

Pactum Online

Rivista telematica di diritto dei contratti

www.rivistapactum.it

Rivista semestrale

Luglio - Dicembre 2023

2

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; Vincenzo Zimatore.

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; Stefano Gatti; Elena Guardigli; Gaetano Guzzardi; Nicoletta Muccioli; Edoardo Pesce.

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

SINGOLI CONTRATTI

Trust

RODOLFO SALVATORI, Il trust secondo il giudice tributario: a margine di una recente decisione in tema di imposizione indiretta 3

Deposito

CLARISSA GOLA, Sull'obbligo di custodia del gestore del parcheggio: note a margine dell'ultima conferma della cassazione 13

Vendita

LEONIDA GRAGNOLI, La disapplicazione della convenzione di Vienna sulla compravendita internazionale con un accordo implicito nel processo 24

CONSUMO

FRANCESCO BARONE, Il fideiussore consumatore fra la teoria del "professionista di riflesso" e l'approccio funzionalistico 33

IMPRESA E MERCATO

DANIELE BUONCRISTIANI, Clausole di put e di call: tra divieto del patto leonino e meritevolezza dei patti parasociali 45

BANCHE, INTERMEDIARI FINANZIARI E ASSICURAZIONI

ANTONIA GRIMOLIZZI, Leasing indicizzato: stop all'eterogenesi dei fini del giudizio di meritevolezza? 57

NUOVE TECNOLOGIE

PAOLO BERTOLLINI, La tutela dell'eredità digitale tra successione nel contratto di *cloud computing* e trasmissibilità dei *digital contents* 73

CONTRATTO E TUTELA DELLA PERSONA

GLORIA GIORGI, Azione revocatoria del patto di famiglia e litisconsorzio necessario 84

SINGOLI CONTRATTI

TRUST

Il Trust secondo il giudice tributario: a margine di una recente decisione in tema di imposizione indiretta *

di RODOLFO SALVATORI

Dottore in giurisprudenza

Diplomato alla Scuola di Specializzazione per le Professioni Legali

(CORTE DI CASSAZIONE, sezione quinta civile, ord. 14 marzo 2022, n. 8147; Pres. Chindemi – Est. Penta)

ABSTRACT

Con la sentenza che si porta a commento la Suprema Corte torna a pronunciarsi sulla vexata quaestio del regime fiscale applicabile agli atti di costituzione di beni in trust, confermando l'ormai consolidato orientamento secondo il quale il trasferimento dei beni dal settlor al trustee avviene a titolo gratuito, non determinando né effetti traslativi né comportandone l'attribuzione definitiva al trustee. Pertanto, tale atto di trasferimento è soggetto a tassazione in misura fissa, sia per quanto attiene all'imposta di registro che alle imposte ipotecaria e catastale (cfr. art. 1 del d.lgs. n. 347 del 1990 e 4 dell'allegata tariffa, quanto all'ipotecaria, e l'art. 10, comma 2, del d.lgs. cit., quanto alla catastale). Andando oltre al condivisibile esito pratico cui la Cassazione giunge nel caso di specie, la decisione si presta a una riflessione circa la condivisibilità del percorso argomentativo che sorregge tale *decisum*, in particolare si rende opportuno soffermarsi sulla piena riconducibilità della figura del trust alla categoria delle donazioni indirette.

With the judgment in question, the Supreme Court once again pronounces itself on the controversial question of the tax regime applicable to deeds of constitution of assets in trust, confirming the now consolidated orientation according to which the transfer of assets from the settlor to the trustee takes place free of charge, not determining translational effects nor leading to its definitive attribution to the trustee. Therefore, this deed of transfer is subject to taxation in a fixed amount, both as regards the registration tax and the mortgage and cadastral taxes (see art. 1 of the legislative decree n. 347 of 1990 and 4 of the tariff attached, as regards the mortgage, and of article 10, paragraph 2, of the aforementioned legislative decree, as regards the cadastral aspect). Going beyond the acceptable practical outcome achieved by the Court of Cassation in the present case, the decision lends itself to a reflection on the acceptability of the argumentative path that supports this decision, in particular it is appropriate to focus on the full traceability of the figure of the trust to the category of indirect donations.

SOMMARIO: 1. Il caso; 2. Cass. 8147 del 2022; 3. Il trust: origini ed ingresso nell'ordinamento italiano; 4. L'iter del trust tra AdE e Corte di cassazione; 5. Il Trust secondo il giudice tributario: il fine giustifica i mezzi? Lo scioglimento del vincolo solidale.

* Il presente contributo è stato sottoposto a valutazione in forma anonima ed è stato pubblicato in anteprima su rivistapactum.it il 29.12.2023.

1. Il caso

Con l'ordinanza n. 8147 del 14 marzo 2022 la Corte di cassazione ha aggiunto un ulteriore tassello al filone giurisprudenziale, oramai granitico, che sancisce l'applicazione in misura fissa dell'imposta catastale ed ipotecaria in relazione al conferimento di beni immobili in un *trust* autodichiarato.

La vicenda trae origine dall'iniziativa giudiziaria di un *settlor* che proponeva ricorso avverso un avviso di liquidazione, emesso dall'Agenzia delle Entrate di Treviso, relativo all'applicazione dell'imposta proporzionale su conferimento di beni ad un *trust* autodichiarato con riferimento ad un conferimento dei beni da questi segregati mediante vincolo di destinazione.

La Commissione Tributaria Provinciale di Treviso (9 giugno 2014, n. 435) accoglieva il ricorso evidenziando che il ricorrente aveva dimostrato di avere tutti i requisiti per beneficiare dell'applicazione dell'imposta in misura fissa. Infatti, avendo conferito i propri beni immobili nel *trust*: i) non si trattava di un trasferimento di beni, restando gli stessi nella disponibilità del ricorrente (sia pur blindati a uno specifico scopo), né di trasferimento di ricchezza; e ii) che fino al momento della conclusione o dello scioglimento del *trust* non si aveva un definitivo trasferimento del patrimonio.

L'Agenzia delle Entrate impugnava la sentenza sostenendo che: i) l'art. 2, commi 47/49, del d.l. 3 ottobre 2006, n. 262 aveva ripristinato l'imposta sulle successioni anche per la costituzione dei vincoli di destinazione e che ii) solo l'atto istitutivo era assoggettabile ad imposta in misura fissa, rimanendo, al contrario, l'atto di conferimento soggetto a quella proporzionale.

L'appello veniva respinto dalla Commissione Tributaria Regionale del Veneto secondo cui: i) l'art. 1 del d.lgs. 31 ottobre 1990, n. 347 prevede l'applicazione dell'imposta proporzionale per la trascrizione di atti che importano trasferimento di proprietà, mentre il *trust* autodichiarato si caratterizza per l'assenza di trasferimento, essendo una mera apposizione di un vincolo, come nel fondo patrimoniale; ii) escluso che il *trust* si debba considerare un soggetto esprimente capacità contributiva, nessuna imposta proporzionale è dovuta.

2. Cass. 8147 del 2022

Con l'ordinanza in commento la Suprema Corte ha respinto il ricorso dell'Agenzia, ribadendo che l'effetto segregativo del *trust* deficiata di un effetto traslativo reale, per tale intendendosi non un trasferimento fittizio, simulato o non voluto, bensì un trasferimento non stabile e definitivo. Tale mancanza di stabilità e definitività è dovuta dal fatto che il trasferimento del bene dal disponente al *trustee* avviene a titolo gratuito e non determina effetti traslativi, poiché non ne comporta l'attribuzione definitiva al *trustee*. Quest'ultimo, infatti, è tenuto solo ad amministrare il bene ed a custodirlo, in regime di segregazione patrimoniale, in vista del suo ritrasferimento ai beneficiari del *trust*. Pertanto, il regime di tassazione di tale atto «non può essere quello dell'imposta proporzionale di cui agli artt. 1 (atti traslativi a titolo oneroso), 9 (atti diversi, aventi ad oggetto prestazioni a contenuto patrimoniale), e 3 (atti di natura dichiarativa) della tariffa, parte

prima, allegata al d.P.R. n. 131 del 1986, ma quello della categoria residuale, disciplinata dall'art. 11 della tariffa stessa, con conseguente applicabilità, nella specie, dell'imposta nella misura fissa ivi indicata» [Cass., 17 gennaio 2018, n. 975, in *DeJure*].

Secondo la Suprema Corte, dunque, la mancanza di stabilità del trasferimento osta all'imposizione proporzionale, essendo quest'ultima prevista per la trascrizione di atti che importano il trasferimento di proprietà di beni immobili ovvero la costituzione o il trasferimento di diritti reali immobiliari. Infatti, la strumentalità dell'atto istitutivo e di dotazione del *trust* ne giustifica, in tale ambito, la neutralità fiscale. Mancando il *trust* di un'autonoma personalità giuridica, ed essendo evidente che il *trustee* acquista la proprietà dei beni ivi conferiti unicamente sulla base del rapporto fiduciario con il disponente, non sussiste un effettivo incremento di ricchezza da parte del *trustee*. Inoltre, la costituzione del *trust* non produce alcun effetto incrementativo della capacità contributiva del disponente, il cui patrimonio, quindi, non subisce alcun miglioramento.

Solitamente, anche per i beneficiari la mera costituzione del *trust* non comporta alcun incremento patrimoniale, verificandosi solitamente tale effetto solamente quando il *trustee* abbia portato a termine l'attività ad esso demandata.

In conclusione, afferma dunque la Suprema Corte, il *trust* si può configurare come «una forma di donazione indiretta», precisando che non si è in presenza di un reale trasferimento imponibile, atteso che il programma negoziale di donazione indiretta prevede la temporanea preservazione del patrimonio a mezzo della sua segregazione fino al (nel caso di specie, eventuale) trasferimento vero e proprio a favore dei beneficiari. Per l'applicazione dell'imposta sulle successioni e sulle donazioni manca quindi il presupposto impositivo della liberalità, alla quale può dar luogo soltanto un reale arricchimento mediante un reale trasferimento di beni e diritti.

Per addivenire alla soluzione della questione di diritto tributario sottoposta, la citata ordinanza aderisce all'orientamento oggi prevalente che qualifica il *trust* (autodichiarato) come una donazione indiretta, perpetuando un assunto che, tuttavia, pare sollevare più di una perplessità. È pacifico infatti che il *trust* anglosassone sia caratterizzato da una forma particolare di proprietà definita *dual ownership*; concetto di difficile applicazione all'interno di tutti quegli ordinamenti che, come quello italiano, sono caratterizzati da una cultura di *civil law*, in cui la proprietà è unica.

Lo sforzo della Suprema Corte di adattare un istituto sì peculiare come quello del *trust* alla legislazione italiana ha prodotto una qualificazione dello stesso che presenta peculiarità giuridiche e formali molto distanti dal *background* tipico del *trust*.

3. Il trust: origini ed ingresso nell'ordinamento italiano

Sotto il profilo giuridico, il nodo centrale della vicenda riguarda le peculiarità del *trust* e la conseguente applicazione in misura fissa delle imposte ipotecarie e catastali.

Per comprendere compiutamente la figura del *trust* è necessario tracciarne le origini. Nella configurazione classica del diritto inglese, assunta a partire dal secolo XVIII, il *trust* trova il proprio fondamento in un atto unilaterale (la dichiarazione di *trust* nei c.d. *trusts express* ed il comportamento concludente nei c.d. *trusts implied*), sostanzialmente qualificabile come negozio giuridico unilaterale, al quale accedono o fanno seguito

uno o più atti dispositivi. Il *settlor* dispone traslativamente dei beni in favore del *trustee*, tuttavia le caratteristiche tipiche della categoria del contratto non sono presenti poiché il trasferimento di un *estate* è un negozio unilaterale. Tale unilateralità consente di includere in una sola figura giuridica il *trust* testamentario, il *trust* istituito per mezzo della dichiarazione di *trust* ed il *trust* al quale si accompagna funzionalmente un negozio traslativo. Affermazione ricorrente nel diritto inglese è che i *trusts* non sono *contracts*, infatti l'unica parte necessaria dell'atto istitutivo è il disponente. Sebbene la prassi internazionale tenda a rendere anche il *trustee* parte dell'atto, si ritiene preferibile mantenere la struttura dell'atto istitutivo quale atto unilaterale, lasciando che il *trustee* (o anche il guardiano) aderisca all'atto, solitamente sottoscrivendolo, ma senza esserne parte.

Il *trust* opera il suo ingresso nel nostro ordinamento tramite la Convenzione dell'Aja del 10 luglio 1985, ratificata con la l. 16 ottobre 1989, n. 364. In particolare, l'articolo 2 ne fornisce una definizione - autorevolmente definita amorfa [LUPOI, voce *Trusts*, II, in *Enc. giur.*, XXV, Treccani, 1995, 10, ed ancora dello stesso autore *The shapeless trust*, in *Vita not.*, 1995, 3, 55 ss.] - che individua come *trust* tutti quei rapporti giuridici istituiti da una persona, il disponente o *settlor* - con atto tra vivi o *mortis causa* - al fine di porre dei beni sotto il controllo di un *trustee* nell'interesse di un beneficiario o per uno scopo determinato. Inoltre, «*il trust amorfo è una struttura elementare che può essere trovata in tutti i sistemi giuridici [...] Dato quindi che non-trust countries non esistono, è difficile capire la rilevanza degli articoli 6 e 13 della Convenzione che si riferiscono a paesi che ignorino il trust*» [LUPOI, voce *Trusts*, cit., 10].

Tale figura assume connotazioni diverse a seconda delle modalità con cui viene istituito, delle finalità e dei soggetti che rivestono le diverse figure (*settlor*, *trustee*, *guardian*, etc.).

Il principale effetto del *trust* è la segregazione patrimoniale, in virtù della quale i beni conferiti nel *trust* costituiscono un patrimonio separato sia rispetto al patrimonio del *trustee* che del disponente o del beneficiario. Si può affermare che il *trust*, per la propria natura di “*dual ownership*”, esprime un concetto di proprietà non totalmente allineato con quello riconosciuto dagli ordinamenti di *civil law*. Proprio tale complessità nell'allineare il *trust* anglosassone a figure riconducibili alla tradizione giuridica italiana ha generato molteplici criticità. La dottrina prevalente [LUPOI, *Trusts*, 2^a ed., Giuffrè, 2001, ed ancora dello stesso autore *Trust nel diritto civile*, in *Vita not.*, 2003, 2, 605 ss.] fin da subito ha ritenuto che dalla libertà di scelta del disponente della legge regolatrice del *trust*, come previsto all'articolo 6 della Convenzione, derivasse anche il conseguente obbligo per lo Stato in cui la Convenzione è in vigore di riconoscere il *trust*, con gli effetti di cui all'articolo 11 della Convenzione stessa.

Vi è peraltro da sottolineare che sia la dottrina che la giurisprudenza hanno costantemente ritenuto il *trust* “interno” valido ed efficace [per la tesi favorevole ai *trusts* interni cfr. per tutti in dottrina LUPOI, *Trusts*, cit., 533 ss.; BARTOLI, *Il trust*, Giuffrè, 2001, 597 ss., 603 ss.; RISSO e MURITANO, *Il trust: diritto interno e Convenzione de L'Aja. Ruolo e responsabilità del Notaio*, in *I Trust interni e le loro clausole* a cura di Bartoli, Graziadei, Muritano e Rizzo, CNN, 2007, 37 ss.; per la tesi favorevole ai *trust* interni cfr. giurisprudenza *ex multis*: Trib. Firenze 2 luglio 2005, in *TAF*, 2006, 89; Trib. Trieste,

decr. 23 settembre 2005, in *Guida al Diritto*, 2005, 41, 57 e in *TAF*, 2006, 83; Trib. Pordenone, decr. 23 novembre 2005, in *TAF*, 2006].

Inoltre, il legislatore italiano, solamente con la l. 27 dicembre 2006, n. 296, ha introdotto per la prima volta nell'ordinamento tributario nazionale disposizioni in materia di *trust* riconoscendovi, in tal modo, un'autonoma soggettività tributaria. Di fondamentale importanza è sottolineare che tale autonoma soggettività assume rilievo solamente ai fini dell'imposta tipica delle società, degli enti commerciali e non commerciali.

4. L'iter del trust tra AdE e Corte di Cassazione

Con riferimento alla figura del *trust* autodichiarato, si precisa che la giurisprudenza civile tendeva a non riconoscerne la validità e l'efficacia. Ciò in ragione del fatto che nel caso in cui risultasse che la perdita del controllo dei beni da parte del disponente fosse solo apparente, il *trust* sarebbe dovuto essere considerato nullo (*sham trust*) e non produttivo degli effetti segregativi tipici dello stesso [sul punto Tribunale di Parma, 16 ottobre 2019, n. 1567, in *lesentenze.it*; BALDASSARRE, *Il Trust autodichiarato incertezze giurisprudenziali in ordine alla legittimità di tale figura*, in *ntplusdiritto.it-sole24ore.com*]. Ciò è espressione del mancato convincimento da parte della magistratura circa la validità del *trust* autodichiarato che, essendo carente del trasferimento del controllo dei beni dal *settlor* al *trustee*, viene percepito come uno strumento meramente elusivo.

Proprio tale sfiducia nei confronti del *trust* ha originariamente influenzato la dottrina e la giurisprudenza in tema di imposizioni indirette. Il primo intervento dell'Agenzia delle Entrate si ha tramite la circolare n. 48/E del 6 agosto 2007 - *Trust. Disciplina fiscale rilevante ai fini delle imposte sui redditi e delle imposte indirette*; Roma, 6 agosto 2007 -, nella quale, dopo aver effettuato alcuni brevi cenni sulla natura del *trust* ed aver fornito indicazioni sulle modalità di amministrazione dello stesso, viene disciplinato il *trust* ai fini delle imposte dirette, indirette ed anche dei redditi del beneficiario del *trust*. L'Agenzia delle Entrate in tale circolare ha affermato che le vicende riguardanti il *trust* (istituzione, dotazione patrimoniale, gestione, realizzazione dell'interesse del beneficiario, il raggiungimento dello scopo) fossero tutte riconducibili alla medesima causa (AdE, circolare n. 48/E, p. 22). Quindi, al momento del conferimento dei beni del *trust* sarebbe stata applicata l'imposta sulle successioni e donazioni in misura proporzionale, specificando che il calcolo delle aliquote si basa sul grado di parentela tra beneficiario e disponente al momento della costituzione del vincolo.

Tale posizione ha avuto seguito per lungo periodo. Infatti, nel marzo 2016 la Suprema Corte, occupandosi della questione riguardante l'individuazione del presupposto impositivo della l. 24 novembre 2006, n. 286, ex art. 2, comma 47, ha enunciato il principio di diritto secondo cui la costituzione di un vincolo di destinazione sui beni (nel caso di specie attraverso l'istituzione di un *trust*) costituisce un autonomo presupposto impositivo, anche quando non sia individuabile uno specifico beneficiario. I giudici giungono a tale conclusione, molto probabilmente, per evitare un rinvio *sine die* (o addirittura un'esclusione) della tassazione.

Solamente nel corso del 2018, tramite la sentenza n. 13626, la Corte arriva ad una

parziale rivisitazione della posizione inizialmente espressa, affermando che «*l'unica imposta espressamente istituita è stata la reintrodotta imposta sulle successioni e sulle donazioni alla quale per ulteriore espressa disposizione debbono andare anche assoggettati i "vincoli di destinazione"*». Sottolineando che «*[...] la preoccupazione del legislatore (nei termini di intenzione del legislatore di cui all'articolo 12, comma 1, prel.)*» è quella «*di evitare che un'interpretazione restrittiva della istituita nuova legge sulle successioni e donazioni disciplinata mediante richiamo al già abrogato Decreto Legislativo n. 346 cit. potesse dar luogo a nessuna imposizione anche in caso di reale trasferimento di beni e diritti ai beneficiari quando lo stesso fosse stato collocato all'interno di una fattispecie di "recente" introduzione come quella dei "vincoli di destinazione"*» [Cass., 30 maggio 2018, n. 13626, in *cortedicassazione.it*].

Infine, a partire dal 2020, i giudici di legittimità sono giunti ad un radicale mutamento di orientamento. *In primis* la Corte di Cassazione ha riconosciuto che il presupposto della tassazione introdotta dal legislatore impone la sussistenza «*del reale trasferimento di beni o diritti e quindi del reale arricchimento dei beneficiari*», abbandonando quindi la tesi iniziale della creazione di un autonomo presupposto impositivo.

L'interpretazione proposta inizialmente dalla Agenzia delle Entrate, e sostenuta dalla giurisprudenza, si pone in contrasto con il principio di capacità contributiva espresso dall'articolo 53 Cost. Tale principio pervade l'intero ordinamento fiscale e, pertanto, non vi può essere alcun presupposto di imposta che non sia manifestativo di detta capacità. In tale prospettiva non appariva soddisfacente, in termini di coerenza logica del tributo (che rappresenta un corollario del principio di capacità contributiva), un'interpretazione che giungesse a regolare la tassazione in funzione di un futuro vantaggio patrimoniale, parametrando l'imposta al valore del bene segregato quando la ricchezza successivamente trasferita non fosse coincisa con quest'ultimo. Prospettiva insoddisfacente se non nell'ipotesi in cui non si ritenga immediatamente rilevante, in termini impositivi, l'istituzione del *trust* con segregazione del bene solo quando sia negoziabilmente previsto il successivo ritrasferimento del bene segregato (o, in generale, delle utilità economiche che ne rappresentano il valore, in cui eventualmente il bene è stato convertito) ai beneficiari. In tutte le altre ipotesi, quando cioè si prevede l'attribuzione di altri vantaggi ma non il trasferimento del bene, si dovrebbe rinviare la tassazione al momento delle effettive attribuzioni ai beneficiari.

Tramite l'ordinanza in commento la Corte di Cassazione intende sottolineare che la costituzione del *trust* non può dare luogo ad un reale trasferimento imponibile e, dunque, essendo carente l'effetto traslativo, non si può generare nessun effetto incrementativo della capacità contributiva. Solo un effettivo trasferimento di ricchezza, eseguito tramite un'attribuzione patrimoniale stabile e non meramente strumentale (come nel caso del *trust*), giustificerebbe l'applicazione delle imposte di successione, registro ed ipotecaria in misura proporzionale ai sensi dell'art. 53 Cost.

Tale orientamento ad oggi è sì granitico che anche l'Agenzia delle Entrate, nella Circolare n. 34/E del 20 ottobre 2022 (*Disciplina fiscale dei trust ai fini della imposizione diretta e indiretta - Articolo 13 decreto legge 26 ottobre 2019, n.124, convertito con modificazioni dalla legge 19 dicembre 2019, n. 157 - decreto legislativo 31 ottobre 1990, n. 346 - Recepimento dell'orientamento della giurisprudenza di Legittimità;*

Roma, 20 ottobre 2022) ha affermato che le indicazioni fornite nella circolari precedenti devono considerarsi superate. Precisando, tuttavia, che le operazioni di gestione compiute dal *trustee* durante la vita del *trust* sono soggette ad autonoma imposizione sulla base della natura e degli effetti giuridici prodotti caso per caso.

5. Il Trust secondo il giudice tributario: il fine giustifica i mezzi?

L'ordinanza annotata si colloca nel solco tracciato dalla giurisprudenza maggioritaria [*ex multis* Cass., 17 gennaio 2018, n. 975, cit.] in tema di applicazione in misura fissa dell'imposta catastale ed ipotecaria in relazione al conferimento di alcuni beni immobili in un *trust* autodichiarato.

Con sintetica motivazione sul punto, la Suprema Corte ha definito il *trust* “una forma di donazione indiretta”, precisando che non si è in presenza di un reale trasferimento imponibile, atteso che il programma negoziale di donazione indiretta prevede la temporanea preservazione del patrimonio a mezzo della sua segregazione fino al (nel caso di specie, eventuale) trasferimento vero e proprio a favore dei beneficiari.

Per l'applicazione dell'imposta sulle successioni e sulle donazioni manca, quindi, il presupposto impositivo della liberalità, alla quale può dar luogo soltanto un reale arricchimento mediante un reale trasferimento di beni e diritti. In quest'ottica, l'ordinanza in commento ha affermato che «*l'istituzione di un trust ed il conferimento in esso di beni che ne costituiscono la dotazione sono atti fiscalmente neutri, in quanto non danno luogo ad un passaggio effettivo e stabile di ricchezza, ad un incremento del patrimonio del trustee, che acquista solo formalmente la titolarità dei beni, per poi trasferirla al beneficiario finale [...]*». Dunque, al momento del conferimento dei beni nel *trust* non vi sono soggetti sui quali gravi l'imposta sulle successioni e donazioni, prevista dall'art. 2, comma 47, del d.l. n. 262 del 2006, conv. in l. n. 286 del 2006, che sarà dovuta, invece, al momento del trasferimento dei beni o diritti dal “*trustee*” al beneficiario.

Inoltre, solo tale interpretazione può essere definita costituzionalmente orientata, poiché conforme ai principi delineati dall'articolo 53 Cost., secondo cui l'imposizione non deve essere arbitraria ma ragionevole, connessa ad un effettivo indice di ricchezza [in questi termini Cass., 24 dicembre 2020, n. 29507, in *DeJure*].

Tale sovrapposizione tra *trust* e donazione indiretta, tuttavia, non pare convincente, presentando le due figure numerosi profili di differenziazione.

Il fatto che tramite l'utilizzo del *trust* si possa configurare una fattispecie liberale indiretta, ove dal regolamento del *trust* emerga un intento liberale del disponente nei confronti dei beneficiari, risulta ormai un dato acquisito dalla dottrina e dalla giurisprudenza [TORRENTE, *La donazione, Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da Cicu, Messineo e continuato da Mengoni, Giuffrè, 2006, 70 ss.; BARTOLI, *Trust interno e liberalità non donativa*, in *Liberalità non donative e attività notarile*, Il Sole 24 Ore, 2008, 59]. Tuttavia, benché con l'atto di conferimento il disponente si privi di un diritto per trasferirlo al *trustee*, la natura liberale o meno di tale trasferimento può essere determinata solo esaminando le clausole dell'atto istitutivo e, in particolare, la descrizione della finalità del *trust*. Pertanto, non pare possibile identificare un atto specifico che caratte-

rizzi il rapporto di *trust* (istitutivo, dispositivo, distributivo) da cui può ritenersi dipendere in via esclusiva la concretizzazione della fattispecie liberale.

Ma cosa accade nei casi in cui la liberalità indiretta sia realizzata mediante il trasferimento, a titolo gratuito, di beni originariamente compresi nel patrimonio del donante, come accade solitamente nei *trust* liberali? Uno dei pochi autori che recentemente ha affrontato tale tema ha concluso che per il *trust* non è possibile dettare una regola che sia sempre valida, essendo necessario compiere una valutazione caso per caso osservando le disposizioni specificamente previste all'interno di ciascun regolamento di *trust* [DELLE MONACHE, *La libertà di disporre mortis causa*, in *Riv. dir. civ.*, 2019, 2, 465].

In particolare, secondo la citata dottrina: i) qualora i beni costituiti in *trust* siano beni infungibili affidati al *trustee* per una “gestione statica”, allora, il rimedio a disposizione del legittimario avrà un effetto recuperatorio in natura; ii) mentre nel caso in cui al *trustee* sia rimessa una “gestione dinamica” del fondo, al legittimario spetterà solamente il *tantundem* [sul tema della staticità o dinamicità del *trust* si veda ERRANI, *La riduzione della liberalità indiretta attuata a mezzo di trust e le possibili conseguenze sulla successiva circolazione dei beni conferiti*, in *Contr. e impr.* 2020, 2, 945 ss., in particolare il § 6 (*Problemi di compatibilità tra trust e quota necessaria: l'estensione dell'effetto retroattivo reale della tutela*)]. Tuttavia, non è agevole spiegare come la mera previsione all'interno dell'atto istitutivo della possibilità per il *trustee* di trasformare i beni costituenti il fondo in *trust* possa impedire il meccanismo-tipo di applicazione ordinaria dell'azione di riduzione, annullandone l'effetto retroattivo reale. Tale argomentazione, peraltro, risulta maggiormente complessa se si vuole, al contempo, sostenere che, in caso di “gestione statica” del fondo, il rimedio recuperatorio concesso ai legittimari del disponente trovi piena applicazione.

Non parrebbe condivisibile, osservando la disciplina codicistica in tema di tutela dei legittimari, l'idea secondo cui la mera previsione all'interno dell'atto istitutivo della facoltà in capo al *trustee* di agire in maniera dinamica sul fondo possa provocare un'interruzione della catena negoziale successiva al trasferimento tale da disinnescare la portata retroattiva reale del rimedio successorio. A meno di voler sostenere, ma non pare che la dottrina richiamata voglia spingersi a tanto, che la previsione di un divieto di trasformazione dei beni in fondo (e quindi l'imposizione di una gestione statica del medesimo) valga a trasformare il *trust* da liberalità indiretta a mero strumento giuridico per l'esecuzione di una liberalità diretta (quasi una donazione “a esecuzione indiretta” avente ad oggetto il bene conferito).

Infatti, nel caso in cui si arrivasse ad assimilare il *trust* ad uno strumento giuridico finalizzato ad una liberalità diretta, si formulerebbe un istituto di *civil law* incompatibile con il *trust* e carente, quindi, dei pregi economici e fiscali analizzati nel corso di tale trattazione.

Con ciò si vogliono evidenziare i rischi che una *commixtio sanguinis* (prassi consistente nel rievocare una diversa norma od un elemento appartenente ad altra branca per delineare la disciplina di un istituto), eccessiva e smodata, potrebbe ingenerare nelle fattispecie in cui vengano perpetuate erronee classificazioni di categorie civilistiche, tramite una loro forzosa declinazione in giudizi riguardanti materie differenti. Anche se è necessario sottolineare che tutti gli elementi giuridici che hanno costruito le basi concettuali

del *trust* erano presenti anche nella tradizione giuridica romanistica, fornendo maggior rilievo al successo dell'evoluzione della *Law of Trust* anglosassone e agli “insuccessi” continentali. Infatti, alcuni ordinamenti di *civil law* hanno introdotto istituti simili al *trust*, ma senza riuscire ad integrarne perfettamente la struttura e le funzioni: i) si pensi alla *Treuhand* tedesca (che è uno degli istituti giuridici esplicitamente considerati affini al *trust* sia nelle norme della GAFI sia nella direttiva antiriciclaggio; istituto giuridico privo di personalità giuridica risultante dal principio dell'autonomia delle parti contraenti, tipico degli ordinamenti giuridici tedesco ed austriaco, tuttavia quando la *Treuhand* persegue la finalità di un contratto di deposito fiduciario non può essere considerata affine ai *trust*); ii) ed al *Bewind* olandese (istituto che consente di attribuire al fiduciario il solo potere di amministrare e disporre dei beni in qualità di agente del beneficiario, mentre la proprietà di tali beni permane in capo al beneficiario stesso, deficitando della compresenza di due diritti di proprietà autonomi e distinti esistenti su medesimi beni).

Con ciò non si intende affermare che il nostro ordinamento sia riuscito ad integrare perfettamente il *trust*, anzi la presunta *aurea mediocritas* degli attuali filoni giurisprudenziali si trova in una posizione che si discosta in modo ragguardevole da una soluzione ottimale e definitiva.

Infatti, proprio le già citate origini anglosassoni del *trust* hanno dato luogo a non poche difficoltà alla dottrina e, soprattutto, alla giurisprudenza sul più idoneo inquadramento dell'istituto all'interno del nostro ordinamento. Inoltre, l'elasticità, quasi eccessiva, dell'istituto ne permette svariate declinazioni, che necessiterebbero ciascuna di adeguato approfondimento. Uno studio attento di tali declinazioni sarebbe necessario al fine di evitare il panorama giuridico attuale: caratterizzato, da un lato, dal “costringimento” del *trust* all'interno di categorie civilistiche tipiche degli ordinamenti di *civil law*; dall'altro, dalla modulazione, forzata, di alcune categorie civilistiche (come, ad esempio, la categoria dei rimedi), tentando di plasmarle intorno alle peculiarità che caratterizzano tale istituto anglosassone. Sia un eccessivo “costringimento” del *trust* che l'eventuale modulazione forzata delle categorie civilistiche rischiano di foggare un novero di istituti giuridici che da un lato rischierebbero di produrre “insuccessi” simili a quelli della *Treuhand* e del *Bewind* e dall'altro snaturerebbero istituti tipici della tradizione del *civil law*.

Bibliografia essenziale

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

BALDASSARRE, *Il Trust autodichiarato incertezze giurisprudenziali in ordine alla legittimità di tale figura*, in ntplusdiritto.ilsole24ore.com

BARTOLI, *Il trust*, Giuffrè, 2001

BARTOLI, *Trust interno e liberalità non donativa*, in *Liberalità non donative e attività notarile*, 2008, 59

DELLE MONACHE, *La libertà di disporre mortis causa*, in *Riv. dir. civ.*, 2019, 2, 465

ERRANI, *La riduzione della liberalità indiretta attuata a mezzo di trust e le possibili conseguenze sulla successiva circolazione dei beni conferiti*, in *Contr. e impr.* 2020, 2, 945

LUPOI, *The shapeless trust*, in *Vita not.*, 1995, 3, 55

LUPOI, voce *Trusts*, II, in *Enc. giur.*, XXV, Treccani, 1995, 1

LUPOI, *Trusts*, 2^a ed., Giuffrè, 2001, 533

LUPOI, *Trust nel diritto civile*, in *Vita not.*, 2003, 2, 605

RISSO e MURITANO, *Il trust: diritto interno e Convenzione de L'Aja. Ruolo e responsabilità del Notaio*, in *I Trust interni e le loro clausole* a cura di Bartoli, Graziadei, Muritano e Riso, CNN, 2007, 37 ss.

TORRENTE, *La donazione*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da Cicu, Messineo e continuato da Mengoni, Giuffrè, 2006, 70.

DEPOSITO

Sull'obbligo di custodia del gestore del parcheggio: note a margine dell'ultima conferma della Cassazione *

di **CLARISSA GOLA**
Dottoranda di ricerca
Università degli Studi Roma Tre

(CORTE DI CASSAZIONE, sezione seconda civile, ord. 27 giugno 2023, n. 18277, Pres. Di Virgilio – Est. Ginnaccari)

ABSTRACT

Attraverso l'ordinanza in epigrafe, la Cassazione torna nuovamente sulla questione concernente la responsabilità del gestore dell'area adibita a parcheggio per il furto del veicolo in esso posteggiato. La Corte di legittimità coglie l'occasione per ribadire la sussistenza dell'obbligo di custodia gravante in capo al gestore, riconducendo il contratto atipico di parcheggio allo schema del deposito di cui agli artt. 1766 c.c. e ss. Alla luce dei richiami effettuati dalla pronuncia in commento, si affronta altresì il tema della validità delle clausole di esonero di responsabilità unilateralmente apposte dal gestore.

With its decision, the Italian Supreme Court returns once more on the parking area's manager liability in the event of theft of a vehicle parked therein. The Court reiterates the existence of a custody obligation on the manager himself, on the grounds that the atypical parking contract falls within the scheme of deposit referred to in art. 1766 of the Civil Code. In light of the reasoning of the decision, this note also investigates the validity of the liability waiver clauses unilaterally affixed by the parking manager.

SOMMARIO: 1. Il caso; 2. Il contratto di parcheggio; 3. Clausola di esonero di responsabilità del gestore del parcheggio; 4. Aree di parcheggio comunali; 5. La responsabilità del gestore dell'area adibita a parcheggio per il furto degli oggetti eventualmente contenuti nei veicoli.

1. Il caso

Il ricorrente conveniva in giudizio, davanti al Tribunale di Mantova, l'(Omissis) Spa per vedere accolta la richiesta di risarcimento dei danni subiti in conseguenza del furto dell'automobile, verificatosi in data 25 marzo 2015, presso il parcheggio dell'aeroporto gestito dalla società resistente. Il giudice di prime cure, qualificato il contratto stipulato tra le parti come contratto di parcheggio privo di custodia, rigettava la domanda.

Negli stessi termini decideva la Corte d'appello di Brescia, rigettando il gravame

* Il presente contributo è stato sottoposto a valutazione in forma anonima ed è stato pubblicato in anteprima su rivistapactum.it il 26.10.2023.

proposto.

Secondo i giudici di merito, il contratto atipico di parcheggio meccanizzato sarebbe riconducibile al deposito o alla locazione, a seconda della funzione sociale che i contraenti intendono perseguire con il negozio posto in essere. Qualora quest'ultimo fosse riconducibile al primo dei due schemi contrattuali richiamati, il gestore del parcheggio assumerebbe su di sé anche l'obbligazione di custodire il bene per poi restituirlo in natura, fatta salva l'ipotesi in cui compaia una clausola di esonero della responsabilità, la quale avrebbe, comunque, carattere vessatorio. Al contrario, nel caso di locazione, l'interesse dedotto nel contratto è quello alla mera disponibilità di uno spazio per la sosta temporanea del veicolo, non gravando sul gestore alcun obbligo di custodia.

I giudici di merito, pur consapevoli dell'orientamento che qualifica il contratto di parcheggio meccanizzato come contratto atipico, in cui è compresa la custodia, se ne discostavano. In particolare, la Corte d'appello, ritenendo che le modalità di conclusione del contratto non risultassero idonee a ingenerare nel conducente alcun affidamento circa l'inclusione della custodia nel servizio di parcheggio offerto, individuava la causa dell'accordo nella disponibilità dello spazio.

I soccombenti depositavano ricorso per Cassazione ravvisando «*la violazione e falsa applicazione degli artt. 1766 e ss. c.c. nonché degli artt. 1571 e ss. c.c.*» e «*la violazione e falsa applicazione degli artt. 1326, 1327, 1336, 1337, 1341, 1362 e 1366 c.c.*». In particolare, il ricorrente lamentava la sussunzione del contratto atipico in esame entro la fattispecie del contratto di locazione, escludendo, pertanto, l'obbligo di custodia in capo al gestore. In contrasto con la consolidata giurisprudenza di legittimità, si qualificava, dunque, la fattispecie in oggetto quale contratto di parcheggio incustodito, collocando la sua conclusione al momento dell'immissione dell'autovettura nello spazio adibito.

La Corte di Cassazione, per il tramite dell'ordinanza in esame, ha ritenuto fondati i motivi e accoglieva il ricorso, rinviando al giudice d'appello territorialmente competente.

Il contratto di parcheggio a pagamento, pur non essendo espressamente disciplinato dal legislatore, è divenuto, senza dubbio, un contratto socialmente tipico, la cui conclusione si colloca nel momento dell'incontro tra offerta (al pubblico) della prestazione di parcheggio e accettazione della stessa, che si manifesta con l'immissione del veicolo nell'area adibita a parcheggio.

Al pari della Corte territoriale, anche i giudici di legittimità valorizzano la funzione assoluta, nel caso concreto, dal contratto di parcheggio, al fine di individuarne la relativa disciplina e il conseguente riparto di responsabilità, giungendo, tuttavia, a conclusioni opposte.

La Corte evidenzia come l'offerta formulata dal gestore attraverso la predisposizione di un'area recintata di parcheggio meccanizzato a pagamento ingeneri in chi accetta l'affidamento che nell'oggetto del contratto sia compresa anche la custodia del veicolo, non solo la disponibilità dello spazio. La Corte precisa, dunque, che un'eventuale deroga alla disciplina in questione debba essere oggetto di una espressa trattativa e di uno specifico consenso delle parti, condizioni non soddisfatte dalla apposizione di cartelli o clausole predisposte unilateralmente sul biglietto ritirato all'entrata o contenute nel regolamento affisso all'interno dell'area di parcheggio. Si tratta, difatti, di segnalazioni

che si collocano tutte in un momento successivo alla conclusione del contratto, come tali inidonee a incidere sul contenuto delle prestazioni in esso dedotte.

L'eventuale presenza di una clausola di esonero di responsabilità in capo al gestore del parcheggio – da approvarsi specificatamente per iscritto stante il suo carattere vessatorio – dovrebbe essere indicata all'utenza in modo chiaro e inequivocabile al momento dell'offerta della prestazione e prima della conclusione del contratto, quando sussiste ancora la possibilità di scelta in ordine alla sua conclusione.

2. Il contratto di parcheggio

La giurisprudenza, di merito e di legittimità, riconduce il contratto atipico di parcheggio allo schema contrattuale tipico del deposito [Sul contratto di deposito cfr. SCALISI, *Il contratto di deposito. Del deposito in generale, del deposito in albergo, del deposito nei magazzini generali*, in *Commentario del Codice civile*, fondato da Schlesinger e diretto da Busnelli, Giuffrè, 2011, 46 ss.; DALMARTELLO e PORTALE, voce *Deposito (diritto vigente)*, in *Enc. dir.*, XII, Giuffrè, 1964, 273; ZACCARIA, *Sub art. 1766*, in *Commentario breve al Codice civile* a cura di Cian e Trabucchi, Cedam, 2022, 1921 ss.; FUNAIOLI, *Deposito*, in *Trattato di diritto civile* a cura di Grosso e Santoro Passarelli, Vallardi, 1961, 12; DE MARTINI, voce *Deposito (diritto civile)*, in *Noviss. dig. it.*, V, Utet, 1960, 512; A. GALASSO e G. GALASSO, voce *Deposito*, in *Dig. disc. priv. - Sez. civ.*, Utet, 1989, 253 ss. Sul deposito di cortesia v. RUBERTO, *Natura giuridica del deposito a titolo di cortesia*, in *Nuovo dir.*, 1955, 1, 116; FORCHIELLI, *Deposito di cortesia o deposito gratuito?*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1953, 2, 290; CARRESI, *Sulla pretesa configurabilità di un deposito di cortesia*, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1953, 1, 114]. Il contratto col quale un'automobile viene affidata al gestore di un parcheggio, per un tempo determinato, è assimilabile, dunque, a quello di deposito e non a quello di mera locazione d'area [in dottrina v. GALLONE, *Parcheggio, contratto di posteggio e responsabilità*, Cedam, 1999, 149 ss.; DONZELLA, *Qualificazione e modalità di conclusione del c.d. contratto innominato di parcheggio*, in *Riv. dir. comm.*, 1992, II, 1, 71; PASTORE, voce *Parcheggio e posteggio*, in *Nuovo dig. it.*, appendice, V, Utet, 1980, 663; ANNUNZIATA, *I parcheggi privati e pubblici nel diritto vigente (civile, urbanistico e penale)*, Cedam, 2011, 45 ss.; ID., *Brevi note sul diritto al parcheggio*, in *Giur. it.*, 1999, 4, 730; COLACITO, voce *Parcheggio e posteggio*, in *Enc. dir.*, XXXI, agg. II, Giuffrè, 1998, 691; LUMINOSO, voce *Parcheggio (aree obbligatorie)*, in *Enc. dir.*, XXXI, agg., II, Giuffrè, 1998, 693 ss.; LAPERTOSA, *Il contratto di posteggio*, in *Resp. civ. e prev.*, 2005, 3, 551]. La Suprema Corte di Cassazione, difatti, ha ribadito a più riprese che l'obbligazione principale del gestore del parcheggio, in relazione all'interesse del cliente dedotto nel contratto, è quella di custodire l'autovettura, per evitare i rischi connessi al parcheggio in luogo pubblico e senza custodia. Lo scopo della figura contrattuale in oggetto è quello di liberare, almeno temporaneamente, l'automobilista da ogni preoccupazione relativa alla detenzione e custodia del veicolo, trasferendole al titolare dell'area destinata al parcheggio, prestando, pertanto, adesione allo schema del contratto di deposito, nella parte in cui all'art. 1766 c.c. la custodia è posta a carico del depositario [Cass. 27 gennaio 2009, n. 1957, in *Corr. Giur.*, 2009, 12, 1647, con nota di AMEN-

DOLAGINE, *Furto di autoveicolo e responsabilità del gestore dell'area adibita a parcheggio*]. La giurisprudenza di legittimità, in più occasioni, ha evidenziato che l'offerta della prestazione di parcheggio, qualificabile quale offerta al pubblico, cui segue l'accettazione attraverso l'immissione del veicolo nell'area, ingenera nell'automobilista l'affidamento che in essa sia compresa anche la custodia, essendo irrilevanti eventuali condizioni generali di contratto predisposte unilateralmente dal gestore del parcheggio, che escludano un obbligo di custodia, dal momento che, per le modalità di conclusione del contratto, è legittimo ritenere che tale conoscenza sfugga all'utente [Cass. 13 marzo 2007, n. 5837, in *Giur. it.*, 2007, 12, 1912 e in *Arch. giur. circol. e sinistri*, 2007, 3, 910; Cass. 20 dicembre 2005, n. 28232, in *DeJure*].

Qualora il contratto in esame fosse riconducibile allo schema della locazione sarebbe il titolare del parcheggio a consegnare l'area al cliente, al contrario, è quest'ultimo che consegna la sua automobile al titolare, ricevendo in cambio un documento che lo legittima al ritiro. È, dunque, evidente la prevalenza dell'elemento dell'affidamento del veicolo con conseguente obbligo di custodia e riconsegna, come nello schema generale del deposito. L'oggetto del contratto di parcheggio è costituito dalla messa a disposizione di un'area da parte del gestore, il quale si fa, inoltre, carico, della presa in custodia di ogni automobile introdotta, al pari, dunque, del deposito, in cui l'obbligo di custodia è considerato elemento essenziale. [Cass. 25 febbraio 1981 n. 1144, in *Giur. it.*, 1981, I, 5, 1583, con nota di COSTANZA, *Sulla responsabilità del parcheggiatore*; Cass. 2 febbraio 1985, n. 1787, in *Foro it.*, 1985, I, 3, 670; Cass. 23 agosto 1990, n. 8615, in *Foro it.*, 1991, I, 5, 1523; Cass. 1° ottobre 1999, n. 10892, in *Contr.*, 2000, 2, 379; Cass. 26 febbraio 2004, n. 3863, in *Giur. it.*, 2005, 2, 271, con nota di CATERINA, *La costosa custodia: la qualificazione del contratto di parcheggio e le sue conseguenze*; e in *Foro it.*, 2004, I, 7-8, 2133, con nota di BITETTO, *Il contratto di parcheggio: declino del potere normativo d'impresa e tutela del contraente debole nelle "quick hand transactions" (contratti di massa a conclusione rapida)*!; e in *Resp. civ. e prev.*, 2004, 3, 717, con nota di GORGONI, *Parcheggio e custodia: tra negazione dell'utilità della disciplina contrattuale di diritto comune e svalutazione del consenso*; Cass. 27 gennaio 2009, n. 1957, in *Corr. giur.*, 2009, 12, 1647, con nota di AMENDOLAGINE, *Furto di autoveicolo e responsabilità del gestore dell'area adibita a parcheggio*; Cass. 15 aprile 2021, n. 9895, in *DeJure*. Per la giurisprudenza di merito v. App. Milano 1° febbraio 2000, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2000, I, 4, 447, con nota di CHINDEMI, *Contratto di parcheggio di autovettura in area recintata. Contratto di deposito o locazione d'area?*; App. Napoli 18 maggio 2001, in *Giur. mer.*, 2003, 9, 894, con nota di D'ALONZO, *In tema di contratto di posteggio di autoveicoli*.].

Tuttavia, una parte della giurisprudenza, soprattutto di merito, esclude, in alcuni casi, lo schema del deposito per ricondurre il contratto di parcheggio alla locazione d'area [App. Milano 30 maggio 2000, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2001, I, 1, 50, con nota di CHINDEMI, *Limiti della responsabilità del gestore di parcheggio in area recintata*; Trib. Milano 19 maggio 1994, in *Riv. giur. circolaz. e trasp.*, 1995, 768; Trib. Aosta, 15 aprile 1988, in *Arch. civ.*, 1989, 2, 291; Trib. Milano 11 marzo 1996, in *Giur. it.*, 1997, 1, 92.]. Secondo l'orientamento in esame le parti avrebbero interesse alla mera disponibilità di uno spazio per la sosta temporanea del veicolo, senza custodia. È stato, innanzitutto, valorizzato il profilo della funzione economico – sociale del contratto in esame che, alla luce

dell'aggravarsi dei problemi di sosta delle autovetture nella maggior parte delle città italiane, risponde all'interesse prevalente del proprietario di godere temporaneamente di uno spazio per collocare il veicolo, piuttosto che quello di farlo custodire. In particolare, si argomenta in ordine alle modalità di affidamento del veicolo, inidonee a ingenerare nei clienti affidamento alcuno circa l'inclusione della custodia nel servizio di parcheggio a pagamento. Ciò risulta evidente soprattutto con riferimento ai parcheggi in aree recintate, cui si accede con sistemi automatici, in cui l'introduzione del veicolo avviene senza contatti con il personale, mancando, di conseguenza, la presa in carico del veicolo da parte del gestore. Secondo la ricostruzione in esame, il ritiro del biglietto all'ingresso sarebbe funzionale solo al pagamento del corrispettivo della sosta, dal momento che nessuno, né direttamente né indirettamente, si rende affidatario del mezzo. Si sarebbe, dunque, in presenza di un contratto atipico di parcheggio, non assoggettabile alla disciplina del deposito, ma a quella della locazione. Il gestore, in questi casi, si obbligerebbe esclusivamente a garantire e preservare il buon stato locativo dell'impianto e il conducente avrebbe interesse solo al godimento temporaneo di un'area adibita a parcheggio, con conseguente impossibilità di affermare una responsabilità del gestore per furto del veicolo.

Un diverso orientamento, cui sembra aderire la sentenza in esame, ritiene necessario, invece, distinguere la fattispecie del parcheggio custodito da quella del parcheggio incustodito. Ad assumere rilevanza in tal senso è la ricostruzione della volontà delle parti desumibile dal titolo contrattuale e dal comportamento tenuto dai contraenti. Al fine di accertare se vi sia o meno un obbligo di custodia in capo al gestore dell'area di parcheggio, risulta, dunque, indispensabile indagare la funzione che il contratto di parcheggio assolve in concreto. Nel contratto di parcheggio con custodia, l'affidamento del veicolo costituisce l'unica o, comunque, la prevalente finalità perseguita dalle parti, con conseguente applicazione della disciplina del deposito di cui agli artt. 1766 e ss. c.c. Al contrario, nel contratto di parcheggio senza custodia, l'interesse delle parti è quello al mero godimento dell'area di sosta [Cass. 1° dicembre 2004, n. 22598, in *Contr.*, 2008, 4, 888, con nota di MANCINELLI, *Contratto di parcheggio e clausole di esonero della responsabilità*; Cass. 20 dicembre 2005, n. 28232, in *DeJure*]. La giurisprudenza in esame puntualizza che solo la presenza di un cartello che renda edotto l'automobilista della assenza di custodia, collocato prima dell'accesso e, dunque, prima della conclusione del contratto, con modalità che lo rendano visibile a tutti, può comportare la conclusione di un contratto di parcheggio assimilabile allo schema della locazione d'area. Non assume alcuna rilevanza, al contrario, la circostanza che detta indicazione sia riportata su cartelli posizionati all'interno, conoscibili solo dopo la conclusione del contratto, o sul retro dello scontrino o scheda magnetica rilasciata all'automobilista. Funzione prevalente del contratto e obbligazione principale del gestore è l'espletamento della custodia dell'auto, anche nell'ipotesi in cui non vi sia stata la consegna delle chiavi dell'automobile, il gestore non sia stato incaricato del posizionamento dello stesso e sia stato chiuso con sistemi di allarme. Tale orientamento, sposato anche dalla sentenza in esame, muove dal presupposto che l'offerta al pubblico di un servizio di parcheggio in area chiusa, in assenza di diverse indicazioni, esprime la volontà dell'offerente alla presa in custodia del veicolo, ingenerando nell'automobilista il corrispondente affidamento. Ogni diversa indicazione,

che escluda l'obbligo di custodia, deve essere indicata in maniera chiara e univoca prima della conclusione del contratto, che è da collocare nel momento in cui l'utente si indirizza alla sbarra di ingresso e prima del superamento della stessa [Cass. sez. un., 28 giugno 2011, n. 14319, in *Obb. contr.*, 2012, 2, 89, con nota di SPAGNOLO, *Il contratto di parcheggio: obbligo di custodia a carico del gestore del parcheggio?*].

3. Clausola di esonero della responsabilità del gestore del parcheggio

Occorre affrontare, a questo punto, la questione relativa al rilievo da attribuire alle condizioni generali di contratto, che il gestore abbia eventualmente predisposto con l'intento di esonerarsi dall'obbligo di custodia e dalla relativa responsabilità [sul tema delle condizioni generali di contratto v. DE NOVA, *Le condizioni generali di contratto*, in SACCO e DE NOVA, *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile* diretto da Sacco, Utet, 2016, 345; S. PATTI, *Le condizioni generali di contratto*, Cedam, 1996, 1 ss.; C.M. BIANCA, *Le condizioni generali di contratto*, Giuffrè, 1981, 1 ss.; MORELLO, voce *Condizioni generali di contratto*, in *Dig. disc. priv. - Sez. civ.*, III, Utet, 1988, 335 ss.; AMBROSOLI, voce *Condizioni generali di contratto*, in *Dig. disc. priv. - Sez. civ.*, agg. I, Utet, 2014, 71 ss.; ROPPO, *Contratti standard*, Giuffrè, 1975, 380 ss.; NUZZO, voce *Condizioni generali di contratto*, in *Diz. dir. priv., Dir. civ.*, a cura di Irti, Giuffrè, 1980, 157; G. PATTI e S. PATTI, *Responsabilità precontrattuale e contratti standard*, in *Commentario del Codice civile*, diretto da Schlesinger, Giuffrè, 1993, 299].

In primo luogo, è opportuno rilevare che il contratto di parcheggio, secondo l'opinione comune, non si costituisce secondo lo schema tipico dato dalla combinazione di proposta e accettazione. La prevalente dottrina e giurisprudenza fa riferimento alla figura dell'offerta al pubblico di cui all'art. 1336 c.c. [in giurisprudenza v. Cass. 3 dicembre 1990, n. 11568, in *DeJure*; Cass. 26 febbraio 2004, n. 3863, in *DeJure*; Cass. 20 dicembre 2005, n. 28232, in *DeJure*; in dottrina v. GALLONE, op. cit., 123 ss.; DONZELLA, op. cit., 71]: in particolare, la predisposizione dell'area adibita a parcheggio da parte del gestore costituirebbe un'offerta al pubblico, cui corrisponderebbe l'accettazione del cliente, manifestata col semplice atto d'immissione del veicolo nell'apposito spazio. Tuttavia, date le esigenze di celerità che governano la conclusione del contratto di parcheggio, è stata prospettata anche la possibilità di ricostruire la fattispecie nei termini di un contatto sociale qualificato, già di per sé fonte di obbligazioni [in dottrina v. GALLONE, op. cit., 128 ss.].

Comunque si intenda qualificare la fattispecie in esame, per le ragioni in precedenza evidenziate, si deve ritenere che dal contratto di parcheggio scaturisca anche l'obbligo di custodire il veicolo, anche in presenza di eventuali condizioni generali di contratto, predisposte unilateralmente dal gestore dell'area di parcheggio, che si esprimano in senso contrario. Quest'ultime, da un lato, si porrebbero in contrasto con l'affidamento ingenerato nell'utente mediante l'offerta di un posteggio in apposita area, dall'altro, simili clausole non sarebbero conoscibili da quest'ultimo con l'ordinaria diligenza, come imposto dall'art. 1341, comma 1, c.c., anche se riportate con un cartello all'interno del parcheggio o sul retro dello scontrino ritirato all'ingresso [in senso contrario v. CATERINA, op. cit., 208; BITETTO, op. cit., 2134]. Né, per sostenere l'efficacia delle condizioni

in esame, si potrebbe fare leva sulla conoscenza delle stesse da parte dell'automobilista una volta parcheggiato il veicolo, leggendo il retro dello scontrino, in quanto si tratterebbe di una conoscenza maturata in un momento successivo alla conclusione del contratto e, come detto, in contrasto con la situazione di apparenza.

Di conseguenza, perché l'obbligo di custodia possa ritenersi effettivamente escluso e il relativo contratto possa essere qualificato non come contratto di deposito, ma come contratto di locazione d'area, l'indicazione recante l'esclusione del servizio di custodia del veicolo dovrebbe essere apposta in un luogo collocato prima dell'ingresso, quando è ancora possibile per l'utente scegliere se concludere o meno il contratto [OMODEI SALÈ, *La responsabilità del gestore di parcheggio "automatizzato" nel caso di furto di un veicolo*, in *Resp. civ. e prev.*, 2006, 6, 536].

Escludere la responsabilità del gestore del parcheggio in caso di furto, appare ancora più difficoltoso qualora si voglia aderire all'orientamento, per vero maggioritario, in base al quale la clausola di esonero sarebbe riconducibile a quelle condizioni contrattuali di cui all'art. 1341, comma 2, c.c. che non producono effetto se non specificatamente approvate per iscritto. Pacificamente, lo scopo della prescrizione in oggetto è quella di far meditare il contraente sulla reale portata di quelle condizioni contrattuali particolarmente gravose e svantaggiose che, pertanto, devono essere oggetto di specifica approvazione e sottoscrizione. Prescindendo, dalla considerazione, pur corretta, che attraverso l'approvazione scritta si garantisce una tutela solo formale, dal momento che tali clausole sono valide ed efficaci purché sottoscritte, indipendentemente dalla conoscenza effettiva che ne abbia avuto il sottoscrittore, è interessante verificare l'incidenza della disposizione in esame sulla clausola di esonero della responsabilità del parcheggiatore. La giurisprudenza maggioritaria esclude l'efficacia di tale clausola, proprio per la mancanza di specifica sottoscrizione da parte dell'utente, che non può essere sostituita dalla presenza di un eventuale cartello che avverta circa l'esclusione dell'obbligo di custodia.

Tuttavia, occorre dare conto di un diverso orientamento in materia di clausole vessatorie, in base al quale l'abusività della clausola e, dunque, la necessità di una specifica approvazione scritta, andrebbe esclusa ogni qual volta contribuisca a delineare l'oggetto del contratto [sulla distinzione tra clausola limitativa della responsabilità e clausola attinente all'oggetto del contratto, v. SACCO e DE NOVA, *Il Contratto*, I, in *Trattato di diritto civile* a cura di Sacco, Utet, 2016, 385; ROPPO, *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato* a cura di Iudica e Zatti, Giuffrè, 2001, 913-914]. Pertanto, in questa prospettiva, le clausole del contratto di parcheggio che escludessero esplicitamente l'obbligo di custodia in capo al gestore, potrebbero essere considerate espressive della natura giuridica del contratto oppure delimitative dell'oggetto dello stesso, confinando la prestazione del gestore alla messa a disposizione dell'area adibita a parcheggio e non come limitazioni di una responsabilità già presupposta [PETTI, *Parcheggio di autoveicolo e responsabilità ex recepto del gestore*, in *Contr.*, 2007, 5, 1083; LAPERTOSA, *op. cit.*, 558].

Ulteriore questione riguarda l'applicabilità alla fattispecie in esame della disciplina dettata dal Codice del consumo, che appresta una tutela rafforzata rispetto a quella offerta dal Codice civile in materia di condizioni generali di contratto. In particolare, dopo l'elencazione delle clausole che si presumono vessatorie (art. 33), fino a prova contraria, all'art. 36, comma 2, è prevista una presunzione assoluta di vessatorietà, di conseguenza

le clausole in questione sono nulle quantunque oggetto di trattativa. La previsione normativa in esame risulta rispondente all'esigenza di tutelare i consumatori nei contratti di massa, nei quali la celerità nella conclusione impedisce una piena consapevolezza delle condizioni contrattuali. Il gestore del parcheggio, dunque, potrebbe essere qualificato quale professionista, in quanto persona fisica che agisce nell'esercizio della propria attività imprenditoriale, mentre il conducente sarebbe qualificabile quale consumatore, in quanto persona fisica che agisce per scopi squisitamente personali. Tale ricostruzione consente di applicare l'art. 36, comma 2, lett. c), ogni qual volta l'esclusione dell'obbligo di custodia in capo al gestore sia prevista da cartelli posizionati all'interno del parcheggio ovvero da clausole predisposte unilateralmente sul biglietto ritirato all'entrata. In entrambi i casi, l'utente è posto nella condizione di conoscere il contenuto della prestazione della controparte solo dopo la conclusione del contratto.

Pertanto, ove ne ricorrano gli elementi, l'assoggettamento del contratto di parcheggio alla disciplina dettata dal Codice del consumo porterebbe a tutelare maggiormente le ragioni dell'utente che sia stato vittima di furto del suo mezzo mentre era parcheggiato in un'apposita area, qualora il gestore opponga la presenza di un cartello o di un ticket che avvertiva circa l'esclusione dell'obbligo di custodia [MANCINELLI, op. cit., 413].

Una volta delimitata l'estensione del dovere di custodia gravante sul gestore del parcheggio, occorre indagare le condizioni in presenza delle quali tale soggetto possa andare esente da responsabilità, qualora il veicolo affidatogli venga rubato. In questa prospettiva, potrebbe riproporsi il dibattito, sorto con riferimento al contratto di deposito, tra coloro che ritengono il depositario responsabile *ex recepto*, indipendentemente dall'accertamento di una sua specifica colpa, integrando un'ipotesi di responsabilità assoluta e oggettiva, e coloro che sostengono che tale soggetto, per andare esente da responsabilità, potrebbe anche limitarsi a provare di non aver potuto impedire l'evento, nonostante l'uso dell'ordinaria diligenza, costituendo un'ipotesi di responsabilità colposa [OMODEI SALÈ, op. cit., 537]. Non essendo questa la sede opportuna per approfondire la complessa tematica concernente l'imputabilità dell'inadempimento, appare sufficiente ricordare come la giurisprudenza, anche di merito, abbia ritenuto che nelle ipotesi in cui l'automobile sia stata affidata a un sistema automatizzato di accesso e fuoriuscita, la presenza di una sbarra di chiusura non risulta sufficiente ad escludere la responsabilità del gestore in caso di furto. La predisposizione di un sistema automatizzato di custodia non esime quest'ultimo dall'adozione di ulteriori strumenti idonei a evitare l'indebita uscita dei veicoli ad opera di soggetti privi della relativa legittimazione [CHINDEMI, op. cit., 51]. Al contrario, il medesimo orientamento considera il parcheggiatore liberato dalla responsabilità per il furto del veicolo affidatogli laddove la sottrazione sia avvenuta con violenza o minaccia [Cass. 3 novembre 1984, n. 5578, in *DeJure*], oppure per le particolari modalità, riesca comunque a dimostrare l'assenza di colpa.

4. Aree di parcheggio comunali

Il quadro normativo di riferimento che disciplina il contratto di parcheggio a pagamento è caratterizzato anche da norme a rilevanza pubblicistica. Il Codice della strada (d.lgs. 30 aprile 1992, n. 285, art. 7, comma 1, lett. f) ammette la predisposizione, previa

delibera della Giunta comunale, di aree di sosta subordinate al pagamento di una somma di denaro da riscuotere mediante dispositivi di controllo di durata della sosta. Secondo la giurisprudenza di legittimità «il legislatore ha rimesso la regolamentazione della sosta e del parcheggio e il pagamento per il tempo di sosta al potere deliberante della Giunta comunale e del Sindaco per motivi di pubblico interesse» [Cass. sez. un. 28 giugno 2011, n. 14319, cit.; e in *Resp. civ. e prev.*, 2012, 10, 685 con nota di VANACORE, *Le Sezioni Unite sul posteggio del veicolo nelle aree a gestione pubblica locale: il gestore non risponde del furto*; e in *Giur. it.*, 2012, 7, 1573, con nota di CANTILE, *Il contratto atipico di parcheggio senza custodia*; e in *Corr. Giur.*, 2012, 1, 79, con nota di AMENDOLAGINE, *L'accordo delle parti sulla qualificazione del contratto come parcheggio senza custodia esclude la responsabilità del gestore dell'area in caso di furto del veicolo*]. Pertanto, affinché si configuri un contratto di parcheggio senza custodia è necessaria, sebbene non sufficiente, una delibera comunale che evidenzi l'interesse pubblico allo stazionamento del veicolo in prossimità di luoghi di interscambio con sistemi di trasporto collettivo, agevolando così, nelle grandi città, il collegamento pubblico da e con località limitrofe. L'altro elemento necessario è rappresentato dalla conoscibilità da parte dell'utente, secondo l'ordinaria diligenza, dell'assenza dell'obbligo di custodia in capo al gestore. Quest'ultimo, nonostante la presenza della delibera della Giunta, sarà tenuto a portare a conoscenza del pubblico, nelle stesse forme in cui viene offerto il servizio di sosta a pagamento, l'oggetto del contratto. I giudici di legittimità qualificano come speciale la normativa in questione, come tale, derogatoria rispetto a quella generale dettata in materia di deposito dagli artt. 1766 e ss. c.c. La causa dell'accordo intercorso tra le parti è ravvisabile, da un lato, nel perseguimento dell'interesse pubblico allo snellimento del traffico e, dall'altro, nel bisogno dell'utenza a reperire repentinamente uno spazio per lo stazionamento del proprio veicolo in prossimità di aree di interscambio. In tal caso, pagando la somma corrispettiva alla prestazione del gestore, non si trasferisce la detenzione del veicolo al personale e, pertanto, la custodia deve ritenersi esclusa, purché il relativo avviso sia apposto in modo da essere adeguatamente percepibile dagli utenti prima della conclusione del contratto. Non risulta, invece, necessario ai fini dell'esclusione della custodia, la sottoscrizione dell'apposita clausola ai sensi dell'art. 1341, comma 2, c.c. dal momento che l'esclusione della stessa costituisce oggetto della proposta negoziale conoscibile prima della conclusione del contratto.

Dunque, accanto alla figura del parcheggio custodito viene individuato un altro schema contrattuale che trova la sua fonte, non nel Codice civile, ma in un copioso corredo normativo (d.P.R. 15 giugno 1959, n. 393; l. 24 marzo 1989, n. 122; d.lgs. 30 aprile 1992, n. 285) volto ad arginare il fenomeno del traffico nei grandi centri urbani. Tale sistema normativo che conferisce agli enti locali un ampio potere di istituire aree di parcheggio consente di emancipare il contratto di parcheggio senza custodia, stipulato sulla base di tali previsioni, dalla figura della locazione d'area, entro cui il formante classico pretendeva di inserirla, come alternativa al contratto di deposito [Vanacore, op. cit., 694].

Inoltre, le Sezioni Unite hanno precisato che l'art. 7, primo comma, lett. f) del d.lgs. n. 285 del 1992 è applicabile sia alla sosta dei veicoli nella pubblica via che al parcheggio in area recintata.

5. La responsabilità del gestore dell'area adibita a parcheggio per il furto degli oggetti eventualmente contenuti nei veicoli

Una volta chiarito che il contratto atipico di parcheggio, per quanto concerne la disciplina e, dunque, l'obbligo di custodia è riconducibile allo schema del deposito, occorre domandarsi se tale obbligo e la connessa responsabilità si estenda anche agli oggetti eventualmente contenuti nei veicoli. La giurisprudenza ha precisato che le clausole predisposte dai gestori dei parcheggi dirette ad escludere la responsabilità per i danni subiti dal proprietario della vettura in conseguenza al furto di cose lasciate all'interno non sono vessatorie. Non si tratta di clausole limitative della responsabilità del gestore, bensì di clausole dirette a circoscrivere l'oggetto del contratto, escludendo l'obbligo di custodia nella sua pienezza [Cass. 16 novembre 1979, n. 5959, in *DeJure*; Cass. 25 febbraio 1981, n. 1144, in *DeJure*; Cass. 12 dicembre 1989, n. 5546, in *DeJure*; Cass. 23 agosto 1990, n. 8615, in *DeJure*]. Anche la dottrina, aderendo all'orientamento giurisprudenziale sopracitato, ha ritenuto non vessatorie le clausole in esame, in quanto volte a definire l'oggetto del contratto, sottolineando come tale ricostruzione possa essere fondata anche in considerazione delle modalità rudimentali con cui viene attuata la vigilanza che risultano adeguate solo con riferimento ad oggetti ben visibili, quali le autovetture, e dell'ammontare, spesso esiguo, del corrispettivo pagato al gestore [COSTANZA, op. cit., 1584; OMODEI SALÈ, op. cit., 540]. Tuttavia, per quanto attiene al profilo in questione, in alcuni precedenti giurisprudenziali, si è affermata la necessità di operare una distinzione a seconda della natura dei beni depositati nell'automobile: le condizioni generali predisposte dal gestore potrebbero considerarsi limitative dell'oggetto e, dunque, non vessatorie soltanto laddove si riferiscano a elementi non essenziali ed estranei al veicolo, ma solo trasportati da esso. Al contrario, dovrebbero reputarsi clausole limitative della responsabilità del predisponente, quelle relative a beni che devono ritenersi parte integrante del veicolo, seppure accessori, o in durevole relazione con esso, come nel caso dell'autoradio [Cass. 21 giugno 1993, n. 6866, in *DeJure*; Cass. 16 aprile 1993, n. 4540, in *DeJure*; Cass. 23 agosto 1990, n. 8615, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1991, I, 2, 181, con nota di LUCCHINI, *Furto degli oggetti contenuti all'interno dell'automobile e responsabilità del gestore del parcheggio*].

Bibliografia essenziale

AMBROSOLI, voce *Condizioni generali di contratto*, in *Dig. disc. priv. - Sez. civ.*, agg., I, Utet, 2014, 71 ss.

ANNUNZIATA, *Brevi note sul diritto al parcheggio*, in *Giur. it.*, 1999, 4, 730

ANNUNZIATA, *I parcheggi privati e pubblici nel diritto vigente (civile, urbanistico e penale)*, Cedam, 2011

C.M. BIANCA, *Le condizioni generali di contratto*, Giuffrè, 1981

CARRESI, *Sulla pretesa configurabilità di un deposito di cortesia*, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1953, 1, 114

COLACITO, voce *Parcheggio e posteggio*, in *Enc. dir.*, XXXI, agg. II, Giuffrè, 1998, 691

- DALMARTELLO e PORTALE, voce *Deposito (diritto vigente)*, in *Enc. dir.*, XII, Giuffrè, 1964, 273
- DE NOVA, *Le condizioni generali di contratto*, in SACCO e DE NOVA, *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile* diretto da Sacco, Utet, 2016
- DE MARTINI, voce *Deposito (diritto civile)*, in *Noviss. dig. it.*, V, Utet, 1960, 512
- DONZELLA, *Qualificazione e modalità di conclusione del c.d. contratto innominato di parcheggio*, in *Riv. dir. comm.*, 1992, II, 1, 71 ss.
- FORCHIELLI, *Deposito di cortesia o deposito gratuito?*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1953, 2, 290
- FUNAIOLI, *Deposito*, in *Trattato di diritto civile* a cura di Grosso e Santoro Passarelli, Vallardi, 1961
- A. GALASSO e G. GALASSO, voce *Deposito*, in *Dig. disc. priv. - Sez. civ.*, Utet, 1989, 253 ss.
- GALLONE, *Parcheggio, contratto di posteggio e responsabilità*, Cedam, 1999
- LAPERTOSA, *Il contratto di posteggio*, in *Resp. civ. e prev.*, 2005, 3, 551
- LUMINOSO, voce *Parcheggio (aree obbligatorie)*, in *Enc. dir.*, XXXI, agg., II, Giuffrè, 1998, 693
- MANCINELLI, *Contratto di parcheggio e clausole di esonero della responsabilità*, in *Contr.*, 2008, 4, 888
- MORELLO, voce *Condizioni generali di contratto*, in *Dig. disc. priv. - Sez. civ.*, III, Utet, 1988, 335
- NUZZO, voce *Condizioni generali di contratto*, in *Diz. dir. priv.*, *Dir. civ.* a cura di Irti, Giuffrè, 1980, 157
- OMODEI SALÈ, *La responsabilità del gestore di parcheggio "automatizzato" nel caso di furto di un veicolo*, in *Resp. civ. e prev.*, 2006, 6, 536
- PASTORE, voce *Parcheggio e posteggio*, in *Nuovo dig. it.*, appendice, V, Utet, 1980, 663
- PATTI G. e PATTI S., *Responsabilità precontrattuale e contratti standard*, in *Commentario del Codice civile*, diretto da Schlesinger, Giuffrè, 1993
- PATTI S., *Le condizioni generali di contratto*, Cedam, 1996
- PETTI, *Parcheggio di autoveicolo e responsabilità ex recepto del gestore*, in *Contr.*, 2007, 5, 1083
- ROPPO, *Contratti standard*, Giuffrè, 1975
- ROPPO, *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato* a cura di Iudica e Zatti, Giuffrè, 2001
- RUBERTO, *Natura giuridica del deposito a titolo di cortesia*, in *Nuovo dir.*, 1955, 1, 216
- SACCO e DE NOVA, *Il Contratto*, I, in *Trattato di diritto civile* diretto da Sacco, Utet, 2016
- SCALISI, *Il contratto di deposito. Del deposito in generale, del deposito in albergo, del deposito nei magazzini generali*, in *Commentario del Codice civile*, fondato da Schlesinger e diretto da Busnelli, Giuffrè, 2011
- ZACCARIA, *Sub art. 1766*, in *Commentario breve al Codice civile* a cura di Cian e Trabucchi, Cedam, 2022, 1921 ss.

VENDITA

La disapplicazione della Convenzione di Vienna sulla compravendita internazionale con un accordo implicito nel processo *

di LEONIDA GRAGNOLI
Dottore in giurisprudenza
Università di Bologna

(U.S. DISTRICT COURT FOR THE EASTERN DISTRICT OF MICHIGAN, sent. 30 settembre 2023, Ningbo S - Chande import & export Co., Ltd. c. Allied tech., Inc; Giudice Judith E. Levy)

ABSTRACT

In un giudizio vertente su un contratto di compravendita internazionale, in sede di accertamento della disciplina applicabile, nonostante sussistano i presupposti oggettivi per l'operare della Convenzione di Vienna, il giudice può invocare la disciplina nazionale qualora, nel processo, le parti abbiano costruito le rispettive argomentazioni sul diritto interno e non abbiano fatto riferimento a quello uniforme. Infatti, la condotta tenuta in giudizio comporta la conclusione di un accordo implicito sulla disapplicazione della Convenzione, come consentito dall'art. 6.

In a proceeding concerning a contract of international sale, when it comes to the determination of the applicable law, notwithstanding the fact that the requisites for the application of the Vienna Convention are met, the court may recall the domestic law if the parties' respective arguments are based upon the latter and they have not referred to the uniform law throughout the briefing of the trial. As a matter of facts, the conduct of the counsel during the proceeding is a sign of the conclusion of an implicit agreement on the disapplication of the Convention, as permitted by its article 6.

SOMMARIO: 1. L'accordo implicito sulla disapplicazione della Convenzione di Vienna; 2. La tesi della giurisprudenza statunitense sulla rilevanza dei comportamenti processuali ai fini della stipulazione di un contratto di opt - out; 3. La tesi italiana sull'irrelevanza del comportamento processuale; 4. La forma del contratto di opt - out implicito e i presupposti della sua identificazione.

1. Il caso

La controversia ha tratto origine da una relazione commerciale consolidata per la fornitura di componenti per automobili. In esecuzione di un accordo quadro, una società cinese si era impegnata a procurarsi sul mercato e a vendere a una impresa statunitense componenti di automobili. Il rapporto si è interrotto quando, da un lato, l'alienante ha lamentato il ritardo in diversi pagamenti e, così, ha omesso le successive consegne;

* Il presente contributo è stato sottoposto a valutazione in forma anonima ed è stato pubblicato in anteprima su rivistapactum.it il 18.12.2023.

dall'altro lato, l'impresa statunitense ha ravvisato la mancanza nei prodotti delle qualità richieste. Pertanto, l'acquirente ha promosso un procedimento nel Michigan.

Per tutta la fase introduttiva e la prima udienza del giudizio, l'attore ha richiamato solo il diritto statunitense e la controparte non ha opposto alcunché, nonostante si discutesse di un contratto di compravendita internazionale tra soggetti di Stati contraenti della Convenzione di Vienna. Perciò, ambedue hanno basato le loro argomentazioni sulla disciplina statunitense, quando sarebbe stata invocabile la Convenzione. Infatti, la giurisprudenza dello Stato del Michigan si conforma all'orientamento maggioritario, anche negli Stati Uniti [v. U. S. district Court for the Western district of Michigan, 14 aprile 2014, *Business Mobility Systems, Inc. c. Fibernetics Corp.*, in *Westlaw*, 2014, 12672687; U. S. district Court for the Eastern district of Michigan, 28 settembre 2007, *Easom Automation Systems, Inc. c. ThyssenKrupp Fabco, Corp.*, *ibid.*, 2007, 2875256], secondo cui la Convenzione è considerata efficace in via automatica per tutti i rapporti che soddisfino i requisiti imposti dall'art. 1, in assenza di una diversa intesa. Come in questo caso, la Convenzione regola accordi tra imprenditori con sede nel territorio di Stati che la abbiano ratificata e qualora si discuta dell'acquisto di beni mobili e tangibili per scopi aziendali [cfr. HONNOLD, *Uniform law for international sales under the 1980 United Nations Convention*, Kluwer law international, 2009, 39 ss.].

La decisione ha ravvisato la stipulazione di un negozio cosiddetto di *opt – out* e, così, le parti avrebbero voluto l'operare dell'ordinamento statunitense, con l'esclusione di quello uniforme. L'art. 6 della Convenzione consente la conclusione di un simile accordo, poiché tale norma subordina l'efficacia della Convenzione stessa all'assenza di una diversa manifestazione di volontà e, pertanto, introduce una condizione negativa di applicabilità, che, se soddisfatta, previene l'efficacia dell'intero Trattato, le cui norme sono derogabili [v. U. S. Court of appeals, 5th Circuit, 11 giugno 2003, *BP Oil International, Ltd. c. Empresa Estatal Petroleos de Ecuador*, in *Federal Reporter, Third series*, 2003, 333].

L'art. 6 non impone alcun onere formale per la conclusione di siffatti contratti, i quali possono risultare da espresse dichiarazioni, ma anche in via implicita, cioè da comportamenti concludenti. Infatti, la Convenzione è imperniata sul principio della libertà della forma e, perciò, non sussiste alcun vincolo in merito, né per quanto riguarda la compravendita in sé, né per quelli collegati, come l'intesa di *opt – out*. Così, il diritto uniforme è in continuità con quello italiano, per la cosiddetta simmetria delle forme.

Soprattutto, la Convenzione non fissa alcun limite temporale entro cui l'accordo di *opt - out* debba essere concluso, così che esso potrebbe essere stipulato dopo l'estinzione del rapporto [cfr. REIFNER, *Stillschweigender Ausschluss des UN – Kaufrecht im Prozess*, in *Internationales Handelsrecht*, 2002, 52 ss.]. Per la sentenza, la Convenzione non avrebbe avuto efficacia nel caso di specie per scelte consensuali rese manifeste nel corso del giudizio e desumibili dal rifiuto di avvalersi del diritto uniforme, con l'esclusivo richiamo a quello domestico. Da un lato, la decisione conferma un noto orientamento statunitense [v. U. S. Court of appeals, 2nd Circuit, 10 febbraio 2016, *Rienzi and Sons, Inc. c. N. Puglisi e F. industria paste alimentari s. p. a.*, in *Federal Appendix*, 2016, 89]; dall'altro lato, contrasta con quanto stabilito da taluni giudici europei, in particolare da quelli italiani [v. Trib. Vigevano 12 luglio 2000, in *Dir. comm. int.*, 2001, 497; Trib. Padova 25 febbraio 2004, in *Giur. mer.*, 2004, 867 ss.].

2. La tesi statunitense sulla rilevanza dei comportamenti processuali ai fini della stipulazione di un contratto di opt - out

La cosiddetta natura *self – executing* della Convenzione non impedisce una pattuizione contraria, che si estrinseca in un contratto tipico, quello di *opt – out* [v. U. S. Court of appeals, 2nd Circuit, 6 dicembre 1995, *Delchi Carrier, s. p. a. c. Rotorex Corp.*, in *Dir. comm. int.*, 1997, 754]. Secondo la dottrina maggioritaria [cfr. SCHLECHTRIEM, *Requirements of application and sphere of applicability of the Convention*, in *Victoria University of Wellington law review*, 2005, 784 ss.; LOHMANN, *Parteiautonomie und UN – Kaufrecht*, Mohr Siebeck, 2005, 197 ss.], la formazione di tale intesa è regolata dalla stessa Convenzione, poiché ciò è coerente con l'obiettivo di promuovere una interpretazione uniforme del Trattato, come richiesto dall'art. 7. Infatti, esso non solo individua il suo ambito di applicazione, ma disciplina i fatti indicativi del loro manifestarsi [cfr. WASMER, *Vertragsfreiheit im UN – Kaufrecht*, Verlag Dr. Kovac, 2004, 45 ss.]; allo stesso modo, fonda il potere derogatorio consensuale. Di conseguenza, in sede di accertamento dell'esistenza di una intesa di *opt – out*, è necessario il rinvio alle norme della Convenzione, in particolare agli artt. 8 e 11.

L'art. 11 si occupa della forma del contratto, così che la sua conclusione non di necessità deve essere consacrata in un testo scritto, ma il raggiungimento dell'intesa può essere desunto da qualunque circostanza, anche dalla condotta reciproca. Questo principio si estende al negozio di *opt – out* e, perciò, la sua stipulazione può essere resa manifesta in qualsiasi modo, purché emerga con univocità la volontà di rinviare alla disciplina propria di un diverso ordinamento [cfr. HOLTHAUSEN, *Vertraglicher Ausschluss des UN – Übereinkommens über internationale Warenkaufverträge*, in *Recht der internationalen Wirtschaft*, 1989, 515 ss.].

La Convenzione riserva una specifica disposizione all'esegesi delle dichiarazioni negoziali, vale a dire l'art. 8, ormai considerato canone esclusivo di interpretazione dell'intento in ogni fase del rapporto, così che concerne non solo dichiarazioni di volontà, ma anche condotte omissive [cfr. ZELLER, *Determining the contractual intent of parties under the United Nations Convention on international sale of goods and common law: a comparative analysis*, in *European journal of law reform*, 2002, 632 ss.]. Pertanto, tale criterio è autonomo da quelli analoghi contemplati nei vari ordinamenti nazionali e opera per tutti i contratti ricompresi nell'ambito di applicazione della Convenzione, incluso quello di *opt – out* [cfr. CAPPUCIO, *La deroga implicita nella Convenzione di Vienna del 1980*, in *Dir. comm. int.*, 1994, 868 ss.].

L'art. 8 detta due regole e le ordina in via gerarchica, così che devono essere lette in successione [cfr. SAENGER, *Sub art. 8*, in *Internationales Vertragsrecht* a cura di F. Ferrari, Kieninger, Mankowski, Otte, Saenger, Schulze e Staudinger, C. H. Beck, 2018, 585 ss.]. Pertanto, in primo luogo, occorre interpretare il comportamento dei contraenti secondo la loro effettiva intenzione, se conosciuta oppure conoscibile; se non sia di immediata evidenza, bisogna ricercare il significato che una persona ragionevole avrebbe attribuito alla fattispecie nelle medesime circostanze. Questa regola è analoga a quanto disposto nei principi Unidroit all'art. 4. 2 ed è indice di una generale adesione nel commercio internazionale al criterio soggettivo di interpretazione.

Proprio questo ultimo punto è la causa della distanza tra diversi sistemi nella ricostruzione delle implicazioni della condotta processuale. Infatti, per quanto il concetto di ragionevolezza ambisca ad attribuire a circostanze ambigue un significato omogeneo e non in contrasto con i reali obiettivi degli stipulanti [cfr. SCHMIDT - KESSEL, *Sub art. 8*,

in *Commentary on the U. N. Convention on the international sale of goods*, a cura di Schwenger e Schroeter, Oxford University Press, 2022, 173 ss.], nella prassi ha portato ad assegnare a una medesima questione differenti soluzioni.

Nella ricostruzione della manifestazione implicita di volontà, la giurisprudenza statunitense legge l'art. 8 alla luce delle norme nazionali [cfr. SCHROETER, *Empirical evidence on courts' and counsels' approach to the U. N. Convention on the international sales of goods (with some remarks on professional liability)*, in *International sales law: a global challenge*, a cura di Di Matteo, Cambridge University Press, 2014, 654 ss.]. Così, richiama il cosiddetto *waiver*, cioè la rinuncia a fare valere una pretesa. La mancata invocazione in giudizio della Convenzione equivarrebbe a una rinuncia a trarre vantaggio dai suoi istituti caratteristici e si ricaverebbe l'implicita stipulazione di una intesa di *opt-out*. Questa idea sarebbe confortata dal fatto che, altrimenti, qualora fossero soddisfatti i requisiti di efficacia della Convenzione, difensori avveduti vi farebbero riferimento sino dall'inizio del processo [v. U. S. district Court for the Southern district of New York 8 aprile 2015, *Eldesouky et al. c. Aziz et al.*, in *CISG - online, case no. 2852*]. Infatti, l'interesse a confermare l'operare del diritto uniforme dovrebbe essere reso manifesto subito. In caso contrario, qualora le difese si fondino sul solo ordinamento nazionale, non sarebbe possibile in séguito invocare la Convenzione. Il concorde richiamo al diritto statunitense avrebbe effetti irreversibili, così che la successiva proposizione di una tesi opposta sarebbe irrilevante, a maggiore ragione se intervenisse nel secondo grado di giudizio [v. Court of appeals of the State of Oregon 12 aprile 1995, *GPL Treatment Ltd. c. Louisiana-Pacific Corp.*, in *Pacific reporters, second series*, 1995, 470].

3. La tesi italiana sull'irrelevanza del comportamento processuale

Nelle prime sentenze attuative della Convenzione, la giurisprudenza italiana ha esaminato la questione con un approccio diverso. L'analisi della condotta processuale è sempre stata considerata un aspetto secondario, poiché, comunque, la determinazione della disciplina applicabile rientra tra i poteri del giudice, in ossequio al principio *iura novit curia* [v. Trib. Cuneo 31 gennaio 1996, in *Dir. comm. int.*, 1996, 653]. Di conseguenza, la volontà di disapplicare la Convenzione deve essere espressa in modo univoco o, quantomeno, desumibile da elementi certi; in loro assenza, non è dato dedurre dal mero silenzio nel processo alcuna manifestazione di volontà.

A prescindere dal sistema normativo richiamato nel giudizio, l'interprete dovrebbe accertare il ricorrere dei presupposti oggettivi per l'operare della Convenzione; laddove essi sussistano, in assenza di una scelta chiara e difforme, dovrebbe confermare l'efficacia del diritto uniforme [v. Trib. Pavia 29 dicembre 1999, in *Corr. giur.*, 2000, 932, con nota di FERRARI, *Rapporto tra diritto materiale uniforme di origine convenzionale e diritto internazionale privato*]. Così, qualunque posizione difensiva sul complesso regolativo invocato sarebbe irrilevante, in quanto l'identificazione delle norme sarebbe demandata al giudice, al ricorrere di circostanze oggettive, la cui presenza può essere accertata anche in appello [v. App. Milano 11 dicembre 1998, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1999, 112].

Alla base di questa impostazione vi è la consapevolezza del rapporto di specialità che sussiste tra il diritto interno e quello uniforme [v. Trib. Padova 25 febbraio 2004, cit., con nota di GRAFFI, *L'interpretazione autonoma della Convenzione di Vienna: rilevanza del precedente straniero e disciplina delle lacune*]. Infatti, la Convenzione delinea una fattispecie contrattuale in parte distinta da quella del diritto comune, in quanto enuclea

un insieme di regole idonee a costituire un sistema parallelo, assistito da autonomi rimedi e retto da principi generali a sé stanti, ferma la vicinanza dei due negozi quanto agli elementi essenziali e alla causa. Il contratto di compravendita internazionale è un sottotipo della fattispecie generale [sul concetto di sottotipo, cfr. DE NOVA, *Il tipo contrattuale*, Cedam, 1974, 138 ss.; BEDUSCHI, *Tipicità e diritto*, Cedam, 1992, 53 ss.]; di conseguenza, il diritto uniforme prevale su quello interno, poiché il primo regola un numero circoscritto di casi, accomunati dalla transnazionalità dell'operazione e dalla funzione produttiva del bene. Poiché la Convenzione introduce una regolazione sostanziale speciale, per il giudice sarebbe di primaria importanza definire in modo preciso i confini del sistema [v. Trib. Padova 11 gennaio 2005, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2005, 791; Trib. Forlì 9 dicembre 2008, in *Giur. mer.*, 2009; Cass., 12 dicembre 2022, n. 36144, in *Giur. it. rep.*, 2022].

Tuttavia, l'orientamento italiano non esclude che le parti possano stipulare una intesa di *opt – out* anche in pendenza di un processo [cfr. GRAFFI, *Overview of recent Italian court decisions on the United Nations Convention on the international sale of goods*, in *The european legal forum*, 2000, 241 ss.]. Infatti, rispetto alle diverse articolazioni della compravendita, il modello delineato dal diritto uniforme si contraddistingue per il ruolo riservato ai contraenti, i quali conservano un potere dispositivo sull'intero impianto negoziale [cfr. BOSCHIERO, *Profili dell'autonomia privata nelle convenzioni di diritto uniforme sulla vendita internazionale*, in *L'unificazione del diritto internazionale privato e processuale. Studi in memoria di Mario Giuliano*, a cura di Treves, Pocar, Scovazzi e Clerici, Cedam, 1989, 79 ss.]. In ogni momento, essi possono disapplicare la Convenzione e, così, impedire il pieno realizzarsi dei suoi presupposti.

Rispetto alle sentenze statunitensi, secondo i giudici italiani il mero silenzio sul ricorso al diritto uniforme non è da solo indice sufficiente per desumere un accordo sull'operare di un diverso sistema [v. Trib. Vigevano 12 luglio 2000, cit.]. Infatti, una simile condotta rimarrebbe ambigua, poiché non di necessità sarebbe dettata da una scelta consapevole, ma potrebbe essere il frutto di una errata identificazione del contesto normativo rilevante. Di conseguenza, i difensori potrebbero richiamare l'ordinamento interno in quanto non edotti del potenziale operare di quello uniforme, e non per una valutazione comparativa consapevole e concorde. Tale assunto è coerente con la posizione della Suprema Corte, ad avviso della quale l'obbligo del giudice di ricercare in via officiosa le fonti deve essere riferito alle norme di ordinamenti stranieri e al diritto internazionale [v. Cass., 5 maggio 2022, n. 14209, in *Giur. it. rep.*, 2022; Cass., 29 dicembre 2016, n. 27365, *ibidem*, 2016]; soprattutto, nell'ambito della Convenzione, si dovrebbe accertare la stipulazione di un accordo derogatorio implicito quando emergano elementi ulteriori, alla luce dei quali sia possibile intravedere una specifica manifestazione di volontà derogatoria, non un mero errore nell'impostazione giuridica [v. Cass., 25 gennaio 2018, n. 1867, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2021, 141].

4. La forma del contratto di *opt - out* implicito e i presupposti della sua identificazione

La questione dell'identificazione del contratto di *opt – out* implicito è stata ripresa da una sentenza svizzera, la quale è in continuità con l'orientamento dei giudici italiani e ne sviluppa le conclusioni [v. BGE 28 maggio 2019, in *Internationales Handelsrecht*, 2019, 236]. In questo caso, le parti avevano invocato solo l'operare del diritto interno, per una errata interpretazione del contratto, che indicava quale legge applicabile quella elvetica. Tuttavia, il mero riferimento al sistema di uno Stato parte della Convenzione

non comporta di per sé la sua inefficacia, poiché occorrono elementi ulteriori da cui sia possibile desumere la scelta di richiamare il solo diritto sostanziale domestico, per esempio con espressioni che rimandino al rispettivo Codice civile [cfr. DOKTER, *Interpretation of exclusion – clauses of the Vienna sales Convention*, in *Rabels Zeitschrift für Ausländisches und internationales Privatrecht*, 2004, 435 ss.; FERRARI, *Zum vertraglichen Ausschluss des UN – Kaufrechts*, in *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 2002, 737 ss.].

Posto che difettavano circostanze indicative della conclusione del contratto di *opt - out*, il riferimento al mero diritto nazionale era frutto di un fraintendimento delle parti, le quali credevano di dare una corretta esecuzione al negozio, mentre trascuravano l'operare della Convenzione. Di conseguenza, occorre stabilire quale fosse la legge applicabile e, in particolare, determinare se, ferma la mancata conclusione di un accordo di *opt - out* nella fase stragiudiziale, comunque esso fosse stato stipulato nel corso del processo, in via implicita. La sentenza ha concluso in favore dell'efficacia della Convenzione. Infatti, dal momento che l'intesa sull'esclusione del suo operare postula un consenso effettivo, tale requisito deve emergere dalla condotta processuale, la quale deve essere espressione di un preciso intento concorde di fondare le rispettive difese su un sistema differente [cfr. SCHROETER, *Irrtumsanfechtung nach nationalem Recht und Anforderungen an Ausschlussvereinbarungen bei Anwendbarkeit des UN – Kaufrechts*, in *Internationales Handelsrecht*, 2019, 234 ss.]. Affinché si assista alla stipulazione di un accordo di *opt - out*, la scelta deve essere deliberata e, pertanto, occorre la consapevolezza del possibile operare della Convenzione [cfr. JUHASZ, *Stillschweigender Ausschluss des UN – Kaufrechts im Prozess*, in *Internationales Handelsrecht*, 2021, 93 ss.].

Questo aspetto non emerge nella sentenza statunitense. In particolare, dall'esposizione dei fatti non è possibile ravvisare alcun comportamento indicativo di un intento ulteriore. In generale, dichiarazioni di volontà possono rilevare come manifestazione indiretta di un fatto psichico diverso dall'oggetto apparente; ma in tanto questa qualificazione è esatta, in quanto esse si impongano non già per il loro significato immediato, ma solo perché espressione di uno stato interiore implicito e condiviso, così che la determinazione dell'oggetto del negozio non dipenda dall'interpretazione del linguaggio, bensì da quella di un comportamento concludente [cfr. GIAMPICCOLO, *Note sul comportamento concludente*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1961, 783 ss.]. Invece, nel contesto delineato dalla pronuncia statunitense, dal richiamo al diritto nazionale non traspare una sottintesa manifestazione di volontà derogatoria della Convenzione. Le dichiarazioni appaiono determinate da un errore e la pronuncia ascrive alle parti una intenzione lontana da quella più probabile, vale a dire quella di richiamare il diritto statunitense visto come unico sistema rilevante, seppure in modo infondato.

A prescindere dalla ricerca del retropensiero che abbia determinato l'agire dei contraenti, nel caso esaminato dalla sentenza non è possibile confermare l'avvenuta stipulazione implicita di un contratto di *opt - out*. Nonostante sia concesso concluderlo per *facta concludentia*, perché un comportamento si possa qualificare in tale senso deve giustificare l'illazione univoca dell'elemento volitivo, che deve essere il suo presupposto, con l'esclusione di ogni fatto contrario [cfr. GIAMPICCOLO, *Note sul comportamento concludente*, *loc. cit.*; ID., *La dichiarazione recettizia*, Giuffrè, 1959, 5 ss.]. Pertanto, l'esistenza del nesso tra fatto interiore e fenomeno esteriore non deve sussistere in assoluto, ma deve raggiungere il grado di certezza richiesto dall'esperienza ordinaria, così che il signi-

ficato implicito sia rilevabile [cfr. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Giappichelli, 1950, 137 ss.]. A maggiore ragione, questa conclusione è fondata nell'ambito del diritto uniforme, il quale adotta come generale canone esegetico il grado di comprensione proprio della persona ragionevole. Nel caso di specie, la condotta processuale non è stata priva di ambiguità e non si può rintracciare una volontà negoziale, ma si discute di affermazioni rese dai difensori senza che avessero contezza del quadro normativo complessivo.

Bibliografia essenziale

BEDUSCHI, *Tipicità e diritto*, Cedam, 1992

BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Giappichelli, 1950

BOSCHIERO, *Profili dell'autonomia privata nelle convenzioni di diritto uniforme sulla vendita internazionale* in *L'unificazione del diritto internazionale privato e processuale. Studi in memoria di Mario Giuliano*, a cura di Treves, Pocar, Scovazzi e Clerici, Cedam, 1989, 75 ss.

CAPPUCCIO, *La deroga implicita nella Convenzione di Vienna del 1980*, in *Dir. comm. int.*, 1994, 861 ss.

DE NOVA, *Il tipo contrattuale*, Cedam, 1974

DOKTER, *Interpretation of exclusion – clauses of the Vienna sales Convention*, in *Rabels Zeitschrift für Ausländisches und internationales Privatrecht*, 2004, 430 ss.

FERRARI F., *Rapporto tra diritto materiale uniforme di origine convenzionale e diritto internazionale privato* (nota Trib. Pavia 29 dicembre 1999), in *Corr. giur.*, 2000, 935 ss.

FERRARI F., *Zum vertraglichen Ausschluss des UN – Kaufrechts*, in *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 2002, 737 ss.

GIAMPICCOLO, *La dichiarazione recettizia*, Giuffrè, 1959

GIAMPICCOLO, *Note sul comportamento concludente*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1961, 778 ss.

GRAFFI, *Overview of recent Italian court decisions on the United Nations Convention on the international sale of goods*, in *The European legal forum*, 2000, 240 ss.

GRAFFI, *L'interpretazione autonoma della Convenzione di Vienna: rilevanza del precedente straniero e disciplina delle lacune* (nota Trib. Padova 25 febbraio 2004), in *Giur. mer.*, 2004, 868 ss.

HOLTHAUSEN, *Vertraglicher Ausschluss des UN – Übereinkommens über internationale Warenkaufverträge*, in *Recht der internationalen Wirtschaft*, 1989, 513 ss.

HONNOLD, *Uniform law for international sales under the 1980 United Nations Convention*, Kluwer international law, 2009

JUHASZ, *Stillschweigender Ausschluss des UN – Kaufrechts im Prozess*, in *Internationales Handelsrecht*, 2021, 86 ss.

LOHMANN, *Parteiautonomie und UN – Kaufrecht*, Mohr Siebeck, 2005

REIFNER, *Stillschweigender Ausschluss des UN – Kaufrecht im Prozess*, in *Internationales Handelsrecht*, 2002, 52 ss.

SAENGER, *Sub art. 8*, in *Internationales Vertragsrecht*, a cura di F. Ferrari, Kieninger, Manowski, Otte, Saenger, Schulze e Staudinger, C. H. Beck, 2018, 584 ss.

SCHLECHTRIEM, *Requirements of application and sphere of applicability of the Convention*, in *Victoria University of Wellington law review*, 2005, 781 ss.

SCHMIDT - KESSEL, *Sub art. 8*, in *Commentary on the U. N. Convention on the international sale of goods*, a cura di Schwenzer e Schroeter, Oxford University Press, 2022, 159 ss.

SCHROETER, *Empirical evidence on courts' and counsels' approach to the U. N. Convention on the international sales of goods (with some remarks on professional liability)*, in *International sales law: a global challenge*, a cura di Di Matteo, Cambridge University Press, 2014, 649 ss.

SCHROETER, *Irrtumsanfechtung nach nationalem Recht und Anforderungen an Ausschlussvereinbarungen bei Anwendbarkeit des UN – Kaufrechts*, in *Internationales Handelsrecht*, 2019, 234 ss.

WASMER, *Vertragsfreiheit im UN – Kaufrecht*, Verlag Dr. Kovac, 2004

ZELLER, *Determining the contractual intent of parties under the United Nations Convention on international sale of goods and common law: a comparative analysis*, in *European journal of law reform*, 2002, 629 ss.

CONSUMO

Il fideiussore consumatore fra la teoria del “professionista di riflesso” e l’approccio funzionalistico *

di **FRANCESCO BARONE**
Assegnista di ricerca
Università di Verona

(CORTE DI CASSAZIONE, sez. un. civili, ord. 27 febbraio 2023, n. 5868, Pres. Virgilio - Est. Nazzi-
cone)

ABSTRACT

La fideiussione prestata da un privato cittadino a garanzia di un’obbligazione contratta da un consumatore ovvero da un professionista rientra nel campo di applicazione della disciplina consumeristica? Il presente contributo affronta la tematica alla luce dell’evoluzione giurisprudenziale degli ultimi decenni, mettendo in luce come l’automatismo della teoria del “professionista di riflesso” (vale a dire l’automatica estensione della qualifica di professionista del garantito alla figura del garante) sia stato superato in favore di un approccio funzionalistico, che tenga conto della finalità a cui l’agire giuridico è orientato, vale a dire se il contraente abbia agito per scopi legati alla propria attività professionale o meno.

Does the suretyship given by a private citizen to guarantee an obligation stipulated by a consumer or by a professional fall within the scope of application of consumer law? This essay addresses the topic in light of the jurisprudential evolution of the last decades, highlighting how the automatism of the “professional by reflection” theory (i.e. the automatic extension of the professional quality of the guaranteed party to the guarantor) has been overcome in favor of a functionalist approach, which takes into account the purpose for which the legal activity is oriented, i.e. whether the contracting party acted for purposes related to his professional activity or not.

SOMMARIO: 1. Il caso; 2. Tesi del ricorrente e questione posta al vaglio della Corte; 3. Fideiussione e disciplina consumeristica; 4. L’applicazione della disciplina consumeristica alla fideiussione: il professionista di “riflesso” fra Corte di Giustizia UE e Corte di cassazione; 5. L’applicazione della disciplina consumeristica alla fideiussione: il superamento della teoria del professionista di “riflesso”; 6. La decisione della Corte.

1. Il caso

La pronuncia in commento dà modo di approfondire la presunta categoria del cosiddetto “professionista di riflesso”, che torna al vaglio della giurisprudenza della Suprema Corte di Cassazione.

Nello specifico, le Sezioni Unite affrontano il caso in esame in sede di regolamento preventivo di giurisdizione. Nel giudizio di merito, la banca Alfa agisce innanzi al Tribu-

* Il presente contributo è stato sottoposto a valutazione in forma anonima ed è stato pubblicato in anteprima su rivistapactum.it il 30.12.2023.

nale contro Caio, Tizio e la Società Beta Ltd (una *private limited company* di diritto inglese operante nel settore della produzione di mobili per cucine) per l'accertamento della nullità della trascrizione dell'atto di conferimento e costituzione dei diritti di uso e abitazione, con conseguente declaratoria di inefficacia di alcuni atti negoziali. In via subordinata, la banca Alfa propone azione revocatoria dei medesimi atti negoziali ex art. 2901 c.c. Mentre sulla giurisdizione italiana in ordine all'accertamento della nullità *nulla quaestio*, con riferimento alla subordinata azione revocatoria Tizio – che aveva rilasciato una fideiussione alla Società Beta, amministratore della quale era proprio la coniuge del medesimo fideiussore - chiede che sia dichiarato il difetto di giurisdizione del giudice italiano in favore di quello inglese, stante la propria affermata qualifica di consumatore domiciliato nel Regno Unito che, nello specifico, avrebbe rilasciato la suddetta fideiussione non già nell'esercizio della propria attività professionale ma unicamente come “favore” alla coniuge.

2. Tesi del ricorrente e questione posta al vaglio della Corte

Il ricorrente Tizio, come detto, sosteneva il difetto di giurisdizione del giudice italiano: giurisdizione che sarebbe sussistita al contrario in capo al giudice inglese ai sensi degli artt. 17 e ss. del reg. U.E., n. 1215/2012 (v., in particolare, l'art. 18, comma 2, secondo cui “l'azione dell'altra parte del contratto contro il consumatore può essere proposta solo davanti alle autorità giurisdizionali dello Stato membro nel cui territorio è domiciliato il consumatore”). Non sarebbe stato, dunque, applicabile l'art. 7, comma 1, del regolamento in parola, che detta la disciplina generale della giurisdizione del giudice civile in materia contrattuale e prevede che il contraente domiciliato in uno Stato dell'Unione possa essere convenuto di fronte al giudice di altro Stato membro e, in particolare, innanzi all'autorità giurisdizionale del luogo di esecuzione dell'obbligazione oggetto del giudizio. Peraltro, nonostante l'uscita del Regno Unito dall'Unione Europea si sarebbe dovuto fare riferimento alla disciplina vigente ai tempi della proposizione della domanda ai sensi dell'art. 5 c.p.c.

Tale ricostruzione sulla competenza giurisdizionale ruota attorno all'affermata qualifica di consumatore del ricorrente: è proprio questa ad assurgere a questione cardine della pronuncia in commento. Nello specifico, infatti, è la qualifica o meno di consumatore del privato cittadino fideiussore di una società commerciale a fondare la giurisdizione del giudice del domicilio del contraente debole ovvero di quello del luogo ove deve essere adempiuta l'obbligazione. Si tratta, dunque, di vagliare la possibilità di un'automata attribuzione al garante della stessa qualifica del debitore principale, vale a dire di ammettere che il fideiussore privato cittadino (o, a parti invertite, un eventuale contraente professionale) venga attratto nel campo di applicazione della disciplina consumeristica a patto che il debitore principale sia un consumatore. Tale ricostruzione è stata effettivamente accolta da certa giurisprudenza, anche della Suprema Corte.

3. Fideiussione e disciplina consumeristica

L'ordinanza *de qua* interviene su un panorama di complessità di non trascurabile

cifra che, nel corso degli ultimi decenni, ha impegnato non solo dottrina e giurisprudenza, ma anche il legislatore nazionale ed eurounitario.

Tornando indietro, appunto, di alcuni decenni preme ricordare come le prime problematiche applicative si fossero palesate già al momento dell'attuazione della dir. 93/13/CEE, “volta a ravvicinare le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri concernenti le clausole abusive nei contratti stipulati tra un professionista e un consumatore” (art. 1, comma 1). Come noto, il legislatore nazionale, infatti, recepiva suddetta direttiva con l'introduzione nel titolo II del libro IV del codice civile, il capo XIV-bis, artt. da 1469-bis a 1469-sexies, rubricato “dei contratti del consumatore”. In particolare, nel dettare la disciplina sulle clausole vessatorie nei contratti tra consumatore e professionista, il campo di applicazione della novella veniva limitato a quei negozi che avessero per oggetto la cessione di beni o la prestazione di servizi. Come facilmente intuibile, siffatta attuazione della direttiva, coerente sul piano soggettivo ma restrittiva dal punto di vista oggettivo, non poteva soddisfare gli obiettivi di tutela del consumatore prefissati dalle istituzioni comunitarie proprio nella direttiva e con una prima missiva nel dicembre 1996 la Commissione comunicava la mancata attuazione della direttiva, in quanto sarebbero rimasti esclusi dalla disciplina di favore per il consumatore coloro che avessero stipulato contratti con oggetti diversi dalla cessione di beni o prestazione di servizi, quali proprio i contratti di garanzia come la fideiussione (nel documento elaborato dalla Commissione Europea si fa riferimento genericamente alla “cauzione”) [CARBONE, *Contestazione della CE per l'applicazione della direttiva sulle clausole abusive: si apre una querelle*, in *Corr. giur.*, 1998, 7, 844]. Per completezza, si rammenta che proprio per tale ragione la Commissione avviava contro l'Italia la procedura d'infrazione n. 2026, del 6 aprile 1998.

Nel mentre, sempre sull'applicabilità della disciplina speciale del consumatore alla fideiussione, interveniva la Corte di Giustizia con la sentenza C. Giust., 17 marzo 1998, C-45/96, *Bayerische Hypotheken und Wechsel-bank AG c. Dietzinger*. La questione, nello specifico, riguardava l'assoggettamento di una fideiussione, stipulata secondo il diritto tedesco, alla normativa prevista per la tutela dei consumatori in caso di contratti negoziati fuori dai locali dell'impresa dalla Dir. 85/577/CEE, del 20 dicembre 1985. Il debitore principale era un professionista, il fideiussore era un privato cittadino – un consumatore –; si versava, dunque, in una situazione non dissimile dal caso affrontato nella pronuncia in commento.

I governi intervenuti nel giudizio (Germania, Belgio, Francia e Finlandia) avevano sostenuto che la fideiussione non rientrasse nella sfera di applicazione della direttiva – rimanendo il fideiussore conseguentemente escluso dall'applicazione della più favorevole disciplina consumeristica – perché il contratto in parola non sarebbe rientrato tra i contratti stipulati da un commerciante che fornisce beni o servizi a un consumatore. La Corte, facendo leva sul rapporto di accessorietà giungeva all'opposta conclusione di non poter escludere la fideiussione dal campo di applicazione della Dir. 85/577/CEE. Ciò, però, con il limite della cosiddetta teoria del “consumatore di riflesso”, quindi limitatamente alla fideiussione stipulata per garantire l'adempimento dell'obbligazione di un consumatore nei confronti di un professionista. La fideiussione del caso “*Dietzinger*”,

dunque, ne rimaneva esclusa in quanto accessoria a un rapporto contrattuale in cui l'obbligazione garantita era quella di altra persona che agiva nell'ambito della propria attività professionale, ossia BtoB [per una trattazione estesa del caso C. Giust., 17 marzo 1998, C-45/96, *Bayerische Hypotheken und Wechsel-bank AG c. Dietzinger*, in *Danno e Resp.*, 1998, 4, 330, con nota di SESTA, *Direttiva comunitaria, contratto di fideiussione e tutela dei consumatori*].

4. L'applicazione della disciplina consumeristica alla fideiussione: il professionista di "riflesso" fra Corte di Giustizia UE e Corte di Cassazione

Lasciando momentaneamente sullo sfondo la teoria del professionista di riflesso, enunciata nella citata sentenza *Dietzinger* con riferimento alla disciplina dei contratti negoziati fuori dai locali dell'impresa, preme rilevare che le problematiche fondate sul tenore letterale del vecchio testo dell'art. 1469-bis c.c., venivano già superate dalla novella del 1999, l. 21 dicembre 1999, n. 526, che sostanzialmente eliminava il limite oggettivo della "cessione di beni o la prestazione di servizi" e, a maggior ragione dall'entrata in vigore del d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206. Il codice del consumo, infatti, sistematizzava – portando fuori dal codice civile – le nozioni di consumatore e professionista, dettando due definizioni fra loro speculari [DUCATO, *La nozione di professionista al vaglio della Corte di Giustizia dell'Unione europea*, in *Antologia di casi giurisprudenziali*, a cura di Pasquino, Giappichelli, 2019, 122]. In particolare, l'art. 3, codice del consumo, nel testo attualmente vigente, identifica il consumatore come "la persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale eventualmente svolta" e il professionista quale "la persona fisica o giuridica che agisce nell'esercizio della propria attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale, ovvero un suo intermediario". La nozione di consumatore, dunque, è stata costruita in negativo sull'estraneità alle attività professionali e imprenditoriali [VETTORI, *Contratto e rimedi*, Cedam, 2021, 122], a cui vennero aggiunte quelle commerciali e artigianali con la novella del 2007; e al fine di verificare la sussistenza di tale requisito soggettivo, deve essere scrutinata la singola operazione contrattuale posta in essere, la quale non deve essere orientata all'esercizio di attività proprie di un professionista. Nonostante tale sforzo definitorio – fondamentale proprio perché le qualifiche di consumatore e professionista nel rapporto contrattuale tracciano l'ambito di applicazione della disciplina consumeristica – nel dettare nozioni generali, il legislatore ne ha circoscritto l'efficacia "ai fini del presente codice ove non diversamente previsto" e non si è precluso la possibilità di dettare definizioni specifiche per la peculiarità di determinate materie (e.g. la definizione di consumatore di pacchetti turistici) [STANZIONE e MUSIO, *La tutela del consumatore*, in *Trattato di Diritto Privato* diretto da Bessone, Giappichelli, 2009, 15].

La puntuale definizione e la verifica dei requisiti soggettivi, dunque, sono prospetticamente centrali per la pronuncia in commento: il lamentato difetto di giurisdizione del giudice italiano (competente ex art. 7 reg. U.E., n. 1215/2012, secondo la regola generale dettata in materia di contratti) in favore del foro del consumatore, vale a dire il giudice inglese, ai sensi degli artt. 17 e ss. del medesimo regolamento era fondato proprio

sulla pretesa qualifica di consumatore del ricorrente (circostanza, poi, esclusa dalla Suprema Corte) [Sull'interpretazione delle nozioni di consumatore e professionista ai sensi del citato reg. U.E., n. 1215/2012 si segnala la recente C. Giust., 9 marzo 2023, C- 177/22, *JA c. Wurth Automotive GmbH*]. In particolare, quindi, è bene evidenziare che la qualifica del contraente deve essere indagata “caso per caso”, verificando concretamente nel singolo rapporto contrattuale l'orientamento funzionale dell'agire giuridico in relazione alla natura e alla finalità dell'operazione e non alla situazione soggettiva della persona, dato che la medesima persona può essere considerata un consumatore nell'ambito di talune operazioni e un operatore economico nell'ambito di altre.

Venendo nuovamente in prospettiva diacronica alle questioni relative all'applicazione della disciplina consumeristica alla fideiussione, a onor del vero, la Suprema Corte già con la sentenza Cass., sez. un., 11 gennaio 2001, n. 314 [in *Corr. Giur.*, 2001, 7, 891 con nota di R. CONTI] affermava che anche se “la fideiussione non è di per sé compresa nell'ambito oggettivo di applicazione dell'art. 1469-bis (nel testo anteriore alla l. n. 526 del 1999), rientra in tale ambito quando accede, [...], ad un contratto di cessione di beni o di servizi”, offrendo un'interpretazione adeguatrice del diritto nazionale al diritto comunitario e valorizzando il collegamento contrattuale fra la fideiussione e il contratto principale.

Senza soffermarsi, però, oltre sugli aspetti problematici risolti con la novella, vale a dire sul limite oggettivo derivante dall'originario tenore letterale dell'art. 1469-bis, è opportuno focalizzare l'attenzione sulla questione attinente al limite soggettivo, ossia ai limiti con cui al fideiussore possa essere riconosciuto lo *status* di consumatore [GALLO, *Il contratto*, 2^a ed., Giappichelli, 2022, 1193]. Peraltro, nonostante la riforma della fonte normativa, rimanevano attuali le precedenti pronunce della C. Giust. perché la Corte di Cassazione – come si vedrà a breve – si è sostanzialmente conformata all'orientamento del Giudice europeo con riguardo alla teoria del “professionista di rimbalzo” [CAPILLI, *I contratti del consumatore*, Giappichelli, 2021, 106].

Fin da subito non è apparsa problematica l'ipotesi in cui il privato cittadino-consumatore prestasse fideiussione ad altro consumatore, garantendo l'obbligazione contratta da quest'ultimo nei confronti di un professionista [VIZZONI, *Fideiussione e rapporti economici complessi*, Giappichelli, 2020, 86]. Molto più complessa, viceversa, si è dimostrata l'ipotesi in cui il consumatore stipulasse una fideiussione per garantire l'obbligazione contratta da un professionista nei confronti di altro professionista.

Come si è accennato, già nel 1998, la C. Giust. ha elaborato per regolare questa seconda ipotesi la teoria del professionista cosiddetto “di riflesso” o “di rimbalzo”, accolta anche dalla giurisprudenza nazionale, che ha considerato la posizione del consumatore, fideiussore di un professionista, sostanzialmente attratta nella posizione soggettiva di quest'ultimo [Cass., 11 gennaio 2001, n. 314, in *Corr. giur.*, 2001, 7, 891, con nota di Conti; Cass., 13 maggio 2005, n. 10107, in *Mass. Giust. civ.*, 2005, 6; Cass., 12 novembre 2008, n. 27005, in *One Legale*; Cass., 29 novembre 2011, n. 25212, in *Contratti*, 2012, 2, 147, con nota di MACARIO]. Veniva, quindi, valorizzato il collegamento negoziale e funzionale fra il rapporto principale e quello accessorio: ciò, rendendo le sorti del rapporto di garanzia dipendenti dal rapporto principale, avrebbe parimenti reso la qualifica del garante dipendente da quella del debitore principale. Dunque, perché potessero essere

riconosciute al fideiussore le garanzie e le tutele accordate al consumatore era necessario che il debitore garantito fosse un consumatore, che ponesse in essere negozi estranei alla propria attività professionale con un professionista [Sulla medesima problematica in relazione ai contratti di garanzia autonoma, SALVI, *La garanzia autonoma e le interferenze con la tutela consumeristica*, in *Contratti*, 2020, 1, 93]. Un tanto perché “i distinti negozi posti in essere dalle parti, pur conservando ciascuno la propria individualità, siano (sono) obiettivamente unificati da un nesso di interdipendenza che per volontà del legislatore stesso è tale da determinare che ogni vicenda del contratto principale si comunica al contratto subordinato e non viceversa [...] in maniera tale da non poter non porre lo stesso rapporto principale come punto di riferimento per l'indagine circa l'applicazione o meno della normativa speciale disciplinata dal codice del consumo” [Cass., 29 novembre 2011, n. 25212, cit.].

Questa rigida impostazione fondata sull'accessorietà dell'obbligazione, però, come è intuibile non era esente da criticità; la più evidente conduceva alla paradossale conclusione che un operatore finanziario, la cui connotazione professionale è indubitabile, avrebbe potuto giovare delle garanzie riservate al consumatore qualora avesse prestato una fideiussione a garanzia dell'obbligazione sorta in capo a un consumatore nel rapporto negoziale con altro operatore professionale [VIZZONI, op. cit., 89]. Tralasciando questo effetto indiscutibilmente distorsivo – non è, infatti, ravvisabile uno squilibrio informativo o altra posizione di debolezza del professionista che garantisca un consumatore tale da poter giustificare l'applicazione della disciplina consumeristica – probabilmente coglieva nel segno chi sollevava dubbi di compatibilità di questa interpretazione con il principio di uguaglianza, non essendo ravvisabile una differenza di posizione fra il fideiussore che presta la garanzia non nell'esercizio della propria attività professionale ad altro consumatore ovvero a un operatore professionale [FEZZA, *Le garanzie personali atipiche*, Giappichelli, 2006, 124 e ss.].

5. L'applicazione della disciplina consumeristica alla fideiussione: il superamento della teoria del professionista di “riflesso”

Mentre le giurisprudenze della Suprema Corte e della C. giust. riposavano graniticamente sulla teoria del professionista “di rimbalzo”, innanzi all'Arbitro Bancario e Finanziario si apriva un contrasto fra due orientamenti contrapposti: accanto alle decisioni conformi all'orientamento dominante, il Collegio di Roma con una prima decisione del 2013 ritenne “di doversi discostare, pur condividendone la premessa”. Così, nella dec. n. 4109, del 26 luglio 2013, si legge che, “se è [...] incontrovertibile l'assunto secondo il quale l'asservimento funzionale del rapporto accessorio a quello principale ne giustifica l'assoggettamento alla disciplina propria di quest'ultimo (come del resto accade, in tutt'altro ambito giuridico, per i beni pertinenziali), non sembra possa da ciò derivarsi l'automatica estensione al garante della qualifica soggettiva che compete al debitore principale, atteso che il collegamento tra i due negozi opera sul piano oggettivo, non anche su quello soggettivo concernente le diverse posizioni e, soprattutto, le diverse esigenze di tutela delle persone che tali negozi hanno posto in essere”.

Nella ricostruzione dell'Arbitro Bancario, quindi, l'eventuale estensione della disciplina consumeristica al negozio fideiussorio avrebbe dovuto, in caso, operare nella sua interezza, ossia anche nella parte in cui, all'art. 3 del codice del consumo, vengono indicati i criteri di qualificazione soggettiva.

Perciò all'ABF sembrava “corretto distinguere l'ipotesi in cui il garante abbia rilasciato la fideiussione per motivi che, rimandando al collegamento esistente tra la sua posizione e l'attività professionale del debitore principale (come, ad esempio, se abbia rilasciato fideiussione nella sua qualità di amministratore o socio di una persona giuridica, così manifestando la propria disponibilità a partecipare in tale veste al rischio di impresa) o se lo abbia fatto per ragioni tutt'affatto diverse (ad esempio per motivi coniugali o parentali) che nulla hanno a vedere con l'attività professionale del debitore garantito, competendo al Giudice del merito accertare la rilevanza delle diverse possibili causali nel caso concreto”. Tale decisione veniva ripresa sostanzialmente nel 2016 dal Collegio di Coordinamento dell'Arbitro Bancario e Finanziario [dec. n. 5368, del 08 giugno 2016], che sposandone sostanzialmente l'orientamento, lo arricchiva con i nuovi approdi della C. giust.

Con la sentenza C. Giust., 19 novembre 2015, C-74-15, *Tarcou*, la Corte di Giustizia mutava radicalmente orientamento, incrinando l'automatismo che fino ad allora ne aveva caratterizzato l'approccio alla questione. Infatti, nell'inquadrare la fattispecie ai sensi della dir. 93/13/CEE, la Corte ribadiva che la nozione di consumatore “ha un carattere oggettivo” che deve, però, essere valutato “ai sensi di un criterio funzionale volto ad analizzare se il rapporto contrattuale in esame rientri nell'ambito delle attività estranee all'esercizio di una professione”; dunque, la disciplina consumeristica può essere applicata quando il garante abbia prestato fideiussione per scopi che esulino dalla sua attività professionale e quando il garante non abbia alcun collegamento funzionale con il garantito (nel caso si trattava di una società commerciale che riceveva due fideiussioni da parte dei genitori del socio unico). Nel respingere l'automatismo veniva posta l'attenzione sulle “peculiarità del negozio fideiussorio, contraddistinto da una autonoma *causa cavendi*, e da una situazione soggettiva indipendente da quella sottesa al contratto principale cui accede” [RENNA, *La tutela consumeristica del fideiussore: riflessioni a partire da una recente pronuncia della Corte di Giustizia*, in *Nuova Giur. Civ.*, 2016, 7-8, 1119].

Tale insegnamento della Corte di Giustizia veniva recepito dalla Corte di Cassazione che negava, poco dopo, lo *status* di consumatore al fideiussore di una società commerciale, di cui lo stesso fideiussore, però, deteneva il 70% del patrimonio sociale [Cass., 13 dicembre 2018, n. 32225, in *One Legale*]. Ebbene, la Suprema Corte specificava che, in casistiche simili, dovesse essere attentamente vagliata la condizione personale del fideiussore, indugiando in particolare sull'eventuale ruolo di amministratore della società e sulla detenzione di una partecipazione non trascurabile al capitale di tale società [Cass., 24 gennaio 2020, n. 1666, in *Studium iuris*, 9, 1088, 2020.]. In particolare, “il Collegio ritiene di dovere abbandonare l'orientamento tradizionalmente seguito da questa Corte (ossia la teoria del professionista di riflesso) in punto di criteri selettivi dell'eventuale ascrizione del fideiussore alla categoria normativa di consumatore” [Cass., 16 gennaio 2020, n. 742, in *Contratti*, 2023, 4, 380, con nota di MARSEGLIA, che continua]. “Quello dell'accessorietà fideiussoria si manifesta tratto oggettivamente estraneo alla normativa

di protezione del consumatore. [...] Così, esclusa la rilevanza dell'attività svolta dal debitore principale per la qualificazione della posizione (di consumatore o meno) del fideiussore, va adesso segnalato che le citate decisioni della Corte di Giustizia indicano – quale criterio per la positiva identificazione di un fideiussore nell'ambito della categoria del consumatore – la ‘valutazione se il rapporto contrattuale’ di cui alla fideiussione nel concreto rientri, oppure no, ‘nell'ambito di attività estranee’ all'esercizio della eventuale professione specificamente svolta dal soggetto che ha prestato la garanzia. Come si vede, si tratta del criterio generale, comune per l'identificazione di una contraente persona fisica nell'alveo protettivo di consumatore (cfr. la norma dell'art. 3, codice del consumo, comma 1, lett. a)”.

In fine, conclude la Suprema Corte che “non si vede, d'altro canto, quale ragione oggettiva potrebbe mai giustificare un'identificazione del fideiussore (del terzo garante, in genere) in tale figura (di consumatore, appunto) sulla base di criteri diversi da quelli generali e comuni. Di conseguenza, alla stregua dell'interpretazione che, nell'attuale, questa Corte dà della nozione generale di consumatore (cfr., da ultimo, Cass., 26 marzo 2019, n. 8419) tale dev'essere considerato il fideiussore persona fisica che, pur svolgendo una propria attività professionale (o anche più attività professionali), stipuli il contratto di garanzia per finalità non inerenti allo svolgimento di tale attività, bensì estranee alla stessa, nel senso che si tratti di atto non espressivo di questa, né strettamente funzionale al suo svolgimento (c.d. atti strumentali in senso proprio)” [sulla critica alla rilevanza attribuita all'accessorietà della garanzia fideiussoria *amplius* MELANO BOSCO, *Il superamento della teoria del c.d. professionista di rimbalzo*, in *Giur. it.*, 2021, 4, 834”].

6. La decisione della Corte

La pronuncia in commento è espressione proprio di quest'ultimo approdo della giurisprudenza poc'anzi sommariamente descritto. Infatti, la Suprema Corte nega lacernicamente il difetto di giurisdizione del giudice italiano, semplicemente, valutando negativamente la questione cardine posta al vaglio della Corte stessa, vale a dire l'affermazione della qualifica di consumatore del ricorrente. L'esito negativo, invero, non trova fondamento in una rivalutazione critica delle soluzioni alle questioni di diritto che fondano il riaffermato orientamento, a cui la Corte sembra non prestare particolare attenzione (*e.g.* nell'ordinanza non si rinviene un articolato ragionamento sull'accessorietà della fideiussione e sui relativi risvolti sul piano dell'applicabilità della disciplina consumeristica).

Viceversa, l'apprezzamento della Corte sembra arrestarsi agli aspetti fattuali idonei a incidere sullo *status* di consumatore o di professionista del fideiussore con un approccio che, senza spendersi oltre il necessario sulla costruzione dell'argomentazione giuridica, persegue lo scopo dell'effettività della tutela, sulla falsariga già tracciata dalla C. Giust. [*amplius*, sebbene con riferimento ad altra pronuncia, VIZZONI, *La posizione giuridica del garante-consumatore: dalle novità europee alle recentissime aperture interne*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, 9, 1233; PAGLIANTINI, *La fideiussione consumeristica: Cronaca di un misunderstanding all'italiana*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, 1, 106].

Mediante tale approccio sostanzialistico, l'argomentazione viene teleologicamente orientata, secondo un criterio funzionale che pone al centro la tutela del contraente-consumatore considerato nella concreta occasionalità del proprio agire giuridico. Si valorizza, quindi, il fatto che la "persona fisica ha agito per scopi che esulano dalla sua attività professionale" ovvero che "esulano la sua sfera privata"; non ci si sofferma, invece, solo sull'eventuale squilibrio informativo, con la conseguenza che si può senz'altro verificare la situazione del cosiddetto "consumatore esperto", non vittima di un'asimmetria informativa, magari per pregresse competenze acquisite, il cui *status* andrebbe, in ogni caso, vagliato nell'occasionalità dell'agire concreto. Quindi, al di là delle competenze e delle informazioni a disposizione, assurge a criterio dirimente la valutazione sulla finalità - di natura professionale o personale - per la quale la persona fisica agisce [MARANO, *Il fideiussore del professionista come consumatore*, commento a Cass. 16 novembre 2021, n. 34515, in *Pactum*, 2022, 3, 439].

Nello specifico, la Corte di Cassazione riscontra "elementi positivi e concreti per ritenere che il fideiussore abbia contrattato a fini che esulano la sua sfera privata e convergono, invece, ai fini dell'attività professionalmente svolta dal medesimo e dalla consorte". Tali elementi positivi e concreti vengono rinvenuti nel fatto che il ricorrente fosse titolare di cariche sociali in una serie di società (sembrerebbe – seppur nel silenzio del provvedimento – operanti nel medesimo settore o in settori complementari a quello della società garantita, della quale la rappresentante era la coniuge del fideiussore): argomentazione che, però, probabilmente non sarebbe di per sé sufficiente, andando al più a delineare il profilo di un "consumatore esperto". Da altro cono visuale, la società garantita viene direttamente ricondotta alla persona del fideiussore, sebbene non sia dato sapere con che qualifiche formali ove ve ne fossero state; in generale, la Corte nell'apprezzare il dato fattuale giunge a concludere che sarebbe emerso, "in modo inequivoco, la sussistenza dello strettissimo collegamento della garanzia alla stessa attività professionale del garante, escludendo che si tratti di un contratto a fini privati". Così, all'apprezzamento della Corte, il tentativo di qualificare la concessione della fideiussione quale "un favore alla moglie" è rimasto infruttuoso, sbiadendo sullo sfondo di una ricostruzione in cui la fideiussione rilasciata alla società guidata dalla coniuge rientrerebbe in uno schema di legami professionali finalizzato a "rafforzare la propria posizione sul mercato, onde allo svolgimento di quella la prestazione della fideiussione si presenta come strettamente funzionale, costituendo proprio un atto espressivo di tale attività". Si assiste, in conclusione, a un ripudio radicale del formalismo in favore, piuttosto, di un autentico approccio sostanziale in cui ad avere rilievo è l'interesse giuridicamente protetto cui deve essere garantita una tutela effettiva. Ancor di più si comprende, quindi, la rinuncia all'automatismo della teoria del "professionista di riflesso" se contestualizzata nel filone giurisprudenziale della Corte di Giustizia che ha progressivamente valorizzato il diritto a un rimedio effettivo. Invero, non può passare inosservato come, valorizzando il rapporto di accessorietà della fideiussione, la teoria che unicamente sulla base del rapporto principale determinava la disciplina applicabile a quello di garanzia "lasciava insoddisfatti per il deficit di effettività della tutela" [PASSAGNOLI, *Il garante-consumatore nel contratto autonomo di garanzia*, in *Liber Amicorum per Paolo Zatti*, Jovene Editore, 2023, 479]. Al contrario, per superare l'automatismo, e conseguentemente il formalismo, in favore di

un approccio sostanziale e concreto, si impone la necessità di valutare caso per caso, *modus procedendi* già ampiamente sperimentato dalle Corti in attuazione del principio in parola [*inter alia* C. Giust., 4 ottobre 2018, C-105/17, *Komisija za zaštitu na potrobitelje protiv Evelina Kamenova* in *Giur. It.*, 2019, 8-9, 1813 con nota di SCAPINELLO].

La pronuncia in commento conferma, quindi, il nuovo orientamento delle Corti nazionali ed eurounitarie che, ripudiando l'automatismo della teoria del "professionista di riflesso", procede con un approccio finalistico sostanzialista in cui l'effettività della tutela assurge a obiettivo ermeneutico idoneo a guidare l'interprete nel superare l'impianto dogmatico preesistente nel ragionamento giuridico [Per una recentissima e particolarmente rilevante applicazione del principio di effettività, si segnala Cass., sez. un., 6 aprile 2023, n. 9479, *inter alia* GAROFALO, *Le sezioni unite su Banco di Desio: una giurisprudenza sempre più legislativa*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2023, 4, 956 e BACCAGLINI, *Il decreto ingiuntivo emesso nei confronti del consumatore: le ricadute sul piano della cognizione e dell'esecuzione alla luce delle Sezioni Unite*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2023, 4, 946].

6.1. Riduzione proporzionale alla quota transatta

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

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

Bibliografia essenziale

BACCAGLINI, *Il decreto ingiuntivo emesso nei confronti del consumatore: le ricadute sul piano della cognizione e dell'esecuzione alla luce delle Sezioni Unite*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2023, 4, 946

CAPILLI, *I contratti del consumatore*, Giappichelli, 2021

CARBONE, *Contestazione della CE per l'applicazione della direttiva sulle clausole abusive: si apre una querelle*, in *Corr. giur.*, 1998, 7, 844

CONTI, *La fideiussione rispetto alle clausole vessatorie*, in *Corr. Giur.*, 2001, 7, 891

DUCATO, *La nozione di professionista al vaglio della Corte di Giustizia dell'Unione europea*, in *Antologia di casi giurisprudenziali*, a cura di Pasquino, Giappichelli, 2019, 122

- FEZZA, *Le garanzie personali atipiche*, Giappichelli, 2006
- GALLO, *Il contratto*, 2^a ed., Giappichelli, 2022
- GAROFALO, *Le sezioni unite su Banco di Desio: una giurisprudenza sempre più legislativa*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2023, 4, 956
- MARANO, *Il fideiussore del professionista come consumatore*, commento a Cass., 16 novembre 2021, n. 34515, in *Pactum*, 2022, 3, 439
- MELANO BOSCO, *Il superamento della teoria del c.d. professionista di rimbalzo*, in *Giur. it.*, 2021, 4, 834
- PAGLIANTINI, *La fideiussione consumeristica: Cronaca di un misunderstanding all'italiana*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, 1, 106
- PASSAGNOLI, *Il garante-consumatore nel contratto autonomo di garanzia*, in *Liber Amicorum per Paolo Zatti*, Jovene Editore, 2023, 479
- RENNA, *La tutela consumeristica del fideiussore: riflessioni a partire da una recente pronuncia della Corte di Giustizia*, in *Nuova Giur. Civ. comm.*, 2016, 7-8, 1119
- SALVI, *La garanzia autonoma e le interferenze con la tutela consumeristica*, in *Contratti*, 2020, 1, 93
- STANZIONE E MUSIO, *La tutela del consumatore*, nel *Trattato di Diritto Privato* diretto da Bessone, Giappichelli, 2009, 15
- VETTORI, *Contratto e rimedi*, Cedam, 2021, 122
- VETTORI, *L'attuazione del principio di effettività. Chi e come*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2018, 3, 927
- VIZZONI, *Fideiussione e rapporti economici complessi*, Giappichelli, 2020
- VIZZONI, *La posizione giuridica del garante-consumatore: dalle novità europee alle recentissime aperture interne*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, 9, 1233.

IMPRESA E MERCATO

Clausole di put e di call: tra divieto del patto leonino e meritevolezza dei patti parasociali *

di DANIELE BUONCRISTIANI
Dottorando di ricerca
Università degli Studi Roma Tre

(TRIBUNALE DI CATANZARO, sezione specializzata in materia di impresa, sent. 18 luglio 2023, Pres. Belcastro – Est. Dattilo)

ABSTRACT

La decisione in esame affronta un caso di finanziamento partecipativo all'interno di una s.r.l. con conseguente stipula di un patto parasociale contenente delle clausole di put e di call. L'elaborato si propone di analizzare il regime di efficacia del patto parasociale in esame, e di affrontare il tema della validità delle clausole di put e di call alla luce del divieto del patto leonino di cui all'art. 2265 c.c., nonché alla luce degli articoli 1343, 1344 e 1322, comma 2, c.c.

The decision under examination addresses a case of crowdfunding within a limited liability company with the subsequent stipulation of a shareholders' agreement containing put and call clauses. The paper aims to analyze the effectiveness regime of the examined shareholders' agreement and to address the issue of the validity of the put and call clauses considering the prohibition of the "patto leonino" under Article 2265 of the Italian Civil Code, as well as in light of Articles 1343, 1344, and 1322, paragraph 2, of the Civil Code.

SOMMARIO: 1. Il caso: inquadramento della problematica; 2. L'efficacia dei patti parasociali; 3. Clausole di put e di call e violazione del patto leonino; 4. Segue: clausole di put e di call e criterio di meritevolezza ai sensi dell'art. 1322, comma 2, c.c.

1. Il caso: inquadramento della problematica

La sentenza in esame affronta il tema dei patti parasociali contenenti le opzioni *call* e *put*, con specifico riferimento alla loro ammissibilità nell'ordinamento. In particolare, si discute della potenziale invalidità di un patto parasociale avente ad oggetto il diritto di un socio di cedere la propria partecipazione (opzione *put*) alle altre parti del patto parasociale per un prezzo prefissato all'interno del contratto stesso. L'invalidità viene invocata per mancanza di interessi meritevoli di tutela ai sensi dell'art. 1322, comma 2, c.c. nonché per illiceità della causa per contrarietà a norme imperative ai sensi del combinato disposto degli artt. 1343 e 2265 c.c. (violazione del patto leonino).

La controversia sorgeva a seguito del lamentato inadempimento da parte di uno dei contraenti al patto parasociale contenente le opzioni *call* e *put*. In particolare, la parte attrice, una s.p.a. «designata [...] quale soggetto gestore di un fondo rotativo per prestiti partecipativi, finalizzato alla promozione e al sostegno dello sviluppo di piccole e medie

* Il presente contributo è stato sottoposto a valutazione in forma anonima ed è stato pubblicato in anteprima su rivistapactum.it il 31.12.2023

imprese presenti sul territorio regionale», aveva erogato un finanziamento c.d. partecipativo pari ad euro 900.000,00 nei confronti di una s.r.l. attiva nel campo dell'editoria. Conseguentemente, la s.r.l. beneficiaria del finanziamento aveva deliberato un aumento del capitale sociale con esclusione del diritto di opzione, consentendo così alla s.p.a. attrice di convertire il proprio credito, pari ad euro 900.000,00, in partecipazione sociale all'interno della stessa s.r.l.

A *latere* della scrittura privata con cui si conveniva il finanziamento partecipativo, la s.p.a. attrice stipulava con gli altri due soci della s.r.l. beneficiaria (una persona fisica e una s.r.l. contumace in giudizio) un patto parasociale contenente le opzioni *call* e *put*. In particolare, con l'opzione di *call* si attribuiva a questi ultimi due contraenti del patto il diritto di acquistare la partecipazione, pari ad euro 900.000,00, appartenente alla s.p.a. attrice. Con l'opzione *put*, invece, si attribuiva alla s.p.a. attrice l'opposto diritto di trasferire la propria partecipazione agli altri due soci, dietro il versamento della medesima somma di euro 900.000,00. In entrambi i casi, alla somma rappresentante il valore della partecipazione doveva essere aggiunto un tasso di interesse annuo pattuito nella misura dell'1,5%. L'adempimento dell'opzione *put* a favore della s.p.a. attrice veniva inoltre garantito da una fideiussione rilasciata dagli altri due paciscenti. Alla s.p.a. finanziatrice veniva altresì garantita la possibilità, tramite una clausola del patto parasociale, di nominare un amministratore e un sindaco all'interno della s.r.l. beneficiaria.

A distanza di tempo, la s.p.a. attrice si avvaleva del diritto concessole dall'opzione *put*, chiedendo che gli altri contraenti del patto – ed anche la s.r.l. beneficiaria del finanziamento – provvedessero all'acquisto dell'intera partecipazione. A seguito dell'inadempimento veniva dato avvio al procedimento in esame al fine di condannare le controparti all'adempimento. Il Tribunale accertava la validità del patto parasociale contenente le clausole di *put* e di *call* – non ravvisando la violazione del patto leonino e considerando la pattuizione come diretta a perseguire interessi meritevoli di tutela ai sensi dell'art. 1322, comma 2, c.c.

2. L'efficacia dei patti parasociali

Le opzioni o clausole di *call* e di *put*, argomento centrale della decisione in esame, sono contenute all'interno di un patto parasociale stipulato tra la s.p.a. finanziatrice e due soci delle società beneficiaria. Tale patto, che, come detto, prevede anche la possibilità per la s.p.a. finanziatrice di nominare un amministratore ed un sindaco della società beneficiaria, non rientra tra le ipotesi elencate – e quindi oggi pacificamente ammissibili – previste dall'art. 2341-*bis* c.c. [prima della riforma del 2003 il dibattito dottrinario e giurisprudenziale con riferimento alla validità di talune pattuizioni parasociali era vivacissimo. Per una ricostruzione della problematica si v. *ex multis* PERRINO, *sub* art. 2341-*bis* e 2341-*ter*, in *Le società per azioni* diretto da Abbadessa e Portale, I, Giuffrè, 2016, 321 ss.]. A ciò consegue, in primo luogo, che, se la meritevolezza dei patti parasociali previsti dall'art. 2341-*bis* c.c. discende indirettamente dalla stessa previsione normativa [tenendo però presente che la «valutazione *generale* di meritevolezza non esclude poi l'esigenza di un controllo della validità della *singola* pattuizione parasociale»: così SANFILIPPO, *I patti parasociali*, in *I contratti per l'impresa* a cura di Gitti, Maugeri e

Notari, II, Il Mulino, 2012, 418], con riferimento ai patti parasociali contenenti le clausole di *put* e di *call*, invece, la loro ammissibilità nell'ordinamento andrà valutata alla stregua delle regole civilistiche in materia di autonomia contrattuale [cfr. *infra* par. 4].

In secondo luogo, la stessa normativa codicistica (artt. 2341-bis e 2341-ter c.c.), disciplinante alcuni aspetti dei patti parasociali, quali, ad esempio, la durata e la pubblicità, non sarà applicabile al patto parasociale in esame, dato che quest'ultimo (i) non rientra tra le ipotesi elencate dal codice civile [in tal senso cfr. RESCIO, *I patti parasociali nel quadro dei rapporti contrattuali dei soci*, in *Il Nuovo diritto delle società, Liber amicorum Gian Franco Campobasso* diretto da Abbadessa e Portale, I, Utet, 2006, 447-448, che, appunto, distingue tra «patti parasociali» soggetti alla disciplina degli artt. 2341-bis e 2341-ter c.c., e «patti extrasociali», non rientranti nell'ambito di applicazione di tale disciplina] e dato che (ii) esso prevede un'ipotesi di finanziamento partecipativo all'interno di una s.r.l., tipo societario estraneo alla regolamentazione codicistica [a tal riguardo si v. il § 2 alla relazione al d.lgs. n. 6 del 2003 dove si afferma che la Riforma del 2003 «non intende escludere la possibilità che analoghi patti riguardino altre forme di società, per le quali ovviamente *resterà applicabile la disciplina generale dell'autonomia privata e dei contratti*, così per esempio per le società a responsabilità limitata, come anche per le società di persone» (corsivo aggiunto). V. anche SBISÀ, *sub art. 2341-bis*, in, *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca, Della società per azioni* a cura di Galgano, Zanelli e Sbisà, I, Zanichelli, 2006, 209-211]. Da ciò discende, ad esempio, la validità in una s.r.l. di un patto parasociale che ecceda il limite temporale di cinque anni previsto dall'art. 2341-bis c.c., come quello in esame che, difatti, ha una durata di sette anni [in tal senso cfr. COSTI, *I patti parasociali nella nuova società a responsabilità limitata*, in *La nuova disciplina della società a responsabilità limitata* a cura di Santoro, Giuffrè, 2003, 320].

Tenuto conto di queste precisazioni, deve essere oggetto di scrutinio il problema dell'efficacia del patto parasociale nei confronti della società beneficiaria del finanziamento. La questione origina dalla domanda della s.p.a. attrice di condannare all'adempimento del patto parasociale non soltanto i soci ma anche la stessa s.r.l. beneficiaria. Ebbene, è principio pressoché pacifico che, essendo i patti parasociali equiparati a dei contratti di natura privata ed estranei all'organizzazione sociale, essi abbiano un'efficacia *meramente obbligatoria* tra le parti, non potendo essi in alcun modo vincolare soggetti estranei alla pattuizione, prima fa tutti la società a cui il patto parasociale si riferisce [cfr. per tutti OPPO, *Contratti parasociali*, Vallardi, 1942, 65]. E questa è, tra l'altro, la soluzione adottata dalla decisione in esame, dove, sulla scia di una giurisprudenza di legittimità costante, si è affermato che solo i soci paciscenti sono tenuti ad adempiere alla pattuizione parasociale [per la giurisprudenza che ritiene che i patti parasociali abbiano unicamente efficacia interna cfr. *ex multis*, Cass. 23 luglio 2012, n. 12797, in *ilcaso.it*; Cass. 23 novembre 2001, n. 14865, in *Giur. it.*, 2002, 547; Cass. 21 novembre 2001, n. 14629, in *Soc.*, 2002, 1246; e, da ultimo, Cass. 23 novembre 2021, n. 36092, in *Giur. comm.*, 2023, II, 2, 254 ss., con nota di FILIPPELLI, *Patto parasociale di voto a favore di terzo e legittimità del patto di nomina degli amministratori per una durata superiore al triennio*].

Vi sono, tuttavia, da tenere in considerazione degli elementi che nel presente caso

avrebbero potuto condurre ad una soluzione diversa. Si fa riferimento, in particolare, alle condizioni per cui, in situazioni eccezionali, sarebbe possibile considerare la società a cui il patto parasociale si riferisce come un soggetto obbligato all'adempimento, alla stregua dei contraenti del patto stesso.

In primo luogo, deve essere tenuto in considerazione che (i) la s.r.l. beneficiaria del finanziamento non era un soggetto completamente estraneo ed ignaro della pattuizione parasociale. Difatti, nella scrittura privata in cui la s.p.a. finanziatrice e la s.r.l. beneficiaria pattuivano il finanziamento partecipativo, allo stesso tempo esse si obbligavano alla successiva stipula del patto parasociale contenente le opzioni *put* e di *call*, nonostante, poi, la s.r.l. beneficiaria non vi prendesse parte.

Il secondo elemento da valutare è che (ii) il tipo societario in esame è una s.r.l., ossia una società di capitali tradizionalmente molto vicina, come caratteristiche organizzative, alle società di persone, per cui sarebbe possibile una soluzione interpretativa diversa da quella attuabile all'interno delle S.p.A. [tale chiave di lettura, prospettabile, ad essere precisi, anche per le società per azioni chiuse, è stata ipotizzata e sostenuta in particolare nella giurisprudenza e nella dottrina tedesche. I casi più noti, decisi dal *Bundesgerichtshof*, risalgono agli anni 1983, 1986 e, da ultimo, al 2010. Per un'analisi approfondita di questi ultimi provvedimenti – oltre che per uno studio comparatistico delle soluzioni adottate in altri ordinamenti – si rinvia per tutti a PORTALE, *Patti parasociali con «efficacia corporativa» nelle società di capitali*, in *Riv. soc.*, 2015, 1, 1 ss.; sostiene l'efficacia dei patti parasociali nei confronti della società – eccezionalmente quando essi siano stati approvati all'unanimità – anche OPPO, *op. cit.*, 85 ss.; in termini dubitativi, RESCIO, *op. cit.*, 480-483].

Infine, va evidenziato che (iii) il patto parasociale contenente le clausole di *put* e di *call* è stato stipulato da tutti i soci della s.r.l. Si tratta, cioè, di un patto parasociale c.d. “omnilaterale” approvato all'unanimità, pur se non contenuto all'interno dello statuto.

Alla luce di ciò, appare contestabile la decisione del Tribunale – pur se in linea con la giurisprudenza e dottrina maggioritarie – di escludere in via automatica l'efficacia del patto parasociale anche nei confronti della società beneficiaria del finanziamento [sul tema cfr. da ultimo ampiamente ABU AWWAD, *I patti parasociali nelle società chiuse*, Giappichelli, 2022].

3. Clausole di *put* e di *call* e violazione del patto leonino

Fatte queste premesse in merito all'efficacia dei patti parasociali, occorre adesso soffermarci ad analizzare la questione dell'ammissibilità o meno delle clausole di *put* e di *call* contenute all'interno del patto parasociale oggetto della decisione in esame. La questione principale attiene, in particolare, alla validità del patto parasociale ai sensi dell'art. 1322, comma 2, c.c. e alla violazione del patto leonino. Con riferimento a quest'ultimo aspetto, infatti, si discute della potenziale invalidità delle clausole di *put* e di *call*, le quali escluderebbero il socio finanziatore dal rischio di perdite, in violazione dell'art. 2265 c.c. La causa del patto parasociale, dunque, dovrebbe essere illecita ai sensi dell'art. 1343 c.c. per contrarietà a norme imperative, o ai sensi dell'art. 1344 c.c., costituendo il patto parasociale un contratto in frode alla legge.

In particolare, il problema si pone non tanto per la previsione di un patto di riacquisto, quanto, invece, per la previsione di un corrispettivo fisso, nel caso di specie individuato nella somma di euro 900.000,00 oltre interessi nella misura annua dell'1,5%, a prescindere dal valore del patrimonio sociale al momento dell'uscita. Il problema non sarebbe sorto se, invece, le clausole di *put* e di *call* avessero previsto un prezzo da determinare non *ex ante* ma *ex post*, e cioè al momento dell'uscita dalla società, ad esempio utilizzando i criteri previsti in materia di recesso dall'art. 2473 c.c.

Per dare una risposta all'interrogativo, e cioè per verificare se si tratta di clausole contrarie a norme imperative o in frode alla legge, occorre anzitutto considerare quali sono i limiti applicativi del divieto del patto leonino. È senza dubbio ormai indiscussa l'applicazione dell'istituto in esame – previsto *in primis* per le società di persone – anche alle società di capitali [cfr. *ex multis*, JAEGER e DENOZZA, *Appunti di diritto commerciale. Impresa e società*, 2^a ed., Giuffrè, 1992, 279. Per una critica v. SPOLIDORO, *Opzione put e patto leonino: le incertezze non sono (ancora) finite*, in *Soc.*, 2020, 12, 1360 ss.; ID., *Ancora una volta a caccia con i leoni. Note critiche sulla recente giurisprudenza di merito su opzioni put e divieto dei patti leonini*, in *Giur. it.*, 2021, 3, 632 ss.]. E, parimenti, si deve giungere ad una risposta affermativa anche con riguardo alla questione dell'applicabilità del divieto in esame non solo alle clausole statutarie, ma altresì ai patti parasociali [cfr. in tal senso GRECO, *Le società nel sistema legislativo italiano. Lineamenti generali*, Giappichelli, 1959, 107; OPPO, *op. cit.*, 109 ss. Gli A., in particolare, sottolineano l'applicabilità del divieto del patto leonino anche ai patti parasociali come conseguenza del collegamento tra il patto parasociale stesso e il contratto di società. Una lettura diversa veniva data dalla dottrina maggioritaria durante il vigore del Codice civile del 1865, in cui il divieto del patto leonino, previsto dall'art. 1719, veniva considerato applicabile solo nel contesto sociale e tra soci, con esclusione, quindi, delle pattuizioni parasociali. In tal senso cfr. GRAZIANI, *Studi di diritto civile e commerciale*, Jovene, 1953, 491. Sul tema, e per una ricostruzione anche in chiave storica dell'istituto, v. per tutti ABRIANI, *Il divieto del patto leonino, Vicende storiche e prospettive applicative*, Giuffrè, 1994, in particolare 33-38 con riferimento al Codice civile del 1865, e p. 53-54, per l'applicabilità del divieto del patto leonino anche ai patti parasociali].

Se così non fosse, d'altronde, verrebbe vanificata anche la stessa *ratio* alla base del divieto del patto leonino. Quest'ultima, sotto il vigore dell'attuale Codice civile è stata tradizionalmente ricollegata alla stessa causa del contratto sociale: un'esclusione totale dagli utili e dalle perdite contrasterebbe con la definizione di contratto sociale enunciata dall'art. 2247 c.c. E ciò è vero nonostante quest'ultima disposizioni identifichi lo scopo del contratto di società nella divisione degli utili, senza esplicitamente menzionare la condivisione delle perdite [per tale tesi cfr. ABRIANI, *op. cit.*, 43-45 e 142, il quale evidenzia come «la partecipazione alle perdite sia implicita nel concetto di *conferimento*» (p. 43) menzionato dall'art. 2247 c.c. e che «la tesi che esclude l'applicabilità dell'art. 2265 ai patti parasociali appare, del resto, in palese contrasto con le conclusioni cui si è pervenuti circa la *ratio* della norma: alla luce delle quali, deve ritenersi nullo ogni accordo che, ponendo il socio in una situazione di indifferenza rispetto ai risultati sociali, lo deresponsabilizzi nell'esercizio dei suoi diritti corporativi. Sotto questo punto di vista, è indifferente che tale risultato derivi da una clausola statutaria o da un patto parasociale» (p.

142). *Contra* v. G.B. FERRI, *sub* art. 2265, in *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca, Della società*, I, 3^a ed., Zanichelli, 1981, 198 ss. Similmente MINERVINI, *Partecipazioni a scopo di finanziamento e patto leonino*, in *Contr. impr.*, 1988, 3, 777. Sotto il vigore dell'art. 1719 del Codice civile del 1865, invece, la *ratio* del divieto del patto leonino veniva scissa in due momenti (la stessa disposizione, del resto, era articolata su due commi): assenza di uno degli elementi fondamentali del contratto di società, per il divieto di esclusione dalla partecipazione agli utili; finalità antiusuraria, per il divieto di esclusione dalla partecipazione alle perdite (cfr. SRAFFA, *Patto leonino e nullità del contratto sociale*, in *Riv. dir. comm.*, 1915, I, 956 ss.; cfr. similmente GRECO, *Garanzie di utili e retribuzioni di apporti nel contratto di società*, in *Riv. dir. comm.*, 1932, II, 138 ss., che distingue la *ratio* alla base del divieto di esclusione dalla partecipazione agli utili – individuandola nel rispetto del contratto sociale – da quella alla base del divieto di esclusione dalla partecipazione alle perdite – riscontrabile nella necessità di tutela delle parti contrattuali più deboli]).

Affinché si possa dire violato il divieto del patto leonino, la giurisprudenza è concorde nel ritenere che l'esclusione dalle perdite e dagli utili deve avere i requisiti della (i) assolutezza e della (ii) costanza [requisiti, questi, enunciati per la prima volta in Cass. 29 ottobre 1994, n. 8927 in *Soc.*, 1995, 2, 178 e segg., con nota di BATTI, *Il patto leonino nell'ambito delle partecipazioni a scopo di finanziamento*. Tale pronuncia fu una delle prime a segnare un orientamento di chiusura nei confronti delle clausole di *put* e di *call*, negando la loro validità per violazione del divieto del patto leonino. Sulla stessa scia v. Trib. Milano 30 dicembre 2011, con nota di DELFINI, *Opzioni put con prezzo determinato "a consuntivo", arbitraggio della parte e nullità*, in *Giur. comm.*, 2012, II, 3, 739 ss. Per un commento a quest'ultima decisione e, in generale, per uno studio sulla validità delle clausole di *put* e di *call* alla luce del divieto del patto leonino cfr. PANZARINI, *Il contratto di opzione. Effetti e disciplina*, Giuffrè, 2018, 301-316]. Si tratta di verificare, quindi, se nel caso di specie le clausole di *put* e di *call* realizzino o meno tale esclusione assoluta e costante dagli utili e dalle perdite.

La sentenza in esame, muovendosi sulla scia del nuovo orientamento più incline a ritenere ammissibili tali tipi di clausole, pone l'accento sul legame esistente tra le clausole di *put* e di *call* e il momento della circolazione della partecipazione. Secondo l'orientamento richiamato dal Tribunale, infatti, le clausole di patti parasociali che attribuiscono il diritto o obbligo di acquisto o vendita della partecipazione si porrebbero sul piano della circolazione della partecipazione, e quindi non rappresenterebbero un'esclusione dagli utili e dalle perdite (cfr. App. Milano 13 febbraio 2020, in *DeJure*, il cui ragionamento è alla base della decisione in esame). Detto in altri termini, secondo tale orientamento si potrebbe invocare la violazione del patto leonino solo qualora l'esclusione totale e costante dalle perdite o dagli utili sia ricollegata inscindibilmente alla partecipazione sociale stessa. Nel caso delle clausole di *put* e di *call* ciò non avverrebbe, perché la partecipazione sociale – in sé per sé considerata – era ed è sempre soggetta al rischio di impresa, sia per quanto riguarda la partecipazione agli utili, sia per quanto riguarda la partecipazione alle perdite. Ciò che cambia è unicamente il titolare di tale partecipazione: ma il nuovo titolare sarà comunque compartecipe alle perdite e agli utili, così come lo era il

precedente titolare (il socio finanziatore) fino al momento del trasferimento della partecipazione.

Questa tesi, per quanto suggestiva, non appare tuttavia condivisibile. Ricollegare il divieto del patto leonino alla singola partecipazione, escludendo a priori di considerare la posizione soggettiva del suo titolare, condurrebbe, infatti, ad uno svuotamento della portata applicativa dell'art. 2265 c.c.: qualsiasi patto parasociale contenente le opzioni di *call* e di *put* dovrebbe essere considerato automaticamente legittimo, e non in contrasto con il divieto del patto leonino, per il semplice fatto che non incide sulla singola partecipazione ma unicamente sul livello di circolazione delle azioni. In particolare, verrebbe vanificata la *ratio* del divieto del patto leonino, potendosi avere una completa *deresponsabilizzazione* pattizia del socio [cfr. ABRIANI, *op. cit.*, 74, 143 e *passim*; nello stesso senso E. BARCELONA, *Clausole di put & call a prezzo predefinito. Fra divieto di patto leonino e principio di corrispettività*, Giuffrè, 2004, 22-24].

Ciò premesso, occorre verificare se nel caso preso in considerazione dalla decisione in esame siano o meno integrati i presupposti di assolutezza e costanza richiesti affinché sia integrata la violazione del patto leonino. A tal fine, risulta necessario prendere in considerazione il momento temporale nel quale può essere esercitato il diritto potestativo ricollegato alla clausola di *put*. Infatti, il patto parasociale prevedeva che l'opzione *put* potesse essere esercitata unicamente nel periodo intercorrente tra il quarantottesimo mese e il settimo anno dalla sottoscrizione del capitale sociale. Ed è proprio questa limitazione temporale che induce a considerare mancanti i presupposti di assolutezza e costanza richiesti per la violazione del divieto del patto leonino. Come ha avuto modo di precisare la giurisprudenza, una finestra temporale ridotta comporta necessariamente un rischio per il socio finanziatore; rischio riscontrabile, in prima battuta, nell'integrale azzeramento del capitale sociale durante i primi quarantotto mesi dalla sottoscrizione del capitale, con necessità di successiva ricapitalizzazione [cfr. in tal senso Trib. Milano 18 ottobre 2017, in *Soc.*, 2018, 3, 291, con nota di PENZO, *Opzione put e violazione del divieto di patto leonino: nuovi spunti sul requisito di assolutezza*. L'A., oltre al rischio paventato dal Tribunale, sottolinea altresì il rischio di perdita, «certa e non solo ipotetica», dovuta alla differenza tra gli interessi bancari e quelli pattiziamente previsti: «se infatti l'investimento iniziale avesse una certa consistenza e la pattuizione prevedesse un *rilevante* lasso di tempo tra la sua effettuazione e la possibilità di recuperarlo con l'esercizio della opzione, il socio subirebbe comunque una perdita, oltretutto certa e non solo ipotetica, consistente nel differenziale del costo del denaro (interessi bancari) e la sua remunerazione nel prezzo (interessi previsti quale componente del prezzo)» (298-299)].

Anche nel caso di specie, quindi, non sono riscontrabili quell'assolutezza e costanza richiesti affinché si possa considerare violato il divieto del patto leonino.

Né, del resto, è possibile invocare la violazione del divieto del patto leonino a causa della inscindibilità tra *potere* e *rischio*, per molto tempo considerato come un principio di ordine pubblico attinente alla società. Difatti, sono molteplici gli indici all'interno dell'ordinamento che consentono di affermare come oggi la relazione tra potere (nel caso di specie esercizio del diritto di voto ed influenza sulla gestione) e rischio (*id est*, partecipazione alle perdite) non abbia più carattere assoluto ed inderogabile, e che quindi le clausole di *put* e di *call* non possano, per ciò solo, essere considerate illegittime [cfr. per

tutti E. BARCELLONA, *op. cit.*, 24 ss. L'A. anzitutto evidenzia il superato orientamento che affermava il principio «*keine Herrschaft ohne Haftung* (nessun potere senza responsabilità)» (26), per poi criticare anche il moderno orientamento in materia (che configura il rapporto tra potere e rischio come «presunta necessaria coincidenza fra titolarità del potere e titolarità del corrispondente *rischio* – sia pure limitato –») (48) alla luce di vari istituti in cui è presente una dissociazione tra potere e rischio (es. pegno, usufrutto e sequestro; riporto su azioni; azioni di godimento) (33 ss.), riconoscendo perciò la validità delle clausole di *put* e di *call* (49). Con riferimento al rapporto tra potere e rischio v. Cass. 4 luglio 2018, n. 17498, con nota di DE LUCA, *Il socio "leone". Il revirement della Cassazione su opzioni put a prezzo definito e divieto del patto leonino*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2019, I, 1, 81 ss. Tale decisione rappresenta un precedente rilevante nell'affermazione della validità delle clausole di *put* e di *call*. Nella stessa direzione v. anche Cass. 7 ottobre 2021, n. 27227, con nota di TESSE, *Ancora sulle clausole put e call a prezzo predefinito. Si consolida l'orientamento che ne riconosce la legittimità?*, in *Riv. not.*, 2022, 5, 794 ss. Per un commento a quest'ultima decisione v. anche PESCE, *Opzione put and call: tra causa in concreto e (divieto del) patto leonino*, in *Annuario del contratto 2021* diretto da D'Angelo e Roppo, Giappichelli, 2022, 103]. Le clausole di *put* e di *call*, quindi – per come disciplinate nel caso in esame – non integrano una violazione del divieto del patto leonino, non potendosi ravvisare un'esclusione assoluta e costante dalla partecipazione agli utili o alle perdite.

4. Segue: clausole di *put* e di *call* e criterio di meritevolezza ai sensi dell'art. 1322, comma 2, c.c.

Inoltre, occorre altresì valutare la validità del patto parasociale contenente le clausole di *put* e di *call* alla luce del principio di meritevolezza ai sensi dell'art. 1322, comma 2, c.c. Il patto parasociale in esame, infatti, non rientrando nell'elencazione fatta dall'art. 2341-bis, c.c. deve necessariamente essere considerato alla stregua di un contratto atipico.

La lettura tradizionale e storica dell'art. 1322, comma 2, c.c. ne dava una interpretazione riduttiva, considerando il controllo di meritevolezza nient'altro che una duplicazione del controllo di liceità causale, e di fatto andando a svuotare di contenuto la norma [cfr. *ex multis* G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Giuffrè, 1966, 406. Sul tema v. ampiamente GRIMOLIZZI, *Leasing indicizzato: stop all'eterogenesi dei fini del giudizio di meritevolezza?*, in questa *Rivista*, 2023, 2, 57 ss.]. Altre volte, invece, il controllo di meritevolezza veniva ricollegato al contratto in frode alla legge di cui all'art. 1344 c.c. Per molto tempo, dunque, il giudizio di cui all'art. 1322, comma 2, c.c. è stato di fatto considerato superfluo, e ciò era dimostrato anche dalla pressoché nulla applicazione giurisprudenziale [v. SACCO e DE NOVA, *Il Contratto*, I, in *Trattato di Diritto Civile* diretto da Sacco, Utet, 2004, 850. Per un'interpretazione del controllo di meritevolezza in senso abrogativo cfr. AZZARRI, *Principio di trasparenza e prospettive rimediali: a proposito dei mutui (ai consumatori) e dei leasing (ai professionisti) indicizzati a una valuta estera*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2022, 5, 1219 ss.; GUARNERI, *Il contratto immeritevole e il rasoio di Occam*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, 2, 253 ss.].

Negli anni, poi, è seguita una graduale riscoperta dell'istituto, con parte della dottrina, e soprattutto della giurisprudenza, che hanno cercato di assegnare un rilievo autonomo – e svincolato dalla liceità causale – al controllo di meritevolezza [da ultimo cfr. PENNASILICO, *Dal controllo alla conformazione dei contratti: itinerari della meritevolezza*, in *Contr. e impr.*, 2020, 2, 823 ss. Per una lettura intermedia v. BRECCIA, *Causa, Trattato di Diritto Privato* diretto da Bessone, XIII, *Il Contratto in generale*, t. III, Utet, 1999, 89; Id., *sub art. 1322*, in *Commentario del Codice Civile* diretto da E. Gabrielli, Utet, 2011].

Seguendo la prima impostazione, alla luce di quanto detto [*supra par. 3*] dovremmo giungere alla conclusione che il patto parasociale contenente le clausole di *put* e di *call* è valido in quanto – non realizzandosi una violazione del divieto del patto leonino – non saremmo in presenza di un'illiceità causale né ai sensi dell'art. 1343 c.c., né ai sensi dell'art. 1344 c.c. [cfr. PETRUZZI, *Opzioni put & call, finanziamento partecipativo e divieto del patto leonino*, in *Giur. it.*, 2018, 2, 370 s., il quale, pur non ritenendo generalmente legittime le clausole di *put* e *call*, afferma che il vaglio di liceità causale (identificato con il giudizio di meritevolezza) sarà superato solo qualora la «causa in concreto» del contratto sociale non sia alterata da un'esclusione dalla partecipazione agli utili e alle perdite «strutturalmente assoluta e costante» (371). Sulla nozione di causa «in astratto» e di causa «in concreto» si rinvia a NAVARRETTA, *sub art. 1343*, in *Commentario del Codice Civile* diretto da Gabrielli, Utet, 2011, 593 ss.; C.M. BIANCA, *Diritto Civile*, III, *Il contratto*, 2ª ed., Giuffrè, 2000, 452].

Alla stessa conclusione si deve pervenire qualora si ritenga di assegnare al controllo di meritevolezza uno spazio autonomo all'interno dell'ordinamento, inquadrando il controllo stesso «in momento logicamente successivo a quello della verifica della liceità» [così SANFILIPPO, *Il controllo di meritevolezza sugli statuti di società: per un'applicazione alla funzione amministrativa di S.p.A.*, in *Società, banche e crisi d'impresa, Liber amicorum Pietro Abbadessa* diretto da Campobasso, Cariello, Di Cataldo, Guerrera e Sciarrone Alibrandi, 1, Utet, 2014, 573 e ID., *I patti parasociali, op. cit.*, 427. L'A., inoltre, scompone in due fasi il controllo di meritevolezza: «occorrerà *in primo luogo*, chiarire quale sia l'assetto obiettivamente realizzato, ponendo necessariamente attenzione all'intero contenuto negoziale (... e) dovrà svolgersi, in *secondo luogo*, il relativo giudizio di meritevolezza “secondo l'ordinamento giuridico” (art. 1322 cpv.)»]. Non essendo violato il divieto del patto leonino, occorre altresì stabilire se il patto parasociale contenente le clausole di *put* e di *call* appare o meno meritevole di tutela secondo l'ordinamento giuridico. In tal senso, appare ragionevole la ricostruzione effettuata dalla decisione in esame, dove gli interessi perseguiti da entrambe le parti appaiono pienamente meritevoli di tutela: da un lato, vi è l'interesse della s.r.l. beneficiaria del finanziamento di reperire risorse finanziarie ad un costo inferiore rispetto a quello che avrebbe sostenuto con un prestito bancario; dall'altro lato, alla s.p.a. finanziatrice è stato concesso di sottoscrivere l'aumento di capitale (tramite la rinuncia al diritto di opzione da parte degli altri soci), con la conseguente attribuzione di un diritto potestativo (clausola di *put*) di cedere la propria quota dopo un determinato lasso temporale e di nominare un membro del consiglio di amministrazione e del collegio sindacale. In un simile contesto, è condivisibile la decisione di valorizzare l'autonomia privata ritenendo lecite le clausole di *put* e di *call*

inserirle all'interno di un patto parasociale.

Bibliografia essenziale

ABRIANI, *Il divieto del patto leonino, Vicende storiche e prospettive applicative*, Giuffrè, 1994

ABU AWWAD, *I patti parasociali nelle società chiuse*, Giappichelli, 2022

AZZARRI, *Principio di trasparenza e prospettive rimediali: a proposito dei mutui (ai consumatori) e dei leasing (ai professionisti) indicizzati a una valuta estera*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2022, 5, 1219

E. BARCELONA, *Clausole di put & call a prezzo predefinito. Fra divieto di patto leonino e principio di corrispettività*, Giuffrè, 2004

BRECCIA, *Causa*, in *Trattato di Diritto Privato* diretto da Bessone, XIII, *Il Contratto in generale*, t. III, Utet, 1999, 89

ID., *sub art. 1322*, in *Commentario del Codice Civile* diretto da E. Gabrielli, Utet, 2011

COSTI, *I patti parasociali nella nuova società a responsabilità limitata*, in *La nuova disciplina della società a responsabilità limitata* a cura di Santoro, Giuffrè, 2003, 320

DE LUCA, *Il socio "leone". Il revirement della Cassazione su opzioni put a prezzo definito e divieto del patto leonino*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2019, I, 1, 81

DELFINI, *Opzioni put con prezzo determinato "a consuntivo", arbitraggio della parte e nullità*, in *Giur. comm.*, 2012, 3, II, 739

G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Giuffrè, 1966

G.B. FERRI, *sub art. 2265*, in *Della società*, in *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca*, I, 3^a ed., Zanichelli, 1981, 198

GRAZIANI, *Studi di diritto civile e commerciale*, Jovene, 1953

GRECO, *Garanzie di utili e retribuzioni di apporti nel contratto di società*, in *Riv. dir. comm.*, 1932, 2, 138

ID., *Le società nel sistema legislativo italiano. Lineamenti generali*, Giappichelli, 1959

GRIMOLIZZI, *Leasing indicizzato: stop all'eterogenesi dei fini del giudizio di meritevolezza?*, in *Pactum online*, 2023, 2, 57

GUARNERI, *Il contratto immeritevole e il rasoio di Occam*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, 2, 253

JAEGER e DENOZZA, *Appunti di diritto commerciale. Impresa e società*, 2^a ed., Giuffrè, 1992

MINERVINI, *Partecipazioni a scopo di finanziamento e patto leonino*, in *Contr. e impr.*, 1988, 3, 771

NAVARRETTA, *sub art. 1343*, in *Commentario del Codice Civile* diretto da Gabrielli, Utet, 2011

OPPO, *Contratti parasociali*, Vallardi, 1942

- PANZARINI, *Il contratto di opzione. Effetti e disciplina*, Giuffrè, 2018
- PENNASILICO, *Dal controllo alla conformazione dei contratti: itinerari della meritevolezza*, in *Contr. e impr.*, 2020, 2, 823
- PENZO, *Opzione put e violazione del divieto di patto leonino: nuovi spunti sul requisito di assolutezza*, in *Soc.*, 2018, 3, 294
- PERRINO, *sub art. 2341-bis e 2341-ter*, in *Le società per azioni* diretto da Abbadessa e Portale, I, Giuffrè, 2016, 321
- PESCE, *Opzione put and call: tra causa in concreto e (divieto del) patto leonino*, in *Annuario del contratto 2021*, diretto da D'Angelo e Roppo, Giappichelli, 2022, 103
- PETRUZZI, *Opzioni put & call, finanziamento partecipativo e divieto del patto leonino*, in *Giur. it.*, 2018, 2, 370
- PORTALE, *Patti parasociali con «efficacia corporativa» nelle società di capitali*, in *Riv. soc.*, 2015, 1, 1
- RESCIO, *I patti parasociali nel quadro dei rapporti contrattuali dei soci*, in *Il Nuovo diritto delle società, Liber amicorum Gian Franco Campobasso* diretto da Abbadessa e Portale, I, Utet, 2006, 447
- SACCO e DE NOVA, *Il Contratto*, I, 3^a ed., in *Trattato di Diritto Civile* diretto da Sacco, Utet, 2004, 850
- SANFILIPPO, *I patti parasociali*, in *I contratti per l'impresa* a cura di Gitti, Maugeri e Notari, II, Il Mulino, 2012, 417
- SANFILIPPO, *Il controllo di meritevolezza sugli statuti di società: per un'applicazione alla funzione amministrativa di S.p.A.*, in *Società, banche e crisi d'impresa, Liber amicorum Pietro Abbadessa* diretto da Campobasso, Cariello, Di Cataldo, Guerrera e Sciarrone Alibrandi, I, Utet, 2014, 561
- SRAFFA, *Patto leonino e nullità del contratto sociale*, in *Riv. dir. comm.*, 1915, I, 956
- SBISÀ, *sub art. 2341-bis*, in *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca, Della società per azioni* a cura di Galgano, Zanelli e Sbisà, I, Zanichelli, 2006, 198
- SPOLIDORO, *Opzione put e patto leonino: le incertezze non sono (ancora) finite*, in *Soc.*, 2020, 12, 1360
- SPOLIDORO, *Ancora una volta a caccia con i leoni. Note critiche sulla recente giurisprudenza di merito su opzioni put e divieto dei patti leonini*, in *Giur. it.*, 2021, 3, 632
- TESSE, *Ancora sulle clausole put e call a prezzo predefinito. Si consolida l'orientamento che ne riconosce la legittimità?*, in *Riv. not.*, 2022, 5, 794

BANCHE, INTERMEDIARI FINANZIARI E ASSICURAZIONI

Leasing indicizzato: stop all'eterogenesi dei fini del giudizio di meritevolezza? *

di ANTONIA GRIMOLIZZI
Dottoranda di ricerca
Università di Pisa

(CORTE DI CASSAZIONE, sezioni unite civili, sentenza 23 febbraio 2023, n. 5657; Pres. Curzio – Est. Rossetti)

ABSTRACT

La sentenza in commento, nel far luce sulla qualificazione delle clausole di indicizzazione al tasso LIBOR e a quello di cambio in valuta estera, enuncia importanti principi in punto di meritevolezza del contratto e, conseguentemente, di sindacato del giudice sull'equilibrio dello stesso. Il lavoro, mediante un'analisi della vicenda in esame, intende ripercorrere la spinosa questione della configurabilità di un ruolo autonomo del giudizio di meritevolezza. Inoltre, il commento si soffermerà sul contrasto – più apparente che reale – circa la qualificabilità della clausola di indicizzazione apposta a un contratto di leasing quale derivato implicito.

The judgement in question, in shedding light on the qualification of indexation clauses linked to the LIBOR and the foreign exchange rate, sets out important principles in terms of the worthiness control of the contract and, consequently, on the judge's review of its balance. This paper, through the analysis of the present case, intends to revisit the thorny issue of the configurability of an autonomous role of the worthiness control. Furthermore, this paper will focus on the contrast - more apparent than real - as to whether the indexation clause attached to a leasing contract qualifies as an embedded derivative.

SOMMARIO: 1. Il caso; 2. Il tortuoso cammino della meritevolezza degli interessi; 3. Derivato implicito: un contrasto più apparente che reale; 4. Riflessioni a margine: un'occasione per ripensare il sindacato del giudice sull'equilibrio del contratto.

1. Il caso

La pronuncia in esame giunge all'esito di un'ordinanza interlocutoria [Cass. 16 marzo 2022, n. 8603, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2022, 4, 843, con nota di GAROFALO, *I finanziamenti indicizzati al franco svizzero: attendendo le Sezioni Unite*] con la quale la Terza Sezione Civile, dopo aver ravvisato l'esistenza di contrastanti decisioni in merito alla qualificazione della clausola apposta a un contratto – *sub specie leasing* – che preveda meccanismi di indicizzazione del canone rispetto al tasso LIBOR e rispetto al tasso di cambio con una valuta estera, rimetteva gli atti al Primo Presidente affinché valutasse l'opportunità di investire le Sezioni Unite della questione.

Nella citata ordinanza, la Terza Sezione segnalava «l'opportunità di approfondire se una [tale] clausola (...) costituisca un mero meccanismo di indicizzazione del canone

* Il presente contributo è stato sottoposto a valutazione in forma anonima ed è stato pubblicato in anteprima su rivistapactum.it il 31.12.2023

o se, piuttosto, sotto l'apparenza di costituire una indicizzazione del canone, costituisca invece un patto con cui le parti scommettono sulle variazioni di quel canone (...) e incida sul contratto di leasing, strumentalizzandone la funzione tipica e piegandola a funzioni speculative (secondo il criterio della causa concreta), o se introduce nel leasing una ulteriore funzione (...) che incide sulla complessiva operazione negoziale (contratto misto). Oppure ancora (...) se tale accordo comporti violazione dell'obbligo di buona fede, per la mancanza di chiarezza ed informazione, conseguenti alla natura puramente speculativa della clausola» [Cass. 16 marzo 2022, n. 8603, cit.].

Segnatamente, nella vicenda in esame, le parti concludevano un contratto di *leasing* immobiliare che ancorava la variabilità del canone dovuto dall'utilizzatrice alla concedente al tasso LIBOR e al tasso di cambio tra franco svizzero ed euro. Eventuali variazioni del canone a causa della doppia indicizzazione sarebbero state poi regolate tramite reciproche rimesse tra le parti senza comportare direttamente l'aumento o la diminuzione della rata dovuta dall'utilizzatore.

Il contratto in questione approdava nelle aule giudiziarie a seguito della instaurazione, da parte della concedente, di un procedimento monitorio per ottenere il pagamento dall'utilizzatrice, di una somma pari a €128.840,58. Il procedimento si concludeva con la concessione del decreto ingiuntivo, avverso il quale l'utilizzatrice proponeva opposizione poiché, qualificata la clausola di indicizzazione apposta al contratto di *leasing* quale strumento finanziario implicito, ne invocava la nullità stante la mancata osservanza, da parte della concedente, degli obblighi di informazione di cui al T.U.F. Il Tribunale di Udine, ritenendo che la clausola di doppia indicizzazione contenesse due strumenti derivati autonomi rispetto al contratto di *leasing*, accoglieva la domanda di nullità dell'opponente.

La concedente impugnava la citata sentenza e il giudizio di gravame, definendo l'intero contratto come «una sorta di swap», si concludeva con il rigetto della domanda d'appello fondato, tuttavia, su altra motivazione. Invero, la Corte triestina riteneva che l'opacità delle citate clausole – idonee a provocare uno squilibrio delle prestazioni – unitamente alla prevedibilità dell'apprezzamento del franco svizzero rendesse immeritevole le pattuizioni. La nullità della sola clausola di rischio cambio veniva, quindi, questa volta, dichiarata tramite il riferimento all'art. 1322, co. 2, c.c.

La società soccombente proponeva, pertanto, ricorso per cassazione fondato su due motivi. Con il primo, parte ricorrente lamentava, al contempo, un'erronea interpretazione e un'erronea qualificazione del contratto operata dalla Corte d'Appello. Quest'ultima non avrebbe, cioè, inteso, da un lato, che intenzione delle parti era stipulare un *leasing* in valuta estera e, dall'altro, che «la clausola di doppia indicizzazione prevista dal contratto non possedeva alcuna delle caratteristiche tipiche degli strumenti finanziari derivati». Tali censure venivano ritenute inammissibili per l'ovvia evidenza che il rigetto della Corte d'Appello non era fondato su nessuno di tali argomenti [è la stessa pronuncia in commento a precisare che «[l]a Corte d'appello, infatti, ha rigettato il gravame [...] sul presupposto che il contratto stipulato dalle parti fosse immeritevole di tutela ai sensi dell'articolo 1322, secondo comma, c.c. Rispetto a tale *ratio decidendi* non vengono dunque in rilievo né questioni di interpretazione, né questioni di qualificazione»].

Con il secondo motivo di ricorso, la ricorrente lamentava «la violazione dell'articolo 1322 c.c., nonché il vizio di omesso esame d'un fatto decisivo, ai sensi dell'articolo 360, n. 5, c.p.c.» (censura, quest'ultima, non illustrata dalla società concedente e, pertanto, dichiarata inammissibile dalla Corte).

In particolare, la ricorrente evidenziava che la citata clausola di indicizzazione non poteva dirsi immeritevole perché né attribuiva un «vantaggio ingiusto e sproporzionato ad una parte soltanto, e senza contropartita», stante la reciprocità delle variazioni; né poneva una delle parti in una posizione di «soggezione» rispetto all'altra; né le costringeva «alla violazione di doveri di solidarietà sociale costituzionalmente imposti».

2. Il tortuoso cammino della meritevolezza degli interessi.

Proprio l'analisi del secondo motivo di ricorso, ritenuto fondato, consente alla Suprema Corte di trascendere i ristretti limiti della questione relativa alla natura della clausola di indicizzazione, per tentare di districare un vero e proprio nodo gordiano della materia: la meritevolezza del contratto.

Si è ben consapevoli del fatto che una trattazione puntuale di un sì grande tema del diritto civile trascenderebbe gli scopi della presente nota; pertanto, ci si limiterà ad osservare in che modo la sentenza in commento si inserisca nel mosaico di pronunce giurisprudenziali sul tema, e come sembri iniziare a delinearne la cornice.

La pronuncia della Suprema Corte giunge all'esito di alcune sentenze di merito (soprattutto friulane) e di legittimità, che si sono occupate della validità dei leasing indicizzati al cambio rispetto a una valuta estera [Trib. Udine 29 febbraio 2016, in *Società*, 2017, 1, 78, con nota di FERRETTI e LUNETTA, *Clausole di indicizzazione al franco svizzero e floor*; App. Trieste 18 maggio 2018, n. 202, in *Contratti*, 2019, 1, 42, con nota di INDOLFI, *La non meritevolezza della clausola di rischio cambio, quale strumento finanziario autonomo con finalità speculative*; App. Trieste 28 maggio 2018, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, 2, 232, con nota di CUSUMANO, *La clausola rischio cambio nei contratti di leasing*; App. Trieste 15 aprile 2021, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, 5, 1035, con nota di RUSSO, *Sulla meritevolezza della clausola "rischio cambio" nel contratto di leasing*; Cass. 22 febbraio 2021, n. 4659, in *Contratti*, 2021, 4, 383, con nota di CAMPAGNA, *Strutture delle clausole e strutture contrattuali nell'individuazione dei derivati impliciti*].

All'interno della citata giurisprudenza vi era, da un lato, chi riteneva che clausole di tal fatta dovessero considerarsi alla stregua di derivati e, quindi, soggetti alla disciplina del T.U.F. [in tal senso si vedano Trib. Udine 13 maggio 2015, n. 711, inedita; Trib. Udine 29 febbraio 2016, cit.; Trib. Udine 25 giugno 2018, n. 836, inedita], dall'altro, chi, invece, riteneva che la clausola di indicizzazione non desse vita ad uno strumento finanziario derivato costituendo esclusivamente un meccanismo di adeguamento del canone [Cass. 22 febbraio 2021, n. 4659, cit.]. Da ultimo, vi era un altro orientamento che, a prescindere dalla qualificazione giuridica della clausola in esame, riteneva che la stessa fosse immeritevole di tutela ex art. 1322 c.c. [sul punto si rinvia a App. Trieste 18 maggio 2018, n. 198, inedita; App. Trieste 28 maggio 2018, cit.]. Il giudizio di immeritevolezza di una clausola di tal fatta si fondava sulla scarsa chiarezza nella formulazione della stessa e, più in generale, sulla complessiva sproporzione dell'equilibrio contrattuale tra le parti.

La pronuncia in commento costituisce un tassello importante nel percorso giurisprudenziale orientato verso una crescente riscoperta del giudizio di meritevolezza perché, pur ribadendone l'autonomia, le Sezioni Unite in tale sentenza ne perimetrano i contorni, restringendoli. La Suprema Corte chiarisce, in conformità alla giurisprudenza più recente [si ricordano Cass. 28 aprile 2017, n. 10506; Cass. sez. un. 17 febbraio 2017, n. 4222; Cass. 10 novembre 2015, n. 22950, tutte in www.leggiditalia.it], che «il giudizio di “meritevolezza” di cui all'art. 1322, comma secondo, c.c., non coincide col giudizio di liceità del contratto, del suo oggetto o della sua causa».

L'affermazione *tranchant* della Cassazione se vale, apparentemente, a mettere un (altro) punto fermo sui rapporti tra giudizio di meritevolezza e giudizio di liceità, dall'altro scoperchia l'antico vaso di Pandora contenente una questione ancora assai discussa: esiste realmente uno spazio autonomo per il giudizio di meritevolezza distinto dal giudizio di liceità della causa, tanto più nell'attuale sistema che ha accolto una nozione di causa in concreto? [sulla nozione di causa come funzione economico-individuale si rinvia a G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Giuffrè, 1966, *passim*; per una ricostruzione delle teorie sulla causa e per un'acuta individuazione dei limiti della teoria della causa come funzione economico-individuale nell'accertamento del difetto di causa, si v. NAVARRETTA, *Art. 1343*, in *Commentario del Codice Civile diretto da Gabrielli*, Utet, 2011, 590 ss., spec. 597, 599. Sul ruolo della causa come funzione dell'atto e a tutela dei contraenti si rinvia a NAVARRETTA, *La causa e le prestazioni isolate*, Giuffrè, 2000, 231 ss.; NAVARRETTA, *Art. 1343, cit.*, 604 ss. Per un'approfondita analisi del problema della rilevanza autonoma del giudizio di meritevolezza, si rinvia alle riflessioni di GUARNIERI, *Il contratto immeritevole e il rasoio di Occam*, in *Nuova giur. civ.*, 2018, 2, 253 ss.].

È ben noto che, per lungo tempo, parte della dottrina e giurisprudenza maggioritaria abbiano relegato il giudizio di meritevolezza in una stanza la cui chiave sembrava essere stata gettata via dalla liceità [per la tesi secondo cui il giudizio di meritevolezza coincide con un controllo di liceità si v. G.B. FERRI, *op. cit.*, 406; per un esame delle varie dottrine sul ruolo del giudizio di meritevolezza si rinvia a PIRAINO, voce *Meritevolezza degli interessi*, in *Enc. dir., I tematici*, I, *Contratto*, a cura di D'Amico, Giuffrè, 2021, 667 ss.; per una dettagliata ricostruzione degli orientamenti giurisprudenziali sul punto si rinvia a LENER, *La meritevolezza degli interessi nella recente elaborazione giurisprudenziale*, in *Riv. dir. Civ.*, 2020, 3, 615 ss.].

L'art. 1322, co. 2, c.c. è stato condannato, per molto tempo, specie dalla giurisprudenza, a essere un inutile doppione, vuoi dell'art. 1343 c.c., vuoi dell'art. 1344 c.c. e, tuttavia, più di recente, si è assistito a una progressiva riscoperta del giudizio di meritevolezza che ha tentato, negli anni, di rivendicare un proprio spazio, autonomo, nel giudizio dell'interprete. Se circa vent'anni fa, autorevole dottrina scriveva che la giurisprudenza non si era ancora mai servita dell'art. 1322 c.c. per dichiarare la nullità del contratto e, comunque, «se ha avventurosamente invocato l'articolo, lo ha adoperato come puro schermo, per colpire contratti visibilmente contrari ai buoni costumi, altrimenti viziati» [SACCO, in SACCO e DE NOVA, *Il Contratto*, I, in *Trattato di Diritto Civile* diretto da Sacco, Utet, 2004, 850], oggi è possibile annoverare una nutrita giurisprudenza che – a dire il vero, forse ancora “avventurosamente” – utilizza il parametro della meritevolezza per

sindacare i contratti sottoposti al suo vaglio [si vedano Cass., 29 febbraio 2016, n. 3949, Cass. sez. un. 6 maggio 2016, n. 9140; Cass., 28 aprile 2017, n. 10506, tutte in www.leggiditalia.it].

La dottrina, dal canto suo, ha, oramai da tempo, cercato di riscoprire lo spazio autonomo del giudizio di meritevolezza, non sempre riuscendo, tuttavia, a salvarlo dal ruolo di inutile doppione.

Talvolta, infatti, chi ha tentato di distinguere il giudizio di meritevolezza da quello di liceità di cui all'art. 1343 c.c., evidenziando che con l'art. 1322, co.2 c.c. si sarebbe voluto sanzionare «colui che, senza costituire il rapporto vietato, conclude un contratto che vuol proteggere quello stesso interesse con un rapporto diverso da quello che corrisponde al contratto tipico», ha finito, poi, per sovrapporlo al giudizio sotteso all'art. 1344 c.c. [si veda SACCO, *op. cit.*, 852, il quale, consapevole della sovrapposizione, si domanda (retoricamente) se il legislatore poteva risparmiarsi l'art. 1322 c.c. e lasciare che l'elusione del divieto fosse repressa con l'art. 1344 c.c. e, la risposta, è, inevitabilmente, sì; si veda per una critica a tale impostazione anche PIRAINO, *op. cit.*, 679, nt. 95. Ulteriori riferimenti in BRECCIA, *Causa*, in *Trattato di Diritto Privato* diretto da Bessone, XIII, Il Contratto in generale, III, Utet, 1999, 109-110].

Autorevole dottrina ha, invece, individuato lo spazio autonomo dell'«interesse (non) meritevole (...) fra il difetto di causa e l'illiceità» [BRECCIA, *Causa, cit.*, 111]. L'Autore ha rivendicato l'esistenza di una distinzione, ancorché sottile, tra una valutazione di rilevanza, una di proibizione e una di coercibilità, con la conseguenza che il controllo di meritevolezza servirebbe a selezionare gli interessi non apertamente illeciti né del tutto irrilevanti [BRECCIA, *Causa, cit.*, 99 ss., spec. 105; BRECCIA, *Art. 1322*, in *Commentario del Codice Civile* diretto da Gabrielli, Utet, 2011, 118. La tesi in questione è stata ritenuta condivisibile da NAVARRETTA, *La causa e le prestazioni isolate, cit.*, 231, nt. 173]. Tale tesi ha evidenziato, peraltro, come «la riduzione al profilo esclusivo degli 'interessi proibiti', e per tal via dell'illiceità contrattuale, porta a uniformare indebitamente profili diversi (...) fino a dare un primato, paradossalmente, proprio alle ipotesi repressive più radicali che ben si giustificano in presenza di un'illiceità ma che sarebbero incongrue in presenza del difetto di una ragione giustificativa del vincolo e della conseguente incoercibilità della pretesa» [BRECCIA, *Art. 1322, cit.*, 118].

Più recentemente, sulla scia della tesi bettiana, vi è chi ha ribadito che lo spazio di intersezione tra il giudizio di liceità e il giudizio di meritevolezza non determini tout court la sovrapposizione degli stessi, spettando a ciascuno un ruolo autonomo e distinto nel controllo che l'interprete dovrà esplicitare sul contratto [PENNASILICO, *Dal controllo alla conformazione dei contratti: itinerari della meritevolezza*, in *Contr. e Impr.*, 2020, 2, 823 ss.]. Liceità e meritevolezza opererebbero quali limiti all'autonomia privata di diversa natura: il primo in negativo, quale argine alle sue esplicitazioni; il secondo in positivo, quale parametro che «colora dall'interno la regola pattizia, attribuendo ad essa una valutazione favorevole se, in positivo, realizzi una funzione conforme a quei principi che della regola negoziale sono il parametro di giustificazione» [PENNASILICO, *op.cit.*].

Nella sentenza in commento, la distinzione tra giudizio di meritevolezza e di liceità è ribadita con forza dalla Suprema Corte che individua il relativo criterio distintivo avendo riguardo al referente oggettivo su cui tale giudizio si esplica. Il primo, infatti,

lungi dal rivolgersi al contratto in sé, guarda al *risultato* perseguito dalle parti, risultato che le Sezioni Unite definiscono come «lo scopo pratico o causa concreta che dir si voglia», e ciò è perfettamente coerente con il mosaico di pronunce sulla meritevolezza [si richiama, a titolo esemplificativo, Cass. 28 aprile 2017, n. 10506, cit.: «[l]’immeritevolezza discenderà invece dalla contrarietà (non del patto, ma) del risultato che il patto atipico intende perseguire con i principi di solidarietà, parità e non prevaricazione che il nostro ordinamento pone a fondamento dei rapporti privati»].

La sentenza in commento, dunque, ponendosi sulla scorta degli orientamenti giurisprudenziali succitati ribadisce questa distinzione tra risultato del contratto e contratto in sé. Trattasi di una distinzione di sicura persuasione a livello teorico, ma assai meno chiara a livello pratico tanto più se al contratto e, in particolare, alla sua causa, si guarda accogliendo una nozione *in concreto* [sull’accoglimento in giurisprudenza di tale nozione, v. per tutte Cass., 8 maggio 2006, n. 10490, in www.leggiditalia.it].

Non ci si può certo dilungare nell’affrontare le ragioni della crisi della causa in astratto e del corrispondente successo della teoria della causa in concreto [si rinvia a NAVARRETTA, *Art. 1343 c.c., cit.*, 590 ss.; C.M. BIANCA, *Diritto Civile*, III, *Il contratto*, 2a ed., Giuffrè, 2000, 447 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *Problemi della causa e del tipo*, in *Trattato del contratto* a cura di Roppo, II, *Il regolamento* a cura di Vettori, Giuffrè, 2006, 85 ss.; C.M. BIANCA, *Causa concreta del contratto e diritto effettivo*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, 2, 251 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *La causa in concreto: una proposta dottrinale di successo*, in *Riv. dir. civ.*, 2020, 3, 588 ss.], e, tuttavia, tracciare una sommaria distinzione tra le due tesi appare utile per cogliere le ragioni di una critica alla tesi, per così dire, “autonomista” del giudizio di meritevolezza sposata dalle Sezioni Unite.

È ben noto che per causa, intesa come causa in astratto, si intendeva la funzione astratta del negozio, funzione che, per i contratti tipici, era già predeterminata dal legislatore con la conseguenza che vi era coincidenza tra causa e tipo. Per questo motivo, l’interprete avrebbe dovuto certamente prescindere da un’indagine sulla effettiva finalità perseguita dalle parti [C.M. BIANCA, *Diritto Civile, cit.*, 452]. Il corollario derivante dall’accoglimento di una tale tesi era, da un lato, l’appiattimento della portata precettiva dell’art. 1343 c.c. (dal momento che, se la causa coincide col tipo, mai si sarebbe potuto logicamente concepire un contratto tipico avente causa illecita) ma, soprattutto, l’assenza di una valutazione sulla “realtà viva” del contratto, intesa come la sintesi degli interessi che i paciscenti intendevano perseguire [C.M. BIANCA, *ibidem*; NAVARRETTA, *Art 1343, cit.*, 593-595].

Il limite della causa in astratto ne ha segnato la *débâcle* e ha consentito l’ascesa di un’altra nozione di causa come «ragione concreta del contratto» che richiede all’interprete di concentrarsi sulla «effettiva funzione pratica del contratto» consistente nel «ricercare l’interesse concretamente perseguito» con la conseguenza che non è più sufficiente una mera verifica di corrispondenza tra il tipo utilizzato dalle parti e quelli normativamente previsti ma occorre spingersi oltre, conducendo un’indagine che tenga in considerazione tutte le finalità che si sono inverte nel regolamento contrattuale [C.M. BIANCA, *Diritto Civile, cit.*, 453].

Ebbene, tratteggiata in maniera sommaria la tesi della causa in concreto e la sua tendenza, per così dire, onnivora rispetto agli interessi delle parti e allo scopo pratico che

i contraenti intendono perseguire, appare difficile tentare di sottrarre dall'oggetto del suo sindacato il risultato del contratto. Pare, cioè, che anche secondo la ricostruzione del giudizio di meritevolezza accolta dalla Suprema Corte, ci si ritrovi, ancora una volta, a non distinguere il ruolo diverso e autonomo che la meritevolezza dovrebbe svolgere rispetto a quello già attribuito alla causa o agli altri elementi essenziali [Per una lettura abrogativa del giudizio di meritevolezza si v. GUARNIERI, *op. cit.* Si v. anche AZZARRI, *Principio di trasparenza e prospettive rimediali: a proposito dei mutui (ai consumatori) e dei leasing (ai professionisti) indicizzati a una valuta estera*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2022, 5, 1219 ss. che ritiene di accogliere le interpretazioni abrogative del giudizio di meritevolezza «sia in virtù dell'esigenza di preservare il potere di autoregolamentazione dei privati dal rischio di possibili e incontrollate interferenze pubbliche di natura dirigitica o moralistica, sia anche in ragione della difficoltà, nella pratica, di scorgere, altrimenti, margini applicativi autonomi del criterio della meritevolezza»].

Fatta questa breve digressione e tornando al caso *sub iudice*, la immeritevolezza del contratto era motivata dalla Corte d'Appello dal fatto che *i.* «il calcolo della variazione del saggio di interesse dovuto dall'utilizzatrice era "astruso e macchinoso»»; *ii.* «la clausola che disciplinava il "rischio cambio" era caratterizzata da aleatorietà e squilibrio, in quanto prevedeva una differente base di calcolo dell'indicizzazione, a seconda che l'euro si fosse apprezzato o deprezzato rispetto alla valuta di riferimento»»; *iii.* «il c.t.u. aveva accertato che fin dalla stipula del contratto era prevedibile un costante apprezzamento del franco svizzero sull'euro».

È evidente come, così facendo, la Corte triestina abbia piegato il giudizio di meritevolezza a fini assai diversi da quelli che – pure ammettendo che lo stesso possa rivestire un ruolo autonomo – dovrebbe perseguire, servendosi come strumento per sindacare l'autonomia negoziale e il regolamento dei contraenti, ancorché nell'ottica di tutela del cliente, che, pur non essendo consumatore, emerga quale parte debole dell'accordo negoziale.

Eppure, il fine perseguito non sembra giustificare il mezzo. Si è osservato, condivisibilmente, che l'inesistenza di un apparato rimediale quale quello previsto in tema di contratti conclusi col consumatore [sulla vicenda dei mutui al consumatore in valuta estera, si rinvia a AZZARRI, *op. cit.*; MORELLO, *Le vie tortuose della nullità delle clausole di indicizzazione. I mutui in valuta estera ai consumatori al vaglio della Cassazione*, in *Pactum*, 2022, 2, 179 ss.] non giustifica certo l'improprio utilizzo degli strumenti giuridici a disposizione dell'interprete [sul punto, ancora AZZARRI, *op. cit.*, che osserva come la giurisprudenza di merito, a fronte dell'impossibilità di fare ricorso ai rimedi specificamente previsti per il consumatore, abbia deciso di recuperare proprio nella categoria della meritevolezza «uno strumento apparentemente acconcio a disinnescare pattuizioni che sembravano scontare elementi di problematicità analoghi»].

Assai interessanti, per questo, sono le motivazioni che le Sezioni Unite adducono, nella sentenza in commento, per confutare, uno per uno, gli argomenti posti alla base del giudizio di meritevolezza dalla Corte d'Appello di Trieste poiché, pur ribadendo l'autonomia del giudizio di meritevolezza, cercano di arginare utilizzi impropri della categoria.

Quanto alla poca chiarezza, opacità e astrusità delle clausole, le Sezioni Unite negano che tali censure possano fondare per ciò solo il giudizio di immeritevolezza, stante

l'esistenza di un apparato di regole ermeneutiche volto a dirimere eventuali incertezze interpretative che il testo, anche quello più chiaro, solleva. Con un'affermazione assai evocativa, le Sezioni Unite efficacemente affermano, che «non esistono concetti “facili” e concetti “difficili”. Esistono concetti noti e concetti ignoti: i primi sono comprensibili ed i secondi no, se non vengano spiegati».

Al più, l'eventuale opacità e poca chiarezza delle clausole – argomenta ulteriormente la Corte – ove abbia indotto in errore la controparte assumerà rilievo ai fini dell'annullamento del contratto o, più in generale, ove sia il frutto della violazione di una regola di comportamento, legittimerà la parte ad agire per il risarcimento del danno arrecato. A ben guardare, però, nel caso in esame, la Corte esclude in radice che potesse considerarsi quella clausola come macchinosa, richiedendo esclusivamente lo svolgersi di un calcolo aritmetico.

Del pari, la Suprema Corte rifiuta l'idea che l'aleatorietà possa essere indice di immeritevolezza. Invero, è lo stesso legislatore a tipizzare contratti aleatori e non si vede, dunque, perché all'autonomia privata dovrebbe essere preclusa tout court una tale prerogativa. Sul punto, le Sezioni Unite sono assolutamente coerenti con i precedenti in materia che hanno chiarito come «i contratti aleatori sono previsti dall'ordinamento e non vanno certo incontro in se stessi ad un giudizio di immeritevolezza» [Cass. 13 luglio 2018, n. 18724, in www.leggiditalia.it; v. anche RUSSO, *op.cit.*].

Inoltre, il preteso squilibrio tra le prestazioni, pure posto alla base del giudizio di immeritevolezza formulato dalla Corte d'Appello triestina, consente alle Sezioni Unite di far luce sul contratto «sconveniente». Sul punto, la Suprema Corte osserva che un contratto che si riveli poco conveniente per una delle parti non può essere qualificato tout court come immeritevole dal momento che, nel nostro ordinamento, non vi è un apparato rimediale a tutela del contraente che «libero ed informato, abbia compiuto scelte contrattuali non pienamente soddisfattive dei propri interessi economici» ma esclusivamente a tutela di quello «il cui consenso sia stato stornato o prevaricato».

Le argomentazioni della Corte, pur non esenti da censura (stante il persistente riconoscimento di uno spazio per il giudizio di meritevolezza autonomo da quello causale che, per le motivazioni sopra accennate, si ritiene di non condividere) hanno senz'altro il merito di restringere la portata del giudizio di meritevolezza evitando che si trasformi in un pericoloso strumento di sindacato del giudice sull'equilibrio contrattuale (come meglio si vedrà infra par. 4).

3. Derivato implicito: un contrasto più apparente che reale.

Dopo aver esaminato (ed escluso) la immeritevolezza della clausola di indicizzazione, la sentenza passa ad occuparsi della questione rimessa dalla terza sezione volta a chiarire la qualificazione giuridica di clausole di tal fatta, nonché la loro incidenza rispetto alla causa del contratto cui accedano.

L'ordinanza, in particolare, evidenzia che si tratta di accordi che sollevano problemi in ordine alla determinatezza e in ordine alla loro natura e funzione. Si rimette, pertanto, alla funzione nomofilattica della Corte di chiarire se clausole del tipo di quella *sub iudice* possano qualificarsi come derivati impliciti oppure se, pur non assumendo

natura autonoma di strumento finanziario, nell'accedere al contratto di leasing ne snaturino la funzione. Lungi dall'essere un quesito teorico, la risposta a tale interrogativo ha evidenti ricadute pratiche in punto di disciplina applicabile [v. GAROFALO, *op. cit.*].

Nel mettere in luce le problematiche sollevate da una tale clausola, l'ordinanza di rimessione evidenzia che si tratta di questione già affrontata da alcune Sezioni Semplici che hanno ritenuto valide tali clausole, escludendo la natura di strumento finanziario derivato [in particolare si v. Cass. 22 febbraio 2021, n. 4659, in www.leggiditalia.it].

Cionondimeno, la terza sezione ritiene tale soluzione «non (...) del tutto persuasiva» e rileva che i precedenti giudici di legittimità, investiti di tale questione, al di là della condivisibilità delle soluzioni che hanno adottato, si sono, per così dire, fermati un gradino più indietro rispetto alla risoluzione del caso. Invero, nelle precedenti sentenze si sarebbe negata la natura autonoma della clausola di indicizzazione senza con ciò negare la «influenza causale» che la stessa eventualmente poteva esplicare sul contratto.

Orbene, una comprensione effettiva della soluzione adottata dalle Sezioni Unite non può prescindere da brevi cenni sulla disciplina dei derivati. È ben noto che i derivati non sono specificamente regolamentati [v. BARTALENA, *Patologie dei derivati: la causa concreta come strumento di tutela dell'investitore "tradito"*, in *Società*, 2020, 10, 1116 ss., che evidenzia come essi siano «contratti atipici, se al tipo si vuole ricondurre la sintesi degli elementi di una fattispecie astratta al verificarsi della quale si rende applicabile una data disciplina normativa»], cionondimeno essi possono considerarsi socialmente tipici, stante la loro ampia e progressiva diffusione.

Un punto di partenza in tale sommaria ricostruzione è senz'altro costituito dall'art. 1, co. 2, T.U.F. che «definisce» gli strumenti finanziari con un rinvio alla Sezione C dell'Allegato I alla stessa legge [v. CALABRESE, *Quantità e qualità dell'alea come elemento necessario del derivato IRS*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, 5, 1092 ss. che, con particolare riguardo all'*interest rate swap*, osserva che questo richiamo rende il contratto «nominato» ma resta cionondimeno privo di una disciplina, e che l'assenza di un contratto tipico trova la sua ragione nel fatto che si tratta di un tipo già invalso nella prassi finanziaria con la conseguenza che il legislatore si è limitato a prendere atto della sua diffusione «rinunciando tuttavia a conformarne il funzionamento»].

L'allegato in questione enuncia una serie di derivati che si sono diffusi nella prassi finanziaria, sulle cui peculiarità non è possibile soffermarsi, ma basti evidenziare il tratto caratterizzante comune ad ognuno: trattasi di contratti che *derivano*, appunto, il loro valore dall'andamento di una variabile (definita sottostante) che può essere rappresentata da tassi di interesse, azioni, merci o, per quel che qui rileva, tassi di cambio [v. SIGNORINI, *Indagine conoscitiva sugli strumenti finanziari derivati*, in www.bancaditalia.it]. Le finalità per le quali un derivato è stipulato sono varie e possono essere sia di speculazione che di copertura ma alla base vi è, in ogni caso, la diversa aspettativa in capo a ciascuna parte sull'andamento del sottostante [v. SIGNORINI, *op. cit.*]. Più specificamente, il derivato è definito come «un contratto aleatorio-finanziario» con una causa che «fa perno sulla differenzialità e, quindi, sull'aleatorietà» [GAROFALO, *op. cit.*].

Gli elementi essenziali di uno strumento finanziario derivato [già enunciati in Cass. sez. un. 12 maggio 2020, n. 8770, in www.leggiditalia.it] vengono evidenziati dalla pronuncia in commento e sono:

- la *differenzialità*, in quanto le parti devono voler «trarre vantaggio dalla differenza di due valori variabili»;
- il *capitale nozionale*, ossia un capitale sul quale calcolare le variazioni delle somme dovute;
- la previsione del c.d. *mark to market*, ossia il valore a cui quel derivato verrebbe scambiato se si chiudesse il rapporto contrattuale ad una certa data [cfr. Cass. sez. un. 12 maggio 2020, n. 8770, cit., in cui si evidenzia come il MTM sia un valore e non un prezzo, più specificamente una proiezione finanziaria].

Premesso che al fine di vagliare la sussumibilità della clausola di doppia indicizzazione nella categoria dei derivati è doveroso fare riferimento alla legge vigente *ante* decreto legislativo 29 dicembre 2006, n. 303 (essendo stato il contratto *sub iudice* stipulato nel 2006), la Corte, dapprima, esclude che la clausola in questione possa rientrare in una qualsiasi delle definizioni di derivato allora vigenti, dappoi, nega altresì che sia possibile sussumerla in una delle definizioni attuali.

Alcuni Autori avevano, invece, sostenuto la possibilità di assimilare clausole di tal fatta a un *domestic currency swap* [si v. CUSUMANO, *op. cit.*; di diverso avviso CAPUTO NASSETTI, *Le clausole di indicizzazione nei finanziamenti e nei leasing*, in *Giur. Comm.*, 2016, 3, 352 ss., che ritiene che la clausola di indicizzazione «rimane cosa diversa dallo swap domestico, pur avendo struttura finanziaria simile»].

Lo swap, a prescindere dalle sue numerose declinazioni, costituisce un contratto con cui le parti si obbligano ad eseguire, allo scadere di termini prefissati, una prestazione monetaria calcolata sul medesimo capitale nozionale applicando due diversi parametri di riferimento [v. Trib. Ancona 20 giugno 2019, inedita]. Nel *domestic currency swap*, le parti si obbligano a pagare, a determinate scadenze «la differenza (se positiva) tra i tassi di cambio di due valute prefissate, applicate a un importo preso a immaginario riferimento (nozionale)» [GAROFALO, *op. cit.*] scommettendo, evidentemente, l'una sull'apprezzamento della valuta x e l'altra sull'apprezzamento della valuta y.

Ancorché l'assimilazione si riveli persuasiva, la Corte nega la qualificazione di tali clausole quali derivati poiché a mancare, nel caso di specie, è lo scambio reciproco di denaro, a livello strutturale, e la volontà delle parti di concludere quel contratto per lucrare sull'andamento del tasso di cambio, a livello causale. Del pari, esclude che possa farsi ricorso ad una *eadem ratio* idonea a legittimare il ricorso all'analogia poiché non vi sarebbe, appunto, né la stessa causa né, ancora prima, vi sarebbero gli elementi essenziali degli strumenti finanziari derivati.

In sostanza, la decisione in esame disinnescava quella *verve* speculativa che parte della dottrina e giurisprudenza di merito avevano ravvisato in tali clausole, ritenendo che un conto è speculare e, quindi, scommettere sul rapporto di cambio delle valute, altro conto è limitarsi «a determinare il valore d'una prestazione rinviando ad un indice monetario, comunque determinato». Pertanto, resta sempre valevole l'insegnamento della giurisprudenza (citando sul punto Cass. 4 settembre 2009, n. 19226) secondo il quale «rientrano nella categoria degli “strumenti finanziari collegati alla valuta” soltanto quelli per mezzo dei quali le parti intendono speculare sull'andamento del mercato delle valute».

Inoltre, quel che la Corte contesta è la categoria stessa di derivato implicito. Si osserva, infatti, che, qualunque sia l'accezione che di derivato implicito si accolga e, dunque, o come patto che, causalmente autonomo, sia accessorio rispetto ad un altro contratto o come clausola contrattuale che subordini le prestazioni di ciascun paciscente ad eventi futuri e incerti, trattasi di una nozione che non merita accoglimento, semplicemente perché non ve ne è bisogno.

In particolare – argomenta la Corte – la seconda accezione rischierebbe di dare rilevanza autonoma a pattuizioni che si pongono semplicemente come accessorie rispetto al contratto principale (evocativa, in tal senso, la figura della “fideiussione implicita” cui è fatto riferimento in sentenza). Inoltre, si evidenzia che, se si dovesse considerare come scommessa finanziaria qualsiasi clausola che condizioni *an* e *quantum* della prestazione ad un parametro esterno variabile, si aprirebbero (pericolosamente) le porte alla qualificabilità di scommessa finanziaria di qualunque contratto caratterizzato da una certa aleatorietà (per esempio, anche alla stessa *emptio spei*).

Valorizzando la funzione anche di finanziamento del contratto di leasing, la Suprema Corte, infine, rileva come non sia affatto inusuale che un finanziamento venga concesso in valuta estera, così da mettersi al riparo dai rischi di svalutazione della moneta nazionale. Nel caso di specie, la Corte osserva che questo risultato è stato raggiunto dalle parti prevedendo che la società utilizzatrice avesse la facoltà di rimborsare il finanziamento mediante il versamento di rate in valuta nazionale, ma parametrize al valore della valuta estera (in tal caso, il franco svizzero). Alla luce di tali premesse, ancora meno problematica risulta l'indicizzazione, pure presente nella clausola *sub iudice*, al tasso LIBOR che la Suprema Corte definisce come «una normale clausola onnipresente nei finanziamenti a tasso variabile; (...) pacificamente lecita e non costituisce un derivato».

Neppure persuasiva appare per le Sezioni Unite la tesi in base alla quale la causa del *leasing* sarebbe snaturata da una pattuizione di tal genere. Pur riconoscendo che, in astratto, l'introduzione di elementi spuri in un contratto tipico sia idonea a mutarne la causa, la Suprema Corte esclude che ciò sia avvenuto nel contratto di leasing a seguito dell'inserimento di una clausola di doppia indicizzazione.

Del resto, la decisione in commento rileva che, per poter ritenere che vi sia stato effettivamente un mutamento della causa di un contratto, deve, anzitutto, aversi riguardo al risultato giuridico e non a quello economico; occorre, poi, che quella clausola snaturi, appunto, il contratto rendendolo del tutto difforme rispetto al tipo. Infine, più in generale, si osserva che, affinché possa dirsi mutata la causa del contratto tipico, le prestazioni atipiche poste a carico di una delle parti devono essere tali da far venir meno la prevalenza degli elementi tipizzanti il contratto. Nel caso di specie, la causa del contratto di *leasing* sarebbe perciò rimasta del tutto intatta e nient'affatto snaturata dalla clausola di indicizzazione.

4. Riflessioni a margine: un'occasione per ripensare il sindacato del giudice sull'equilibrio del contratto.

La lettura della decisione in commento consente di svolgere a margine alcune riflessioni in punto di sindacato del giudice sull'equilibrio del contratto. Le motivazioni

della sentenza, infatti, paiono sancire una parziale inversione di tendenza rispetto ad alcuni importanti recenti pronunciamenti della Suprema Corte che, con un sindacato più o meno stringente sull'equilibrio contrattuale, hanno aperto – per citare la decisione in esame – “la porta di Ishtar” al sindacato del giudice verso la convenienza economica dell'affare.

Più in generale, il giudizio di meritevolezza, da quando si è fatto strada assumendo un ruolo autonomo nella lettura giurisprudenziale, è stato talora utilizzato per consentire al giudice di entrare nell'autonomia delle parti, sanzionando, prima, con la nullità parziale le previsioni immeritevoli e integrando, poi, il regolamento contrattuale per riportare ad equilibrio il contratto squilibrato. Si tratta di una tendenza censurata anche da chi, pur ritenendo di non dover appiattare il giudizio di meritevolezza su quello di liceità, si pone in maniera critica rispetto alla scelta del rimedio ex art. 1419 c.c. «perché espressione di quella più ampia e censurabile tendenza della giurisprudenza di legittimità a servirsi della nullità parziale (...) per compiere operazioni di riscrittura del contenuto del contratto» [PIRAINO, *op. cit.*, 687].

Il pensiero corre evidentemente alle Sezioni Unite in tema di clausole *claims made* [Cass. sez. un. 6 maggio 2016, n. 9140; Cass. sez. un. 24 settembre 2018, n. 22437, entrambe in www.leggiditalia.it]. La vicenda è certamente nota: le Sezioni Unite sono state chiamate a valutare validità e limiti della clausola *claims made* ossia di quella pattuizione che, in deroga allo schema dell'art. 1917 c.c., àncora il rischio assicurato non al verificarsi dell'illecito ma alla presentazione della richiesta risarcitoria.

Dopo un'iniziale qualificazione delle citate clausole quali atipiche, con conseguente sottoposizione al giudizio ex art. 1322, co. 2, c.c., la Corte, con il secondo arresto, ha ritenuto che le clausole *claims made* dovessero considerarsi una deroga pattizia rispetto al modello di *loss occurrence*, non idonea, però, a provocare uno scostamento strutturale della fattispecie dal tipo, con la conseguenza di non poter sindacare le pattuizioni in questione facendo applicazione dell'art. 1322, co. 2, c.c., ma dovendo, piuttosto, ricorrere al giudizio ex art. 1322, co. 1, c.c. [per una panoramica della vicenda giurisprudenziale delle clausole *claims made* si v. CORRIAS, *Le clausole claims made. Dalle sezioni unite del 2016 a quelle del 2018: più conferme che smentite*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, 1, 147 ss.].

Tale giudizio si sostanzia in una verifica sulla idoneità del regolamento contrattuale a perseguire gli interessi delle parti finendo per diventare un giudizio case by case rimesso al giudice di merito [Cass. sez. un. 24 settembre 2018, n. 22437, cit.; v. PIRAINO, *op. cit.*, 685, 688].

Pur avendo cambiato veste, il controllo che con il secondo arresto le Sezioni Unite ritengono di dover condurre è contenutisticamente simile a quello svolto dalla Suprema Corte per mezzo della meritevolezza [COLOMBO, *Meritevolezza delle clausole claims made tra restaurazioni imperative ed alterazione del sinallagma*, in *Danno e Resp.*, 2018, 5, 628 ss., osserva come, nonostante non sia revocabile in dubbio l'ingresso nel nostro ordinamento della clausola *claims made*, comunque viene attribuito al giudice di merito «un controllo sull'equilibrio sinallagmatico delle clausole, de facto non dissimile da quello di meritevolezza “in concreto”»].

Sembrano, pertanto, da condividersi le preoccupazioni di chi ha osservato come il

giudizio di meritevolezza, in combinato con il principio ex art. 2 Cost., si sia talora trasformato «in un giudizio di *aequitas* dai contorni affatto arbitrari» [COLOMBO, *op. cit.*] e che venga utilizzato dalla giurisprudenza al fine di conformare il contratto provocando un'evidente «espropriazione di autonomia privata» [PIRAINO, *op. cit.*, 687; si v. anche RUSSO, *op. cit.*].

Ebbene, la decisione della Corte d'Appello triestina nella vicenda in esame - che ha addotto, tra le altre cose, lo squilibrio delle prestazioni per censurare la pattuizione ex art. 1322, co. 2, c.c. - riposa evidentemente su una lettura del giudizio di meritevolezza, se non come strumento conformativo, perlomeno come strumento demolitorio del contratto economicamente sconveniente.

Che alla base della decisione della Corte d'Appello vi sia una tale tendenza è la stessa Cassazione a riconoscerlo osservando come tale decisione di seconde cure parta da due punti (nient'affatto) fermi: «che: a) il concetto di “equilibrio delle prestazioni” di un contratto sinallagmatico consista in una paritaria e perfetta equipollenza tra le contrapposte obbligazioni; b) ogni minimo disallineamento tra questa perfetta parità possa essere sindacato dal giudice, amputando parti del contratto per ricondurlo all'equità».

Di contro, nella sentenza in esame, la Cassazione, arginando pericolose tendenze conformative dell'autonomia contrattuale, chiarisce in maniera lapidaria che «[c]hi ha fatto un cattivo affare non può pretendere di sciogliersi dal contratto invocando “lo squilibrio delle prestazioni”».

È per questo che la pronuncia risulta significativa rispetto al grande tema del sindacato del giudice sull'equilibrio del contratto. Segnatamente, essa riporta a «casi eccezionali» l'intervento del giudice. Del resto, si è osservato che, in assenza di un «generalizzato principio di equilibrio delle prestazioni» e di «una forma di controllo diffuso in termini di equivalenza oggettiva del valore delle prestazioni dedotte in contratto», l'intervento del giudice volto a riequilibrare il contratto squilibrato risulterebbe un fuor d'opera, che minerebbe l'autonomia delle parti e il risalente (ma sempre valido) principio del *pacta sunt servanda* [v. GRECO, *La clausola claims made tra vessatorietà e meritevolezza in concreto: l'erosione dell'autonomia contrattuale nell'interpretazione della giurisprudenza*, in *Danno e Resp.*, 2017, 4, 441 ss.].

In altri termini, non ogni squilibrio può essere sindacato, ma solo quello che renda impossibile comprendere la “ragione pratica” dello scambio [si vedano le fondamentali riflessioni in tema di causa simbolica, causa non trasparente e causa putativa di BRECCIA, *Causa, cit.*, 5 ss.].

Si tratta di tentativi che, come prima anticipato, sono stati aspramente criticati da coloro che, pur riconoscendo uno spazio autonomo alla meritevolezza, ritengono che «piegare il giudizio di meritevolezza a valutazioni in concreto del regolamento contrattuale» altro non sia che un modo per consentire al giudice di entrare nell'autonomia delle parti imponendo ulteriori limiti che si rivelano assai problematici non solo perché, appunto, ulteriori rispetto a quelli legislativamente fissati ma perché creati in sede di giudizio e, dunque, *a posteriori* rispetto al regolamento contrattuale [PIRAINO, *op. cit.*, 691; v. anche GRECO, *op. cit.*: «[l]a fallacia di un ricorso ad una meritevolezza non rigidamente caratterizzata si può intravedere nel pericolo di destabilizzazione intrinsecamente connotato ad un sindacato con i connotati propri della valutazione ex art. 1322 c.c.»].

La decisione in commento ha anche il merito di aver rammentato la (ancora vigente) distinzione tra regole di comportamento e regole di validità [cfr. sez. un. 19 dicembre 2007, n. 26725, meglio note come Sezioni Unite Rordorf, dal nome del relatore. Si v. ALBANESE, *Regole di condotta e regole di validità nell'attività d'intermediazione finanziaria: quale tutela per gli investitori delusi?*, in *Corr. Giur.*, 2008, 1, 107 ss.].

La Corte d'Appello triestina aveva, infatti, fondato il giudizio di immeritevolezza della clausola anche sulla circostanza che la concedente avesse taciuto la prevedibilità dell'apprezzamento del franco svizzero, "inducendo" la controparte a concludere un contratto economicamente svantaggioso, e avesse anche, in maniera poco chiara, predisposto la relativa clausola di indicizzazione.

Di contro, le Sezioni Unite, censurando il percorso motivazionale della Corte d'Appello sul punto, rilevano che il giudizio di immeritevolezza non è certamente la sede per sanzionare le scorrettezze delle parti che, in quanto tali, trovano il loro naturale apparato rimediabile altrove.

In conclusione, ancorché l'intervento delle Sezioni Unite fosse volto a qualificare la natura giuridica della clausola di indicizzazione apposta ad un contratto di *leasing*, ne è derivata una decisione che si pone, in realtà, come una *landmark decision* e in tema di giudizio di meritevolezza e in tema di sindacato del giudice sull'equilibrio del contratto.

Bibliografia essenziale

ALBANESE, *Regole di condotta e regole di validità nell'attività d'intermediazione finanziaria: quale tutela per gli investitori delusi?*, in *Corr. giur.*, 2008, 1, 107 ss.

AZZARRI, *Principio di trasparenza e prospettive rimediali: a proposito dei mutui (ai consumatori) e dei leasing (ai professionisti) indicizzati a una valuta estera*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2022, 5, 1219 ss.

BARTELENA, *Patologie dei derivati: la causa concreta come strumento di tutela dell'investitore "tradito"*, in *Società*, 2020, 10, 1116 ss.

BIANCA C.M., *Causa concreta del contratto e diritto effettivo*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, 2, 251 ss.

BIANCA C.M., *Diritto Civile, III, Il contratto*, 2^a ed., Giuffrè, 2000

BRECCIA, *Causa*, in *Trattato di Diritto Privato* diretto da Bessone, XIII, *Il Contratto in generale*, III, Utet, 1999

BRECCIA, *Art. 1322*, in *Commentario del Codice Civile* diretto da Gabrielli, Utet, 2011

CALABRESE, *Quantità e qualità dell'alea come elemento necessario del derivato IRS*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, 5, 1092 ss.

CAMPAGNA, *Strutture delle clausole e strutture contrattuali nell'individuazione dei derivati impliciti*, in *Contratti*, 2021, 4, 386 ss.

CAPUTO NASSETTI, *Le clausole di indicizzazione nei finanziamenti e nei leasing*, in *Giur. Comm.*, 2016, 3, 352 ss.

- COLOMBO, *Meritevolezza delle clausole claims made tra restaurazioni imperative ed alterazione del sinallagma*, in *Danno e resp.*, 2018, 5, 628 ss.
- CORRIAS, *Le clausole claims made. Dalle sezioni unite del 2016 a quelle del 2018: più conferme che smentite*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, 1, 147 ss.
- CUSUMANO, *La clausola rischio cambio nei contratti di leasing*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, 2, 236 ss.
- FERRETTI e LUNETTA, *Clausole di indicizzazione al franco svizzero e floor*, in *Società*, 2017, 1, 85 ss.
- FERRI G.B., *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Giuffrè, 1965
- GAROFALO, *I finanziamenti indicizzati al franco svizzero: attendendo le Sezioni Unite*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2022, 4, 833 ss.
- GRECO, *La clausola claims made tra vessatorietà e meritevolezza in concreto: l'erosione dell'autonomia contrattuale nell'interpretazione della giurisprudenza*, in *Danno e Resp.*, 2017, 4, 441 ss.
- GUARNERI, *Il contratto immeritevole e il rasoio di Occam*, in *Nuova giur. civ.*, 2018, 2, 253 ss.
- INDOLFI, *La non meritevolezza della clausola di rischio cambio, quale strumento finanziario autonomo con finalità speculative*, in *Contratti*, 2019, 1, 44 ss.
- LENER, *La meritevolezza degli interessi nella recente elaborazione giurisprudenziale*, in *Riv. dir. civ.*, 2020, 3, 615 ss.
- MORELLO, *Le vie tortuose della nullità delle clausole di indicizzazione. I mutui in valuta estera ai consumatori al vaglio della Cassazione*, in *Pactum*, 2022, 2, 179 ss.
- NAVARRETTA, *La causa e le prestazioni isolate*, Giuffrè, 2000
- NAVARRETTA, *Art. 1343*, in *Commentario del Codice Civile* diretto da Gabrielli, Utet, 2011.
- PENNASILICO, *Dal controllo alla conformazione dei contratti: itinerari della meritevolezza*, in *Contr. e impr.*, 2020, 2, 823 ss.
- PIRAINO, *Meritevolezza degli interessi*, in *Enc. dir., I tematici, I, Contratto* a cura di D'Amico, Giuffrè, 2021, 667 ss.
- RUSSO, *Sulla meritevolezza della clausola "rischio cambio" nel contratto di leasing*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, 5, 1035 ss.
- SACCO e DE NOVA, *Il Contratto, I*, in *Trattato di Diritto Civile* diretto da SACCO, Utet, 2004.
- SCOGNAMIGLIO C., *La causa in concreto: una proposta dottrinale di successo*, in *Riv. dir. civ.*, 2020, 3, 588 ss.
- SCOGNAMIGLIO C., *Problemi della causa e del tipo*, in *Trattato del contratto* a cura di Roppo, II, *Il regolamento* a cura di Vettori, Giuffrè, 2006, 85 ss.

NUOVE TECNOLOGIE

La tutela dell'eredità digitale tra successione nel contratto di *cloud computing* e trasmissibilità dei *digital contents* *

di PAOLO BERTOLLINI
Magistrato

(TRIBUNALE DI COMO, ord. 27 luglio 2023; Rel. Azzi)

ABSTRACT

L'autore prende spunto da un'interessante ordinanza cautelare per esaminare le principali tematiche legate alla successione digitale, da intendersi non già quale acquisto *mortis causa* del *digital device*, bensì come trasmissione dei contratti di prestazione di servizi digitali e subentro nella titolarità dei contenuti conservati in cloud.

The author gets inspiration from an interesting precautionary measure to examine the principal topics connected to the digital succession, intended not as a mortis causa acquisition of the digital device, but as a transmission of the contracts of digital services and a takeover in all the contents stored in cloud.

SOMMARIO: 1. Il caso; 2. Il problema della successione digitale...; 3. ...e il suo oggetto; 4. La successione nel contratto di fornitura di servizi digitali: il caso della convenzione di intrasmissibilità e la questione della sua validità; 5. La devoluzione *mortis causa* dei diritti sui contenuti digitali: la tutela del diritto d'autore; 6. I diritti degli eredi sui dati personali del defunto; 7. Conclusioni.

1. Il caso

L'ordinanza di seguito annotata costituisce l'occasione per approfondire una delle più rilevanti implicazioni del processo di digitalizzazione dell'economia e, più in generale, della società, ovvero la sorte che subiscono i dati conservati in rete, una volta che il loro titolare abbia cessato di vivere.

La tematica dell'eredità digitale rappresenta, infatti, solo uno dei molteplici aspetti in cui il diritto civile classico è costretto a mutare sembianze per adattarsi alle esigenze di una società sempre più complessa e nella quale la ricchezza non è più (necessariamente) materiale, bensì immateriale, poiché fondata sul possesso di dati [cfr. MARINO, *Mercato digitale e sistema delle successioni mortis causa*, Esi, 2022, 9 ss.; più in generale, sui delicati rapporti tra i diritti della persona e la rete, RODOTÀ, *Tecnologia e diritti*, Mulino, 1995, *passim*].

Il riferimento corre, inevitabilmente, a tutti quei *provider* che svolgono attività di raccolta e di conservazione dei dati personali: dai motori di ricerca ai *social network*, fino ad arrivare alle piattaforme di *e-commerce* e ai servizi di *streaming*, che traggono

* Il presente contributo è stato sottoposto a valutazione in forma anonima ed è stato pubblicato in anteprima su rivistapactum.it il 20.12.2023.

profitto, direttamente o indirettamente, dall'attività di profilazione degli utenti [Cfr. M. BIANCA, *La filter bubble e il problema dell'identità digitale*, in *Medialaws*, 2019, 2, 39 ss.].

Eppure, la pronuncia in esame costituisce un brillante esempio di come le classiche categorie del diritto civile consentano, all'esito dell'immane sforzo interpretativo del giurista, di far fronte anche a queste nuove problematiche.

Questo, in estrema sintesi, il caso.

Tizio, deceduto di recente, era proprietario di uno *smartphone* prodotto da uno dei colossi della *new economy* che, come noto, non è accessibile a terzi, sia perché protetto da un meccanismo di riconoscimento facciale, sia per via delle credenziali poste a tutela dell'*account*. Venuto a mancare Tizio, la moglie (ed unica erede) ricorreva dunque al Tribunale di Como domandando, in via cautelare e d'urgenza, di condannare il suddetto produttore a prestarle la dovuta assistenza sia per il recupero delle credenziali di accesso, sia per lo "sblocco" del dispositivo elettronico.

Ai fini del *periculum*, rappresentava in particolare la ricorrente che la prolungata inaccessibilità dei dati conservati sul telefono e in rete le avrebbe impedito un'esatta ricostruzione della massa ereditaria, ad esempio consultando il saldo dei finanziamenti stipulati dal *de cuius*, oltre a ledere in modo irreparabile i suoi interessi affettivi e familiari.

Nel caso di specie, nelle condizioni generali del contratto di prestazione del servizio, vi era peraltro un'espressa convenzione di intrasmissibilità, che limitava alla durata della vita dell'utente tutti i diritti relativi all'*account*, autorizzando così il *provider* alla sua chiusura e all'eliminazione dei dati archiviati in rete, dopo il decesso del titolare.

Nell'ordinanza qui annotata, il Tribunale accoglie il ricorso, precisando tuttavia – riteniamo, a ragione – che l'oggetto dell'invocata forma di tutela non debba essere tanto il dispositivo elettronico (*i.e.* il telefono), quanto piuttosto il credito nascente dal contratto di *cloud computing* e il diritto sui dati personali conservati in rete, siccome oggetto del distinto diritto d'autore; nel farlo, ritiene peraltro il Tribunale la nullità non già del patto di intrasmissibilità, che non integra neppure una clausola vessatoria *ex artt.* 33 e 35 d.lgs. n. 206 del 2005 (limitandosi a prevedere il termine di durata del servizio), quanto piuttosto della previsione negoziale che autorizza il gestore, in violazione della disciplina vigente, alla definitiva eliminazione dei contenuti digitali, sottraendoli agli eredi dell'utente.

Ciò che traspare dall'ordinanza è, dunque, un'espressa opzione in favore del generale principio di trasmissibilità *iure hereditatis* dei dati conservati in rete.

2. Il problema della successione digitale...

Esordisce l'ordinanza cautelare col rilevare che, per successione a causa di morte, deve intendersi la complessiva vicenda traslativa dei diritti della persona a seguito del suo decesso, che ne estingue la capacità giuridica.

Come correttamente osservato dal Tribunale di Como, principi cardine in materia di successione sono dunque l'universalità e la patrimonialità [Cfr., in questo senso, DE NOVA, *Il principio della successione e la destinazione dei beni della produzione*, in *Riv.*

dir. agr., 1979, 1, 509; MENGONI, *Successioni per causa di morte. Parte speciale. Successione legittima*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da Cicu, Messineo e continuato da Mengoni, Giuffrè, 4^a ed., 1999, 244 ss.; CALOGERO, *Disposizioni generali sulla successione. Artt. 456-461 c.c.*, in Schlesinger (a cura di), *Comm. cod. civ.*, Giuffrè, 2006, 8 ss.].

Sotto il primo aspetto, si insegna infatti che si trasferisce agli eredi l'intero complesso dei rapporti attivi (comprensivo non solo delle proprietà, ma anche di crediti e contratti) e passivi, facenti capo al *de cuius*. La seconda caratteristica delimita invece l'oggetto della devoluzione ereditaria, che ricomprende i soli diritti e gli obblighi di natura patrimoniale, con la conseguente estinzione di quelli di carattere personale.

Rileva, dunque, correttamente il Tribunale che tutti i problemi connessi all'eredità digitale derivano dal dover conciliare l'impostazione classica del diritto delle successioni, imperniata sul trasferimento di diritti materiali e visibili, con l'idea che possano devolversi agli eredi anche cespiti immateriali e digitali (le c.d. nuove proprietà).

Tale approdo è, tuttavia, un naturale corollario dello stesso principio di universalità su cui si fonda l'istituto successorio, tanto ciò vero che la devoluzione ereditaria dei diritti immateriali, come quello d'autore, è da tempo accettata in dottrina e riconosciuta finanche dal legislatore; ma neppure contrasta, tale impostazione, col principio di patrimonialità, se è vero che, nella materia digitale, la contrapposizione tra diritti patrimoniali e personali ha ormai perduto di senso. In argomento, si è infatti evidenziato che gran parte dei rapporti digitali, come quelli che ruotano attorno ai *social network*, possiedono rilevanza non solo sul piano dei diritti della persona, costituendo uno strumento di realizzazione della personalità umana nel reticolo delle relazioni sociali, ma hanno anche un loro peso sul piano economico, rappresentando una vera e propria fonte di reddito [cfr. MARINO, *Mercato digitale e sistema delle successioni mortis causa*, cit., 66].

L'ordinanza allude al caso dei c.d. *influencer*, che sfruttano nome e reputazione per sponsorizzare *brand* e prodotti, ma la verità è che il fenomeno è ben più esteso e permea quasi ogni aspetto della nostra vita quotidiana. Basti pensare a tutti quei profili *social*, che svolgono attività di divulgazione scientifica, animalista o ambientalista e che, così facendo, promuovono sì valori di interesse super-individuale, ma al tempo stesso svolgono attività d'impresa.

Stando così le cose, appare dunque inevitabile domandarsi quale sia la sorte di tutti i contenuti che, ogni giorno, ciascuno di noi riversa in rete, il che presuppone tuttavia la previa delimitazione di quale sia l'oggetto della successione digitale.

3. ...e il suo oggetto

Il primo interrogativo da porsi attiene, certamente, alla delimitazione dell'oggetto dell'eredità digitale e la risposta che si ricava dall'ordinanza appare del tutto soddisfacente: essa non si riferisce al dispositivo elettronico in sé, *smartphone* o *personal computer* che sia, quanto piuttosto ai dati riferibili al *de cuius*.

Sulla scorta di tale rilievo, il Tribunale respinge dunque la richiesta di condanna ad effettuare lo "sblocco" del telefono, pure avanzata dalla ricorrente in via principale.

Osserva infatti che, sicuramente, lo stesso rientra nella massa ereditaria quale bene

mobile di proprietà del *de cuius*; esso lo è tuttavia diventato, in forza di un contratto di compravendita (o di altro titolo di acquisto), che ha inevitabilmente esaurito i suoi effetti nel momento stesso dell'acquisto, trattandosi pacificamente di un contratto ad esecuzione c.d. istantanea.

Né potrebbe ritenersi che, dal semplice contratto di compravendita, possano discendere delle obbligazioni ulteriori a carico del venditore, destinate a prolungarsi fino al decesso dell'acquirente, come quella di prestare la propria collaborazione nell'entrare in possesso del bene ereditato. Il paragone prospettato dal Tribunale appare calzante: sarebbe come pretendere ciò, che chi avesse venduto un portagioie al proprio dante causa fosse condannato ad aprirlo forzando la serratura. Evidenzia, d'altra parte, l'ordinanza che ottenere il semplice accesso al telefono potrebbe andare a detrimento degli stessi interessi della parte ricorrente, giacché il produttore dello *smartphone* non è in grado di accedere al dispositivo, senza provvedere al tempo stesso al ripristino dei dati di fabbrica, cioè alla cancellazione di tutti i dati archiviati sullo stesso.

Il terreno su cui va impostato il dibattito non è, dunque, quello della proprietà o del possesso, dovendosi piuttosto fare ricorso ad altre categorie giuridiche: a) agli istituti in materia di obbligazioni e contratto; b) alla disciplina del diritto d'autore; c) alle norme a tutela dei dati personali.

4. La successione mortis causa nel contratto di fornitura di servizi digitali: il caso della convenzione di intrasmissibilità e la questione della sua validità

Muovendo da tale impostazione, occorre innanzitutto domandarsi se possa configurarsi un fenomeno di successione a causa di morte nei contratti aventi ad oggetto la prestazione di servizi digitali, tali essendo tutti quei contratti con i quali un soggetto professionista (c.d. *provider*) assuma l'impegno di mettere a disposizione dell'utente una piattaforma per la raccolta e per la condivisione di dati informatici.

Il riferimento va, evidentemente, ad una pluralità di rapporti tra loro eterogenei, quali il servizio di *social networking* o, come nel caso in esame, al contratto di *cloud computing*, ovvero all'accordo con il quale l'utente acquista il diritto di "depositare" e di archiviare *on line*, con un'operazione di *upload*, contenuti digitali di vario genere, che il professionista si impegna a custodire sui propri *server*, mettendoli a disposizione dell'altra parte [Cfr. MARTINI, *Dalla "nuvola" al negozio: il contratto di cloud computing*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, 4, 970 ss.; NOTO LA DIEGA, *Il cloud computing. Alla ricerca del diritto perduto nel web 3.0*, in *Eur. Dir. priv.*, 2014, 2, 577 ss.].

Sul punto, un'accorta dottrina ha correttamente messo in luce che la risposta al problema dipende, in buona sostanza, dalla natura fiduciaria del rapporto, a seconda cioè che lo stesso sia caratterizzato o meno dall'*intuitus personae* [Cfr. MARINO, *Mercato digitale e sistema delle successioni mortis causa*, cit., 143 ss.].

Infatti, in mancanza di una regola generale, si afferma solitamente che le posizioni contrattuali si trasmettono automaticamente dal defunto al suo erede, salvi i casi in cui la legge attribuisca espressamente carattere fiduciario al rapporto [Cfr. PADOVINI, *Rapporto contrattuale e successione a causa di morte*, Giuffrè, 1990, *passim*; CACCAVALE, *Contratto e successioni*, in Roppo (a cura di), *Tratt. del contratto*, Giuffrè, 2006, 405

ss.]. In alcune ipotesi, come nel caso del contratto di mandato (art. 1722, n. 4 c.c.) o di quello di appalto, quando la persona dell'appaltatore sia stata motivo determinante del contratto (art. 1674 c.c.), si esclude infatti espressamente la continuazione del rapporto dopo la morte di una delle parti; in altri, come nel caso della locazione (art. 1614 c.c.), dell'affitto (art. 1627 c.c.), del comodato (art. 1811 c.c.) o del conto corrente (art. 1833 c.c.), è invece attribuito agli eredi o alla parte superstite il diritto di recedere dal negozio.

In questa direzione, osserva il Tribunale che, mentre alcuni contratti di prestazione di servizi digitale, come quelli conclusi col gestore di un *social network*, presentano un carattere strettamente personale (giacché l'identità dell'utente rileva sul piano della causa concreta e conforma l'oggetto del contratto), altri risultano agevolmente trasmissibili agli eredi. È questo il caso del contratto di *cloud computing*, giacché la prestazione del servizio di archiviazione e custodia dei *file* non dipende affatto alla persona dell'utente ed appare anzi del tutto neutra rispetto alle sue caratteristiche individuali [in questo senso, MARINO, *Mercato digitale e sistema delle successioni mortis causa*, cit., 170].

Ciò non esclude, tuttavia, che la devoluzione successoria possa essere esclusa pattiziamente, attraverso una clausola negoziale che valga a rendere strettamente personale un rapporto, astrattamente trasmissibile *iure hereditatis*. È questo il caso delle c.d. convenzioni di intrasmissibilità [su cui v. PADOVINI, *op. cit.*, 81 ss.], che il Tribunale ritiene perfettamente valide e compatibili con i contratti di prestazione di servizi digitali, anche sotto il profilo della disciplina consumeristica, giacché non fanno altro che delimitare, da un punto di vista temporale, l'oggetto del contratto.

Gli effetti di una simile clausola non operano, tuttavia, necessariamente sui contenuti archiviati in rete, dovendosi invero distinguere tra il regime della successione a causa di morte nel rapporto contrattuale, comportante la prosecuzione del servizio oltre la vita del *de cuius*, e la sorte dei dati generati dall'utente e archiviati in rete; si è infatti correttamente evidenziato in dottrina che l'interesse che muove gli eredi e, più in generale, i familiari dell'utente consiste nell'ottenere l'accesso ai contenuti riferibili al *de cuius*, più che nel proseguire le sue attività in rete [Cfr. MARINO, *op. cit.*, 171].

Il tema si sposta, dunque, dal piano della successione nel contratto al problema della successione nei dati personali del *de cuius*, quale oggetto di un autonomo bene della vita, suscettibile di devolversi agli eredi.

5. La devoluzione mortis causa dei diritti sui contenuti digitali: la tutela del diritto d'autore

Impostato in questi termini il dibattito, osserva correttamente il Tribunale che, a trasmettersi agli eredi, non è il solo rapporto contrattuale intercorso col *provider* ma gli stessi contenuti digitali riversati *on-line* dal *de cuius* (fotografie, video, documenti, messaggi di posta elettronica, etc.), se e in quanto questi ultimi costituiscano l'oggetto di un autonomo diritto soggettivo.

È questo il caso di tutti quei dati che rientrano nella disciplina del diritto d'autore, siccome idonei a soddisfare i requisiti di creatività e di originalità, ai sensi degli artt. 1 e 2 legge n. 633 del 1941, riconducibili al concetto di fotografia *ex artt.* 87 ss. legge cit.,

oppure contenenti “corrispondenze epistolari”, ai sensi e per gli effetti degli artt. 93 ss. [sul tema, v. DE SANCTIS, *Il carattere creativo delle opere dell'ingegno*, Giuffrè, 1971, *passim*; AMMENDOLA, voce *Diritto d'autore: diritto materiale*, in *Dig. disc. priv. - Sez. comm.*, IV, Utet, 1989, 372 ss.; AUTERI, *Il contenuto del diritto d'autore*, in *Diritto industriale. Proprietà intellettuale e concorrenza*, Giappichelli, 2020, 686 ss.]; l'opera dell'ingegno integra, infatti, in sé considerata, un autonomo bene della vita, suscettibile di rilevanza tanto sul piano personale (quale diritto alla paternità e all'integrità dell'opera *ex art.* 20), quanto in un'ottica patrimoniale (quale diritto di sfruttamento economico).

Secondo l'impostazione tradizionale, a devolversi in successione, sarebbero soltanto i diritti di sfruttamento economico dell'opera, sempre che non siano stati ceduti a terzi, a titolo oneroso o gratuito, durante la vita del *de cuius*. Una recente dottrina [Cfr. MARINO, *Mercato digitale e sistema delle successioni mortis causa*, cit., 184 ss.], cui la pronuncia in esame mostra di aderire integralmente, ha tuttavia osservato che i contenuti digitali, specie quelli condivisi sui moderni *social media*, coniugano inevitabilmente in sé tanto la dimensione personalistica, quanto quella patrimoniale: un *post* pubblicato in rete costituisce, al tempo stesso, un'espressione della personalità morale del suo autore e un'opera creativa suscettibile di sfruttamento economico.

Da qui, l'idea, ripresa nell'ordinanza cautelare, che, a devolversi in successione, siano tutti i diritti aventi ad oggetto i *digital contents*, nelle loro indissociabili implicazioni personali e patrimoniali, dalla quale discende, quale corollario, la nullità non già della convenzione d'intrasmissibilità del contratto di fornitura di servizi digitali, bensì della sola previsione che autorizza il prestatore del servizio alla chiusura dell'*account* e ad eliminare i contenuti. Una simile clausola finisce, infatti, col configurare un'indebita interferenza, operata dalla disciplina del contratto, nella vicenda di trasmissione, dalla sfera giuridica del *de cuius* a quella dei suoi successori, delle situazioni giuridiche relative ai contenuti digitali nel loro complesso. Fondamento della nullità dovrebbe, dunque, essere il divieto di patti successori di cui all'art. 458 c.c., trattandosi sostanzialmente di un accordo con cui il disponente esclude taluni diritti da una successione non ancora aperta [cfr. Cass., sez. II, 21 novembre 2017, n. 27624, in *Dejure* ove si legge che “*configurano un patto successorio sia le convenzioni aventi ad oggetto una vera e propria istituzione di erede rivestita della forma contrattuale, sia quelle che abbiano ad oggetto la costituzione, trasmissione o estinzione di diritti relativi ad una successione non ancora aperta, tali da far sorgere un "vinculum iuris" di cui la disposizione ereditaria rappresenta l'adempimento*”].

Tanto basta al Tribunale per accogliere il ricorso, ordinando alla resistente di mettere a disposizione dell'erede tutti i contenuti archiviati nell'*account*.

6. I diritti degli eredi sui dati personali del defunto

Non si spinge il Tribunale, nell'ordinanza in esame, ad affermare espressamente un generale principio di trasmissibilità, *iure successionis*, di tutti i dati archiviati in rete dal defunto. Eppure, riteniamo che tale sia la naturale conseguenza del ragionamento svolto: venuta meno la facoltà, prevista nel contratto, di disfarsi dei contenuti conservati nei *server*, il *provider* è tenuto a rimettere agli eredi l'integrità dei *file*.

Alcuni potrebbero, peraltro, non essere soggetti alla disciplina in materia di diritto d'autore, mancando, ad esempio, dei necessari caratteri della creatività e dell'originalità.

Così facendo, il Tribunale ha dunque riconosciuto, in capo all'erede, il generalizzato diritto di accedere ai dati informatici del proprio dante causa.

Ciò posto, riteniamo che il fondamento di tale diritto non possa che essere tratto, in mancanza di una disciplina omogenea al livello sovranazionale, proprio dall'art. 2-terdecies d.lgs. n. 196 del 2003, citato dalla stessa ordinanza cautelare [cfr., in questo senso, Trib. Milano, 9 febbraio 2021; Trib. Bologna, 25 novembre 2021; Trib. Roma, 9 febbraio 2022; più in generale sul tema, v. RESTA, *L'accesso post mortem ai dati personali: il caso Apple*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, 3, 678 ss.]. Il Regolamento UE 2016/679 (GDPR), al Considerando 27, esclude infatti di poter essere applicato ai dati personali delle persone decedute, lasciando quindi gli Stati membri liberi di introdurre norme in materia.

Si è dunque osservato, in dottrina, che alcuni ordinamenti nazionali hanno optato per l'esclusione di forme di tutela postuma dei dati personali, una volta che il titolare sia venuto a mancare; altri invece, come l'Italia, hanno previsto un apparato rimediale che si prolunga oltre la vita dello stesso [Cfr. RESTA, *La successione nei rapporti digitali e la tutela post-mortale dei dati personali*, in *Contr. impr.*, 2019, 1, 85 ss.].

In questo solco, si colloca l'art. 2-terdecies d.lgs. n. 196 del 2003, nel disporre che “i diritti di cui agli articoli da 15 a 22 del Regolamento riferiti ai dati personali concernenti persone decedute possono essere esercitati da chi ha un interesse proprio, o agisce a tutela dell'interessato, in qualità di suo mandatario, o per ragioni familiari meritevoli di protezione” (comma 1). Fanno eccezione alla regola i casi in cui l'esercizio di tali diritti sia limitato direttamente dalla legge o dallo stesso interessato (comma 2), con dichiarazione scritta che deve risultare in modo non equivoco e dev'essere specifica, libera ed informata (comma 3), ferma in ogni caso la possibilità di revocarla o modificarla (comma 4).

La norma si chiude, infine, con la precisazione che “in ogni caso, il divieto non può produrre effetti pregiudizievoli per l'esercizio da parte dei terzi dei diritti patrimoniali che derivano dalla morte dell'interessato nonché del diritto di difendere in giudizio i propri interessi” (comma 5).

Essa è stata variamente interpretata, in dottrina, come in giurisprudenza, e ci pare che l'impostazione maggioritaria, sconfessata dall'ordinanza in esame, sia quella che vede nella norma non già la fonte di una vicenda successoria, bensì di una pretesa esercitabile *iure proprio* e facente capo, direttamente, ai prossimi congiunti [cfr. M. BIANCA, *Memoria ed oblio: due reali antagonisti?*, in *Riv. dir. media*, 2019, 3, 23 ss.].

Una simile impostazione, che pure trova conforto nel dato letterale della norma, non appare pienamente in grado di spiegare come possa l'esercizio di un determinato diritto sopravvivere al suo titolare [così, nel riferirsi ad una forma di legittimazione c.d. straordinaria, DELLE MONACHE, *Successione mortis causa e patrimonio digitale*, Giuffrè, 2008, 465; ID., *Successione mortis causa e patrimonio digitale*, in *Nuova giur. civ.*, 2020, 2, 460 ss.]; né si concilia con la previsione che autorizza il titolare del trattamento a vietare l'esercizio di tali diritti da parte dei congiunti. Ad essa, si affianca dunque una diversa ricostruzione che vede, nella norma, la fonte di un acquisto a titolo derivativo,

ovvero di una fattispecie successoria, caratterizzata, sul piano soggettivo, dal subentro di un nuovo *dominus* nella titolarità del diritto e, su quello oggettivo, dalla derivazione dello stesso dalla sfera giuridica del *de cuius* per causa di morte [cfr. MARINO, *Mercato digitale e sistema delle successioni mortis causa*, cit., 219; in senso sostanzialmente conforme, v. RESTA, *Autonomia privata e diritti della personalità*, cit., 389 ss.].

Se tale impostazione ha dunque il pregio di collocare l'istituto, da un punto di vista sistematico, nel diritto delle successioni, aprendo definitivamente al subentro dell'erede nei diritti sui dati informatici del defunto, essa sconta tuttavia il limite di una scarsa aderenza al dato testuale della norma, in particolare, laddove allude al fatto che “*i diritti (...) concernenti i dati delle persone decedute possono essere esercitati da chi ha un interesse proprio, o agisce a tutela dell'interessato, in qualità di suo mandatario, o per ragioni familiari meritevoli di protezione*” (comma 1).

Ci sembra, tuttavia, che l'incipit della disposizione possa agevolmente spiegarsi con un'estensione dei diritti sui dati del defunto a soggetti diversi dai suoi eredi [così anche MARINO, *op. cit.*, 221 s.], che agiscano per un interesse proprio, dipendente da quello dell'interessato, in veste di mandatario dell'erede, o infine per ragioni familiari meritevoli di tutela. È quest'ultimo il caso del familiare non chiamato all'eredità oppure del chiamato stesso, che, per una qualsiasi ragione, non voglia o non possa accettare l'eredità: pur non acquisendo la generalità dei diritti del defunto, anche costoro potrebbero infatti risultare portatori di interessi, di carattere personale o morale, su specifici dati informatici.

Si pensi al nipote che chieda di entrare in possesso dell'unica fotografia che ritrae il nonno ancora in vita, o al figlio, pretermesso dall'eredità paterna o decaduto dal diritto di accettarla, che intenda ottenere la corrispondenza intrattenuta dai suoi genitori.

Diversa è, invece, la posizione di chi subentri nella titolarità di tutti i dati informatici del defunto, quale chiamato alla sua eredità, eventualmente per testamento; questi potrà, infatti, far valere i propri diritti sulla generalità dei dati informatici del *de cuius*, sempre questi non ne abbia in qualche modo circoscritto l'acquisto, ai sensi dei commi 2 e 3. Una simile limitazione andrà, tuttavia, opposta dal prestatore del servizio e dovrà risultare in modo inequivoco da un atto scritto, oltre a dover essere libera, informata e, soprattutto, specifica, cioè riferita a dati informatici determinati, dovendosi ritenere del tutto inadatta allo scopo la mera clausola di stile che autorizzi la loro distruzione.

Una previsione del genere, pur valida ai sensi del comma 2, mancherebbe, infatti, di rispettare il canone della specificità imposto dal comma 3.

Tale accordo, inoltre, non potrà mai andare a discapito dei diritti patrimoniali derivati agli eredi dalla morte dell'interessato, oltre che del loro diritto di difesa (comma 5), con ciò dovendosi intendere tutti quei casi in cui, dall'ostensione dati del *de cuius*, dipenda la protezione di interessi diversi e ulteriori da quello al puro e semplice accesso ai contenuti digitali.

In tutti questi casi e ai soli fini della tutela dei dati personali, l'erede sarà dunque da considerare un soggetto “terzo” rispetto alla posizione del *de cuius*, con ciò giustificandosi la necessità di operare il bilanciamento d'interessi, cui allude la stessa ordinanza in esame, con quelli degli eventuali controinteressati. In tutti gli altri casi, cioè quando si

realizzi una successione nei dati personali del *de cuius*, l'esigenza di tutelare l'altrui riservatezza dovrà invece essere specificamente opposta, in forma di eccezione, dal titolare del trattamento, quale soggetto incaricato ex art. 6 Reg. UE 2016/679 di assicurarne la liceità.

7. Conclusioni

Le considerazioni che precedono rispondono solo ad alcuni dei molteplici interrogativi sollevati dall'ordinanza in commento; pronuncia, che ha il merito di tentare un inquadramento sistematico dell'istituto, nelle categorie del diritto civile classico, senza tuttavia perdere di vista la fondamentale esigenza di fornire una risposta di giustizia alle nuove sfide della modernità. Da questo punto di vista, il vero impatto della pronuncia è quello di riconoscere, ai dati informatici dell'individuo, un valore che esula dalla pura e semplice sfera dei diritti della personalità, configurandoli come parte integrante del suo patrimonio immateriale, suscettibile di cadere in successione.

A tale conclusione, si giunge peraltro non dilatando il concetto di patrimonialità o negando in radice uno dei presupposti della successione *mortis causa*, bensì prendendo atto di un'indiscussa realtà nell'attuale contesto economico-sociale, cioè che i contenuti e i dati digitali dell'individuo sono una fonte di ricchezza tanto per chi li realizza, quanto per i soggetti che si occupano del loro trattamento.

Negare loro ingresso al patrimonio ereditario vorrebbe dire, quindi, sconfessare una delle caratteristiche dell'economia contemporanea, che si fonda, tra le altre cose, proprio sulla circolazione dei dati conservati in rete.

Bibliografia essenziale

AMMENDOLA, voce *Diritto d'autore: diritto materiale*, in *Dig. disc. priv. - Sez. comm.*, IV, Utet, 1989, 372 ss.

AUTERI, *Il contenuto del diritto d'autore*, in *Diritto industriale. Proprietà intellettuale e concorrenza*, Giappichelli, 2020, 686 ss.

BIANCA M., *La filter bubble e il problema dell'identità digitale*, in *Medialaws* 2019, 2, 39 ss.

BIANCA M., *Memoria ed oblio: due reali antagonisti?*, in *Riv. dir. media*, 2019, 3, 23 ss.

CACCAVALE, *Contratto e successioni*, in Roppo (a cura di), *Tratt. del contratto*, Giuffrè, 2006

CALOGERO, *Disposizioni generali sulla successione. Artt. 456-461 c.c.*, in Schlesinger (a cura di), *Comm. cod. civ.*, Giuffrè, 2006

DE NOVA, *Il principio della successione e la destinazione dei beni della produzione*, in *Riv. dir. agr.*, 1979, 1, 509 ss.

DE SANCTIS, *Il carattere creativo delle opere dell'ingegno*, Giuffrè, 1971

DELLE MONACHE, *Successione mortis causa e patrimonio digitale*, GIUFFRÈ, 2008

DELLE MONACHE, *Successione mortis causa e patrimonio digitale*, in *Nuova giur. civ.*, 2020, 2,

460 SS.

MARINO, *Mercato digitale e sistema delle successioni mortis causa*, Esi, 2022

MARTINI, *Dalla “nuvola” al negozio: il contratto di cloud computing*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, 4, 970 SS.

MENGGONI, *Successioni per causa di morte. Parte speciale. Successione legittima*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da Cicu, Messineo e continuato da Mengoni, Giuffrè, 4^a ed., 1999

NOTO LA DIEGA, *Il cloud computing. Alla ricerca del diritto perduto nel web 3.0*, in *Eur. Dir. priv.*, 2014, 2, 577 SS.

PADOVINI, *Rapporto contrattuale e successione a causa di morte*, Giuffrè, 1990

RESTA, *L'accesso post mortem ai dati personali: il caso Apple*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, 3, 678 SS.

RESTA, *La successione nei rapporti digitali e la tutela post-mortale dei dati personali*, in *Contr. impr.*, 2019, 1, 85 SS.

RODOTÀ, *Tecnologia e diritti*, Il Mulino, 1995

CONTRATTO E TUTELA DELLA PERSONA

Azione revocatoria del patto di famiglia e litisconsorzio necessario *

di GLORIA GIORGI
Professore a contratto
Università di Bologna

(CORTE DI CASSAZIONE, sezione III civile, sentenza 17 gennaio 2023, n. 1228; Pres. Scarano – Est. Scoditti)

ABSTRACT

Nell'azione revocatoria ordinaria (art. 2901 c.c.) del patto di famiglia, non sussiste litisconsorzio necessario del coniuge e degli altri legittimari che abbiano partecipato al contratto e che abbiano rinunciato alla liquidazione in loro favore.

It is not mandatory to summon the spouse and other forced heirs in the civil suit pursuant article 2901 It. civ. code regarding the "family deal", when they took part in the deal itself and completely renounced the liquidation in their favor.

SOMMARIO: 1. Il caso; 2. La quota di s.n.c. come oggetto del patto di famiglia e la sua assoggettabilità ad azione revocatoria; 3. Litisconsorti necessari nel giudizio di revocatoria del patto di famiglia.

1. Il caso

La decisione in commento origina dal conflitto tra un istituto di credito e una persona fisica, garante in virtù di fideiussione dell'adempimento delle obbligazioni di una società in nome collettivo. Il convenuto, in particolare, aveva stipulato un patto di famiglia, ai sensi dell'art. 768 *bis* c.c., mediante il quale aveva trasferito la sua quota del 51% del capitale di altra società in nome collettivo ai propri figli.

Il Tribunale adito ha dichiarato inammissibile la domanda per la non assoggettabilità ad azioni esecutive della quota della società in nome collettivo. L'istituto di credito ha proposto appello avverso la sentenza del Tribunale e la Corte di Appello, accogliendo la domanda, ha dichiarato l'inefficacia, nei confronti dell'appellante, del patto di famiglia. La Corte ha avuto modo di rilevare che, benché le partecipazioni sociali non fossero suscettibili di esecuzione forzata fino alla scadenza della società o alla sua liquidazione, si trattava soltanto della sospensione della possibilità di agire *in executivis* collegata alla scadenza o alla liquidazione, con la reviviscenza del diritto stesso al verificarsi delle condizioni per il suo esercizio; inoltre l'appellante, quale creditore del socio, poteva fare opposizione alla proroga della società ai sensi dell'art. 2307 c.c., con liquidazione della quota del socio debitore in caso di accoglimento dell'opposizione, soltanto ove fosse accolta l'azione revocatoria.

Il soccombente in appello proponeva ricorso per Cassazione e resisteva la parte

* Il presente contributo è stato sottoposto a valutazione in forma anonima ed è stato pubblicato in anteprima su rivistapactum.it il 9.10.2023.

intimata.

La sentenza in commento, confermando la decisione di secondo grado, ha affermato da un lato che il creditore del socio che abbia ceduto la propria quota non può però far valere i propri diritti sugli utili spettanti al debitore finché dura la società, o compiere tali atti conservativi sulla quota spettante nella liquidazione, perché trattasi di facoltà estranea agli effetti dell'azione revocatoria previsti dall'art. 2902 c.c. e che presuppone la qualità di creditore particolare di colui che è attualmente socio, dall'altro lato che non sussiste il litisconsorzio necessario del coniuge e degli altri legittimari che abbiano partecipato al patto di famiglia e che abbiano rinunciato in tutto alla liquidazione in loro favore.

2. La quota di s.n.c. come oggetto del patto di famiglia e la sua assoggettabilità ad azione revocatoria

A norma dell'art. 768bis c.c., attraverso il patto di famiglia l'imprenditore o il titolare di partecipazioni societarie può trasferire in tutto o in parte l'azienda o le proprie quote ad uno o più discendenti. Da tale definizione emerge come oggetto del patto di famiglia possa essere tanto l'azienda quanto le partecipazioni, prescindendo dalla circostanza che si tratti di partecipazioni in società di persone o in società di capitali [tra molti BUSANI, *Il patto di famiglia*, Cedam, 2019, 325].

Non v'è dubbio, inoltre, che il patto di famiglia, oltre a rappresentare una importante eccezione al divieto dei patti successori, determini un vero e proprio trasferimento, atto per ciò solo a rappresentare una diminuzione della garanzia patrimoniale generica di cui l'art. 2740 c.c. è espressione [LOCONTE, *Strumenti di pianificazione e protezione patrimoniale*, Cedam, 2022, 231].

Nella sentenza in commento, la parte ricorrente ha sostenuto che il creditore, per potere soddisfarsi sugli utili e compiere atti conservativi sulla quota di liquidazione, deve essere creditore particolare del socio e che, per effetto dell'azione revocatoria, all'alienante non verrebbero retrocesse le quote e gli attuali proprietari non diventerebbero debitori dell'istituto di credito.

Osserva altresì la parte ricorrente che, alla luce dell'art. 2252 c.c., anche dopo lo scioglimento della società, vi sia o meno la fase di liquidazione, il contratto sociale non potrà mai essere modificato senza il consenso di tutti i soci e quindi neppure in esito ad una procedura esecutiva inammissibile. Tuttavia la soddisfazione del creditore può trovare immediata tutela anche con riferimento agli utili del socio ed alla sua stessa quota nel caso di alienazione a terzi [Cass., 23 maggio 2014, n. 11491, in *DeJure*]. In aggiunta, il diritto del creditore particolare del socio di ottenere la liquidazione della quota, costituito dalla possibilità di soddisfarsi sul suo controvalore economico ai sensi dell'art. 2289 c.c., è un diritto diverso da quello di provocare l'espropriazione della *res*, nel caso di specie inammissibile. Il ricorrente sostiene che il diritto alla futura ed eventuale liquidazione della quota, previsto dall'art. 2270 c.c., non intacca il contratto sociale perché non incide sulla compagine sociale, per cui il diritto al controvalore di liquidazione dovrà essere riconosciuto dalla società esclusivamente al socio o ai suoi creditori. L'art. 2305 c.c. consente al creditore particolare del socio di soddisfarsi sul credito in cui si converte la quota

societaria per effetto della liquidazione e che il creditore potrebbe soddisfarsi su tale quota solo a condizione che il disponente nel patto di famiglia fosse ancora socio, mediante un'espropriazione o un prodromico sequestro ma del solo credito da eventuale e futura liquidazione, non della quota o dello *status* di socio.

La tesi sostenuta dalla parte ricorrente è stata ritenuta infondata in quanto, pur non essendo in discussione la non espropriabilità della quota di società in nome collettivo del socio debitore da parte del creditore prima dello scioglimento della società, a meno che l'atto costitutivo preveda la libera trasferibilità con il solo consenso del cedente e cessionario [Cass., 7 novembre 2002, n. 15605], ciò non preclude l'esperimento dell'azione revocatoria, la quale presenta presupposti ed effetti differenti. L'azione revocatoria, infatti, non mira a far ritornare il bene nel patrimonio del debitore ed è del tutto priva di finalità ed effetti restitutori, in quanto l'atto di disposizione revocato conserva pur sempre la sua efficacia traslativa o costitutiva del diritto in capo al cessionario [Cass. sez. un., 23 aprile 2009, n. 9660, in *DeJure*]. Di conseguenza la quota è espropriabile se sia stato deliberato lo scioglimento della società e compiuta la liquidazione o comunque una volta che sia stata liquidata la quota del socio debitore per lo scioglimento del rapporto sociale limitatamente ad esso. L'azione revocatoria, il cui effetto è la possibilità di confronti del cessionario le azioni esecutive o conservative sul bene oggetto dell'atto impugnato (art. 2902, comma 2, c.c.), è funzionale al compimento degli atti esecutivi una volta che la quota sia diventata espropriabile per effetto della liquidazione [Natoli, voce *Azione revocatoria*, in *Enc. dir.*, Giuffrè, 1959, 889]. Analogamente al creditore particolare del socio, che può chiedere la liquidazione della quota del socio debitore soltanto alla scadenza della società, il creditore del socio che abbia ceduto la propria quota, una volta che abbia ottenuto la dichiarazione di inefficacia nei suoi confronti dell'atto di disposizione ai sensi dell'art. 2901 c.c., ove risulti perfezionata la liquidazione della quota può compiere le azioni esecutive, se munito di titolo esecutivo, o conservative aventi ad oggetto il credito corrispondente al valore della quota. La conservazione della garanzia patrimoniale si realizza qui come reintegrazione del valore del bene uscito dal patrimonio del debitore.

Tuttavia, e qui la motivazione degli Ermellini differisce da quella fornita dalla Corte d'Appello, il creditore del socio che abbia ceduto la propria quota non può però far valere i propri diritti sugli utili spettanti al debitore finché dura la società, o compiere atti conservativi sulla quota spettante nella liquidazione, ai sensi dell'art. 2270, comma 1, c.c., perché trattasi di facoltà estranea agli effetti dell'azione revocatoria previsti dall'art. 2902 e che presuppone la qualità di creditore particolare di colui che è attualmente socio.

La Suprema Corte ha, quindi, enunciato il principio di diritto giusto il quale "il creditore, che abbia ottenuta la dichiarazione di inefficacia nei suoi confronti dell'atto di cessione della quota di società in nome collettivo compiuto dal suo debitore, può promuovere nei confronti del cessionario le azioni esecutive, se munito di titolo esecutivo, o conservative aventi ad oggetto il credito risultante dalla liquidazione della quota".

3. Litisconsorti necessari nel giudizio di revocatoria del patto di famiglia

Altra questione, di carattere pregiudiziale, sottoposta alla Suprema Corte, è quella

relativa al litisconsorzio necessario, nel giudizio di revocatoria ex art. 2901 c.c., del coniuge e degli altri legittimari che abbiano partecipato al patto di famiglia, in quanto da esso conseguirebbe l'obbligazione dei beneficiari di liquidare i legittimari non assegnatari mediante una somma corrispondente al valore delle quote previste dagli artt. 536 ss. c.c. Il litisconsorzio necessario sussiste anche nei confronti del coniuge e degli altri legittimari che non abbiano partecipato al contratto, in perfetta aderenza a quanto previsto dall'art. 768 *bis* c.c.; è solo il caso di precisare che tale ultima norma si riferisce all'ipotesi nella quale sopraggiungano legittimari, in quanto deve necessariamente essere letta in combinato disposto con l'art. 768 *quater* c.c., il quale impone che al patto di famiglia partecipino tutti coloro che sarebbero legittimari ove in quel momento si aprisse la successione [BUSANI, *Il patto di famiglia*, cit., 146 ss.].

A seguito dell'azione revocatoria la posizione dei soggetti non beneficiari della disposizione non resta impregiudicata in quanto sono incisi, sia pure soltanto relativamente al creditore che ha introdotto il giudizio revocatorio, gli effetti di un atto che viene ad inserirsi nella regolazione parziale della vicenda successoria del disponente e nei suoi rapporti con gli eredi necessari. L'inefficacia relativa attinge infatti un atto dal quale consegue l'effetto giuridico del pagamento in favore di coniuge e legittimari della somma prevista dall'art. 768 *quater*, comma 2, c.c.

A conclusioni diverse deve però pervenirsi ove gli altri partecipanti al patto di famiglia abbiano rinunciato in tutto alla liquidazione prevista dall'art. 768 *quater*, comma 2, c.c. Tale rinuncia è da qualificarsi come donazione indiretta [tra molti si veda PETRELLI, *La nuova disciplina del "patto di famiglia"*, in *Riv. not.*, 2006, 2, 450]. L'eventuale accoglimento dell'azione non determinerebbe alcun effetto giuridico che possa incidere nella sfera giuridica del coniuge o del legittimario avendo costoro rinunciato al loro diritto, ma comporterebbe esclusivamente l'inefficacia relativa dell'atto in riferimento alla sola posizione del coniuge debitore e dei beneficiari dell'atto. Il litisconsorzio necessario è, pertanto, da escludere in tali ipotesi, mentre ricorre nel caso di rinuncia parziale, perché in questo caso il diritto alla liquidazione permarrebbe per la parte non rinunciataria.

Nel caso di specie, come affermato dalla parte ricorrente, vi è stata rinuncia in tutto al diritto da parte del coniuge, per cui non vi è litisconsorzio necessario.

La Suprema Corte ha dunque, enunciato il principio di diritto, di particolare innovatività, giusto il quale "nel giudizio intrapreso ai sensi dell'art. 2901 c.c. nei confronti di patto di famiglia ai sensi dell'art. 768 *bis* c.c. non sussiste il litisconsorzio necessario del coniuge e degli altri legittimari che abbiano partecipato al contratto e che abbiano rinunciato in tutto alla liquidazione in loro favore mediante il pagamento da parte degli assegnatari dell'azienda o delle partecipazioni societarie di una somma corrispondente al valore delle quote previste dagli artt. 536 e seguenti del codice civile".

Bibliografia essenziale

AMADIO, *Profili funzionali del patto di famiglia*, in *Riv Dir Civ.*, 2007, 3, 20345

BALESTRA, *Il patto di famiglia. Legge 14 febbraio 2006, n. 55 – art. 768 bis (Nozione)*, in *Le Nuove*

Leggi Civ. Comm., 2007, 25

BONILINI, *Disposizioni testamentarie del disponente il patto di famiglia e assegnatario dei beni a oggetto del medesimo patto*, in *Studium Iuris*, 2017, 2, 174–178

BUSANI, *Il patto di famiglia*, Cedam, 2019

BUSANI, *Se tutti i legittimari debbano partecipare alla stipula del patto di famiglia e se esso possa avere struttura “verticale”*, in *Le Società*, 2021, 10, 1101–1109

CAROTA, *L'interpretazione della disciplina del patto di famiglia alla luce del criterio di ragionevolezza*, in *Contratto e impresa*, 2009, 1, 213–234

DE MARZO, *Patti di famiglia, trasferimento di partecipazioni societarie e legge finanziaria*, in *Famiglia e Diritto*, 2007, 4, 425–427

DE NOVA, DELFINI, VENDITTI, RAMPOLLA, *Il patto di famiglia*, Ipsoa, 2006

DE ROSA, *Il Patto di famiglia: presupposti soggettivi, oggettivi e requisiti formali. Il patto di famiglia e il suo ambito di applicazione*, in *I Quaderni della Fondazione Italiana per il Notariato*, 2006, 2 – 3, 177–184

OBERTO, *Lineamenti essenziali del patto di famiglia*, in *Famiglia e Diritto*, 2006, 4, 407 - 429

PETRELLI, *La nuova disciplina del “patto di famiglia”*, in *Rivista del notariato*, 2006, 2, 401 – 466

RUSSO, *La struttura del patto di famiglia*, in *Fam. Pers. Succ.*, 2012, 12, 903 - 907

SALVATORE, *Il trapasso generazionale nell'impresa tra patto di famiglia e trust*, in *Notariato*, 2007, 5, 553–561

SANTACROCE, *Patto di famiglia, patti parasociali e agevolazione fiscale: un difficile coordinamento di discipline*, in *Corr. Giur.*, 2021, 11, 1401–1412

SICCHIERO, *Come si calcola l'asse dell'imprenditore che ha stipulato un patto di famiglia? (Cass., sez. V civ., 24 dicembre 2020, n. 29506)*, in *Vita notarile*, 2021, 3, 1181 ss.