrenziale di cui all'art. 2 l. 10 ottobre 1990 n. 287, il risarcimento dei danni patrimoniali e non patrimoniali e la cancellazione del suo nominativo dalla Centrale dei Rischi della Banca d'Italia.

In via subordinata, domandava la nullità, per la violazione dell'art. 2 l. n. 287/90, delle sole clausole contenute negli artt. 2, 6 e 8 dei predetti contratti di fideiussione e l'intervenuta decadenza delle pretese creditorie stante il decorso del termine di sei mesi previsto dall'art. 1957 c.c.

La Corte d'appello, chiamata a pronunciarsi sulla questione, affermava, innanzi tutto, la nullità parziale dei contratti di fideiussione, espungendo le clausole previste agli artt. 2, 6 e 8 dai predetti contratti; riconosceva il solo danno non patrimoniale e ordinava la cancellazione della segnalazione del nominativo del fideiussore presso la Centrale dei Rischi della Banca d'Italia.

Avverso la predetta sentenza, la banca proponeva ricorso in Cassazione, denunciando la violazione e la falsa applicazione degli artt. 1362, 1418, 1936, 2043 e 2697 c.c., dell'art. 100 c.p.c. e degli artt. 2, 13 e 15 l. n. 287/90, nonché l'omesso esame di un fatto decisivo per la controversia, in relazione all'art. 360, comma 1, nn. 3 e 5 c.p.c.

La prima sezione della Corte di Cassazione, rilevando che sulla questione afferente alla tutela del soggetto che abbia stipulato un contratto di fideiussione «a valle» riproduttivo delle clausole anticoncorrenziali presenti nel contratto «a monte», esiste un acceso dibattito dottrinario e giurisprudenziale, rimetteva la questione alle Sezioni Unite affinché queste si pronunciasse sulla sorte delle fideiussioni bancarie.

## **2. La questione giuridica: lo schema antimonopolistico elaborato dall'Associazione Bancaria Italiana e la sorte delle fideiussioni bancarie omnibus**

La questione afferente alla sorte delle fideiussioni bancarie omnibus trae origine dal recepimento, da parte delle banche, dei modelli di garanzia elaborati dall'Associazione Bancaria Italiana (ABI).

Tale associazione, infatti, da diverso tempo elabora e diffonde presso il sistema bancario modelli di garanzia diretti a rafforzare la posizione della banca creditrice nei rapporti con il fideiussore.

La Banca d'Italia chiamata, nella sua precedente veste di autorità garante della concorrenza tra gli istituti di credito, a pronunciarsi sulla conformità dello schema elaborato dall'ABI con la disciplina dettata in materia di intese restrittive della concorrenza, ha dichiarato, con il provvedimento n. 55 del 2 maggio 2005, la nullità, per la violazione dell'art. 2 l. n. 287/90, di alcune clausole componenti il succitato schema. Pertanto, ha qualificato tali clausole come intese restrittive della concorrenza, in quanto idonee a determinare un aggravio economico indiretto, in termini di minore facilità di accesso al credito e di aumento del costo complessivo del finanziamento, in quanto il debitore, nelle fideiussioni a pagamento, dovrebbe remunerare il maggior rischio assunto dal fideiussore.

Precisamente, le clausole ritenute anticoncorrenziali sono: la cd. «clausola di reviviscenza» di cui all'art. 2, avente ad oggetto la proposizione regolamentare secondo cui

il fideiussore è tenuto «a rimborsare alla banca le somme che dalla stessa siano state incassate in pagamento di obbligazioni garantite e che debbano essere restituite a seguito di annullamento, inefficacia o revoca dei pagamenti stessi, o per qualsiasi altro motivo»; la cd. «clausola di rinuncia ai termini *ex art. 1957 c.c.*» di cui all'art. 6 in forza della quale «i diritti derivanti alla banca dalla fideiussione restano integri fino a totale estinzione di ogni suo credito verso il debitore, senza che essa sia tenuta ad escutere il debitore o il fideiussore medesimo o qualsiasi altro coobbligato o garante entro i tempi previsti dall'art. 1957 c.c.»; la cd. «clausola di sopravvivenza» di cui all'art. 8 in virtù della quale «qualora le obbligazioni garantite siano dichiarate invalide, la fideiussione garantisce comunque l'obbligo del debitore di restituire le somme allo stesso erogate».

Tuttavia, nonostante a seguito del provvedimento della Banca d'Italia, l'ABI abbia prontamente elaborato un nuovo schema privo delle clausole *de quibus*, diverse banche hanno continuato a sottoporre alla clientela la modulistica contenente le clausole incriminate. Di qui, il formarsi di un consistente contenzioso giurisprudenziale sulla validità delle garanzie bancarie riprodotte le medesime clausole di un modello ABI ritenuto parzialmente illecito dalla Banca d'Italia [Cfr. LA SALA, *Aspettando le Sezioni Unite: le osservazioni del Procuratore Generale sulla sorte delle fideiussioni omnibus in contrasto con la disciplina antimonopolistica*, in *Giustiziacivile.com*, editoriale 16 dicembre 2021], che può essere riassunto in tre diverse posizioni: nullità totale, nullità parziale o validità della fideiussione con possibilità per il consumatore, pregiudicato dalle clausole anticoncorrenziali, di demandare solo il risarcimento del danno.

## 2.1. segue: a) nullità totale

Un primo filone interpretativo ha affermato la nullità assoluta della fideiussione bancaria omnibus perché riproduttiva di un'intesa anticoncorrenziale.

Questo filone, invero, si scinde in altri sotto indirizzi a seconda che la nullità della fideiussione bancaria sia giustificata per la nullità dell'intesa a monte (invalidità derivata) o per vizi propri del negozio fideiussorio (invalidità diretta).

I primi giustificano l'estensione della nullità dal contratto «a monte» a quello «a valle» facendo leva sulla portata letterale dell'art. 2, terzo comma, l. n. 287/1990: «le intese vietate sono nulle ad ogni effetto». Tale disposizione, infatti, non avrebbe ad oggetto solo l'intesa ma ogni altro atto, collegato a questa, idoneo a pregiudicare la concorrenza.

Pertanto, muovendo dall'idea che tra l'intesa «a monte» e la fideiussione «a valle» vi sia un «collegamento negoziale», ritengono che la nullità prevista per l'intesa a monte si propaghi anche ai contratti a valle, in ossequio al principio *simul stabunt simul cadent* [v. CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Morano, 1966, 326; C.M. BIANCA, *Diritto civile, 3, Il contratto*, 2° ed., Giuffrè, 2000, 483].

Inoltre, i fautori del presente indirizzo sottolineano che, diversamente ragionando, si eluderebbe la tutela che l'art. 2 l. n. 287/90 appresta al bene della «concorrenza» [Trib. Roma, 26 luglio 2018, in *Banca borsa tit. cred.*, 2020, II, 1, 103, con nota di SCHIAVOTTIELLO], poiché gli effetti distorsivi della stessa sarebbero prodotti dal contratto «a valle» [cfr. BRESOLINI, *La Cassazione ritorna sulla fideiussione conforme al modello ABI*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, 4, 770].

I secondi, partendo dal presupposto che l'intesa a monte e la fideiussione a valle siano contratti diversi, privi sia del requisito oggettivo – nesso funzionale che avvince i negozi – che soggettivo – perseguimento di uno scopo comune ulteriore – richiesto dal collegamento negoziale, ritengono che la nullità della fideiussione bancaria omnibus sia giustificata da vizi propri.

Alcuni Autori l'hanno argomentata in virtù dell'illiceità della causa che caratterizza la fideiussione. Infatti, tale contratto, perseguendo una finalità anticoncorrenziale – in quanto contraria alle norme imperative sulle intese che vietano la fissazione concordata dei prezzi di vendita o perché contraria al principio di ordine pubblico economico che

tutela la concorrenza – sarebbe nullo ai sensi dell'art. 1418, comma 2, c.c. [v. BELLI, *Contratto a «valle» in violazione di intese vietate dalla legge antitrust*, in *Giustiziavile.com*, nota a sentenza del 25 maggio 2018].

Altri Autori, invece, giustificano la nullità della fideiussione bancaria per l'illiceità dell'oggetto: il contratto a valle, nella misura in cui assorbe nella sua interezza, o anche all'interno di singole clausole, le statuizioni della concertazione a monte, sarebbe nullo in quanto l'oggetto si rivelerebbe funzionale al perseguimento del risultato vietato cui l'intesa è finalizzata, con conseguente nullità del negozio fideiussorio, ai sensi degli artt. 1418, secondo comma, c.c. e 1346 c.c. [v. MORESCO, *Fideiussioni omnibus su modelli standard ABI: condizioni generali di contratto anticoncorrenziali e nullità parziale*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2020, II, 1, 90 s.].

Altri autori ancora ritengono che la nullità in questione non sarebbe strutturale, per l'illiceità della causa o dell'oggetto, ma virtuale ex art. 1418, primo comma, c.c., derivando dalla violazione diretta delle norme imperative anticoncorrenziali, quali gli artt. 41 Cost., 101 TFUE e 2 l. n. 287/90 [v. ABF, coll. coord. 19 agosto 2020 n. 14555, in *www.arbitrobancariofinanziario.it*, con nota di A. MONTANARI].

## 2.2. segue: b) nullità parziale

Un altro filone interpretativo, pur condividendo il rimedio della nullità, precisa che la stessa non sia totale ma parziale, in quanto, dalla lettura dell'art. 1419 c.c., emerge che il giudice non deve dichiarare la nullità del contratto qualora le clausole viziate non siano idonee a far venire meno l'interesse che ha mosso le parti alla stipulazione [Cfr. CHessa, *Sulla invalidità delle fideiussioni bancarie omnibus per violazione della disciplina antitrust*, in *Giustiziavile.com*, nota a Trib. Napoli 5 maggio 2021 del 6 dicembre 2021].

L'art. 1419 c.c., che insieme agli artt. 1420 e 1424 c.c. costituisce concreta applicazione del principio di conservazione del contratto, induce a considerare la nullità parziale come la «regola» e ad attribuire alla nullità totale carattere «eccezionale»; in particolare, opera la nullità parziale in tutti i casi in cui – sulla scorta di una valutazione ispirata alla buona fede ed alla causa del contratto – la modifica del contenuto contrattuale è tale da non far venire meno l'interesse delle parti alla stipula [in tal senso, si veda BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Utet, 1955, 486; NIVARRA, RICCIUTO e C. SCOGNAMIGLIO, *Diritto privato*, Giappichelli, 2019, 380].

Pertanto, il giudice, in virtù del principio «*utile per inutile non vitiatur*» dovrà optare per la conservazione del contratto tutte le volte in cui il mancato inserimento di alcune clausole non pregiudichi l'interesse concreto perseguito dalle parti.

Ciò posto, parte della giurisprudenza ha affermato che, essendo le clausole anticoncorrenziali elaborate dall'ABI funzionali all'interesse della banca ad ottenere una maggiore tutela a fronte di eventuali invalidità del rapporto principale – avendo, in concreto, lo scopo di addossare al fideiussore le conseguenze sfavorevoli derivanti dall'inosseranza degli obblighi di diligenza della banca o dall'invalidità dell'obbligazione – della loro espunzione non possono dolersi i garanti, la cui posizione, a seguito di tale operazione, risulterebbe meglio tutelata [così, Trib. Napoli, 5 maggio 2021, n. 4214, cit. da FAUCEGLIA, *L'orientamento del Tribunale delle imprese di Napoli in tema di fideiussioni omnibus conformi allo schema ABI. Nullità (parziale) o integrazione dei contratti?*, in *Contratti*, 2021, 5, 585].

Parimenti, secondo i fautori del presente orientamento, l'espunzione di tali clausole non fa venire meno neanche l'interesse dell'istituto bancario al mantenimento della garanzia, atteso che l'alternativa sarebbe quella dell'assenza completa della fideiussione, con minore garanzia per i propri crediti.

Di conseguenza, i sostenitori del presente indirizzo ritengono che la nullità delle clausole restrittive della concorrenza non faccia venire meno l'intera fideiussione bancaria, in quanto i contraenti avrebbero interesse a mantenerla, anche in assenza delle predette clausole.

### 2.3. segue: c) risarcimento del danno

Un terzo filone interpretativo, distaccandosi nettamente dai primi due, propende per la validità della fideiussione bancaria omnibus, individuando la tutela del consumatore in quella personale del risarcimento piuttosto che in quella reale [v. Cass., 26 settembre 2019, n. 24044, in *Giur. it.*, 2020, 2, 358 con nota di DI MICCO].

A sostegno della propria tesi richiama, in primo luogo, la portata letterale dell'art. 2 l. n. 287/90, «le intese vietate sono nulle ad ogni effetto»: tale norma riferendosi alle sole «intese», non può applicarsi ai contratti a valle.

Pertanto, in assenza di una norma che consenta di estendere il rimedio caducatorio alla fideiussione bancaria, non si può disquisire della nullità dei contratti a valle a meno di non ammettere una «tutela reale atipica» che, tuttavia, si porrebbe in espresso contrasto con il principio di tassatività delle cause di nullità.

L'estensione del rimedio caducatorio previsto dall'art. 2 l. n. 287/90, inoltre, sarebbe precluso dal fatto che, essendo l'intesa anticoncorrenziale a monte e la fideiussione bancaria a valle contratti diversi – tra l'altro stipulati tra soggetti diversi (il primo tra le banche e il secondo tra la banca e il consumatore) – tra gli stessi non si può scorgere alcun collegamento negoziale.

Pertanto, considerato che non si può ammettere un'invalidità derivata o diretta per violazione dell'art. 1418, secondo comma, c.c. perché solo nella prospettiva della banca, e non di entrambi i contraenti, il contratto a valle è funzionale all'intesa [v. GENTILI, *La nullità dei «contratti a valle» come pratica concordata anticoncorrenziale (il caso delle fideiussioni ABI)*, in *Giust. civ.*, 2019, 4, 688] le clausole inserite nel contratto di fideiussione omnibus devono essere considerate pienamente legittime, ancorché derogatorie rispetto alla disciplina codicistica [BASTIANON, *La fideiussione omnibus e la responsabilità della banca tra illeciti antitrust «a monte» e contratti «a valle»*, in *Resp. civ. e prev.*, 2020, 3, 700].

Di conseguenza, l'unica tutela concessa al soggetto rimasto estraneo all'intesa anticoncorrenziale, che abbia allegato e dimostrato un pregiudizio ad essa conseguente, è quella risarcitoria.

I fautori del presente orientamento osservano, quindi, che ciò che emergerebbe, nel rapporto tra intesa a monte e fideiussione a valle, sarebbe la mancanza di una vera libertà di determinazione e di scelta da parte del cliente della banca, il quale, a fronte della predisposizione di un modello contrattuale che non gli consente possibilità alternative, neppure rivolgendosi ad altri imprenditori bancari, stante il generalizzato recepimento dello schema ABI, non avrebbe altra scelta, essendo la fideiussione perfettamente valida, che quella di proporre l'azione per il risarcimento dei danni.

Pertanto, il modello di tutela sarebbe quello del dolo incidente ex art. 1440 c.c., che consente di reagire a comportamenti di mala fede del contraente forte, che abusi della propria posizione in presenza di un'anomalia di mercato che egli stesso ha concorso a ingenerare e perpetuare, inducendo la parte debole ad accettare condizioni sconvenienti, idonee a pregiudicarla economicamente [Cfr. C. SCOGNAMIGLIO, *Ingiustizia del danno e tecniche attributive di tutela aquiliana (le regole di responsabilità civile ed il caso Cir c. Fininvest)*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, II, 7-8, 355].

### 3. La pronuncia delle Sezioni Unite: la nullità (parziale) delle fideiussioni bancarie omnibus.

Tra gli indirizzi sopra esposti, le Sezioni Unite della Corte di cassazione aderiscono all'indirizzo favorevole a riconoscere la nullità parziale delle fideiussioni bancarie riproduttive dello schema elaborato dall'ABI.

La Suprema Corte, a sostegno della propria tesi, rileva come tra l'intesa «a monte» e la fideiussione bancaria «a valle» sussista un «collegamento funzionale», tale da far apparire la stipula di questi atti come parti di un'operazione unitaria diretta a violare la normativa antitrust nazionale ed Europea.

Lo stretto nesso che avvince tali rapporti giustificerebbe l'estensione della nullità prevista dall'art. 2, comma 3, l. n. 287/90 alla fideiussione bancaria, in quanto il contratto a valle costituisce lo sbocco dell'intesa vietata ed è essenziale per realizzarne e ad attuarne gli effetti.

Tale affermazione sarebbe confermata dalla portata letterale della suddetta disposizione, la quale, statuendo che «le intese vietate sono nulle ad ogni effetto» ricomprenderebbe anche i contratti che danno concreta attuazione all'intesa vietata.

Il Supremo consesso della giustizia civile, peraltro, motiva l'estensione della nullità dell'intesa restrittiva facendo leva sul carattere speciale ed ulteriore di tale figura di nullità rispetto a quelle che l'ordinamento già conosceva.

Infatti, la nullità disciplinata dall'art. 2, terzo comma, della l. n. 287/90 ha una portata più ampia della nullità codicistica (art. 1418 c.c.) e delle altre nullità conosciute dall'ordinamento – come la «nullità di protezione» nei contratti del consumatore (cd. secondo contratto) e la nullità nei rapporti tra imprese (cd. terzo contratto) – in quanto, essendo posta a presidio di un interesse pubblico, dato dall'ordine pubblico economico, potrebbe colpire anche atti, o combinazioni di atti avvinti da un «nesso funzionale», non tutti riconducibili alle tradizionali fattispecie di natura contrattuale.

Tale particolare regime, pur essendo giustificato dall'esigenza di salvaguardare l'ordine pubblico economico a presidio del quale sono state dettate le norme imperative nazionali ed Europee antitrust, non è stato definito idoneo a determinare l'automatica invalidità della fideiussione bancaria [così MAUGERI, *Breve nota su contratti a valle e rimedi*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, 2, 417], in quanto, da un lato, tale figura non ha finalità sanzionatoria e, dall'altro, non può svuotare di rilevanza pratica il principio di conservazione del contratto, a cui è ispirato l'ordinamento italiano.

La nullità prevista dalla l. n. 287/90, pur nella sua specialità, deve armonizzarsi con i precetti che animano la materia contrattuale, in particolare con quello che, in ossequio al principio di conservazione del contratto, qualifica la nullità assoluta come l'eccezione.

La regola, infatti, è la nullità parziale di cui all'art. 1419, comma 1, c.c. che, insieme agli analoghi principi rinvenibili negli artt. 1420 e 1424 c.c., esprime il generale favore dell'ordinamento per la «conservazione», ove possibile, degli atti di autonomia negoziale, ancorché difformi dallo schema legale.

Pertanto, la nullità di singole clausole contrattuali potrà invalidare l'intero contratto solo ove si dimostri che la porzione colpita da invalidità ha una rilevanza tale nell'economia contrattuale che i contraenti non avrebbero concluso il contratto senza quella parte del suo contenuto colpita da nullità [così, SCHIAVOTTIELLO, *Squilibrio contrattuale e rimedi giudiziali: il caso delle fideiussioni omnibus stipulate a valle dell'intesa vietata*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2020, II, 1, 121].

Viceversa, laddove la clausola colpita da nullità non incida sull'interesse concretamente perseguito dalle parti con la stipula del contratto si dovrà affermare, in virtù del principio «*utile per inutile non vitiatur*», la conservazione dello stesso.

Ciò posto, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione ritengono che «l'aver inserito all'interno del contratto alcune clausole estratte dal programma anticoncorrenziale non appare circostanza sufficiente a privare il successivo contratto a valle di una autonoma ragione di essere e della sua validità».

Infatti, la Suprema Corte ritiene che, anche senza le clausole nulle di cui al modulo ABI, entrambe le parti avrebbero egualmente concluso la fideiussione omnibus: l'istituto bancario perché ha interesse al mantenimento della garanzia, ancorché depurata delle suddette clausole a lui favorevoli, atteso che l'alternativa sarebbe quella dell'assenza completa della fideiussione, con minore garanzia dei propri crediti ed il consumatore perché vede invalidare clausole a lui sfavorevoli.

Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione hanno giustificato, quindi, la loro adesione alla tutela reale piuttosto che a quella personale (risarcitoria) muovendo dall'assunto che l'interesse protetto dalla normativa antitrust è principalmente quello del mercato in senso oggettivo, e non soltanto l'interesse individuale del singolo contraente pre-

giudicato, con la conseguente inidoneità di un rimedio risarcitorio che protegga, nei singoli casi, solo quest'ultimo, ed esclusivamente se ha subito un danno in concreto [così, GENTILI, op.cit.].

Inoltre, la Corte di Cassazione ritiene che l'obbligo del risarcimento non abbia una efficacia dissuasiva significativa per le imprese che hanno aderito all'intesa, dal momento che non tutti i danneggiati agiscono in giudizio, e non tutti riescono ad ottenere il risarcimento del danno.

Tuttavia, la Suprema Corte, pur escludendo la sola tutela risarcitoria – non ritenuta di per sé in grado di tutelare la concorrenza – ammette che questa possa essere riconosciuta congiuntamente alla tutela reale, laddove l'interessato provi di aver subito un danno.

#### **4. Riflessioni conclusive: le Sezioni Unite hanno posto fine al dibattito sulle fideiussioni bancarie omnibus?**

Le conclusioni a cui sono giunte le Sezioni Unite nella sentenza in commento, sebbene assicurino una compiuta tutela alla concorrenza, non dissolvono i dubbi che accompagnano la tesi della nullità (parziale).

La pronuncia della Suprema Corte parte dall'assunto che la nullità di cui all'art. 2, terzo comma, della l. n. 287/90 sia una nullità speciale, posta a presidio di un interesse pubblico (ordine pubblico economico) che, in virtù della portata letterale «nulle ad ogni effetto», potrebbe colpire anche le fideiussioni bancarie omnibus, le quali a loro volta sono legate alle intese restrittive della concorrenza in virtù di «nesso funzionale» [D'ORSI, *Nullità dell'intesa e contratto «a valle» nel diritto antitrust*, in *Giur. comm.*, 2019, II, 3, 580].

Tale affermazione non convince pienamente, innanzi tutto, perché la nullità di cui all'art. 2, terzo comma, della l. n. 287/90 non deve essere letta isolatamente ma in combinato disposto con il primo comma del medesimo articolo, il quale dà la definizione di intese restrittive: «sono considerati intese gli accordi e/o le pratiche concordate tra imprese nonché le deliberazioni, anche se adottate ai sensi di disposizioni statutarie o regolamentari, di consorzi, associazioni di imprese ed altri organismi similari».

Dalla lettura congiunta delle predette disposizioni emerge che l'intesa sanzionata con la nullità è quella intercorrente tra le imprese e non quella avente ad oggetto rapporti con il consumatore.

Pertanto, pur essendo la definizione di «intese» molto ampia, non può essere estesa ulteriormente, al punto da inglobare tutti i processi causali da essa derivanti. Di conseguenza, la locuzione «nulle ad ogni effetto», non può ritenersi comprensiva anche dei contratti a valle che, intercorrendo tra imprese e contraenti terzi non rientrano nella sfera di applicazione dell'art. 2, terzo comma, l. n. 287/90 [Cfr. GRECO, *Analisi della garanzia fideiussoria, tra validità anticoncorrenziale e revisionismo consumeristico*, in *Resp. civ. e prev.*, 2020, 5, 1423].

L'estensione del vizio dell'intesa a monte al contratto di fideiussione bancaria a valle, inoltre, non potrebbe giustificarsi neanche alla luce di un collegamento negoziale tra i due negozi che, come noto, richiede un requisito oggettivo, dato da un nesso teleologico tra i contratti tale per cui l'uno non si giustifica senza l'altro e un requisito soggettivo, individuato in un intento di coordinamento di un patto con l'altro per il perseguimento di uno scopo comune ulteriore.

Sul punto, la Suprema Corte, pur giustamente rilevando come non si possa parlare di collegamento negoziale tra l'intesa restrittiva della concorrenza a monte e la fideiussione bancaria a valle – in quanto tale collegamento si connota per la presenza di un terzo soggetto totalmente ignaro del disegno cospiratorio assunto a monte con il cartello e comunque controinteressato alla sua attuazione, ammette che tra i suddetti atti sussista un nesso, che si potrebbe definire «funzionale», tale da far apparire la connessione tra gli stessi come volta a produrre un effetto anticoncorrenziale, idoneo ad estendere la nullità che l'art. 2 l. n. 287/90 detta per l'intesa al contratto a valle.

Tale assunto non persuade poiché tutte le volte in cui manchi un collegamento negoziale, ove il negozio dipendente sia funzionalizzato, nella comune rappresentazione e volontà delle parti, al raggiungimento dei medesimi scopi, ricorre al massimo un «collegamento atecnico».

Questo, differenziandosi dal collegamento negoziale per la non sottoposizione al principio «*simul stabunt simul cadent*» impedisce l'estensione della nullità prevista per l'intesa a monte al contratto di fideiussione a valle [sull'estensione dei vizi si leggano ROPPO, *Il contratto*, Giuffrè, 2011, 370 s. e R. SCOGNAMIGLIO, voce *Collegamento negoziale (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, VII, Giuffrè, 1960, 381].

La suddetta affermazione non potrebbe neanche essere superata dalla qualificazione della predetta nullità come speciale ed ulteriore rispetto a quelle previste dalla legge.

La concorrenza, infatti, è un bene di rilievo costituzionale ma non per questo impone la creazione di una nuova figura di nullità, la quale, non avrebbe altro effetto se non quello di dar vita ad una tutela reale atipica contrastante con il principio di tassatività delle ipotesi di nullità.

Parimenti, non si ritiene accoglibile l'assunto propugnato dalla sentenza in commento in virtù del quale: «se le parti ben possono determinare il «contenuto del contratto», ai sensi dell'art. 1322 c.c., comma 1 esse sono, tuttavia, pur sempre tenute a farlo «nei limiti imposti dalla legge», da intendersi come l'ordinamento giuridico nel suo complesso, comprensivo delle norme di rango costituzionale e sovranazionale».

In merito, giova osservare che il contratto a valle ha ad oggetto un rapporto tra l'istituto di credito ed un privato, il quale non lamenta tanto il rispetto della concorrenza ma il non aver potuto effettuare una scelta, impedita dalla predisposizione di un modello contrattuale che non gli ha consentito alternative, neppure rivolgendosi ad altri imprenditori bancari, stante il generalizzato recepimento dello schema ABI.

Pertanto, ciò che viene in rilievo è il comportamento, contrario ai dettami della buona fede, tenuto dall'istituto bancario che, pur conoscendo la natura anticoncorrenziale di talune clausole, le ha inserite nel contratto di fideiussione bancaria.

Il problema della sorte del contratto a valle, quindi, deve essere affrontato attraverso la ben nota distinzione tra regole di validità, la cui violazione è presidiata da rimedi invalidatori, e regole di comportamento, la cui lesione è presidiata, all'opposto, da rimedi risarcitori.

Sul punto giova richiamare l'insegnamento delle Sezioni Unite [v. Cass., 19 dicembre 2007, nn. 26724-5, in *Giust. civ.*, 2008, I, 12, 2785 con nota di FEBBRAJO; v. anche GRECO, *Intermediazione finanziaria: violazione di regole comportamentali e tutela secondo le Sezioni Unite*, in *Resp. civ. prev.*, 2008, 3, 556], le quali, partendo dal presupposto che la distinzione tra norme di comportamento e di validità del contratto sia fortemente radicata nei principi del codice civile, afferma che il dovere di comportarsi secondo buona fede e correttezza – desumibile dal principio di solidarietà sociale di cui all'art. 2 Cost. – non può mai dar luogo al rimedio della nullità ancorché l'obbligo di comportarsi secondo correttezza e buona fede abbia indiscutibilmente carattere imperativo [C. SCOGNAMIGLIO, *Regole di validità e di comportamento: i principi ed i rimedi*, in *Eur. dir. priv.*, 2008, 3, 623].

A sostegno del predetto assunto la Suprema Corte richiama, da un lato, la circostanza che il dovere di buona fede, e i doveri di comportamento in generale, sono strettamente legati alle circostanze del caso concreto e non possono, pertanto, assurgere a requisiti di validità del negozio; dall'altro, proprio perché tali regole di comportamento sono legate al caso concreto non si ritiene opportuno che l'interprete, facendo leva sul precetto della buona fede, si sostituisca al legislatore configurando un rimedio caducatorio al posto di uno risarcitorio.

Pertanto, tenendo fermo l'insegnamento delle Sezioni Unite del 2007, può argomentarsi che solo l'assenza di qualsiasi tecnica di tutela diversa da quella della nullità potrebbe determinare, in ossequio al principio dell'effettività della tutela giurisdizionale dei diritti di cui all'art. 24 Cost., la necessità di utilizzare il rimedio della nullità, in quanto la maggiore efficacia che garantirebbe il rimedio invalidatorio non può, di per sé, orientare la scelta verso quest'ultima, essendo la conformazione giuridica degli strumenti di

tutela compito del legislatore, le cui scelte l'interprete non è autorizzato a sovvertire [C. SCOGNAMIGLIO, *Regole di validità e di comportamento: i principi ed i rimedi*, 623].

Nel caso di specie non si ravvisa alcuna lacuna in ordine alle tecniche di tutela, atteso che l'art. 7 d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 3 tutela la libera concorrenza del mercato e il consumatore, assicurandogli il diritto ad una scelta effettiva tra prodotti in concorrenza, attraverso lo strumento risarcitorio [v. MASSARELLI, *La nullità delle fideiussioni omnibus conformi ai modelli ABI per contrarietà ai valori costituzionali*, in *Contratti*, 2021, 2, 190].

Infatti, con tale disposizione il legislatore nazionale, nel dare attuazione alla Dir. 2014/104/UE, sull'azione risarcitoria in materia antitrust, pur avendo ampia facoltà di valorizzare il predetto dato normativo, facente esplicito riferimento all'art. 3, Dir. 2014/104/UE al ripristino della situazione antecedente alla violazione anticoncorrenziale, si è limitato a riprodurre in maniera sostanzialmente acritica la portata, individuando il risarcimento del danno quale unico strumento di private enforcement da affiancare alle decisioni dell'autorità nazionale garante della concorrenza [v. OTTOBRINO, *Le fideiussioni omnibus conformi allo schema contrattuale predisposto dall'ABI finalmente al vaglio delle Sezioni Unite?*, in *Corr. giur.*, 2021, 10, 1187].

Pertanto, il «rimedio» che a tale problema si addice è quello risarcitorio, a titolo di responsabilità precontrattuale, la quale consente di governare le situazioni del contratto valido ma pregiudizievole per la parte che abbia subito l'altrui comportamento contrario a buona fede nelle trattative e nella formazione del contratto.

Tale responsabilità, precisamente, si attua nelle forme della repressione del dolo incidente ex art. 1440 c.c. e consente di reagire al comportamento, contrario a buona fede, di chi, abusando della propria maggior forza contrattuale, in dipendenza di un'anomalia del mercato di riferimento entro il quale quella relazione maturi [v. CAMILLERI, *Validità della fideiussione omnibus conforme a schema-tipo dell'ABI e invocabilità della sola tutela riparatoria in chiave correttiva*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, 2, 404], l'abbia indotta ad accettare delle condizioni sconvenienti, idonee a pregiudicarla economicamente [C. SCOGNAMIGLIO, *Ingiustizia del danno e tecniche attributive di tutela aquiliana (le regole di responsabilità civile ed il caso Cir c. Fininvest)*, cit., 355].

### Bibliografia essenziale

Sul collegamento negoziale si richiamano *ex multis*:

BIANCA C.M., *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, 2° ed., Giuffrè, 2000

CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Morano, 1966

ROPPO, *Il contratto*, Giuffrè, 2011

SCOGNAMIGLIO R., voce *Collegamento negoziale (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, VII, Giuffrè, 1960, 381

Sul rapporto tra nullità totale e nullità parziale si vedano:

BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Utet, 1955

NIVARRA, RICCIUTO e SCOGNAMIGLIO C., *Diritto privato*, Giappichelli, 2019

Per una trattazione esaustiva sulla sorte delle fideiussioni bancarie stipulate «a valle» di un'intesa restrittiva della concorrenza e sui principali arresti giurisprudenziali si vedano:

BASTIANON, *La fideiussione omnibus e la responsabilità della banca tra illeciti antitrust «a monte» e contratti «a valle»*, in *Resp. civ. e prev.*, 2020, 3, 694

BELLI, *Contratto a «valle» in violazione di intese vietate dalla legge antitrust*, in *Giustiziavile.com*, nota a sentenza del 25 maggio 2018

BRESOLINI, *La Cassazione ritorna sulla fideiussione conforme al modello ABI*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, 4, 768

CAMILLERI, *Validità della fideiussione omnibus conforme a schema-tipo dell'ABI e invocabilità della sola tutela riparatoria in chiave correttiva*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, 2, 397

CHESSA, *Sulla invalidità delle fideiussioni bancarie omnibus per violazione della disciplina antitrust*, in *Giustiziavile.com*, nota a Trib. Napoli 5 maggio 2021 del 6 dicembre 2021

- DI MICCO, *Le clausole ABI tra nullità assoluta e nullità parziale: un recente revirement*, in *Giur. it.*, 2020, 2, 358
- D'ORSI, *Nullità dell'intesa e contratto «a valle» nel diritto antitrust*, in *Giur. comm.*, 2019, II, 3, 575
- FAUCEGLIA, *L'orientamento del tribunale delle imprese di Napoli in tema di fideiussioni omnibus conformi allo schema ABI. Nullità (parziale) o integrazione dei contratti?*, in *Contratti*, 2021, 5, 581
- GENTILI, *La nullità dei «contratti a valle» come pratica concordata anticoncorrenziale (il caso delle fideiussioni ABI)*, in *Giust. civ.*, 2019, 4, 675
- GRECO, *Analisi della garanzia fideiussoria, tra validità anticoncorrenziale e revisionismo consumeristico*, in *Resp. civ. e prev.*, 2020, 5, 1414
- LA SALA, *Aspettando le Sezioni Unite: le osservazioni del Procuratore Generale sulla sorte delle fideiussioni omnibus in contrasto con la disciplina antimonopolistica*, in *Giustiziacivile.com*, editoriale 16 dicembre 2021
- MASSARELLI, *La nullità delle fideiussioni omnibus conformi ai modelli ABI per contrarietà ai valori costituzionali*, in *Contratti*, 2021, 2, 181
- MAUGERI, *Breve nota su contratti a valle e rimedi*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, 2, 415
- MONTANARI A., *La nullità dei contratti attuativi dell'intesa illecita: la decisione del Collegio di coordinamento dell'A.B.F. sulle fideiussioni omnibus*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, 1, 109
- MORESCO, *Fideiussioni omnibus su modelli standard ABI: condizioni generali di contratto anticoncorrenziali e nullità parziale*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2020, II, 1, 85
- OTTOBRINO, *Le fideiussioni omnibus conformi allo schema contrattuale predisposto dall'ABI finalmente al vaglio delle Sezioni Unite?*, in *Corr. giur.*, 2021, 10, 1184
- SCHIAVOTTIELLO, *Squilibrio contrattuale e rimedi giudiziali: il caso delle fideiussioni omnibus stipulate a valle dell'intesa vietata*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2020, II, 1, 110
- In merito alla distinzione tra regole di validità e regole di comportamento si leggano:
- FEBBRAJO, *Violazione delle regole di comportamento nell'intermediazione finanziaria e nullità del contratto: la decisione delle sezioni unite*, in *Giust. civ.*, 2008, 12, 2785
- GRECO, *Intermediazione finanziaria: violazione di regole comportamentali e tutela secondo le Sezioni Unite*, in *Resp. civ. e prev.*, 2008, 3, 556
- SCOGNAMIGLIO C., *Regole di validità e di comportamento: i principi ed i rimedi*, in *Eur. dir. priv.*, 2008, 3, 599
- Infine, sulla responsabilità precontrattuale si veda:
- SCOGNAMIGLIO C., *Ingiustizia del danno e tecniche attributive di tutela aquiliana (le regole di responsabilità civile ed il caso Cir c. Fininvest)*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, II, 7-8, 353

# Le fideiussioni a valle di intese illecite nel canone delle Sezioni Unite: considerazioni critiche \*

di PIETRO LIBRICI

Dottore di ricerca  
Università degli Studi di Palermo

(CORTE DI CASSAZIONE, sez. un. civili, sent. 30 dicembre 2021, n. 41994; Pres. Raimondi – Est. Valitutti)

## Abstract

*Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione con la sentenza in commento sono intervenute sulla questione della nullità delle fideiussioni omnibus redatte in conformità allo schema ABI per contrarietà al diritto della concorrenza che è stata oggetto di un vivace dibattito sia in dottrina che in giurisprudenza.*

*Il presente contributo, muovendo dall'analisi dell'evoluzione giurisprudenziale sul tema, si pone l'obiettivo di ricostruire in chiave critica l'iter logico-giuridico che ha condotto la Corte ad optare per la tesi della caducazione parziale dei contratti a valle.*

*The United Sections of the Supreme Court, with the judgment in comment, have dealt the issue of the voidness of “omnibus” guarantees drafted according to the ABI model for the infringement of competition law that has been the subject of a lively doctrinal and jurisprudential debate.*

*This essay, which starts from the examination of the case-law development on the issue, aims to provide a critical analysis of the path that led the Court to choose the theory of partial nullity of the “downstream contracts”.*

**Sommario:** 1. Il caso; 2. I termini del dibattito giurisprudenziale; 3. La posizione della dottrina; 4. La decisione della Corte; 5. Brevi notazioni conclusive.

## 1. Il caso

Con la sentenza che si annota le Sezioni Unite intervengono a dirimere il contrasto giurisprudenziale sulla sorte dei singoli contratti “a valle”, conclusi tra le banche e i singoli propri clienti, che recepiscono nel loro contenuto le “norme bancarie uniformi”.

Nel caso di specie il fideiussore ha evocato dinanzi alla Corte d'appello di Roma in unico grado, ai sensi dell'art. 33, l. 10 ottobre 1990, n. 287 (nel prosieguo, anche *c.d.* legge antitrust), Intesa Sanpaolo s.p.a., chiedendo al giudice, come accade nella generalità dei casi presi in esame dalla giurisprudenza, di dichiarare la nullità (anche solo parziale) della fideiussione per violazione della normativa Antitrust. Ciò in considerazione della conformità di alcune clausole contrattuali – e segnatamente degli artt. 2, 6 e 8 del contratto – allo schema redatto dall'Associazione Bancaria Italiana, frutto di un'intesa restrittiva della concorrenza *ex* art. 2, comma 3, l. n. 287/1990 ed art. 101 TFUE, per come accertato dalla Banca d'Italia con provvedimento del 2 maggio 2005.

Aderendo solo parzialmente alle censure mosse dal ricorrente, la Corte territoriale ha dichiarato la nullità degli artt. 2, 6 e 8 del contratto di fideiussione condannando la

\* Il presente contributo è stato sottoposto a valutazione in forma anonima ed è stato pubblicato in anteprima su rivistapactum.it il 24.2.2022

Banca al risarcimento del danno non patrimoniale con l'ordine di cancellazione del nominativo dell'attore dalla Centrale dei Rischi.

Tanto poiché, da un lato, l'identità delle clausole contenute nei contratti "a valle" rispetto a quelle predisposte dall'*ABI* è in grado di determinare l'invalidità derivata del contratto, per violazione dei principi inderogabili della libera concorrenza e del mercato, parte integrante dell'ordine pubblico italiano e, dall'altro, in quanto non essendo stato dedotto che senza le clausole nulle i contratti non sarebbero stati stipulati, l'invalidità risulta circoscritta alle sole clausole conformi alle intese vietate.

Avverso la sentenza della Corte di Appello la Banca ha proposto ricorso per cassazione articolato in più motivi di impugnazione incentrati: sul carattere unilaterale delle dichiarazioni di garanzia, ascrivibili esclusivamente alla volontà del fideiussore; sulla tesi che la nullità dell'intesa anticoncorrenziale non si estenderebbe ai singoli contratti stipulati a valle; sulla riqualificazione come contratto autonomo di garanzia, al quale non si applica l'art. 1957 c.c.; e infine sull'infondatezza della pretesa risarcitoria con riferimento sia al danno all'immagine che alle difficoltà di accesso al credito derivanti dalla segnalazione alla Centrale dei Rischi.

La Prima Sezione civile, investita del ricorso, ritenendo la questione di particolare valore nomofilattico, ha rimesso la controversia alle Sezioni Unite chiamandole a stabilire: «a) se la coincidenza totale o parziale con le predette condizioni giustifichi la dichiarazione di nullità delle clausole accettate dal fideiussore o legittimi esclusivamente l'esercizio dell'azione di risarcimento del danno; b) nel primo caso, quale sia il regime applicabile all'azione di nullità, sotto il profilo della tipologia del vizio e della legittimazione a farlo valere; c) se sia ammissibile una dichiarazione di nullità parziale della fideiussione; d) se l'indagine a tal fine richiesta debba avere ad oggetto, oltre alla predetta coincidenza, la potenziale volontà delle parti di prestare ugualmente il proprio consenso al rilascio della garanzia, ovvero l'esclusione di un mutamento dell'assetto d'interessi derivante dal contratto» [Cass., ord. 30 aprile 2021, n. 11486, in *Foro it.*, 2021, I, 5, 1007, e in *Corr. giur.*, 2021, 10, 1181, con nota di OTTOBRINO].

## 2. I termini del dibattito giurisprudenziale

La questione oggetto della sentenza in esame risulta di particolare interesse dal momento che è stata negli ultimi anni al centro di un fervente dibattito dottrinale e giurisprudenziale, che ha dato luogo ad approdi conflittuali, multiformi e atomistici.

Nel 2017, infatti, la Prima Sezione della Corte di Cassazione con l'ordinanza n. 29810, anche se in un evidente *obiter dictum* rispetto all'errore di diritto imputato alla Corte territoriale, ha concluso per la nullità per violazione dell'art. 2 della legge antitrust delle fideiussioni *omnibus* bancarie predisposte sullo schema *ABI*, contenenti clausole di deroga agli artt. 1941, 1939 e 1957 c.c., frutto di una "intesa vietata", ritenendo così sussistente nella fattispecie un caso di nullità derivata del contratto a valle [Cass., ord. 12 dicembre 2017, n. 29810, in *Giur. comm.*, 3, 2019, 575, con nota di D'ORSI].

Tale pronuncia si è posta in termini antitetici rispetto alla sentenza del 2003 con la quale la Corte di Cassazione aveva nettamente escluso l'invalidità del contratto di fornitura di gas intervenuto a valle dell'indebito accordo tra fornitori, limitando la tutela del contraente alla sola azione risarcitoria [Cass., 11 giugno 2003, n. 9384, in *Foro it.*, 2004, I, 3, 466, con nota di PARDOLESI].

Sulla scorta della soluzione cui la Suprema Corte è pervenuta nella richiamata ordinanza del 2017, che parla ripetutamente ed esclusivamente di "nullità del contratto" e mai di nullità delle singole clausole, una parte della giurisprudenza ha optato per la nullità totale del contratto [*ex multis* App. Bari, 21 marzo 2018, n. 526, in *www.ilcaso.it*].

In alcune pronunce, a supporto di tale tesi, si è anche rilevato che, non potendosi accertare la "volontà del fideiussore", dato che le parti dell'intesa "a monte" non coincidono con quelle che negoziano il contratto a "valle", deve escludersi l'applicabilità della nullità parziale, con conseguente nullità dell'intero contratto [App. Firenze, 18 luglio 2018, in *www.ilcaso.it*].

Tale importante precedente non è riuscito a sopire i dubbi sulla stessa praticabilità del rimedio invalidante nel caso di specie.

Il Tribunale di Verona, con ordinanza del 1° ottobre 2018, richiamando le argomentazioni svolte dalla pronuncia a sezioni unite della Corte di Cassazione n. 2207/2005, ha ritenuto che l'unica tutela riconoscibile al fideiussore (quale soggetto estraneo alla intesa anticoncorrenziale, che abbia stipulato il contratto che di quella intesa costituisce lo sbocco) fosse quella risarcitoria.

A sostegno di quest'impostazione il giudice scaligero ha richiamato anche il d.lgs. 9 gennaio 2017, n. 3, che, secondo quanto precisa l'art. 1, comma 1: «disciplina anche con riferimento alle azioni collettive di cui all'articolo 140-bis del codice del consumo di cui al decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 206, il diritto al risarcimento in favore di chiunque ha subito un danno a causa di una violazione del diritto della concorrenza da parte di un'impresa o di un'associazione di imprese», senza fare nessun accenno ad una tutela reale del soggetto danneggiato dall'intesa restrittiva della concorrenza [Trib. Verona, 1° ottobre 2018, in *www.ilcaso.it*].

La stessa Procura generale, nelle conclusioni depositate all'udienza del 23 novembre 2021 relativamente al caso in esame, ha optato per la tesi secondo cui l'illiceità della modulistica *ABI*, costituente intesa restrittiva della concorrenza nulla ex art. 2, l. n. 287/1990, non comporta la nullità dei singoli contratti di fideiussione ad essa conformi, poiché al consumatore garante è da riconoscere la sola tutela risarcitoria [Procura generale Corte di Cassazione, udienza 23 novembre 2021, in *www.giustiziacivile.com*, Editoriale del 16 dicembre 2021, con nota di LA SALA].

Ad alimentare queste incertezze ha contribuito anche la sentenza a Sezioni Unite «di più due lustri fa» che rappresenta «un'occasione perduta per fare chiarezza sul nodo dei rimedi, contrattuali e/o extracontrattuali e così anche di stampo inibitorio, che il consumatore e più in generale gli acquirenti in un mercato alterato da collusioni anticompetitive possono invocare». Invero la stessa, a dispetto di quanto sembrerebbe evincersi dalla pronuncia che si annota, non ha chiaramente affermato la nullità del contratto a valle del quale, comunque, si è detto che «costituisce lo sbocco dell'intesa, essenziale a realizzarne gli effetti». Tanto è vero che è stata richiamata a fondamento sia degli arresti giurisprudenziali favorevoli al rimedio caducatorio, che dalla giurisprudenza di merito pervenuta ad esiti opposti. Quest'ultima, infatti, si è rifatta proprio alle argomentazioni svolte dalle S.U. per affermare che l'unica tutela concessa al fideiussore (quale soggetto rimasto estraneo alla intesa anti-concorrenziale, che abbia stipulato il contratto che di quella intesa costituisce lo sbocco) è quella risarcitoria.

Con la pronuncia del settembre 2019, la prima sezione della Suprema Corte ha confermato la tesi secondo cui la violazione dell'art. 2, legge antitrust, concretizzatasi «a monte» nella predisposizione e nell'adozione uniforme di uno schema contrattuale restrittivo e condizionante della concorrenza, causa la nullità dei contratti stipulati «a valle» in conformità allo schema, pur senza fare luce circa i suoi presupposti giustificativi di ordine giuridico-formale. Rispetto al precedente del 2017 ha affermato, però, sulla base di un ragionamento non sempre lineare anche se dall'esito condivisibile, che, avendo l'Autorità amministrativa delimitato l'accertamento della illiceità ad alcune specifiche clausole delle *NBU* (in genere presenti agli articoli 2, 6 e 8 dei moduli fideiussori) rese in attuazione di intese illecite, ciò non esclude, ne è incompatibile, con il fatto che in concreto la nullità del contratto a valle debba essere valutata dal giudice adito alla stregua degli artt. 1418 ss. c.c. e che possa trovare applicazione l'art. 1419 c.c. laddove l'assetto degli interessi in gioco non venga pregiudicato da una pronuncia di nullità parziale, limitata alle clausole rivenienti dalle intese illecite [Cass., 26 settembre 2019, n. 24044, in *Giur. it.*, 2020, 2, 358, con nota di DI MICCO].

Questa prospettiva sembra condividere anche Cass., 19 febbraio 2020, n. 4175 che, pur non prendendo specifica posizione sul tema, rileva che le eventuali nullità 'a valle' delle fideiussioni *omnibus* modellate sullo schema *ABI* vanno vagliate alla stregua degli artt. 1418 c.c. ss. e, perciò, può certamente applicarsi l'art. 1419 c.c., allorché l'assetto degli interessi in gioco non sia pregiudicato da una pronuncia di nullità parziale, limitata

alle clausole rivenienti dall'intesa illecita, posto che, in linea generale, solo la banca potrebbe dolersi della loro espunzione.

Anche la giurisprudenza di merito nel frattempo ha mostrato di condividere la tesi della nullità parziale del contratto a valle.

L'ABF di Milano, dopo aver analizzato in chiave critica i contrapposti orientamenti, ha ritenuto che nonostante la peculiare natura della nullità in questione non vi sia ragione per non applicare la disciplina della nullità parziale. Tuttavia, alla luce delle peculiarità della fattispecie, ha osservato che l'indagine sulla effettiva volontà dei contraenti deve essere condotta tenendo conto di due condizioni:

- il contesto in cui è stato stipulato il contratto;
- la convenienza del contratto garantito principale, in quanto, più forte è la garanzia, migliori saranno le condizioni contrattuali del debitore principale.

E, in base a questi indicatori, ha rilevato, concludendo, in sostanza, per la nullità totale, che un contratto identico a quello stipulato, ma privo della parte colpita dalla nullità, da una parte non sarebbe stato probabilmente offerto e dall'altra non è detto che sarebbe stato accettato [ABF, Collegio di Milano, 4 luglio 2019, n. 16558].

### 3. La posizione della dottrina

Tale essendo il variegato quadro giurisprudenziale di riferimento, come già detto, la questione della sorte del contratto a valle non trova una soluzione uniforme neanche in dottrina.

Prima di entrare nel merito della vicenda, appare, dunque, opportuno ricostruire sia pure brevemente i termini del dibattito formatosi sul punto.

Mentre la nullità dei negozi con cui le imprese fissano la restrizione della concorrenza è pacificamente ammessa, oltre che espressamente prevista dall'art. 2, l. n. 287/1990, le opinioni rispetto alla sorte di quelli mediante i quali viene realizzato il programma sono, come noto, le più disparate [*ex multis* CAMILLERI, *Contratti a valle, rimedi civilistici e disciplina della concorrenza*, Jovene, 2008]. A fronte di quanti accordano al giudice solamente il potere di correggere il regolamento contrattuale secondo equità oppure ammettono l'annullabilità dei negozi o, ancora, escludono ogni forma di invalidità riservando al contraente danneggiato dall'accordo la sola possibilità di chiedere il risarcimento del danno ingiusto vi è chi propende per la nullità.

Al pari di quanto si verifica in giurisprudenza, vi sono poi posizioni diversificate sulla tipologia di nullità sia in ordine al profilo del tipo di vizio (illiceità dell'oggetto, contrarietà a norme imperative, nullità derivata) sia al regime applicabile.

Una prima tesi ipotizza una nullità derivata di secondo grado conseguente al rapporto strumentale esistente tra la garanzia a valle e l'intesa a monte.

Altri autori qualificano la nullità dei contratti "a valle" come nullità strutturale per oggetto illecito.

Una terza impostazione, invece, ritiene che la nullità del contratto a valle deriverebbe dalla illiceità della causa della stessa fideiussione, ai sensi dell'art. 1418, comma 2, c.c. in quanto tale negozio realizzerebbe una funzione illecita, in quanto contrario alle norme imperative sulle intese anticoncorrenziali.

Non manca chi ritiene che il negozio a valle attuativo dell'intesa si ponga in diretto contrasto con la norma imperativa che vieta le intese anticoncorrenziali.

Vi è, infine, chi prospetta l'inserimento nel nostro ordinamento di una nullità di protezione per i contratti derivati da illecito antitrust.

### 4. La decisione della Corte

Le Sezioni Unite, dopo una breve ricostruzione dello stato dell'arte sul punto, confermano la tesi secondo cui "i contratti a valle" sono parzialmente nulli, ai sensi dell'art.

2, comma 3, l. n. 287/1990 e dell'art. 1419 c.c. in relazione alle sole clausole che riproducano quelle dello schema unilaterale costituente l'intesa vietata, salvo che sia desumibile dal contratto, o sia altrimenti comprovata, una diversa volontà delle parti.

Ciò in base ad una pluralità di argomentazioni.

Anzitutto viene messo in evidenza che la normativa antitrust è diretta a realizzare un bilanciamento tra libertà di concorrenza e tutela delle situazioni giuridiche dei soggetti diversi dagli imprenditori, tenuto conto che il “contratto a valle costituisce lo sbocco dell'intesa vietata, essenziale e realizzarne e ad attuarne gli effetti”. Pertanto, essa, da un lato, si pone quale limite che, ai sensi dell'art. 1322, comma 1, c.c., dell'art. 41 Cost. le parti sono tenute a rispettare nell'esercizio dell'autonomia contrattuale e, dall'altro, nello stabilire all'art. 2, comma 3, l. n. 287/1990, la nullità “ad ogni effetto” legittima, come affermato da molti interpreti, la conclusione dell'invalidità anche dei contratti che realizzano l'intesa vietata.

Poi viene rilevato che, essendo l'interesse protetto principalmente quello del mercato in senso oggettivo, e non soltanto l'interesse individuale del singolo contraente pregiudicato, la tutela reale si rivela più adeguata in quanto opera non nell'interesse esclusivo del singolo, bensì in quello della trasparenza e della correttezza del mercato. Ciò a differenza della sola tutela risarcitoria che, peraltro, rischierebbe di non avere una reale efficacia dissuasiva per le cartelliste poiché non tutti i danneggiati agiscono in giudizio, e non tutti riescono ad ottenere il risarcimento del danno.

A sostegno di tale soluzione le Sezioni Unite richiamano anche la giurisprudenza unionale. A più riprese, infatti, la Corte di Giustizia – ferma restando la competenza interna degli Stati nell'assicurare le misure per la più completa tutela delle situazioni soggettive garantite dal diritto comunitario – ha avuto modo di affermare che, sebbene la sede naturale per la regolamentazione della sorte dei contratti a valle sia quella dell'ordinamento interno degli Stati membri, la nullità dell'intesa è assoluta e, pertanto, la stessa non può essere opposta ai terzi, tra essi ricomprese, quindi, le parti della contrattazione a valle della stessa.

Una volta esclusa l'idoneità della sola tutela risarcitoria, disgiunta dalla tutela reale, a garantire la realizzazione delle finalità perseguite dalla normativa antitrust, la Corte prende in esame le ragioni idonee a fondare la nullità del contratto a valle.

Alla stregua dei precedenti in materia, ribadisce il principio secondo cui i contratti a valle di accordi contrari alla normativa antitrust - in quanto costituenti «lo sbocco dell'intesa vietata, essenziale a realizzarne e ad attuarne gli effetti» - partecipano della stessa natura anticoncorrenziale dell'atto a monte e vengono ad essere inficiati dalla medesima forma di invalidità che colpisce i primi. Ciò in quanto la disciplina dettata dalla l. n. 287/1990, art. 2, lett. a), ha per oggetto la protezione, in via immediata, dell'interesse generale alla libertà della concorrenza sancito dall'art. 41 Cost., nonché, in ambito comunitario, dal Trattato di Maastricht del 1992 e - attualmente - dal Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea.

Ciò detto, i giudici ravvisano la presenza di una “nullità speciale” posta a presidio dell'ordine pubblico economico e fondata sulla esistenza di un nesso economico funzionale tra intesa a monte e contratto a valle, che deve ritenersi sussistente in ogni caso in cui tra atto a monte e contratto a valle vi sia un nesso che faccia apparire la connessione tra i due atti “funzionale” a produrre un effetto anticoncorrenziale. Con ciò aderendo – apparentemente – alla tesi del collegamento tra intesa antitrust a monte e fideiussione a valle.

Verso tale speciale forma di nullità – ad avviso del Supremo Collegio – deporrebbe la considerazione che «siffatta forma di nullità ha una portata più ampia della nullità codicistica (art. 1418 c.c.) e delle altre nullità conosciute dall'ordinamento [...] in quanto colpisce anche atti, o combinazioni di atti avvinti da un “nesso funzionale”, non tutti riconducibili alle suindicate fattispecie di natura contrattuale».

Una volta ammessa la tutela demolitoria, la Corte ritiene preferibile l'opzione in favore della nullità parziale in quanto oltre a risultare conforme al principio di conservazione del contratto viene ritenuta maggiormente in grado di assicurare il bilanciamento

di tutti gli interessi coinvolti nell'operazione di fideiussione. Grazie a tale soluzione, infatti, da un lato il garante, che sovente ha un interesse concreto e diretto all'erogazione del credito, non subisce le conseguenze di un ingiustificato aggravio della sua posizione, dall'altro, l'istituto di credito preserva il proprio interesse giuridico economico alle operazioni creditizie e, di riflesso, al mantenimento della garanzia fideiussoria.

Ciò, tuttavia, non esclude la possibilità di dichiarare anche la nullità dell'intero contratto ai sensi dell'art. 1419 c.c., qualora una diversa volontà delle parti si possa desumere dal contratto o sia altrimenti comprovata.

## 5. Brevi notazioni conclusive

Se è condivisibile la soluzione in favore della nullità dei “*downstream contracts*”, in quanto funzionale ad assicurare l'enforcement del diritto antitrust, non manca, però, qualche forzatura. Invero, quanto alla possibilità di andare oltre il risarcimento del danno, la pronuncia qui annotata configura una nuova variante di nullità, che colpisce anche atti o combinazioni di atti avvinti da un nesso funzionale con l'intesa restrittiva, il cui speciale regime è da ravvisarsi nell'esigenza di salvaguardia dell'“ordine pubblico economico”. Al di là del fatto che l'istituto in parola – pur ben noto al diritto comunitario – non trova una specifica previsione di diritto positivo, non si può non notare come tale speciale ipotesi di nullità non sembra trovare un referente in sede normativa. Come è stato osservato, infatti, nessuna delle forme di nullità delineate dall'art. 1418 c.c. si spinge fino al punto di colpire «anche atti, o combinazioni di atti avvinti da un 'nesso funzionale'» [PAGLIANTINI, *Fideiussioni «omnibus» attuative di un'intesa anticoncorrenziale: le sezioni unite, la nullità parziale ed il «filo» di Musil*, in *Foro it.*, 2022, I, 2, 525]. Proprio per questo, al fine di sgombrare il campo da ogni dubbio, nel solco tracciato dalla dottrina, forse la Corte avrebbe potuto esplorare, anche al solo fine di escluderne la praticabilità, la possibilità di ricorrere ad altri rimedi che, pur consentendo alla parte la possibilità di sottrarsi agli effetti iniqui derivanti dall'intesa a monte, si distanziano da quelli che si sostanziano nella tradizionale nullità.

Una volta fatta la scelta di campo in favore della nullità, condivisibile risulta la soluzione in favore della parziale caducazione del contratto. In base un criterio di tipo oggettivo, infatti, la nullità delle singole clausole può condurre a una declaratoria di nullità totale solo se l'assetto di interessi che scaturisce dalla declaratoria di nullità parziale stravolge l'equilibrio originario del contratto come “plasmato” in origine dalla libertà negoziale. Nel caso di specie l'eliminazione delle clausole che recepiscono le determinazioni dell'ABI non sembra essere tale da alterare l'equilibrio originario, facendo sopravvivere un contratto diverso da quello che le parti avevano concluso. Come evidenziato dalla corte, il fideiussore avrebbe in ogni caso prestato la garanzia, anche senza le clausole predette, essendo una persona legata al debitore principale e, quindi, portatrice di un interesse economico al finanziamento bancario. D'altro canto anche l'imprenditore bancario, espunte le suddette clausole a lui favorevoli, continuerebbe a mantenere l'interesse a tenere in vita il contratto atteso che l'alternativa sarebbe quella dell'assenza completa della fideiussione, con minore garanzia dei propri crediti.

Tale prospettiva, sebbene non sia andata esente da considerazioni critiche, sembra maggiormente aderente al dato normativo. La soluzione di ritagliare una nullità di protezione generale composta da «frammenti» e volta a valorizzare l'art. 36, comma 1, Cod. consumo, da considerarsi come espressione di principi di carattere generale, allo scopo di dar vita ad una nullità parziale necessaria, infatti, mal si concilia con la volontà di riservare la disciplina protezionistica in questione ai soli “contratti del secondo tipo”.

Neppure può condividersi la posizione di quanti in maniera assoluta mettono in dubbio la capacità della nullità parziale di esplicare un'efficacia deterrente nei confronti dell'*infringer*.

Benché la Corte abbia circoscritto la nullità alle sole clausole conformi allo schema ABI, infatti, il ripristino dell'art. 1957 c.c., per il quale il fideiussore è obbligato solo se il creditore, entro sei mesi dalla cessazione del contratto, abbia proposto le sue istanze contro il debitore e le abbia con diligenza continuate, non va comunque sottovalutato.

La Giurisprudenza, infatti, ha da tempo chiarito come l'estinzione della fideiussione si verifichi a prescindere dal motivo per cui il creditore non avrebbe coltivato le proprie istanze e, peraltro, secondo un orientamento molto diffuso, andrebbe escluso che possa valere come "istanza" ai fini dell'art. 1957 un semplice atto stragiudiziale.

Non è, pertanto, da escludere un'ondata di contenzioso dato che le S.U. ammettono la proponibilità della domanda di ripetizione dell'indebito ex art. 2033 c.c., ricorrendone i relativi presupposti, nonché dell'azione di risarcimento dei danni ex art. 2043, da parte del fideiussore già escusso.

Come rilevato in dottrina, rimane, comunque, tradita per l'ennesima volta l'aspirazione di quanti auspicavano una volta per tutte ad una soluzione organica della questione, da applicare coerentemente all'intero spettro dei contratti attuativi ipotizzabili, atteso che il ragionamento delle Sezioni Unite rimane fortemente condizionato dalla fattispecie sottoposta al suo vaglio. È chiaro, infatti, che la soluzione propiziata dalla Corte non risulta applicabile quando, come avviene nella più parte dei casi, l'accordo di cartello metta capo a un sovrapprezzo monopolistico. Ciò in quanto, laddove la nullità tocca l'oggetto del contratto, non risulta possibile un intervento di rimozione ortopedica del sovrappiù.

### Bibliografia essenziale

CAMILLERI, *Validità della fideiussione omnibus conforme a schema-tipo dell'ABI e invocabilità della sola tutela riparatoria in chiave correttiva*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, 2, 403

CASTRONOVO C., *Responsabilità civile antitrust: balocchi e profumi*, in *Danno resp.*, 2004, 12, 1165

DENOZZA, *I principi di effettività, proporzionalità ed efficacia dissuasiva nella disciplina dei contratti a valle di intese ed abusi*, in *Riv. dir. ind.*, 2019, 6, 354

GUIZZI, *I contratti a valle delle intese restrittive della concorrenza: qualche riflessione vintg ans après, aspettando le Sezioni Unite*, in *Corr. giur.*, 2021, 10, 1173

LA SALA, *Aspettando le sezioni unite: le Osservazioni del procuratore Generale sulla sorte delle fideiussioni omnibus in contrasto con la normativa antimonopolistica*, in *Giustiziacivile.com*, Editoriale del 16 dicembre 2021

LIBERTINI, *Gli effetti delle intese restrittive della concorrenza sui c.d. contratti «a valle» – Un commento sullo stato della giurisprudenza in Italia*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, 2, 378

LIBERTINI, *I contratti attuativi di intese restrittive della concorrenza: un commento a Cassazione civile, sezioni unite, 30 dicembre 2021, n. 41994*, in *ODC*, 2022, 1, 13

NEGRI, *Il lento cammino della tutela civile antitrust: luci ed ombre di un atteso grand arrêt*, in *Corr. giur.*, 2005, 3, 348

OTTOBRINO, *Le fideiussioni omnibus conformi allo schema contrattuale predisposto dall'Abi finalmente al vaglio delle sezioni unite?*, in *Corr. giur.*, 2021, 10, 1181

PAGLIANTINI, *Fideiussioni «omnibus» attuative di un'intesa anticoncorrenziale: le sezioni unite, la nullità parziale ed il «filo» di Musil*, in *Foro it.*, 2022, I, 2, 525

PALMIERI e PARDOLESI, *Le sezioni unite e la sorte dei contratti attuativi di intesa restrittiva della concorrenza: schegge di diritto disorientato*, in *Foro it.*, 2022, I, 2, 514

ROMANO, *Quale destino per le fideiussioni «omnibus» a valle di intese anticoncorrenziali?*, in *Foro it.*, 2022, I, 2, 537

## LOCAZIONE

# Locazioni non abitative e inadempimento dell'obbligo di *denuntiatio*: *nihil sub sole novum*? \*

di DILETTA CORTI  
Dottoranda di ricerca  
Università di Pisa

(CORTE DI CASSAZIONE, sezione terza civile, sent. 29 marzo 2022, n. 10136; Pres. Frasca – Est. Scoditti)

### Abstract

*Con la sentenza in commento, la Corte di Cassazione si è pronunciata sugli effetti dell'inadempimento, da parte del locatore, dell'obbligo di denuntiatio (art. 38 l. n. 392/1978) per l'esercizio del diritto di prelazione e del succedaneo diritto di riscatto riconosciuti al conduttore di un immobile ad uso non abitativo. Segnatamente, in riferimento alla domanda risarcitoria, la Corte ha statuito che l'inerzia, il silenzio o, in generale, la mancata cooperazione del locatore non possano considerarsi fonte di alcun obbligo risarcitorio nei confronti del conduttore, a meno che quest'ultimo non provi la mala fede, consistita nell'intento di tenerlo all'oscuro del trasferimento.*

*The commented decision of the Italian Supreme Court offers the opportunity to analyze the legal consequences deriving from the breach of denuntiatio's obligation (Art. 38, Law no. 392/1978) on the tenant's ius prelationis and right of redemption. Regarding the claim for damages, the S.C. ruled that the inertia, the silence or, in general, the lack of cooperation could not be regarded as source of obligation, unless the tenant proves his bad faith (i.e. the intention to keep him unaware of the transfer).*

**Sommario:** 1. Il caso; 2. Sull'obbligo della *denuntiatio* nelle locazioni non abitative; 3. La fisiologia del rapporto: lo *ius prelationis*; 4. La patologia del rapporto: inadempimento dell'obbligo di *denuntiatio* e il (succedaneo) diritto di riscatto; 5. (Segue). Il diritto al risarcimento del danno (extracontrattuale): la prova della mala fede; 6. Brevi note conclusive: un bilanciamento di interessi contrapposti.

### 1. Il caso

Il caso in commento trae origine dall'azione promossa dal conduttore di un immobile ad uso commerciale per l'accertamento della fondatezza e dell'efficacia del riscatto

\* Il presente contributo è stato sottoposto a valutazione in forma anonima ed è stato pubblicato in anteprima su rivistapactum.it il 24.2.2022

esercitato mediante nota recapitata ai locatori e, in subordine, per la condanna di questi e del terzo acquirente, in solido, al risarcimento del danno. Il ricorrente, in particolare, ha rappresentato di avere manifestato la volontà di acquistare il terreno nel caso in cui fosse stato messo in vendita; di avere appreso, nel giugno del 2002, della vendita del bene avvenuta nel giugno del 2001; di aver lamentato, per l'omessa *denuntiatio*, di non essere stato messo nella condizione di esercitare il diritto di prelazione; infine, di aver ribadito al locatore, con nota del 20 dicembre 2002, la sua volontà di acquisto in riscatto del terreno per il prezzo indicato nell'atto di vendita.

Con la sentenza n. 925/2010, il Tribunale di Civitavecchia rigettava entrambe le domande, ritenendo, quanto alla prima, che la comunicazione effettuata dall'attore non potesse essere assimilata all'esercizio del diritto di riscatto e, in riferimento alla seconda, che non sussistessero elementi sufficienti per ritenere che l'inadempimento del locatore dell'obbligo di *denuntiatio* fosse diretto ad impedire l'esercizio del diritto di prelazione del conduttore.

Avverso tale pronuncia, la parte conduttrice proponeva appello. La Corte di Appello di Roma, con sentenza n. 4015/2017, rigettava il gravame, confermando la decisione del Tribunale di prime cure. Segnatamente, in riferimento alla subordinata domanda risarcitoria, la Corte riteneva mancare la prova che il venditore e il terzo acquirente avessero volontariamente posto in essere comportamenti tali da indurre il conduttore in inganno circa l'avvenuta vendita del bene, evidenziando come la conoscenza acquisita *aliunde* dell'intenzione del locatore di alienare l'immobile – e, nel caso di specie, la mancata risposta alla lettera – avrebbe dovuto indurlo ad effettuare le verifiche necessarie per accertare la titolarità del bene presso la Conservatoria dei Registri Immobiliari.

La parte conduttrice ricorreva dunque in cassazione, articolando tre motivi di ricorso. Per quanto qui interessa, con il secondo motivo, lamentava la violazione della l. 27 luglio 1978, n. 392, artt. 38 e 39 per avere la Corte d'Appello confermato il rigetto della domanda risarcitoria. Alla luce della rilevanza nomofilattica di alcune delle questioni poste, la Suprema Corte ha disposto, con ordinanza interlocutoria n. 27597/2020, la trattazione della causa in pubblica udienza.

Con la sentenza n. 10136 del 2022, la Corte di Cassazione si è pronunciata sugli effetti della mancata comunicazione, da parte del locatore, della volontà traslativa per l'esercizio del diritto di prelazione e del succedaneo diritto di riscatto riconosciuti in capo al conduttore ai sensi degli artt. 38 e 39, l. n. 392/1978. In particolare, la S.C. ha statuito che l'inerzia, il silenzio o, in generale, la mancata cooperazione del locatore non possano considerarsi fonte di alcun obbligo risarcitorio nei confronti del conduttore, a meno che quest'ultimo non provi la mala fede delle parti del concluso contratto, consistita nell'intento di tenerlo all'oscuro del trasferimento.

## 2. Sull'obbligo di *denuntiatio* nelle locazioni non abitative

Nei rapporti tra proprietà e locazione non abitativa il sostrato sul quale il diritto muove i propri passi è, essenzialmente, "intraproprietario": da un lato, a venire in rilievo è la proprietà c.d. statica del locatore/proprietario dell'immobile locato; dall'altro, la proprietà c.d. dinamica del conduttore, esercente un'attività commerciale caratterizzata da una clientela di posizione (sulla distinzione fra tutela dell'interesse abitativo e «logica intraproprietaria», BARGELLI, *Proprietà e locazione. Prelazione e valore di scambio*, Giappichelli, 2004, 27; sulla proprietà statica e sulla proprietà dinamica si v. RODOTÀ, *Il terribile diritto*, il Mulino, 2013, 144 ss.). Invero, la formula "proprietà dinamica" – ela-

borata da Rodotà in contrapposizione alla “statica” ricchezza fondiaria, al contempo tracciando una linea di continuità tra la categoria dei “proprietari” e quella dei “produttori” (RODOTÀ, op. cit., 144 ss.) – si attaglia, nel contesto in esame, alla speciale protezione accordata dal legislatore al detentore “produttivo”, di tal modo determinando una «ridistribuzione della ricchezza fra la proprietà “statica” e quella “produttiva”» (BARGELLI, op. cit., 27; sul significato politico del riferimento alla «proprietà di un valore di clientela», si v. CARUSI, *Avviamento, proprietà e locazione*, Giuffrè, 1992, 59).

Nel nostro ordinamento, lo statuto delle locazioni c.d. commerciali è contenuto nella l. n. 392/1978 disciplinante, in generale, le locazioni di immobili urbani e recante, al Capo II, le disposizioni relative alle locazioni ad uso diverso da quello abitativo. Il legislatore del '78, in riferimento a talune vicende giuridiche riguardanti l'immobile locato, ha attribuito al conduttore di un immobile ad uso commerciale una condizione di preferenza, in ragione della circostanza che la *res locata* è destinata all'esercizio di un'attività commerciale implicante contatti diretti con il pubblico degli utenti e dei consumatori. Tale disciplina è funzionalmente diretta, per un verso, alla tutela dell'avviamento commerciale (*i.e.* la capacità dell'impresa di produrre utili, la quale può dipendere da una molteplicità di fattori: per quanto qui interessa, la stabilità della clientela spazialmente ubicata su un dato territorio) e, per altro verso, a soddisfare «l'interesse sociale alla conservazione delle attività produttive» (DE TILLA, *Le locazioni. Canone. Oneri. Locazioni particolari. Indennità di avviamento. Prelazione e riscatto*, 2° vol., Giuffrè, 2017, 1031-1033; «scopo delle anzidette disposizioni è la conservazione, anche nel pubblico interesse, delle imprese considerate, tutelate mediante il mantenimento della clientela, che costituisce una componente essenziale dell'avviamento commerciale», C. Cost., 21 aprile 1983, n. 128, in *DeJure*; nel senso, invece, che il rilievo dell'interesse collettivo è «assai marginale», GABRIELLI e PADOVINI, *Le locazioni di immobili urbani*, Cedam, 2001, 770).

Ebbene, l'art. 38, comma 1, l. n. 392/1978 sancisce in capo al locatore che intenda trasferire a titolo oneroso l'immobile locato l'obbligo di effettuare la c.d. *denuntiatio* alla parte conduttrice. Tale adempimento è vincolato nella forma e nel contenuto: circa la modalità di comunicazione, la norma prevede che debba essere effettuata «con atto notificato a mezzo di ufficiale giudiziario» (*art. 38, comma 1*); in riferimento al contenuto, la comunicazione non si esaurisce nel generico intento di alienare l'immobile locato, dovendo altresì comprendere specifica indicazione de «il corrispettivo, da quantificare in ogni caso in denaro, le altre condizioni alle quali la compravendita dovrebbe essere conclusa e l'invito ad esercitare o meno il diritto di prelazione» (*art. 38, comma 2*). Dottrina e giurisprudenza maggioritaria ritengono che la comunicazione al conduttore possa essere compiuta anche con modalità equipollenti, per struttura ed effetti, alla notificazione eseguita dall'ufficiale giudiziario, quale, ad esempio, lettera raccomandata recapitata al destinatario a mezzo del messo postale, secondo le regole della normativa postale (DE TILLA, op. cit., 1048; Cass., 7 ottobre 2010, n. 20807, in *Giur. it.*, con nota di ROSSANO).

La natura giuridica della suddetta *denuntiatio* è stata oggetto di un tortuoso iter giurisprudenziale, compostosi con l'arresto della Corte di Cassazione a Sezioni Unite del 1989: trattasi né di proposta contrattuale, né di mera comunicazione dell'intento di vendere, bensì di «un obbligo legale di interpello, vincolato nella forma e nel contenuto», funzionale all'esercizio del diritto di prelazione riconosciuto dalla legge in capo al conduttore (Cass., sez. un., 4 dicembre 1989, n. 5359, in *DeJure*).

### 3. La fisiologia del rapporto: lo *ius praelationis*

L'istituto della prelazione urbana è un'ipotesi di prelazione legale, la cui fattispecie cristallizza il diritto della parte conduttrice di acquistare l'immobile locato, a preferenza di altri e a parità di condizioni (CARRATO e SCARPA, *Le locazioni nella pratica del contratto e del processo*, Giuffrè, 2001, 142). Il vincolo prelatizio si concretizza nel diritto del conduttore, destinatario della *denuntiatio*, di «appropriarsi di un'offerta altrui» (BARGELLI, op. cit., 157 ss.) ed è stato dal legislatore del '78 concepito quale *favor conductoris* (il cui fondamento, come detto, è da rinvenirsi nella tutela dell'avviamento commerciale delle attività che presuppongono un contatto diretto con il pubblico degli utenti e dei consumatori). Le norme sulla prelazione operano come limite alla libertà negoziale del proprietario dell'immobile locato, traducendosi nella compromissione della sola facoltà che concerne la selezione dell'altro contraente (CARUSI, op. cit., 179), rimanendo libera la scelta circa l'*an* (se alienare o meno la *res locata*), così come pure libera è la determinazione di tutte le "condizioni" che connotano la vendita, almeno fino al momento della comunicazione prevista dall'art. 38 («la libertà del proprietario si esaurisce nel momento in cui, avendo deciso di trasferire a titolo oneroso l'immobile locato, procede alla *denuntiatio*», Cass., sez. un., 4 dicembre 1989, n. 5359, cit.).

Ancorandosi all'operatività dell'obbligo legale della *denuntiatio*, la sentenza in commento segna una distinzione fra due piani temporali, mettendone in luce le divergenze di disciplina: una prima fase, collocata antecedentemente alla vendita; una seconda, situata posteriormente alla stessa.

In seno alla prima, «l'unico obbligo» – afferma la Suprema Corte - imposto dalla legge al locatore che intenda trasferire la *res locata* a titolo oneroso è la *denuntiatio* al conduttore, al quale compete il diritto di prelazione. Dunque, nella fisiologia del rapporto, il conduttore di un immobile ad uso commerciale destinatario della predetta comunicazione si trova di fronte ad un'alternativa: rinunciare alla prelazione ovvero avvalersene, nel termine di sessanta giorni decorrente dalla comunicazione (*art. 38, comma 3*). L'eventuale esercizio - da parte del conduttore - dello *ius praelationis* determina l'insorgenza - per entrambe le parti - dell'obbligo legale di addivenire, entro il termine individuato dalla legge (*art. 38, comma 4*), alla conclusione del previsto contratto (Cass., sez. un., 4 dicembre 1989, n. 5357, in *DeJure*), con la conseguenza che il concreto esercizio del diritto di prelazione postula una cooperazione del locatore che si spinge oltre l'iniziale interpellato (CAPUTO, *Il diritto di prelazione nella nuova disciplina delle locazioni urbane*, Cedam, 1987, 19/20).

In estrema sintesi: affinché la parte conduttrice possa esercitare lo *ius praelationis*, costituisce *condicio sine qua non* che il locatore abbia effettuato la comunicazione disciplinata dall'art. 38 (nel senso che l'eventuale conoscenza maturata *aliunde* è inidonea a far sorgere il diritto di prelazione, si v. Cass., 17 novembre 1998, n. 11552, in *DeJure*) e, nel caso in cui il conduttore eserciti la prelazione, il locatore è tenuto a cooperare ai fini della stipula del contratto; *vice versa* la mancata comunicazione, seguita da una vendita a favore di un soggetto terzo, «segna, di quell'obbligo, il definitivo inadempimento» (par. 7.6), cosicché non opera il meccanismo previsto dall'art. 38. Entra in gioco, allora, la tutela predisposta dall'articolo successivo: il diritto di riscatto.

### 4. La patologia del rapporto: inadempimento dell'obbligo di *denuntiatio* e il (succedaneo) diritto di riscatto

In riferimento alla seconda fase temporale, situata posteriormente alla vendita, nessun «ulteriore» obbligo di comunicazione può essere previsto – sancisce la Corte – in capo all’alienante che si sia reso inadempiente rispetto all’obbligazione di interpello. Se, dunque, l’immobile locato viene alienato a terzi senza che il locatore abbia comunicato alcunché al conduttore, «la fattispecie trasmigra nell’orbita del possibile riscatto e, dunque, della disciplina dettata dall’art. 39» («la quale non prevede né tanto meno sanziona, un nuovo ulteriore obbligo in capo al venditore (ex locatore) di comunicare al conduttore (non più ovviamente l’intenzione di vendere ma) la già avvenuta vendita», par. 7.6).

Difatti, l’art. 39 della l. n. 392/1978 sancisce il diritto di riscatto per il caso in cui il «proprietario non provveda alla notificazione di cui all’articolo precedente» (e anche per la circostanza, irrilevante nel caso di specie, in cui «il corrispettivo indicato sia superiore a quello risultante dall’atto di trasferimento a titolo oneroso dell’immobile»). In questo senso, il diritto di prelazione è “presidiato” dal diritto di riscatto (BERNARDINI, *La prelazione urbana fra diritto comune e leggi speciali*, Cedam, 1988, 163), il quale ha lo scopo di rafforzare la tutela accordata al titolare del diritto di prelazione che sia stato pretermesso (ovvero anche per il caso in cui sia stato comunicato un corrispettivo superiore o condizioni di pagamento meno vantaggiose da quelle poi risultanti dall’atto di trasferimento concluso con il terzo) (CARRATO e SCARPA, op. cit., 140/141). Come rimedio alla patologia, l’art. 39 appresta, dunque, una tutela succedanea, di carattere reale, in forza della quale il titolare della prelazione negletta ha diritto di riscattare, entro sei mesi decorrenti dalla trascrizione del contratto, la proprietà dell’immobile nei confronti dell’acquirente iniziale e di ogni successivo avente causa. Il termine per l’esercizio del diritto di riscatto ha natura decadenziale: la sua infruttuosa decorrenza ingenera un effetto preclusivo assoluto, senza che assumano rilievo i motivi addotti a giustificazione dalla parte che vi sia incorsa (Cass., 22 aprile 1999, n. 3985, in *DeJure*; Cass., 16 luglio 1996, n. 6417, in *DeJure*; Cass., 3 aprile 1993, n. 4039, in *DeJure*).

La disciplina del riscatto - ricorda la Corte - configura un meccanismo di tutela del conduttore pretermesso che, se da un lato sanziona il comportamento inadempiente del locatore (accordando al primo una tutela reale nei confronti del bene locato), allo stesso tempo, nel sancire la previsione di un termine breve e di natura decadenziale, opera un bilanciamento con l’interesse contrastante del terzo acquirente e del venditore/ex locatore «alla stabilità degli effetti del negozio concluso (di per sé pienamente valido ed efficace)» (par. 7.7). Per queste stesse ragioni la Corte Costituzionale, avendo ritenuto non fondata la questione di legittimità costituzionale dell’art. 39, comma 1, l. n. 392/1978 (sollevata, con riferimento agli artt. 3 e 24 Cost., nella parte in cui il termine di decadenza di sei mesi per l’esercizio del diritto di riscatto decorre dalla data di trascrizione del contratto), aveva chiarito che «far decorrere il termine semestrale di decadenza del diritto di riscatto dalla effettiva conoscenza del conduttore dell’avvenuta compravendita a lui non denunciata [...] significherebbe spingere il *favor conductoris* fino a creare incertezza e intralcio al traffico commerciale degli immobili, restando il terzo acquirente permanentemente esposto per un tempo indeterminato all’esercizio del diritto di riscatto del conduttore» (C. Cost., 8 maggio 1990, n. 228, in *DeJure*).

Nel caso oggetto della sentenza in commento, è «indubbia l’inosservanza» (par. 7.3) dell’obbligo di *denuntiatio*, giacché il locatore nulla aveva comunicato al conduttore antecedentemente alla vendita dell’immobile concesso in locazione; d’altro canto, l’avvenuta ricezione, successivamente alla vendita della *res locata*, della lettera inviata dal conduttore, con la quale lo stesso aveva manifestato ai locatori la volontà di acquistare l’immobile nel caso di una sua eventuale vendita, «nulla aggiunge o toglie al quadro giuridico delineato» («così come se fosse stata ricevuta prima, essa nulla aggiungeva all’obbligo,

già *ex lege* gravante sul locatore, della *denuntiatio*», par. 7.8). La seconda lettera, per giunta, inviata ad un anno dall'avvenuta alienazione, non può «essere assimilata all'esercizio del diritto di riscatto», per il quale la legge prevede il rispetto del termine di decadenza e ne disciplina la concreta operatività.

Orbene, la fattispecie del diritto di riscatto risulta la seguente: inadempimento dell'obbligo di *denuntiatio* da parte del venditore/ex locatore; avvenuta alienazione a un terzo acquirente; trascrizione dell'atto di acquisto. Vieppiù: stante l'assenza di ulteriore obbligo – oltre la *denuntiatio* – di comunicazione in capo all'alienante, e considerata, altresì, l'insussistenza di un obbligo in capo al terzo acquirente (il giudice delle leggi ha avuto modo di evidenziare che l'eventuale imposizione allo stesso di un onere di comunicazione verso il conduttore «a supplenza della mancata *denuntiatio* del locatore-venditore postulerebbe un vizio del trasferimento qualora esso non fosse adempiuto», C. Cost., 8 maggio 1990, n. 228, cit.), consegue che grava sul conduttore, interessato a riscattare l'immobile locato, un onere di adoperarsi per una periodica consultazione dei Registri Immobiliari, per avere notizia di eventuali trasferimenti interessanti l'immobile locato e poter, di conseguenza, esercitare il diritto di riscatto nel termine di decadenza previsto dalla legge (nel caso di specie, «*proprio il silenzio serbato alla lettera, avrebbero potuto e dovuto consigliare il conduttore a compulsare i RR.II*», par 7.13).

## 5. (Segue). Il diritto al risarcimento del danno (extracontrattuale): la prova della mala fede

La giurisprudenza di legittimità è granitica nel ritenere che il conduttore di immobile urbano ad uso non abitativo - il cui *ius praelationis* sia stato negletto e che non abbia esercitato la facoltà di riscatto nel termine all'uopo prescritto dalla legge - possa reclamare il risarcimento del danno, derivante dal mancato acquisto, a titolo di responsabilità aquiliana del locatore e del terzo acquirente soltanto a condizione che dimostri la loro mala fede (*i.e.* una condotta rivolta ad indurlo nel convincimento dell'insussistenza del trasferimento) (DE TILLA, op. cit., 1252 ss.).

Tale unanime orientamento si fonda sulla circostanza che al conduttore pretermesso spetti, in via generale, esclusivamente la tutela accordata dal legislatore, vale a dire il diritto di riscatto. Parte della dottrina, in senso critico, ha evidenziato che il tenore letterale dell'art. 39 non possa valere quale «esclusione di un diritto al risarcimento dei danni che nasce dalla violazione dell'obbligo gravante sul locatore di effettuare la comunicazione»; che «la regola di cui all'art. 39 non vuole limitare la tutela del conduttore», in quanto prevede a suo favore una tutela reale; che la brevità del termine e la sua decorrenza dalla trascrizione del contratto di alienazione «è concepita essenzialmente a tutela dell'affidamento dei terzi»; infine, che i danni «dipendono dall'inadempimento del locatore ad un obbligo di comunicazione, e non dal mancato esercizio del diritto di riscatto da parte del conduttore», giacché il retratto «non elimina l'inadempimento ma rappresenta uno fra gli strumenti di tutela del conduttore» (GABRIELLI e PADOVINI, op. cit., 823-824). Altra parte della dottrina va, invece, nel senso che l'inadempimento contrattuale del locatore all'obbligo di *denuntiatio* non possa giustificare una sua responsabilità per i danni subiti dal conduttore, giacché sarebbero piuttosto causalmente ricollegabili all'inerzia di quest'ultimo nell'avvalersi della tutela prevista dalla legge attraverso lo strumento del riscatto (CARRATO e SCARPA, op. cit., 149; CAPUTO, op. cit., 134/135). In quest'ultimo solco si è mossa la giurisprudenza, ritenendo che la natura della responsa-

bilità, aquiliana e non contrattuale, si annida sulla carenza di un nesso causale fra l'inadempimento dell'obbligo di *denuntiatio* da parte locatore e il mancato acquisto da parte del conduttore (Cass., 21 maggio 2001, n. 6891, in *Leggi d'Italia*).

La decisione in esame, dunque, ha confermato l'orientamento di legittimità «pacifico» (par. 7.1), ribadendo che una pretesa risarcitoria potrà essere legittimamente avanzata dal conduttore soltanto ove quest'ultimo provi la mala fede del venditore, del terzo acquirente o di entrambi (e, in quest'ultimo caso, la responsabilità sarà solidale), vale a dire una condotta fraudolenta diretta ad indurlo in errore circa l'avvenuto trasferimento e a distoglierlo dall'onere di consultare i registri immobiliari. La Corte di Cassazione ha ribadito, altresì, che la valutazione relativa alla condotta delle parti costituisce un accertamento di fatto, riservato al giudice di merito (par. 7.2; v. anche Cass., 3 luglio 2008, n. 18223, in *Leggi d'Italia*) e ha osservato che, nel caso di specie, la corte territoriale aveva (ben) giustificato il convincimento espresso circa l'impossibilità di correlare il mancato esercizio di tempestivo riscatto ad una condotta dei locatori volta a tenere il conduttore all'oscuro dell'avvenuta alienazione, stante «il rilievo della insufficienza dei dati fattuali accertati a dimostrare un intento fraudolento diretto a impedire l'esercizio del diritto di riscatto» (par. 7.3).

Sulla scorta di queste premesse, la Corte ha dunque ritenuto che l'inadempimento del locatore all'obbligo su di lui incombente e poi il «silenzio o in genere la mancata cooperazione ai fini del succedaneo esercizio del diritto di riscatto non possano, di regola, considerarsi fonte di alcun obbligo risarcitorio nei confronti del conduttore» (par. 7.9), alla luce dell'assenza di un nesso di causa con l'inattuazione dell'interesse del conduttore, il quale è da ritenersi causalmente imputabile al di lui comportamento inerte o negligente.

La pronuncia in commento, rispetto al pacifico quadro delineato dalla giurisprudenza di legittimità, pare avere il pregio di delimitare, in negativo, le condotte che, da sole, non integrano una mala fede: a tal fine – precisa la Corte – è richiesto «un comportamento diverso e più articolato del semplice silenzio». Tale *quid pluris* è stato dalla Cassazione ricondotto ad «un contegno che magari ricomprenda il silenzio o l'inerzia del locatore, ma che tuttavia sia anche in grado di attribuire ad essi, in ragione di altre circostanze, artificialmente create, un significato diverso e univoco da quello meramente neutro che di per sé quelli hanno: un significato in grado di infondere oggettivamente e univocamente nel conduttore il convincimento che quella vendita non sia stata operata e comunque a indurlo a non attivarsi per effettuare le opportune visure» (par. 7.10) (a titolo esemplificativo, se i venditori avessero continuato a ricevere canoni o altri oneri legati al rapporto di locazione senza nulla dire al conduttore, par. 7.11).

## 6. Brevi note conclusive: un bilanciamento di interessi contrapposti

Nel rigettare il ricorso, la Cassazione ha precisato come il meccanismo di tutela della parte conduttrice di immobile ad uso non abitativo contenuto nella l. n. 392/1978 sia stato dal legislatore concepito tenendo a mente l'esigenza di contemperare interessi fra loro contrastanti: quello del conduttore, ad avere la prelazione sulla *res locata* in caso di alienazione; quello del venditore e del terzo acquirente, alla stabilità degli effetti del negozio concluso (di per sé pienamente valido ed efficace). La descritta disciplina, dunque, va nel verso di operare un bilanciamento di tali eterogenei interessi: dapprima viene accordata tutela prevalente alla parte conduttrice, seppur con le strettoie decadenziali precisate; una volta che queste siano infruttuosamente decorse, rilievo preminente viene

riconosciuto agli interessi del venditore/ex locatore e dell'acquirente alla stabilità degli effetti del negozio concluso.

«Si tratta, come ognuno vede, di operazioni di ricostruzione della norma che richiedono ponderazione di interessi sociali riservata al legislatore» (C. Cost., 8 maggio 1990, n. 228, cit.), il quale è chiamato, di volta in volta, a bilanciare gli interessi in gioco, senza frustrare oltre misura la certezza dei traffici giuridici e tenendo presente il sostrato sul quale le valutazioni afferiscono: in questo caso, un retroterra "intraproprietario".

### **Bibliografia essenziale**

- BALLERINI, *Violazione della prelazione urbana e diritto di riscatto: trascrizione della domanda ex art. 2652, n. 3, cod. civ., e decorrenza del termine per il retratto*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, 2, 163
- BARGELLI, *Proprietà e locazione. Prelazione e valore di scambio*, Giappichelli, 2004
- BERNARDINI M., *La prelazione urbana fra diritto comune e leggi speciali*, Cedam, 1988
- BORDOLLI, *Il diritto di riscatto nelle locazioni commerciali*, in *Imm. propr.*, 2018, 7, 451
- CAPUTO E., *Il diritto di prelazione nella nuova disciplina delle locazioni urbane*, Cedam, 1987
- CARRATO e SCARPA A., *Le locazioni nella pratica del contratto e del processo*, Giuffrè, 2001
- CARUSI, *Avviamento, proprietà e locazione*, Giuffrè, 1992
- CUFFARO e PADOVINI (a cura di), *Locazione, Patti (diretto da), Codice commentato di Locazione e condominio*, 3° ed., Utet, 2012
- D'AURIA M., *Sul contenuto della denuntiatio nella prelazione urbana: profili problematici*, in *Giur. it.*, 2010, 4, 803
- DE TILLA, *Le locazioni. Canone. Oneri. Locazioni particolari. Indennità di avviamento. Prelazione e riscatto*, vol. II, Giuffrè, 2017
- DI ROSA G., *Il modello (non unitario) della prelazione legale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, 2, 61
- FURGIUELE G., *Le prelazioni*, in CUFFARO V. (a cura di), *Le locazioni urbane. Vent'anni di disciplina speciale*, Giappichelli, 1999
- GABRIELLI e PADOVINI, *Le locazioni di immobili urbani*, Cedam, 2001
- GAZZONI F., *Manuale di diritto privato*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2021
- RODOTÀ, *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata e i beni comuni*, il Mulino, 2013
- ROSSANO, *Denuntiatio in materia di prelazione urbana e comproprietà*, in *Giur. it.*, 2011, 11, 2291
- SINISI M. e TRONCONE F., *Le locazioni ad uso commerciale*, 2° ed., Cedam, 2005
- SPINA C. R., *Conseguenze del retratto nella prelazione commerciale*, in *Giur. it.*, 2012, 11, 2270
- ZENNARO, *Questioni vecchie e nuove in tema di prelazione immobiliare (artt. 38 e 39, l. 21 luglio 1978, n. 392)*, in *Giur. it.*, 2010, 7, 1593

CONSUMO

# L'ordinanza di assegnazione del quinto, le procedure concorsuali e il piano del consumatore \*

di ANGELO NAPOLITANO

Magistrato

Ufficio del massimario della Corte di cassazione

(CORTE COSTITUZIONALE, sent. 10 marzo 2022, n. 65; Pres. Amato – Rel. Navarretta)

## Abstract

*La Corte Costituzionale, chiamata a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale dell'art. 8, comma 1 bis, della l. n. 3/2012, introdotto dall'art. 4 ter, comma 1, lett. d), del decreto legge n. 137 del 2020, convertito, con modificazioni, nella legge n. 176 del 2020, con una sentenza interpretativa di rigetto, ha esteso l'ambito oggettivo di applicazione della disposizione, prevedendo la possibilità, per il debitore proponente, di ristrutturare anche il debito verso il creditore che abbia ottenuto, all'esito di un processo di espropriazione presso terzi, un'ordinanza di assegnazione del quinto dello stipendio o della pensione o del trattamento di fine rapporto, ai sensi dell'art. 553, comma 1 c.p.c., valorizzando il profilo effettuale di tale provvedimento giudiziale, sovrapponibile a quello della cessione del quinto accessoria a contratti di finanziamento.*

*According to the Constitutional Court of Italy, to avoid an unconstitutional interpretation to the article 8, paragraph 1 bis, of the law n. 3/2012, introduced by the article 4 ter, paragraph 1, lett. d), of the decree-law n. 137/2020, converted, with modifications, into law n. 176/2020, that provision must be read in the sense that a debtor, presenting a consumer plan, could propose to restructure also the debt to the creditor who has obtained, in the outcome of an expropriation process from third parties, an order for the allocation of one-fifth of salary or pension, or of a severance pay, according to the article 553, paragraph 1 of the code of civil procedure, enhancing the effects of this judicial order, comparable to that of a voluntary credit backed by one-fifth of salary or pension.*

**Sommario:** 1. Il caso sottoposto all'esame della Corte Costituzionale; 2. La cessione del credito: uno schema negoziale neutro. Le caratteristiche della cessione del credito come *datio in solutum*. L'assegnazione del credito in esito al processo di espropriazione forzata; 3. Il rapporto tra la cessione del credito "pura" e le procedure concorsuali; 4. Il rapporto tra la cessione del credito "in pagamento", l'ordinanza di assegnazione dei crediti e le procedure concorsuali; 5. Conclusioni.

## 1. Il caso sottoposto all'esame della Corte Costituzionale.

Due soggetti, verosimilmente una coppia di coniugi, presentarono al Tribunale di Livorno una proposta congiunta di piano del consumatore per la composizione della crisi da sovraindebitamento.

Il giudice designato dichiarò inammissibile la proposta sulla base della considerazione che nel piano era stato inserito anche il debito verso una società finanziaria che due giorni dopo il deposito della proposta e del piano aveva ottenuto, in esito ad un processo

\* Il presente contributo è stato sottoposto a valutazione in forma anonima ed è stato pubblicato in anteprima su rivistapactum.it il 9.5.2022

di espropriazione presso terzi, un'ordinanza di assegnazione del quinto dello stipendio di uno dei due soggetti proponenti.

In altri termini, il giudice designato aveva ritenuto “intangibile”, ai fini della ristrutturazione della debitoria del consumatore, il debito nei confronti della società finanziaria, dando una interpretazione “*a contrario*” dell'art. 8, comma 1 *bis*, della l. 27 gennaio 2012, n. 3, introdotto dall'art. 4 *ter*, comma 1, lett. d), del d.l. n. 137/2020, convertito, con modificazioni, nella legge n. 176 del 2020: se la richiamata disposizione consente la ristrutturazione dei debiti derivanti da contratti di finanziamento con cessione del quinto dello stipendio o della pensione, implicitamente non consentirebbe la ristrutturazione di debiti nei confronti di quei creditori che, prima della formulazione della proposta e del piano, abbiano ottenuto un'ordinanza di assegnazione del quinto dello stipendio o della pensione in esito ad un processo di espropriazione presso terzi.

Il Tribunale, in sede di reclamo, evidentemente condividendo l'interpretazione del giudice di prime cure, ma anche avvertendo lo stridente contrasto dei suoi esiti con i principi costituzionali di uguaglianza e di ragionevolezza, ha sollevato la questione di costituzionalità dell'art. 8, comma 1 *bis*, della l. n. 3/2012, invocando, da parte della Corte Costituzionale, una sentenza additiva che introducesse la possibilità, in capo al debitore, di inserire nella proposta e nel piano anche la ristrutturazione dei debiti a fronte dei quali i creditori avessero in precedenza ottenuto un'ordinanza di assegnazione del quinto dello stipendio o della pensione.

La Corte Costituzionale, sulla base di un'articolata motivazione, ha dato una lettura dell'art. 8, comma 1 *bis*, della l. n. 3/2012, conforme a Costituzione, sostanzialmente ritenendo che la differenza tra la natura negoziale della cessione del quinto, accessoria rispetto ad un contratto di finanziamento, e la natura giurisdizionale dell'ordinanza di assegnazione del quinto dello stipendio o della pensione al creditore precedente e ai creditori intervenuti nel processo di espropriazione, non sia tale da impedire una lettura della disposizione censurata che, valorizzando gli effetti, rispettivamente, dell'atto negoziale e del provvedimento giurisdizionale, nonché la posizione “accessoria” del trasferimento, ora volontario ed ora forzato, del credito, funzionale all'estinzione del debito del soggetto che ne propone la ristrutturazione, ricomprenda nel suo ambito applicativo anche il debito che residua, al tempo della proposta di piano del consumatore, in seguito all'ordinanza di assegnazione del quinto dello stipendio o della pensione.

La sentenza della Corte Costituzionale è ampiamente condivisibile, e stimola molte riflessioni, che necessariamente devono partire dall'esame della natura e degli effetti della cessione del credito; esame che porterà a ritenere che, anche prima dell'introduzione del comma 1 *bis* nel corpo dell'art. 8 della l. n. 3/2012, il debitore avesse la possibilità di inserire nella proposta e nel piano di ristrutturazione dei debiti anche quelli per i quali vi fosse stata, in precedenza, una cessione del quinto dello stipendio o della pensione, volontaria o forzata che fosse.

## **2. La cessione del credito: uno schema negoziale neutro. Le caratteristiche della cessione del credito come *datio in solutum*. L'assegnazione del credito in esito al processo di espropriazione forzata.**

La cessione del credito è disciplinata dagli articoli da 1260 a 1267 del codice civile.

In particolare, l'art. 1260, comma 1, c.c. dispone che il creditore può trasferire a titolo oneroso o gratuito il suo credito anche senza il consenso del debitore, ad eccezione dei crediti a carattere strettamente personale e di quelli il cui trasferimento sia vietato dalla legge.

La dottrina [sulla cessione del credito v., in generale, anche per i ricchi richiami di dottrina, C.M. BIANCA, *Diritto civile*, IV, *L'obbligazione*, Giuffrè, 1993, 570 ss.] ha messo in evidenza che il citato compendio di articoli non disciplina un determinato tipo negoziale, ma piuttosto uno schema negoziale a causa variabile: il trasferimento del credito può avvenire a titolo di compravendita o ad un diverso titolo oneroso (come la permuta) che abbia nella compravendita il proprio paradigma disciplinare, così come a titolo di donazione o ad altro titolo gratuito.

Il trasferimento del credito può avvenire anche a scopo di garanzia, secondo il collaudato schema della vendita a scopo di garanzia, nei limiti in cui quest'ultima sia lecita e non si ponga in contrasto con il divieto del patto commissorio.

È interessante, ai fini che qui ci interessano, dare uno sguardo agli obblighi di garanzia connessi alla cessione del credito, disciplinati specificamente negli artt. 1266 e 1267 c.c.

Limitando questo sguardo alle cessioni non a titolo gratuito, deve osservarsi che il cedente è tenuto a garantire «*l'esistenza del credito al tempo della cessione*» (*nomen verum*), ma non la «*solvenza*» del debitore ceduto (*nomen bonum*), salvo che non abbia assunto questa garanzia con apposito patto (art. 1267, comma 1, primo periodo c.c.).

È interessante anche notare che, se il cedente abbia assunto la garanzia della solvenza del debitore ceduto, la garanzia cessa se il cessionario non abbia conseguito il pagamento del debito per sua negligenza nell'iniziare o nel proseguire le azioni di recupero contro il debitore ceduto.

Tale causa di cessazione della garanzia rende la posizione del cedente che abbia assunto la garanzia della solvenza del debitore ceduto simile a quella di un fideiussore: dall'art. 1957, comma 1, c.c., appunto in tema di fideiussione, si evince che anche il fideiussore è liberato dalla garanzia se, entro sei mesi dalla scadenza dell'obbligazione principale, il creditore non abbia proposto le sue istanze contro il debitore principale e non le abbia con diligenza continuate.

La cessione del credito disciplinata dagli artt. 1260-1267 c.c. presuppone l'esistenza di una causa "interna" autosufficiente, con un titolo gratuito o oneroso, e l'assenza di un collegamento tra la cessione ed altri negozi: presuppone, cioè, che tra il cedente e il cessionario non vi siano altri rapporti rispetto ai quali la cessione del credito si ponga come negozio collegato "a causa esterna": conclusa la cessione, consegnati i documenti probatori del credito (art. 1262 c.c.) e ricevuto il pagamento del corrispettivo, in caso di cessione a titolo oneroso, da parte del cessionario, al cedente non resta, se eventualmente ne abbia assunto l'obbligo, che garantire la "solvenza" del debitore ceduto.

Non così la cessione del credito avvenuta quale *datio in solutum*, secondo la disciplina dell'art. 1198 c.c.: in questo caso la cessione del credito ha una causa esterna, in quanto consente al creditore, di norma, di aggiungere al credito originario verso il debitore un nuovo credito verso un terzo, debitore dell'originario debitore, sicché l'adempimento da parte del terzo estingue non solo il debito di costui, ma anche quello dell'originario debitore verso il creditore cessionario.

La cessione, in tal caso, è fatta *solvendi causa*, tant'è vero che l'originario debito si estingue, di regola (art. 1198, comma 1 c.c., che fa salva la diversa volontà delle parti) solo con il pagamento da parte del debitore ceduto.

La particolare causa della cessione del credito quale *datio in solutum* fa sì che il creditore cessionario non sia interessato al solo acquisto del credito, a titolo oneroso o gratuito, ma soprattutto ad ottenere, tramite detta cessione, la soddisfazione del suo originario credito: la garanzia di cui parla, allora, il secondo comma dell'art. 1198 c.c., mediante il rinvio all'art. 1267, comma 2 c.c., non è tanto la garanzia del "buon fine" della cessione del credito, quanto il rafforzamento della posizione creditoria del cessionario, che vede affiancarsi al credito originario, in una posizione principale, una diversa posizione creditoria, rispetto alla quale quella originaria acquista una posizione sussidiaria. Tuttavia non si tratta semplicemente di un *beneficium ordinis* o di un *beneficium excusationis* di cui il debitore originario, cedente, gode nei confronti del creditore cessionario: quest'ultimo perde il credito nei confronti del cedente se la mancata realizzazione del credito ceduto per l'insolvenza del terzo sia dipesa da una sua negligenza nell'iniziare o nel proseguire le azioni recuperatorie del credito nei confronti del terzo stesso.

Ne consegue che, prima dell'adempimento del debitore ceduto, in capo al creditore cessionario coesistono due posizioni creditorie, una nei confronti del debitore originario, l'altra nei confronti del debitore ceduto, il cui adempimento estingue anche, contestualmente, il debito del cedente verso il cessionario.

Il meccanismo soddisfattivo è solo simile, ma con esso non coincidente, a quello della delegazione: questa, infatti, sia nella forma della *delegatio solvendi*, che in quella della

*delegatio promittendi*, si fonda su un mandato conferito dal delegante al delegato di pagare o di obbligarsi a pagare nei confronti del creditore delegatario, mentre la cessione del credito quale *datio in solutum* si risolve in un contratto con efficacia traslativa tra il debitore cedente e il creditore cessionario.

Altro strumento utile a conseguire il risultato pratico della cessione del credito in luogo dell'adempimento potrebbe essere il mandato all'incasso conferito alla banca o alla finanziaria da parte del lavoratore o del pensionato finanziato.

Tuttavia [per analoghe considerazioni sia consentito richiamare NAPOLITANO, *La cessione del quinto nell'ambito del piano del consumatore*, in *Fall.*, 2018, 4, 468, in nota] questi mezzi non assicurano al creditore la stessa sicurezza della cessione del credito, se solo si pensi che il delegato non è tenuto ad accettare l'incarico del delegante (art. 1269, comma 2, c.c.) e che il delegante può revocare l'incarico delegatorio fino a quando il delegato non abbia pagato o non abbia assunto l'obbligazione nei confronti del delegatario (art. 1270, comma 1, c.c.).

Inoltre, il mandato all'incasso conferito al creditore, pur qualificandosi mandato *in rem propriam*, non pone il creditore-mandatario al riparo totale dal rischio che il mandato possa essere revocato (seppur negli angusti limiti dell'art. 1723, comma 2, c.c.).

Quanto all'assegnazione di crediti, ai sensi dell'art. 553, comma 1 c.p.c., essa non è altro, da un punto di vista effettuale, che una cessione di crediti forzata *pro solvendo*: anche nel caso della assegnazione forzata di crediti, cioè, il credito verso il debitore esecutato non si estingue in seguito all'ordinanza di assegnazione, ma solo col pagamento da parte del terzo; se il terzo non paga, il creditore assegnatario conserva il credito verso il debitore esecutato solo se abbia diligentemente iniziato e proseguito le azioni recuperatorie verso il terzo assegnato, alla stregua dell'art. 1198, comma 2 c.c. [in questo senso, v. anche REDENTI e VELLANI, *Diritto processuale civile*, 3<sup>a</sup> ed., III, Giuffrè, 1999, 337].

### 3. Il rapporto tra la cessione del credito “pura” e le procedure concorsuali.

Sulla base di quanto esposto nel precedente paragrafo, si tenterà di costruire un rapporto tra le varie forme di cessione del credito, l'ordinanza di assegnazione dei crediti e le procedure concorsuali.

Uno degli argomenti che le parti del processo *a quo* invocavano per sostenere la possibilità, da parte loro, di proporre anche la ristrutturazione del debito nei confronti della società finanziaria che aveva ottenuto, quasi contemporaneamente alla presentazione della proposta di piano del consumatore in tribunale, l'ordinanza di assegnazione, ex art. 553 c.p.c., del quinto dello stipendio del proponente, si incentrava sulla considerazione che, così come la dichiarazione di fallimento rende inefficaci i pagamenti effettuati dal debitore fallito, o per conto di lui, ai creditori, così anche l'omologazione del piano del consumatore dovrebbe comportare l'inopponibilità ai creditori dei pagamenti non “in linea” con il piano omologato.

Orbene, tale argomento non sembra avere solide fondamenta.

Esso, infatti, trascura di considerare che la cessione del credito, a differenza della delegazione di pagamento, produce il trasferimento del diritto di credito dal cedente al cessionario, tale per cui il debitore ceduto, che paga al terzo cessionario dopo la dichiarazione di fallimento del suo creditore originario, estingue un credito che non appartiene più, sin da prima della dichiarazione di fallimento, al patrimonio del fallito.

Occorre, allora, comprendere quale effetto produca la dichiarazione di fallimento sulla cessione del credito conclusa antecedentemente [sulla problematica, cfr. BOZZA, *L'opponibilità al fallimento del cedente della cessione dei crediti attuata in precedenza*, in *Fall.*, 1988, 11, 1052; FINARDI, *Cessione di crediti futuri e procedure concorsuali minori*, in *Fall.*, 11, 2000, 1261].

La chiave di risoluzione della questione è la disposizione di cui all'art. 42, comma 2, della legge fallimentare: sono compresi nella procedura, oltre ai beni esistenti alla data di dichiarazione di fallimento (art. 42, comma 1, L.F.), anche i beni che pervengono al fallito durante il fallimento, salvo che il curatore, con l'autorizzazione del comitato dei creditori, non vi rinunci a determinate condizioni (art. 42, comma 3, L.F.).

In realtà, il problema della prevalenza dell'art. 42, comma 2, L.F. rispetto alla cessione del credito conclusa in data antecedente alla dichiarazione di fallimento non si pone nel caso in cui il credito ceduto sia già certo, sia nell'*an* che nel *quantum*.

In questo caso, la cessione sarà soggetta alle regole della revocatoria ordinaria e fallimentare e l'esigibilità del credito in epoca successiva alla dichiarazione di fallimento non può essere equiparata alla sopravvenienza del credito, intesa quale perfezionamento di tutti i requisiti atti a definirne *in toto* l'esistenza e la sua determinazione, compreso l'avveramento dell'eventuale condizione sospensiva apposta al contratto che del credito costituisca la fonte.

Invece, nel caso in cui il credito diviene certo, prima ancora che esigibile, in epoca successiva alla dichiarazione di fallimento, si applica l'art. 42, comma 2 L.F., essendo la cessione inopponibile al fallimento [per l'inopponibilità al fallimento della cessione dei crediti futuri conclusa antecedentemente all'apertura del concorso, cfr. Cass., 31 agosto 2005, n. 17590, in *Fall.*, 2006, 5, 538, con nota di TRENTINI, in *Mass. Giust. Civ.*, 2005, 6; Cass., 29 marzo 2000, n. 3782, in *Fall.*, 2001, 3, 291, con nota di APRILE e 4, 387, con nota PLENTEDA, in *Mass. Giust. Civ.*, 2000, 654; Cass., n. 14 novembre 1996, n. 9997, in *Mass. Giust. Civ.*, 1996, 1524, in *Giust. civ.*, 1997, 1, 1879, in *Fall.*, 1997, 8, 787 con nota di BADINI CONFALONIERI, in *Giur. it.*, 1997, I, 1, 1558, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1998, 1, 24 con nota di SCORZA; Cass., 22 novembre 1993, n. 11516, in *Fall.*, 1994, 386 e in *Foro it.*, 1994, I, 3126].

La soluzione è simile a quella che dovrebbe darsi nel caso in cui il debitore, prima della dichiarazione di fallimento, concluda una vendita di cosa futura (art. 1472 c.c.) o una vendita di cosa dichiaratamente altrui (art. 1478 c.c.): la regola dell'acquisto immediato del terzo compratore al momento del venir ad oggettiva esistenza della cosa o dell'acquisto in capo al venditore deve essere coordinata con la regola di diritto fallimentare di cui all'art. 42, comma 2 L.F., con la conseguente prevalenza dell'acquisizione alla massa fallimentare.

La soluzione, d'altro canto, è speculare e inversa rispetto a quella che si registra nel caso di cessione dei crediti d'impresa, di cui alla legge n. 52 del 1991, dove l'art. 7, comma 2, dà al curatore la facoltà di recedere dalle cessioni stipulate dal cedente, limitatamente ai crediti non ancora sorti alla data di dichiarazione di fallimento.

La caratteristica di norma speciale della citata disposizione si rinviene dall'art. 1 della legge n. 52 del 1991, che circoscrive l'ambito soggettivo e oggettivo di applicazione di quest'ultima.

Fatte queste premesse, deve osservarsi quanto segue.

Nel caso in cui un soggetto *in bonis* ceda ad un terzo un suo credito già certo nell'*an* e nel *quantum*, il cui termine di adempimento venga a scadere successivamente alla dichiarazione del suo fallimento, e vi sia stata la pattuizione della garanzia del *nomen bonum* accessoria alla cessione, il cessionario può insinuarsi al passivo in via condizionata ex artt. 96, comma 2, lett. 1) e 55, comma 3, secondo periodo L.F., per l'eventualità in cui non riesca ad ottenere il pagamento dal ceduto.

Nel caso in cui, invece, il debitore *in bonis* ceda ad un terzo un credito non ancora venuto ad esistenza al tempo della sua dichiarazione di fallimento, il cessionario non potrà più vantare alcun credito verso il ceduto dopo la dichiarazione di fallimento, e dovrà insinuarsi al passivo per far valere la garanzia del *nomen verum*, ex art. 1266 c.c.

Il discorso è diverso se si guarda ai rapporti tra la cessione del credito pura e le procedure concorsuali concordatarie, compreso dunque il piano del consumatore.

Se la cessione del credito non è stata fatta quale *datio in solutum*, il proponente non ha un debito verso il cessionario con la conseguenza che la proposta di ristrutturazione non può sottrarre al cessionario il credito già ceduto con atto concluso precedentemente alla presentazione della proposta e all'omologazione della stessa e del piano e già notificato al terzo ceduto prima dell'omologa, equiparata al pignoramento dall'art. 12 *bis* della l. n. 3/2012.

D'altronde, non si applicano al proponente gli artt. 42 e 46 L.F., con la conseguenza che ai fini della redazione della proposta di piano del consumatore, il credito ceduto deve considerarsi fuoriuscito dal patrimonio del debitore cedente.

Il problema che potrebbe porsi, in realtà, è quello conseguente all'inadempimento (per i crediti ceduti e scaduti prima della presentazione della proposta) o al possibile futuro inadempimento (per i crediti non ancora scaduti al tempo della presentazione della proposta) del debitore ceduto, nel caso in cui il cedente abbia espressamente garantito il *nomen bonum* (art. 1267 c.c.).

Nel caso in cui il credito ceduto scadeva prima della presentazione della proposta e sia rimasto inadempito, il debitore dovrebbe includere nella proposta di ristrutturazione anche il cessionario che vanta il credito da garanzia *ex art.* 1267 c.c., a meno che non ritenga di escluderlo a cagione della sua negligenza nell'iniziare o proseguire le istanze contro il debitore ceduto, innescando così l'opposizione all'omologa del creditore cessionario, che sarà risolta dal giudice designato alla procedura di composizione del sovraindebitamento.

Nel caso in cui il credito ceduto venga a scadenza (o divenga certo nell'*an* e nel *quantum*) dopo la presentazione della proposta, il proponente dovrebbe considerare nella proposta e nel piano anche l'eventualità che il cessionario resti insoddisfatto in tutto o in parte e prevedere la ristrutturazione di questo eventuale debito di garanzia *ex art.* 1267 c.c., rischiando altrimenti che il cessionario, quale creditore insoddisfatto dal terzo ceduto, chieda la cessazione degli effetti dell'omologazione (art. 14 *bis* della l. n. 3/2012) per avere il proponente con colpa grave rappresentato al giudice designato una debitoria complessiva (anche potenziale) inferiore a quella reale, non avendo previsto nella proposta e nel piano il potenziale credito di garanzia che sarebbe potuto sorgere in capo al cessionario in seguito all'inadempimento del debitore ceduto.

#### **4. Il rapporto tra la cessione del credito “in pagamento”, l’ordinanza di assegnazione dei crediti e le procedure concorsuali.**

Se la cessione del credito è stata conclusa in luogo dell'adempimento, *ex art.* 1198 c.c., devono farsi le seguenti considerazioni.

Qualora il credito ceduto sia certo nell'*an* e nel *quantum*, ed il termine di adempimento scada in un tempo posteriore alla dichiarazione di fallimento del debitore cedente, il cessionario ha l'onere di insinuarsi al passivo per il suo credito verso il cedente, salva la possibilità del curatore di eccepire il fatto estintivo sopravvenuto costituito dalla cessazione della “garanzia” per negligenza del cessionario, ai sensi dell'art. 1267, comma 2 c.c., richiamato dall'art. 1198, comma 2 c.c.; e di eccepire il fatto estintivo sopravvenuto costituito dall'estinzione del debito originario tramite l'adempimento del debitore ceduto.

Qualora, invece, il credito ceduto in luogo dell'adempimento sia incerto e non interamente maturato al tempo della dichiarazione di fallimento, come proprio nel caso in cui alla società finanziatrice, a fronte del finanziamento, sia ceduto in pagamento il quinto dello stipendio futuro del debitore cedente, la dichiarazione di fallimento di quest'ultimo cristallizza il debito residuo verso la società, vista la inopponibilità al fallimento della cessione del credito che verrà a maturazione dopo la dichiarazione di fallimento, con la conseguenza che la società creditrice avrà l'onere di insinuarsi al passivo del debitore fallito per il suo debito residuo alla data della dichiarazione di fallimento.

Le stesse considerazioni fatte con riferimento ai rapporti tra la cessione del credito in luogo dell'adempimento e il fallimento del cedente valgono con riguardo ai rapporti tra l'assegnazione del credito in esito al processo di espropriazione presso terzi e il fallimento del debitore esecutato.

Siché, equiparata l'ordinanza di assegnazione ad una cessione forzata *pro solvendo*, se il termine di adempimento del debito oggetto dell'ordinanza di assegnazione (certo nell'*an* e nel *quantum*) scade dopo la dichiarazione di fallimento, il permanere del debito del fallito nei confronti del cessionario comporta che questi abbia l'onere di insinuare al passivo del debitore (già) esecutato il credito originario nei confronti di quest'ultimo, salva la possibilità del curatore di eccepire il fatto sopravvenuto, di carattere estintivo, costituito dalla cessazione della “garanzia” (cioè dalla liberazione del debitore originario) per negligenza del cessionario nella coltivazione delle sue istanze verso il debitore

ceduto (ai sensi dell'art. 1198, comma 2 c.c., che richiama l'art. 1267, comma 2 c.c.); e di eccipire il fatto estintivo, parimenti sopravvenuto, costituito dall'estinzione del debito originario come conseguenza dell'adempimento del debitore ceduto.

Se, invece, l'ordinanza di assegnazione ha ad oggetto un credito non solo non ancora scaduto al tempo della dichiarazione di fallimento del debitore esecutato, ma incerto nel suo stesso venire ad esistenza (proprio come il caso dell'assegnazione del quinto del credito di lavoro del debitore esecutato, che presuppone il fatto incerto che il rapporto di lavoro prosegua dopo l'ordinanza di assegnazione), la sopravvenuta dichiarazione di fallimento determina l'applicazione degli artt. 42, comma 2 e 46 L.F., con l'apprensione alla massa fallimentare anche degli stipendi del debitore già esecutato (ad eccezione della quota stabilita dal GD necessaria per il mantenimento della famiglia del debitore, ex art. 46, comma 1 n. 2 e comma 2 L.F.), con l'onere per il cessionario di insinuare al passivo del fallimento del debitore esecutato il credito residuo alla data della dichiarazione di fallimento di quest'ultimo.

Orbene, rispetto alla procedura fallimentare, che comporta lo spossessamento dei beni del debitore e del potere di gestirli, attribuendoli in capo ad un organo che è, nell'esercizio delle sue funzioni, pubblico ufficiale, la procedura di concordato preventivo, come d'altronde le procedure concordatarie di risoluzione delle crisi da sovraindebitamento, tra cui l'attuale piano del consumatore, consentono al debitore di ristrutturare i suoi debiti, tranne quelli a fronte di crediti impignorabili ex art. 545 c.p.c. (art. 7, comma 1, della l. n. 3/2012): l'unico presupposto, dunque, è che si tratti di debiti esistenti al tempo della presentazione della proposta da omologare.

Ne deriva che se la cessione di credito in luogo dell'adempimento e l'ordinanza di assegnazione del credito in esito ad un processo di espropriazione forzata presso terzi, equiparabili *quoad effectum*, hanno ad oggetto un credito certo sì, ma il cui termine di adempimento sia scaduto prima della presentazione della proposta di ristrutturazione, quest'ultima potrà contenere la ristrutturazione del debito originario verso il cessionario, nel caso in cui il ceduto non abbia pagato il debito ed il cessionario non sia stato negligente nel tutelare le sue ragioni verso il debitore ceduto, in quanto solo il pagamento di quest'ultimo avrebbe estinto anche l'originario credito del cessionario verso il debitore proponente.

Allo stesso modo, se il credito ceduto o assegnato in pagamento scada dopo la presentazione della proposta di ristrutturazione, quest'ultima può liberamente prevedere la ristrutturazione del debito originario verso il cessionario, debito rispetto al quale il proponente non è liberato se non quando il soggetto ceduto abbia pagato il suo debito o non lo abbia pagato per la negligenza del creditore cessionario nell'escuterlo.

Il discorso non cambia se il credito oggetto di cessione in luogo dell'adempimento o dell'ordinanza di assegnazione in esito ad un processo di espropriazione presso terzi non sia ancora certo in tutti i suoi elementi costitutivi, in quanto questi ultimi o una parte di essi siano destinati a realizzarsi in futuro, come è il caso della cessione (negoziale o forzata) del quinto dello stipendio o della pensione: il debitore che voglia accedere ad una procedura concordataria di ristrutturazione dei debiti, avendo il potere di proporre la ristrutturazione di tutti i debiti esistenti al tempo della proposizione della proposta, ha anche il potere di proporre la ristrutturazione del debito non ancora estinto tramite il pagamento del debitore ceduto (datore di lavoro) al soggetto creditore (società finanziaria), in quanto il credito ceduto in pagamento non sia ancora maturato al tempo della presentazione della proposta essendo relativo a mensilità future di retribuzione [sul potere (e non obbligo) del debitore di proporre la ristrutturazione del debito di restituzione del finanziamento che residua alla data dell'omologazione del piano del consumatore e sulla qualificabilità del decreto di omologa come causa di risoluzione legale della cessione del quinto accessoria al finanziamento o, può ben dirsi, degli effetti dell'ordinanza di assegnazione del quinto, sia consentito rinviare a NAPOLITANO, op. cit., 474; per una ricognizione delle diverse posizioni in dottrina, v. RAVINA, *Opponibilità della cessione del quinto alla procedura di sovraindebitamento*, in *Dir. fall.*, 2021, 2, 476].

L'insussistenza di un obbligo del debitore di ristrutturare anche il debito residuo da finanziamento cui acceda la cessione del quinto, o che residui dopo che il soggetto

finanziatore abbia ottenuto un'ordinanza di assegnazione del quinto ex art. 553 c.p.c., non significa tuttavia che egli non debba dichiarare tra le passività anche il debito residuo da finanziamento e specificare che non intende ristrutturarlo, confidando nella sua estinzione graduale tramite l'adempimento del terzo ceduto, salvo il potere degli altri creditori di opporsi all'omologa ed il dovere del giudice designato al procedimento di valutare in sede di *cram down* se il trattamento differenziato riservato al soggetto finanziatore leda le aspettative di soddisfazione che gli altri creditori potrebbero nutrire in sede di liquidazione del patrimonio (art. 12 bis, comma 4, della l. n. 3/2012).

Qualora, poi, il debitore intenda ristrutturare il debito residuo da finanziamento, l'omologazione della proposta e del piano comporterebbe *ipso iure* la risoluzione degli effetti della cessione volontaria del quinto, accessoria al contratto di finanziamento stipulato, o la risoluzione degli effetti dell'ordinanza di assegnazione ottenuta precedentemente dal soggetto finanziatore in sede di espropriazione presso terzi [sui rapporti tra la composizione della crisi da sovraindebitamento e la ristrutturazione dei crediti da cessione del quinto, cfr. anche SALERNO, *La ristrutturazione dei crediti da cessione del quinto nella composizione della crisi*, in *Nuovo dir. soc.*, 2018, 1, 41].

## 5. Conclusioni.

Alla fine di questo breve *excursus* sui rapporti tra la cessione di credito, pura o in luogo dell'adempimento, e le procedure concorsuali aventi ad oggetto il patrimonio del debitore cedente, si deve concludere che già prima dell'introduzione del comma 1 bis nel corpo dell'art. 8 della legge sul sovraindebitamento poteva ritenersi che il debitore che volesse proporre la ristrutturazione dei suoi debiti (nell'ambito del concordato preventivo o di una procedura concordataria di risoluzione della crisi da sovraindebitamento) avrebbe potuto includere tra i debiti da ristrutturare anche quello verso il cessionario del credito in luogo dell'adempimento, se e per la parte in cui tale debito non fosse stato ancora pagato al cessionario al tempo della presentazione della proposta.

In particolare, con riferimento ai finanziamenti ricevuti dal soggetto sovraindebitato, la predetta soluzione non poteva essere differente a seconda che il soggetto finanziatore avesse concluso con il finanziato una cessione del quinto dello stipendio o della pensione o avesse ottenuto un'ordinanza di assegnazione del quinto dello stipendio o della pensione in esito ad un processo di espropriazione forzata presso terzi, fondandosi l'equiparazione delle due ipotesi sulla perfetta identità di effetti tra la cessione volontaria del quinto in pagamento e l'ordinanza di assegnazione, a prescindere dalla diversità della fonte di questi effetti.

Nulla, dunque, avrebbe impedito al giudice rimettente di interpretare il nuovo comma 1 bis dell'art. 8 della l. n. 3/2012 in senso estensivo, in maniera da ricomprendere tra i debiti ristrutturabili con la proposta di piano del consumatore anche quelli derivanti da contratti di finanziamento in relazione ai quali il soggetto finanziatore avesse ottenuto un'ordinanza di assegnazione del quinto dello stipendio o della pensione o del trattamento di fine rapporto.

## Bibliografia essenziale

APRILE, *Opponibilità al fallimento della cessione di credito futuro*, nota a Cass. 29 marzo 2000, n. 3782, in *Fall.*, 2001, 3, 291

BADINI CONFALONIERI, *Inopponibilità al fallimento della cessione obbligatoria di crediti futuri*, nota a Cass. 14 novembre 1996, n. 9997, in *Fall.*, 1997, 8, 787

BIANCA C.M., *Diritto civile*, IV, *L'obbligazione*, Milano, 1993

BOZZA, *L'opponibilità al fallimento del cedente della cessione dei crediti attuata in precedenza*, in *Fall.*, 1988, 11, 1052

FINARDI, *Cessione di crediti futuri e procedure concorsuali minori*, in *Fall.*, 2000, 11, 1263

- NAPOLITANO A., *La cessione del quinto nell'ambito del piano del consumatore*, in *Fall.*, 2018, 4, 468
- PLENTEDA, *Opponibilità al fallimento della cessione del credito dell'appaltatore*, nota a Cass. 29 marzo 2000, n. 3782, in *Fall.*, 2001, 4, 387
- RAVINA, *Opponibilità della cessione del quinto alla procedura di sovraindebitamento*, in *Dir. fall.*, 2021, 2, 476
- REDENTI e VELLANI, *Diritto processuale civile*, 3<sup>a</sup> ed., III, Giuffrè, 1999
- SALERNO, *La ristrutturazione dei crediti da cessione del quinto nella composizione della crisi*, in *Nuovo dir. soc.*, 2018, 1, 41
- SCORZA, *Factoring e opponibilità al fallimento della cessione di crediti futuri*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1998, 1, 24
- TRENTINI, *Revocabilità ed inefficacia della cessione di crediti futuri*, nota a Cass., 31 agosto 2005, n. 17590, in *Fall.*, 2006, 5, 538

**BANCHE, INTERMEDIARI  
FINANZIARI E ASSICURAZIONI**

## Sull'esistenza di un diritto al credito ai sensi dell'art. 13, comma 1, lett. m), d.l. 23/2020 (c.d. d.l. liquidità)

\*

di **GIORGIO MATTARELLA**  
 Ricercatore  
 Università degli Studi di Palermo

(A.B.F. ROMA, decisione 12 ottobre 2021, n. 21386; Pres. Sirena – Rel. Prosperetti)

### Abstract

*Per l'A.B.F. di Roma l'art. 13 del d.l. liquidità ha introdotto un incentivo solo indiretto alla concessione di finanziamenti, favorendo la possibilità di ottenerli grazie alla mitigazione del rischio di credito assicurata dall'intervento dello Stato e accelerando i tempi dell'accesso alla garanzia e, di conseguenza, al finanziamento, senza però introdurre un diritto al credito a favore delle imprese.*

*La decisione in commento aderisce all'orientamento prevalente dell'A.B.F., ma tale soluzione solleva alcuni dubbi alla luce dell'iter logico-giuridico adottato.*

*In the opinion of the Banking and Financial Ombudsman art. 13 of law decree "Liquidità" introduced only an indirect incentive to make loans, by increasing the chance to receive credit due to the mitigation of the credit risk ensured by the intervention of the State and by accelerating the timing of access to the collateral and, consequently, to the loan, but didn't introduce a right to credit in favour of firms.*

*The decision commented agrees with the prevailing thesis within the Banking and Financial Ombudsman, but this thesis raises some doubts due to the grounds of the judgement.*

**Sommario:** 1. La fattispecie sottoposta all'A.B.F.; – 2. La centralità dell'istruttoria di credito nella prospettiva dell'A.B.F.; – 3. L'ambiguità della normativa emergenziale.

### 1. La fattispecie sottoposta all'A.B.F.

Una società – la cui forma non è menzionata dalla decisione in epigrafe, ma che si presume tra i soggetti individuati dall'art. 13, comma 1, lett. m), del d.l. 8 aprile 2020, n. 23 (conv. in l. 5 giugno 2020, n. 40) – avanzava richiesta di un finanziamento ai sensi dell'art. 13 d.l. liquidità, rigettata dall'intermediario a causa della valutazione negativa del merito creditizio del legale rappresentante, da un lato perché socio accomandante di una società segnalata a sofferenza, dall'altro perché amministratore di altra società segnalata sconfinante per più di 90 giorni. La fattispecie è regolata *ratione temporis* dall'art. 13, comma 1, lett. m), d.l. liquidità, nella versione precedente alla modifica derivante dall'art. 13, comma 1, d.l. 25 maggio 2021, n. 73 (c.d. Sostegni *bis*), per effetto del quale, a decorrere dal 1° luglio 2021, la garanzia pubblica copre solo il 90% dell'importo finanziato e non più il 100%.

La ricorrente, dopo aver presentato reclamo, chiedeva all'ABF di accertare il proprio diritto al finanziamento *ex art. 13*, del d.l. liquidità, trattandosi di una disposizione enunciativa di un obbligo dell'intermediario ad erogare il credito in presenza dei requisiti

\* Il presente contributo è stato sottoposto a valutazione in forma anonima ed è stato pubblicato in anteprima su rivistapactum.it il 2.4.2022

di legge.

L'intermediario chiedeva invece la declaratoria di inammissibilità/improcedibilità del ricorso in quanto volto a conseguire una pronuncia costitutiva del contratto – preclusa all'A.B.F. trattandosi di un organismo alternativo di risoluzione delle controversie [v. CARRIERO, *Arbitro bancario finanziario: morfologia e funzioni*, in *Foro it.*, 2012, VI, 213; LIACE, *L'arbitro bancario finanziario*, Giappichelli, 2018, 101 ss.; sulla funzione di regolazione e di conformazione del mercato v. SIRENA, *Il ruolo dell'Arbitro Bancario Finanziario nella regolazione del mercato creditizio*, in *ODCC*, 2017, I, 11 ss.] – e, nel merito, il rigetto del ricorso, poiché l'art. 13, lett. m) del d.l. liquidità non contempla un diritto al credito del cliente, rimanendo l'intermediario libero di valutare il merito creditizio nell'ambito della propria libertà negoziale a tutela del principio di sana e prudente gestione del credito.

## 2. La centralità dell'istruttoria di credito nella prospettiva dell'A.B.F.

Per contrastare gli effetti negativi che la pandemia da COVID-19 ha prodotto sul tessuto imprenditoriale italiano, il legislatore è intervenuto con l'art. 13, lett. m), del d.l. liquidità, estendendo la garanzia del fondo di cui all'art. 2, comma 100, lettera a), l. 23 dicembre 1996, n. 662 [v. GAI, IELASI e ARCURI, *Accedere al credito attraverso il fondo centrale di garanzia: la recente riforma e le nuove misure post emergenza COVID-19*, in PACCHI e PISANESCHI (a cura di), *Finanziamenti e diritto della crisi nell'emergenza*, Giappichelli, 2020, 51 ss.; per una ricostruzione storica v. MINEO, *Il finanziamento agevolato tra legge e contratto*, Giuffrè, 1997, 22 ss.], fino al 100% dei nuovi finanziamenti fino a 30.000 euro, concessi a PMI, a persone fisiche esercenti attività di impresa, arti o professioni la cui attività sia stata danneggiata dalla pandemia, a condizione che i sovvenuti alla data della richiesta del finanziamento non presentino esposizioni deteriorate ai sensi dell'articolo 47-bis, par. 4 del reg. U.E. n. 575/2013.

Il legislatore è intervenuto anche sul contenuto del contratto di finanziamento, prevedendo: a) un periodo di preammortamento di 24 mesi; b) una durata massima pari a 72 mesi; c) un tetto al tasso di interesse, pari al tasso del rendimento medio dei titoli pubblici con durata analoga al finanziamento, maggiorato dello 0,20%, a titolo di remunerazione dei costi di istruttoria.

La disposizione, di natura eccezionale, solleva il problema della sussistenza nella legislazione dell'emergenza di una deroga al principio dell'insindacabilità delle scelte creditizie, tale da gravare le banche di un obbligo a contrarre là dove il richiedente abbia i requisiti di legge. La questione sorge a causa del contenuto anodino della disposizione, la quale dispone che «il soggetto finanziatore eroga il finanziamento coperto dalla garanzia del Fondo, subordinatamente alla verifica formale del possesso dei requisiti, senza attendere l'esito definitivo dell'istruttoria da parte del gestore del Fondo».

L'orientamento prevalente dell'A.B.F. e della dottrina ritiene insussistente anche nel d.l. liquidità un obbligo a contrarre [Trib. Napoli, 5 agosto 2020, in *Riv. trim. dir. econ.*, 2020, III, 124, con nota di ROSSANO, *La valutazione del merito creditizio nel decreto "liquidità": nota a margine di due ordinanze ex art. 700 c.p.c.*; ABF Bari, 17 novembre 2020, 20376, in [www.arbitrobancariofinanziario.it](http://www.arbitrobancariofinanziario.it); ABF Milano, 20 novembre 2020, n. 20740, ivi; ABF Napoli, 9 dicembre 2020, 22126, ivi; ABF Torino, 17 dicembre 2020, n. 22996, ivi; ABF Roma, 12 ottobre 2021, n. 21401, ivi. In dottrina CIRAOLO, *Finanziamenti di piccolo importo assistiti da garanzia pubblica (art. 13, comma 1, lett. m), decreto Liquidità), diniego di credito e responsabilità della banca*, in *Riv. dir. banc.*, 2021, 2, *passim*; DOLMETTA, *Prospettive e problemi del credito pandemico coperto da garanzia statale*, in *Riv. dir. banc.*, 2020, 2, 259; SABBATELLI, *CoViD-19 e merito di credito*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, 2, 64]. La verifica del merito creditizio è infatti posta a presidio del principio di sana e prudente gestione e mira alla stabilità del sistema bancario (art. 5 t.u.b.); di conseguenza, l'obbligo di far credito è estraneo al ruolo selettivo che la banca deve svolgere per allocare in modo efficiente i capitali [in generale v. ABBADESSA, voce *Obbligo di far credito*, in *Enc. dir.*, XXIX, Giuffrè, 1979, 531; cfr. però NIGRO, *Attività bancaria e vincoli a contrattare delle banche*, in *Foro it.*, 1985, 5, 312

ss.].

La giurisprudenza dell'ABF configura solo, in ossequio al principio di buona fede, un dovere dell'intermediario di comunicare le ragioni ostative dell'erogazione del credito, le quali, pur costituendo applicazione di criteri elaborati per la generalità della clientela, devono sempre essere parametrare alle circostanze individuali [ABF, 21 settembre 2016, n. 8100, in [www.arbitrobancariofinanziario.it](http://www.arbitrobancariofinanziario.it); ABF, 29 novembre 2013, n. 6182, *ivi*; ABF, 12 dicembre 2011, n. 2683, *ivi*].

Valorizzando l'art. 27-*bis*, comma 1-*quinquies*, d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, conv. con l. 24 marzo 2012, n. 27, per il quale in caso di mancata erogazione o mancato incremento del finanziamento il Prefetto richiede alla banca osservazioni argomentate affinché venga fatta chiarezza sul merito creditizio dell'istante, parte della dottrina ha enucleato un dovere della banca di erogare il credito al soggetto meritevole [SARTORI, *Deviazioni del bancario e dissociazioni del formante: a proposito del diritto al credito*, in *Giust. civ.*, 2015, 3, 594].

Respingendo la questione di inammissibilità sollevata dall'intermediario ed interpretando la domanda della società come di mero accertamento, il Collegio la ritiene nel merito infondata in quanto il d.l. liquidità introduce un incentivo solo indiretto alla concessione di finanziamenti, mitigando il rischio di credito con la previsione di una garanzia pubblica del 100% dell'importo finanziato ed accelerando anche i tempi dell'accesso alla garanzia, senza però introdurre un diritto al credito.

Il Collegio interpreta l'art. 13, lett. m) d.l. liquidità conformemente al principio di libertà di iniziativa economica e di autonomia di cui all'art. 41 Cost., che nel settore del credito implica la piena discrezionalità dell'intermediario nella valutazione del merito di credito della clientela [sulla dubbia legittimità costituzionale dell'art. 13, lett. m), qualora fosse inteso come obbligo a contrarre v. DOLMETTA, *op. cit.*, 259; ROSSANO, *op. cit.*, 142; sull'art. 41 Cost. v. NIRO, *Art. 41*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di Bifulco, Celotto e Olivetti, Utet, 2006, 846 ss.].

Sotto il profilo testuale, poi, l'obbligo a contrarre non potrebbe essere desunto dal tenore letterale della lett. m) dell'art. 13, secondo la quale il finanziatore eroga il finanziamento coperto dalla garanzia del Fondo subordinatamente alla verifica formale del possesso dei requisiti, poiché anche questa norma mira in realtà solo a semplificare la procedura di concessione della garanzia pubblica.

Interpretando sistematicamente il d.l. liquidità, il Collegio sottolinea inoltre che l'art. 13, lett. g-*ter*, regolando l'accesso alla garanzia pubblica dei soggetti con esposizioni deteriorate e oggetto di concessioni, fa riferimento a una valutazione da compiere "sulla base dell'analisi della situazione finanziaria del debitore" che possa far presumere "il rimborso integrale dell'esposizione alla scadenza", indicando che il legislatore obbliga gli intermediari a valutare il rischio di credito anche con riguardo alle operazioni di finanziamento disciplinate dall'art. 13, comma 1, lett. m).

Irrilevante è infine per l'A.B.F. il fatto che l'erogazione del credito sia garantita nella misura del 100% del finanziamento, rimanendo impregiudicate le responsabilità civili, penali e contabili derivanti da una eventuale concessione abusiva del credito.

### 3. L'ambiguità della normativa emergenziale.

La pronuncia si espone ad alcune critiche in conseguenza dell'*iter* logico-giuridico adottato. Ed infatti in un settore come quello dei crediti agevolati, nel quale è particolarmente pregnante l'interesse pubblico all'immissione di liquidità nel tessuto imprenditoriale [GIORGIANNI e TARDIVO, *Manuale di diritto bancario e degli operatori finanziari*, 3<sup>a</sup> ed., Giuffrè, 2012, 594], l'utilizzo di argomenti prettamente letterali rivela tutta la sua fragilità anche alla luce dell'ambiguità semantica dell'art. 13 d.l. liquidità.

Tale disposizione, invero, sembra proprio sancire testualmente un automatismo tra la concessione della garanzia e l'erogazione del credito, dato che i requisiti formali in presenza dei quali l'intermediario eroga il finanziamento non possono che essere quelli previamente enunciati dall'art. 13, lett. m), d.l. liquidità, cioè l'assenza di esposizioni deteriorate in capo al sovvenuto e la dichiarazione autocertificata di aver subito un danno

dalla pandemia.

Ragionando in termini di interpretazione letterale si potrebbe del resto osservare che, quando ha voluto lasciare integra la libertà di contrarre in tale settore, il legislatore si è espresso inequivocabilmente in termini di facoltà di concessione, come dimostra l'art. 8-bis, l. 250/1993, in materia di finanziamenti agevolati, ove è utilizzato l'inciso "possono essere concessi prestiti agrari di soccorso" [per una lettura in termini di facoltà di concessione v. Cass., 9 maggio 2008, n. 11578, in *pluris-cedam.utetgiuridica.it*; App. Bari, 21 settembre 2005, *ivi*].

L'automatismo qui paventato non sarebbe peraltro una monade, potendosi rintracciare disposizioni pregresse che, pur in assenza di una garanzia pubblica a copertura integrale dell'importo finanziato, prevedevano obblighi a contrarre in capo al finanziatore una volta valutati positivamente i requisiti di accesso alle agevolazioni pubbliche da parte della P.A.

La l. 12 agosto 1977, n. 675, ad esempio, metteva in discussione il monopolio delle banche, sancito dalla pregressa legislazione di ausilio, sul giudizio tecnico finanziario, [MINEO, *op. cit.*, 67; nello stesso senso v. MAZZAMUTO, voce *Mutuo. II) Mutuo di scopo*, in *Enc. giur.*, XX, Treccani, 1990, 7. Cfr. LIBERTINI e SANFILIPPO, *Obbligo a contrarre*, in *Dig. disc. priv. - Sez. civ.*, XII, Utet, 1995, 483]. L'art. 6, comma 5, l. 675/1977, attribuiva al Ministro dell'Industria il potere di stabilire «*procedure, tempi e metodologie delle istruttorie allo scopo di garantire omogeneità di valutazione e di comportamenti degli istituti di credito*» e i regolamenti di attuazione (art. 7, comma 3, d.m. 28 giugno 1979; art. 7, ultimo comma, d.m. 10 novembre 1979) facevano espresso obbligo agli istituti di credito di stipulare il contratto di mutuo entro due mesi dal ricevimento del provvedimento di concessione delle agevolazioni da parte della Cassa del Mezzogiorno, con conseguente automatismo tra concessione dell'agevolazione ed erogazione del credito [CASAROSA, *Il credito agevolato e il credito speciale: profili di interdisciplinarietà*, Cedam, 2000, 168-170; MINEO, *op. cit.*, 217 ss.].

Venendo a fattispecie più simili a quella in commento, perché riferite ad agevolazioni pubbliche attuate con la concessione di garanzie sul credito, anche l'art. 4, d.l. 15 giugno 1989, n. 231, nell'interpretazione di parte della giurisprudenza, prevedeva l'obbligo di concedere mutui alle aziende agricole per far fronte al pagamento delle rate delle operazioni di credito agrario, con garanzia del fondo interbancario di cui alla legge 454/1961 fino all'80% della perdita degli istituti mutuanti [Cass., 17 gennaio 1997, n. 474, *inedita*, il cui contenuto è riportato in Cass., 19 novembre 2009, n. 24434, in *Banca borsa tit. cred.*, 2011, 2, 151, con nota di TARDIVO, *Finanziamento agrario di "soccorso" ed altre ipotesi di obbligo a contrarre*].

L'assonanza tra la disposizione sui mutui agrari e quella dettata dall'art. 13 d.l. liquidità è rintracciabile anche a livello testuale: nell'art. 4 d.l. 231/1989 è ripetuto per ben tre volte il sintagma "sono concessi", nell'art. 13 d.l. liquidità è utilizzato l'inciso «il soggetto finanziatore eroga il finanziamento».

Parimenti criticabile è l'argomento per così dire "sistematico", basato cioè sulla presenza nell'art. 13, lett. g-ter), di un riferimento alla valutazione del merito creditizio, ritenuto dal Collegio romano estensibile anche ai finanziamenti di cui all'art. 13, lett. m), d.l. liquidità.

Dal punto di vista sistematico, infatti, le varie lettere dell'art. 13 d.l. liquidità disciplinano fattispecie diverse: in particolare la lett. g-ter) disciplina la prestazione della garanzia pubblica a valere sui finanziamenti pregressi oggetto di misure di concessione, mentre la lett. m) disciplina invece i nuovi finanziamenti erogati dalle banche, cosicché viene a mancare il presupposto (l'identità di fattispecie) per estendere ad una disposizione i requisiti dell'altra.

A sostegno dell'ambiguità della disposizione basti segnalare un diverso orientamento di una parte della giurisprudenza di merito e dell'A.B.F., per il quale l'art. 13 del d.l. liquidità stabilisce invece un automatismo tra il possesso dei requisiti *ivi* previsti in capo ai beneficiari e l'erogazione del finanziamento [Trib. Caltanissetta, 8 luglio 2020, in *Riv. trim. dir. econ.*, 2020, II, 3, 128 ss., con nota di ROSSANO, *op. cit.*; ABF Palermo, 28 dicembre 2020, n. 23666, in *www.arbitrobancariofinanziario.it*; cfr. ABF Bari, 31 marzo

2021, n. 8848, cit., il quale da un lato esclude un automatismo nella concessione del credito di cui all'art. 13, dall'altro individua l'*ubi consistam* dell'istruttoria bancaria nella semplice verifica della sussistenza dei requisiti di legge. In dottrina la tesi è sostenuta da AMATO e CAMPO, *Le misure a sostegno delle imprese nel Decreto Cura Italia e nel Decreto Liquidità*, maggio 2020, 10, in [www.dirittobancario.it](http://www.dirittobancario.it); RUMI, *Merito creditizio e formalismo contrattuale nella disciplina del Decreto Liquidità*, in *Contratti*, 2020, 4, 463].

Riveste notevole interesse l'impostazione dell'A.B.F. di Palermo che ricorre ad una *Drittwirkung* dei principi costituzionali (v. P. PERLINGIERI, *Norme costituzionali e rapporti di diritto civile*, ora in *Scuole, tendenze e metodi. Problemi del diritto civile*, Edizioni Scientifiche Italiane, 1989, 111 ss.; ID., *Norme costituzionali e rapporti di diritto civile*, in *Rass. dir. civ.*, 1990, 1 120 ss.; in senso critico v. D'AMICO, *Problemi (e limiti) dell'applicazione diretta dei principi costituzionali nel diritto privato (in particolare nei rapporti contrattuali)*, in *Giust. civ.*, 2016, 3, 444 ss.; ID., *Applicazione diretta dei principi costituzionali e nullità della caparra confirmatoria eccessiva*, in *Contratti.*, 2014, 10, 916-937).

Ad avviso del Collegio palermitano, in presenza della garanzia del Fondo per le PMI a copertura totale dei finanziamenti disciplinati dal d.l. liquidità nessun apprezzabile sacrificio comporta per gli intermediari l'erogazione del credito, astretti al dovere inderogabile di solidarietà economica e sociale (art. 2 Cost.) e al limite dell'utilità sociale (art. 41 Cost.); nell'impostazione del Collegio i principi costituzionali rivestono il ruolo di canoni ermeneutici alla luce dei quali interpretare l'art. 13, lett. m), d.l. liquidità (*mittellbare Drittwirkung*).

L'ambiguità della disposizione sulla sussistenza o meno di un obbligo a contrarre si riflette anche sulla diversa – ma connessa – questione della configurabilità di responsabilità civili, penali e contabili per abusiva concessione di credito (in dottrina v. GALGANO, *Civile e penale nella responsabilità del banchiere*, in *Contr. e impr.*, 1987, 1, 20 ss.; INZITARI, *La responsabilità della banca nell'esercizio del credito: abuso nella concessione e rottura del credito*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2001, 3, 265; MODICA, *Concessione "abusiva" di credito ai consumatori*, in *Contr. e impr.*, 2012, 2, 492; NIGRO, *La responsabilità della banca per concessione abusiva di credito*, in *Giur. comm.*, 1978, I, 2, 219 e ID., *La responsabilità della banca nell'erogazione di credito*, in *Soc.*, 2007, 4, 436)

La sussistenza di un obbligo a contrarre dovrebbe di per sé escludere la configurabilità di illeciti civili o penali paventata dai commentatori e dalla pronuncia in commento; se infatti la banca è obbligata a concedere il prestito emergenziale in presenza dei requisiti formali per accedere al Fondo, ogni forma di responsabilità è esclusa dalla causa di giustificazione costituita dall'adempimento di un dovere (art. 2043 c.c.; art. 51 c.p.).

Anche prescindendo dalla sussistenza di un obbligo a contrarre sembra si possano comunque escludere responsabilità in capo alle banche finanziatrici. Depone in tal senso una recente pronuncia della Corte di Cassazione che ha tracciato nitidamente il regolamento di confini tra finanziamento lecito e finanziamento abusivo ad imprese in difficoltà (Cass., 30 giugno 2021, n. 18610, in [www.dirittobancario.it](http://www.dirittobancario.it); la sentenza è commentata da DOLMETTA, *Merito del credito e concessione abusiva. Dopo Cass. 18610/2021*, in [www.dirittobancario.it](http://www.dirittobancario.it)).

Per la S.C. numerosi sono, invero, gli istituti dai quali emerge un *favor* per il finanziamento ad imprese in crisi allo scopo di evitarne il fallimento: si pensi alla prededucibilità dei crediti bancari sorti in occasione di concordati preventivi o accordi di ristrutturazione dei debiti (artt. 182-*quater*, 182-*quinquies*, l. fall.; oggi artt. 99 e 101 d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14; all'art. 99, d.lgs. n. 14/2019, che con l'autorizzazione del tribunale, permette di accedere al credito in sede di domanda di concordato preventivo, anticipando l'erogazione di nuova finanza ad un momento precedente all'approvazione del piano; ancora, al divieto, di cui all'art. 12, comma 3, d.lgs. n. 14/2019, di revocare gli affidamenti bancari concessi a seguito della procedura di allerta della crisi aziendale.

Ne segue che le recenti linee di tendenza dell'ordinamento, sebbene non consen-

tano di enucleare un dovere di erogazione del credito per consentire agli operatori economici la prosecuzione dell'attività, depongono nel senso della legittimità dei finanziamenti che, in astratto, consentono di restare sul mercato a imprese in crisi ma suscettibili di risanamento.

Come evidenzia la S.C. nella pronuncia citata, anche al di fuori di tali procedure il finanziamento all'impresa in crisi è legittimo qualora sussistano comprovate e ragionevoli prospettive di risanamento e non di aumento del dissesto. L'art. 13, comma 1, lett. m), d.l. liquidità è conforme ai requisiti indicati dalla giurisprudenza, dato che opera *ex ante* una scrematura dei soggetti meritevoli di accedere al credito escludendo le imprese in stato di decozione prima della pandemia, come le imprese con finanziamenti in sofferenza, cioè inadempienti perché in stato di insolvenza o in situazioni equiparabili (cfr. circolare Banca d'Italia n. 272 del 30 luglio 2008).

Sono invece meritevoli di garanzia pubblica le imprese che presentino esposizioni, anche precedenti al 31 gennaio 2020, classificate come inadempienze probabili o esposizioni scadute e/o sconfinanti deteriorate ai sensi dalla parte B), par. 2, della circolare n. 272 del 30 luglio 2008 della Banca d'Italia, purché dette esposizioni alla data della richiesta del finanziamento non siano più classificabili come deteriorate ai sensi dell'art. 47-bis, par. 4, del reg. U.E. n. 575/2013.

Si tratta di imprese che prima della pandemia mantenevano una capacità di adempiere, pur non riuscendo a farlo nei termini (nel caso di esposizioni scadute e/o sconfinanti da oltre 90 giorni) o senza l'escussione delle garanzie (nel caso di esposizioni classificate come inadempienze probabili), ma la cui situazione economico-finanziaria è migliorata *medio tempore* a tal punto che hanno ripreso ad adempiere puntualmente [art. 47-bis, par. 4, lett. c) reg. Ue 575/2013] o l'intermediario ritiene che il miglioramento faccia presumere la restituzione integrale alla scadenza [art. 47-bis, par. 4, lett. b) reg. Ue 575/2013].

Nonostante la linea interpretativa qui condivisa scongiuri ogni responsabilità per abusiva concessione di credito, alla luce dell'ambiguità dell'art. 13, d.l. liquidità sarebbe stato opportuno un intervento del legislatore introduttivo di un'esenzione di responsabilità per gli intermediari (in tal senso v. CIRAOLLO, op. cit., 343) e che fornisse l'interpretazione autentica della normativa emergenziale. Sarebbe stato opportuno chiarire, oltre alla sussistenza o meno di un obbligo a contrarre, l'oggetto della garanzia pubblica, non essendo chiaro se quest'ultima ricomprenda solo l'importo totale del credito o anche gli interessi corrispettivi, trattandosi di contratti naturalmente onerosi.

Purtroppo tale aspetto non sembra essere chiarito dall'emendamento introdotto al d.l. liquidità con l'art. 13, comma 1, d.l. n. 73/2021 (c.d. Sostegni-bis), il quale, abbassando la "copertura" della garanzia al 90% con riferimento ai contratti stipulati a decorrere dal 1° luglio 2021, non specifica quale sia l'oggetto della garanzia.

La presenza di un rischio operativo elevato, quale quello legale, e l'incertezza sulla presenza di un minimo rischio di credito hanno indotto gli intermediari ad un atteggiamento "difensivo" ed a rifiutare nella maggior parte dei casi la concessione dei finanziamenti con garanzia pubblica, frustrando lo scopo del legislatore di salvaguardare il tessuto imprenditoriale italiano tramite una massiccia iniezione di liquidità.

### Bibliografia essenziale

ABBADESSA, voce *Obbligo di far credito*, in *Enc. dir.*, XXIX, Giuffrè, 1979, 529 ss.

CIRAOLLO, *Finanziamenti di piccolo importo assistiti da garanzia pubblica (art. 13, comma 1, lett. m), decreto Liquidità), diniego di credito e responsabilità della banca*, in *Riv. dir. banc.*, 2021, 2, 313

D'AMICO, *Problemi (e limiti) dell'applicazione diretta dei principi costituzionali nel diritto privato (in particolare nei rapporti contrattuali)*, in *Giust. civ.*, 2016, 3, 444

DOLMETTA, *Merito del credito e concessione abusiva. Dopo Cass. 18610/2021*, in [www.diritto-bancario.it](http://www.diritto-bancario.it)

LIACE, *L'arbitro bancario finanziario*, Giappichelli, 2018

- MAZZAMUTO, voce *Mutuo*. II) *Mutuo di scopo*, in *Enc. giur.*, XX, Treccani, 1990
- MINEO, *Il finanziamento agevolato tra legge e contratto*, Giuffrè, 1997
- MODICA, *Concessione "abusiva" di credito ai consumatori*, in *Contr. e impr.*, 2012, 2, 492
- NIGRO, *La responsabilità della banca per concessione abusiva di credito*, in *Giur. comm.*, 1978, I, 2, 219
- NIGRO, *Attività bancaria e vincoli a contrattare delle banche*, in *Foro it.*, 1985, V, 312
- NIRO, *Art. 41*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di Bifulco, Celotto e Olivetti, Utet, 2006, 846
- PERLINGIERI P., *Norme costituzionali e rapporti di diritto civile*, in *Rass. dir. civ.*, 1980, I, 120
- ROSSANO, *La valutazione del merito creditizio nel decreto "liquidità": nota a margine di due ordinanze ex art. 700 c.p.c.*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 2020, II, 3, 128
- TARDIVO, *Finanziamento agrario di "soccorso" ed altre ipotesi di obbligo a contrarre*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2011, 2, 159

# Il diritto di surroga dell'assicuratore nell'ipotesi di concorso di colpa dell'assicurato \*

di ALESSANDRO MACIOCI

Dottore di ricerca  
Sapienza Università di Roma

(CORTE DI CASSAZIONE, sezione terza civile, sent. 21 marzo 2022, n. 9002; Pres. Frasca – Est. Fieconi)

## Abstract

*Lo studio analizza le “dinamiche” giuridiche che conducono ad assolvere la funzione compensativa della responsabilità civile per fatto illecito attraverso l’istituto della surroga dell’assicuratore. La peculiarità del caso in commento si rinviene nella modalità di produzione del danno-evento, scaturito da un concorso di colpa del danneggiato. La sentenza è funzionale a comprendere se, stante il fatto sì descritto, l’assicuratore, dopo aver pagato l’indennità, possa surrogarsi per l’intera somma corrisposta all’assicurato-danneggiato, o soltanto per l’ammontare corrispondente alla quota di danno effettivamente imputabile al danneggiato responsabile dell’evento.*

*The study analyses the legal “dynamics” that lead to fulfilling the compensatory function of civil liability for an unlawful act through the insurer's subrogation. The peculiarity of the case in question is to be found in the way in which the damage-event was produced, arising from a contributory negligence on the part of the injured party. The sentence is used to understand whether, given the event described, the insurer, after paying the indemnity, can subrogate for the entire sum paid to the insured-insured party, or only for the amount corresponding to the share of the damage actually attributable to the damaged party who was jointly responsible for the event.*

**Sommario:** 1. Il caso; 2. Premesse teoriche per la trattazione giuridica del caso; 3. La funzione compensativa della responsabilità civile. Brevi cenni; 4. La *compensatio lucri cum damno*; 5. La surroga dell'assicuratore come effetto automatico del pagamento dell'indennità; 6. I requisiti della *compensatio lucri cum damno*. La regolarità/adequatezza causale; 7. Ancora sui requisiti della *compensatio*. Finalità del risarcimento e dell'indennità corrisposta dall'assicuratore; 8. Ancora sul diritto di surrogazione dell'assicuratore; 9. Il diritto di surroga dell'assicuratore nell'ipotesi in cui vi sia un concorso di colpa del danneggiato-assicurato.

## 1. Il caso

La vicenda trae origine da un sinistro stradale la cui responsabilità è stata ripartita in modo concorrente dal giudice di prime cure: il danneggiante è stato ritenuto responsabile per il 75%, ed il danneggiato, concorrente nella colpa, è stato riconosciuto responsabile per il 25%.

Dal fatto illecito testé descritto, è sorto un credito risarcitorio nella sfera giuridica del danneggiato; l'illecito, tuttavia, costituisce anche il presupposto per l'operare di una

\* Il presente contributo è stato sottoposto a valutazione in forma anonima ed è stato pubblicato in anteprima su rivistapactum.it il 16.5.2022

diversa fattispecie che impone all'INPS di indennizzare, in qualità di assicuratore sociale, il danno subito dal danneggiato.

In seguito al pagamento, l'INPS, esercitando il diritto di surroga previsto dall'articolo 1916 c.c., chiede al danneggiante il pagamento del debito risarcitorio. Questi, tuttavia, eccipisce il concorso di colpa e nega all'ente di previdenza il pagamento dell'esatto ammontare corrisposto dall'INPS al danneggiato.

La vicenda così ricostruita è giunta in Cassazione per violazione degli articoli 1223 e 1916 c.c. ai sensi dell'articolo 360, n. 3, c.p.c., e, segnatamente, per quel che interessa ai fini del presente studio, nella parte in cui il giudice di appello non ha riconosciuto all'INPS il diritto di surroga per l'intera somma da questi pagata al danneggiato, corre-sponsabile nella causazione del danno ai sensi dell'articolo 1227, comma 1, c.c.

## 2. Premesse teoriche per la trattazione giuridica del caso

Invero, la corretta ricostruzione della vicenda abbisogna di alcune premesse teoriche.

Occorre comprendere, infatti, come accordare la funzione compensativa della responsabilità civile, allorché allo schema binario danneggiante-danneggiato si aggiunga un terzo soggetto, assicuratore del danneggiato.

Inoltre, il caso in analisi presenta un ulteriore elemento di complessità costituito dalla presenza del concorso di colpa del danneggiato come causa di riduzione del *quantum* risarcitorio per co-produzione del «danno-evento» ai sensi dell'articolo 1227, comma 1, c.c.

## 3. La funzione compensativa della responsabilità civile. Brevi cenni

La struttura dell'illecito aquiliano delineata dalla norma contenuta nell'art. 2043 c.c., mostra che il diritto al risarcimento del danno ha come presupposto e come limite il cosiddetto danno conseguenza. Non si risarcisce, cioè, la mera lesione della situazione giuridica soggettiva lesa (l'ingiustizia del danno), né la mera perdita economica che prescinde dalla predetta lesione (danno conseguenza). L'art. 2043 richiede, affinché sorga il diritto soggettivo al risarcimento del danno, entrambi i requisiti: danno evento e danno conseguenza [per una visione analitica degli elementi costitutivi della fattispecie normata dall'art. 2043, v. GIOVAGNOLI, *Manuale di diritto civile*, Itaedizioni, 2022, 1705].

In disparte la possibilità di prevedere con legge danni c.d. punitivi [cfr. Cass., sez. un., 5 luglio 2017, n. 16601, in *DeJure*, con nota di F. BENATTI, *Benvenuti danni punitivi...o forse no!*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2017, 5, 575 ss.], il danno conseguenza manifesta come la funzione della responsabilità civile abbia natura compensativa, e non punitiva. Non si tratta di sanzionare il danneggiante, ma di riportare il danneggiato nella medesima curva d'indifferenza in cui si trovava nell'imminenza dell'illecito subito.

La funzione compensativa della responsabilità civile deve accordarsi con i casi in cui il danneggiato benefici, per legge o per stipulazione di un contratto, di un'assicurazione contro i danni, avendo diritto, pertanto, non soltanto al risarcimento del danno al quale è obbligato il danneggiante, ma anche al pagamento dell'indennità da parte dell'assicuratore.

Nel caso appena prospettato ed oggetto della sentenza in commento, sia il diritto al risarcimento del danno che il pagamento dell'indennità hanno il medesimo scopo di rifondere il danneggiato del danno subito.

In tali ipotesi, la funzione compensativa della responsabilità civile può essere garantita soltanto attraverso meccanismi che consentano di ridurre il *quantum* del risarcimento in seguito al pagamento dell'indennità (al fine di evitare che il danneggiato ottenga un'ingiusta locupletazione), e, al contempo, che consentano all'assicuratore di essere surrogato, ex artt. 1203, comma 1, n. 3 e 1916 c.c., nei diritti del creditore, al fine di consentire che il danneggiante-debitore risponda economicamente dell'illecito commesso [HAZAN, *Risarcimento e indennizzo (nella polizza infortuni): cumulo o scorporo*,

in *Danno resp.*, 2014, 10, 912 ss.; IZZO, *La «giustizia» del beneficio. Fra responsabilità civile e welfare del danneggiato*, Editoriale scientifica, 2018, 305].

#### 4. La *compensatio lucri cum damno*

La *compensatio lucri cum damno* è funzionale ad ottenere tale scopo, riportando il sistema in equilibrio attraverso i due meccanismi appena menzionati: la riduzione del risarcimento e la surroga dell'assicuratore nella posizione giuridica del danneggiato.

Si tratta di una fattispecie che nella sua applicazione concreta non è prevista espressamente dalla legge, ma che è stata costruita dalla giurisprudenza con stratificazioni successive. Non v'è dubbio, però, che i valori che sottendono l'applicazione della *compensatio* rinviengano la propria fonte normativa nell'art. 1223 c.c. – richiamato dall'art. 2056 c.c. – che enuncia il principio d'integralità del risarcimento allorché dispone «il risarcimento del danno per l'inadempimento o per il ritardo deve comprendere così la perdita subita dal creditore come il mancato guadagno, in quanto ne siano conseguenza immediata e diretta».

Le note che seguono sono inevitabilmente influenzate dal caso che si vuole commentare, essendo difficile predicare un'applicazione unitaria della «compensazione del guadagno con la perdita». In linea generalissima, può dirsi che essa trova applicazione allorché una medesima condotta produca al contempo diseconomie esterne ed externalità positive. L'eterogeneità di casi che sono avvinti dalla possibilità d'applicazione della *compensatio*, impone, come accennato, di restringere lo spazio di analisi a quei soli casi in cui sono coinvolti tre soggetti: il danneggiante, il danneggiato ed un assicuratore, legale o volontario, del danneggiato.

V'è, dunque, un diritto al risarcimento del danno che sorge in conseguenza del fatto illecito, e che un danneggiato può pretendere da un danneggiante.

Al contempo, il medesimo illecito è anche il presupposto per l'operare di un diverso titolo, di natura legale o contrattuale, che impone, nel caso in commento, ad un ente di previdenza (l'INPS) di corrispondere al medesimo danneggiato un'ulteriore indennità, generando il rischio che il creditore venga ristorato due volte, in spregio alla funzione compensativa della responsabilità civile. Il danneggiato non verrebbe ri-posto su una curva d'indifferenza omogenea a quella in cui giaceva *ante* danno, ma addirittura godrebbe di un'ingiusta locupletazione.

D'altra parte l'esclusiva cura della posizione danneggiato, potrebbe portare il sistema a degenerare in un'altra distorsione. Si pensi all'eventualità in cui l'Istituto di previdenza corrisponda al creditore la somma assicurata, determinando, al fine d'evitare un ingiustificato arricchimento del danneggiato, la riduzione della posta risarcitoria che questi potrà pretendere dal danneggiante. Il debitore, se non vi fosse la surrogazione per pagamento, verrebbe a trovarsi in una situazione singolare, in cui commettere o meno un illecito sarebbe sostanzialmente indifferente – perché non potrebbe subire un'azione di risarcimento del danno dal danneggiato, già ristorato dall'ente di previdenza – determinando il venire meno della funzione deterrente della responsabilità civile [GIOVANNOLI, op. cit., 1790]

L'equilibrio ambito dalla funzione compensativa della responsabilità civile, impone, dunque, di non arricchire *sine causa* il danneggiato e di obbligare il danneggiante al risarcimento nei limiti del «danno-conseguenza» da questi provocato.

Quest'ultima finalità viene raggiunta attraverso l'istituto della surroga disciplinata dall'art. 1916 c.c., attraverso cui l'assicuratore, dopo aver corrisposto l'indennità, subentra nella medesima posizione creditoria del danneggiato e sorta in seguito alla commissione del sinistro. Il nuovo soggetto del rapporto, l'assicuratore, eserciterà il diritto di credito nei confronti del danneggiante riportando il sistema in equilibrio.

Ovviamente il danneggiato, già ristorato dall'assicuratore, non potrà azionare il proprio credito nei confronti del danneggiante, altrimenti questi, dopo aver adempiuto all'assicuratore, si troverebbe a “pagare” due volte subendo le conseguenze d'un danno punitivo in assenza di un'espressa previsione legislativa.

I due rapporti giuridici (danneggiante-danneggiato e assicuratore-assicurato) nati

in base due titoli diversi (responsabilità civile e contratto di assicurazione) vengono composti attraverso l'istituto della surroga.

## 5. La surroga dell'assicuratore come effetto automatico del pagamento dell'indennità

La sentenza affida l'equilibrio del sistema al meccanismo della surroga dell'assicuratore normato dall'articolo 1916 c.c.

È tramite esso che i due rapporti vengono congiunti, e le stesse SS.UU. [Cass., sez. un., 22 maggio 2018, n. 12564-5, in *DeJure*, con nota di NIVARRA, *Le Sezioni unite restituiscono un ordine auspicabilmente definitivo al discorso sulla compensatio lucri cum damno*, in *Resp. civ. e prev.*, 2018, 4, 1160; Cass., sez. un., 22 maggio 2018, n. 12566, in *DeJure*, con nota di BASSO, *Compensatio lucri cum damno e infortunio in itinere: le Sezioni Unite mettono un punto fermo sulla detraibilità della rendita INAIL*, in *Ridare.it*, 21 agosto 2018; Cass., sez. un., 22 maggio 2018, n. 12567, in *DeJure*] non esitano a scrivere di un rapporto trilaterale che deriva, in seguito all'operare della surroga, da due rapporti bilaterali.

La surrogazione per pagamento determina una successione in senso tecnico dal lato attivo del rapporto obbligatorio, e consente al *solvens* d'essere surrogato, nella misura del pagamento espletato (cfr. art. 1205 c.c., in materia di surrogazione parziale), nei diritti che l'originario creditore aveva nei confronti del debitore.

La surrogazione, in altri termini, costituisce, in capo al soggetto surrogato, un diritto eguale e derivato dal diritto del creditore soddisfatto, e assistito dalle stesse garanzie reali e personali [GIOVAGNOLI, op. cit., 693].

Occorre però intendere bene i singoli passaggi che portano a conservare la funzione compensativa della responsabilità civile.

In particolare, ci si chiede perché il danneggiato-creditore, ricevuta l'indennità, non possa azionare il credito risarcitorio avverso il danneggiante-debitore. E se l'assicuratore non esercitasse la surroga? In quest'eventualità impedire di richiedere il credito risarcitorio significherebbe premiare il danneggiante, in spregio alla funzione deterrente della responsabilità civile.

La questione si lascia scomporre in due alternative, oggetto di passato contrasto tra le Sezioni del supremo consesso.

La prima si risolve nel considerare la surroga come effetto non automatico del pagamento dell'indennità, sicché non potrebbe precludersi al danneggiato di richiedere il credito risarcitorio, stante il rischio (per l'appunto) che neanche l'assicuratore eserciti la surroga e che, per l'effetto, il danneggiante non risarcisca alcunché [cfr. *ex multis* Cass., sez. un., 13 marzo 1987, n. 2639; Cass., 23 dicembre 2003, n. 19766].

La seconda [*ex multis*, Cass., 11 giugno 2014, n. 13233 in *DeJure*] sta nel considerare la surroga come effetto automatico del pagamento dell'indennità, che determina l'immediato subentrare (*ex lege* in seguito al pagamento) dell'assicuratore nella medesima posizione giuridica del danneggiato, e che, pertanto, preclude al creditore di azionare il credito risarcitorio in un rapporto del quale egli non è più parte.

Le Sezioni Unite poc'anzi citate [in particolare Cass., sez. un., 22 maggio 2018, n. 12565, in *DeJure*] scelgono la seconda soluzione, muovendo da argomenti di natura diversa, tra cui spicca l'interpretazione sistematica del combinato degli artt. 1916 e 1203, n.5., c.c. Quest'ultimo, nel suo tenore assertivo «la surrogazione ha luogo di diritto (...) negli altri casi stabiliti dalla legge» – tra cui v'è l'art. 1916 c.c. – sembra tradire un'ermeneusi che riconduce l'operare della surroga ad un effetto automatico, non richiedendo la fattispecie il pronunciarsi d'una espressa volontà del surrogato.

Si conclude constatando che il danneggiato che ha ricevuto il pagamento dell'indennità prima di ottenere la refusione del credito risarcitorio, non potrebbe richiedere anche quest'ultimo, perché non è più parte del rapporto giuridico originato dal fatto illecito. In conseguenza dell'automatico operare del pagamento con surrogazione, le nuove parti del rapporto divengono l'assicuratore surrogato ed il danneggiante.

## 6. I requisiti della *compensatio lucri cum damno*. La regolarità/adequatezza causale

La compensazione del vantaggio con il danno, tuttavia, abbisogna di alcuni requisiti per operare.

Occorre innanzitutto che la commissione dell'illecito – da cui sorge il credito risarcitorio – ed il pagamento dell'indennità – la cui fonte si rinviene nella legge o nel contratto di assicurazione – siano avvinti da un rapporto di regolarità/adequatezza causale.

È essenziale che l'accertamento del nesso causale che lega fatto e danno-conseguenza sia il medesimo utilizzato per tra-scegliere i vantaggi da dedurre in *compensatio*.

Le Sezioni Unite testé citate sono state chiamate a comporre un contrasto interpretativo vertente sul significato dei termini “immediatezza” e “direzione”, scelti dal legislatore (art. 1223 c.c.) come parametri di selezione del «danno-conseguenza» risarcibile. In particolare, è sembrato [*ex multis*, Cass., 28 luglio 2005, n. 15822, in *DeJure*] che il vantaggio da scomputare in compensazione non sia avvinto da un rapporto di immediatezza e direzione con il fatto illecito, essendo, al contrario, fatalmente inter-mediato dalla legge o dal contratto di assicurazione

Altrimenti espresso, il credito dell'indennità appare piuttosto un elemento d'una fattispecie complessa la cui fonte è di natura legale o contrattuale.

Lo svolgersi dell'argomento richiede maggiore indugio.

Si è accennato alla causalità giuridica ed alla distinzione con la causalità materiale.

In seguito all'imputazione del fatto illecito al danneggiante attraverso il criterio della causalità materiale, occorre selezionare i danni risarcibili attraverso il criterio della causalità giuridica.

Soccorre l'articolo 1223 c.c. che, richiamato dall'articolo 2056 c.c., introduce nel sistema della responsabilità per fatto illecito i criteri dell'immediatezza e della direzione: «il risarcimento del danno per l'inadempimento o per il ritardo deve comprendere così la perdita subita dal creditore come il mancato guadagno, in quanto ne siano conseguenza immediata e diretta».

Non è questa la sede per ripercorrere l'interpretazione giurisdizionale della «direzione» e dell'«immediatezza»; si vuole piuttosto introdurre il problema che muove la *compensatio*, e cioè ricercare il criterio che affascia ad un tempo vantaggio e danno consentendo lo scomputo.

Con maggiore impegno esplicativo: se il danno risarcibile deve essere in rapporto immediato e diretto con il fatto illecito, quale è il criterio causale per selezionare i vantaggi computabili nel difalco?

Le Sezioni Unite [Cass., sez. un., 22 maggio 2018, nn. 12564-7 in *DeJure*] ammoniscono che il criterio debba essere il medesimo, e rammentano, però, che è difficile rinvenire vantaggi che derivano dal fatto illecito in modo immediato e diretto, ancor più nella fattispecie in commento in cui il lucro e il danno promanano da titoli diversi. I criteri dell'immediatezza e della direzione interpretati nella loro letteralità escluderebbero dalla scena la quasi totalità dei vantaggi, rendendo, di fatto, pressoché impossibile rivivere casi d'applicazione della *compensatio*. È per questa ragione che le Sezioni Unite confermano il più elastico criterio della regolarità causale – per la selezione sia dei danni che dei vantaggi – che non pretende maglie troppo anguste, ma si accontenta di selezionare lucri che non siano del tutto scevri da legami causali con l'illecito, ma che rinvergono, al contrario, nell'illecito la loro regolare produzione giuridica.

Riportando esempi delle stesse Sezioni Unite, sarebbe irrazionale considerare nello scomputo poste ereditarie che il beneficiario guadagna in occasione della morte del *de cuius*, quand'anche essa venga occasionata da un fatto illecito. La morte, infatti, è un evento certo che si sarebbe verificato anche in assenza d'illecito, benché più in là nel tempo. Allo stesso modo, non può introdursi in *compensatio* il vantaggio tratto dal nuovo lavoro del coniuge superstite, che ha deciso d'immettersi nel mondo del lavoro soltanto perché, alla morte del congiunto, si è scoperto sprovvisto di una fonte di reddito. Si tratta di vantaggi che hanno fonte autonoma e che non si predicano in rapporto di regolarità causale con l'illecito. Quest'ultimo è soltanto semmai un coefficiente casuale lontano (e

non prossimo né «normale») della loro produzione, troppo remoto per essere d'improvviso catapultato nell'operazione contabile compensativa. Enuncia Cass., sez. un., 22 maggio 2018, n. 12565 «la sollecitazione a compiere la verifica in tema di assorbimento del beneficio nel danno in base a un test eziologico unitario, secondo il medesimo criterio causale prescelto per dire risarcibili le poste dannose, non possa spingersi fino al punto di attribuire rilevanza a ogni vantaggio indiretto o mediato, perché ciò condurrebbe ad un'eccessiva dilatazione delle poste imputabili al risarcimento, finendo con il considerare il verificarsi stesso del vantaggio un merito da riconoscere al danneggiante».

Per concludere, è da ragionare sull'impossibilità di pretendere che i vantaggi derivino in modo immediato e diretto dall'illecito, interpretando il termine immediatezza secondo il proprio rigore semantico – da *immediatus* (composto di *in* e *mediatus*), che traduce il greco ἄμεσος, e che significa “non ha nulla di interposto”. Tra il fatto ed il lucro, infatti, v'è dell'altro che inter-media, che si pone, cioè, da ponte, unendo: la legge o il contratto.

Ragionamento analogo si guadagna scrutando l'etimologia del termine «diretto», participio passato di dirigere, composto latino di *di* e *regere* (guidare), che sembra esprimere il volgere verso una mèta, senza soste intermedie, e che, dunque, mal si attaglia alla selezione di un lucro che passa per la «sosta» della legge o del contratto.

Allo stesso tempo, però, occorre non estendere in modo irragionevole l'area del diffalco, prendendo in considerazione lucri collegati con il fatto illecito attraverso coefficienti causali assai remoti, e che, al contrario, traggono la loro origine diretta da impulsi riconducibili all'opera diretta del danneggiato (e non del danneggiante), meritando, dunque, d'essere cumulati con il risarcimento.

Il criterio mediano scelto dalle SS.UU. per vagliare i danni da risarcire ed i guadagni da scomputare è l'adeguatezza causale.

## **7. Ancora sui requisiti della *compensatio*. Finalità del risarcimento e dell'indennità corrisposta dall'assicuratore**

Non può esservi *compensatio* in un rapporto triadico se la prestazione fonte del lucro (nel caso in commento: l'indennità) e l'obbligazione risarcitoria non svolgono la medesima funzione di rimuovere gli effetti negativi del danno, e di riportare, dunque, il danneggiato nella medesima curva d'indifferenza in cui si trovava prima della commissione dell'illecito [RODOLFI, *Applicabilità e limiti del principio della c.d. compensatio lucri cum damno*, in *Ridare.it*, 29 maggio 2018]. Affinché, cioè, operi il diffalco tra l'indennità erogata dall'assicuratore ed il risarcimento dovuto dal danneggiante, è necessario che il vantaggio (l'indennità) sia causalmente giustificato in funzione di rimozione dell'effetto dannoso dell'illecito.

Viceversa, non è logicamente tollerabile uno scomputo tra un credito di natura previdenziale ed un credito il cui senso sta nel risarcimento del danno, perché in tal caso il lucro ed il danno non svolgerebbero la medesima funzione, non essendo il lucro funzionale a ristorare le conseguenze economiche negative prodotte dal danno [BELLISARIO, *Compensatio lucri cum damno: il responso delle Sezioni Unite*, in *Danno resp.*, 2018, 4, 438; CHIRIATTI, *La pensione di reversibilità non dev'essere detratta dal risarcimento del danno patrimoniale patito dal superstite*, in *Ridare.it*, 18 giugno 2018; R. PARDOLESI, *Assicurazione e responsabilità civile, risarcimento più indennizzo: troppa grazia? Modelli a confronto*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, 10, 1487; C. SCOGNAMIGLIO, *Le Sezioni Unite e la compensatio lucri cum damno: un altro tassello nella costruzione del sistema della responsabilità civile e delle sue funzioni*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, 10, 1492].

In questo orizzonte orientativo si stagliano le sentenze delle Sezioni Unite poc'anzi citate che, invero, introducono un elemento di assoluta novità allorché pretendono di rinvenire la funzione teleologica del credito (previdenziale o risarcitoria) dalla presenza, o meno, di una norma che consenta il diritto di surroga dell'assicuratore nei diritti del creditore avverso il danneggiante.

L'espressa previsione della surroga, si argomenta, è il segno della *voluntas legis*

d'unire i due rapporti, e, dunque, di applicare i principi della *compensatio*. Se ne inferisce, che se non v'è surroga, il «vantaggio» non dovrebbe avere funzione risarcitoria, non dovrebbe esservi *compensatio*, ed il creditore potrebbe raddoppiare la propria posta di credito.

Sembra, perciò, che la funzione *lato sensu* risarcitoria del credito fonte del «vantaggio» – ed il conseguente operare della *compensatio* – non dipenda da valutazioni ermeneutiche, ma da un'espressa previsione legislativa.

In disparte la correttezza della conclusione, si accenna che il sistema sì congegnato rischia di invertire le conclusioni di precedenti storiche pronunce giurisprudenziali [si vedano, *ex plurimis*, Cass., 19 gennaio 2007, n. 1183, in *DeJure*; Cass., 8 febbraio 2012, n. 1781, in *DeJure*; Cass., sez. un., 6 maggio 2015, n. 9100, in *DeJure*; Cass., sez. un., 22 luglio 2015, n. 15350, in *DeJure*; Cass., sez. un., 5 luglio 2017, n. 16601, in *DeJure*] che assegnano alla funzione compensativa della responsabilità civile – ottenuta con l'applicazione della *compensatio* – il ruolo di principio generale. Se, infatti, v'è *compensatio* solo se v'è l'espressa menzione normativa di un meccanismo di surrogazione per pagamento, la compensazione da regola sembra divenire eccezione [VILLA, *Brevi annotazioni al confine tra compensatio e autonomia privata*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, 10, 1499].

## 8. Ancora sul diritto di surrogazione dell'assicuratore

L'equilibrio del sistema passa, dunque, attraverso l'esercizio del diritto di surrogazione da parte dell'assicuratore. Dispone l'art. 1916 c.c. che «l'assicuratore che ha pagato l'indennità è surrogato, fino alla concorrenza dell'ammontare di essa, nei diritti dell'assicurato verso i terzi responsabili».

Nel par. 3.2 della sentenza in commento si legge che «la Corte di Cassazione, con la sentenza del 23 giugno 2021, n. 17966, ha ribadito che l'istituto della surroga consiste nella sostituzione di un terzo nei diritti del creditore e non permette, pertanto, che il surrogato goda di prerogative superiori a quelle proprie del creditore, cui si sostituisce. Trattasi di successione a titolo particolare nel rapporto obbligatorio, dal lato attivo, il quale non muta a causa della surrogazione».

Può dirsi, pertanto, che il diritto di surrogazione dell'assicuratore rinviene le proprie *rationes* di sistema nel principio indennitario e nel principio secondo il quale il responsabile del danno deve sopportare le conseguenze dell'illecito commesso.

Secondo il primo – che ovviamente involge la sola assicurazione contro i danni (cfr. art. 1905 c.c.) – l'obbligo dell'assicuratore di pagare l'indennità sorge soltanto se si verificherà il sinistro dedotto in contratto, e soltanto nell'esatta misura del danno prodotto dal sinistro (cfr. artt. 1909 e 1910 c.c.).

Per il secondo, la responsabilità civile deve svolgere una funzione deterrente, non potendo consentirsi al danneggiante d'essere indifferente all'alternativa se provocare, o meno, il fatto illecito.

## 9. Il diritto di surroga dell'assicuratore nell'ipotesi in cui vi sia un concorso di colpa del danneggiato-assicurato

L'articolo 1227 c.c. – richiamato dal primo comma dell'articolo 2056 c.c. – disciplina il fatto colposo del creditore, disponendo, al primo comma, che «se il fatto colposo del creditore ha concorso a cagionare il danno, il risarcimento è diminuito secondo la gravità della colpa e l'entità delle conseguenze che ne sono derivate».

Si tratta della medesima *ratio* che governa la disposizione dell'art. 2055 c.c., applicata, però, al caso in cui non vi siano più condebitori tenuti in solido, ma soltanto un creditore che per una quota di colpa è corresponsabile del danno che ha subito.

Il caso deciso dalla sentenza in commento trae origine da un sinistro stradale in cui il danneggiato è stato ritenuto corresponsabile al 25%. La quota di colpa del creditore

determina una corrispondente riduzione della responsabilità del danneggiante, e fatalmente conduce ad una deduzione in pari percentuale del *quantum* risarcitorio.

Questo scenario fattuale deve armonizzarsi con la circostanza che rende peculiare il caso in commento, costituita dalla presenza di un assicuratore sociale che in forza del summenzionato principio indennitario ha indennizzato l'intero danno, non tenendo in conto il concorso di colpa del danneggiato.

S'intuisce subito che anche in questo caso il sistema necessita di tornare in equilibrio, stante la presenza del rischio che il creditore riceva una somma di denaro eccedente il *quantum* risarcitorio dovuto dal danneggiante, perché non considerevole della quota di concorso di colpa del danneggiato nella produzione del danno-evento.

Esemplificando con numeri puri, se il danno è 100 ed il danneggiato è corresponsabile per 25, qualora questi ricevesse 100 di indennità, verrebbe posto su una curva di indifferenza più alta di quel che gli spetta, perché non sarebbe tenuto in conto che egli ha concorso, per sua colpa, alla produzione del danno-evento per la quota di 25.

Anche la posizione dell'assicuratore sociale emerge incerta. Occorre chiedersi se questi, dopo aver indennizzato tutto il danno ed essersi surrogato al creditore, possa chiedere al danneggiante quanto ha "pagato" (l'intero danno) oppure se la surroga sia confinata ad un ammontare delimitato dalla quota di colpa del danneggiato.

In altri termini: se non si consente all'assicuratore sociale di surrogarsi per l'intero, questi subisce una perdita di difficile senso. Ma se gli si consente la surroga per intero, il danneggiante risponde oltre la propria responsabilità, entrando in una logica dalle apparenze sanzionatorie, pur in assenza di un'espressa previsione di legge.

L'insolubilità del caso è soltanto fittizia, trovando la propria composizione nel principio di diritto enunciato dal paragrafo 3.4 della sentenza in commento: «nel caso di concorso di colpa fra l'infortunato che abbia usufruito del trattamento assistenziale di un ente previdenziale quale l'INPS e il terzo responsabile dell'illecito, l'ente che agisce nei confronti di quest'ultimo in surrogazione dell'assistito ha diritto di ottenere l'intero ammontare delle prestazioni erogate, non decurtato, cioè, della quota riferibile al concorso di colpa, il quale opera, invece, come limite massimo della rivalsa, nel senso che questa non può mai superare la somma complessivamente dovuta dall'autore del danno per effetto del concorso di colpa del danneggiato» [fra le tante: Cass., 11 maggio 2007, n. 10834, in *DeJure*; Cass., 16 novembre 1999, n. 12686, in *DeJure*]

E più chiaramente nel 3.5: «il diritto dell'assicuratore che agisca in surrogazione nei confronti del terzo responsabile è sottoposto al duplice limite del danno effettivamente da questi causato all'assicurato, da una parte, e dell'ammontare dell'indennizzo pagato dall'assicuratore, dall'altro; ne consegue che, nei casi di concorso di colpa della vittima nella produzione dell'evento, per stabilire il limite della surrogazione la riduzione per il concorso di colpa dell'assicurato va defalcata dal risarcimento globalmente dovuto dal responsabile, e non dall'indennità corrisposta dall'assicuratore e per il cui recupero l'assicuratore medesimo agisca in surrogazione; e tanto con l'effetto che l'assicuratore può pretendere dal responsabile, a titolo di surrogazione, la minor somma tra l'entità dell'indennizzo concretamente corrisposto all'assicurato e l'entità del risarcimento concretamente dovuto dal responsabile, già al netto della riduzione ascritta al concorso di colpa del danneggiato».

I rischi di *over compensation* del danneggiato e di infliggere un danno punitivo al danneggiante in assenza di un'espressa previsione di legge, vengono risolti attraverso l'istituto della surroga, ancorato al criterio della minor somma. L'ente surrogato ha diritto a riavere l'intero indennizzato ma non può chiedere al debitore più del danno da questi provocato. Per l'eccedenza dovrà rivolgersi all'assicurato che ha ricevuto dall'assicuratore sociale un'indennità che esubera i confini del danno subito; l'ente di previdenza, infatti, non ha considerato che il danno è stato prodotto anche per colpa del danneggiato, la cui quota di responsabilità va, per l'effetto, defalcata dal risarcimento al quale è obbligato il danneggiante.

È utile esemplificare il principio di diritto appena enunciato con un semplice esempio numerico. Si supponga che il danno subito dal danneggiato sia pari 100; che il danno, tuttavia, sia scaturito anche a causa di un concorso di colpa del danneggiato stesso (art.

1227, comma 1, c.c.) per una quota di corresponsabilità pari a 25; che l'assicuratore del danneggiato, però, non abbia pagato un'indennità pari a 75 (100-25) ma uguale a 100, cioè all'intero danno.

È in questo momento dell'analisi che si staglia il quesito di diritto risolto dalla sentenza in commento: l'assicuratore sociale, agendo in surroga e divenendo il nuovo creditore, può agire nei confronti del danneggiante per 100 (l'intera indennità pagata al danneggiato) o per 75 (il solo danno che il danneggiante deve risarcire in considerazione della presenza d'una quota di concorso di colpa del danneggiato)? La risposta è: la minor somma tra 100 e 75: dunque, 75. Non è possibile, infatti, chiedere al danneggiante di risarcire una somma eccessiva rispetto al danno che ha prodotto per sua responsabilità, altrimenti questi si accollerebbe un danno «punitivo» in assenza di una espressa previsione di legge [Cass., sez. un., 5 luglio 2017, n. 16601, cit.]. E dunque, i 25 che l'assicuratore sociale ha pagato in più non potranno che essere richiesti al danneggiato, il quale, ricevendo 100 dall'ente di previdenza, si è giovato di un lucro maggiore, eccessivo, perché il danno-evento che ha subito è stato co-prodotto, per la quota di 25, anche per sua responsabilità.

Al contrario – e sempre in ipotesi di concorso di colpa del danneggiato nella produzione del «danno-evento» – se l'indennità pagata dall'assicuratore fosse inferiore rispetto all'ammontare del risarcimento dovuto dal danneggiante, l'assicuratore, agendo in surroga, diverrebbe un nuovo creditore del danneggiante per una somma esattamente uguale all'indennità pagata all'assicurato.

Concludendo, non è possibile dedurre dall'indennità pagata dall'assicuratore la quota di concorso di colpa del danneggiato. L'ammontare del credito per il quale si agisce in surrogazione è esattamente uguale all'indennità pagata dall'assicuratore. Ma non si può pretendere che esso venga corrisposto totalmente dal solo danneggiante se il danno da questi prodotto è inferiore all'indennità corrisposta dall'ente di previdenza.

### Bibliografia essenziale

BASSO, *Compensatio lucri cum danno e infortunio in itinere: le Sezioni Unite mettono un punto fermo sulla detraibilità della rendita INAIL*, in *Ridare.it*, 21 agosto 2018

BELLISARIO, *Compensatio lucri cum danno: il responso delle Sezioni Unite*, in *Danno resp.*, 2018, 4, 438

BENATTI F., *Benvenuti danni punitivi...o forse no!*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2017, 5, 575

CHIRIATTI, *La pensione di reversibilità non dev'essere detratta dal risarcimento del danno patrimoniale patito dal superstite*, in *Ridare.it*, 18 giugno 2018

GIOVAGNOLI, *Manuale di diritto civile*, Itaedizioni, 2022

HAZAN, *Risarcimento e indennizzo (nella polizza infortuni): cumulo o scorporo*, in *Danno resp.*, 2014, 10, 912

IZZO, *La «giustizia» del beneficio. Fra responsabilità civile e welfare del danneggiato*, Editoriale scientifica, 2018

NIVARRA, *Le sezioni Unite restituiscono un ordine auspicabilmente definitivo al discorso sulla compensatio lucri cum danno*, in *Resp. civ. e prev.*, 2018, 4, 1160

PARDOLESI R., *Assicurazione e responsabilità civile, risarcimento più indennizzo: troppa grazia? Modelli a confronto*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, 10, 1487

RODOLFI, *Applicabilità e limiti del principio della c.d. compensatio lucri cum danno*, in *Ridare.it*, 29 maggio 2018

SCOGNAMIGLIO C., *Le Sezioni Unite e la compensatio lucri cum danno: un altro tassello nella costruzione del sistema della responsabilità civile e delle sue funzioni*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, 10, 1492

VILLA, *Brevi annotazioni al confine tra compensatio e autonomia privata*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, 10, 1499

**NUOVE TECNOLOGIE**

# La responsabilità di *Booking* per la prenotazione in “struttura fantasma” \*

di MATTEO DE PAMPHILIS

Dottore di ricerca e professore a contratto  
Università di Bologna

(TRIBUNALE DI MODENA, sent. 5 ottobre 2021, est. Russo)

## Abstract

*Secondo la decisione in commento, l’intermediazione offerta professionalmente agli utenti del sito Booking.com comporta l’attribuzione in capo a Booking delle obbligazioni afferenti al contratto di mediazione, essendo tale fattispecie maggiormente aderente allo schema negoziale adottato dalla piattaforma predetta. Conseguentemente, Booking è responsabile nei confronti degli utenti dei pregiudizi patiti da questi ultimi per il mancato controllo della effettiva operatività della struttura consigliata e per la mancata condivisione di informazioni e circostanze delle quali avrebbe potuto essere a conoscenza usando la dovuta diligenza.*

*According to the commented decision, the intermediation offered professionally to the users of the Booking.com website involves the attribution to Booking of the obligations relating to a mediation contract, as this contractual model is more adherent to that used by the online platform. Consequently, Booking is responsible for the damages suffered by users for its failure to control the actual functioning of the recommended structure and for the failure to share information and circumstances of which – using due diligence – it could have been aware of.*

**Sommario:** 1. La vicenda e le questioni preliminari; 2. Prenotazione online di soggiorni in strutture ricettive e contratto di mediazione; 3. La tutela risarcitoria degli utilizzatori in caso di struttura non operativa.

## 1. La vicenda e le questioni preliminari

Il giudizio definito, in primo grado, con la decisione in commento [già edita in *www.giuraemilia.it*] è stato promosso da nove attori, persone fisiche, nei confronti di *Booking*, nota piattaforma online di prenotazioni in strutture ricettive [nella prospettiva degli strumenti di ADR applicati al settore, v. invece CASABONA, *Intermediazione digitale e composizione delle controversie: dall’“alternative dispute resolution” all’“alien dispute resolution”*, in *Dir. inf.*, 2017, 3, 497].

Gli attori, tramite il portale *Booking*, avevano prenotato – con circa sei mesi di anticipo – un soggiorno in una struttura ricettiva sull’isola di Formentera. All’approssimarsi delle date di soggiorno, *Booking* aveva comunicato la cancellazione della prenotazione [sullo speculare problema del recesso del turista, cfr. AMBROSINI, *Il recesso del turista*, in *Riv. dir. nav.*, 2014, 1, 249] e gli attori, autonomamente, avevano accertato che

\* Il presente contributo è stato sottoposto a valutazione in forma anonima ed è stato pubblicato in anteprima su *rivistapactum.it* il 9.5.2022

tale cancellazione era stata determinata dall'inesistenza della struttura prenotata. Conseguentemente, i nove avevano dovuto prenotare in tutta fretta un nuovo soggiorno, pagando un prezzo significativamente maggiore e affrontando le difficoltà derivanti dalla necessità di far combaciare le date della nuova prenotazione con quelle dei biglietti aerei già acquistati.

In giudizio, questi ultimi hanno pertanto chiesto il risarcimento del danno patrimoniale, quantificato nella differenza di prezzo tra la nuova prenotazione e quella originaria presso la "struttura fantasma", nonché del danno non patrimoniale derivante dallo stress seguito alla cancellazione della prenotazione.

La citazione è stata notificata tanto alla società "madre" di diritto olandese, *Booking International B.V.*, quanto alla sussidiaria italiana *Booking Italia s.r.l.*

Costituendosi in giudizio, la prima ha eccepito la carenza di giurisdizione del giudice italiano, la seconda il proprio difetto di legittimazione passiva, quale mera domiciliataria della società olandese.

L'eccezione di difetto di legittimazione passiva di *Booking Italia s.r.l.* è stata accolta dal Tribunale, in applicazione dell'art. 17, comma 2, del reg. U.E. 12 dicembre 2012, n. 1215 del Parlamento europeo e del Consiglio, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale. A mente della richiamata previsione, «qualora la controparte del consumatore non abbia il proprio domicilio in uno Stato membro ma possieda una succursale, un'agenzia o qualsiasi altra sede d'attività in uno Stato membro, essa è considerata, per le controversie relative al loro esercizio, come avente domicilio in quest'ultimo Stato membro». La succursale italiana non può, dunque, considerarsi parte sostanziale del procedimento, ma mero domicilio della controparte dei consumatori, che è e resta la società "madre" di diritto olandese.

Al contrario, il Tribunale ha rigettato l'eccezione di difetto di giurisdizione del giudice italiano sollevata dalla convenuta olandese in relazione all'art. 11 delle condizioni generali di contratto di Booking, ai sensi del quale il rapporto risulterebbe regolato dalla legge olandese e «qualsiasi controversia derivante da questi termini e condizioni generali e dai nostri servizi dovrà essere sottoposta esclusivamente ai tribunali competenti di Amsterdam, nei Paesi Bassi» (occorre in proposito rilevare che, consultando le condizioni attualmente pubblicate sul sito *Booking.com*, tale previsione risulta seguita da alcune precisazioni, maggiormente consapevoli dei diritti che la legislazione di stampo europeo riserva in favore dei consumatori).

In ogni caso, il giudice modenese ha ritenuto la richiamata clausola nulla – in primo luogo – per contrasto con le norme imperative di cui al richiamato art. 17, paragrafo 2, reg. U.E. n. 1215/2012, e al successivo art. 18, paragrafo 1, ai sensi del quale «l'azione del consumatore contro l'altra parte del contratto può essere proposta davanti alle autorità giurisdizionali dello Stato membro in cui è domiciliata tale parte o, indipendentemente dal domicilio dell'altra parte, davanti alle autorità giurisdizionali del luogo in cui è domiciliato il consumatore». Più in particolare, il Tribunale ha richiamato il disposto dell'art. 25 del medesimo regolamento, che ammette deroghe negoziali alle norme sulla competenza, purché pattuite in conformità alle ulteriori previsioni di cui agli artt. 15, 19 e 23 del regolamento, che indirizzano tale facoltà di deroga in senso più favorevole al consumatore.

In secondo luogo, il giudice ha qualificato la clausola in discorso come vessatoria *ex art. 3, dir. 93/13/CEE* del Consiglio, del 5 aprile 1993, concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori. In proposito, merita di essere precisato che, ai sensi dell'art. 33, comma 2, lett. u), del codice del consumo (di cui al d. lgs. 6 settembre

2005, n. 206), la clausola che abbia l'effetto di «stabilire come sede del foro competente sulle controversie località diversa da quella di residenza o domicilio elettivo del consumatore» si presume vessatoria sino a prova contraria, che il professionista può fornire principalmente dimostrando che «le clausole o gli elementi di clausola (...) siano stati oggetto di trattativa individuale».

Trattativa individuale che, nelle ipotesi analoghe al caso di specie, non ricorre, essendo l'utente-consumatore chiamato ad accettare "in blocco" le condizioni generali di contratto predisposte unilateralmente dalla piattaforma. A ciò, il Tribunale ha aggiunto una considerazione di analisi economica del diritto, per evidenziare lo squilibrio derivante dalla clausola di deroga del foro: va infatti tenuta a mente «l'esigenza di tutela del consumatore considerato che i diritti di credito che i clienti vantano verso *Booking.com* consistono sovente in richieste di somme di lieve entità che divengono difficilmente esercitabili davanti ad autorità giudiziarie straniere avuto riguardo agli elevati costi processuali».

Del pari, la clausola è stata reputata inefficace nella parte in cui indicava nella legge olandese quella applicabile al rapporto, alla luce di quanto previsto dall'art. 6, paragrafi 1 e 2, reg. U.E. 17 giugno 2008, n. 593 del Parlamento europeo e del Consiglio, sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (Roma I), il quale fissa il criterio generale dell'applicabilità al rapporto della legge del paese di residenza abituale del consumatore, prevedendo che le eventuali deroghe pattizie non possano determinare una tutela inferiore per il consumatore stesso. In relazione a ciò, la stessa Corte di Giustizia dell'Unione Europea ha chiarito che – ai fini della validità della clausola di deroga pattizia alla legge applicabile al rapporto – questa deve contenere l'informativa al consumatore della possibilità di fare comunque affidamento sulla tutela garantita ai sensi del menzionato art. 6, paragrafo 2, reg. Roma I [C. giust., sez. III, 28 luglio 2016, n. 191, in *Rass. dir. farm.*, 2016, 5, 1198].

In conseguenza di quanto osservato, il Tribunale ha potuto preliminarmente dichiarare la propria competenza a decidere nel merito la vertenza, secondo la legge italiana.

## **2. Prenotazione *online* di soggiorni in strutture ricettive e contratto di mediazione**

Nell'affrontare il merito della decisione, il Tribunale ha dovuto misurarsi con la struttura trilaterale del rapporto intercorrente tra l'utente-consumatore, la struttura ricettiva e la piattaforma di prenotazione online [*amplius*, sul tema, cfr. MOLLO, *La responsabilità del provider al tempo dei social network (a un ventennio dalla direttiva sul commercio elettronico)*, in *Cyberspazio e dir.*, 2019, 3, 415; COLANGELO e ZENO-ZENCOVICH, *La intermediazione on-line e la disciplina della concorrenza: i servizi di viaggio, soggiorno e svago*, in *Dir. inf.*, 2015, 1, 43; e, nella prospettiva antitrust, GALLI, *La nullità della clausola "MFN" nei contratti tra agenzie di intermediazione telematiche e imprese alberghiere (art. 1, comma 166, l. 4 agosto 2017, n. 124)*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2018, 6, 1387; MANCA, *The online hotel booking monitoring exercise*, in *Antitrust & Public Policies*, 2018, 5, 71; CIPOLLA, *Hotel online booking sector: the commitments of "Booking" and the most favored nation clauses. A case conducted in cooperation with other national competition authorities*, *ivi*, 2015, 3, 175]. Per meglio comprendere tale strutturazione della relazione negoziale complessa, è opportuno fare riferimento all'art. 1 delle vigenti condizioni generali di contratto pubblicate da *Booking*.

In tale sede, con un linguaggio diretto, rivolto in termini colloquiali all'utente, si

legge «noi (...) forniamo una piattaforma online che consente ai Fornitori di Viaggi di pubblicizzare, commercializzare, vendere, promuovere e/o offrire (dove applicabile) i propri prodotti e servizi per l'ordine, l'acquisto, la prenotazione e il noleggio, e ai visitatori della Piattaforma di scoprire, cercare, confrontare ed effettuare un ordine, una prenotazione, un acquisto o un pagamento (per es. il Servizio di Viaggi). Attraverso l'uso o l'utilizzo del Servizio di Viaggi (per es. effettuando una Prenotazione del Viaggio attraverso il Servizio di Viaggi), *instaurerai un rapporto contrattuale diretto* (vincolante in termini legali) *con il Fornitore di Viaggi presso il quale hai effettuato la prenotazione del prodotto o del servizio (dove applicabile)*. Dal momento della suddetta Prenotazione del Viaggio, *noi faremo esclusivamente da intermediari* tra te e il Fornitore di Viaggi (...). Nel prestare il nostro Servizio di Viaggi, divulghiamo i dati che ci sono stati forniti dai Fornitori di Viaggi (...). Sebbene prestiamo il nostro Servizio di Viaggi con diligenza e attenzione, *non siamo in grado di verificare e garantire l'accuratezza, la completezza e la correttezza delle informazioni, né possiamo essere ritenuti responsabili per qualsiasi errore* (inclusi quelli manifesti e di battitura), interruzione del servizio (che sia dovuta a guasto anche temporaneo e/o parziale, alla riparazione, all'upgrade o alla manutenzione della Piattaforma o altro), *informazione imprecisa, fuorviante o falsa o un suo mancato recapito*. Ogni Fornitore di Viaggi è responsabile in qualsiasi momento dell'accuratezza, della completezza e della correttezza delle informazioni (anche descrittive), tra cui tariffe/costi/prezzi, le norme e le condizioni, e la disponibilità, visualizzate sulla nostra Piattaforma» (enfasi aggiunta).

L'esame di tale previsione consente di comprendere meglio la difesa svolta da *Booking* nel giudizio, ove la stessa si è qualificata come *hosting provider*, ovvero quale soggetto che svolge una mera attività di memorizzazione di informazioni fornite da un destinatario del servizio, secondo la definizione di cui all'art. 14, dir. 2000/31/CE del Parlamento europeo e del Consiglio dell'8 giugno 2000 relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico, nel mercato interno (c.d. «Direttiva sul commercio elettronico»), senza dunque ingerirsi nella relazione negoziale instaurata tra utente-consumatore e struttura ricettiva [sulla quale, v. TRIPODI, *Il contratto di albergo. Elementi generali e profili tutelari*, in *Discip. comm. e serv.*, 2020, 4, 45; QUARTA, *La conclusione del contratto di albergo per via telematica: pagamento anticipato e revoca della prenotazione*, in *Danno resp.*, 2020, 2, 243]. Secondo *Booking*, entro tale ultima relazione andrebbero confinate le censure di responsabilità per i danni cagionati agli attori in virtù dell'indisponibilità della struttura prenotata.

Tale ricostruzione non è stata condivisa dal giudice estensore della sentenza in commento, ancora una volta muovendo dall'accertamento della vessatorietà della previsione di cui al citato art. 1 delle condizioni generali di contratto. Secondo il Tribunale, infatti, la formulazione di tale previsione ha quale sostanziale effetto quello di sgravare pressoché integralmente la piattaforma da ogni responsabilità nel rapporto con l'utente, a tutto vantaggio della parte professionale della relazione negoziale, così aggravando particolarmente la posizione del consumatore, costretto a una defatigante ricerca della propria controparte giudiziale, verso la quale indirizzare le pretese risarcitorie. Sempre la predetta clausola, poi, ha l'effetto di sminuire oltremodo l'apporto concreto fornito da *Booking* nell'instaurazione del rapporto tra il consumatore e la struttura ricettiva.

Nel qualificare la clausola in discorso come vessatoria, il giudice ha fatto riferimento sia alla previsione di cui all'art. 33, comma 2, lett. a), cod. cons., concernente le clausole che producono l'effetto di «escludere o limitare la responsabilità del professionista in caso di morte o danno alla persona del consumatore, risultante da un fatto o da

un'omissione del professionista», sia a quella di cui alla successiva lett. b), che reputa vessatorie le clausole mediante le quali si pervenga a «escludere o limitare le azioni o i diritti del consumatore nei confronti del professionista o di un'altra parte in caso di inadempimento totale o parziale o di adempimento inesatto da parte del professionista».

Così rimossi i vincoli potenzialmente derivanti, tanto sul piano sostanziale quanto su quello processuale, dalla clausole generali di contratto, il Tribunale ha potuto affrontare la questione della responsabilità della piattaforma di prenotazioni online e lo ha fatto qualificando il “rimodellato” rapporto negoziale tra le parti alla stregua di quello emergente dalla stipula di un contratto di mediazione ovvero dal semplice incontro tra cliente e mediatore [GOIONE, *Obblighi informativi e responsabilità del mediatore*, in *Danno resp.*, 2016, 3, 293], secondo la dottrina del contatto sociale qualificato [C. SCOGNAMILGIO, *Il contatto sociale qualificato (ri)approda in Cassazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, 5, 1160; GALLO, *Quale futuro per il contatto sociale in Italia?*, *ivi*, 2017, 12, 1759; TRAVAGLINO, *La responsabilità contrattuale tra tradizione e innovazione*, in *Resp. civ. e prev.*, 2016, 1, 75]. In altri termini, il giudice modenese ha inteso verificare se il danno lamentato dagli attori per la cancellazione improvvisa della prenotazione effettuata potesse ritenersi cagionato da una condotta responsabile della piattaforma, concretizzatasi nel mancato controllo della effettiva operatività della struttura consigliata, ovvero nel tacere informazioni e circostanze delle quali avrebbe potuto essere a conoscenza usando la dovuta diligenza.

In tale prospettiva, il Tribunale ha individuato un inadempimento imputabile a Booking in relazione al combinato disposto degli artt. 1176, comma 2, c.c. (il quale, come noto, circoscrive il parametro della c.d. diligenza professionale qualificata) e l'art. 1759, comma 1, c.c., ai sensi del quale il mediatore deve comunicare alle parti le circostanze a lui note, relative alla valutazione e alla sicurezza dell'affare, che possano influire sulla conclusione di esso. In adempimento di tale obbligo, secondo la decisione annotata, *Booking* avrebbe dovuto (i) controllare i requisiti minimi della struttura pubblicizzata; (ii) verificare la correttezza dei recapiti forniti dalla struttura; (iii) verificare l'effettiva esistenza della struttura e la sua accessibilità alle condizioni pubblicizzate; (iv) accertare la veridicità dei dati caricati sul sito; (v) informare i consumatori circa la reale motivazione della cancellazione della prenotazione.

Si tratta di oneri significativi se presi in esame alla luce del funzionamento di simili piattaforme di prenotazione online, le quali fanno leva proprio su di un elevato grado di disintermediazione per contenere (soprattutto nella prospettiva degli utenti) i costi del servizio. Per altri versi, è necessario considerare – come peraltro rilevato dal Tribunale – che piattaforme come *Booking.com* gestiscono altresì la corrispondenza tra i clienti e le strutture, di fatto rendendo più difficile per l'utente intrattenere contatti diretti con la struttura presso la quale si sia effettuata la prenotazione. In questo contesto, se è vero che, da un lato, l'imposizione di precisi obblighi di verifica e affidabilità in capo alla piattaforma potrebbero tradursi in un aumento del costo del servizio per gli utenti (consumatori e professionisti), va dall'altro lato riconosciuto che la necessità di garantire un'adeguata tutela alla parte debole del rapporto negoziale suggerisce di delineare regole di responsabilità utili a porre il costo dei disservizi sulle spalle dell'operatore professionale (nel nostro caso, la piattaforma), non solo poiché dotato di una “tasca profonda”, ma anche in quanto capace di redistribuire tali costi, socializzandoli, tra i propri utenti [sulle tecniche di ripartizione dei costi degli incidenti, merita di essere richiamato il fondamentale contributo di CALABRESI, *Costo degli incidenti e responsabilità civile*, ristampa inalterata con presentazione di AL MUREDEN, Giuffrè, 2015 (ed. orig. Giuffrè, 1975)].

### 3. La tutela risarcitoria degli utilizzatori in caso di struttura non operativa

Accertata nei termini sopra sintetizzati la responsabilità di *Booking* nei confronti degli attori, il Tribunale ha liquidato in favore di questi ultimi sia il danno patrimoniale, sia quello non patrimoniale.

Con riguardo alla prima voce di danno, la quantificazione è stata operata all'esito di un raffronto tra il prezzo della prenotazione presso la "struttura fantasma" (euro 4.200,00) e quello della prenotazione effettuata nell'imminenza della partenza (euro 8.000,00), per un pregiudizio complessivo di euro 3.800,00 da ricondursi all'inadempimento di *Booking* in via immediata e diretta.

Quanto, invece, al danno non patrimoniale, questo è stato quantificato in via equitativa. Infatti, secondo l'insegnamento della Cassazione [Cass., 11 maggio 2012, n. 7256, in *Dir. maritt.*, 2013, 2, 445, in *Mass. Giust. civ.*, 2012, 5, 585; in *Giust. civ.*, 2012, 1, 2018; in *Vita not.*, 2012, 3, 1400], è sì vero che, nell'ambito del danno per vacanza rovinata per il caso di inadempimento o inesatta esecuzione delle prestazioni che formano oggetto di un pacchetto turistico la richiesta di risarcimento di danni non patrimoniali per disagi e fastidi da qualificarsi minimi, avuto presente la causa in concreto del contratto, contrasterebbe con i principi di correttezza e buona fede e di contemperamento dei contrapposti interessi contrattualmente pattuiti, e costituirebbe un abuso, in danno del debitore, della tutela accordata al consumatore/creditore. Tuttavia, in mancanza di delimitazioni normative, spetta al giudice del merito – salvo il controllo di legittimità in ordine alla logicità della motivazione – individuare il superamento o meno di tale soglia minima, avuto riguardo alla causa in concreto, costituita dalla «finalità turistica», che qualifica il contratto «determinando l'essenzialità di tutte le attività e dei servizi strumentali alla realizzazione del preminente scopo vacanziero» emergente dal complessivo assetto contrattuale, e considerando l'autonoma valutabilità dell'interesse allo svago e riposo rispetto al danno patrimoniale subito, atteso che il primo, a seconda del peso della prestazione contrattuale non adempiuta, può ben superare il secondo e non può appiattirsi su questo [con riguardo alla finalità turistica, come elemento caratterizzante la causa del contratto, v. Trib. Torino, 5 luglio 2019, n. 3367, in *DeJure*, relativa alla cancellazione di una prenotazione – effettuata sempre tramite *Booking.com* – da parte del consumatore all'indomani degli eventi tellurici verificatisi anche nel maceratese nel 2016].

Nel solco di tale orientamento, il Tribunale – nella decisione annotata – ha riconosciuto in favore di ciascun attore un danno non patrimoniale di euro 800,00, «considerato lo stress subito per la cancellazione della prenotazione in prossimità della partenza, il disagio patito in periodo feriale per la necessità di individuare una soluzione che avesse requisiti analoghi a quella originariamente pattuita, e la difficoltà di conciliare la nuova disponibilità con le date dei voli già prenotati».

#### Bibliografia essenziale

CIPOLLA, *Hotel online booking sector: the commitments of "Booking" and the most favored nation clauses. a case conducted in cooperation with other national competition authorities*, in *Antitrust & Public Policies*, 2015, 3, 175

COLANGELO e ZENO-ZENCOVICH, *La intermediazione on-line e la disciplina della concorrenza: i servizi di viaggio, soggiorno e svago*, in *Dir. inf.*, 2015, 1, 43

GALLI, *La nullità della clausola "MFN" nei contratti tra agenzie di intermediazione telematiche e imprese alberghiere (art. 1, comma 166, l. 4 agosto 2017, n. 124)*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2018, 6, 1387

- MANCA, *The online hotel booking monitoring exercise*, in *Antitrust & Public Policies*, 2018, 5, 71
- MOLLO, *La responsabilità del provider al tempo dei social network (a un ventennio dalla direttiva sul commercio elettronico)*, in *Cyberspazio e dir.*, 2019, 3, 415
- QUARTA, *La conclusione del contratto di albergo per via telematica: pagamento anticipato e revoca della prenotazione*, in *Danno resp.*, 2020, 2, 243
- TRIPODI, *Il contratto di albergo. elementi generali e profili tutelari*, in *Discip. comm. e sev.*, 2020, 4, 45

CONTRATTO E  
PERSONA

# Gli effetti della “prenotazione prelatizia” e il titolo abitativo non ancora richiesto \*

di REMO TREZZA

Assegnista di ricerca

Università degli Studi di Napoli Federico II

(CORTE COSTITUZIONALE, sent. 24 febbraio 2022, n. 43; Pres. G. Amato – Rel. E. Navarretta)

## Abstract

*Il contributo analizza una recente sentenza della Corte costituzionale con cui si è stabilito che, nell’ottica piena di tutela del diritto costituzionale all’abitazione, anche le persone fisiche che hanno acquistato un immobile prima della richiesta del permesso di costruire siano titolari del diritto di prelazione su di esso.*

*The contribution analyzes a recent sentence of the Constitutional Court which established that, with a view to fully protecting the constitutional right to housing, even natural persons who bought a property before applying for the building permit are holders of the right to preemption on it.*

**Sommario:** 1. Le norme censurate e la dinamica fattuale generativa della questione di legittimità costituzionale; 2. Le perplessità del giudice *a quo* e l’ambito di applicazione del diritto di prelazione; 3. Il quadro normativo e la tutela del diritto al risparmio *ex art. 47 Cost.*, nonché del diritto all’abitazione ai sensi dell’*art. 2 Cost.* Il precedente della Corte costituzionale 19 febbraio 2018, n. 32: la tutela del “legittimo affidamento contrattuale”; 4. I presupposti del diritto di prelazione nella vendita forzata *ex art. 9, comma 1, d.lgs. 20 giugno 2005, n. 122*; 5. L’avallo della giurisprudenza di legittimità e la fondatezza della questione di legittimità costituzionale. Irragionevole non rendere titolari del diritto di prelazione anche le persone fisiche che hanno acquistato un immobile prima della richiesta del permesso di costruire; 6. Quando si verificano i presupposti costitutivi del diritto di prelazione, il procedimento amministrativo è indifferente rispetto alle vicende civilistiche.

## 1. Le norme censurate e la dinamica fattuale generativa della questione di legittimità costituzionale

Il Tribunale ordinario di Verona ha sollevato, in riferimento all’*art. 3 Cost.*, questione di legittimità costituzionale degli *artt. 1, comma 1, lett. d) e 9, d.lgs. 20 giugno 2005, n. 122* (Disposizioni per la tutela dei diritti patrimoniali degli acquirenti di immobili da costruire, a norma della legge 2 agosto 2004, n. 210), nonché dell’*art. 1, l. 2 agosto 2004, n. 210* (Delega al Governo per la tutela dei diritti patrimoniali degli acquirenti di immobili da costruire).

Il fatto generativo della questione di legittimità costituzionale può essere così riassunto. La società cooperativa edilizia F. C. era risultata assegnataria di un’unità minima di intervento di un’area di edilizia economica popolare, sulla quale aveva costruito ventisei alloggi. Molti appartamenti erano stati oggetto di contratti denominati “prenotazione di alloggio”, in forza dei quali la Cooperativa si era impegnata a trasferire ai soci

\* Il presente contributo è stato sottoposto a valutazione in forma anonima ed è stato pubblicato in anteprima su [rivistapactum.it](http://rivistapactum.it) il 16.5.2022

prenotatari il diritto di proprietà dietro il pagamento del corrispettivo, in parte già versato al momento della sottoscrizione della prenotazione dell'alloggio ed in parte da corrispondere al momento della sottoscrizione del contratto di vendita.

La società cooperativa, in data 14 aprile 2010, presentava richiesta di permesso di costruire e, in seguito, ottenuto il titolo abilitativo (il 7 febbraio 2011) e poi il certificato di agibilità, nel luglio 2013 assegnava provvisoriamente e consegnava ai soci prenotatari i rispettivi alloggi. Non provvedeva, invece, all'assegnazione definitiva degli immobili e al trasferimento della proprietà. Con atto trascritto in data 20 ottobre 2017, l'intero complesso edilizio veniva pignorato e, nel corso del procedimento esecutivo, il professionista delegato constatava l'occupazione di alcuni lotti da parte dei soci prenotatari. I detentori degli immobili depositavano, in particolare, istanze volte a ottenere il riconoscimento del diritto di prelazione di cui all'art. 9, comma 1, d.lgs. n. 122/2005 e il professionista delegato chiedeva al giudice dell'esecuzione di pronunciarsi sulla spettanza di tale diritto e sulle modalità del suo esercizio. Il giudice dell'esecuzione disponeva la vendita degli immobili con indicazione, nell'avviso di vendita, dell'esistenza di un diritto di prelazione a favore dei soli assegnatari degli alloggi, i cui atti di prenotazione risultassero conclusi dopo la richiesta di permesso di costruire. Tale provvedimento formava oggetto di reclamo da parte di diciotto soci, i cui contratti di prenotazione erano stati stipulati in data antecedente alla presentazione della richiesta di permesso di costruire da parte della società cooperativa.

Il giudice dell'esecuzione, disposta la riunione di tutti i reclami, li rigettava, ritenendo che il diritto di prelazione, di cui all'art. 9, comma 1, d.lgs. n. 122/2005, spettasse solo a favore degli acquirenti di immobili da costruire rientranti nella definizione dell'art. 1, comma 1, lett. d) del medesimo decreto legislativo e dell'art. 1, comma 1, l. n. 210/2004. Avverso l'ordinanza di rigetto, proponevano reclamo quasi tutti i soci che si erano già opposti al decreto del giudice dell'esecuzione, i quali prospettavano un'interpretazione estensiva dell'art. 9, d.lgs. n. 122/2005, tale da rendere possibile il riconoscimento del diritto di prelazione a prescindere dall'antiorità della stipula del contratto rispetto alla richiesta del titolo abilitativo.

## **2. Le perplessità del giudice *a quo* e l'ambito di applicazione del diritto di prelazione**

Nel decidere sul reclamo, il giudice *a quo* ha sollevato la citata questione di legittimità costituzionale, ritenendo di non poter condividere l'interpretazione estensiva proposta dai reclamanti e di dover, invece, accogliere gli argomenti esposti dal giudice dell'esecuzione. Ha sottolineato, in particolare, il ruolo centrale delle definizioni di cui all'art. 1 del decreto legislativo che hanno la funzione di perimetrare l'ambito di applicazione della tutela prevista dal legislatore alle fattispecie in esse riportate e che sono un chiaro indice della volontà di applicare le definizioni a ogni fattispecie normativa e non soltanto a quelle che esplicitamente richiamano al loro interno le parole oggetto di definizione, rilevando poi che il censurato art. 9, comma 1, considera destinatario della tutela l'acquirente, che l'art. 1, comma 1, lett. a), definisce come la «persona fisica che sia promissaria acquirente o che acquisti un immobile da costruire, ovvero che abbia stipulato ogni altro contratto [avente a oggetto] un immobile da costruire, ovvero colui il quale, ancorché non socio di una cooperativa edilizia, abbia assunto obbligazioni con la cooperativa medesima per ottenere l'assegnazione in proprietà o l'acquisto della titolarità di un diritto reale di godimento su di un immobile da costruire». Per il giudice *a quo*, inoltre, la necessità di leggere l'art. 9, comma 1, in combinato disposto con l'art. 1, comma 1, lett. d), d.lgs. n. 122/2005 emerge dallo stesso art. 9, il quale espressamente disciplina il concorso tra l'esercizio del diritto di prelazione del promittente acquirente e l'escussione della fideiussione in relazione agli acconti pagati al costruttore. Al fine di escludere che l'art. 9 possa avere un ambito applicativo eccentrico rispetto al testo della legge in cui è inserito, il rimettente ha sottolineato che la legge n. 210/2004 abbia limitato la delega al Governo alla tutela dei soli diritti patrimoniali degli acquirenti di immobili, per i quali

sia stato richiesto il permesso di costruire e che siano ancora da edificare o la cui costruzione non risulti ultimata [cfr., fra tutti, sul punto, PETRELLI, *Gli acquisti di immobili da costruire*, Ipsoa, 2005; ID., *Gli acquisti di immobili da edificare e la richiesta di permesso di costruire*, in *Riv. not.*, 2005, 6, 1233 ss.; RIZZI, *L'immobile «da costruire» nella bozza di decreto legislativo di attuazione della legge delega n. 210 del 2004*, in *CNN Notizie*, 3 maggio 2005; BUSANI, *Vecchi permessi, niente copertura*, in *Il Sole 24 Ore*, 11 giugno 2005; COSTOLA, *Verso nuove forme di tutela degli acquirenti di immobili da costruire: la legge delega 2 agosto 2004, n. 210 (prima parte)*, in *St. iuris*, 2004, 10, 1497; PAOLINI e RUOTOLO, *Prime considerazioni sulla bozza di decreto legislativo in tema di tutela degli acquirenti di immobili da costruire o in corso di costruzione*, in *CNN Notizie*, 3 maggio 2005].

Per il medesimo giudice *a quo*, la fattispecie delineata dall'art. 9, comma 1, d.lgs. n. 122/2005 presuppone l'avvenuta consegna dell'immobile e che l'alloggio sia stato adibito ad abitazione principale propria, del coniuge o di un proprio parente di primo grado. Ciò confermerebbe come la concretezza dell'operazione immobiliare a suo tempo progettata, l'affidamento riposto dall'acquirente nel buon esito del programma negoziale, e quindi nel trasferimento in suo favore della proprietà del bene, e le esigenze di tutela del medesimo acquirente siano presenti in massimo grado, tanto più che risultano pagati molti acconti e che il progetto sarebbe compiuto in un contesto di piena regolarità sotto il profilo urbanistico. Tali ragioni differenzierebbero in maniera radicale l'assetto di interessi, sotteso all'art. 9, comma 1, d.lgs. n. 122/2005, rispetto a quello implicato nella disciplina dell'art. 2 del medesimo decreto legislativo, oggetto di una sentenza di non fondatezza pronunciata dalla stessa Corte costituzionale [cfr. Corte cost., 19 febbraio 2018, n. 32, in *www.federalismi.it*, 28 febbraio 2018]. In tale ipotesi, è stata reputata non irragionevole la previsione dell'obbligo in capo al costruttore di procurare il rilascio e di consegnare all'acquirente una fideiussione a beneficio del solo acquirente che abbia stipulato l'atto dopo che la controparte aveva almeno presentato la richiesta di permesso di costruire.

### **3. Il quadro normativo e la tutela del diritto al risparmio ex art. 47 Cost., nonché del diritto all'abitazione ai sensi dell'art. 2 Cost. Il precedente della Corte costituzionale 19 febbraio 2018, n. 32: la tutela del “legittimo affidamento contrattuale”**

Per la Corte, il d.lgs. n. 122/2005, attuativo della legge delega n. 210/2004, ha inteso potenziare, rispetto al normale apparato dei rimedi civilistici, la tutela di persone fisiche che, nel destinare i propri risparmi all'acquisto di un'abitazione, si espongono a rischi, particolarmente elevati, connessi a operazioni economiche aventi a oggetto immobili ancora da edificare o la cui costruzione non risulti essere stata ultimata versando in stadio tale da non consentire il rilascio del certificato di agibilità. Inoltre, secondo l'argomentazione della Consulta, «il quadro dei rimedi offerti scandisce differenti momenti dell'articolata vicenda. Alcune tutele sono correlate alla stipula del contratto a effetti obbligatori o reali differiti (artt. 2, 3 e 6); altre operano all'atto del trasferimento della proprietà (art. 4) o in vista del contratto a effetti traslativi (artt. 7 e 8); altre ancora scaturiscono *ex lege* al verificarsi di particolari circostanze successive all'originario atto di acquisto (artt. 9, 10, 12). Tale apparato di tutele, nel suo complesso, è rivolto all'obiettivo di proteggere il risparmio, in attuazione dell'art. 47 Cost. Alcune norme, tuttavia, quali gli artt. 9 e 10 del d.lgs. n. 122 del 2005, perseguono anche la primaria esigenza di difendere il diritto inviolabile all'abitazione (art. 2 Cost.)» [cfr., sul punto, tra tutti, MARCHETTI, *Il diritto all'abitazione tra ordinamento statale ed europeo e prospettive di valorizzazione nel quadro dell'Europa sociale*, in *www.federalismi.it*, 2018, 4, 184 ss.; SCOTTI, *Il diritto alla casa tra la Costituzione e le Corti*, in *Forum costituzionale*, 18 settembre 2015, 1 ss.; PACIULLO, *Il diritto all'abitazione della prospettiva dell'housing sociale*, Esi, 2008].

La Corte ha specificato che tanto l'art. 1, comma 1, della legge delega n. 210/2004,

quanto la norma definitoria di cui all'art. 1, comma 1, lett. d), d.lgs. n. 122/2005 riferiscono la nozione di immobile da costruire a immobili che si connotano non solo in quanto siano da edificare o perché la loro costruzione non sia stata ancora ultimata, ma anche perché sia stato richiesto il “permesso di costruire”. In relazione a quest'ultimo profilo di qualificazione giuridica della *res*, che esclude dalla disciplina gli acquirenti cosiddetti “su carta”, la sentenza n. 32/2018 della Consulta medesima ha ritenuto non irragionevole tale delimitazione del raggio di tutela, avendo riguardo alla specifica *ratio* delle norme relative all'obbligo del costruttore di prestare fideiussione in concomitanza con la stipula del contratto di acquisto a effetti obbligatori o reali differiti [sul punto, di recente, si rinvia a MOROTTI, *Il tardivo rilascio della fideiussione nella vendita di immobili da costruire*, in

*Giustizia insieme*, 12 gennaio 2022; LIUNI, *Polizza fideiussoria e vendita di una casa in costruzione: la tutela dell'acquirente*, in *www.idealista.it*, 12 marzo 2021; LEOPARDI, *Immobili da costruire: operatività della fideiussione in caso di risoluzione del preliminare*, in *www.altalex.it*, 2 agosto 2018].

Per la Corte, il richiamato obbligo – correlato al rimedio della nullità di protezione, posta a difesa dell'acquirente, in quanto contraente debole – copre il duplice rischio della crisi del costruttore (nei termini specificati dall'art. 3, comma 2, d.lgs. n. 122/2005) o che questi non rilasci, all'atto del trasferimento della proprietà, la polizza assicurativa di cui al successivo art. 4, nel qual caso la fideiussione garantisce la restituzione di tutte le somme e i corrispettivi versati al costruttore in anticipo rispetto al prodursi dell'efficacia traslativa. La Consulta ha ritenuto, infatti, che la normativa censurata perseguisse la finalità di approntare una garanzia specifica dell'affidamento, meritevole di tutela, che l'acquirente ripone nell'effettiva realizzazione (o completamento, se già iniziata) della costruzione dell'immobile oggetto del contratto preliminare di compravendita; affidamento indotto dalla circostanza dell'intervenuto rilascio del permesso di costruire o almeno della già presentata richiesta per il suo ottenimento. Di conseguenza, ha rilevato che il solo avvio del procedimento amministrativo mediante la richiesta di permesso di costruire aggiunge concretezza all'iniziativa edificatoria del promittente alienante, radicando nell'acquirente un affidamento maggiore nella determinazione di assentire l'impegno contrattuale di acquisto dell'immobile da costruire assumendone i relativi oneri economici. In definitiva, con riferimento alla tutela costituita dall'obbligo del costruttore di prestare fideiussione, la Corte costituzionale, *a latere* della primaria funzione di protezione del risparmio dell'acquirente, ha ravvisato anche la *ratio* di favorire affidamenti già consolidati, in quanto collocati in un percorso di legalità [per i rimedi notarili, in casi patologici, si rinvia a BUSANI, *Il contenuto minimo legale della fideiussione*, in *www.no-taio-busani.it*].

#### **4. I presupposti del diritto di prelazione nella vendita forzata ex art. 9, comma 1, d.lgs. 20 giugno 2005, n. 122**

Nel caso *de quo* la censura è in riferimento all'art. 9, comma 1, d.lgs. n. 122/2005. La Consulta, con la sentenza in commento, ha messo in luce che «tale disposizione introduce, in particolare, un diritto di prelazione, da far valere nell'ambito della vendita forzata dell'immobile, conseguente alla situazione di crisi del costruttore, diritto che sorge *ex lege* al verificarsi dei seguenti presupposti». Questi ultimi sono, in primo luogo, il fatto che l'immobile debba essere stato consegnato, a titolo di possesso o di detenzione, in base alle differenti circostanze in cui opera la *traditio*. In secondo luogo, l'immobile deve essere stato adibito dall'acquirente (o dal promissario acquirente) ad abitazione principale per sé, per il coniuge o per un proprio parente in primo grado. Infine, secondo la ricostruzione che ne ha fatto il giudice rimettente, il diritto di prelazione può essere fatto valere solo da coloro che abbiano acquistato un immobile da costruire, rientrando nella definizione dell'art. 1, comma 1, lett. d), d.lgs. n. 122/2005, con l'esclusione, dunque, di coloro che, pur avendo acquistato un immobile non ancora edificato o la cui costruzione non risulti ultimata, avevano nondimeno stipulato il contratto prima che il costruttore

presentasse la richiesta di permesso di costruire. Fra le motivazioni addotte dal giudice *a quo* nel sostenere la richiamata interpretazione e, dunque, nel ritenere che la definizione dell'art. 1, comma 1, lett. d), d.lgs. n. 122/2005 delimiti, sul piano oggettivo, tutte le tutele predisposte dal legislatore delegato nel medesimo provvedimento, risulta decisivo l'argomento fondato sul riferimento alla legge di delega. La legge n. 210/2004, infatti, all'art. 1, comma 1, dispone che la delega al Governo a emanare uno o più decreti legislativi riguarda «norme per la tutela dei diritti patrimoniali degli acquirenti di immobili per i quali sia stato richiesto il permesso di costruire e che siano ancora da edificare o la cui costruzione non risulti essere ultimata versando in stadio tale da non consentire ancora il rilascio del certificato di agibilità». In accordo con tale argomentazione, anche la Consulta ha stabilito che «la citata disposizione è, dunque, esplicita nel delimitare, con un contenuto poi refluito nella norma definitoria di cui all'art. 1, comma 1, lett. d), d.lgs. n. 122/2005, l'intero raggio della tutela dei diritti patrimoniali degli acquirenti di immobili da costruire, il che esclude la possibilità di interpretare le norme del decreto legislativo al di fuori dei presupposti indicati nella delega».

### **5. L'avallo della giurisprudenza di legittimità e la fondatezza della questione di legittimità costituzionale. Irragionevole non rendere titolari del diritto di prelazione anche le persone fisiche che hanno acquistato un immobile prima della richiesta del permesso di costruire**

La ricostruzione ermeneutica offerta dal rimettente sembra trovare conferma, a parere della Corte, anche nella giurisprudenza di legittimità, per la quale il perimetro di applicazione della nuova disciplina di tutela introdotta dal d.lgs. n. 122/2005 si trova delineato nell'art. 1 [cfr. Cass., 10 marzo 2011, n. 5749, in *www.altalex.it*, 7 giugno 2011, con nota di LANZIERI, *Immobili da costruire: la tutela non si applica se l'immobile è un progetto*; Cass., 1° dicembre 2016, n. 24535, in *Gazzetta notarile.*, 23 aprile 2019]. Per tale ragione, la Corte, con la sentenza in commento, ha accolto la censura relativa alla irragionevole disparità di trattamento fra coloro che si trovano nelle condizioni richieste dal combinato disposto degli artt. 1, comma 1, lett. d) e 9, comma 1, d.lgs. n. 122/2005 e coloro che parimenti possiedono i requisiti previsti dalle citate norme, fuorché per la circostanza di aver concluso il contratto di acquisto dell'immobile a efficacia obbligatoria o reale differita prima che il costruttore avesse presentato la richiesta di permesso di costruire.

Per i Giudici costituzionali «la norma in esame non appresta protezione a chi nutra un mero affidamento nella realizzazione dell'immobile, come nel caso della tutela offerta dall'obbligo del costruttore di prestare la fideiussione, rispetto al quale la citata sentenza n. 32 del 2018 ha ritenuto non irragionevole l'esclusione dalla disciplina di affidamenti meno consolidati e, pertanto, meno meritevoli di tutela. Al contrario, il diritto di prelazione sorge *ex lege* sul duplice presupposto che l'immobile sia stato realizzato e che l'alloggio sia stato destinato, dopo la consegna, ad abitazione principale dell'acquirente o del coniuge o di un parente in primo grado. Il diritto di prelazione, attraverso la pretesa a essere preferiti a parità di condizioni nella vendita forzata, persegue, dunque, la finalità di preservare un interesse giuridico attuale, il diritto inviolabile all'abitazione, che scaturisce, sul presupposto dell'avvenuta consegna dell'immobile all'acquirente o al promissario acquirente, dalla destinazione dell'alloggio a soddisfare un "bisogno esistenziale primario" della persona e della sua famiglia» [cfr. Corte cost., 11 giugno 2014, n. 168, in *www.federalismi.it*, 25 giugno 2014; Corte cost., 9 marzo 2020, n. 44, in *Questione giustizia*, 5 maggio 2020, con nota di CORSI, *Illegittimità costituzionale del requisito della residenza protratta per i servizi abitativi*].

### **6. Quando si verificano i presupposti costitutivi del diritto di prelazione, il procedimento amministrativo è indifferente rispetto alle vicende civilistiche**

A tal proposito, la Corte ha proseguito stabilendo che: «Se il diritto all'abitazione trae origine, nella fattispecie disegnata dall'art. 9, comma 1, d.lgs. n. 122/2005, dalla consegna dell'immobile all'acquirente o al promissario acquirente e dalla sua destinazione al bisogno abitativo, in presenza di tali circostanze resta identico il diritto inviolabile da tutelare, sia che l'originario acquisto dell'immobile fosse avvenuto dopo che il costruttore aveva presentato la domanda di permesso di costruire sia che fosse stato stipulato prima».

Per la Consulta, infatti, nel momento in cui si integrano *ex lege* i presupposti costitutivi del diritto di prelazione, la sorte del procedimento amministrativo relativo all'immobile risulta indipendente e indifferente rispetto alle vicende civilistiche. L'eventuale conclusione dell'*iter* amministrativo o la sua legittimità sono circostanze che prescindono e non sono condizionate dal fatto che il contratto di acquisto fosse stato concluso prima o dopo la mera presentazione della richiesta del permesso di costruire.

Tale pronuncia non può che essere accolta favorevolmente, in quanto consolida il principio della "cristallizzazione del rapporto civilistico" e della conseguente formazione del diritto di prelazione, a scapito dell'osservanza dei tempi e della modalità dettate dal procedimento amministrativo, le cui vicende non possono inficiare un rapporto civilistico già consolidatosi [cfr., sul punto, anche TRAPUZZANO, *Diritto di prelazione anche a chi acquista immobili prima della domanda di permesso di costruire*, in *www.altalex.it*, 8 marzo 2022].

### Bibliografia essenziale

BAGNULO, *Immobili da costruire: prelazione agli acquirenti anche senza permesso edificatorio*, in *www.filodiritto.it*, 9 marzo 2022

BIARELLA, *Acquirenti immobili da costruire e prelazione: l'intervento della Consulta*, in *www.diritto.it*, 9 marzo 2022

BONILINI (a cura di), *Patto e clausole di prelazione*, Pacini, 2016

BRIGANTI, *La tutela del risparmio nella Costituzione. Bail-in, finanza etica e diritti fondamentali*, Esi, 2019

BUSANI, *Edifici da costruire all'asta, l'acquirente (anche «sulla carta») ha sempre il diritto di prelazione*, in *www.ilsole24ore.com*, 25 febbraio 2022

CORSI, *Illegittimità costituzionale del requisito della residenza protratta per i servizi abitativi*, in *Questione giustizia*, 5 maggio 2020

CORVAJA, *Finale di partita. L'incostituzionalità dei requisiti di lungo-residenza previsti dalle leggi regionali quali condizioni di accesso alle prestazioni sociali*, in *AIC*, 2020, 6, 431

GHIDONI, *Vicende del diritto di prelazione*, Cedam, 2015

GIGLI, *Nuove prospettive di tutela del legittimo affidamento nei confronti del potere amministrativo*, Esi, 2016

IMBRUGLIA, *Tutela recuperatoria e nullità relativa nella contrattazione preliminare di immobili da costruire*, in *Persona e mercato*, 2021, 1, 143

MARCHETTI, *La tutela del diritto all'abitazione tra Europa, Stato e Regioni e nella prospettiva del Pilastro europeo dei diritti sociali*, in *www.federalismi.it*, 14 settembre 2018

MARTINES, *La clausola di prelazione*, Cedam, 2010, 75 ss.

OLIVITO, *Il diritto costituzionale all'abitare. Spinte prioritarie, strumenti della rendita e trasformazioni sociali*, Esi, 2017, 16 ss.

PALLANTE, *Il problema costituzionale dell'attuazione dei diritti sociali (con particolare riguardo al diritto all'abitazione)*, in *Questione giustizia*, 27 luglio 2018

PARADISO, *Non responsabile il notaio se nell'atto manca il titolo per la cancellazione dell'ipoteca*, in *www.quotidianogiuridico.it*, 11 gennaio 2017

ROSSI, *La prelazione ed il retratto*, Cedam, 2011, 211 ss.

SCOTTI G., *Il diritto alla casa tra la Costituzione e le Corti*, in *www.forumcostituzionale.it*, 2015, 9, 1

SCUTO, *La dimensione sociale della Costituzione economica nel nuovo contesto europeo: Intervento pubblico nell'economia, tutela del risparmio, reddito minimo*, Giappichelli, 2022

SCUTO, *La tutela costituzionale del risparmio negli anni della crisi economica. Spunti per un rilancio della dimensione oggettiva e sociale dell'art. 47 Cost.*, in *federalismi.it*, 2019, 5, 169

TRAPUZZANO, *Diritto di prelazione anche a chi acquista immobili prima della domanda di permesso di costruire*, in *www.quotidianogiuridico.it*, 8 marzo 2022

VIVALDI, *La Corte torna sul diritto all'abitazione: precarietà economico reddituale e ragionevolezza delle scelte operate dal legislatore*, in *www.diritticomparati.it*, 29 luglio 2021

OSSERVATORIO  
NOTARILE

# La funzione perequativa della divisione con conguaglio e il rapporto con la comunione legale \*

di GLORIA GIORGI

Dottore di ricerca

Università degli Studi “G. d’Annunzio” di Chieti-Pescara

(CORTE DI CASSAZIONE, sezione seconda civile, sent. 24 maggio 2021, n. 14105; Pres. Manna – Est. Abete)

## Abstract

*Il bene assegnato in sede di divisione della comunione ereditaria non configura un acquisto ai sensi dell’art. 177, comma 1, lett. a), c.c., neanche quando sia previsto un conguaglio in denaro. Tanto l’assegnazione quanto il conguaglio possiedono la medesima valenza funzionale e sono, dunque, entrambi sottratti all’area delle contrattazioni sinallagmatiche commutative equiparabili agli acquisti della comunione legale. Il riconoscimento, a carico di uno dei conviventi, dell’obbligo di pagamento di una somma di denaro a titolo di conguaglio persegue il mero effetto di perequazione del valore delle rispettive quote, muovendo nell’ambito di attuazione del diritto potestativo delle parti allo scioglimento della comunione. Ciò giustifica la riconduzione del loro titolo ad un unico momento genetico, da rinvenire nella vicenda mortis causa che ha dato origine alla comunione ereditaria.*

*The good assigned in the division of hereditary communion does not configure a “purchase” pursuant to art. 177, paragraph 1, lett. a), c.c., not even when a cash adjustment is expected. Both the allocation and the adjustment have the same function and are not, therefore, comparable to purchases in the field of legal communion. The imposition – on one of the members of the communion – of the obligation to pay a cash adjustment pursues the mere effect of equalization of the value of the respective quotas, implementing the right of the parties to request the dissolution of communion. The title of both the assignment and of the adjustment is identified in a single genetic moment: the succession that gave rise to hereditary communion.*

**Sommario:** 1. Il caso; 2. Il concetto di acquisto nella comunione legale dei beni; 3. Il conguaglio come mero strumento di perequazione del valore delle quote.

## 1. Il caso

A definizione del caso sottoposto alla sua attenzione, la Suprema Corte giunge ad affermare che il bene assegnato a titolo di divisione ereditaria a un convivente, il quale sia coniugato in regime di comunione legale dei beni, deve considerarsi escluso da detta comunione, anche qualora l’assegnatario abbia versato ai conviventi un conguaglio in denaro.

La decisione in commento origina dal conflitto tra due coniugi, coniugati in regime di comunione legale dei beni, e ha ad oggetto la titolarità di un bene assegnato alla moglie in sede di divisione ereditaria. In particolare, la moglie aveva ereditato, per successione legittima della madre e testamentaria del padre, una quota indivisa di un fabbricato di

\* Il presente contributo è stato sottoposto a valutazione in forma anonima ed è stato pubblicato in anteprima su rivistapactum.it il 12.3.2022

elevato valore. In sede di scioglimento della comunione – *rectius*, delle comunioni – esistente con i fratelli, il Tribunale di Roma attribuiva alla moglie l'intera proprietà dell'appartamento, con l'obbligo di corresponsione agli altri coeredi di una elevata somma di denaro a titolo di conguaglio. Assolto l'obbligo di conguaglio, la medesima aveva provveduto a trascrivere unicamente a suo favore l'acquisto del bene, benché fosse già coniugata in regime di comunione legale dei beni.

Il marito, a seguito della separazione, agiva in giudizio chiedendo che venisse accertato e dichiarato che la quota corrispondente al valore del conguaglio (73,49%) era caduta in comunione legale e che dunque la frazione di  $\frac{1}{2}$  della detta quota doveva ritenersi di sua titolarità, a seguito dello scioglimento della comunione medesima.

Il Tribunale di Roma accoglieva la domanda e la moglie proponeva appello. La Corte d'Appello di Roma riformava la decisione resa in primo grado, evidenziando come il pagamento del conguaglio non fosse assimilabile all'adempimento dell'obbligazione di pagamento del prezzo. Conseguentemente, il versamento di un conguaglio pari al controvalore della quota del 73,49% non poteva determinare la devoluzione del bene alla comunione legale tra i coniugi. In particolare, la Corte conferiva efficacia dichiarativa alla divisione, anche in presenza di conguaglio, e concludeva affermando che l'acquisto della quota doveva ricondursi al testamento del padre della convenuta. Detto acquisto, dunque, era da considerarsi effettuato a titolo personale ai sensi dell'art. 179, comma 1, lett. b), c.c. e, per tale ragione, estraneo alla comunione legale.

Avverso la decisione della Corte d'Appello gli eredi del marito ricorrevano in Cassazione. La moglie ha depositato controricorso chiedendone il rigetto.

La sentenza in commento, confermando la decisione di secondo grado, afferma che il giudice chiamato a disporre la divisione della comunione ereditaria, il quale ponga a carico di uno dei dividendi l'obbligo di pagamento di una somma di denaro a titolo di conguaglio, persegue il mero effetto di perequare il valore delle rispettive quote, collocandosi nell'ambito dell'attuazione al diritto potestativo delle parti allo scioglimento della comunione ereditaria.

## 2. Il concetto di acquisto nella comunione legale dei beni

A norma dell'art. 177, comma 1, lett. a), c.c. ricadono nella comunione legale tutti gli acquisti compiuti dai coniugi insieme o separatamente durante il matrimonio, con esclusione di quelli relativi a beni personali. Questa formulazione, tuttavia, non chiarisce cosa si debba intendere per «acquisti», né ne fornisce una definizione giuridica. Tale circostanza ha portato a non pochi dubbi interpretativi, i quali sono sorti anche in considerazione del fatto che l'art. 217 c.c., nel testo previgente alla riforma del diritto di famiglia, includeva nella comunione (allora «convenzionale») gli acquisti effettuati, in costanza di tale regime, dai coniugi «a qualsiasi titolo». Ci si è dunque, tra l'altro, chiesti se la mancata previsione, nell'attuale testo dell'art. 177 c.c., di questa precisazione comporti l'esclusione degli acquisti a titolo originario, manifestando un'intenzione riduttiva della nozione di acquisto. Nonostante qualche perplessità iniziale, la dottrina [tra molti CIAN e VILLANI, voce *Comunione dei beni tra coniugi*, in *Noviss. dig. it., App.*, II, Utet, 1981, 163] ha escluso una simile lettura restrittiva, condividendo l'interpretazione vigente prima della riforma del diritto di famiglia. Ne deriva che sono senz'altro oggetto della comunione legale anche gli acquisti a titolo originario come l'usucapione, fermo restando che in tale ultima ipotesi la comunione legale deve sussistere al momento dello spirare del termine richiesto per il suo maturare [tra le tante Cass., 29 ottobre 2018, n. 27412, in *Riv. giur. edil.*, 2019, I, 2, 396]. Resta, invece, escluso dalla comunione, come noto, l'acquisto per accessione.

Oltre a ciò e per altro verso si può anche rammentare come, secondo la più autorevole dottrina, il lemma «acquisti» andrebbe riferito non tanto al cosiddetto oggetto mediato, ovvero al bene acquistato, quanto piuttosto al cosiddetto oggetto immediato, ovvero al diritto acquisito sul bene stesso [A. FINOCCHIARO e M. FINOCCHIARO, *Diritto di famiglia*, Giuffrè, 1988, 877 ss.; GENGHINI, *La volontaria giurisdizione e il regime patrimoniale della famiglia*, in *Manuali notarili* a cura di Genghini, Cedam, 2020, 560;

OBERTO, *La comunione legale tra i coniugi*, nel *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da Cicu, Messineo, Mengoni e continuato da Schlesinger, I, Giuffrè, 2010, 701; RUSSO, *L'oggetto della comunione legale e i beni personali*, in *Codice civile. Commentario* fondato da Schlesinger, diretto da Busnelli, Giuffrè, 1999, 155 ss.; SANTARCANGELO, *La volontaria giurisdizione*, Giuffrè, 2003, 268 ss.].

Quanto divisione ereditaria, non si è mai dubitato che i beni assegnati siano esclusi dal regime della comunione legale fra coniugi, in quanto da considerarsi come pervenuti in forza dell'originario titolo e, quindi, personali. Ciò è vero anche a seguito della pronuncia della Suprema Corte a Sezioni Unite del 2019, n. 25021 [Cass., sez. un., 7 ottobre 2019, n. 25021, in *DeJure*], la quale ha affermato che la divisione produce effetti costitutivi con efficacia retroattiva, e non effetti meramente dichiarativi. In particolare, la Suprema Corte ha rilevato come la costruzione dogmatica giusta la quale l'efficacia retroattiva della divisione, prevista dall'art. 757 c.c., implichi la necessità di configurare l'atto divisorio come un negozio meramente dichiarativo, si rivela priva di solido fondamento, ancorché sia una delle più risalenti e resistenti. Il fenomeno della retroattività di un atto giuridico si accompagna, per sua natura, all'efficacia costitutiva dell'atto stesso ed è incompatibile con l'efficacia meramente dichiarativa del medesimo. Infatti, non possono certo retroagire gli effetti di un atto che si limita a dichiarare o accertare una situazione giuridica già esistente, potendo invece retroagire gli effetti dell'atto che modifica la realtà giuridica.

In definitiva, l'efficacia retroattiva di un negozio si coniuga per sua natura con il carattere costitutivo-traslativo, con l'efficacia reale dello stesso, mentre non si attaglia al negozio che abbia carattere meramente dichiarativo. Di conseguenza, l'art. 757 c.c., laddove prevede che l'efficacia retroattiva si estende a tutti i beni ereditari pervenuti al coerede "anche per acquisto all'incanto", attribuisce espressamente efficacia retroattiva ad atti con effetti costitutivo-traslativi, come appunto l'acquisto dei beni in comunione che il compartecipe faccia mediante compravendita o all'incanto (artt. 719 e 720 c.c.). Lo scioglimento della comunione, infine, non accerta o dichiara affatto una situazione giuridica preesistente, ma immuta sostanzialmente la realtà giuridica. Con la divisione ogni condividente perde la comproprietà di tutti i cespiti costituenti l'asse ereditario e concentra il proprio diritto su uno solo o su alcuni di essi (*aliquid datum, aliquid retentum*), e sorgono, dunque, tante proprietà individuali laddove prima esisteva una comproprietà.

Deve ritenersi ugualmente pacifico che i beni assegnati in sede di divisione della comunione ereditaria non siano oggetto della comunione legale dei beni considerato che, diversamente, si perverrebbe al paradosso per cui gli effetti retroattivi della divisione potrebbero far retroagire l'assegnazione ad un momento in cui i coniugi non erano ancora sposati.

È possibile dunque affermare che quanto ricevuto in sede di divisione della comunione ereditaria o di divisione della comunione ordinaria instaurata prima dell'esistenza della comunione legale, non rappresenta – rispetto al regime patrimoniale dei coniugi – un vero e proprio acquisto traslativo, bensì una assegnazione con funzione distributiva. In altre parole, non si tratterebbe di un acquisto ai sensi dell'art. 177, comma 1, lett. a), c.c., ma solo di una diversa e definitiva distribuzione del patrimonio tra i comproprietari, finalizzato esclusivamente allo scioglimento della comunione. Si tratterebbe, in buona sostanza, di una mera disposizione di beni personali del coniuge coniugato in regime di comunione legale dei beni.

### **3. Il conguaglio come mero strumento di perequazione del valore delle quote**

La portata innovativa della sentenza in commento risiede nel fatto che il principio dell'esclusione dalla comunione legale del bene pervenuto per assegnazione nell'ambito della divisione ereditaria è stato espressamente esteso all'ipotesi in cui l'assegnazione avvenga con conguaglio. Infatti, le argomentazioni svolte nel precedente paragrafo pos-

sono senz'altro essere traslate anche nell'ipotesi in cui la divisione della comunione ereditaria sia effettuata con conguaglio e, in via generale, il conguaglio non snatura l'atto divisorio trasformandolo in atto di acquisto, ma rappresenta un mero strumento volto a perequare il valore delle rispettive quote [Comm. trib. prov. Latina, 18 giugno 2019, n. 3626, in *www.giustiziatributaria.gov.it*]. Precedentemente, la giurisprudenza di legittimità aveva espresso un orientamento contrario, rappresentato da numerose pronunce [recentemente cfr. Cass., 12 giugno 2018, n. 15271, in *DeJure*, 2018; Cass., 29 gennaio 2013, n. 2082, in *DeJure*, 2013], che valorizzava il ruolo del conguaglio in denaro, quale corrispettivo di una quota del bene assegnato. In tale prospettiva, dunque, la quota corrispondente al conguaglio rappresenterebbe un acquisto automatico ai sensi dell'art. 177 c.c. In conclusione, secondo tale superato orientamento, la vicenda dell'assegnazione con conguaglio, vedrebbe la compresenza di due titoli distinti: quello *mortis causa*, relativo alla quota di proprietà oggetto di mera assegnazione; quello *inter vivos*, con conseguente caduta in comunione legale, relativo alla quota corrispondente al valore del conguaglio.

La dottrina prevalente, invece, ha sempre escluso categoricamente tale conclusione [ex multis GENGHINI, op. cit., 1021], argomentando sull'assunto in base al quale il conguaglio assume una funzione accessoria, totalmente estranea a quella svolta dal corrispettivo nel caso di acquisti a titolo oneroso. In tal senso si è espressa, oltre alla sentenza in commento, altra parte della giurisprudenza [Cass., 22 giugno 2005, n. 13380, in *DeJure*; Cass., 24 maggio 2004, n. 9905, la quale ha affermato che, in tema di divisione ereditaria, l'art. 733 c.c. va interpretato alla luce del *favor testamenti*, e cioè nel senso che la volontà del testatore rimane vincolante ove sia compatibile con il valore delle quote, compatibilità riscontrabile tutte le volte che il perfetto equilibrio possa raggiungersi con l'imposizione di un conguaglio; in *Notariato*, 2005, II, 2, 369, con nota di TARDIO, *Volontà del testatore e valore effettivo dei beni assegnati*; in *Famiglia*, 2005, II, 1, 180, con nota di LANDINI, *Divisione testamentaria e conguagli delle quote ereditarie*]. Ad onor del vero, la dottrina si è orientata in questa direzione anche nell'ipotesi in cui i conguagli siano espressamente previsti dal testatore, nell'ambito della divisione ex artt. 733 e 734 c.c. (c.d. legato *divisionis causa*), e vadano soddisfatti con beni non ereditari [STEFINI, *Il problema della divisione tra legittimari fatta dal testatore con beni non presenti nell'asse ereditario*, in *www.federnotizie.it*, 21 febbraio 2018].

Dal punto di vista fiscale, tanto il legislatore [l'art. 34, comma 1, d.p.r. 26 aprile 1986, n. 131, stabilisce che «la divisione, con la quale ad un condividente sono assegnati beni per un valore complessivo eccedente quello a lui spettante sulla massa comune, è considerata vendita limitatamente alla parte eccedente»] quanto la giurisprudenza [Cass., 28 marzo 2018, n. 7606, in *DeJure*, la quale afferma che la divisione in relazione al conguaglio o al maggiore assegno è considerata a carattere traslativo e come tale assoggettata al tributo proporzionale] considerano i conguagli in sede divisoria alla stregua di acquisti, tassandoli come atti traslativi immobiliari. In assenza di conguagli, invece, la divisione è soggetta ad una aliquota ridotta [aliquota dell'1% ai sensi dell'art. 3 della Tariffa, parte Prima, allegata al d.p.r. n. 131/1986. Si noti che detto articolo fa ancora riferimento ad atti di natura dichiarativa] rispetto all'aliquota degli atti traslativi.

La sentenza in commento, che in realtà si occupa di divisione giudiziale, ma nulla vieta di trasporre le conclusioni cui perviene anche in sede di divisione volontaria, puntualizza che il giudice chiamato a disporre la divisione della comunione, il quale ponga a carico di uno dei condividenti l'obbligo di pagamento di una somma di denaro a titolo di conguaglio, persegue il mero effetto di perequazione del valore delle rispettive quote, muovendo nell'ambito di attuazione del diritto potestativo delle parti allo scioglimento della comunione medesima.

### Bibliografia essenziale

- AMADIO, *La divisione del testatore*, in *Successioni e donazioni* a cura di Rescigno, Cedam, 1994  
 AULETTA, *Diritto di famiglia*, Giappichelli, 2020  
 CIAN e VILLANI, voce *Comunione dei beni tra coniugi*, in *Noviss. dig. it., App.*, II, Utet, 1981, 157

FUSARO, *Divisione e regime della comunione legale dei beni*, in *I quaderni della Fondazione Italiana del Notariato*, Sole24Ore, 2008

GABRIELLI, *I rapporti patrimoniali tra coniugi. Corso di diritto civile*, Libreria Goliardica, 1981

GENGHINI, *La volontaria giurisdizione e il regime patrimoniale della famiglia*, in *Manuali notari* a cura di Genghini, Cedam, 2020

MORA, *Il contratto di divisione*, Giuffrè, 1995

RUOTOLO e BOGGIALI, *Divisione e condividenti in comunione legale*, *Quesito civilistico CNN*, n. 54-2008/C, in [www.notariato.it](http://www.notariato.it)

STEFINI, *Il problema della divisione tra legittimari fatta dal testatore con beni non presenti nell'asse ereditario*, in [www.federnotizie.it](http://www.federnotizie.it), 21 febbraio 2018