

Pactum Online

Rivista telematica di diritto dei contratti

www.rivistapactum.it

Rivista semestrale

Gennaio - Giugno 2023

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 Santarpià; 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:

Luca Ballerini; Giulia Donadio; Francesca Episcopo; Maria Samantha Esposito; Stefano Gatti; Alfio Guido Grasso; Elena Guardigli; Nicoletta Muccioli; Luigi Regazzoni; Sara Scola.

Segreteria di redazione: Gloria Giacomelli
ggiacomelli@pacinieditore.it
Phone +39 050 31 30 243 - Fax +39 050 31 30 300

Amministrazione:
Pacini Editore Srl,
via Gherardesca 1, 56121 Pisa
Tel. 050 313011 • Fax 050 3130300
www.pacinieditore.it • 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

OBBLIGAZIONI

LORENZO COREA, Violazione del dovere di buona fede in pendenza di condizione sospensiva (a margine di un preliminare di compravendita immobiliare)	3
GIOVANNI GANDINO, Contratto preliminare e decorrenza del termine prescrizione dell'esecuzione specifica ex art. 2932 c.c.	15
ROBERTA GUAINELLA, Caparra confirmatoria: la natura, l'oggetto e le funzioni	22

SINGOLI CONTRATTI

Convenzioni matrimoniali

GABRIELE GIACOLETTI, Mutuo concesso dai coniugi in comunione legale: le regole della comunione prevalgono sullo statuto delle obbligazioni plurisoggettive	35
------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	----

Trust

MARTINA TERRANOVA, Trust discrezionale: la tutela dei legittimari tra nullità e azione di riduzione	42
-----------------------------------------------------------------------------------------------------	----

CONSUMO

GIULIA PULEIO, Organismi nazionali responsabili dell'applicazione del regolamento 2004/261 e compensazione pecuniaria forfettaria in caso di ritardo prolungato o cancellazione del volo	48
GIUSEPPE FIENGO, Il condomino consumatore in una recente decisione della corte di giustizia	56
ANDREA CIONI, L'inadempimento delle obbligazioni legate ai pacchetti turistici: un passo falso per la cassazione	64

BANCHE, INTERMEDIARI FINANZIARI E ASSICURAZIONI

MATTEO DE PAMPILIS, La questione della validità dei contratti derivati irs conclusi dai comuni italiani nello specchio della giurisprudenza inglese	76
VITO DE GREGORIO, Operazioni bacciate: l'art. 2358 c.c. si consolida come rimedio (atipico) al tradimento del risparmio	87
SILVIA VITRÒ, Estinzione anticipata dei finanziamenti, sentenza "lexitor" della cgue e sentenza n. 263/2022 della corte costituzionale	97

NUOVE TECNOLOGIE

SILVIA VITRÒ, L'offerta di bitcoin e la qualificazione delle <i>crypto-assets</i> alla luce della sentenza n. 44378/2022 della corte di cassazione	126
----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

CONTRATTO E TUTELA DELLA PERSONA

RACHELE ZAMPERINI, L'efficacia degli accordi patrimoniali tra coniugi in bilico tra legge italiana e legge straniera

135

OBBLIGAZIONI

Violazione del dovere di buona fede in pendenza di condizione sospensiva (a margine di un preliminare di compravendita immobiliare)*

di LORENZO COREA
Dottore di ricerca
Università di Pisa

(CORTE DI CASSAZIONE, sezione seconda civile, ord. 6 luglio 2022, n. 21427 – Pres. R.M. Di Virgilio – Rel. D. Poletti)

ABSTRACT

Il contributo analizza l'ordinanza 6 luglio 2022, n. 21427, resa dalla Corte di Cassazione in materia di violazione del dovere di buona fede in pendenza di condizione sospensiva apposta ad un contratto preliminare di compravendita immobiliare. Prendendo le mosse dalla fattispecie concreta analizzata dalla Suprema Corte, e dopo averne sinteticamente descritto i tratti essenziali della motivazione, la nota affronta il tema del contratto preliminare e della condizione sospensiva, come istituti funzionali, in modo diversificato, ad instaurare un'attuazione di interessi differita per le parti di un negozio. Lo scritto approfondisce poi la struttura e la funzione della regola di buona fede in pendenza di condizione, distinguendo in particolare il giudizio di scorrettezza per il comportamento che non rispetta la buona fede, da quello di inadempimento di un obbligo contrattuale. L'analisi mostrerà come tale differenziazione porti a concrete e diverse conseguenze sul piano rimediabile. Da ultimo, si porrà l'attenzione sulla funzione di riequilibrio dei rapporti contrattuali che svolge la regola di buona fede.

This contribution analyses the order n. 21427 of 6 July 2022, issued by the Suprema Corte di Cassazione on the subject of breach of the duty of good faith in the face of a suspensive condition attached to a real estate sale preliminary contract. Taking as its starting point the case analysed by the Supreme Court, and after briefly describing the essential features of its reasoning, the paper discusses the subject of the preliminary contract and the suspensive condition, as institutes useful, in different ways, to establish a deferred implementation of interests for the parties of a transaction. The paper then delves into the structure and function of the rule of good faith during the pendency of a condition, distinguishing in particular the judgement of impropriety for behaviours that does not respect good faith, from that of breach of a contractual obligation. The analysis will show how this differentiation leads to concrete and different consequences in terms of remedies. Finally, attention will be drawn to the balancing function of contractual relations that the rule of good faith plays.

SOMMARIO: 1. La fattispecie, la soluzione e il contesto giurisprudenziale; 2. Il contratto preliminare e la condizione sospensiva; 3. Il dovere di buona fede pendente condizione; 4. L'apparato rimediabile a disposizione delle parti; 5. Un dovere che incombe su ambo le parti e un'occasione sfiorata.

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

1. La fattispecie, la soluzione e il contesto giurisprudenziale

Il caso risolto dalla pronuncia in commento trae origine da un'articolata vicenda che risale al 1988, quando le parti stipulavano una scrittura privata con la quale l'impresa edile L.C. prometteva in vendita un appartamento all'interno di un edificio in costruzione sotto la condizione sospensiva che entro 7 mesi dalla data della sottoscrizione venisse concessa, in favore del promissario acquirente F., l'erogazione di un mu-tuo a condizioni agevolate. Successivamente, le parti stipulavano un ulteriore contratto preliminare per l'acquisto di un posto auto nel medesimo edificio. Nonostante non si fosse realizzata la condizione sospensiva e non avendo il promissario acquirente adempiuto agli obblighi nascenti dal contratto (in particolare, il pagamento del prezzo d'acquisto), in data 12 febbraio 1990 l'impresa edile lo immetteva nella disponibilità dell'immobile (sul punto, giova ricordare che Cass., sez. un., 27 marzo 2008, n. 7930, in *Leggi d'Italia* – confermata da nutrita giurisprudenza successiva: da ultimo Cass., sez. II, 17 giugno 2021, n. 17388, in *Leggi d'Italia* – ha affermato che «nella promessa di vendita, quando viene convenuta la consegna del bene prima della stipula del contratto definitivo, non si verifica un'anticipazione degli effetti traslativi, in quanto la disponibilità conseguita dal promissario acquirente si fonda sull'esistenza di un contratto di comodato funzionalmente collegato al contratto preliminare, produttivo di effetti meramente obbligatori. Pertanto, la relazione con la cosa, da parte del promissario acquirente, è qualificabile esclusivamente come detenzione qualificata e non come possesso utile 'ad usucapionem', salvo la dimostrazione di un'intervenuta 'interversio possessionis' nei modi previsti dall'art. 1141 cod. civ.»).

A seguito di questi fatti, nel 2002 L. C. adiva il giudice di merito per sentir dichiarare la risoluzione per inadempimento del contratto preliminare e vedere accolta la domanda di risarcimento del danno. Il Tribunale di Palermo, con sentenza non definitiva confermata dalla Corte di Appello di Palermo, dichiarava l'inefficacia dei due preliminari di contratto per mancato avveramento della condizione sospensiva, condannando F., il promissario acquirente dell'appartamento, a rilasciare lo stesso in quanto non era più presente il titolo che ne giustificava la detenzione.

Con sentenza definitiva, il Tribunale del capoluogo siciliano accoglieva la domanda risarcitoria avanzata dal sig. F. e fondata sulla mancata conclusione del contratto definitivo entro il termine pattuito, in ragione della mancata consegna della documentazione amministrativa necessaria ad ottenere il mutuo agevolato (certificato di fine lavori e abitabilità) da parte dell'impresa costruttrice. Il giudizio si conclude con una condanna a risarcire la differenza tra il valore commerciale del bene alla data di proposizione della domanda di risoluzione del contratto (da parte dell'impresa edile L. C., nel novembre 2002) e il prezzo pattuito alla sottoscrizione del preliminare nel 1988.

In sede di gravame le doglianze dell'impresa edile erano state tutte respinte, in particolare, era stato respinto il motivo mediante cui si lamentava una erronea liquidazione del danno subito dal promissario acquirente, in quanto ad avviso dell'appellante il momento dell'inadempimento andava individuato nel tempo in cui la promittente venditrice, non avendo prodotto i documenti necessari, aveva reso impossibile l'avveramento entro il termine pattuito della condizione sospensiva contenuta nel preliminare di contratto e così la stipula del contratto definitivo, e non nella data della presentazione della

domanda di risoluzione del contratto, come ritenuto dai giudici di merito, con conseguente richiesta di nuova determinazione del *quantum*.

La vicenda giunge dunque al vaglio della Suprema Corte, che concentra il proprio ragionamento proprio sulla parte del motivo di ricorso inerente alla falsa applicazione dell'art. 1453 c.c. e dell'art. 1358 c.c. Il giudice di prime cure e quello del gravame avevano infatti ritenuto che l'impresa edile potesse adempiere all'obbligo di consegna dei documenti necessari all'ottenimento del mutuo fino alla data della proposizione, da parte dell'impresa stessa, della domanda giudiziale per inadempimento; pertanto, hanno configurato un risarcimento del danno per inadempimento del contratto preliminare, in luogo, sostiene il Giudice di Piazza Cavour, della corretta configurazione di un risarcimento danni per comportamento scorretto in pendenza della condizione sospensiva. Infatti, la disposizione di cui all'art. 1358 c.c. impone alle parti di un rapporto obbligatorio sottoposto a condizione di tenere un comportamento tale da conservare integre le ragioni dell'altra parte. Le condotte che le parti tengono in pendenza della condizione sono espressione di un vincolo pattizio che appare già fermo e irrevocabile (Cass., sez. II, 19 giugno 2014, n. 14006, in *DeJure*) e pertanto il mancato rispetto di questo indica una fattispecie di inadempimento attuale e immediatamente rilevante, capace di generare un obbligo risarcitorio autonomo, distinto dalle specifiche disposizioni contrattuali (Cass., sez. III, 2 giugno 1992, n. 6676 in *DeJure*; Cass., sez. un., 19 settembre 2005, n. 18450 in *DeJure*; Cass., sez. II, 12 febbraio 2014, n. 3207, in *DeJure*; Cass., sez. II, 10 ottobre 2018, n. 24977, in *Leggi d'Italia*) e anche dal generale principio del *naeminem ledere*, nell'ottica di un'obbligazione non più vista in modo formale e statico, ma in modo dinamico e teleologico, vale a dire valorizzando la componente di attuazione concreta del rapporto oltre la definizione dell'assetto programmatico originario.

In conseguenza di tale visione sostanziale, la Suprema Corte ritiene che l'inadempimento dell'impresa edile debba collocarsi al limite temporale della pendenza della condizione sospensiva, ovvero alla scadenza del termine per l'ottenimento del mutuo da parte del convenuto. Diversamente, sostiene la Corte censurando il ragionamento del giudice di seconde cure, si incorrerebbe in contraddittorietà della motivazione (dal momento che il giudice di merito ha condannato parte ricorrente "per non avere tenuto una condotta conforme a buona fede in pendenza della condizione sospensiva non consegnando alla controparte i documenti per l'erogazione del mutuo") e, scegliendo come momento della verifica dell'inadempimento la data della proposizione della domanda giudiziale di risoluzione per inadempimento (assumendo che fosse possibile produrre i documenti richiesti fino a quella data, sicché fino ad allora l'adempimento sarebbe stato possibile), si negherebbe l'autonomia della fattispecie di inadempimento da violazione del dovere di buona fede *ex art. 1358 c.c.*, espressione del dovere di solidarietà di cui all'art. 2 Cost.

La pronuncia sviluppa il più ampio tema dell'applicazione della regola di buona fede alla condotta delle parti in pendenza di condizione, che, sul punto specifico della determinazione del danno risarcibile, non presenta precedenti giurisprudenziali analoghi al caso in esame, tanto che la pronuncia si chiude con l'enunciazione del seguente principio di diritto: «in caso di inadempimento dell'obbligo di comportarsi secondo

buona fede in pendenza della condizione sospensiva ai sensi dell'art. 1358 c.c., il momento dell'inadempimento - utile ai fini della determinazione del danno risarcibile e della sua decorrenza - va individuato in quello (ultimo) in cui risulta che la parte non si sia attivata per consentire il verificarsi della "condicio facti" (nella specie, l'ottenimento del mutuo agevolato, da parte del promissario acquirente, da perfezionarsi entro sette mesi dalla sottoscrizione del preliminare di vendita) e non già nel successivo momento della proposizione, ad opera della parte in mala fede, della domanda giudiziale di risoluzione del contratto (già inefficace per mancato avveramento della condizione)».

2. Il contratto preliminare e la condizione sospensiva

Il negozio "preparatorio" è una peculiare espressione dell'autonomia privata che consente ai contraenti di fissare i requisiti essenziali del futuro contratto, ma di differirne la conclusione. Attraverso la contrattazione preliminare le parti manifestano la volontà di trarre utilità dal lasso temporale che li separa dalla manifestazione definitiva del consenso, trattandosi di un negozio che necessita tipicamente di una nuova manifestazione di volontà affinché si producano gli effetti del contratto definitivo.

L'istituto ha una derivazione storica derivante dall'interpretazione dottrinale e trova una collocazione sistemica solo con il codice vigente, che ha posto finalmente termine al dibattito sull'ammissibilità della figura con la previsione degli artt. 1351 e 2932 c.c., che hanno conferito autonoma rilevanza strutturale e funzionale al negozio preliminare, pur senza dettare specifici aspetti di disciplina, conferendogli così una duttilità in grado di soddisfare ancora meglio la diversità degli interessi coinvolti (POLETTI, *Il contratto preliminare*, in *Commentario al Codice civile. Dei contratti in generale*, Vol. 2, Artt. 1350-1386 a cura di Navarretta e Orestano, UTET, 2011, 130-184).

Il caso in esame, piuttosto frequente nella prassi, vede le parti vincolare la stipulazione dell'assetto negoziale definitivo all'avveramento di un evento condizionante, futuro e incerto, quale è l'ottenimento di un mutuo (nella specie a tasso agevolato).

Sia la condizione, in grado di incidere sugli effetti del contratto, che il contratto preliminare, in grado di differire la produzione degli effetti del definitivo, si palesano quali strumenti funzionali alla realizzazione di un assetto di interessi ottimale per le parti ed in particolare al promittente acquirente, consentendogli di procurarsi la disponibilità di denaro occorrente per il pagamento del prezzo. La sottoposizione della stipulazione del contratto definitivo alla condizione della concessione di un mutuo paralizza, nel caso di mancato avveramento di tale evento, gli effetti traslativi legati alla sequenza preliminare-definitivo, esaltando il ruolo della condizione quale strumento di autotutela preventiva (per questa tesi, con particolare riferimento alla funzione dell'adempimento dedotto in condizione, LENZI, *Condizione, autonomia privata e funzione di autotutela. L'adempimento dedotto in condizione*, Giuffrè, 1996, *passim*).

L'evento dedotto in condizione nel caso oggetto dell'ordinanza in esame rispetta tutti i requisiti normativi richiesti perché possa configurarsi una condizione sospensiva, in quanto il fatto, consistente in un evento futuro e incerto, è lecito, possibile ed espressione di apprezzabili interessi delle parti. L'avveramento dell'evento è rimesso in parte

alla volontà e al comportamento di una delle parti, nello specifico il promissario acquirente che doveva agire per procurarsi il mutuo, e in parte esula dalla volontà dei contraenti, in quanto è frutto dell'attività di una terza parte, ossia l'istituto creditizio, che aveva il potere di decidere sulla delibera di concessione del mutuo (è questo il caso della condizione cd. potestativa mista).

Si può rilevare come la volontà congiunta dei contraenti di porre in essere un programma d'acquisto differito abbia per un verso ampliato l'espressione dell'autonomia privata nel regolamento negoziale tra le parti, dando rilievo, nel caso che ci riguarda, a un fatto esterno cui le parti avevano assegnato un decisivo rilievo (la concessione del mutuo agevolato a favore del promissario acquirente) e consentendo l'ingresso, nell'assetto di interessi proprio del contratto, a motivi che al pari della causa rappresentano "interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico" (RESCIGNO, voce *Condizione (Diritto Vigente)*, in *Enc. Dir.*, VIII, Giuffrè, 1961, 766).

La peculiare modalità di espressione dell'autonomia contrattuale rende particolarmente importante il giudizio sulla condotta delle parti *pendente condicione*, in quanto la tenuta di comportamenti contrari a buona fede può condurre, come nel caso qui considerato, a un travolgimento degli effetti del regolamento negoziale delle parti che non coinvolge solo l'assetto "provvisorio" degli interessi, da cui sono già sorti gli effetti obbligatori, ma anche quello definitivo, che per effetto del mancato avveramento della condizione non verrà mai alla luce, salva la manifestazione di una nuova e diversa volontà negoziale delle parti.

3. Il dovere di buona fede *pendente condicione*

In conformità con quanto sostenuto da autorevole dottrina (NATOLI, *Della condizione del contratto*, in *Commentario al codice civile* diretto da D'Amelio e Finzi, *Libro IV, Delle obbligazioni*, I, Barbera Editore, 1948, 458 ss.; BRUSCUGLIA, *Pendenza della condizione e comportamento secondo buona fede (art. 1358 c.c.)*, Giuffrè, 1975, *passim*), condivisa da molti studiosi (LENZI, *Artt. 1353- 1361*, in *Commentario al Codice civile. Contratto in generale, Vol. 2, Artt. 1350-1386, op. cit.*, 221 ss.; FACCIOLO, *La responsabilità dell'alienante sotto condizione sospensiva*, in *Resp. civ. prev.*, 2007, 346) la pronuncia in esame sostiene che il dovere di buona fede è attuale ed il suo inadempimento, già durante la fase di pendenza, può essere fatto valere immediatamente. Del resto, «la buona fede, intesa in senso etico, come requisito della condotta, costituisce uno dei cardini della disciplina legale delle obbligazioni e forma oggetto di un vero e proprio dovere giuridico, che viene violato non solo nel caso in cui una delle parti abbia agito con il proposito doloso di recare pregiudizio all'altra, ma anche se il comportamento da essa tenuto non sia stato, comunque, improntato alla diligente correttezza ed al senso della solidarietà sociale che integrano, appunto, il contenuto della buona fede» (Cass., 21 maggio 1973, n. 1460, in *ItalggiureWeb*).

Si tratta di un istituto che permea l'intera disciplina dei contratti e dei negozi in genere, in ogni fase (BUSNELLI, *Note in tema di buona fede ed equità*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, fasc. 5, I, 548, secondo il quale gli attuali indirizzi normativi tendono ad un «contemperamento tra salvaguardia della libertà contrattuale e soggezione al principio della

buona fede» e a quest'ultimo è anche affidato il compito di «filtrare il giudizio sull'equità delle clausole contrattuali» svolgendo la funzione di «norma ponte per il raccordo con i principi fondamentali del nostro sistema»), e non solo, in quanto da tempo è stata teorizzata l'applicazione della buona fede come criterio e parametro per la valutazione delle condotte lesive di beni giuridici tutelati fuori dall'alveo contrattuale (BUSNELLI e NAVARRETTA, *Abuso del diritto e responsabilità civile*, in *Diritto privato 1997*, III, *Abuso del diritto*, CEDAM, 190). Peraltro, alla buona fede sembra essere stata assegnata anche una funzione di regolazione post-contrattuale della condotta delle parti, si pensi, ad esempio, alla gestione delle sopravvenienze perturbative del contratto (impossibilità, eccessiva onerosità sopravvenuta, inadempimento), per le quali, in alternativa allo scioglimento, viene prospettato il rimedio dato dall'obbligo di rinegoziazione del contratto, fondato sul dovere di buona fede delle parti (il tema ha raccolto rinnovate riflessioni nel periodo dell'emergenza pandemica: cfr. FRANZONI, *Il covid-19 e l'esecuzione del contratto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2021, I, 1 ss., secondo cui «una volta appurato che la sopravvenienza è stata causa della alterazione sinallagmatica del contratto, e che il fallimento delle trattative per la rinegoziazione è imputabile ad una condotta scorretta della parte che trae vantaggio o che subisce la minor perdita, la parte più oberata può invocare la riduzione a equità del contratto», in quanto «l'esecuzione secondo buona fede consente per così dire di attualizzare il sinallagma voluto dalle parti al momento della conclusione del contratto, se questo è stato alterato per un fatto sopravvenuto»; MEZZANOTTE, *Il diritto alla rinegoziazione o all'adeguamento giudiziale del contratto*, in *Materiali per una revisione del codice civile*, II a cura di Cuffaro e Gentili, Giuffrè, 2022, 209 ss); tale soluzione è di origine marcatamente dottrinale, ed è stata recepita prima a livello dei collegi arbitrali e poi da una limitata giurisprudenza di merito (Trib. Bari, ord., 31 luglio 2012, in Archivio Giurisprudenziale Nazionale – Servizi Online Uffici Giudiziari, Trib. Bari, ord., 14 giugno 2011, in Archivio Giurisprudenziale Nazionale – Servizi Online Uffici Giudiziari, Trib. Bologna, decr., 26 aprile 2013, in Servizi Online Uffici Giudiziari), di recente ha ricevuto l'apertura della Suprema Corte, che con la Relazione Tematica n. 56 dell'8 luglio 2020, ha prospettato che sarebbe possibile dar corso ai nuovi impegni presi a seguito della rinegoziazione secondo l'inderogabile dovere di buona fede attraverso il rimedio dell'esecuzione in forma specifica di cui all'art. 2932 c.c. (in sintonia con la posizione, non di oggi, di MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Jovene, 1996, *passim*; in senso contrario alcune recenti sentenze del Tribunale di Roma, tra cui sez. VI, 5 gennaio 2022, n. 234, in Archivio Giurisprudenziale Nazionale – Servizi Online Uffici Giudiziari).

Ricordando che il comportamento secondo buona fede è una regola di condotta che deve essere seguita dalle parti del rapporto obbligatorio, e che in presenza dell'evento condizionante si traduce nell'obbligo di “conservare integre le ragioni dell'altra parte” ex art. 1358 c.c., la valutazione che si può fare, applicata alla vicenda in esame, dove effettivamente si è pervenuti a un mancato avveramento di una condizione sospensiva, è che, nelle more della pendenza della condizione, l'impresa edile non ha fatto tutto quanto in suo potere per garantire il verificarsi dell'evento condizionante, in quanto la stessa avrebbe dovuto adoperarsi per fornire la documentazione necessaria alla richiesta di mutuo agevolato al promissario acquirente. In effetti, anche l'omissione può essere valutata

in termini di violazione della regola di buona fede e costituire fonte di responsabilità, in quanto l'attività omessa nella specie compromette le ragioni dell'altra parte (Cass., 3 giugno 2010, n. 13469, in *Leggi d'Italia*). La sussistenza di un siffatto obbligo deve affermarsi anche per il "segmento" non casuale della condizione mista. Ciò in quanto gli obblighi di correttezza e buona fede, che hanno la funzione di salvaguardare l'interesse della controparte alla prestazione dovuta e all'utilità che la stessa assicura, impongono una serie di "comportamenti di contenuto atipico", che assumono la consistenza di "standard" integrativi di tali principi generali, e sono individuabili mediante un giudizio applicativo di norme elastiche e soggetto al controllo di legittimità al pari di ogni altro giudizio fondato su norme di legge (Cass., 28 luglio 2004, n. 14198, in *DeJure*).

4. L'apparato rimediale a disposizione delle parti

Durante la pendenza del termine per il verificarsi della condizione sospensiva, nessun effetto riferito agli obblighi assunti nel contratto può verificarsi, ma le parti si trovano in una posizione di aspettativa che è fonte di effetti preliminari.

Gli effetti preliminari o prodromici rispondono alla necessità di tutelare un interesse ontologicamente distinto da quello definitivo; pertanto, il dovere contemplato dall'art. 1358 c.c. non è subordinato ad alcuna condizione collegata al destino degli effetti negoziali definitivi (che si dispiegheranno *ex tunc* con l'avverarsi della condizione), proprio perché attuale già durante la fase di pendenza. Tale dovere può essere fatto valere immediatamente tramite una delle attività conservative *ex art.* 1356 c.c., tramite la finzione di avveramento della condizione *ex art.* 1359 c.c. che consente di chiedere l'adempimento del contratto qualora la condizione sia mancata per fatto imputabile alla parte che aveva interesse contrario all'avveramento di essa (ancorché la condizione sia mista, Cass., 14 dicembre 2012 n. 23014, in *Leggi d'Italia*; Cass., 18 novembre 2011 n. 24325, in *Leggi d'Italia*; Cass., 3 giugno 2010 n. 13469, in *Leggi d'Italia*), e tramite la richiesta di risarcimento del danno.

Tema di rilievo è quello che concerne la possibilità di richiedere la risoluzione per inadempimento per comportamento scorretto. L. C. ha infatti proposto domanda di risoluzione per inadempimento del contratto preliminare per mancato avveramento della condizione, ma la Corte di merito ha dichiarato l'inefficacia retroattiva del titolo, escludendo l'esperibilità del rimedio di cui all'art. 1453 c.c. Dottrina risalente nel tempo (RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, ESI, 1939, 107 ss.; FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, Giuffrè, 1941, 203 ss.; BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni I*, Giuffrè, 1953, 97 ss.) escludeva la possibilità che questo rimedio potesse essere esperito con riferimento al mancato avveramento della condizione per condotta addebitabile alle parti, in quanto il giudizio operato dal giudice è di scorrettezza *ex art.* 1358 c.c. e non di inadempimento, dal momento che l'obbligo di adempiere non si ha nelle more della condizione, quanto piuttosto a seguito del verificarsi di questa che rende efficace retroattivamente l'accordo tra le parti. Quest'ultimo giudizio allora si pone in relazione al rapporto definitivo, e non a quello pendente condizione, in quanto determinarebbe lo scioglimento di un rapporto attualmente incerto, che non è dato sapere se verrà ad esistenza.

La dottrina successiva (BENATTI, *La costituzione in mora del debitore*, Giuffrè, 1968, 164; C. M. BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, in *Commentario del codice civile* a cura di Scialoja e Branca, Zanichelli, 1980, 25 ss.) che guarda alla dimensione dinamico-funzionale dell'obbligazione, cogliendo il nesso teleologico-finalistico che lega la c.d. fase preliminare a quella definitiva, tende invece ad accogliere la possibilità di esperire la domanda di risoluzione per inadempimento per violazione dell'art. 1358 c.c. L'obbligo di cui a quest'ultima norma è inteso come immediato e direttamente efficace, dal momento che la prestazione va individuata non solo nell'atto solutorio finale, ma anche in tutti quei comportamenti preparatori che i contraenti devono esercitare per consentire la puntuale definizione dell'assetto complessivo degli interessi sotteso all'equilibrio negoziale.

La stessa giurisprudenza di legittimità, nel solco di consolidate pronunce, ha individuato la pendenza della condizione come una fase autonoma entro cui il comportamento delle parti può essere giudicato a prescindere dal successivo verificarsi o meno della condizione. In questo senso, assume particolare significato la decisione della Cass., 19 giugno 2014, n. 14006, *cit.*, proprio in materia di violazione della regola di buona fede in pendenza di condizione sospensiva in contratto preliminare. Infatti, quanto contenuto all'interno della condizione induce aspettative per le parti ai sensi dell'art. 1358 c.c., situazioni soggettive che nascono dal contratto condizionato solo se la condotta tenuta cagiona un danno irrimediabile alla promissaria acquirente e la menomazione delle ragioni di quest'ultima o se ha avuto incidenza sul mancato verificarsi della condizione e sulla definitiva inefficacia del contratto, altrimenti «il mancato avveramento della condizione impedisce al contratto di produrre i propri effetti con conseguente impossibilità di parlare di inadempimento». La casistica giurisprudenziale è nutrita, con riguardo soprattutto alla condizione sospensiva del rilascio di autorizzazioni amministrative: difatti, è possibile riconoscere il danno solo quando, avuto riguardo alla situazione di fatto esistente nel momento in cui si è verificato l'inadempimento, debba ritenersi che la condizione avrebbe potuto avverarsi, essendo possibile il legittimo rilascio delle autorizzazioni amministrative con riguardo alla normativa applicabile (Cass., 12 febbraio 2014, n. 3207, *cit.*).

5. Un dovere che incombe su ambo le parti e un'occasione sfiorata

Dagli elementi che emergono dall'ordinanza in commento, non v'è dubbio che la mancata cooperazione dell'impresa edile abbia determinato l'impossibilità per la promissaria acquirente di far avverare l'evento dedotto in condizione.

La qualificazione di tale cooperazione costituisce un profilo attorno a cui si è sviluppato un ampio dibattito dottrinale. Il creditore deve compiere «quanto è necessario affinché il debitore possa adempiere l'obbligazione» (art. 1206 c.c.), derivando da tale mancata attività una impossibilità temporanea della prestazione che solleva il debitore dalla responsabilità del ritardo nell'adempimento (art. 1256, comma 2, c.c.).

È proprio la correttezza imposta dall'art. 1358 c.c. a definire, nella specifica situazione di pendenza della condizione, il contenuto della cooperazione fra le parti del rap-

porto, che consiste in un dovere giuridico qualificato dall'osservanza dei principi di solidarietà sociale, dal momento che «la cooperazione è oggetto di un onere del creditore, e l'onere assorbe l'obbligo di solidarietà imposto alle parti del rapporto obbligatorio in quanto rende necessaria la cooperazione del creditore a prescindere dai presupposti di doverosità del comportamento secondo correttezza. L'obbligo di correttezza, invece, richiede al creditore di cooperare oltre la sua sfera di competenza, ossia gli impone di attivarsi anche in ciò che non è previsto dal titolo o che non attiene al suo potere di controllo» (C. M. BIANCA, *Diritto Civile 4. Le Obbligazioni*, Giuffrè, 1993, 380 ss.). Anche qualora si ritenesse di rifuggire da profili di doverosità nel comportamento del creditore, dalle disposizioni di legge (art. 1358 c.c., art. 1175 c.c.) si potrebbe ricavare la sua esigibilità, in conformità ai principi generali del nostro ordinamento, in particolare al principio di solidarietà sociale ex art.2 Cost., che impone che il sistema delle relazioni private sia improntato alla correttezza, così da tendere alla completa realizzazione degli interessi economici perseguiti nel regolamento negoziale, ma anche al rispetto delle finalità dell'ordinamento giuridico, con ciò dovendosi prestare una attenzione ancora maggiore alla sfera giuridica altrui (effettua uno studio analitico del principio costituzionale applicato al contratto, fra gli altri, D'ADDA, *Il contratto tra regole e principi*, in Pactum, 2022, I, 28 ss.).

In tal senso, la giurisprudenza di legittimità ha chiarito a più riprese (la già citata Cass., 12 febbraio 2014, n. 3207, cit. e Cass., 25 gennaio 2018, n. 1887, in *Leggi d'Italia*) che colui che si è obbligato a trasferire un bene sotto la condizione sospensiva dell'ottenimento di determinate autorizzazioni o concessioni amministrative ha il dovere di conservare integre le ragioni della controparte comportandosi secondo buona fede, compiendo, cioè, tutte le attività che da lui dipendono per l'avveramento di siffatta condizione, potendo l'altra parte, in caso contrario, chiedere la risoluzione del contratto e il risarcimento dei danni, da accertare con il criterio della regolarità causale, ove risulti, in base alla situazione esistente nel momento in cui si è verificato l'inadempimento, che la condizione avrebbe potuto avverarsi, mediante il legittimo rilascio delle autorizzazioni, sostanzialmente fondando l'apparato rimediabile sull'art. 1359 c.c.

L'autonomia della fattispecie di inadempimento da violazione del dovere di buona fede in pendenza della condizione rispetto al rimedio della risoluzione per inadempimento ha indotto l'ordinanza in commento a ridurre il *quantum* del danno come liquidato dal giudice di appello, facendolo decorrere non già dal momento in cui il venditore ha chiesto la risoluzione del contratto, ma dal momento antecedente del mancato avveramento della condizione, previsto nei sette mesi dalla stipulazione del preliminare. La decisione è in linea con la concezione della buona fede come contenuto dell'«obbligo di ciascuna parte di salvaguardare l'utilità dell'altra nei limiti in cui ciò non importi un apprezzabile sacrificio» (Cass., 4 maggio 2009, n. 10182, in *Leggi d'Italia*, secondo cui «la buona fede nell'esecuzione del contratto si sostanzia in un generale obbligo di solidarietà che impone a ciascuna delle parti di agire in modo da preservare gli interessi dell'altra, a prescindere tanto da specifici obblighi contrattuali, quanto dal dovere extracontrattuale del *neminem laedere*, trovando tale impegno solidaristico il suo limite precipuo unicamente nell'interesse proprio del soggetto, tenuto, pertanto al compimento di tutti gli atti giuridici e/o materiali che si rendono necessari alla salvaguardia dell'interesse della controparte, nella misura in cui essi non comportino un apprezzabile sacrificio a suo carico»;

la tesi è stata sostenuta in dottrina, in particolare, da C. M. BIANCA, *La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, vol. 29, I, 205 ss. e ID., *Diritto civile 3. Il contratto*, 3° ed., Giuffrè, 2019, 456 ss.). Proprio questa accezione della buona fede, atta a contemperare gli interessi dei contraenti, esclude che il promittente venditore (per di più inadempiente) possa pretendere il risarcimento del danno fino al momento della domanda di scioglimento del vincolo (sul presupposto che la consegna della documentazione sarebbe fino ad allora stata ancora possibile), ma considera anche la circostanza che il promissario acquirente, al momento della mancata concessione del finanziamento, avrebbe potuto a sua volta attivarsi per rinvenire un nuovo immobile sul mercato.

Nel caso di specie vi è però un ulteriore elemento che la Suprema Corte non ha potuto valutare e che, se tenuto in debita considerazione, avrebbe potuto portare a una pronuncia differente negli esiti finali.

Il promittente venditore, infatti, si duole della mancata considerazione, da parte della Corte di Appello, della complessiva condotta tenuta dallo stesso nell'esecuzione della prestazione, e in particolare, dell'immissione nel godimento dell'immobile fatta fin dal 1990 a favore del promissario acquirente, pur in assenza del pagamento del corrispettivo prezzo d'acquisto. Sul punto, è da rilevarsi come gli ermellini abbiano dovuto censurare il lamentato vizio di violazione o falsa applicazione dell'art. 360 n. 3 c. p. c. in quanto nulla sulla questione stabiliva la sentenza impugnata, e pertanto si sarebbe trattato di domanda nuova, che in caso di accoglimento del motivo avrebbe ampliato il *thema decidendum*, senza che ciò potesse essere considerato con ragionevole certezza un fatto decisivo ai fini di un diverso esito della controversia (Cass., sez. un., 7 aprile 2014, n. 8053, in *Leggi d'Italia*).

Qualora la doglianza fosse stata sollevata in sede di gravame, però, la Corte avrebbe certamente potuto pronunciarsi nel merito e arrivare a conclusioni diverse, come si può osservare dal caso deciso con sentenza Cass., 19 giugno 2014, n. 14006, cit., che sottolinea come qualora la condotta scorretta di una parte non comporti un danno irrimediabile, la domanda di risoluzione per inadempimento dovrebbe essere rigettata nel caso in cui la condizione non si sia verificata. Dal momento che è pacifico che l'obbligo di comportarsi secondo buona fede incombe su ambo le parti, il comportamento scorretto di una parte non esonera né la controparte dal tenere un comportamento corretto (pur nell'evoluzione del rapporto potendo emergere dei diversi interessi rispetto all'assetto originariamente determinato) né il giudice dalla valutazione complessiva del comportamento di quella parte e delle altre parti del rapporto.

Nel caso di specie L. C. aveva immesso nella detenzione dell'immobile e del posto auto il sig. F., pur senza avere in cambio da questi alcun corrispettivo, neanche periodico, alla stregua di un canone di locazione per l'occupazione dell'immobile, posto che secondo il consolidato orientamento della Cassazione il preliminare ad effetti anticipati genera gli effetti obbligatori del comodato di cui all'art. 1803 c.c., essenzialmente gratuito (o con un pagamento a rimborso spese di importo irrisorio). Venuto meno, a seguito del verificarsi degli effetti risolutivi del contratto, il titolo posto a fondamento del godimento del bene, riemerge l'arricchimento che, per effetto del protratto godimento, si era generato per il

promissario acquirente. Inoltre, in assenza della materiale disponibilità della documentazione necessaria alla richiesta di mutuo agevolato, F. avrebbe potuto attivarsi per la ricerca di un altro finanziamento, senza che ciò escludesse la possibilità per lo stesso di agire per il risarcimento del danno, in ipotesi da quantificarsi nella differenza fra il costo del mutuo agevolato e il costo che avrebbe potuto ottenere a condizioni di mercato ordinarie. Non solo, F. avrebbe potuto agire in giudizio d'urgenza per richiedere la consegna dei documenti (sebbene non vigente al momento in cui è iniziata la vicenda *de quo*, va menzionata la possibilità di ricorrere alla misura di esecuzione indiretta - *astreinte* - ex art. 614-bis c.p.c. per sollecitare l'adempimento, introdotta con legge n. 69 del 2009).

Si tratta di aspetti di rilievo in termini di valutazione comparativa della condotta delle parti alla stregua della regola di buona fede, che, in ipotesi, avrebbero potuto incidere sulla quantificazione del danno, e che, anche considerando l'utilizzo del bene per un tempo così lungo (quasi vent'anni), avrebbero potuto riequilibrare il *quantum* sul terreno della *compensatio lucri cum damno* (in giurisprudenza si veda, in termini di apertura ad ipotesi di compensazione fra danno e *utilitas* percepita indebitamente per il godimento dell'immobile a seguito di declaratoria di inefficacia del contratto, nello specifico Cass., 19 dicembre 2014, n. 26908, in *DeJure* e anche Cass., 24 febbraio 2000, n. 2112, in *DeJure*; di segno contrario con specifico riferimento al valore dell'immobile consegnato in vista della assegnazione mancata a causa dell'inadempimento Cass., 28 gennaio 2002, n. 985, in *DeJure*; in dottrina IZZO, *La giustizia del beneficio*, Editoriale Scientifica, 2018, 183-196), onde evitare che il soggetto leso, alla fine, potesse trarre indebite locupletazioni prive di causa (Cass., sez. un., 22 maggio 2018, n. 12564/2018, in *Leggi d'Italia* e Cass., sez. un., 11 gennaio 2008, n. 584, in *Leggi d'Italia*) in spregio alla funzione compensativa della responsabilità civile.

Bibliografia essenziale

BENATTI, *La costituzione in mora del debitore*, Giuffrè, 1968

BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, I, Giuffrè, 1953

BIANCA C.M., *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, in *Commentario del codice civile* a cura di Scialoja e Branca, Zanichelli, 1980

BIANCA C.M., *La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, vol. 29, I, 205

BIANCA C.M., *Diritto Civile 4. Le Obbligazioni*, Giuffrè, 1993

BIANCA C.M., *Diritto Civile 3. Il contratto*, 3° ed., Giuffrè, 2019

BIGLIAZZI GERI, BRECCIA, BUSNELLI, NATOLI, *Diritto civile. Vol. 1: Norme, soggetti e rapporto giuridico. Fatti e atti giuridici*, Utet, 1986

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

BRUSCUGLIA, *Pendenza della condizione e comportamento secondo buona fede (art. 1358 c.c.)*, Giuffrè, 1975

BUSNELLI, *Note in tema di buona fede ed equità*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, 5, I, 537

BUSNELLI e NAVARRETTA, *Abuso del diritto e responsabilità civile*, in *Diritto privato*

1997, III, *Abuso del diritto*, CEDAM, 171

D'ADDA, *Il contratto tra regole e principi*, in *Pactum*, 2022, I, 28

FACCIOLI, *La responsabilità dell'alienante sotto condizione sospensiva*, in *Resp. civ. prev.*, 2007, 346

IZZO, *La giustizia del beneficio*, Editoriale Scientifica, 2018

LENZI, *Artt. 1353-1361*, in *Commentario al Codice civile. Contratto in generale*, Vol. 2, *Artt. 1350-1386* a cura di Navarretta e Orestano, UTET, 2011, 221

LENZI, *Condizione, autonomia privata e funzione di autotutela. L'adempimento dedotto in condizione*, Giuffrè, 1996

NATOLI, *Della condizione del contratto*, in *Commentario al codice civile* diretto da D'Amelio e Finzi, *Libro IV, Delle obbligazioni*, I, Barbera Editore, 1948, 458

POLETTI, *Il contratto preliminare*, in *Commentario al Codice civile. Contratto in generale*, Vol. 2, *Artt. 1350-1386*, a cura di Navarretta e Orestano, UTET, 2011, 130

RESCIGNO, voce *Condizione (Diritto Vigente)*, in *Enc. Dir.*, VIII, Giuffrè, 1961, 766

RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, ESI, 1939

Contratto preliminare e decorrenza del termine prescrizione dell'esecuzione specifica ex art. 2932 c.c.*

di GIOVANNI GANDINO
Dottorando di ricerca
Università degli Studi di Sassari

(CORTE DI CASSAZIONE, ord. 24 ottobre 2022, n. 31369; Pres. Bertuzzi – Est. Scarpa)

ABSTRACT

La Corte di Cassazione con il provvedimento in analisi ha avuto modo di esprimersi nuovamente su un ormai costante indirizzo giurisprudenziale in tema di preliminare di vendita e, precisamente, sulla decorrenza del termine prescrizione dell'istituto rimediabile disciplinato dall'art. 2932. Nell'ordinanza oggetto della presente nota la Suprema Corte ha ribadito il seguente principio: "l'inadempimento del promittente venditore alla stipula del definitivo comporta che la prescrizione del diritto del promissario acquirente all'esecuzione in forma specifica dell'obbligo di contrarre ex art. 2932 c.c., non inizia a decorrere dalla conclusione del preliminare, ma dalla data di scadenza del termine fissato per la stipula del contratto definitivo.

The Supreme Court's decision on preliminary purchase agreements has re-affirmed the well settled case-law on the limitation period provided under Article 2932 of the Civil Code. Namely, the Court has emphasized that in case of breach by the promissory seller of his obligation to enter into the definitive contract, the limitation period applicable to the promissory purchaser's right to ask for the relevant specific performance (Article 2932 of the Civil Code) does not start from the execution date of the preliminary agreement; on the contrary, it starts from the agreed date for the execution of the definitive agreement.

SOMMARIO: 1. Il caso; 2. Contratto preliminare, contratto definitivo e preliminare ad effetti anticipati; 3. L'esecuzione in forma specifica dell'obbligo di concludere un contratto ex art. 2932; 4. Prescrizione del diritto del promissario acquirente all'esecuzione in forma specifica ex art. 2932.

1. Il caso

Il La Cassazione, chiamata ad esaminare una controversia avente ad oggetto un preliminare di vendita siglato in data 14.07.1993 e successivamente rimasto inadempito, ha avuto l'occasione di ribadire diversi aspetti riguardanti la disciplina del contratto preliminare.

Con la pronuncia in analisi la Suprema Corte ha chiarito talune questioni, fra le quali merita particolare attenzione, in relazione alla marcata rilevanza che assume nell'intesa preparatoria, l'istituto della esecuzione in forma specifica ex art. 2932 c.c. e del correlativo termine prescrizione.

* Il presente contributo è stato sottoposto a valutazione in forma anonima ed è stato pubblicato in anteprima su rivistapactum.it il 13.4.2023.

L'oggetto dell'impugnazione è una sentenza della Corte d'Appello di Roma, con la quale quest'ultima ha qualificato come preliminare di vendita d'immobile e non come definitivo un contratto con cui Tizio, ricorrente nella vicenda in esame, e Caia, controricorrente, si obbligavano a stipulare un successivo contratto nel termine di un anno, determinandosi tuttavia ad anticipare taluni effetti, fra cui la consegna del bene. La Corte territoriale condannò Tizio al rilascio dell'immobile consegnatogli a titolo di detenzione in ragione del preliminare di vendita, riconoscendo l'intervenuta prescrizione, in assenza di validi atti interruttivi, del diritto del promissario acquirente di ottenere una sentenza *ex art. 2932 c.c.*, rigettando la domanda riconvenzionale di condanna all'indennità di occupazione proposta dalla promissaria venditrice Caia.

Contro la sopracitata statuizione Tizio ha adito la Corte di legittimità, facendo valere talune doglianze che possono essere sinteticamente suddivise in quattro punti: a) erronea interpretazione delle clausole contrattuali e qualificazione del contratto come preliminare e non come compravendita; b) erronea dichiarazione di prescrizione del diritto ad ottenere la sentenza *ex art. 2932 c.c.*, per non aver tenuto conto degli atti interruttivi; c) erroneo computo del termine prescrizione decennale individuato nella data fissata dalle parti per il definitivo; d) erronea applicazione dell'art. 183, comma 5, c.p.c., in relazione al rigetto da parte del giudice di seconde cure della domanda subordinata di restituzione del prezzo pagato e degli accessori e/o di ingiustificato arricchimento.

Dinanzi agli argomenti del promissario venditore il Supremo Collegio, ritenendo fondato solo l'ultimo dei quattro motivi oggetto del ricorso, ha cassato la sentenza impugnata nei limiti delle censure accolte, rinviando la decisione secondo i principi e le statuizioni oggetto dell'ordinanza in analisi al Giudice d'Appello in diversa composizione.

2. Contratto preliminare, contratto definitivo e preliminare ad effetti anticipati

L'ordinanza oggetto della presente nota, s'è detto, ha avuto il merito di ribadire ai vari operatori del diritto taluni principi centrali della disciplina del contratto preliminare, richiamando l'attenzione, da una parte, sulle opportune differenze tra preliminare e definitivo, concernenti la funzione dell'uno e dell'altro negozio; dall'altra, sulla decorrenza del termine prescrizione dell'azione prevista dall'art. 2932 c.c., pietra angolare del sistema su cui poggia la fattispecie complessa in esame.

Ciò premesso, ripercorrendo brevemente la giurisprudenza sul tema che, come osservato da un autorevole studioso [v. GAZZONI, *Il contratto preliminare*, 3a ed., Giappichelli, 2010, 7], ha «stranamente» sopravanzato la dottrina assumendo un ruolo fondamentale nel dettarne la disciplina, è opportuno fin da subito individuare che cosa s'intenda per contratto preliminare e in quale rapporto si ponga quest'ultimo con il contratto definitivo, soffermandosi, peraltro, sulla questione del preliminare ad effetti anticipati di cui si è occupata la Cassazione nel caso in esame.

In prima battuta può anzitutto rilevarsi che il contratto preliminare s'inserisce tra le fattispecie negoziali aventi funzione preparatoria alla futura conclusione di un successivo accordo e ha lo scopo di obbligare le parti contraenti, ovvero soltanto una di esse (in caso di preliminare unilaterale), alla futura stipula del contratto definitivo (o principale).

L'obbligazione di addivenire alla futura stipulazione consiste nel far ciò che sia necessario e sufficiente per produrre gli effetti definitivi, per cui, qualora la prestazione finale divenga impossibile, anche l'obbligazione di contrarre seguirà la stessa sorte [SACCO e DE NOVA, *Il contratto*, in Trattato di diritto privato diretto da Rescigno, X, 4a ed., Utet, 2018, 499].

Affinché l'atto preparatorio assuma efficacia normativa fra i promissari, l'art. 1351 c.c. ha previsto un onere formale, là dove ha stabilito che il preliminare è nullo se non è fatto nella stessa forma che la legge prescrive per il definitivo. Tale disposizione mira invero a sottolineare un rapporto di corrispondenza fra l'intesa preparatoria e quella definitiva in ordine ai requisiti essenziali dell'accordo e relativamente alla validità o invalidità di quest'ultimo. Sul contenuto del preliminare, la giurisprudenza [Cass., 10 maggio 2018, n. 11297, in *Dejure*] è costante nell'affermare come non sia indispensabile la completa e dettagliata indicazione di tutti gli elementi del futuro contratto, giacché il negozio preparatorio è valido allorquando le parti si siano accordate sugli elementi essenziali. Parimenti valido è il preliminare che, non indicando direttamente gli elementi sostanziali, consenta di percepire le modalità operative per individuarli all'interno dell'accordo. Peraltro, non solo il mancato rispetto della norma citata rende il contratto preliminare nullo, ma preclude altresì al promissario diligente l'operatività dello strumento rimediabile previsto dall'art. 2932 c.c. al fine di tutelarsi dalla potenziale trasgressione dell'obbligo di concludere il contratto principale.

L'interesse che la suddetta operazione economica intende soddisfare risiede perciò nell'esigenza di cristallizzare l'affare ed esercitare un vero e proprio «controllo sulle sopravvenienze» [CAPO, *Preliminare, negozi preparatori e formazione progressiva del contratto*, in CAPO, MUSIO e SALITO (a cura di), *Il contratto preliminare*, Cedam, 2014, 2], determinando all'interno dell'atto iniziale gli elementi caratterizzanti, quali termini e condizioni, del successivo negozio [Cass., 29 marzo 2006, n. 7273, in *Foro it*, 2007, I, 3, 889].

La finalità del contratto preliminare coincide dunque con l'effetto di consentire la nascita di un obbligo giuridico alla stipula del definitivo. L'efficacia obbligatoria del preliminare traccia la linea di confine tra quest'ultimo e il definitivo che, trovando spazio quasi solamente nelle vendite immobiliari, determina l'effetto solutorio e, per di più, reale qualora il contratto principale abbia un effetto traslativo. L'intesa preparatoria consente perciò alle parti di concludere un impegno provvisorio e di riservarsi in un successivo momento la completa e definitiva regolamentazione dell'affare, assicurandosi peraltro il vantaggio di non sostenere già nella prima operazione gli oneri fiscali di un'attività non ancora matura per l'adempimento [v. C.M. BIANCA, *Il contratto*, III, 3^a ed., Giuffrè, 2019, 160].

Il definitivo, si è detto, è il contratto successivo che le parti si impegnano a stipulare nella promessa preliminare. Una volta posto in essere il contratto principale quest'ultimo, superando il preliminare, costituisce l'unica fonte dei diritti e delle obbligazioni inerenti al particolare negozio voluto [v. Cass., 7 ottobre 2020, n. 21529, in *DeJure*]. È bene chiarire, allora, che non si tratta di un atto solutorio costituente una mera ripetizione del preliminare, motivo per il quale è necessario riconoscere una sostanziale autonomia fra le due tipologie di negozio, sebbene già attraverso la prima promessa, che ha

quale effetto principale l'assunzione dell'impegno alla stipulazione del successivo, le parti si obblighino anche alle prestazioni finali contenute in quest'ultimo [CM. BIANCA, *op. cit.*, 163]. Il fatto che il contratto definitivo superi il preliminare, costituendo perciò la fonte esclusiva del rapporto, implica che la nuova manifestazione di volontà è destinata a sovrastare i reciproci impegni dedotti nel primo contratto, per cui ben potrebbe manifestarsi l'ipotesi ove le parti omettano di rappresentare all'interno del contratto principale talune clausole presenti nell'intesa preparatoria ovvero ne inseriscano talaltre nuove.

Tuttavia, è bene segnalare che nella pratica, analogamente al caso di specie, le parti possono prevedere già nel primo contratto l'anticipazione di talune prestazioni finali, senza peraltro che si verifichi l'effetto traslativo previsto dal contratto successivo. Per cui, nell'ipotesi di preliminare di vendita con consegna anticipata del bene al promissario acquirente, in capo a quest'ultimo dovrà riconoscersi la detenzione e non il possesso del bene.

La Cassazione in commento ha infatti ribadito tale aspetto, affermando che da una parte il contratto preliminare ha quale effetto immediato solamente l'obbligo giuridico di stipulare il contratto principale e, qualora prevedesse taluni effetti anticipati quali, come nel caso di specie, la consegna del bene e il pagamento del prezzo, l'effetto reale si verificherebbe non già nella prima intesa, avente contenuto meramente obbligatorio, bensì al momento della stipula del definitivo. Chiaramente, come segnalato da autorevole dottrina, qualora il primo contratto anticipasse nella totalità gli effetti del secondo, quest'ultimo si risolverebbe nella mera ripetizione del precedente [SACCO e DE NOVA, *op. cit.*, 496].

3. L'esecuzione in forma specifica dell'obbligo di concludere un contratto ex art. 2932 c.c.

La fattispecie complessa in analisi si è arricchita, con l'introduzione dell'art. 2932 all'interno del codice civile, di un rimedio giurisdizionale volto a far sì che in caso d'inadempimento del contratto preliminare, il promissario diligente possa ottenere una sentenza costitutiva che determini gli effetti dell'intesa definitiva non conclusa, salvo che l'obbligazione a contrarre non sia divenuta impossibile e non sia esclusa dal titolo. Legittimata ad agire è, dunque, la parte che, avendo interesse alla conclusione del contratto, offre la prestazione alla controparte che spontaneamente non adempie la propria.

Si tratta dell'esecuzione in forma specifica dell'obbligo di concludere un contratto, mezzo giurisdizionale sconosciuto al previgente codice, che offriva quale unico rimedio al contraente non inadempiente la tutela risarcitoria, considerato che, nel vecchio sistema, il consenso era ritenuto un fatto esclusivamente personale e, perciò, veniva categorizzato quale *facere infungibile*.

L'introduzione nel codice del '42 della disciplina del preliminare, attraverso le disposizioni di cui agli artt. 1351 c.c. e 2932 c.c., ha avuto il merito non solo di tipizzare l'istituto in questione, in precedenza innominato, ma di offrire uno strumento capace di dare forza normativa al primo contratto nell'ipotesi in cui una delle parti non adempia la propria obbligazione (*rectius*, non presti il consenso all'intesa finale). Come segnalato in

approfondite analisi [CALVO, sub *art. 1351*, in *Codice Civile. Commentario* fondato da Schlesinger, diretto da Busnelli, *Contratto preliminare. Art. 1351*, Giuffrè, 2016, 4], il successo pratico della fattispecie in analisi si deve all'innovazione rappresentata dalla norma in questione, che ha rafforzato l'impegno assunto dalle parti contraenti nell'intesa preparatoria, offrendo la possibilità ai paciscenti di servirsi di un rimedio processuale di natura personale idoneo a conseguire il risultato programmato in caso d'inadempimento. La domanda giudiziale volta ad attivare tale rimedio non ha ad oggetto le prestazioni finali, bensì l'adempimento coattivo dell'obbligazione di facere contenuta nell'intesa preparatoria.

Tuttavia, è doveroso osservare come per taluni contratti preliminari il rimedio di cui all'art. 2932 c.c. risulti precluso. Si tratta delle ipotesi in cui le parti abbiano escluso preventivamente l'esperibilità di tale rimedio, ovvero delle situazioni di fatto e di diritto che impediscono l'operatività dell'istituto. Alle già segnalate condizioni di operatività devono essere necessariamente aggiunte: in primo luogo, la validità e l'efficacia del preliminare, che possono (e devono) essere eccepite durante il giudizio ex art. 2932 c.c.; in secondo luogo, l'offerta ovvero l'esecuzione della controprestazione da parte del contraente che intende addivenire alla stipula del contratto definitivo avente effetti reali; infine, lo spirare del termine per l'adempimento del definitivo.

Si è detto che la sentenza emessa in ragione dell'art. 2932 c.c. è destinata a sostituire il contratto principale non concluso e, dunque, a riprodurne gli effetti. Allora, come evidenziato in dottrina [G. LA ROCCA, *Appunti sulla tutela dell'obbligo di concludere un contratto*, in *Dir. giur.*, 1984, 2-3, 299 ss.], è logico poter sussumere nell'ambito delle fonti delle obbligazioni ex art. 1173 c.c. il provvedimento giurisdizionale in questione.

Si tratta di una sentenza costitutiva che, oltre all'accertamento dell'esistenza del diritto in capo alla parte attrice, determina un mutamento giuridico della preesistente situazione di fatto. Il provvedimento de quo, allora, sostituendosi all'atto di autonomia privata costituisce la fonte esclusiva dei diritti e degli obblighi reciproci previsti all'interno del preliminare. Al fine di inquadrare al meglio la rilevanza del mezzo giurisdizionale in questione nell'ambito della tutela dei diritti disponibili al promissario acquirente, può farsi riferimento alla differente operatività di tale strumento nell'ordinamento tedesco. In tale sistema, ove la promessa di vendita e la vendita vengono sostanzialmente equiparate, in caso d'inadempimento del preliminare il contraente diligente dovrà rivolgersi per due volte al giudice: in un primo momento, per ottenere una sentenza di condanna, cui è subordinata l'azione giudiziale successiva; in un secondo momento, per richiedere la consegna del bene [SERRAO, *Il contratto preliminare*, 3a ed., Cedam, 2011, 558].

4. Prescrizione del diritto del promissario acquirente all'esecuzione in forma specifica ex art. 2932 c.c.

Attraverso la pronuncia oggetto della presente nota, la Suprema Corte ha riaffrontato, fra le varie ricostruzioni attinenti alla disciplina del contratto preliminare, anche la questione relativa al termine prescrizione dell'azione a carattere rimediabile riconosciuta

ai sensi dell'art. 2932 c.c. Il Supremo Collegio ha espresso infatti un principio già ampiamente consolidato in giurisprudenza [v. *ex multis*, Cass., 15 settembre 2009, n. 19871, in *Mass. Giust. civ.*, 2009, 9, 1319], statuendo che nell'ipotesi in cui il promittente venditore non adempia alla stipula del contratto definitivo, come nel caso di specie, il termine prescrizione decennale dell'azione ex art. 2932 c.c. inizia a decorrere dalla data di scadenza del termine in cui dev'essere siglato il definitivo. È bene infatti ricordare che la tutela rimediale prevista dalla citata disposizione dev'essere subordinata alla presenza di tutte le condizioni che sono state espresse nel paragrafo precedente. Fra queste è necessario, appunto, evidenziare la scadenza del termine per la stipula del definitivo, che segna il momento in cui il promissario acquirente può far valere il proprio diritto al fine di dare efficacia vincolante al primo contratto. Il termine entro cui può essere fatta valere tale pretesa, come unanimemente riconosciuto dalla dottrina, è il termine ordinario di dieci anni, in ossequio all'art. 2946 c.c.

È pacifico, visto l'insegnamento della giurisprudenza in analisi e in linea con i precedenti [Cass., 15 settembre 2009, n. 19871, *cit.*], che la decorrenza del termine prescrizione del mezzo giurisdizionale (ove non precluso per le ragioni sopracitate) coincide con la data di scadenza fissata per il definitivo. Difatti, nella controversia che è stata oggetto della presente nota, la Suprema Corte ha negato a Tizio l'esperibilità del rimedio di cui all'art. 2932 c.c. per non aver agito in termini, condannandolo perciò al rilascio dell'immobile occupato a titolo di detenzione.

Risulta più controversa la fattispecie in cui le parti contraenti, siglando il preliminare, non individuano già nel primo accordo il momento in cui l'intesa successiva debba essere conclusa. Si tratta dunque delle ipotesi in cui, mancando un termine per l'adempimento, il giudice deve stabilire il momento entro il quale possono considerarsi estinti i reciproci impegni contenuti all'interno del contratto preliminare. Su tale aspetto la giurisprudenza e parte della dottrina si pongono in antitesi.

Sul punto, la Cassazione ritiene che l'obbligazione sorta nel preliminare non sia per sua natura inconciliabile con l'immediato adempimento, considerato che le parti, in assenza del termine convenzionalmente pattuito, possono rivolgersi al giudice al fine di ottenere un termine attraverso la disposizione di cui all'art. 1183 c.c. Qualora le parti non si avvalessero di tale strumento giudiziale, considerata l'applicabilità della norma in questione, la prestazione dedotta all'interno del preliminare sarebbe direttamente esigibile [SERRAO, *op. cit.*, 530 ss.], salvo che dal contenuto del preliminare non si evinca un oggetto insuscettibile di immediato adempimento (come, ad es., un'autorizzazione amministrativa).

Di diverso avviso è parte della dottrina [CALVO, *op. cit.*, 110 ss.] che, avendo riguardo alla funzione economico sociale del contratto preliminare, considera quest'ultimo inconciliabile con la massima *quod sine die debetur statim debetur*. La ragione di tale considerazione risiede nello scopo pratico dell'intesa preparatoria, che intende posticipare la nascita del regolamento d'interessi scaturenti dal contratto definitivo. La fattispecie complessa in analisi si determina dunque in vista di una progressione cronologica di atti collegati tra loro in vista del definitivo.

In conclusione, si può sottolineare che il contrasto fra dottrina e giurisprudenza

sorge nel momento in cui la Suprema Corte riconosce l'immediata esigibilità della prestazione dedotta nel preliminare. Tale ricostruzione, si pone in contrapposizione con la ragione pratica dell'intesa preparatoria, che vede nella postergazione degli effetti del definitivo un elemento strutturale della fattispecie.

Bibliografia essenziale

BIANCA C.M., *Il contratto*, 3a ed., Giuffrè, 2019

CALVO, *sub art. 1351, in Codice Civile. Commentario* fondato da Schlesinger, diretto da Busnelli, *Contratto preliminare. Art. 1351*, Giuffrè, 2016

CAPO, *Preliminare, negozi preparatori e formazione progressiva del contratto*, in CAPO, MUSIO e SALITO (a cura di), *Il contratto preliminare*, Cedam, 2014, 1

GABRIELLI, *Il contratto preliminare*, Giuffrè, 1970

GAZZONI, *Il contratto preliminare*, 3a ed., Giappichelli, 2010

LA ROCCA G., *Appunti sulla tutela dell'obbligo di concludere un contratto*, in *Dir. giur.*, 1984, 2-3, 299

RUVOLO, *Il contratto preliminare nella giurisprudenza: questioni applicative e forme di tutela*, Ipsoa, 2011

SACCO e DE NOVA, *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato* diretto da Rescigno, X, 4a ed., Utet, 2018

SERRAO, *Il contratto preliminare*, 3a ed., Cedam, 2011

Caparra confirmatoria: la natura, l'oggetto e le funzioni *

di **ROBERTA GUAINELLA**
Dottoressa in giurisprudenza
Università degli Studi di Sassari

(CORTE DI CASSAZIONE, ord. 29 novembre 2022, n. 35068; Pres. R. M. Di Virgilio – Est. C. Trappuzzano)

ABSTRACT

Il caso in esame offre l'opportunità di riflettere sulla caparra confirmatoria, con particolare riguardo alla natura giuridica, all'oggetto e alla funzione assolta da tale figura. Nello specifico, la pronuncia in commento si sofferma sulla possibilità e sugli effetti di una dazione differita della caparra, anche successivamente alla conclusione del contratto principale, nonché sulla qualificazione dell'eventuale domanda avanzata in sede monitoria avente ad oggetto l'esecuzione della prestazione prevista nel patto di caparra.

The current case offers the opportunity to analyze the confirmatory deposit, with particular attention to nature, object and function fulfilled by this figure. Specifically, the pronouncement in comment dwells on the possibility and effects of a deferred payment of the deposit, even after the conclusion of the main contract, as well as on the qualification of any request made during the monitoring concerning the performance of the service provided for in the deposit agreement.

SOMMARIO: 1. Fatto; 2. Decisione; 3. La caparra confirmatoria: la nozione; 4. La funzione della caparra confirmatoria; 5. L'oggetto della caparra, la struttura e la forma; 5.1. La natura consensuale o reale del patto di caparra; 6. Il rapporto con il risarcimento del danno; 7. Il rapporto con il recesso e la risoluzione; 8. Il rapporto con la clausola penale; 9. Considerazioni conclusive.

1. Fatto

Il caso in esame origina dall'opposizione al decreto ingiuntivo concesso dal Tribunale di Lecce in favore del promittente alienante, che aveva dedotto il diritto a ricevere dal promissario acquirente la somma di euro 240.000,00 a titolo di caparra e di acconto sul prezzo della compravendita di un terreno rurale.

L'ingiunto si opponeva al provvedimento monitorio, deducendo la risoluzione del contratto preliminare di compravendita in ragione del proprio inadempimento nel versamento della caparra, nonché il difetto dei requisiti di certezza, liquidità ed esigibilità del credito fatto valere in giudizio, posto che, a séguito della contestazione circa l'esatta individuazione ed appartenenza del cespite oggetto del preliminare, il promissario acquirente aveva domandato la rinegoziazione dello stesso preliminare ovvero la revisione del prezzo pattuito per la conclusione della compravendita.

Il Tribunale rigettava l'opposizione, condannando l'opponente alle spese di lite nonché al pagamento di una somma equitativamente determinata ai sensi dell'art. 96

* Il presente contributo è stato sottoposto a valutazione in forma anonima ed è stato pubblicato in anteprima su rivistapactum.it il 27.3.2022.

c.p.c. per lite temeraria.

In sede di gravame proposto dall'opponente, la Corte di Appello [App. Lecce, 11 luglio 2017, n. 754], in totale riforma della pronuncia impugnata, revocava il decreto ingiuntivo opposto.

In particolare – premesso che, in tema di caparra confirmatoria, le parti, nell'esercizio dell'autonomia contrattuale, possono differirne la *datio* a un momento successivo rispetto alla conclusione del contratto principale, purché anteriore alla scadenza delle obbligazioni pattuite con quest'ultimo – la Corte territoriale qualificava l'azione monitoria del promittente venditore quale volontà di recedere dal contratto ai sensi dell'art. 1385, comma 2, c.c.; evidenziava, tuttavia, l'inesperibilità del rimedio, in ragione della mancata *traditio* della somma convenuta a titolo di caparra entro il termine perentorio stabilito tra le parti, tale da precludere all'*accipiens* la possibilità di far valere alcuna delle funzioni di tale istituto.

2. Decisione

Con la pronuncia in commento, la Suprema Corte cassa la decisione impugnata, ritenendo che la Corte territoriale sia incorsa in un travisamento del contenuto della domanda proposta in sede monitoria dal promittente alienante – volta ad ottenere non già il recesso ovvero la risoluzione del contratto preliminare, bensì l'adempimento del patto di caparra avente ad oggetto il pagamento di euro 240.000 – tale da determinare un vizio attinente all'individuazione del *petitum*.

In particolare, la Cassazione, ripercorrendo le peculiarità e le funzioni dell'istituto in esame, evidenzia che, alla luce della natura reale del patto di caparra, gli effetti previsti dall'art. 1385, comma 2, c.c. si producono al momento della consegna di quest'ultima. La consegna, peraltro, può essere differita dalle parti – nell'esercizio della loro autonomia contrattuale – a un momento successivo rispetto alla conclusione del contratto principale, purché anteriore alla scadenza delle obbligazioni che da esso derivano.

Inoltre, evidenzia il difetto dei requisiti di certezza, liquidità ed esigibilità del credito azionato in sede monitoria per le somme dovute a titolo di caparra confirmatoria, atteso che il riconoscimento dello stesso – e, dunque, la sua insorgenza – dipende dalla pronuncia costitutiva di risoluzione del contratto preliminare, che può essere emessa soltanto all'esito di una causa ordinaria.

Tenuto conto del differente ambito di applicazione della caparra confirmatoria e della clausola penale, la Corte ne ammette una previsione congiunta all'interno del medesimo contratto.

3. La caparra confirmatoria: la nozione

La pronuncia in commento consente di ripercorrere in questa sede le peculiarità della caparra confirmatoria.

Quest'ultima, ai sensi dell'art. 1385 c.c., è la somma di denaro o l'insieme di altre cose fungibili che una parte consegna all'altra al momento della conclusione del contratto, con il duplice accordo che, in caso di inadempimento del primo, l'*accipiens* può

recedere dal contratto e trattenere definitivamente la caparra, ovvero, in caso di inadempimento dell'altra parte, il *solvens* può recedere dal contratto con il diritto di esigere il doppio della caparra versata [FRANZONI, *La caparra*, in *Diritto civile* diretto da Lipari e Rescigno, *Obbligazioni*, III, *Il contratto in generale*, II, Giuffrè, 2009, 689 ss.; GORGONI, *sub art 1385*, in *Commentario del codice civile* diretto da Gabrielli, *Dei contratti in generale* a cura di Navarretta e Orestano, II, Utet, 2011, 1010 ss.; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 5, *La responsabilità*, 3^a ed., Giuffrè, 2021, 375; MAZZARESE e TARDIA, *sub art. 1385*, in *Codice civile. Commentario* fondato da Schlesinger, diretto da Busnelli, Giuffrè, 2016, 147 ss.; ZACCARIA, *sub art. 1385*, in *Commentario breve al codice civile* Cian e Trabucchi, Cedam, 2020, 1476; GIAMPIERI, *La clausola penale e la caparra*, in *I contratti in generale* diretto da Alpa e Bessone, III, Torino, 1991, 45; ZOPPINI, *La clausola penale e la caparra*, in *Trattato dei contratti* diretto da Rescigno e Gabrielli, *I contratti in generale* (a cura di Gabrielli), II, Utet, 2006, 1011 ss.; A. MARINI, voce *Caparra I) Diritto civile*, in *Enc. giur.*, VI, Treccani, 2009, 1 ss.].

Una tesi risalente attribuiva alla figura in esame una funzione confermativa (probatoria) della stipulazione dell'accordo e ne affermava l'idoneità a trasformarsi in clausola penale in caso di inadempimento dell'obbligazione principale [V.M. TRIMARCHI, *La clausola penale*, Giuffrè, 1954, 121].

Tale tesi si fondava sulle origini dell'istituto, derivante dal diritto greco, nonché sull'esigenza di attribuirgli autonomia rispetto sia alla caparra penitenziale sia alla clausola penale [V.M. TRIMARCHI, voce *Caparra (diritto civile)*, in *Enc. dir.*, VI, Giuffrè, 1960, 184].

In ragione di ciò, per comprendere l'attuale configurazione della caparra confirmatoria può essere d'ausilio tratteggiarne un breve *excursus* storico, con la premessa che il terreno elettivo in cui essa ebbe maggior sviluppo è stato quello della compravendita.

In particolare, nel diritto romano classico, la caparra assolveva alla funzione confermativa e rafforzativa dell'impegno contrattuale assunto, poiché l'inosservanza di quest'ultimo comportava la perdita della prima [TALAMANCA, *L'arra nella compravendita in diritto greco e in diritto romano*, Giuffrè, 1953, 2 ss.].

In età intermedia, tenuto conto della natura reale del contratto di compravendita, l'*arrha* costitutiva non già una *pars pretii*, bensì un temporaneo sostituto del prezzo pattuito, da restituirsi al momento del pagamento del corrispettivo effettivo. Tale figura, quindi, era ritenuta utile al solo scopo di rendere possibile la conclusione della compravendita, non già di anticipare il pagamento del prezzo a un momento anteriore rispetto a quello della consegna della *res* compravenduta [BELLOMO, *Caparra (diritto intermedio)*, in *Enc. dir.*, VI, Giuffrè, 1960, 188].

Successivamente, le prime codificazioni prevedevano la caparra, ma con differenti ambiti applicativi. Sulla scia del diritto giustiniano, difatti, sia il Code Napoléon sia il Codice Albertino ne restringevano la portata al solo contratto di compravendita, mentre il Codice italiano del 1865 – e, successivamente, anche l'attuale Codice Civile – riconoscevano efficacia generale all'istituto [GORGONI, *op. cit.*, 1010].

Ad ogni modo, anche nel codice vigente sono rinvenibili le tracce dell'originaria funzione probatoria della caparra confirmatoria, non solo sul piano del *nomen iuris*, ma

soprattutto su quello della disciplina dell'istituto in parola, volta a operare una netta distinzione tra la caparra confirmatoria e le altre due figure disciplinate nella medesima sezione del Codice civile, sotto la rubrica «Della clausola penale e della caparra»: la clausola penale e la caparra penitenziale. Invero, il *discrimen* tra esse è individuabile nella peculiare funzione confirmatoria della caparra e nei correlati effetti che da essa discendono [V.M. TRIMARCHI, voce *Caparra*, cit., 191].

Attualmente, però, la caparra confirmatoria non si connota più soltanto per la sua originaria funzione probatoria – che tuttavia si riflette nelle relative peculiarità morfologiche e nei caratteri di realtà ed accessorietà –, avendo assunto una dimensione polifunzionale [LUCCHINI GUASTALLA, *Caparra confirmatoria, recesso e risoluzione del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, 3, 327].

4. La funzione della caparra confirmatoria

La caparra confirmatoria, si è detto, assume una valenza polifunzionale, passando attraverso una funzione di garanzia, di autotutela e di predeterminazione del danno [sulla natura eclettica della caparra v. ZACCARIA, op. cit., 1476; DE NOVA, voce *Caparra*, in *Dig. disc. priv. - Sez. civ.*, II, Utet, 1988, 241; in giurisprudenza v. Cass., 16 maggio 2006, n. 11356, in *Italggiure*].

Quanto alla funzione di garanzia dell'obbligazione, l'articolo 1385 c.c. prevede il potere dell'accipiens di incamerare la caparra in caso di inadempimento della controparte [A. BOZZI, voce *Caparra*, in *Nuovo dig. it.*, II, Utet, 1937, 790].

La figura in analisi assolve anche la funzione di autotutela, in quanto ciascuna delle parti può recedere dal contratto in caso di inadempimento della controparte. Tale potere – diversamente dal diritto di recesso conferito dalla caparra penitenziale – si identifica nella possibilità per la parte diligente di risolvere il contratto per inadempimento, senza la necessità della previa proposizione di un'azione giudiziale ovvero dell'intimazione della diffida [CHERTI, *La risoluzione mediante caparra*, Cedam, 2012, 93], fondandosi, difatti, sul solo presupposto di un inadempimento imputabile e di non scarsa importanza [v. Cass., 31 gennaio 2019, n. 2969, in *Italggiure*; Cass., 6 settembre 2011, n. 18266, in *Italggiure*].

Tuttavia, la principale funzione della caparra confirmatoria, qualificandosi nei termini di una convenzione sul risarcimento del danno, è quella di preventiva e forfetaria liquidazione del pregiudizio subito dalla parte che eserciti il diritto di recesso, a causa dell'altrui inadempimento [F.P. PATTI, *La determinazione convenzionale del danno*, Jovene, 2015, 146]. Trattenendo la caparra ricevuta ovvero esigendo il doppio della caparra versata, la parte che risolve il contratto limita la propria pretesa all'importo della caparra. Per converso, la parte inadempiente non può provare la minor entità del danno effettivo rispetto all'importo versato a titolo di caparra [v. Cass., sez. un., 14 gennaio 2009, n. 553, in *Italggiure*; Cass., 10 ottobre 2011, n. 20798 in *Italggiure*; Cass., 2 marzo 2015, n. 4164, in *Italggiure*; Cass., ord., 12 ottobre 2020, n. 21971, in *Italggiure*]. Tale aspetto consente di accostare l'istituto in analisi alla clausola penale, sì che è stata ipotizzata l'applicabilità in via analogica della norma sulla riducibilità della penale anche alla caparra confirmatoria (come si vedrà in séguito).

Infine, è da escludersi che la caparra confirmatoria assolva a qualsivoglia funzione punitiva, in quanto essa in caso di recesso costituisce l'ammontare convenzionale del danno [C.M. BIANCA, op. cit., 375; in senso contrario, sulla funzione punitiva della figura, V.M. TRIMARCHI, voce *Caparra*, cit., 201].

5. L'oggetto della caparra, la struttura e la forma

Premessa la polifunzionalità della caparra, pare opportuno soffermarsi sul profilo strutturale, sull'oggetto e sulla forma della stessa.

È ormai pacifica la natura pattizia e autonoma della caparra confirmatoria [GORGONI, op. cit., 1016], mentre è discussa l'ammissibilità della c.d. caparra reciproca – ovvero sia della caparra versata da una parte all'altra o da entrambe le parti –, che nonostante la sua compatibilità con l'intento rafforzativo del vincolo contrattuale, suscita alcune perplessità sotto il profilo effettuale [per la tesi dell'ammissibilità v. D'AVANZO, voce *Caparra*, in *Noviss. dig. it.*, II, Utet, 1958, 893 ss.; per la tesi opposta v. V.M. TRIMARCHI, voce *Caparra*, cit., 893].

Attesa la natura pattizia della caparra, ne deriva che essa, invece, non può originare né dalla volontà unilaterale di uno dei contraenti, né dalla consegna del denaro o di altre cose fungibili da una parte all'altra senza il previo consenso delle parti [D'AVANZO, *ibidem*].

Altra caratteristica peculiare della figura in analisi è la sua accessorietà, presupponendo necessariamente l'esistenza di un rapporto obbligatorio principale da rafforzare e a cui è collegata in via unilaterale, nel senso che la sorte del rapporto principale incide su quella della caparra, ma non viceversa, tant'è che alcuni autori hanno definito la caparra confirmatoria quale negozio secondario [D'AVANZO, *ibidem*; BAVETTA, *La caparra*, Giuffrè, 1963, 63].

Il tratto dell'accessorietà, tuttavia, non implica la contestualità del patto e della consegna, in quanto – come peraltro evidenziato anche dalla pronuncia in commento, che ha ammesso la possibilità di una *datio* differita della caparra rispetto alla conclusione del principale, purché prima del termine entro cui adempiere alle obbligazioni dedotte con quest'ultimo, quale ad esempio la stipula del contratto definitivo – non è escluso che il versamento della caparra possa essere differito dalle parti a un momento successivo rispetto alla sua pattuizione, purché anteriore alla esecuzione del contratto principale [Cass., 4 aprile 2013, n. 10056, in *Corr. giur.*, 2014, 5, 642, con nota di LAMICELA; Cass., ord. 31 marzo 2011, n. 10366, in *Italggiure*; Cass., ord., 27 luglio 2021, n. 21506, in *Italggiure*; Cass., 18 febbraio 2018, n. 4661, in *Italggiure*; Cass., 31 ottobre 2013, n. 24563].

Ulteriore peculiarità del patto di caparra è la sua realtà, in quanto il relativo perfezionamento passa attraverso la consegna della *res*, accompagnata da una chiara espressione di volontà.

Quanto all'oggetto, esso è ben specificato all'art. 1385 c.c., secondo cui la figura in analisi può consistere tanto nella dazione di una somma di denaro, quanto in quella di altre cose fungibili. Sul punto, occorre altresì precisare che, ormai, sono equiparati al denaro sia l'assegno circolare sia i Titoli di Stato [CHERTI, *Il contratto reale di caparra: rilettura obbligata di un dogma*, in *La responsabilità civile*, 2012, 6, 433].

La caparra, viceversa, non può avere ad oggetto cose determinate, per le quali è prevista la specifica disciplina del pegno. La *ratio* di una simile esclusione, invero, ritrova le proprie ragioni nel divieto di patto commissorio, che risulterebbe violato a fronte di un patto di caparra che preveda la *datio* di cose determinate, con attribuzione all'*accipiens*, in caso di inadempimento della controparte, del diritto di trattenerle a soddisfazione del proprio credito [C.M. BIANCA, op. cit., 381].

La caparra non prevede particolari requisiti di forma *ad substantiam*, sebbene ne sia richiesta l'approvazione per iscritto qualora sia inserita nelle condizioni generali di contratto. In tale ipotesi essa è infatti riconducibile nell'alveo delle clausole vessatorie, in virtù del particolare potere di recesso conferito alla parte fedele, che di fatto modifica la disciplina legale di risoluzione del contratto in senso favorevole al contraente non inadempiente [C.M. BIANCA, *ibidem*].

5.1. La natura consensuale o reale del patto di caparra

Nel paragrafo precedente si è evidenziata la natura pattizia e reale della caparra confirmatoria, perfezionandosi non solo con il consenso ma anche con la consegna del denaro o delle altre cose fungibili.

Tuttavia, tenuto conto della frequente utilizzazione dell'istituto mediante titoli di credito, è sorta la questione circa la derogabilità della disciplina legale della caparra confirmatoria, per consentire l'ammissibilità di una caparra consensuale con effetti meramente obbligatori, che sia pertanto idonea ad assicurare le tutele di cui all'art. 1385 c. c. sulla base del mero accordo tra le parti [CHERTI, *La risoluzione*, cit., 27 ss.].

Alcuni autori propendono per la tesi dell'ammissibilità della caparra consensuale, rilevando che l'autonomia contrattuale consente, entro i limiti di legge, la derogabilità della disciplina legale ed evidenziando altresì come, nell'ambito degli altri contratti reali (a titolo esemplificativo, il mutuo), le norme previste in materia di consegna della *res* abbiano carattere meramente dispositivo [F.P. PATTI, *La determinazione*, cit., 162].

Dunque, l'ammissibilità della caparra confirmatoria consensuale passa attraverso una duplice verifica. In primo luogo, è necessario indagare se la clausola sia qualificabile nei termini di una caparra confirmatoria, ovvero sia riconducibile a un altro tipo legale. In caso di esito positivo di una verifica di tal fatta, è altresì opportuno acclarare la sussistenza di un interesse delle parti idoneo ad essere soddisfatto mediante la caparra consensuale.

In effetti, è possibile addurre un ulteriore argomento in favore dell'ammissibilità della suddetta caparra. Difatti, anche in assenza della consegna della caparra, nell'ipotesi dell'altrui inadempimento, il contraente fedele – benché non possa direttamente soddisfarsi sulla somma ricevuta a tale titolo – può comunque trarre vantaggio dall'assetto rimediabile previsto dall'art. 1385 c.c., passando attraverso una forma di liquidazione preventiva del pregiudizio, nonché mediante la risoluzione del contratto e il risarcimento del danno secondo le regole generali [F.P. PATTI, *ibidem*].

6. Il rapporto con il risarcimento del danno

Sotto la vigenza del codice del 1865, relativamente al rapporto tra la caparra confirmatoria e il risarcimento del danno era sorto un dibattito, tanto dottrinale quanto giurisprudenziale, circa la configurabilità o meno, in presenza della caparra confirmatoria, del diritto al risarcimento del danno secondo le regole ordinarie.

La tesi maggioritaria sosteneva l'integrale risarcibilità del danno in favore del contraente fedele soltanto là dove quest'ultimo avesse previamente ed infruttuosamente agito per l'adempimento dell'obbligazione principale [POLACCO, *Le obbligazioni nel diritto civile italiano*, Athenaeum, 1915 (ristampa E.S.I., 2022), 637]; nelle altre ipotesi, non potendo agire direttamente per la risoluzione del contratto e per il risarcimento del danno, la sua pretesa risarcitoria si limitava alla sola caparra ricevuta.

Tale tesi, tuttavia, urtava con la prassi commerciale secondo cui, mentre la penale superava spesso l'effettiva entità del danno patito, la caparra confirmatoria, viceversa, aveva un valore inferiore a quest'ultimo, tale da determinare un indebolimento dell'obbligazione, qualora non fosse possibile l'adempimento [L. COVIELLO, voce *Contratto preliminare*, in *Enc. giur. it.*, III, Società Editrice Libreria, Milano, 1902, 134].

Il codice civile del 1942, mediante l'art. 1385, comma 3, c.c., ha risolto la questione, consentendo alla parte non inadempiente – a fronte dell'inadempimento della controparte che, benché abbia versato la caparra, non adempia alle obbligazioni di cui al contratto principale e, dunque, non già nella differente ipotesi di mancata consegna della caparra stessa, peraltro affrontata dalla pronuncia in commento, con riguardo alla qualificazione della domanda di adempimento del patto di caparra azionata in sede monitoria – di scegliere se esercitare il diritto di recesso derivante dalla caparra confirmatoria, ovvero domandare l'esecuzione o la risoluzione del contratto, facendo salva in quest'ultimo caso la risarcibilità del danno secondo le norme generali.

Invero, a differenza della clausola penale che, ai sensi dell'art. 1382 c.c., assolve alla funzione di limitare il risarcimento alla somma convenuta a tale titolo, la caparra confirmatoria, per converso, fa salvo il diritto del contraente fedele a ottenere il risarcimento del danno secondo le regole ordinarie, là dove dimostri l'effettiva entità del danno patito [C.M. BIANCA, op. cit., 378].

In particolare, avendo riguardo ad una recente dottrina [DELLACASA, *Inadempimento e affidamento del contraente deluso: una riflessione su risarcimento e caparra*, in *Riv. dir. priv.*, 2013, 2, 203 ss.] che si è occupata di tratteggiare le principali differenze fra clausola penale e caparra confirmatoria nell'ambito inerente al risarcimento del danno, è stato osservato che la fattispecie disciplinata dall'art. 1385 c.c. costituirebbe uno strumento di remunerazione dell'affidamento riposto dalle parti circa il buon esito dell'affare, e, dunque, nell'esecuzione del rapporto, tale da trascurare occasioni alternative.

La figura in esame, pertanto, si configurerebbe alla stregua di una predeterminazione convenzionale del c.d. interesse negativo, che si manifesta nella perdita di opportunità alternative all'affare dedotto nel contratto preliminare.

Per contro, dal momento che il *quantum* dedotto con la clausola penale viene versato in caso di inadempimento, essa assolverebbe alla funzione risarcitoria dell'interesse c.d. positivo del creditore all'esecuzione del contratto.

Pare opportuno evidenziare il fatto che, secondo alcuni autori, sebbene questa tesi

sia suggestiva, tuttavia le differenze tra le due figure nel rapporto con il risarcimento del danno si spiegano alla luce dell'esiguità dell'importo generalmente versato a titolo di caparra, tale da non soddisfare di per sé la pretesa risarcitoria del contraente non inadempiente [F.P. PATTI, *La determinazione*, cit., 155].

7. Il rapporto con il recesso e la risoluzione

L'art. 1385 c.c. disciplina il rapporto tra la caparra confirmatoria e i rimedi del recesso e della risoluzione del contratto.

In particolare, il diritto di recesso conferito dalla caparra confirmatoria si esercita mediante comunicazione alla parte inadempiente, senza la necessità della previa proposizione dell'azione giudiziale o dell'intimazione tramite diffida.

L'esperibilità di tale rimedio – benché costituisca uno strumento di risoluzione stragiudiziale del contratto – soggiace al medesimo presupposto della risoluzione giudiziale di cui all'art. 1455 c.c., ovverosia alla non scarsa importanza dell'inadempimento. Ne consegue, dunque, che il diritto al risarcimento forfetario del danno deriva direttamente dallo scioglimento del contratto [CHERTI, *La risoluzione*, cit., 51].

L'art. 1385, comma 2, c.c., invero, offre alla parte fedele la possibilità di scegliere tra differenti rimedi: da un lato, il recesso dal contratto con ritenzione della caparra – nell'ipotesi in cui si renda inadempiente colui che abbia versato la caparra – ovvero il recesso dal contratto con pretesa del doppio della caparra, là dove sia l'*accipiens* ad essere inadempiente; dall'altro, ai sensi del comma 3, la risoluzione del contratto ovvero l'azione di adempimento, ferma restando la risarcibilità del danno secondo le regole generali. In tale ultima ipotesi, quindi, graverà sul contraente non inadempiente, che preferisca esperire la risoluzione giudiziale del contratto e ottenere il risarcimento del danno in base alle suddette regole generali, l'onere di provare il danno patito.

Peraltro, nonostante l'intento semplificatorio perseguito dal legislatore del '42, nella prassi è sorta la questione interpretativa circa il rapporto tra i differenti rimedi di cui all'art. 1385 c.c. Ciò in quanto, frequentemente, il contraente fedele, rendendosi conto delle difficoltà probatorie del danno subito, mutava nelle more del giudizio la propria domanda di risoluzione giudiziale del contratto, optando per il diverso – nonché più agevole – strumento del recesso con ritenzione della caparra (o con pagamento del doppio del *quantum* ricevuto a quest'ultimo titolo).

Sulla questione, è opportuno riportare all'attenzione il dirimente arresto delle Sezioni Unite della Suprema Corte [14 gennaio 2009, n. 553, in *Italggiure*], che sancisce l'immutabilità, nelle more del giudizio d'appello, dell'originaria domanda di risoluzione giudiziale del contratto e di risarcimento del danno, nella differente domanda di declaratoria dell'intervenuto recesso e del diritto di ritenere la caparra (ovvero di ottenere il doppio della stessa). Invero, i due rimedi – ovverosia quello del recesso e quello della risoluzione – connotandosi per funzioni e finalità differenti, si pongono tra loro in un rapporto di alternatività e infungibilità, secondo un'ottica limitativa di eventuali possibili abusi degli strumenti processuali offerti al creditore in caso di inadempimento e, al contempo, deflattiva del contenzioso esistente in materia.

Ad ogni modo, nonostante l'infungibilità delle due figure, la Cassazione afferma la

necessità di una riqualificazione, *ope iudicis*, della domanda del contraente fedele di risoluzione del contratto e di accertamento del diritto di ritenere la caparra in quella di accertamento del recesso, attesa l'incompatibilità strutturale e funzionale tra i rimedi in parola e i relativi effetti [v. Cass., 17 dicembre 2013, n. 28204, in *Italgire*].

È bene evidenziare il fatto che tale pronuncia – nella parte in cui prospetta la necessità della riqualificazione della domanda – è stata criticata da alcuni autori [DELLA-CASA, *Caparra confirmatoria, risarcimento e disponibilità dell'effetto risolutorio*, in *Danno resp.*, 2009, 6, 643], sulla scorta del rilievo che l'incompatibilità non attiene tanto al rapporto tra il recesso e la risoluzione del contratto, quanto a quello tra la caparra e il risarcimento del danno. Dunque, sarebbe stato appropriato riconoscere al contraente fedele la facoltà di risolvere giudizialmente il contratto e di chiedere, al contempo, l'accertamento del diritto di ritenere la caparra senza passare attraverso la riqualificazione della domanda proposta.

In verità – posto che il problema di compatibilità attiene esclusivamente al rapporto tra caparra e risarcimento del danno, nell'ottica di evitare duplicazioni risarcitorie, dal momento che la caparra costituisce già una predeterminazione del danno –, sarebbe possibile affermare la fungibilità tra i rimedi sinallagmatici di scioglimento del contratto, con la conseguenza che la caparra confirmatoria – quale strumento di forfezzazione del danno – sarebbe accostabile a qualsivoglia strumento di risoluzione stragiudiziale del contratto [F.P. PATTI, *La determinazione*, cit., 160].

8. Il rapporto con la clausola penale

La pronuncia in commento si sofferma altresì sul differente ambito applicativo della caparra confirmatoria e della clausola penale, ammettendo addirittura la possibilità di una previsione congiunta delle due figure all'interno del medesimo contratto.

Invero, la collocazione sistematica di siffatti istituti nel Codice civile ha spesso indotto a un loro accostamento, posto che entrambi sono annoverati tra i c.d. strumenti rafforzativi del credito [F.P. PATTI, *Clausola penale e caparra confirmatoria nel contratto preliminare*, in *Contratti*, 2010, 8-9, 772]; tuttavia – si è detto in precedenza – la principale differenza tra essi risiede nei loro rapporti con il risarcimento del danno.

La clausola penale, difatti, ai sensi dell'art. 1382 c.c., assolve alla funzione di liquidazione preventiva e forfezzaria del danno, prefissandone in modo vincolante per entrambi i contraenti l'ammontare, che sarà dovuto a fronte dell'inadempimento della controparte, a prescindere dalla prova del danno effettivamente subito. Essa, pertanto, limita il risarcimento del danno alla somma convenuta a tale titolo [C.M. BIANCA, op. cit., 242].

Viceversa, come si è visto, la caparra confirmatoria costituisce una predeterminazione del danno non vincolante per il creditore. Essa, invero, non preclude a quest'ultimo la possibilità di ottenere il risarcimento secondo le regole generali, stante la facoltà di scelta accordatagli dall'art. 1385, commi 2 e 3, c.c. tra la ritenzione della caparra (oppure l'incameramento del *duplum*) e la domanda di adempimento o di risoluzione del contratto insieme al risarcimento del danno [F.P. PATTI, *ibidem*].

Tuttavia, anche il creditore della clausola penale – il quale ha diritto a percepire

l'intera somma convenuta a tale titolo, anche là dove non provi l'esistenza del danno, ovvero lo provi in misura inferiore – può dimostrare di aver subito un danno superiore all'ammontare della somma pattuita, ma ciò soltanto qualora le parti abbiano previsto la risarcibilità del danno ulteriore mediante un'apposita clausola.

Ebbene, tanto la risarcibilità del danno ulteriore, quanto quella del danno effettivo, pur implicando l'operatività di differenti meccanismi di tutela, sono entrambe tese a evitare che la predeterminazione convenzionale del risarcimento risulti, in concreto, inferiore al danno effettivamente patito [BELLANTE, *La caparra*, Milano, 2008, 80].

La normale esiguità dell'importo versato a titolo di caparra confirmatoria, di solito inferiore rispetto all'entità del danno effettivamente patito dal creditore, spiega perché tale istituto non preveda, a differenza dell'art. 1384 c.c. in materia di clausola penale, la riducibilità officiosa da parte del giudice della somma convenzionalmente pattuita.

In difetto di una previsione normativa di tal fatta, è sorta la questione circa la possibilità di applicare analogicamente l'art. 1384 c.c. alla caparra confirmatoria, soprattutto alla luce della pronuncia delle Sezioni Unite del 2005 [13 settembre 2005, n. 18128, in *Italggiure*], che ha sancito la riducibilità d'ufficio della penale manifestamente eccessiva, in ragione dell'esigenza di un controllo dell'autonomia privata derivante dal principio solidaristico, cui soggiace anche la materia contrattuale.

Sul punto, la giurisprudenza prevalente nega l'applicabilità in chiave analogica dell'art. 1384 c.c. alla caparra confirmatoria.

Parimenti, parte della dottrina [A. MARINI, *Caparra confirmatoria e reductio ad aequitatem*, in *Riv. dir. comm.*, 1978, 5-6, 179] propende per la tesi negativa, evidenziando come la limitazione dell'oggetto della caparra entro il valore della prestazione principale impedisca in radice la sua riduzione per difetto del requisito dell'eccessività, espressamente richiesto dall'art. 1384 c.c.

Per contro, altri autori giustificano l'applicazione analogica della norma, rilevando che il patto di caparra espone comunque l'inadempiente al pericolo di una predeterminazione eccessiva [V.M. TRIMARCHI, voce *Caparra*, cit., 202].

Da ultimo, attesa la prevalenza della tesi negativa, una soluzione per addivenire comunque, in sede giudiziale, a ridurre l'ammontare stabilito a titolo di caparra potrebbe essere quella di qualificare l'importo versato in eccedenza in termini di penale, a prescindere dal *nomen iuris* che le parti abbiano attribuito al patto.

9. Considerazioni conclusive

Alla luce della disamina svolta sulla caparra confirmatoria, pare possibile affermare l'aderenza della pronuncia in commento con le peculiarità dell'istituto.

La Cassazione si sofferma sull'aspetto cronologico della dazione della caparra confirmatoria, ammettendo che la *datio* differita nel tempo, previo accordo tra le parti, non contrasti con la sua tipica funzione rafforzativa del vincolo contrattuale.

Infatti, benché solitamente la somma di denaro (o la quantità di altre cose fungibili) che costituisce l'oggetto della caparra è consegnata contestualmente al perfezionamento del contratto preliminare che con essa le parti intendono presidiare, ciò non

esclude che la funzione rafforzativa del vincolo contrattuale possa essere altrettanto assolta mediante la *datio* in un momento successivo alla stipula del preliminare.

A tale proposito, in ossequio all'esaminata natura reale ad accessoria della figura in esame, la Corte precisa un importante limite di ammissibilità del differimento della consegna: la sua anteriorità rispetto al termine entro cui le obbligazioni di cui al preliminare devono essere adempiute, avuto particolare riguardo a quella di conclusione del contratto definitivo. Prima di tale momento, dunque, le parti possono prevedere una consegna differita nel tempo, senza denaturare la funzione tipica della caparra confirmatoria.

Attesa la configurabilità di un differimento della consegna della caparra confirmatoria, pare altresì condivisibile la soluzione offerta al problema qualificatorio della domanda avanzata in sede monitoria avente ad oggetto l'esecuzione della consegna della caparra.

Invero, a fronte della mancata consegna da parte del debitore della somma di denaro o delle altre cose fungibili di cui al patto di caparra, il creditore che intenda ottenerne l'adempimento può domandarlo in sede monitoria, stante i requisiti di certezza, liquidità ed esigibilità del credito azionato.

Tale domanda, difatti, non sarebbe qualificabile come domanda di recesso o di risoluzione del preliminare cui il patto di caparra accede, in quanto volta esclusivamente a ottenere il pagamento della somma pattuita a tale titolo – che pertanto è già di per sé certa, liquida ed esigibile – senza incidere sulle sorti del contratto preliminare ad essa sotteso.

Viceversa, l'opposta qualificazione, nel senso di ritenere la domanda avanzata in sede monitoria correlata a un'implicita domanda di risoluzione del contratto preliminare – tenuto conto della natura costitutiva di quest'ultima pronuncia, resa all'esito di un ordinario giudizio di cognizione – osterebbe al riconoscimento della pretesa creditoria, per difetto dei requisiti di certezza, liquidità ed esigibilità, posto che in tale ipotesi il credito verrebbe ad esistenza solo dopo la sentenza costitutiva di risoluzione del contratto per inadempimento.

Peraltro, tale problema qualificatorio troverebbe la propria soluzione già nel dettato di cui all'art. 1385 c.c., che accorda alla parte non inadempiente il diritto di recedere ovvero di risolvere il contratto principale (cui il patto di caparra accede) nell'ipotesi di inadempimento di quest'ultimo, non già in quella di mancata consegna della somma pattuita a titolo di caparra, il cui adempimento può quindi essere azionato dal creditore in sede motoria, senza inficiare le sorti del contratto principale.

Bibliografia essenziale

BAVETTA, *La caparra*, Giuffrè, 1963

BELLOMO, voce *Caparra (diritto intermedio)*, in *Enc. dir.*, VI, Giuffrè, 1960, 188

BIANCA C.M., *Diritto civile*, 5, *La responsabilità*, 3^a ed., Giuffrè, 2021, 375

BOZZI A., voce *Caparra*, in *Nuovo dig. it.*, II, Utet, 1937, 790

CHERTI, *La risoluzione mediante caparra*, Cedam, 2012

- CHERTI, *Il contratto reale di caparra: rilettura obbligata di un dogma*, in *Responsabilità civile*, 6, 2012, 433
- COVIELLO L., voce *Contratto preliminare*, in *Enc. giur. it.*, III, Società Editrice Libreria, Milano, 1902, 134
- D'AVANZO, voce *Caparra*, in *Noviss. dig. it.*, II, Utet, 1958, 893
- DELLACASA, *Caparra confirmatoria, risarcimento e disponibilità dell'effetto risolutorio*, in *Danno resp.*, 2009, 6, 643
- DELLACASA, *Inadempimento e affidamento del contraente deluso: una riflessione su risarcimento e caparra*, in *Riv. dir. priv.*, 2013, 2, 203
- DE NOVA, voce *Caparra*, in *Dig. disc. priv. - Sez. civ.*, II, Utet, 1988, 241
- FRANZONI, *La caparra*, in *Diritto civile* diretto da Lipari e Rescigno, *Obbligazioni*, III, *Il contratto in generale*, II, Giuffrè, 2009, 689
- GORGONI, *sub art 1385*, in *Commentario del codice civile* diretto da Gabrielli, *Dei contratti in generale* a cura di Navarretta e Orestano, II, Utet, 2011, 1010
- LUCCHINI GUASTALLA, *Caparra confirmatoria, recesso e risoluzione del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, 3, 327
- MARINI A., *Caparra confirmatoria e reductio ad aequitatem*, in *Riv. dir. comm.*, 1978, 5-6, 179
- MARINI A., voce *Caparra I) Diritto civile*, in *Enc. giur.*, VI, Treccani, 2009, 1
- MAZZARESE e TARDIA, *sub art. 1385*, in *Codice civile. Commentario* fondato da Schlesinger, diretto da Busnelli, Giuffrè, 2016, 147
- PALMA, *La (in)compatibilità della domanda giudiziale di ritenzione della caparra (o di richiesta del suo doppio) con i vari modi di risoluzione del contratto, diversi dal recesso ex art. 1385, comma 2, c.c.*, in *Corr. giur.*, 2009, 3, 333
- PATTI F.P., *Clausola penale e caparra confirmatoria nel contratto preliminare*, in *Contratti*, 2010, 8-9, 772
- PATTI F.P., *La determinazione convenzionale del danno*, Jovene, 2015
- POLACCO, *Le obbligazioni nel diritto civile italiano*, Athenaeum, 1915 (ristampa E.S.I., 2022), 637
- TALAMANCA, *L'arra nella compravendita in diritto greco e in diritto romano*, Giuffrè, 1953
- TRIMARCHI V.M., *La clausola penale*, Giuffrè, 1954
- TRIMARCHI V.M., voce *Caparra (diritto civile)*, in *Enc. dir.*, VI, Giuffrè, 1960, 184
- ZACCARIA, *sub art. 1385*, in *Commentario breve al codice civile* Cian e Trabucchi, Cedam, 2020, 1476
- ZOPPINI, *La clausola penale e la caparra*, in *Trattato dei contratti* diretto da Rescigno e Gabrielli, *I contratti in generale* (a cura di Gabrielli), II, Utet, 2006, 1011

SINGOLI CONTRATTI

CONVENZIONI MATRIMONIALI

Mutuo concesso dai coniugi in comunione legale: le regole della comunione prevalgono sullo statuto delle obbligazioni plurisoggettive*

di **GABRIELE GIACOLETTI**
Dottorando di ricerca
Università degli Studi di Verona

(CORTE DI CASSAZIONE, sezione terza civile, sent. 1° agosto 2022, n. 23819; Pres. Frasca – Est. Rubino)

ABSTRACT

Il mutuo concesso da entrambi i coniugi in comunione legale dei beni e restituito nelle mani di uno solo di essi libera il debitore, non in virtù di una solidarietà attiva tacitamente convenuta, bensì per la prevalenza delle regole sulla comunione legale rispetto allo statuto delle obbligazioni plurisoggettive. I coniugi, ai sensi dell'art. 180 c.c., possono compiere singolarmente tutti gli atti conservativi della comunione, tra i quali rientra anche la riscossione del capitale mutuato e dei relativi interessi; inoltre, è escluso che l'annullabilità di cui all'art. 184 c.c. riguardi gli atti di acquisto di nuovi beni o diritti. Una sentenza, quella emessa dalla Corte di Cassazione in data 1° agosto 2022, n. 23819, che offre lo spunto per interrogarsi sull'ammissibilità di una pattuizione tacita del vincolo di solidarietà attiva, nonché per valutare la compatibilità tra atto giuridico in senso stretto e azione di annullamento, in particolare lì dove quest'ultima sia diretta a tutelare esigenze ulteriori rispetto alla corretta formazione della volontà negoziale.

A loan granted by both spouses in legal communion of assets and returned to only one of them frees the debtor, not by virtue of a tacitly agreed active solidarity, but by virtue of the prevalence of the rules on legal communion over the statute of multi-subjective obligations. The spouses, pursuant to Article 180 of the Italian Civil Code, may individually carry out all acts preserving the communion, which also includes the collection of the borrowed capital and interest thereon; moreover, it is excluded that the annulment referred to in Article 184 of the Italian Civil Code concerns acts of acquisition of new goods or rights. A decision, that issued by the Court of Cassation on August 1, 2022, no. 23819, which offers the opportunity to question the admissibility of a tacit stipulation of the active solidarity bond, as well as to assess the compatibility between a legal act in the strict sense and a claim for annulment, especially where the latter is aimed at protecting needs additional to the proper formation of the negotiating will.

SOMMARIO: 1. Il caso; 2. I vantaggi pratico-applicativi insiti nel riconoscimento di una pattuizione tacita del vincolo di solidarietà attiva; 3. Natura giuridica dell'*acceptio* e riflessi sull'applicabilità del rimedio dell'annullamento.

* Il presente contributo è stato sottoposto a valutazione in forma anonima ed è stato pubblicato in anteprima su rivistapactum.it il 13.4.2022.

1. Il caso

Con sentenza 1° agosto 2022, n. 23819, la Corte di Cassazione ha affermato la prevalenza delle regole sulla comunione legale rispetto allo statuto delle obbligazioni plurisoggettive dal lato attivo.

Il caso concreto, da cui origina la pronuncia in oggetto, concerne due mutui concessi da coniugi in regime di comunione legale dei beni, impiegando denaro della comunione e successivamente restituito nelle mani di uno solo di essi.

A seguito di separazione e successivo divorzio, il marito agiva in giudizio contro i mutuatari per ottenere la restituzione di metà delle somme erogate e la corresponsione di metà degli interessi pattuiti, sostenendo che il pagamento, eseguito nelle sole mani dell'allora moglie, non avesse efficacia liberatoria nei suoi confronti.

Il Tribunale di Verona, chiamato a conoscere della causa in prima istanza, rigettava la domanda attorea, sostenendo che tra i mutuanti fosse stata pattuita una solidarietà attiva implicita. Il giudice di prime cure, infatti, non ignorava la regola per cui la solidarietà dal lato attivo del rapporto obbligatorio non si presume; tuttavia, da una serie di elementi peculiari che la fattispecie concreta presentava (i mutuanti erano coniugati in regime di comunione legale dei beni, sia all'epoca della conclusione del contratto, sia al momento del pagamento delle rate) ne desumeva una pattuizione implicita, richiamando quell'orientamento giurisprudenziale secondo cui la solidarietà attiva potrebbe ricavarsi anche per interpretazione del titolo da cui trae fonte il credito, ove si riscontri un'univoca volontà in tal senso, benché non espressamente manifestata.

La Corte d'Appello di Venezia, chiamata a pronunciarsi sul ricorso proposto dall'attore soccombente, pur confermando il rigetto della domanda, mostrava di non condividere le argomentazioni in diritto del giudice adito in primo grado, affermando che la solidarietà attiva avrebbe dovuto essere oggetto di «specifica pattuizione» e non di una mera ricostruzione interpretativa della volontà implicita dei contraenti. La fattispecie concreta, ad avviso del Collegio veneziano, andava, dunque, sussunta nell'ambito delle norme in materia di comunione legale tra coniugi.

Mediante ricorso per Cassazione, articolato in due motivi (uno dei quali puramente processuale e rimasto assorbito), il ricorrente lamentava la violazione e falsa applicazione degli artt. 1292, 1294 e 180 c.c. Costui sosteneva, infatti, l'inapplicabilità al caso di specie delle norme in materia di amministrazione dei beni in comunione legale tra coniugi, ritenendo che il rapporto in esame dovesse essere regolato in via principale dallo statuto delle obbligazioni plurisoggettive e, segnatamente, dalla regola per cui, in assenza di apposita pattuizione, il credito comune si presume parziario. Pertanto, secondo tale impostazione, «erroneamente la corte d'appello [avrebbe] ritenuto i debitori liberati per l'intero importo ricevuto a prestito, in quanto il 50% di esso avrebbe dovuto essere restituito, affinché il pagamento potesse avere efficacia liberatoria, a lui personalmente».

La Corte di Cassazione, nel risolvere la questione di diritto ad essa sottoposta, ha accolto l'impostazione della Corte d'Appello di Venezia, affermando che, nel caso di mutuo erogato da due coniugi con denaro della comunione legale, «il debitore che restituisca l'intero importo ad uno solo dei coniugi è liberato, per la prevalenza delle regole della

comunione legale sul principio della parziarietà delle obbligazioni solidali dal lato attivo». Dall'erogazione di un prestito con denaro della comunione, sorgono, infatti, due crediti: il primo avente ad oggetto la restituzione del capitale mutuato ed il secondo avente ad oggetto la corresponsione degli interessi pattuiti. Tali crediti, ad avviso della Suprema Corte, non spetterebbero ai singoli coniugi mutuanti, ma alla comunione legale.

La sentenza in epigrafe ha il merito di mettere in evidenza, sia pure in modo sintetico, il meccanismo tecnico-giuridico in forza del quale il pagamento rivolto ad uno solo dei coniugi ha efficacia liberatoria verso entrambi: la restituzione del capitale e la corresponsione degli interessi vengono, infatti, considerati come un atto di acquisto ex art. 177, comma 1, lett. a), c.c., come tale da imputarsi alla sfera giuridica di entrambi i coniugi mutuanti in comunione legale.

L'ultima questione affrontata dalla Corte riguarda, poi, l'inquadramento della «ricezione da parte di uno solo dei coniugi di una somma di denaro in restituzione di un prestito concesso con beni della comunione», ricezione che viene ritenuta rientrare negli atti che possono essere compiuti dai coniugi disgiuntamente, in quanto avente natura conservativa e, come tale, sottratta al rimedio previsto dall'art. 184 c.c.

2. I vantaggi pratico-applicativi insiti nel riconoscimento di una pattuizione tacita del vincolo di solidarietà attiva

La pronuncia in commento affronta, come si è accennato, il tema del vincolo di solidarietà nelle obbligazioni plurisoggettive. Come noto, l'art. 1294 c.c. sancisce, in presenza di determinati presupposti (*idem debitum* ed *eadem causa obligandi*), la presunzione di solidarietà dal lato passivo del rapporto obbligatorio, ma non anche dal lato attivo. La norma testé richiamata appartiene, infatti, alla categoria delle norme presuntive, le quali, ponendo un'eccezione al principio generale di cui all'art. 2697 c.c., sono insuscettibili di interpretazione analogica.

Il giudice di legittimità, nell'affermare che, a fronte di un mutuo concesso da entrambi i coniugi in comunione legale dei beni, sorge un credito alla restituzione del capitale e al pagamento dei correlati interessi in “favore della comunione”, ha stabilito che tale credito può essere riscosso, con efficacia liberatoria del debitore, anche da uno soltanto dei coniugi, riconoscendo, così, la prevalenza delle regole proprie della comunione legale rispetto allo statuto delle obbligazioni plurisoggettive dal lato attivo [sul punto, si veda SCOLA, *I crediti dei coniugi nella teoria degli acquisti in comunione legale. Regole e confini applicativi di un generale principio di inclusione «selettiva»*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2021, 167 e ss.].

Più precisamente, secondo la pronuncia in esame, la possibilità di pagare ad un solo coniuge il summenzionato debito da mutuo (che, nell'impostazione della Suprema Corte, resta un'obbligazione parziaria, come tale da adempiere *pro quota* nelle mani di entrambi i creditori), sarebbe da ricondursi al meccanismo del coacquisto di cui all'art. 177, comma 1, lett. a), c.c. In virtù di tale istituto, infatti, il pagamento del debitore rivolto ad un solo coniuge verrebbe imputato, con effetto liberatorio per il debitore, alle sfere giuridiche di entrambi i coniugi.

Le predette affermazioni si pongono, peraltro, in contrasto con l'opinione dottrinale secondo cui la riscossione dei capitali, in quanto atto di straordinaria amministrazione, dovrebbe avvenire con il consenso di entrambi i coniugi; mentre la riscossione degli interessi, in quanto atto di ordinaria amministrazione, potrebbe avvenire anche con il consenso del singolo coniuge [C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 4, *L'obbligazione*, rist. aggiornata, Giuffrè, 2019, 776].

La soluzione accolta dalla Suprema Corte, che si rivela apprezzabile sotto il profilo della coerenza sistematica, potrebbe, peraltro, comportare un inconveniente di natura pratico-applicativa di non poco momento. Qualora, infatti, diversamente da quanto avvenuto nel caso di specie, la comunione legale si sciogliesse nel corso del rapporto di mutuo, non potendo in tal caso più operare il meccanismo del coacquisto, non pare possa dirsi che il debitore, il quale continui ad effettuare i versamenti di denaro nelle mani del singolo coniuge mutuante, paghi bene, sembrando, invero, in tal modo effettuare un pagamento, sia pure in parte, soggettivamente indebito *ex latere accipientis*.

È vero, infatti, che il debitore potrebbe non essere a conoscenza dello scioglimento della comunione legale dei beni, dal momento che siffatto scioglimento può verificarsi anche per cause che prescindono da una crisi familiare conclamata e, pertanto, non immediatamente percepibili agli occhi dei terzi (si pensi, ad esempio, ad una convenzione di modifica del regime patrimoniale della famiglia, oppure all'ordinanza con cui il Presidente del Tribunale autorizzi i coniugi a vivere separati). Tuttavia, tali mutamenti sono normalmente sottoposti ad un apposito regime di pubblicità legale munito di efficacia dichiarativa (vale a dire l'annotazione a margine dell'atto di matrimonio), la quale dovrebbe condurre a ritenere che, una volta adempiuto l'onere pubblicitario, l'eventuale ignoranza del terzo sia comunque irrilevante, escludendosi che, in tali circostanze, possa venire in soccorso del debitore l'istituto del pagamento al creditore apparente di cui all'art. 1189 c.c. [ma, sul punto, si vedano C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 2.1, *La famiglia*, 6^a ed., Giuffrè, 2017, 85; e SCOLA, op. cit., 173].

Ebbene, proprio l'eccessivo onere, gravante sul debitore, di accertarsi, prima di ogni pagamento, del regime patrimoniale dei coniugi, è stata una delle principali obiezioni sollevate in tema di caduta in comunione legale dei crediti, e risulta tuttora una difficoltà con cui si è costretti a fare i conti.

La soluzione proposta dal Tribunale di Verona, invece, sia pure probabilmente audace nel riconoscere una pattuizione di solidarietà attiva implicita, ha certamente il pregio di mettere il debitore al riparo da mutamenti del regime patrimoniale dei coniugi, e merita, per questo, di essere comunque tenuta in considerazione.

D'altro canto, le determinazioni del giudice scaligero risultano coerenti con lo statuto delle obbligazioni plurisoggettive. L'organo giudicante, infatti, non ha messo in discussione la regola per cui la solidarietà attiva non si presume, ma ne ha riconosciuto una possibile pattuizione tacita, similmente a quanto, del resto, ammesso pure da una parte della giurisprudenza di legittimità [Cass., sez. un. 25 ottobre 1979, n. 5572, in *Foro it.*, I, 1979, 2555 ss.; Cass. 19 gennaio 1985 n. 143, in *OneLegale*].

A sostegno di tale posizione, è opportuno ricordare come il patto di solidarietà attiva non richieda né vincoli di forma, né vincoli di manifestazione espressa del volere (come invece accade, ad esempio, in tema di fideiussione, ai sensi dell'art. 1937 c.c.).

3. Natura giuridica dell'*acceptio* e riflessi sull'applicabilità del rimedio dell'annullamento

Nelle ultime battute la sentenza in commento affronta il tema dei rimedi volti a sanzionare gli atti di straordinaria amministrazione compiuti senza il consenso di entrambi i coniugi.

Il Supremo Collegio afferma la necessità del consenso congiunto soltanto per gli atti dispositivi di beni che già si trovano in comunione legale, e non anche per gli atti di acquisto di nuovi beni o diritti. Ne consegue che la restituzione delle somme prestate nelle mani di un solo coniuge è compatibile con la regola, desumibile dall'art. 180 c.c., secondo cui i coniugi possono compiere disgiuntamente ogni atto conservativo della comunione legale.

Al contempo, la Corte, richiamando, sia pure con riferimento ad acquisti diversi da quelli di denaro, la disciplina dell'annullamento, suscita un interrogativo di carattere generale riguardante la compatibilità tra annullamento ed *acceptio*, che merita di essere brevemente approfondito.

Per vagliare siffatta compatibilità, è necessario interrogarsi, in via preliminare, circa la natura giuridica della ricezione del pagamento, la quale sembrerebbe, a sua volta, risentire del modo in cui si intenda ricostruire la natura giuridica dell'adempimento.

È discusso, infatti, se l'adempimento sia un mero fatto giuridico, un atto giuridico in senso stretto, oppure un negozio giuridico. Secondo l'orientamento preferibile, la natura della *solutio* non è costante, ma dipende dal tipo di prestazione cui il debitore è tenuto.

Qualora la prestazione abbia ad oggetto un'attività materiale, l'adempimento si attegga ora come fatto giuridico (il *facere* o il *non facere*), ora come atto giuridico in senso stretto (il *dare*): la prima fattispecie è connotata da una volontà contingente, mentre la seconda è connotata da una volontà necessaria rispetto all'atto, ma contingente rispetto ai suoi effetti [sul punto si rinvia a BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Trattato di diritto civile italiano* diretto da Vassalli, XV, 2, 2^a ed., Utet, 1960, 7 ss.; ed a CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Morano, 1966, 40 ss.].

Per converso, qualora la prestazione abbia ad oggetto un'attività giuridica (il trasferimento, la modifica, la costituzione o la rinuncia di diritti), si ritiene che l'adempimento assuma natura negoziale, senza che la *funzione solutoria* alteri la causa propria del negozio cui, a tal fine, si ricorre [GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, 20^a ed., Edizioni Scientifiche Italiane, 2021, 581, il quale sostiene che la *causa solvendi* non sia una causa in senso tecnico che può, di per sé soltanto, giustificare l'esecuzione della prestazione, ma più che altro una *funzione* che resta assorbita dalla causa da cui trae fonte l'obbligazione da eseguire; sulla natura giuridica dell'adempimento si veda anche BRECCIA, *Le obbligazioni*, in *Trattato di diritto privato* a cura di Iudica e Zatti, Giuffrè, 1991, 451].

Con specifico riferimento alle obbligazioni di dare, che vengono in rilievo nel caso in analisi, la dottrina si è chiesta se, a fronte di un atto giuridico in senso stretto – l'adempimento *ex latere debitoris* – per il quale non è richiesta la capacità di agire, vi sia, invece,

un negozio giuridico – l'incasso *ex latere creditoris* – in quanto, con riferimento a quest'ultima fattispecie, l'art. 1190 c.c. richiede la sussistenza della capacità di agire in capo all'*accipiens*.

In realtà, sembra, in proposito, doversi affermare che le vicende relative all'adempimento di obbligazioni di dare sono in ogni caso qualificabili come atto giuridico in senso stretto, tanto *ex latere debitoris* (il pagamento) quanto *ex latere creditoris* (l'incasso). L'art. 1190 c.c. non va, infatti, letto dal punto di vista dello statuto dell'obbligazione, ma dalla prospettiva della tutela che l'ordinamento appresta in favore dell'incapace: il pagamento eseguito nei confronti di quest'ultimo non è, invero, invalido, come dovrebbe essere qualora avesse natura negoziale, ma più semplicemente non ha effetto liberatorio, a meno che non si dimostri che l'incapace ne ha tratto vantaggio [*ex pluribus* DI MAJO, sub *artt. 1190-1191*, in *Commentario del Codice civile* Scialoja-Branca a cura di Galgano, Zanichelli, 1994, 286; VENUTI, sub *art. 1190*, in *Codice civile. Commentario* fondato da Schlesinger, diretto da Busnelli, Giuffrè, 2018, 179].

Come è stato messo in evidenza, «il criterio direttivo in materia è stato quello pratico di togliere [...] [la] capacità [di ricevere la prestazione], quando è particolarmente temibile che il creditore dilapidi quanto ha riscosso. Questo pericolo si presenta soltanto per la riscossione di un credito di denaro che sia credito di capitale» [CROME, *Teorie fondamentali delle obbligazioni nel diritto francese; traduzione con note di A. Ascoli e F. Cammeo*, Società Editrice Libreria, 1908, 327; allo stesso modo, DI MAJO, op. cit., 287].

Stabilito, dunque, che l'*acceptio* non ha natura negoziale, occorre ora vagliarne la compatibilità con l'azione di annullamento.

L'orientamento prevalente, tanto in dottrina quanto in giurisprudenza, esclude siffatta compatibilità, stante l'assenza, nell'atto di cui si tratta, dell'elemento intenzionale che il rimedio in analisi tende a presidiare [CISIANO, voce *Atto giuridico*, in *Dig. disc. priv. – Sez. civ.*, Agg. II, Utet, 2003, 147, 157, testo e nota 81; Cass. 14 marzo 1962, n. 530, in *Giur. it.*, 1962, I, 1, 1535; Cass. 27 luglio 1998, n. 7357 in *OneLegale*; sul punto si veda anche DI MAJO, op. cit., 298, il quale si determina negativamente in ordine alla impugnabilità del pagamento per i vizi del volere].

Quest'ultima posizione, tuttavia, potrebbe subire un temperamento in particolari ipotesi. Infatti, se è vero che l'annullabilità non è compatibile con gli atti giuridici in senso stretto, altrettanto vero è che possono esservi dei casi, come quello di cui all'art. 184 c.c., dove detta annullabilità si caratterizza per le marcate differenze che la stessa presenta rispetto al paradigma tradizionale, non trattandosi propriamente di un rimedio posto a presidio della corretta formazione della volontà negoziale, come il modello tradizionale vorrebbe, ma essendo piuttosto il prodotto di sintesi di esigenze diverse [GALASSO, sub *art. 184*, *Del regime patrimoniale della famiglia*, in *Commentario del Codice civile* Scialoja-Branca a cura di Galgano, Zanichelli, 2003, 355, il quale individua tali esigenze nella necessità di contemperare la parità di trattamento dei coniugi, l'autonomia nella gestione dei beni comuni e la tutela dei terzi con cui i coniugi entrano in contatto].

Ebbene, proprio la diversa conformazione dell'annullabilità ex art. 184 c.c. rispetto all'annullabilità tradizionale potrebbe forse aprire uno spiraglio per rimettere in discussione, in relazione ai casi come quello di cui si tratta, la incompatibilità tra atto giuridico in senso stretto ed annullabilità, appunto alla luce del fatto che quest'ultima

mira a tutelare esigenze ulteriori rispetto alla corretta formazione della volontà negoziale.

Bibliografia essenziale

BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Trattato di diritto civile italiano* diretto da Vassalli, XV, 2, 2^a ed., Utet, Torino, 1960

BIANCA C.M., *Diritto civile, 2.1, La famiglia*, 6^a ed., Giuffrè, 2017

BIANCA C.M., *Diritto civile, 4, L'obbligazione*, ristampa aggiornata, Giuffrè, 2019

BRECCIA, *Le obbligazioni*, in *Trattato di diritto privato* a cura di Iudica e Zatti, Giuffrè, 1991

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

CISIANO, voce *Atto giuridico*, in *Dig. disc. priv. - Sez. civ., Agg. II*, Utet, 2003, 145 ss.

CROME, *Teorie fondamentali delle obbligazioni nel diritto francese; traduzione con note di A. Ascoli e F. Cammeo*, Società Editrice Libreria, 1908

DI MAJO, sub *artt. 1190-1191*, in *Commentario del Codice civile Scialoja-Branca* a cura di Galgano, Zanichelli, 1994, 286 ss.

GALASSO, sub *art. 184, Del regime patrimoniale della famiglia*, in *Commentario del Codice civile Scialoja-Branca* a cura di Galgano, Zanichelli, 2003, 353 ss.

GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, 20^a ed., Edizioni Scientifiche Italiane, 2021

SCOLA, *I crediti dei coniugi nella teoria degli acquisti in comunione legale. Regole e confini applicativi di un generale principio di inclusione «selettiva»*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2021

VENUTI, sub *art. 1190*, in *Codice civile. Commentario* fondato da Schlesinger, diretto da Busnelli, Giuffrè, 2018, 175 ss.

TRUST

Trust discrezionale: la tutela dei legittimari tra nullità e azione di riduzione *

di MARTINA TERRANOVA
Dottoressa in Giurisprudenza
Università degli Studi di Catania

(CORTE DI CASSAZIONE, sezione seconda civile, ord. 17 febbraio 2023, n. 5073; Pres. Giusti – Est. Criscuolo)

ABSTRACT

L'ordinanza della Corte di Cassazione del 17 febbraio 2023 n. 5073, ha definito l'azione di riduzione come unico rimedio esperibile dal legittimario che si ritiene essere leso, nella sua quota di riserva, dal conferimento in un trust di un certo numero di azioni già appartenenti al *de cuius*. Il Collegio ha rigettato la domanda di nullità della ricorrente, contestandone le argomentazioni fondate per un verso sulla Convenzione dell'Aja per il riconoscimento del trust e, per altro verso, sul divieto di apposizione di pesi o condizioni sulla quota di legittima.

This Article discusses cases No. 5073 of February 17, 2023, from the Italian Supreme Court. Through this decision, the Supreme Court had identified the appropriate suitable remedy for an heir arguing against the transfer of shares in a trust which should have been included in his mandatory heritage share. The Supreme Court rejected the plaintiff's claim to declare void the transfer based upon both The Hague Convention for the Recognition of Trusts and the Italian Civil Code's prohibition of the imposition of weights and conditions on mandatory heritage shares.

SOMMARIO: 1. Il caso; 2. La rilevanza della Convenzione dell'Aja; 3. Trust discrezionale e divieto di patti successori; 4. Termine apposto al trust quale peso sulla quota dei legittimari.

1. Il caso

La Corte di Cassazione, con ordinanza n. 5073 del 17 febbraio del 2023, ha rigettato la richiesta del legittimario di dichiarare la nullità del trasferimento di azioni, già appartenenti al *de cuius*, in un trust discrezionale. Secondo l'attrice l'atto di trasferimento sarebbe nullo in quanto lesivo della quota di riserva; nullità fondata, per un verso sui limiti posti dalla Convenzione internazionale per il riconoscimento del trust e, per altro verso, sul divieto di apposizioni di pesi o condizioni sulla quota di legittima. La Corte non ha accolto le domande attoree – non essendo stata neanche dimostrata la sussistenza di una lesione – ritenendo eccessivo il rimedio della nullità rispetto alle esigenze di tutela del

* Il presente contributo è stato sottoposto a valutazione in forma anonima ed è stato pubblicato in anteprima su rivistapactum.it il 13.4.2022.

legittimario, le quali potrebbero essere soddisfatte mediante l'azione di riduzione. Posto che, come statuito dalla Suprema Corte, la tutela idonea risieda nell'esercizio di tale azione vengono individuati i relativi legittimati passivi. Il Collegio dispone che, nell'ipotesi in cui il programma del trust discrezionale sia giunto a conclusione, i possibili destinatari dell'azione di riduzione sarebbero i beneficiari del trust. Ove, contrariamente, il trust discrezionale sia ancora in fase di esecuzione, l'unico destinatario sarebbe il *trustee*. Si afferma, infine, la legittimazione passiva del beneficiario, nonostante il trust sia ancora in fase di esecuzione, nel caso in cui sia certa l'individuazione di colui che godrà di tale vantaggio economico.

2. La rilevanza della Convenzione dell'Aja

Ai sensi dell'art. 13 della “*Convezione sulla legge applicabile ai trusts e sul loro riconoscimento*”, la quale prevede che “*Nessuno Stato è tenuto a riconoscere un trust i cui elementi significativi, ad eccezione della scelta della legge applicabile, del luogo di amministrazione o della residenza abituale del trustee, siano collegati più strettamente alla legge di Stati che non riconoscono l'istituto del trust o la categoria del trust in questione*”, autorevole dottrina nega il riconoscimento del trust quando da quest'ultimo possono scaturire degli effetti che paralizzano le norme a tutela dei legittimari [LUPOI, *Lettera a un notaio conoscitore dei trust*, in *Riv. not.*, 2001, 1162, per il quale «*Il non-riconoscimento determina la non applicazione della legge straniera: il negozio istitutivo del trust si trova allora sottoposto alla legge italiana e in base ad essa il trust è nullo*»].

La tesi ha sollevato non poche perplessità e in primo luogo sembra porsi in contrasto con la formula testuale dell'art. 15 della stessa Convenzione, secondo la quale “*La Convenzione non costituisce ostacolo all'applicazione delle disposizioni della legge designata dalle norme di conflitto del foro quando non si possa derogare ad esse mediante un atto volontario, in particolare nelle seguenti materie: [...] c) testamenti e devoluzione ereditaria, in particolare la successione necessaria*”. La sanzione di nullità si pone in contrasto con la disposizione convenzionale che si limita a richiamare l'applicabilità della disciplina nazionale, la quale, invero, si traduce in un sistema di tutela dei diritti dei legittimari che risiede espressamente nell'esperimento dell'azione di riduzione. L'eventuale lesione della legittima non comporta, infatti, la nullità della disposizione lesiva, bensì una reazione dell'ordinamento volta ad integrare la quota di riserva nei limiti in cui è necessario [Cfr. MOSCATI, *Trust e tutela dei legittimari*, in *Riv. dir. comm.*, I-II, 2000, 13 ss.].

Quella tesi non convince, inoltre, poiché l'azione di nullità del trust andrebbe esperita esclusivamente dopo l'apertura della successione, essendo questo il momento in cui si concretizza la lesione. In tale ipotesi, dunque, si dovrebbe ricorrere alla categoria incerta della nullità sopravvenuta. Le conseguenze pratiche di tale meccanismo si porrebbero in contrasto con i principi inderogabili del nostro ordinamento, in particolare con riferimento alla caducità degli effetti *medio tempore* prodotti e alla protezione dell'affidamento dei terzi [MURITANO e ROMANO, *Il trust in funzione successoria tra divieto dei patti successori e tutela dei legittimari*, in *Consiglio Nazionale del Notariato*, studio n. 219-2019/C, 2021, 31].

Inoltre, si ritiene non sia applicabile la disciplina della nullità in ordine alla natura contrattuale del trust, il quale non rientra testualmente tra gli atti di donazione: quest'ultimo si configura come una liberalità, aggredibile, dunque, con l'azione di riduzione (art. 809 c.c.) [Cass., 27 ottobre 2008, n. 25834, in *Dejure*; Cass., 19 giugno 1981, n. 4024, *ivi*; Cass., 14 ottobre 2013, n. 23278, *ivi*; Cass., 11 giugno 2003, n. 9424, *ivi*].

È in questo quadro argomentativo che va valorizzata l'impostazione dell'ordinanza della Corte di Cassazione, la quale si è limitata a ritenere eccessiva la sanzione della nullità rispetto alle esigenze di tutela del legittimario leso o pretermesso. Tale rimedio sarebbe esperibile anche da soggetti diversi dal legittimario e, essendo imprescrittibile, lascerebbe incerta la condizione del beneficiario e degli eventuali terzi a tempo indeterminato.

3. Trust discrezionale e divieto di patti successori

Merita una riflessione, nel senso della nullità, un'analisi del rapporto tra trust e divieto dei patti successori. L'art. 458 c.c. dispone che sono invalidi “*tutti quei negozi che attribuiscono o negano i diritti su una successione non ancora aperta*”. In effetti, la dottrina nega che il trust possa rientrare nel divieto dei patti successori in quanto il *settlor* trasferisce immediatamente la proprietà del suo patrimonio al *trustee* [BIANCA, *Diritto civile*, 2.2, *Le Successioni*, 6^a ed., Giuffrè, 2022, 51], per cui l'atto di costituzione del trust va qualificato come atto *inter vivos* e non *mortis causa*. In particolare, si sottolinea l'attualità delle posizioni giuridiche: «il trust determina l'immediato sorgere di posizioni giuridiche: ne consegue che il momento cui riferire la determinazione dell'oggetto della attribuzione sia quello dell'atto istitutivo, e non dell'apertura della successione del disponente. Quand'anche stipulato “in funzione successoria”, il trust non ha ad oggetto “*quod superest*”, ma diritti specificamente indicati all'atto della conclusione del negozio. L'attualità di posizioni giuridiche esclude, inoltre, che possa essere ravvisato un patto dispositivo nel negozio con il quale il beneficiario disponga di quanto ricevuto per effetto del trust (ammesso che l'atto di trust lo consenta, il che è spesso escluso, in particolare nei trust di diritto anglosassone). Nell'atto traslativo, infatti, non si dispone di una posizione ereditaria attesa, ma di diritti attuali» [MURITANO e ROMANO, *op. cit.*, 12].

Tale prospettiva, tuttavia, potrebbe essere messa in discussione se si prendesse sul serio il *dictum* di questa ordinanza della Corte di Cassazione, secondo cui la “segregazione” dei beni oggetto del trust non comporta un loro effettivo trasferimento, né un arricchimento dei soggetti coinvolti il quale avrà luogo soltanto in favore dei beneficiari finali.

Emerge la complessità della disciplina del trust: il divieto dei patti successori, infatti, andrebbe valutato non solo con riferimento all'atto del *de cuius*, ma anche all'obbligo che sorge in capo al *trustee* di disporre discrezionalmente a favore del beneficiario finale. In dottrina si nega la configurazione di un patto successorio, in quanto il trust costituirebbe non solo il trasferimento dei beni in favore del *trustee* come “massa separata” nel suo patrimonio [ROMANO, *Gli effetti del trust oltre la morte del disponente: dal trust in funzione successoria al trust testamentario*, in *Notariato*, 2014, VI, 593], ma anche il diritto di credito del beneficiario, il quale, se pur non determinato, è successivamente determinabile [MURITANO e ROMANO, *op. cit.*, 18]. Solo dopo l'individuazione del

beneficiario, il legittimario, ove il conferimento abbia riguardato la quota di legittima, si troverebbe leso nei suoi interessi: ma il rimedio più adeguato risiede comunque nell'azione di riduzione.

4. Termine apposto al trust quale peso sulla quota dei legittimari

All'interno del sistema di tutela della quota di legittima, assume un ruolo significativo il divieto previsto dall'art. 549 c.c. Sebbene la *littera legis* si riferisca al "testatore", si ritiene che la disciplina non riguardi esclusivamente disposizioni *mortis causa*. Tale ricostruzione si basa sull'analisi della genesi e dell'evoluzione dell'articolo in esame. In particolare, l'innovazione di tale disciplina – che trae origine dall'art. 808 c.c. del codice del 1865 – non attiene al mero aspetto formale, bensì concerne sia il piano sistematico che contenutistico.

Si ritiene, infatti, che l'art. 549 c.c. presenti un carattere generale, in forza del quale il suo ambito di applicazione incontra un limite esclusivamente in presenza di un rimedio *ad hoc*. Pertanto, tale disciplina mira a garantire l'intangibilità della quota di legittima, a prescindere dallo strumento giuridico impiegato per impedire la realizzazione di tale risultato. Ciò comporta che i legittimari possano godere di una tutela volta a rendere inoperanti pesi e condizioni, posti sulla quota di riserva, anche mediante atti *inter vivos* [ROMAGNO, *Il rapporto fra il divieto stabilito dall'art. 549 c.c. e l'azione di riduzione. Ricognizione del sistema alla luce dell'asserita autonomia del modo testamentario*, in *Riv. Trim. di dir. e proc. civ.*, 4, I, 2018, 1275 ss.; MENGONI, *Successioni per causa di morte. Parte speciale. Successione necessaria*, in *Trattato dir. civ. e comm.*, 4^a ed., diretto da Cicu e Messineo, continuato da Mengoni, Giuffrè, 2000, 221-222; MARINI, *Il modus come elemento accidentale del negozio gratuito*, Giuffrè, 1976, p. 96-97; *contra* CICU, *Successione legittima e dei legittimari*, Giuffrè, 1947, 227]. Nella misura in cui il *trustee* possa disporre di un termine di ottanta anni per individuare il beneficiario, la posizione del legittimario resterebbe priva di una tutela effettiva: proprio per questa ragione la ricorrente aveva chiesto che venisse dichiarata la nullità del trust in forza del divieto di gravare con pesi o condizioni sulla quota dei legittimari, *ex art* 549 c.c. Secondo l'opinione maggioritaria, tale divieto comporta la diretta inefficacia delle relative disposizioni senza che occorra esperire l'azione di riduzione [BIANCA, *op. cit.*, 220; MENGONI, *op. cit.*, 90 ss.; ROMAGNO, *op. cit.*, 1275; TULLIO, *L'intangibilità dei diritti di riserva. Il divieto di pesi e condizioni*, in *Trattato dir. succ. e donaz.*, diretto da Bonilini, III, *La successione legittima*, Giuffrè, 2009, 451]. Al riguardo, la Corte sostiene, seppure *incidenter tantum*, che la ricorrente rientrando "tra i soggetti in potenza designabili come beneficiari potrebbe vedere soddisfatta la sua quota di riserva con le assegnazioni compiute dal trustee". Adottata questa prospettiva, ritiene che sia applicabile l'art. 549 c.c., in quanto il termine di ottanta anni, che è riconosciuto al *trustee* per l'individuazione del beneficiario, costituisce un peso o un onere ove riguardasse la quota di legittima: ma la Corte avverte che "la nullità colpisce non già l'intera disposizione, ma la sola previsione che imponga pesi o condizioni sulla quota di legittima, così che l'invalidità dovrebbe riguardare solo la previsione di un termine particolarmente lungo (nella specie 80 anni) entro il quale è dato l'esercizio del potere di scelta da parte del trustee".

La soluzione della Corte appare convincente: dichiarata la nullità del termine di ottanta anni, il *trustee* sarebbe obbligato all'individuazione del beneficiario e solo a questo punto il legittimario, ove fosse leso nella quota di legittima, potrebbe agire in riduzione. Va tuttavia considerato che il ragionamento della Corte potrebbe essere tacciato da incoerenza se si desse rilevanza a quanto l'ordinanza afferma con riferimento alla causa concreta del trust, la quale viene ravvisata nello scopo di garantire continuità ad una gestione unitaria e coordinata del gruppo di imprese. Il termine di ottanta anni si rivela necessario e funzionale alla prosecuzione del programma delineato dal disponente, al punto da caratterizzarne la causa concreta del contratto. In questa prospettiva il collegamento tra la lunghezza del termine e la causa concreta, se si prendesse sul serio, sarebbe incoerente con la soluzione della nullità parziale, dovendo piuttosto sollecitare l'interprete verso la nullità totale del contratto di trust.

Bibliografia essenziale

BARTOLI, MURITANO e ROMANO, *Trust e atto di destinazione nelle successioni e donazioni*, Giuffrè, 2014

BIANCA, *Diritto civile, Le Successioni 2.2*, 6^a ed., Giuffrè, 2022

CICU, *Successione legittima e dei legittimari*, Giuffrè, 1947

LUPOI, *Lettera a un notaio conoscitore dei trust*, in *Riv. not.*, 2001, 1162

MARINI, *Il modus come elemento accidentale del negozio gratuito*, Giuffrè, 1976

MENGONI, *Successioni per causa di morte. Parte speciale. Successione necessaria*, in *Trattato dir. civ. e comm.*, diretto da Cicu e Messineo, continuato da Mengoni, 4^o ed., Giuffrè, 2000, 221

MOSCATI, *Trust e tutela dei legittimari*, in *Riv. dir. comm.*, I-II, 2000, 13

MURITANO e ROMANO, *Il trust in funzione successoria tra divieto dei patti successori e tutela dei legittimari*, in *Consiglio Nazionale del Notariato*, studio n. 219-2019/C, 2021

ROMANO, *Gli effetti del trust oltre la morte del disponente: dal trust in funzione successoria al trust testamentario*, in *Notariato*, VI, 2014, 593

ROMAGNO, *Il rapporto fra il divieto stabilito dall'art. 549 c.c. e l'azione di riduzione. Ricognizione del sistema alla luce dell'asserita autonomia del modo testamentario*, in *Riv. Trim. di dir. e proc. civ.*, 4, I, 2018, 1275

TULLIO, *L'intangibilità dei diritti di riserva. Il divieto di pesi e condizioni*, in *Trattato dir. succ. e donaz.*, diretto da Bonilini, III, *La successione legittima*, Giuffrè, 2009, 451

CONSUMO

Organismi nazionali responsabili dell'applicazione del regolamento 2004/261 e compensazione pecuniaria forfettaria in caso di ritardo prolungato o cancellazione del volo*

di GIULIA PULEIO

Ricercatrice t.d.b in Diritto privato
Università di Pisa

(CORTE DI GIUSTIZIA UE, sent. 29 settembre 2022, causa C-597/2020; Pres. N. Jääskinen – Rel. K. Jürimäe – Avv. Gen. De La Tour)

ABSTRACT

L'articolo commenta una recente sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea che definisce i poteri degli organismi nazionali responsabili dell'applicazione del regolamento 2004/261 nel caso di reclami individuali per la compensazione forfettaria in caso di ritardo prolungato o cancellazione del volo. Secondo la Corte di Giustizia, l'articolo 16 del regolamento 2004/261 non osta ad una normativa nazionale che attribuisca agli organismi nazionali responsabili il potere di adottare misure coercitive al fine di ottenere che i vettori aerei liquidino le somme forfettarie previste dall'articolo 7 del regolamento. Al contrario, sia pure nel rispetto del margine di apprezzamento degli Stati, attribuire tale competenza agli organismi nazionali rispetta le esigenze di effettività della tutela perseguite dalla normativa europea.

This article discusses a recent judgment of the Court of Justice of the European Union regarding the powers of national bodies responsible for enforcing Regulation 2004/261 in the case of individual claims for flat-rate compensation in the event of prolonged flight delays or cancellations. The Court of Justice held that Article 16 of Regulation 2004/261 does not prevent national legislation from granting national bodies the authority to take coercive measures in order to ensure that airlines settle the flat-rate amounts specified in Article 7. On the contrary, while respecting the discretion of the Member States, assigning such competence to the national bodies aligns with the requirements for effective protection as pursued by European legislation.

SOMMARIO: 1. Procedimento principale e questione pregiudiziale; 2. La giurisprudenza europea in materia di ritardo o cancellazione di un volo aereo; 3. La decisione nel caso LOT.

1. Procedimento principale e questione pregiudiziale

La Corte di Giustizia dell'Unione europea, con una sentenza del 29 settembre 2022, è tornata ad occuparsi della interpretazione del regolamento 261/2004. Più precisamente, la questione pregiudiziale verte sulla possibilità di attribuire all'organismo nazionale responsabile dell'applicazione di tale regolamento il potere di ingiungere ad un vettore aereo il versamento della compensazione pecuniaria, ex articoli 5 ss, dovuta ad un passeggero a causa della cancellazione o del ritardo prolungato del suo volo.

* Il presente contributo è stato sottoposto a valutazione in forma anonima ed è stato pubblicato in anteprima su rivistapactum.it il 28.6.2023.

In seguito ad un ritardo di tre ore del volo in partenza da New York a Budapest, alcuni passeggeri si erano rivolti alla divisione per la tutela dei consumatori della Prefettura di Budapest – Capitale, affinché imponesse al vettore aereo LOT di pagare, *ex art. 5, par. 1, lett. c), e 7, par. 1, lett. c), del reg. C.E. n. 261/2004*, la compensazione pecuniaria di questo regolamento. Infatti, ai sensi dell'art. 43/A, par. 2, della legge ungherese sulla tutela dei consumatori, l'autorità per la tutela dei consumatori – se necessario, previa consultazione dell'autorità aeronautica – è responsabile dell'applicazione delle sanzioni previste in caso di violazioni, all'interno dell'Unione europea, del reg. C.E. n. 2006/2004. Nel caso sottostante alla questione pregiudiziale, la divisione a tutela dei consumatori aveva imposto alla LOT di versare una compensazione di 600 euro a ciascun passeggero coinvolto nel ritardo, ma il vettore aereo aveva impugnato la decisione di fronte alla Corte di Budapest-Capitale. La LOT, citando le Conclusioni dell'avvocato generale nelle cause riunite *Ruijssenaars e a.* [Conclusioni dell'Avvocato Generale Yves Bot, presentate il 14 gennaio 2016, C-145/15 e C-146/15, *Ruijssenaars e a.*], sosteneva che il rapporto tra un vettore aereo e un passeggero fosse di natura civile e che, pertanto, la norma ungherese che consente alla divisione per la tutela dei consumatori di imporre ai vettori aerei il pagamento di una compensazione sulla base del reg. C.E. n. 261/2004 priverebbe gli organi giurisdizionali civili ungheresi della loro competenza. In maniera opposta, la divisione per la tutela dei consumatori affermava di essere competente ai sensi dell'art. 16, parr. 1 e 2, del reg. C.E. n. 261/2004.

Il giudice nazionale adisce la Corte di Giustizia, chiedendo se, ai sensi dell'art. 16, parr. 1 e 2, del reg. C.E. n. 261/2004, uno Stato membro possa attribuire all'organismo nazionale responsabile dell'applicazione di tale regolamento il potere di ingiungere ad un vettore aereo il versamento della compensazione pecuniaria dovuta ad un passeggero a causa della cancellazione o del ritardo prolungato del suo volo.

Nel pronunciarsi sulla questione pregiudiziale, la Corte di Giustizia analizza il complesso normativo composito predisposto a tutela degli interessi individuali del passeggero. In particolare, il reg. C.E. n. 261/2004 obbliga il vettore aereo, in caso di cancellazione del volo *ex art. 5* e di ritardo *ex art. 6*, ad una compensazione consistente nell'immediato versamento degli importi forfettari previsti dall'art. 7, e in particolare: 250 euro per tutte le tratte aeree inferiori o pari a 1500 chilometri; 400 euro per tutte le tratte aeree intracomunitarie superiori a 1500 chilometri e per tutte le altre tratte comprese tra 1500 e 3500 chilometri e 600 euro per tutte le altre tratte aeree.

Nel caso in analisi, la Corte di Giustizia afferma che l'art. 16, par. 1, del reg. C.E. n. 261/2004 dev'essere interpretato nel senso che non osta ad una normativa nazionale in forza della quale uno Stato membro attribuisce all'organismo nazionale responsabile dell'applicazione di tale regolamento il potere di ingiungere ad un vettore aereo di versare la compensazione pecuniaria dovuta ad un passeggero a causa della cancellazione o del ritardo prolungato del suo volo, prevista all'art. 7 del regolamento di cui trattasi, purché una simile normativa non privi né tale passeggero né tale vettore della possibilità di proporre un ricorso giurisdizionale dinanzi al giudice nazionale competente al fine di chiedere di beneficiare di detta compensazione pecuniaria o di contestare la fondatezza di quest'ultima.

2. La giurisprudenza europea in materia di ritardo o cancellazione di un volo aereo

Al fine di comprendere le argomentazioni della sentenza della Corte di Giustizia in commento, può essere utile una breve ricognizione della giurisprudenza europea in materia di ritardo aereo, essendo state numerose le pronunce intervenute nei diciannove anni di applicazione del regolamento 261/2004.

Particolarmente interessante è la pronuncia della Corte di Giustizia nel caso *Rusu* [C. giust., 29 luglio 2019, C-354/18, *Rusu c. SC Blue Air*]. I ricorrenti nel procedimento principale avevano prenotato con il vettore aereo Blue Air due biglietti per recarsi, il 6 settembre 2016, da Bacău a Londra. Al momento dell'imbarco, i passeggeri sono stati informati che il volo sarebbe stato operato da un aeromobile diverso da quello inizialmente previsto e che, a causa della minore capacità di posti disponibili a bordo del suddetto secondo aeromobile, non era più possibile il loro imbarco. Per questo motivo, il trasporto dei ricorrenti era stato effettuato cinque giorni dopo. I ricorrenti lamentavano di avere sopportato un danno individuale ben superiore alla somma forfettaria di 400 euro stabilita dall'art. 7 del regolamento n. 261/2004, a causa della trattenuta sul salario subita, e ne chiedevano l'integrale risarcimento.

Il giudice del rinvio chiede alla Corte di Giustizia se l'art. 7, par. 1, lett. b), del reg. C.E. n. 261/2004 debba essere interpretato nel senso che l'importo previsto da tale disposizione miri a risarcire un danno quale una perdita di retribuzione, o se un simile danno possa essere oggetto del risarcimento supplementare di cui all'art. 12, par. 1, del regolamento in parola. Esso chiede, inoltre, come determinare tale danno alla luce di detto regolamento. Investita della questione, la Corte di Giustizia ha ritenuto che gli importi standardizzati dall'art. 7, par. 1, del reg. C.E. n. 261/2004, abbiano come obiettivo di risarcire, in modo uniforme e immediato, i danni rappresentati dai disagi derivati dall'arrivo alla propria destinazione in un momento diverso da quello previsto. In particolare, e si tratta di un argomento importante anche per il caso in esame, la tutela effettiva dei passeggeri è perseguita dall'art. 7 del regolamento attraverso una compensazione immediata di alcune somme forfettarie, al fine di evitare loro di sopportare gli inconvenienti che comporta l'esperimento di azioni di risarcimento del danno dinanzi agli organi giurisdizionali competenti. È lo stesso dato letterale dell'art. 4, par. 3, del reg. C.E. n. 261/2004, che rinvia all'art. 7, a imporre al vettore aereo coinvolto di provvedere in modo immediato a versare una compensazione pecuniaria ai passeggeri non consenzienti in caso di negato imbarco.

Tuttavia, il fine di questi importi forfettari è solo quello di risarcire i danni che siano pressoché identici per tutti i passeggeri interessati. Il risarcimento dei danni individuali, dovuti alle circostanze del caso concreto – quale, nel caso *Rusu*, la perdita di redistribuzione determinata dalla impossibilità di recarsi a lavoro a causa di un arrivo tardivo a destinazione – richiedono una valutazione caso per caso in un'azione civile risarcitoria, come risulta anche dall'art. 12, par. 1, prima frase, del regolamento n. 261/2004, che lascia impregiudicati i diritti del passeggero ad un risarcimento supplementare.

Nel caso *Rusu*, la Corte di Giustizia dà, quindi, una interpretazione della natura della compensazione forfettaria ex art. 7 regolamento 2004/261 come di una misura ca-

ratterizzata dalla semplicità, dalla rapidità e dall'efficacia del procedimento per la compensazione pecuniaria, evitando che, per il versamento della compensazione pecuniaria dovutagli, il passeggero aereo interessato debba esperire un'azione dinanzi alle autorità giudiziarie competenti, la quale può comportare adempimenti più lunghi e talvolta più complessi. L'obiettivo fondamentale è raggiungere un elevato livello di protezione dei passeggeri, come si legge anche nel caso *Irish Ferries* [C. giust., 2 settembre 2021, C-570/19, *Irish Ferries Ltd*], in cui viene definita la compensazione forfettaria come un *credito di natura pecuniaria [di cui il passeggero] può chiedere il pagamento al vettore per il solo fatto che le condizioni poste [...] sono soddisfatte*.

Nel caso in esame, la compagnia aerea LOT fa riferimento alle Conclusioni dell'Avvocato generale Yves Bot nel caso *Ruijssenaars*, che è necessario analizzare brevemente [C. giust., 17 marzo 2017, C-145/15 e C-146/15, cit.].

In seguito a diversi rifiuti dei due vettori aerei (Royal Air Maroc e la KLM) di pagare ai passeggeri la compensazione pecuniaria dovuta, i ricorrenti chiedono all'organismo nazionale responsabile dell'applicazione del regolamento n. 261/2004, e cioè il segretario di Stato per le Infrastrutture e l'Ambiente, di adottare le misure necessarie previste dall'art. 5, par. 1, lett c), del regolamento 261/2004, condannando i vettori a corrispondere la compensazione pecuniaria richiesta, ai sensi dell'art. 7 del regolamento. Il giudice nazionale ritiene che, vista la natura civile del rapporto tra un vettore aereo e un passeggero, l'inadempimento dei propri obblighi da parte del vettore rientra nell'ambito della competenza dei giudici civili. Secondo il giudice nazionale del rinvio, attribuire la competenza di obbligare il vettore al pagamento della compensazione forfettaria prevista dall'art. 7 del regolamento minerebbe la ripartizione della competenza giurisdizionale nei Paesi Bassi. L'Avvocato generale Yves Bot esclude una tale competenza degli organismi nazionali responsabili dell'applicazione del regolamento n. 261/2004, per una serie di ragioni. L'art. 16, par. 1, del regolamento n. 261/2004 prevede che “[o]gni Stato membro designa l'organismo responsabile dell'applicazione del presente regolamento”. Secondo l'Avvocato generale Yves Bot, l'art., par. 1, del regolamento n. 261/2004 può essere interpretato nel senso di attribuire due compiti distinti agli organismi nazionali. Da una parte, e questo discende direttamente dalle norme europee, gli organismi nazionali devono vigilare sull'applicazione di tale regolamento. Infatti, l'art. 16 dev'essere letto in combinato disposto con il considerando 22 del regolamento n. 261/2004, in base al quale «[g]li Stati membri dovrebbero assicurare e controllare che i loro vettori aerei rispettino il presente regolamento nonché designare un organismo appropriato per l'espletamento di tali compiti. Il controllo non dovrebbe pregiudicare il diritto per i passeggeri e i vettori aerei di chiedere un legittimo risarcimento nelle competenti sedi giurisdizionali secondo le procedure del diritto nazionale». Secondo l'Avvocato generale Yves Bot, il principale compito, che discende dal diritto europeo, dell'organismo nazionale responsabile dell'applicazione del regolamento n. 261/2004 consiste nel monitorare, in modo generale, che i vettori aerei adempiano ai propri obblighi.

Dall'altra parte, gli Stati possono affidare agli organismi nazionali il compito di esaminare i reclami individuali dei passeggeri, ma si tratta di una scelta lasciata al margine di apprezzamento degli Stati. Infatti, nella formulazione dell'art. 16 del regolamento

n. 261/2004 non vi è nulla che consenta di dedurre che l'organismo nazionale responsabile dell'applicazione di tale regolamento sia tenuto ad adottare misure coercitive nei confronti dei vettori aerei al fine di imporgli di corrispondere ai passeggeri interessati la compensazione pecuniaria dovuta ai sensi degli articoli 5 e 7 del regolamento in parola. Secondo l'Avvocato generale, infatti, gli Stati membri dispongono di un certo margine di discrezionalità per quanto concerne l'estensione delle competenze assegnate agli organismi nazionali: questi possono pertanto assumere anche la forma di organismi incaricati della risoluzione stragiudiziale delle controversie tra i vettori aerei e i passeggeri, ma la loro funzione può esaurirsi anche nel fornire informazioni al passeggero aereo a seguito di un reclamo. Non c'è, dunque, secondo le Conclusioni dell'Avvocato Generale nel caso *Ruijsenaars*, in capo all'organismo nazionale responsabile dell'applicazione del regolamento n. 261/2004 un obbligo, che discenda dalla norma europea, di agire a seguito di un reclamo individuale. Tuttavia, il numero di reclami di cui esso è investito può essere un buon indice di una reiterata violazione degli obblighi gravanti sul vettore aereo e, dunque, può condurlo ad adottare misure coercitive nei confronti di quest'ultimo.

L'Avvocato Generale ritiene che sia da scoraggiare un sistema nazionale che attribuisca agli organismi nazionali responsabili dell'applicazione del regolamento n. 261/2004 il compito di attuare i diritti soggettivi che derivano ai passeggeri aerei da tale regolamento, e quindi anche di costringere i vettori aerei a corrispondere la compensazione pecuniaria che sarebbe dovuta in forza delle disposizioni del medesimo regolamento. Le ragioni per cui l'Avvocato Generale Yves Bot è scettico sulla opportunità di un sistema nazionale del genere sono di segno diverso. Innanzitutto, ritiene che attribuire agli organismi nazionali responsabili dell'applicazione del regolamento 261/2004 il compito di tutelare gli interessi individuali dei passeggeri condurrebbe inevitabilmente a divergenze interpretative del diritto dell'Unione, e quindi ad incertezza giuridica per i passeggeri aerei. Inoltre, secondo l'Avvocato generale, un organismo nazionale responsabile dell'applicazione del regolamento n. 261/2004 non può essere qualificato come «giurisdizione», ai sensi della giurisprudenza della Corte, e non ha pertanto un potere di rinvio pregiudiziale. Infatti, *“secondo costante giurisprudenza della Corte, per valutare se l'organo del rinvio possieda le caratteristiche di una “giurisdizione” ai sensi dell'articolo 267 TFUE, questione unicamente di diritto dell'Unione, la Corte tiene conto di un insieme di elementi, quali il fondamento legale dell'organo giurisdizionale, il suo carattere permanente, l'obbligatorietà della sua giurisdizione, la natura contraddittoria del procedimento, il fatto che l'organo applichi norme giuridiche e che sia indipendente (...) Inoltre, i giudici nazionali possono adire la Corte unicamente se dinanzi a loro è pendente una lite e se essi sono stati chiamati a statuire nell'ambito di un procedimento destinato a risolversi in una pronuncia di carattere giurisdizionale”* [v. C. giust., 12 giugno 2014, causa C- 377/13].

Nella sentenza del caso *Ruijsenaars*, la Corte di Giustizia non è perfettamente in linea con le Conclusioni dell'Avvocato generale, laddove sottolinea la rilevanza del principio del margine di apprezzamento [per cui si veda anche C. giust., 22 novembre 2012, causa C-139/11: *«in mancanza di disposizioni del diritto dell'Unione in materia, spetta all'ordinamento giuridico interno di ciascuno Stato membro disciplinare le modalità procedurali dei ricorsi intesi a garantire la tutela dei diritti spettanti ai singoli in forza*

del diritto dell'Unione, purché tali modalità rispettino i principi di equivalenza e di effettività»]. Nella sentenza del caso *Ruijsenaars*, quindi, la Corte di Giustizia si limita semplicemente ad escludere un obbligo giuridico che discenda dal regolamento europeo in capo agli Stati di attribuire agli organismi nazionali responsabili dell'applicazione del regolamento europeo n. 261/2004 il potere di adottare misure in seguito a reclami individuali. Infatti, secondo la Corte, occorre interpretare la nozione di «sanzioni» contenuta all'art. 16, par. 3, del regolamento n. 261/2004, in combinato disposto con il considerando 21 di tale regolamento, nel senso che essa designa le misure adottate in risposta alle violazioni rilevate dall'organismo nell'esercizio della sorveglianza di carattere generale prevista al paragrafo 1 di detto art. 16, e non come le misure coercitive amministrative e civili che devono essere adottate in ciascun singolo caso.

La Corte sottolinea poi che una simile interpretazione dell'art. 16 del regolamento n. 261/2004 consenta di evitare divergenze interpretative tra giudici civili nazionali, investiti dei ricorsi individuali, e organismi di cui all'art. 16, par. 1, del regolamento n. 261/2004 ma comunque ritiene che rimanga, in capo agli Stati membri, la facoltà, al fine di ovviare ad una insufficiente tutela dei diritti dei passeggeri aerei, di abilitare l'organismo di cui all'art. 16, par. 1, di tale regolamento, ad adottare misure in seguito a reclami individuali.

3. La decisione nel caso LOT

Nella sentenza del 29 settembre 2022, la Corte di Giustizia torna ancora ad occuparsi della estensione dei poteri degli organismi nazionali responsabili dell'applicazione del regolamento n. 261/2004 per valutare la legittimità di un sistema nazionale che preveda un meccanismo opposto a quello sotteso al caso *Ruijsenars*. Infatti, l'ordinamento giuridico ungherese prevede espressamente il potere dell'organismo nazionale di obbligare i vettori aerei alla compensazione forfettaria di cui all'art. 7 del Regolamento. Nell'analizzare la legittimità di un sistema nazionale del genere ai sensi dell'art. 16 del regolamento n. 261/2004, l'Avvocato generale De La Tour parte dall'analisi del dato testuale, sottolineando che all'art. 16, par. 1, il legislatore europeo stabilisce che gli Stati Membri devono designare l'organismo responsabile dell'applicazione del regolamento, ma non specifica né le condizioni né le modalità secondo le quali quest'ultimo deve esercitare il proprio compito e garantire che siano rispettati i diritti dei passeggeri. Secondo l'Avvocato Generale La Tour, l'espressione “*siano rispettati i diritti dei passeggeri*” ha una portata molto ampia, che può includere tanto la difesa degli interessi collettivi dei passeggeri aerei quanto la difesa dei loro interessi individuali. Anche le disposizioni di cui all'art. 16, parr. 2 e 3, non hanno né lo scopo né l'effetto di limitare la portata delle competenze attribuibili dagli Stati membri ai loro organismi nazionali. Infatti, ai sensi dell'art. 16, par. 3, del regolamento n. 261/2004, «*[l]e sanzioni stabilite dagli Stati membri per violazioni del presente regolamento sono effettive, proporzionate e dissuasive*», laddove si tratta in questo caso di sanzioni irrogate in seguito a violazioni reiterate e pertanto nettamente distinte, per natura e portata, dalle misure coercitive con le quali l'organismo nazionale mirerebbe ad ottenere il versamento della compensazione pecuniaria forfettaria dovuta al passeggero aereo a causa della cancellazione del suo volo.

Una interpretazione testuale permette di affermare che gli Stati membri dispongono pertanto di un margine di discrezionalità concernente l'attribuzione a tale organismo nazionale delle competenze destinate a garantire il rispetto dei diritti dei passeggeri aerei. Questa tesi è confermata da una interpretazione sistematica del regolamento n. 261/2004, che tenga conto della necessità di valorizzazione degli obiettivi di tutela del consumatore. Infatti, nessun elemento vieta a uno stato membro di attribuire una competenza coercitiva a un organismo responsabile dell'applicazione di tale regolamento, laddove l'unico limite è rappresentato dal diritto, ex artt. 12, 16 regolamento e considerando 22, dei passeggeri aerei di esercitare un'azione civile per eventuali danni individuali e ulteriori, in aggiunta alla composizione forfettaria. Infatti, gli importi forfettari di cui all'art 7 sono un risarcimento uniforme e immediato, mentre il risarcimento supplementare previsto dall'art 12 di tale regolamento è un danno subito dal passeggero aereo coinvolto e destinato ad essere valutato individualmente e a posteriori. Questa differenza tra compensazione forfettaria e risarcimento di ulteriori danni individuali subiti conferma che l'obiettivo specifico della compensazione forfettaria sia quello di porre rimedio, in modo immediato e uniforme, al danno consistente in una perdita di tempo pari o superiore a tre ore sottesa a un ritardo. Attribuire una competenza coercitiva a un organismo nazionale designato sulla base dell'art. 16, par. 1, contribuisce a garantire un elevato livello di protezione per i passeggeri. Quindi, permettere all'organismo nazionale di obbligare i vettori aerei al pagamento della compensazione forfettaria prevista contribuisce a dare piena effettività alla tutela che l'ordinamento giuridico europeo accorda ai passeggeri in caso di ritardi e cancellazioni dei voli aerei [si veda, ad esempio, il caso *Bossen* sulla interpretazione estensiva del termine distanza necessaria al fine di assicurare l'effettività della tutela]. La sentenza in esame risulta del tutto in linea con l'obiettivo generale dell'ordinamento europeo in materia, laddove il fondamento della compensazione pecuniaria forfettaria si rinviene nel disagio che consiste nell'aver subito una perdita di tempo pari o superiore a tre ore rispetto alla pianificazione iniziale del loro viaggio.

Data la sostanziale ragionevolezza della sentenza della Corte di Giustizia, rimane a monte il problema dei diversi meccanismi di enforcement previsti per la compensazione del ritardo aereo in Italia del Regolamento n. 261/2004. Infatti, come rilevato dalla relazione della Direzione generale della mobilità e dei trasporti della Commissione [KOURIS, «*Study on the current level of protection of air passenger rights in the EU*, 2020, in <https://op.europa.eu/it/publication-detail/-/publication/fo3df002-335c-11ea-ba6e-01aa75ed71>], nell'esercizio del margine di apprezzamento, gli Stati membri hanno regolato in maniera diversa i meccanismi nazionali di monitoraggio generale, di accesso alla compensazione forfettaria e ai reclami individuali. Infatti, alcuni Paesi (come Belgio, Danimarca e Malta) attribuiscono agli organismi nazionali poteri di coercizione e di valutazione nel caso di singole violazioni del regolamento, mentre altri ordinamenti (tra cui l'Italia, insieme alla Germania e ai Paesi Bassi) riconoscono alle autorità preposte poteri sanzionatorie e coercitivi in caso di violazioni reiterate e sistematiche. Infine, ci sono un terzo gruppo di organismi nazionali (quelli di Spagna, Irlanda, Lettonia e Regno Unito) preposti sia all'analisi dei reclami individuali che al monitoraggio sistematico in caso di violazioni ripetute e sistematiche. Ora, anche nei Paesi che non attribuiscono agli organismi nazionali poteri di coercizione in caso di singole violazioni, può essere garantita la

celerità dell'accesso alla compensazione forfettaria. Ne è un esempio l'Italia, in cui all'Enac compete l'irrogazione delle sanzioni amministrative stabilite dal regolamento n. 261/2004, mentre la richiesta di compensazione forfettaria dovuta in caso di ritardo prolungato del volo o sua cancellazione deve essere in prima battuta effettuata in capo alla compagnia aerea, e solo in caso di mancata risposta entro il termine di sei settimane può essere rivolta all'Enac.

In ogni caso, a livello europeo, un quadro tanto composito provoca una mancanza di uniformità che rischia di minare gli obiettivi di certezza del diritto e di effettività della tutela dei passeggeri.

Bibliografia essenziale

BRIGNARDELLO, *La tutela dei passeggeri in caso di negato imbarco, cancellazione del volo e ritardo prolungato. Normativa vigente e prospettive di riforma*, Giappichelli, 2013, 193

CARMAGNANI, *Regolamento CE n. 261/2004: sanzioni amministrative e procedimento per l'irrogazione*, in *Dir. tur.*, 2006, 4, 390

CONTI, *Compensazione ai passeggeri in caso di ritardo prolungato del volo*, in *Corr. giur.*, 2019, 6, 852

SANNA, *Cancellazione del viaggio e tutela del passeggero marittimo (e aereo)*, in *Riv. it. dir. tur.*, 2022, 37, 261

VERNIZZI, *La disciplina della cancellazione del volo e la maggior tutela del passeggero secondo la giurisprudenza europea*, in *Resp. civ. e prev.*, 2022, 1-2, 61

Il condomino consumatore in una recente decisione della Corte di giustizia*

di GIUSEPPE FIENGO

Magistrato presso il Tribunale di Napoli

(CORTE DI GIUSTIZIA UE, sent. 27 ottobre 2022, causa C-485/2021; Pres. Piçarra – Rel. Gavalec – Avv. Gen. Emiliou)

ABSTRACT

La Corte di giustizia europea torna a esaminare la questione delle possibili interferenze tra la disciplina consumeristica e quella condominiale. La recente decisione è, in particolare, relativa ad un contratto stipulato con un amministratore di condominio per la gestione e la manutenzione delle parti comuni di un “immobile in regime di condominio”.

The European Court of Justice reexamines the issue of possible interferences between consumer regulations and condominium regulations. The recent decision specifically concerns a contract stipulated with a condominium administrator for the management and maintenance of the common areas of a “property under condominium regime”.

SOMMARIO: 1. La Corte di giustizia torna sui rapporti tra condominio e consumatore; 2. Una possibile semplificazione per gli atti a scopo promiscuo; 3. Gli interrogativi ancora aperti con riferimento al condominio; 4. La possibile estensione municipale dell’applicabilità della dir. 93/13/CEE nelle decisioni della Corte di giustizia in materia di condominio; 5. Conclusioni.

1. La Corte di giustizia torna sui rapporti tra condominio e consumatore

Con la sentenza che si annota la Corte di giustizia torna ad esaminare la delicata questione delle possibili interferenze tra la disciplina consumeristica e quella condominiale. La recente decisione è, in particolare, relativa ad un contratto stipulato con un amministratore di condominio per la gestione e la manutenzione delle parti comuni di un “immobile in regime di condominio”; contratto che, nell’ordinamento del giudice remittente (Bulgaria) può, in astratto, essere concluso tanto tra l’amministratore ed i proprietari delle singole unità abitative, quanto tra l’amministratore e l’assemblea generale dei condomini o l’associazione di proprietari dell’immobile.

Nel rispondere alle questioni sottoposte alla propria attenzione, i giudici del Kirchberg si premurano di ribadire il costante orientamento per il quale la nozione eurounitaria di consumatore richiede, indefettibilmente, la sussistenza di due requisiti: l’essere il contraente una “*persona fisica*” (nel senso che la limitazione della “*persona fisica*” ai soli “*esseri umani uti singuli*” sia conseguenza di una discutibile, inespressa opzione ermeneutica restrittiva v., di recente, DE CRISTOFARO, *Contratti del condominio e applicabilità delle disposizioni concernenti i contratti dei consumatori*, in *Comunione e condominio*, Quaderno n. 3 della Scuola Superiore della Magistratura, 2021, 3, 254) e l’essere

* Il presente contributo è stato sottoposto a valutazione in forma anonima ed è stato pubblicato in anteprima su rivistapactum.it l’11.5.2023.

stato il contratto concluso in funzione di uno scopo estraneo all'attività imprenditoriale o professionale eventualmente svolta.

Tanto premesso, con riferimento al primo modello di rapporto contrattuale contemplato dall'ordinamento bulgaro (contratto per la gestione e manutenzione delle parti comuni concluso tra l'amministratore ed i proprietari delle singole unità abitative), la Corte afferma la natura di consumatore della parte-persona fisica proprietaria di un appartamento non impiegato per scopi riconducibili in via esclusiva alla propria attività professionale.

Anche con riferimento al secondo modello di rapporto contrattuale la Corte afferma che il proprietario dell'appartamento-persona fisica, può essere considerato consumatore solo ove sia "parte" del contratto concluso tra l'amministratore e l'assemblea generale dei condomini o l'associazione di proprietari dell'immobile e non utilizzi l'appartamento esclusivamente per scopi rientranti nell'attività professionale eventualmente svolta. La dir. 93/13/CEE non può invece trovare applicazione, proseguono i giudici del Kirchberg, nel caso in cui il proprietario-persona fisica non sia parte del contratto relativo alla gestione e manutenzione delle parti comuni; in tale caso, infatti, deve essere esclusa la qualificabilità come consumatore tanto del proprietario-persona fisica (difettando, appunto, la qualità di parte), quanto dell'assemblea generale dei condomini o dell'associazione di proprietari dell'immobile (stante, per esse, il difetto della qualità di "persona fisica"). Resta tuttavia ferma, prosegue la Corte, la possibilità, per una giurisprudenza nazionale, di interpretare la disciplina di recepimento della citata direttiva in modo da rendere applicabili le norme a tutela dei consumatori anche ad un contratto esulante dall'ambito di applicazione della medesima direttiva (C. giust., 2 aprile 2020, C-329/19, in *Corr. giur.*, 2020, 7, 893, con nota di Spoto).

Pur ponendosi nel solco della pregressa giurisprudenza della Corte, la decisione che si annota presenta uno spunto di potenziale semplificazione quanto alla individuazione del consumatore e lascia aperti alcuni interrogativi.

2. Una possibile semplificazione per gli atti a scopo promiscuo

La decisione del procedimento C-485/2021 offre uno spunto potenzialmente in grado di disinnescare le difficoltà emerse con riferimento a quegli atti con scopo c.d. "promiscuo" (professionale e non professionale) che costituiscono un'importante fragilità della pur fortunata teoria dello scopo dell'atto [BARENGHI, *Diritto dei consumatori*, 2^a ed., Wolters Kluwer, 2020, 46].

L'atto con scopo promiscuo è stato sovente attratto alla (o allontanato dalla) disciplina consumeristica sulla base della decisione *Gruber* [C. giust., 20 gennaio 2005, C-464/01, in *Corr. giur.*, 2005, 10, 1381 ss., con nota di Conti] che ha escluso il diritto della parte contrattuale di avvalersi delle regole di competenza previste dagli artt. 13-15 della Convenzione di Bruxelles del 27 settembre 1968 (concernente la competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale) con riferimento al contratto concluso, appunto, per finalità sia professionali, sia non professionali "a meno che l'uso professionale sia talmente marginale da avere un ruolo trascurabile nel contesto globale dell'operazione di cui trattasi, essendo irrilevante a tale riguardo il fatto

che predomini l'aspetto extraprofessionale". La medesima decisione ha pure rimesso al giudice il compito - non agevole - di decidere se il contratto sia stato concluso per soddisfare, "*in misura non trascurabile*", esigenze attinenti all'attività professionale del contraente o se, al contrario, l'uso professionale abbia assunto "*solo un ruolo insignificante*".

La piana applicazione del principio affermato dalla sentenza *Gruber* (e ribadito da C. giust., 14 febbraio 2019, C -630/17, reperibile sul sito curia.europa.eu) anche a questioni nelle quali non venga in rilievo l'individuazione di un titolo di giurisdizione desta, tuttavia, qualche perplessità. Con le decisioni da ultimo citate, infatti, la Corte di giustizia è stata chiamata ad interpretare testi normativi (la Convenzione di Bruxelles del 1968 e, rispettivamente, il reg. U.E. 1215/2012) nei quali la disciplina specificamente scrutinata (artt. 13-15 e, rispettivamente, 17 e 18) pone, nella prospettiva di tutela del consumatore, una parziale deroga alla regola generale del foro del convenuto. Ne discende che, a fronte di una interpretazione necessariamente restrittiva delle norme esaminate dalle decisioni da ultimo richiamate, ben più ampia -anche in caso di atto promiscuo- può risultare la nozione di consumatore allorquando, esclusa la necessità di individuare il titolo di giurisdizione, non si debba applicare una norma implicante deroga ad una previsione generale (nello stesso senso, DE CRISTOFARO, *Contratti del condominio*, cit., 254).

Non a caso, con riferimento all'ipotesi di contratti con duplice scopo, direttive successive alla 93/13/CEE hanno valorizzato il parametro non della marginalità dell'uso professionale, ma della non predominanza dello scopo commerciale o professionale (v., senza pretesa di esaustività, i considerando 12, dir. 2014/17/UE e 17 dir. 2011/83/UE) accogliendo quindi quel criterio della "prevalenza" che ha avuto seguito anche in dottrina (tra gli altri, MINERVINI, *Dei contratti del consumatore in generale*, 3^a ed., Giappichelli, 2014, 38). Una simile tendenza normativa pare portata alle estreme conseguenze dalla sentenza che qui si annota, la quale, senza citare il precedente *Gruber*, ravvisa la natura di consumatore in capo alla persona fisica che (parte di un contratto concluso con un amministratore di condominio al fine della gestione e manutenzione delle parti comuni dell'immobile o parte di un contratto stipulato tra l'amministratore di condominio e l'assemblea generale dei condomini ai fini della medesima gestione o manutenzione) non utilizzi l'appartamento per scopi che rientrano "*esclusivamente*" nell'attività professionale svolta.

Il parametro della "esclusività" dello scopo professionale è (rispetto a quello della "marginalità"/"non trascurabilità" e, tutto sommato, anche a quello della "predominanza") destinato ad ampliare la nozione di consumatore e, al tempo stesso, a semplificare le attività di accertamento di una simile qualità del contraente.

Non può peraltro non osservarsi che criteri quali quelli della esclusività, della marginalità o della predominanza risultano (più o meno) pianamente impiegabili con riferimento a contratti ad esecuzione istantanea. Alcune non risalenti decisioni della Corte di giustizia (C. giust., 10 dicembre 2020, C-774/19, C. giust., 25 gennaio 2018, C-498/16, reperibili sul sito curia.europa.eu) lasciano tuttavia emergere come, con riferimento a contratti di durata, quello del consumatore sia uno *status* suscettibile, con riferimento al singolo rapporto contrattuale, di mutare nel tempo, sì da, secondo una autorevole dottrina (PAGLIANTINI, *Il consumatore "frastagliato"*, Pacini, 2021, 94 ss.) imporre una revisione della teoria dello scopo, "*scopertamente insufficiente quando il fine oggettivo di*

consumo, perseguito in sede di conclusione del contratto, muti in executivis”.

3. Gli interrogativi ancora aperti con riferimento al condominio

La decisione qui in esame pare lasciare aperti alcuni interrogativi nel passaggio in cui ravvisa l'applicabilità - in via immediata - della dir. 93/13/CEE al contratto di gestione e manutenzione delle parti comuni di un immobile concluso tra l'amministratore di condominio e l'assemblea generale dei condomini o l'associazione di proprietari, allorquando il proprietario-persona fisica di un appartamento non utilizzato esclusivamente per scopi professionali sia “parte” di tale contratto.

Va in proposito premesso che il modello di rapporto contrattuale da ultimo evocato, pur oggetto - in modo esplicito - del provvedimento di rinvio, non risulta (stando alla decisione dei giudici del Kirchberg) quello concretamente ricorrente nel procedimento avanti al giudice nazionale. Sotto tale profilo la decisione della Corte (che ha comunque inteso rispondere al quesito sottoposto) pare espressione di quel “*cooperative character*” del rinvio pregiudiziale che, in più occasioni sottolineato in dottrina (tra gli altri, CORTESE, *ECJ and National Constitutional Courts: A Collaborative Law Approach*, in *Dir. Un. Eur.*, 2018, 1, 55 ss.), è, quanto al caso concreto, confermato pure dalla riformulazione delle questioni sollevate.

Fatto sta che, anche a causa della limitata ricostruzione del quadro normativo nazionale risultante dalla decisione in esame, non è dato comprendere con esattezza in quale misura del contratto concluso tra l'amministratore e l'assemblea generale dei condomini o l'associazione di proprietari possa esser “parte” il singolo proprietario-persona fisica. Non è dato, ad esempio, comprendere se la qualificabilità del singolo proprietario quale “parte” di tale contratto possa, in un qualche modo, esser accostata a quel meccanismo rappresentativo che, con riferimento ai contratti conclusi dal condominio con terzi, la giurisprudenza nazionale ha valorizzato per qualificare il condominio quale consumatore (cfr., tra le altre, già Cass., 24 luglio 2001, n. 10086, nonché Cass., 22 maggio 2015, n. 10679 e Cass., 12 gennaio 2005, n. 452, tutte in *DeJure*).

Pare, tuttavia, che sullo sfondo si collochi la questione, non infrequente negli ordinamenti che non riconoscono al condominio una autonoma soggettività (per una illustrazione delle scelte compiute in numerosi Stati membri con riferimento al condominio v. DE CRISTOFARO, *Contratti del condominio*, cit., 239 ss.), del possibile adattamento della nozione di consumatore alla parte soggettivamente complessa che, tramite un rappresentante, concluda un contratto con un professionista. Questione complicata (e che la sentenza che si annota non pare contribuire a risolvere in modo significativo) perché la nozione eurounitaria (e quella italiana, che dalla prima in via diretta discende) di consumatore è stata normativamente delineata avendo quale modello quello di una (singola) persona fisica che, in nome proprio, manifesta una volontà negoziale destinata ad attribuirle (in via esclusiva) la titolarità di un rapporto contrattuale, e perché non è dato rinvenire la disciplina di un atto (oggetto di un trattamento giuridico differenziato quale quello previsto per il consumatore) compiuto da più persone (taluna delle quali, eventualmente, non sia consumatore). Di qui le difficoltà, a più riprese rilevate dalla dottrina, emerse tanto con riferimento ai parametri in base ai quali verificare se al contratto sia,

effettivamente, applicabile la disciplina consumeristica, quanto con riferimento alle interferenze tra lo statuto del contratto del consumatore e la particolare struttura della parte soggettivamente complessa (si vedano, tra gli altri, PAGLIANTINI, *Il consumatore “frastagliato”*, cit., 66 ss.; DE CRISTOFARO, *Diritto dei consumatori e rapporti contrattuali del condominio: la soluzione della Corte di Giustizia UE*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, II, 4, 846 ss.; AZZARRI, *Spigolature attorno alla definizione di “consumatore”*, in *Contratti*, 2021, 1, 68 ss.; CERDONIO CHIAROMONTE, *Tutela consumeristica e parte soggettivamente complessa*, in *Riv. dir. civ.*, 2019, 1, 26).

4. La possibile estensione municipale dell'applicabilità della dir. 93/13/CEE nelle decisioni della Corte di giustizia in materia di condominio.

Le difficoltà derivanti dall'adattamento della nozione di consumatore ad una parte plurisoggettiva sono destinate ad assumere rilievo negli ordinamenti nei quali al condominio non è attribuita una soggettività autonoma. Ove invece una simile attribuzione vi sia, deve escludersi in radice la possibilità di ravvisare nel condominio-contraente un consumatore, stante la mancanza dell'indefettibile requisito della persona fisica. Anche nel procedimento C-485/21, tuttavia, i giudici del Kirchberg ribadiscono quanto già affermato in C. giust., 2 aprile 2020, C-329/19, cit., in ordine alla possibilità, per la giurisprudenza nazionale, di interpretare la normativa di recepimento della dir. 93/13/CEE “in modo che le norme a tutela dei consumatori che essa contiene siano applicabili anche a un contratto concluso da un soggetto giuridico, quale un condominio privo di personalità giuridica distinta da quella dei suoi partecipanti, anche se un simile soggetto giuridico non rientra nell'ambito di applicazione della medesima direttiva”.

Viene in tal modo confermata una conclusione che è stata in dottrina valutata per un verso “banale e scontata” (poiché la regolamentazione di una materia esulante dalla disciplina eurounitaria non può che esser rimessa alla discrezionalità del singolo Stato membro - e, quindi, pure alla relativa giurisprudenza nazionale - in proposito, v. anche PAGLIANTINI, *Il consumatore “frastagliato”*, cit., 68 e AZZARRI, *Spigolature attorno alla definizione di “consumatore”*, in *Contratti*, 2021, 1, 67 ss.) e, per altro verso, “non compiuta né puntuale” (DE CRISTOFARO, *Contratti del condominio*, cit., 256). A tale ultimo riguardo si è in particolare osservato come “a rigore” la scelta nazionale di assoggettare contratti non direttamente regolati da una direttiva alla disciplina interna di recepimento della direttiva medesima non dovrebbe estrinsecarsi in una dilatazione della nozione di consumatore, essendo invece opportuno (avuto riguardo alla *ratio* ed agli obiettivi dell'armonizzazione europea) preservare, anche all'interno dei singoli Stati membri, l'omogeneità della nozione di consumatore che è una nozione “armonizzata” di diritto dell'Unione (DE CRISTOFARO, *Contratti del condominio*, cit., 256).

Con riferimento all'ordinamento italiano (nel quale, stando alla giurisprudenza di legittimità sopra citata, il condominio è considerato consumatore per effetto della valorizzazione del ruolo dell'amministratore quale mandatario con rappresentanza dei singoli condomini), peraltro, la (di recente ribadita) conclusione cui era già giunta C. giust., 2 aprile 2020, C-329/19, cit., non solo non ha del tutto sopito le perplessità relative alla qualificabilità del condominio come consumatore (v., ad esempio, ABF, Coll. coord., 20

novembre 2020, n. 19783, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, I, 3, 503 ss., con nota di Labella), ma ha contribuito all'emersione di una significativa criticità connessa all'ampliamento della nozione di consumatore per via giurisprudenziale. È stato infatti osservato che un simile ampliamento richiede "a prima vista" (DE CRISTOFARO, *Contratti del condominio*, cit., 263) un'applicazione analogica delle norme consumeristiche ad una parte che consumatore non è (sul punto si veda pure PAGLIANTINI, *Il consumatore "frastagliato"*, cit., 69); applicazione analogica che, tuttavia, appare difficilmente praticabile a maggior ragione in un ordinamento, come quello italiano, nel quale non solo la disciplina consumeristica conserva una marcata specialità rispetto al diritto privato comune, ma, anche, l'armonizzazione estensiva è oggetto di riserva di legge (DE CRISTOFARO, *Contratti del condominio*, cit., 263; PAGLIANTINI, *Il consumatore "frastagliato"*, cit., 69) secondo quanto è stato argomentato sia alla luce del rapporto tra giudice e legislatore nazionale quale delineato pure da C. giust. 12 luglio 2012, C-602/10 (PAGLIANTINI, *L'armonizzazione minima tra regole e principi (studio preliminare sul diritto contrattuale derivato)*, in D'AMICO e PAGLIANTINI, *L'armonizzazione degli ordinamenti dell'Unione europea tra principi e regole*, Giappichelli, 2018, 82 ss.), sia alla luce dell'art. 32, lett. c), l. n. 234/2012 ai sensi del quale gli atti di recepimento di direttive dell'Unione europea "non possono prevedere l'introduzione o il mantenimento di livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalle direttive stesse, ai sensi dell'articolo 14, commi 24-bis, 24-ter e 24-quater, della legge 28 novembre 2005, n. 246" (DE CRISTOFARO, *Contratti del condominio*, cit., 263).

L'entità degli ostacoli che si frappongono alla praticabilità dell'interpretazione analogica ha quindi indotto a ritenere preferibile (sulla base, per la verità, di un percorso comunque non privo di asperità) l'attribuzione al condominio della qualità di consumatore per effetto di un'interpretazione estensiva "imposta da insopprimibili esigenze di coerenza e completezza sistematica" (DE CRISTOFARO, *Contratti del condominio*, cit., 263; nel senso della praticabilità dell'interpretazione estensiva al fine di ricomprendere nella nozione di consumatore gli enti del primo libro del codice civile v., di recente, AZZARRI, *Spigolature*, cit., 74).

5. Conclusioni

La decisione che si annota presenta alcuni spunti che paiono inserirsi in un più generale quadro relativo all'applicazione della dir. 93/13/CEE.

Per un verso, ferma la necessità (ai fini della immediata applicazione di tale direttiva) della ricorrenza tanto del requisito soggettivo della "persona fisica", quanto del criterio funzionale della mancata strumentalità del contratto all'attività professionale o imprenditoriale eventualmente svolta, si assiste, attraverso percorsi differenziati, ad un ampliamento della nozione di consumatore o, quanto meno, del campo di applicazione della più volte citata direttiva.

Un simile ampliamento, come si è visto, è in C. giust., 27 ottobre 2022, C-485/21 l'effetto di una scelta compiuta (in una dimensione pienamente eurounitaria) con riferimento al parametro mediante il quale valutare lo scopo promiscuo del contratto. In altri casi, l'applicazione (per la verità non stravagante) dei segnalati requisiti soggettivo ed

oggettivo ha comportato l'emersione di figure di consumatore che, in alcune esperienze nazionali, erano rimaste celate da una valorizzazione (euroincompatibile) del rapporto di accessorietà tra contratti (si pensi a quanto accaduto con riferimento alla posizione del garante-persona fisica a partire da C. giust., 19 novembre 2015, C-74/15 e C. giust., 14 settembre 2016, C-534/15 - entrambe reperibili sul sito *curia.europa.eu* - ed al pregresso orientamento della Suprema Corte italiana propensa ad escludere la natura di consumatore del garante di un imprenditore - tra le tante, Cass., 5 dicembre 2016, n. 24846 e Cass., 29 novembre 2011, n. 25212 in *Dejure*).

Ancora, l'applicazione della dir. 93/13/CEE è stata dalla Corte di giustizia affermata anche in presenza di vicende circolatorie del rapporto che avrebbero potuto condurre ad esiti diversi. Si pensi, ad esempio, a C. giust. 18 novembre 2020, C-519/19 (reperibile sul sito *curia.europa.eu*) che, nel richiamare la motivazione di C. giust. 11 settembre 2019, C-383/18 (reperibile sul sito *curia.europa.eu*, relativa alla direttiva 2008/48/CEE) secondo la quale il campo di applicazione della direttiva consumeristica “*dipende non dall'identità delle parti nella controversia di cui trattasi, bensì dalla qualità delle parti del contratto*”, pone un principio suscettibile di applicazione anche in caso di vicenda circolatoria *mortis causa*.

In un simile contesto, ulteriormente complicato dalla segnalata possibilità di un mutamento dello *status* della parte nei contratti di durata, l'ambito di applicazione della dir. 93/13/CEE risulta (secondo quanto espressamente ammesso dalla Corte di giustizia con un arresto che -come si è visto- ha suscitato perplessità in dottrina) ampliabile, pur in assenza di una parte qualificabile come consumatore ai sensi della disciplina europea, da parte del legislatore o della giurisprudenza nazionale.

Per altro verso, l'esatta individuazione della figura di consumatore non vale ad esaurire le difficoltà emergenti quanto alla ricostruzione della disciplina applicabile al contratto; difficoltà che sono conseguenza anche di un'armonizzazione non esaustiva realizzata dalla dir. 93/13/CEE (e non solo) che lascia ai legislatori nazionali margini d'azione inversamente proporzionali al grado di intensità e/o densità normativa della disciplina europea (sul tema, in generale, BARTOLONI, *L'apporto delle tecniche di armonizzazione nella definizione dei rapporti tra sistemi concorrenti di tutela dei diritti fondamentali*, in *Dir. Un. Eur.*, 2019, 1, 55 ss.).

In definitiva, a dispetto del tempo trascorso dalla relativa emanazione, la dir. 93/13/CEE si presenta come un testo normativo che ancora impone agli interpreti l'elaborazione di soluzioni ermeneutiche non scontate e, in taluni casi (come, probabilmente, quello del condominio in Italia), sollecita meditati interventi del legislatore nazionale. Un testo normativo estremamente vitale, come dimostra anche l'elaborazione della giurisprudenza della Corte di giustizia che, sia pur attraverso percorsi differenziati, testimonia la centralità della dir. 93/13/CEE nella realizzazione di un peculiare modello di rapporto tra giustizia e contratto suscettibile di realizzare pure interferenze tra giustizia inclusiva e giustizia sociale (NAVARRETTA, *Giustizia contrattuale, giustizia inclusiva, prevenzione delle ingiustizie sociali*, in *Giust. civ.*, 2020, 2, 243 ss.)

Bibliografia essenziale

AZZARRI, *Spigolature attorno alla definizione di “consumatore”*, in *Contratti*, 2021, 1,

60

BARENGHI, *Diritto dei consumatori*, 2^a ed., Wolters Kluwer, 2020

BARTOLONI, *L'apporto delle tecniche di armonizzazione nella definizione dei rapporti tra sistemi concorrenti di tutela dei diritti fondamentali*, in *Dir. Un. Eur.*, 2019, 1, 55

CERDONIO CHIAROMONTE, *Tutela consumeristica e parte soggettivamente complessa*, in *Riv. dir. civ.*, 2019, 1, 25

CONTI, *La nozione di consumatore nella convenzione di Bruxelles I. Un nuovo intervento della Corte di giustizia*, in *Corr. giur.*, 2005, 10, 1384

CORTESE, *ECJ and National Constitutional Courts: A Collaborative Law Approach*, in *Dir. Un. Eur.*, 2018, 1, 47

DE CRISTOFARO, *Contratti del condominio e applicabilità delle disposizioni concernenti i contratti dei consumatori*, in *Comunione e condominio*, Quaderno n. 3 della Scuola Superiore della Magistratura, 2021, 3, 231

DE CRISTOFARO, *Diritto dei consumatori e rapporti contrattuali del condominio: la soluzione della Corte di Giustizia UE*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, II, 4, 842

LABELLA, *La natura non consumeristica del condominio di edifici (Commento a A.B.F., Coll. coord., 10 novembre 2020, n. 19783)*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, I, 3, 506

MINERVINI, *Dei contratti del consumatore in generale*, 3^a ed., Giappichelli, 2014

NAVARRETTA, *Giustizia contrattuale, giustizia inclusiva, prevenzione delle ingiustizie sociali*, in *Giust. civ.*, 2020, 2, 243

PAGLIANTINI, *Il consumatore "frastagliato"*, Pacini, 2021

PAGLIANTINI, *L'armonizzazione minima tra regole e principi (studio preliminare sul diritto contrattuale derivato)*, in D'AMICO e PAGLIANTINI, *L'armonizzazione degli ordinamenti dell'Unione europea tra principi e regole*, Giappichelli, 2018, 35

SPOTO, *Il condominio non è un consumatore ma ha le stesse tutele. Corte di Giustizia, Sez. I, 2 aprile 2020, n. C-329/19*, in *Corr. giur.*, 2020, 7, 895

L'inadempimento delle obbligazioni legate ai pacchetti turistici: un passo falso per la Cassazione*

di **ANDREA CIONI**
Dottore di ricerca
Università di Pisa

(CORTE DI CASSAZIONE, sezione terza civile, ord. 18 gennaio 2023, n. 1417; Pres. Frasca – Est. Scarano)

ABSTRACT

Attraverso l'ordinanza in epigrafe, la Cassazione torna, nuovamente, sulla responsabilità da inadempimento delle obbligazioni nate da un pacchetto turistico *all inclusive*. Il commento, partendo dalla soluzione proposta dalla Corte, cerca di far chiarezza sull'annosa questione relativa alla natura, solidale o parziaria, della responsabilità del venditore e dell'organizzatore del pacchetto. Inoltre, dato il discutibile richiamo del Supremo Collegio al concetto di impossibilità sopravvenuta di utilizzare la prestazione, viene messa in luce, a fronte di una casistica spesso eterogenea, la necessità di differenziare le soluzioni giuridiche offerte dagli interpreti a seconda delle situazioni fattuali realmente occorse.

Through decision 1417/2023, the Supreme Court once again addresses the issue of contractual liability arising from all-inclusive tour packages. The paper, building upon the solution proposed by the Court, seeks to clarify the long-standing issue concerning the joint or partial liability of the seller and the organizer of the package. Furthermore, considering the Judges' erroneous reference to the concept of supervening the impossibility of using performance, the study, in the face of often heterogeneous case scenarios, highlights the need to differentiate the legal solutions offered by interpreters, depending on the effective factual situations that have occurred.

SOMMARIO: 1. Il caso; 2. La natura solidale o parziaria della responsabilità da inadempimento; 3 L'impossibilità di utilizzare la prestazione: la confusione della Cassazione; 4 Segue: la necessità di riorientare l'attenzione dell'interprete.

1. Il caso

L'ordinanza in commento prende le mosse da una vicenda relativa a un pacchetto turistico *all inclusive* in un villaggio vacanze, acquistato in data 04/03/2006 da una sfortunata famiglia. Segnatamente, quest'ultima conveniva in giudizio di fronte al Tribunale di Gela sia l'agenzia di viaggi alla quale si era rivolta, sia l'operatore turistico che aveva commercializzato il pacchetto, lamentando un inadempimento contrattuale e, conseguentemente, richiedendo il risarcimento dei danni sofferti. In particolare, gli attori sostenevano di essere stati colpiti, «*dopo due giorni dall'arrivo prima un figlio, poi l'altro ed infine la madre [...], da una gastroenterite*» e di essere stati «*ricoverati per tre giorni*

* Il presente contributo è stato sottoposto a valutazione in forma anonima ed è stato pubblicato in anteprima su rivistapactum.it il 29.6.2023.

diversi presso l'Ospedale [del luogo] per le opportune cure», a causa di «cibi o bevande consumati all'interno del villaggio». Il tribunale, riconoscendo la responsabilità di entrambi i soggetti convenuti, accoglieva la domanda degli attori.

Avverso la statuizione, veniva però proposto giudizio di gravame, il quale, in data 06/08/2019, era accolto dalla Corte d'Appello di Caltanissetta. Difatti, secondo il giudice di seconde cure *«il tour operator e l'agenzia di viaggi venditrice del pacchetto sono da intendere responsabili soltanto dell'inadempimento degli obblighi rispettivamente e personalmente assunti nei confronti del turista, sussistendo, quindi, [fra di loro], un regime di responsabilità formalmente disgiunta e strutturalmente differenziata».*

In ragione di questo, i soccombenti depositavano ricorso per Cassazione, ravvisando *«la violazione e falsa applicazione del d.lgs. n. 206 del 2005, art. 93, in riferimento all'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 3.»*. In particolare, i ricorrenti si dolevano del fatto che la Corte d'Appello avesse *«erroneamente escluso la solidarietà tra l'Agenzia di Viaggi [...] e il tour operator».*

La Corte di Cassazione, per tramite dell'ordinanza in esame, accoglieva il ricorso, rinviando al giudice d'appello territorialmente competente. Segnatamente, la Suprema Corte riteneva che, a differenza di quanto previsto dalla Convenzione di Bruxelles del 23 dicembre 1970 (d'ora in poi CCV), ai sensi del d.lgs. 111/1995 *«l'organizzatore e il venditore di un pacchetto turistico [...] assumono, nell'ambito del rischio di impresa, un'obbligazione di risultato nei confronti dell'acquirente»*, la quale ha natura solidale e *«sussiste ogniqualvolta sia ravvisabile una responsabilità contrattuale diretta del prestatore di servizi nei confronti del consumatore per il servizio reso (o non reso)»*. Inoltre, i Giudici consideravano il rapporto obbligatorio esistente fra le parti in causa estinto in ragione della sopravvenuta (e a lui non imputabile) impossibilità di utilizzazione della prestazione da parte del creditore.

2. La natura solidale o parziaria della responsabilità da inadempimento

È evidente come l'intera vicenda ruoti intorno alla natura – solidale o parziaria – della responsabilità che, in caso di inadempimento del contratto di pacchetto turistico, lega l'agenzia di viaggi e il *tour operator*. Sul punto, la statuizione in commento pare contribuire significativamente ad alimentare la confusione imperante in materia, confusione determinata – senza alcun dubbio – dalla *«formulazione alquanto discutibile»* scelta dal nostro legislatore, in sede di attuazione della direttiva 314/90/CEE, per declinare il rapporto fra le responsabilità dei due professionisti [PASQUILI, *La responsabilità del travel agent nella distribuzione di pacchetti turistici*, in *Nuova giur. civ.*, 2022, 4, 825; in merito, FINESSI, *La responsabilità del professionista nella nuova disciplina dei contratti di viaggio (d.lgs. 21 maggio 2018, n. 62)*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2018, 6, 1321, parla di *«atecnicismo redazionale»*, coniugato *«con la totale mancanza sia di criteri legali idonei a descrivere in modo chiaro e preciso le ipotesi di inadempimento in cui l'organizzatore e il venditore erano chiamati a rispondere, sia di adeguati parametri per valutare la natura del rapporto intercorrente tra le responsabilità dei professionisti»*]. Invero, in tema di responsabilità, l'art. 14 del d.lgs. n. 111/1995 (confluito senza significative variazioni prima nel codice del consumo e poi in quello del turismo) – ossia la disciplina applicabile, *ratione temporis*, al caso di specie – stabilisce che *«[i]n caso di*

*mancato o inesatto adempimento delle obbligazioni assunte con la vendita del pacchetto turistico», il venditore e l'organizzatore dello stesso «sono tenuti al risarcimento del danno, secondo le rispettive responsabilità». Tuttavia, come acutamente sottolineato, forse, risalendo ancor più a monte, tale ambiguità trova origine già nella stessa direttiva europea, la quale, all'articolo 5, lascia liberi gli Stati membri di scegliere le modalità tramite cui «garantire che l'organizzatore e/o il venditore parte del contratto siano responsabili nei confronti del consumatore della buona esecuzione degli obblighi risultanti dal contratto» [cfr. PASQUILI, *La responsabilità del travel agent*, cit., 825; sul punto concorda LABELLA, *La natura della responsabilità del venditore di pacchetti turistici*, in *Eur. dir. priv.*, 2020, 2, 592, il quale parla di «infelice scelta legislativa» e di «tecnica normativa assai imprecisa»].*

Proprio a causa di tale equivocità, in relazione alla natura della responsabilità del *travel agent* e dell'organizzatore del viaggio, nel corso degli anni, all'interno della dottrina e della giurisprudenza italiana, si sono sviluppati due orientamenti contrapposti.

Il primo, nettamente minoritario, secondo cui, per ragioni di esigenze di tutela del consumatore, la responsabilità dell'agenzia e dell'organizzatore avrebbe natura solidale [in tal senso v. CARRASSI, *Tutela del turista nei viaggi a forfait. Finalmente una risposta adeguata del legislatore italiano?*, in *Corr. giur.*, 1995, 8, 900 ss.; QUAGLIATO, *sub art. 93*, in *Codice del consumo. Commentario*, a cura di Alpa e Rossi Carleo, Esi, 2005, 618 ss.; TOMMASINI, *Interventi normativi sulla responsabilità degli operatori turistici nei contratti di viaggio «tutto compreso»*, in *Giust. civ.*, 2000, II, 5, 262 ss.; Trib. Firenze 7 giugno 2016, in *Dir. maritt.*, 2017, 1, 227 ss., con nota di CAVANNA; Trib. Prato, 16 aprile 2015; Trib. Lecce, 3 aprile 2015, citate da LABELLA, *La natura della responsabilità*, cit., nota 25; Cass. 23 aprile 2020, n. 8124, in *DeJure*]. Segnatamente, a detta di tali autori, la parziarietà, per un verso, «rischiava di rendere immune da oneri risarcitori il soggetto invece più idoneo a prestare garanzie di solvibilità» [CARRASSI, *Tutela del turista nei viaggi a forfait*, cit., 900 ss.] e, per l'altro, avrebbe costretto il consumatore tanto all'esercizio di due differenti azioni di inadempimento, quanto all'esatta individuazione dei contorni delle responsabilità di ciascun professionista [QUAGLIATO, *sub art. 93*, cit., 618 ss.].

Di converso, il secondo orientamento, nettamente maggioritario, più coerente col dato testuale, ma – soprattutto a causa dell'«assenza di un criterio legale di ripartizione della responsabilità tra organizzatore e intermediario» – assai gravoso per il turista [così MAZZAMUTO, *Il danno non patrimoniale contrattuale*, in *Eur. dir. priv.*, 2012, 2, 437; similmente CRISCI, *I contratti del turismo organizzato*, in CASSANO (a cura di), *Diritto del turismo*, Maggioli, 2019, 199], suggerisce di individuare nella formulazione dell'articolo 14 d.lgs 111/1995 una responsabilità parziaria in cui, per l'appunto, ogni professionista risponde solo e soltanto in base alle «rispettive responsabilità» [fra i tanti v. SANTAGATA, *Diritto del Turismo*, Utet, 2021, 322 ss.; ROSSI CARLEO e DONA, *Il contratto di viaggio turistico*, in *Trattato dir. civ. Cons. naz. Notariato*, 2010, 141 ss.; SILINGARDI e MORANDI, *La vendita dei pacchetti turistici*, Giappichelli, 1998, 128; BAILETTI, *Sulla pretesa responsabilità solidale dell'intermediario e dell'organizzatore di viaggi*, in *Dir. turismo*, 2006, 4, 364 ss.; Cass., 19 gennaio 2010, n. 696, in *Foro it.*, 2010, I, 3, 841; Cass., 10 settembre 2010, n. 19283, in *Danno e resp.*, 2011, 3, 268 nota di ROSSI; Cass.,

23 aprile 1997, n. 3504, in *Dir. maritt.*, 1998, 1094; App. Cagliari-Sassari 22 novembre 2013, in *Dir. trasp.*, 2015, 891; Trib. Lucca, 28 gennaio 2006, *Resp. civ. e prev.* 2007, 3, 613 ss., con nota di VERNIZZI; Trib. Reggio Emilia, 21 febbraio 2004, in *Foro it.*, 2004, I, 9, 2555.; App. Firenze, 26 settembre 2001, in *Dir. turismo*, 2003, 4, 360].

Pertanto, aderendo a questa seconda ricostruzione, l'agenzia di viaggi deve essere considerata alla stregua di una mera intermediaria, chiamata a rispondere soltanto nell'eventualità, per vero non così remota, in cui disattenda le obbligazioni tipiche di un mandatario, come, ad esempio, «scegliere con oculatezza l'organizzatore, trasmettere tempestivamente le prenotazioni, incassare il prezzo o restituirlo in caso di annullamento» o fornire al viaggiatore precise informazioni concernenti il viaggio [Cass., 2 febbraio 2022, n. 3150, in *Nuova giur. civ.*, 2022, 4, 824; v. anche SANTAGATA, *Diritto del Turismo*, cit., 294 ss.]. Viceversa, la stessa «non è responsabile degli inadempimenti dell'organizzatore o della non rispondenza dei servizi effettivamente offerti a quelli promessi e pubblicizzati», salva la possibilità che il turista provi in giudizio che il *travel agent* «conosceva o avrebbe dovuto conoscere, facendo uso della diligenza da lui esigibile in base all'attività esercitata (art. 1176 c.c., comma 2), l'inaffidabilità del tour operator cui si era rivolto, oppure la non rispondenza alla realtà delle prestazioni da quelle promesse e pubblicizzate» [Cass., 2 febbraio 2022, n. 3150, cit.; Cass., 19 gennaio 2010, n. 696; Cass., 24 novembre 2020, n. 26694, in *Leggiditalia*; Cass., 23 aprile 1997, n. 3504, cit.; Cass., 29 aprile 2022, n. 13511, in *Leggiditalia*].

Sebbene tale orientamento fosse stato ribadito dalla Suprema Corte in una sua recente statuizione [Cass., 02 febbraio 2022, n. 3150, cit.], l'ordinanza in commento, aderendo convintamente alla ricostruzione minoritaria, scombina nuovamente le carte in tavola, così impedendo, di fatto, di mettere la parola fine all'annosa vicenda. In particolare, il Supremo Collegio, senza indulgere a un significativo sforzo argomentativo, se non quello di affermare che la volontà del legislatore europeo fosse quella di assicurare al turista, per il tramite della direttiva 314/90/CEE, una tutela maggiore rispetto a quella garantita dalla CCV, riconoscono ora la natura solidale della responsabilità in esame sostenendo che l'inciso «secondo le rispettive responsabilità» assuma «rilievo esclusivamente nella ripartizione interna tra i responsabili solidali.» [Cass., 18 gennaio 2023, n. 1417].

Tuttavia, a ben vedere, anche prediligendo una ricostruzione in chiave di parzialità della responsabilità, la maggior protezione assicurata dalla disciplina europea può, in ogni caso, ravvisarsi in relazione alle novità introdotte in tema di responsabilità per fatto degli ausiliari e dei fornitori. Infatti, l'articolo 15 della CCV creava una distinzione fra, da un lato, i pregiudizi occorsi al viaggiatore in ragione dell'inadempimento di servizi resi da terzi fornitori incaricati dall'organizzatore (c.d. responsabilità da organizzazione) e, dall'altro, i nocimenti cagionati da detti terzi nella fase di esecuzione di tali servizi (c.d. responsabilità da esecuzione). Invero, mentre in riferimento ai primi, la responsabilità dell'organizzatore per l'inadempimento del prestatore era riconosciuta in ogni caso; per quanto concerne i secondi, invece, l'organizzatore poteva andare esente da responsabilità “semplicemente” provando di essersi comportato diligentemente nella scelta del prestatore di servizi [in merito v. ROSSI CARLEO e DONA, *Il contratto di viaggio turistico*, cit., 131 ss.]. Di converso, l'articolo 14 del d.lgs 111/1995, in perfetta conformità al dettato

dell'articolo 1228 c.c., e senza distinguere fra fase di organizzazione ed esecuzione, stabilisce che l'organizzatore o il venditore che si avvalgano di prestatori di servizi siano comunque tenuti «*a risarcire il danno sofferto dal consumatore, salvo il diritto di rivalersi nei loro confronti*». Pertanto, come d'altronde evidenziato dalla stessa sentenza in commento, essi rispondono non già in relazione «*ad un difetto di diligenza nella scelta del prestatore di servizi*», bensì in ragione del «*rischio connaturato all'utilizzazione dei terzi nell'adempimento dell'obbligazione*» [Cass., 18 gennaio 2023, n. 1417].

Peraltro, anche optando per una differenziazione dei titoli di responsabilità ed inquadrando l'agenzia alla stregua di un intermediario, in caso di inadempimento dell'organizzatore, il *travel agent* potrà – comunque – essere chiamato a rispondere del danno subito dal consumatore ogni qual volta non sia stato diligente nell'individuazione del *tour operator* suggerito al viaggiatore [Cass., 29 aprile, 2022, n.13511, cit.]. Questo è a maggior ragione vero nel mondo di oggi in cui, grazie ad internet, chiunque può facilmente individuare ed acquistare un pacchetto turistico già preassemblato [sul punto v. SANTAGATA, *Diritto del Turismo*, cit., 293]. Per questo motivo, gli aspiranti viaggiatori che decidano, nonostante tutto, di rivolgersi a un'agenzia e di sostenere i relativi costi, pretenderanno che essa conformi la propria condotta ad un altissimo standard di diligenza, il quale, d'altronde, null'altro è se non quello a lei imposto dalla diligenza in concreto [NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio II*, Giuffrè, 1984, 80 ss.]. Ad esempio, in una recente statuizione, la Corte, a fronte di un soggiorno vacanziero rivelatosi assai peggiore rispetto alle aspettative, ha riconosciuto la responsabilità dell'agenzia di viaggi, sostenendo che «*l'intermediario aveva erroneamente confidato sulla qualità della struttura quale desumibile dal dépliant informativo reso disponibile dall'operatore senza compiere una verifica in concreto della qualità dei servizi promessi*» [Cass., 29 aprile 2022, n. 13511, cit.].

Alla luce di quanto detto, pare potersi ritenere che, sebbene la parziarietà renda, senza dubbio, al viaggiatore più complesso l'esperimento dell'azione risarcitoria, l'effettività della tutela a lui offerta possa essere in parte preservata grazie al ricorso ad uno stringente canone di diligenza, capace di ampliare sensibilmente il numero delle ipotesi in cui il venditore venga chiamato a rispondere, insieme all'organizzatore, dei danni patiti dal viaggiatore.

Inoltre, occorre sottolineare come talune Corti di merito [v. fra le altre: Giudice di Pace Bologna, 11 agosto 2005, n. 4946, in *Dir. turismo.*, 2006, 4, 364; Giudice di Pace Parma, 19 marzo 2004, in *Dir. Turismo*, 2005, 3, 273, nota di SCORTECCI], e la stessa Corte di legittimità [Cass., 10 febbraio 2005, n. 2713, in *Dir. turismo*, 2005, 4, 337, nota di BAILETTI] abbiano, in alcune occasioni, riconosciuto l'esistenza di una responsabilità solidale fra i due professionisti, non in forza di «*un principio generale sancito dal legislatore*», bensì basandosi sulla circostanza che, nei casi in esame, le agenzie non si fossero limitate a vendere un pacchetto turistico, ma avessero contribuito alla sua concreta organizzazione [in merito v. ROSSI CARLEO e DONA, *Il contratto di viaggio turistico*, cit., 143 e 221; LABELLA, *La natura della responsabilità*, cit., 592 ss.]. In altre parole, il venditore sarà chiamato a rispondere, di concerto con il *tour operator*, tutte le volte in cui, lungi dall'essersi limitato ai compiti propri di un intermediario/venditore, abbia contribuito fattivamente all'organizzazione del viaggio, assicurando al viaggiatore l'erogazione

di alcuni servizi [non persuade, quindi, quando stabilito dal Giud. Pace Bologna 11 agosto 2005, n. 4946, cit., il quale considera attività di organizzazione la mera presa di contatto con l'operatore turistico per prenotare il pacchetto turistico da quest'ultimo predisposto. Sul punto v. ROSSI CARLEO e DONA, *Il contratto di viaggio turistico*, cit., 222].

Pertanto, anche in virtù della giurisprudenza da ultimo rammentata, più che condivisibile pare l'osservazione secondo cui «*a ben vedere, la dialettica sulla natura della responsabilità tra organizzatore e venditore non esibisce caratteri di netta contrapposizione*», bensì «*suggerisce una valutazione caso per caso chiamando quindi il venditore a rispondere del danno patito dal viaggiatore insieme all'organizzatore allorché abbia partecipato attivamente all'organizzazione del viaggio.*» [LABELLA, *La natura della responsabilità*, cit., 595 ss.].

Da ultimo, sebbene non sia la normativa *ratione temporis* applicabile al caso di specie, non può non darsi conto di come l'approccio ricostruttivo qui delineato sia stato integralmente fatto proprio dal d.lgs 62/2018, il quale, in attuazione della direttiva (UE) 2015/2302, ha novellato il Codice del turismo. Invero, ai sensi del combinato disposto degli articoli 51 bis e 51 ter del cod. tur., l'agenzia non risponde dell'inadempimento delle obbligazioni legate ai servizi turistici compresi nel pacchetto, salvo che questa non abbia puntualmente indicato al viaggiatore la propria qualità di venditore, oppure che l'organizzatore sia stabilito al di fuori dello Spazio economico europeo e il venditore non abbia fornito la prova che quest'ultimo si conforma alle normative europee di settore [in merito v. SANTAGATA, *Diritto del Turismo*, cit., 323-324]. Inoltre, l'articolo 50 cod. tur., riconoscendo al *travel agent* la natura di intermediario, ribadisce come questi sia responsabile dell'esecuzione del mandato conferitogli dal viaggiatore «*indipendentemente dal fatto che la prestazione sia resa dal venditore stesso, dai suoi ausiliari o preposti quando agiscono nell'esercizio delle loro funzioni o dai terzi della cui opera si avvalga*». Infine, il medesimo articolo riafferma che l'intero agire dell'agenzia debba conformarsi ad uno stringente canone di diligenza, restando, così, impregiudicata la possibilità di riconoscere la responsabilità di quest'ultima in caso di cattiva scelta dell'organizzatore [SANTAGATA, *Diritto del Turismo*, cit., 324].

Addivenendo ora al caso oggetto della sentenza in esame, alla luce di quanto fin qui detto, pare potersi ritenere che mentre, per un verso, il *tour operator* poteva certamente essere chiamato a rispondere dell'inadempimento del fornitore del servizio di ristorazione erogato all'interno del villaggio vacanze; per l'altro, l'agenzia, dato che l'obbligazione inadempita esulava da quelle a lei riferibili, avrebbe dovuto essere ritenuta solidalmente responsabile solamente qualora, dagli atti di causa, fosse emersa una mancanza di diligenza nell'individuazione dell'organizzatore del pacchetto. Questa circostanza avrebbe, ad esempio, potuto essere riscontrata nel caso in cui, in passato, si fossero già verificati casi di intossicazione alimentare nello stesso villaggio o in altri villaggi riferibili all'organizzatore, oppure qualora numerose segnalazioni dei viaggiatori parlassero di cibi cattivi e di pessima qualità.

3. L'impossibilità di utilizzare la prestazione: l'equivoco della Cassazione

Un ulteriore nodo gordiano della sentenza in esame è certamente quello relativo al

concetto di estinzione del rapporto per sopravvenuta impossibilità – a lui non imputabile – di utilizzare la prestazione da parte del creditore. Come noto, tale nuova e diversa causa di estinzione dell'obbligazione di matrice giurisprudenziale nasce proprio in relazione ad alcune vicende inerenti ai pacchetti turistici. Nello specifico, nel 2007, due differenti statuizioni della Suprema Corte hanno coniato tale ipotesi, poi ripresa dalla sentenza in commento, tramite un uso assai disinvolto del concetto di causa in concreto [si sta facendo riferimento a Cass., 24 luglio 2007, n. 16315, in *Nuova giur. civ.*, 2008, 5, 531, con nota di NARDI e a Cass., 20 dicembre 2007, n. 26958, in *Corr. giur.*, 2008, 7, 921, con nota di ROLFI. In merito alla causa in concreto, v. su tutti in giurisprudenza Cass., 8 maggio 2006, n. 10490, in *Nuova giur. civ.*, 2007, I, 3, 299, con nota di CUCCOVILLO; mentre in dottrina NAVARRETTA, *Della causa del contratto*, in NAVARRETTA, ORESTANO (a cura di), *Dei contratti in generale, artt. 1321-1349*, nel *Commentario del Codice Civile* diretto da Gabrielli, Utet, 2011, 614-640].

Segnatamente, il ragionamento effettuato dai Giudici è scomponibile in due differenti momenti logici. In primo luogo, la Corte, da un lato, individua nella finalità vacanziera la causa concreta del contratto di viaggio vacanza tutto compreso e, dall'altro, afferma che tale concezione concreta risulta rilevante non solo come strumento tramite cui «qualificare il tipo contrattuale», bensì «quale criterio di adeguamento del rapporto negoziale, considerato nel suo aspetto dinamico-effettuale», capace di incidere sulle sorti della «vicenda contrattuale» [Cass., 20 dicembre 2007, n. 26958, cit., conformemente Cass., 24 luglio 2007, n. 16315, cit., e più recentemente Cass., 29 marzo 2019, n. 8766, in *Corr. giur.*, 2019, 5, 717; Tribunale Milano, 14 marzo 2023, n. 2010, in *DeJure*]. In secondo luogo, si evidenzia come, a differenza di quanto accade per la totale impossibilità sopravvenuta della prestazione, nel caso in cui la prestazione – di per sé eseguibile – divenga inutilizzabile per una causa non imputabile al creditore, lo strumento per ovviare alla disfunzione del sinallagma sia quello dell'impossibilità sopravvenuta dell'utilizzabilità della prestazione, la quale «estingue il rapporto obbligatorio per il venir meno? dell'interesse creditorio, e di conseguenza il contratto che dell'obbligazione costituisce la fonte per irrealizzabilità della relativa causa concreta.» [Cass. civ. 24 luglio 2007, n. 16315, cit.].

Ciò detto, è certamente importante chiarire come, sebbene si avvalgano tutte dello strumento dell'impossibilità sopravvenuta di utilizzare la prestazione, tanto la statuizione in commento, quanto le due sentenze del 2007 poggino su situazioni fattuali radicalmente divergenti [mettono ben in luce la diversità fra le due statuizioni del 2007 PAGLIANTINI, *Modifiche anteriori e recesso da un contratto di pacchetto turistico secondo il canone della direttiva 2015/2302/UE: per un repertorio (frastagliato) di problemi teorici e pratici a prima lettura*, in *Contr. e impr./Eur.*, 2017, 1, 241-245; NAVARRETTA, *Della causa del contratto*, cit., 642-647]. Difatti, nella prima delle tre sentenze, a cui può essere assimilata la recente Tribunale Milano, 14 marzo 2023, n. 2010, cit., la causa dell'impossibilità sopravvenuta di utilizzare la prestazione è rinvenibile nell'improvviso sviluppo di un'epidemia di dengue emorragica nella località di destinazione. Nella seconda, invece, l'estinzione del contratto di viaggio vacanza tutto compreso è stata determinata dall'improvvisa morte di uno dei due coniugi che avrebbero dovuto trascorrere –

assieme – la vacanza. Infine, nella statuizione in commento, la ragione della sopravvenuta impossibilità di utilizzare la prestazione è stata identificata nell'episodio gastroenterico, causato da cibi e/o bevande assunti all'interno del villaggio, e nel conseguente ricovero in ospedale di ben tre membri della famiglia.

A un occhio attento non può sfuggire come, in realtà, solo nella prima delle sentenze citate la Corte abbia fatto un uso in parte corretto dell'istituto della causa in concreto. In particolare, come osservato da autorevolissima dottrina, se è vero che «*il riferimento alla causa in concreto può essere [...] fecondo per selezionare le ipotesi in cui la nozione di impossibilità sopravvenuta confrontata con la fonte contrattuale giustifica un'estensione ad ipotesi di inutilizzabilità*», al contempo, è altrettanto vero che «*occorre evitare di avvalersi di tale nozione, specie nella sua valenza concreta, per dare rilevanza a disfunzioni che non meritano tutela o che forse si ascrivono ad una dimensione concettuale diversa dalla causa, quale la presupposizione.*» [NAVARRETTA, *Della causa del contratto*, cit., 645].

Pertanto, alla luce di questo, in presenza di eventi sopraggiunti, inevitabili, straordinari ed estranei alla sfera del creditore, la causa in concreto serve al giudice per selezionare quali fra le eventuali disfunzioni sopravvenute realmente occorse siano rilevanti al punto da giustificare un'equiparazione fra la non utilizzabilità della prestazione e la sua impossibilità. Ad esempio, questo è ciò che correttamente hanno fatto le Corti chiamate a valutare l'impatto che un'epidemia di dengue emorragica [Cass., 24 luglio 2007, n. 16315, cit.], lo scoppio della pandemia di Covid-19 [Trib. Milano, 14 marzo 2023, n. 2010, cit.], o un evento meteorologico avverso [Cass., 29 marzo 2019, n. 8766, cit.] hanno avuto, nei primi due casi, su un contratto di pacchetto turistico *all inclusive* e, nell'ultimo, su uno spettacolo di opera lirica all'aperto.

Diversamente, altri eventi attinenti alla sfera personale del creditore – per quanto gravi – non possono, per ciò solo, essere considerati un presupposto causale in senso stretto, pena «*il rischio di pericolosi automatismi*». Infatti, la loro effettiva rilevanza è il frutto di un complesso processo interpretativo, nel quale il giudice: valuta la gravità dell'evento sopraggiunto (morte del coniuge), ricostruisce il contesto volitivo in cui si è giunti alla stipula del contratto (volontà di effettuare una vacanza insieme al coniuge, rendendo, peraltro, esplicita la presenza del vincolo coniugale) e, infine, eventualmente, giunge a sostenere, *ex fide bona*, che l'evento in questione (morte del coniuge) faccia venir meno un elemento presupposto al contratto, legittimando la risoluzione dello stesso per difetto sopravvenuto della presupposizione [NAVARRETTA, *Della causa del contratto*, cit., 645-646]. Sulla scorta di questo ragionamento, un altro illustre autore distingue opportunamente fra fattori oggettivi, «*che si colloca[no] nella sfera della prestazione considerata in sé e per sé*», e fatti, incolpevoli, riferiti, invece, alla sfera soggettiva del creditore [ROPPO, *Causa concreta: una storia di successo? dialogo (non reticente, né compiacente) con la giurisprudenza di legittimità e di merito*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 4, 968-970].

Peraltro, la circostanza che fra le due ipotesi sussista una divergenza strutturale è ora confermata dal già citato d.lgs 62/2018, al punto che, con una felice formula, parte della dottrina ha parlato di «*tramonto della causa concreta irrealizzabile*» [PAGLIAN-

TINI, *Modifiche anteriori*, cit., 222 ss. Il punto è condiviso da PEPE, «*Circostanze eccezionali*» ed esonero da responsabilità del tour operator nella nuova direttiva viaggi, in FINESSI (a cura di), *La nuova disciplina europea dei contratti di viaggio. La direttiva 2015/2302/UE e le prospettive della sua attuazione nell'ordinamento italiano*, Jovene, 2017, 43 ss.]. Segnatamente, il quarto comma dell'articolo 41 cod. tur. garantisce al viaggiatore un diritto di recesso gratuito limitato, però, ai casi in cui, nel luogo di destinazione, o nelle sue immediate vicinanze, si verificano circostanze inevitabili e straordinarie tali da incidere sostanzialmente sull'esecuzione del pacchetto. Il fatto che tali circostanze si riferiscano esclusivamente a fattori oggettivi inerenti al luogo di destinazione è d'altronde confermato dal trentunesimo considerando alla direttiva, il quale, infatti, a titolo esemplificativo, parla «*di conflitti armati, altri gravi problemi di sicurezza quali il terrorismo, rischi significativi per la salute umana quali il focolaio di una grave malattia [etc.] che impediscono di viaggiare in modo sicuro verso la destinazione come stabilito nel contratto di pacchetto turistico*» [il punto è evidenziato da PAGLIANTINI, *Modifiche anteriori*, cit., 241 ss.].

È dunque evidente come tutti quegli eventi, che, per quanto gravi ed oggettivamente valutabili, attengono alla sfera soggettiva del viaggiatore, fuoriescano dall'alveo applicativo del recesso gratuito, rientrando, di converso, nei casi di recesso oneroso, disciplinati dal primo comma dello stesso articolo 41 cod. tur. [in particolare, il viaggiatore dovrà corrispondere all'organizzatore le spese, adeguate e giustificabili, da questi sostenute. Quanto detto è condiviso da SANTAGATA, *Diritto del Turismo*, cit., 316-317].

4. Segue: la necessità di riorientare l'attenzione dell'interprete

Infine, tenendo presente quanto fin qui osservato, appare chiaramente come l'ipotesi oggetto della sentenza in esame sia del tutto inconferente rispetto alla casistica propria tanto della impossibilità sopravvenuta di utilizzare la prestazione, quanto del difetto sopravvenuto di presupposizione. Invero, lungi dall'essere state determinate da una circostanza sopravvenuta non imputabile né al creditore né al debitore, sia la gastroenterite sia il conseguente mancato godimento dei servizi inclusi nel pacchetto turistico sono, senza alcun dubbio, riconducibili ad un inadempimento contrattuale imputabile all'organizzatore. Infatti, da un lato, è indiscutibile che la ristorazione rientri fra quei servizi che vanno a comporre l'oggetto del contratto di viaggio *all inclusive* in un villaggio turistico; dall'altro, è importante ribadire come l'organizzatore sia personalmente responsabile dei danni cagionati al viaggiatore dai terzi prestatori di servizi da lui incaricati. Da ultimo, occorre altresì ravvisare come la circostanza che ben tre membri della famiglia abbiano sviluppato una gastroenterite a tal punto severa da giustificare un ricovero in ospedale costituisca, senza alcun dubbio, un grave inadempimento ai sensi dell'articolo 1455 c.c.

In ragione di quanto argomentato, non può non evidenziarsi l'errore di qualificazione operato dalla Cassazione. Errore che potrebbe, forse, spiegarsi o in ragione di un tratizio riferimento ai precedenti del 2007, peraltro emanati dalla medesima terza Sezione, ovvero in virtù della volontà di qualificare l'eventuale risoluzione del contratto come risoluzione di diritto anziché giudiziale. Difatti, come noto, mentre la risoluzione

giudiziale per inadempimento è il portato di una sentenza di carattere costitutivo, di converso, nel caso di impossibilità sopravvenuta della prestazione o di non utilizzabilità della stessa la statuizione giudiziale possiede carattere meramente accertativo [la circostanza che anche l'impossibilità sopravvenuta di utilizzare la prestazione dia luogo ad un'estinzione di diritto della prestazione è confermato da Cass. civ., 29 marzo 2019, n. 8766, cit. In merito al funzionamento della risoluzione di diritto v. GAZZONI, *Manuale di Diritto privato*, ESI, 2019, 1034-1035]. Inoltre, la scelta della Corte potrebbe anche essere stata influenzata dal fatto che il novellato codice del turismo, all'articolo 42 comma 5, configuri una nuova ipotesi di risoluzione di diritto per inadempimento di non scarsa importanza dei servizi turistici inclusi in un pacchetto.

Ciononostante, anche qualora il riferimento alla sopravvenuta impossibilità di utilizzare la prestazione fosse stato determinato dalla volontà di qualificare l'eventuale risoluzione del contratto come di diritto, in ogni caso non si comprende l'effettiva necessità pratica di tale ricostruzione. Difatti, finanche a voler ipotizzare che la parte attrice non abbia domandato nei termini prescritti lo scioglimento del contratto, come noto, il diritto di richiedere, tramite domanda giudiziale o riconvenzionale, la risoluzione del negozio è, anche nel caso della risoluzione di diritto, nella esclusiva disponibilità delle parti, non essendo pertanto rilevabile d'ufficio [LUISO, *Dritto processuale civile I*, 2017, Giuffrè, 266-267].

Ulteriormente, anche l'eventuale volontà di giustificare, tramite il ricorso alla sopravvenuta inutilizzabilità della prestazione, l'impossibilità di fruire, a fronte dell'evento occorso, degli ulteriori servizi inclusi nel pacchetto sembra non necessaria. In particolare, se è vero che il contratto di pacchetto turistico *all inclusive* dà origine ad un rapporto in qualche modo complesso, frutto della combinazione di plurime prestazioni [v. la definizione di pacchetto offerta dall'art. 33 cod. tur.], e che l'inadempimento di una di esse non determina, per ciò solo, la caducazione dell'intero contratto, è altrettanto vero che lo stesso ragionamento può essere riferito all'eventuale impossibilità sopravvenuta di utilizzare una delle singole prestazioni costituenti il pacchetto [ROSSI CARLEO e DONA, *Il contratto di viaggio turistico*, cit., 109-110]. Ad esempio, nel caso in cui un fattore oggettivo ed esterno, quale il focolaio di una malattia scoppiato in una singola regione del paese di destinazione, renda al creditore impossibile godere di una delle tante escursioni previste nel viaggio, ciò, salvo che quest'ultima non costituisca la principale ed esplicitata ragione del soggiorno, non determinerà automaticamente la caducazione dell'intero contratto.

E allora, a ben vedere, il fulcro della questione giuridica in esame non è quello relativo alla natura giudiziale o di diritto dell'estinzione del rapporto, bensì quello della capacità dell'evento occorso di incidere così profondamente sulla prestazione contrattuale, intesa nella sua complessità, al punto da determinarne la caducazione. Pertanto, riorientata correttamente la prospettiva dell'interprete, appare chiaramente come, nel caso oggetto della sentenza in commento, le conseguenze dell'inadempimento occorso (ricovero in tempi diversi in ospedale di ben tre membri della famiglia, su una vacanza di soli otto giorni) siano a tal punto gravi da determinare, senza la necessità di ricorrere a diverse categorie giuridiche, il crollo dell'intero edificio contrattuale, non lasciando all'organizzatore alcuna possibilità di porre rimedio al difetto di conformità.

Bibliografia essenziale

- BAILETTI, *Sulla pretesa responsabilità solidale dell'intermediario e dell'organizzatore di viaggi*, in *Dir. turismo*, 2006, 4, 364
- CARRASSI, *Tutela del turista nei viaggi a forfait. Finalmente una risposta adeguata del legislatore italiano?*, in *Corr. Giur.*, 1995, 8, 900
- CRISCI, *I contratti del turismo organizzato*, in CASSANO (a cura di), *Diritto del turismo*, Maggioli, 2019, 199
- FINESSI, *La responsabilità del professionista nella nuova disciplina dei contratti di viaggio (d.lgs. 21 maggio 2018, n. 62)*, in *Nuove Leggi Civ. Comm.*, 2018, 6, 1307
- GAZZONI, *Manuale di Diritto privato*, ESI, 2019
- LABELLA, *La natura della responsabilità del venditore di pacchetti turistici*, in *Eur. e dir. priv.*, 2020, 2, 592
- LUISO, *Dritto processuale civile I*, 2017, Giuffrè
- MAZZAMUTO, *Il danno non patrimoniale contrattuale*, in *Eur. dir. priv.*, 2012, 2, 437
- NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio II*, Giuffrè, 1984
- NAVARRETTA, *Della causa del contratto*, in NAVARRETTA, ORESTANO (a cura di), *Dei contratti in generale, artt. 1321-1349*, nel *Commentario del Codice Civile* diretto da Gabrielli, Utet, 2011, 614
- PAGLIANTINI, *Modifiche anteriori e recesso da un contratto di pacchetto turistico secondo il canone della direttiva 2015/2302/Ue: per un repertorio (frastagliato) di problemi teorici e pratici a prima lettura*, in *Contratto e impresa. Europa*, 2017, 1, 241
- PASQUILI, *La responsabilità del travel agent nella distribuzione di pacchetti turistici*, in *Nuova Giur. Civ.*, 2022, 4, 825
- PEPE, «*Circostanze eccezionali*» ed esonero da responsabilità del tour operator nella nuova direttiva viaggi, in FINESSI (a cura di), *La nuova disciplina europea dei contratti di viaggio. La direttiva 2015/2302/UE e le prospettive della sua attuazione nell'ordinamento italiano*, Jovene, 2017, 43
- QUAGLIATO, *sub art. 93*, in ALPA e ROSSI CARLEO (a cura di), *Codice del consumo. Commentario*, Esi, 2005, 618
- ROPPO, *Causa concreta: una storia di successo? dialogo (non reticente, né compiacente) con la giurisprudenza di legittimità e di merito*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 4, 968
- ROSSI CARLEO, DONA, *Il contratto di viaggio turistico*, in *Trattato dir. civ. Cons. naz. Notariato*, 2010, 141
- SANTAGATA, *Diritto del Turismo*, Utet, 2021
- SILINGARDI, MORANDI, *La vendita dei pacchetti turistici*, Giappichelli, 1998
- TOMMASINI, *Interventi normativi sulla responsabilità degli operatori turistici nei contratti di viaggio «tutto compreso»*, in *Giust. civ.*, 2000, 2, 262

BANCHE, INTERMEDIARI FINANZIARI E ASSICURAZIONI

La questione della validità dei contratti derivati IRS conclusi dai comuni italiani nello specchio della giurisprudenza inglese*

di MATTEO DE PAMPILIS

Dottore di ricerca
Università di Bologna

(HIGH COURT OF JUSTICE (Mrs. Justice Cockerill), *Deutsche Bank AG London v Comune di Busto Arsizio* [2021] EWHC 2706 (Comm))

(HIGH COURT OF JUSTICE (Mr. Justice Foxton), *Banca Intesa Sanpaolo SPA and Dexia Crediop SA v Comune di Venezia* [2022] EWHC 2586 (Comm))

ABSTRACT

La questione della validità dei contratti derivati di Interest Rate Swap conclusi dai Comuni italiani e da questi impugnati all'indomani della crisi economica globale del 2008, dopo essere stata risolta dalla celebre sentenza *Cattolica* delle Sezioni Unite della Corte di cassazione, è approdata davanti alla High Court of Justice di Londra, la quale – con due ravvicinate decisioni di segno opposto – si è misurata con i principi affermati dalla Suprema Corte italiana, oscillando tra due fondamentali principi del *common law* (e non solo): la certezza del diritto e dell'affidamento negoziale, da una parte, e la tutela della volontà espressa dai contraenti, dall'altra.

The question of the validity of the Interest Rate Swap derivatives concluded by the Italian Municipalities and contested by the same local authorities in the aftermath of the 2008 global economic crisis, after being resolved by the famous Cattolica decision of the Joint Divisions of the Italian Supreme Court, landed before the High Court of Justice of London, which – with two close-up and opposite decisions – measured itself with the principles established by the Italian Supreme Court, oscillating between two fundamental Common Law principles: the certainty of the law and of contractual commitment, on the one hand, and the protection of contractors' will, on the other.

SOMMARIO: 1. La vicenda e il ruolo di *Cattolica*, il precedente delle Sezioni Unite; 2. Una lettura restrittiva nel caso Busto; 3. Una decisione di segno contrario: *Venice*; 4. Brevi osservazioni conclusive.

1. La vicenda e il ruolo di *Cattolica*, il precedente delle Sezioni Unite

Le fattispecie concrete sottese alle decisioni in commento presentano evidenti somiglianze. In entrambi i casi, un Comune italiano (il Comune di Busto Arsizio, nell'un caso, e il Comune di Venezia, nell'altro) ha sottoscritto – prima della deflagrazione della crisi economica del 2008 – contratti derivati, nella specie di *interest rate swap* (IRS), avendo quale controparte un istituto di credito (nell'un caso, Deutsche Bank AG London e, nell'altro, Banca Intesa Sanpaolo s.p.a. e Dexia Crediop s.a.). I contratti, che si sono

* Il presente contributo è stato sottoposto a valutazione in forma anonima ed è stato pubblicato in anteprima su rivistapactum.it il 5.4.2023

rivelati significativamente svantaggiosi per gli enti locali sottoscrittori, individuavano, quale legge applicabile, il diritto inglese.

In giudizio, avanti ai giudici britannici, si è pertanto discusso della validità e dell'efficacia degli accordi, avendo gli enti locali sostenuto (tra l'altro) la propria originaria incapacità di sottoscriverli, sulla scorta di un ormai nutrito filone giurisprudenziale [su cui v. RUOPPO, *La capacità degli enti locali di stipulare contratti derivati: la (mis)applicazione del diritto italiano da parte della "High Court" di Inghilterra e Galles*, in *Dir. comm. int.*, 2022, 3, 805; BEFANI, *"Interest rate swap" e operazioni di indebitamento degli enti: per una rilettura dei "derivati pubblici" alla luce di SS.UU. 12 maggio 2020, n. 8770*, in *Contratti*, 2020, 5, 540], e preteso la restituzione delle somme corrisposte agli istituti di credito sulla base dell'andamento sfavorevole degli IRS.

I Comuni italiani, in particolare, hanno entrambi fatto leva – per sostenere l'invalidità e non vincolatività dei contratti sottoscritti – sui principi di diritto affermati dalla notissima Cass., sez. un., 12 maggio 2020, n. 8770 [tra i numerosi contributi dedicati al commento della decisione e agli ulteriori sviluppi del contenzioso relativo ai contratti derivati, v. MAFFEIS, *Alea razionale nei contratti di finanziamento: l'ordinanza di remissione 8603 del 2022 sui derivati come clausole*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2022, II, 4, 447; ID., *Derivati come clausole: corre la finanza, esita il diritto*, *ivi*, 2021, II, 3, 311; M. ROSSI, *"Swap" (di copertura) con soggetti privati, alea razionale e nullità: le insoddisfazioni del "mezzo giurista"*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2022, I, 2, 274; ALPA, *Sugli effetti economici delle decisioni giudiziali*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 2022, 1, 226; NATALE, *Sulla deriva dei derivati in Cassazione*, in *Foro it.*, 2021, I, 9, 2883; CHERUBINI, MAFFEIS, *Scommesse razionali, probabilità e informazione. Note di un matematico e di un giurista a un anno dalla sentenza SS.UU. 8770 del 2020*, in *Riv. dir. banc.*, 2021, 3, 473; GENTILI, *Crisi delle categorie e crisi degli interpreti*, in *Riv. dir. civ.*, 2021, 4, 633; ANOLLI, PERRONE, *La giurisprudenza italiana sui contratti derivati. Un'analisi interdisciplinare*, in *Riv. dir. banc.*, 2020, 3, 195. Nella giurisprudenza di merito, va senz'altro menzionata, per salienza e seguito ricevuto, App. Milano, 18 settembre 2013, n. 3459, in *Banca borsa tit. cred.*, 2014, II, 3, 278, con nota di TUCCI, *Interest rate swaps: "causa tipica" e "causa concreta"*, in *Giur. comm.*, 2014, II, 2, 277, con nota di CAPUTO NASSETTI, *Un salto indietro di trent'anni: "swap uguale scommessa"*, *ivi*, II, 4, 630, con nota di MILANESI, *L'invalidità dei derivati over the counter. Causa tipica e razionalità dell'alea*, in *Rass. dir. civ.*, 2014, 1, 295, con nota di DI RAIMO, *Interest rate swap, teoria del contratto e nullità: e se finalmente dicessimo che è immeritevole e che tanto basta?*].

Le Sezioni Unite, con specifico riferimento alla questione della capacità dei Comuni di sottoscrivere, per mano dei propri organi amministrativi, contratti derivati, hanno chiarito che «la conclusione di un contratto di *swap* da parte di un Comune, in particolare nel caso in cui esso preveda una clausola di iniziale *upfront*, ma anche qualora la sua negoziazione di traduca nell'estinzione dei precedenti rapporti di mutuo sottostanti, ovvero nel loro mantenimento in vita con modificazioni rilevanti, non può essere assimilata ad un ordinario atto di gestione dell'indebitamento dell'ente locale adottabile dalla Giunta comunale con finalità di riduzione degli oneri finanziari ad esso inerenti; di conseguenza, l'autorizzazione alla conclusione di tale contratto derivato deve essere data, a pena di nullità ed ai sensi dell'art. 42, comma 2, lett. i), t.u.e.l., dal Consiglio comunale».

Per altro verso, la Cassazione a Sezioni Unite, con più specifico riferimento ai profili di validità dei contratti in esame, ha precisato che «in tema di contratti derivati, stipulati dai Comuni italiani sulla base della disciplina normativa vigente fino al 2013 (quando la L. n. 147 del 2013, ha escluso la possibilità di farvi ulteriore ricorso) e della distinzione tra i derivati di copertura e i derivati speculativi, in base al criterio del diverso grado di rischiosità di ciascuno di essi, pur potendo l'ente locale procedere alla stipula dei primi con qualificati intermediari finanziari nondimeno esso poteva utilmente ed efficacemente procedervi solo in presenza di una precisa misurabilità/determinazione dell'oggetto contrattuale, comprensiva sia del criterio del *mark to market* sia degli scenari probabilistici, sia dei cd. costi occulti, allo scopo di ridurre al minimo e di rendere consapevole l'ente di ogni aspetto di aleatorietà del rapporto, costituente una rilevante disarmonia nell'ambito delle regole relative alla contabilità pubblica, introduttiva di variabili non compatibili con la certezza degli impegni di spesa riportati in bilancio».

Entrambi i casi esaminati nelle decisioni in commento traggono dunque origine dalla stipula di derivati IRS, definibili come contratti mediante i quali due parti si accordano per effettuare reciproci pagamenti periodici di interessi (calcolati su un importo capitale di riferimento), a date prestabilite, con la differenza che – tipicamente – mentre una parte effettua il pagamento sulla base di un tasso di interesse fisso, l'altra provvede invece al versamento sulla base di un tasso variabile (ad esempio il tasso Euro Interbank Offered Rate o Euribor a sei mesi) [v. in argomento SCUTIERO, *Il contratto di swap*, in DI AMATO (a cura di), *I contratti di impresa*, Giuffrè, 2020, 811 ss.]. Sovente, poi, l'IRS prevede un limite oltre il quale il tasso variabile non può salire (*cap*) e/o scendere (*floor*), acquisendo la denominazione di IRS Collar [SAUNDERS, *Economia degli intermediari finanziari*, 5 ed., McGraw-Hill, 2022, 284].

2. Una lettura restrittiva nel caso *Busto*

La prima decisione oggetto di analisi è la pronuncia della High Court of Justice (Mrs. Justice Cockerill), *Deutsche Bank AG London v Comune di Busto Arsizio* [2021] EWHC 2706 (Comm), in breve *Busto* [sulla decisione, v. le riflessioni di A.M. GAROFALO, *Un anno dopo le Sezioni Unite: è davvero nella causa il rimedio migliore per gli "swap" conclusi da clienti disinformati?*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2022, 2, 472; DE GIOIA CARABELLESE, *I derivati visti dal common law inglese (e dal british statute): una analisi della decisione della High Court sul contratto speculativo 'Busto Arsizio v Deutsche Bank'*, in *Soc.*, 2022, 5, 607].

Nel caso di specie, il Comune italiano – afflitto da un pesante indebitamento e da carenza di liquidità, nonché già vincolato a un oneroso contratto derivato sottoscritto nel 2002 – aveva sottoscritto, nel 2007, tre differenti ma collegati contratti (*ISDA Master Agreement*, *Mirror Swap*, e *Cash Flow Swap*) finalizzati a modificare – mediante il ricorso a strumenti finanziari derivati (IRS) – la struttura dei tassi di interesse del pregresso indebitamento. L'operazione – che vedeva come controparte negoziale Deutsche Bank – era stata approvata definitivamente dalla Giunta comunale.

Il particolare, il *Cash Flow Swap* determinava l'importo scambiato tra le parti in

relazione al tasso Euribor, con applicazione di un *floor*. Nel corso dell'esecuzione del rapporto – in conseguenza delle note vicende macroeconomiche – il tasso Euribor ha subito un crollo, spingendosi ben al di sotto del *floor* fissato contrattualmente. Tale circostanza si è rivelata fortemente pregiudizievole per l'ente locale, sbilanciando a suo sfavore l'equilibrio economico dell'operazione negoziale. L'azione è stata quindi intentata dall'istituto di credito a fronte dell'inadempimento nel quale era incorso il Comune, che aveva interrotto i regolari pagamenti.

La corte londinese, in prologo di una decisione particolarmente estesa, ha dato conto dell'evoluzione del diritto giurisprudenziale inglese, segnalando come una prima ondata di contenzioso sui contratti derivati sottoscritti dagli enti locali negli anni Ottanta avesse portato all'importante pronunciamento di cui a *Hazell v Hammersmith & Fulham* [1992] 2 AC 1, la quale aveva definito tale tipologia contrattuale come intrinsecamente speculativa, reputando – sulla base della c.d. *ultra vires doctrine* – che gli enti locali avessero stipulato tali accordi spingendosi oltre i limiti del proprio potere, sicché i contratti andavano dichiarati nulli con conseguenti reciproche restituzioni [sulla *ultra vires doctrine*, cfr. J. LAW (edited by), *Oxford Dictionary of Law*, 9 ed., Oxford, OUP, 2018, 698 s.].

Tale rigido approccio – che, sebbene fortemente criticato dal settore bancario britannico, era stato seguito anche dalla successiva giurisprudenza [*Westdeutsche Landesbank Girozentrale v Inslington London Borough Council* [1996] AC 669; *Kleinwort Benson Lts v Lincoln City Council* [1999] 2 AC 349] – aveva poi subito (in una seconda ondata di casi) una rimediazione, anche sulla scorta delle sopravvenute riforme legislative. Tale seconda ondata di casi (della quale *Hougesund Kommune and other v Depfa ACS Bank* [2012] QB 549 costituisce un paradigmatico esempio e alla quale possono ascrivere anche le decisioni in commento, parte di un nutrito contenzioso britannico relativo ai contratti derivati sottoscritti dai comuni italiani) si è particolarmente incentrata – secondo un approccio casistico – sulla classificazione dei contratti derivati oggetto di esame, tra contratti speculativi e contratti con funzione primariamente di copertura dei rischi (*hedging*) [sull'argomento, cfr. KUSERK, *Speculation and hedging*, in Kolb, Overdhal (edited by), *Financial derivatives: pricing and risk management*, Hoboken, New Jersey, John Wiley & Sons, 2010, 43]. Analisi a dir poco complicata, giacché sovente i singoli contratti presi in esame si collocano in una zona grigia nella quale la propensione verso l'uno o l'altro carattere dipende primariamente da una difficoltosa ricostruzione della volontà delle parti [*Standard Chartered Bank v Ceylon Petroleum Corpn* [2011] EWHC 1785 (Comm): «*All hedges are more or less speculative, and all speculative positions are more or less hedged*»; v. anche *Banco Santander Totta SA v Companhia de Carris de Ferro de Lisboa SA* [2016] EWHC 465 (Comm), [2016] 4 W.L.R. 49].

Si tratta di una questione rivelatasi centrale anche nella giurisprudenza italiana e, segnatamente, nell'analisi condotta dalla richiamata pronuncia dalle Sezioni Unite, comunemente denominata, nella giurisprudenza inglese in materia, *Cattolica*, dal nome del Comune coinvolto nel caso italiano. Ben presto, infatti, la giudice britannica ha dovuto riconoscere che la decisione del caso alla medesima affidato dipendeva in larga parte dall'apprezzamento del margine di discrezionalità che poteva riconoscersi al giudice inglese a fronte del pronunciamento delle Sezioni Unite civili della Suprema Corte italiana;

pronunciamento autorevole ancorché reso nell'ambito di un sistema di *civil law* e, dunque, non improntato alla regola del precedente vincolante.

La motivazione della sentenza annotata risulta pertanto incentrata su di una particolareggiata e interessante analisi dei contenuti e della portata decisoria della pronuncia a Sezioni Unite della Cassazione, rispetto alla quale – possiamo anticipare – la giudice inglese ha riservato a sé stessa un ampio margine di autonomia.

Infatti, premessa un'analisi della disciplina normativa italiana rilevante e dei contenuti di *Cattolica* (che, per la sua estensione, non è possibile ripercorrere in questa sede), la decisione in parola evidenzia come il precedente delle Sezioni Unite – seppur incentrato su questioni di rilevanza generale – rappresenti comunque la decisione di un caso concreto. Pertanto, al fine di apprezzarne il grado di (astratta) vincolatività, risulta necessario verificare la corrispondenza tra le caratteristiche del caso (e, segnatamente, del contratto) esaminato dalla Corte italiana e quelle della vicenda *sub iudice* in Inghilterra.

Sulla base di tale approccio, la decisione annotata ha affrontato in prima battuta il tema della capacità dei Comuni di sottoscrivere i contratti oggetto di causa o, meglio, di farlo sulla base di una determinazione della Giunta comunale, senza una specifica approvazione da parte del Consiglio comunale. Secondo la giudice britannica, sulla base del mero disposto dell'art. 119 Cost., non è possibile desumere un divieto per gli enti locali italiani di sottoscrivere contratti derivati, seppur aventi natura speculativa, anche alla luce della definizione di indebitamento recata dall'art. 3, co. 17, l. 24 dicembre 2003, n. 350. Ai sensi della richiamata disposizione «non costituiscono indebitamento, agli effetti del citato art. 119 [Cost.], le operazioni che non comportano risorse aggiuntive, ma consentono di superare, entro il limite massimo stabilito dalla normativa statale vigente, una momentanea carenza di liquidità e di effettuare spese per le quali è già prevista idonea copertura di bilancio»; mentre, a decorrere, dal 2009, l'articolo in discorso venne modificato proprio al fine di includere nella definizione di indebitamento «l'eventuale premio incassato al momento del perfezionamento delle operazioni derivate». Nella prospettiva di Mrs. Justice Cockerill, da tale contegno del legislatore italiano può desumersi che – se non altro all'epoca dei fatti di causa – non costituiva indebitamento la sottoscrizione di *swaps* funzionali alla ristrutturazione dell'indebitamento e alla modificazione dei piani di rientro, sicché – prescindendo dai principi affermati dalle Sezioni Unite in *Cattolica* – non poteva porsi una questione di capacità dell'ente locale.

In proposito, è interessante notare come la giudice abbia dichiarato di non condividere la difesa della banca, la quale aveva sostenuto come una simile conclusione fosse idonea a definire il giudizio, in quanto, in un *non precedential* sistema di *civil law*, doveva aversi riguardo alla legislazione quale fonte primaria del diritto. Conseguentemente, la decisione in commento ha preso specificamente in esame il principio affermato dalla Cassazione italiana in punto di capacità degli enti locali, onde ponderarne la portata.

Il tema è affrontato nei capi (206 ss.) forse di maggior interesse della pronuncia della corte inglese, ove la stessa afferma che le Sezioni Unite – nel paragrafo 9 della propria decisione (e, segnatamente, al paragrafo 9.8, ove la Suprema Corte ha affermato la seconda *regula iuris* richiamata nel paragrafo che precede) – abbiano in verità reso una

decisione sui requisiti di validità del contratto (in specie con riguardo agli elementi fondamentali dell'oggetto e della causa; artt. 1325, 1343, 1346, 1418, co. 2, c.c.), piuttosto che sulla (in)capacità degli enti locali di sottoscrivere contratti finanziari derivati.

Da tale angolo visuale, dunque, la giudice britannica ha reputato che la Cassazione civile, secondo un approccio *case by case*, avesse inteso perseguire l'obiettivo di consentire alla controparte contrattuale del proponente l'operazione di IRS di effettuare una valutazione informata del rischio.

Pertanto, al fine della soluzione del caso di specie in senso favorevole a Deutsche Bank, è risultato decisivo l'apprezzamento in concreto della capacità del Comune di Busto Arsizio di effettuare – sulla base della documentazione e dei dati scambiati tra le parti nella fase della negoziazione – un'informata valutazione del rischio. Peraltro, la corte inglese ha altresì reputato che: (i) l'operazione negoziale divisata non fosse particolarmente complicata; (ii) l'ente locale avesse a disposizione materiale sufficiente a indagarne le caratteristiche; (iii) quest'ultimo avesse altresì le capacità e le risorse per assumere una decisione informata; e (iv) il Comune godesse di una specifica consapevolezza circa i rischi del contratto, essendo già vincolato sin dal 2002 a un'analogo operazione.

Per altri versi, sempre misurandosi con l'arresto delle Sezioni Unite, Mrs. Justice Cockerill reputa innegabile che tale decisione individui un limite invalicabile nelle cosiddette transazioni speculative (sebbene, come detto, risulti particolarmente difficoltoso definirne con rigore il perimetro). Detta conclusione, nondimeno, non è reputata ostativa all'accoglimento della domanda, giacché i contratti conclusi dal Comune di Busto Arsizio, ed esaminati nella motivazione della decisione in commento, sono risultati stipulati con preminente finalità di copertura (sebbene presentassero una *small negative mark to market*).

Da ultimo, l'annotata sentenza si interroga – questa volta con specifico riferimento al caso di specie – circa la necessità di approvazione dell'operazione da parte del Consiglio comunale. Sul punto, la giudice inglese – prescindendo da *Cattolica* – non reputa sussistente un obbligo di approvazione da parte del Consiglio sulla base dell'art. 42, co. 2, lett. i), d. lgs. 18 agosto 200, n. 267 (Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali, c.d. TUEL), il quale si limita a riservare al Consiglio gli atti fondamentali relativi a «spese che impegnino i bilanci per gli esercizi successivi», in conformità con quanto affermato da Cons. Stato, 30 giugno 2017, n. 3174, in *DeJure*.

Tuttavia, sempre secondo la corte britannica, tale decisione non affermerebbe un principio generale, limitandosi a escludere la necessità di approvazione da parte del Consiglio comunale rispetto alla specifica operazione negoziale di *swap* realizzata nel caso sottoposto al suo esame. Al contrario, nella decisione delle Sezioni Unite si rinverrebbe una regola generale, non estensibile – però – a tutti i contratti di *swap*. Secondo *Cattolica* – nella visione della decisione in parola – risulterebbe necessaria l'approvazione del Consiglio comunale solo relativamente a quei contratti che presentino almeno una delle seguenti caratteristiche: (i) il pagamento di un premio-prestito *upfront* (con conseguente indebitamento dell'ente); (ii) l'estinzione di un debito esistente; oppure (iii) la significativa modificazione di un prestito esistente.

E poiché le transazioni realizzate tra Deutsche Bank e il Comune di Busto Arsizio

non presentavano – secondo Mrs. Justice Cockerill – alcuno di detti caratteri, l’approvazione da parte del Consiglio comunale (peraltro ravvisabile, nel caso di specie, in una delibera precedente la stipula che autorizzava, tra varie ipotesi di soluzione delle difficoltà finanziarie dell’ente, anche il ricorso a strumenti finanziari di tipo *swap*) non era necessaria.

3. Una decisione di segno contrario: *Venice*

Di segno contrario l’esito della controversia che ha coinvolto il Comune di Venezia, anch’essa originata da un’operazione di ristrutturazione del debito realizzata sul finire del 2007 e caratterizzata dalla presenza di un derivato di tipo IRS stipulato con un *pool* di banche. La sentenza della High Court of Justice (Mr Justice Foxton), *Banca Intesa Sanpaolo SPA and Dexia Crediop SA v Comune di Venezia* [2022] EWHC 2586 (Comm), in breve *Venice*, presenta una motivazione ancor più estesa di quella resa da Mrs. Justice Cockerill, esaminata in precedenza.

La vicenda ruota attorno all’emissione, da parte del Comune di Venezia, all’inizio del millennio, del cosiddetto Rialto Bond, uno strumento di finanziamento foriero di una gravosa obbligazione restitutoria, come dettagliatamente illustrato nell’ampia ricostruzione dei fatti rilevanti contenuta nella decisione in parola. L’amministrazione pubblica, per alleviare il peso della predetta obbligazione, aveva già stipulato – pochi mesi dopo l’emissione del Rialto Bond – un contratto derivato di tipo IRS avente quale controparte Bearn Sterns. Successivamente, nel 2007, il Comune (all’esito di una ristretta procedura selettiva) ha negoziato con le proprie controparti processuali un’operazione finalizzata alla sostituzione del derivato con un nuovo Swap – in tesi – più favorevole, così da liberare liquidità da destinare all’ordinaria attività dell’amministrazione.

Il contratto – divenuto (come molti IRS conclusi dai comuni italiani all’epoca) fortemente penalizzante in virtù degli effetti della crisi economica del 2008 sull’andamento dei tassi di interesse – era stato successivamente contestato dal Comune, il quale aveva posto in luce l’assenza di una finalità di copertura e la natura speculativa, tali da rendere il contratto nullo sulla base del principio affermato in *Cattolica*, sì da giustificare l’instaurazione del giudizio che ha originato la decisione in commento.

Il particolare approccio di Mr Justice Foxton si apprezza segnatamente laddove egli non ritiene possibile qualificare il Comune di Venezia come investitore esperto, in ciò discostandosi dalle valutazioni compiute in *Busto*. Nella motivazione di *Venice* si legge che il Comune di Venezia, da un lato, aveva considerevoli limiti nella capacità di comprendere approfonditamente il funzionamento di transazioni divenute accessibili agli enti locali solo nel 2001 e, dall’altro, non aveva goduto nel caso di specie di adeguata e tempestiva consulenza (un rapporto specialistico era stato consegnato solo dopo la conclusione della transazione).

Sulla base di tale premessa, il giudice ha analizzato la domanda formulata dal Comune, il quale aveva sostenuto la propria incapacità a sottoscrivere il contratto oggetto di causa, in quanto, da una parte, il contratto medesimo presentava natura speculativa e rappresentava una forma di indebitamento e, dall’altra, la sottoscrizione non era stata preceduta dalla necessaria delibera autorizzativa del Consiglio comunale (art. 42 d. lgsl.

267/2000).

Con riguardo alla natura speculativa del contratto, Mr Justice Foxton – tenuto conto dei principi affermati in *Cattolica* e apprezzata la natura “creativa” del precedente giurisprudenziale citato – pone in luce la sussistenza, a carico degli enti locali, di un vincolo di equilibrio finanziario tale da limitare la capacità negoziale degli enti medesimi alla sola sottoscrizione di contratti derivati aventi finalità di copertura (*hedging*). Questa conclusione preliminare rende necessario definire – con tutte le difficoltà del caso («While good fences may make good neighbours, it is not the case that bad hedges make void contracts») – i contorni della categoria dei contratti derivati aventi natura speculativa.

Approfondendo tale questione lungo tre direttrici – il contesto legislativo italiano, quello del diritto inglese e il piano della relazione intersoggettiva tra le parti in causa (caso concreto) – il giudice di *Venice*, pur dando atto del carattere peculiare e soggettivo della valutazione (egli, citando un precedente in materia di oscenità, riconosce tanto l'impossibilità di definire oggettivamente il concetto quanto il potere-dovere del giudice di effettuare comunque una valutazione nel caso concreto: «I shall not today attempt further to define the kinds of material I understand to be embraced within that shorthand description; and perhaps I could never succeed in intelligibly doing so. But I know it when I see it»; v. anche, nella giurisprudenza nordamericana *Jacobellis v. Ohio*, 378 U.S. 184 (1964)), conclude per la natura speculativa della transazione. Nella sua prospettiva, infatti, risulta decisiva la circostanza per la quale, a fronte della dichiarata volontà del Comune di concludere il contratto per ristrutturare il Rialto Bond, i termini e le condizioni della nuova transazione (segnatamente, l'imposizione di un *collar* favorevole alle banche, tale da rendere probabile una perdita in capo all'ente locale) avevano innovato la struttura del bond, addossando sul Comune di Venezia nuovi e non desiderabili rischi.

Anche nell'apprezzare se la sottoscrizione della transazione avesse rappresentato, per il Comune, una forma di indebitamento, l'opinione di Mr Justice Foxton risulta favorevole all'ente locale. Egli reputa infatti che – sulla base dei principi affermati da *Cattolica* – il pagamento *upfront* effettuato dal Comune di Venezia, lungi dal rappresentare la mera ristrutturazione del Rialto Bond, abbia integrato nuovo indebitamento per l'amministrazione. Ciò – nella visione del giudice britannico – rende la transazione contraria all'art. 119 Cost.

Una volta accertato che il Comune difettesse della capacità o del potere sostantivo di concludere validamente la transazione di causa, la inevitabile conseguenza, nell'ambito del diritto inglese, è la nullità di quest'ultima. E ciò sebbene l'ordinamento straniero (quello italiano, nella prospettiva di Mr. Justice Foxton) non conosca la *doctrine of nec ultra vires* [v. *supra*].

Così ricostruiti il percorso logico seguito e la conclusione raggiunta in *Venice*, è bene dar conto del profilo forse di maggior interesse della decisione, ovvero sia la parte in cui il giudice inglese riflette sulla portata di *Cattolica*. Con massima trasparenza, Mr. Justice Foxton riconosce di aver raggiunto la conclusione sopra illustrata non senza diffidenza. Infatti, la peculiare caratteristica del caso esaminato risiede nella circostanza per la quale una decisione delle Sezioni Unite della Cassazione, giunta circa tredici anni dopo la conclusione dei contratti di causa, ha completamente alterato il panorama giuridico,

consentendo (essa sola) di supportare la conclusione di invalidità del contratto.

La rilevanza della decisione della Suprema Corte si apprezza in particolare – oltretutto nell’ambito di ulteriori valutazioni della corte inglese, che non possono esaminarsi nell’ambito di questo sintetico commento – laddove Mr. Justice Foxton è chiamato a misurarsi con l’eccezione di prescrizione sollevata dagli istituti di credito a fronte della pretesa restitutoria del Comune di Venezia. Quest’ultimo, per contrastare detta eccezione, ha candidamente ammesso che – prima di *Cattolica* – non sarebbe stato possibile far valere fondatamente l’invalidità della transazione (peraltro dal Comune fedelmente adempiuta fino all’insorgere del contenzioso sui derivati sottoscritti dagli enti locali). Ciò, nella visione del giudice inglese, dimostra quanto radicale sia il mutamento indotto dalla decisione delle Sezioni Unite. Nondimeno, Mr. Justice Foxton – superando l’eccezione in discorso – riconosce che solo con *Cattolica* il Comune ha scoperto di avere una pretesa meritevole di accoglimento (*worthwhile claim*). Allo stesso modo, però, il carattere per così dire “giurisprudenzialmente” sopravvenuto dell’illiceità della transazione impedisce di accogliere le domande risarcitorie formulate dall’ente locale sulla base della condotta tenuta, al tempo della conclusione dei contratti, degli istituti di credito.

4. Brevi osservazioni conclusive

È particolarmente significativo osservare due giudici operanti in seno al sistema di *common law* per antonomasia misurarsi con la portata da riconoscersi – nell’ambito dell’ordinamento italiano e nel dialogo tra i sistemi giuridici – a una pronuncia della Cassazione a Sezioni Unite.

Dalla lettura delle due decisioni in commento emergono, da una parte, il profondo rispetto tributato dalla High Court of Justice alla nostra Suprema Corte e, dall’altra, non poche venature critiche rispetto a una decisione creativa e fondata su di una motivazione non sempre lineare e specifica (compito di per sé non certo facile, come la poderosa lunghezza delle decisioni annotate in fondo dimostra).

Tale commistione di elementi ha condotto – in virtù di un differente loro “dosaggio” in relazione al caso concreto – a due esiti opposti. In *Busto*, è emersa con maggior nitore l’esigenza, avvertita da Mrs. Justice Cockerill, di preservare il valore della certezza del diritto e dell’affidamento negoziale, rigettando la pretesa “opportunistica” di porre nel nulla un rapporto negoziale non solo convintamente instaurato tra le parti, ma dalle stesse altresì diligentemente adempiuto fino al deflagrare della crisi economica e del noto contenzioso in materia. In *Venice*, per altro verso, si è avvertita maggiormente l’esigenza di offrire tutela a un contraente svantaggiato, che aveva inteso strutturare la transazione di causa in un’ottica di prudentiale ristrutturazione di un debito (e di un IRS) pregresso, trovandosi invischiato in debito ulteriore e rischi nuovi. In tale decisione, risalta inoltre un atteggiamento di sequela dell’autorevole (ancorché “alieno”) precedente, le cui ricadute nell’ambito del *legal framework* inglese vengono dal giudice medesimo definite inevitabili.

È dunque muovendo da queste distinte sfumature prospettiche che entrambe le decisioni fanno perno sull’apprezzamento (condotto con esiti diametralmente opposti)

della capacità dell'ente locale di ponderare il rischio intrinseco dell'operazione economica divisata, conferendo un differente peso specifico ai principi "radicali" affermati dalle Sezioni Unite.

In sintesi conclusiva, lo studio di questi due interessanti pronunciamenti della High Court of Justice testimonia come il terreno sul quale si dispiega il contenzioso nazionale ed estero in materia di strumenti finanziari derivati sottoscritti dagli enti locali continui a essere percosso da perturbazioni telluriche e come la questione – nonostante l'autorevole arresto delle Sezioni Unite – possa dirsi tutt'altro che chiusa.

Bibliografia essenziale

RUOPPO, *La capacità degli enti locali di stipulare contratti derivati: la (mis)applicazione del diritto italiano da parte della "High Court" di Inghilterra e Galles*, in *Dir. comm. int.*, 2022, 3, 805

BEFANI, *"Interest rate swap" e operazioni di indebitamento degli enti: per una rilettura dei "derivati pubblici" alla luce di SS.UU. 12 maggio 2020, n. 8770*, in *Contratti*, 2020, 5, 540

MAFFEIS, *Alea razionale nei contratti di finanziamento: l'ordinanza di rimessione 8603 del 2022 sui derivati come clausole*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2022, II, 4, 447

MAFFEIS, *Derivati come clausole: corre la finanza, esita il diritto*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2021, II, 3, 311

M. ROSSI, *"Swap" (di copertura) con soggetti privati, alea razionale e nullità: le insoddisfazioni del "mezzo giurista"*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2022, I, 2, 274

ALPA, *Sugli effetti economici delle decisioni giudiziali*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 2022, 1, 226

NATALE, *Sulla deriva dei derivati in Cassazione*, in *Foro it.*, 2021, I, 9, 2883

CHERUBINI, MAFFEIS, *Scommesse razionali, probabilità e informazione. Note di un matematico e di un giurista a un anno dalla sentenza SS.UU. 8770 del 2020*, in *Riv. dir. banc.*, 2021, 3, 473

GENTILI, *Crisi delle categorie e crisi degli interpreti*, in *Riv. dir. civ.*, 2021, 4, 633

SCUTIERO, *Il contratto di swap*, in DI AMATO (a cura di), *I contratti di impresa*, Giuffrè, 2020, 793

ANOLLI, PERRONE, *La giurisprudenza italiana sui contratti derivati. Un'analisi interdisciplinare*, in *Riv. dir. banc.*, 2020, 3, 195

A.M. GAROFALO, *Un anno dopo le Sezioni Unite: è davvero nella causa il rimedio migliore per gli "swap" conclusi da clienti disinformati?*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2022, 2, 472

DE GIOIA CARABELLESE, *I derivati visti dal common law inglese (e dal british statute): una analisi della decisione della High Court sul contratto speculativo 'Busto Arsizio v*

Deutsche Bank', in *Soc.*, 2022, 5, 607

KUSERK, *Speculation and hedging*, in R.W. KOLB, J.A. OVERDHAL (edited by), *Financial derivatives: pricing and risk management*, Hoboken, New Jersey, John Wiley & Sons, 2010, 43

Operazioni bacciate: l'art. 2358 c.c. si consolida come rimedio (atipico) al tradimento del risparmio *

di VITO DE GIORGIO
Dottorando di ricerca
Università di Bologna

(TRIBUNALE DI VENEZIA, sezione specializzata in materia di impresa, sent. 24 giugno 2022, n. 1220, Pres. – Est. Guzzo)

ABSTRACT

Il finanziamento concesso da una banca popolare allo scopo di finanziare l'acquisto o la sottoscrizione di azioni della stessa banca finanziatrice è nullo per violazione del divieto (relativo) di assistenza finanziaria ex art. 2358 c.c., applicabile anche all'impresa bancaria organizzata in forma cooperativa in forza del rinvio di cui all'art. 2519 c.c. e dell'art. 150-bis TUB in materia di banche popolari. Nel caso di specie, tra i contratti finanziamento e i conseguenti acquisti di azioni della banca finanziatrice da parte dei soggetti finanziati (c.d. operazioni bacciate) si è ritenuto sussistente un collegamento contrattuale non meramente obiettivo ma intenzionale, cui il tribunale collega la nullità virtuale dei negozi collegati per violazione del divieto di assistenza finanziaria. La decisione si colloca nel solco dell'ormai *ius receptum* in materia di operazioni bacciate realizzate dalle banche popolari, ma si rende opportuna una riflessione sulla piena rispondenza del rimedio utilizzato alle esigenze di tutela (del risparmio tradito) soddisfatte da questo filone giurisprudenziale.

*The loan granted by a popular bank for financing the purchase of shares of the popular bank itself is in breach of the prohibition - imperative in nature - of financial assistance pursuant to Article 2358 of the Italian Civil Code, which protects the integrity of the registered capital and is applicable to cooperative banks on the basis of the reference provided for by Article 2519 of the Italian Civil Code as well as by Article 150-bis of the Consolidated Banking Act. As a result, both the financing and the purchase contracts are null and void considering that there was a contractual link between these agreements (so-called "kissed transactions"). Such a link is not merely objective, it is intentional and consequently it extends the nullity to all the connected transactions. The decision is consistent with the *ius receptum* on the "kissed transactions" carried out by popular banks, but it is worth considering whether the remedy of nullity fully meets the protection concerns of betrayed savers addressed by this case law.*

SOMMARIO: 1. Il caso e la (consolidata) posizione del Tribunale di Venezia; 2. Sull'assistenza finanziaria delle banche popolari; 3. Le conseguenze delle operazioni bacciate in violazione dell'art. 2358 c.c.; 4. Un rimedio societario a tutela di interessi particolari.

1. Il caso e la (consolidata) posizione del Tribunale di Venezia

Partiamo dall'epilogo. Con la sentenza n. 1220 del 24 giugno 2022 il Tribunale di

* Il presente contributo è stato sottoposto a valutazione in forma anonima ed è stato pubblicato in anteprima su rivistapactum.it il 9.2.2023.

Venezia ha aggiunto un altro tassello al filone giurisprudenziale - oramai granitico - che sancisce la nullità delle c.d. operazioni bacciate realizzate tra il 2011 e il 2015 dalla Banca Popolare di Vicenza (BPVI), per violazione del divieto - relativo ma imperativo - di assistenza finanziaria previsto dall'art. 2358 c.c.

La vicenda origina dall'iniziativa giudiziaria di alcuni risparmiatori già clienti della banca che, allo scopo di coprire le perdite derivanti da precedenti investimenti in titoli e prodotti derivati, nel 2011 aderivano alle sollecitazioni dei funzionari della banca finalizzate alla fittizia intestazione fiduciaria di un cospicuo quantitativo di azioni della BPVI (circa 16.000 azioni *pro capite*) a fronte di un prospettato rendimento annuo fisso e della possibilità incondizionata di restituzione delle azioni alla banca proponente senza costi [pratica censurata dalla Banca d'Italia, come risulta dalla Nota tecnica trasmessa dalla Banca d'Italia alla Commissione d'inchiesta del Consiglio Regionale del Veneto del 15 aprile 2016, disponibile su www.bancaditalia.it]. Pur essendo riferita a entrambi gli attori, l'operazione veniva proposta a (e accettata da) uno soltanto di essi che prestava (indebitamente) il consenso anche per conto del coniuge.

A distanza di pochi mesi uno degli attori si avvedeva del carattere anomalo della complessiva operazione e ne chiedeva l'immediata conclusione. Richiesta mai accolta dall'istituto di credito che, al contrario, tra il 2013 e il 2014 incrementava notevolmente l'intestazione dei titoli azionari in favore degli attori (fino a circa 26.000 azioni *pro capite*), a loro insaputa. Tutte le intestazioni venivano finanziate con un'apposita apertura di credito in conto corrente (c.d. fido per elasticità di cassa) acceso presso la stessa BPVI, di importo esattamente pari al controvalore delle azioni intestate (per un totale di circa 3,6 milioni di euro).

A seguito della richiesta di rientro dell'esposizione maturata formulata dalla banca, i clienti si rivolgevano al tribunale veneziano per ottenere - in via principale - la declaratoria di nullità di tutti i contratti relativi all'operazione, in ragione del collegamento contrattuale intercorrente tra i negozi e sulla base di plurime censure di diritto.

La banca si opponeva negando recisamente la natura collegata dei contratti in essere con gli attori e contestando la fondatezza giuridica delle pretese attoree, facendo leva su due argomenti difensivi, ormai classici in materia di operazioni bacciate: *i*) la non applicabilità del divieto di assistenza finanziaria alle banche popolari; *ii*) la mera valenza di motivo dell'utilizzo delle somme finanziate da parte dei soggetti finanziati dalla banca.

Il Tribunale di Venezia ha liquidato le difese della banca convenuta con motivazione essenziale e sostanzialmente riepilogativa degli ultimi orientamenti della giurisprudenza di merito e di legittimità (Cass. 19 giugno 2013, n. 15398) in materia di assistenza finanziaria [per una ricostruzione analitica della giurisprudenza in materia CIPRIANI, *Operazioni bacciate: i percorsi della giurisprudenza relativa alle banche «venete» in liquidazione*, in *Riv. dir. banc.*, 2022, 1, 27 ss.]. In particolare, i giudici hanno posto l'accento su una serie di circostanze fattuali (la testimonianza del funzionario della banca incaricato della gestione dei titoli, il finanziamento degli acquisti tramite apposita linea di credito di pari valore e la contiguità temporale tra intestazioni ed estensione del fido) per ritenere provato un collegamento «*intenzionale e teleologico*» tra i contratti di finanziamento e gli acquisti di azioni della BPVI, con l'effetto ultimo di invalidare l'intera

operazione economica e sterilizzare le richieste restitutorie della banca con efficacia liberatoria dagli obblighi contrattuali assunti dagli attori.

2. Sull'assistenza finanziaria delle banche popolari

Sotto il profilo giuridico, il nodo centrale della vicenda riguarda l'applicabilità alle banche popolari - in quanto banche organizzate in forma cooperativa - della disciplina in materia di assistenza finanziaria dettata per le società per azioni dall'art. 2358 c.c. e non espressamente richiamata per le società cooperative.

La norma, genericamente rubricata «altre operazioni sulle proprie azioni», sancisce il divieto per la società di concedere finanziamenti (o prestare garanzie) per «l'acquisto o la sottoscrizione delle proprie azioni» (comma 1), ma lo relativizza al ricorrere di determinate condizioni oggettive e nel rispetto di specifici limiti quantitativi (entro gli utili distribuibili e delle riserve disponibili), attribuendo all'assemblea straordinaria la competenza a rimuovere il vincolo legale, sul modello anglosassone del *whitewash*. Il divieto in questione ha origini lontane e ha subito numerosi mutamenti nel tempo, senza mai perdere la sua *ratio* originaria. Le prime tracce si rinvencono nelle prassi amministrative del Regno d'Italia che vietavano agli amministratori degli istituti di credito qualsiasi anticipazione sulle azioni proprie [per un approfondimento sulle origini dell'istituto M. ROSSI, *Assistenza finanziaria bancaria e necessità di un'interpretazione comunitariamente orientata dell'articolo 2358 c.c.*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2020, 6, 974 ss.; PAOLINI, *L'assistenza finanziaria prestata da banche popolari per l'acquisto di proprie azioni*, in *Riv. dir. comm.*, 2019, 4, 679 ss.]. La prassi è stata codificata dall'art. 144 del codice del commercio del 1882 e successivamente generalizzata ad opera del codice civile del 1942 con la formulazione originaria dell'art. 2358, rubricato «Anticipazioni sulle proprie azioni». Fino a questo momento, la disciplina in questione si caratterizzava per la natura assoluta del divieto di assistenza finanziaria.

Come spesso accade, il divieto ha mutato i suoi connotati per effetto dell'evoluzione normativa europea. Dapprima nel 1986, quando in sede di recepimento della c.d. seconda direttiva societaria (dir. 77/91/CE) venne introdotta la rubrica attuale, si ampliò la portata applicativa del divieto e si introdusse una prima deroga relativamente ai soli acquisti compiuti dai dipendenti della società. Da ultimo, la l. 9 aprile 2009, n. 33, nel recepire la dir. 68/06/CE, ha introdotto la formulazione attuale della norma che, come anticipato, si caratterizza per la natura relativa del divieto di assistenza finanziaria e disciplina le condizioni e i limiti per derogarvi.

Nel sintetizzato percorso evolutivo dell'istituto si registra una costante: l'insensibilità della disciplina dell'assistenza finanziaria alla tipologia di attività esercitata dalla società, ivi inclusa l'attività bancaria. La notazione è significativa perché risponde a una precisa scelta politica del legislatore italiano, considerando che la seconda direttiva societaria all'art. 23 concedeva agli Stati membri la facoltà di prevedere, in sede di recepimento, un'apposita deroga al divieto generale con riferimento alle «operazioni correnti delle banche e di altri istituti finanziari», sul modello del *Companies Act* inglese [D'AMBROSIO, *Il divieto di accettare azioni proprie in garanzia e le operazioni delle banche. Il*

regime applicabile alle banche popolari, in *Bancaria*, 1997, 3, 65; per una lettura eccentrica M. ROSSI, op. cit., 978 s., il quale sostiene che la direttiva non lascerebbe margine di scelta ai legislatori nazionali circa il recepimento della deroga relativa all'attività bancaria]. A ben vedere, una deroga siffatta non sarebbe stata una novità assoluta per l'ordinamento italiano, in quanto la legge speciale sulle banche popolari (d.lgs. 10 febbraio 1948, n. 105) consentiva in via eccezionale di accordare anticipazioni ai soci sulle azioni proprie della banca entro il limite deciso caso per caso dall'autorità di vigilanza (e comunque entro il tetto del 40% delle riserve legali), in deroga a quanto previsto dalla legge bancaria e dalla normativa sulle allora casse rurali (poi BCC, R.D. 26 agosto 1937, n. 1706). Nondimeno, la scelta del novellatore si pone in continuità con quella compiuta dal legislatore del Testo unico bancario del 1993 che ha espunto dall'ordinamento la deroga prevista per le banche popolari, ritenendola foriera di una «*ingiustificata disparità di trattamento*» tra banche che adottano il modello cooperativo [CESARI e FUMAROLA, *Le conseguenze delle operazioni bacciate. Profili di specialità del regime dell'assistenza finanziaria per l'acquisto di azioni proprie nelle banche*, in *Nuovo dir. soc.*, 2020, 6, 812 ss.].

Per comprendere appieno l'evoluzione normativa dell'istituto e dirimere la questione circa l'applicabilità alle banche popolari della disposizione codicistica dedicata alla S.p.A. è utile altresì ripercorrere brevemente il dibattito dottrinale sulla *ratio* della disciplina. La sentenza che si commenta costituisce un utile punto di partenza allorché, richiamando l'orientamento prevalente della Corte di Cassazione (sent. 15398/2013 e 25005/2006), conclude che «l'interesse preminente tutelato dal legislatore è quello della società e dei creditori all'integrità del capitale sociale». Il Tribunale, quindi, pone l'accento sul rischio della non effettività - totale o parziale - dei conferimenti e sulle ricadute sul patrimonio netto dell'eventuale inadempimento dell'obbligo di restituzione del finanziamento da parte del socio finanziato. La prospettiva adottata è prettamente societaria ed è in linea con la posizione della dottrina dominante che, già con riguardo alla formulazione del 1942, attribuisce alla norma funzione di presidio dell'integrità e dell'effettività del capitale sociale (FORTUNATO, *Anticipazioni, prestiti o garanzie per l'acquisto di azioni proprie*, in BUTTARO e PATRONI GRIFFI (a cura di), *La Seconda Direttiva CEE in materia societaria*, a cura di, Milano, 1984, 495; PORTALE e DOLMETTA, *Divieto di accettare azioni o quote proprie in garanzia e casse di risparmio "riformate"*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, I, 1, 1989, 988; DEMURO, *L'assistenza finanziaria nell'acquisto di proprie azioni*, in *Giur. comm.*, 2010, II, 1, 229 ss.). Autorevoli commentatori hanno sottolineato la valenza gestoria della norma in ragione dell'iniziale natura assoluta del divieto. Esso avrebbe la finalità preservare la neutralità della società rispetto alla sua compagine sociale e, in particolare, di prevenire un uso distorto dei finanziamenti da parte degli amministratori atto a rafforzare le loro posizioni e influenzare indebitamente la partecipazione e la volontà azionaria (ANGELICI, *La partecipazione azionaria nella società per azioni*, in *Trattato di diritto privato* diretto da Rescigno, XVI, Utet, 1985, 352; RACUGNO, *Le operazioni sulle proprie quote nell'attuazione della Seconda direttiva CEE*, in *Riv. soc.*, 1987, 68 ss.; D'ALESSANDRO, *Rapporti di scambio tra una società ed i suoi azionisti e divieto di assistenza finanziaria per l'acquisto delle proprie azioni*, in *Contr. e impr.*, 1993, 1019 ss.). Questa tesi, pur suggestiva sul piano teorico, appare superata a seguito

della perdita del carattere di assolutezza che connotava il divieto *ex art. 2358 c.c.* tanto che, all'opposto, alcuni interpreti vedono oggi nell'assistenza finanziaria (alle condizioni previste dalla norma) uno strumento alternativo di perseguimento dell'interesse sociale [CACCHI PESSANI, *L'assistenza finanziaria per l'acquisto o la sottoscrizione delle proprie azioni*, Giuffrè, 2012, 33, ripreso da PANCIOLI, *L'assistenza finanziaria nelle banche popolari: la mutualità come strumento di tutela degli investitori*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2022, I, 3, 417 ss.] o addirittura un'operazione da favorire nella misura in cui miri al cambio del controllo societario [VICARI, *La nuova disciplina dell'assistenza finanziaria*, in AA. VV., *Scritti in ricordo di Pier Giusto Jaeger*, Giuffrè, 2011, 645-678]. Da ultimo, tra le righe della disposizione c'è chi ha letto la prevalenza accordata all'interesse dei soci a partecipare alla deliberazione di simili operazioni [ABBADESSA, *I prestiti ai soci: appunti sul tema*, in *La struttura finanziaria e i bilanci delle società di capitali. Studi in onore di Giovanni E. Colombo*, Giappichelli, 2011, 79 s.].

Questo breve quadro delle finalità della disciplina dell'assistenza finanziaria serve a orientarsi nella ricerca della soluzione al tema dell'applicabilità della stessa alle banche che adottano il modello cooperativo e, in particolare, alle banche popolari.

Il dibattito deriva dalla scarsa chiarezza e dalla frammentazione dello statuto normativo delle banche popolari, che si fonda su un complesso sistema di rinvii normativi. In pillole, ai sensi dell'art. 29 del TUB le banche popolari sono «società cooperative per azioni a responsabilità limitata» e pertanto ad esse si applicano - in quanto compatibili - gli artt. 2511 e seguenti del codice civile in materia di società cooperative, a esclusione delle norme espressamente previste dall'art. 150-bis, comma 2, del TUB [Sulla compatibilità delle norme sulle cooperative con il modello di banca popolare ANTONINI, *Assistenza finanziaria nelle banche popolari e posizione soggettiva del socio*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2017, I, 5, 613]. Tra queste ultime non figura l'art. 2358 c.c. e la normativa codicistica in materia di cooperative, mentre regola l'acquisto di azioni proprie (art. 2529), nulla dispone sull'assistenza finanziaria, neppure per rinvio. L'art. 2525, comma 5, c.c. in materia di azioni, infatti, non richiama l'art. 2358 c.c. Nondimeno, per i profili non espressamente disciplinati l'art. 2519 c.c. estende alle società cooperative le disposizioni sulla S.p.A. «in quanto compatibili». La questione dell'applicabilità alle società cooperative della disciplina dell'assistenza finanziaria si risolve, quindi, in un contrasto tra un argomento letterale (*ubi voluit dixit*, per cui il mancato richiamo da parte della norma sulle azioni escluderebbe la compatibilità con il modello mutualistico e - *a contrario* - «provverebbe troppo») e un argomento funzionale che, muovendo dalla *ratio* della norma, approda alla sua applicabilità posto che l'interesse protetto (all'effettività e integrità del capitale sociale) è comune anche alle società cooperative [se non addirittura maggiore secondo MAUGERI e STRAMPELLI, *Sull'invalidità di operazioni di finanziamento strumentali all'acquisto di azioni della banca finanziatrice*, in *Riv. dir. comm.*, 2018, 2, 195 s. alla luce della regola del voto capitaro e della conseguente esigenza che i soci ricevano, in assemblea, informazioni sulle intenzioni degli amministratori di procedere a operazioni di assistenza finanziaria].

La sentenza in commento, dando seguito a numerosi precedenti di merito, accoglie l'argomento funzionale e ribadisce che la disciplina dell'assistenza finanziaria «non può dirsi incompatibile con la finalità mutualistica propria delle cooperative», ritenendo che

«sussista anche per le banche popolari il divieto di finanziare l'acquisto di proprie azioni secondo il paradigma dell'art. 2358 cc.». L'argomento è ormai prevalente in dottrina [in senso contrario PANCIOLI, op. cit., 418 s.] e trova ulteriori conferme di ordine sistematico e fattuale.

In primo luogo, l'applicazione della disciplina dell'assistenza finanziaria a BPVI risulta confermata *i)* dalla Banca d'Italia nella Nota tecnica citata, che ha dato evidenza dell'impatto patrimoniale negativo delle operazioni realizzate dalla banca, e *ii)* dalla stessa banca che nell'aprile 2013 ha autorizzato la concessione di finanziamenti per la sottoscrizione di cento azioni ai sensi dell'art. 2358 c.c. (delibera consultabile su www.lcapvi.it) e nel 2015 ha iscritto a bilancio un'apposita riserva indisponibile *ex art.* 2358, comma 6, c.c.

In secondo luogo, il modello di banca popolare si è da sempre contraddistinto per uno statuto ibrido, proprio di una società con la forma ma non la sostanza di cooperativa [FERRI, voce *Banca popolare*, in *Enc. dir.*, V, Giuffrè, 1955, 13; D'AMBROSIO, op. cit., 66], tanto da far interrogare autorevole dottrina sui reali connotati dello scopo mutualistico nel modello [COSTI, *Verso una evoluzione capitalistica delle banche popolari?*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2015, I, 5, 579 s.]. Peraltro, la natura bancaria dell'attività, che per alcuni interpreti comporterebbe una deroga al divieto di assistenza finanziaria [M. ROSSI, op. cit., 986 s.], impone il rispetto dei vincoli patrimoniali dettati dalla disciplina di vigilanza. In proposito, ai sensi degli articoli 26 e 28 del Regolamento sui requisiti di capitale (reg. U.E. 575/2013, c.d. CRR) non sono computabili a «capitale primario di classe 1» gli strumenti di capitale il cui acquisto sia stato finanziato - direttamente o indirettamente - dall'istituto di credito. La regola, ulteriore conferma della pericolosità delle operazioni bacciate e dell'esigenza di preservare l'integrità patrimoniale della banca, non conosce eccezioni con riguardo alle banche popolari.

3. Le conseguenze delle operazioni bacciate in violazione dell'art. 2358 c.c.

La sentenza annotata si colloca nel solco tracciato dalla dottrina e dalla giurisprudenza maggioritarie [MAUGERI e STRAMPELLI, op. cit., 197 s.; per la giurisprudenza CIPRIANI, op. cit., 55] nel senso della nullità dei finanziamenti e degli acquisti delle azioni della BPVI - considerati come operazione unitaria - realizzati in spregio delle condizioni previste dell'art. 2358 c.c.

Con sintetica motivazione sul punto, il Tribunale veneto aderisce alla tesi della natura imperativa del divieto di assistenza finanziaria stante la volontà del legislatore di «escludere il rischio della non effettività, totale o parziale, del conferimento dei nuovi soci al tempo dell'aumento di capitale, con ricaduta sul patrimonio netto». Dalla natura imperativa del divieto fa derivare la nullità virtuale dell'intera operazione negoziale, richiamando l'insegnamento delle Sezioni Unite della Cassazione (n. 26724/2007) secondo cui la nullità virtuale non deriva solo dalla violazione di norme imperative relative alla struttura o al regolamento negoziale, ma anche di norme - come l'art. 2358 c.c. - che «in assoluto, oppure in presenza o in difetto di determinate condizioni, oggettive o soggettive, direttamente o indirettamente, vietano la stipulazione stessa del contratto». La sentenza rafforza quindi il fronte - ormai granitico - della nullità delle operazioni bacciate

realizzate dalle banche venete, ma in dottrina resistono ricostruzioni di diverso segno, a partire da coloro che qualificano il divieto (relativo) quale limite legale al potere di rappresentanza degli amministratori con conseguente applicazione della disciplina sul *falsus procurator* e inefficacia delle operazioni realizzate in violazione dell'art. 2358 c.c. [ANTONINI, op. cit., 618 s.; CESARI e FUMAROLA, op. cit., 793 s.; CACCHI PESSANI, op. cit., 160 s.]. Un'altra lettura proposta propende per l'annullabilità dei contratti in questione [PORTALE e DOLMETTA, op. cit., 703], variamente modulata sulle cause della violenza (economica) e del dolo [MAUGERI e STRAMPELLI, op. cit., 213 s.; NUZZO, *Pratiche commerciali sleali ed effetti sul contratto: nullità di protezione o annullabilità per vizi del consenso?*, in MINERVINI e ROSSI CARLEO (a cura di), *Le pratiche commerciali sleali. Direttiva comunitaria ed ordinamento italiano*, Giuffrè, 2007, 238 s.].

Peraltro, anche tra i sostenitori della nullità si registra una diversità di vedute circa la portata oggettiva del rimedio demolitorio. A chi, sulla base di una interpretazione letterale della norma, ritiene che la nullità vada riferita al solo contratto di finanziamento privo delle condizioni di legge [SPOLIDORO, *Attuazione della direttiva 2006/68/CE sui conferimenti non in contanti, acquisto di azioni proprie e assistenza finanziaria*, in *Notariato*, 2009, 76; CESARI e FUMAROLA, op. cit., 806; PANCIOLI, op. cit., 433] si contrappongono coloro che estendono l'invalidità ai contratti di acquisto delle azioni della società finanziatrice in ragione del collegamento negoziale sussistente tra i negozi che compongono l'operazione [ANGELICI, op. cit., 352; VICARI, op. cit., 742 s.; DEMURO, op. cit., 242]. Di quest'ultimo avviso è anche il Tribunale di Venezia che nel caso di specie ha ravvisato non un «mero collegamento obiettivo» ma un «vero e proprio collegamento intenzionale», tale per cui «la concessione del finanziamento è addirittura effettuata intenzionalmente allo scopo di finanziare l'acquisto/sottoscrizione delle azioni della stessa banca finanziatrice». Un siffatto collegamento rende nulla l'intera operazione negoziale ed è fondato su argomenti fattuali, in linea con quelli già catalogati dalla giurisprudenza di merito precedente. I giudici veneti, pur adottando la prospettiva «soggettivistica» del collegamento negoziale prevalente in dottrina, non sembrano sensibili a quell'orientamento dottrinale secondo cui in caso di assistenza finanziaria prestata da banche, essendo l'esercizio del credito una componente caratteristica dell'attività bancaria, si renderebbe opportuno uno stretto scrutinio sull'elemento finalistico del collegamento contrattuale, in modo da circoscrivere la nullità dell'operazione alle sole ipotesi di concorso del soggetto finanziato nella violazione della divieto di cui all'art. 2358 c.c. Ad ogni modo, nel caso in esame è possibile rintracciare una causa (in concreto) dell'operazione che trascende gli effetti tipici dei singoli negozi: gli attori operavano come investitori e non come azionisti della banca.

4. Un rimedio societario a tutela di interessi particolari

«L'azionista è solo l'acquirente di un bene o anche membro di un'organizzazione?». La risposta al quesito varia a seconda della prospettiva - di mercato o societaria - che si adotta [COSTI, *Struttura proprietaria e diritto dell'impresa*, in *BIS*, 2001, 2, 251]. Ripartire dalla stessa domanda consente una breve riflessione sull'opportunità (non sulla legittimità, non in discussione) del rimedio della nullità per le operazioni bacciate compiute

dalle banche popolari.

Il filone giurisprudenziale in commento si è sviluppato come risposta alle note vicende di risparmio tradito che hanno riguardato le banche venete, anche a causa dello scontro tra Banca d'Italia e Consob sulle rispettive competenze che ha avuto ripercussioni sul corretto funzionamento della vigilanza e ha reso impellente un intervento risolutivo della magistratura a tutela dei risparmiatori [circostanze accertate dalla Commissione parlamentare di inchiesta sul sistema bancario e finanziario della 17° legislatura, come si evince dalla Relazione conclusiva del 30 gennaio 2018, p. 23]. Le stesse istanze di tutela che, di recente, non sono state accolte dalla Corte Costituzionale. Con la sentenza n. 225 del 5 ottobre 2022, infatti, la Consulta ha dichiarato inammissibili le questioni di legittimità costituzionale sollevate dal Tribunale di Firenze in relazione alla discriminarietà e alla lesione del diritto di difesa derivante dalle previsioni del d.l. 99/2017 che, nell'individuare il perimetro oggettivo della cessione degli asset delle banche venete in favore di Intesa Sanpaolo, esclude i debiti derivanti dalle operazioni di commercializzazione delle azioni e delle obbligazioni subordinate realizzate dalle banche venete [profili già evidenziati da DOLMETTA e MALVAGNA, *Banche venete e problemi civili di lettura costituzionale del decreto-legge n. 99/2017*, in *Riv. dir. banc.*, 2017, 3, 303 s.]. Ne deriva il difetto di legittimazione passiva di Intesa Sanpaolo nelle cause aventi ad oggetto le c.d. operazioni bacciate e la conseguente impossibilità per gli azionisti "traditi" di far valere le proprie ragioni nei confronti della cessionaria, con possibilità di azione esclusivamente nei confronti delle banche venete in l.c.a.

I giudici di merito, quindi, si servono dell'art. 2358 c.c. come grimaldello per conseguire un risultato pratico condivisibile - garantire la massima tutela a risparmiatori inconsapevoli o incapaci di comprendere l'effettivo grado di rischio delle operazioni realizzate - ma il costo appare elevato: il sacrificio della *ratio* originaria della disciplina dell'assistenza finanziaria.

Come evidenziato, per collocazione sistematica e interpretazione consolidata l'art. 2358 c.c. si caratterizza per una prospettiva societaria [MAUGERI e STRAMPELLI, op. cit., 199] e non si occupa della struttura o del contenuto del singolo regolamento negoziale. In questo senso, la norma non prende in carico le ragioni di tutela del singolo investimento azionario ma guarda all'integrità del capitale e alla garanzia patrimoniale in favore dai creditori, come dimostra l'omessa previsione delle conseguenze prodotte dalla violazione delle condizioni di legittimità dell'assistenza finanziaria. Anche voler sostenere che il principale interesse perseguito sia quello sociale, non si può ritenere che esso si risolva nella somma degli interessi connessi alle operazioni di investimento azionario realizzate da ogni singolo azionista. Nondimeno, da un punto di vista sistematico la soluzione adottata si pone in controtendenza rispetto all'evoluzione recente del diritto societario che relega la nullità a rimedio residuale, prediligendo la stabilità e la certezza delle attività societarie [PORTALE e DOLMETTA, op. cit., 703].

In casi come quello di specie i risparmiatori non operano come azionisti e non vi è traccia della prospettiva endosocietaria propria della disciplina sull'assistenza finanziaria. L'operazione negoziale è mossa da ragioni finanziarie (di copertura di precedenti perdite), le azioni rilevano come strumenti finanziari e gli interessi di cui si chiede la tutela sono eminentemente individuali. E allora la nullità, quale rimedio posto a tutela

di interessi generali, stride con le considerazioni che precedono e con le istanze di tutela da soddisfare. Se con riferimento alle operazioni bacciate realizzate dalle banche venete il ricorso alla nullità virtuale appare giustificato principalmente da ragioni contingenti legate all'operato delle banche, in una prospettiva più ampia e senza scomodare le note Sezioni Unite Rordorf sulla distinzione tra regole di validità e regole di condotta [su cui M. ROSSI, op. cit., 992, secondo cui l'art. 2358 c.c. detterebbe soltanto norme di comportamento], *de jure condito* si propone di valorizzare il rimedio dell'annullabilità [in linea con la posizione dell'ACF, decisione n.5 del 5 giugno 2017]. Tra le possibili applicazioni del rimedio proposte in dottrina, la più convincente appare quella dell'annullabilità per dolo dell'intermediario, soprattutto ove la condotta di quest'ultimo sia - come nel caso di specie - oggetto di censura da parte dell'AGCM per violazione della disciplina in tema di pratiche commerciali scorrette. Posta a tutela di un interesse particolare derivante dalla lesione della libertà negoziale [C.M. BIANCA, *Diritto civile*, III, *Il contratto*, 3 ed., Giuffrè, 2019, 599] - quale è quello dei risparmiatori a fronte di operazioni bacciate - l'annullabilità permette di conseguire il medesimo risultato della nullità (i.e. la caducazione dell'operazione) ma appare più coerente con la natura individuale delle ragioni tutelate, a meno di non voler valorizzare - sul piano squisitamente privatistico - la circostanza che la causa concreta che sorregge l'intera operazione è illecita [G.B. FERRI, *Causa e tipo del negozio giuridico*, Giuffrè, 1966]. In prospettiva *de jure condendo*, invece, le medesime istanze di tutela dovrebbero essere soddisfatte dalla regolamentazione di settore, valorizzando la natura finanziaria delle operazioni e degli strumenti che ne costituiscono l'oggetto, se necessario anche attraverso la previsione di vincoli al loro collocamento baciato assistiti da specifiche ipotesi di invalidità di protezione. Si tratta, in sostanza, di collegare il rimedio alla causa - finanziaria o societaria - dell'operazione e alla natura - finanziaria o societaria - degli interessi tutelati.

Bibliografia essenziale

ANGELICI, *La partecipazione azionaria nella società per azioni*, in *Trattato di diritto privato* diretto da Rescigno, XVI, Torino, 1985, 352

ANTONINI, *Assistenza finanziaria nelle banche popolari e posizione soggettiva del socio*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2017, I, 5, 613

CACCHI PESSANI, *L'assistenza finanziaria per l'acquisto o la sottoscrizione delle proprie azioni*, Giuffrè, 2012

CESARI e FUMAROLA, *Le conseguenze delle operazioni bacciate. Profili di specialità del regime dell'assistenza finanziaria per l'acquisto di azioni proprie nelle banche*, in *Nuovo dir. soc.*, 2020, 6, 812

CIPRIANI, *Operazioni bacciate: i percorsi della giurisprudenza relativa alle banche «venete» in liquidazione*, in *Riv. dir. banc.*, 2022, 1, 27

COSTI, *Struttura proprietaria e diritto dell'impresa*, in *BIS*, 2001, 2, 251

- D'AMBROSIO, *Il divieto di accettare azioni proprie in garanzia e le operazioni delle banche. Il regime applicabile alle banche popolari*, in *Bancaria*, 1997, 3, 65
- DEMURO, *L'assistenza finanziaria nell'acquisto di proprie azioni*, in *Giur. comm.*, 2010, II, 1, 229
- MAUGERI e STRAMPELLI, *Sull'invalidità di operazioni di finanziamento strumentali all'acquisto di azioni della banca finanziatrice*, in *Riv. dir. comm.*, 2018, 2, 195
- PANCIOLI, *L'assistenza finanziaria nelle banche popolari: la mutualità come strumento di tutela degli investitori*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2022, I, 3, 417
- PAOLINI, *L'assistenza finanziaria prestata da banche popolari per l'acquisto di proprie azioni*, in *Riv. dir. comm.*, 2019, 4, 679
- PORTALE e DOLMETTA, *Divieto di accettare azioni o quote proprie in garanzia e casse di risparmio "riformate"*, in *Banca borsa tit. cred.*, I, 1, 1989, 988
- M. ROSSI, *Assistenza finanziaria bancaria e necessità di un'interpretazione comunitariamente orientata dell'articolo 2358 c.c.*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2020, 6, 974

Estinzione anticipata dei finanziamenti, sentenza “Lexitor” della CGUE e sentenza n. 263/2022 della Corte Costituzionale *

di SILVIA VITRÒ

Presidente di Sezione presso il Tribunale delle imprese di Torino

(CORTE COSTITUZIONALE, sent. 22 dicembre 2022, n. 263; Pres. Sciarra – Red. Navarretta)

ABSTRACT

L'Autore descrive lo scenario normativo e giurisprudenziale prima e dopo la pronuncia della sentenza Lexitor da parte della Corte di Giustizia UE, in data 11 settembre 2019, in materia di rimborsi anticipati dei mutui finanziari e di diritto del consumatore alla riduzione del costo totale del credito.

Nel panorama giurisprudenziale, in cui si alternano pronunce favorevoli e sfavorevoli all'applicazione della sentenza Lexitor nell'ordinamento italiano, irrompe l'intervento legislativo, che, con l'art. 11-octies della legge n. 106 del 2021 (che converte con modifiche il decreto legge n. 73 del 2021), stabilisce l'applicabilità dei principi della sentenza Lexitor ai contratti stipulati successivamente alla sua entrata in vigore e invece, per i contratti antecedenti, richiama l'interpretazione che dell'art. 125-sexies davano le norme secondarie della Banca d'Italia.

A seguito di ricorso da parte di giudice del Tribunale di Torino, la Corte Costituzionale n. 263 del 2022 dichiara l'illegittimità costituzionale parziale dell'art. 11-octies citato.

The author describes the regulatory and jurisprudential scenario before and after the pronouncement of the Lexitor ruling by the EU Court of Justice, on the subject of early repayment of financial loans and the consumer's right to the reduction of the total cost of credit.

In the jurisprudential panorama, with alternating rulings for or against the application of the Lexitor ruling in the Italian legal system, legislative intervention breaks through, which, with Article 11-octies of Law no. 106 of 2021 (which converts with amendments Decree-Law no. 73 of 2021), establishes the applicability of the principles of the Lexitor ruling to contracts entered into after its entry into force, and instead, for earlier contracts, refers to the interpretation that the Bank of Italy's secondary rules gave to Article 125-sexies.

Following an appeal by a judge of the Court of Turin, Constitutional Court No. 263 of 2022 declared the partial constitutional illegitimacy of said Article 11-octies.

SOMMARIO: 1. Quadro normativo e sentenza “Lexitor” della Corte di Giustizia; 2. Le reazioni alla pronuncia della sentenza Lexitor; 2.1. Le prime pronunce dei Tribunali italiani; 2.2. L'efficacia della sentenza Lexitor nell'ordinamento nazionale; 3. La svolta del legislatore; 4. La reazione all'introduzione della nuova normativa; 5. Il ricorso alla Corte Costituzionale; 6. La decisione della Corte Costituzionale n. 263 del 22 dicembre 2022; 7. Dopo la pronuncia della Corte Costituzionale.

1. Quadro normativo e sentenza “Lexitor” della Corte di Giustizia

* Il presente contributo è stato sottoposto a valutazione in forma anonima ed è stato pubblicato in anteprima su rivistapactum.it il 17.04.2023.

L'art. 16, par. 1, dir. 2008/48/CE (c.d. seconda Direttiva sul credito al consumo) prevede: *«il consumatore ha il diritto di adempiere in qualsiasi momento, in tutto o in parte, agli obblighi che gli derivano dal contratto di credito. In tal caso, egli ha diritto ad una riduzione del costo totale del credito, che comprende gli interessi e i costi dovuti per la restante durata del contratto».*

Il d.lgs. 13 agosto 2010, n. 141 ha trasposto nell'ordinamento italiano la predetta Dir. 2008/48/CE, tra l'altro introducendo l'art. 125-sexies tub, che dispone: *«il consumatore può rimborsare anticipatamente in qualsiasi momento, in tutto o in parte, l'importo dovuto al finanziatore. In tale caso il consumatore ha diritto a una riduzione del costo totale del credito, pari all'importo degli interessi e dei costi dovuti per la vita residua del contratto».*

Questa disposizione è stata interpretata dalla Banca d'Italia (a partire dalle Disposizioni sulla trasparenza, 9 febbraio 2011) nel senso che *«solo una parte delle commissioni pagate interamente dalla clientela in via anticipata si riferisce a prestazioni non rimborsabili (come le spese d'istruttoria o di stipula del contratto) (c.d. quota up front), mentre la restante parte (c.d. quota recurring) è volta a coprire i rischi trattenuti (rischi di credito e di liquidità connessi con le garanzie prestate, quali ad esempio quella del "non riscosso per riscosso") e gli oneri la cui maturazione è intrinsecamente connessa con il decorso del finanziamento (ad esempio, la gestione degli incassi e dei sinistri)», sicché «è fondamentale la corretta distinzione della complessiva commissione corrisposta, in via anticipata, dalla clientela tra quota up front e quota recurring», perché solo «queste ultime, in quanto soggette a maturazione, saranno riorotate, per la quota non ancora maturata, in caso di estinzione anticipata».*

Come sottolineato da DOLMETTA [*Anticipata estinzione e «riduzione del costo totale del credito»*]. Il caso della cessione del quinto, in *Banca borsa tit. cred.*, 2019, II, 6, 944], *«la Banca d'Italia ha esentato da ogni misura di restituzione i costi ritenuti up front, nel rispetto della sola condizione costituita dalla presenza di una chiara ripartizione a livello di trasparenza della documentazione contrattuale tra questi costi e quelli recurring».*

La sentenza 11 settembre 2019 causa C-383/18 della Corte di Giustizia [c.d. sentenza *Lexitor*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2019, 6, II, 944, con nota di DOLMETTA, op. cit.; sulla sent. anche ZOPPINI, *Gli effetti della sentenza Lexitor nell'ordinamento italiano*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2020, I, 1, 1 ss. e SANTAGATA, *Rimborso anticipato del credito e diritto del consumatore alla restituzione della quota parte dei costi indipendenti dalla durata del contratto, c.d. up front*, ivi, 18], a seguito di rinvio pregiudiziale del giudice polacco, ha, invece, affermato: *«L'articolo 16, paragrafo 1, della Direttiva 2008/48/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 aprile 2008, relativa ai contratti di credito ai consumatori e che abroga la Direttiva 87/102/CEE del Consiglio, deve essere interpretato nel senso che il diritto del consumatore alla riduzione del costo totale del credito in caso di rimborso anticipato del credito include tutti i costi posti a carico del consumatore».*

Secondo la Corte di Giustizia, per quanto riguarda la nozione di *«costo totale del credito»*, l'art. 3, lettera g), di detta direttiva la definisce come riguardante tutti i costi, compresi gli interessi, le commissioni, le imposte e tutte le altre spese che il consumatore

deve pagare in relazione al contratto di credito e di cui il soggetto concedente il credito è a conoscenza, escluse le spese notarili. Tale definizione non contiene dunque alcuna limitazione relativa alla durata del contratto di credito in questione.

A questo proposito, continua la Corte, la menzione della «*restante durata del contratto*», che compare all'articolo 16, paragrafo 1, della Dir. 2008/48/CE, potrebbe essere interpretata tanto nel senso che essa significa che i costi interessati dalla riduzione del costo totale del credito sono limitati a quelli che dipendono oggettivamente dalla durata del contratto oppure a quelli che sono presentati dal soggetto concedente il credito come riferiti ad una fase particolare della conclusione o dell'esecuzione del contratto, quanto nel senso che essa indica che il metodo di calcolo, che deve essere utilizzato al fine di procedere a tale riduzione, consiste nel prendere in considerazione la totalità dei costi sopportati dal consumatore e nel ridurne poi l'importo in proporzione alla durata residua del contratto.

Secondo la Corte, conformemente ad una sua consolidata giurisprudenza, la disposizione suddetta deve essere interpretata non soltanto sulla base del suo tenore letterale, ma anche alla luce del suo contesto nonché degli obiettivi perseguiti dalla normativa di cui essa fa parte.

Per quanto riguarda il contesto, occorre ricordare che l'art. 8 Dir. 87/102/CEE, che è stata abrogata e sostituita dalla Dir. 2008/48/CE, stabiliva che il consumatore, «*in conformità alle disposizioni degli Stati membri [...] deve avere diritto a una equa riduzione del costo complessivo del credito*».

Dunque, sottolinea la Corte, occorre constatare che l'articolo 16, paragrafo 1, Dir. 2008/48/CE ha concretizzato il diritto del consumatore ad una riduzione del costo del credito in caso di rimborso anticipato, sostituendo alla nozione generica di «*equa riduzione*» quella, più precisa, di «*riduzione del costo totale del credito*» e aggiungendo che tale riduzione deve riguardare «*gli interessi e i costi*».

Quanto all'obiettivo della Dir. 2008/48/CE, una consolidata giurisprudenza della Corte ha riconosciuto che questa mira a garantire un'elevata *protezione del consumatore*. Questo sistema di protezione è fondato sull'idea secondo cui il consumatore si trova in una situazione di inferiorità rispetto al professionista per quanto riguarda sia il potere di negoziazione che il livello di informazione.

Orbene, per la Corte l'effettività del diritto del consumatore alla riduzione del costo totale del credito risulterebbe sminuita qualora la riduzione del credito potesse limitarsi alla presa in considerazione dei soli costi presentati dal soggetto concedente il credito come dipendenti dalla durata del contratto, dato che i costi e la loro ripartizione sono determinati unilateralmente dalla banca e che vi è il rischio che il consumatore si veda imporre pagamenti non ricorrenti più elevati al momento della conclusione del contratto di credito.

Inoltre, il margine di manovra di cui dispongono gli istituti creditizi nella loro fatturazione e nella loro organizzazione interna rende, in pratica, molto difficile la determinazione, da parte di un consumatore o di un giudice, dei costi oggettivamente correlati alla durata del contratto.

La Corte aggiunge che il fatto di includere nella riduzione del costo totale del credito i costi che non dipendono dalla durata del contratto «*non è idoneo a penalizzare in*

maniera sproporzionata il soggetto concedente il credito». Infatti, l'art. 16, paragrafo 2, Dir. 2008/48/CE, prevede, a beneficio del mutuante, il diritto ad un indennizzo per gli eventuali costi direttamente collegati al rimborso anticipato del credito. Inoltre, nel caso di un rimborso anticipato del credito, il mutuante recupera in anticipo la somma data a prestito, sicché quest'ultima diventa disponibile per la conclusione, eventualmente, di un nuovo contratto di credito.

2. Le reazioni alla pronuncia della sentenza *Lexitor*

La pronuncia della sentenza *Lexitor* ha avuto un effetto dirompente sul panorama bancario, perché la sua efficacia nell'ordinamento italiano avrebbe comportato l'obbligo delle banche di procedere a consistenti rimborsi nei confronti dei clienti che avevano estinto anticipatamente i mutui, con aggravamento della situazione nel caso di riconosciuta efficacia retroattiva della decisione della Corte e, dunque, di obbligo di rimborso anche per i mutui già estinti (salvo il limite della prescrizione dei diritti).

Come sottolinea DOLMETTA, [DOLMETTA, op. cit., 944], l'impatto che la pronuncia della Corte di Giustizia è «destinat[o] ad avere sul futuro dell'operatività italiana della cessione del quinto è di forte spessore, portando un radicale mutamento di prospettiva: la parificazione di trattamento normativo tra costi *recurring* e costi *up front* viene di per sé stessa a privare di ogni senso la predisposizione di clausole ambigue da parte delle imprese finanziatrici, come pure l'utilità pratica di comportamenti strumentali da parte delle stesse» [v., in senso contrario, DE CRISTOFARO, *Estinzione anticipata del debito e quantificazione della "riduzione del costo totale del credito" spettante al consumatore: considerazioni critiche sulla sentenza Lexitor*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, 2, 280, che sostiene che l'effettività della tutela dei consumatori sarebbe già assicurata dalle varie «norme di controllo» sulla trasparenza e correttezza delle disposizioni contrattuali, tutela che invece la Corte di Giustizia, come si è visto, ritiene non sufficientemente soddisfatta in tal modo].

Con le «*linee orientative*» del 4 dicembre 2019 la Banca d'Italia ha in parte accolto i principi indicati dalla Corte di Giustizia, precisando che, per i contratti di credito ai consumatori (inclusi quelli di finanziamento contro cessione del quinto dello stipendio o della pensione), in caso di rimborso anticipato avrebbe dovuto essere assicurata la riduzione del costo totale del credito, includendo tutti i costi a carico del consumatore, escluse le imposte, e ciò sia «*con riguardo ai nuovi contratti di credito ai consumatori*» che gli intermediari andassero a offrire, sia per i «*finanziamenti in essere*» che i clienti rimborsassero anticipatamente.

Non vengono, dunque, applicati i principi *Lexitor* ai mutui a detta data già estinti.

Pochi giorni dopo si è pronunciato il Collegio di Coordinamento dell'Arbitro Bancario Finanziario con la decisione n. 26525 dell'11 dicembre 2019, pubblicata il successivo 20 dicembre 2019 [in www.arbitrobancariofinanziario.it], che ha invece sostenuto l'efficacia pienamente retroattiva della sentenza della Corte di Giustizia.

L'immediata presa di posizione dell'ABF trae origine anche dal fatto che, come sottolinea Dolmetta [DOLMETTA, op. cit.], il problema dei rimborsi in caso di contratti di cessioni del quinto ha determinato un contenzioso imponente proprio davanti all'ABF,

trovando spiegazione, come manifestato dalla Banca d'Italia, «nei comportamenti impropri degli operatori, passati e recenti, in particolare nella mancanza di chiarezza nella rappresentazione dei costi, nella frequente duplicazione di commissioni a fronte di una medesima attività e nell'ambiguità nel discriminare tra costi *upfront* e *recurring*».

Riconosciuto il primato del diritto europeo, sancito all'art. 11 Cost., e rilevata la sovrapponibilità tra la norma nazionale e quella comunitaria, il Collegio di Coordinamento ha concluso affermando che il diritto alla riduzione del costo totale del credito si estende anche ai costi *up-front* che non dipendono dalla durata del prestito: «*Risulta priva di giuridico fondamento l'opinione di chi sostiene la inapplicabilità della Direttiva ai ricorsi riconducibili all'art.125 sexies Tub, per la semplice ragione che la stessa, lungi dal risultare inattuata o parzialmente recepita, è stata compiutamente trasposta nell'ordinamento interno*». Inoltre: «*Le sentenze interpretative della CGUE, per unanime riconoscimento [...] hanno natura dichiarativa e di conseguenza hanno valore vincolante e retroattivo per il Giudice nazionale (non solo per quello del rinvio, ma anche per tutti quelli dei Paesi membri della Unione, e pertanto anche per gli Arbitri chiamati ad applicare le norme di diritto)*».

2.1. Le prime pronunce dei Tribunali italiani e la dottrina

Le prime pronunce dei Tribunali italiani tendenzialmente non hanno ritenuto di applicare nell'ordinamento italiano i principi espressi dalla decisione della Corte di Giustizia (tutte le pronunce si trovano in www.expartecreditoris.it, se non diversamente specificato).

È stato detto: che la Sentenza *Lexitor* non sposta i termini della questione, giacché la stessa interpreta la dir. 2008/48/CE, non l'art. 125, Tub applicabile nel giudizio in esame, e una Direttiva non può essere immediatamente applicabile nei rapporti tra privati [Trib. Napoli, 22 novembre 2019, n. 10489]; che, in particolare, l'art. 16, paragrafo 1, Dir. 2008/48/CE ha efficacia verticale, con ciò intendendosi che l'interessato può far valere solo nei confronti dello Stato una imperfetta attuazione della direttiva, mentre essa non ha efficacia "orizzontale" tra privati, con conseguente impossibilità, per il giudice, di procedere alla disapplicazione della normativa italiana (il cui contrasto con la direttiva peraltro non è dimostrato, G.d.P. Roma, 28 agosto 2020, n. 13888); che la riconduzione del rapporto contrattuale alla sola disciplina di cui all'art. 125 Tub non è ostacolata dall'adozione della Dir. 2008/48/CE, alla quale non può riconoscersi natura di direttiva *self-executing* [Trib. Monza, 22 novembre 2019, n. 2573, Trib. Napoli, 10 marzo 2020, n. 2391]; che inoltre la sentenza *Lexitor* non appare attagliarsi al sistema normativo italiano che, rispetto a quello polacco, è certamente molto più garantista per il cliente avendo esattamente disciplinato i diritti restitutori, in caso di estinzione anticipata, con l'art. 125-*sexies* Tub [Trib. Mantova, 30 giugno 2020]; e che, dunque, è tuttora operante la distinzione tra costi maturandi e costi maturati [G.d.P. Napoli, 12 giugno 2020, n. 21875, Trib. Vicenza, 13 novembre 2020, n. 1907, Trib. Lecce 27 maggio 2021].

Sulle medesime posizioni, cioè sul fatto che la sentenza *Lexitor* non si attagli al sistema normativo italiano, differente da quello polacco (con una non congrua distin-

zione tra portata *erga omnes* delle sentenze della Corte di Giustizia ed efficacia all'interno dei singoli ordinamenti statali) si veda, per es., in dottrina, ZOPPINI, [ZOPPINI, op. cit.].

Si veda anche, per es., MEZZANOTTE [MEZZANOTTE, *Il rimborso anticipato nei contratti di credito immobiliare ai consumatori*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2020, 1, 65], che riconduce un possibile tentativo di escludere dal rimborso i costi c.d. *up front* alla teoria secondo la quale certe prestazioni svolte dall'intermediario in vista del finanziamento – sebbene ancillari e funzionalmente collegate al contratto di credito – sarebbero comunque munite, da un punto di vista causale, di una certa autonomia, con la conseguenza che determinate attività, pur prodromiche al finanziamento, rimarrebbero non completamente riconducibili al rapporto di credito con il consumatore, limitandosi ad essere state solo funzionali alla conclusione del contratto ed ad aver esaurito la loro funzione con la sottoscrizione di questo.

Si lamenta, poi, DE CRISTOFARO [DE CRISTOFARO, op. cit.] del fatto che la Corte di Giustizia affermi che la principale finalità della Direttiva 2008 sia quella di una «elevata protezione del consumatore», dal momento che ciò confligge con i considerando della Direttiva stessa, dai quali emergerebbe che lo scopo da essa perseguito è quello di realizzare un equilibrato temperamento fra le esigenze di tutela degli interessi dei consumatori e dei professionisti/creditori.

E se alcuni giudici hanno di fatto semplicemente ignorato l'intervento della Corte di Giustizia, considerando implicitamente ancora operante la distinzione tra costi maturandi e costi maturati [Trib. Milano, 23 gennaio 2020, n. 694], altri si sono concentrati sulla diversa questione inerente ai contratti di mutuo *estinti prima* dell'entrata in vigore della legge del 2010 attuativa della Direttiva e ai quali dunque pacificamente la Direttiva non si applicava, trovando applicazione la precedente formulazione dell'art. 125, secondo comma, Tub [Trib. Piacenza, 16 marzo 2020, n. 241 e Trib. Pavia, 2 maggio 2020, n. 497: «l'art. 30 della Direttiva 2008/48/CE, alla quale il D.L. n. 141/2010 ha dato attuazione, esclude l'applicazione della Direttiva stessa ai contratti di credito in corso alla data di entrata in vigore delle misure nazionali di attuazione»].

Altri giudici, invece, si sono dimostrati favorevoli all'applicazione della sentenza *Lexitor* nell'ordinamento italiano: così Trib. Avellino, 28 novembre 2019, n. 1968 [in www.centroanomaliebancarie.it]; Trib. Torino, 21 marzo 2020 n. 1434, Trib. Torino, 22 settembre 2020 [in www.ilcaso.it]; G.d.P. Afragola, 2 ottobre 2020 («l'obiettivo è quello di garantire una elevata protezione del consumatore e una tutela effettiva del suo diritto alla riduzione di costi totali del credito in caso di estinzione anticipata del contratto»); Trib. Torino, 12 ottobre 2020 [in ntplusdiritto.ilsole24ore.com: «Ritiene questo giudice che, costituendo l'art. 125 sexies Tub la trasposizione nell'ordinamento interno dell'art. 16 della Direttiva sopra citata, lo stesso debba essere interpretato in modo conforme alla stessa Direttiva 48/2008, così come interpretata dalla citata sentenza della Corte di Giustizia»]; Trib. Milano, 3 novembre 2020 n. 27406 e n. 27398 [in www.blog.ilcaso.it: «Il fatto che sia lasciato all'intermediario un eccessivo margine nella selezione dei costi ripetibili e non, orientano la Corte a riferire l'attributo della "restante durata del contratto" alle modalità di calcolo del rimborso e non alla tipologia

dei costi ammessi...L'argomento dei limiti all'efficacia diretta "orizzontale" della direttiva è inconferente in quanto è vero che una direttiva non può creare obblighi a carico di un singolo e non può essere fatta valere in quanto tale nei suoi confronti...nondimeno la dir. 2008/48/CE è già stata trasposta nel diritto nazionale»].

2.2 L'efficacia della sentenza *Lexitor* nell'ordinamento nazionale

Si ritiene che le decisioni sopra riportate, dei Tribunali ordinari, che *negano efficacia vincolante alla sentenza Lexitor* della Corte UE nei confronti del giudice italiano, che *ritengono la Direttiva non self-executing* e dicono che *non è immediatamente applicabile nei rapporti privatistici*, non colgano nel segno, erroneamente applicando i principi del diritto comunitario e anche fraintendendo la situazione concreta in esame.

Per quanto riguarda *i principi del diritto comunitario*, si osserva che l'*efficacia diretta* è un principio che consente ai singoli di invocare direttamente una norma europea dinanzi a una giurisdizione nazionale o europea.

L'efficacia diretta del diritto europeo è stata introdotta dalla Corte di giustizia con la sentenza *Van Gend en Loos* del 5 febbraio 1963 [in *curia.europa.eu*]. In tale sentenza la Corte ha stabilito che il diritto europeo non solo impone obblighi ai paesi dell'UE ma attribuisce anche diritti ai singoli. L'efficacia diretta ha due aspetti: verticale e orizzontale. *L'efficacia diretta verticale* si spiega nei rapporti tra i singoli e il Paese: i singoli possono far valere una norma europea nei confronti del Paese. *L'efficacia diretta orizzontale* si manifesta nei rapporti tra singoli, ossia consente a un singolo di invocare una norma europea nei confronti di un altro singolo.

Per quanto riguarda il *diritto primario*, ossia i testi fondanti dell'ordinamento giuridico europeo, la Corte di giustizia, nella sentenza *Van Gend en Loos*, ha sancito il principio dell'efficacia diretta, subordinandolo tuttavia alla condizione che gli obblighi siano precisi, chiari e incondizionati e non richiedano misure complementari di carattere nazionale o europeo.

Il principio dell'efficacia diretta riguarda anche gli *atti di diritto derivato*, ossia adottati dalle istituzioni sulla base dei trattati istitutivi. Tuttavia, la portata dell'efficacia diretta varia a seconda del tipo di atto. Per esempio, mentre i *regolamenti* hanno sempre un'efficacia diretta (art. 288 TFUE), le *direttive* sono atti rivolti ai paesi dell'UE, che devono essere recepiti dai medesimi nei rispettivi diritti nazionali; ciononostante, in alcuni casi, la Corte di giustizia riconosce alla direttiva un'efficacia diretta al fine di tutelare i diritti dei singoli.

Nell'impossibilità di interpretare un'obbligazione della Carta come *direttamente applicabile*, il singolo non rimarrebbe privo di tutela. Infatti, una *norma priva di effetti diretti orizzontali* può comunque produrre effetti indiretti tra i privati perché i giudici nazionali hanno il dovere di utilizzare tra le chiavi d'interpretazione del diritto nazionale quella che consenta di attribuirgli un significato conforme con il diritto dell'Unione.

Il rimedio *dell'interpretazione conforme* (che trova il suo principale fondamento nel dovere di leale cooperazione sancito dall'art. 4, paragrafo 3, TUE) consente di arrivare a risultati analoghi a quelli dell'efficacia diretta.

È pur vero che l'interpretazione conforme del diritto nazionale è soggetta ad un

duplice limite: non può spingersi fino ad un'interpretazione *contro i principi generali del diritto* e non può servire a fondare un'interpretazione *contra legem* del diritto nazionale. Allora, la *disapplicazione* (se l'interpretazione conforme non è possibile) è un rimedio sussidiario.

In questa prospettiva espansiva dell'interpretazione conforme si colloca pure l'affermazione del principio che non costituisce un limite al suo utilizzo l'esistenza di una *giurisprudenza consolidata*. Tale principio include «*l'obbligo, per i giudici nazionali, di modificare, se del caso, una giurisprudenza consolidata se questa si basa su un'interpretazione del diritto nazionale incompatibile con gli scopi di una direttiva*» [C. giust., 17 aprile 2018, causa C-414/16, in *curia.europa.eu*].

Tornando alle Direttive Comunitarie, come si è detto, in alcuni casi, la Corte di giustizia riconosce ad esse un'*efficacia diretta*, quando le sue disposizioni sono incondizionate e sufficientemente chiare e precise [C. giust., 4 dicembre 1974, causa C-41/74, in *curia.europa.eu*]: direttiva *self-executing*.

Tuttavia, questa efficacia diretta può avere carattere *solo verticale* ed essere applicabile *soltanto se gli Stati membri non hanno recepito* la direttiva entro i termini previsti [in tal senso: C. giust., 5 aprile 1979, in *curia.europa.eu*; Cass., 9 novembre 2006, n. 23937, in *www.cortedicassazione.it*]. Dunque, in caso di mancata attuazione (o di cattiva attuazione) della Direttiva entro il termine fissato, la *Direttiva inattuata*, che sia sufficientemente precisa e incondizionata, *può essere azionata* verso lo Stato o le imprese controllate, per ottenere il risarcimento dei danni [per es.: C. giust., Grande Sezione, 24 gennaio 2012, causa C-282/10, in *curia.europa.eu*; C. giust., Grande Sezione, 10 ottobre 2017, n. 413, causa C-413/15, in *curia.europa.eu*].

Inoltre, in caso di Direttiva *self-executing*, la norma interna contrastante viene *disapplicata* dal giudice nazionale, ma sempre nell'ambito di una *efficacia verticale* [C. giust., 13 luglio 2000, causa C-456/98, paragrafi 16-17, in *curia.europa.eu*; App. Perugia, sez. lav., 23 settembre 2014, n. 114, in *DeJure*: l'obbligo di interpretazione conforme riguarda «*i soli casi in cui la norma interna sia suscettibile di una pluralità di interpretazioni*», ed allora va prescelta l'interpretazione maggiormente conforme al diritto dell'Unione, ma non anche quelli in qui manchi la possibilità di scegliere fra più opzioni ermeneutiche; inoltre, l'obbligo in questione «*trova un limite nei principi generali del diritto e non può condurre ad un'interpretazione "contra legem"*»; in tal senso: C. giust. 6 novembre 2018, cause riunite C 569/16 e C 570/16, in *curia.europa.eu*; C. giust. 24 gennaio 2012, cit., punto 25].

In questo quadro, le *sentenze della Corte di Giustizia* hanno *efficacia vincolante* [C. giust., Grande sezione, 5 aprile 2016 n. 689, causa C-689/13, in *curia.europa.eu*; Cons. Stato, sez. III, 16 giugno 2015, n. 3027, in *Foro Amministrativo*, 2015, 6, 1661: «*L'unica chiave interpretativa della normativa di diritto interno, anche con riferimento a profili di legittimità costituzionale delle norme nazionali, ruota attorno alla prevalenza del diritto comunitario sulla norma nazionale; inoltre, in ossequio al principio di supremazia del diritto comunitario, riconosciuto da tutti gli Stati membri, con perdita a favore delle istituzioni comunitarie della propria sovranità legislativa, le sentenze della Corte di giustizia hanno effetti vincolanti per i giudici nazionali chiamati a pro-*

nunziarsi sulle singole fattispecie, recando norme integrative dell'ordinamento comunitario»].

Conviene ricordare che l'obbligo di interpretazione conforme è un corollario del principio di leale cooperazione e, in particolare, dell'obbligo degli stati membri di «adottare ogni misura di carattere generale o particolare atta ad assicurare l'esecuzione degli obblighi derivanti dai trattati o conseguenti agli atti delle istituzioni dell'Unione» (art. 4, paragrafo 3, TUE).

La natura vincolante dell'interpretazione del diritto comunitario adottata dalla Corte di giustizia è riconosciuta anche dalla Cassazione [vedi tra molte, Cass., 3 marzo 2017 n. 5381; Cass., 8 febbraio 2016, n. 2468; Cass., 11 dicembre 2012, n. 22577, in www.cortedicassazione.it, secondo cui tale interpretazione «ha efficacia ultra partes, sicché alle sentenze dalla stessa rese, sia pregiudiziali che emesse in sede di verifica della validità di una disposizione, va attribuito il valore di ulteriore fonte del diritto comunitario, non nel senso che esse creino ex novo norme comunitarie, bensì in quanto ne indicano il significato ed i limiti di applicazione, con efficacia erga omnes nell'ambito della Comunità»].

Nel presente caso non si tratta, in realtà (come erroneamente hanno cercato di fare molti giudici italiani), di indagare se la Direttiva 48/2008/CE sia o meno *self-executing* e abbia o meno efficacia diretta, verticale od orizzontale, dal momento che tale Direttiva è già stata attuata e trasposta nel diritto nazionale attraverso la legge di attuazione n. 141/2010, che, tra l'altro, ha introdotto l'art. 125-sexies Tub, che riproduce in modo quasi identico la formulazione dell'art. 16 della Direttiva.

Pertanto, si tratta di interpretare una *norma di diritto interno* (immediatamente applicabile nei rapporti tra privati, naturalmente).

E l'art. 125-sexies Tub deve essere interpretato *in modo conforme* alla dir. 48/2008/CE, così come interpretata dalla sentenza CGUE Lexitor.

Dunque, non rileva che la pronuncia della sentenza Lexitor abbia avuto luogo a seguito del rinvio pregiudiziale da parte del giudice polacco, avendo le sentenze della Corte di Giustizia *efficacia immediata in tutti gli Stati membri* [v. per es. sull'efficacia vincolante della sentenza della Corte di Giustizia, DOLMETTA, op. cit.].

Né rileva che essa abbia ad oggetto l'interpretazione dell'art. 16 della Direttiva e non, direttamente, quella dell'art. 125-sexies Tub, *dovendo la normativa nazionale* (considerato altresì che si tratta di norma attuativa della Direttiva comunitaria) essere interpretata *in maniera conforme alla normativa comunitaria, come interpretata dalla Corte di Giustizia* (unico organo deputato a fornire una tale interpretazione in modo definitivo, con buona pace dei commentatori che contestano l'interpretazione data dalla Corte alla normativa comunitaria).

A questo punto si osserva che è vero che l'obbligo di interpretazione conforme non può spingersi al punto di imporre un'interpretazione *contra legem* [cfr. C. giust., 24 gennaio 2012, causa C-282/10, cit.], tuttavia, nel presente caso l'interpretazione che la Corte di Giustizia ha dato dell'art. 16 Dir. 48/2008/CE *non conduce ad una interpretazione contra legem del corrispondente art. 125-sexies Tub*.

In particolare, si osserva che l'art. 125-sexies riproduce fedelmente l'art. 16 (distin-

guendosene solo per il termine «*pari a*», invece che «*comprende*», distinzione da ritenersi, ai fini dell'interpretazione in esame, del tutto irrilevante; ed anzi, il termine «*pari a*» ancora meglio si presta all'interpretazione della frase come riferentesi ad un metodo di calcolo e non all'esclusione di certi costi dal rimborso: la riduzione deve essere «*pari ai costi dovuti per la restante durata del contratto*», cioè deve essere corrispondente a questa misura). A maggior ragione considerato, come osserva DOLMETTA, [DOLMETTA, op. cit.], che la distinzione tra costi *up front* e *recurring* non ha poi tanto ragione d'essere, essendo anche i primi «strutturalmente legati alla avvenuta stipulazione di uno specifico contratto di credito e come tali destinati a riflettere la loro utilità rispetto a tutte le frazioni temporali in cui questo è, secondo il programma negoziale fissato dalle parti, destinato a durare». Di contrario avviso sembra, per es., ZOPPINI, [ZOPPINI, op. cit.].

La frase «*riduzione del costo totale del credito, pari all'importo degli interessi e dei costi dovuti per la vita residua del contratto*» non è di interpretazione univoca e l'interpretazione della predetta frase come riferentesi ad un metodo di calcolo (riduzione dei costi in misura proporzionale alla durata residua del contratto) trova un consistente appiglio letterale (come indicato anche dalla Corte UE) nel riferimento al «costo totale del credito».

Accertato, dunque, che l'interpretazione della Corte di Giustizia non è incompatibile con la lettera dell'art. 125-*sexies*, appare del tutto compatibile con tale disposizione il metodo interpretativo della Corte UE, che, per superare i contrasti tra le varie versioni linguistiche della trasposizione della Direttiva, utilizza ulteriori criteri interpretativi (criterio storico e finalistico, di tutela del consumatore) per supportare la scelta della suddetta interpretazione letterale dell'art. 16 della Direttiva, criteri che si attagliano perfettamente anche alla formulazione dell'art. 125-*sexies* e ai principi dell'ordinamento italiano.

Si osserva, inoltre, che le sentenze della Corte di Giustizia, sia pregiudiziali, sia emesse in sede di verifica della validità delle disposizioni, hanno *effetto retroattivo* [Cass., 8 febbraio 2016, n. 2468, in *www.cortedicassazione.it*: «La Corte di giustizia UE è l'unica autorità giudiziaria deputata all'interpretazione delle norme comunitarie, la quale ha carattere vincolante per il giudice nazionale, che può e deve applicarla anche ai rapporti giuridici sorti e costituiti prima della sentenza interpretativa. Ne consegue che a tali sentenze, sia pregiudiziali e sia emesse in sede di verifica della validità di una disposizione, va attribuito effetto retroattivo, salvo il limite dei rapporti ormai esauriti». Circa la natura dichiarativa e retroattiva delle sentenze della Corte di Giustizia si veda per es.: C. giust., 2 febbraio 1988, causa C-309/85, in *Foro it.*, 1988, IV, 11, 422, con nota di TRAVERSA, *Formazione professionale, accesso alle università e diritto comunitario*; C. giust., 6 ottobre 1982, causa C-283/81, in *Foro it.*, 1983, IV, 3, 63, con nota di TIZZANO].

Il limite alla loro efficacia è dunque quello dei c.d. *rapporti esauriti*.

Per tali si intendono quelle situazioni irretrattabili, così come individuate dalla Cassazione, sia con riferimento alle sentenze della Corte di Giustizia, sia con riferimento a quelle della Corte Costituzionale [Cass., 26 luglio 2019, n. 20342, in *www.cortedicassazione.it*: «L'efficacia retroattiva della sentenza della Corte di Giustizia incontra il limite della intangibilità dei cd. rapporti esauriti, ipotizzabile allorché una qualsiasi situazione

o rapporto giuridico diviene irretrattabile in presenza di determinati eventi, quali lo spirare di termini di prescrizione o decadenza, l'intervento di una sentenza passata in giudicato, o altri motivi previsti dalla legge, trattandosi di istituti posti a tutela del fondamentale principio, di preminente interesse costituzionale, della certezza del diritto e delle situazioni giuridiche»].

Né è fondata la tesi che invoca *il principio della certezza del diritto e la tutela dell'affidamento*, sanciti dai Trattati comunitari, per sostenere che una interpretazione con efficacia retroattiva della sentenza della Corte di Giustizia lederebbe la certezza del diritto e il legittimo affidamento della banca professionista di fronte ad una interpretazione costante e decennale dell'art. 125-*sexies* Tub (con conseguente obbligo della stessa di sostenere oneri di rimborso che erano stati imprevedibili, in tal senso, per es., ZOPPINI, op. cit.).

Infatti, il potere di limitare nel tempo l'efficacia delle sue decisioni compete alla Corte di Giustizia stessa, alla quale spetta, dunque, la valutazione e il bilanciamento degli interessi in gioco [Cass., 11 dicembre 2012, n. 22577: «[...] salvo la stessa Corte di giustizia decida eccezionalmente di limitare "ex nunc" gli effetti della propria decisione, con la finalità di fare salvi, e dunque, di non rimettere in discussione i rapporti giuridici costituiti in buona fede, nonché di salvaguardare il principio della certezza del diritto]».

Nel presente caso la Corte di Giustizia ha valutato come prevalente il principio di effettività della tutela giurisdizionale del consumatore (al quale espressamente fa riferimento), art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE, rispetto a quello dell'affidamento del professionista relativo a precedenti interpretazioni della legge (tra l'altro rilevando che il professionista non è eccessivamente penalizzato, potendo ricevere un indennizzo e potendo reimpiegare prima del previsto il denaro restituito anticipatamente).

L'efficacia retroattiva della sentenza Lexitor comporta dunque l'obbligo del giudice nazionale di conformarsi ad essa nell'interpretare l'art. 125-*sexies* anche relativamente ai rapporti pregressi, purché “non esauriti”.

3. La svolta del legislatore

Di fronte al variegato panorama giurisprudenziale e alla preoccupazione degli intermediari finanziari di dover rimborsare “il costo totale del credito” anche in relazione a contratti antecedenti all'emissione della sentenza Lexitor, il legislatore italiano, nel convertire il d.l. 25 maggio 2021, n. 73 (Decreto sostegni bis: «Misure urgenti connesse all'emergenza da covid-19, per le imprese, il lavoro, o giovani, la salute e i servizi territoriali») nella l. 23 luglio 2021 n. 106, introduce l'art. 11-*octies*, che riformula l'art. 125-*sexies* Tub.

Al comma 1 dell'art. 11-*octies* si prevede che l'art. 125-*sexies* sia sostituito dal seguente: «*Il consumatore può rimborsare anticipatamente in qualsiasi momento, in tutto o in parte, l'importo dovuto al finanziatore e, in tal caso, ha diritto alla riduzione, in misura proporzionale alla vita residua del contratto, degli interessi e di tutti i costi compresi nel costo totale del credito, escluse le imposte*».

Il comma 2 dell'art. 11-*octies* prevede che l'art. 125-*sexies*, come sostituito dal comma 1, lettera c), del medesimo articolo, «*si applica ai contratti sottoscritti successivamente alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto. Alle estinzioni anticipate dei contratti sottoscritti prima della data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto continuano ad applicarsi le disposizioni dell'articolo 125-*sexies* del testo unico di cui al decreto legislativo n. 385 del 1993 e le norme secondarie contenute nelle disposizioni di trasparenza e di vigilanza della Banca d'Italia vigenti alla data della sottoscrizione dei contratti*».

Sostanzialmente, mentre i nuovi *commi 4 e 5* del nuovo art. 125-*sexies* coincidono nei contenuti con i *commi 2 e 3* della vecchia formulazione e i nuovi *commi 2 e 3* stabiliscono i criteri per il calcolo del rimborso dovuto al consumatore e il diritto di regresso del finanziatore verso l'intermediario del credito, ad essere particolarmente significativi sono il nuovo *comma 1* dell'art. 125-*sexies*, che chiaramente prevede la *rimborsabilità del costo totale del credito*, in proporzione alla vita residua del contratto, *in conformità ai dettami della sentenza Lexitor*, e il *comma 2* dell'art. 11-*octies*, che *limita la rimborsabilità* del costo totale ai soli contratti conclusi successivamente alla data di entrata in vigore della legge 23 luglio 2021, n. 106, prevedendo, con *norma transitoria*, che per i *contratti sottoscritti prima* di tale legge continui ad applicarsi il "vecchio" art. 125-*sexies*, come interpretato dalle *norme secondarie* dettate dalla Banca d'Italia e vigenti alla data di sottoscrizione dei contratti.

4. La reazione all'introduzione della nuova normativa

La nuova formulazione dell'art. 125-*sexies*, e in particolare la previsione che il nuovo metodo di calcolo dei rimborsi indicato dalla sentenza Lexitor si applichi solo per il futuro, venendo di fatto sancita l'irretroattività della decisione della Corte di Giustizia, appare con evidenza diretto a salvare le banche dall'obbligo di provvedere ad ingenti rimborsi anche per i mutui in essere e per quelli già estinti (purché non sottoscritti prima del 2010).

Ma altrettanto evidente è la violazione dei principi comunitari, come sopra specificati, che la nuova legge pone in essere, bypassando l'efficacia retroattiva delle sentenze della Corte di Giustizia.

D'altronde, il legislatore italiano non è alieno dalla tendenza ad emettere *decreti salva banche*, come per esempio era successo a fine anni '90, quando la Suprema Corte aveva invertito l'orientamento con le innovative sentenze n. 2374 e 3096 del marzo 1999, dichiarando la nullità della previsione della capitalizzazione trimestrale degli interessi dovuti dal cliente alla banca, il Governo, con il d.lgs. 4 agosto 1999, n. 342 (decreto salva banche) aveva, utilizzando la legge delega 24 aprile 1998, n. 128, emanato l'art. 25, con il comma 3 del quale aveva, fra l'altro, disposto una sanatoria per il passato della capitalizzazione trimestrale degli interessi, e poi, però, la Corte Costituzionale, con sentenza 25 ottobre 2000, n. 425, aveva dichiarato la illegittimità costituzionale del suddetto comma 3° dell'art. 25 [v. sul punto, Trib. Torino, 17 dicembre 2002, in *Foro it.*, *Rep.* 2003, voce Consumatori e utenti, n. 29].

Tuttavia, la Banca d'Italia e la maggior parte delle pronunce dei giudici si allineano subito alla nuova legge.

In particolare, la Banca d'Italia, [comunicazione 1 dicembre 2021, pubblicata il 3 dicembre 2021, in www.bancaditalia.it], afferma che, alla luce del Decreto Sostegni bis, relativamente ai contratti conclusi tra il 19 settembre 2010 ed il 24 luglio 2021, essa, nello svolgimento della propria attività di vigilanza «*si atterrà alla nuova previsione di legge*» senza «*dare seguito alle proprie “linee orientative” del 4 dicembre 2019*», ormai superate.

E fornisce una vera e propria interpretazione autentica delle disposizioni di “*Trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari*”, ossia di quelle disposizioni richiamate dall'art. 11-*octies* comma 2 citato, sottolineando che esse stabiliscono che le modalità di calcolo della riduzione del costo totale del credito a cui il consumatore ha diritto in caso di estinzione anticipata includono l'indicazione degli oneri che maturano nel corso del rapporto e che devono quindi essere restituiti per la parte non maturata, dal finanziatore o da terzi, al consumatore, se questi li ha corrisposti anticipatamente al finanziatore.

Mentre, aggiunge la Banca d'Italia, le “linee orientative” del 2019 non sono state adottate alla stregua di atto della Banca d'Italia avente valore regolamentare ai sensi dell'art. 4 del Tub ovvero dell'art. 23, l. 28 dicembre 2005, n. 262 e non possono dunque essere considerate «norme secondarie contenute nelle disposizioni di trasparenza e di vigilanza della Banca d'Italia», come richiamate dall'art. 11-*octies*, co. 2.

Nella maggior parte delle pronunce giudiziarie (tutte in www.expartecreditoris.it, se non diversamente specificato), poi, non vi è alcun dubbio sul fatto che il rimborso *all inclusive* valga solo per i rapporti successivi al 25 luglio 2021.

In tal senso, per esempio, G.d.P. Piombino, 16 agosto 2021, n. 66, G.d.P. Torino, 25 ottobre 2021, n. 2631, Cass., 30 luglio 2021, n. 21925, Cass., 31 agosto 2021, n. 23655, Trib. Nola, 8 novembre 2021, G.d.P. Genova, 25 novembre 2021, n. 2161, G.d.P. Ivrea, 9 dicembre 2021, n. 671, G.d.P. Nola, 13 dicembre 2021, n. 4572, G.d.P. Catania, 7 gennaio 2022, n. 18, G.d.P. Dolo, 6 aprile 2022, n. 33, Trib. Cremona, 28 aprile 2022, n. 228, G.d.P. Roma, 2 maggio 2022, n. 7873, G.d.P. Milano, 18 luglio 2022, n. 4958.

Alcuni giudici, però, hanno espresso delle voci “fuori dal coro”.

In tal senso Trib. Savona, 15 settembre 2021, n. 680, che afferma che non possa predicarsi la non applicabilità ai contratti sottoscritti in epoca antecedente al 25 luglio 2021 del principio per cui ogni voce di costo funzionalmente legata al finanziamento deve intendersi per ciò solo ripartita sull'intera durata del contratto ed è perciò dovuta per il tratto residuo, indipendentemente dal profilo che attiene alla causa del costo...altrimenti si snaturerebbe la versione precedente della citata norma, cui verrebbe attribuita una portata molto diversa da quella della direttiva di cui, costituiva recepimento ed attuazione...Pertanto, il principio di irretroattività sancito dal predetto art. 11-*octies* non può che riferirsi ai commi 2 e 3 dell'art. 125-*sexies* Tub e cioè ai due commi di nuova introduzione, mentre non può riguardare il comma 1, diversamente ponendosi in contrasto con la normativa europea e con la giurisprudenza della Corte Europea di Giustizia, con la conseguente necessaria parziale disapplicazione, in tal caso, dell'art. 11-*octies* della l. n. 106/2021.

Sono conformi a questa interpretazione: G.d.P. Torino 20 settembre 2021, n. 2261 e G.d.P. 23 settembre 2021, n. 2313 [entrambe in www.monopolistudiolegale.it], Trib. Napoli, 23 settembre 2021 [in www.dirittobancario.it], Trib. Napoli, 13 ottobre 2021 e Trib. Napoli, 15 ottobre 2021, n. 8507 [entrambe in www.monopolistudiolegale.it], che evidenzia la genericità del rinvio operato nella suddetta norma «*alle norme secondarie*», posto che le circolari di Banca d'Italia, di contenuto vario e diverso tra loro, non sono suscettibili di applicazione diretta, soprattutto se contrarie a norme imperative, quali la normativa europea e la giurisprudenza della Corte di Giustizia.

Il Collegio Coordinamento ABF, con decisione 15 ottobre 2021, n. 21676, a sua volta, ha escluso la possibilità di disapplicazione dell'art. 11-*octies*, osservando che, rispetto a questo intervento del legislatore ed alla chiara posizione che questi ha espresso per un trattamento differenziato nel tempo, *non è possibile un'interpretazione conforme* alla sentenza della Corte di Giustizia in quanto manifestamente *contra legem*, né è possibile una *disapplicazione* della norma nazionale, dal momento che la norma comunitaria interpretata dalla Corte di Giustizia è una direttiva priva di efficacia diretta nei rapporti tra privati; inoltre tale intervento del legislatore si pone in linea con quanto fatto da altri Paesi europei e risponde ad evidenti esigenze di tutela del legittimo affidamento del finanziatore.

5. Il ricorso alla Corte Costituzionale

Prendendo spunto dalle pronunce sopra riportate, che sottolineano la forza vincolante della sentenza della Corte di Giustizia, e dall'analisi dottrinale dei principi del diritto comunitario, con ordinanza del 2 novembre 2021 il Tribunale di Torino, sezione prima civile (con nota di FERRAGUTO e NATALE, *I finanziamenti ai consumatori approdano alla Consulta*, in www.quotidianogiuridico.it e in www.dirittobancario.it), ha sollevato, in riferimento agli artt. 3, 11 e 117, primo comma, Cost., in relazione all'art. 16, paragrafo 1, dir. 2008/48/CE, come interpretato dalla Corte di giustizia dell'Unione europea (C. giust. 11 settembre 2019, causa C-383/18, in eur-lex.europa.eu), questioni di legittimità costituzionale dell'art. 11-*octies*, comma 2, d.l. n. 73/2021, conv. nella l. n. 106/2021, «*nelle parti in cui prevede che alle estinzioni anticipate dei contratti sottoscritti prima della data di entrata in vigore della predetta legge di conversione continuano ad applicarsi le disposizioni dell'articolo 125-sexies TU 385/1993 e le norme secondarie contenute nelle disposizioni di trasparenza e di vigilanza della Banca d'Italia vigenti alla data della sottoscrizione dei contratti, e limita ai contratti sottoscritti successivamente all'entrata in vigore della legge il principio, espresso nell'art. 16 par. 1 Direttiva 2008/48/CE, come interpretata dalla sentenza Lexitor e recepito nel novellato art. 125-sexies comma 1 Tub, che "il consumatore che rimborsa anticipatamente, in tutto o in parte, l'importo dovuto al finanziatore ha diritto alla riduzione, in misura proporzionale alla vita residua del contratto, degli interessi e di tutti i costi compresi nel costo totale del credito, escluse le imposte"*».

A fronte del quadro normativo e giurisprudenziale sopra descritto, il Tribunale di Torino ritiene che la citata disciplina avrebbe reso *impossibile*, per i contratti conclusi prima dell'entrata in vigore della legge di conversione n. 106/2021, una *interpretazione*

conforme al diritto dell'Unione europea dell'art. 125-*sexies*, comma 1, Tub nella sua originaria formulazione.

Infatti, l'art. 11-*octies*, dopo aver riformulato, con *il comma 1*, lettera c), l'art. 125-*sexies*, comma 1, Tub, in senso strettamente fedele all'interpretazione fornita dalla sentenza Lexitor, e dopo aver altresì introdotto nuove disposizioni in tale articolo, ha poi previsto, *nel comma 2*, l'applicazione della *nuova formulazione* dell'art. 125-*sexies ai soli contratti conclusi dopo* l'entrata in vigore della legge di conversione. Al contempo, per i contratti conclusi prima di tale momento ha stabilito che continuassero, invece, «ad applicarsi le *disposizioni dell'articolo 125-*sexies* Tub e le norme secondarie* contenute nelle disposizioni di trasparenza e di vigilanza della Banca d'Italia vigenti alla data della sottoscrizione dei contratti».

Il riferimento alle «*norme secondarie* contenute nelle disposizioni di trasparenza e di vigilanza della Banca d'Italia *vigenti* alla data di sottoscrizione dei contratti» non avrebbe il carattere del «rinvio formale a quanto previsto dalla Banca d'Italia come fonte secondaria del diritto», ma sarebbe un *rinvio recettizio* a norme «*già emanate*, delle quali il contenuto è noto: cioè le disposizioni relative alla «Trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari – Correttezza delle relazioni tra intermediari e clienti», approvate dalla Banca d'Italia il *29 luglio 2009* e riviste il *9 febbraio 2011*, che prevedono che «nei contratti di credito con cessione del quinto dello stipendio o della pensione e nelle fattispecie assimilate, le modalità di calcolo della riduzione del costo totale del credito a cui il consumatore ha diritto in caso di estinzione anticipata includono l'indicazione degli *oneri che maturano* nel corso del rapporto e che devono quindi essere restituiti per la parte non maturata, dal finanziatore o da terzi, al consumatore, se questi li ha corrisposti anticipatamente al finanziatore».

Ad avviso del rimettente, tale rinvio a norme secondarie, che *univocamente escludono la ripetibilità*, da parte del consumatore, dei costi sostenuti al momento della conclusione del contratto, renderebbe evidente la ratio dell'intervento legislativo finalizzato a «salvaguardare il legittimo affidamento degli intermediari finanziari e dei professionisti operanti nel settore».

Al contempo, tale inserzione andrebbe a «*precludere la possibilità di un'interpretazione conforme* ai principi espressi da Lexitor» dell'art. 125-*sexies* t.u. bancario nella sua originaria formulazione che, prima, sarebbe stato invece «permeabile» a tali principi.

Di conseguenza, il Tribunale di Torino, *esclusa la possibilità di fare ricorso all'istituto della non applicazione*, non sussistendo l'efficacia diretta dell'art. 16, paragrafo 1, della dir. 2008/48/CE, ravvisa nell'art. 11-*octies*, comma 2, del d.l. n. 73/2021, come convertito, plurimi *profili di illegittimità costituzionale*, in quanto esso violerebbe gli artt. 11 e 117, primo comma, Cost., integrando un *inadempimento post factum* della dir. 2008/48/CE e contrastando con il principio *dell'efficacia retroattiva* delle sentenze interpretative della Corte di giustizia, e violerebbe altresì *l'art. 3 Cost.*, in quanto la disposizione censurata realizzerebbe una irragionevole disparità di trattamento, non giustificata dalle fonti europee, fra contratti conclusi anteriormente e successivamente al 25 luglio 2021.

Nel commentare questa ordinanza del Tribunale di Torino (osservando che in effetti l'art. 11-*octies*, comma secondo, appare delineare un assetto disciplinare che si pone

in diretto contrasto con i principi espressi dalla sentenza *Lexitor*, nella misura in cui consente alle imprese di trattenere in sede di estinzione anticipata gli oneri *up front* dei contratti stipulati sino al 25 luglio 2021), è stato suggerito (MAGER, *L'ABF e il tentativo italiano di contenere gli effetti della pronuncia Lexitor. Prime note a Collegio Coordinamento n. 21676/2021 in attesa dell'intervento della Corte Costituzionale*, in *Riv. dir. banc.*, 2021, 4, 477) che i tribunali sospendessero o rinviassero le cause concernenti il rimborso dei costi inerenti i mutui anticipatamente estinti, in attesa della Corte Costituzionale, cosa che in effetti in molti casi è stata fatta.

Lo stesso autore ha osservato che si sarebbe anche potuta verificare la disapplicazione, da parte di alcuni tribunali, della norma di cui all'art. 11-*octies*, per contrasto con quella europea (situazione questa, però, in realtà non realizzatasi, anche per quanto osservato nell'ordinanza di Torino circa l'impossibilità di disapplicazione, sopra ricordata) e si è augurato (condivisibilmente) che la Corte Costituzionale tenesse «fermi nell'ordinamento interno i principi sanciti dalla sentenza *Lexitor* rispetto a tutti i contratti del settore, indipendentemente dal momento della loro stipula; ciò nell'ottica del perseguimento dell'obiettivo della tutela effettiva del cliente consumatore, e a prescindere dalla soluzione tecnica che sarebbe stata in concreto adottata dalla Consulta (sentenza di accoglimento; pronuncia di inammissibilità o di rigetto con effetto "interpretativo" dell'art. 11-*octies*, comma secondo, in senso conforme al diritto europeo)», segnalando, tra le opzioni a disposizioni della Corte, quella – sia pur ritenendola confliggente con la giurisprudenza della corte europea (che non ammette limitazioni nel tempo degli effetti delle proprie pronunce operate su successivi rinvii pregiudiziali) – dell'instaurazione di un «dialogo» tra Corti.

Ugualmente, è stata sottolineata l'incostituzionalità della norma in esame, osservandosi che essa attribuisce, in via retroattiva, valore di legge a un provvedimento amministrativo, cioè ai già richiamati provvedimenti della Autorità di Vigilanza emanati tra il 2009 e il 2018 [DOLMETTA nell'intervista a cura di PEZZATI, *Finanziamenti, dubbi sulla costituzionalità della norma che aggira sentenza Ue su Lexitor*, in *Il Sole 24 plus*, 18 luglio 2021].

6. La decisione della Corte Costituzionale n. 263 del 22 dicembre 2022

La Corte costituzionale [nella sentenza 22 dicembre 2022, n. 263, in *www.ip-soa.it*], dopo aver ricostruito il quadro normativo e giurisprudenziale nello stesso modo di cui ai paragrafi precedenti del presente scritto, ha ribadito *l'interpretazione del diritto comunitario* seguita dal rimettente e ha individuato i *profili di illegittimità costituzionale* dell'art. 11-*octies*, comma 2, impugnato, aderendo alle prospettazioni dell'impugnazione (con esclusione solo della violazione dell'art. 3 Cost., per carente motivazione sul punto) e scegliendo la strada della dichiarazione della parziale illegittimità costituzionale di tale norma.

In primo luogo la Corte si sofferma sul significato che riveste il rispetto dell'interpretazione fornita dalla sentenza della Corte di giustizia *Lexitor*, nel quadro dei vincoli derivanti dall'appartenenza dell'Italia all'Unione europea, osservando che il *dovere di*

attenersi a tali vincoli ricomprende le *sentenze rese dalla Corte di giustizia in sede interpretativa*, in conformità al ruolo che l'art. 19, paragrafo 1, del Trattato sull'Unione europea assegna alla Corte UE [di recente, C. cost., 11 marzo 2022, n. 67 e C. cost., 4 marzo 2022, n. 54].

Se, dunque, continua la Corte Costituzionale, le sentenze adottate in via pregiudiziale compongono il quadro dei parametri sovranazionali che, attraverso il filtro degli artt. 11 e 117, primo comma, Cost., consentono ad essa di esercitare il vaglio di costituzionalità, è la stessa Corte di giustizia, nel suo ruolo di interprete qualificato del diritto dell'Unione europea, a chiarire che *la «sentenza pregiudiziale ha valore non costitutivo bensì puramente dichiarativo, con la conseguenza che i suoi effetti risalgono, in linea di principio, alla data di entrata in vigore della norma interpretata»* [C. gius., 10 marzo 2022, causa C-177/20, punto 41 ss.].

Ne deriva che *solo in via del tutto eccezionale* la Corte di Giustizia, applicando il principio generale della certezza del diritto intrinseco all'ordinamento giuridico dell'Unione, può essere indotta a limitare la possibilità per gli interessati di far valere una disposizione da essa interpretata onde rimettere in discussione rapporti giuridici costituiti in buona fede [C. giust., 20 dicembre 2017, causa C-516/16, punto 89 ss.].

In ogni caso, precisa la Corte Costituzionale, spetta solo alla Corte di Giustizia, alla luce dell'esigenza fondamentale dell'applicazione uniforme e generale del diritto dell'Unione, decidere sulle limitazioni nel tempo da apportare all'interpretazione che essa fornisce, ed essa può farlo esclusivamente *«nella sentenza stessa che statuisce sull'interpretazione richiesta»*, mentre non è consentita una modulazione temporale dei suoi effetti da parte dei singoli Stati membri, i quali possono far valere le ragioni a sostegno di una modulazione temporale degli effetti della pronuncia – ossia «la buona fede degli ambienti interessati» e il «rischio di gravi ripercussioni economiche» con lo stesso rinvio pregiudiziale o producendo osservazioni nel corso del relativo giudizio.

A questo punto la Corte esamina la norma cesurata e osserva che tra gli indici ermeneutici che evidenziano l'intento del legislatore e il senso della disposizione censurata, quello maggiormente rivelatore è costituito dalla scelta di associare, alla disciplina antecedente sui rimborsi anticipati, che continua a operare per i contratti conclusi prima dell'entrata in vigore della nuova legge, il richiamo alle norme secondarie vigenti alla data di sottoscrizione dei contratti.

Il riferimento, chiaro, è alle *norme regolamentari di trasparenza e di vigilanza «vigenti»*, cioè operanti fra l'entrata in vigore del d.lgs. n. 141/2010, che ha introdotto il pregresso art. 125-*sexies*, e l'entrata in vigore della l. n. 106/2021, vale a dire le disposizioni che il 9 febbraio 2011 hanno emendato quelle approvate il 29 luglio 2009.

Si tratta, dunque, da un lato, delle norme che esplicitano che il diritto alla riduzione si riferisce ai costi *recurring* (Sezione VII) e, da un altro lato, delle norme che si soffermano sull'esigenza che siano quantificati «in maniera chiara, dettagliata e inequivoca gli oneri che maturano nel corso del rapporto», precisandosi che debbano essere restituiti al consumatore, in caso di estinzione anticipata, solo quelli non maturati (Sezioni VII-bis e XI).

Né vale rilevare – come sostiene l'Avvocatura dello Stato – che la stessa Banca d'Italia, dopo la sentenza *Lexitor*, si sarebbe conformata alle indicazioni della Corte di

giustizia con le «linee orientative» del 4 dicembre 2019, perché si tratta di un atto della Banca d'Italia che non contiene disposizioni precettive in materia di trasparenza e di vigilanza, suscettibili di essere evocate dall'art. 11 *octies*, comma 2, in quanto le sue previsioni non hanno integrato o emendato i precedenti provvedimenti pubblicati in Gazzetta Ufficiale (lo ha chiarito la stessa Banca d'Italia con la successiva comunicazione del 1° dicembre 2021).

Inoltre, precisa la Corte, anche supponendo che tali linee guida siano implicitamente richiamate, questo non salverebbe la correttezza del rinvio, in quanto quelle stesse linee guida fanno riferimento solo «ai nuovi contratti di credito ai consumatori», mentre la sentenza Lexitor impone un adeguamento interpretativo anche per i contratti conclusi prima del 2019.

In sostanza, le norme secondarie della Banca d'Italia richiamate dall'art. 11-*octies*, comma 2, avallano l'interpretazione del precedente art. 125-*sexies*, comma 1, *riferito unicamente ai costi recurring*, a dispetto dell'interpretazione fornita dalla Corte di giustizia, che non ha voluto lasciare alla mera trasparenza la tutela dei consumatori, ritenendo il rischio di abusi nei loro confronti tale da richiedere una protezione sostanziale ed effettiva, attraverso la riduzione proporzionale di tutti i costi del credito, strumento che opera a prescindere dal rispetto dei citati doveri.

In definitiva, attraverso *il rinvio a precise norme regolamentari* contenute nelle disposizioni di trasparenza e di vigilanza della Banca d'Italia, *risulta univoco l'intento del legislatore* di fissare per il passato un contenuto della norma circoscritto alla interpretazione antecedente alla sentenza Lexitor e che si discosta dai contenuti della citata pronuncia.

Questa conclusione, osserva la Corte, conferma la correttezza di quanto assunto dal rimettente, vale a dire *l'impossibilità* – dopo l'intervento legislativo del 2021 – di *accedere a una interpretazione conforme* al diritto dell'Unione, come interpretato nella sentenza Lexitor, del precedente art. 125-*sexies*.

E condivide la tesi del rimettente, secondo cui sarebbe impossibile interpretare l'intero art. 11-*octies*, comma 2, in senso conforme alla pronuncia della Corte di giustizia, riferendo la irretroattività prevista dalla disposizione censurata *ai soli nuovi commi 2 e 3* del riformato art. 125-*sexies* T.U. bancario. Il comma 2 dell'art. 11-*octies*, con il suo peculiare riferimento alle norme secondarie, circoscrive il contenuto del precedente art. 125-*sexies* a un significato incompatibile con la sentenza Lexitor.

A questo punto la Corte Costituzionale afferma che chiaramente il legislatore ha voluto *proteggere l'affidamento* che ha ritenuto ingenerato, nei finanziatori e negli intermediari, dall'interpretazione, che era stata data prima della sentenza Lexitor alla precedente formulazione dell'art. 125-*sexies* e che era stata avallata dalle norme secondarie adottate dalla Banca d'Italia, intendendo tutelare finanche chi avesse concluso il contratto dopo la pubblicazione della sentenza Lexitor.

E sottolinea che non sembra, viceversa, che il legislatore abbia ritenuto che un tale affidamento fosse stato ingenerato solo dal dato testuale della precedente formulazione dell'art. 125-*sexies*, perché, se avesse ritenuto che tale formulazione avesse avuto un significato univoco (riduzione dei soli costi *recurring*), non avrebbe imposto l'interpretazione che di tale articolo avevano indicato le norme secondarie della Banca d'Italia.

La Corte precisa inoltre che si deve confutare la tesi che vorrebbe affermare la netta divergenza del dato testuale del vecchio art. 125-*sexies* da quello dell'art. 16, paragrafo 1, della dir. 2008/48/CE, deducendone l'impossibilità di recepire il contenuto prospettato dalla sentenza *Lexitor*, perché, se è vero che l'espressione riduzione «che comprende gli interessi e i costi» è più lata rispetto alla formula che parla di una riduzione «pari agli interessi e ai costi», tuttavia, il perno dell'interpretazione della disposizione risiede in altri indici testuali.

Sono, a tal riguardo, decisivi, osserva la Corte, da un lato, il paradigma cui è riferita la riduzione, vale a dire «*il costo totale del credito*», e, da un altro lato, la nozione di «*costi dovuti per la durata residua del contratto*».

In particolare, la preposizione «per» può riferirsi tanto ai costi dovuti «lungo» la durata del contratto, i soli costi cosiddetti *recurring*, quanto ai costi dovuti «in funzione della» durata del contratto, il che evoca la misura della riduzione. Questo secondo, possibile significato della preposizione collima, con il paradigma cui si riferisce la riduzione, che è dato dal costo totale del credito, poiché in tanto si giustifica tale richiamo, in *quanto tutti i costi* siano riducibili e lo siano, dunque, in funzione della durata residua del contratto, che diviene la misura della riduzione proporzionale.

La Corte Costituzionale afferma, pertanto, che, prima dell'intervento legislativo del 2021, *l'interpretazione conforme alla sentenza Lexitor*, sostenuta dall'ABF e dalla giurisprudenza di merito, *non fosse contra legem* e fosse, oltre che possibile, doverosa rispetto a quanto deciso dalla Corte di giustizia.

Quest'ultima, se riconosce *quali limiti* all'adeguamento in via ermeneutica al diritto dell'Unione europea, oltre all'*interpretazione contra legem*, il rispetto dei *principi generali* del diritto [di recente, C. giust., 18 gennaio 2022, causa C-261/20, punto 28], in pari tempo, chiarisce che il giudice nazionale non può sottrarsi al citato obbligo di interpretazione conforme «per il solo fatto di aver costantemente interpretato la disposizione in un senso che è incompatibile con il diritto dell'Unione europea, come interpretato dalla Corte di giustizia» [C. giust., 19 aprile 2016, causa C-441/14, punto 34]. Di conseguenza, non possono «*i principi della certezza del diritto e della tutela del legittimo affidamento* rimettere in discussione tale obbligo», né può il giudice operare una limitazione nel tempo degli effetti della pronuncia interpretativa [come precisa C. giust., 21 dicembre 2016, cause C-154/15, C-307/15 e C-308/15].

Ne discende che il legislatore del 2021, prevedendo una disposizione (l'art. 11-*octies*, comma 2) che cristallizza il contenuto normativo dell'originaria formulazione dell'art. 125-*sexies* in senso difforme rispetto al contenuto della sentenza *Lexitor*, così inibendo l'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea, ha integrato un *inadempimento agli obblighi* «derivanti dall'ordinamento comunitario» (art. 117, primo comma, Cost.).

La Corte, poi, osserva che, accertato il parziale inadempimento sopravvenuto in cui è incorso il legislatore statale, non vale obiettare che il solo rimedio per tale inadempimento sia costituito dalla *responsabilità civile dello Stato*.

Vero è che, rispetto alla disposizione censurata, introdotta nel 2021, va escluso il ricorso, oltre che all'*interpretazione conforme*, anche al rimedio della *non applicazione*,

in quanto l'art. 16, paragrafo 1, della Dir. 2008/48/CE non ha effetto diretto in controversie orizzontali, il che impedisce al giudice di non applicare la disposizione di diritto interno da esso divergente.

E non può negarsi che, se l'antinomia fra ordinamento nazionale e direttiva non può essere ricomposta mediante il ricorso all'interpretazione conforme, né ricorrendo alla non applicazione della norma nazionale – trattandosi di una controversia orizzontale –, i soggetti privati lesi non potranno che avvalersi della responsabilità civile dello Stato per inadempimento commissivo, ossia per inesatta attuazione della direttiva.

Nondimeno, si colloca su tutt'altro piano l'iniziativa del giudice che sollevi dinanzi a questa Corte *questioni di legittimità costituzionale*, lamentando, proprio in presenza di norme prive di efficacia diretta e stante l'impossibilità di procedere all'interpretazione conforme, *la violazione dell'obbligo del legislatore di rispettare i vincoli* derivanti dall'appartenenza dell'Italia all'Unione europea.

In virtù degli artt. 11 e 117, primo comma, Cost., la Corte Costituzionale è, infatti, garante del rispetto di tali vincoli e, pertanto, deve dichiarare l'illegittimità costituzionale di una norma che *contrasta con il contenuto di una direttiva, come interpretata dalla Corte di giustizia* in sede di rinvio pregiudiziale, con una sentenza dotata di *efficacia retroattiva*.

Né, sottolinea la Corte Costituzionale, la pretesa *tutela dell'affidamento* dei finanziatori e degli intermediari nella versione italiana della direttiva può giustificare la violazione degli obblighi assunti dallo Stato nei riguardi dell'Unione. Un intervento del legislatore a tutela dei titolari di tale affidamento non poteva (e non potrebbe) incidere sugli impegni assunti con l'Unione europea, né, di riflesso, pregiudicare gli interessi dei consumatori.

In ogni caso, vanno anche rammentati i rilievi della Corte di giustizia, secondo la quale i concedenti il credito, da un lato, trovano una tutela nel diritto all'equo indennizzo per l'estinzione anticipata del credito, e, da un altro lato, con l'incasso anticipato della somma erogata possono concludere un nuovo contratto di finanziamento.

La Corte Costituzionale conclude osservando che, posto che la precedente formulazione dell'art. 125-*sexies*, tuttora vigente, in virtù dell'art. 11-*sexies*, comma 2, per i contratti conclusi prima dell'entrata in vigore della l. n. 106/2021, è – secondo questa Corte – compatibile sul piano letterale con una *interpretazione conforme* alla sentenza Lexitor, tant'è che era stata già oggetto di tale adeguamento interpretativo, e posto che, sempre secondo questa Corte, il vulnus ai principi costituzionali censurati risiede *proprio nel raccordo con le specifiche norme secondarie* evocate dall'art. 11-*octies*, comma 2, le questioni di legittimità costituzionale possono essere accolte in linea con la prospettazione del giudice rimettente.

La disposizione censurata deve, dunque, ritenersi *costituzionalmente illegittima* limitatamente alle parole «*e le norme secondarie* contenute nelle disposizioni di trasparenza e di vigilanza della Banca d'Italia», sicché l'art. 125-*sexies*, comma 1, Tub, che resta vigente per i contratti conclusi prima dell'entrata in vigore della l. n. 106/2021, in virtù dell'art. 11-*sexies*, comma 2, può nuovamente accogliere il solo contenuto normativo conforme alla sentenza Lexitor.

Al contempo, *il nuovo testo* dell'art. 125-*sexies*, comma 1, t.u. bancario, introdotto con l'art. 11-*octies*, comma 1, lettera c), oltre a valere per il futuro, contribuisce a consolidare il contenuto normativo della precedente formulazione dell'art. 125-*sexies*, comma 1, Tub, in senso conforme alla sentenza Lexitor.

Pertanto, chiaramente la decisione della *Corte Costituzionale* consente di affermare che l'interpretazione dell'art. 16 della dir. 2008/48/CE (e del coincidente “vecchio” art. 125-*sexies*, introdotto dalla l. n. 141/210) resa dalla sentenza Lexitor della Corte UE è *vincolante* per l'ordinamento italiano.

Ed inoltre che il precedente art. 125-*sexies*, ancora in vigore per i contratti sottoscritti tra il 2010 e l'entrata in vigore della l. 106/2021, va *interpretato in conformità con l'interpretazione resa dalla sentenza Lexitor*, essendo illegittimo il richiamo alle norme secondarie della Banca d'Italia, che invece limitavano il diritto del consumatore al rimborso dei soli costi *recurring*.

Per tale motivo, essendo impossibile interpretare l'intero art. 11-*octies*, comma 2, in senso conforme alla pronuncia della Corte di giustizia (a causa del predetto richiamo alle norme secondarie della Banca d'Italia), tale comma 2 va dichiarato incostituzionale relativamente alle parole «*e le norme secondarie* contenute nelle disposizioni di trasparenza e di vigilanza della Banca d'Italia».

7. Dopo la pronuncia della Corte Costituzionale

Al termine dell'esame del panorama normativo e giudiziario che ha accompagnato la fattispecie del rimborso dei costi sopportati da coloro che estinguono anticipatamente i mutui bancari, si potrebbe osservare che la legge emessa dal governo Draghi abbia cercato di trovare un efficace compromesso [si veda “nota di richiami” alla sentenza della C. cost., 22 dicembre 2022, n. 263, in *Foro it.*, 2023, I, 2, 329 ss.] tra l'esigenza dei consumatori di essere ristorati dei predetti costi, dopo aver utilmente estinto anticipatamente i finanziamenti (prevedendo che ciò accada solo per i contratti di nuova sottoscrizione), e l'affidamento che le Banche avevano fatto su di una costante interpretazione giurisprudenziale, che le salvava dal dovere di rimborsare anche i costi *up front*.

In tal senso alcuni commentatori che, ancora prima dell'emanazione della legge, hanno continuato ad affermare che non dovrebbero essere rimborsati alcuni costi non obbligatori o anteriori al contratto di credito (come, ad es., i costi determinati dalla intermediazione creditizia e dall'assicurazione), suggerendo di espungere dai costi *up front* almeno queste ultime voci ed eventualmente i costi di istruzione della pratica – che non dovrebbero cambiare a seconda dell'ammontare e della durata finanziamento –, hanno sottolineato il rischio che, altrimenti, per correre ai ripari, gli istituti di credito potrebbero riversare i costi sull'ammontare degli interessi corrispettivi, oppure sull'equo indennizzo per il rimborso anticipato, e hanno pertanto salutato favorevolmente quella che era allora una proposta di legge, che limitava solo al futuro il rimborso proporzionale di tutti i costi [si veda, per es., ALPA, *Il caso Lexitor e l'estinzione anticipata del debito nel rapporto di credito al consumo*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 2021, 2, 220].

Tuttavia, la Corte Costituzionale (come aveva già fatto la parte della giurisprudenza

più cosciente dei principi del diritto comunitario) ha efficacemente sottolineato l'incostituzionalità di questa scelta del legislatore, riaffermando il principio fondamentale dell'*efficacia vincolante* (per tutti i paesi dell'Unione) e *retroattiva* delle sentenze della Corte di Giustizia, unico organo deputato a interpretare le disposizioni del diritto comunitario e le norme nazionali che ad esse si adeguano [si veda per es., PAGLIANTINI, *In difesa di un'interpretazione adeguatrice senza se e senza ma*, in *Foro it.*, I, 2, 2023, 372: «*chi scrive [...] è annoverabile, a pieno titolo, tra coloro: a) che sono scettici su di una distinzione ontologica, nel senso di oggettiva e classificatoria, tra costi recurring e costi up-front; b) reputano un'iperbole invocare i controlimiti a tutela dell'affidamento nutrito dagli intermediari finanziari sull'interpretazione, meno favorevole al consumatore, che la Lexitor ha disatteso; c) trovano che il rinvio pregiudiziale UniCredit Bank Austria AG (C-555/21), prossimo alla definizione, non sia decisivo ai fini di un cambio di rotta della Corte di giustizia sull'interpretazione dell'art. 16 della direttiva 2008/48; d) reputano destituiti di ogni fondamento i tentativi, più o meno sofisticati, fin qui imbastiti per riconoscere alle alte corti nazionali una potestà concorrente di limitare nel tempo, per ragioni di ordine pubblico economico, le sentenze interpretative della Corte di giustizia»].*

La protezione delle banche, insomma, non può costituire giustificazione per la violazione, da parte dello Stato, dei principi del diritto comunitario.

Ciononostante, dopo la pronuncia della Corte Costituzionale del 22 dicembre 2023, le Banche, nelle vertenze giudiziarie già in corso, hanno cercato di limitarne gli effetti, sostenendo, per esempio, che la differenza tra costi *recurring* e *up front* resti attuale e pienamente vigente, atteso che l'art. 6 bis comma 3 lett. b) d.p.r. 5 gennaio 1950, n. 180 rimane immune dalla declaratoria di illegittimità costituzionale sancita dalla sentenza C. cost. 22 dicembre 2022, n. 263, cit. -, restando l'effetto emendativo di tale sentenza riservato alla normativa oggetto di scrutinio da parte della Corte Costituzionale, ossia l'art. 11-octies, comma 2.

Più specificamente, il d.lgs. 19 settembre 2012, n. 169 ha apportato variazioni al d.lgs. 13 agosto 2010, n. 141 e ha modificato il d.p.r. n. 180/1950 (relativo alla concessione dei prestiti verso cessione di quote di stipendio); in particolare, l'art. 6 bis del d.p.r. n. 180/1950 dispone che è compito della Banca d'Italia definire le disposizioni volte «*a rendere la struttura delle commissioni trasparente, in modo da permettere al cliente di distinguere le componenti di costo dovute all'intermediario e quelle dovute a terzi, nonché gli oneri che devono essere rimborsati in caso di estinzione anticipata dal contratto*».

Secondo le Banche, poiché l'intervento della Corte Costituzionale non ha abrogato integralmente il regime transitorio introdotto dalla l. n. 106/2021, sono state mantenute in vita parte delle norme applicabili ai finanziamenti sorti prima del 25 luglio 2021 e concepite dal legislatore per confermare l'esclusione della rimborsabilità dei costi *up-front*: infatti, l'interpretazione dell'art. 125-sexies Tub "vecchio testo" – in cui il legislatore ha previsto il diritto ad "una riduzione" e non "alla riduzione" del costo totale del credito - in combinato disposto con l'art. 6 bis del dpr n. 180/1950 assumerebbe un significato univoco, nel senso di obbligo di rimborso solo dei costi dovuti per la residua vita del contratto (*recurring*).

Tuttavia, a tali osservazioni va risposto che la Corte Costituzionale ha *dichiarato incostituzionale* il rinvio ricettizio a tutte le norme di rango secondario che avallano l'interpretazione del precedente art. 125-sexies Tub come riferito ai soli costi *recurring*.

La Corte è molto chiara nel precisare che l'art. 11 octies della l. n. 106/2021 ha recepito il principio della sentenza Lexitor secondo cui in caso di estinzione anticipata è necessario rimborsare al consumatore sia i costi *recurring*, sia i costi *up-front*, ma ne ha limitato l'efficacia nel tempo ai soli contratti successivi al 25 luglio 2021, mantenendo la ripetibilità dei soli costi *recurring* in caso di estinzione anticipata dei contratti anteriori a tale data, e che questo risultato è stato ottenuto *mediante il richiamo* (art. 11-octies, comma 2) alle *norme secondarie* della Banca d'Italia che avallavano l'interpretazione della rimborsabilità dei soli costi *recurring*.

La Corte ha affermato che questa operazione legislativa è stata fatta «*a dispetto dell'interpretazione fornita dalla Corte di Giustizia, che non ha voluto lasciare alla mera trasparenza la tutela dei consumatori, ritenendo il rischio di abusi nei loro confronti tale da richiedere una protezione sostanziale ed effettiva, attraverso la riduzione proporzionale di tutti i costi del credito*». Ed ha osservato che «*le norme di rango secondario – in ragione della loro delimitazione temporale e oggettiva – cristallizzano una determinata interpretazione dell'art. 125 sexies comma 1 Tub*», per cui «*il dovere di applicare, al contempo, il citato articolo e tali norme secondarie equivale ad attribuire per legge alla precedente formulazione dell'art. 125 sexies Tub... il solo significato compatibile con le norme secondarie. Così facendo, la disposizione censurata impone per legge un contenuto normativo riferibile alla disposizione di cui al pregresso art. 125 sexies comma 1 Tub difforme a quanto statuito nella sentenza Lexitor*».

Taluni commentatori hanno anche ipotizzato un nuovo rinvio alla Corte di Giustizia, (già ne parlava NATALE, *Come disfarsi di Lexitor (per il passato) e vivere felici*, in *Foronews*, 25 novembre 2011: «*il pronunciamento della Corte costituzionale potrà porre la parola fine ad una questione ormai estenuante. Anche se resta ferma la possibilità che la Consulta, avendo natura di giurisdizione nazionale ex art. 267, 3° comma, del trattato Fue anche nei giudizi di legittimità in via incidentale, proponga una nuova questione pregiudiziale alla Corte di giustizia*»; e lo ha ripetuto in *Il «pasticcio» post «Lexitor» bocciato dalla Corte costituzionale*, in *Foro it.*, 2023, I, 2, 351 ss.) ed hanno affermato che si potrebbe invocare la *tutela dell'affidamento* quale principio legato all'identità costituzionale italiana, come tale idoneo ad assurgere a controlimite rispetto all'efficacia temporale retroattiva della sentenza Lexitor (SBORO, *Una modulazione degli effetti temporali della sentenza Lexitor? Brevi riflessioni a margine della sent. n. 263/2022 della Corte costituzionale*, in *www.diritticomparati.it*, 7 febbraio 2023; addirittura PARDOLESI, *Lexitor: falsi positivi e altri incidenti di percorso*, in *Foro it.*, 2023, I, 2, 365 ss.: «*C'è spazio per sollevare una questione di legittimità costituzionale della norma di autorizzazione alla ratifica e di esecuzione dei trattati allo scopo di opporre..., cioè una sfera di sovranità che non sarebbe stata ceduta all'Unione europea, una sorta di caso Taricco per il diritto civile*»).

Tuttavia, questa soluzione appare del tutto inappropriata, considerato che, con evidenza, sia la Corte di Giustizia, con la sentenza Lexitor, sia la Corte Costituzionale hanno

con chiarezza precisato che la pretesa *tutela dell'affidamento* dei finanziatori e degli intermediari nella versione italiana della direttiva non può giustificare la violazione degli obblighi assunti dallo Stato nei riguardi dell'Unione Europea.

In altri casi, la dialettica giudiziaria si è spostata, da un lato, sulla questione della *legittimazione passiva* della Banca, nel senso che valgono le regole dell'indebito e il finanziatore non dovrebbe rimborsare i costi di terzi (per es.: Trib. di Nocera Inferiore 5 gennaio 2023, in *www.expartecreditoris.it*). [Si veda, sul punto, la preoccupazione di ZOPPINI, op. cit.; si veda anche NATALE, op. cit.: «*il parere prevalente è che i rimborsi ai clienti in caso di estinzioni anticipate non debbano riguardare gli importi di cui abbiano beneficiato soggetti terzi, ma solo quelli incassati dall'intermediario. Un compromesso che potrebbe essere la soluzione, ma che riguarderebbe, inevitabilmente, solo il futuro mentre sul passato, per ora, regna Lexitor*»].

Oppure nel senso già indicato dal Giudice di Pace di Milano [decisione 25 luglio 2022, n. 5090, in *www.expartecreditoris.it*]: *la cessionaria non può restituire ex art. 125-sexies Tub le commissioni anticipate*; correttamente, infatti, va ritenuto che la cessione del credito (a differenza della cessione del contratto) non trasferisca la titolarità degli obblighi restitutori.

Dall'altro lato i giudici si sono concentrati sul *criterio di calcolo* idoneo a quantificare l'importo rimborsabile [si veda "nota di richiami" alla sentenza della C. cost. 22 dicembre 2022, n. 263, in *Foro it.*, 2023, I, 2: «*Un problema cruciale resta irrisolto. Quello, per intenderci, relativo all'individuazione del criterio di retrocessione applicabile ai costi up-front...poiché le disposizioni introdotte con i commi 2 e 3 dell'art. 125 sexies (dove...s'impone che i contratti indichino in modo analitico se trovi applicazione il criterio della proporzionalità lineare o il criterio del costo ammortizzato, pena, altrimenti, l'applicazione di quest'ultimo...)* non trovano raffronto nella disciplina previgente, avendo mera efficacia *ex nunc*, spetta agli interpreti...risolvere, per il passato, il problema dello specifico criterio di computo». Nello stesso senso NATALE, op. cit.].

Sono individuati *due metodi* (senza che, pare, sia necessario disporre CTU):

-Metodo *pro rata temporis*: $\text{totale rate: rate residue} = 100: x$

il risultato "x" deve applicarsi all'importo degli oneri di cui il consumatore chiede la restituzione, sotto deduzione degli importi che sono stati già rimborsati;

-Metodo *curva degli interessi*: $\text{totale interessi: interessi sgravati} = 100: x$

il risultato "x" deve applicarsi all'importo degli oneri di cui il consumatore chiede la restituzione, sotto deduzione degli importi che sono stati già rimborsati. La voce "interessi sgravati" si trova nel conteggio di estinzione.

Il criterio "*pro rata temporis*" sembra più semplice, più controllabile dal consumatore e maggiormente conforme allo spirito della sentenza Lexitor (DE LUCA, *Dura Lexitor, sed lex. I costi upfront non esistono (oggi, domani, come ieri)*, in *Foro it.*, 2023, I, 2, 357 ss.: «*si è sottolineato che il legislatore europeo, esigendo una quantificazione di tutto il complessivo costo del credito rispetto alla durata del contratto, di fatto ha imposto di ripartirlo pro rata temporis, e cioè includere anche i costi di acquisizione dei contratti negli interessi corrispettivi: è solo così, infatti, che si realizza quella trasparenza sui costi del credito che consente l'effettiva comparazione tra offerte di vari in-*

termediari e che, in definitiva, permette di favorire la concorrenza sul mercato del credito»).

Sul punto si è già pronunciata la Corte d'Appello di Torino, 13 gennaio 2023 (*inedita*), che ha, condivisibilmente, affermato che, nel caso a suo esame, «l'art. 8 del contratto riguarda proprio il metodo di conteggio dei "valori di restituzione" per il caso di estinzione anticipata e prevede che gli stessi saranno determinati con l'applicazione del criterio pro-rata temporis cioè in proporzione al tempo che rimane tra la richiesta di estinzione e la scadenza del contratto e tale criterio è riferito a interessi e commissioni. Per altro verso, il criterio secondo la curva degli interessi non è altrettanto agevole da verificare da parte del consumatore, atteso che implica l'applicazione a tutti i costi del metodo di riduzione progressiva utilizzato per gli interessi corrispettivi come desumibile dal piano di ammortamento (sempre che questo sia allegato al contratto di finanziamento al momento della stipulazione) e quindi non solo richiede un calcolo matematico meno intuitivo, ma non consente al consumatore di conoscere ex ante le quote di costi di cui ha diritto a chiedere la restituzione in caso di estinzione anticipata».

Il criterio della curva interessi /costo ammortizzato, tuttavia, è, come sopra detto, quello che viene previsto dall'art. 125-sexies Tub per il futuro («I contratti indicano in modo chiaro i criteri per la riduzione proporzionale degli interessi e degli altri costi, indicando in modo analitico se trovi applicazione il criterio della proporzionalità lineare o il criterio del costo ammortizzato. Ove non sia diversamente indicato, si applica il criterio del costo ammortizzato») e sembra che sarà quello adottato dall'ABF anche per i contratti anteriori al 25 luglio 2021 (già applicato nella decisione del 17 dicembre 2019, n. 26525).

Infine, si osserva che le conclusioni della Corte Costituzionale e l'interpretazione resa dalla sentenza *Lexitor* della Corte di Giustizia UE non possono essere superate da altra recente pronuncia della Corte di Giustizia, del 9 febbraio 2023, causa C-555/21 [su ricorso della Corte suprema austriaca, in *curia.europa.eu*], secondo la quale «il diritto del consumatore di beneficiare, in caso di rimborso anticipato del credito immobiliare, di una riduzione del costo totale non include le spese indipendenti dalla durata del contratto. Il consumatore può quindi soltanto esigere una riduzione degli interessi, nonché dei costi che dipendono dalla durata del credito».

Infatti, la Corte UE fa riferimento alla diversa *Dir. n. 2014/17/UE*, sui contratti di credito ai consumatori relativi a beni immobili residenziali, e precisa esplicitamente e chiaramente la differenza di essa rispetto alla *dir. 2008/48/CE*.

La Corte UE, più specificamente, ha ribadito i principi espressi dalla sentenza *Lexitor*, riconoscendo che è vero che, «nel contesto della direttiva 2008/48, essa ha dichiarato che l'effettiva portata del diritto del consumatore alla riduzione del costo totale del credito risulterebbe sminuita, qualora tale riduzione potesse limitarsi alla presa in considerazione dei soli costi qualificati dal creditore come dipendenti dalla durata del contratto, dato che i costi e la loro ripartizione sono determinati unilateralmente dalla banca e che la fatturazione dei medesimi può includere un certo margine di profitto».

E ha precisato che, nel contesto della *Dir. 2008/48/CE*, si è «evidenziato che il margine di manovra di cui dispongono gli istituti creditizi nella loro fatturazione e nella loro organizzazione interna rende, in pratica, molto difficile la determinazione, da

parte di un consumatore o di un giudice, dei costi oggettivamente correlati alla durata del contratto».

A questo punto la Corte ha affermato che, diversamente, «conformemente all'articolo 14, paragrafi 1 e 2, della direttiva 2014/17, il creditore o, se del caso, l'intermediario del credito o il rappresentante designato sono tenuti a fornire al consumatore informazioni precontrattuali mediante il PIES di cui all'allegato II a tale direttiva. Tale prospetto prevede una ripartizione delle spese che il consumatore deve pagare in funzione del loro carattere ricorrente o meno».

E ha concluso spiegando che «una siffatta ripartizione regolamentata dei costi posti a carico del consumatore riduce sensibilmente il margine di manovra di cui dispongono gli enti creditizi nella loro fatturazione e nella loro organizzazione interna e consente, sia al consumatore che al giudice nazionale, di verificare se un tipo di costo è oggettivamente connesso alla durata del contratto. Di conseguenza, il rischio di comportamento abusivo del creditore, evocato nella giurisprudenza citata... non può giustificare l'inclusione dei costi indipendenti dalla durata del contratto nel diritto alla riduzione del costo totale del credito, di cui all'articolo 25, paragrafo 1, della direttiva 2014/17».

Si veda, per es., per una analisi della distinzione dell'ambito dei due settori interessati (credito al consumo e credito immobiliare), MEZZANOTTE, [MEZZANOTTE, op. cit.]. Si veda anche DE CRISTOFARO, [DE CRISTOFARO, op. cit.], che ritiene possibile una diversa conclusione nell'interpretazione delle due direttive, considerate le specifiche peculiarità che connotano i contratti di credito da esse regolati e le modalità di costruzione e distribuzione delle spese che essi pongono a carico dei consumatori; e NATALE [NATALE, op. cit.], che richiama la giurisprudenza che, in materia di credito immobiliare ai consumatori, ha ritenuto che l'estinzione anticipata del finanziamento non comporti l'obbligo di rimborsare le spese di istruttoria (Arbitro bancario finanziario, coll. Napoli, 9 ottobre 2020, n. 17588, in *Foro it.*, 2021, I, 1, 358; cfr. GIOVENZANA, *La sentenza Lexitor non si applica alle ipotesi di credito immobiliare al consumo*, in *Riv. dir. risparmio*, 2020, 3, 204).

Tuttavia, nonostante la chiara precisazione da parte della Corte di Giustizia stessa, che ha ribadito la vigenza dei principi affermati dalla sentenza *Lexitor* nel settore ad essa pertinente, non è mancato il tentativo, da parte di alcuni commentatori e di alcuni giudici, di bypassare detti principi (ripresi dalla decisione della Corte Costituzionale qui in commento), per riaffermare la vigenza della distinzione tra costi *up-front* e costi *recurring*.

In tal senso, secondo taluni commentatori [CATURANO, *La sentenza "unicredit bank austria" e i fantasmi della Lexitor*, in *www.expartecreditoris.it*, 22 febbraio 2023], «il nuovo arresto dei Giudici di Lussemburgo non può che fungere da chiave di lettura dell'orientamento "*Lexitor*", inquadrandolo più correttamente nella sua dimensione "finalistica". Ciò che interessa al legislatore comunitario...è la tutela del consumatore contro gli "abusi" del creditore. Non altro. Ed allora, il passaggio in cui la Corte di Giustizia UE fa riferimento ai presidi di trasparenza approntati dalla legislazione nazionale sembra quasi "parlare" del sistema normativo italiano, nel quale, oltre alle indicazioni fornite dalla normativa di vigilanza che recepiscono il modello "SECCI", il consumatore

– anche nell’ambito del credito “mobiliare” – trova già una tutela contro gli abusi del creditore – anche ante “Lexitor” – negli istituti della nullità protettiva o della vessatorietà».

E si veda la pronuncia del 10 marzo 2023 n. 332, con la quale il Tribunale di Castrovillari [in www.expartecreditoris.it], in veste di giudice di appello, pur richiamando la decisione della Corte Costituzionale 263/2022, ha statuito che la recente sentenza emessa dalla Corte di Giustizia nel giudizio C-555 abbia rappresentato un superamento della sentenza Lexitor. Il Tribunale sostiene che con la nuova sentenza la Corte di Giustizia si sarebbe consapevolmente disallineata dalla precedente sentenza Lexitor, perché, pur avendo avuto ad oggetto l’interpretazione della dir. 2014/17/UE e non già della dir. 2008/48/CE, ha affermato che «l’articolo 25, paragrafo 1, della direttiva 2014/17 è formulato in termini quasi identici a quelli dell’articolo 16, paragrafo 1, della direttiva 2008/48», di fatto escludendo ogni possibilità di invocare un trattamento differenziato a seconda dell’applicabilità dell’una o dell’altra direttiva. Pertanto, il Tribunale di Castrovillari ha ritenuto opportuno fare applicazione dell’orientamento giurisprudenziale di merito prevalente in epoca antecedente alla sentenza Lexitor e riconoscere, quindi, al consumatore, in caso di estinzione anticipata del finanziamento, una riduzione soltanto dei *costi recurring* (ben diversamente si sta orientando il Tribunale di Torino, che applica correttamente i principi della decisione Lexitor, alla luce della pronuncia della Corte Costituzionale, v. per es. Trib. Torino, 1° marzo 2023, *inedita*).

È palese, sia nel caso della dottrina, che della giurisprudenza citate, l’erronea interpretazione della decisione della Corte di Giustizia del 9 febbraio 2023, dal momento che questa esplicitamente fa salva l’interpretazione della sentenza Lexitor relativamente alla dir. 2008/48/CE. Interpretazione che la Corte Costituzionale ha dichiarato con chiarezza applicabile a tutti i rapporti di mutuo “non esauriti”, stante l’efficacia retroattiva delle decisioni della Corte di Giustizia.

Evidentemente, la preoccupazione di salvare le Banche dall’onere di costosi rimborsi induce taluni commentatori e giudici a ritenere di poter pretermettere i principi del diritto europeo e la chiara lettera della Corte Costituzionale e anche dell’ultima Corte di Giustizia, pretendendo di nascondere sotto il tappeto la rivoluzione Lexitor.

Mentre, in adesione con la su citata ultima giurisprudenza del Tribunale di Torino, si ribadisce (in caso di credito al consumo e cessione del quinto) l’obbligatorietà della riduzione proporzionale di tutti i costi sopportati dal debitore che estingue anticipatamente il mutuo.

Bibliografia essenziale

ALPA, *Il caso Lexitor e l’estinzione anticipata del debito nel rapporto di credito al consumo*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 2, 2021, 220

CATURANO, *La sentenza “unicredit bank austria e i fantasmi della Lexitor*, in www.expartecreditoris.it, 22 febbraio 2023

CONTI, *Il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia*, in giustizia-tributaria.it, 2018

- COSTI, VELLA, *Commentario breve al testo unico bancario*, Cedam, 2019
- DANIELE LUIGI, *Diritto dell'Unione europea - Sistema istituzionale, ordinamento, tutela giurisdizionale, competenze*, 8^a ed., Giuffrè, 2022
- DE CRISTOFARO, *Estinzione anticipata del debito e quantificazione della "riduzione del costo totale del credito" spettante al consumatore: considerazioni critiche sulla sentenza Lexitor*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2, 2020, 280
- DE LUCA, *Dura Lexitor, sed lex. I costi upfront non esistono (oggi, domani, come ieri)*, in *Foro it.*, I, 2, 2023, 357
- DOLMETTA, *Anticipata estinzione e «riduzione del costo totale del credito». Il caso della cessione del quinto*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2019, II, 6, 944
- DOLMETTA nell'intervista a cura di PEZZATI, *Finanziamenti, dubbi sulla costituzionalità della norma che aggira sentenza Ue su Lexitor*, in *Il Sole 24 plus*, 18 luglio 2021
- GALLO DANIELE, *L'efficacia diretta del diritto dell'Unione europea negli ordinamenti nazionali, Evoluzione di una dottrina ancora controversa*, Giuffrè, 2018
- MAGER, *L'ABF e il tentativo italiano di contenere gli effetti della pronuncia Lexitor. Prime note a Collegio Coordinamento n. 21676/2021 in attesa dell'intervento della Corte Costituzionale*, in *Riv. dir. banc.*, 2021, 4, 477
- MEZZANOTTE, *Il rimborso anticipato nei contratti di credito immobiliare ai consumatori*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2020, 1, 65
- NATALE, *Il «pasticcio» post «Lexitor» bocciato dalla Corte costituzionale*, in *Foro it.*, I, 2, 2023, 351
- PAGLIANTINI, *"In difesa di un'interpretazione adeguatrice senza se e senza ma"*, in *Foro it.*, I, 2, 2023, 372
- PARDOLESI, *"Lexitor: falsi positivi e altri incidenti di percorso"*, in *Foro it.*, I, 2, 2023, 365
- RIDOLFI, *Giurisdizione Costituzionale, Corti Sovranazionali e giudici comuni: considerazioni a proposito del dialogo tra corti*, in *www.rivistaaic.it*, 18 luglio 2016
- SANTAGATA, *Rimborso anticipato del credito e diritto del consumatore alla restituzione della quota parte dei costi indipendenti dalla durata del contratto, c.d. up front*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2020, II, 1, 18
- SBORO, *Una modulazione degli effetti temporali della sentenza Lexitor? Brevi riflessioni a margine della sent. n. 263/2022 della Corte costituzionale*, in *www.diritticomparati.it*, 7 febbraio 2023
- SBORO, *Definendo il concorso di rimedi: le recenti vicende del "dialogo" tra Corti in materia di diritti fondamentali*, in *www.forumcostituzionale.it*, 31 marzo 2021
- ZOPPINI, *Gli effetti della sentenza Lexitor nell'ordinamento italiano*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2020, I, 1, 1

NUOVE TECNOLOGIE

L'offerta di bitcoin e la qualificazione delle *crypto-assets* alla luce della sentenza n. 44378/2022 della Corte di Cassazione*

di SILVIA VITRÒ
Dottorando di ricerca
Università di Siena e di Foggia

(CORTE COSTITUZIONALE, sent. 22 dicembre 2022, n. 263; Pres. Sciarra – Red. Navarretta)

ABSTRACT

La Corte di Cassazione si è pronunciata nuovamente in merito alla qualificazione delle valute virtuali e, con delle riflessioni divergenti rispetto a quelle espresse precedentemente dalla medesima Corte, ha affermato che le stesse devono essere intese come prodotti finanziari. Di conseguenza, per i giudici di legittimità le criptovalute devono sottostare a tutti gli adempimenti previsti dalla normativa in materia, anche se ciò – oltre a generare incertezza regolamentare nel mercato – si pone in contrasto con l'orientamento europeo e con le disposizioni del Regolamento MiCA.

The Corte di Cassazione ruled again on the qualification of cryptocurrencies and, with a different reflection on the matter compared to its previous ones, stated that they must be understood as financial products. Consequently, for the Corte di Cassazione itself, cryptocurrencies must comply with all the regulatory requirements established by the legislation on the matter. However, this statement – in addition to generating regulatory uncertainty for the market – is in contrast with the European orientation and with the provisions of the MiCA Regulation.

SOMMARIO: 1. La vicenda alla base della pronuncia; 2. Le premesse della Corte di Cassazione in materia di moneta virtuale; 3. L'analisi della normativa in materia di intermediazione finanziaria; 4. La nozione di prodotto finanziario e le criptovalute; 5. Osservazioni conclusive.

1. La vicenda alla base della pronuncia

La qualificazione delle valute virtuali e l'applicazione delle norme in materia di intermediazione finanziaria all'offerta di criptovalute sono due tematiche essenziali ed ontologicamente collegate attorno alle quali ruota, anche se incidentalmente, la vicenda in commento.

Nel caso di specie, la Suprema Corte di Cassazione si è pronunciata relativamente a tali questioni in sede penale, nell'ambito di un procedimento di impugnazione riguardante una richiesta di sequestro preventivo di un *wallet* contenente 30 *bitcoin* per il reato di autoriciclaggio.

La vicenda trae origine dalla contestazione mossa all'imputato dell'attività di *initial coin offering* (c.d. I.C.O.) che «aveva avuto come scopo la creazione di una piattaforma

* Il presente contributo è stato sottoposto a valutazione in forma anonima ed è stato pubblicato in anteprima su rivistapactum.it il 30.3.2023.

decentralizzata di servizi logistici» di tipo *peer-to-peer*, basata sulla *blockchain* ed inerente alcuni specifici servizi di spedizione.

L'elemento particolare della ICO si ravvisava nel fatto che coloro che contribuivano avrebbero conferito *bitcoin* nella loro disponibilità, a fronte dei quali la piattaforma avrebbe corrisposto «*LWF Coin*, che costituivano titoli per l'utilizzo della piattaforma», dunque *token* destinati a consentire l'uso dei servizi prestati dalla stessa.

Prima il GIP, poi il Tribunale del Riesame di Brescia avevano negato la richiesta del Pubblico Ministero di procedere col sequestro preventivo del *wallet* contenente i 30 *bitcoin*: infatti, se a parere dell'organo inquirente lo stesso era oggetto del delitto di cui all'art. 648-ter, comma 1, c. p. in relazione al delitto presupposto di esercizio abusivo di attività finanziaria di cui all'art. 166 del Testo Unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, ossia il d.lgs., 24 febbraio 1998, n. 58 (c.d. T.U.F) per i giudici cautelari e del riesame l'I.C.O. contestata non poteva essere ricompresa nelle ipotesi tipizzate dell'esercizio abusivo dell'attività finanziaria ex art. 1, comma 5, T.U.F., senza ulteriori accertamenti di natura tecnica.

La Suprema Corte di Cassazione, tuttavia, ha accolto il ricorso del Pubblico Ministero per violazione di legge, attraverso una propria rilettura della disciplina in materia di criptovalute; pertanto, ha annullato l'ordinanza del Giudice per le Indagini Preliminari e ha mosso rinvio della questione al Tribunale di Brescia per nuovo esame.

2. Le premesse della Corte di Cassazione in materia di valute virtuali

La Sezione Seconda della Suprema Corte ha accolto il ricorso mediante una propria rielaborazione del concetto di moneta virtuale: difatti, partendo da un richiamo alla Dir. 2018/843/UE, ossia alla c.d. V Direttiva Antiriciclaggio, ha evidenziato che la definizione di criptovaluta all'interno del nostro ordinamento, pur richiamando la corrispondente nozione europea, pone specifico ed espresso rilievo alla finalità di investimento.

Più nel dettaglio, la *ratio* della disciplina europea era quella di regolare i rapporti tra moneta corrente e moneta virtuale, senza ingabbiare quest'ultima in schemi troppo rigidi ed inadeguati a garantirne la flessibilità richiesta. *De qua*, tale finalità si evince dalla lettura del *Considerando* 10 della V Direttiva Antiriciclaggio, nel quale è affermato espressamente che «sebbene le valute virtuali possano essere spesso utilizzate come mezzo di pagamento, potrebbero essere usate anche per altri scopi e avere impiego più ampio, ad esempio come mezzo di scambio, di investimento, come prodotti di riserva di valore o essere utilizzate in casinò online».

La normativa italiana, invece, pur riflettendo la nozione europea, ha dato specifica rilevanza – differentemente dalla lettera della Dir. 2018/843/UE – alla possibilità che le criptovalute possano non essere utilizzate come mezzo di scambio ma anche solo ed esclusivamente con finalità di investimento.

Tale demarcazione è stata rilevata e sottolineata dalla Suprema Corte, la quale ha conseguentemente proseguito la sua disamina in materia, ricordando che per gli *exchanger* – cioè coloro che gestiscono le piattaforme tecnologiche c.d. *exchange* nelle quali è consentito lo scambio, l'utilizzo, la conservazione *et similia* di *bitcoin* – e per i *wallet provider* – ossia i gestori di portafogli virtuali – vale il regime dei c.d. soggetti obbligati

ex art. 3 d.lgs. 21 novembre 2007, n. 231.

Da tale sottoposizione consegue che gli stessi siano tenuti ad iscriversi al registro *ad hoc* tenuto dall'OAM ed a sottostare alle specifiche prescrizioni in materia di antiriciclaggio alla luce del loro inserimento nella categoria degli «altri operatori non finanziari».

In altre parole, alla luce di quanto sopra, si rileva come la Cassazione, ricostruendo il quadro normativo, rimarchi come per i prestatori di servizi concernenti le valute virtuali vi siano, pure se differenti, puntuali e ben definite prescrizioni in materia antiriciclaggio alle quali sottostare, pure se la stessa normativa non si pronuncia mai in ordine all'eventuale qualificazione delle monete virtuali in termini di prodotti finanziari [PACILLO, *Le valute virtuali alla luce della V Direttiva Antiriciclaggio*, in *Riv. trim. dir. trib.*, 2018, 3-4, 631 ss.].

3. L'analisi della normativa in materia di intermediazione finanziaria

Le considerazioni della Cassazione proseguono affrontando l'eventuale applicazione o meno delle norme sull'intermediazione finanziaria: *de qua*, l'analisi comincia dal richiamo della sentenza n. 26807 del 17 febbraio 2020 nella quale la stessa Sezione della Corte aveva precisato che «ove la vendita di bitcoin venga reclamizzata come una vera e propria proposta di investimento, si ha una attività soggetta agli adempimenti di cui agli artt. 91 e seguenti del T.U.F. (“La CONSOB esercita i poteri previsti dalla presente parte avendo riguardo alla tutela degli investitori nonché all'efficienza e alla trasparenza del mercato del controllo societario e del mercato dei capitali”), la cui omissione integra la sussistenza del reato di cui all'art. 166, comma 1 lett. c) T.U.F.».

Il richiamo a tale arresto giurisprudenziale ha delle conseguenze ben precise che – prima di procedere nella disamina – devono essere puntualizzate: infatti, il rinvio agli artt. 91 e seguenti del T.U.F. comporta che l'attività in questione sia soggetta a tutti gli obblighi della disciplina degli emittenti per l'offerta al pubblico di prodotti finanziari di cui al Capo I del Titolo II della Parte IV.

La Suprema Corte prosegue, poi, constatando che, in relazione al caso di cui in oggetto, l'attività posta in essere dall'offerente è tale da integrare la fattispecie di abusivismo finanziario ex art. 166, comma 1, lett. c) del T.U.F.

Tale fattispecie di reato si realizza allorché un soggetto «offre fuori sede, ovvero promuove o colloca mediante tecniche di comunicazione a distanza, prodotti finanziari o strumenti finanziari o servizi o attività di investimento».

Considerata tale presa di posizione da parte della Cassazione, è necessario analizzare le relative conseguenze rispetto al caso *de quo*: difatti, i giudici di legittimità affermano l'integrazione del reato di abusivismo finanziario proprio perché ravvisano lo scopo della raccolta fondi nella creazione di una piattaforma centralizzata volta alla gestione di servizi logistici che prevedeva, per coloro che contribuivano alla realizzazione della stessa, il riconoscimento di alcuni bitcoin *ad hoc*, c.d. «LWF Coin», i quali non possono che essere intesi come titoli per utilizzare i servizi offerti dalla stessa piattaforma [BELLEZZA, *Blockchain*, in PARACAMPO (a cura di), *FinTech: Introduzione ai profili giuridici di un mercato unico tecnologico dei servizi finanziari*, Giappichelli, 2017, 217 ss.].

4. La nozione di prodotto finanziario del Tribunale di Verona e le criptovalute

Prima di inoltrarsi nella disamina della decisione della Suprema Corte, si deve realizzare una premessa in materia di prodotti finanziari: infatti, i giudici di legittimità affermano che l'attività realizzata è paragonabile alla proposta di investimento che integra l'abusivismo finanziario nella misura in cui non rispetta le prescrizioni normative relative alla disciplina degli emittenti per l'offerta al pubblico di prodotti finanziari.

Tuttavia, dal momento che le monete virtuali non sono espressamente qualificate dalla legge come strumenti finanziari, ne segue che è la stessa Cassazione a porre in essere tale qualificazione, dalla quale – di conseguenza – derivano le sue stesse considerazioni, così da rendere tale pronuncia dirimente non solo per il caso in concreto ma per tutte le ipotesi in materia [in tal senso, M. CIAN, *La criptovaluta - Alle radici dell'idea giuridica di denaro attraverso la tecnologia: spunti preliminari*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2019, I, 3, 315 ss.; CARRIERE, *Le "criptovalute" sotto la luce delle nostrane categorie giuridiche di "strumenti finanziari", "valori mobiliari" e "prodotti finanziari"; tra tradizione e innovazione*, in *Riv. dir. banc.*, 2019, 2, 117 ss.].

A supporto della propria presa di posizione, la Corte richiama una pronuncia di merito del 24 gennaio 2017 del Tribunale di Verona [in *Banca borsa tit. cred.*, 2017, 4, 467 ss., con nota di PASSARETTA, *Bitcoin: il leading case italiano*], nella quale erano stati valutati come prodotti finanziari alcune monete virtuali acquistate su una piattaforma di scambio.

Più specificamente, i giudici veronesi avevano affermato che un investimento si debba configurare come finanziario nel momento in cui si presentano i seguenti requisiti:

- 1) un impiego di capitali, non necessariamente denaro ma anche valuta virtuale;
- 2) un'aspettativa di rendimento da tale impiego;
- 3) un rischio proprio dell'attività prescelta e direttamente ricollegabile all'impiego di capitali.

I giudici di legittimità affermano di rinvenire nel caso di specie tutti gli elementi definiti dal Tribunale di Verona, poiché coloro che hanno precedentemente contribuito alla piattaforma «a) hanno erogato capitali (sotto la forma di bitcoin); b) con l'aspettativa di ottenere un rendimento, costituito dalla corresponsione di altre monete virtuali che avrebbero permesso la partecipazione alla piattaforma, dal valore variabile a seconda del momento dell'acquisto e che avrebbe acquistato maggior valore se il progetto relativo alla piattaforma avesse avuto successo; c) hanno assunto su di sé un rischio connesso al capitale investito».

Alla luce di quanto affermato, la Cassazione ravvisa nelle monete virtuali del caso in oggetto, dunque negli *LWF Coin*, un prodotto finanziario che, in quanto tale, deve essere sottoposto alla disciplina in materia di intermediazione finanziaria.

In altre parole, la Suprema Corte afferma che il collocamento di tali *bitcoin* doveva sottostare alla disciplina volta a garantire la tutela degli investimenti di cui al TUF; pertanto, rispetto al caso di specie, lamenta una carenza del rispetto degli obblighi informativi nei confronti del consumatore in un contesto di offerta al pubblico.

Poste tali ricostruzioni, la Cassazione – come anticipato – conclude con l'accoglimento del ricorso del Pubblico Ministero ed il rinvio per nuovo giudizio al Tribunale di

Brescia, dal momento che ritiene la motivazione adottata dal predetto giudice di merito «contraddittoria con i fatti», ravvisando – invece – la configurazione del reato di cui all'art. 166 TUF e nel conferimento dei contributori «un vero e proprio investimento».

5. Osservazioni conclusive

Analizzato il contenuto della sentenza, ad avviso di chi scrive si ravvisano delle perplessità interpretative relative sia alla natura qualificatoria delle monete virtuali da parte dei giudici di legittimità sia in merito alla nozione – e confusione – stessa dei concetti di “prodotto finanziario” e di “strumento finanziario” [è noto, infatti, che gli strumenti finanziari siano una *species* del *genus* dei prodotti finanziari, in tal senso, *ex plurimis*, PATRIARCA, *Prodotti e strumenti finanziari*, in *Il Testo Unico Finanziario. I. Prodotti ed intermediari* diretto da Cera e Presti, Zanichelli, 2020, 67 ss.].

In primis, pur comprendendo l'intento di garantire una maggiore tutela del pubblico che si affaccia al mondo delle *crypto-assets*, appare poco convincente l'*iter* argomentativo scelto a fondamento della decisione: infatti, la Corte di Cassazione avrebbe potuto ricorrere ai suoi stessi precedenti in materia, ossia la sentenza del 17 settembre 2020, n. 26807 [in *Giur. it.*, 2021, 10, 2224 ss., con nota di VADALÀ, *La dimensione finanziaria delle valute virtuali. Profili assiologici di tutela penale*] e la sentenza del 30 novembre 2021, n. 44337 [in *Danno resp.*, 2022, 4, 492 ss., con nota di GUASTADISEGNI, *Criptovaluta e prodotto finanziario: l'eterno ritorno della causa negoziale*] in materia di *bitcoin* e finalità di investimento.

In tali pronunce, l'attribuzione della qualifica di strumento di investimento per le monete virtuali era stata fondata in considerazione delle modalità di pubblicizzazione delle offerte al pubblico. In particolare, gli Ermellini avevano constatato che «la vendita di *bitcoin* veniva reclamizzata come una vera e propria proposta di investimento, tanto che sul sito ove veniva pubblicizzata si davano informazioni idonee a mettere i risparmiatori in grado di valutare se aderire o meno all'iniziativa, affermando che “chi ha scommesso in *bitcoin* in due anni ha guadagnato più del 97%”» [Cass., 17 settembre 2020, n. 26807, cit.], così da indurre il pubblico a ritenere che «la vendita di *bitcoin* veniva reclamizzata come una vera e propria proposta di investimento» e, in quanto tale, conseguentemente sottoposta alla normativa di cui agli artt. 91 e seguenti del T.U.F. e la cui omissione integra il delitto di abusivismo finanziario.

Dunque, la sottoposizione alla normativa *de qua* era stata condizionata alla luce di una vera e propria apparente proposta di investimento o, comunque, qualora le modalità dell'offerta fossero idonee a creare un'aspettativa di rendimento finanziario.

Allo stesso tempo, poi, la stessa Corte aveva ribadito che il *bitcoin* doveva essere inteso e qualificato come prodotto finanziario «qualora acquistato con finalità d'investimento: la valuta virtuale, quando assume la funzione, e cioè la causa concreta, di strumento d'investimento e, quindi, di prodotto finanziario, va disciplinato con le norme in tema di intermediazione finanziaria» [Cass., 29 novembre 2021, n. 44337, cit.].

Invece, nella pronuncia in oggetto, la Cassazione supera tale impostazione, prescindendo le modalità di pubblicizzazione ed andando quasi ad affermare un'equiparazione automatica delle *crypto-assets* e dei prodotti finanziari (anche se erroneamente la

Corte non richiama tale nozione ma quella di «strumento finanziario»).

Infatti, citando la pronuncia del Tribunale di Verona del 24 gennaio 2017 e di cui si è già detto in precedenza, la sentenza arriva ad affermare che, constatata la presenza dei caratteri qualificatori – di cui sopra – enunciati dai giudici veronesi, i *bitcoin* debbano essere considerati «strumento di investimento perché consiste in un prodotto finanziario» e, proprio alla luce di tale qualificazione, disciplinati come tali.

Ancora, è necessario evidenziare come la Cassazione non abbia in alcun modo preso in considerazione il fatto che gli *LW Coin* – ossia i *bitcoin* del caso in esame – appaiono riconducibili *in toto* alla categoria dei c.d. *utility token*, dunque a quel tipo di criptovalute destinate a consentire l'accesso ad un bene o un servizio fornito dall'emittente dello stesso (nel caso di specie, l'utilizzazione della piattaforma) [PASSARETTA, *Valute virtuali: prodotti e strumenti finanziari*, in CASSANO, DI CIOMMO e RUBINO DE RITIS (a cura di), *Banche, intermediari e Fintech: nuovi strumenti digitali in ambito finanziario*, Giuffrè, 2021, 401 ss.].

Tale specifica appare fondamentale poiché, anche se non ancora in vigore, all'orizzonte si prospetta il Regolamento Europeo relativo ai mercati delle cripto-attività, il c.d. Regolamento MiCA, il quale andrà a regolare l'ambito di applicazione delle cripto-attività non assimilabili a strumenti finanziari, depositi o depositi strutturati (ai sensi della legislazione dell'UE in materia di servizi finanziari) e tale regolamento richiama, tra le *crypto-assets* del proprio campo di applicazione, anche gli *utility token*, dunque la tipologia di moneta virtuale del caso di specie.

Ne consegue che la normativa europea esclude la natura di strumento finanziario per il tipo di *token* della fattispecie concreta al quale, invece, la stessa Cassazione ha dato proprio tale qualificazione.

Più specificamente, il *Considerando 9)* del Regolamento MiCA dice, in merito agli *utility token*, che tale categoria consiste «in un tipo di cripto-attività destinato a fornire l'accesso digitale a un bene o a un servizio, disponibile mediante DLT, e che è accettato solo dall'emittente di tale token (“*utility token*”). Tali *utility token* hanno finalità non finanziarie connesse al funzionamento di una piattaforma e servizi digitali e dovrebbero essere considerati un tipo specifico di cripto-attività».

A chi scrive, pertanto, appare palese che la Corte di Cassazione non ha tenuto in minima considerazione non solo l'imminente entrata in vigore del Regolamento MiCA, prevista tra la seconda metà del 2023 e la prima metà del 2024, ma soprattutto il contenuto dello stesso, tale da rendere per certi versi paradossale il dibattito sulla qualificazione delle criptovalute.

In aggiunta rispetto al caso di specie, poi, si deve considerare che tale regolamento non prevede alcun obbligo di prospetto per l'offerta al pubblico di *crypto-assets*, così come non impone specifiche disposizioni concernenti l'offerta fuori sede o mediante tecniche di comunicazione a distanza.

Si ravvisa, allora, come l'evoluzione legislativa in materia sia destinata a rendere anacronistica la giurisprudenza in commento e tutte le considerazioni formulate per sostenere una maggiore tutela dei soggetti contributori.

In conclusione, però, riconoscendo allo stesso tempo l'intento assolutamente con-

divisibile di tutelare nella maniera più corretta possibile il pubblico che si trova ad interagire coi prestatori di servizi concernenti le valute virtuali, a parere di chi scrive appare necessario, da un lato, che le Corti – di merito quanto quella di legittimità – adottino un impianto argomentativo idoneo a consentire agli operatori di settore di ricavarne un indirizzo per la propria operatività; dall'altro, che la stessa CONSOB intervenga a sottrarre – come aveva già sostenuto fin dal 2019 – le *crypto-assets* dall'applicazione della normativa in materia di prodotti finanziari, assoggettandole ad uno specifico regime *ad hoc*.

Bibliografia essenziale

ACCINNI, *Profili di rilevanza penale delle “criptovalute” (nella riforma della disciplina antiriciclaggio del 2017)*, in *Archivio Penale*, 2018, 1, 2

ACCINNI, *Cybersecurity e criptovalute. Profili di rilevanza penale dopo la Quinta Direttiva*, in *Sistema Penale*, 16 maggio 2020

AMATO e FANTACCI L., *Per un pugno di bitcoin. Rischi e opportunità delle valute virtuali*, Egea, 2016

BELLEZZA, *Blockchain*, in PARACAMPO (a cura di), *FinTech: Introduzione ai profili giuridici di un mercato unico tecnologico dei servizi finanziari*, Giappichelli, 2017, 217

CARRIERE, *Le “criptovalute” sotto la luce delle nostrane categorie giuridiche di “strumenti finanziari”, “valori mobiliari” e “prodotti finanziari”; tra tradizione e innovazione*, in *Riv. dir. banc.*, 2019, 2, 117

CONSOB, *Rischi per i consumatori: valute virtuali e criptovalute*, Relazione di novembre 2018

CIAN M., *La criptovaluta - Alle radici dell'idea giuridica di denaro attraverso la tecnologia: spunti preliminari*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2019, I, 3, 315

DE LUCA e PASSARETTA, *Le valute virtuali: tra nuovi strumenti di pagamento e forme alternative d'investimento*, in *Soc.*, 2020, 5, 571

EBA – AUTORITÀ BANCARIA EUROPEA, *Opinion on the EU Commission's proposal to bring Virtual Currencies into the scope of Directive (EU) 2015/849 (4AMLD)*, agosto 2016

ESMA – AUTORITÀ EUROPEA DEGLI STRUMENTI FINANZIARI E DEI MERCATI, *Advice on Initial Coin Offering and Crypto-Assets*, 9 gennaio 2019

GASPARRI, *Riflessioni sulla natura giuridica del bitcoin tra aspetti strutturali e profili funzionali*, in *Dir. banc.*, dicembre 2021

GUASTADISEGNI, *Criptovaluta e prodotto finanziario: l'eterno ritorno della causa negoziale*, in *Danno resp.*, 2022, 4, 492

HOUBEN e SNYERS, *Cryptocurrencies and blockchain – Legal Context and implications for financial crime, money laundering and tax evasion*, in *European Parliament – Study Requested by the TAX3 committee*, 2018, 13

- LENER, *Spunti di riflessione sugli sviluppi del Fintech*, in CORAPI e LENER (a cura di), *I diversi settori del Fintech: problemi e prospettive*, Wolters Kluwer-Cedam, 2019
- MANCINI, *Valute virtuali e “Bitcoin”*, in *Analisi Giuridica dell’Economia*, 2015, 1, 124
- NORI, *Bitcoin, tra moneta e investimento*, in *Banca Impresa Società*, 2021, 1, 157
- PACILLO, *Le valute virtuali alla luce della V Direttiva Antiriciclaggio*, in *Riv. trim. dir. trib.*, 2018, 3-4, 631
- PARLAMENTO EUROPEO, *Risoluzione sulle valute virtuali*, 26 maggio 2016 [2016/2007(INI)]
- PASSARELLI, *Bitcoin e Antiriciclaggio*, in *Gnosis*, 2016
- PASSARETTA, *Bitcoin: il leading case italiano*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2017, 4, 467
- PASSARETTA, *Il primo intervento del legislatore italiano in materia di “valute virtuali”*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2018, 5, 1182
- PASSARETTA, *Valute virtuali: prodotti e strumenti finanziari*, in CASSANO, DI CIOMMO e RUBINO DE RITIS (a cura di), *Banche, intermediari e Fintech: nuovi strumenti digitali in ambito finanziario*, Giuffrè Francis Lefebvre, 2021, 401
- PATRIARCA, *Prodotti e strumenti finanziari*, in *Il Testo Unico Finanziario. I. Prodotti ed intermediari* diretto da Cera e Presti, Zanichelli, 2020, 67
- SCIARRONE ALIBRANDI A., *Il Testo Unico Finanziario alla prova del Fintech in Il Testo Unico Finanziario. I. Prodotti ed intermediari* diretto da Cera e Presti, Zanichelli, 2020, 29
- VADALÀ, *La dimensione finanziaria delle valute virtuali. Profili assiologici di tutela penale*, in *Giur. it.*, 2021, 10, 2224

CONTRATTO E TUTELA DELLA PERSONA

L'efficacia degli accordi patrimoniali tra coniugi in bilico tra legge italiana e legge straniera*

di RACHELE ZAMPERINI
Dottoranda di ricerca
Università di Pisa

(CORTE DI CASSAZIONE, sezione prima civile, ord. 6 luglio 2022, n. 21462; Pres. Genovese – Est. Di Marzio)

ABSTRACT

Con l'ordinanza in commento, la Corte di Cassazione ha affrontato il problema dell'efficacia di due contratti conclusi in Iran volti a regolare futuri rapporti patrimoniali tra i coniugi. In tale contesto, la Corte ha affermato che per la qualificazione di un atto come donazione è indispensabile lo scrutinio della sussistenza non solo della mancanza di corrispettivo, ma anche dell'*animus donandi*, rispettivamente l'elemento oggettivo e soggettivo del contratto di donazione. Inoltre, nel trattare le questioni proposte, la Corte si è espressa sulla portata dell'art. 14 della legge n. 218 del 1995 nell'individuazione degli elementi identificativi del giudicato dalla sentenza straniera.

With the decision n. 21462/2022, the Supreme Court addressed the issue of the effectiveness of two contracts concluded under Iranian law aimed at regulating future property relations between spouses. In this context, the Court stated that for the qualification of an act as a donation, it is indispensable to scrutinise the existence of both the lack of consideration as well as the animus donandi, respectively the objective and the subjective element of the contract. Moreover, in dealing with the questions raised, the Court expressed its views on the scope of Article 14 of Law 218/1995 in identifying the characterizing elements of the foreign judgment.

SOMMARIO: 1. Il caso; 2. Cenni di diritto internazionale privato; 3. Spirito di liberalità e rapporti patrimoniali tra coniugi; 4. La definizione dei rapporti patrimoniali in sede di scioglimento del matrimonio: i confini del giudicato sostanziale; 4. Segue. lura (aliena) novit curia.

1. Il caso

Il caso da cui origina l'ordinanza in commento prende le mosse dall'azione proposta presso il Tribunale di Bologna da una cittadina iraniana contro il proprio ex marito, cittadino italo-iraniano, allo scopo di ottenere, ex art. 2932 c.c., il trasferimento in suo favore della quota del 75% di un immobile acquistato dall'ex coniuge. La donna, infatti, vantava il diritto al 50% della proprietà in virtù di un accordo concluso, contestualmente e collateralmente al matrimonio, tra lo sposo e il padre di lei, attraverso cui il primo si impegnava, senza corrispettivo, a procedere all'acquisto di un'abitazione completa di arredi e ad intestarne la metà alla moglie. Inoltre, la donna reclamava la titolarità di un

* Il presente contributo è stato sottoposto a valutazione in forma anonima ed è stato pubblicato in anteprima su rivistapactum.it il 13.3.2023.

ulteriore 25% della proprietà dell'immobile in forza di una seconda pattuizione, conclusa tra gli sposi al momento del matrimonio, che attribuiva alla moglie, in caso di divorzio pronunciato su richiesta del marito, la metà del patrimonio accumulato da quest'ultimo in costanza di matrimonio. A seguito di sentenza di divorzio emessa dal tribunale iraniano, l'ex marito, che pure aveva acquistato un immobile a Bologna, rifiutava di adempiere alle obbligazioni assunte. Il convenuto resisteva alla domanda sostenendo, in prima battuta, che entrambi gli accordi configurassero patti prematrimoniali contrari all'ordine pubblico italiano e perciò invalidi e, secondariamente, che le domande fossero infondate in quanto i rapporti patrimoniali tra i coniugi erano stati già regolati dalla sentenza di divorzio.

Il Tribunale di Bologna respingeva le domande dell'attrice e la stessa impugnava la decisione. La Corte d'appello di Bologna, investita del gravame, confermava la sentenza seppur correggendola parzialmente nella motivazione. La Corte territoriale, in primis, stabiliva la nullità del contratto stipulato tra il convenuto e l'ex suocero, in quanto qualificabile come preliminare di donazione e, in secondo luogo, che occorreva respingere la domanda relativa all'esecuzione dell'accordo tra convenuto e attrice ritenendola coperta dal giudicato esterno formato dalla sentenza iraniana di divorzio. La soccombenente proponeva pertanto ricorso per cassazione articolando cinque diversi motivi. Da questi si individuano due principali doglianze: da una parte l'erronea qualifica del primo accordo in violazione dell'articolo 769 c.c. e, dall'altra, la violazione dell'articolo 2909 c.c., nonché degli articoli 14 e 15 della l. 31 maggio 1995, n. 218, per erronea interpretazione della sentenza di divorzio ritenuta giudicato esterno e per avere omesso di accertare la legge iraniana in materia di matrimonio, divorzio e rapporti patrimoniali tra i coniugi.

2. Cenni di diritto internazionale privato

I rapporti privatistici da cui originano le questioni affrontate nell'ordinanza qui annotata risaltano, in primo luogo, per gli elementi di estraneità all'ordinamento italiano da cui sono distinti. Si tratta infatti di questioni emerse in relazione ad ipotesi fattuali che per loro natura collegano l'ordinamento italiano a quello iraniano. In virtù di questa peculiarità, la Corte di Cassazione, accolto il ricorso, ha dovuto vagliare due distinti profili della decisione impugnata: la determinazione della legge applicabile - dunque la corretta individuazione delle norme di conflitto contenute nella l. n. 218 del 1995 - e, in secondo luogo, l'applicazione della legge che in virtù di tali norme regola le fattispecie oggetto del ricorso.

Prima di procedere alla disamina dei punti essenziali del ragionamento della Corte, è opportuno, per poterlo comprendere al meglio, come il rapporto tra *lex fori* e legge straniera si costruisca diversamente nelle due questioni trattate dalla Corte. La prima questione affrontata dalla Corte riguarda la qualificazione della fattispecie dell'accordo concluso dal convenuto con l'ex suocero, attraverso cui il primo si impegnava profuturo ad acquistare un immobile e trasferirne senza corrispettivo metà della proprietà alla moglie. In questo caso si nota come, per quanto concerne il profilo della legge applicabile, la norma di conflitto rilevante è l'articolo 51, l. n. 218 del 1995. Il criterio di determinazione applicabile alla fattispecie, infatti, è quello della *lex rei sitae* [sulle eccezioni

all'applicazione di questa norma di conflitto *BENVENUTI*, sub art. 51, in *Riforma del sistema di diritto internazionale privato l. 31 maggio 1995, n. 218. Commentario*, a cura di Bariatti, Cedam, 1996, 1325 ss.; ADAM, *Il nuovo sistema di diritto internazionale privato: diritti reali*, in *Corr. giur.*, 1995, 11, 1253 ss.]. Pertanto, poiché l'accordo ha ad oggetto un immobile situato sul territorio italiano, è la normativa codicistica italiana a rappresentare la fonte di regolamentazione del rapporto. Dunque, il ragionamento della Corte muove attorno all'articolo 769 c.c. e alla sua interpretazione.

La seconda questione presa in esame dall'ordinanza riguarda la pattuizione conclusa tra gli sposi in forza della quale la ricorrente aveva diritto alla metà dei beni acquisiti dall'ex marito in costanza di matrimonio. In questo secondo caso, però, alla fattispecie in esame si applica una norma di conflitto diversa, quella espressa dagli articoli 29 e 30 della l. n. 218/1995 [BARATTA, voce *Matrimonio (scioglimento e separazione) (diritto internazionale privato)*, in *Enc. dir. Annali*, VI, Giuffrè, 2022, 379 ss.]. Dal momento che l'accordo ha ad oggetto i rapporti patrimoniali tra i coniugi, a esso si applica esclusivamente la "legge nazionale comune" della coppia, dunque quella iraniana. Così facendo, l'accordo, che costituirebbe per la legge italiana un vero e proprio patto in vista del divorzio, non deve essere sottoposto al vaglio della conformità all'ordine pubblico ex articolo 16 della l. n. 218 del 1995 [LUPONE, voce *Diritto Internazionale Privato (disposizioni generali)*, in *Enc. dir., Agg.*, V, Giuffrè, 2001, 410; tale esame avrebbe portato alla nullità dell'accordo stesso, così Cass., 26 aprile 2021, n. 11012, in *Fam. dir.*, 2021, 10, 885 ss., con nota di RIMINI, *Patti in vista del divorzio: la Cassazione rimane ancorata alla nullità*]. E per lo stesso motivo – come si vedrà in seguito – nel ragionamento della Cassazione le norme del codice civile iraniano occupano un ruolo centrale.

3. Spirito di liberalità e rapporti patrimoniali tra i coniugi

Secondo la norma del 769 c.c., il contratto di donazione è caratterizzato da due elementi essenziali: uno *oggettivo*, ovvero l'arricchimento del donatario cui corrisponde l'impovertimento del donante, e uno *soggettivo*, ovvero lo spirito di liberalità che muove il donante [sugli elementi costitutivi della donazione, JEMOLO, *Lo spirito di liberalità*, in AA. V.V., *Studi in memoria di Vassalli*, II, UTET, 1960, 973 ss.; CARNEVALI, voce *Liberalità (atti di)*, in *Enc. dir.*, XXIV, Giuffrè, 1974, 214]. Da un lato, dunque, la mancanza di corrispettivo è la caratteristica che permette di inquadrare la donazione nella più ampia categoria di atti a titolo gratuito. Dall'altro, lo spirito di liberalità è invece il tratto comune tra la donazione e gli altri atti di liberalità previsti dal codice. La donazione, però, si distingue dai molti altri atti a titolo gratuito che compongono la categoria poiché questi ultimi difettano dell'*animus donandi* che, invece, pervade il contratto di donazione [così Cass., 21 maggio 1998, n. 5086, in *Giust. civ.*, 1998, 1, 1833; sulla distinzione tra causa dell'attribuzione nei negozi a titolo gratuito e nelle donazioni si veda PALAZZO, *Le donazioni*, sub *Artt. 769-809*, in *Codice civile. Commentario* fondato da Schlesinger, diretto da Busnelli, Giuffrè, 1991, 319 ss.]. Dunque, perché un contratto possa essere qualificato come donazione occorre che sia esaminato allo scopo di individuare la presenza di entrambi gli elementi – *oggettivo* e *soggettivo*. A questo fine, allora, occorre determinare in che modo si manifesti lo spirito di liberalità così da poterne determinare l'effettiva

presenza.

L'esatta configurazione dello spirito di liberalità risulta, dal punto di vista della dottrina, tutt'altro che pacifica. In particolare, il dibattito si concentra sulla possibilità di identificare o meno lo spirito di liberalità con la causa del contratto di donazione, o se, al contrario, lo stesso appartenga piuttosto alla sfera dei motivi [«la definizione del nostro codice che vuole che il contratto di donazione sia concluso per spirito di liberalità del donante, la confusione tra causa e motivo appare più insidiosa che mai», così JEMOLO, op. cit., 974; a sostegno della prima impostazione GORLA, *Il contratto. Problemi fondamentali trattati con il metodo comparativo e casistico*, I, Giuffrè, 1954, 99; PALAZZO, op. cit., 321, BIONDI, *Le donazioni*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da Vassalli, Utet, 1961, 580; *contra*, a sostegno della teoria per la quale la causa sia invece l'arricchimento del donatario, TORRENTE, *La donazione*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da Cicu e Messineo e continuato da Mengoni, Giuffrè, 2006, 311].

Al fine di comprendere la posizione della Corte di Cassazione non occorre, però, approfondire le dispute dottrinali dal momento che la Corte ricerca il significato dello spirito di liberalità nella propria giurisprudenza. Ecco dunque che, nelle parole della Corte, lo spirito di liberalità non coincide con un «generico intento benefico o altruistico, ma con lo scopo obbiettivo che si raggiunge attraverso il negozio e che ne costituisce la causa» [così *ex multis*, Cass., sez. un., 27 luglio 2017, n. 18725 in *Corr. giur.*, 2017, 10, 1216 ss., con nota di MARTINO, *Le sezioni unite e le liberalità non donative: dalla donazione indiretta alla donazione tipica ad esecuzione indiretta*]. Dunque, lo spirito di liberalità corrisponde alla spontaneità dell'atto del donante. Per questa ragione lo stesso va ricercato accertando l'effettiva consapevolezza del donante di arricchire il beneficiario *nullo iure cogente*.

Alla luce di questa ricostruzione, la Corte di Cassazione conclude che l'errore dei giudici di merito è quello di aver confuso la gratuità con la liberalità, quando invece le due caratteristiche, lungi dall'essere tra loro coincidenti, sono tra loro ben distinte. Dalla sentenza impugnata, infatti, emerge che i giudici si sono limitati a constatare la gratuità dell'atto senza estendere l'indagine all'elemento *soggettivo*, ovvero lo spirito di liberalità sotteso alla pattuizione. È necessario, quindi, uno scrutinio puntuale rivolto specificamente all'individuazione dell'elemento *soggettivo*, che deve essere valutato alla luce del più ampio quadro di interessi patrimoniali regolati nell'ambito del matrimonio. In questa prospettiva, la Corte porta ad esempio gli accordi di separazione personale fra i coniugi contenenti attribuzioni patrimoniali da parte dell'uno nei confronti dell'altro e concernenti beni mobili o immobili, non collegati alla presenza di uno specifico corrispettivo. Tali accordi, infatti, difettano dell'elemento *soggettivo* tipico della donazione in quanto rispondono a un proprio «spirito di sistemazione dei rapporti» [così Cass., sez. un., 29 luglio 2021, n. 21761, in *Fam. dir.*, 2021, 12, 1093 ss., con nota di ARCERI, *Le Sezioni Unite sui trasferimenti immobiliari in fase di separazione consensuale e divorzio a conclusioni congiunte*].

In conclusione, dunque, la Corte non propone un'alternativa qualificatoria al preliminare di donazione, ma si limita a indirizzare il giudice del rinvio sugli elementi essenziali di quella che deve essere la valutazione per escludere o confermare tale qualifica. Nel caso di specie la Corte suggerisce che la verifica inerente all'elemento *soggettivo* si

concentri nello stabilire se il senso della pattuizione non fosse piuttosto da rinvenirsi nell'intento del futuro marito di procacciarsi il consenso del padre della sposa.

Rimane dunque da chiedersi come possa essere configurato nel diritto italiano tale accordo. A questo proposito si potrebbe ipotizzare, guardando alla struttura dell'accordo, che questo corrisponda a un contratto a favore di terzo ex articolo 1411 c.c. Come la Cassazione stessa ha avuto modo di stabilire, diversamente dal preliminare di donazione, è invece ammessa la figura del preliminare di compravendita a favore di terzo [Cass., 18 dicembre 2015, n. 25528, in *DeJure*]. Inoltre, sebbene in questo tipo di contratto la titolarità del rapporto fa capo ai contraenti, mentre la titolarità del diritto appartiene al terzo beneficiario e quindi si debba escludere in capo al terzo beneficiario la titolarità delle eventuali azioni, quest'ultimo rimane titolare dell'azione di adempimento [Cass., 30 marzo 2021, n. 8766, in *DeJure*]. Certo, anche seguendo questa impostazione rimangono dei profili problematici per quanto attiene all'inquadramento, primo fra tutti quello della mancanza di corrispettivo. Occorre però notare che in dottrina non si esclude che anche in presenza di questa caratteristica il contratto possa ritenersi valido, e che anzi possa piuttosto configurare un'ipotesi di donazione indiretta [così MAJELLO, voce *Contratto a favore del terzo*, in *Dig. disc. priv. - Sez. civ.*, IV, UTET, 1989, 241 ss.; CARNEVALI, op. cit., 218].

4. La definizione dei rapporti patrimoniali in sede di scioglimento del matrimonio: i confini del giudicato sostanziale.

Muovendo ora verso la seconda questione in esame, come anticipato, di fronte alla domanda dell'attrice avente ad oggetto l'esecuzione dell'accordo tra la stessa e l'ex marito, il compito della Corte d'Appello era quello di stabilire se questa fosse o meno coperta dal giudicato sostanziale formato dalla sentenza iraniana di divorzio. A questo scopo tale indagine doveva essere condotta alla luce degli articoli 2909 c.c., da un lato, e 14, l. n. 218 del 1995 dall'altro.

A questo punto, la Cassazione si produce in una breve ma puntuale ricognizione dei principi desumibili dalla norma dell'articolo 2909 c.c. in relazione ai confini del giudicato. *In primis*, dalla norma discende uno dei principi fondamentali del diritto processuale, ovvero, il cd. principio del dedotto e del deducibile. Detto principio esprime i confini del giudicato, ovvero determina l'area delle ragioni in fatto e in diritto sulle quali si costituisce il vincolo del giudicato. L'efficacia preclusiva di tale principio si estende non solo al cd. giudicato esplicito, ovvero quanto dedotto dalle parti, ma anche al cd. giudicato implicito, ovvero quelle domande «– proponibili sia in via di azione che di eccezione – le quali [...] si caratterizzano per la comune inerenza ai fatti costitutivi delle pretese anteriormente svolte» [*ex multis*, Cass., 4 marzo 2020, n. 6091, in *De Jure*].

Dunque, il giudicato si misura in relazione al diritto accertato oggetto del processo e ne ricomprende i fatti impeditivi, modificativi ed estintivi, senza però coinvolgere i fatti successivi e quelli alla base di un mutamento del *petitum* o della *causa petendi* [in sintesi, sui diversi problemi legati all'individuazione del mutamento di *petitum* e *causa petendi*, COMOGLIO, *Il principio di economia processuale*, Cedam, 1982, 119 ss.; PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, 6ª ed., Jovene, 2021, 64 ss.]. È in questa

accezione più ampia che si parla quindi di giudicato sostanziale come di quell'accertamento che, come si sul dire, fa stato ai sensi dell'articolo 2909 c.c. e diviene *lex specialis* del caso singolo [LIEBMAN, voce *Giudicato civile*, in *Enc. giur.*, XV, Treccani, 1989]. Infatti, come ribadito dalla Corte, il giudicato sostanziale «ha un effetto preclusivo dell'esame degli stessi elementi in un successivo giudizio, sempre che l'azione in esso dispiegata abbia gli identici elementi costitutivi» [Cass., 20 aprile 2007, n. 9486, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, 1, 39 ss., con nota di GRASSI].

La preclusione sorge, dunque, solo e soltanto di fronte a una precisa identità soggettiva ed oggettiva della seconda causa, rispetto alla prima [MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, Giuffrè, 1987, 198 ss.]. Sulla base di queste premesse, si coglie allora l'importanza e la delicatezza dell'operazione che deve svolgere il giudice nell'individuare con precisione gli elementi identificativi del giudizio: *personae*, *causa petendi* e *petitum*. Questo esame, conclude la Corte, non può limitarsi al mero dato della coincidenza esteriore, ma deve essere condotto alla luce del criterio del cosiddetto *petitum* sostanziale, ovvero «considerando l'intrinseca consistenza della posizione soggettiva dedotta in giudizio ed individuata dal giudice stesso con riguardo alla sostanziale protezione accordata a quest'ultima dal diritto positivo» [Cass., sez. un., 23 aprile 2019, n. 11161, in *DeJure*].

Alla luce di quanto esposto, il compito dei giudici di merito era quello di individuare «la *causa petendi* e il *petitum* dedotti nel giudizio di divorzio, raffrontandoli con gli elementi identificativi della domanda introdotta dalla donna dinanzi al giudice italiano». Nella valutazione della Corte d'appello la domanda dell'attrice rappresentava una «questione deducibile e non dedotta nel giudizio iraniano» poiché quest'ultimo avrebbe statuito sia sullo *status* delle persone che su alcune situazioni patrimoniali post-coniugali quali: (i) la liquidazione della «*donazione nuziale*», (ii) il compenso delle incombenze coniugali relative al periodo di coniugio e (iii) gli alimenti spettanti alla ex moglie. Tale ragionamento appare però fallace dal momento che la Corte d'Appello non sembra tenere conto di quanto aveva prima stabilito riguardo l'applicazione dell'art 30 l. n. 218 del 1995, e qualifica le questioni regolate dalla sentenza di divorzio attraverso le lenti del diritto italiano anziché del diritto iraniano.

5. Segue. *Iura (aliena) novit curia*

L'articolo 14 della l. 218 del 1995 ha risolto un problema che fino alla riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato era stato prevalentemente rimesso all'elaborazione della dottrina e della giurisprudenza. Più precisamente, la norma regola la conoscenza del diritto straniero richiamato dalla norma di conflitto imponendo al giudice l'accertamento ufficio della legge straniera. Il diritto accertato dovrà poi essere applicato dal giudice al pari di quello nazionale, al punto che la violazione o falsa applicazione di esso può essere fatta valere in Cassazione [in tal senso, MOSCONI, *Diritto internazionale privato e processuale. Parte generale e contratti*, Utet, 1996, 126. Non così, invece, per quel che concerne l'assoggettabilità a giudizio di costituzionalità, CARBONE, *sub art. 14*, in *Commentario del nuovo diritto internazionale privato*, a cura di Pocar e altri, Cedam, 1996, 67]. La parità di trattamento tra *lex fori* e diritto straniero affermata in questa previsione è a maggior ragione confermata dalla norma dell'articolo successivo,

secondo la quale «la legge straniera è applicata secondo i propri criteri di interpretazione e di applicazione nel tempo» [art 15, l. 218 del 1995; sulle eventuali eccezioni alla parità di trattamento tra *lex fori* e diritto straniero rispetto a situazioni giuridiche relative a diritti disponibili BOSCHIERO, *Appunti sulla riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato*, Giappichelli, 1996, 201 ss.].

Dunque, per quanto concerne il caso in esame, il giudice di merito aveva il dovere di «compulsare il diritto civile iraniano» per poi esaminare se «la *causa petendi* ed il *petitum* dedotti nel giudizio di divorzio involgessero la compiuta disciplina dei rapporti patrimoniali post-coniugali tra gli *ex coniugi*» *id est*, l'oggetto della domanda della attrice [una simile impostazione conferma che il valore della norma non ha valore meramente pedagogico, così MOSCONI, *op. cit.*, 125].

Se così avesse fatto, infatti, sarebbe emerso che le somme riconosciute dal giudice iraniano non trovavano affatto la loro ragione nella necessità di definire i rapporti patrimoniali post-coniugali. In primo luogo, infatti, quella che il giudice di merito ha definito donazione nuziale è il *Mahr*, ovvero la dote, regolata dagli articoli 1078 e seguenti del codice civile iraniano. Secondo queste disposizioni la donna diviene proprietaria della dote «immediatamente dopo lo svolgimento della cerimonia nuziale» e la corresponsione della dote rimane dovuta nonostante il divorzio [MCGLINN, *Family law in Iran*, 2002, 41, in *bahailibrary.com*].

Si deduce così che tale obbligazione discende dal contratto di matrimonio e non attiene invece ai rapporti post-coniugali. Si tratta quindi di un istituto specifico della legge iraniana che si fonda su presupposti diversi rispetto quelli della donazione obnuziale così come regolata dal sistema italiano (*ex articolo 785 c.c.*). Occorre però notare che, se la sentenza di divorzio fosse stata italiana e la questione avesse statuito anche della liquidazione della donazione obnuziale, allo stesso modo che per il caso in esame si sarebbe dovuto escludere l'appartenenza della questione a rapporti post-coniugali. Secondo il testo dell'articolo 785 c.c., la celebrazione del matrimonio è sia motivo che requisito di efficacia della donazione obnuziale [così CARNEVALI, *op. cit.*, 217]. Per questa ragione l'annullamento del matrimonio travolge anche la donazione obnuziale *ex tunc*, mentre invece il divorzio non ne cagiona la caducazione [Cass., 25 ottobre 1991, n. 11370, in *DeJure*.].

In secondo luogo, la sentenza iraniana si è occupata anche di quella che la Corte territoriale ha definito liquidazione degli alimenti spettanti alla moglie. Dalla lettura dell'articolo 1106 e del Codice civile iraniano si evince che il marito ha l'obbligo di mantenere la moglie in costanza di matrimonio. Tale obbligo si protrae oltre lo scioglimento del matrimonio, *ex articolo 1109*, per la durata del *cd. periodo di uddeh*, ovvero quel lasso di tempo successivo al divorzio della durata di quattro mesi e dieci giorni in cui alla donna è proibito contrarre nuove nozze [MCGLINN, *op. cit.*, 27]. Dalla lettura degli articoli indicati si evince quindi che si tratta di un'obbligazione *ex lege*. Si può, inoltre, azzardare un parallelismo con l'obbligazione alimentare prevista *ex articolo 433* e seguenti del codice civile italiano [SALA, *Gli alimenti*, in *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da Bonilini, Utet, 2016]. Lo stato di bisogno richiesto dal codice nostrano è infatti implicito nella condizione della moglie in *uddeh* la cui unica fonte di mantenimento è stata fino a quel mo-

mento il marito e che, in virtù del divieto imposto dal codice iraniano all'art 1150 di contrarre nuove nozze, non ha altra fonte di reddito [si noti che differenza rilevante tra *ud-deh* e il cd lutto vedovile è che la violazione del primo cagiona la nullità del matrimonio, mentre la violazione del secondo importa una sanzione di carattere amministrativo D'ARIENZO, *Diritto di famiglia islamico e ordinamento giuridico italiano*, in *Dir. fam. pers.*, 2004, 1, 189 ss.; MIR-HOSSEINI, *Divorce in Islamic Law and in Practice: The Case of Iran*, in *Cambridge Anthropology*, 1986, 1, 41 ss.]. Si può quindi concludere, così come ha fatto la Cassazione, che l'obbligazione di cui la sentenza iraniana ha disposto non origini dal divorzio ma sia di fatto nascente dal matrimonio.

Infine, per quanto riguarda l'ultimo aspetto regolato dal giudice iraniano, la Cassazione nota come il compenso relativo «alle incombenze coniugali durante la vita comune» attiene «ad un riequilibrio retrospettivo dei rapporti economici tra le parti» e quindi, secondo la Cassazione, è nuovamente da escludere che faccia riferimento ai rapporti post-coniugali. Una soluzione quest'ultima che, in linea con la propria giurisprudenza, la Corte avrebbe probabilmente raggiunto anche di fronte ad una sentenza di divorzio italiana. Infatti, tra le tante e diverse funzioni attribuite all'assegno di divorzio, la Corte ha spesso fatto riferimento anche a quella di riequilibrare i rapporti economici insorti tra le parti in costanza di matrimonio [così Cass., sez. un., 11 luglio 2018, n. 18287, in *Corr. giur.*, 2018, 10, 1186, con nota di S. PATTI; in senso critico ARCERI, *I principi delle Sezioni Unite nell'applicazione dei giudici di merito*, in *Fam. Dir.* 2021,1, 53 ss.; BALESTRA, *La crisi della comunione di vita*, in *Giust. civ.*, 2020, 1, 46 ss.].

In conclusione, le questioni patrimoniali regolate in sede di divorzio, dunque, traevano origine da disposizioni di legge ed erano riferite ad obbligazioni che trovano la propria causa nel matrimonio e non, invece, nel divorzio. Per questo motivo, l'accordo tra i coniugi stipulato contestualmente al matrimonio per regolare i rapporti post-coniugali non poteva ritenersi coperto da giudicato.

Bibliografia essenziale

ADAM, *Il nuovo sistema di diritto internazionale privato: diritti reali*, in *Corr. giur.* 1995, 11, 1253

ARCERI, *I principi delle Sezioni Unite nell'applicazione dei giudici di merito*, in *Fam. Dir.* 2021, 1, 50

BALESTRA, *La crisi della comunione di vita*, in *Giust. civ.*, 2020, 1, 46

BARATTA, voce *Matrimonio (scioglimento e separazione) (diritto internazionale privato)*, in *Enc. dir. Annali*, VI, Giuffrè, 2022, 437

BENVENUTI, sub art. 51, in *Riforma del sistema di diritto internazionale privato l. 31 maggio 1995, n. 218. Commentario* a cura di Bariatti, Cedam, 1996, 1325

BIONDI, *Le donazioni*, in *Trattato di diritto civile* diretto da Vassalli, Utet, 1961

CARBONE, sub art. 14, *Commentario del nuovo diritto internazionale privato* a cura di Pocar e altri, Cedam, 1996, 60

CARNEVALI, voce *Liberalità (atti di)*, in *Enc. dir.*, XXIV, Giuffrè, 1974, 214

- D'ARIENZO M., *Diritto di famiglia islamico e ordinamento giuridico italiano*, in *Dir. fam. pers.*, 2004, 1, 189
- GORLA, *Il contratto. Problemi fondamentali trattati con il metodo comparativo e casistico*, I, Giuffrè, 1954
- JEMOLO, *Lo spirito di liberalità*, in AA. V.V., *Studi in memoria di Vassalli*, II, UTET, 1960, 973
- LIEBMAN, voce *Giudicato civile*, in *Enc. giur.*, XV, Treccani, 1989, 1
- LUPONE, voce *Diritto Internazionale Privato (disposizioni generali)*, in *Enc. dir., Agg.*, V, Giuffrè, 2001, 382
- MAJELLO, voce *Contratto a favore del terzo*, in *Dig. disc. priv. - Sez. civ.*, IV, UTET, 1989, 235
- MARTINO, *Le sezioni unite e le liberalità non donative: dalla donazione indiretta alla donazione tipica ad esecuzione indiretta*, in *Corr. giur.*, 2017, 10, 1216
- MCGLINN, *Family law in Iran*, 2002, in bahailibrary.com
- MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, Milano, Giuffrè, 1987
- MIR-HOSSEINI, *Divorce in Islamic Law and in Practice: The Case of Iran*, in *Cambridge Anthropology*, 1986, 1
- PALAZZO, *Le donazioni*, sub Artt. 769-809, *Commentario al Codice civile* diretto da Schlesinger, Milano, Giuffrè, 1991, 319
- PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, 6^a ed., Jovene, 2021
- RIMINI, *Patti in vista del divorzio: la Cassazione rimane ancorata alla nullità*, in *Fam. dir.*, 2021, 10, 885