

Pactum Online

Rivista telematica di diritto dei contratti

Rivista semestrale

Luglio - Dicembre 2022

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 Tescaro; Cristiano de Sousa Zanetti.

COMITATO DI REDAZIONE

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

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

La revisione dei contributi pubblicati in questo fascicolo è stata effettuata da Edoardo Bacciardi, Carlotta De Menech, Francesca Episcopo, Samantha Esposito, Stefano Gatti, Alfio Guido Grasso, Elena Guardigli, Gaetano Guzzardi, Edoardo Pesce, Sara Scola.

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

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

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

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

INDICE ANNATA 2022

FASCICOLO N. 2

LUGLIO – DICEMBRE

OBBLIGAZIONI

DAVIDE MARIA LOCATELLO, *Illegittimo rifiuto della prestazione e condizione sospensiva di pagamento (a margine di un caso di retratto agrario)*..... 2

TIZIANA BONANNI, *Gli incerti confini del divieto del patto commissorio* 11

DONATO MARIA MATERA, *Applicazione della Verwirkung nella giurisprudenza spagnola. La dottrina del retraso desleal* 18

CONTRATTO IN GENERALE

ANGELA VIGNOTTO, *Credito fondiario e superato limite massimo di finanziabilità: quid iuris? La parola alle Sezioni Unite*..... 26

RESPONSABILITÀ E RIMEDI

LUIGI PIRROTTI, *Sull'azione di risarcimento del danno iure proprio subito dal congiunto del paziente* 37

ALESSANDRO MACIOCI E FRANCESCO MOLINARO, *Le Sezioni Unite si pronunciano (ancora una volta) sui presupposti applicativi dell'art. 2055 c.c.* 44

SINGOLI CONTRATTI

CARLA MARIA BIONDO, *Donazione ex intervallo: conseguenze giuridiche della mancata notificazione dell'accettazione* 53

FRANCESCA SGRÒ, *Divieto di patto commissorio e fattispecie potenzialmente elusive: note a margine di un'operazione (lecita) di sale and lease back*..... 58

ANTONIO CARINGELLA, *La nullità del contratto di transazione: la questione della rinuncia agli interessi* 65

CONSUMO

PAOLO BERTOLLINI, *Procedimento monitorio, decreto ingiuntivo non opposto e tutela del consumatore: considerazioni a margine di due interessanti pronunce della Corte di Giustizia dell'Unione*..... 74

MARTINA MARANO, *Riflessioni sul requisito della meritevolezza prima e dopo il Codice della crisi*..... 82

MIRKO FACCIOLI, *L'onere della prova del vizio della cosa venduta: disciplina codicistica e normativa consumeristica a confronto di fronte alla Corte di Cassazione* 90

FRANCESCA SOLIMINI, *Corte di Giustizia: se il consumatore si oppone, il giudice non può sostituire la clausola abusiva con una disposizione nazionale suppletiva*..... 96

BANCHE, INTERMEDIARI FINANZIARI E ASSICURAZIONI

FRANCESCA FERRETTI, *Cessione del credito a scopo di garanzia e surrogazione del fideiussore nella titolarità del credito* 105

GIORGIO MATTARELLA, *Sulla controversa applicabilità dell'art. 1891 c.c. all'assicurazione sulla vita*.....118

CONTRATTO E PERSONA

MIRKO FACCIOLI, *Verso la (ri-)contrattualizzazione della responsabilità sanitaria? Alcune osservazioni sulla proposta di legge n. 1321 all'esame della Camera*127

OBBLIGAZIONI

Illegittimo rifiuto della prestazione e condizione sospensiva di pagamento (a margine di un caso di retratto agrario) *

di DAVIDE MARIA LOCATELLO

Dottore di ricerca

Università di Bologna

(CORTE DI CASSAZIONE, sezione terza civile, sent. 8 aprile 2022, n. 11491; Pres. De Stefano – Est. Rossetti)

Abstract

Il presente contributo intende offrire un commento alla sentenza 8 aprile 2022, n. 11491, resa dalla Corte di Cassazione in materia di prelazione e riscatto agrario. Prendendo le mosse dalla fattispecie concreta all'esame della Suprema Corte italiana, la nota affronta il problema della mancata cooperazione, illegittima, del creditore nel ricevere la prestazione dovuta nella peculiare ipotesi in cui l'adempimento rappresenta l'evento che condiziona la produzione di effetti giuridici. Il contributo anzitutto critica il principio di diritto affermato dalla Corte di cassazione, secondo cui il pagamento spontaneamente accettato oppure il deposito liberatorio devono intervenire entro il giorno di scadenza del termine apposto alla condizione. Si rileva come, nello scenario tratteggiato, la disciplina della mora del creditore e del procedimento di liberazione coattiva del debitore tutelino il creditore neghittoso a tutto scapito del debitore cui non può essere negato di sfruttare, sino all'ultimo giorno, il termine per il pagamento previsto a suo favore. Il contributo suggerisce dunque una possibile soluzione alternativa. Nella prospettiva di offrire un rimedio alla violazione dei doveri di buona fede e correttezza nell'esecuzione di ogni rapporto obbligatorio e contrattuale, si propone di fare applicazione analogica dell'art. 1503 c.c. del codice civile, integrando tale regola per adattarla alla fattispecie della prelazione e del riscatto agrari. Tale proposta, si sottolinea infine, potrebbe essere ulteriormente e in futuro sviluppata per fornire una soluzione generale al tipo di conflitto di interessi in esame.

The article aims at providing a commentary on the decision of the Corte di Cassazione n. 11491, 8th April 2022 in matters of agricultural right to pre-emption and to redemption. Starting from the concrete case examined by the Italian Supreme Court, the article addresses the problem of the creditor's unlawful failure to cooperate in receiving the performance due in the peculiar hypothesis in which performance is the event conditioning the production of certain legal effects. The paper first of all criticises the rule established by the Corte di Cassazione, which holds that either the spontaneously accepted payment or the discharging deposit must be accomplished not later than the expiration of the term attached to the condition. It points out how, in the above scenario, the instrument of the creditor's default and the procedure for the debtor's compulsory release protect the former to the detriment of the latter, who cannot be denied the right to take advantage, up to the very last day of the time period for payment set in its favour. With a view to offering a remedy to the violation of the duties of good faith and fairness in the performance of any obligatory and contractual relationship, it is proposed to make analogical application of article 1503 of the Italian Civil Code, integrating this rule

* Il presente contributo è stato sottoposto a valutazione in forma anonima ed è stato pubblicato in anteprima su rivistapactum.it il 21.7.2022.

to adapt it to the case of agricultural right to pre-emption and to redemption. This proposal, it is finally stressed, could be further developed in the future to provide a general solution to the type of conflict of interests at stake.

Sommario: 1. La fattispecie, la sua soluzione e i precedenti; 2. La disciplina della *mora accipiendi* tra denunciati “formalismi” ed esigenze di certezza; 3. Rifiuto illegittimo della prestazione e condizione sospensiva di adempimento *sub die*: spunti per una rimediazione del tema.

1. La fattispecie, la sua soluzione e i precedenti

Il caso risolto dalla pronuncia in commento trae origine da un giudizio di retratto agrario definito con una sentenza che aveva disposto il trasferimento della proprietà del fondo oggetto del riscatto in capo all’attore vittorioso. In conformità al disposto dell’art. 8 l. 26 maggio 1965, n. 590 (da leggersi alla luce della norma di interpretazione autentica di cui all’art. unico della l. 8 gennaio 1979, n. 2), l’effetto reale era subordinato, in quella sentenza, al pagamento del prezzo, da effettuarsi entro tre mesi dal giorno del suo passaggio in giudicato, giusta il termine *ratione temporis* vigente (innalzato a sei mesi dall’art. 224, comma 4, d.l. 19 maggio 2020, n. 34, conv. l. 17 luglio 2020, n. 77). Successivamente, il retraente, poco prima della scadenza del termine in parola, aveva inviato alle controparti, tramite lettera raccomandata, un assegno circolare, emesso due anni prima, recante un importo soddisfacente del debito.

Di fronte al rifiuto opposto dai proprietari del terreno all’assegno, l’offerta veniva reiterata secondo le forme dettate dal codice civile in materia di mora del creditore, a termine tuttavia oramai spirato. Ritenendo di essere comunque divenuto proprietario, il retraente dava avvio a un procedimento di esecuzione forzata per il rilascio del fondo. Gli esecutati spiegavano dunque opposizione, fondandola sulla tardività dell’offerta reale del prezzo, dunque sull’inidoneità della stessa ad integrare la condizione sospensiva alla quale il trasferimento *ope iudicis* era subordinato. Accolta dal giudice di prime cure, l’opposizione veniva invece respinta in sede di gravame. La Corte d’appello, nel riformare la decisione di primo grado, ha in particolare affermato che la restituzione dell’assegno - ricevuto in termini - costituisce, in quanto non sorretto da giustificazione alcuna, comportamento contrario al canone della buona fede e rappresenta espressione di un indebito difetto di cooperazione tale per cui le relative conseguenze non possono che essere poste a carico dei creditori renitenti.

Adita dagli oppositori, la S.C. ne accoglie il ricorso, con decisione della causa nel merito, sancendo la inidoneità delle offerte poste in essere a determinare il trasferimento del fondo oggetto di retratto. In sintesi, la Corte di Cassazione afferma, sotto un primo profilo, che l’offerta reale di pagamento (ma il discorso non può che valere anche per quella non formale) è valida se eseguita mediante assegno circolare, in quanto, tenuto conto delle leggi speciali in materia di limitazione nell’uso del contante, siffatto mezzo di pagamento non può che essere accettato dal creditore. Sotto altro e più importante profilo, i giudici di Piazza Cavour statuiscono che l’osservanza delle regole dettate dal codice civile per la formulazione dell’offerta reale di pagamento e per il perfezionamento del c.d. deposito liberatorio, quali strumenti per ovviare alla mancata cooperazione del creditore, rappresenta un indefettibile presupposto affinché possa dirsi che il debitore abbia adempiuto la propria obbligazione.

La non equivalenza, a tale fine, dell’offerta non formale, secondo l’espressione impiegata all’art. 1220 c.c., viene corroborata da una pluralità di argomenti. In primo luogo, si fa osservare che, opinando il contrario, si legittimerebbe il debitore a eludere la disciplina sulla *mora accipiendi*, il che «significherebbe di fatto abrogare le norme sull’offerta reale». In secondo luogo, si evidenzia come i requisiti formali previsti dalla legge presidino l’ineludibile esigenza di dare certezza giuridica al fatto dell’avvenuto adempimento, *recte* del suo succedaneo coatto. Infine – il punto merita di essere approfondito più oltre – la S.C. rileva come, anche a voler equiparare offerta non formale ed offerta formale (reale), il conseguimento della liberazione dal vincolo obbligatorio non

è legato al perfezionamento di quest'ultima, bensì soltanto all'effettuazione del c.d. deposito liberatorio.

Così decidendo, la S.C. si è uniformata ai propri, plurimi precedenti resi in materia di prelazione e riscatto agrario negli ultimi trent'anni, i quali, fermo quanto si osserverà al paragrafo n. 3, ribadiscono costantemente che l'unica via d'uscita dall'*impasse* in cui il riscattante è quella dell'effettuazione del deposito liberatorio, preceduto dall'offerta [tra le molte, v. Cass., 17 ottobre 2003, n. 15547, in *DeJure*; Cass., 6 dicembre 2005, n. 26688, *ivi*; Cass., 8 giugno 2007, n. 13387, *ivi*, la quale ha aggiunto addirittura che «è onere del retraente, il quale anteriormente al passaggio in giudicato della sentenza che ha accertato il suo diritto di retratto abbia offerto il prezzo dovuto e questo non sia stato accettato da controparte, alternativamente, o fare altra “offerta” del corrispettivo dovuto (e, in caso di rifiuto anche di questa promuovere giudizio *ex art.* 1210 c.c.), o, promuovere, sempre entro il detto termine di tre mesi, il giudizio per la convalida della precedente “offerta”»]; e, più di recente, Cass., 23 novembre 2021, n. 36058, *ivi*].

Non depongono in senso contrario due pur significativi precedenti che sembrano aver ritenuto bastevole l'offerta non formale di assegni [Cass. 10 febbraio 1998, n. 1351, *ivi*; Cass., 7 luglio 2003, n. 10695, *ivi*]. In ambo i casi, infatti, secondo quanto si apprende dalla relativa motivazione, i giudici hanno ritenuto che gli assegni erano stati ricevuti e - soprattutto - trattenuti da soggetti legittimati a riceverli: in ultima analisi, cioè, è stato accertato proprio il fatto del pagamento.

Neppure può essere invocata quale decisione di segno diverso quella resa da Cass., 14 agosto 2014, n. 17975, *ivi*: infatti, aldilà della questione relativa alla loro regolarità, oggetto di disputa tra le parti (negata dalla Corte d'Appello e di contro affermata dalla S.C.), è rimasto giudizialmente accertato che l'offerta reale e il deposito della somma dovuta dai riscattanti erano stati effettuati nel rispetto dei termini.

2. La disciplina della *mora accipiendi* tra denunciati “formalismi” ed esigenze di certezza

Com'è noto, il codice civile appronta un'articolata disciplina per consentire al debitore, posto di fronte al rifiuto della prestazione o del mancato compimento da parte del creditore degli atti necessari all'adempimento, anzitutto di trasferire sullo stesso le conseguenze negative della ritardata esecuzione del rapporto obbligatorio; in seconda battuta, nel perdurare del comportamento illegittimo del creditore, di ottenere coattivamente la liberazione dall'obbligazione (art. 1206 c.c.). Prima di poter conseguire quest'ultimo risultato, salvo il ricorso alle forme «d'uso» di cui all'art. 1214 c.c., nell'ambito delle quali il momento della caduta in mora non ha effettiva autonomia giuridica, i relativi effetti producendosi al momento del deposito [BIGLIAZZI GERI, voce *Mora del creditore*, in *Enc. giur.*, XX, Treccani, 7 ss.], il debitore è tenuto a procedere all'offerta formale della prestazione: allorquando trattasi di danaro, titoli di credito o cose mobili da consegnare al domicilio del creditore, intimando il creditore a riceverla *re* (con la c.d. esibizione), oppure, negli altri casi, mediante la sola intimazione. Il rispetto dei requisiti di contenuto e di forma sanciti per la validità dell'offerta dall'art. 1208 c.c. vale a distinguere questa dall'offerta non solenne (o, se si preferisce l'espressione, ordinaria), il cui compimento evita al debitore di cadere in mora, a meno che non sussista un motivo legittimo per rifiutare la prestazione (art. 1220 c.c.) [GIACOBBE, voce *Offerta reale (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXIX, Giuffrè, 1979, 779 ss.].

La solennità e la rigidità che caratterizzano il procedimento di messa in mora, così come quello di estinzione dell'obbligazione *invito creditore*, analiticamente regolati dagli artt. 1206 ss. c.c. e dagli artt. 73 ss. disp. att. c.c., sono state oggetto di critica in dottrina, [CATTANEO, *Della mora del creditore*, in *Commentario del codice civile* a cura di Scialoja e Branca, Zanichelli, 1973, 12 s. osserva che la disciplina «non corrisponde...alle esigenze di semplicità e speditezza che caratterizzano oggi i rapporti d'affari»] e in giurisprudenza [di «macchinosità» e di «eccesso di formalismi» che renderebbero la disciplina «palesamente obsoleta» discorre Cass., 14 agosto 2014, n. 17975, *cit.*]. Effettivamente,

entrando nel dettaglio delle previsioni che compongono gli istituti considerati ci si avvede agevolmente di come il codice civile abbia inteso garantire in massimo grado la posizione del creditore che pur abbia ommesso di fare quanto necessario, e comunque quanto è imposto dalla buona fede e correttezza, per consentire l'esecuzione della prestazione. La nascita della situazione giuridica della mora del creditore richiede anzitutto il ricorso all'intervento di un pubblico ufficiale (notaio o ufficiale giudiziario con riguardo all'offerta reale, solo ufficiale giudiziario per l'offerta mediante intimazione, ex art. 1208 c.c. e art. 73 disp. att. c.c.). Inoltre, qualora il creditore non sia presente all'esibizione della *res debita*, il verbale redatto dallo stesso pubblico ufficiale in occasione dell'accesso al domicilio del creditore stesso (art. 1208, n. 4, c.c.) dev'essergli notificato «nelle forme prescritte per la citazione» (art. 74 disp. att. c.c.). In caso di prestazione offertagli mediante intimazione, sempre a tutela della parte attiva del rapporto obbligatorio, la legge prevede che il creditore debba essere avvisato del fatto di dover presenziare nel luogo (e al momento) in cui essa dev'essere ricevuta (art. 75 disp. att. c.c.). Sotto il profilo contenutistico, merita tra l'altro evidenziare come il debitore, nel formulare l'offerta, debba premurarsi di ricomprendervi – oltre che, com'è ovvio, l'intero oggetto della prestazione, cui vanno aggiunti frutti e interessi – pure una somma per coprire le spese illiquide (art. 1208, n. 3 c.c.).

Allo scopo di ottenere poi la liberazione coattiva dall'obbligazione, il debitore deve nuovamente rivolgersi a un pubblico ufficiale per intimare (con la “semplificazione” prevista, quanto all'offerta reale, dall'art. 74, ult. comma, disp. att. c.c.) il creditore a presenziare al deposito della cosa (mobile) o del denaro (o titoli di credito) che forma oggetto della prestazione (v., *amplius*, art. 1212 c.c.). Oppure, per quanto riguarda gli immobili, deve rivolgersi al giudice per ottenere la nomina di un sequestratario cui il bene dev'essere consegnato; consegna di cui notaio o ufficiale giudiziario devono redigere processo verbale (art. 1216 c.c.). In entrambi i casi, il relativo verbale dev'essere - ancora una volta - notificato (artt. 78, ult. comma e 79, ult. comma, disp. att. c.c.) al creditore che risulti assente al momento del compimento del deposito o della consegna al sequestratario. Per giunta, allorché trattasi di obbligazioni consistenti in un *facere* il legislatore nemmeno si è preoccupato di dettare una regola per risolvere il problema [ADDANTE, *sub art. 1217, in Codice civile. Commentario* fondato da Schlesinger, diretto da Busnelli, Giuffrè, 2017, 353, ove una rassegna delle soluzioni proposte al riguardo].

Soprattutto, nonostante l'osservanza dei requisiti di forma e sostanza, tanto l'offerta quanto il deposito liberatorio debbono, per produrre gli effetti loro propri, essere oggetto di accertamento giudiziale, la cui iniziativa è, ancora una volta, rimessa al debitore che voglia invocare la propria liberazione e non già - in senso negativo - del creditore che intenda contestare la legittimità o la regolarità dell'iniziativa dell'altra parte del rapporto oppure domandare (forse colto da respiscenza) l'adempimento (v. artt. 1207, ult. comma, 1210, comma 2, 1214, 1216, comma 2, c.c.).

Appare quasi inutile ricordare, peraltro, che le attività ora descritte implicano dei costi che, quantunque posti infine, sul presupposto di un'offerta e di un deposito validi, a carico del creditore, devono evidentemente essere in prima battuta sopportati da chi pur non fa altro che limitarsi a dare piena attuazione al rapporto obbligatorio.

Ad ogni modo, le superiori osservazioni non sottendono, né implicano, un giudizio in termini di irragionevolezza della disciplina legislativa ora sunteggiata. Chiaro è infatti che la stessa persegue l'obiettivo di donare certezza alle vicende del rapporto obbligatorio, entrato, per volontà del creditore, in una condizione patologica. La solennità che circonda l'offerta della prestazione - sia essa per intimazione che reale - in uno con la necessità, *volente creditore*, di promuovere il giudizio di convalida dell'offerta medesima mira a garantire certezza di un fatto, il difetto della (necessaria) cooperazione del creditore che, ove rimanesse controverso e controvertibile esporrebbe proprio il debitore al rischio di doversi fare carico di tutti i costi e di tutte le perdite connesse al mantenimento, presso di sé, della cosa che forma oggetto della prestazione, nonché alla perdurante doverosità dell'adempimento [STELLA, *Mora accipiendi e cooperazione del creditore all'adempimento: principi tradizionali e recenti applicazioni*, in *Resp. civ. e prev.*, 2012, 2, 377 ss.]. Altrettanto è a dirsi per la successiva fase della liberazione coattiva dal *vinculum iuris*. La norma di “chiusura” del procedimento – giusta la quale,

una volta il deposito accettato o convalidato dal giudice, ciò che ne costituisce oggetto non può più essere ritirato, con conseguente liberazione del debitore (art. 1214 c.c.) a partire, secondo l'opinione preferibile, dalla data di effettuazione del deposito [BIGLIAZZI GERI, op. cit., 8] – garantisce al debitore, impossibilitato a risolvere il titolo genetico dell'obbligazione, che allora il problema non si porrebbe, il riacquisto della piena libertà (patrimoniale) e, al contempo, garantisce il creditore, per un verso, contro il rischio che l'offerta di adempimento sia ritrattata (v. art. 1213 c.c.) e, per altro verso, la piena disponibilità in senso giuridico dell'oggetto della prestazione [seppure mediata dall'attività del depositario: v., sulla qualificazione del contratto di deposito C.M. BIANCA, *Diritto civile*, IV, *L'obbligazione*, Giuffrè, 2019 (rist. ed. 1990), 411 ss.].

3. Rifiuto illegittimo della prestazione e condizione sospensiva di adempimento *sub die*: spunti per una rimediazione del tema

Le esigenze di certezza che il procedimento che conduce alla liberazione coattiva del debitore vuole soddisfare possono dirsi assai pregnanti allorché, come nella fattispecie giunta all'attenzione del Supremo Collegio, l'adempimento dell'obbligazione sia dedotto quale evento condizionante certi giuridici effetti e vi sia la necessità di dare prova del fatto dell'estinzione dell'obbligazione, il quale, quando non comprovato - *volente creditore* - con l'atto di quietanza (o altra prova contabile), non potrebbe ovviamente che risultare dall'atto di accettazione o dalla sentenza di convalida del deposito c.d. liberatorio. Ciò che vale in misura ancora maggiore – come non ha mancato di sottolineare la requisitoria del Procuratore generale resa nell'ambito del procedimento definito con la pronuncia in epigrafe – allorché gli effetti *sub condicione* abbiano natura reale e concernano beni immobili; quando vi sia interesse - cioè - in capo a chi se ne vuol giovare a che sia data pubblicità, nei registri immobiliari, del verificarsi della condizione.

L'ipotesi in cui il pagamento assurge ad evento che deve prodursi a pena di decadenza entro un dato termine affinché si verifichino certi effetti impone, ad avviso di chi scrive, di rivedere il tema delle conseguenze del difetto di cooperazione del creditore, con possibili riflessi, a cascata, sulla soluzione di casi simili a quello esaminato dalla Corte di Cassazione nella sentenza in commento.

In via preliminare, occorre osservare che la questione si profila sia che la condizione di adempimento venga stabilita dalla legge o dal giudice – è proprio il caso della prelazione agraria di cui all'art. 8 l. n. 590/1965 sul cui sfondo si inserisce la decisione in commento –, sia che venga pattuita in sede di esercizio dell'autonomia contrattuale. Si aggiunga che essa ha modo di porsi sia che ad essere condizionati siano tutti gli effetti del contratto [come ritiene, con riferimento all'art. 8 cit., la S.C.: v., tra le altre, Cass., sez. un., 12 febbraio 1988, n. 1508, in *Nuovo dir. agr.*, 1988, 264, con nota di MINICI; Cass., 7 dicembre 2000, n. 15531, in *DeJure*], sia che lo siano solamente alcuni effetti [come nel medesimo ambito ritiene, critico verso la giurisprudenza, tra gli altri, TRIOLA, *La prelazione agraria*, 2° ed., Giuffrè, 1990, p. 147 ss., ove riferimenti alla dottrina che ricostruisce diversamente il meccanismo della norma dettata in materia agraria].

Tanto premesso, si può suggerire l'idea che, con riferimento a questo scenario, la disciplina della *mora credendi* e della liberazione, *invito creditore*, del debitore non tutelino a sufficienza la posizione di quest'ultimo. Se infatti si ritiene, come appare ragionevole, che il termine finale per il verificarsi dell'evento condizionante (pagamento del prezzo) sia stabilito nell'interesse dello stesso debitore, nel senso che egli se ne può giovare, in particolare, per reperire la provvista necessaria, allora è chiaro che il tempo indispensabile al fine di portare a compimento il procedimento di liberazione coattiva dal debito finisce per incidere, penalizzandolo, proprio sul debitore. Su di un piano generalissimo, appare fuor di dubbio che chi deve compiere una certa attività giuridica o materiale, ma rilevante *sub specie iuris*, sotto pena di talune conseguenze negative, è tenuto a prendere in considerazione e a farsi carico dei rischi connessi al malfunzionamento dei mezzi materiali essenziali per compierla oppure al difetto della necessaria cooperazione di soggetti terzi. Va però sottolineata la fondamentale differenza

che intercorre tra questa tipologia di rischi e il “rischio” della ingiustificata (se non addirittura pretestuosa ed *ex professo* dilatoria) mancata cooperazione del creditore nel ricevere la prestazione. Il comportamento assunto da quest’ultimo, invero, assurge a violazione dei fondamentali canoni di correttezza (art. 1175 c.c.) lealtà e buona fede (art. 1375 c.c.), i quali presidiano ogni relazione (contrattuale e) obbligatoria [BALESTRA, *Introduzione al diritto dei contratti*, 2^a ed., Il Mulino, 2021, 170 ss.].

Condensando temi ampi e complessi in poche battute, sembra possibile affermare che le surricordate clausole generali (o principi, secondo una diversa impostazione concettuale) rendono inammissibile che il creditore (parte contrattuale) possa unilateralmente aggravare la posizione della controparte con il proprio atteggiamento ostruzionistico: in particolare, costringendola a dover tentare l’esecuzione della prestazione entro un momento che le permetta di superarne un eventuale, illegittimo rifiuto, procedendo sino al deposito (*recte*, alla sua convalida) nei modi e nelle forme di legge, i quali, come si è sottolineato al paragrafo precedente, abbisognano di un lasso temporale non brevissimo (e per giunta variabile).

La consapevolezza di tutto ciò, nel peculiare contesto in cui la - esistente o mancata - cooperazione del creditore incide sulla produzione degli effetti giuridici *sub condicione*, emerge per vero anche in un *obiter dictum* di una non recente decisione del Supremo Collegio [Cass., 21 novembre 1990, n. 11236, in *DeJure*], peraltro ripreso, senza che penetrasse la *ratio decidendi*, in un’occasione successiva [Cass., 26 ottobre 1994, n. 8789, *ivi*]. In particolare, secondo la Corte di cassazione, «se il rifiuto dell’offerta di pagamento a mezzo di assegni circolari [avviene] nell’imminenza della scadenza del termine stabilito per il pagamento del prezzo dal sesto comma dell’art. 8 citato e se il deposito della somma nelle forme indicate dall’art. 1210 cod. civ. [viene] curato con prontezza, ancorché dopo quella scadenza [potrebbe] farsi questione circa la imputabilità del ritardo e circa la operatività della *fictio juris* relativa all’avveramento (tempestivo) della condicione» [Cass., 21 novembre 1990, n. 11236, cit.]. Non avrebbe senso indugiare sull’applicabilità della regola, ora sintetizzata, alla fattispecie decisa dalla sentenza in commento, domandandosi, in particolare, se l’offerta non formale e il suo rifiuto siano avvenuti «nell’imminenza» della scadenza, tra l’altro perché dalla motivazione del provvedimento non pare comunque che il debitore retraente abbia proceduto, dopo l’offerta formale (avvenuta “fuori termine”), ad effettuare il deposito liberatorio.

Piuttosto, importa evidenziare l’incongruenza del richiamo compiuto dalla giurisprudenza di legittimità, in quest’ambito, alla “imputabilità” del ritardo nell’esecuzione della prestazione che risulta dedotta in condicione. Il ricordato periodare sembra suggerire l’idea che l’avveramento della condicione, per il tramite della finzione di cui all’art. 1359 c.c., dipende non già dall’oggettiva estinzione dell’obbligazione entro il termine apposto alla stessa, bensì da una valutazione in termini di imputabilità dell’impossibilità *quoad tempum* di completare l’iniziativa solutoria assunta dal debitore entro il periodo di tempo concessogli dalla legge, dal giudice, o dal contratto. Essa non solo stride con l’affermazione per cui «l’obbligo, a carico di colui che esercita il diritto di prelazione, di versare il prezzo di acquisto, non ammette equipollenti» [*ibidem*], bensì, ove coerentemente portata alle sue logiche conseguenze, dovrebbe pure far ritenere sempre non imputabile il mancato adempimento, dunque il mancato verificarsi dell’evento condizionante, ogniqualvolta il debitore abbia offerto *ex art. 1220 c.c.* il prezzo, atteso che il tentativo “solutorio” cui quest’ultima disposizione fa riferimento è sempre idoneo ad escludere ogni profilo di imputabilità, a carico del debitore, della mancata, tempestiva attuazione del rapporto obbligatorio. Appare invece meno problematico ragionare in termini di *fictio iuris*: quando interviene in un momento tale da non consentire il ricorso al procedimento *ex art. 1207 ss. c.c.* in tempo utile, il rifiuto illegittimo del creditore può considerarsi causa ostativa al verificarsi del fatto dell’estinzione dell’obbligazione di pagare il prezzo entro il termine, ossia, in breve, della condicione. Il richiamo alla finzione di avveramento in tale contesto, tuttavia, non appare del tutto appagante, posto che l’evento condizionante o, meglio, il suo equivalente, rappresentato dal deposito liberatorio, deve comunque verificarsi (su impulso del debitore) affinché gli effetti *sub condicione* si producano. Piuttosto, a seguire la *regula iuris* elaborata dalla giurisprudenza - seppure sotto forma di *obiter dictum* - si giunge

nei fatti a riconoscere una proroga del termine fissato (dalla legge o dai contraenti) per l'avveramento della condizione, modellata - così parrebbe - sui tempi normalmente e ragionevolmente occorrenti per perfezionare l'offerta reale (o, *le cas échéant*, per intimazione) e, di poi, il deposito liberatorio. Il rimedio alla scorrettezza del creditore in pendenza della condizione (di pagare il prezzo) assume dunque sì carattere "reale", *ad instar* di quanto accade quando l'evento condizionante viene pregiudicato da chi ha un interesse contrario al suo avveramento, ma non si traduce in una *finzione* di avvenuto pagamento: insomma, sembra trattarsi di un «rimedio» che affonda le sue radici nello stesso terreno da cui germina quello di cui all'art. 1359 c.c.: il dovere di buona fede, che le parti devono osservare nella pendenza della condizione [SACCO, in SACCO e DE NOVA (a cura di), *Il contratto*, 4^a ed., Utet, 2016, 1088 s., osserva che l'art. 1359 c.c. corrisponde ad una regola generale, l'art. 1358 c.c.].

Ricostruita invece, nel senso anzidetto, la fattispecie, e individuato il rimedio, nell'ottica dell'effettività, in una proroga *ipso iure* del termine che incornicia l'evento dedotto in condizione, si pone il problema di determinare la misura proprio di tale proroga, evitando che la questione sia rimessa alla discrezionalità giudiziale.

Ad avviso di chi scrive, con riguardo perlomeno al termine per l'esercizio del diritto di prelazione e, dunque, di riscatto, è possibile rintracciare una soluzione all'interno del codice civile. La regola che potrebbe prendersi a riferimento, ai fini di una sua applicazione per via di analogia, potrebbe essere quella di cui all'art. 1503 c.c., dettata in materia di vendita con patto di riscatto. In dettaglio, l'art. 1503 c.c., dopo aver stabilito che il venditore decade dal diritto di riscatto se entro il termine fissato non abbia comunicato al compratore la relativa dichiarazione e - soprattutto - non gli abbia corrisposto le somme liquide dovute per il rimborso del prezzo, delle spese e di ogni altro pagamento legittimamente fatto per la vendita, contempla, al comma secondo, una specifica disciplina per ovviare al rifiuto del compratore di ricevere il pagamento di tali rimborsi. Si prevede, infatti, che il venditore decada dal diritto di riscatto (solo) «qualora non ne faccia offerta reale entro otto giorni dalla scadenza del termine». La previsione, come ha osservato la dottrina, ha per scopo quello di «rimettere in termini» il venditore riscattante allorché lo stesso «non è più materialmente in grado di fare un'offerta», ponendolo così al riparo da «maliziosi rifiuti» [LUMINOSO, *sub art. 1503*, in *Codice civile. Commentario*, diretto da Schlesinger, Giuffrè, 1993, 376 s.].

Il meccanismo previsto a tutela del riscattante dal codice civile può essere, ad avviso di chi scrive, trasportato nel campo della prelazione e del riscatto dei fondi agricoli. Innanzitutto, sia nel caso in cui le parti appongano alla compravendita un patto di riscatto, sia nell'ambito della prelazione legale, assistita da un meccanismo di riscatto, ci si trova al cospetto di forme di tutela - seppur secondo modelli non coincidenti - della "preferenza" [G. BENEDETTI, *Ancora sulla prelazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, 3, 121 s.]. Benché nell'ambito dell'istituto codicistico in esame non sia prevista espressamente la necessità della *denuntiatio* in favore del riscattante, entrambi i soggetti - quest'ultimo e il titolare del diritto di prelazione sul fondo rustico ai sensi della legge speciale - possono vantare un diritto potestativo ad ottenere il trasferimento del bene oggetto della preferenza mediante una dichiarazione che rappresenta esercizio del loro diritto oppure mercé la proposizione di un'azione giudiziale. In entrambi i casi, il passaggio della proprietà dipende non solamente dalla dichiarazione del riscattante - o, nel caso del fondo rustico, del terzo (acquirente o subacquirente) che aderisce - oppure dall'accertamento in sede giudiziale del diritto, bensì pure dal pagamento delle somme di denaro dovute (a titolo di prezzo, ma non solo). Il differimento dell'effetto traslativo al momento dell'adempimento che si registra in entrambe le ipotesi induce a ritenere che si pone in termini identici, in esse, il problema di regolare l'eventualità in cui il pagamento non sia spontaneamente ricevuto dal creditore. Ed è proprio tale similitudine che conduce a ritenere che il legislatore del 1965 (e anche di quello, lettore autentico, del 1979) abbia lasciato sul campo una *lacuna legis* che l'interprete può colmare nel senso qui sostenuto. Certo, si potrebbe obiettare, in senso contrario, che siffatta *lacuna* manchi, dovendo trovare applicazione la regola, generale, per cui la tempestività del pagamento va misurata avuto riguardo a quel surrogato dell'adempimento rappresentato

dal procedimento che conduce alla liberazione coattiva del debitore. L'assunto pare controvertibile, poiché nell'ambito di quest'ultima disciplina il profilo della tempestività del pagamento, *recte* del suo surrogato, non viene in rilievo. Sicché diviene inevitabile "rivolgersi" ad una norma - la più vicina a quella che si sta cercando - che di contro tale profilo affronta (e risolve).

Può essere peraltro qui trascurata la *querelle* circa la necessità che, affinché il riscatto sia efficace ai sensi dell'art. 1504 c.c., l'offerta reale debba essere o meno seguita dal deposito [per la prima tesi, v., per tutti, C.M. BIANCA, *La vendita e la permuta*, 2^a ed., in *Trattato di diritto civile italiano*, diretto da F. Vassalli, 1993, 658; per la seconda v., tra gli altri, PELOSI, voce *Vendita con patto di riscatto*, in *Enc. dir.*, XX, Giuffrè, 1993, 523]. Ciò che preme evidenziare è che la disposizione, con il richiamo al termine di otto giorni, decorrente dalla scadenza del termine fissato per l'adempimento dell'obbligazione che condiziona il (ri-)trasferimento del bene compravenduto, può fungere da parametro integrativo del rimedio alla violazione, da parte del creditore, del suo dovere di cooperazione. Se infatti il legislatore ha ritenuto sufficiente il termine di otto giorni per il compimento dell'offerta reale avente ad oggetto le somme dovute dal riscattante, affinché sia impedita la decadenza dal diritto di riscatto, non si vedono ragioni per non applicare il medesimo metro nel contesto del riscatto agrario. Solamente, tenuto conto che ai fini dell'acquisto del fondo riscattato la legge non sembra sancire l'equivalenza tra pagamento (come evento estintivo) e offerta reale - come invece la lettera dell'art. 1503 c.c. autorizza a ritenere - richiedendosi pure, come s'è visto, il deposito liberatorio, appare ragionevole operare un raddoppiamento del termine concesso al debitore.

Rimane allora da domandarsi se l'effettuazione dell'offerta e, successivamente, del deposito liberatorio siano sufficienti affinché la condizione si verifichi, dunque la proprietà del fondo passi, senza che sia pure necessario attendere il passaggio in giudicato della sentenza di convalida (in difetto di accettazione da parte del creditore). Sul punto va ricordata la tesi di chi, mosso dalla condivisibile preoccupazione di garantire quanto prima all'avente diritto, che abbia esercitato la prelazione o il riscatto, l'acquisto e l'immissione nel possesso del fondo, ha proposto di considerare sufficiente a tal fine l'offerta reale del prezzo. A sostegno dell'interpretazione propugnata, si è richiamato proprio l'art. 1503, comma 2, c.c., intendendosi l'offerta reale, di cui è parola in tale previsione, alla stregua di un fatto idoneo ad evitare la decadenza del diritto al riacquisto della proprietà, dunque a provocare quest'ultimo effetto. E si è soggiunto che, «anche qualora si pretendesse pure il deposito», rimarrebbe «in ogni caso confermata quantomeno l'estraneità della logica solutoria dell'art. 1210 c.c. in ordine al perfezionamento della fattispecie acquisitiva della prelazione/riscatto, e con essa la superfluità del giudizio di convalida» [CASAROTTO, *La prelazione agraria*, in *Trattato di diritto agrario*, diretto da Costato, Germanò e Basile, I, *Il diritto agrario: circolazione e tutela dei diritti*, Utet, 2011, 583 s.]. Quest'autorevole posizione non sembra poter essere condivisa, benché abbia ricevuto l'avallo della S.C. in una non recente occasione [Cass., 14 aprile 1995, n. 4281, in *Giur. agr.*, 1996, II, 108 ss., giusta la quale «nel caso di domanda di convalida dell'offerta seguita da deposito e di domanda di rilascio del fondo retrattato, si tratta di domande che possono procedere parallelamente, essendo poi sufficiente, ai fini della pronuncia di rilascio, che sussista un accertamento giudiziale di convalida che, ove poi venga meno, travolge anche la conseguenziale condanna al rilascio»]. Da un lato, infatti, il codice configura quella di convalida come una sentenza avente natura costitutiva, sebbene con effetti ricondotti a partire dal momento del compimento dell'offerta [per tutti v. VISALLI, *Una riflessione in tema di mora del creditore: l'offerta nelle forme d'uso (art. 1214 c.c.), il campo di applicabilità e gli effetti in rapporto all'offerta solenne (art. 1209 c.c.)*, in *Giust. civ.*, 2002, II, 12, 559 s.], sicché, fermo che il creditore renitente (e riscattato) assume su di sé il rischio di dover risarcire tutti i danni riconducibili al proprio comportamento illegittimo, compresi quelli legati alla mancata messa a disposizione del fondo, sino a che sia *sub iudice* la questione della regolarità dell'offerta e del deposito, l'effetto liberatorio riconnesso a tali atti non può prodursi. Peraltro, a opinare diversamente, si lascia esposto il debitore (riscattante) al rischio di veder travolto, all'esito del processo di convalida, il proprio acquisto. Dall'altro

lato, riprendendo considerazioni già svolte, nella misura in cui il fatto impeditivo della decadenza o dedotto in condizione è individuato nel «pagamento», diviene allora difficile considerare l'offerta - seppure solenne - un fatto ad esso «equipollente». Per giungere a tale conclusione, occorrerebbe poter considerare la locuzione «pagamento» o «versamento» del prezzo, nell'ambito dell'art. 8 l. n. 590/1965, come riferite al compimento, da parte del debitore, di tutti gli atti materiali che rendano al creditore possibile - se non fosse (proprio) per la sua mancata cooperazione - ottenere la prestazione (ossia incamerare il denaro). Senonché, se così fosse, dovrebbe risultare allora bastevole un'offerta anche non formale - purché tempestiva, seria e completa - da accertare *incidenter tantum* nell'ambito del giudizio per l'esecuzione del rilascio del fondo: l'esito, però, sembra impedito proprio dal sintomatico rilievo che l'art. 1503 c.c., nella misura in cui da un lato consente, nell'ottica di tutelare il riscattante, di evitare la decadenza mediante il compimento della sola offerta reale (senz'anche postulare il deposito), dall'altro lato in tal modo esclude la sufficienza dell'iniziativa solutoria non solenne. Si è consapevoli delle lungaggini (e dell'alea) che una tal soluzione comporta per il debitore del prezzo. Tuttavia, non mancano strumenti - si pensi soprattutto all'art. 96 c.p.c. - per sanzionare, se del caso in modo anche significativo, il creditore che abbia assunto un atteggiamento ostruzionistico e pretestuoso resistendo nell'ambito del giudizio di convalida.

In ultima analisi, dunque, si potrebbe giungere a formulare la regola, che sembra assicurare a sufficienza il valore della certezza dei rapporti giuridici implicati nella vicenda e stornare (come negli auspici della sentenza in commento) la «proliferazione delle liti», giusta la quale l'illegittimo rifiuto del creditore (retrattato) determina un prolungamento automatico del termine per l'adempimento di sedici giorni. In questo supplemento di tempo, il debitore è tenuto a fare ricorso, a pena di decadenza, agli strumenti messi a disposizione della legge per superare l'ostruzionismo del creditore. Siffatta soluzione - a sommosso avviso di chi scrive - si lascia preferire ad una invece fondata sull'apprezzamento prudente del giudice: ciò, se non altro, perché si onererebbe il giudice stesso del compito di valutare tutte le (anche) minute circostanze, attinenti tanto al debitore, quanto al funzionamento degli uffici preposti all'esecuzione delle formalità che conducono alla liberazione di quello dall'obbligazione, senza che - al riguardo - possano elaborarsi utili criteri-guida.

Se, poi, la soluzione appena proposta abbia vocazione ad applicarsi a tutte le ipotesi in cui il creditore di una prestazione dedotta quale condizione sospensiva (o risolutiva) degli effetti del contratto rifiuti illegittimamente l'adempimento o non cooperi secondo quanto necessario è questione troppo ampia per il limitato spazio di questo contributo.

Bibliografia essenziale

- ADDANTE, *sub art. 1217*, in *Codice civile. Commentario* fondato da Schlesinger, diretto da Busnelli, Giuffrè, 2017
- BENEDETTI G., *Ancora sulla prelazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, 3, 121
- BIGLIAZZI GERI, voce *Mora del creditore*, in *Enc. giur.*, XX, Treccani, 1
- CASAROTTO, *La prelazione agraria*, in *Trattato di diritto agrario*, diretto da Costato, Germanò e Basile, I, *Il diritto agrario: circolazione e tutela dei diritti*, Utet, 2011
- CATTANEO, *Della mora del creditore*, in *Commentario del codice civile* a cura di Scialoja e Branca, Zanichelli, 1973
- GIACOBBE, voce *Offerta reale (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXIX, Giuffrè, 1979, 776
- LUMINOSO, *sub art. 1503*, in *Codice civile. Commentario* diretto da Schlesinger, Giuffrè, 1987
- STELLA, *Mora accipiendi e cooperazione del creditore all'adempimento: principi tradizionali e recenti applicazioni*, in *Resp. civ. e prev.*, 2012, 2, 377
- TRIOLA, *La prelazione agraria*, 2^a ed., Giuffrè, 1990

Gli incerti confini del divieto del patto commissorio *

di TIZIANA BONANNI
Dottoranda di ricerca
Università di Genova

(CORTE DI CASSAZIONE, sezione seconda civile, sent. 17 giugno 2022, n. 19694; Pres. Di Virgilio – Est. Giannaccari)

Abstract

La Corte di Cassazione torna sul tema riguardante i margini di configurabilità del divieto del patto commissorio, ribadendo come il giudice di merito debba indagare la funzione concreta sottesa al regolamento contrattuale, servendosi degli indici presuntivi dettati dalla prassi. In particolare, per la Suprema Corte non si ha violazione del divieto del patto commissorio nei casi in cui il debitore accetti preventivamente il trasferimento di un suo bene a tacitazione di un credito anteriore rimasto insoluto, giacché manca l'illecita coercizione del debitore a sottostare alla volontà del creditore.

The Court of Cassation returns to the issue concerning the margins of configurability of the prohibition of the foreclosure agreement, reiterating how the Court of merit must investigate the concrete function implied in the contractual regulation, using the presumptive indices dictated by practice. For the Supreme Court, there is no violation of the prohibition of the foreclosure agreement when the debtor agrees in advance to the transfer of one of his assets in order to satisfy a prior claim that has remained unpaid, because there is not an abusive coercion of the debtor to be subject to the creditor's will.

Sommario: 1. La questione sottoposta dinanzi al giudice di legittimità; 2. Il divieto del patto commissorio: *ratio legis* ed elementi costitutivi; 3. La qualificazione della fattispecie concreta. 4. Brevi considerazioni conclusive.

1. La questione sottoposta dinanzi al giudice di legittimità

La vertenza nasce a seguito della stipulazione di una scrittura privata tra Tizia e Caia, socie della Alfa s.a.s., dichiarata fallita dal Tribunale di Padova nel 1996, e Sempronio, socio della Beta s.r.l., creditore della Alfa s.a.s.

Detta scrittura privata prevedeva *ex latere debitoris* l'impegno a presentare una proposta di concordato con validità fino a un anno, sino alla concorrenza dell'importo di £ 1.350.000.000; mentre il creditore, come contropartita, si impegnavo ad acquisire l'attivo fallimentare della società Alfa.

Il patrimonio della società debitrice era essenzialmente composto da un immobile, sul quale tra l'altro gravava per il 50% il diritto di usufrutto in favore di Tizia, socia accomandante, già pignorato da Sempronio nel 1997 per la somma di £ 189.000.000 circa, e il cui valore, in fase esecutiva era stato stimato in quasi 5 miliardi.

L'accordo tra le parti era condizionato, oltre che al trasferimento in capo alla società Beta s.r.l. del diritto di usufrutto di cui era titolare la socia accomandante di Alfa, anche al rilascio di una procura irrevocabile di vendita delle quote della stessa società e dei diritti dominicali sul compendio dell'immobile.

La scrittura privata prevedeva, inoltre, il diritto di opzione in favore di Tizia e Caia

* Il presente contributo è stato sottoposto a valutazione in forma anonima ed è stato pubblicato in anteprima su rivistapactum.it il 05.12.2022.

per l'acquisto del 100% delle quote della società Beta s.r.l. entro due mesi dal decreto di verifica e non oltre sette mesi dall'erogazione del mutuo ipotecario.

Perfezionato l'accordo, il compendio immobiliare veniva trasferito a un custode fiduciario fino all'omologa del concordato. Seguiva, quindi, la vendita del diritto di usufrutto in favore della società Beta s.r.l., la cessione delle quote sociali, nonché la vendita della metà della nuda proprietà e la metà della piena proprietà dell'immobile ad una società terza.

Le ex-titolari della società Alfa s.a.s., nel 2012, adivano il Tribunale di Padova, per domandare la dichiarazione di nullità della summenzionata scrittura privata, nonché degli atti ad essa successivi, in quanto la complessiva operazione contrattuale era volta a realizzare un patto commissorio *ex art. 2744 c.c.*, giacché perseguiva come scopo quello scopo di garantire il creditore in caso di inadempimento.

Mentre il giudice di prime cure aveva negato la sussistenza di un patto commissorio, respingendo la domanda delle attrici, la Corte d'appello di Venezia, in riforma della sentenza di primo grado, qualificava la scrittura privata contestata come contratto di anticresi.

La Corte d'appello, infatti, ravvisava come funzione dell'operazione negoziale quella di garanzia e non quella di scambio, tipica del contratto di compravendita, atteso che il trasferimento del bene era finalizzato a garantire provvisoriamente l'adempimento del mutuo o finanziamento.

Per la Corte distrettuale non risultava idonea ad escludere l'applicabilità del divieto la previsione nel regolamento contrattuale del diritto di opzione delle debentrici per l'acquisto delle quote della società acquirente dell'immobile, atteso che non sarebbero state nelle condizioni economiche per poterlo esercitare. Decisiva, inoltre, per l'accoglimento dell'appello, è stata la constatazione della sproporzione tra il valore effettivo del compendio immobiliare e il valore del prezzo di acquisto.

Sempronio e Beta s.r.l. adivano, allora, la S.C. per domandare la cassazione della sentenza, proponendo dieci motivi di ricorso.

Con il primo motivo di ricorso, ritenuto infondato dalla Corte, i ricorrenti deducevano la nullità della sentenza per indecifrabilità della grafia dell'estensore. Al riguardo gli Ermellini hanno evidenziato come, nel caso di specie, non poteva trattarsi di una nullità in quanto, sebbene la grafia del giudicante non apparisse di immediata comprensione, con un minimo sforzo era possibile poter comprendere il contenuto del testo della sentenza impugnata.

I motivi dal secondo al sesto, tra loro connessi e trattati unitamente, accolti dalla S.C., ineriscono alla qualificazione giuridica della scrittura privata *ut supra* e, quindi, all'individuazione della causa sottesa all'operazione contrattuale, al fine di verificare se la vendita avesse effettivamente rappresentato un mezzo per eludere il divieto del patto commissorio.

Le successive questioni sono state, di conseguenza, dichiarate assorbite.

2. Il divieto del patto commissorio: *ratio legis* ed elementi costitutivi

Il patto commissorio è l'accordo mediante il quale le parti di un rapporto obbligatorio convengono, in caso di inadempimento del debito, il trasferimento automatico in capo al creditore della proprietà del bene dato in garanzia ipotecaria o pignoratizia.

L'art. 2744 c.c. sanziona la violazione del divieto con la nullità del patto, sia se anteriore, contestuale (c.d. patto commissorio *in continenti*), o posteriore (*ex intervallo*) alla costituzione della garanzia reale [sul punto LOJACONO, *Il patto commissorio nei contratti di garanzia*, Giuffrè, 1952, 49 ss.; ROPPO, *Il divieto del patto commissorio*, in CHIANALE (a cura di), *Le garanzie dell'obbligazione*, Utet, 2015, 28], a prescindere dal valore di quest'ultima rispetto all'ammontare del credito garantito [cfr. TORRENTE, SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, Giuffrè, 24^a ed., 2019, 472 ss.; CARNEVALI, voce *Patto commissorio*, in *Enc. dir.*, XXXII, Giuffrè, 1982, 499 ss.].

Parimenti, ai sensi dell'art. 1963 c.c., è sancita la nullità di qualunque patto, anche

posteriore alla conclusione del contratto di anticresi con cui si conviene che la proprietà dell'immobile passi al creditore in caso di mancato pagamento del debito. Il contratto di anticresi, infatti, disciplinato dagli artt. 1960 e ss. c.c. è il contratto tramite il quale il debitore o un terzo si impegna a consegnare al suo creditore un bene immobile, a garanzia del credito, affinché quest'ultimo ne percepisca i frutti che imputerà dapprima agli interessi, se dovuti, e poi al capitale [sul punto PERSICO, voce *Anticresi*, in *Enc. dir.*, II, Giuffrè, 1958, 531 ss.].

Differenti sono le correnti di pensiero riguardanti la *ratio legis* del divieto. Per una parte della dottrina, ancorata alla funzione tradizionale del divieto [sui precedenti storici si rinvia a LOJACONO, op. cit., 3 ss.; ROPPO, op. cit., 27-28; BALTI, *Clausola del patto commissorio*, in CONFORTINI (a cura di), *Clausole negoziali*, Utet, 2017, 578], questo è posto a tutela del debitore e della sua libertà contrattuale, da un'abusiva pressione del creditore che, approfittando della situazione di bisogno in cui versa il primo, otterrebbe una convenzione iniqua per il contraente economicamente più debole [così Cass., 30 settembre 2013, n. 22314, in *Riv. not.*, 2013, 6, 1394 ss.; Cass., 20 febbraio 2013, n. 4262, in *DeJure*; Cass., 12 gennaio 2009, n. 437, in *Contratti*, 2009, 8-9, 803, con nota di GALATI].

Secondo altri, invece, il divieto è posto a tutela della *par condicio creditorum*, giacché il patto commissorio porterebbe il creditore assistito dalla garanzia a soddisfare la propria pretesa coattivamente, al di fuori del processo esecutivo, ed in pregiudizio agli altri creditori [cfr. CARNELUTTI, *Note sul patto commissorio*, in *Riv. dir. comm.*, 1916, 2, 887 ss.].

Vi è, poi, un'altra parte della dottrina per la quale il divieto dell'art. 1963 e 2744 c.c. è posto a tutela di un interesse generale volto ad evitare il danno sociale derivante dalla diffusione del patto come "clausola di stile" [in tal senso C. M. BIANCA, *Il divieto del patto commissorio*, Esi, 2013, 218 ss., secondo il quale solo in questo caso si giustificherebbe il rimedio della nullità] o, ancora, ad impedire che questa forma di autosoddisfacimento delle proprie pretese creditorie finisca con il sostituirsi al sistema delle garanzie reali tipiche, concretizzandosi in un illecito strumento di autotutela privata [di questo avviso BETTI, *Su gli oneri e i limiti dell'autonomia privata in tema di garanzia e modificazione di obbligazioni*, in *Riv. dir. comm.*, 1931, 2, 689 ss.].

La questione sembrerebbe ormai superata in favore di una visione mista del divieto del patto commissorio, in un'ottica protettiva sia della posizione debitoria che dell'interesse dei creditori estranei al patto [cfr. Cass., sez. un., 3 aprile 1989, n. 1611, in *Giur. it.* 1990, I, 1, 104, e Cass., sez. un., 21 aprile 1989, n. 1907, in *ForoPlus*, che, abbandonato il criterio formalistico fondato sull'interpretazione letterale dell'art. 2744 c.c., in favore del criterio ermeneutico, indaga sulla concreta funzione dell'impianto negoziale realizzato dalle parti, con l'obiettivo di dare una tutela più efficace, tanto al debitore coinvolto, che del principio generale della *par condicio creditorum*, contrastando la creazione di strumenti di garanzia diversi da quelli previsti dalla legge; in dottrina CARBONE, *Debitoris suffocatio e patto commissorio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2012, 4, 1087 ss., e CARNELUTTI, op. cit., 890 ss.].

A mente di questa logica è evidente il motivo per il quale, contrariamente alla *lex commissoria*, la giurisprudenza considera lecito il patto marciano, in forza del quale, nel caso in cui il debitore non adempia all'obbligazione garantita, la proprietà del bene è trasferita al creditore insoddisfatto, previa stima effettuata da un terzo imparziale al momento del passaggio di proprietà, con la conseguenza che il creditore sarà tenuto a versare al debitore l'eventuale eccedenza di prezzo tra il valore del bene alienato ed il valore del credito rimasto inadempito, neutralizzando così la sproporzione tra le prestazioni, ristabilendone l'equilibrio sinallagmatico [cfr. TORRENTE e SCHLESINGER, op. cit., *ibidem*; in giurisprudenza si veda Cass., 17 gennaio 2020, n. 844, in *DeJure*; Cass., 28 gennaio 2015, n. 1625, in *DeJure*; Cass., 9 maggio 2013, n. 10986, in *DeJure*; sulle differenze tra i due patti SUPPA, *Patto commissorio e patto marciano: la sottile linea tra negozi nulli e negozi leciti*, in *Corr. giur.*, 2021, 7, 929 ss.].

A questa logica difensiva dell'equilibrio contrattuale si ispirano anche le deroghe al divieto nei casi di contratti, stipulati con soggetti qualificati, che prevedono, accanto alla causa di scambio anche quella di garanzia, quali ad esempio: i contratti di garanzia

finanziaria di cui al d.lgs. 21 maggio 2004, n. 170, per come modificato dal d.lgs. 21 marzo 2011, n. 48, emanato in attuazione della dir. 2009/44/CE [cfr. MARTINO, *Le Sezioni Unite sui rapporti tra divieto del patto commissorio e ordine pubblico internazionale*, in *Giur. comm.*, 2012, II, 3, 672]; o, ancora, i contratti sul credito immobiliare ai consumatori di cui al capo 1 bis del d.lgs. 1° settembre 1993, n. 385, che reca l'attuazione della dir. 2014/17/UE [sul punto si veda ALBANESE, *La valutazione sul merito creditizio e l'inadempimento del consumatore nei contratti di credito immobiliare: profili di responsabilità e cortocircuiti normativi*, in *Resp. civ. e prev.*, 2019, 6, 2006], che non sono soggetti a nullità in quanto prevedono che, a seguito del trasferimento del bene garantito, il creditore restituirà al debitore il *surplus* di prezzo ottenuto dalla vendita del bene rispetto al valore del credito.

La questione più accesa appare comunque quella legata all'individuazione dei confini del divieto, in quanto, sebbene la lettera delle disposizioni faccia riferimento al patto che accede alle garanzie tipiche, pegno e ipoteca, ed al contratto di anticresi, ben potrebbero presentarsi situazioni in cui il patto venga stipulato anche in assenza di un collegamento diretto ad una garanzia nominata.

Il divieto della *lex commissoria* è, pertanto, da considerare come norma materiale finalizzata ad impedire la realizzazione di un determinato risultato (la funzione di garanzia), indipendentemente dalla struttura associata all'atto di autonomia privata [cfr. CARBONE, op. cit., 1099 ss.; ROPPO, op. cit., 32].

Per giurisprudenza consolidata, il divieto interessa tutti quegli accordi di per sé astrattamente leciti nel loro contenuto ma che, in realtà, esplicano un regolamento abusivo in *fraudem legi* finalizzato ad ottenere il medesimo risultato pratico vietato dal patto [*ex multis* Cass., 19 febbraio 2019, n. 4729, in *DeJure*; Cass. 26 settembre 2018, n. 22903, in *DeJure*; Cass., 8 luglio 2014, n. 15486, in *DeJure*].

In particolare, è affetta da nullità ogni pattuizione che induca il debitore ad accettare il trasferimento automatico del bene costituito in garanzia, nell'ipotesi di mancato adempimento di un'obbligazione assunta per causa indipendente dalla cessione stessa del bene [così Cass., 8 ottobre 2021, n. 27362 in *DeJure*; Cass., 20 febbraio 2013, n. 4262 in *DeJure*; Cass., 12 gennaio 2009, n. 437, *cit.*] ed a prescindere dal momento temporale in cui il diritto si trasferisce [così Cass. 3 giugno 1983, n. 3800 in *Foro it.*, 1984, I, 1, 212, che, discostandosi dall'orientamento più datato, relegante il divieto ai casi di alienazioni sospensivamente condizionati al mancato pagamento del debito, ha rappresentato una svolta giurisprudenziale includendo nell'area del divieto anche le ipotesi di trasferimento immediato della proprietà], potendo il divieto essere eluso anche nell'ipotesi di alienazione risolutivamente condizionata, come nei casi di vendita con riscatto [cfr. Cass., 26 febbraio 2018, n. 4514, in *DeJure*], ovvero di *sale and lease back* [così *ex multis* Cass., 3 febbraio 2012, n. 1675, in *Giur. comm.*, 2013, II, 4, 663, con nota di MARTINO].

Tale interpretazione funzionalistica del divieto del patto commissorio ha inevitabilmente portato la giurisprudenza di legittimità a ritenere nulli anche quei negozi, tipici o atipici, che, pur non integrando direttamente il patto commissorio, configurano un mezzo per eludere tale norma imperativa, sottacendo pertanto una causa (concreta) illecita che rende applicabile la sanzione della nullità per mezzo dell'art. 1344 c.c., disciplinante il negozio in frode alla legge [così Cass., sez. un., 3 aprile 1989, n. 1511, e Cass., sez. un., 21 aprile 1989, n. 1907, *cit.*]. Lo stesso vale per i negozi collegati, tra loro funzionalmente connessi ed interdipendenti, volti al raggiungimento dello scopo finale di garanzia anziché di trasferimento del bene, siano essi di natura reale o obbligatoria e indipendentemente dal momento in cui si realizza l'effetto traslativo [così Cass., 27 ottobre 2020, n. 23553, in *DeJure*; Cass. 11 luglio 2019, n. 18680, in *DeJure*], nonché dagli strumenti negoziali destinati alla loro attuazione e, addirittura, dall'identità dei soggetti che li abbiano stipulati [così Cass., 8 ottobre 2021, n. 27362, *cit.*; Cass., 21 maggio 2013, n. 12462, in *DeJure*; Cass., 5 marzo 2010, n. 5426, in *DeJure*; Cass., 19 maggio 2004, n. 9466, in *DeJure*].

Non potendosi individuare in astratto una categoria di negozi viziati da tale nullità, sarà il giudice di merito a dover valutare in concreto se il trasferimento del bene abbia

avuto scopo di garanzia. Per ovviare a questo gravoso compito, il giudicante non dovrà limitarsi ad un esame formale degli atti stipulati tra le parti, ma dovrà indagare sulla loro effettiva volontà contrattuale, apprezzando ogni circostanza di fatto rilevante ed il concreto risultato che l'operazione negoziale era indirizzata a produrre o ha prodotto [cfr. Cass., 27 ottobre 2020, n. 23553, cit.; Cass., 7 agosto 2018, n. 20634, in *DeJure*; Cass., 11 settembre 2017, n. 21042, in *DeJure*; Cass., 10 marzo 2011, n. 5740, in *DeJure*].

Tale valutazione, che si sottrae al sindacato di legittimità, va effettuata attraverso l'uso degli indici rivelatori della causa di garanzia individuati dalla prassi giurisprudenziale.

Tra questi vi è indubbiamente l'accertamento dell'esistenza di una situazione debitoria da parte del venditore nei confronti dell'acquirente, antecedente o contemporanea alla vendita.

Altri elementi da valutare, che già a primo impatto dovrebbero rappresentare un sentore di allarme, sono: la sproporzione tra il valore del bene dato in garanzia e l'effettivo ammontare del debito [al riguardo si badi bene, però, che la sproporzione dei valori quale indice oggettivo di anomalia non basta da sola a ritenere violato il divieto ma ne rappresenta solo un indizio [cfr. CARBONE, op. cit., 1108 e 1113; in giurisprudenza Cass., 27 ottobre 2020, n. 23553, cit.] e la permanenza del bene promesso o trasferito nella disponibilità materiale del promissario/venditore.

3. La qualificazione della fattispecie concreta

La questione principale che il giudice di legittimità è chiamato a risolvere, nel caso in esame, riguarda la valutazione sulla qualificazione data all'operazione negoziale in oggetto da parte della Corte d'appello.

Per la S.C. il Giudice distrettuale – che ha ritenuto che la complessa operazione convenuta tra le parti integrasse un contratto di mutuo o finanziamento e che il trasferimento della massa fallimentare, costituita essenzialmente dal compendio immobiliare, avesse come finalità quella di garantire provvisoriamente il credito dell'assuntore del fallimento, con conseguente perdita della proprietà in caso di inadempimento, secondo lo schema del contratto di anticresi – ha falsamente applicato l'art. 2744 c.c., in quanto ha mancato di valutare opportunamente alcuni indici rivelatori dell'esistenza del patto commissorio, determinanti per una corretta qualificazione della fattispecie.

In particolare, la S.C. rileva come nel giudizio di merito di secondo grado non sia stato considerato che la causa concreta della scrittura privata fosse preordinata all'estinzione dei debiti della società fallita e che il trasferimento dell'immobile, costituente la massa attiva fallimentare, a favore del creditore, rappresentasse esclusivamente il corrispettivo dell'accollo dei debiti da parte di quest'ultimo, assuntore del concordato.

Tale operazione, in cui alle debentrici Tizia e Caia era addirittura riconosciuta la possibilità di riappropriarsi dell'immobile alienato esercitando il diritto di opzione contrattualmente stabilito, per gli Ermellini, non era idonea ad integrare un'ipotesi di contratto di anticresi, atteso che l'operazione negoziale non era finalizzata a mettere il creditore nella disponibilità dei beni per poterne trarre i frutti e, quindi, a ripagare prima gli interessi e poi il capitale, ma rappresentava semplicemente un'operazione volta a soddisfare un precedente credito rimasto insoluto [così Cass., 21 gennaio 2016, n. 1075, in *DeJure*; Cass., 28 giugno 2006, n. 14903, in *DeJure*; Cass. 6 ottobre 2004, n. 19950, in *DeJure*].

A mente della S.C., infatti, il trasferimento della proprietà della cosa per poter integrare gli estremi del patto commissorio deve risultare sospensivamente condizionato al verificarsi dell'evento futuro ed incerto del mancato pagamento del debito; contrariamente il patto non è configurabile quando lo scopo del trasferimento è quello di soddisfare un precedente credito rimasto insoluto [Cass., 3 giugno 2019, n. 15112, in *DeJure*; Cass., 21 gennaio 2016, n. 1075, cit.; *contra* si veda Cass., 28 giugno 2020, n. 20420, in *DeJure*, che, in riforma della sentenza di merito, ha ritenuto nullo un

preliminare di vendita per violazione del patto commissorio in quanto, sebbene il trasferimento del bene fosse volto a soddisfare un credito anteriore rimasto inadempito, nel contratto era inserito un nuovo termine per l'adempimento, il che rendeva la cessione strumentale a fornire la garanzia ad un debito sì anteriore, ma con un nuovo termine per l'adempimento; in tal senso si veda anche Cass., 27 settembre 1994, n. 7882, in *DeJure*].

Il divieto del patto commissorio, dunque, colpisce solo gli accordi stipulati anteriormente alla scadenza dell'obbligazione, in previsione di un futuro possibile inadempimento. Diversamente i contraenti possono concordare – successivamente ad un inadempimento già intervenuto – il trasferimento al creditore di un bene del debitore al fine di estinguere la pregressa situazione debitoria [cfr. Cass., 18 settembre 2020, n. 19508, in *DeJure*, a mente della quale «il patto commissorio, vietato dall'art. 2744 c.c., è configurabile solo quando il debitore sia costretto al trasferimento di un bene, a tacitazione dell'obbligazione, non anche, pertanto, ove tale trasferimento sia frutto di una scelta»; Cass., 21 gennaio 2016, 1075, cit., che riconosce la validità della *datio in solutum*, anche se economicamente squilibrata a svantaggio del debitore].

Il giudice di legittimità rileva, ancora, come la Corte di merito non solo non abbia accertato l'esistenza di un'illecita coercizione delle debentrici da parte del creditore, ma abbia errato nella valutazione della sproporzione tra le prestazioni, atteso che non ha tenuto conto che l'immobile rappresentava un bene fallimentare, con prezzo base d'asta ribassato anche per la presenza di un occupante a titolo di usufrutto che, inevitabilmente, ne riduce il valore.

Per di più, oltre a non risultare lesa la posizione economica del debitore, l'operazione non intaccava neanche la posizione degli altri creditori, essendo l'alienazione dell'immobile destinata all'assuntore dell'attivo fallimentare.

Un altro indice rilevato dalla S.C., nella fattispecie concreta, che osta all'esistenza del patto commissorio, a conferma della finalità di scambio, è l'immediato trasferimento del possesso del bene, che non aveva natura provvisoria capace di evolversi a seconda che il debitore adempiesse o meno all'obbligo di restituire le somme ricevute in quanto il riacquisto non era subordinato all'estinzione del debito, ma all'esercizio del diritto di opzione sotto forma di pagamento del prezzo.

Tale schema contrattuale, non poteva essere qualificato come contratto di anticresi, non solo per la previsione del diritto di opzione che impedisce *a priori* la possibilità di inquadrare l'operazione contrattuale come anticresi, ma anche perché non era stato dimostrato in alcun modo che il trasferimento dell'immobile fosse preordinato a metterlo nella disponibilità del creditore per poterne trarne frutti da imputare prima a titolo di interessi e/o di capitale.

4. Brevi considerazioni conclusive

La pronuncia in esame conferma quella che è ormai la costante giurisprudenza di legittimità sul tema, la quale, per valutare se il regolamento contrattuale sottoposto all'attenzione del giudice configuri o eluda il divieto del patto commissorio, indaga sulla causa concreta sottesa all'intera operazione negoziale, utilizzando gli indici fattuali con valenza di presunzione di non liceità sopra richiamati.

Il fulcro centrale dell'indagine risiede nella valutazione sulla componente soggettiva delle parti, finalizzata ad individuare se il regolamento contrattuale, per come voluto dalle parti, sia conseguenza di una illecita coercizione da parte del creditore in pregiudizio del debitore, tale da indurlo ad accettare pattuizioni a sé sfavorevoli [così Cass., 12 gennaio 2009, n. 437, cit.].

Nel caso in esame, la Corte, seppur senza sbilanciarsi nel dare una netta qualificazione del complesso negoziale sottoposto alla sua attenzione, che oscilla tra lo schema tipico della vendita con patto di riscatto e della *datio in solutum*, ha evidenziato come, trattandosi di un'operazione contrattuale preordinata all'estinzione di un credito anteriore rimasto insoddisfatto da parte della società dichiarata fallita, il trasferimento del bene immobile, per il quale era previsto il diritto di opzione in capo alle debentrici, altro non rappresentava che il corrispettivo dovuto al creditore per l'accollo della massa

attiva fallimentare, allineandosi così alla più recente giurisprudenza di legittimità ritenente che il divieto del patto commissorio non colpisca gli accordi stipulati successivamente ad un inadempimento già intervenuto.

L'inadeguatezza della lettera della norma, l'evidente labilità dei confini entro cui si muove il divieto, inevitabilmente adombrano la prevedibilità dei risultati delle decisioni concernenti le alienazioni in garanzia. Sebbene questa incertezza sia stata mitigata negli anni attraverso l'uso di indici rivelatori della funzione di garanzia, questi ultimi non sempre appaiono dirimenti alla comprensione della concreta funzione perseguita da un regolamento contrattuale.

Ci si domanda a tal proposito se non sia il caso di ripensare alla portata del divieto, in un'ottica rimediabile differente, in chiave di *reductio ad aequitatem* con i meccanismi del patto marciano, o quanto meno ad una rivisitazione degli indici presuntivi utilizzati in giurisprudenza al fine di mitigare la discrezionalità dei giudici.

Bibliografia essenziale

- ALBANESE, *La valutazione sul merito creditizio e l'inadempimento del consumatore nei contratti di credito immobiliare: profili di responsabilità e cortocircuiti normativi*, in *Resp. civ. e prev.*, 2019, 6, 2006
- ANDRIOLI, *Disciplina intertemporale del patto commissorio e sua applicabilità ai privilegi speciali*, in *Foro it.*, I, 1942, 953
- BALTI, *Clausola del patto commissorio*, in CONFORTINI (a cura di), *Clausole negoziali*, Utet, 2017, 575
- BETTI, *Sugli oneri e i limiti dell'autonomia privata in tema di garanzie e modificazione di obbligazioni*, in *Riv. dir. comm.*, 1931, 2, 689
- BIANCA C.M., *Il divieto del patto commissorio*, Esi, 2013
- BIANCA C.M. *Forme tipiche di vendita e violazione del divieto del patto commissorio nell'alienazione in garanzia ad effetto traslativo immediato*, in *Foro pad.*, 1961, 1, 56
- CARBONE, *Debitoris suffocatio e patto commissorio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2012, 4, 1087
- CARNELUTTI, *Note sul patto commissorio*, in *Riv. dir. comm.*, 1916, 2, 887
- CARNEVALI, voce *Patto commissorio*, in *Enc. dir.*, XXXII, Giuffrè, 1982, 499
- CHIRONI, *Ipoteca e patto commissorio*, in *Riv. dir. comm.*, 1917, 2, 706
- GALATI, *Divieto di patto commissorio e contratto di anticresi*, in *Contratti*, 2009, 8-9, 803
- LOJACONO, *Il patto commissorio nei contratti di garanzia*, Giuffrè, 1952
- MARTINO, *Il divieto del patto commissorio: norma materiale e qualificazione del negozio*, in *Giur. comm.*, 2013, II, 4, 663
- MARTINO, *Le Sezioni Unite sui rapporti tra divieto del patto commissorio e ordine pubblico internazionale*, in *Giur. comm.*, 2012, II, 3, 672
- PERSICO, voce *Anticresi*, in *Enc. dir.*, II, Giuffrè, 1958, 531
- PUGLIATTI, *Precisazioni in tema di vendita a scopo di garanzia*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1950, 2, 319
- PUGLIESE, *Nullità del patto commissorio e vendita con patto di riscatto*, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1945, 1, 154
- ROPPO, *Il divieto del patto commissorio*, in CHIANALE (a cura di), *Le garanzie dell'obbligazione*, Utet, 2015, 27
- SUPPA, *Patto commissorio e patto marciano: la sottile linea tra negozi nulli e negozi leciti*, in *Corr. giur.*, 2021, 7, 929
- TORRENTE e SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, 24^a ed., Giuffrè, 2019

Applicazione della *Verwirkung* nella giurisprudenza spagnola. La *doctrina del retraso desleal* *

di DONATO MARIA MATERA

Dottorando di ricerca

Università LUM Giuseppe Degennaro di Casamassima-Bari

(TRIBUNAL SUPREMO SPAGNOLO, Sala de lo Civil, sent. 21 giugno 2022, n. 491; Pres. Marín Castán)

Abstract

Il Tribunal Supremo spagnolo torna a pronunciarsi sui requisiti e sui limiti di applicazione del retraso desleal. Afferma il principio di diritto per cui non si configura una fattispecie di retraso desleal laddove – in presenza di un interés legítimo – un soggetto abbia prima esercitato un’azione di mero accertamento e solo successivamente abbia agito per ottenere la condanna all’esecuzione dell’obbligazione di cui si è accertata l’esistenza.

The Spanish Tribunal Supremo returns on the elements and limits of application of the retraso desleal. A principle is established, that there is not retraso desleal where – if an interés legítimo exists – someone at first took a merodeclarativa action and only subsequently claimed to obtain an order of performance.

Sommario: 1. Il caso e la decisione del *Tribunal Supremo*; 2. La *doctrina del retraso desleal*; 3. L’autonomia del *retraso desleal* rispetto a figure affini; 4. La *Verwirkung* nell’ordinamento italiano; 5. Prospettive di dialogo.

1. Il caso e la decisione del *Tribunal Supremo*

Il provvedimento in commento si inserisce nell’ormai ampio filone giurisprudenziale che in Spagna contribuisce da anni a delineare operatività e limiti della *doctrina del retraso desleal*, assimilabile per moltissimi aspetti alla *Verwirkung* tedesca. Tale figura, com’è noto, di recente è tornata al centro di un nutrito dibattito anche tra gli interpreti italiani.

La pronuncia trae origine dal ricorso proposto dal socio di una società cooperativa edilizia contro due banche, presso le quali aveva in precedenza depositato delle somme a titolo di anticipo per lo svolgimento delle opere della cooperativa.

La costruzione tuttavia non fu mai ultimata e la cooperativa fu sciolta. Il socio ricorrente, insieme agli altri soci che avevano perso le somme anticipate, avevano pertanto agito in un precedente giudizio di mero accertamento (*merodeclarativo*), contro gli istituti bancari presso cui erano state depositate le somme. Avevano chiesto in particolare che fosse accertata l’esistenza, da un lato, della responsabilità di tali istituti per la perdita degli importi anticipati, dall’altro, di un conseguente obbligo di restituirli.

In questo primo processo la domanda dei soci della cooperativa era stata accolta, sulla base della *Ley 57/1968*, che impone alle banche depositarie degli anticipi relativi ad immobili da costruire di esigere «*bajo su responsabilidad*» una garanzia per quelle somme, da parte del soggetto – persona fisica o giuridica – che abbia promosso la costruzione dell’immobile (art. 1-2^a *Ley 57/1968*). La garanzia nel caso specifico non era stata prestata e le banche – originariamente responsabili solo in via sussidiaria – erano

* Il presente contributo è stato sottoposto a valutazione in forma anonima ed è stato pubblicato in anteprima su rivistapactum.it il 29.12.2022.

state dichiarate responsabili a causa dello scioglimento della società.

A seguito dell'infruttuoso tentativo di ottenere le somme in via stragiudiziale, il socio agiva appunto in un secondo giudizio, questa volta per ottenere la condanna delle banche alla restituzione gli importi, maggiorati degli interessi nel frattempo maturati. Le sentenze di entrambi i gradi di giudizio, tuttavia, ravvisavano un *retraso desleal* nella condotta del socio, che prima aveva richiesto il mero accertamento della responsabilità delle banche e solo successivamente, in un separato giudizio, aveva agito per ottenere gli importi anticipati. Sulla base di tale assunto, gli istituti bancari venivano sì condannati alla restituzione delle somme, ma gli interessi non venivano calcolati a partire dalla data di consegna degli anticipi (cioè dal 2007) – come chiedeva il socio –, bensì solo della prima richiesta in forma stragiudiziale (quindi dal 2017).

Il *Tribunal Supremo* ha accolto il ricorso del socio, stabilendo che gli interessi dovessero maturare a partire dalla data di consegna delle somme e ritenendo inesattamente applicata la *doctrina del retraso desleal*. Secondo i giudici spagnoli, infatti, dalle risultanze istruttorie non emergeva né dolo né alcuna forma di manifesta negligenza nell'esercizio dell'azione, tale da poter giustificare il *retraso desleal*.

Nello specifico, la circostanza che l'attore avesse esercitato prima un'azione *merodeclarativa* e che solo successivamente avesse agito in giudizio per ottenere la condanna alla restituzione delle somme è stata ritenuta giustificata dalla presenza di un *interés legítimo*, derivante dalla condizione di incertezza in cui versavano i soci della cooperativa.

2. La *doctrina del retraso desleal*

Si parla di *retraso desleal* per definire un istituto (analogo come si diceva alla *Verwirkung* tedesca), di matrice prettamente giurisprudenziale, che comporta la preclusione all'esercizio di un diritto quando il suo mancato esercizio per un periodo di tempo non determinato a priori (ma che in ogni caso non è idoneo ad estinguere il diritto per prescrizione), insieme ad ulteriori circostanze, abbia generato nel debitore un legittimo affidamento (*confianza*) sul fatto che tale diritto non verrà più stato esercitato [FERNÁNDEZ DE RETANA GOROSTIZAGOIZA, *Buona fede e decorso del tempo nell'esercizio dei diritti soggettivi: la figura del «retraso desleal» nella giurisprudenza spagnola*, in F. RICCI (a cura di), *Principi, clausole generali, argomentazioni e fonti del diritto*, Giuffrè, 2018, 563 ss.]. Esso trova fondamento nel dovere generale di buona fede imposto dall'art. 7, comma 1 del *Código Civil* spagnolo, giacché viene considerato contrario a tale dovere esercitare un diritto dopo aver suscitato nella controparte un affidamento sul fatto che invece non lo si sarebbe più esercitato.

Il *retraso desleal*, non difformemente dalla *Verwirkung* tedesca, si configura allora come un mezzo di tutela dell'affidamento del soggetto passivo sulla previsione di un fatto futuro (il fatto che il diritto non sarà più esercitato). Ne costituiscono elementi: a) il decorso di un periodo di tempo non determinato a priori, ma in ogni caso inidoneo a far maturare la prescrizione; b) l'inerzia del titolare del diritto durante questo periodo; c) il sorgere di una *confianza* sul fatto che il diritto non verrà più esercitato [tra le molte pronunce in questo senso v. Trib. Supremo, 2 marzo 2017, n. 148, in *www.poderjudicial.es*]. Non anche una volontà di danneggiare la controparte o di estinguere il diritto, che restano dunque esterne alla fattispecie [sulla irrilevanza dell'elemento intenzionale nella *Verwirkung*, in Germania, v. S. PATTI, voce *Verwirkung*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ., XIX*, Utet, 1987, spec. 729]. Una parte della dottrina spagnola ritiene poi che tra i presupposti del *retraso desleal* vada annoverato anche un concreto e obiettivo pregiudizio per il soggetto passivo [VALQUER ALOY e CURRULL SERRA, *¿Solvencia recuperada en buen momento? Aplicaciones jurisprudenciales de la Verwirkung en el juicio ejecutivo*, in *Indret*, 2005, 1, 7].

Il verificarsi di queste condizioni è considerato come fatto impeditivo all'esercizio del diritto, che risulta pertanto *inadmisibile*.

Analogamente a quanto ormai da lungo tempo affermano i giudici tedeschi a proposito della *Verwirkung*, anche gli interpreti spagnoli hanno chiarito in diverse

circostanze che ai fini dell'applicazione del *retraso desleal* non è sufficiente la mera inerzia del titolare protratta per un certo periodo di tempo (definito dai tedeschi *Zeitmoment*), che rileva di per sé solo quando sia decorso il termine di prescrizione. Sono invece necessarie anche ulteriori circostanze (*Umstandsmoment*) idonee insieme a quella a generare un affidamento sul fatto che il diritto non sarà più esercitato. In questo senso, quindi, non può mai essere attribuito il carattere di *deslealtad* al semplice ritardo, dal momento che ciò comporterebbe una deroga giudiziale alle norme sulla prescrizione [tra le molte pronunce in questo senso, più di recente v. Trib. Supremo, 24 aprile 2019, n. 243, in *Aranzadi*; sulle fattispecie che di cui si compone la *Verwirkung* in Germania v. S. PATTI, *Verwirkung*, cit., 723].

In merito a questo ultimo elemento – quello cioè che i tedeschi definiscono *Umstandsmoment* – la giurisprudenza spagnola ha inoltre precisato che la *confianza* sul fatto che il diritto non sarà più esercitato non può dipendere da qualunque circostanza, ma deve generarsi a causa di *actos propios* (cioè atti sostanzialmente imputabili) del titolare del diritto. Il che – nella logica delle sistemazioni concettuali italiane – sembrerebbe riferire il *retraso desleal* alla categoria degli atti giuridici in senso stretto.

Tale ultima affermazione ha rilevanti ricadute pratiche e può essere valorizzata, a ben vedere, proprio in casi come quello di cui si occupa il provvedimento in commento, in cui una fattispecie di *retraso desleal* non era configurabile. Da quanto è dato desumere, infatti, nel caso che ci occupa non sembrava emergere alcun *acto proprio* da cui si fosse generato un affidamento sul fatto che il diritto non sarebbe più stato esercitato. Anzi, la condotta del socio, che aveva prima agito per ottenere l'accertamento della responsabilità delle banche e a distanza di poco aveva chiesto extragiudizialmente le somme dovute in via di restituzione, ci pare circostanza del tutto inidonea a farlo sorgere.

3. L'autonomia del *retraso desleal* rispetto a figure affini

Particolarmente significativo ci sembra poi il percorso che ha portato la giurisprudenza spagnola a circoscrivere il *retraso desleal*, riconoscendogli autonomia rispetto ad altre figure alle quali inizialmente era stato assimilato.

Tra queste certamente rileva quella dell'*abuso de derecho*, a cui pure in alcune decisioni il *retraso desleal* è stato ricondotto. In Spagna la figura trova espresso riconoscimento nell'art. 7, comma 2 del *Código Civil*, ove si prevede che «*Todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso*».

A tale proposito, la dottrina e la giurisprudenza spagnole hanno messo in risalto come, sebbene entrambi gli istituti trovino fondamento nel dovere generale di buona fede di cui all'art. 7 del *Código Civil*, per aversi *abuso de derecho* è richiesta la presenza di un elemento intenzionale da parte di chi esercita il diritto, consistente appunto nell'intento di causare un danno al soggetto passivo del rapporto giuridico (*animus nocendi*); volontà che – come si è visto – è invece del tutto irrilevante ai fini della *Verwirkung*. I due istituti presentano quindi struttura fondamentale diversa nell'ordinamento spagnolo [v. anche FERNÁNDEZ DE RETANA GOROSTIZAGOIZA, op. cit., 582].

Proprio su questo punto, a ben vedere, la sentenza in commento non pare particolarmente precisa. L'esercizio separato delle due azioni – una *merodeclarativa* e l'altra di condanna – più che di *retraso desleal* sembrerebbe infatti porre proprio un problema astratto di *abuso de derecho*. La condotta del titolare del diritto, infatti, non avrebbe rischiato in linea di principio di ledere l'affidamento delle banche sul fatto che le somme non sarebbero più state richieste (affidamento che, come si è detto, non si comprende a fondo come sarebbe potuto sorgere in presenza di una domanda giudiziale, anche se di mero accertamento), quanto piuttosto di arrecare un ingiusto danno alle stesse banche tramite quella specifica modalità di esercizio, laddove la stessa fosse stata finalizzata all'ottenimento di una somma maggiore a titolo di interessi.

A conferma di ciò, per escludere la parziale inammissibilità della domanda dell'attore, il *Tribunal Supremo* ravvisa oltre a un *interés legítimo* del titolare anche l'insussistenza di dolo o di grave negligenza nell'esercizio dell'azione, che però, come si è visto, non sono rilevanti per il *retraso desleal*; qui infatti ad assumere rilievo non è tanto la presenza di un elemento soggettivo (dolo o colpa) nell'esercizio dell'azione, quanto piuttosto di circostanze imputabili al titolare del diritto che abbiano contribuito al sorgere di un affidamento sul fatto che il diritto non si sarebbe più esercitato, le quali necessariamente – almeno su un piano logico – precedono l'azione. Lo stesso elemento soggettivo rileva invece ai fini dell'*abuso de derecho*, sicché dalle argomentazioni dei giudici spagnoli sembrerebbe che questi – pur utilizzando il *nomen* di *retraso desleal* – abbiano in realtà indagato sull'esistenza di un fenomeno assimilabile al primo dei due istituti.

La giurisprudenza spagnola ha inoltre rimarcato in alcune occasioni la non assimilabilità tra *retraso desleal* e rinuncia tacita [nella dottrina italiana ha affermato che la rinuncia tacita svolge negli ordinamenti latini una funzione equitativa analoga a quella che la *Verwirkung* svolge in Germania [RANIERI, *Rinuncia tacita e Verwirkung*, Cedam, 1971]. A tale proposito, è stato evidenziato che mentre le dichiarazioni di volontà rinunciativa hanno un effetto estintivo del diritto, dalla *Verwirkung* deriverebbero solo conseguenze di tipo preclusivo [FERNÁNDEZ DE RETANA GOROSTIZAGOIZA, op. cit., 588 s.].

Se in alcuni provvedimenti il *Tribunal Supremo*, nel valutare *retraso desleal*, aveva ritenuto necessario che dalla condotta del titolare del diritto emergesse una volontà estintiva, idonea appunto a generare un affidamento, a partire da una sentenza di legittimità del 2016 sembra che i giudici spagnoli abbiano abbandonato tale strada [Trib. Supremo, 13 settembre 2016, n. 530, in *www.poderjudicial.es*]. In questa sede si è infatti precisato che in presenza di una dichiarazione tacita del titolare del diritto il ricorso al *retraso desleal* non sarebbe necessario, poiché appunto il diritto si sarebbe già estinto per effetto di quella volontà.

4. La *Verwirkung* nell'ordinamento italiano

Nonostante gli indubbi punti di contatto tra il nostro ordinamento e quello spagnolo, l'attenzione che gli interpreti italiani hanno dedicato alla *Verwirkung* è stata certamente più discontinua.

Se infatti si eccettuano alcuni lavori dottrinali [i primi studi approfonditi, com'è noto, sono degli anni '70: v. RANIERI, op. cit.; S. PATTI, *Profili della tolleranza nel diritto privato*, Jovene, 1978] e pochi provvedimenti giurisprudenziali – che sembravano aver escluso l'applicabilità dell'istituto nel sistema italiano – [tra questi v. Cass., 15 marzo 2004, n. 520, in *Riv. dir. civ.*, 2004, 2, 603 ss., con commento di ASTONE, *Ritardo nell'esercizio del credito, Verwirkung e buona fede*] il tema ha avuto per lungo tempo più modesta considerazione.

Il dibattito sulla *Verwirkung* si è di recente fatto più vivo, a seguito di una ormai nota sentenza di legittimità, nella quale si è affermato il seguente principio di diritto: in un contratto di locazione di immobile ad uso abitativo dove vi sia stata l'assoluta inerzia del locatore nell'escutere il conduttore per ottenerne il pagamento del corrispettivo sino ad allora maturato, protrattasi per un periodo di tempo assai considerevole in rapporto alla durata del contratto, e suffragata da elementi circostanziali oggettivamente idonei a ingenerare nel conduttore un affidamento nella remissione del diritto di credito da parte del locatore per *facta concludentia*, l'improvvisa richiesta di integrale pagamento costituisce esercizio abusivo del diritto e non può pertanto essere accolta [Cass., 14 giugno 2021, n. 16743, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, 5, 1043 ss. con commenti di D'AMICO, *Buona fede ed estinzione (parziale) del diritto di credito*, 1164; MACARIO, *Fattispecie estintiva e buona fede nell'esercizio tardivo del diritto di credito*, 1171 ss.; ORLANDI, *Ermeneutica del silenzio*, 1179 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *La Verwirkung (ed i suoi limiti) innanzi alla Corte di Cassazione*, 1186; in *Eur. dir. priv.*, 2022, 1, 203, con commento di PIRAINO, *La protratta inerzia nell'esigere il credito tra remissione tacita, Verwirkung e divieto di abuso del diritto*; in *Resp. civ. prev.*, 2022, 1-2, 286, con

commenti di MASONI, *Verwirkung e tolleranza in Cassazione*; e di STRACQUALURSI, *L'abuso del diritto del locatore, l'affidamento sulla rinuncia al canone e la Verwirkung*: un buon bilanciamento tra gli interessi, 297 ss. Sulla sentenza v. poi A.M. BENEDETTI, *Interventismo giudiziario e contratto*, in *Pactum*, 2022, 3, 349; VETTORI, *Buona fede, abuso ed inesigibilità del credito*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2022, 1, 185]. I giudici di Cassazione – per mezzo dell'istituto dell'abuso del diritto – sembrano dunque aver aperto all'ingresso della *Verwirkung* anche in Italia.

La sentenza è già stata oggetto di diversi commenti da parte della dottrina, che per lo più ne ha criticato sia le argomentazioni che gli esiti, per moltissimi aspetti in maniera condivisibile. Tra questi studiosi vi è anche chi ha ritenuto non particolarmente convincente il richiamo alla clausola generale di buona fede, utilizzata come causa “atipica” di estinzione delle obbligazioni [D'AMICO, op. cit., 1166 s.].

Rinviando a quei commenti per un'analisi compiuta della decisione, ci limiteremo qui ad osservare come – sotto questo aspetto – la stessa non costituisce in realtà un caso isolato, ma si inserisce in quel nutrito filone giurisprudenziale volto a valorizzare il ricorso a clausole generali quali la buona fede, anche in funzione conformativa dei rapporti giuridici, intesa in particolare come strumento volto a realizzare razionalità ed efficienza del sistema giuridico, tramite l'adozione di soluzioni non necessariamente conformi allo *jus strictum* [F. RICCI, *Buona fede e rimedi*, in *Contr. impr./Eur.*, 2013, 2, 636 s.].

Se la buona fede già riveste anche nell'ordinamento italiano un simile ruolo, un istituto – come appunto la *Verwirkung* – che comporti l'estinzione (o preclusione, come qualcuno ritiene) del diritto a seguito della violazione di tale dovere non si pone allora astrattamente in contrasto con il nostro sistema. Piuttosto, si ritiene utile interrogarsi sull'esistenza di spazi pratici in cui il ricorso a tale figura potrebbe rivelarsi necessario.

Posto infatti che la *Verwirkung*, come si è osservato, si caratterizza per essere uno strumento della tutela di un affidamento che si genera a causa del verificarsi di una fattispecie complessa (composta da *Zeitmoment* e *Umstandsmoment*) e riguarda la previsione di un fatto futuro (il fatto che il diritto non verrà più esercitato), sembra cioè necessario chiedersi se – alla luce delle regole operanti in Italia – uno schema analogo possa trovare spazi operativi anche nel nostro ordinamento.

Nel far ciò bisogna necessariamente considerare che in Germania la rinuncia al diritto ha struttura contrattuale [RANIERI, op. cit., 52 ss.; S. PATTI, *Profili della tolleranza*, cit., 58], sicché un comportamento del solo titolare del diritto, pur laddove sia ad esempio idoneo a suscitare un affidamento sull'esistenza di una volontà di rinuncia, non basterebbe di per sé ad estinguerlo. Per tale fine è invece necessaria la successiva stipulazione di un contratto. Dove il contratto non venga stipulato si pone allora il problema della tutela dell'affidamento sorto a causa dell'emersione di quella volontà, che ha appunto ad oggetto il fatto futuro del non esercizio del diritto.

In Italia la rinuncia ha invece struttura di atto unilaterale. Sicché se l'affidamento sul futuro non esercizio del diritto si genera in base all'emersione di una volontà estintiva del diritto, perché ad esempio dalle circostanze il comportamento del titolare risulti anche tacitamente incompatibile con una diversa volontà, essa è già di per sé idonea ad estinguerlo. Ed è qui questione di rinuncia tacita. Se invece una tale volontà estintiva manca, ma a seguito di un comportamento imputabile al titolare sorga un affidamento circa la sua esistenza, vi è allora l'apparenza di una rinuncia e il diritto si estingue in forza del noto principio di apparenza imputabile [su tale principio FALZEA, voce *Apparenza*, in *Enc. dir.*, II, Giuffrè, 1958, 682; SACCO, voce *Apparenza*, in *Dig. disc. priv. - Sez. civ.*, I, Utet, 1987, 353; BESSONE e DI PAOLO, voce *Apparenza*, in *Enc. giur.*, II, Treccani, 1988, 1; RAJNERI, *Il principio dell'apparenza giuridica*, Università degli Studi di Trento, 2002].

Le stesse esigenze di giustizia che in Germania danno luogo all'applicazione della *Verwirkung* (che comunque non va confusa con la rinuncia tacita) sono risolte in questi casi con una forma di tutela dell'affidamento sull'esistenza di un fatto passato, che già è idoneo ad estinguere il rapporto. Non si pone invece il problema di tutelare l'affidamento sulla previsione del fatto futuro. Il che sembrerebbe chiudere – o quantomeno limitare

in maniera assai consistente – gli spazi in cui sarebbe effettivamente utile un’applicazione della *Verwirkung* nel nostro ordinamento.

5. Prospettive di dialogo

Le riflessioni che si sono appena svolte, alla luce delle quali risulta dubbia l’esistenza di spazi operativi pratici per la *Verwirkung* nell’ordinamento italiano, sul presupposto della diversa struttura che la rinuncia tacita ha in Italia – dove è atto unilaterale – e in Germania – dove invece ha struttura contrattuale – devono però essere verificate proprio alla luce di un dialogo con la *doctrina* del *retraso desleal*. Essa, infatti, ha trovato applicazione in Spagna, nonostante anche in questo ordinamento la struttura della rinuncia abbia carattere unilaterale.

Limitandoci in questa sede ad alcune brevissime considerazioni, si ritiene che tale circostanza non valga tuttavia a sconfessare quanto è stato in precedenza affermato.

Una rassegna più approfondita della giurisprudenza spagnola che ha richiamato il *retraso desleal* – che l’economia della trattazione non consente di proporre in maniera esaustiva – porta infatti a riflettere su almeno due circostanze.

In primo luogo, in molte di queste occasioni le condotte imputabili al titolare che insieme all’inerzia avrebbero dovuto dar luogo al *retraso desleal*, generando il tipico affidamento di cui si è detto, già sembrano di per sé idonee ad estinguere il diritto, non difformemente da quanto si è argomentato per l’ordinamento italiano. Così è nei casi – a cui già si è fatto cenno – in cui i giudici spagnoli abbiano ritenuto necessaria, insieme all’inerzia del titolare, l’emersione di una volontà estintiva idonea a generare una *confianza*. La quale però, come osservato dello stesso *Tribunal Supremo* in provvedimenti successivi, già è idonea ad estinguere il diritto.

Analoga conclusione può trarsi per i casi in cui la giurisprudenza abbia ritenuto necessaria a questi fini non la presenza di una volontà estintiva, ma una «*apariencia de derecho*» imputabile al titolare del diritto [cfr. Trib. Supremo, 2 marzo 2017, n. 148, cit.]. Essa nell’ottica italiana evoca il principio di apparenza colposa (perché imputabile al soggetto contro cui l’apparenza viene invocata), la cui applicazione – lo si è detto – è idonea anch’essa ad estinguere il diritto.

In secondo luogo, si è anche osservato come spesso i giudici e in generale gli interpreti spagnoli abbiano richiamato il *retraso desleal* in casi – come ad esempio quello in esame – nei quali si ponevano invece problemi pratici che avrebbero giustificato un’indagine sulla sussistenza di altri istituti (tra cui ad esempio l’*abuso de derecho*). Istituti che in Spagna sono posti a salvaguardia di esigenze di tutela diverse, non coinvolgendo direttamente l’affidamento sulla previsione del futuro non esercizio del diritto. Qui il riferimento al *retraso desleal* non è dunque pienamente corretto.

Un dialogo tra Spagna e Italia sul tema risulta dunque proficuo per un duplice scopo. Da un lato, esso può contribuire ad evitare il richiamo alla *Verwirkung* dove non sia necessario (perché le stesse esigenze di protezione vengono soddisfatte da altri istituti, maggiormente coerenti con il sistema) o corretto (perché le esigenze di protezione che emergono dal caso di specie non sono riconducibili alla tutela di un affidamento sul futuro non esercizio del diritto).

Dall’altro, potrebbe consentire di verificare l’eventuale sussistenza di casi in cui l’applicazione di un istituto analogo alla *Verwirkung* si renda invece necessaria. Così sarebbe se si identificassero ipotesi nelle quali un affidamento meritevole sul fatto che il diritto non verrà più esercitato sorga a seguito di atti idonei a generarlo, ma non sufficienti di per sé ad estinguere il diritto.

Bibliografia essenziale

Sul *retraso desleal*:

DIEZ-PICAZO, *La doctrina de los actos propios. Un estudio de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Editorial Civitas, 2014

FERNÁNDEZ DE RETANA GOROSTIZAGOIZA, *Buona fede e decorso del tempo nell'esercizio dei diritti soggettivi: la figura del «retraso desleal» nella giurisprudenza spagnola*, in F. RICCI (a cura di), *Principi, clausole generali, argomentazioni e fonti del diritto*, Giuffrè, 2018, 563

PEREA GONZÁLEZ, *Verwirkung o el retraso desleal, el valor de la confianza*, in *Diario La Ley*, n. 9211, 6 giugno 2018

VAQUER ALOY, *El retraso desleal en el ejercicio de los derechos. La recepción de la doctrina de la Verwirkung en la jurisprudencia española*, in *Rev. Aranzadi de Derecho patrimonial*, 1999, 2, 89

VALQUER ALOY e CURRULL SERRA, *¿Solvencia recuperada en buen momento? Aplicaciones jurisprudenciales de la Verwirkung en el juicio ejecutivo*, in *Indret*, 2005, 1, 2

Sulla *Verwirkung*, nella dottrina italiana:

ASTONE, *Venire contra factum proprium (divieto di contraddizione e dovere di coerenza nei rapporti tra privati)*, Jovene, 2006

PATTI S., *Profili della tolleranza nel diritto privato*, Jovene, 1972

PATTI S., *Tempo, prescrizione e Verwirkung*, Mucchi Editore, 2020

PATTI S., voce *Verwirkung*, in *Dig. disc. priv. - Sez. civ.*, vol. I, Utet, 1987, 722

RANIERI, *Rinuncia tacita e Verwirkung*, Cedam, 1971

Sulla decisione Cass., 14 giugno 2021, n. 16743:

BENEDETTI A.M., *Interventismo giudiziario e contratto*, in *Pactum*, 2022, 3, 349

D'AMICO, *Buona fede ed estinzione (parziale) del diritto di credito*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, 5, 1164

MACARIO, *Fattispecie estintiva e buona fede nell'esercizio tardivo del diritto di credito*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, 5, 1171

MASONI, *Verwirkung e tolleranza in Cassazione*, in *Resp. civ. e prev.*, 2022, 1-2, 287

NANNA, *Prescrizione, Verwirkung e buona fede, tra certezza del diritto e prospettive di riforma*, in *Pactum*, 2022, 2, 193

ORLANDI, *Ermeneutica del silenzio*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, 5, 1179

PIRAINO, *La protratta inerzia nell'esigere il credito tra remissione tacita, Verwirkung e divieto di abuso del diritto*, in *Eur. dir. priv.*, 2022, 1, 204

SCOGNAMIGLIO C., *La Verwirkung (ed i suoi limiti) innanzi alla Corte di Cassazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, 5, 1186

STRACQUALURSI, *L'abuso del diritto del locatore, l'affidamento sulla rinuncia al canone e la Verwirkung: un buon bilanciamento tra gli interessi*, in *Resp. civ. e prev.*, 2022, 1-2, 297

VETTORI, *Buona fede, abuso ed inesigibilità del credito*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2022, 1, 185

CONTRATTO IN GENERALE

Credito fondiario e superato limite massimo di finanziabilità: *quid iuris?* La parola alle Sezioni Unite

*

di ANGELA VIGNOTTO

Dottoranda di ricerca

Università degli Studi di Udine

(CORTE DI CASSAZIONE, sezione prima civile, ord. 9 febbraio 2022, n. 4117; Pres. CRISTIANO – Est. VELLA)

Abstract

Il presente contributo analizza una recente ordinanza della Corte di Cassazione, con la quale è stato sollecitato l'intervento nomofilattico delle Sezioni Unite sulla questione riguardante le conseguenze derivanti, in materia di credito fondiario, dal superamento del limite di finanziabilità stabilito ai sensi dell'art. 38, comma 2, t.u.b.

This paper analyzes a recent order of the Court of Cassation that requested the nomophylactic intervention of the United Sections on the issue concerning the consequences deriving, in the field of land credit, from exceeding the limit of financeability established pursuant to art. 38, par. 2, t.u.b.

Sommario: 1. Caso e questione di diritto; 2. Breve inquadramento normativo: nozione di credito fondiario e speciali regole a beneficio del finanziatore; 3. Contrastanti orientamenti di legittimità sulle conseguenze dipendenti dal superato limite di finanziabilità: l'impostazione originaria, che escludeva la nullità del contratto; 4. (*Segue*). L'orientamento attualmente prevalente, che predica la nullità (c.d. «virtuale») del negozio di credito fondiario e la compromissione della connessa garanzia ipotecaria; 5. Esigenze di complessivo ripensamento prospettate dalla recente ordinanza della Cassazione.

1. Caso e questione di diritto

L'ordinanza in commento – incorporante la proposta, rivolta al primo presidente della Cassazione, di rimessione alle Sezioni Unite – prende le mosse da un caso abbastanza ricorrente nella realtà concreta, come testimoniato, del resto, da una rapida consultazione dei repertori. Semplificando, un istituto bancario conclude con un imprenditore mutuatario, dichiarato fallito nelle more del costituito rapporto negoziale, un contratto di mutuo garantito da ipoteca volontaria di primo grado su bene immobile e formalmente qualificato come «fondiario», superando, però, il limite di finanziabilità stabilito ai sensi dell'art. 38, comma 2, d.lgs. 1° settembre 1993, n. 385, c.d. «t.u.b.»; di conseguenza, nel contesto della procedura concorsuale a carico di tale ultimo contraente, l'istituto medesimo, tempestivamente insinuatosi al passivo, si vede negati i vantaggi che la legge riserva, in sede fallimentare, a chi abbia concesso un finanziamento in forma di credito fondiario.

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

Ecco, allora, che la banca creditrice, convinta di essere legittimata a godere dei vantaggi sconosciuti dagli organi della procedura, solleva opposizione allo stato passivo, così provocando una vicenda processuale dagli esiti alterni: mentre il giudice di *prime cure* dichiara la nullità del mutuo, in ragione dell'accertata violazione del limite evocato, il giudice di seconda istanza, aderendo all'indirizzo a quel tempo maggioritario, riconosce la validità del contratto bancario, come pure la necessità di escludere da revocatoria fallimentare il titolo istitutivo dell'associata garanzia ipotecaria.

Su ricorso della curatela fallimentare, soccombente nel giudizio di appello, la Suprema Corte è stata quindi chiamata a pronunciarsi sulla questione riguardante le conseguenze dipendenti, relativamente alle operazioni di credito fondiario, dall'inosservanza della prescritta soglia massima di finanziabilità: se, cioè, quella violazione comporti o no la nullità integrale del contratto riconducibile all'insieme di tali operazioni, con tutte le possibili ricadute, anche sulla validità dell'ipoteca connessa. Ma, registrando un contrasto nella giurisprudenza di legittimità, determinato dal rapido avvicinarsi di due opposti orientamenti sulla questione *de qua*, essa ha avvertito l'esigenza di sollecitare il responso delle Sezioni Unite, senza peraltro astenersi, come meglio si dirà in seguito, dal compiere una serie di considerazioni particolarmente rilevanti, che potrebbero anche orientare, al netto di inopportune valutazioni prognostiche, l'atteso esito del richiesto intervento nomofilattico.

Ora, sebbene il problema così sommariamente prospettato sia ben noto e ampiamente esplorato, non può disconoscersi il sicuro interesse del provvedimento in esame. Con riguardo al credito fondiario, quantomai attuali risuonano del resto, anche alla luce della vicenda appena descritta, le parole di autorevole dottrina, che costituiscono il preludio di un saggio illuminato, pubblicato nel lontano 1985: se «vi è un punto sul quale dovrebbe esservi la massima certezza, questo è se l'atto di autonomia sia valido o invece nullo» [così DE NOVA, *Il contratto contrario a norme imperative*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1985, 3-4, 435].

Ma, a prescindere da ogni considerazione ulteriore, il rilevato interesse è confermato dalla circostanza che, con l'ordinanza segnalata, la Cassazione ha sostanzialmente rimesso in discussione, ravvivando le originarie contese interpretative, una soluzione da più parti ritenuta ormai consolidata e incontrovertibile; tanto che, in anni decisamente recenti, taluno ha giudicato improbabile, con affermazione ora smentita dalle circostanze, l'eventualità che il problema indicato potesse giungere all'attenzione delle Sezioni Unite [CHIANALE, *La nullità del mutuo fondiario per superamento del limite di finanziabilità*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2019, 5, 589, dove si legge, infatti, che non «si profila all'orizzonte alcun pronunciamento delle Sezioni Unite»].

2. Breve inquadramento normativo: nozione di credito fondiario e speciali regole a beneficio del finanziatore

A rigore, la notorietà della *questio iuris* che qui interessa non dispensa dal compito di rappresentarne brevemente lo specifico contesto normativo. Giova infatti ricordare, limitandosi a considerare la disciplina vigente, che la disposizione dell'art. 38, comma 1, t.u.b. definisce le operazioni di c.d. «credito fondiario» – riconducibili anche, ma non necessariamente, allo schema tipologico del mutuo [BARILLA, *sub art. 38 t.u.b.*, in COSTI e VELLA, *Commentario breve al Testo unico bancario*, Cedam, 2019, 195] – in ragione del loro «oggetto» specifico, espressamente individuato nella «concessione, da parte di banche, di finanziamenti a medio e lungo termine garantiti da ipoteca di primo grado su immobili» [sull'evoluzione storica della normativa in materia v. FARINA e FALCONE, *Le operazioni bancarie speciali*, in CAPOBIANCO (a cura di), *Contratti bancari*, Wolters Kluwer, 2019, 1692 ss.]. Si apprezzano quindi, come elementi caratterizzanti delle operazioni *de quibus*, (i) la concessione di un finanziamento da parte di un istituto bancario, (ii) la durata medio-lunga di tale finanziamento e (iii) l'indicata garanzia ipotecaria.

Il secondo comma della medesima disposizione, inoltre, prevede che la Banca

d'Italia, sulla base delle deliberazioni del C.I.C.R. [Comitato Interministeriale per il Credito ed il Risparmio] stabilisca l'importo massimo dei finanziamenti, da individuarsi in rapporto al valore dei beni ipotecati e al costo delle opere da eseguire. Sulla base di tale disposizione di legge il suddetto Comitato, con delibera del 22 aprile 1995, poi recepita dalla Banca d'Italia con il suo aggiornamento del 26 giugno 1995, ha stabilito quale limite di finanziabilità quello dell'ottanta per cento del valore dei beni ipotecati o del costo delle opere da eseguirsi sugli stessi, salva la possibilità che tale percentuale possa essere elevata nella misura del cento per cento, qualora vengano prestate idonee garanzie. Ad ogni modo, e in ciò sta la radice della questione in esame, la norma non indica specificamente le ricadute dipendenti dall'eventuale superamento di questa soglia quantitativa, demandando all'interprete il compito di individuarle.

Ciò detto, deve segnalarsi che, rispetto ad un ordinario mutuo ipotecario di durata medio-lunga, le operazioni di credito fondiario conoscono una disciplina particolare, deviante dalle regole comuni e ispirate a un certo *favor*, sul piano sostanziale e processuale, nei confronti della banca finanziatrice. Si allude, in particolare e soprattutto, giacché i vantaggi fondiari sono molteplici e ulteriori a due aspetti: da un lato, a certe condizioni, l'atto istitutivo dell'ipoteca accessoria al credito nascente da simili operazioni e i «pagamenti effettuati dal debitore a fronte di crediti fondiari» sono sottratti alle maglie della revocatoria fallimentare (art. 39, comma 4, t.u.b.); dall'altro, anche se il soggetto finanziato è dichiarato fallito in pendenza del rapporto contrattuale, il finanziatore può comunque iniziare o proseguire azioni esecutive individuali (art. 41, comma 2, t.u.b.) [v. FARINA e FALCONE, op. cit., 1719 ss. e 1733 ss.; SEPE, *sub* artt. 39 e 41, t.u.b., in *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, diretto da Capriglione, 3^a ed., Cedam, 2012, spec. 453 ss. e 494 ss.].

Tali aspetti assumono, nella materia *de qua*, notevole rilevanza, posto che è proprio con riguardo ai momenti di «crisi» dell'impresa finanziata, dai quali deriva, di regola, l'apertura di una procedura concorsuale, che emergono i contrapposti interessi delle parti «in causa». Di norma, come avvenuto nel caso in esame, la curatela ha tutto l'interesse a negare la sussistenza degli accennati benefici legalmente previsti in favore delle banche finanziatrici, allo scopo di aumentare l'attivo fallimentare, e, quindi, a provocare la dichiarazione di nullità del contratto di mutuo fondiario concluso oltre la soglia prevista: in ragione di tale nullità, la banca perderebbe, infatti, il proprio privilegio e verrebbe considerata alla stregua di un mero creditore chirografario. L'istituto bancario vanta, invece, un interesse del tutto opposto, che si sostanzia, in particolare ed in estrema sintesi, nel mantenimento della prelazione ipotecaria e degli evocati vantaggi contemplati dagli artt. 38 ss. t.u.b.

Si noti che sinora si è parlato di «fallimento» e di «procedura fallimentare», implicitamente riferendosi, dunque, alla disciplina raccolta nella Legge fallimentare («l.f.», di qui in poi). È chiaro, peraltro, che quanto si è detto vale anche nel quadro rimodellato dal recente d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14, c.d. «Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza» [v. FAUCEGLIA, *Il nuovo diritto della crisi e dell'insolvenza*, Giappichelli, 2021]. Non a caso, il legislatore ha già provveduto ad aggiornare le disposizioni del t.u.b., introducendo gli opportuni richiami alle disposizioni di tale Codice.

3. Contrastanti orientamenti di legittimità sulle conseguenze dipendenti dal superato limite di finanziabilità: l'impostazione originaria, che escludeva la nullità del contratto

Ora, entro la cornice normativa appena tratteggiata, da tempo dottrina e giurisprudenza discutono in merito alle conseguenze da associare, con riguardo alle operazioni di credito fondiario, alla violazione del limite quantitativo stabilito dall'art. 38, comma 2, t.u.b.

La varietà di opinioni espresse in proposito e la necessità di rispettare, in questa sede, ineludibili esigenze di sintesi, impongono di limitare il discorso all'essenziale, ricostruendo, con riguardo all'attuale disciplina positiva e conseguentemente trascurando la precedente elaborazione in tema di c.d. «mutuo edilizio» [sul quale si è

espressa Cass., 1° settembre 1995, n. 9219, in *Banca borsa tit. cred.* 1997, 2, 243 con nota di TARDIVO, *Inderogabilità delle norme attinenti alla percentuale di concessione del finanziamento fondiario*, la quale ha considerato imperativa, in quanto espressione di un interesse pubblico, la norma che prevedeva che l'ammontare di ciascun mutuo non potesse eccedere la metà del valore cauzionale dell'immobile oggetto del programmato intervento edilizio, come previsto dall'art. 3 l. 29 luglio 1949, n. 474; sicché, in base a questa impostazione, il mutuo che avesse superato tale soglia doveva ritenersi nullo], solo i principali orientamenti emersi nella giurisprudenza di legittimità, sostanzialmente riconducibili a due poli estremi [di recente, per ogni ulteriore approfondimento, cfr. A.M. BENEDETTI e PESCE, *Mutuo fondiario, superamento del tetto di finanziabilità e nullità strutturale*, in *Giur. it.*, 2020, 6, 1528 ss.; CHIANALE, op. cit., 583 ss.].

Il primo orientamento della Cassazione, in ordine di tempo, rimonta a due sentenze «gemelle» del 2013 [Cass., 6 dicembre 2013, n. 27380; Cass., 28 novembre 2013, n. 26672, entrambe in *DeJure*]. Si tratta dell'impostazione più «liberale», che ha portato a escludere la nullità (totale o parziale) dei contratti astrattamente riconducibili alle operazioni di credito fondiario, secondo la definizione delineata dal primo comma dell'art. 38 t.u.b., ma conclusi con l'inosservanza dell'imposta soglia [v. anche Cass., 24 giugno 2016, n. 13164, in *DeJure*].

La riconosciuta validità di simili contratti è stata giustificata, anzitutto, con l'osservazione che la conseguenza della nullità radicale non può ricavarsi, a ben vedere, dalla disposizione dell'art. 117, ult. comma, t.u.b. È vero, infatti, che tale ultima norma riconosce alla Banca d'Italia il potere di conformare certi negozi bancari: cioè, rispetto a contratti da individuare puntualmente, l'autorità evocata può stabilire – in forza di provvedimento autonomo – i contenuti necessari dei contratti medesimi, con conseguente nullità, testualmente prevista dalla regola di fonte primaria, degli eventuali accordi difformi dalle sue determinazioni [cfr. SCODITTI, *Patologie, responsabilità e rimedi nella contrattazione bancaria*, in *Contratti bancari*, cit., 920 ss.; LIACE, *sub art. 117 t.u.b.*, in COSTI e VELLA, *Commentario*, cit., 726 s.]. Eppure, la norma dell'art. 38, comma 2, t.u.b. non potrebbe ritenersi analoga a quella del successivo art. 117, comma 8: a differenza della seconda, la prima regola non assegnerebbe, infatti, alla Banca d'Italia il potere di imporre una certa clausola, con determinazione presidiata dall'indicata sanzione invalidante, limitandosi a consentirle di stabilire il limite massimo di finanziabilità, cioè, non una porzione autonoma del regolamento negoziale, ma un semplice aspetto concernente l'oggetto del contratto, già integrante uno dei relativi elementi essenziali, a prescindere da quanto deciso dall'autorità indipendente.

Ancora, ed in ogni caso, secondo il S.C., lo scopo del limite di finanziabilità di cui all'art. 38 t.u.b. è, primariamente, quello di impedire alle banche di effettuare finanziamenti non adeguatamente garantiti, in modo tale da evitare un sovraindebitamento del sistema bancario, e pertanto, in caso di mancato rispetto della soglia prevista, non può applicarsi l'art. 117, comma 8, t.u.b., posto che vi sarebbe un'incompatibilità rispetto agli interessi tutelati, essendo l'art. 117, ult. comma norma preposta alla tutela del cliente, quale contraente «debole». Tale considerazione sarebbe confermata dalla collocazione della regola nella complessiva trama di tale ultima fonte normativa e dalla previsione di un'ipotesi di c.d. «nullità relativa» [o «di protezione»], operante ad esclusivo beneficio del contraente medesimo, secondo la norma dell'art. 127, comma 2, t.u.b. [sulla nullità prevista da tale ultima disposizione, v. COTTERLI, *sub art. 127 t.u.b.*, in Costi e Vella, *Commentario*, cit., 905 s.; GIROLAMI, *Le nullità dell'art. 127 t.u.b. (con l'obiter delle Sezioni Unite 2014)*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2015, 1, 172; ma v. anche, più in generale sulle cc.dd. «nullità di protezione», POLIDORI, *Nullità di protezione e sistematica delle invalidità negoziali*, Esi, 2016; GENTILI, *La «nullità di protezione»*, in *Eur. dir. priv.*, 2011, 1, 77; GIROLAMI, *Le nullità di protezione nel sistema delle invalidità negoziali. Per una teoria della moderna nullità relativa*, Cedam, 2008]. All'opposto, l'art. 38 si configurerebbe, come detto, quale disposizione volta a garantire la protezione del sistema bancario, essendo ispirata all'intento di circoscrivere il rischio che le banche compromettano, con l'incontrollata concessione di finanziamenti esorbitanti, la propria stabilità economica [c.d. «rischio di credito»].

Senza considerare che, associando al superamento della prescritta soglia di

finanziabilità la nullità radicale del contratto di credito fondiario, si darebbe luogo a gravi incertezze: non solo perché, di regola, il testo contrattuale non raccoglie tutti gli elementi utili per appurare se quella violazione sia stata concretamente integrata, ma anche perché il valore dell'immobile ipotecato e il costo delle opere da realizzare sul bene stesso, come parametri da considerare nel tentativo di calcolare tale soglia caso per caso, costituiscono, in parte, dati opinabili, tendenzialmente soggetti, anche in presenza di una perizia di stima, a un margine di incertezza [sulla questione, v., per tutti, SEPE, *sub art. 38 t.u.b.*, cit., 441 ss.].

Non si potrebbe obiettare infine, abbandonando il riferimento alla disposizione dell'art. 117 t.u.b., che l'inosservanza del limite quantitativo di finanziabilità si traduce nella violazione di una norma imperativa, comportando quindi, ai sensi dell'art. 1418 c.c., la nullità c.d. «virtuale» del contratto [oltre alle più note trattazioni generali sul contratto, come C.M. BIANCA, *Diritto civile*, III, *Il contratto*, 3^a ed., Giuffrè, rist. 2019, 572 ss.; SACCO, in ID. e DE NOVA, *Il contratto*, 4^a ed., Utet, 2016, 1455 ss.; ROPPO, *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato* a cura di Iudica e Zatti, 2^a ed., Giuffrè, 2011, 693 ss., si vedano, sulla nullità del contratto per contrarietà a norme imperative, FRANCESCHELLI, *Nullità del contratto*, in *Codice civile. Commentario* fondato da Schlesinger, diretto da Busnelli, Giuffrè, 2015, 87 ss.; RABITTI, *sub art. 1418 c.c.*, in *Commentario del codice civile* diretto da Gabrielli, *Dei contratti in generale* (a cura di Navarretta e Orestano), Utet, 2012, spec. 540 ss.; D'AMICO, *Nullità virtuale - Nullità di protezione (Variazioni sulla nullità)*, in *Contratti*, 2010, 732; ANT. ALBANESE, *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, Jovene, 2003; MAR. NUZZO, voce *Negoziio giuridico*, IV) *Negoziio illecito*, in *Enc. giur.*, XXIII, Treccani, 1990, 1 ss.; DE NOVA, op. cit., 435 ss.].

Riprendendo, infatti, la nota [ma controversa: v., in generale, FACHECHI, *Regole di condotta e regole di validità: verso il superamento del principio di non interferenza*, in *Corti salernitane*, 2012, 339 ss.; SCALISI, *Autonomia privata e regole di validità: le nullità conformative*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, 1, 735 ss.; R. NATOLI, *I rimedi per la violazione delle regole di condotta degli intermediari finanziari (oltre la distinzione tra regole di validità e regole di responsabilità)*, in PAGLIANTINI (a cura di), *Abuso del diritto e buona fede nei contratti*, Giappichelli, 2010, 303 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *Regole di validità e di comportamento: i principi e i rimedi*, in *Eur. e dir. priv.*, 2008, 3, 622.; nonché, nella specifica prospettiva che qui interessa, BALESTRA, *Il superamento dei limiti di finanziabilità nel mutuo fondiario tra regole di validità e regole di comportamento: a proposito di un (clamoroso) equivoco da parte della Cassazione*, in *Il fallimento*, 2014, 410; PAGLIANTINI, *La logica (illogica) dell'art. 38 TUB ed il canone (mobile) della Cassazione*, in *Contratti*, 2014, 5, 439] distinzione fra regole di validità e semplici norme di comportamento, alla seconda categoria, non alla prima, dovrebbe essere ricondotta la previsione dell'art. 38, comma 2, t.u.b., e le correlate determinazioni della Banca d'Italia, tutte orientate – in conformità con l'asserita *ratio* della vigente disciplina sul credito fondiario, tendente a contemperare l'esigenza di agevolare l'accesso al credito e la necessità di tutelare chi eroga i finanziamenti – a indirizzare il contegno degli istituti bancari (in chiave di «sana e prudente gestione») e già opportunamente presidiate da «sanzioni» diverse dall'invalidità del contratto perfezionato senza rispettarle.

4. (Segue). L'orientamento attualmente prevalente, che predica la nullità (c.d. «virtuale») del negozio di credito fondiario e la compromissione della connessa garanzia ipotecaria

Un deciso *revirement* rispetto all'orientamento giurisprudenziale appena descritto si è realizzato con la pronuncia della Cassazione, 13 luglio 2017, n. 17352 [in *DeJure*], la quale ha invece affermato la nullità dell'intero contratto di mutuo fondiario e dell'accessoria garanzia ipotecaria. La banca che abbia erogato un simile mutuo, violando il prescritto limite di finanziabilità, si ritroverebbe, di conseguenza, in una posizione analoga a quella di qualsiasi altro creditore chirografario e potrebbe pretendere solo la restituzione di quanto prestato a titolo di indebito oggettivo ex art. 2033 c.c., senza poter

contare, quindi, sulla garanzia medesima e sui vantaggi previsti dalle disposizioni di cui agli artt. 38 ss. t.u.b. [sul regime delle restituzioni dipendenti dall'accertata nullità di contratti bancari, si veda, sia pure in prospettiva diversa da quella qui esaminata, PAGLIANTINI, *Nullità formali bancarie e restituzioni (a margine di una recente decisione dell'A.B.F. - Arbitrato Bancario Finanziario)*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, 3, 179].

La conclusione prospettata, oggi prevalente nella giurisprudenza di legittimità [*ex multis*, Cass. 21 gennaio 2020, n. 1193; Cass. 28 giugno 2019, n. 17439; Cass. 9 maggio 2018, n. 11201, tutte in *DeJure*], non muove, giova sottolinearlo, dalla riconosciuta connessione fra le disposizioni degli artt. 38, comma 2, e 117, comma 8, t.u.b., già negata dall'indirizzo precedente [si noti, l'esclusione della nullità c.d. «testuale» nella materia *de qua* è stata confermata anche dall'ordinanza che si commenta in questa sede]. Essa si basa, essenzialmente, su una duplice constatazione di fondo, incompatibile con la soluzione propugnata da quell'indirizzo: da un lato, le regole impositive del limite in esame non potrebbero intendersi come semplici norme di comportamento, rivolte agli istituti bancari e tendenzialmente operanti nella fase delle trattative, riguardando pur sempre un elemento essenziale del contratto di credito fondiario, cioè il suo oggetto, e così qualificando tale negozio sul piano strutturale; dall'altro, essendo giustificate dall'esigenza di preservare la stabilità del sistema bancario, esse dovrebbero considerarsi norme imperative [di «ordine pubblico economico», come talvolta si dice: v., *ex multis*, ROPPO, op. cit., 383 ss.; G.B. FERRI, voce *Ordine pubblico (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXX, Giuffrè, 1980, 1055 ss.].

Il superamento della quota massima di finanziabilità integrerebbe quindi, ai sensi dell'art. 1418 c.c., un'ipotesi di nullità c.d. «virtuale». È stata invece esclusa, seppure presa in considerazione da autorevole dottrina [A.M. BENEDETTI e PESCE, *Il mutuo fondiario*, in CONTE (diretto da), *Arbitro Bancario e Finanziario* (a cura di Balestra, Di Raimo, Maffei, Maggiolo, Marinaro, R. Natoli, Pagliantini e Recinto), Giuffrè, 2021, 833 ss.; ID., *Mutuo fondiario, superamento del tetto di finanziabilità*, cit., 1531 ss.], la possibilità di applicare l'istituto della nullità parziale, essendo il limite di finanziabilità elemento essenziale affinché il finanziamento possa essere ricondotto nell'area della fattispecie del mutuo fondiario; onde la nullità non potrebbe che ricadere sull'intero regolamento contrattuale [quanto alla disciplina della nullità parziale, basti rinviare, anche per ulteriori riferimenti bibliografici, a FRANCESCHELLI, op. cit., 153 ss.; RABITTI, *sub art. 1419 c.c.*, in *Commentario del codice civile* diretto da Gabrielli, *Dei contratti in generale*, cit., 589 ss.]. Diversamente, come si è appena accennato, nel ricorso a tale istituto taluno ha ravvisato la soluzione più corretta ed equilibrata, in quanto, attuando il principio di conservazione del contratto, essa consentirebbe di «ridimensionare» l'operazione «sovrabbondante», riconducendola entro il limite massimo di finanziabilità, con salvezza dello statuto fondiario e dell'accessoria ipoteca, proporzionalmente «ristretta», mentre la somma eccedente il limite medesimo, già erogata, dovrebbe ritenersi soggetta a ripetizione *ex art. 2033 c.c.* [v. ancora, in questi termini, A.M. BENEDETTI e PESCE, *Mutuo fondiario, superamento del tetto di finanziabilità*, cit., 1531 ss.]. Si è precisato, peraltro, che la nullità parziale del finanziamento, incidente solo sull'eccedenza, può predicarsi esclusivamente nel caso in cui l'accennato «ridimensionamento» risulti coerente con la volontà delle parti, cioè «col modello distributivo di oneri e vantaggi su cui [le stesse] avevano consentito», come d'altronde prescritto dall'art. 1419, comma 1, c.c., il quale, com'è noto, stabilisce la nullità dell'intero contratto «se risulta che i contraenti non lo avrebbero concluso senza quella parte del suo contenuto colpita dalla nullità». Così ragionando, allora, vi è la necessità di appurare quale fosse l'assetto di interessi previsto dalle parti al momento della conclusione del contratto: se all'esito dell'indagine sul punto, sollecitata dalla parte interessata a caducare l'operazione nel suo complesso, risulta che i contraenti non avrebbero perfezionato un finanziamento fondiario di ammontare inferiore a quello erogato in violazione del limite di finanziabilità, si dovrebbe concludere per la nullità dell'intero contratto [si vedano, inoltre, le considerazioni di PAGLIANTINI, *Profili sull'integrazione del contratto abusivo parzialmente nullo*, in D'AMICO e PAGLIANTINI, *Nullità per abuso ed integrazione del contratto*, Giappichelli, 2013, 67 ss.; ID., *La logica (illogica) dell'art. 38 TUB ed il canone (mobile) della Cassazione*, cit., 440, il quale,

discostandosi dalla soluzione incentrata sulla nullità parziale, riflette circa la possibilità di attuare, *ope iudicis*, una riduzione conservativa del contratto per la parte che eccede il limite di finanziabilità: «residua per ciò una riduzione giudiziale per la parte in più, assicurante comunque al mutuante un credito privilegiato nei termini di legge. E, se per la quota sopravanzante sarà questione di indebita *ex art. 2033 c.c.*, scalzando così l'impressione di un premio irragionevole, gli altri creditori non potranno dolersi di una violazione dell'art. 2741 c.c. perché la deroga non decampa da un'ipotesi di legge»].

Esaurito il breve inciso circa la nullità parziale, non può dirsi, peraltro, che le gravi conseguenze derivanti dal predicare la nullità dell'intero contratto di mutuo fondiario siano sfuggite all'orientamento di legittimità espresso nel 2017. Si è infatti precisato, con il chiaro intento di stemperare tali conseguenze, che il contratto di credito fondiario reso nullo dalla violazione del limite stabilito a norma dell'art. 38, comma 2, t.u.b. può astrattamente convertirsi in un contratto diverso, in base al meccanismo regolato dall'art. 1424 c.c., come un ordinario mutuo ipotecario, supponendo, così, la diversità tipologica fra questo mutuo e il mutuo fondiario, previa verifica, da parte dell'Autorità giudiziaria, dei requisiti sostanziali e formali richiesti dalla norma medesima (su tale meccanismo di parte generale, cfr. GIAIMO, *Conversione del contratto nullo*, in *Codice civile. Commentario* fondato da Schlesinger, diretto da Busnelli, Giuffrè, 2012; RABITTI, *sub art. 1418 c.c.*, in *Commentario del Codice civile* diretto da Gabrielli, *Dei contratti in generale*, cit., 718 ss.; DE NOVA, voce *Conversione del negozio nullo*, in *Enc. giur.*, IX, Treccani, 1988, 1 ss.; nonché, fra le opere già citate, SACCO, *op. cit.*, 1515 ss., il quale, peraltro, segnala che la «pratica è poco allenata alla conversione» del contratto).

5. Esigenze di complessivo ripensamento prospettate dalla recente ordinanza della Cassazione

È nella descritta contrapposizione di opinioni che si è infine inserita l'ordinanza in commento, revocando in dubbio il più recente orientamento di legittimità, sinora più volte confermato dal Supremo Collegio.

L'avvertita esigenza di rimeditare il buon fondamento di tale ultima impostazione e del relativo apparato argomentativo, che ha dato luogo all'ordinanza medesima, si riallaccia a una pluralità di considerazioni.

Anzitutto, il provvedimento *de quo* ha insistito sulla necessità di appurare se davvero la nullità virtuale del contratto di credito fondiario possa dipendere dalla violazione di una regola di fonte secondaria, anziché primaria, come quella integrata, rispetto al ricordato limite di finanziabilità, dalle determinazioni della Banca d'Italia, sia pure con il supporto dell'art. 38 t.u.b.: discutibile sarebbe infatti lo scopo di simili determinazioni, dovendosi stabilire, una volta per tutte, se le stesse siano orientate a tutelare gli istituti bancari o rispondano, invece, a un interesse generale, che sanzioni diverse da tale invalidità, specificamente contemplate dall'ordinamento giuridico, non siano già idonee a garantire in modo soddisfacente.

Si dovrebbe altresì riflettere, poi, sul fatto che il rispetto di tale limite sia veramente un attributo essenziale e caratterizzante del credito fondiario, inteso come fattispecie autonoma, poiché, a ben vedere, esso costituirebbe solo una specificazione (o un «connotato quantitativo») dello stesso oggetto contrattuale rinvenibile in vari negozi, non un elemento autonomo, mancante in ogni altro contratto più o meno affine. Su tale punto, infatti, l'indirizzo dominante ha sostenuto come, diversamente da ogni altra specie di mutuo garantito da ipoteca, il limite di finanziabilità costituisca elemento interno e strutturale della fattispecie [espressamente, Cass. 9 maggio 2018, n. 11201, in *DeJure*]. Sicché, l'unica possibilità per garantire la conservazione del contratto, a rigor di logica, sarebbe rappresentata dal meccanismo della conversione cui all'art. 1424 c.c., il quale postula che si possano produrre gli effetti di un «contratto diverso»: ciò sarebbe giuridicamente possibile solo predicando l'autonomia tipologica del mutuo fondiario, come, invero, prospettato dall'orientamento *de quo*.

Né si potrebbe trascurare di dare il giusto peso a una serie di aspetti ulteriori: alle incertezze già poste in luce dalle sentenze del 2013, nascenti dalla teoria orientata a

riconoscere la nullità integrale del contratto di credito fondiario concluso in violazione delle determinazioni sull'entità massima del finanziamento, il cui accertamento concreto – al tempo della contrattazione e in epoca successiva, non potendosi attribuire un rilievo assorbente ai dati eventualmente riportati nel testo contrattuale – dipenderebbe da stime complesse e inevitabilmente connotate da un certo margine di «opinabilità»; all'asserita irrazionalità di talune conseguenze derivanti dall'accoglimento di tale teoria, poiché la nullità stessa, compromettendo anche la garanzia ipotecaria della banca, comporterebbe un vantaggio esorbitante per il soggetto finanziato; ancora, all'impossibilità di superare questi e altri inconvenienti con il ricorso alla regola dell'art. 1424 c.c., applicabile solo in presenza di presupposti specifici e stringenti, non sempre sussistenti.

Alle conseguenze derivanti dalla declaratoria di nullità del mutuo fondiario, definite «paradossali» dall'ordinanza in commento, è stata dedicata particolare attenzione. L'*iter* argomentativo del provvedimento in esame pone l'accento, in particolare, sugli aspetti «di crisi» del rapporto negoziale: sia con riguardo all'esecuzione individuale, relativamente alla quale «la nullità darebbe luogo all'estinzione della procedura esecutiva», così determinandosi, inoltre, un danno nei confronti dei creditori intervenuti, ma privi di titolo esecutivo per il venir meno di quello principale e riferibile al creditore precedente; sia in relazione alla procedura concorsuale, dove il rispetto della *par condicio*, invece di trovare tutela attraverso l'ordinario rimedio della revocatoria ex art. 67 l.f., verrebbe invece protetto attraverso la sanzione della nullità dell'intero contratto e della connessa ipoteca, creandosi, così, un vantaggio obiettivamente sproporzionato per il mutuatario, posto che, dopo aver ottenuto dall'istituto bancario una somma maggiore rispetto a quella erogabile per legge, realizzerebbe anche la completa liberazione dell'immobile dall'ipoteca.

Si dovrebbe quindi meditare, in definitiva, se sia più opportuno abbandonare l'indirizzo interpretativo inaugurato dalla Cassazione nel 2017, semplicemente concludendo che il contratto formalmente qualificato come negozio di credito fondiario, concluso senza rispettare il prescritto limite di finanziabilità, debba essere «riqualificato», essenzialmente in termini di ordinario mutuo ipotecario: dunque, ammettendo la validità di quel contratto e dell'associata garanzia ipotecaria, ma disconoscendo, dal lato del contraente finanziatore, l'applicabilità dello speciale trattamento previsto dalle norme degli artt. 38 ss. t.u.b: nel senso che, essendo il mutuo fondiario solo una specie di mutuo tra le tante che possono essere erogate, con la peculiarità che esso è regolato, come detto, da una speciale disciplina di particolare favore per i mutuanti, ne conseguirebbe che tale finanziamento, pur qualificato quale fondiario, ove non sia rispettata la soglia [l'ordinanza in esame parla in tal senso di «scarto di garanzia»] di cui alla determina del C.I.C.R., altro non sarebbe che un ordinario mutuo ipotecario.

È prematuro e inopportuno, allo stato, il tentativo di preconizzare il possibile responso delle Sezioni Unite; eppure, che l'orientamento attualmente prevalente nella giurisprudenza di legittimità, propenso a ragionare in termini di nullità contrattuale per contrarietà a norme imperative, sia destinato a trovare conferma definitiva sulla base del sollecitato intervento nomofilattico non è del tutto scontato, ben potendosi ravvisare, altrove, alcuni segnali del suo parziale cedimento [sul punto, di recente, RUMI, *La tormentata vicenda del credito fondiario*, in *Contratti*, 2022, 1, 66, la quale ravvisa nella «riqualificazione» del contratto (da credito fondiario a semplice mutuo ipotecario «ordinario») la soluzione che meglio si adatta a comporre i vari interessi in gioco, come aveva già sostenuto, espressamente, D'AMICO, *La Cassazione e il credito fondiario*, in *Libro dell'anno del diritto* 2015, in www.treccani.it]. Merita infatti osservare, per concludere, come un recente provvedimento della Suprema Corte, pur avendo sospeso il giudizio pendente in attesa di un simile intervento, raccolga l'espresso rifiuto di tale ultimo orientamento, sostanzialmente fondato – al netto di considerazioni più ampie, difficilmente riassumibili in poche battute – sulla condivisione delle perplessità manifestate con l'ordinanza in rassegna e sulla convinzione, espressa anche da una parte della successiva giurisprudenza di merito [cfr. App. Catania, 5 maggio 2022, in *DeJure*; Trib. Parma, 13 aprile 2022, in www.leggiditalia.it], che il mutuo c.d. «fondiario» costituisca una semplice «sottospecie» dell'ordinario mutuo ipotecario, non una

fattispecie autonoma, e che l'inosservanza della soglia determinata ai sensi dell'art. 38, comma 2, t.u.b. dia luogo, in danno della banca finanziatrice, alla mera inapplicabilità dei vantaggi stabiliti dalle norme immediatamente successive [Cass., 8 marzo 2022, n. 7509, in *DeJure*].

Bibliografia essenziale

Credito fondiario (in generale) e limite di finanziabilità:

BARILLÀ, *sub artt. 38 ss. t.u.b.*, in COSTI e VELLA, *Commentario breve al Testo unico bancario*, Cedam, 2019, 193

BENEDETTI A.M. e PESCE, *Mutuo fondiario, superamento del tetto di finanziabilità e nullità strutturale*, in *Giur. it.*, 2020, 6, 1528

CHIANALE, *La nullità del mutuo fondiario per superamento del limite di finanziabilità*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2019, 5, 583

DOLMETTA, *Identità del credito fondiario e "premio dell'irragionevolezza"*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2014, 2, 127

FARINA e FALCONE, *Le operazioni bancarie speciali*, in CAPOBIANCO (a cura di), *Contratti bancari*, Wolters Kluwer, 2019, 1674

PAGLIANTINI, *La logica (illogica) dell'art. 38 TUB ed il canone (mobile) della Cassazione*, in *Contratti*, 2014, 5, 439

SEPE, *sub artt. 38 ss. t.u.b.*, in *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, diretto da Capriglione, Cedam, 2012, 429

SANGIOVANNI, *Superamento del limite di finanziabilità, nullità del mutuo fondiario e possibile conversione del contratto nullo*, in *Corr. giur.*, 2020, 10, 1231

TATARANO, *Mutuo di scopo e mutuo fondiario tra patologie e rimedi*, Esi, 2022

Nullità del contratto (in particolare, nullità virtuale e cc.dd. «nullità di protezione»):

DE NOVA, *Il contratto contrario a norme imperative*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1985, 3-4, 435

GIROLAMI, *Le nullità di protezione nel sistema delle invalidità negoziali. Per una teoria della moderna nullità relativa*, Cedam, 2008

RABITTI, *sub art. 1418 c.c.*, in *Commentario del codice civile* diretto da Gabrielli, *Dei contratti in generale* a cura di Navarretta e Orestano, Utet, 2012, spec. 540

Nullità parziale e conversione del contratto nullo:

DE NOVA, voce *Conversione del negozio nullo*, in *Enc. giur.*, IX, Treccani, 1988, 1

FRANCESCHELLI, *Nullità del contratto*, in *Codice civile. Commentario* fondato da Schlesinger, diretto da Busnelli, Giuffrè, 2015, 153

GALGANO, *Della nullità del contratto*, in *Commentario del codice civile* a cura di Scialoja e Branca, Zanichelli, 1998, 78

GIAIMO, *Conversione del contratto nullo*, in *Codice civile. Commentario* fondato da Schlesinger, diretto da Busnelli, Giuffrè, 2012

MANTOVANI, *Le nullità e il contratto nullo*, in *Trattato del contratto* diretto da Roppo, IV, *Rimedi*, I, a cura di Granelli, Giuffrè, 2006, 1

RABITTI, *sub art. 1418 c.c.*, in *Commentario del codice civile* diretto da Gabrielli, *Dei contratti in generale* (a cura di Navarretta e Orestano), Utet, 2012, 718

TOMMASINI, voce *Nullità*, in *Enc. dir.*, XXVIII, Giuffrè, 1978, 866

Regole di validità e regole di comportamento (loro reciproche interferenze):

NATOLI R., *I rimedi per la violazione delle regole di condotta degli intermediari finanziari (oltre la distinzione tra regole di validità e regole di responsabilità)*, in PAGLIANTINI (a cura di), *Abuso del diritto e buona fede nei contratti*, Giappichelli, 2010, 303

SCALISI, *Autonomia privata e regole di validità: le nullità conformative*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, 1,

735

SCOGNAMIGLIO C., *Regole di validità e di comportamento: i principi e i rimedi*, in *Eur. e dir. priv.*, 2008, 3, 622

RESPONSABILITÀ E RIMEDI

Sull'azione di risarcimento del danno *iure proprio* subito dal congiunto del paziente *

di LUIGI PIRROTTI

Avvocato
Foro di Milano

(CORTE DI CASSAZIONE, sezione terza civile, sent. 7 aprile 2022, n. 11320; Pres. Travaglinio – Est. Spaziani)

Abstract

Secondo la decisione in commento, solo il paziente, in quanto titolare del rapporto contrattuale di ospedalità, è legittimato ad agire per il risarcimento dei danni cagionatigli dall'inadempimento della struttura sanitaria con azione contrattuale. Al contrario, fatta eccezione per l'ambito dei rapporti afferenti a prestazioni inerenti alla procreazione, la pretesa risarcitoria vantata dai congiunti per i danni da essi autonomamente subiti, in via mediata o riflessa, in conseguenza del medesimo contegno inadempiente, rilevante nei loro confronti come illecito aquiliano, si colloca nell'ambito della responsabilità extracontrattuale ed è soggetta alla relativa disciplina.

According to the commented decision, while the patient, as the holder of the contractual relationship, is entitled to take action in the breach of contract for compensation for the damage caused by the non-fulfillment of the health facility. On the contrary - with the exception of the area of services related to procreation - the compensation claimed by the relatives for the damages they independently suffered as a consequence of the same non-fulfillment falls within the scope of non-contractual liability and is subject to the relative regulations.

Sommario: 1. Il fatto; 2. La responsabilità sanitaria: un sottosistema della responsabilità civile; 3. Il contratto di ospedalità e gli effetti protettivi a favore del terzo; 4. Le questioni sottese alla sentenza in commento e i precedenti; 5. Conclusioni. La natura extracontrattuale dell'azione esperibile dal congiunto del paziente per i danni *iure proprio* subiti.

1. Fatto

Tizia, moglie di Caio, conveniva in giudizio, dinnanzi al Tribunale di Milano, l'Ospedale Alfa al fine di ottenere il risarcimento del danno – patrimoniale e non – *iure proprio* conseguente all'inadempimento degli obblighi contrattuali assunti dalla predetta struttura sanitaria nei confronti del marito Caio.

A sostegno della propria pretesa, Tizia assumeva che il marito Caio, affetto da Morbo di Parkinson, era stato ricoverato presso la struttura sanitaria convenuta per intraprendere un percorso di riabilitazione motoria. Dopo tre giorni dal ricovero, il marito Caio era scomparso, senza comunicare il suo allontanamento dalla struttura e senza più dare notizie di sé; le ricerche protrattesi per anni non avevano dato alcun esito. Sosteneva, dunque, Tizia che la scomparsa del marito fosse imputabile alla struttura sanitaria e che integrasse inadempimento degli obblighi contrattuali assunti dalla stessa (in particolare, dell'obbligo di vigilanza e protezione del paziente ricoverato).

* Il presente contributo è stato sottoposto a valutazione in forma anonima ed è stato pubblicato in anteprima su rivistapactum.it il 13.09.2022.

La struttura sanitaria resisteva in giudizio e, all'esito dello stesso, il Tribunale di Milano rigettava la domanda attorea.

Veniva proposto, da parte di Tizia, appello. La Corte d'Appello di Milano, seppur con diversa motivazione, confermava la sentenza di primo grado.

Nello specifico, la Corte d'Appello, in primo luogo, evidenziava come l'azione proposta da Tizia fosse volta ad ottenere il risarcimento del danno iure proprio, e non iure hereditario, subito; pertanto, considerato che Tizia era estranea al contratto di ospedalità concluso tra il marito e la struttura sanitaria, affermava la natura extracontrattuale dell'azione proposta. Da ciò ne conseguiva che gravava su Tizia l'onere di provare gli elementi costitutivi dell'illecito ascritto alla struttura, ossia, da un lato, l'omissione colposa del dovere di vigilanza sul marito (configurabile solo in presenza di una condizione di menomazione psichica del paziente tale da imporre un simile obbligo) e, dall'altro lato, il danno che dalla predetta omissione le sarebbe consequenzialmente derivato. Nel caso di specie, sosteneva la Corte, tale prova non era stata fornita da Tizia e, in ogni caso, l'esito dell'istruttoria aveva dimostrato l'inesistenza di una condotta omissiva colposa da parte della struttura.

Tizia proponeva ricorso per cassazione sulla base di sei articolati motivi, sostenendo, in particolare, che la Corte d'Appello avrebbe errato nel qualificare la domanda proposta quale domanda di risarcimento del danno extracontrattuale, nonché avrebbe errato nel non ritenere che il contratto concluso tra paziente e struttura sanitaria produce – in ogni caso – cc.dd. “effetti protettivi” nei confronti di terzi (cc.dd. terzi protetti dal contratto), i quali, laddove subiscano un danno in conseguenza dell'inadempimento contrattuale, possono esperire, nei confronti della parte inadempiente, azione di natura contrattuale.

2. La responsabilità sanitaria: un sottosistema della responsabilità civile

La sentenza in commento offre l'opportunità di soffermarsi sull'istituto della responsabilità civile sanitaria.

Il punto di partenza per qualsivoglia disamina sulla responsabilità civile sanitaria non può che essere l'art. 7 della l. 8 marzo 2017, n. 24 (c.d. “Gelli-Bianco”), rubricato “Responsabilità civile della struttura e dell' esercente la professione sanitaria”.

Tale disposizione traccia una netta bipartizione tra la responsabilità per colpa medica della struttura sanitaria e la responsabilità per colpa medica dell' esercente la professione sanitaria, dando vita al cosiddetto “doppio binario” della responsabilità civile sanitaria: la struttura sanitaria risponde dei danni cagionati al paziente ai sensi degli artt. 1218 e 1228 c.c., ossia a titolo contrattuale; l' esercente le professioni sanitarie, che esercita la propria attività a qualsiasi titolo all'interno della struttura sanitaria, risponde, invece, della propria condotta ex art. 2043 c.c., ossia a titolo extracontrattuale.

La specifica disciplina appena descritta fa della responsabilità civile sanitaria una categoria a sé stante della responsabilità civile e, indubbiamente, speciale rispetto a quest'ultima.

Per comprendere a pieno la *ratio legis* dell'art. 7, è necessario ripercorrere gli orientamenti dottrinali e giurisprudenziali che, via via, si sono, negli anni, susseguiti.

Quanto al rapporto tra la struttura sanitaria e il paziente, questo è stato, inizialmente e per lungo tempo, ricondotto nell'alveo della responsabilità extracontrattuale e, più precisamente, della disciplina di cui all'art. 2049 c.c., ossia della “responsabilità dei padroni e dei committenti”; la struttura sanitaria, nella qualità di datore di lavoro, rispondeva, dunque, per il fatto illecito del sanitario.

Con la sentenza n. 6141 del 21 dicembre 1978, la Corte di Cassazione ha, per la prima volta, affermato la natura contrattuale della responsabilità della struttura sanitaria nei confronti del paziente, sull' assunto secondo cui, si legge in sentenza, «l' ente, obbligandosi ad eseguire le prestazioni, ha concluso col paziente un contratto d' opera intellettuale».

Tale sentenza rappresenta un cambio di rotta nel rapporto tra azienda ospedaliera e paziente.

Senza dilungarci ulteriormente, è sufficiente evidenziare che, inquadrando la responsabilità in oggetto come contrattuale, si intendeva conferire al rapporto struttura-paziente un'accezione prevalentemente privatistica, in un'ottica protettiva per il paziente.

Il rapporto tra struttura e paziente veniva qualificato come un rapporto complesso, che ha ad oggetto plurime prestazioni (di cura e assistenza, alberghiere ecc.), le quali devono essere adempiute secondo un determinato *standard* qualitativo, poiché i diritti e gli interessi sottesi al rapporto, di cui il paziente è portatore, trovano fondamento nell'art. 32 Cost.

Si giunge, dunque, all'elaborazione della figura del c.d. contratto atipico di spedalità.

L'accettazione, da parte della struttura sanitaria, del paziente ai fini del ricovero o di una visita ambulatoriale comporta la conclusione di un contratto.

Si tratta di un contratto a prestazioni corrispettive che si instaura tra la struttura sanitaria e il paziente, in forza del quale, a fronte del pagamento di un corrispettivo, il quale può essere pagato dal paziente, dall'assicuratore ovvero dal SSN, la struttura sanitaria è tenuta ad eseguire una prestazione complessa consistente nell'apprestamento delle cure mediche, nella messa a disposizione del personale medico e paramedico, nonché delle attrezzature necessarie alla prestazione delle cure, nonché nel fornire servizi alberghieri e di controllo e vigilanza sul paziente [cfr., da ultimo, Trib. Milano, 26 giugno 2021, in *DeJure*].

In caso di inadempimento degli obblighi contrattualmente assunti, la responsabilità della struttura ospedaliera ha, pertanto, natura contrattuale, sia in relazione al proprio inadempimento, sia per quanto concerne il comportamento dei suoi ausiliari, trovando dunque applicazione la regola posta dall'art. 1228 c.c. [cfr. Cass., 30 settembre 2015, n. 19541, in *DeJure*].

Diversa, invece, la qualificazione del rapporto che si instaura tra il medico e il paziente che, come detto in precedenza, l'art. 7 della Legge Gelli-Bianco afferma avere natura extracontrattuale.

Bisogna, però, fare un necessario distinguo.

Il rapporto che si instaura tra un medico libero professionista, che presta la propria attività senza alcun vincolo con una struttura sanitaria (pubblica o privata) in un proprio studio professionale ovvero in un ambulatorio, e il paziente ha natura contrattuale.

Diverso, invece, il caso del medico, sia dipendente che libero professionista, che opera all'interno della struttura sanitaria.

Sul punto, si registra, da sempre, un vivace dibattito dottrinale e giurisprudenziale.

Alla fine degli anni '80, l'orientamento giurisprudenziale prevalente qualificava come contrattuale la responsabilità della struttura sanitaria verso il paziente, poiché tra gli stessi era intercorso un contratto atipico di spedalità; come extracontrattuale il rapporto tra medico e paziente, poiché tra gli stessi non intercorreva alcun contratto; contrattuale il rapporto tra la struttura e il sanitario, poiché tra gli stessi intercorreva un rapporto di lavoro [Cass., 21 aprile 1988, n. 2144, in *DeJure*].

Tale orientamento fu messo in discussione da autorevole dottrina [sul punto, si veda C. CASTRONOVO, *L'obbligazione senza prestazione ai confini fra contratto e torto*, in *Scritti in onore di Mengoni*, I, Giuffrè, 1995, 197 ss.], la quale, sulla scorta della teoria del contatto sociale, muovendo dall'art. 1173 c.c., nella parte in cui – tra le fonti delle obbligazioni – fa riferimento agli altri atti o fatti idonei a produrre obbligazioni, tra cui la fonte costituzionale, rilevava che, nel nostro ordinamento, vi sono anche «obbligazioni senza prestazione ai confini fra contratto e torto» [cfr. C. CASTRONOVO, op. cit.].

Ci si riferisce alla categoria dei «rapporti contrattuali di fatto o da contatto sociale», nei quali il rapporto obbligatorio sorge anche in assenza di un contratto. Ciò sarebbe possibile in quanto specifiche professioni, quale quella sanitaria, sono da considerarsi «protette». Le obbligazioni derivanti da tali tipologie di rapporti vengono definite «obbligazioni di protezione», in cui non sussiste una prestazione in senso tecnico (per tale ragione, sono definite «obbligazioni senza prestazione»), ma un dovere di tutela degli interessi della controparte del contratto.

Mancando il contratto, ad essere contrattuale è unicamente il rapporto, non anche

la fonte; da ciò ne consegue, quindi, la riconducibilità del rapporto da contatto sociale nell'alveo della responsabilità contrattuale.

Sulla base di tali argomentazioni, la Suprema Corte, con la sentenza n. 589/1999, affermava che «La responsabilità del medico ospedaliero dipendente ha natura contrattuale, sebbene essa non sia fondata su un contratto intervenuto tra le parti, ma su un contatto sociale, caratterizzato dall'affidamento che il malato pone nella professionalità del medico, fonte per quest'ultimo di obblighi di protezione nei confronti del paziente» [Cass., 22 gennaio 1999, n. 589, in *Studium Iuris*, 2000, 595].

Tale pronuncia ha dato il via ad un orientamento giurisprudenziale che, per circa un decennio, è rimasto consolidato [cfr. *ex multis* Cass., 13 aprile 2007, n. 8826, in *DeJure*; Trib. Milano, 3 febbraio 2012, in *DeJure*].

L'entrata in vigore della l. 8 novembre 2012, n. 189 (c.d. legge Balduzzi) metteva in crisi il modello della responsabilità del sanitario da "contatto sociale". Si legge, infatti, nell'art. 3 della suddetta legge, «L' esercente la professione sanitaria che nello svolgimento della propria attività si attiene a linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica non risponde penalmente per colpa lieve. In tali casi resta comunque fermo l'obbligo di cui all'articolo 2043 del codice civile (...)».

Nonostante il chiaro dato normativo, negli anni a seguire, la giurisprudenza, soprattutto di merito, rimase, però, divisa sul qualificare la responsabilità del sanitario come extracontrattuale [Trib. Torino, 26 febbraio 2013, in *DeJure*] oppure come contrattuale [Trib. Caltanissetta, 1 luglio 2013, in *DeJure*].

Si rese, quanto meno normativamente, necessario l'ulteriore intervento del legislatore sul punto, che – come visto – con l'art. 7 della Legge Gelli-Bianco ha voluto ribadire, questa volta in maniera incontrovertibile, la natura extracontrattuale della responsabilità del sanitario.

Oggi, ad eccezione di qualche sporadica pronuncia [v. Trib. Monza, 30 marzo 2022, in *DeJure*], la giurisprudenza di merito è concorde nel ritenere che la responsabilità dell'esercente la professione sanitaria abbia natura extracontrattuale [cfr. Trib. Siena, 24 settembre 2021, in *DeJure*].

3. Il contratto di speditività e gli effetti protettivi a favore del terzo

L'art. 1372 c.c. dispone, al comma primo, che «il contratto ha forza di legge tra le parti» e, al comma secondo, che «il contratto non produce effetto rispetto ai terzi che nei casi previsti dalla legge». È questo il c.d. principio di relatività del contratto.

Tale principio è stato oggetto di revisione critica da parte della dottrina più recente che, operando un'interpretazione evolutiva dello stesso, ha portato all'elaborazione della figura del c.d. «contratto ad effetti protettivi nei confronti dei terzi».

Si tratta di un contratto da cui discendono obblighi di protezione in favore di soggetti che sono estranei al rapporto negoziale, ma che, comunque, in ragione della loro "prossimità qualificata" alla prestazione oggetto del contratto, possono essere esposti ad un pericolo di danno alla stessa stregua dei contraenti. Tale "prossimità qualificata", a sua volta, trae origine da un rapporto giuridico che lega il terzo ad una delle parti contraenti, che può essere un rapporto di parentela, di lavoro o, comunque, un diverso rapporto dal quale scaturisca un obbligo di protezione o di cura. In forza, infatti, di tale rapporto, l'esecuzione del contratto espone il terzo a rischi identici a quelli che si prospettano per il soggetto contraente, sicché, per un'esigenza di giustizia sostanziale, l'obbligato dovrà astenersi dall'arrecare danno non solo alla controparte ma anche al soggetto destinatario dell'effetto di protezione che, in caso contrario, sarà legittimato a chiedere il risarcimento dei danni sofferti *ex artt.* 1218 e ss. c.c. [in tal senso, si veda, C. CASTRONOVO, *Obblighi di protezione e tutela del terzo*, in *Jus*, 1976, 1-2, 168].

Il contratto a favore di terzo ha trovato ampia applicazione nella responsabilità civile sanitaria, nella quale ad essere danneggiato dall'inadempimento non è solo il paziente, bensì – potenzialmente – anche un suo familiare.

Sul punto, per lungo tempo, sia in dottrina [v. IADECOLA e BONA, *La responsabilità dei medici e delle strutture sanitarie*, Giuffrè, 2009, 244] che in giurisprudenza [cfr.

Cass., sez. un., 11 novembre 2008, n. 2697, in *DeJure*] si era concordi nel ritenere che il contratto di ospedalità avesse effetti protettivi nei confronti dei terzi, ossia che dallo stesso discendesse l'obbligo, per l'ente ospedaliero, di eseguire la prestazione, con diligenza qualificata, anche nei confronti dei congiunti del paziente, evitandogli qualsiasi possibile danno. L'efficacia *ultra partes* del contratto troverebbe giustificazione nel fatto che, in caso di inadempimento della struttura ospedaliera, i congiunti, a seconda dei casi, subivano la lesione del diritto inviolabile alla salute (art. 32, comma 1, Cost.), sotto il profilo del danno biologico sia fisico che psichico [Cass., 24 gennaio 2007, n. 1511, in *DeJure*]; del diritto inviolabile all'autodeterminazione (art. 32, comma 2, Cost. e art. 13 Cost.), come nel caso della gestante che, per errore diagnostico, non era stata posta in condizione di decidere se interrompere la gravidanza [Cass., 10 maggio 2002, n. 6735, in *DeJure*] e nei casi di violazione dell'obbligo del consenso informato [Cass., 14 marzo 2006, n. 5444, in *DeJure*]; dei diritti propri della famiglia (artt. 2, 29 e 30 Cost.) [Cass., 10 maggio 2002, n. 6735, in *DeJure*].

Il suddetto orientamento ha subito una battuta di arresto a partire dalla sentenza della Cassazione dell'8 maggio 2012, n. 6914, che, per prima, ha negato l'efficacia *ultra partes* del contratto di ospedalità.

4. Le questioni sottese alla sentenza in commento e i precedenti

Analizzati gli istituti sottesi alla sentenza in commento, è adesso possibile entrare, con maggiore compiutezza, nel merito della stessa.

Nel caso che ci occupa, la Suprema Corte viene chiamata a pronunciarsi sulla natura, contrattuale ovvero extracontrattuale, dell'azione proposta dal congiunto del paziente, nei confronti della struttura sanitaria, per il risarcimento del danno *iure proprio* subito.

Con la sentenza in epigrafe, dunque, la Corte ritorna, ribadendone i limiti, sul tema dell'efficacia *ultra partes* del rapporto contrattuale tra paziente e struttura sanitaria.

In particolare, muovendo il proprio ragionamento dal principio di relatività degli effetti del contratto, secondo cui il contratto ha efficacia limitata alle parti, la Corte nega che i congiunti del paziente siano terzi protetti del contratto; al contempo, individua e circoscrive le specifiche ipotesi nelle quali è configurabile un'efficacia *ultra partes* del contratto di ospedalità.

Tali ipotesi ricorrono ogniqualvolta il contratto di ospedalità ha ad oggetto prestazioni sanitarie inerenti alla procreazione [cfr., sul punto, Cass., 15 febbraio 2022, n. 4904, in *www.ridare.it*, 2 maggio 2022, con nota di Oberto, secondo cui «l'orientamento espresso dalla sentenza in commento non ritiene che i congiunti possano rientrare tra i terzi protetti dal contratto, affermando che tale concetto debba avere un ristretto campo di applicazione potendo essere "circoscritto - nell'ambito della responsabilità medica - al solo "sottosistema" in cui vengono in rilievo quelli che, nel modo di lingua inglese, vengono definiti come "*wrongful birth damages*" (così, in motivazione, Cass. civ., sez. III, sent. 8 luglio 2020, n. 14258)»].

Ci si riferisce, ad esempio, al contratto stipulato dalla gestante, avente ad oggetto la prestazione di cure finalizzate a garantire il corretto decorso della gravidanza oppure l'accertamento, e correlativa informazione, di eventuali patologie del concepito, anche in funzione del consapevole esercizio del diritto di autodeterminarsi in funzione dell'interruzione anticipata della gravidanza medesima [cfr. Cass., 9 luglio 2020, n. 14615, in *Mass. Giust. civ.*, 2020, secondo cui «non è configurabile, in linea generale, in favore di detti congiunti, un contratto con effetti protettivi del terzo, ipotesi che va circoscritta al contratto concluso dalla gestante con riferimento alle prestazioni sanitarie afferenti alla procreazione che, per la peculiarità dell'oggetto, è idoneo ad incidere in modo diretto sulla posizione del nascituro e del padre, sì da farne scaturire una tutela estesa a tali soggetti»; ed ancora, Cass., 2 ottobre 2012, n. 16754 nella quale si afferma che «Va riconosciuto al neonato, soggetto di diritto, giuridicamente capace, il diritto a chiedere il risarcimento conseguente alla sua nascita malformata» in *Foro it.* 2013, I, 1, 181 con nota di OLIVA].

La Corte di Cassazione, in numerose pronunce, ha delimitato l'efficacia *ultra partes* del contratto di speditività, sulla scorta del presupposto secondo cui, ad esempio, solo nel caso in cui la prestazione sia connessa alla procreazione, vi è identità tra l'interesse del paziente (*rectius* stipulante) e l'interesse del terzo [cfr. Cass., ord. 15 settembre 2020 n. 19188, in *Resp. civ. e prev.*, 2021, 2, 468, secondo cui «In tema di richiesta di risarcimento danni avanzata dai prossimi congiunti di un paziente deceduto, qualora questi facciano valere nei confronti della struttura ospedaliera il danno patito iure proprio da perdita del rapporto parentale, deve escludersi che l'azione esercitata sia riconducibile alla previsione dell'art. 1218 c.c., atteso che il rapporto contrattuale è intercorso solo tra la paziente e la struttura ospedaliera e che non può applicarsi, nei loro confronti, la figura del contratto con effetti protettivi nei confronti dei terzi (utilizzata solo con riguardo al contratto della gestante con l'ospedale per riconoscere effetti protettivi nei confronti del nascituro e del relativo padre) aventi un interesse identico a quello della stipulante che viene, quindi, coinvolto dall'esecuzione del contratto»].

Con la pronuncia in commento, però, la Corte, pur manifestando continuità con il surrichiamato orientamento, utilizza argomenti nuovi e, senza dubbio, innovativi.

Più nello specifico, il ragionamento formulato dalla Corte muove dalla struttura e dai limiti del rapporto obbligatorio.

Sul piano strutturale, il contratto ha efficacia relativa tra le parti, in quanto, nel rapporto obbligatorio, a fronte di un obbligo di eseguire la prestazione, vi è un interesse a conseguirla.

L'interesse, ai sensi dell'art. 1174 c.c., è unicamente quello del creditore e non anche di terzi, salvo i casi in cui questi ultimi non siano portatori di autonomi interessi sovrapponibili a quello del creditore.

Sussiste, afferma la Corte, «una corrispondenza biunivoca tra l'interesse creditorio (art. 1174 c.c.) e la causa del contratto, intesa quale causa concreta: l'interesse creditorio, per un verso, concorre ad integrare la causa concreta del contratto; per altro verso, è da quest'ultima determinato, quando l'obbligazione ha titolo nel contratto medesimo».

Sotto il profilo dei limiti, invece, il rapporto obbligatorio è improntato a criteri di normalità, i quali impongono di individuare i limiti di ragionevolezza al sacrificio del debitore e inducono ad escludere che la tutela contrattuale possa essere invocata dai soggetti terzi rispetto al contratto che abbiano riportato un pregiudizio in seguito all'inadempimento, ancorché siano legati al creditore da rapporti significativi di parentela o dal rapporto di coniugio.

5. Conclusioni. La natura extracontrattuale dell'azione esperibile dal congiunto del paziente per i danni *iure proprio* subiti

Alla luce delle argomentazioni sopra sintetizzate, la Suprema Corte ha, dunque, ritenuto che, nel caso di specie, il contratto di speditività intercorrente tra il paziente e la struttura sanitaria non producesse «effetti protettivi» nei confronti del congiunto del paziente e non avesse, quindi, efficacia «*ultra partes*».

Da ciò ne consegue che l'azione del congiunto del paziente, volta ad ottenere il risarcimento del danno *iure proprio* subito conseguente all'inadempimento contrattuale, da parte della struttura sanitaria, nei confronti del paziente, ha natura extracontrattuale.

Qualificata, pertanto, come extracontrattuale la domanda del congiunto del paziente, la Corte di Cassazione ha rigettato il ricorso proposto dalla ricorrente.

Dunque, mentre il paziente, in quanto titolare del rapporto contrattuale di speditività, è legittimato ad agire per il risarcimento dei danni conseguenti all'inadempimento della struttura sanitaria con azione contrattuale, al contrario, fatta eccezione per il delimitato ambito dei rapporti afferenti a prestazioni inerenti alla procreazione, la pretesa risarcitoria vantata dai congiunti per i danni da essi autonomamente subiti, in via mediata o riflessa, in conseguenza del medesimo inadempimento, si colloca nell'ambito della responsabilità extracontrattuale ed è soggetta alla relativa disciplina.

Diversamente, ha natura contrattuale l'azione dei congiunti volta a far valere in giudizio, nei confronti della struttura, pretese risarcitorie *iure hereditario*, già consolidate nella sfera del loro dante causa quali crediti derivanti dall'inadempimento contrattuale e da questi trasmesse *mortis causa* ai suoi eredi [cfr., sul punto, Cass., 9 luglio 2020, n. 14615, in *DeJure*, nella quale si afferma che «il rapporto contrattuale che si instaura fra il paziente e la struttura sanitaria o il medico esplica i suoi effetti tra le sole parti del contratto e l'inadempimento della struttura o del professionista genera responsabilità "contrattuale" esclusivamente nei confronti del paziente (responsabilità che, in caso di decesso, può essere fatta valere dai congiunti *iure hereditario*)»].

Il congiunto del paziente che agisce per il risarcimento del danno *iure proprio* subito avrà, pertanto, l'onere di provare tutti gli elementi di cui all'art. 2043 c.c., ossia l'esistenza del danno, il nesso di causalità tra condotta ed evento e la colpa o dolo del sanitario [cfr. Trib. Napoli, 6 maggio 2021, in *DeJure*].

Inoltre, ai sensi dell'art. 2947 c.c., la sua azione sarà soggetta al termine di prescrizione quinquennale [cfr. Cass., 20 aprile 2018, n. 9807, in *www.ridare.it*, 3 agosto 2018, con nota di SCALERA, *Natura extracontrattuale dei danni riflessi da violazione dei doveri di informazione del paziente*, secondo cui il termine di prescrizione decorre dal momento in cui si ha la percezione del fatto illecito e, in particolare, inizia «a decorrere in un momento successivo all'evento afflittivo subito dalla vittima principale, qualora il congiunto lamentasse che il danno *iure proprio* si è verificato, in tutto o in parte, solo successivamente alla operazione, per l'aggravarsi delle condizioni della vittima, per le ricadute della invalidità post-operatoria sulla vita familiare e l'aumento degli impegni legati alla necessità di assistenza del congiunto, per a depressione sopraggiunta insieme alla consapevolezza del radicalizzarsi e cronicizzarsi di una condizione di infermità in capo al danneggiato principale (Cass. 5590/2015)»].

Infine, qualificando l'azione come extracontrattuale ne consegue che, ai sensi dell'art. 2056 c.c., ai fini della quantificazione del danno, saranno inclusi anche i cc.dd. «danni imprevedibili» al momento in cui è sorta l'obbligazione [cfr. Cass., 30 marzo 2005, n. 6725, in *Mass. Giust. civ.*, 2005, 4, in cui si afferma che «In ordine all'entità del risarcimento dei danni derivati da fatto illecito, il requisito della prevedibilità del danno, correlato all'elemento psicologico di esso (art. 1225 c.c.), è inapplicabile alla responsabilità extracontrattuale, in quanto non richiamato dall'art. 2056 c.c., avendo scelto il legislatore di non commisurare il risarcimento al grado della colpa»].

Bibliografia essenziale

- BIANCA C.M., *Diritto civile*, III, *Il contratto*, Giuffrè, 2000, 566
- CASTRONOVO C., *Obblighi di protezione e tutela del terzo*, in *Jus*, 1976, 1-2, 168
- CASTRONOVO C., *L'obbligazione senza prestazione ai confini fra contratto e torto*, in *Scritti in onore di Mengoni*, I, Giuffrè, 1995, 197
- DI MAJO, *La protezione del terzo tra contratto e torto*, in *Eur. dir. priv.*, 2000, 1, 1
- FINI, *La responsabilità delle Strutture Sanitarie*, in *La Responsabilità Sanitaria*, Zanichelli, 2010, 365
- IADICOLA e BONA, *La responsabilità dei medici e delle strutture sanitarie*, Giuffrè, 2009, 244
- MARTINI, *La nuova responsabilità contrattuale delle strutture*, in *La nuova responsabilità sanitaria e la sua assicurazione*, Giuffrè, 2017, 231
- SALVI, *La responsabilità civile*, in *Trattato di diritto privato* a cura di Iudica e Zatti, Giuffrè, 1997, 8
- TRAPUZZANO, *La natura della responsabilità sanitaria alla luce della legge Balduzzi*, in *www.ridare.it*, 3 ottobre 2016
- VARANESI, *Il contratto con effetti protettivi per i terzi*, *Esi*, 2004, 26
- ZORZIT, *Il contratto con effetti protettivi a favore del terzo*, in *www.ridare.it*, 21 luglio 2022

Le Sezioni Unite si pronunciano (ancora una volta) sui presupposti applicativi dell'art. 2055 c.c. *

di ALESSANDRO MACIOCI e FRANCESCO MOLINARO

Dottore di ricerca | Dottorando di ricerca

Sapienza Università di Roma | Università degli Studi di Roma Tor Vergata

(CORTE DI CASSAZIONE, sezioni unite civili, sent. 27 aprile 2022 n. 13143; Pres. D'Ascola – Est. Terrusi)

Abstract

Le Sezioni Unite della Corte di cassazione, prendendo spunto dalla richiesta risarcitoria avanzata dagli investitori nei confronti della società fiduciaria (obbligata verso gli attori per il mancato adempimento dell'obbligo discendente dal mandato fiduciario di restituire loro le somme versate) ed il Ministero (responsabile dell'omessa vigilanza sulle società), analizzano i presupposti normativi per l'applicazione dell'articolo 2055 c.c. In particolare, esaminano la possibilità di applicare la norma in presenza di autonome condotte lesive, discendenti da titoli diversi.

The United Sections of the Court of Cassation, taking as their starting point the claim for damages brought by investors against the trust company (obliged to the plaintiffs for failure to perform the obligation arising from the fiduciary mandate to return to them the sums paid) and the Ministry (responsible for failure to supervise the companies), analyse the regulatory prerequisites for the application of Article 2055 of the Civil Code. In particular, they examine the possibility of applying the rule in the presence of autonomous tortious conduct deriving from different titles.

Sommario: 1. Il caso; 2. La disciplina della solidarietà nel negozio giuridico e nel fatto illecito; 3. L'orientamento prevalente nella giurisprudenza: «fatto dannoso» e non «identità del titolo»; 3.1 L'orientamento «speciale» all'interno della giurisprudenza maggioritaria; 4. Il recente orientamento della Cassazione che ha generato il contrasto interpretativo; 5. Le Sezioni Unite confermano l'applicabilità dell'art. 2055 c.c. anche nel caso di condotte lesive autonome e di titoli di responsabilità diversi.

1. Il caso

La vicenda esaminata dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione nella sentenza in epigrafe ha ad oggetto la richiesta risarcitoria da parte di alcuni investitori, i quali, pregiudicati dalla condotta *contra legem* tenuta dagli amministratori di due società fiduciarie, hanno richiesto la restituzione dei capitali che sono stati in precedenza conferiti attraverso un mandato fiduciario (di tipo germanistico) senza rappresentanza.

Il Tribunale, ritenendo sussistente una responsabilità solidale, ex art. 2055 del Codice civile, tra gli amministratori e il Ministero tenuto alla vigilanza delle suddette società, in virtù della legge del 23 novembre 1939 n. 1966, ha esteso l'interruzione della prescrizione – conseguente all'insinuazione degli investitori al passivo nella liquidazione coatta amministrativa di una delle due società – e la sospensione del successivo decorso fino alla chiusura della procedura concorsuale, al Ministero, in ossequio all'art. 1310 c.c.

* Il presente contributo è stato sottoposto a valutazione in forma anonima ed è stato pubblicato in anteprima su rivistapactum.it il 5.8.2022. F. Molinaro è autore dei par. 1, 2 e 5; A. Macioci è autore dei par. 3, 3.1 e 4.

Pertanto, il giudice di prime cure, respinta l'intervenuta prescrizione del credito adombrata dal convenuto, ha accolto le doglianze degli attori, condannando il Ministero a rimborsare una somma pari al capitale investito, rivalutata anno per anno.

Tale decisione è stata impugnata dall'Amministrazione, la quale ha ritenuto che la diversità dei titoli spesi – contrattuale, per la società obbligata verso gli attori per il mancato adempimento dell'obbligo discendente dal mandato fiduciario di restituire loro le somme versate, ed extracontrattuale per il Ministero, ritenuto responsabile dell'omessa vigilanza sulle società – impedisca l'insorgere di una responsabilità solidale.

Pertanto, l'appellante, facendo leva sulla diversità dei titoli, ha eccepito la mancata applicabilità dell'articolo 2055 c.c. e la conseguente inesistenza del vincolo solidale, contestando, per l'effetto, la possibilità di estendere l'interruzione della prescrizione di cui all'art. 1310 c.c.

La Corte d'appello, ritenendo che l'autonomia delle condotte lesive e il diverso titolo di responsabilità non sia di per sé ostativo all'applicabilità dell'art. 2055 c.c., ha confermato la sentenza di primo grado.

Avverso tale decisione il Ministero ha proposto ricorso in Cassazione, deducendo, per quanto di interesse ai nostri fini, la violazione o falsa applicazione degli artt. 2055, 2943, secondo comma, 2945, primo comma, 1310, primo comma, c.c., per avere la Corte d'Appello ritenuto estensibile l'effetto interruttivo della prescrizione, conseguente alla insinuazione al passivo nella liquidazione coatta amministrativa di una società, anche al Ministero.

La Terza Sezione della Corte di Cassazione, ravvisando un contrasto in giurisprudenza in ordine ai presupposti applicativi dell'articolo 2055 c.c., ha sollecitato la rimessione della questione alle Sezioni Unite affinché queste chiariscano se la domanda, con cui l'investitore si sia insinuato al passivo nella procedura concorsuale a carico di una società fiduciaria *ex lege* n. 1966 del 1939, col fine di ottenere la restituzione del capitale consegnato per la relativa amministrazione, produca o meno l'effetto interruttivo della prescrizione per la durata della procedura stessa anche nei confronti dell'ente deputato alla vigilanza, contro il quale gli investitori abbiano separatamente e successivamente agito, come nel caso *de quo*, per ottenere il risarcimento del danno da perdita del capitale.

2. La disciplina della solidarietà nel negozio giuridico e nel fatto illecito

Per comprendere meglio la questione esaminata dalle Sezioni Unite si reputa opportuno inquadrare la nozione di solidarietà che, insieme alla parziarietà, si pone a fondamento delle due categorie più importanti di obbligazioni soggettivamente complesse: solidali e parziarie.

Entrambe le ipotesi, pur avendo in comune la pluralità di soggetti, si differenziano in punto di disciplina: nell'obbligazione solidale dal lato passivo, come espressamente affermato dall'art. 1292 c.c., il creditore può richiedere l'intera prestazione a ciascuno dei condebitori. Il debitore che eseguirà la prestazione potrà poi agire in regresso (o in surroga, 1203 c. 1 n. 3 c.c.) nei confronti degli altri condebitori per ottenere quanto pagato in eccedenza alla propria quota (tale meccanismo rende questa obbligazione solidale nei rapporti esterni, mentre parziaria in quelli interni); nell'obbligazione parziaria, invece, il creditore non può chiedere al singolo condebitore il pagamento dell'intero perché ogni obbligato risponde solo per la propria quota.

In altri termini, le obbligazioni solidali dal lato passivo, secondo la teoria pluralista, danno vita un fascio unitario di rapporti in cui ciascun debitore è titolare di una propria posizione di debito nei confronti del comune creditore ma l'adempimento dell'uno libererà anche gli altri [tra i fautori della teoria pluralista delle obbligazioni solidali v. BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*, I, Giuffrè, 1946, 177; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, IV, *L'obbligazione*, Giuffrè, 1993, 699; in senso contrario v. SCUTO, *Teoria generale delle obbligazioni*, Libreria internazionale Trevès, 1953, 322, il quale, facendo leva sull'unicità dell'interesse creditorio, afferma la natura unitaria del rapporto e BUSNELLI, *L'obbligazione soggettivamente complessa*, Giuffrè, 1967, 50 che effettua un

distinguo a seconda che l'obbligazione solidale abbia un interesse unisoggettivo o comune: nel primo caso, dato che la solidarietà è chiamata ad assolvere una funzione di garanzia, presenta una struttura pluralistica, in quanto il vincolo solidale si pone tra rapporti autonomi (rapporto principale e di garanzia); invece, nel secondo, non riscontrandosi autonomi rapporti, si avvicina allo schema del rapporto unico con più soggetti].

La disciplina dell'obbligazione solidale, diversamente da quella parziaria che si fonda sul *favor debitoris*, è ispirata al *favor creditoris*, poiché, legittimando il creditore a richiedere l'intero ammontare dell'obbligazione al singolo debitore, gli consente una più agevole e sicura realizzazione del credito.

Tale *favor creditoris* è stato tenuto in particolare considerazione dal legislatore del 1942 al punto da introdurre, all'art. 1294 c.c., una presunzione di solidarietà più che di parziarietà [in senso contrario v. Cass., Sez. Un., 8 aprile 2008 n. 9148, in *Corr. Giur.*, 2008, 6, 773 con note di DI MAJO e N. IZZO].

Infatti, il legislatore dell'epoca, nell'integrare il Codice civile con quello del commercio, ha dovuto fare i conti con la solidarietà che, all'art. 1188 del Codice del 1865, era considerata come eccezione alla regola generale costituita dalle obbligazioni parziarie mentre nell'art. 40 del Codice del commercio veniva considerata come la regola [così FRATINI, *Le obbligazioni*, Accademia del diritto, 2021, 210].

Nel tentativo di armonizzare le due norme, superando la loro intrinseca antinomia, il legislatore ha optato, come già rilevato, per la solidarietà. Infatti, nelle obbligazioni (divisibili) passive, ha espressamente affermato una loro presunzione in modo da rafforzare la tutela del creditore che, da un lato, viene ad essere dispensato dal dover esercitare una pretesa per ogni debitore e, dall'altro, trova a garanzia del proprio credito i patrimoni di più debitori: il rischio dell'insolvenza di un condebitore viene, quindi, ad essere suddiviso tra gli altri, senza intaccare la posizione del creditore, il quale otterrà l'intera prestazione [NIVARRA, RICCIUTO e C. SCOGNAMIGLIO, *Diritto privato*, Giappichelli, 2019, 643].

Il legislatore, inoltre, si è premurato di individuare, all'art. 1292 c.c., un nucleo minimo costante, in mancanza del quale verrebbe meno la possibilità di ravvisare gli estremi stessi dell'obbligazione solidale [BRECCIA, *Le obbligazioni*, Giuffrè, 1991, 181].

Tale disposizione, oltre alla naturale presenza di più soggetti, richiede anche l'identità della prestazione (*eadem res debita*).

Tuttavia, la dottrina successiva, preso atto che i soli requisiti della pluralità soggettiva e dell'identità della prestazione, non siano indice sicuro di solidarietà (potendo venir in rilievo rapporti obbligatori autonomi), ha aggiunto, ai requisiti suddetti, anche l'ulteriore elemento dell'identità della fonte, cioè del fatto generatore del rapporto obbligatorio (*eadem causa obligandi*), da intendersi in un'accezione attenuata: «occorre che per i più debitori l'obbligazione sorga dal medesimo fatto giuridico, o almeno da fatti collegati con nessi tali che valgano a farli considerare come un complesso unitario agli effetti del vincolo che ne deriva» [così FRATINI, op. cit., 220].

Tali requisiti, data l'operatività della solidarietà anche nelle obbligazioni derivanti da fatto illecito, sono richiesti anche dall'art. 2055, primo comma, c.c. che specifica, nell'ambito della responsabilità extracontrattuale, i principi già codificati dagli artt. 1292 e ss. c.c.

Infatti, l'art. 2055 c.c., mosso dalla medesima esigenza di garantire il credito, sancisce che, nel caso in cui l'illecito sia stato causato da più persone, il creditore potrà rivolgersi a tutti i condebitori per il pagamento dell'intero, in quanto ciascun responsabile sarà tenuto anche per la parte di danno causalmente imputabile agli altri corresponsabili [C.M. BIANCA, *Diritto civile*, V, *La responsabilità*, Giuffrè, 2021, 628].

Tuttavia, l'art. 2055 c.c. si discosta dalla disciplina generale delle obbligazioni solidali perché, a differenza dell'art. 1292 c.c., non fa riferimento alla medesima prestazione ma all'unicità del danno [cfr. SIMONINI, *Colpa oggettiva e causalità nell'art. 2055 c.c.*, in *Contr. impr.*, 2014, 3, 449].

In dottrina e in giurisprudenza è sorto un vivace dibattito, di cui la sentenza in commento ne costituisce l'ultimo esempio, in ordine all'esatta interpretazione del

suddetto concetto.

Infatti, come si vedrà meglio nel prossimo paragrafo, si è discusso sul se tale unicità debba intendersi, data la difficoltà insita nel distinguere porzioni materialmente autonome di un pregiudizio omogeneo [così D'ADDA, *La solidarietà risarcitoria nel diritto privato europeo e l'art. 2055 c.c. italiano: riflessioni critiche*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 2, 288], in senso ampio come unicità delle norme giuridiche violate o come unicità del «fatto» lesivo subito dal danneggiato [sul punto v. SALVI, *La responsabilità civile*, Giuffrè, 2019, 243].

La questione non è di poco conto poiché si riverbera sull'ampiezza perimetro applicativo dell'art. 2055 c.c.: laddove si interpreti tale concetto come fatto lesivo, la norma sulla responsabilità solidale potrà trovare applicazione anche nei casi in cui i corresponsabili rispondano in virtù di un titolo diverso, mentre laddove si interpreti la disposizione come limitata all'identità delle norme giuridiche violate, il campo di applicazione dell'art. 2055 c.c. sarà ristretto alle sole ipotesi in cui i corresponsabili rispondano in base allo stesso titolo.

3. L'orientamento prevalente nella giurisprudenza: «fatto dannoso» e non «identità del titolo»

Il primo indirizzo, prevalente e radicato [si vedano, *ex plurimis*, Cass., sez. un., 15 luglio 2009, n. 16503; Cass., 4 giugno 2001, n. 7507; Cass., 12 marzo 2010, n. 6041; Cass., 25 settembre 2014, n. 20192, in *De Jure*], assunto dalla giurisprudenza di legittimità compone gli statuti [sulla nozione di statuto cfr. ORLANDI, *Introduzione alla logica giuridica*, Il Mulino, 2021, 167] della responsabilità civile e della solidarietà, assumendo che possa esservi responsabilità solidale, ai sensi dell'articolo 2055 c.c., anche allorché essa promani da «fonti» [si virgoletta il termine «fonte» per marcarne l'uso improprio: non si tratta di un rapporto di derivazione, ma della consueta descrizione o posizione del modello di condotta imputabile a uno o più soggetti. cfr. ORLANDI, *op. cit.*, 54] diverse, l'una contrattuale e l'altra extracontrattuale. La lettera dell'articolo 1292 c.c. richiede, infatti, la presenza della medesima prestazione, restando silente sulla causa del danno. L'articolo 2055 c.c. si configura come mera norma di richiamo dell'articolo 1292 c.c., specchiando sulla responsabilità extracontrattuale le medesime conclusioni interpretative guadagnate sull'articolo 1292 c.c.

Vi sarebbe, dunque, una distanza logica tra l'articolo 2043 c.c. e l'articolo 2055 c.c. Il primo, collocando nella fattispecie indipendente il fatto doloso o colposo, si focalizza sul danneggiante che compie il fatto; il secondo, attraverso il sintagma «fatto dannoso», guarderebbe esclusivamente al danneggiato e lascerebbe impregiudicata la possibilità d'una solidarietà passiva scaturente dalla combinazione di titoli diversi, contrattuale ed «aquiliano», calcando sul principio del *favor creditoris*. È il «fatto dannoso» il fulcro dell'articolo 2055 c.c., e l'indagine allora va rivolta esclusivamente al nesso di causalità: il «fatto dannoso» può essere cagionato da più azioni od omissioni, anche se producono forme di responsabilità diverse, l'una contrattuale e l'altra aquiliana. Contratto e torto, altrimenti esemplificato, possono entrambi confluire nel medesimo crinale causale fungendo, appunto, da con-cause del fatto dannoso. «Se il fatto dannoso è imputabile a più persone» significa che l'articolo 2055 c.c. è norma sulla causalità materiale, afona rispetto alla «fonte» del danno; interessa soltanto il danno (*rectius*: il fatto dannoso), e che, ai sensi dell'articolo 41 c.p., esso possa essere ascritto a qualcuno [CHERTI, *Risarcimento del danno aquiliano e responsabilità solidale*, in *Resp. civ. e prev.*, 2010, 3, 201].

La conclusione è coerente con i principi di diritto stagliati da una copiosa giurisprudenza, e sovente occasionati dalla necessità di risolvere controversie affini con il caso che si va commentando. Si pensi alle sentenze sulle società di intermediazione finanziaria, soggette a controllo della Consob secondo la disciplina del d.lgs. 24 febbraio 1998 n. 58 (c.d. T.u.f.), in merito ai danni patiti dagli investitori per la perdita dei capitali impiegati nei prodotti finanziari [si vedano, *ex multis*, Cass. 29 maggio 2018, n. 13365; Cass. 11 marzo 2020, n. 7016, in *DeJure*].

Aderendo a quest'indirizzo, le conseguenze sono direttamente disposte dal legislatore, che, nel prosieguo del primo comma dell'articolo 2055 c.c., indica nella solidarietà la modalità d'adempimento dell'obbligazione risarcitoria volta a compensare la produzione del «fatto dannoso». L'effetto giuridico previsto dalla norma si risolve nel potere concesso al creditore di soddisfare il proprio diritto in modo agevole attraverso la tecnica dell'obbligazione solidale.

La solidarietà non è un particolare modo di essere della prestazione, ma è una tecnica ingegnata dal legislatore nel Libro IV, Titolo I, Capo VII, Sezione III del codice civile, che esemplifica al creditore il potere di soddisfare il suo diritto [A.M. BENEDETTI, *Alle fonti della solidarietà: la ragion d'essere dell'art. 1294 c.c.*, in *Contratti*, 2013, 2, 7; DI MAJO, *Solidarietà o parziarietà nelle obbligazioni condominiali: l'eterno ritorno*, in *Corr. Giur.*, 2008, 6, 778].

Tra le norme dedicate all'obbligazione solidale v'è l'articolo 1310 co.1 c.c. «*Gli atti con i quali il creditore interrompe la prescrizione contro uno dei debitori in solido, oppure uno dei creditori in solido interrompe la prescrizione contro il comune debitore, hanno effetto riguardo agli altri debitori o agli altri creditori*». La norma è particolarmente rilevante per discernere la disciplina giuridica da applicare al caso in commento, perché il creditore, immettendosi nella procedura di l.c.a., ha interrotto la prescrizione del credito nei confronti delle società mandatarie per tutta la durata della procedura concorsuale, pretendendo, proprio in forza dell'articolo 1310 c.c., che l'interruzione si propaghi anche al Ministero, condebitore solidale separatamente citato per il risarcimento del danno, e reo d'aver malamente vigilato sulle società.

L'interpretazione dell'articolo 2055 c.c. come norma sulla solidarietà, che s'applica anche allorché diverse siano le cause del danno, ed anche qualora vi siano differenti titoli di responsabilità, apre le porte all'inevitabile applicazione dell'articolo 1310 c.c., e, dunque, alla possibilità di pretendere l'adempimento dell'obbligazione risarcitoria anche da parte del Ministero.

3.1. L'orientamento «speciale» all'interno della giurisprudenza maggioritaria

A questo punto dell'indagine, però, v'è da menzionare un distinguo, pur all'interno dell'interpretazione maggioritaria dell'articolo 2055 c.c. [Cass., 25 ottobre 2018, n. 27118; Cass., 17 gennaio 2019, n. 1070, in *DeJure*]. Un particolare filone, infatti, rassegna conclusioni diverse esclusivamente nella precipua materia dell'insinuazione al passivo. In particolare, s'afferma che se la domanda si risolve in un'azione volta a recuperare le somme malamente investite (c.d. azione di restituzione) e non al risarcimento del danno, il debitore citato in restituzione non sarebbe solidale con l'Autorità di vigilanza responsabile ex art. 2043 c.c., non potendo un'azione di restituzione individuare un debitore solidale con colui che è chiamato a risarcire un danno in conseguenza dell'illecito commesso. Tra un'azione di restituzione fondata sull'assenza, originaria o sopravvenuta, di causa, ed un'azione di risarcimento del danno in conseguenza di responsabilità extracontrattuale, vi sarebbe una soluzione di continuità, e le due obbligazioni sorte non avrebbero ad oggetto la medesima prestazione, precludendo, per l'effetto, la possibilità di applicare il regime giuridico della solidarietà (cfr. art 1292 c.c.). Le obbligazioni risarcitoria e restitutoria vivrebbero un'incompatibilità tale da non poter generare, nel concorso causale, il medesimo «fatto dannoso».

Le Sezioni Unite in commento, però, non affrontano in modo diretto tale quesito interpretativo, configurando l'azione di insinuazione al passivo in l.c.a. non come di restituzione, ma come un'azione di risarcimento del danno per responsabilità da inadempimento dell'obbligazione sorgente da un mandato ad amministrare. Pertanto, il caso in commento non si caratterizzerebbe per il concorso tra un debito restitutorio ed un debito risarcitorio, ma per la presenza di due obbligazioni risarcitorie che promanano da titoli diversi, contrattuale ed aquiliano. Si rientrerebbe, dunque, appieno, nell'articolo 2055 c.c., così come interpretato dalla giurisprudenza prevalente.

4. Il recente orientamento della Cassazione che ha generato il contrasto interpretativo

All'orientamento prevalente, però, se ne oppone un altro sorto di recente [Cass., 21 febbraio 2020, n. 4683, in *DeJure*]. Non può esservi solidarietà tra un debitore la cui responsabilità è di natura contrattuale e discende dal non aver amministrato in modo congruo il capitale investito, ed un debitore che rinviene la propria responsabilità nel fatto illecito da omessa vigilanza. L'elemento che preclude la possibilità d'applicazione della tecnica solidale si isolerebbe nel diverso oggetto del credito. Il danno, nell'un caso e nell'altro, non sarebbe lo stesso: l'obbligazione scaturente dal fatto di omessa vigilanza avrebbe ad oggetto una prestazione diversa (e non «*medesima*», cfr. art. 1292 c.c.) rispetto a quella che sorge in seguito alla proposizione di un'azione di adempimento contrattuale; e questa distanza sarebbe la ragione per cui le due prestazioni debitorie non s'inserirebbero nello stesso nesso di causalità che collega il fatto illecito al «*fatto dannoso*» (cfr. art. 2055 c.c.). Fatti e danni distinti, dunque, e non differenti con-cause del medesimo danno. «*Si è in presenza, quindi, di ipotesi diversa da quella del concorso tra responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale, nella quale comunemente l'unico danno è imputabile a più soggetti, di cui uno solo in rapporto obbligatorio con il danneggiato: lo è in quanto diverso è il fatto imputabile (all'uno e all'altro dei soggetti) e diverso è anche il danno conseguente; in particolare la responsabilità risarcitoria del Mise sussiste solo nella misura in cui il credito contro la società non possa trovare soddisfazione; ma fermo restando che i due diritti azionabili rimangono autonomi e distinti, come pure (di conseguenza) le azioni*» [cfr. Cass., 21 febbraio 2020, n. 4683 in *DeJure*].

Sembra, dunque, che vi sia una differenza tra le prestazioni richieste ai due debitori, non vertendosi neanche più nell'ambito della «*medesima*» prestazione. Prestazioni distinte e interessi del creditore distinti. Inoltre, la responsabilità del Ministero viene predicata da quest'orientamento come sussidiaria, perché essa residuerebbe soltanto allorché l'azione di adempimento verso la società mandataria non soddisfi, in tutto od in parte, le ragioni del creditore.

5. Le Sezioni Unite confermano l'applicabilità dell'art. 2055 c.c. anche nel caso di condotte lesive autonome e di titoli di responsabilità diversi

Il contrasto interpretativo, dunque, involge l'esegesi dell'articolo 2055 c.c., ed impone di comprendere se la norma consente di sussumere al suo interno condotte distinte, anche causa di responsabilità differenti, ma tutte confluenti, ex art. 41 c.p., nell'unico fatto dannoso da risarcire secondo la tecnica della solidarietà.

L'esigenza di nomofilachia ha condotto le Sezioni Unite ad aderire al primo orientamento, prevalente e risalente.

In premessa, viene qualificata in modo differente la domanda di insinuazione al passivo svolta dal creditore; non si tratta, infatti, di un'azione di adempimento contrattuale, bensì di una domanda volta a conseguire il risarcimento del danno subito in conseguenza dell'inadempimento di un contratto di mandato ad amministrare le somme investite.

Il primo comma dell'articolo 2055 c.c. «*se il fatto dannoso è imputabile a più persone, tutte sono obbligate in solido al risarcimento del danno*» è norma sulla causalità materiale, e, privilegiando il principio del *favor creditoris*, risolve attraverso la tecnica della solidarietà il possibile concorso di cause che hanno determinato il «*fatto dannoso*». Non rileva quale sia la «*fonte*» di responsabilità dei danneggianti, né tantomeno che l'interesse del creditore discenda *dall'eadem causa obligandi*. La norma si concentra esclusivamente «*sul fatto dannoso*» – il danno-evento subito dal creditore – tutelando l'esigenza che questi venga risarcito nel modo più agevole possibile, e scegliendo, per tale ragione, la tecnica della solidarietà in luogo del risarcimento tramite obbligazione parziaria. Condizione imprescindibile per l'applicazione della norma è l'esistenza del nesso di causalità, ex art. 41 c.p., tra le condotte dei debitori ed il «*fatto*

dannoso» subito dal creditore, quand'anche esse siano diverse e non comunicanti, e quand'anche diano luogo a titoli di responsabilità differenti, contrattuale ed «aquiliana». I fatti dei debitori possono essere distinti e indipendenti, ma occorre che confluiscono nel medesimo percorso causale che genera l'evento di danno, con-causato [BENCINI, *Investitori truffati e responsabilità dello Stato: la parola delle Sezioni Unite*, in *Dir. Giust.* 2022, 9]

Calando il principio di diritto nel caso che ha suscitato l'intervento giurisprudenziale, può dirsi che il creditore ha subito un unico danno prodotto da due fatti diversi, fonti di responsabilità distinte. Egli ha stipulato, infatti, un contratto di mandato senza rappresentanza con le società fiduciarie, avente ad oggetto la migliore gestione del capitale investito. Le società fiduciarie non hanno adempiuto, però, la causa del contratto, provocando un danno economico al fiduciante. L'inadempimento contrattuale, dunque, è la prima fonte di responsabilità – che involge esclusivamente le società di gestione – e la prima con-causa del fatto dannoso subito dal creditore.

In questo percorso causale s'è poi inserito il Ministero, che avendo mal vigilato sul modo in cui le società fiduciarie hanno gestito i risparmi dei clienti, ha commesso un fatto illecito causa di un danno ingiusto ai sensi dell'articolo 2043 c.c.

L'inadempimento contrattuale delle società fiduciarie ed il fatto illecito del Ministero hanno, assieme, con-causato un unico *fatto dannoso*, aprendo le porte all'applicazione dell'articolo 2055 c.c. e, dunque, al sorgere di un'obbligazione plurisoggettiva, divisibile, da adempiere, per espressa previsione normativa, attraverso la tecnica solidale.

Si comprende come l'aver sì ricostruito l'ambito applicativo dell'articolo 2055, astringendo ad esso fatti diversi e titoli di responsabilità anche diversi, abbia allargato le maglie della solidarietà e permesso d'applicare anche al Ministero l'articolo 1310 co. 1 c.c., nonostante l'ente di vigilanza fosse estraneo al rapporto contrattuale tra i fiduciari ed i fiduciari. Se l'obbligazione del Ministero, cioè, è solidale, ad essa si applica lo statuto della solidarietà, e, pertanto, anche l'articolo 1310 c.c. [cfr. seppur in diversa fattispecie, PENUTI, *Limiti all'estensione ai condebitori del giudicato ex art. 1306, comma 2°, cod. civ., nell'obbligazione solidale risarcitoria fondata su diverso titolo (contrattuale ed extracontrattuale)*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, 2, 200 s.].

A corredo si riporta il principio di diritto enunciato dalle Sezioni Unite che più interessa in questo lavoro: «*Ai fini della responsabilità solidale di cui all'art. 2055 c.c., comma 1, che è norma sulla causalità materiale integrata nel senso dell'art. 41 c.p., è richiesto solo che il fatto dannoso sia imputabile a più persone, ancorché le condotte lesive siano fra loro autonome e pure se diversi siano i titoli di responsabilità (contrattuale ed extracontrattuale), in quanto la norma considera essenzialmente l'unicità del fatto dannoso, e tale unicità riferisce unicamente al danneggiato, senza intenderla come identità di norme giuridiche violate; la fattispecie di responsabilità implica che sia accertato il nesso di causalità tra le condotte caso per caso, per modo da potersi escludere se a uno degli antecedenti causali possa essere riconosciuta efficienza determinante e assorbente tale da escludere il nesso tra l'evento dannoso e gli altri fatti ridotti al semplice rango di occasioni*».

Bibliografia essenziale

Sul concetto di solidarietà meritano visione:

BRECCIA, *Le obbligazioni*, Giuffrè, 1991

FRATINI, *Le obbligazioni*, Accademia del diritto, 2021

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

In merito al dibattito inerente alla natura monista o pluralista delle obbligazioni solidali si vedano:

BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*, I, Giuffrè, 1946

BENEDETTI A.M., *Alle fonti della solidarietà: la ragion d'essere dell'art. 1294 c.c.*, in *Contratti*,

2013, 2, 7

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

BUSNELLI, *L'obbligazione soggettivamente complessa*, Giuffrè, 1967

CHERTI, *Risarcimento del danno aquiliano e responsabilità solidale*, in *Resp. civ. e prev.*, 2010, 3, 201

DI MAJO, *Solidarietà o parziarietà nelle obbligazioni condominiali: l'eterno ritorno*, in *Corr. Giur.*, 2008, 6, 777

IZZO N., *L'attuazione parziaria delle obbligazioni condominiali: una restaurazione ottocentesca del favor debitoris?*, in *Corr. Giur.*, 2008, 6, 780

ORLANDI, *Introduzione alla logica giuridica*, Il Mulino, 2021

PENUTI, *Limiti all'estensione ai condebitori del giudicato ex art. 1306, comma 2°, cod. civ., nell'obbligazione solidale risarcitoria fondata su diverso titolo (contrattuale ed extracontrattuale)*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, 2, 200

SCUTO, *Teoria generale delle obbligazioni*, Libreria internazionale Trevès, 1953

Sull'interpretazione della responsabilità solidale di cui all'art. 2055 c.c. si richiamano:

BENCINI, *Investitori truffati e responsabilità dello Stato: la parola delle Sezioni Unite*, in *Dir. Giust.* 2022, 9

BIANCA C.M., *Diritto civile, V, La responsabilità*, Giuffrè, 2021

D'ADDA, *La solidarietà risarcitoria nel diritto privato europeo e l'art. 2055 c.c. italiano: riflessioni critiche*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 2, 279

SALVI, *La responsabilità civile*, Giuffrè, 2019

SIMONINI, *Colpa oggettiva e causalità nell'art. 2055 c.c.*, in *Contr. impr.*, 2014, 3, 442

SINGOLI CONTRATTI

Donazione *ex intervallo*: conseguenze giuridiche della mancata notificazione dell'accettazione *

di CARLA MARIA BIONDO
Dottoranda di ricerca
Università di Catania

(CORTE DI CASSAZIONE, sezione seconda civile, sent. 23 marzo 2022, n. 9476; Pres. Lombardo – Est. Varrone)

Abstract

La Cassazione conferma la propria giurisprudenza sulla mancata notifica dell'accettazione di una donazione, tenendo ferma l'interpretazione più rigorosa a tutela della certezza legale. In particolare, la pronuncia nega rilevanza alla effettiva conoscenza dell'accettazione da parte del donante, nonostante la sussistenza di una prova documentale dalla quale emergeva che il donante fosse a conoscenza dell'accettazione della donazione da parte del donatario.

The Court confirms its case law on the failure to notify the acceptance of a donation, holding firm to the more rigorous interpretation to protect legal certainty. In particular, the ruling denies relevance to the actual knowledge of the acceptance by the donor, despite the existence of documentary evidence from which it emerged that the donor was aware of the acceptance of the donation by the donee.

Sommario: 1. Donazione non contestuale, perfezionamento del contratto e notifica; 2. La questione dell'effettiva conoscenza del donante; 3. Le conseguenze giuridiche del mancato perfezionamento del contratto di donazione; 4. Profili rimediali.

1. Donazione non contestuale, perfezionamento del contratto e notifica

L'art. 782 c.c. prevede che la donazione debba essere stipulata per atto pubblico e che l'accettazione della liberalità possa avere luogo contestualmente alla proposta o con atto pubblico posteriore; in questo secondo caso, la donazione non è perfetta se non dal momento in cui l'atto di accettazione sia notificato al donante per cui, sino a quel momento, tanto il donante quanto il donatario possono revocare la loro dichiarazione.

Il meccanismo della donazione, definito in dottrina *ex intervallo* o *in fieri*, è utile ogni qual volta non sia possibile la presenza simultanea di donante e donatario presso il notaio rogante, non potendo essere il contratto di donazione stipulato in forma privata, neppure con sottoscrizioni autenticate; in particolare, l'istituto in passato ha avuto ampia diffusione poiché l'ultimo comma dell'art. 782 c.c. – oggi abrogato – prevedeva la necessità di autorizzazione governativa per gli acquisti a titolo gratuito delle persone giuridiche e, pertanto, la non contestualità si rivelava indispensabile per acquisire tale autorizzazione.

La Relazione al Codice Civile indica il fatto che la vigente formulazione del secondo comma dell'art. 782 c.c. risolve i problemi della previgente norma la quale, non prevedendo espressamente la notifica, «presentava l'inconveniente di lasciare indefinitamente il donante nell'ignoranza dello stato delle cose». Tuttavia, secondo la decisione oggetto del commento, la notifica sarebbe l'unico strumento idoneo a garantire

* Il presente contributo è stato sottoposto a valutazione in forma anonima ed è stato pubblicato in anteprima su rivistapactum.it il 12.12.2022.

la certezza legale in ordine alla conoscenza dell'atto di accettazione indispensabile per il perfezionamento di un negozio solenne, permeato di formalismo, quale la donazione.

L'art. 782, comma 2, c.c., usa il termine notificato, senza specificare il tipo di notifica; dottrina e giurisprudenza si sono, di conseguenza, interrogate sul significato della norma chiedendosi se per notifica si intenda quella a mezzo di ufficiale giudiziario oppure qualsiasi forma di comunicazione atta a far avere notizia dell'accettazione al donante.

In dottrina si sono contrapposte due tesi: una tesi più formalista ha sostenuto la necessità di intendere soltanto la notificazione a mezzo di ufficiale giudiziario ai sensi del codice di rito mentre un'interpretazione più liberale ha considerato ammissibile anche la notificazione irrituale se utile per raggiungere la concreta conoscenza.

Una giurisprudenza risalente [Cass., 24 giugno 1952, n. 1859, in *Rep. Foro it.*, 1952, voce *Donazione*, n. 5] negava che la norma prescrivesse una forma determinata e ammetteva quindi che potesse tenerne luogo una qualsiasi dichiarazione del donante, purché fosse effettuata con atto pubblico; ma tale posizione è stata esplicitamente superata con la pronuncia della Suprema Corte 16 giugno 1962 n. 1520 [in *Foro it.*, 1962, I, 7, 1261-1264] secondo la quale, anche sotto il governo del codice civile previgente del 1865, l'accettazione della donazione, fatta con atto pubblico posteriore, dovesse essere notificata al donante per atto di ufficiale giudiziario, stante la necessità di rigidi formalismi in relazione al negozio solenne. Soluzione confermata dalle Sezioni Unite della stessa Corte 18 dicembre 1975, n. 4153 [in *CED Cassazione*, 1990] le quali, mantenendo l'orientamento formalista, hanno precisato che la notificazione rituale non trovasse equipollente nell'affissione dell'atto nell'albo pretorio, trattandosi di forma di pubblicità indirizzata alla generalità dei cittadini e inadatta a integrare specifica comunicazione nei confronti del donante; da quel momento l'orientamento della Corte si consolida [in tal senso *ex multis* Cass., sez. un., 29 novembre 1988, n. 6481, in *Giur. it.*, 1989, I, 1, 1552; Cass., 14 settembre 1991, n. 9611, in *Giur. it.*, 1992, I, 1, 235; Cass., 4 maggio 2010, n. 10734, in *Giur. it.*, 2010, 11, 2273 e in *Notariato*, 2010, 4, 366; Cass., 10 novembre 2011, n. 23551, in *CED Cassazione* 2011]. La notificazione di cui all'art. 872 c.c. è quindi *in primis* quella a mezzo di ufficiale giudiziario di cui all'art. 137 c.p.c.; la sentenza *de qua* raccoglie l'orientamento giurisprudenziale e specifica che la notificazione possa essere eseguita anche a mezzo del servizio postale ex art. 149 c.p.c., poiché anche in questo caso, interviene l'ufficiale giudiziario che scrive la relata di notifica sull'originale sulla copia dell'atto facendovi menzione dell'ufficio postale per mezzo del quale spedisce la copia al destinatario in piego raccomandato con avviso di ricevimento.

2. La questione dell'effettiva conoscenza del donante

Pur muovendo dal presupposto che solo la notifica rituale renda inequivocabilmente certa la conoscenza dell'accettazione, dottrina e giurisprudenza si sono chieste se, in mancanza, non possa assumere rilevanza il fatto che il donante, in mancanza di essa, possa essere venuto comunque a conoscenza dell'accettazione.

La giurisprudenza, anche quando ha enunciato la necessità della notifica rituale, ha spesso dato rilievo alla conoscenza effettiva, lasciando spazio a forme alternative e non escludendo casi che sarebbero stati del tutto equiparabili alla notificazione sul piano sostanziale. Proprio la sentenza che ha inaugurato l'orientamento più rigoroso [Cass., 16 giugno 1962, n. 1520, cit.], ad esempio, aveva ritenuto perfezionata la donazione non contestuale in caso di intervento del donante nell'atto notarile di accettazione, poiché in tal caso la cognizione dell'accettazione avrebbe rivestito la forma pubblica e comunque lo scopo della conoscenza del donante sarebbe stato raggiunto con assoluta certezza. In una pronuncia quasi contestuale [Cass., 10 agosto 1962, n. 2515, in *Foro it.*, 1962, I, 11, 2075-2077] la Corte aveva asserito che la donazione fosse comunque perfezionata - in assenza della notifica per ufficiale giudiziario - qualora il donante dichiarasse, con successivo atto ricevuto da notaio, di essere edotto dell'accettazione e di voler dare esecuzione alla donazione medesima.

In dottrina, riprendendo la ratio che emerge dalla Relazione al Re si è attribuita rilevanza alla conoscenza effettiva dell'accettazione, considerando che, in caso di mancata notifica, essa si configurerebbe quale elemento probatorio dell'incontro delle volontà delle parti: considerando che la necessità della notifica rituale risiederebbe nella volontà di garantire al donante una conoscenza dell'accettazione indiscutibile e innegabile, sarebbe eccessivo pretendere la notifica quale forma *ad substantiam*, nella situazione in cui il donante fosse inequivocabilmente a conoscenza dell'accettazione e ciò fosse provabile mediante un mezzo di prova documentale che promani dalla sfera del donante. Di conseguenza la notificazione non sarebbe sostituibile da prove testimoniali o presunzioni, mentre sarebbero ammissibili prove scritte nonché confessioni stragiudiziali e giudiziarie in quanto idonee a garantire lo standard conoscitivo richiesto dalla legge.

Questa ricostruzione è quella accolta dal Giudice di seconde cure del caso *de quo*, poiché il fatto che il donante avesse manifestato all'oblato il proprio stato di bisogno e avesse chiesto la corresponsione di una somma di denaro - mediante una dichiarazione scritta avente natura confessoria - dimostrerebbe la conoscenza dell'avvenuta accettazione della donazione e quindi sancirebbe l'avvenuto perfezionamento del contratto stesso.

La sentenza *de qua* della Cassazione riprende invece la tesi più rigorosa e motiva la propria posizione partendo dal dato normativo e ribadendo che la notifica sia l'unico strumento idoneo a garantire la certezza legale; d'altro canto, una lettura opposta sarebbe una *interpretatio abrogans* dell'art. 782, comma 2, c.c. e svilirebbe la norma medesima proprio perché non si potrebbe più distinguere la disciplina speciale della donazione rispetto alla portata del generale precetto dell'art. 1326 c.c.

L'eccessivo rigore della giurisprudenza può portare al paradosso di non considerare perfezionato il contratto anche se, come nel caso *de quo*, il donante sembri credere il contrario. La soluzione imputata al Legislatore sarebbe giustificata in quanto il rigido meccanismo formale permetta di fissare con assoluta certezza il momento in cui la donazione si perfezioni: l'argomento si rivela di particolare importanza se si pensa che la donazione è un contratto legato al gioco dei sentimenti, assai spesso più mutevoli che non l'equilibrio di interessi su cui in genere si fondano le altre convenzioni [BONILINI, *Trattato di diritto delle successioni e donazioni: Le donazioni*, VI, Giuffrè, 2009, 656]. La pronuncia della Cassazione appare a mio avviso condivisibile: l'estremo rigore formale della donazione risponde a un'esigenza di solidità strutturale in assenza di sinallagma - secondo uno schema che ritroviamo, ad esempio, nei contratti reali e la specifica disposizione è corollario di un accentuato *favor* verso il donante che risolva a suo favore qualsivoglia incertezza rispetto allo stato delle cose.

3. Le conseguenze giuridiche del mancato perfezionamento del contratto di donazione

La Suprema Corte non si sofferma sulla qualificazione della patologia della quale è affetta la donazione *ex intervallo* in assenza di notificazione rituale. La sentenza usa toni fluidi, anche se sembra propendere nel senso dell'inesistenza del contratto.

Secondo l'art 782 c.c. la donazione non è perfetta fin tanto che non avvenga la notificazione: il contratto, quindi, non vincola le parti e non produce i propri effetti.

L'inesistenza è categoria giuridica non regolata nel codice civile, di matrice dottrinale e giurisprudenziale, utilizzata rispetto a due diverse strategie interpretative, talvolta con esiti sovrapposti. In primo luogo, per superare il dettato legislativo in caso di elenchi tassativi di cause di nullità per i quali si ritenga che non possa operare l'analogia. In secondo luogo per escludere che rispetto a determinati vizi, possano operare regole volte al recupero della condizione di invalidità, impedendo ad esempio, in materia di successioni e donazioni, la rilevanza della sanatoria per il negozio inesistente, pur essendo ammessa per il negozio nullo [CAPOZZI, *La donazione*, in FERRUCCI e FERRENTINO (a cura di) *Successioni e donazioni*, Giuffrè, 2015, 1513].

Parlare di inesistenza - a un primo sguardo - potrebbe apparire corretto,

considerando che il negozio non si è perfezionato; si giungerebbe quindi ad affermare che la mancanza di notificazione sia un fatto giuridico tanto grave da rendere non sanabile il negozio. In realtà la fattispecie va accostata a quella del contratto in cui l'accettazione, pur essendo stata emessa, non sia mai pervenuta al domicilio del proponente e quindi il problema si sposta sulla questione della necessaria recezione delle dichiarazioni negoziali per il perfezionamento di un contratto.

In presenza dell'effettiva conoscenza, il contratto è esistente ma non si perfeziona in assenza del requisito *ex lege* della notifica; la natura giuridica del mancato perfezionamento è quindi ricostruibile come nullità per mancanza di uno degli elementi del contratto.

4. Profili rimediali

Fin tanto che il contratto non sia perfezionato, tanto il donante quanto il donatario, possono revocare le loro dichiarazioni. La proposta del donante, tuttavia, non può essere perpetua, ma deve avere un termine, che ove non fosse indicato nella proposta, andrebbe rimesso al giudice che dovrebbe fare riferimento *alla natura dell'affare*, ex art. 1326 c.c. In giurisprudenza [Cass., 15 novembre 2001, n. 14327, in *CED Cassazione* 2001] si fa riferimento al criterio dell'ordinaria prescrizione decennale dei diritti patrimoniali ex art. 2946 c.c.

La soluzione potrebbe essere condivisibile, considerando che il medesimo termine è previsto per l'accettazione dell'eredità ex art. 480 c.c. e la natura del negozio di donazione è affine a quella del lascito testamentario, come testimoniato dalla collocazione del contratto nel Libro II del Codice Civile.

La donazione può essere quindi accettata e notificata entro dieci anni dalla proposta. Anche la morte del donante, facendo estinguere la proposta, determina l'impossibilità di concludere il negozio poiché la formazione del consenso «rimane impedita» [Cass., 10 novembre 2011, n. 23551, in *CED Cassazione* 2011].

In presenza di una donazione accettata ma non notificata ritualmente - affetta da nullità - sorge la questione della sanabilità, ove le parti vogliano in ogni caso dare esecuzione al negozio.

Sotto il profilo rimediale, si potrebbe ritenere applicabile il principio generale di cui al terzo comma dell'art. 1326 c.c., ammettendo una notifica tardiva, la quale non farebbe venire meno la nullità del contratto di donazione, ma consentirebbe al donante di perfezionare l'atto negoziale, con valore *ex nunc*, esprimendo nuovamente, adottando il consueto modello formale, la propria volontà liberale. Si può dubitare della persuasività di tale procedimento nel caso della donazione, in quanto si può sostenere che, a differenza che nei contratti a titolo oneroso, in cui la proposta e l'accettazione sono interscambiabili, nella donazione, l'accettazione si configura come parte di un negozio più rigoroso e permeato da formalismi. In realtà non vi sono ostacoli giuridici nel prevedere che la donazione possa perfezionarsi ove il donatario provveda ad accettazione tardiva e il donante dia immediato avviso della propria volontà di rendere efficace l'accettazione medesima, il tutto nel rispetto della forma pubblica e con notificazioni rituali. Vi sarebbe così perfezionamento del contratto *ex nunc* al momento dell'avviso per atto pubblico da parte del donante; tale avviso potrebbe essere posto in essere anche nel medesimo atto pubblico di accettazione del donatario, ricostruendo così la contestualità propria del negozio solenne.

Ulteriori indici significativi possono derivare dalla disciplina della conferma della donazione, prevista dall'art. 799 c.c.: la nullità della donazione non può essere fatta valere dagli eredi o aventi causa che, conoscendo la nullità, abbiano, dopo la morte del donante medesimo, confermato la donazione o vi abbiano dato volontaria esecuzione. La norma, a contrario, ammette che eredi e aventi causa del donante possano confermare la donazione nulla e si pone il problema se tale disciplina possa applicarsi anche al caso *de quo*. Essendo la conferma ex art. 799 c.c. un atto unilaterale con efficacia *ex tunc*, è necessario individuare da quale momento il contratto sia da considerare validamente perfezionato: acquisterebbe allora (solo) in questo caso rilevanza la conoscenza effettiva

dell'accettazione da parte del donante perché la conferma non può soppiantare l'accordo delle parti e quindi è necessario che si individui il momento in cui l'accettazione, seppur senza notifica rituale, sia stata conosciuta dal proponente. Si potrebbe ritenere che a tal fine trovi applicazione il generale principio di presunzione di conoscenza di cui all'articolo 1335 c.c.

L'istituto della conferma ex art. 799 c.c. non è rivolto al donante: tale limitazione soggettiva è in linea con il fatto che la disciplina della donazione sia per certi versi analoga a quella testamentaria ma per altro verso rimanga pur sempre aderente alla disciplina generale dei contratti. Il legislatore non permette, quindi, alle parti della donazione di convalidare il negozio nullo, al pari delle parti degli altri contratti; soltanto dopo la morte del donante, non potendo questi più esprimere un nuovo valido consenso, gli eredi potranno utilizzare l'istituto della conferma. Di conseguenza, donante e donatario, potranno solo porre in essere un nuovo contratto, con efficacia *ex nunc* [Cass., 20 luglio 1967, n. 1867, in *Giur. it.*, 1968, I, 1, 975].

Bibliografia essenziale

In tema di donazione *ex intervallo*:

BONILINI, *Trattato di diritto delle successioni e donazioni: Le donazioni*, Giuffrè, VI, 2009, 656

CACCAVALE, *Un problema di forma: "struttura" e "funzione" della notifica nella donazione*, in *Giur. it.*, 1989, I, 1, 1552

CAPOZZI, *La donazione*, in FERRUCCI e FERRENTINO (a cura di), *Successioni e donazioni*, Giuffrè, 2015, 1513

CARNEVALI, *L'abrogazione dell'art. 17 del codice civile*, in *Contratti*, Ipsosa, 1997, 3, 229

CARNEVALI, *Le donazioni*, in *Trattato di diritto Privato* diretto da Rescigno, Utet, 1982, 483

CARNEVALI, GIANNATTASIO e TORRENTE, sub art. 782, in *Commentario breve al Codice Civile* a cura di Cian e Trabucchi, Cedam, 2018, 801

CASU, *Donazione con accettazione separata e autocertificazione di parte richieste a pena di nullità*, in *Vita notarile*, 1999, 2, 1075

CIMEI, *Revoca della proposta di donazione: storia di un violino "scordato"*, in *Giur. it.* 1995, 3, 621

D'ORTA, *Riflessioni in tema di donazione in fieri, usucapione e interversione della detenzione in possesso, nota a Cassazione 16 aprile 2015 n. 7821 e 2 settembre 2015 n. 17459*, in *Compar. E dir. civ.*, 2016, 4, 114

ENRIQUEZ, *La forma della notificazione per l'opponibilità della cessione di credito al fallimento – il commento*, in *Contratti*, 2000, 4, 357

GALGANO, *Trattato di diritto civile*, II, Cedam, 2010, 213

GARDANI CONTURSI-LISI, *Delle donazioni*, in *Commentario del codice civile* a cura di Scialoja e Branca, Zanichelli, 1976, 240

GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, 18^a ed., Edizioni Scientifiche Italiane, 2017, 547

GIATTANASIO, *Delle successioni. Divisione. Donazione*, in *Comm. Cod. civ.*, II, Utet, 1964, 2

RUOTOLO, *Il nuovo regime degli acquisti delle persone giuridiche del primo libro del codice civile*, in *Studi e Mater. CNN*, 2001, 6.1, 248

In tema di trascrizione della donazione *ex intervallo*:

BONILINI, *Trattato di diritto delle successioni e donazioni: Le donazioni*, VI, Giuffrè, 2009, 803

CERVELLI, *Trascrizione ed ipoteca*, Giuffrè, 2015, 38

Per la distinzione tra inesistenza e nullità:

CAPOZZI, *La donazione*, in *Successioni e donazioni* a cura di Ferrucci e Ferrentino, Giuffrè, 2015, 1513

GALGANO, *Trattato di diritto civile*, II, Cedam, 2010, 266

Divieto di patto commissorio e fattispecie potenzialmente elusive: note a margine di un'operazione (lecita) di *sale and lease back* *

di FRANCESCA SGRÒ
Dottoressa in giurisprudenza

(CORTE DI CASSAZIONE, sezione prima civile, ord. 25 gennaio 2022, n. 2219; Pres. Genovese – Est. Vella)

Abstract

Prendendo le mosse dalla fattispecie concreta all'esame della Suprema Corte, in principio il presente contributo ripercorre i momenti salienti del dibattito dottrinale inerente l'ampiezza della nozione e, conseguentemente, l'ambito di applicazione del divieto portato dall'articolo 2744 c.c., per poi addentrarsi nell'analisi della natura e dei caratteri del c.d. "leasing di ritorno", esaminando presupposti e limiti di validità della fattispecie.

Taking as its starting point the concrete case under consideration by the Italian Supreme Court, the contribution preliminarily traces the most relevant steps of the doctrinal debate inherent the breadth of the notion and, consequently, the scope of the prohibition brought by art. 2744 c.c.; consequently, the analysis delves into the examination of nature, characters and prerequisites of legitimacy of the so-called "return leasing" contract.

Sommario: 1. La fattispecie: soluzione del caso e precedenti; 2. Il divieto di patto commissorio di cui all'articolo 2744 c.c.: ambito di applicazione e declinazioni pratiche; 3. Rapporti tra divieto di patto commissorio e contratti d'impresa socialmente tipici: il caso del *sale and lease back*.

1. La fattispecie: soluzione del caso e precedenti

La fattispecie trae origine dalla procedura fallimentare che ha interessato la società Alfa, in liquidazione, nell'ambito della quale la società Beta, in qualità di mandataria di Gamma, aveva proposto opposizione allo stato passivo avverso la mancata ammissione della domanda di pagamento dei canoni e di restituzione del complesso immobiliare oggetto dei contratti di *leasing* e di vendita *inter partes*, inquadrati nello schema negoziale del *lease back*.

Il Tribunale di Parma, nel rigettare la proposta opposizione, confermava la ricostruzione dell'operazione proposta dal giudice delegato ed argomentava nel senso della nullità del contratto concluso «*per frode alla legge ai sensi dell'art. 1344 c.c. e per violazione dell'art. 2744 c.c.*» in quanto Beta, approfittando delle difficoltà economiche della società Alfa, avrebbe acquistato il bene ad un prezzo sensibilmente inferiore rispetto al valore dello stesso.

Adita dall'opponente, la Suprema Corte ne accoglie il ricorso cassando il decreto impugnato con rinvio al giudice di prime cure per la revisione del *decisum*.

In particolare, i giudici di legittimità, nell'esame della fondatezza dei motivi del ricorso, ripercorrono i tratti salienti del contratto di *sale and lease back*, anche in

* Il presente contributo è stato sottoposto a valutazione in forma anonima ed è stato pubblicato in anteprima su rivistapactum.it il 13.10.2022.

correlazione con il divieto di patto commissorio, evidenziando come la fattispecie negoziale in commento configuri un contratto d'impresa socialmente tipico ed, in quanto tale, astrattamente valido, eccezion fatta per l'ipotesi in cui, all'esito di un'indagine di mero fatto, si accerti che il trasferimento del bene strumentale è stato posto in essere in funzione di garanzia e che pertanto le parti, mediante la conclusione di quella fattispecie negoziale, hanno inteso perseguire il fine di eludere il divieto posto dall'articolo 2744 c.c..

Ad agevolare e rafforzare l'indagine concorrono degli "indici" considerati "ordinariamente sintomatici" dell'intento fraudolento delle parti, tra i quali figura la necessaria sussistenza di un pregresso rapporto debitorio tra la società acquirente e l'impresa utilizzatrice.

Nel caso di specie, proprio l'insussistenza di tale pregresso rapporto di credito-debito tra l'opponente Beta e la società venditrice Alfa ha indotto la S.C. ad accogliere il ricorso, così uniformandosi ai propri plurimi precedenti resi nella materia *de qua* [*ex multis*, v. Cass., 22 febbraio 2021, n. 4664 e Cass., 11 settembre 2017, n. 21042, ambedue in *www.cortedicassazione.it*].

2. Il divieto di patto commissorio di cui all'articolo 2744 c.c.: ambito di applicazione e declinazioni pratiche

Al fine di inquadrare correttamente la questione sottoposta all'esame della Suprema Corte, è opportuno soffermarsi ad analizzare, sotto l'aspetto dogmatico e sistematico, l'istituto del patto commissorio anche in rapporto a quelle fattispecie negoziali il cui peculiare atteggiarsi, nel loro utilizzo concreto, può dar luogo a violazione del divieto.

L'articolo 2744 c.c., che sancisce la nullità del patto con il quale si conviene che, in mancanza del pagamento del credito nel termine fissato, la proprietà della cosa ipotecata o data in pegno passi al creditore, anche quando il patto stesso sia successivo alla costituzione della garanzia, esprime un divieto di risultato, la cui *ratio* va ricercata, secondo quanto precisato dalla Suprema Corte, nell'esigenza di tutelare il debitore da illecite coercizioni perpetrate dal creditore [da ultimo, Cass., 17 gennaio 2020, n. 844, in *De Jure*].

Nonostante nella sua configurazione codicistica l'ambito applicativo del divieto sia legato alla preesistenza di un diritto reale di garanzia, è sostanzialmente pacifico, in dottrina ed in giurisprudenza, che l'operatività della norma vada estesa anche al c.d. "patto commissorio autonomo" in cui la funzione di tutela delle ragioni creditorie si attua attraverso il trasferimento di un bene del debitore, subordinatamente all'inadempimento dell'obbligazione [per tutti si veda GIGLIOTTI, *Patto commissorio autonomo e libertà dei contraenti*, Esi, 1998, 181; C.M. BIANCA, *Il divieto del patto commissorio*, Giuffrè, 1957].

Le ipotesi più frequenti di elusione del divieto in commento, infatti, si riscontrano proprio nelle alienazioni a scopo di garanzia, soluzioni negoziali elaborate dalla pratica commerciale con il fine di affiancare, alle tipiche garanzie reali (pegno, ipoteca) e personali (fideiussione, mandato di credito), ulteriori mezzi di tutela della pretesa creditoria con efficacia *erga omnes*. Nella specie, al fine di garantire l'immediata soddisfazione del creditore, il contratto di alienazione viene dalle parti stipulato in modo tale che se il debitore-alienante adempie, il bene gli sarà restituito; se invece non adempie, il bene resterà di proprietà del creditore-acquirente, con immediata soddisfazione del credito (indirettamente) garantito.

Tale sistema, se da un canto consente al creditore di soddisfarsi celermente e, spesso, con priorità rispetto agli altri creditori del debitore (potendo egli valersi dell'opponibilità *erga omnes* dell'acquisto, garantita dalla pubblicità del trasferimento nei Registri Immobiliari) senza dover azionare la procedura esecutiva, d'altro canto può dar luogo al perfezionarsi di negozi tesi a raggiungere, quale risultato pratico concreto, lo stesso effetto del patto commissorio vietato, con conseguente nullità della fattispecie per frode alla legge.

Nella materia *de qua*, le stesse dottrina e giurisprudenza prevalenti hanno ritenuto opportuno operare delle distinzioni.

Occorre in primo luogo escludere dal perimetro d'analisi l'ipotesi della cessione dei crediti a scopo di garanzia, in cui l'elusione del divieto di patto commissorio è scongiurata, quantomeno per quanto concerne i crediti pecuniari, dall'applicazione analogica del disposto dell'art. 2803 c.c. in tema di pegno su crediti, a norma del quale il creditore può, alla scadenza della pretesa, «[...] ritenere del danaro ricevuto quanto basta per il soddisfacimento delle sue ragioni e restituire il residuo al costituente [...]». In tale ipotesi è la stessa norma che legittima il creditore ad acquistare la proprietà del denaro oggetto di garanzia, restituendo l'eccedenza rispetto all'ammontare del proprio credito.

Più problematiche si rivelano invece le ipotesi in cui l'alienazione ha ad oggetto beni immobili o mobili diversi dal denaro, in relazione ai quali non soccorre il disposto del citato art. 2803 c.c. in materia di crediti pecuniari [in merito al differente trattamento riservato alla cessione del credito in garanzia e all'alienazione di un diritto reale a scopo di garanzia si veda, *amplius*, D'ADDA, *La cessione del credito ed il factoring*, in *Trattato dei contratti* diretto da Roppo, II, *Cessione e uso di beni*, Giuffrè, 2014, 190 s.].

Un più risalente orientamento giurisprudenziale restringeva l'ambito di operatività del divieto, distinguendo in relazione al momento temporale in cui il creditore acquistava la proprietà del bene. Nello specifico, dovevano considerarsi ricompresi nel divieto solo i trasferimenti sospensivamente condizionati all'inadempimento, poiché l'acquisto della proprietà avveniva in un momento successivo rispetto alla stipula del contratto e solo in caso d'inadempimento. Se invece il trasferimento del diritto era immediato, salvo l'obbligo di restituzione in caso d'inadempimento, l'operazione era considerata legittima [per tutte, Cass., 12 dicembre 1986, n. 7385, in *Foro it.*, 1987, I, 3, 799 ss.; Cass., 14 aprile 1981, n. 2245, in *Mass. Giust. civ.*, 1981, 4, 851].

A partire da due pronunce a Sezioni Unite della Corte di Cassazione [Cass., sez. un., 3 aprile 1989, n. 1611, in *Foro it.*, 1989, I, 5, 1428, con nota di MARICONDA; Cass., sez. un., 21 aprile 1989, n. 1907, in *Giust. civ.*, 1989, I, 9, 1821, con nota di COSTANZA] si è assistito ad un progressivo abbandono dell'impostazione tradizionale e dell'interpretazione letterale dell'art. 2744 c.c. in favore di una lettura teleologica della norma che conferisce rilievo non più al momento temporale dell'acquisto né al *nomen iuris* utilizzato dalle parti, ma all'intenzione dei contraenti di costituire una più efficace garanzia per il creditore attraverso un trasferimento che diviene irrevocabile soltanto a seguito dell'inadempimento del debitore.

In altri termini, poiché è il risultato che giustifica il divieto di legge e non i mezzi impiegati, assume adesso importanza assorbente la circostanza che l'acquisto si consolidi in capo al creditore per effetto e quale conseguenza dell'inadempimento, in modo che emerga con patente evidenza che la funzione di garanzia non è mero motivo, ma scopo principale dell'operazione [in questo senso, *ex multis*, Cass., 3 febbraio 2012, n. 1675 in *Giur. it.*, 2013, 2, 339].

Le molteplici pronunce del Supremo Collegio intervenute sul tema dei rapporti tra alienazioni in garanzia e divieto di patto commissorio, peraltro, hanno consentito di individuare degli "indici sintomatici", idonei a far emergere il reale scopo dell'operazione e, così, l'intento fraudolento delle parti, nella simultanea compresenza di: un rapporto di credito-debito tra acquirente e alienante, preesistente o contestuale alla vendita; un'apprezzabile sproporzione tra il valore del bene trasferito ed il corrispettivo versato dall'acquirente; il mantenimento, in capo al venditore-debitore, del possesso o della detenzione del bene.

Il consolidarsi di tale ultimo orientamento ha comportato l'estensione del novero dei contratti traslativi astrattamente suscettibili di eludere il divieto di cui all'art. 2744 c.c., novero che oggi ricomprende, se funzionali a perseguire uno scopo di garanzia: la vendita con patto di riscatto e con patto di retrovendita; la vendita condizionata sospensivamente all'adempimento o risolutivamente all'inadempimento del debitore; il contratto di *sale and lease back*; il contratto con il quale il mutuatario concede al mutuante un'opzione per l'acquisto del proprio bene in caso di inadempimento dell'obbligazione nascente da mutuo; la procura irrevocabile a vendere, conferita dal debitore al creditore, con facoltà di contrarre con sé stesso.

Inoltre, poiché il divieto portato dall'art. 2744 c.c. va interpretato non secondo un criterio formalistico e strettamente letterale, ma secondo un criterio ermeneutico e funzionale, il patto commissorio – con la conseguente sanzione di nullità – è ravvisabile anche rispetto a più negozi tra loro collegati, qualora scaturisca «*un assetto di interessi complessivo tale da far ritenere che il procedimento negoziale attraverso il quale deve compiersi il trasferimento di un bene del creditore sia effettivamente collegato, piuttosto che alla funzione di scambio, ad uno scopo di garanzia, a prescindere dalla natura meramente obbligatoria, o traslativa, o reale del contratto, ovvero dal momento temporale in cui l'effetto traslativo sia destinato a verificarsi, nonché dagli strumenti negoziali destinati alla sua attuazione [...] sempre che, tra le diverse pattuizioni, sia ravvisabile un rapporto di interdipendenza tale che esse risultino funzionalmente preordinate ad attuare uno scopo finale di garanzia*» [Cass., 19 maggio 2004, n. 9466, in *Contratti*, 2004, 11, 979, con nota di CILIA].

A fronte di una così significativa estensione delle fattispecie contrattuali astrattamente suscettibili di essere considerate nulle per frode alla legge *sub specie* “elusione del divieto di patto commissorio”, un utile strumento volto a garantire la legittimità delle operazioni negoziali è rappresentato dal c.d. patto marciano con cui le parti convengono che, in caso di inadempimento, il creditore acquista la proprietà del bene purché al debitore sia corrisposta l'eventuale differenza tra il valore di stima del diritto trasferito, come risultante da una perizia redatta, al momento dell'inadempimento, da un terzo imparziale, e l'ammontare del debito inadempito.

Sotto l'aspetto normativo, la liceità di una tale pattuizione trova positiva conferma nelle previsioni del d.lgs. 1° settembre 1993, n. 385 (Testo unico in materia bancaria e creditizia), agli artt. 48 *bis* – che contiene la previsione in virtù della quale il contratto di finanziamento concluso tra una banca e un imprenditore, può essere garantito dal trasferimento, a favore della banca creditrice, della proprietà di un immobile del debitore, sospensivamente condizionato all'inadempimento di quest'ultimo: in caso di inadempimento, il creditore acquista la proprietà del bene, purché al debitore sia corrisposta l'eventuale differenza tra il valore di stima del diritto e l'ammontare del debito inadempito, come valutato nella perizia giurata di un esperto nominato dal Tribunale - e 120 *quinquiesdecies*, che contiene analoga previsione in tema di finanziamento ai consumatori.

Per comprendere le ragioni di quest'effetto “presuntivamente sanante” della clausola marciana, basti ricordare la *ratio* sottostante il divieto di patto commissorio. Se, infatti, la funzione della norma risiede nell'esigenza di tutelare il debitore da illegittimi approfittamenti del creditore, allora è chiaro che il patto marciano, prevedendo un meccanismo che consente al debitore non solo di ottenere una stima veritiera ed oggettiva del diritto trasferito, ma anche di vedersi restituita l'eventuale eccedenza rispetto all'ammontare del debito, rende di per sé nullo il rischio che il creditore ottenga, in danno del debitore, più di quanto gli spetterebbe [per una più ampia disamina sul punto, si veda RISPOLI, *Ai confini del divieto di patto commissorio*, in *Giur. it.*, 2013, 10, 2026; CIPRIANI, *Patto commissorio e patto marciano. Proporzionalità e legittimità delle garanzie*, Esi, 2000, 88].

3. Rapporti tra divieto di patto commissorio e contratti d'impresa socialmente tipici: il caso del *sale and lease back*

Il contratto di *sale and lease back* (anche noto come “*leasing* di ritorno”) si configura come un'operazione complessa, sostanziandosi in un collegamento negoziale tra un contratto di vendita, in forza del quale un'impresa trasferisce, verso un corrispettivo in denaro, un proprio bene strumentale ad una società finanziaria, ed una locazione finanziaria con la quale l'impresa acquirente concede in utilizzo il medesimo bene all'alienante, verso il pagamento di un canone periodico e con possibilità di riacquisto del bene, al termine del contratto, per un prezzo normalmente inferiore al suo valore reale.

La fattispecie rappresenta una variante del *leasing* finanziario traslativo, contratto

tipico disciplinato dall'art. 1, comma 136, l. 4 agosto 2017, n. 124, [per un approfondimento relativo ai problemi connessi all'applicazione retroattiva di tale legge si veda BELLANTE, *Risoluzione del contratto di leasing anteriormente alla entrata in vigore della l. n. 124/2017*, in *Giur. it.*, 2021, 12, 2579 ss.] in virtù del quale una banca, iscritta nell'apposito albo, si obbliga ad acquistare un bene secondo le indicazioni dell'utilizzatore, che se ne assume i rischi, mettendolo poi a disposizione di quest'ultimo per un tempo determinato verso il pagamento di un corrispettivo periodico che tiene conto del prezzo di acquisto e della durata del contratto. Alla scadenza, l'utilizzatore ha o il diritto di acquistare la proprietà del bene ad un prezzo predeterminato o, in caso di mancato esercizio del diritto di opzione, l'obbligo di restituirlo [per un compiuto esame della disciplina del leasing si veda MOLINARO, *La risoluzione del leasing traslativo tra autonomia privata e controllo di meritevolezza da parte del giudice*, in questa *Rivista*, 2022, 1, 9].

La peculiarità del *lease back*, che vale a distinguerlo dal *leasing* finanziario traslativo, consiste dunque nella circostanza che il soggetto che vende il bene all'impresa finanziaria non è un terzo fornitore ma lo stesso imprenditore che ne diverrà utilizzatore.

La fattispecie negoziale in commento trova larga e frequente diffusione nella pratica degli affari in quanto risponde all'esigenza degli operatori economici di ottenere con immediatezza la liquidità occorrente, mediante l'alienazione di un bene strumentale di norma funzionale ad un determinato assetto produttivo – e, pertanto, non agevolmente collocabile sul mercato – conservando tuttavia la possibilità di adoperarlo.

La peculiare circostanza che il bene venduto rimanga nella disponibilità del venditore, il quale continua a servirsene corrispondendo all'acquirente/concedente un canone periodico con facoltà di riacquistarne la piena proprietà al termine della locazione, ha indotto molta parte degli autori e la giurisprudenza ad interrogarsi circa la liceità dell'operazione, considerate delle indubbe affinità che tale fattispecie negoziale presenta con le alienazioni a scopo di garanzia.

Nella specie, il dibattito si è incentrato sulla natura e sui caratteri del contratto di *sale and lease back*, onde valutarne non solo la validità in astratto, ma anche l'idoneità in concreto – e, segnatamente, a determinate condizioni – a costituire il mezzo per eludere l'applicazione del divieto portato dalla norma imperativa di cui all'art. 2744 c.c.

La Suprema Corte, con orientamento prevalente e consolidato, ha da tempo sancito l'astratta validità della fattispecie in commento, chiarendo che lo schema socialmente tipico del *lease back* presenta, quale contratto d'impresa, una propria autonomia strutturale e funzionale, nonché caratteri peculiari di natura oggettiva e soggettiva che non consentono di ritenere che esso sia preordinato a realizzare, per sua propria natura e nel suo fisiologico operare, un risultato assimilabile ad un'alienazione a scopo di garanzia e, pertanto, una fattispecie astrattamente nulla per illiceità della causa concreta [per tutte, Cass., 22 marzo 2007, n. 6969, in *Contratti*, 2008, 1, 36, con nota di ARCARI].

Cionondimeno, la causa concreta del contratto di *sale and lease back* ben può essere piegata al perseguimento del fine illecito vietato dall'art. 2744 c.c. che, come precisato, costituisce una norma materiale, espressione di un "divieto di risultato", destinata come tale a trovare applicazione ad un ampio range di fattispecie, non più limitato alle sole alienazioni a scopo di garanzia sospensivamente condizionate all'inadempimento del debitore [per un approfondimento circa i rapporti tra *sale and lease back* e divieto di patto commissorio si vedano DOLMETTA, *Lease back e patto commissorio: un rapporto complesso*, in *Giur. comm.*, 2002, I, 3, 306 ss.; LUMINOSO, *Lease back, mercato e divieto del patto commissorio*, in *Giur. comm.*, 2000, I, 4, 489 ss.].

Positivamente risolta la questione della liceità in astratto del *leasing* di ritorno, pertanto, l'indagine si sposta sull'individuazione della causa concreta del negozio [per un compiuto esame sulla causa concreta del negozio si vedano C.M. BIANCA, *Diritto Civile*, III, *Il contratto*, Giuffrè, 2019; DIENER, *Il contratto in generale*, Giuffrè, 2015] e sull'analisi del complessivo regolamento d'interessi, dovendosi valutare che l'impiego di tale schema negoziale, di volta in volta effettuato dalle parti, non si risolva nell'elusione del divieto di patto commissorio, sanzionabile con la nullità, ai sensi dell'art. 1344 c.c., in

relazione all'art. 1418, comma 2, c.c.

Tale verifica è affidata al giudice di merito il quale, in base ad elementi sintomatici sia oggettivi sia soggettivi, non sindacabili in sede di legittimità se non per difetto di motivazione, dovrà sottoporre a minuto esame l'intento negoziale delle parti, come risultante dalle circostanze del caso concreto e dalle clausole negoziali presenti nell'accordo, per comprendere se sia ravvisabile un nesso funzionale tra l'utilizzo di una fattispecie tipica (il *leasing* di ritorno) e l'eventuale conseguimento di un risultato contrario alla legge. Segnatamente, devono ritenersi sintomatici della frode alla legge: l'esistenza di un rapporto di credito-debito tra la società finanziaria acquirente e l'impresa venditrice-utilizzatrice sorto prima o contestualmente alla vendita; la preesistenza di una situazione di difficoltà economica di quest'ultima; l'apprezzabile sproporzione tra il valore del bene trasferito ed il corrispettivo versato dall'acquirente [sul punto si veda, *amplius*, LOTTA, *Gli indici di anomalia del lease back nella recente giurisprudenza*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2013, II, 2, 356].

Come più volte ribadito dalla Suprema Corte, soltanto il concorso dei menzionati indici vale a fondare la ragionevole presunzione che il *lease back*, contratto d'impresa per sé lecito, sia stato in concreto impiegato per eludere il divieto di patto commissorio e sia pertanto nullo per frode alla legge [tra le altre, Cass., 14 marzo 2006, n. 5438, in *Contratti*, 2007, 6, 526, con nota di TOSCHI VESPASIANI].

Orbene, riportando i principi sin qui svolti nell'ambito della fattispecie concreta dalla quale ha preso le mosse il presente contributo, è possibile cogliere il percorso logico seguito dai giudici di legittimità i quali, nel rilevare che «*l'iter logico seguito dai giudici di merito nella formazione della ratio decidendi soffre di un evidente difetto di certezza sulle effettive caratteristiche dell'operazione negoziale di lease back [...]»*, hanno implicitamente ribadito che il giudizio sulla liceità dell'operazione passa necessariamente attraverso la valutazione dell'impiego concreto che le parti fanno dello strumento negoziale.

Una fondata valutazione della fattispecie in esame, a giudizio della Corte, avrebbe infatti certamente fatto emergere il difetto di uno di quei requisiti (la preesistente situazione di credito-debito) ritenuti necessari a fondare il giudizio di nullità del negozio per frode alla legge e, in specie, per violazione del divieto di patto commissorio.

A nulla rileva, peraltro, nel caso di specie, l'assenza del correttivo del patto marciano, il quale rappresenta non una "*condicio sine qua non*" di validità delle alienazioni in garanzia, ma un mero strumento che vale a garantire, a priori – e, secondo alcuni, a prescindere dalle circostanze del caso concreto – la liceità dell'operazione.

Bibliografia essenziale

Per la disciplina generale del contratto si vedano:

BIANCA C.M., *Diritto civile*, III, *Il contratto*, Giuffrè, 2019

DIENER, *Il contratto in generale*, Giuffrè, 2015

In merito al divieto del patto commissorio si vedano:

BIANCA C.M., *Il divieto del patto commissorio*, Giuffrè, 1957

CILIA, *Divieto del patto commissorio e negozi collegati*, in *Contratti*, 2004, 11, 979

COSTANZA, *Sulle alienazioni in garanzia e il divieto del patto commissorio*, in *Giust. civ.*, 1989, I, 9, 1821

CIPRIANI, *Patto commissorio e patto marciano. Proporzionalità e legittimità delle garanzie*, Esi, 2000, 88

D'ADDA, *La cessione del credito ed il factoring*, in *Trattato dei contratti* diretto da Roppo, II, *Cessione e uso di beni*, Giuffrè, 2014, 190

GIGLIOTTI, *Patto commissorio autonomo e libertà dei contraenti*, Esi, 1998, 181

MACARIO, *Circolazione e cessione dei diritti in funzione di garanzia*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, I, 6, 407

MARICONDA, *Trasferimenti commissori e principio di causalità*, in *Foro it.*, 1989, I, 5, 1428
RISPOLI, *Ai confini del divieto di patto commissorio*, in *Giur. it.*, 2013, 10, 2026

In merito ai rapporti tra contratto di *sale and lease back* e divieto di patto commissorio si vedano:
ARCARI, *Indici di anomalia del lease back*, in *Contratti*, 2008, 1, 36

BUONOCORE, *Il sale and lease back*, in *La locazione finanziaria, nel Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da Cicu, Messineo e Mengoni e continuato da Schlesinger, Giuffrè, 2008, 296

DOLMETTA, *Lease back e patto commissorio: un rapporto complesso*, in *Giur. comm.*, 2002, I, 3, 306

LOTTA, *Gli indici di anomalia del lease back nella recente giurisprudenza*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2013, II, 2, 356

LUMINOSO, *Lease back, mercato e divieto del patto commissorio*, in *Giur. comm.*, 2000, I, 4, 489

TOSCHI VESPASIANI, *Il lease back e il divieto del patto commissorio ancora al vaglio della Suprema Corte*, in *Contratti*, 2007, 6, 526

In merito al contratto di leasing si vedano:

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

MOLINARO, *La risoluzione del leasing traslativo tra autonomia privata e controllo di meritevolezza da parte del giudice*, in questa *Rivista*, 2022, 1, 9

La nullità del contratto di transazione: la questione della rinuncia agli interessi *

di ANTONIO CARINGELLA
Dottorando di ricerca
Università degli Studi di Roma Tre

(CORTE DI CASSAZIONE, sezione terza civile, ord. 21 giugno 2022, n. 19970; Pres. Frasca – Est. Sestini)

Abstract

La sentenza affronta il tema della configurabilità della nullità, ex art. 7 d.lgs. n. 231/2002, del contratto di transazione con cui il creditore rinunci agli interessi maturati. Il caso in esame offre, così, l'opportunità di riflettere su: a) le peculiarità del contratto di transazione; b) la moderna categoria della nullità funzionale; c) la rottura dell'unità del paradigma contrattuale.

The decision addresses the issue of the configurability of an invalidity, under article 7 of Legislative Decree no. 231 of 2002, of the transaction agreement in which the creditor renounces the interests accrued. The case thus offers the opportunity to reflect on: a) the particularities of the transaction contract; b) the modern legal category of functional invalidity; c) the fragmentation of contractual law.

Sommario: 1. Fatto; 2. Decisione; 3. Il contratto di transazione e i suoi vizi; 4. La nullità funzionale ex art. 7 d.lgs. n. 231 del 2002; 5. (*Segue*). Le modifiche apportate dal d.lgs. n. 192/2012 al fine di potenziare il meccanismo di protezione; 6. La sistematica del contratto nel nuovo millennio; 6. Valutazioni conclusive.

1. Fatto

La Società B. conveniva in giudizio l'Azienda U.S.L. Arezzo 8 presso il Tribunale di Prato, per ottenere il riconoscimento dell'invalidità del contratto di transazione stipulato in data 28.9.2006, nonché di ogni altro atto transattivo e/o di rinuncia avente a oggetto la percezione degli interessi. In particolare, il ricorrente articolava tale richiesta in tre domande, ognuna subordinata alla precedente, ossia: a) la nullità, ex art. 7 del d.lgs. 9 ottobre 2002, n. 231; b) l'annullamento ex art. 1969 c.c.; c) la risoluzione per inadempimento ex art. 1457 c. c.

Il Tribunale rigettava le domande della Società B. [Trib. Prato, 9 gennaio 2014, n. 23].

La pronuncia di primo grado veniva successivamente appellata, dandosi così la stura a un giudizio nel quale la Società I. – socio unico e successore della Società B. – si costituiva. Al termine di questo secondo grado, la Corte d'Appello confermava la sentenza del giudice di prime cure [App. Firenze, 17 maggio 2019, n. 1170].

L'ultima tappa di questa vicenda processuale si è svolta in Cassazione: la società I. ricorreva contro la U.S.L. Toscana Sud Est (già U.S.L. Arezzo 8), la quale, proponeva un ricorso incidentale, cui, a sua volta, la società I. resisteva con controricorso.

Il collegio giudicante disponeva la trattazione in camera di consiglio dinanzi alla sezione semplice (art. 380-bis c.p.c.), approdando, così, alla sentenza in esame.

2. Decisione

Con la pronuncia in commento, la Suprema Corte conferma la decisione impugnata, rigettando i motivi di gravame della società I., due processuali e uno sostanziale, articolati in quest'ordine: a) omessa pronuncia sulla domanda relativa al riconoscimento degli interessi da ritardato pagamento (art. 360, comma 1, n.1 e 4 c.p.c.); b) violazione e falsa applicazione degli artt. 1343, 1344, 1418, 1965 c.c. e dell'art. 7 d.lgs. n. 231/2002, per avere dichiarato la piena validità della transazione; c) omesso riconoscimento della sussistenza di un errore di diritto – consistente nel falso convincimento di aderire a un accordo transattivo –, concernente il presupposto della controversia, e non il suo oggetto (art. 360., comma 1, n. 5 c.p.c.).

Per quanto concerne le questioni processuali, in questa sede ci si limita a ricordare che il primo motivo (lett. a) è respinto dalla Corte, che, con riferimento ai diversi profili, ne afferma la manifesta infondatezza o la non adeguata formulazione dei termini della domanda. Il terzo motivo (lett. c), poi, è ritenuto inammissibile, in quanto l'errore additato al giudice d'appello non concerne l'esame di un fatto, "bensì una valutazione circa il perimetro delle questioni che le parti hanno inteso definire in via transattiva".

Per quanto attiene al nodo di merito (lett. b), la Corte ha statuito che l'ipotesi di nullità *ex art. 7 d.lgs. n. 231/2002* non si applica alla clausola del contratto di transazione con cui il creditore rinunci agli interessi già maturati, in quanto tale patto non è iniquo dato che rientra nelle "reciproche concessioni" che connotano ontologicamente l'accordo transattivo, ai sensi dell'art. 1965 c.c. Detto altrimenti, la rinuncia agli interessi non è iniqua, nella misura in cui si inserisce nel contesto peculiare della transazione, nel quale, *in primis*, la stessa doverosità degli interessi rinunciati è una *res dubia*, e, *in secundis*, anche la controparte opera una concessione. In definitiva, la transazione è un contratto di secondo grado, di natura schiettamente conciliativa, che come tale esorbita, sia sul piano letterale che sul versante teleologico dall'ambito di applicazione del decreto legislativo n. 231/2002 (e succ. mod.), avente ad oggetto, esclusivamente, alla luce del dettato dell'articolo 2, lett. a), le "transazioni commerciali", ossia i contratti aventi direttamente e originariamente a oggetto la consegna di merci o prestazioni di servizi contro il pagamento di un prezzo.

Ciò premesso, per comprendere appieno le ragioni del *decisum*, giova svolgere qualche riflessione sulla patologia del contratto di transazione e sulla nullità comminata dall'art. 7 cit., istituito centrale nella moderna ricostruzione sistematica del contratto.

3. Il contratto di transazione e i suoi vizi

La transazione è un contratto consensuale, a prestazioni sinallagmatiche [per la tesi minoritaria che attribuisce natura aleatoria, CARNELUTTI, *Note sull'accertamento negoziale*, in *Riv. dir. proc.*, 1940, 1, 3], e oneroso [DEL PRATO, voce *Transazione (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XLIV, Giuffrè, 1992, 824], con il quale le parti, attraverso reciproche concessioni ("*aliquid datum aliquid retentum*"), prevengono o compongono una lite (art. 1965 c.c.). Nell'assolvere a tale funzione "conciliativa", esso costituisce una valida alternativa alla giurisdizione statale [MANCUSO, *Il rilievo della transazione nel processo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2021, 2, 461].

Detto ciò, giova compiere qualche riflessione sulle "reciproche concessioni", dato che queste costituiscono il motore della vicenda transattiva: questa, infatti, richiede un avvicinamento spontaneo tra le parti, il quale non può essere sindacato sul piano dell'equilibrio economico [Cass., 28 settembre 2016, n. 19179; Cass., 1° aprile 2019, n. 9006], anche perché la vicenda si svolge in un contesto d'incertezza che rende ardua la configurazione di un equilibrio oggettivo. Come si vedrà, è proprio questo connotato – reso evidente, d'altronde, dal divieto di rescissione per lesione (art. 1970 c.c.) – che ha indotto la Cassazione a non considerare iniqua la clausola di rinuncia agli interessi.

La concreta modulazione delle reciproche concessioni, inoltre, può plasmare il patto alla stregua di un contratto a efficacia reale od obbligatoria, segnando, così, una decisa differenza rispetto al negozio di mero accertamento [Cass., 12 marzo 2008, n.

6739, con nota di BOZZI, *Negoziato di accertamento ed effetti (non) «meramente dichiarativi»*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, 2, II, 201; invece, sul tema dell'ammissibilità del negozio di mero accertamento, NICOLÒ, *Il riconoscimento e la transazione nel fenomeno della rinnovazione del negozio e della novazione dell'obbligazione*, in *Annali Università Messina*, 1932-33, 430 ss., nonché CARNELUTTI, *Note sull'accertamento negoziale*, cit., 3 ss.]. Volendo approfondire i presupposti delle due figure, queste possono essere accostate nella parte in cui presuppongono il superamento dell'originaria *res dubia*, la quale, tuttavia, solo nella transazione deve assurgere al grado della lite. In definitiva, le concessioni in esame costituiscono il *proprium* della transazione, differenziandola da altri modi di risoluzione di controversie, tra cui, oltre al negozio di accertamento, la rinuncia alla pretesa e la conciliazione [per la tesi decisamente minoritaria che ritiene possa esservi transazione anche in assenza di lite, si veda CARRESI, voce *Transazione (diritto vigente)*, in *Noviss. dig. it.*, XIX, Utet, 1973, 482]. In conclusione, si segnala che queste devono essere effettuate su un piano giuridico, e non meramente economico, comprendendo, dunque, il caso della riduzione di prezzo rispetto a una vendita già conclusa, ma non lo sconto per invogliare un potenziale acquirente [ROTONDI, *La transazione nella giurisprudenza*, Giuffrè, 1993].

Passando, adesso, alla patologia del patto in esame, la forza della transazione si regge proprio sul presupposto che essa non possa essere validamente impugnata né dalla parte che si convinca che avrebbe potuto affrontare con esito vittorioso un giudizio sulla lite, né dalla parte che ritiene squilibrate le concessioni. Con riferimento, poi, a quest'ultima ipotesi, decisiva nel caso di specie, la giurisprudenza, come visto [Cass., 28 settembre 2016, n. 19179, cit.; Cass., 1° aprile 2019, n. 9006, cit.], ritiene che siano le parti a dover valutare la convenienza delle "reciproche concessioni", senza che sia necessario e, per certi versi, possibile, che queste siano equilibrate. Per tutte queste ragioni, il codice civile non permette l'annullamento del contratto per errore di diritto (art. 1969 c.c., in deroga all'art. 1429, n. 4 c.c.), né, come anticipato, la rescissione per lesione (art. 1970 c.c., in deroga all'art. 1447 c.c.).

Tale necessità di garantire stabilità all'assetto delineato dei contraenti viene, tuttavia, bilanciata da altre esigenze che hanno condotto il legislatore del 1942 a configurare, in via eccezionale, alcuni tipi d'invalidità: a) la nullità in caso di indisponibilità dei diritti (art. 1966 c.c.); b) l'annullamento per pretesa temeraria (art. 1971 c.c.); c) la nullità della transazione avente a oggetto un contratto illecito (art. 1972 c.c.); d) l'annullabilità per falsità dei documenti (art. 1973 c.c.); e) la nullità per cosa giudicata (art. 1974 c.c.); f) l'annullabilità per scoperta dei documenti (art. 1975 c.c.). In conclusione, va soggiunto che le norme citate devono essere integrate dalla normativa generale sull'invalidità contrattuale, la quale, salvo le deroghe appena esaminate, trova applicazione residuale.

Dopo aver analizzato la lineare prospettiva codicistica in tema d'invalidità della transazione, si può passare a esaminare il problema dell'applicabilità al patto transattivo dell'art. 7 d.lgs. n. 231/2002 sulle transazioni commerciali, la quale sancisce la nullità dell'accordo sulla data del pagamento, o sulle conseguenze del ritardato pagamento, gravemente iniquo in danno del creditore. Per rispondere, si deve operare una duplice indagine, in astratto e in concreto. In primo luogo, occorre interrogarsi sull'ampiezza della formula "clausole relative al saggio degli interessi" di cui all'art. 7 cit.: questa concerne solo contratti che disciplinano immediatamente il rapporto, oppure anche include anche i contratti di secondo grado, quali la transazione? In secondo luogo – e in caso di lettura ampia della clausola –, ci si deve chiedere se la rinuncia in esame sia, o meno, una fisiologica, e quindi equa, realizzazione delle "concessioni reciproche" delineate dall'art. 1965 c.c.

Per comprendere appieno la risposta offerta dalla Suprema Corte, giova svolgere qualche considerazione sull'art. 7 cit., il quale, tra l'altro, fornisce la possibilità di soffermarsi su alcune prospettive della moderna teoria del contratto: la nullità funzionale (par. 4) e il contratto B2b (par. 5).

4. La nullità funzionale ex art. 7 d.lgs. n. 231 del 2002

La nullità in esame è prevista dalla legge sulle transazioni commerciali: il d.lgs. n. 231/2002 – attuativo della dir. 2000/35/CE –, emanato per contrastare gli effetti distorsivi della concorrenza derivanti da ritardi nei pagamenti del corrispettivo di merci o di prestazione di servizi. Questi ritardi, infatti, si traducono in pesanti oneri amministrativi e finanziari per le imprese, costituendo, così, un pesante costo di transazione che allontana dall’assetto ottimale (“ottimo paretiano”).

Nel perseguire tale obiettivo concorrenziale, il legislatore appresta una tutela alla vittima di pattuizioni inique, con la creazione di una nullità che risponde a una logica diversa rispetto a quella del modello liberale del codice civile. Quest’ultima, infatti, è una patologia strutturale legata alla mancanza o al vizio degli elementi della fattispecie, mentre la nullità in esame assume una connotazione funzionale in quanto persegue determinati obiettivi politici. A tal proposito, è utile segnalare, tra le varie, alcune nullità speciali permeate dalla descritta ottica funzionale di stampo valoristico, quali: a) la nullità per abuso di dipendenza economica (art. 9, l. 18 giugno 1998, n. 198); b) la nullità delle clausole vessatorie nei contratti consumeristici (art. 36, d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206); c) la nullità di contratti aventi a oggetto immobili oggetto di abusi edilizi (art. 46 d.p.r. 6 giugno 2001, n. 380); d) la nullità della clausola con cui si convengano interessi usurari (art. 1815, comma 2 c.c.).

La stessa giurisprudenza della Cassazione s’è distinta in un attivismo interpretativo sfociato nell’elaborazione di uno statuto pretorio di nullità funzionali, pur in assenza di espliciti riferimenti testuali. Si pensi, in particolare, alla nullità dei contratti di investimento ex art. 23 T.U.F. [Cass., sez. un., 19 dicembre 2007, nn. 26724 e 26725, in *Danno e resp.*, 2008, 5, 525 ss., con note di ROPPO, *La nullità virtuale del contratto dopo la sentenza Rordorf* e BONACCORSI, *Le Sezioni Unite e la responsabilità degli intermediari finanziari*] e dei contratti a valle di intese restrittive della concorrenza ex art. 2 legge n. 287/1990 [Cass., 30 dicembre 2021, n. 41994].

Segnatamente l’art. 7, nella logica della protezione della vittima del creditore pecuniario vittima di inadempimento, colpisce, con una speciale nullità di protezione rilevabile anche d’ufficio, le clausole gravemente inique sul termine di pagamento, sul tasso di interessi e sul risarcimento dei costi di recupero del credito. Nella valutazione dell’ingiustizia della pattuizione, implicante il ricorso a canoni assiologici di ragionevolezza e giustizia del caso concreto, si ha riguardo a tutte le circostanze specifiche, con particolare riguardo a quelle esemplificativamente indicate dal legislatore. Si considera sempre gravemente iniqua, senza possibilità di prova contraria, la clausola contrattuale che esclude del tutto l’applicazione degli interessi di mora, mentre si presume *iuris tantum* la clausola che esclude il risarcimento dei costi di recupero (art. 7, commi 3 e 4).

Infine, si deve segnalare che, in coerenza con il carattere di legittimazione ristretta e l’esigenza di conservazione che connotano le nullità di matrice protezionistica, la nullità in questione ha carattere relativo e necessariamente parziale.

5. (Segue). Le modifiche apportate dal d.lgs. n. 192/2012 al fine di potenziare il meccanismo di protezione

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

Nonostante origini coeve e intenti comuni, la normativa sulle transazioni commerciali – parimenti animata, a un tempo, da esigenze micro-economiche di tutela della vittima della prevaricazione negoziale e dall’imperativo macro-economico della garanzia della funzionalità del mercato – è invecchiata prima di quella sulla subfornitura e ha richiesto in termini brevi interventi significativi di aggiustamento (PESCE, *Cronache*

di un insuccesso annunciato: la disciplina sui ritardi di pagamento, in CUFFARO (a cura di), *Obsolescenza e caducità delle leggi civili*, Roma Tre Press, 2019, 47 ss.). Infatti, con il d.lgs. 9 novembre 2012, n. 192, attuativo della dir. 2011/7/UE, il legislatore – oltre a intervenire in modo significativo sul regime dei termini (art. 4), sul tasso degli interessi (art. 5) e sul risarcimento dei costi di recupero – ha apportato rilevanti modifiche al regime della nullità, al fine di rendere l’operatività del rimedio più chiara ed efficace con la previsione di indici più pregnanti e attendibili della natura iniqua della pattuizione. In particolare, nell’ottica di una migliore considerazione delle variabili del mercato, sono stati introdotti i parametri del grave scostamento dalla corretta prassi commerciale in contrasto con il principio di correttezza e buona fede, della natura della merce e del servizio e dell’esistenza di motivi oggettivi di deroga al contenuto dispositivo della disciplina legale o all’importo forfettario dovuto a titolo di risarcimento per i costi di recupero. Sono, invece, scomparse, per intuibili esigenze di certezza, le circostanze soggettive relative alle condizioni personali, tra cui quelle dimensionali, peraltro valorizzabili nella residuale clausola di chiusura relativa a “tutte le circostanze del caso concreto” (per l’esame delle modifiche apportate nel 2012 al fine di porre rimedio alle carenze evidenziate sul terreno dal testo originario si rinvia al volume A.M. BENEDETTI e PAGLIANTINI (a cura di), *La nuova disciplina dei ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, Giappichelli, 2013, e, segnatamente, a GRONDONA, *Dalla Direttiva 200/35/CE alla Direttiva 2011/7/CE, qualche considerazione tra politica e tecnica del diritto*, *ivi*, 6 ss.; SCIANNACA, *Clausole gravemente inique in danno del creditore: le novità del decreto legislativo 231/2002 da una prospettiva rimediabile*, in *Contratti*, 2015, 1, 88).

Di notevole impatto innovativo è, poi, la modifica che, nell’ottica della certezza del diritto e in omaggio alla separazione tra sfera negoziale e azione giurisdizionale (riassunto dal principio nord-americano per cui «*The Courts don’t make the contracts for the parties*»), cancella il potere giudiziale di riconduzione ad equità della clausola squilibrante e sproporzionata. Ne deriva che il potere correttivo del giudice, drasticamente ridimensionato a seguito della scomparsa del richiamo alla nebulosa e atipica equità correttiva, viene ricondotto nell’alveo dell’azione sostitutiva di cui all’articolo 1339 c.c.: le clausole gravemente inique, colpite dalla nullità parziale, sono così sostituite dai termini di legge. L’equità cessa, a questa stregua, di essere canone terapeutico, per rimanere canone diagnostico ai fini del sindacato della legittimità della previsione convenzionale (PESCE, *op. cit.*, 54).

6. La sistematica del contratto nel nuovo millennio

Con l’invalidità di cui all’art. 7 d.lgs. n. 231/2002, il legislatore, come detto, persegue il fine di tutela di un soggetto debole, il quale, contrariamente alla visione tradizionale, è il creditore. Così facendo, si è smarcato decisamente dal modello tradizionale di contratto – consegnatoci dalla rivoluzione francese –, retto sui valori borghesi dell’uguaglianza formale, della razionalità comportamentale e del funzionamento concorrenziale del mercato [ZOPPINI, *Vincenzo Roppo e la teoria ‘non euclidea’ del contratto (discussa con i casi dell’Euribor negativo e della fatturazione a 28 giorni*, in *Riv. dir. comm.*, 2021, 1, I, 68], dimostrando una spiccata sensibilità verso il problema dell’asimmetria contrattuale che va oltre gli angusti confini del settore consumeristico, per pervadere i rapporti tra imprese. È bene precisare che questa prospettiva innovativa non si riscontra esclusivamente nell’art. 7 *cit.*, ma permea, tra le altre, anche la citata normativa sulla subfornitura (art. 9, l. n. 198/1999), nonché quella sul *franchising* (l. 6 maggio 2004, n. 129).

L’affermarsi di norme sensibili alla disparità di potere contrattuale ha, quindi, dato luogo a un vivace dibattito in dottrina: se è, infatti, pacifico che questi innovativi paradigmi contrattuali hanno sancito l’evoluzione “dal contratto ai contratti”, vedendo quello codicistico solo come uno dei modelli, non è altrettanto chiaro quanti e quali siano i modelli alternativi.

A tal proposito, si registrano due ricostruzioni: la prima [PARDOLESI, utilizzata nella prefazione al volume di COLANGELO, *L'abuso di dipendenza economica tra disciplina della concorrenza e diritto dei contratti. Un'analisi economica e comparata*, Giappichelli, 2004; XI ss.] distingue tra “primo contratto” (B2B), “secondo contratto” (B2C) e “terzo contratto” (B2b); la seconda [ROPPO, *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppi di un nuovo paradigma*, in ID., *Il contratto del duemila*, 3^a ed., Giappichelli, 2011, 65 ss.] opera una *reductio ad unum* di tutte le ipotesi di asimmetria contrattuale. In definitiva, le due posizioni si dividono sulla seguente questione: la *ratio* della disciplina consumeristica è la stessa che si riscontra nell'ambito dei rapporti B2b? La prima tesi risponde positivamente sulla scorta del rilievo che in entrambi i casi ricorre la finalità di mitigare una disparità contrattuale dannosa per l'assetto concorrenziale del mercato; i fautori della seconda tesi, dal canto loro, pongono l'accento sulla circostanza che l'asimmetria nei rapporti B2C è ontologicamente differente dall'asimmetria nei rapporti B2b, in quanto: a) solo la debolezza del consumatore è fisiologica, poiché attiene a uno *status*, cui è immanente una situazione di potenziale debolezza; b) solo i contratti B2C sono caratterizzati da un'asimmetria informativa, in quanto gli operatori professionali dispongono di conoscenze tecnico-economiche di cui il consumatore finale del prodotto è all'oscuro; c) nei contratti consumeristici si verifica un'asimmetria genetica, mentre nei contratti tra professionisti con diversa forza la convenzione, solitamente, si inserisce in una più ampia collaborazione tra le parti (*relational contracts*), permettendo all'asimmetria di esplicare i suoi effetti negativi anche nella fase di esecuzione del contratto (c.d. asimmetria gestionale).

7. Valutazioni conclusive

Giunti a questo punto, giova riannodare le fila del discorso, partendo dalla questione sottoposta al giudice di legittimità, per poi ricapitolare le conclusioni raggiunte.

Il tema esaminato dalla Corte è la configurabilità della nullità di protezione (ex art. 7, d.lgs. n. 231/2002) di un contratto di transazione con cui il creditore rinunci agli interessi maturati. Tale quesito – cui la Corte risponde negativamente – è stato fin qui esaminato con un *iter* logico che è partito da un'analisi della natura e della patologia del contratto tipico di transazione (par. 3). S'è osservato, così, che il contratto in esame è uno strumento per dirimere e prevenire controversie, il quale si differenzia da altri istituti con analoga funzione per la presenza di “reciproche concessioni”, le quali, come visto, devono attenere a un piano giuridico, e non meramente economico.

Successivamente, si è analizzata la normativa codicistica sulla patologia della transazione, normativa che poggia sull'esigenza di dare stabilità all'assetto delineato dai contraenti, a prescindere dalla fondatezza della pretesa originaria. A questo punto, dopo aver esaminato la portata delle regole codicistiche, si è spostato il *focus* su una disposizione più recente, sempre in tema d'invalidità contrattuale, ovvero l'art. 7, d.lgs. n. 231/2002. Questa ha offerto lo spunto per riflettere su alcune frontiere del moderno diritto contrattuale, quali la nullità funzionale (par. 4) e il contratto squilibrato (par. 5), frontiere che dimostrano come l'attuale sistema non sia più imperniato su un unico modello di contratto – quello codicistico, basato sulla *fictio* dell'eguaglianza (formale) tra i contraenti –, ma conosce più statuti, la cui sistemazione dogmatica è dibattuta. A tal proposito, le varie posizioni concordano almeno nel riconoscere che le innovazioni sono accomunate dall'obiettivo di mitigare gli effetti delle asimmetrie contrattuali, le quali, oltre a rappresentare un disvalore in sé, sono foriere di inefficienze economiche.

Chiarita, così, questa recente acquisita sensibilità per il tema dell'equità contrattuale, bisogna chiederci se possa essere considerata iniqua (ex art. 7, d.lgs. n. 231/2002) la clausola del contratto di transazione con cui una parte rinunci alla corresponsione degli interessi maturati. La risposta fornita dalla Corte è negativa, in quanto la transazione deve passare per la rinuncia reciproca a parte delle proprie pretese, rinuncia che, come visto, costituisce proprio l'elemento qualificante del contratto in

esame, distinguendolo da altri strumenti di composizione delle liti, quali il mero accertamento e la conciliazione. In sostanza, la risposta al quesito impone la distinzione tra il piano dell'astratta (e pacifica) applicabilità della nullità per iniquità *ex art. 7* – nonché di tutte le nullità protezionistiche di tipo funzionale – al contratto di transazione, da quello della concreta configurazione di un assetto iniquo. Detto altrimenti, la transazione non può essere considerata iniqua per il sol fatto di implicare la rinuncia agli interessi, poiché questa rinuncia si inserisce in un contesto del tutto peculiare, in cui: a) la stessa doverosità degli interessi rinunciati è una *res dubia*; b) anche la controparte effettua un'analogo rinuncia, riferita alla contestazione della fondatezza della pretesa principale. Con riferimento a quest'ultima osservazione, si aggiunga che, tra l'altro, il rapporto tra le concessioni non può essere considerato iniquo neppure sul piano del loro equilibrio economico [Cass., 28 settembre 2016, n. 19179, cit.; Cass., 1° aprile 2019, n. 9006, cit.], dato che il legislatore esclude la rescindibilità per lesione (art. 1970 c.c.). In definitiva, la transazione è un contratto di secondo grado, di natura schiettamente conciliativa, che come tale esorbita, sia sul piano letterale che sul versante teleologico dall'ambito di applicazione del d.lgs. n. 231/2002 (e succ. mod), avente a oggetto, esclusivamente, alla luce del dettato dell'articolo 2, lett. a), le "transazioni commerciali", ossia i contratti aventi direttamente a oggetto la consegna di merci o prestazioni di servizi contro il pagamento di un prezzo.

Il caso in esame, dunque, va tenuto distinto dalla diversa situazione della rinuncia agli interessi in caso di mancato adempimento degli obblighi nascenti dal contratto transattivo: questa situazione è diversa, dal momento in cui la rinuncia ha a oggetto interessi certamente dovuti e, per di più, interviene in assenza di una concessione della controparte. Tali aspetti fanno sì che essa potrebbe essere censurata dall'art. 7 cit., nonché dall'art. 36 d.lgs. n. 206/2005, se il rinunciante fosse un consumatore.

Bibliografia essenziale

- ALPA, *Responsabilità degli amministratori e principio di "sostenibilità"*, in *Contr. e impr.*, 2021, 3, 721
- BOZZI, *Negoziato di accertamento ed effetti (non) «meramente dichiarativi»*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, 2, II, 201
- CARNELUTTI, *Note sull'accertamento negoziale*, in *Riv. dir. proc.*, 1940, 1, 3
- CARRESI, voce *Transazione (diritto vigente)*, in *Noviss. dig. it.*, XIX, Utet, 1973, 482
- DEL PRATO, voce *Transazione (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XLIV, Giuffrè, 1992, 824
- GRONDONA, *Dalla Direttiva 2000/35/CE alla Direttiva 2011/7/CE: qualche considerazione tra politica e tecnica del diritto*, in *La nuova disciplina dei ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali* a cura di Benedetti e Pagliantini, Giappichelli, 2013, 6
- NICOLÒ, *Il riconoscimento e la transazione nel fenomeno della rinnovazione del negozio e della novazione dell'obbligazione*, in *Annali Università Messina*, 1932-33, 430
- MANCUSO, *Il rilievo della transazione nel processo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2021, 2, 461
- PARDOLESI, Prefazione a COLANGELO, *L'abuso di dipendenza economica tra disciplina della concorrenza e diritto dei contratti. Un'analisi economica e comparata*, Giappichelli, 2004
- PESCE, *Cronache di un insuccesso annunciato: la disciplina sui ritardi di pagamento*, in CUFFARO (a cura di), *Obsolescenza e caducità delle leggi civili*, Roma Tre Press, 2019, 47
- ROPPO, *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppi di un nuovo paradigma*, in ID., *Il contratto del duemila*, 3^a ed., Giappichelli, 2011, 65
- ROTONDI, *La transazione nella giurisprudenza*, Giuffrè, 1993
- SCIANNACA, *Clausole gravemente inique in danno del creditore: le novità del decreto legislativo 231/2002 da una prospettiva rimediale*, in *Contratti*, 2015, 1, 88
- ZOPPINI, *Vincenzo Roppo e la teoria 'non euclidea' del contratto (discussa con i casi dell'Euribor negativo e della fatturazione a 28 giorni)*, in *Riv. dir. comm.*, 2021, 1, I, 68

CONSUMO

Procedimento monitorio, decreto ingiuntivo non opposto e tutela del consumatore: considerazioni a margine di due interessanti pronunce della Corte di Giustizia dell'Unione *

di PAOLO BERTOLLINI
Magistrato

(CORTE DI GIUSTIZIA UE, sent. 17 maggio 2022, cause riunite C-693/19 e C-831/19, *SPV Project 1503 e Banco di Desio e della Brianza*; Pres. Lenaerts – Rel. Rodin – Avv. Gen. Tanchev; Corte di Giustizia Ue, sent. 30 giugno 2022, causa C-170/21, *Profi Credit Bulgaria*; Pres. Rodin – Rel. Spineanu-Matei – Avv. Gen. Szpunar)

Abstract

L'Autore analizza le conseguenze applicative di due recenti pronunce della Corte di Giustizia dell'Unione in materia di procedimento d'ingiunzione e tutela del consumatore, concentrandosi in particolare sul potere del giudice di rilevare d'ufficio l'abusività delle clausole, sull'efficacia di giudicato del decreto ingiuntivo non opposto e sulle eccezioni che al consumatore sarà consentito opporre in sede esecutiva.

The Author examines the practical consequences of two recent pronouncements of the European Court of Justice about injunction proceedings and consumer protection, by focusing upon the power of judge to detect ex officio the abusiveness of the contractual provisions, the res judicata authority attributable to the definitive injunction and the issues the consumer will be able to deduce during the executive procedure.

Sommario: 1. Due recenti pronunce della Corte di Giustizia dell'Unione...; 2. ... e la loro portata dirimpente sull'ordinamento interno; 3. Le nuove geometrie del procedimento monitorio a tutela del consumatore; 4. Risvolti patologici del difetto di motivazione: quali i possibili rimedi in fase esecutiva; 5. Sul possibile impiego di tali principi al settore *antitrust*; 6. Conclusioni.

1. Due recenti pronunce della Corte di Giustizia dell'Unione...

Le pronunce di seguito annotate rappresentano una fondamentale svolta nel percorso di armonizzazione degli ordinamenti nazionali, a tutela dell'effettività del diritto dell'Unione; entrambe si occupano, infatti, del procedimento d'ingiunzione e della sua idoneità ad apprestare una tutela giurisdizionale effettiva, a fronte di clausole abusive contenute nei contratti conclusi col consumatore.

Nella prima sentenza, la Corte di Giustizia ha in particolare affrontato il tema della compatibilità con l'ordinamento euro-unitario di un orientamento, come quello elaborato in seno alla giurisprudenza nostrana, che attribuisce al decreto ingiuntivo non opposto autorità di giudicato su ogni questione afferente alla validità del titolo negoziale, pur in mancanza di un'espressa motivazione sul punto (c.d. giudicato implicito), anche laddove sia contenuta, nel contratto tra professionista e consumatore, una clausola abusiva e violativa della direttiva 93/13/CEE.

Adita su rinvio pregiudiziale ex art. 267 TFUE dal Tribunale di Milano, il giudice europeo – pur ribadendo il fondamentale principio di autonomia procedurale degli Stati

membri (con il solo limite rappresentato dall'equivalenza e dall'effettività della tutela) e la assoluta rilevanza che la *res iudicata* riveste, non solo per gli ordinamenti nazionali, ma anche per quello dell'Unione – ha censurato la disciplina italiana, laddove non consente di esercitare un controllo giurisdizionale effettivo sull'abusività delle clausole stipulate col consumatore. Sulla scorta di ciò, ha quindi affermato che gli artt. 6, par. 1, e l'art. 7, par. 1, della direttiva 93/13/CEE ostano a una normativa nazionale, come quella italiana, che impedisca al giudice dell'esecuzione di conoscere – per l'autorità di cosa giudicata propria del decreto ingiuntivo non opposto – l'abusività di dette clausole.

Diretta conseguenza di tale pronuncia è, dunque, la seguente: che il debitore ingiunto, che pure abbia omesso di proporre tempestiva opposizione ex art. 645 c.p.c., potrà sempre opporre *in executivis* la violazione della disciplina consumeristica.

La seconda decisione, di poco successiva, si è invece espressa su rinvio pregiudiziale del Tribunale distrettuale di Sofia e ha stigmatizzato la normativa bulgara, nella parte in cui non consente al giudice del monitorio di rifiutare d'ufficio l'emissione dell'ingiunzione di pagamento, pur nell'evidente conclusione di un patto lesivo per il consumatore.

Premesso che l'art. 6, par. 1, della direttiva 93/13/CEE non esige la disapplicazione dell'intero contratto, oltre a quella della clausola da dichiarare abusiva, la Corte ha dunque concluso che il giudice potrà sia disporre “*misure istruttorie necessarie per completare il fascicolo*”, sia spingersi a rigettare (in tutto o in parte) la domanda.

2. ... e la loro portata dirompente sull'ordinamento interno

Per differenti ragioni, entrambe le pronunce sono destinate ad incidere profondamente nell'ordinamento processuale italiano.

I primi commentatori non hanno tardato a osservare che la Corte di Giustizia ha aperto una breccia nella categoria del giudicato, introducendo una prima significativa deroga alla c.d. preclusione del dedotto e del deducibile, giustificata esclusivamente dalla tutela del consumatore [cfr. MARCHETTI, *Note a margine di Corte di Giustizia UE, 17 maggio 2022 (cause riunite C-693 e C-831/19), ovvero quel che resta del brocardo “res iudicata pro veritate habetur” nel caso di ingiunzioni a consumatore non opposte*, in *Judicium.com*, editoriale 24 giugno 2022].

Come autorevolmente sostenuto in dottrina, infatti, il decreto ingiuntivo non opposto non produce solo effetti sul piano esecutivo, come letteralmente previsto dall'art. 647, comma 1, c.p.c., ma acquista altresì efficacia di cosa giudicata sostanziale, in ragione del suo contenuto eminentemente dichiarativo [cfr. RONCO, *Struttura e disciplina del rito monitorio*, Giappichelli, 2000, 339 ss.; GARBAGNATI, *Il procedimento d'ingiunzione*, Giuffrè, 2012, 6 ss.; LANFRANCHI, *Profili sistematici dei procedimenti decisori sommari*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1987, 1, 126; CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, 12^a ed., Giappichelli, 2019, 183 ss.; MANDRIOLI e CARRATTA, *Diritto processuale civile*, IV, 28^a ed., Giappichelli, 2022, 182 ss.]. Tanto viene solitamente desunto dall'art. 650 c.p.c., che disciplina l'opposizione tardiva, nonché dall'art. 656 c.p.c., che limita le censure spendibili avverso il decreto ingiuntivo non opposto ai soli motivi di revocazione ex art. 395, n. 1, 2 e 6 c.p.c. e di opposizione di terzo revocatoria ex art. 404, comma 2, c.p.c., da ritenersi tutti motivi di impugnazione straordinaria.

Inoltre, nonostante le perplessità sollevate da una certa dottrina, che ne invoca un'efficacia per così dire “attenuata”, facendo leva sulla nota teoria della preclusione *pro iudicato* [cfr. REDENTI, *Diritto Processuale Civile*, III, 2^a ed., Giuffrè, 1954, 26 ss.; MONTESANO, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, Utet, 1985, 220], la giurisprudenza ha esteso al decreto ingiuntivo non opposto il consolidato principio secondo cui l'efficacia di giudicato si estende non solo al credito oggetto della pretesa, ma anche al titolo posto a fondamento dello stesso e cioè alle ragioni che ne costituiscono, sia pure implicitamente, il presupposto logico-giuridico [cfr. Cass., 28 novembre 2017, n. 28318, in *Riv. dir. proc.*, 2018, 4-5, 1390, con nota di LOLLI, *Decreto ingiuntivo non opposto e limiti oggettivi del giudicato*].

Da qui, l'idea secondo cui non sia possibile sollevare in sede di opposizione all'esecuzione, e salvo il caso dell'inesistenza giuridica del titolo esecutivo giudiziale, tutte le questioni che, concernendo la validità del rapporto negoziale, il debitore avrebbe dovuto (e potuto) dedurre con opposizione a decreto ingiuntivo.

Tale principio va, tuttavia, inevitabilmente rimeditato alla luce delle conclusioni raggiunte dalla Corte di Giustizia: a garantire un controllo efficace sull'eventuale carattere abusivo del contratto non è sufficiente il solo accertamento implicito svolto dal giudice del monitorio, essendo necessario prevedere, in ogni caso, un sindacato esaustivo sull'abusività della pattuizione. L'autorità di giudicato attribuita al decreto ingiuntivo non opposto non può, quindi, impedire al consumatore di dedurre, in sede di opposizione ex art. 615 c.p.c., la nullità del contratto per violazione della disciplina consumeristica.

Irrilevante è, peraltro, la circostanza che il debitore ignorasse, nel momento in cui il decreto ingiuntivo è divenuto definitivo, il proprio *status* di consumatore, essendo il giudice tenuto a verificare d'ufficio il carattere abusivo dell'accordo.

A differenza di precedenti arresti nei quali il giudice europeo aveva ribadito la necessità di preservare la regiudicata, considerata espressione del fondamentale principio di certezza del diritto [cfr. C. giust., 6 ottobre 2009, causa C-40/08, *Asturcom Telecomunicaciones*], la Corte di Giustizia ha questa volta introdotto, in via ermeneutica, un'ipotesi di sopravvenuta inefficacia del giudicato, il cui accertamento è demandato alla fase esecutiva e che ha, come presupposto, l'abusività del contratto per violazione della direttiva 93/13/CEE.

Non meno diromponente è poi il principio esposto nella seconda sentenza della Corte, che rappresenta invero il logico sviluppo di quanto ripetutamente affermato dalla stessa in ordine alla necessità che il giudice nazionale sia messo sempre in condizione di rilevare d'ufficio il carattere abusivo di una pattuizione negoziale [cfr. C. giust., 26 marzo 2019, cause riunite C-154/15, C-307/15 e C-308/15, *Gutiérrez Naranjo*].

Tale impostazione è d'altra parte coerente con la categoria dogmatica delle c.d. nullità di protezione, che si fonda sulla posizione di debolezza di uno dei contraenti, ma che non ne esclude affatto la rilevabilità officiosa [cfr. Roppo, *Il contratto*, Giuffrè, 2011, 705 ss.].

La stessa Corte di Cassazione ha, infatti, avuto modo di precisare che, pur sottendendo la tutela di una determinata classe di contraenti (consumatori, risparmiatori, investitori), le predette nullità sono volte al perseguimento di interessi generali che possono, in taluni casi, addirittura coincidere con valori costituzionalmente rilevanti, quali il corretto funzionamento del mercato ex art. 41 Cost. e l'uguaglianza sostanziale tra contraenti in posizione asimmetrica [cfr. Cass., sez. un., 12 dicembre 2014, nn. 26242 e 26243, in *Foro it.*, 2015, III, 1, 862 ss., con note di ADORNO, *Sulla rilevabilità d'ufficio della nullità contrattuale: il nuovo intervento delle sezioni unite*; di PALMIERI e PARDOLESI, *Nullità negoziale e rilevazione officiosa a tutto campo (o quasi)*; di DI CIOMMO, *La rilevabilità d'ufficio ex art. 1421 c.c. secondo le sezioni unite: la nullità presa (quasi) sul serio*; di PAGLIANTINI, *Nullità di protezione e facoltà di non avvalersi della dichiarabilità: "quid iuris"?*; di MENCHINI, *Le Sezioni Unite fanno chiarezza sull'oggetto dei giudizi di impugnativa negoziale: esso è rappresentato dal rapporto giuridico scaturito dal contratto*; di PROTO PISANI, *Rilevabilità d'ufficio della nullità contrattuale: una decisione storica delle Sezioni Unite*; in *Corr. Giur.*, 2015, II, 225 ss., con nota di CONSOLO e GODIO, *Patologia del contratto e (modi dell') accertamento processuale*; in *Giur. it.*, 2015, I, 70 ss., con nota di PAGNI, *Nullità del contratto – il "sistema" delle impugnative negoziali dopo le Sezioni Unite*].

Ferma, quindi, la possibilità che la parte interessata si opponga all'accertamento sulla nullità del contratto (così impedendo che la relativa dichiarazione, contenuta nella motivazione della sentenza, produca effetti di giudicato), il giudice ha il dovere di rilevare la nullità di protezione e di sottoporla alle parti del giudizio ex art. 101 c.p.c., in ogni stato e grado del processo e fino alla sua conclusione.

Tale principio va, tuttavia, conciliato con la particolare struttura del procedimento monitorio, che si caratterizza per l'assenza del contraddittorio preventivo e per il suo differimento ad una fase successiva, rimessa all'esclusiva iniziativa della parte ingiunta

[cfr. PROTO PISANI, *Il procedimento d'ingiunzione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1987, 1, 294]. In quest'ottica, appare quindi gravida di conseguenze la conclusione cui perviene la Corte di Giustizia, nell'imporre – anche nella fase che precede l'opposizione – il rilievo d'ufficio dell'abusività del contratto [così già C. giust., 14 giugno 2012, C-608/10, *Südzucker*; C. giust., 13 settembre 2018, causa C-176/17, *Profi Credit Polska e al.*].

In modo non del tutto coerente con la professata legittimazione esclusiva della nullità consumeristica, il giudice del monitorio è quindi tenuto a rilevare d'ufficio l'abusività della pattuizione, arrivando fino al punto di rigettare la domanda, indipendentemente dalla possibilità di sottoporla all'interessato e a prescindere dalla sua volontà di non avvalersene.

Rimane ferma chiaramente, nel sistema delineato dalla Corte, la possibilità che il giudice disponga di “misure istruttorie necessarie per completare il fascicolo”, compiendo ogni atto necessario ad accertare se il contratto sia effettivamente nullo [cfr. C. giust., ord. 26 novembre 2020, causa C-807/19, *DSK Bank e FrontEx International*], ovvero che il rigetto riguardi solo una parte della domanda, purché le pretese siano suscettibili di autonoma valutazione e sia prospettabile la sopravvivenza del contratto, secondo la legislazione nazionale, senza le clausole abusive [cfr. C. giust., 7 agosto 2018, cause riunite C-96/16 e C-94/17, *Banco Santander*; C. giust., 29 aprile 2021, causa C-19/20, *Bank BPH*].

3. Le nuove geometrie del procedimento monitorio a tutela del consumatore

Alla luce degli interventi della Corte di Giustizia, ci sembra che la struttura stessa del procedimento monitorio meriti di essere rivista, tutte le volte in cui la pretesa creditoria si fonda su un contratto tra professionista e consumatore.

In primo luogo, va detto che il giudice del decreto ingiuntivo non potrà limitarsi, d'ora in avanti, al mero esame della documentazione e a verificare se la stessa sia o meno idonea al rilascio dell'ingiunzione, dovendo altresì svolgere (allo stato degli atti, ma) con pienezza di cognizione, un controllo accurato sulla vessatorietà delle clausole contrattuali [cfr. CAPORUSSO, *Procedimento monitorio interno e tutela consumeristica*, in *Consumatore e procedimento monitorio* a cura di Caporusso e E. D'Alessandro, in *Giur. it.*, II, 533 ss.]: questo, peraltro, indipendentemente dalla volontà dell'ingiunto, che – prima della notifica del decreto – ancora non assume la veste di parte processuale.

Nel formare il proprio convincimento, il giudice potrà inoltre avvalersi dello strumento di dialogo con il ricorrente, codificato dall'art. 640 c.p.c., da interpretare non più come semplice forma di soccorso istruttorio, bensì come un mezzo per sciogliere ogni possibile dubbio [cfr. FIENGO, *Il ruolo del giudice alla luce della giurisprudenza della Corte di Giustizia*, in *Consumatore e procedimento monitorio* a cura di Caporusso e E. D'Alessandro, in *Giur. it.*, II, 531].

In caso di vessatorietà di una o più clausole contrattuali, il giudice non avrà quindi altra scelta che respingere, in tutto o in parte, il ricorso, a meno che il titolo negoziale non possa sopravvivere in mancanza di esse.

Come chiarito dalla stessa Corte di Giustizia, l'obiettivo della tutela consumeristica non è, infatti, quello di invalidare l'intero contratto contenente clausole abusive, bensì quello di ristabilire l'equilibrio tra le parti in causa, escludendo l'applicazione delle sole pattuizioni vessatorie, tanto ciò vero che l'art. 36 cod. cons., in deroga a quanto previsto dall'art. 1419, comma 1, c.c., prevede che la nullità della singola clausola non si estenda all'intero contratto [cfr. ROPPO, *Il contratto*, cit., 707].

Qualora, invece, escluda l'abusività delle clausole contrattuali, il procedimento potrà certamente concludersi con l'emanazione del decreto ingiuntivo, che però dovrà essere a quel punto specificamente motivato; il giudice del monitorio sarà, in altri termini, tenuto ad esplicitare il ragionamento tecnico-giuridico che l'ha condotto a disattendere ogni possibile causa di vessatorietà del contratto con il consumatore, non potendo altrimenti il suo accertamento acquisire la necessaria incontrovertibilità [cfr. E. D'ALESSANDRO, *Una proposta per ricondurre a sistema le conclusioni dell'Avv. Tanchev*, in *Consumatore e procedimento monitorio* a cura di Caporusso e E.

D'Alessandro, in *Giur. it.*, II, 541 ss.].

A fronte di un'espressa motivazione, sarà quindi onere dell'ingiunto far valere eventuali doglianze con la tempestiva proposizione dell'opposizione al decreto ingiuntivo *ex art.* 645 c.p.c. Nel sistema delineato dalla Corte di Giustizia, non è infatti la mancanza di contraddittorio preventivo a ledere l'effettività della tutela giurisdizionale, ma l'assenza di una cognizione piena sul punto, che si palesa verso l'esterno attraverso la motivazione del provvedimento.

4. Risvolti patologici del difetto di motivazione: quali i possibili rimedi in fase esecutiva

Si è detto, in conclusione del precedente paragrafo, che la tutela del consumatore deve essere anticipata – per quanto possibile – alla fase che precede l'emanazione del decreto ingiuntivo e che quest'ultimo dovrebbe, in ogni caso, recare specifica menzione delle ragioni a fondamento della validità del contratto.

Resta tuttavia da esaminare cosa accada laddove il decreto ingiuntivo non rechi traccia di una simile motivazione, dovendosi escludere che l'abusività delle clausole possa dirsi coperta dall'eventuale giudicato.

In tal caso, sarà innanzitutto compito del giudice dell'esecuzione rilevare d'ufficio la possibile abusività, coerentemente con il generale principio di rilevabilità *ex officio* delle nullità contrattuali, e sottoporre la questione al contraddittorio delle parti. Ciò nonostante, il consumatore sarà tenuto ad avanzare uno specifico motivo di opposizione all'esecuzione, ai sensi dell'art. 615 c.p.c.: la finalità protettiva della nullità consumeristica impone, infatti, di ritenere che quest'ultimo sia l'unico soggetto legittimato ad avanzare la relativa domanda di tutela.

Il giudizio a cognizione piena che ne consegue sarà, dunque, finalizzato ad accertare non solo l'inefficacia del titolo esecutivo, ma anche l'abusività delle clausole negoziali su cui lo stesso si fonda.

La questione necessita, tuttavia, di alcune precisazioni.

Innanzitutto, la Corte di Giustizia non si è spinta a dichiarare *tout court* l'illegittimità della teoria del c.d. giudicato implicito, su cui pure si appuntano le critiche di autorevole dottrina [cfr. LUISO, *Contro il giudicato implicito*, in *Judicium.com*, II, 2019], ma ne ha escluso solamente l'applicabilità con riguardo al rito monitorio, quasi che la mancanza di un contraddittorio preventivo debba inevitabilmente accompagnarsi ad un più rigoroso controllo da parte del giudice.

Se ne ricava, pertanto, che l'abusività del contratto non potrà essere dedotta in sede esecutiva, ogniqualvolta l'opposizione *ex art.* 645 c.p.c. sia stata proposta e il relativo giudizio si sia concluso con la conferma del decreto ingiuntivo. In una simile eventualità, l'accertamento sulla validità del rapporto promana infatti non dal provvedimento monitorio in sé, ma dalla sentenza che definisce il giudizio di merito, che si atteggia non ad *actio nullitatis*, ma come un ordinario processo di cognizione sulla pretesa creditoria [cfr. Cass., sez. un., 13 gennaio 2022, n. 927, in *Foro it.*, 2022, 9, I, 2793].

Va poi precisato che non tutte le nullità negoziali potranno trovare ingresso in sede esecutiva, ma unicamente quelle che determinano l'abusività di una o più clausole del contratto, ai sensi della direttiva 93/13/CEE.

Legittimato a dedurre l'inefficacia del decreto ingiuntivo non opposto sarà, dunque, esclusivamente colui che rivesta la qualità consumatore, ovvero, ai sensi dell'art. 1, lett. a), cod. cons., la «*persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale, eventualmente svolta*».

Così, ad esempio, laddove la pretesa creditoria si fondi su una fideiussione rilasciata in favore di una società commerciale, occorrerà verificare la sussistenza di «collegamento funzionale» tra quest'ultima e la persona del garante, ovvero se lo stesso ricoprì, al momento della stipula del contratto, un qualche incarico amministrativo all'interno dell'ente o detenesse una non trascurabile partecipazione al suo capitale sociale.

Come correttamente osservato in giurisprudenza [cfr. C. giust., 19 novembre 2015,

causa C-74/15, *Tarcău*; Cass., 16 gennaio 2020, n. 742, in *Giur. it.*, 2021, IV, 834 ss., con nota di MELANO BOSCO, *Il superamento della teoria del c.d. professionista di rimbalzo*], la qualifica di consumatore presenta, infatti, carattere oggettivo e impone di verificare se il contratto sia stato concretamente concluso per scopi estranei all'esercizio dell'impresa.

Coerentemente con la regola generale di cui all'art. 2697 c.c., sarà dunque onere dell'ingiunto allegare e provare la sua qualità di consumatore [cfr. Trib. Como, 7 giugno 2022, inedita], fermo il potere del giudice di rilevarla *ex officio*.

Infine, si osserva che – nonostante l'abusività di una o più clausole contrattuali – è perfettamente plausibile che si addivenga alla conferma dell'ingiunzione, ogniqualvolta la fondatezza della pretesa non dipenda dalla clausola nulla. In tal caso, l'opposizione ex art. 615 c.p.c. andrebbe, quindi, respinta, sussistendo il diritto di agire in esecuzione forzata sulla base dell'accertamento presente nel decreto ingiuntivo non opposto [cfr. VACCARELLA, *Titolo esecutivo, precetto, opposizioni*, Utet, 1993, 131 ss.], ed è lecito domandarsi se vi sia interesse ad un rilievo officioso della questione da parte del giudice dell'esecuzione.

5. Sul possibile impiego di tali principi al settore *antitrust*

Da ultimo, riteniamo di dover saggiare la compatibilità di quanto sopra esposto con la materia *antitrust* e, in particolare, con il delicato tema delle fideiussioni *omnibus* riprodotte del c.d. schema ABI.

I principi elaborati dalla Corte di Giustizia sembrano, infatti, riferibili non solo alle clausole vessatorie, concluse in violazione dell'art. 33 cod. cons., ma a tutte quelle cause di nullità del contratto che sono stabilite a protezione del consumatore.

Tra queste, rientra quindi anche l'invalidità del contratto "a valle" dell'intesa anticoncorrenziale, conclusa in violazione degli artt. 2, comma 2, lett. a) l. n. 287/1990 e 101 TFUE; da tempo, si ritiene infatti che le norme dettate a tutela della concorrenza dalla disciplina *antitrust* siano rivolte non solo agli imprenditori, ma anche agli altri soggetti che operano nel mercato e che hanno, in definitiva, interesse alla conservazione del suo carattere competitivo [cfr. Cass., 4 febbraio 2005, n. 2207, in *Corr. Giur.*, 2005, III, 333 ss., con nota di M. NEGRI, *Il lento cammino della tutela civile antitrust: luci ed ombre di un atteso grand arrêt*].

Ci pare, dunque, che i principi sanciti dalla Corte di Giustizia dell'Unione meritino di essere estesi anche al settore del diritto *antitrust*, se non altro considerata la sua ascendenza sovranazionale.

Va, tuttavia, ricordato che le Sezioni Unite della Corte di Cassazione – chiamate a dirimere il noto contrasto sulla sorte del contratto "a valle" dell'intesa anticoncorrenziale – hanno aderito alla tesi della nullità parziale, dovendosi bilanciare, da un lato, la tutela della concorrenza apprestata dalla legge n. 287 del 1990 e, dall'altro, il principio codicistico di conservazione degli effetti del contratto [cfr. Cass., sez. un., 30 dicembre 2021, in *Foro it.*, 2022, II, 1, 528 ss., con nota di MONTANARI, *Nullità dei contratti attuativi dell'intesa illecita e "prova privilegiata": qualche appunto alle Sezioni Unite n. 41994/21*; in *Foro it.*, 2022, II, 1, 253 ss., con nota di PAGLIANTINI, *Fideiussioni omnibus attuative di un'intesa anticoncorrenziale: le Sezioni Unite, la nullità parziale ed il "filo" di Musil*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2022, 3, 694, con nota di C. SCOGNAMIGLIO, *I contratti di fideiussione a valle di intese in violazione della disciplina antitrust: il problema dei rimedi*; in *Judicium.it*, 2022, editoriale 18 gennaio 2022, con nota di MOLINARO, *Brevi osservazioni sull'attesa pronuncia delle Sezioni Unite in materia di fideiussioni omnibus (nota a Cass., Sez. Un., sent. 30 dicembre 2021 n. 41994)*].

In ragione di ciò (e salvo il caso dell'estensione della nullità all'intero accordo fideiussorio ex art. 1419 c.c.), il regolamento negoziale mantiene la sua efficacia, secondo il noto principio "*utile per inutile non vitiatur*", essendo suscettibile d'integrazione mediante la disciplina legale derogata [cfr. Cass., 10 novembre 2014, n. 23950, in *DeJure*]. Così, ad esempio, in ipotesi di clausola riprodotta dell'art. 6 dello schema ABI (c.d. "clausola di rinuncia ai termini"), tornerà ad applicarsi l'ordinario termine di

decadenza di cui all'art. 1957 c.c.

Occorre, peraltro, ricordare che la perdita della garanzia fideiussoria, per inutile decorso del suddetto termine, costituisce un'eccezione in senso stretto e rimessa all'esclusiva iniziativa della parte interessata, che non può dunque essere opposta oltre la scadenza del termine per la sua costituzione in giudizio e, coerentemente, non può essere rilevata d'ufficio da parte del giudice [cfr. Cass., 5 giugno 2012, n. 8989, in *DeJure*; Trib. Velletri, 18 gennaio 2022, in *www.rivistapactum.it*; sul tema della distinzione tra eccezioni in senso stretto e in senso lato, nel sistema del diritto processuale civile, v. ORIANI, *Eccezioni rilevabili (e non rilevabili) d'ufficio. Profili generali (I)*, in *Corr. Giur.*, 2005, 7, 1011].

Crediamo pertanto che, in caso di nullità parziale della fideiussione *omnibus*, non residuino molti spazi per i principi esposti dalla Corte di Giustizia: certamente al giudice del monitorio non sarà concesso di rilevare *ex officio* la decadenza di cui all'art. 1957 c.c., dovendo la relativa questione essere sollevata con opposizione a decreto ingiuntivo e, allo stesso modo, una volta spirato il termine di quaranta giorni per proporla, la stessa neppure potrà essere "recuperata" in sede esecutiva.

Il regime stabilito dall'art. 1957 c.c. è, infatti, non già espressione della tutela di maggior favore, riservata al consumatore dalla disciplina comunitaria, ma deriva dalla normativa codicistica in materia di fideiussione.

Né potrebbe ritenersi che la Corte di Giustizia, con le pronunce in esame, abbia inteso pronunciarsi sul regime di rilevabilità *ex officio* delle eccezioni derivanti dal diritto nazionale. Nella sentenza del 30 giugno 2022, si afferma infatti espressamente che – fermo l'obbligo del giudice nazionale di trarre ogni conseguenza necessaria ad assicurare che il consumatore non sia vincolato al rispetto della clausola abusiva – il diritto dell'Unione non impone al giudice di procedere d'ufficio a compensazioni che la legge nazionale riservi alla parte.

Altro è da dirsi, invece, laddove vi siano elementi per ritenere che la nullità parziale possa estendersi all'intero accordo fideiussorio: in questo caso, spetterà allo stesso giudice del monitorio rilevare la possibile nullità del contratto e, in caso di accoglimento del ricorso in mancanza di un compiuto esame della questione, la stessa potrà nuovamente trovare spazio in sede esecutiva.

6. Conclusioni

Quanto sopra esposto rappresenta un primo e modesto tentativo di fornire risposta ai numerosi interrogativi sollevati dalle sentenze in esame: pronunce, queste, destinate ad incidere profondamente sull'architettura del procedimento monitorio e sui suoi rapporti con la tutela esecutiva. L'esigenza avvertita dalla Corte di Giustizia dell'Unione è, infatti, quella di rimediare alle storture applicative di un rito civile evidentemente percepito come troppo "sommario" e, in definitiva, come ingiusto.

Resta, dunque, da domandarsi se queste novità siano destinate a rimanere confinate al settore della tutela consumeristica o se possano essere un interessante banco di prova per l'intera materia delle nullità contrattuali.

Bibliografia essenziale

ADORNO, *Sulla rilevabilità d'ufficio della nullità contrattuale: il nuovo intervento delle sezioni unite*, in *Foro it.*, 2015, III, 1, 862

CAPORUSSO, *Procedimento monitorio interno e tutela consumeristica*, in *Consumatore e procedimento monitorio* a cura di Caporusso e D'Alessandro E., in *Giur. it.*, 2, 533

CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, 12^a ed., Giappichelli, 2019

CONSOLO e GODIO, *Patologia del contratto e (modi dell') accertamento processuale*, in *Corr. Giur.*, 2015, II, 225

D'ALESSANDRO E., *Una proposta per ricondurre a sistema le conclusioni dell'Avv. Tanchev*,

- Consumatore e procedimento monitorio* a cura di Caporusso e D'Alessandro E., in *Giur. it.*, 2, 541
- DI CIOMMO, *La rilevabilità d'ufficio ex art. 1421 c.c. secondo le sezioni unite: la nullità presa (quasi) sul serio*, in *Foro it.*, 2015, III, 1, 862
- FIENGO, *Il ruolo del giudice alla luce della giurisprudenza della Corte di Giustizia*, in *Consumatore e procedimento monitorio* a cura di Caporusso e D'Alessandro E., in *Giur. it.*, 2, 531
- GARBAGNATI, *Il procedimento d'ingiunzione*, Giuffrè, 2012
- LANFRANCHI, *Profili sistematici dei procedimenti decisori sommari*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1987, 1, 126
- LUISO, *Contro il giudicato implicito*, in *Judicium.com*, II, 2019
- MANDRIOLI e CARRATTA, *Diritto processuale civile*, IV, 28^a ed., Giappichelli, 2022
- MARCHETTI, *Note a margine di Corte di Giustizia UE, 17 maggio 2022 (cause riunite C-693 e C-831/19), ovvero quel che resta del brocardo "res iudicata pro veritate habetur" nel caso di ingiunzioni a consumatore non opposte*, in *Judicium.com*, editoriale 24 giugno 2022
- MENCHINI, *Le Sezioni Unite fanno chiarezza sull'oggetto dei giudizi di impugnativa negoziale: esso è rappresentato dal rapporto giuridico scaturito dal contratto*, in *Foro it.*, 2015, III, 1, 862
- MOLINARO, *Brevi osservazioni sull'attesa pronuncia delle Sezioni Unite in materia di fideiussioni omnibus (nota a Cass., Sez. Un., sent. 30 dicembre 2021 n. 41994)*, in *Judicium.it*, 2022, editoriale 18 gennaio 2022
- MONTANARI, *Nullità dei contratti attuativi dell'intesa illecita e "prova privilegiata": qualche appunto alle Sezioni Unite n. 41994/21*, in *Foro it.*, 2022, II, 1, 528
- MONTESANO, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, Utet, 1985
- NEGRI M., *Il lento cammino della tutela civile antitrust: luci ed ombre di un atteso grand arrêt*, in *Corr. Giur.*, 2005, III, 333
- ORIANI, *Eccezioni rilevabili (e non rilevabili) d'ufficio. Profili generali (I)*, in *Corr. Giur.*, 2005, 7, 1011
- PAGLIANTINI, *Fideiussioni omnibus attuative di un'intesa anticoncorrenziale: le Sezioni Unite, la nullità parziale ed il "filo" di Musil*, in *Foro it.*, 2022, II, 1, 253
- PAGLIANTINI, *Nullità di protezione e facoltà di non avvalersi della dichiarabilità: "quid iuris"?*, in *Foro it.*, 2015, III, 1, 862
- PAGNI, *Nullità del contratto – il "sistema" delle impugnative negoziali dopo le Sezioni Unite*, in *Giur. it.*, 2015, I, 70
- PALMIERI e PARDOLESI, *Nullità negoziale e rilevazione officiosa a tutto campo (o quasi)*, in *Foro it.*, 2015, III, 1, 862
- PROTO PISANI, *Il procedimento d'ingiunzione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1987, 294
- PROTO PISANI, *Rilevabilità d'ufficio della nullità contrattuale: una decisione storica delle Sezioni Unite*, in *Foro it.*, 2015, III, 1, 862
- REDENTI, *Diritto Processuale Civile*, III, 2^a ed., Giuffrè, 1954, 26
- RONCO, *Struttura e disciplina del rito monitorio*, Giappichelli, 2000
- ROPPO, *Il contratto*, Giuffrè, 2011
- SCOGNAMIGLIO C., *I contratti di fideiussione a valle di intese in violazione della disciplina antitrust: il problema dei rimedi in Nuova giur. civ. comm.*, 2022, 3, 694
- VACCARELLA, *Titolo esecutivo, precetto, opposizioni*, Utet, 1993

Riflessioni sul requisito della meritevolezza prima e dopo il Codice della crisi *

di MARTINA MARANO
Dottoranda di ricerca
Università degli Studi di Catania

(TRIBUNALE DI AVELLINO, decreto 23 giugno 2022, n. 27529; Est. Russolillo)

Abstract

La pronuncia in commento è l'occasione per riflettere sulla portata attuale della clausola di meritevolezza nella materia del sovraindebitamento, nonché sulla lettura che ne viene data dalla più recente giurisprudenza.

Il Tribunale di Avellino, pur dando atto dell'evoluzione normativa sul piano della meritevolezza, in una direzione di maggiore "oggettivizzazione", decide basandosi sui motivi e le cause che hanno generato la situazione di sovraindebitamento. Un metro di giudizio non molto diverso dal precedente regime ex art. 12 bis, l. n. 3/2012, il quale precludeva l'accesso alla procedura al debitore che avesse «assunto obbligazioni senza la ragionevole prospettiva di poterle adempiere» ovvero avesse «colposamente determinato il sovraindebitamento, anche per mezzo di un ricorso al credito non proporzionato alle proprie capacità patrimoniali».

The pronouncement under comment is an opportunity to reflect on the current scope of the "meritevolezza" clause in the matter of over-indebtedness, as well as on the reading given to it by the most recent case law.

The Court of Avellino, while noting the normative evolution regarding meritoriousness, in a direction of greater "objectification" of the same, decides based on the reasons and causes that generated the situation of over-indebtedness. A yardstick not very different from the previous regime ex art. 12 bis, l. no. 3/2012, which precluded access to the procedure to the debtor who had "assumed obligations without the reasonable prospect of being able to fulfill them" or had "culpably determined the over-indebtedness, also by means of a recourse to credit not proportionate to their asset capacity".

Sommario: 1. Il caso; 2. I confini incerti della nozione di meritevolezza nel sovraindebitamento. Dalla l. n. 3/2012 al Codice della crisi; 3. Il nuovo assetto contenuto nel Codice della crisi. La portata dell'art. 283, co. 1, sull'esdebitazione del sovraindebitato incapiente; 4. Il decreto del Tribunale di Avellino. Specchio del giudizio di meritevolezza nella più recente giurisprudenza.

1. Il caso

A seguito della presentazione di un'istanza di accesso all'istituto dell'esdebitazione del debitore incapiente [art. 14 *quaterdecies*, l. 27 gennaio 2012, n. 3, oggi art. 283 del Codice della crisi dell'impresa e dell'insolvenza], il Tribunale di Avellino, con decreto, ha rigettato il ricorso per mancanza del requisito della *meritevolezza*.

Il richiedente aveva contratto debiti per una somma pari a circa cinquantacinquemila euro, facendo più volte ricorso al credito. L'intenzione era quella di aiutare economicamente il fratello nella ristrutturazione di un immobile, in quanto

* Il presente contributo è stato sottoposto a valutazione in forma anonima ed è stato pubblicato in anteprima su rivistapactum.it il 27 dicembre 2022.

quest'ultimo non avrebbe potuto accedere ad alcuna forma di finanziamento, poiché disoccupato.

Il Giudice ritiene le allegazioni di parte inidonee a giustificare la condizione di sovraindebitamento «sia perché non destinate a soddisfare esigenze primarie, sia perché contratte a scopo liberale onde consentire l'accesso indiretto al credito di un altro soggetto» [Trib. Avellino, 23 giugno 2022, n. 27529, in *www.ilcaso.it*, 5].

L'organo giudicante condivide una nozione di meritevolezza che va oltre il mero concetto di «assenza di atti in frode e mancanza di dolo o colpa grave nella formazione dell'indebitamento» [art. 14 *quaterdecies*, co. 7, l. n. 3/2012. La medesima disposizione è oggi contenuta all'art. 283, co. 7, del Ccii, d. lgs. n. 14/2019]. Vi ricomprensive le ragioni che hanno condotto il soggetto a contrarre debiti, il comportamento tenuto successivamente nella gestione delle proprie risorse. In sostanza, a detta del Tribunale, il debitore non potrà essere premiato ove abbia disposto delle somme erogate «in modo del tutto arbitrario o in favore di terzi non creditori o per esigenze voluttuarie» [Trib. Avellino, 23 giugno 2022, n. 27529, cit., 4].

2. I confini incerti della nozione di meritevolezza nel sovraindebitamento. Dalla l. n. 3/2012 al Codice della crisi

Nella disciplina sulle procedure per la composizione della crisi da sovraindebitamento, introdotta con la l. n. 3/2012, non compare mai il termine “meritevolezza”.

Ciò malgrado, fin dall'entrata in vigore della normativa, dottrina e giurisprudenza hanno fatto uso di questo concetto, elevandolo a vera e propria clausola generale, bussola dell'intero sistema della gestione dell'insolvenza del debitore civile.

Le ragioni alla base della valorizzazione della figura del debitore meritevole muovono dall'esigenza di tracciare la *ratio* di un complesso di regole potenzialmente eversivo rispetto al tradizionale modello della responsabilità patrimoniale contenuto nel Codice civile.

In altri termini, la gestione concorsuale del sovraindebitamento, la ristrutturazione dei debiti e, soprattutto, la possibilità di accedere a un esito esdebitativo può convivere con le più classiche norme sulla responsabilità patrimoniale “illimitata” a condizione che tali benefici siano rivolti a un soggetto – appunto – meritevole, in quanto onesto ma sfortunato [sull'origine dell'espressione *honest but unfortunate*, COOPER, *The bankrupt law of America: compared with the bankrupt law of England*, Moml, 2010, 361].

Non è casuale, infatti, che l. n. 3/2012 sia nata con il titolo di «Disposizioni in materia di usura e di estorsione, nonché di composizione delle crisi da sovraindebitamento» e sia stata denominata “legge salva suicidi”. Si comprende come l'obiettivo del legislatore sia stato quello di consentire un'emersione precoce delle situazioni di insolvenza civile e l'introduzione di percorsi “istituzionali” per la gestione delle stesse, in modo da evitare che questi debitori fossero costretti a ricorrere scelte estreme, alimentando il mercato illegale dell'usura [D'AMICO, *Esdebitazione e concorso dei creditori nella disciplina del sovraindebitamento*, in D'AMICO (a cura di), *Sovraindebitamento e rapporto obbligatorio*, Giappichelli, 2018, 6].

Inoltre, è stato ampiamente sottolineato come l'apparato degli strumenti in esame sia stato il frutto dell'applicazione del principio solidaristico *ex art. 2 Cost.*: il *fresh re-start* rappresenterebbe il risultato di una scelta a garanzia della libertà e dignità dell'uomo, schiacciato da una condizione di sovraesposizione debitoria ormai divenuta ingestibile con i mezzi ordinari. Quanto detto seguirebbe anche a una logica razionale di distribuzione del rischio che, in questo caso, dovrà essere sopportato dal ceto creditorio [FORCELLINI, *Sovraindebitamento e statuto dell'obbligazione pecuniaria*, in *Eur. Dir. Priv.*, 1, 2015, 152; MAZZAMUTO, *Libertà contrattuale e utilità sociale*, in *Eur. Dir. Priv.*, 2, 2011].

Tuttavia, gli strumenti di protezione del debitore sovraindebitato non sono altro che la cartina di tornasole di una strategia generale di incentivazione dei consumi e di

sostegno della macchina del mercato [MODICA, *Effetti esdebitativi (nella nuova disciplina del sovraindebitamento) e favor creditoris*, in PELLECCCHIA e MODICA (a cura di), *La riforma del sovraindebitamento nel codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, Pacini Giuridica, 2020, 393]. In sostanza, l'insolvenza del privato è un ostacolo al corretto funzionamento degli scambi, sicché, concedergli il reingresso nel mercato significa restituire all'economia il soggetto che la alimenta e la nutre attraverso i consumi.

Tenere ben a mente le ragioni giustificatrici di un siffatto impianto di rimedi per il contrasto del sovraindebitamento è essenziale per individuare il contenuto della nozione di meritevolezza.

Come già detto, nessuna norma definisce il concetto in maniera esplicita e generale. Vi sono, però, diverse disposizioni della l. n. 3/2012, prima, e del Codice della crisi, poi, che sono state considerate dagli interpreti utili riferimenti che consentono di riempire di contenuto quella che, diversamente, si rivelerebbe una clausola vuota.

Il testo dell'art. 12 bis, co. 3, l. n. 3/2012 (nella versione antecedente alla novella di cui alla l. n. 176/2020) in ordine al vecchio piano del consumatore, è considerato un emblematico riferimento al criterio di meritevolezza.

La citata disposizione prevedeva che il giudice non potesse provvedere con l'omologa nel caso in cui il soggetto avesse «assunto obbligazioni senza la ragionevole prospettiva di poterle adempiere» ovvero avesse «colposamente determinato il sovraindebitamento, anche per mezzo di un ricorso al credito non proporzionato alle proprie capacità patrimoniali».

Il dato normativo riconduce la meritevolezza del debitore a condotte distinte anche sul piano temporale: da una parte, occorre porre l'attenzione sul momento dell'assunzione delle obbligazioni, per verificare se, già in quella fase, era possibile per il debitore figurarsi il successivo inadempimento, secondo un parametro di ragionevolezza. Dall'altra parte, occorre investigare sullo stato di indebitamento patologico, sulle sue cause e, soprattutto, se l'origine sia dipesa da un comportamento colpevole, eventualmente anche da uno sproporzionato ricorso al credito.

Il metro di giudizio è quello della ragionevolezza e della colpevolezza. Pertanto, la verifica deve focalizzarsi sulla diligenza impiegata dal debitore e, in assenza di particolari graduazioni contenute nella lettera della legge, risultano preclusive anche le ipotesi di mera colpa *lieve*.

Fin dalle prime applicazioni di queste norme è stato possibile delineare due distinti approcci giurisprudenziali.

Particolare diffusione ha assunto la teoria del c.d. *shock esogeno* [Trib. Novara, 25 luglio 2017, in *DeJure*, Trib. Torre Annunziata, 12 dicembre 2016, in *www.ilcaso.it*; Trib. Catanzaro 28 febbraio 2019, in *www.ilcaso.it*]: soddisfa il paradigma del debitore meritevole solo colui che si ritrovi sovraindebitato in ragione di eventi gravi, imprevedibili e, soprattutto, estranei alla sua sfera di controllo.

Per esempio, vengono inclusi i casi di licenziamento per riduzione del personale, la perdita di un familiare che sosteneva economicamente la famiglia, eventuali malattie le cui cure richiedano ingenti spese.

Tendenzialmente, in queste ipotesi, l'assunzione del debito avviene diligentemente, tenendo conto della propria capacità patrimoniale, tuttavia, in un secondo momento, subentra una circostanza, non prevedibile e non dipendente dal soggetto, che altera il suo equilibrio patrimoniale e genera lo stato di sovraindebitamento.

Al contempo, va segnalato un opposto filone giurisprudenziale che rifiuta l'idea di circoscrivere la qualifica di debitore meritevole esclusivamente colui che sia colpito dallo *shock esogeno* [indicativi, in questo senso, i contributi di Limitone. LIMITONE, *La suggestione (e la trappola) della meritevolezza soggettiva nel sovraindebitamento e la legge n. 176/2020: la colpa per il debito e la responsabilità del sovraindebitamento*, in *Crisi d'Impresa e Insolvenza*, 5, 2021; LIMITONE, *Meritevolezza, Shock esogeno (eventi imprevedibili) e merito creditizio (Nota a Trib. Livorno 6 novembre 2020)*, in *www.ilcaso.it*, 2020, n. 1022; LIMITONE, *Il concetto di colpa nella legge n. 3/2012 sul sovraindebitamento del consumatore*, in *www.ilcaso.it*, 2016, n. 479; LIMITONE, *Postilla sulla colpa nella legge n. 3/2012 sul sovraindebitamento del consumatore e la*

proposta della Commissione RORDORF, in *www.ilcaso.it*, 2016, n. 551].

La meritevolezza deve essere riconosciuta anche in capo a colui che – conscio della probabilità di non poter adempiere – si sia comunque indebitato, purché le cause e le ragioni dell'assunzione dei debiti possano ritenersi “valide”. In tal senso si intendono le motivazioni legate a esigenze primarie di vita e/o di salute proprie o dei propri familiari.

Questa soluzione viene reputata più coerente con la funzione e con gli obiettivi della legge sul sovraindebitamento. Invero, aderire al primo indirizzo ermeneutico significherebbe tagliare fuori dall'ambito applicativo della normativa quantomeno alcune delle categorie soggettive a cui questa è indirizzata.

Emblematici, sul punto, sono gli esempi dell'usurato e del soggetto che si sia progressivamente impoverito a causa della crisi economica e dell'aumento del costo della vita. Si tratta di ipotesi in cui i debitori si trovano “incastrati” in una catena di debiti funzionale, da un lato, a pagarne altri pregressi, dall'altro, a far fronte alle esigenze primarie di vita. Tuttavia, la casistica dimostra che questi soggetti, di solito, sono consapevoli della difficoltà – se non dell'improbabilità – di poter adempiere, ma non incontrano un'altra via d'uscita dalla situazione di crisi. La soluzione dovrebbe essere proprio quella fornita dal legislatore: la composizione della crisi attraverso una procedura concorsuale e, in presenza dei relativi presupposti, l'esdebitazione.

Tali ultime osservazioni ne richiamano un'altra di natura testuale. La lettera della legge nulla dice circa la natura delle cause del sovraindebitamento, men che meno fa espresso riferimento a circostanze sopravvenute e/o imprevedibili che, secondo il modello dello *shock esogeno*, dovrebbero segnare il confine della meritevolezza.

Al contrario, è comune in letteratura la critica circa la scelta del legislatore di precludere l'accesso alla procedura anche in presenza di una mera colpa lieve [LAZZARA, *Riflessioni sulla meritevolezza del consumatore*, in *Dir. Fall. e delle società commerciali*, 2017, 6, 1576].

Per completezza, occorre precisare – senza potersi soffermare approfonditamente sul punto – che in ciascuna delle procedure contenute nella legge n. 3/2012 figurano delle norme che contribuiscono a ricostruire la sostanza del requisito della meritevolezza del debitore. L'art. 10, co. 3, sull'accordo di composizione della crisi impone al giudice di revocare il decreto allorché accerti la presenza di iniziative o atti in frode ai creditori. Parimenti l'art. 14 *quinquies*, co. 1, prevede che il giudice, verificata l'assenza di atti in frode ai creditori negli ultimi cinque anni, dichiari aperta la procedura di liquidazione. Di maggiore rilievo è, poi, l'art. 14 *terdecies*, co. 2, sull'esdebitazione. Quest'ultima è esclusa: «a) quando il sovraindebitamento del debitore è imputabile ad un ricorso al credito colposo e sproporzionato rispetto alle sue capacità patrimoniali; b) quando il debitore, nei cinque anni precedenti l'apertura della liquidazione o nel corso della stessa, ha posto in essere atti in frode ai creditori, pagamenti o altri atti dispositivi del proprio patrimonio, ovvero simulazioni di titoli di prelazione, allo scopo di favorire alcuni creditori a danno di altri».

In particolare, la disposizione di cui alla lettera a) “chiude il cerchio” richiamando esattamente i caratteri della meritevolezza già visti all'art. 12 *bis*, co. 3, per il piano del consumatore.

La prassi severa della giurisprudenza, lo scarso ricorso alle procedure a causa di un'impostazione farraginosa e costosa, insieme alle innumerevoli critiche della dottrina, hanno spinto il legislatore a un intervento di riforma con l'obiettivo di razionalizzare e rendere più efficiente l'intero sistema. Ne è derivata l'adozione del Codice della crisi dell'impresa e dell'insolvenza, d.lgs. n. 14/2019.

La novella ha l'intento di racchiudere in un contesto unitario le norme sull'insolvenza civile e commerciale, rielaborando i principi generali, i presupposti e le singole procedure sia sul piano strutturale che sul piano funzionale.

3. Il nuovo assetto contenuto nel Codice della crisi. La portata dell'art. 283, co. 1, sull'esdebitazione del sovraindebitato incapiente

L'intervento riformatore, culminato con l'entrata in vigore del Codice della Crisi dell'impresa e dell'insolvenza, ha interessato anche il profilo della meritevolezza del debitore.

Tra le varie novità sul punto, quella di maggiore rilievo attiene alla venuta meno del dettato normativo contenuto all'art. 12 *bis* della l. n. 3/2012.

Invero, l'attuale istituto della ristrutturazione dei debiti del consumatore, che ha sostituito il vecchio piano del consumatore, definisce le condizioni soggettive ostative alla procedura e fa riferimento al colui che «ha determinato la situazione di sovraindebitamento con colpa grave, mala fede o frode» [art. 69, co. 1, Ccii].

Non vi è più alcun cenno alla “ragionevole prospettiva di adempimento” né alla sproporzione nel ricorso al credito.

È evidente che il legislatore abbia voluto – almeno nelle intenzioni – ridimensionare il canone della meritevolezza, dandone una lettura più circoscritta e oggettiva, per agevolare l'accesso alle procedure e ridurre il contenzioso. Tale ultimo proposito emerge chiaramente nella Relazione illustrativa: «si è deciso di non esigere per l'ammissione alle procedure di sovraindebitamento requisiti soggettivi troppo stringenti, tenuto conto, [...] dell'oggettiva difficoltà di individuare rigorosi criteri di meritevolezza sicuramente verificabili in rapporto all'estrema varietà delle situazioni di vita che possono determinare [...] indebitamento». Anche al fine di non «restringere a tal punto la portata dell'istituto da frustrare sostanzialmente le finalità di politica economica ad esso sottese».

Questa nuova impostazione ha spinto una parte della dottrina a ritenere del tutto superato il vaglio sul comportamento meritevole del debitore, da sostituire con un controllo concernente soltanto l'assenza di atti in frode e di condotte colpose o dolose [BOCCHINI e DE MATTEIS, *Sovraindebitamento: profili civilistici nella legge delega di riforma della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, in *Corr. giur.*, 2018, 5, 656 ss.].

Doverosa attenzione impone, poi, l'art. 283 del Codice che, in ordine all'esdebitazione del sovraindebitato incapiente, fa esplicito riferimento al «debitore persona fisica *meritevole*».

Per la prima volta, all'interno della disciplina in materia di sovraindebitamento, è presente un richiamo testuale esplicito alla meritevolezza. Sorgono allora dei dubbi circa l'effettiva volontà del legislatore di elidere tale criterio.

Secondo una prima ricostruzione, si potrebbe ritenere che la soppressione della clausola di meritevolezza abbia coinvolto tutte le procedure fatta eccezione per quella di cui all'art. 283 Ccii [di questo avviso PELLECCCHIA, *La riforma del sovraindebitamento nel codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, cit., 23]. Quest'ultima si caratterizza per un esito esdebitativo a favore di un debitore che, tuttavia, non offre alcuna utilità ai propri creditori. Un tale sacrificio delle pretese del ceto creditorio potrebbe giustificarsi, anche sul piano costituzionale, solo a condizione che il soggetto debitore sia meritevole o, per meglio dire, “onesto ma sfortunato” e, quindi, qualcosa di più che semplicemente privo di colpa o mala fede, in ossequio al principio solidaristico *ex art. 2 Cost.* [per alcune riflessioni sulla costituzionalità dell'esdebitazione PAGLIANTINI, *L'insolvenza del consumatore tra debito e responsabilità: lineamenti sull'esdebitazione*, in D'AMICO (a cura di), *Sovraindebitamento e rapporto obbligatorio*, cit., 61 ss.].

Una diversa opzione interpretativa suggerisce, invece, che la meritevolezza, di cui all'art. 283 Ccii, sia una sorta di refuso enfatico [MODICA, *Effetti esdebitativi (nella nuova disciplina del sovraindebitamento) e favor creditoris*, cit., 472]. Tant'è che il co. 7 della medesima disposizione prevede che il giudice «valutata la meritevolezza del debitore e verificata, a tal fine, l'assenza di atti in frode e la mancanza di dolo o colpa grave [...] concede con decreto l'esdebitazione», quasi a dimostrare un assottigliamento della clausola in esame sino alla sua sovrapposizione con i citati requisiti negativi.

In realtà, è possibile dare una terza lettura alternativa a quelle appena presentate.

Come già specificato, è indiscusso che il legislatore del Codice della crisi abbia voluto ridimensionare la clausola di meritevolezza. Tuttavia, se avesse voluto eliminarla in via assoluta, non avrebbe scelto di inserirne un esplicito richiamo in un corpo normativo in cui un tale riferimento non esisteva prima. Non dovrebbe, dunque, trattarsi di una svista o di un refuso.

Sebbene non possa escludersi una caratura simbolica dell'art. 283 Ccii, date le peculiarità della *superesdebitazione*, la nozione di debitore meritevole potrebbe, allora, continuare a permeare l'intera normativa.

Un mutamento significativo si rinviene comunque nella scusabilità della colpa lieve. È un passaggio che evita il cortocircuito poiché, in linea di massima, è difficile immaginare – se non in rarissimi casi – che colui che si ritrovi sovraindebitato non abbia alcuna quota di colpa per la sua condizione.

Al contempo, è stato osservato come le cause e i motivi dell'indebitamento eccessivo non siano divenute del tutto irrilevanti [D'ORAZIO, *Il nuovo appeal delle procedure di sovraindebitamento nella riforma in itinere*, in *Fall.*, 2016, 1125 ss; SOLDATI, *Il sovraindebitamento e la babele della meritevolezza*, in *Diritto della crisi*, 2021, 54]. Ne sarebbero la prova le disposizioni, previste all'interno delle diverse procedure, riferite alla Relazione particolareggiata dell'Occ. Il legislatore ha definito il contenuto della stessa prescrivendo «l'indicazione delle cause dell'indebitamento e della diligenza impiegata dal debitore nell'assumere le obbligazioni», nonché «l'esposizione delle ragioni dell'incapacità del debitore di adempiere alle obbligazioni assunte» [art. 68, co. 2; art. 76, co. 2; art. 283, co. 4, Ccii].

Questi elementi dovranno essere oggetto di una puntuale valutazione da parte del giudice ai fini dell'accoglimento della domanda e della successiva omologazione. Ebbene, tale valutazione non parrebbe tanto diversa nella sostanza rispetto a quando l'art. 12 *bis* imponeva di verificare se il debitore avesse «assunto obbligazioni senza la ragionevole prospettiva di poterle adempiere» ovvero avesse «colposamente determinato il sovraindebitamento, anche per mezzo di un ricorso al credito non proporzionato alle proprie capacità patrimoniali».

La scelta di superare il dato testuale dell'art. 12 *bis* si manifesterebbe, quindi, come un monito per i giudici. Costoro continuerebbero a essere chiamati a valutare discrezionalmente la meritevolezza, senza che siffatto potere si traduca – come verificatosi con la tesi dello *shock esogeno* – in un controllo paternalista e moralizzatore. Non fosse altro poiché in contrasto con la *ratio* delle procedure in esame che non presenta come principale obiettivo quello di premiare il soggetto onesto ma sfortunato, ma di risolvere un problema sistemico, favorendo la precoce emersione delle crisi e la riabilitazione dei debitori a beneficio del mercato.

4. Il decreto del Tribunale di Avellino. Specchio del giudizio di meritevolezza nella più recente giurisprudenza

Il decreto n. 27529 ha rigettato l'istanza di esdebitazione del sovraindebitato incapiante, argomentando sulla carenza del requisito soggettivo della meritevolezza.

Il Tribunale, richiamando altra giurisprudenza di merito [Trib. La Spezia, sez. civ., ord. 3 marzo 2022, Est. Barbuto], ha definito meglio l'oggetto della verifica dei cc. dd. requisiti negativi, vale a dire l'assenza di atti in frode e la mancanza di dolo o colpa grave: «Il giudizio è incentrato sulle ragioni che hanno determinato la situazione di sovraindebitamento e sulla prudenza del debitore, risultando rilevante tanto la diligenza prestata al momento dell'assunzione dei singoli debiti, sia la condotta successivamente assunta nel disporre delle proprie risorse».

Inoltre, il giudice propone un'elencazione esemplificativa delle ipotesi di indebitamento che possono senz'altro ritenersi giustificate e, quindi, meritevoli: finanziamenti contratti per onorare il mutuo stipulato per l'acquisto dell'abitazione, ovvero per far fronte a necessità urgenti di vita personale e familiare.

Allo stesso modo, individua alcuni casi che, all'opposto, rappresentano il paradigma dell'*immeritevolezza*: impiego delle somme in maniera arbitraria e a favore di terzi non creditori o per esigenze voluttuarie.

Il sovraindebitato coinvolto nella vicenda processuale in esame rientra in uno degli ultimi esempi citati. Egli, infatti, si è esposto, per una somma considerevole, per la ristrutturazione dell'immobile del fratello. In più, senza specificare nel dettaglio i lavori

espletati e le reali condizioni economiche del congiunto, specificando soltanto il suo *status* di disoccupato.

Tuttavia, il giudice non ha tenuto in considerazione che l'indebitamento fosse finalizzato alla soddisfazione delle esigenze abitative non solo del fratello, ma anche della madre e del ricorrente stesso. Nulla di così diverso dalla stipulazione di un mutuo per l'acquisto di un'abitazione. Il risultato è il diniego dell'accesso all'esdebitazione a causa di una rigida impostazione che genera un trattamento diseguale in situazioni che, nella sostanza, possono dirsi equivalenti sul piano della meritevolezza.

Orbene, malgrado lo stesso Tribunale abbia segnalato il cambio di regime in materia di meritevolezza, inteso da molti come un'oggettivizzazione del requisito [*supra* § 2], nei fatti il giudizio si muove sull'analisi delle ragioni e delle cause che hanno condotto il debitore al sovraindebitamento. Distinguendo, peraltro, cause "valide" e cause "non valide".

In una certa misura, questo risultato dipende anche dalla centralità rivestita dalla Relazione particolareggiata che, quale mezzo di massima *disclosure* della situazione economica del debitore, rappresenta il vero strumento su cui fondare la valutazione dell'organo giudiziario [su questo tema v. CAMARDI, *Il sovraindebitamento del consumatore e il diritto delle obbligazioni, in lineamenti sull'esdebitazione*, in D'AMICO (a cura di), *Sovraindebitamento e rapporto obbligatorio* cit., 138 ss.].

Pertanto, è fondamentale che nella redazione della stessa ci si preoccupi sempre di specificare in dettaglio le vicende che hanno segnato la compromissione del patrimonio del soggetto, allegando anche la documentazione o ogni altro supporto probatorio necessario a dimostrarle.

La pronuncia in oggetto – insieme ad altre decisioni dello stesso tenore – induce a ritenere che potrebbe essere questo il futuro approccio dei giudici di merito. Il richiamo alla novella e ai requisiti negativi si tradurrebbe in una sorta di clausola di stile, incentrando comunque il giudizio sui motivi contenuti nella relazione particolareggiata.

La speranza è che le valutazioni dei magistrati, sebbene discrezionali, si muovano sul crine della ragionevolezza senza ripiombare nella rigida e inflessibile severità che le ha caratterizzate in passato.

Orbene, vista l'impostazione di questa recente giurisprudenza e le diverse opinioni in dottrina, paiono tutt'altro che superate le incertezze circa la sopravvivenza della clausola di meritevolezza. Là dove si aderisse a una soluzione di segno positivo, l'istituto in esame acquisirebbe una funzione anche al di fuori delle singole procedure di composizione della crisi. Oltre a indirizzare la decisione giudiziaria a un esito teleologicamente compatibile con la normativa, dovrebbe operare quale strumento di orientamento del comportamento del debitore. Quest'ultimo, conscio che le sue condotte saranno sottoposte a stringente controllo giudiziario, al fine di beneficiare dei dispositivi di gestione delle crisi e dell'effetto esdebitativo, sarà indotto ad agire con maggiore diligenza e a far emergere per tempo la condizione di sovraindebitamento.

Il risultato genererebbe un duplice vantaggio sistemico: da un lato, l'ordinamento beneficerebbe di un'emersione precoce delle crisi e di una gestione delle stesse attraverso un canale legale, il tutto a sostegno del buon funzionamento della macchina del mercato. Dall'altro lato, la categoria dei creditori, per le stesse ragioni, otterrebbe di una più elevata possibilità di soddisfazione: prima emerge la crisi, maggiori saranno le *chance* di soddisfarsi.

Bibliografia essenziale

BOCCHINI e DE MATTEIS, *Sovraindebitamento: profili civilistici nella legge delega di riforma della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, in *Corr. giur.*, 2018, 5, 656

D'AMICO, *Esdebitazione e concorso dei creditori nella disciplina del sovraindebitamento*, in D'AMICO (a cura di), *Sovraindebitamento e rapporto obbligatorio*, Giappichelli, 2018

FORCELLINI, *Sovraindebitamento e statuto dell'obbligazione pecuniaria*, in *Eur. Dir. Priv.*, 2015, 1, 110

LAZZARA, *Esdebitazione e meritevolezza: lineamenti di una ricerca per definire la condotta che “libera” dai debiti*, in *Dir. fall e delle società commerciali*, 2021, 3-4, 673

LAZZARA, *Riflessioni sulla meritevolezza del consumatore*, in *Dir. fall. e delle società commerciali*, 2017, 6, 1568

LIMITONE, *La suggestione (e la trappola) della meritevolezza soggettiva nel sovraindebitamento e la legge n. 176/2020: la colpa per il debito e la responsabilità del sovraindebitamento*, in *Crisi d’Impresa e Insolvenza*, 2021, 5

LIMITONE, *Meritevolezza, shock esogeno (eventi imprevedibili) e merito creditizio (Nota a Trib. Livorno 6 novembre 2020)*, in *www.ilcaso.it*, 2020, 1022

MODICA, *Effetti esdebitativi (nella nuova disciplina del sovraindebitamento) e favor creditoris*, in PELLECCIA e MODICA (a cura di), *La riforma del sovraindebitamento nel codice della crisi d’impresa e dell’insolvenza*, Pacini Giuridica, 2020

PAGLIANTINI, *L’insolvenza del consumatore tra debito e responsabilità: lineamenti sull’esdebitazione*, in D’AMICO (a cura di), *Sovraindebitamento e rapporto obbligatorio*, Giappichelli, 2018, 61

SOLDATI, *Il sovraindebitamento e la babele della meritevolezza*, in *Diritto della crisi*, 2021, 48

L'onere della prova del vizio della cosa venduta: disciplina codicistica e normativa consumeristica a confronto di fronte alla Corte di Cassazione *

di MIRKO FACCIOLI

Professore associato di Diritto Privato
Università di Verona

(CORTE DI CASSAZIONE, sezione seconda civile, sent. 4 luglio 2022, n. 21084; Pres. Bellini – Est. Trapuzzano)

Abstract

La sentenza di Cassazione n. 21084/2022 si sofferma sul regime dell'onere della prova dei vizi della cosa venduta, affrontando l'argomento alla luce sia della disciplina del codice civile sia della normativa del codice del consumo.

The sentence of the Supreme Court n. 21084/2022 focuses on the burden of proof of the lack of conformity in sale of goods contracts, addressing the subject in the light of both the Civil code and the Consumer code.

Sommario: 1. La pronuncia di Cass. 4 luglio 2022, n. 21084; 2. L'onere della prova del vizio della cosa venduta nella disciplina della vendita di diritto comune; 3. La presunzione di sussistenza del difetto di conformità nella disciplina della vendita di beni di consumo; 4. Riflessioni alla luce della riforma della normativa della vendita consumeristica apportata dal d.lgs. n. 170/2021.

1. La pronuncia di Cass. 4 luglio 2022, n. 21084

La pronuncia in commento trae origine dalla vendita di un'automobile usata che, pochi mesi dopo la conclusione del contratto e la consegna del mezzo, finiva distrutta da un incendio mentre si trovava parcheggiata nel cortile dell'abitazione dell'acquirente.

Facendosi forte del verbale dei Vigili del fuoco intervenuti per spegnere l'incendio, recante la dicitura «natura elettrica, corto circuito», il compratore conveniva il giudizio la società concessionaria venditrice chiedendo la risoluzione del contratto, la restituzione del prezzo e la condanna della convenuta alla rimozione, a proprie spese, del relitto della vettura incendiata. Il Tribunale adito respingeva però le domande dell'attore sulla base della c.t.u. espletata nel corso del giudizio, la quale aveva accertato che la causa dell'incendio che aveva interessato l'autovettura non doveva ricondursi a un *deficit* dell'impianto elettrico della stessa, bensì ad un sinistro subito dal mezzo oppure ad un evento doloso successivo. La pronuncia di primo grado veniva poi confermata dalla Corte d'Appello rilevando che l'attore, sul quale gravava il corrispondente onere probatorio, non aveva fornito adeguato riscontro né sulle reali cause dell'incendio né sull'esistenza di eventuali responsabilità in capo alla società convenuta (o a quella da quest'ultima chiamata in causa per essere tenuta indenne in caso di vittoria del compratore), l'accertamento dei Vigili del fuoco avendo valore probatorio privilegiato limitatamente ai fatti descritti, ma non in relazione alle valutazioni soggettive degli agenti accertatori, nel caso in esame, peraltro, assolutamente apodittiche e non adeguatamente supportate

* Il presente contributo è stato sottoposto a valutazione in forma anonima ed è stato pubblicato in anteprima su rivistapactum.it il 28.9.2022

dagli esiti delle indagini eventualmente effettuate. Secondo la Corte d'Appello, anche gli accertamenti effettuati dal c.t.u. erano in realtà lacunosi e poco attendibili, poiché di fatto si erano concentrati su due ipotesi (urto o evento doloso) privi di decisivi riscontri ed erano condizionati dall'ampio lasso di tempo (circa tre anni) decorso tra l'incendio e l'accertamento peritale: ciò non toglie, tuttavia, che anche laddove si fosse condivisa la tesi dell'appellante in merito alla causa dell'incendio, in ogni caso quest'ultimo non aveva fornito alcuna prova idonea a dimostrare che il corto circuito fosse stato imputabile ad un guasto o ad un malfunzionamento intrinseco all'autovettura o piuttosto ad altre cause non ascrivibili al venditore, ad esempio carenze nella manutenzione del veicolo.

Avverso tale pronuncia l'acquirente proponeva ricorso per cassazione affidato a cinque motivi, dei quali interessa in questa sede esaminare il primo, imperniato sul riparto dell'onere della prova: secondo il ricorrente, la Corte d'appello avrebbe invero errato nell'addossare sull'attore stesso l'onere di dimostrare le cause dell'incendio e la sussistenza di eventuali responsabilità in capo alle società convenute, perché in tal modo avrebbe disatteso il principio secondo cui, all'esito dell'allegazione da parte del creditore dell'inadempimento del debitore, dovrebbe ricadere sul convenuto l'onere di fornire la contraria prova di avere esattamente adempiuto. Tali doglianze – così come le ulteriori lamenti espone dall'attore con gli altri motivi di ricorso – sono state ritenute infondate dalla Suprema Corte sulla base degli argomenti di seguito esposti.

2. L'onere della prova del vizio della cosa venduta nella disciplina della vendita di diritto comune

Esaminando il motivo di ricorso innanzitutto sulla scorta della disciplina della vendita di diritto comune, per gli Ermellini è agevole rilevare come la Corte d'appello si sia conformata al noto e consolidato orientamento giurisprudenziale secondo cui il compratore che esercita le azioni edilizie di cui all'art. 1492 c.c. è gravato dell'onere di offrire la prova dell'esistenza dei vizi del bene venduto [oltre al celebre precedente di Cass., sez. un., 3 maggio 2019, n. 11748, in *Foro it.*, 2019, I, 9, 2726, vengono in tal senso richiamate le più recenti pronunce di Cass., ord. 17 gennaio 2022, n. 1218, in *Mass. Giust. civ.*, 2022; Cass., ord. 16 novembre 2021, n. 34636, in *DeJure*; Cass. 5 ottobre 2020, 21258, in *St. iuris*, 2021, 5, 648; Cass., ord. 28 luglio 2020, n. 16073, in *DeJure*; Cass. 27 aprile 2020, n. 8199, in *DeJure*], dovendosi ritenere ormai superato il diverso indirizzo, richiamato dall'attore, secondo cui sarebbe sufficiente che il compratore allegasse l'inesatto adempimento, denunciando la presenza di vizi che rendano la cosa inidonea all'uso al quale è destinata o ne diminuiscano in modo apprezzabile il valore, per fare carico al venditore, quale debitore di un'obbligazione di risultato ed in forza del principio di vicinanza della prova, l'onere di dimostrare di aver consegnato una cosa conforme alle caratteristiche del tipo ordinariamente prodotto ovvero la regolarità del processo di fabbricazione o di realizzazione del bene, con la conseguenza che, solo ove detta prova sia stata fornita, spetterebbe all'acquirente dimostrare l'esistenza di un vizio o di un difetto intrinseco della cosa ascrivibile al venditore [in tal senso si richiamano Cass., ord. 21 settembre 2017, n. 21927, in *DeJure*, e Cass., 2 settembre 2013, n. 20110, in *Mass. Giust. civ.*, 2013].

Sulla scorta del regime probatorio sopra descritto, al quale anche la dottrina dominante mostra di prestare adesione [v. *infra*, la Bibliografia essenziale], la pronuncia in esame sottolinea quindi la correttezza dell'operato della Corte d'appello nel respingere le domande dell'attore: né gli accertamenti effettuati dai Vigili del fuoco – riferenti di un corto circuito risalente all'impianto elettrico – né le risultanze della c.t.u. del giudizio di prime cure – che avevano ricondotto l'incendio ad un pregresso urto del mezzo o ad un fatto doloso di terzi che avrebbe gravemente danneggiato la sua parte anteriore – avrebbero infatti avuto un peso decisivo nella ricostruzione della causa dell'incendio; e quand'anche si fosse ritenuto, sulla scorta del verbale di cui sopra, che l'incendio si fosse sviluppato quale conseguenza di un corto circuito dell'impianto elettrico della vettura, tale circostanza non sarebbe stata comunque necessariamente riconducibile ad un vizio o a un difetto di conformità del mezzo, in mancanza di alcuna allegazione e

dimostrazione della sua ascrizione a simili cause da parte dell'attore.

3. La presunzione di sussistenza del difetto di conformità nella disciplina della vendita di beni di consumo

Giunta a questo punto la Suprema Corte mette in luce, sulla scorta della memoria integrativa depositata dal ricorrente, che la fattispecie al suo esame doveva essere in realtà giudicata alla luce della disciplina sulla vendita di beni di consumo introdotta dal legislatore interno in attuazione della dir. 1999/44/CE (e successive modifiche), avuto riguardo alla giurisprudenza della Corte di giustizia secondo cui il giudice nazionale, investito di una controversia cui si applica la direttiva citata, è tenuto, a partire dal momento in cui dispone degli elementi di diritto e di fatto (o possa disporre su semplice domanda di chiarimenti), a verificare se l'acquirente possa essere qualificato come "consumatore", anche se questi non ne abbia espressamente rivendicato la qualità [C. giust., 4 giugno 2015, causa C-497/13, *Faber*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, 1, 5, con nota di F.P. PATTI, *Tutela effettiva del consumatore nella vendita: il caso "Faber"*; in *Contratti*, 2015, 12, 1077, con nota di AZZARRI, *Integrazione delle fonti ed effettività delle tutele nella vendita dei beni di consumo*].

Appurato che le parti in causa in effetti rivestivano le qualità soggettive richieste dalla legge per l'applicazione della disciplina in discorso e rammentato che l'incendio della vettura si era verificato circa due mesi dopo la consegna, i giudici di legittimità verificano quindi come la controversia doveva essere risolta alla luce della norma contenuta nel vecchio testo dell'art. 132, comma 3, cod. cons., *ratione temporis* applicabile alla vicenda, secondo cui si presumono sussistenti al momento della consegna i difetti di conformità che si manifestano entro sei mesi dalla stessa, a meno che detta presunzione sia incompatibile con la natura del bene o del difetto e salva sempre la possibilità del professionista di fornire la prova contraria. Anche sulla scorta di tale disciplina, «applicabile d'ufficio dal giudice in forza del brocardo latino *da mihi factum, dabo tibi ius*», l'esito del giudizio di merito sarebbe però stato di segno sfavorevole per l'attore.

Secondo un consolidato orientamento, la presunzione in esame si riferisce soltanto al momento di manifestazione del difetto di conformità e non anche alla sussistenza dello stesso: il consumatore, quindi, viene esonerato dall'onere di provare che i difetti di conformità che si manifestano entro l'arco temporale coperto dalla presunzione fossero presenti al momento della consegna, ma è comunque tenuto a dimostrare l'esistenza attuale del difetto e il suo manifestarsi entro il termine di durata della responsabilità del venditore per ribaltare su quest'ultimo l'onere di fornire la prova contraria, ovvero a dimostrare che quando il consumatore è entrato in possesso del bene questo era conforme al contratto e che il difetto è intervenuto successivamente per una causa non imputabile al professionista medesimo [C. giust., 4 giugno 2015, causa C - 497/13, *Faber*, cit.; Cass., ord. 7 febbraio 2022, n. 3695, in *Foro it.*, 2022, I, 5, 1753; Cass. 30 giugno 2020, n. 13148, in *Giur. it.*, 2020, 11, 2390; in dottrina v., per tutti, S. PATTI, *Commento all'art. 129 - I*, in C.M. BIANCA (a cura di), *La vendita dei beni di consumo. Artt. 128-135, d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206*, Cedam, 2006, 75]. Come illustra la sentenza in commento, ciò significa che «in tanto può presumersi che il difetto di conformità di un'autovettura, come – ad esempio – il fatto che uno sportello non si chiuda o la mancata emissione di aria fredda dal condizionatore o piuttosto un qualsiasi difetto dell'impianto elettrico, sussistesse al momento della consegna, in quanto si denunci lo specifico difetto entro sei mesi e si dimostri la sua ricorrenza, pur non essendovi l'onere di provare la causa del difetto e la sua imputazione all'alienante».

Com'è già stato evidenziato, l'onere probatorio incombente sull'acquirente del bene di consumo non era però stato soddisfatto dall'attore del caso di specie, il quale si era limitato a denunciare l'incendio accaduto alla propria vettura, dato puramente effettuale potenzialmente ascrivibile tanto a vizi o difetti di conformità del bene quanto a cause estranee, senza denunciare alcun difetto di conformità del mezzo acquistato quale asserita causa scatenante dell'incendio stesso.

4. Riflessioni alla luce della riforma della normativa della vendita consumeristica apportata dal d.lgs. n. 170/2021

Come la pronuncia in commento non trascura di evidenziare, la disciplina della vendita consumeristica dettata dagli artt. 128 ss. cod. cons. è stata recentemente riformata dal d. lgs. 4 novembre 2021, n. 170 al fine recepire all'interno del nostro ordinamento la nuova disciplina della vendita di beni tra professionisti e consumatori introdotta dalla dir. 2019/771/UE del 20 maggio 2019. Il novellato regime della vendita di beni di consumo, entrato in vigore il 1° gennaio 2022 con applicazione ai contratti conclusi a partire da quella data, mantiene la presunzione di sussistenza del difetto di conformità nel nuovo testo dell'art. 135 cod. cons., ma con la novità rappresentata dall'allungamento della durata della medesima da sei mesi ad un anno dalla consegna.

Sebbene risponda alle istanze di quanti reputavano troppo breve la durata semestrale prevista in precedenza [MACARIO, *Brevi considerazioni sull'attuazione della direttiva in tema di garanzie nella vendita di beni di consumo*, in *Contr. e impr./Eur.*, 2001, 1, 151; FADDA, *Il contenuto della direttiva 1999/44/CE: una panoramica*, *ivi*, 2000, 2, 431], la nuova soluzione ha ricevuto le censure di chi invece considera quest'ultima una soluzione equilibrata, ora abbandonata in favore di un'opzione di smaccato ed eccessivo favore per il consumatore [PAGLIANTINI, *Contratti di vendita di beni: armonizzazione massima, parziale e temperata della Dir. UE 2019/771*, in *Giur. it.*, 2020, 1, 223].

Non è questa, evidentemente, l'opinione del legislatore europeo, che nel par. 2 dell'art. 11 della dir. 2019/771/UE anzi consentiva di estendere ulteriormente il suddetto termine annuale a due anni, così allineando la durata della presunzione a quella della garanzia ed esonerando sempre il consumatore dall'onere di provare la sussistenza del difetto di conformità al momento della consegna. Come rilevato in dottrina, tale soluzione avrebbe soddisfatto l'obiettivo di aumentare il livello di protezione dei consumatori rispetto alla dir. 1999/44/CE di cui al 10° considerando della nuova direttiva nonché giovato alla speditezza e all'efficacia dei rimedi consumeristici, favorendo una più rapida e sicura soluzione delle controversie tra le parti, senza invero comportare un eccessivo aggravio della posizione del venditore: se da un lato è vero che per quest'ultimo può non essere sempre così agevole fornire la prova contraria, dall'altro la presunzione incontra i limiti costituiti dall'incompatibilità con la natura del bene o la natura del difetto, nozioni ampie e generiche che paiono in grado di realizzare, se correttamente interpretate, un equo contemperamento degli interessi delle parti [cfr. FACCIOLI, *Durata della responsabilità del venditore, prescrizione dei diritti del compratore e onere della prova nella nuova disciplina italiana della vendita di beni ai consumatori (d.lgs. n. 170/2021)*, in *Juscivile*, 2022, 1, 53 s.; DE CRISTOFARO, *Verso la riforma della disciplina delle vendite mobiliari b-to-c: l'attuazione della dir. UE 2019/771*, in *Riv. dir. civ.*, 2021, 2, 228; FERRANTE, *La direttiva 19/771/UE in materia di vendita al consumo: primi appunti*, in *Annuario del contratto 2018*, Giappichelli, 2020, 58; PIRAINO, *La violazione della vendita di beni al consumatore per difetto di conformità: i presupposti della c.d. responsabilità del venditore e la distribuzione degli oneri probatori*, in DE CRISTOFARO (a cura di), *La nuova disciplina della vendita mobiliare nel Codice del consumo*, Giappichelli, 2022, 168 ss.]. D'altro canto va evidenziato che, mantenendo un termine di durata della presunzione inferiore a quello della garanzia, si ottengono due vantaggi: *in primis*, sollecitare il consumatore a verificare la conformità del bene al contratto in tempi più rapidi di quelli astrattamente consentiti dalla durata della garanzia, ciò che non solo assicura una migliore tutela delle sue ragioni ma risponde pure all'interesse del venditore ad una celere definizione della sorte dell'operazione [BOCCHINI, *Commento all'art. 132*, in *La vendita dei beni di consumo*, cit., 307]; in secondo luogo, rendere più accettabile per gli Stati membri il fatto che la garanzia europea sui beni di consumo abbia una durata maggiore di quella prevista dalle normative nazionali tradizionalmente applicate ai professionisti operanti nel proprio territorio [LODOLINI, *La direttiva 1999/44/CE del Parlamento europeo e del*

Consiglio su taluni aspetti della vendita e delle garanzie dei beni di consumo: prime osservazioni, in *Eur. dir. priv.*, 1999, 4, 1288]. A giustificare la scelta del nostro legislatore milita inoltre la considerazione che, quanto più si estende la durata della presunzione in discorso, maggiore si presenta il rischio che i consumatori utilizzino i beni in maniera negligente confidando sul fatto che la riconducibilità del difetto al loro comportamento non emergerà in conseguenza dell'operare della presunzione medesima [GSELL, *Time limits of remedies under Directives (EU) 2019/770 and (EU) 2019/771 with particular regard to hidden defects*, in *El Derecho Privado en el nuevo paradigma digital*, dirigitto por Arroyo Amayuelas e Cámara Lapuente, Marcial Pons, 2020, 117; VAN GOOL e MICHEL, *The New Consumer Sales Directive 2019/771 and Sustainable Consumption: A Critical Analysis*, in *EuCML*, 2021, 4, 142].

In ogni caso rimane ferma, anche nel vigore della nuova disciplina, l'interpretazione secondo cui la presunzione in esame esonera il consumatore dall'onere di provare che il difetto di conformità fosse presente al momento della consegna, ma non dall'onere di dimostrarne l'esistenza attuale e il manifestarsi entro il termine di durata della responsabilità del venditore [v., per tutti, FACCIOLI, op. cit., 53].

Bibliografia essenziale

In generale sull'onere della prova dei vizi della cosa venduta v., in senso conforme alla tesi adottata dalla pronuncia in commento e dalle Sezioni Unite del 2019:

CALVO, *Luci e ombre nella cornice del congedo dalla garanzia edilizia*, in *Giur. it.*, 2019, 7, 1532
DALLA MASSARA, *L'onere della prova dei vizi del bene venduto al vaglio delle Sezioni Unite: resistenza e resilienza del modello della garanzia*, in *Contratti*, 2019, 4, 378

LUMINOSO, *Due pronunce contrastanti delle Sezioni Unite sulla natura della garanzia per vizi nella vendita (e sui riflessi in materia di onere della prova e prescrizione)*, in *Resp. civ. e prev.*, 2019, 6, 1868

MAZZARIOL, *L'onere della prova nella garanzia per vizi nella vendita: il problema irrisolto del riparto probatorio del momento genetico del vizio*, in *Riv. dir. civ.*, 2020, 2, 442

PORTONERA, *Le sezioni (ri)unite sulla garanzia edilizia: natura, onere probatorio e atti interruttivi del termine prescrizione*, in *Eur. dir. priv.*, 2020, 2, 705

REGAZZONI, *Le Sezioni Unite confermano l'onere probatorio in materia di garanzia per vizi e la distinzione tra garanzia e obbligazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, 5, 1055

Per l'opposta e minoritaria opinione che ritiene il compratore gravato del solo onere di allegare il vizio e impone al venditore l'onere di fornire la prova contraria, v., invece:

IULIANI, *Note minime in tema di garanzia per i vizi nella vendita*, in *Eur. dir. priv.*, 2020, 2, 671

PIRAINO, *La garanzia nella vendita: durata e fatti costitutivi delle azioni edilizie*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2020, 3, 1134

Sulla nuova disciplina della vendita di beni di consumo fra gli altri v., oltre alle opere *supra* citate nel par. 4:

ADDIS, *Spunti esegetici sugli aspetti dei contratti di vendita di beni regolati nella nuova Direttiva (UE) 2019/771*, in *Nuovo dir. civ.*, 2020, 2, 27

ALPA, *Aspetti della nuova disciplina delle vendite nell'Unione europea*, in *Contr. e impr.*, 2019, 3, 825

BARENGHI, *Osservazioni sulla nuova disciplina delle garanzie nella vendita di beni di consumo*, in *Contr. e impr.*, 2020, 2, 806

BERTELLI, *L'armonizzazione massima della direttiva 2019/771/UE e le sorti del principio di maggior tutela del consumatore*, in *Eur. dir. priv.*, 2019, 4, 953

CAPILLI e TORINO, *Codice del consumo: le novità per i contratti di vendita e fornitura di beni digitali*, Giuffrè, 2022

DIPIETROMARIA, *La tutela del consumatore contro il difetto di conformità*, Giappichelli, 2022

FACCIOLI, *I termini di durata della garanzia e di prescrizione dei diritti del compratore nella vendita di beni con elementi digitali tra professionisti e consumatori*, in *Dir. di internet*, 2022, 2, 221

MATERA, *Difetto di conformità, gerarchia dei rimedi e sostenibilità ambientale nel nuovo art. 135-bis cod. cons. e nella Dir. 771/2019*, in *Riv. dir. priv.*, 2022, 3, 453

MORAIS CARVALHO, *Sale of Goods and Supply of Digital Content and Digital Services - Overview of Directives 2019/770 and 2019/771*, in *EuCML*, 2019, 5, 194

MÖLLERS, *The Weakness of the Sale of Goods Directive - Dealing with Legislative Deficits*, in *Juscivile*, 2020, 5, 1165

Corte di Giustizia: se il consumatore si oppone, il giudice non può sostituire la clausola abusiva con una disposizione nazionale suppletiva *

di FRANCESCA SOLIMINI

Expert

Banca d'Italia **

(CORTE DI GIUSTIZIA UE, sent. 8 settembre 2022, cause riunite da C-80/21 a C-82/21, E.K., S.K.; B.S., W.S.; B.S., L.S.; Pres. Bonichot e Spineanu-Matei – Rel. Rodin – Avv. Gen. Collins)

Abstract

La Corte di Giustizia dell'Unione europea ha nuovamente esaminato il tema delle clausole abusive nei contratti di mutuo in valuta estera stipulati con i consumatori ai sensi della direttiva 93/13/CEE. Il presente contributo si pone l'obiettivo vagliare i principi interpretativi affermati dalla Corte e, più nel dettaglio, analizzare una questione riguardante il potere del giudice nazionale, delimitato dalla volontà contraria del consumatore, di sostituire la clausola abusiva con una disposizione normativa suppletiva.

The Court of Justice of the European Union examined again the issue of unfair terms in loans denominated in a foreign currency concluded with consumers under directive 93/13/EEC. This paper aims to examine the interpretative principles affirmed by the Court and, more in detail, an issue concerning the discretion of the national court, limited by consumer's contrary intention, in settling debtors.

Sommario: 1. Le vicende sottese al rinvio pregiudiziale; 2. Le questioni di diritto e le soluzioni della Corte. Precisazioni sulla prescrizione; 3. (*Segue*). Limiti ai poteri del giudice per l'integrazione del contratto; 4. (*Segue*). Il giudice deve rispettare la volontà "determinante" del consumatore alla caducazione del contratto; 5. Riflessioni conclusive.

1. Le vicende sottese al rinvio pregiudiziale

Sono tre le cause esaminate dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea con la sentenza in commento, ciascuna delle quali aveva ad oggetto vicende riguardanti contratti di mutuo ipotecario indicizzati al franco svizzero. Dinanzi al Tribunale circondariale di Varsavia-Centro cittadino i consumatori hanno chiesto di dichiarare nulli tali contratti, vista la natura abusiva delle clausole di indicizzazione. La giurisprudenza polacca infatti ritiene, secondo un indirizzo quasi costante, che le clausole di conversione risultanti da contratti *standard* debbano essere considerate illecite. È stata così domandata dai consumatori la condanna delle banche alla restituzione delle somme indebitamente corrisposte.

Dopo aver accertato se la nullità della clausola abusiva relativa al prezzo di conversione potesse travolgere l'intero contratto, determinandone la caducazione *ex tunc*, nel corso dei rispettivi procedimenti i giudici del rinvio hanno informato i consumatori di tutte le conseguenze, eventualmente anche pregiudizievoli, della nullità

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

** Le opinioni espresse riflettono la posizione personale dell'autore e non impegnano in alcun modo l'istituzione di appartenenza.

dell'intero contratto di mutuo; ciononostante, i consumatori hanno acconsentito alla caducazione totale, affermando di comprenderne ed accettarne gli effetti sia giuridici che economici.

In tali circostanze, i giudici hanno deciso di sospendere i procedimenti e di sottoporre alla Corte di Giustizia alcune questioni, per lo più riguardanti l'ampiezza dei loro poteri in ordine alla possibilità di mantenere valida la clausola abusiva e il contratto che la contiene, rimossi i profili di illiceità (in particolare nelle cause C-80/21 e C-81/21), oltre ad una questione sulla decorrenza del termine di prescrizione relativo alla domanda di restituzione proposta dal consumatore dopo l'eliminazione delle clausole abusive (nella causa C-82/21).

2. Le questioni di diritto e le soluzioni della Corte. Precisazioni sulla prescrizione

La Corte di Giustizia è stata investita dai giudici di rinvio di questioni interpretative riguardanti l'articolo 6, paragrafo 1, e l'articolo 7, paragrafo 1, della Direttiva 5 aprile 1993 n. 13, alcune già affrontate in passato [cfr. ALBANESE, *Credito in valuta estera: sindacato di vessatorietà e incidenza del rischio di cambio*, in *Resp. civ. prev.*, 2020, 3, 761; SATTA, *Sulle tormentate clausole del mutuo indicizzato al franco svizzero*, in *Dir. e giust.*, 2021, 167, 7], altre di maggiore novità.

Una questione risolta ribadendo principi interpretativi già sanciti è quella sollevata nella causa C-82/21. In questa vicenda, l'istituto di credito ha eccepito la prescrizione per la domanda di restituzione delle somme indebitamente pagate, proposta dal consumatore dopo l'eliminazione delle clausole abusive. L'eccezione si basava sulla decorrenza del termine decennale dalla data in cui ogni singolo pagamento (non dovuto) era stato eseguito in favore della banca.

Sul punto, la Corte di Giustizia ha ritenuto incompatibile con la direttiva 93/13 che il termine di prescrizione inizi a decorrere dalla data di esecuzione di ciascuna prestazione da parte del consumatore, anche nel caso in cui quest'ultimo non fosse in grado, a tale data, di valutare il carattere abusivo della clausola contrattuale o non avesse conoscenza di tale carattere abusivo, e senza tener conto della circostanza che il contratto prevedesse un periodo di rimborso (pari, nel caso di specie, a trent'anni) ampiamente superiore al termine di prescrizione decennale, fissato dalla legge.

I principi alla base del ragionamento della Corte sono quelli sovente invocati dalla stessa in tema di prescrizione [si veda C. giust. 10 giugno 2021, da C-776/19 a C-782/19, in *www.curia.europa.eu*], ossia il principio di equivalenza, secondo cui le tutele previste dalla direttiva 93/13 non devono essere attuate dagli Stati membri in senso meno favorevole rispetto a come si disciplinano situazioni analoghe di natura interna, nonché il principio di effettività, per il quale non si deve rendere impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio, in concreto, dei diritti conferiti dall'ordinamento unionale [cfr. IULIANI, *Note in tema di prescrizione*, in *Pers. e merc.*, 2021, 4, 730 ss.; PAGLIANTINI, *Principio di effettività e clausole generali: il canone "armonizzante" della Corte di Giustizia* in MAZZAMUTO e NIVARRA (a cura di), *Giurisprudenza per principi e autonomia*, Giappichelli, 2016, 81 ss.].

Appurato che un termine di prescrizione pari a dieci anni non rende impossibile o troppo difficile l'esercizio, in concreto, dei diritti conferiti dalla direttiva, riguardo il *dies a quo* la Corte ha invece rilevato il rischio "non trascurabile" che il consumatore non sia in grado di invocare utilmente i diritti a lui spettanti: egli deve poter conoscere i suoi diritti prima che il termine di prescrizione inizi a decorrere o scada. Inoltre, poiché contratti come quello in esame sono generalmente eseguiti nel corso di periodi di lunga durata, potrebbe accadere che – almeno per una parte dei pagamenti effettuati – la prescrizione, se decorrente dal pagamento, maturi prima della scadenza del contratto medesimo, privando il consumatore della facoltà di agire per la restituzione di quanto indebitamente corrisposto [analoghe considerazioni già in C. giust. 22 aprile 2021, C-485/19 in *www.curia.europa.eu*].

La sentenza in commento si pone nel solco delle altre della Corte che mirano ad

orientare l'esercizio dell'autonomia procedurale riservato agli Stati membri per la tutela effettiva di situazioni giuridiche soggettive di derivazione comunitaria. Resta tuttavia aperta la questione della individuazione, in modo inequivocabile, del momento a partire dal quale il consumatore possa essere considerato in grado di percepire la natura abusiva della clausola.

3. (Segue). Limiti ai poteri del giudice per l'integrazione del contratto

La maggior parte delle questioni sollevate dinanzi alla Corte di Giustizia riguarda il complesso tema relativo all'ampiezza dei poteri di cui dispone il giudice in materia di integrazione contrattuale [sul tema si veda BARCELONA, *I nuovi controlli sul contenuto del contratto e le forme della sua eterointegrazione: Stato e mercato nell'orizzonte europeo*, in *Eur. dir. priv.*, 2008, 1, 34].

Tra le questioni già note alla Corte, vi sono le due sottoposte per la causa C-80/21. La prima attiene alla possibilità che il giudice non dichiari la nullità dell'intera clausola contrattuale, ma soltanto la parte di questa che la rende abusiva, lasciandola parzialmente efficace. Tale soluzione è stata caldeggiata da quella dottrina italiana secondo cui la caducazione "secca" delle clausole abusive non sempre corrisponde, in concreto, alla reale *ratio* di tutela del consumatore alla base della normativa di settore [si veda D'AMICO, *L'integrazione (cogente) del contratto mediante il diritto dispositivo*, in D'AMICO e PAGLIANTINI (a cura di), *Nullità per abuso ed integrazione del contratto*, Giappichelli, 2015, 229]. Secondo la Corte di Giustizia, tuttavia, una simile eliminazione equivarrebbe a riconoscere al giudice un potere di modificare il contenuto della clausola, che riduce l'effetto dissuasivo esercitato sui professionisti dalla pura e semplice non applicazione nei confronti del consumatore dell'intera clausola abusiva. Il giudice nazionale non può dunque rimuovere solo quegli elementi della clausola che le conferiscono carattere abusivo, a meno che tale elemento consista in un obbligo contrattuale distinto, idoneo ad essere oggetto di un esame individualizzato [così, di recente, si era espressa anche C. giust. 29 aprile 2021, C-19/20, in www.curia.europa.eu].

La giurisprudenza polacca ritiene inoltre possibile che il giudice, per impedire la nullità dell'intera pattuizione, possa sostituire la clausola dichiarata nulla con un'interpretazione della volontà delle parti. In tal modo, il giudice polacco utilizza l'interpretazione per escludere l'abuso ai danni del consumatore e modificare il regolamento negoziale, stabilendo ad esempio che, sin dall'inizio, l'importo del mutuo sia stato determinato in zloty polacchi e non in franchi svizzeri. La Corte di Giustizia ha tuttavia ribadito [cfr. C. giust. 18 novembre 2021, C-212/20, in www.curia.europa.eu], nel dare risposta alla seconda questione pregiudiziale sottoposta per la causa C-80/21, che è esclusa la possibilità di sostituire una clausola abusiva dichiarata nulla con un'interpretazione del giudice [cfr. D'ONOFRIO, *Nullità delle clausole abusive, interpretazione e (limitato) ruolo del giudice in sede di integrazione contrattuale nella giurisprudenza della Corte di Lussemburgo*, in *Jus civile*, 2022, 4, 941; per approfondire, si veda: C. SCOGNAMIGLIO, *Interpretazione del contratto e interessi dei contraenti*, Cedam, 1992].

Altra questione ormai pacificamente risolta dalla Corte di Giustizia è quella, sollevata per la causa C-81/21, circa la possibilità che il giudice, dopo aver accertato il carattere abusivo di una clausola che, se caducata, non comporta la nullità dell'intero contratto, possa decidere, per meglio tutelare gli interessi del consumatore, di integrare la lacuna lasciata da tale clausola con una norma di diritto nazionale avente carattere suppletivo. Per costante giurisprudenza di Lussemburgo, i giudici nazionali sono tuttavia tenuti solo ad escludere l'applicazione della clausola abusiva se questa è elemento non essenziale del regolamento contrattuale: tanto discende dall'art. 6 della direttiva, secondo cui se il contratto può sussistere senza le clausole abusive, l'unico effetto è che tali clausole non debbano vincolare il consumatore [in tal senso, C. giust. 14 giugno 2012, C-618/10 in *Foro it.* 2013, IV, 170; in *Contratti* 2013, 1, 16, con nota di D'ADDA; si veda anche C. giust. 30 maggio 2013, C-488/11 in *Foro it.* 2014, IV, 3, con nota di DE

HIPPOLYTIS e A. PALMERI].

La Corte ha però ammesso un'eccezione alla regola che prevede la mera inefficacia della clausola abusiva, nel caso in cui il contratto non possa sussistere dopo l'eliminazione di tale clausola e ciò esponga il consumatore al rischio di subire delle conseguenze pregiudizievoli: in tal caso il giudice può evitare di dichiarare la nullità dell'intero contratto sostituendo alla clausola abusiva una disposizione suppletiva [cfr. C. giust 30 aprile 2014, C-26/13, in *Contratti*, 2014, 10, 853, con nota di PAGLIANTINI].

Ripercorsi, dunque, principi interpretativi oggetto di passate decisioni, la Corte ha poi affrontato un'ulteriore questione, sollevata sempre per la causa C-81/21, sulla possibilità che il giudice nazionale, dopo aver accertato il carattere abusivo di una clausola essenziale, possa integrare il contenuto della pattuizione con il diritto suppletivo anche nelle ipotesi in cui il consumatore abbia espressamente accettato la caducazione dell'intero contratto, per lui potenzialmente pregiudizievole. Il dubbio verteva, in buona sostanza, su cosa fosse possibile e opportuno fare per tutelare i consumatori: imporre la protezione prevista dalla direttiva oppure semplicemente offrirgliela, lasciando spazio alla loro volontà di non avvalersene. Tale ultima questione può suscitare un certo interesse per gli interpreti, costituendo un nuovo tassello utile a ricomporre la visione che ha la Corte di Giustizia della figura del consumatore.

4. (Segue). Il giudice deve rispettare la volontà “determinante” del consumatore alla caducazione del contratto

Pochi mesi prima della pronuncia qui in commento, la Corte di Giustizia ha affermato che il livello elevato di tutela che deve essere garantito al consumatore richiede che il giudice nazionale debba adottare tutte le misure necessarie per tutelarlo dalle conseguenze particolarmente dannose che una eventuale caducazione del contratto di finanziamento potrebbe provocare [così C. giust. 31 marzo 2022, C-472/20, in *www.curia.europa.eu*]. Infatti, dichiarare invalido un contratto di mutuo nella sua interezza potrebbe esporre il consumatore a conseguenze penalizzanti: si pensi, ad esempio, all'immediata esigibilità dell'importo residuo dovuto in relazione al prestito, in proporzioni che potrebbero anche eccedere le sue capacità finanziarie [cfr. C. giust 30 aprile 2014, C-26/13, cit.].

Nella causa C-81/21 i consumatori hanno dichiarato di comprendere le conseguenze giuridiche ed economiche della nullità del mutuo e di accettarle, domandando il rimborso delle rate mensili corrisposte. Peraltro, nel caso in cui il contratto debba essere dichiarato interamente nullo, spetta al giudice valutare se tale nullità possa essere svantaggiosa per il consumatore. Vien dunque da chiedersi se, in casi come quello in esame, il giudice sia vincolato ad adottare la soluzione richiesta dai ricorrenti, oppure possa comunque salvaguardare l'efficacia del contratto, inserendo una disposizione interna di natura suppletiva (ove esistente e idonea a colmare la lacuna) per evitare eventuali effetti pregiudizievoli della caducazione.

La Corte di Giustizia ha risposto a tale interrogativo affermando che l'articolo 6, paragrafo 1, e l'articolo 7, paragrafo 1, della direttiva 93/13 devono essere interpretati nel senso che essi ostano a una giurisprudenza nazionale in base alla quale il giudice può, dopo aver accertato la nullità di una clausola abusiva contenuta in un contratto concluso tra un consumatore e un professionista che determini la nullità di tale contratto nel suo complesso, sostituire la clausola dichiarata nulla con una disposizione di diritto nazionale di natura suppletiva, anche qualora il consumatore sia stato informato delle conseguenze della nullità del medesimo contratto e le abbia accettate.

La Corte di Giustizia ha sempre enfatizzato l'eccezionalità del potere del giudice di intervenire sul contratto. È noto che i giudici di Lussemburgo si sono posti in un'ottica lontana da quella espressa dalla nostra giurisprudenza interna che, alimentata da dottrina di rilievo, si è spinta sino ad affermare, in generale, il sindacato del giudice non solo sulla *procedural justice*, ma anche, talvolta, sulla *substantive justice* del contratto, con ampi margini di integrazione che discendono direttamente dai canoni generali di equità e buona fede. Lo stesso ordinamento interno, anche su spinta dell'evoluzione

giurisprudenziale, ha progressivamente arricchito il novero degli strumenti per il governo del giudice sul contratto. Questa tendenza, in linea con le previsioni dei Principi *Unidroit*, dei *Principles of European Contract Law*, del Codice europeo dei contratti, mostra l'inclinazione a favorire un sempre maggiore "protagonismo contrattuale" del giudice, supportato dal crescente rilievo attribuito alle clausole generali (anche in senso integrativo) intese come "valvole di sicurezza" del sistema [per una ricognizione del tema si veda: GRANELLI, *Autonomia privata e intervento del giudice*, in *Jus civile*, 2018, 3, 8; NANNA, *Eterointegrazione del contratto e potere correttivo del giudice*, Cedam, 2010; NAVARRETTA, *Il contratto "democratico" e la giustizia contrattuale*, in *Giurisprudenza per principi e autonomia privata*, cit., 51 ss.].

Per la Corte di Giustizia il ruolo del giudice è sicuramente compreso rispetto a quello attribuito dalla nostra produzione giurisprudenziale e dottrinale [cfr. D'AMICO, *Giustizia contrattuale e contratti asimmetrici* in *Eur. dir. priv.*, 2019, 1, 1 ss.; PIRAINO, *Il diritto europeo e la "giustizia contrattuale"*, in *Eur. dir. priv.*, 2015, 2, 233 ss.] tant'è che, proprio per arginare eventuali spazi di discrezionalità, la Corte esclude che il giudice possa porre rimedio alle lacune di un contratto sulla sola base di disposizioni nazionali di carattere generale, come il principio di equità o gli usi [così, oltre alla pronuncia in commento, anche C. giust. 18 novembre 2021, C-212/20, cit.].

Secondo il consolidato principio espresso dalla Corte di Giustizia, il giudice può integrare il contratto mediante il diritto dispositivo solo se sussistono due presupposti: che l'eliminazione riguardi una clausola essenziale e, in secondo luogo, se accerti che la caducazione del contratto possa esporre il consumatore al rischio di subire delle conseguenze per lui pregiudizievoli [cfr. C. giust. 30 aprile 2014, C-26/13, cit.]. Nella pronuncia qui in disamina si mette in luce (in particolare al punto 78 della motivazione) che bisogna tener conto del carattere, definito dalla Corte "determinante", della volontà del consumatore, per valutare se vi sono tali conseguenze negative che ricadono sulla sfera giuridica del consumatore stesso, provocate dall'invalidazione totale del contratto. Nel condurre tale accertamento, il giudice deve valutare le circostanze esistenti o prevedibili al momento della controversia ma, soprattutto, per la Corte deve porre l'attenzione sulla volontà espressa del consumatore.

In altri termini, è il giudice che valuta se la nullità del contratto possa esporre il consumatore ad un eventuale pregiudizio; egli deve però prendere in considerazione, come elemento centrale, proprio la circostanza per cui il consumatore stesso, informato delle conseguenze, ha accettato che il contratto venga interamente travolto. Così, anche se il giudice nazionale riesca ad individuare una disposizione di diritto nazionale di natura suppletiva in grado di salvare il contratto e ripristinare la situazione di fatto e di diritto in cui il consumatore si sarebbe trovato in assenza della clausola abusiva, non può comunque sostituirla con tale disposizione, perché il consumatore vi si oppone.

Anche sull'obbligo del giudice nazionale di disapplicare, se necessario d'ufficio, le clausole abusive, la Corte ha in passato affermato [cfr. C. giust. 3 ottobre 2019, C-260/18, cit.] che il medesimo giudice non è tenuto a rimuovere tali clausole se il consumatore, dopo essere stato avvisato, intenda non invocarne la natura abusiva e non vincolante, manifestando quindi un consenso libero e informato per le clausole in questione. Emerge dunque l'estrema importanza attribuita alla volontà del consumatore di avvalersi o meno della protezione accordata dalla direttiva 93/13. Con la decisione in commento viene poi esplicitato che l'operatività di un meccanismo di eterointegrazione normativa del contenuto contrattuale vale solo ove l'interesse del consumatore sia nel senso della sua conservazione, e non della sua caducazione. Infatti, la sostituzione della clausola abusiva con una disposizione suppletiva, se vale a limitare gli effetti pregiudizievoli per il consumatore di una declaratoria di nullità dell'intero contratto, potrebbe non essere in linea con l'esigenza di garantire un'effettiva tutela dello stesso [si veda CORDELLI, *L'interesse del consumatore tra nullità di protezione e integrazione del contratto*, in *Dir. proc.*, 2020, 171; cfr. anche FREDA, *Riflessioni sulle c.d. nullità di protezione e sul potere-dovere di rilevazione officiosa* in *Ricerche giuridiche*, 2013, 2, 583]. A tal riguardo, la Corte afferma che «tenuto conto del carattere determinante della volontà dei consumatori, [...] non sembra che sia soddisfatta la condizione secondo cui la dichiarazione di nullità del contratto nel suo complesso esporrebbe i consumatori

interessati a conseguenze particolarmente dannose»; dunque, se ne deduce che se il consumatore interessato ha accettato la nullità del contratto, ciò in sé e per sé garantisce il raggiungimento dell'obiettivo della migliore tutela possibile per il consumatore medesimo.

Il principio di conservazione del contratto soccombe dinanzi alla volontà consapevole della parte debole, alla quale sola viene rimessa la scelta sulla caducazione o meno del regolamento contrattuale. Risulta comunque centrale l'informativa che deve essere fornita dal giudice affinché tale decisione venga assunta in modo pienamente cosciente, a fronte degli eventuali effetti dannosi che potrebbero derivare.

5. Riflessioni conclusive

La Corte di Giustizia ha dunque ribadito la propria chiusura alla revisione del contratto da parte del giudice, il quale non può rimediare alla nullità del contratto né dichiarando la caducazione solo in parte della clausola abusiva né mediante la propria interpretazione. Il giudice, inoltre, soggiace alla piena centralità del legislatore nazionale per quel che attiene all'integrazione del contratto: questa è infatti possibile – se la clausola abusiva è essenziale – solo utilizzando il diritto suppletivo, che inoltre deve essere specifico e non generale (non potendosi far rinvio, ad esempio, agli usi o all'equità proprio per arginare eventuali spazi di discrezionalità). Infine, il giudice deve sottostare alla “determinante” volontà del consumatore, il quale valuta autonomamente la propria convenienza a far dichiarare la nullità dell'intero contratto contenente clausole abusive e può disporre della tutela che gli spetta sulla base del diritto unionale, anche rinunciandovi.

Sebbene la Corte di Giustizia non sia nuova al confronto con tali tematiche, il gran numero di variabili che caratterizza la c.d. post-vessatorietà comporta la necessità di affrontare scenari sempre diversi, nei quali si confrontano due attori molto esigenti: il giudice, valorizzato dalla giurisprudenza nazionale, e il consumatore, fulcro delle attenzioni della Curia [cfr. PAGLIANTINI e A. PALMIERI, *Il post-vessatorietà come una «Baustelle im Dunkeln»?*, in *Foro it.*, 2021, V, 4, 294; DELLA NEGRA, *Il diritto del consumatore e i consumatori nel quadro giuridico europeo. Alcuni spunti di riflessione sui recenti orientamenti della Corte di Giustizia*, in *Pers. e merc.*, 2014, 4, 309].

Vi sono numerose recenti sentenze della Corte di Giustizia dalle quali è emersa l'impressione che vi sia una rinnovata e sempre maggiore considerazione delle svariate “debolezze” del consumatore. Si pensi alle decisioni rese in tema di obblighi di trasparenza gravanti sul professionista [sul tema: IULIANI, *La trasparenza consumeristica nell'interpretazione della Corte di giustizia e della dottrina*, in *Foro it.*, 2020, I, 4, 45; PAGLIANTINI, *La trasparenza consumeristica tra “dottrina” della Corte ed equivoci interpretativi*, in *Eur. dir. priv.*, 2019, 3, 651] non limitati al mero carattere di chiarezza e comprensibilità sul piano formale e grammaticale delle clausole, ma estesi dalla Corte sino a contemplare, ad esempio, spiegazioni (anche prognostiche) sul contesto economico, oltre ad avvisi espliciti dell'esistenza di “rischi particolari” [cfr. tra le altre C. giust. 10 giugno 2021, C-609/19, in *www.curia.europa.eu*; C. giust. 18 novembre 2021, C-212/20, cit.; in termini Cass. 31 agosto 2021, n. 23655 in *Foro it.* 2022, I, 277; si veda 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].

Sul piano interno, alcuni autori si sono posti in senso critico verso questi interventi di tutela della Corte, definiti fin troppo “paternalistici” e iperprotettivi. Si è persino giunti a discorrere di «creazionismo interpretativo della Corte di giustizia sopravanzante la valutazione originaria del legislatore europeo» [così PAGLIANTINI, *L'effettività della tutela consumeristica in stile rococò: massimo e minimo di deterrenza rimediabile tra una Corte di giustizia epigona di Dedalo e delle sez. un. 19597/20 sotto scacco di un rinvio pregiudiziale*, in *Foro it.*, 2021, V, 10, 279]. In realtà, la forte centralità del consumatore sembra evincersi anche al livello legislativo dell'Unione, se ci si dedica alla lettura dai lavori in corso per la riforma della disciplina del credito ai

consumatori.

Il consumatore, in quanto soggetto debole, deve ricevere supporto dal professionista al fine di colmare quelle asimmetrie contrattuali che diversamente minerebbero il buon funzionamento del mercato. Ma anche il giudice deve fare la sua parte: seppur in un certo qual modo marginalizzato nella determinazione del regolamento contrattuale, la Corte di Giustizia sembra muoversi nella direzione di assegnargli una nuova, anche se diversa, centralità [come ha fatto notare GATTI, *Limiti europei all'integrazione (e all'interpretazione) del contratto contenente clausole vessatorie: marginalizzazione o mutata centralità del giudice?*, in *Pactum*, 2022, 2, 297]. E ciò non solo in quanto è il soggetto deputato a valutare se le clausole controverse siano abusive e se stabiliscano un elemento essenziale che caratterizza il contratto; non solo perché spetta a lui ricercare, se esiste, una norma idonea a prendere il posto della clausola abusiva; non solo, infine, perché potrebbe favorire una modifica pattizia del contratto, in modo da ovviare alla parte viziata.

Il giudice collabora con il consumatore nel renderlo consapevole delle possibili conseguenze pregiudizievoli del contratto, dovendosi anche lui, come il professionista, accertare che il consumatore abbia effettivamente compreso. Nel caso in cui il contratto non possa essere salvato, deve adottare tutte le misure necessarie per tutelare il consumatore dalle conseguenze particolarmente dannose che la caducazione potrebbe provocare e, se non riesce a rimettere le parti nella situazione in cui si sarebbero trovate se il contratto non fosse stato concluso, deve comunque “vigilare” che il consumatore versi nella situazione in cui si sarebbe trovato se la clausola abusiva non fosse mai esistita [in questi termini, C. giust. 31 marzo 2022, C-472/20, cit.]. Quando riveste la funzione di giudice dell'esecuzione, poi, deve valutare *ex officio* la sussistenza della qualità di consumatore del soggetto intimato e, poi, valutare la possibile vessatorietà delle clausole contrattuali, anche in presenza di un decreto ingiuntivo non opposto [sulla base di C. giust. 17 maggio 2022, C-693/19 e C-831/19, in *www.curia.europa.eu*]. Insomma, con un effetto fisarmonica, la Corte di Giustizia nel recente panorama decisorio da un lato ridimensiona il ruolo del giudice nazionale e dall'altro gli attribuisce sempre nuovi compiti e funzioni.

Bibliografia essenziale

ALBANESE, *Credito in valuta estera: sindacato di vessatorietà e incidenza del rischio di cambio*, in *Resp. civ. prev.*, 2020, 3, 761

BARCELONA M., *I nuovi controlli sul contenuto del contratto e le forme della sua eterointegrazione: Stato e mercato nell'orizzonte europeo*, in *Eur. dir. priv.*, 2008, 1, 34

CORDELLI, *L'interesse del consumatore tra nullità di protezione e integrazione del contratto in Dir. proc.*, 2020, 171

D'ADDA, *Giurisprudenza comunitaria e “massimo effetto utile per il consumatore”: nullità (parziale) necessaria della clausola abusiva e integrazione del contratto*, in *Contratti*, 2013, 1, 16

D'AMICO, *Giustizia contrattuale e contratti asimmetrici* in *Eur. dir. priv.*, 2019, 1, 1

D'AMICO, *L'integrazione (cogente) del contratto mediante il diritto dispositivo*, in D'AMICO e PAGLIANTINI (a cura di), *Nullità per abuso ed integrazione del contratto*, Giappichelli, 2015, 213 ss.

D'ONOFRIO, *Nullità delle clausole abusive, interpretazione e (limitato) ruolo del giudice in sede di integrazione contrattuale nella giurisprudenza della Corte di Lussemburgo*, in *Jus civile*, 2022, 4, 941

DE HIPPLYTIS e A. PALMERI, *L'elaborazione della Corte di giustizia in materia di clausole abusive: i poteri del giudice e il ruolo delle parti*, in *Foro it.*, 2014, 1, 42

DELLA NEGRA, *Il diritto del consumatore e i consumatori nel quadro giuridico europeo. Alcuni spunti di riflessione sui recenti orientamenti della Corte di Giustizia*, in *Pers. e merc.*, 2014, 4, 309

- FREDA, *Riflessioni sulle c.d. nullità di protezione e sul potere-dovere di rilevazione officiosa in Ricerche giuridiche*, 2013, 2, 583
- GATTI, *Limiti europei all'integrazione (e all'interpretazione) del contratto contenente clausole vessatorie: marginalizzazione o mutata centralità del giudice?*, in *Pactum*, 2022, 2, 297
- GRANELLI, *Autonomia privata e intervento del giudice*, in *Jus civile*, 2018, 3, 8
- IULIANI, *La trasparenza consumeristica nell'interpretazione della Corte di giustizia e della dottrina*, in *Foro it.*, 2020, I, 4, 45
- IULIANI, *Note in tema di prescrizione*, in *Pers. e merc.*, 2021, 4, 730
- 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
- NANNA, *Eterointegrazione del contratto e potere correttivo del giudice*, Cedam, 2010.
- NAVARRETTA, *Il contratto "democratico" e la giustizia contrattuale*, in MAZZAMUTO e NIVARRA (a cura di), *Giurisprudenza per principi e autonomia privata*, Giappichelli, 2016, 51
- PAGLIANTINI, *La trasparenza consumeristica tra "dottrina" della Corte ed equivoci interpretativi*, in *Eur. dir. priv.*, 2019, 3, 651
- PAGLIANTINI, *L'effettività della tutela consumeristica in stile rococò: massimo e minimo di deterrenza rimediale tra una Corte di giustizia epigona di Dedalo e delle sez. un. 19597/20 sotto scacco di un rinvio pregiudiziale*, in *Foro it.*, 2021, V, 10, 279
- PAGLIANTINI, *Principio di effettività e clausole generali: il canone "armonizzante" della Corte di Giustizia* in MAZZAMUTO e NIVARRA (a cura di), *Giurisprudenza per principi e autonomia privata*, Giappichelli, 2016, 81
- PAGLIANTINI, *L'equilibrio soggettivo dello scambio (e l'integrazione) tra Corte di Giustizia, Corte costituzionale ed ABF: "il mondo di ieri" o un trompe l'oeil concettuale?*, in *Contratti*, 2014, 10, 853
- PAGLIANTINI e PALMIERI A., *Il post-vessatorietà come una «Baustelle im Dunkeln»?*, in *Foro it.*, 2021, V, 4, 294
- SATTA, *Sulle tormentate clausole del mutuo indicizzato al franco svizzero*, in *Dir. e giust.*, 2021, 167, 7
- SCOGNAMIGLIO C., *Interpretazione del contratto e interessi dei contraenti*, Cedam, 1992

**BANCHE, INTERMEDIARI
FINANZIARI E ASSICURAZIONI**

Cessione del credito a scopo di garanzia e surrogazione del fideiussore nella titolarità del credito *

di FRANCESCA FERRETTI
Dottoranda di ricerca
Università degli Studi di Camerino

(CORTE DI CASSAZIONE, sezione prima civile, sent. 25 maggio 2022, n. 16837; Pres. De Chiara – Est. Iofrida)

Abstract

Il presente contributo esamina gli argomenti posti a fondamento del rigetto del ricorso contenuti nella sentenza in commento. In particolare, saranno prima approfondite le differenze tra contratto di sconto e cessione del credito a scopo di garanzia, e, successivamente, l'istituto dell'estinzione della fideiussione per fatto del creditore ex art. 1955 c.c.

This paper examines the arguments used to reject the appeal and contained in the judgment in question. In particular, the differences between the discount contract and the assignment of the credit for the purpose of guarantee will first be investigated, and, subsequently, the institution of the extinction of the surety for fact of the creditor pursuant to art. 1955 c.c.

Sommario: 1. Il caso; 2. Rapporti bancari in conto corrente ed onere della prova; 3. Il contratto di sconto. 4. (*Segue*). La causa variabile della cessione del credito. 5. Estinzione della fideiussione per perdita del diritto di surroga.

1. Il caso

La controversia decisa dalla Suprema Corte trae origine da un giudizio di opposizione ex art. 645 c.p.c. promosso dai quattro fideiussori (A.S., C.S., C.S., e G.R) della debitrice principale, la Società Alfa, nei confronti della Banca creditrice (e della sua cessionaria del credito), avverso il decreto ingiuntivo con cui era stato loro richiesto il pagamento di un elevato importo di denaro, superiore al milione di euro, a titolo di saldo debitore del conto corrente ordinario intestato alla società Alfa.

La Corte d'Appello di Roma confermava la decisione del Tribunale di primo grado di rigetto dell'opposizione, rilevando come, pur al netto delle voci degli interessi non dovuti per nullità delle relative clausole, l'importo ingiunto era comunque inferiore al debito di cui la società correntista era gravata nei confronti dell'istituto di credito. La consulenza tecnica d'ufficio, espletata in primo grado, era infatti riuscita a ricostruire la movimentazione del conto corrente acceso dalla società debitrice sulla base del solo riassunto scalare fornito dalla banca e mai contestato dagli opposenti, da cui emergeva un saldo complessivo a debito del cliente.

Il giudice di merito rilevava inoltre che la società correntista era anche titolare di due affidamenti collegati al conto corrente, utilizzabili, rispettivamente, l'uno per anticipi a fronte di un contratto di appalto stipulato con la società committente Beta, e l'altro per un finanziamento, garantito dalla cessione *pro solvendo* di crediti risultanti da fatture a

* Il presente contributo è stato sottoposto a valutazione in forma anonima ed è stato pubblicato in anteprima su rivistapactum.it il 19.12.2022.

carico di Beta. La Corte rigettava l'eccezione, sollevata dai fideiussori, di inesigibilità dei crediti della banca derivanti dall'utilizzo dei predetti affidamenti, non avendo essi mai contestato l'effettività delle anticipazioni erogate dalla banca, né avendo provato gli eventuali pagamenti già effettuati dalla società ceduta.

Infine, era parimenti respinta l'eccezione di liberazione dalla fideiussione ex art. 1955 c.c. per mancanza della prova del pregiudizio giuridico subito dai garanti, nonché per l'inapplicabilità della norma citata ad un rapporto diverso da quello intercorrente tra il creditore (la banca) e il debitore principale (la società Alfa).

A fronte della soccombenza nel merito, i fideiussori ricorrevano in Cassazione, formulando tre motivi.

Con il primo motivo del ricorso, essi lamentavano la violazione, ex art. 360, nn. 3 e 5, c.p.c., degli artt. 115 c.p.c. e 2697 c.c., dal momento che la Corte d'appello aveva ritenuto provato il credito della banca, sebbene questa avesse prodotto in giudizio i soli riassunti scalari e non anche gli estratti conto. Con il secondo motivo, sempre ex art. 360, nn. 3 e 5, c.p.c., essi si dolevano di un'ulteriore violazione degli artt. 115 c.p.c. e 2697 c.c. per il rigetto dell'eccezione sull'inesigibilità del credito della banca, la quale non aveva fornito la prova dell'inadempimento della società francese, debitrice ceduta. Con il terzo ed ultimo motivo, i ricorrenti lamentavano infine la violazione ex art. 360, n. 3, c.p.c. degli artt. 1949 e 1955 c.c., non avendo il giudice di appello rilevato l'estinzione della fideiussione nonostante l'avvenuta perdita del loro diritto di surroga di cui all'art. 1949 c.c. a causa dell'omessa comunicazione della mancata riscossione dei crediti della debitrice ceduta.

La Corte di Cassazione, esaminando distintamente ciascuno dei motivi di ricorso proposti, respinge il ricorso, sulla base delle considerazioni che seguono.

2. Rapporti bancari in conto corrente ed onere della prova

Nella decisione in commento, la Cassazione ha colto l'occasione per ribadire, in generale, l'orientamento secondo cui, nei rapporti bancari di conto corrente, una volta esclusa la validità di alcune clausole a carico del correntista relative ad interessi ultralegali o anatocistici, la rideterminazione del saldo del conto deve avvenire attraverso la produzione in giudizio dei relativi estratti a partire dalla data della sua apertura. La completezza degli estratti-conto garantisce la completa e dettagliata ricostruzione del rapporto di dare/avere tra correntista e banca; non si tratta di una prova legale esclusiva, atteso che possono concorrere all'individuazione del saldo finale anche altre evidenze probatorie, non solo documentali, nonché argomenti di prova desumibili dal comportamento o dalle affermazioni del correntista.

Va precisato che, secondo una prima pronuncia di legittimità [Cass., 16 gennaio 2011, n. 1842, in *Mass. Giust. civ.*, 2011, 120] l'assenza degli estratti nella fase iniziale del contratto di conto corrente sarebbe preclusiva di un'indagine sull'andamento del rapporto nel periodo intercorrente tra la data di apertura del conto e quella della disponibilità del primo estratto. In relazione al punto di partenza contabile dell'analisi per il periodo successivo, la Cassazione ha poi specificato che esso sarebbe costituito dal riferimento più sfavorevole per il creditore, coincidente con l'ipotesi di un saldo di partenza uguale a zero, non risultando alcuna esposizione debitoria a carico del cliente alla data del primo estratto conto disponibile.

Le pronunce successive hanno invece escluso che la mancata dimostrazione documentale dell'andamento del rapporto negoziale per un certo intervallo di tempo fosse idonea a determinare automaticamente l'esistenza di un saldo zero al momento della prima disponibilità degli estratti conto, non potendosi limitare la ricostruzione del rapporto al solo periodo successivo. La rideterminazione del saldo del conto deve invece avvenire a partire dalla data di apertura dello stesso, *in primis* attraverso l'esame dei relativi estratti.

Se tuttavia si riscontra la mancanza di una parte degli estratti conto ed il primo di quelli disponibili riporta un saldo a debito del cliente, la soluzione fornita in giurisprudenza varia a seconda della posizione assunta in giudizio dal correntista, che

può essere sia attore sia convenuto in giudizio [per il primo caso, v. Cass., 21 dicembre 2020, n. 29190, in *Mass. Giust. civ.*, 2021; per il secondo, Cass., 29 ottobre 2020, n. 23852, in *Mass. Giust. civ.*, 2020].

La vicenda in commento è ricondotta alla seconda ipotesi, essendo i fideiussori oppositori a decreto ingiuntivo ottenuto dalla banca, quindi rivestendo la posizione sostanziale di convenuti. [V., *ex multis*, Cass., 16 maggio 2019, n. 13240, in *DeJure*; Cass., 3 febbraio 2006, n. 2421, in *Mass. Giust. civ.*, 2006, 2; Cass., 4 dicembre 1997, n. 12311, in *Mass. Giust. civ.*, 1997: «L'opposizione a decreto ingiuntivo dà luogo ad un ordinario giudizio di cognizione, nel quale il giudice deve accertare la fondatezza della pretesa fatta valere dall'opposto, che assume la posizione sostanziale di attore, mentre l'opponente, il quale assume la posizione sostanziale di convenuto, ha l'onere di contestare il diritto azionato con il ricorso, facendo valere l'inefficacia dei fatti posti a fondamento della domanda o l'esistenza di fatti estintivi o modificativi di tale diritto»].

Quindi, laddove sia la banca ad agire in giudizio, è consentito valorizzare tutte le prove atte a fornire indicazioni certe e complete che diano giustificazione del saldo maturato all'inizio del periodo per cui risultano prodotti gli estratti conto; è possibile considerare, in via residuale, anche ulteriori elementi idonei ad escludere che il correntista, nel periodo di mancanza degli estratti conto, abbia maturato un credito, invece di un debito, nei confronti della banca. A titolo esemplificativo, i movimenti effettuati nei periodi non coperti dagli estratti mancanti possono essere desunti da una consulenza contabile, ovvero dalla posizione assunta dai correntisti, i quali potrebbero aver ammesso, in via giudiziale o stragiudiziale, di essere stati soggetti ad una pregressa esposizione debitoria.

In mancanza anche di tali elementi sussidiari, la domanda della banca attrice andrà invece respinta per mancato assolvimento dell'onere della prova: solo in tal caso potrà pervenirsi alla negazione del credito, che costituisce l'*extrema ratio* [Cass., 15 marzo 2016, n. 5091, in *Resp. civ. e prev.*, 2016, 4, 1250, con nota di GRECO, *Rapporti bancari ed onere della prova: il punto della Corte di Cassazione*; Cass., 1° giugno 2018, n. 14074, in *Dir. giust.*, 2018, 11, con nota di BENCINI, *Ammissibile la CTU anche se gli estratti di conto corrente sono incompleti*; Cass., 3 dicembre 2018, n. 31187, in *Mass. Giust. civ.*, 2019; Cass., 4 aprile 2019, n. 9526 in *ilprocessocivile.it*, con nota di TRAPUZZANO, *Ricostruzione rapporti di conto corrente: la mancanza di estratti non implica necessariamente l'accertamento negativo del credito*; Cass., 2 maggio 2019, n. 11543, in *Foro it.*, 2019, I, 10, 3224, con nota di LAGHEZZA, *La prova (parziale) degli estratti conto, nelle controversie fra banche e clienti*].

Nello specifico, la Suprema Corte ha rilevato che la sentenza di primo grado, confermata in appello, ha correttamente dato ingresso ai principi generali sopra richiamati. In primo luogo, l'allegazione dei riassunti scalari da parte della banca ha consentito l'espletamento della consulenza tecnica, allo scopo di elaborare i dati contabili in essi contenuti. Inoltre, i ricorrenti non hanno contestato le conclusioni del consulente tecnico, che pertanto sono state opportunamente poste dal giudice a fondamento della decisione *ex art. 115 c.p.c.*, quali «fatti non specificamente contestati dalla parte costituita».

La soluzione prospettata ha fatto corretta applicazione delle regole in tema di prove di cui agli artt. 2697 c.c. e 115 e 116 c.p.c., e, di contro, non si è basata sui «criteri presuntivi od approssimativi» che la giurisprudenza di legittimità ritiene costantemente inutilizzabili per la ricostruzione delle movimentazioni del conto [cfr.: Cass., 20 settembre 2013, n. 21597, in *Mass. Giust. civ.*, 2013; Cass., 13 ottobre 2016, n. 20693 in *Mass. Giust. civ.*, 2017; Cass., 16 aprile 2018, n. 9365, in *Mass. Giust. civ.*, 2018].

3. Il contratto di sconto

Con riguardo al secondo motivo del ricorso, i ricorrenti lamentavano il rigetto dell'eccezione di inesigibilità del credito, basata sulla mancata prova da parte della banca dell'inadempimento della società Beta, debitrice ceduta. Secondo i ricorrenti, l'onere di provare l'inadempimento sarebbe dovuto gravare sull'istituto di credito, in quanto fatto

costitutivo della pretesa di restituzione delle somme anticipate al cliente e garantite dalla cessione del credito; la Corte di merito, avendo, al contrario, richiesto ai fideiussori la dimostrazione del pagamento effettuato dalla società ceduta, avrebbe operato un'errata inversione dell'onere probatorio.

La Cassazione è chiamata a pronunciarsi sul corretto riparto dell'onere della prova nel rapporto tra banca e cliente, rispondendo al seguente interrogativo: è il cedente (la società Alfa e, per l'effetto, i fideiussori) a dover provare l'adempimento del debitore ceduto, ovvero è il cessionario (la banca) tenuta a dimostrare l'inadempimento del medesimo soggetto, allo scopo di agire in giudizio contro il debitore principale?

La pronuncia in esame ha confermato, anche sotto questo profilo, la decisione della Corte di merito, sciogliendo l'alternativa di cui sopra nel primo senso. Il giudice di legittimità ha evidenziato il vizio ricostruttivo in cui è incorsa la parte ricorrente, nel qualificare erroneamente il rapporto negoziale come un contratto di sconto, e non invece come una cessione di credito a scopo di garanzia. Ciò è chiaramente indicato nella motivazione della sentenza in commento: «Ma, nella specie, vi è stato, per quanto emerge dalla decisione impugnata e dallo stesso ricorso, non un contratto di sconto ma una cessione di crediti diversi a scopo di garanzia: la banca, a garanzia di un'apertura di credito concessa alla debitrice [Alfa], ha ottenuto la cessione di un credito vantato da quest'ultima nei confronti di una società francese».

Si ritiene opportuno procedere ad un'analisi sintetica della struttura del contratto di sconto, al fine di evidenziarne le differenze con la cessione del credito in garanzia.

Il contratto di sconto si perfeziona con la cessione *pro solvendo* alla banca scontante di un credito verso un terzo, dietro versamento di una somma corrispondente all'importo del credito stesso, ridotta del previsto tasso, di cui beneficia il cliente scontatario, che, nella vicenda qui esaminata, è rappresentato dalla società Alfa e dai garanti ricorrenti, che ne condividono la posizione processuale.

Il cliente diviene debitore della banca dal momento e per effetto della percezione dell'importo per il titolo ceduto, detratto il tasso di sconto, mentre l'adempimento del terzo ceduto nei confronti del cessionario/scontante rappresenta un fatto estintivo del debito principale. È opinione giurisprudenziale risalente quella per cui l'obbligazione restitutoria del cliente discende direttamente dal contratto e non dal successivo inadempimento del terzo [v. Cass., 18 ottobre 1971, n. 2938, in *Mass. Foro it.*, 1971, 854]; tuttavia, l'attualità dell'obbligazione e l'esigibilità del credito della banca scontante verso il cliente postulano necessariamente l'inadempienza del terzo. Ciò vale tanto per lo sconto di cambiali od assegni, rispetto al quale l'art. 1859 c.c. espressamente identifica nel mancato pagamento del debitore cartolare il fatto generatore della facoltà di avvalersi del contratto di sconto per il recupero della somma anticipata, quanto per lo sconto ordinario, posto che, trattandosi, ai sensi dell'art. 1858 c.c., di anticipazione dietro cessione del credito «salvo buon fine», il «cattivo fine» della cessione medesima, integrato dall'inadempimento del debitore ceduto, opera quale condizione risolutiva dell'erogazione [per costante giurisprudenza, «nel contratto di sconto la banca, che chieda il rimborso della somma anticipata, deve dedurre e dimostrare l'inadempienza del terzo»: Cass., 10 agosto 1990, n. 8128, in *Giur. it.* 1992, 1, 358; Cass., 18 aprile 1975, n. 1465, in *Banca borsa tit. cred.*, 1975, 4, 405; Cass., 24 luglio 1964, n. 2018, in *Giust. civ.*, 1965, 2, 117, con nota di GIANNATTASIO, *Ancora dello sconto cambiario e del diniego dell'azione di arricchimento contro il traente*].

Spetta dunque alla banca scontante, che chieda la restituzione degli importi erogati, fornire la prova dell'inadempienza del terzo, elemento costitutivo qualificabile alternativamente come condizione sospensiva del diritto al rimborso della somma erogata, ovvero come condizione risolutiva dell'avvenuta anticipazione; la sostanza del fenomeno risulta comunque immutata, essendo ricondotta, in entrambi i casi, ad un meccanismo condizionale. La precisazione si ritiene nondimeno necessaria poiché, sebbene la pronuncia in esame abbia fatto propria la seconda tesi, in giurisprudenza sono rinvenibili entrambe le ricostruzioni.

Alcune sentenze precedenti concordano con la tesi esposta nella pronuncia in commento: il mancato pagamento del debitore ceduto è qualificato come condizione risolutiva dell'anticipazione effettuata a favore dello scontatario, e cioè come ipotesi di

risoluzione dello stesso trasferimento del credito, con conseguente (automatica) retrocessione di questo allo scontatario, e reviviscenza dell'obbligo di soddisfare la banca scontante dell'importo erogatogli [cfr. Cass., 15 novembre 1976, n. 4223, in *Banca borsa tit. cred.*, 1977, 2, 141; Cass., 18 aprile 1975, n. 1465, cit.; Cass., 24 luglio 1964, n. 2018, cit.; in dottrina, LORDI, *La clausola «salvo incasso» nel conto corrente e nell'apertura di credito in conto corrente*, in *Riv. dir. comm.*, 1931, 2, 624, ha messo in luce che la clausola salvo incasso e quella salvo buon fine erano condizioni risolutive *ex lege*; similmente, TEMPESTA, voce *Conto corrente (Contratto di)*, in *Nuovo dig. it.*, III, Giappichelli, 1938, 1109-1110.].

Secondo altre pronunce invece, l'obbligo di restituzione del cliente scontatario, che pur non si estingue a seguito della semplice cessione, è da ritenersi sospensivamente condizionato al mancato pagamento da parte del terzo, che funge da evento futuro ed incerto idoneo a rendere esigibile la pretesa vantata dalla banca scontante verso lo scontatario [cfr. Cass., 11 agosto 2000, n. 10689, in *Banca borsa tit. cred.*, 2002, 1, 30, con nota di ROMAGNO, *Lo sconto bancario come contratto di liquidità*; Cass., 15 maggio 1990, n. 4163, in *Giust. civ.*, 1990, 1, 2571; Cass., 18 luglio 1986, n. 4630, in *Giust. civ.*, 1987, 1, 598, con nota di LIPARI, *Promessa di pagamento titolata, obbligazioni condizionate e sconto bancario*. In dottrina, cfr. AMBROSINI, voce *Sconto bancario*, in *Dig. disc. priv., Sez. comm.*, XIII, Giappichelli, 1996, 279, per cui l'obbligo restitutorio del cedente risulta sospensivamente condizionato al mancato pagamento del terzo nei confronti dello scontatore; DEMURO, *Lo sconto bancario*, in URBANI (a cura di), *L'attività delle banche*, Cedam, 2010, 160].

A prescindere da tale distinzione, nel contratto di sconto il credito della banca scontante nei confronti del cliente scontatario è comunque esigibile solo a seguito dell'insolvenza del debitore ceduto, cosicché grava sulla banca, che agisca in giudizio contro il cliente, provare l'inadempimento del ceduto, quale fatto costitutivo del suo credito. Una richiesta di pagamento avanzata al cliente in un momento anteriore sarebbe dunque illegittima e non obbligherebbe lo scontatario ad alcuna restituzione.

Tale assunto è confermato dalla considerazione – coerente con la ricostruzione dello sconto in termini di prestito funzionalmente collegato ad una *cessio pro solvendo* – secondo cui la cessione del credito attraverso la quale si attua lo sconto svolge una funzione essenzialmente solutoria del debito di restituzione che l'anticipazione fa contestualmente sorgere in capo al cliente, e non di mera garanzia di esso. La cessione rappresenta il mezzo prioritario, ancorché sostitutivo, impiegato dalla banca per rientrare del finanziamento erogato al cliente. Solo se manca il pagamento da parte del terzo non si attua la funzione solutoria attribuita alla cessione e lo scontatario non risulta liberato dal debito verso lo scontante per il prestito ottenuto [Cass., 17 ottobre 1989, n. 4169, in *Giust. civ.*, 1990, 6, 1575, afferma che lo sconto si caratterizza per la combinazione strutturale di elementi del contratto di mutuo e della cessione del credito *pro solvendo*. Così anche Cass., 15 maggio 1990, n. 4163, cit. In dottrina, per approfondimenti, v. MOLLE, *I contratti bancari*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da Cicu e Messineo e continuato da Mengoni, Giuffrè, 2014, 397, 399-400, il quale ricostruisce lo sconto come un mutuo funzionalmente collegato *ex lege* ad una cessione di credito *pro solvendo*, che nell'economia contrattuale svolge un ruolo sostitutivo dell'adempimento. Di recente, l'autosufficienza negoziale dello sconto bancario è stata ben sostenuta da MANDRIOLI, *La cessione dei crediti salvo buon fine nello sconto bancario: prime riflessioni*, Mucchi Editore, 2021, 22-24.].

Anche secondo quanti attribuiscono alla cessione del credito nello sconto una funzione, seppur indiretta, di garanzia, la possibilità di rivolgersi direttamente allo scontatario per il pagamento sarebbe comunque preclusa allo scontante; ciò, in base al rilievo secondo cui, essendo la cessione del credito un negozio traslativo, ancorché attuata al fine di garanzia, obbligato al pagamento è innanzitutto il debitore ceduto, il quale «è e rimane debitore [...] e non si trasforma in un garante» vero e proprio, operando «la funzione di garanzia della cessione del credito [...] unicamente nei rapporti tra banca e cliente» [in questi termini, ANGELICI e G.B. FERRI (a cura di), *Manuale di diritto commerciale*, Giappichelli, 2016, 936 ss.; in una prospettiva analoga, ANGELONI, *Lo sconto*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1964, 1, 351, secondo cui la cessione del credito

scontato che lo scontatario fa allo scontante rappresenta «una garanzia per la restituzione, e un mezzo al tempo stesso per conseguirla direttamente con l'esazione del credito alla scadenza». In senso contrario, si veda CAPOBIANCO, *Lo sconto bancario*, in ID. (a cura di), *I contratti bancari*, Giappichelli, 2016, 1488, che dove si esprime in termini di «cessione del credito a titolo di proprietà piuttosto che di garanzia»].

4. (Segue). La causa variabile della cessione del credito

Il carattere fondamentale della cessione del credito a scopo di garanzia è rappresentato dalla possibilità per il creditore cessionario di rivolgersi indifferente al cedente o al ceduto, poiché questa vicenda negoziale non comporta, a differenza del contratto di sconto, l'inesigibilità dell'obbligazione originaria. Al contrario, vi è coesistenza del rapporto obbligatorio garantito, avente ad oggetto la restituzione della somma mutuata, con il rapporto di garanzia, fondato su un titolo distinto tra debitore ceduto e cessionario. Il credito viene trasferito immediatamente dal cedente al cessionario, ma è destinato a rimanere nella sfera giuridica di quest'ultimo solo fino al momento in cui l'obbligazione originaria si estingue grazie all'adempimento o in altro modo, per il principio di accessorietà proprio di tutti i rapporti di garanzia, secondo cui «l'obbligazione di garanzia sussiste in quanto esiste l'obbligazione principale»; ragione per cui, al verificarsi dell'estinzione totale o parziale del credito garantito, il credito ceduto in garanzia si ritrasferisce al cedente automaticamente, con un meccanismo analogo alla condizione risolutiva.

La cessione del credito a scopo di garanzia è stata ricondotta anche allo schema del negozio fiduciario: in tale ottica, il cessionario acquista un diritto intrinsecamente limitato in ragione dell'obbligo, contestuale al trasferimento, di retrocederlo al cedente laddove questi abbia eseguito la prestazione dovuta, ovvero, in caso di inadempimento, di rimborsargli solo la differenza tra il valore del credito ceduto ed il credito garantito. [Sullo schema del negozio fiduciario, si veda la linea ricostruttiva proposta da STEFINI, *La cessione del credito con causa di garanzia*, Cedam, 2008, 93-104, ora in ID., *La cessione del credito*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da Cicu e Messineo e continuato da Mengoni, Giuffrè, 2020, 329-473]. Nei rapporti esterni, in particolare con il debitore ceduto, il cessionario diventa immediatamente titolare del credito, mentre nei rapporti interni vale l'accordo fiduciario in forza del quale il cessionario dovrà agire per l'adempimento prima nei confronti del cedente e, solo in caso di infruttuosa richiesta, nei confronti del ceduto, facendo valere la garanzia fornita (c.d. *pactum de non petendo*) [in dottrina, L. CARIOTA-FERRARA, *I negozi fiduciari*, Cedam, 1933, 171; GENGHINI e APICELLA, *Le obbligazioni*, in *Manuali notarili* a cura di Genghini, VI, Cedam, 2015, 380; in giurisprudenza: Cass., 16 aprile 1999 n. 3797, in *Mass. Giust. civ.*, 1999, 868].

Secondo una diversa opinione, alla quale aderisce anche la pronuncia in esame, la causa di garanzia della cessione del credito non si esplica sul piano meramente obbligatorio, ma si realizza indipendentemente dall'attività delle parti, quale negozio sottoposto alla condizione risolutiva dell'adempimento dell'obbligazione garantita; in tale ipotesi, non è richiesto al cessionario il compimento di alcuna apposita attività negoziale, stante l'automaticità del ritrasferimento del credito dal questo al cedente [in dottrina: P. PERLINGIERI, *Della cessione dei crediti*, in *Commentario del codice civile* a cura di Scialoja e Branca, Zanichelli, 1982, *passim*; in giurisprudenza, Cass. 2 aprile 2001, n. 4796, in *Foro it.*, 2002, I, 1758; App. Milano, 31 ottobre 1989, in *Banca borsa tit. cred.*, 1991, II, 42].

La Cassazione implicitamente ha sottolineato la differenza tra la cessione del credito in garanzia e quella di natura solutoria ex art. 1198 c.c. attraverso il richiamo ad una sua precedente decisione, nella quale si legge che «la decisione impugnata poggia su un equivoco, consistente nel non aver adeguatamente valutato le differenze, in termini di effetti, tra la cessione di credito di natura solutoria e la cessione di credito con funzione di garanzia atipica» [cfr. Cass., 28 maggio 2020, n. 10092, in *Dir. giust.*, 2020, 2, con nota di PAGANINI, *Cessione di credito a garanzia: per agire contro il cedente non è*

necessaria la preventiva escussione del debitore ceduto, e in *Giustiziacivile.com*, 2021, 1-9, con nota di ANGLANI, *La legittimazione ad agire nella cessione del credito a scopo di garanzia*. Sui rapporti tra cessione in funzione di garanzia e solutoria: Cass., 3 luglio 2009, n. 15677, in *Mass. Giust. civ.*, 2009, 1033: «In caso di cessione del credito in luogo dell'adempimento (art. 1198 c.c.), grava sul cessionario, che agisca nei confronti del cedente, dare la prova dell'esigibilità del credito e dell'insolvenza del debitore ceduto (nella specie, successivamente ammesso ad amministrazione controllata e poi a concordato preventivo), cioè che vi è stata infruttuosa escussione di quest'ultimo»; Cass. 15 febbraio 2007, n. 3469, in *Mass. Giust. civ.*, 2007, 6; Cass., 29 marzo 2005, n. 6568, in *Riv. not.* 2006, 2, 526, con nota di FAZZINI, *Cessione del credito. In particolare, la cessione a scopo di adempimento*; Cass., 2 aprile 2001, n. 4796, cit.].

La cessione solutoria determina il trasferimento del credito dal cedente al cessionario, ma, salvo diverso accordo tra le parti, essa non comporta l'immediata liberazione del debitore originario, che consegue solo alla realizzazione del credito ceduto, bensì soltanto l'affiancamento del credito ceduto a quello originario, allo scopo di consentire al creditore di soddisfarsi anche mediante la realizzazione del primo. Questo tipo di cessione di credito viene definita *pro solvendo*, per distinguerla dal diverso modello di cessione *pro soluto*, in cui il cedente si libera da ogni responsabilità in merito all'adempimento da parte del debitore, estinguendo l'obbligazione con la sola stipula del negozio di cessione. Di qui la funzione solutoria assolta già dal trasferimento, «contemporaneo e funzionalmente coesenziale con l'estinzione dell'obbligazione originaria» [P. PERLINGIERI, *Cessione dei crediti*, cit., 5]

Sebbene entrambe le figure di cessione solutoria siano finalizzate a perseguire la vicenda estintiva dell'obbligazione originaria, nell'ipotesi di cessione *pro soluto*, l'equivalente della prestazione dovuta si traduce nella titolarità del diritto ceduto, mentre nel caso della cessione *pro solvendo*, è necessario attendere la soddisfazione del credito. In questa seconda ipotesi, il trasferimento del diritto non realizza l'immediato effetto estintivo prodotto dalla cessione *pro soluto*, ma si limita a generare l'effetto prodromico dell'adempimento, mediante il debitore ceduto, dell'obbligazione originaria. [P. PERLINGIERI, *Cessione dei crediti*, cit., 6 parla di «effetto preparatorio dell'adempimento indiretto dell'obbligazione originaria»]

Attraverso il trasferimento del credito in funzione solutoria *pro solvendo*, viene a crearsi una situazione di coesistenza del credito verso il cedente con quello verso il ceduto, tale per cui il primo non è esigibile fino a quando permane la fruttuosa possibilità di escutere il secondo. Dunque, finché non è esigibile il credito ceduto *pro solvendo*, non lo è nemmeno il credito originario; invece, quando il primo diviene esigibile, non per ciò stesso lo diviene anche il secondo, atteso il necessario assolvimento dell'onere della preventiva escussione del debitore ceduto ad opera del cessionario.

Il credito originario entra in fase di quiescenza, e rimane inesigibile per tutto il tempo in cui persiste l'azionabilità del credito ceduto: solo quando il debitore ceduto risulterà insolvente, il creditore potrà rivolgersi al debitore originario. Dunque, è onere del cessionario che agisce nei confronti del cedente provare l'esigibilità del credito principale, scaturente dall'insolvenza del debitore ceduto, inutilmente escusso.

La cessione di credito è negozio traslativo a causa variabile e, per tale ragione, può essere stipulata sia a scopo solutorio che di garanzia, senza che tale scelta influisca sull'effetto traslativo, che si verifica in entrambi i casi. Il preciso inquadramento in una delle due categorie necessita di un'analisi degli scopi perseguiti concretamente dalle parti, poiché non vi sono forme particolari che consentano di distinguere nettamente tra cessione solutoria e cessione con il fine di garanzia [allo scopo di individuare le due figure, sollecita l'indagine sulla causa e sulle intenzioni delle parti PAVONE LA ROSA, *Apertura del credito, cessione pro solvendo e pegno di crediti, girata in garanzia di cambiale tratta con clausola di cessione della provvista*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1959, 2, 537-538].

Nella cessione *pro solvendo*, il trasferimento del credito in capo al cessionario tiene luogo dell'adempimento del cedente, sicché l'effetto satisfattorio si realizza sull'oggetto della diversa prestazione; il profilo della garanzia resta sullo sfondo, essendo destinato ad emergere solo nell'ipotesi di inadempimento del debitore ceduto, atteso che

«l'obbligazione si estingue con la riscossione del credito» (art. 1198 c.c.).

Diversamente, nella cessione effettuata a scopo di garanzia, l'acquisto della titolarità del credito da parte del cessionario è destinato solo in via sussidiaria ed eventuale a realizzare l'obbligazione principale; proprio la natura accessoria della garanzia pone la riscossione del credito ceduto su un piano «subordinato» – o comunque differente dal caso della cessione solutoria – rispetto alla riscossione del credito originario garantito.

Il rafforzamento delle ragioni creditorie assume, nelle due ipotesi, un significato distinto: nella cessione *pro solvendo*, è sospesa l'esigibilità del credito originario in attesa della riscossione del credito ceduto, che estingue l'obbligazione del cedente; nella cessione a scopo di garanzia, è sospesa l'esigibilità del credito ceduto in attesa sia della scadenza del credito garantito che della sua mancata realizzazione per inadempimento.

La Cassazione ha ribadito anche in questa sede che «in ipotesi di cessione del credito effettuata non in funzione solutoria, ex art. 1198 c.c., ma esclusivamente a scopo di garanzia di una diversa obbligazione dello stesso cedente, il cessionario è legittimato ad agire sia nei confronti del debitore ceduto che nei confronti dell'originario debitore cedente, senza essere gravato, in quest'ultimo caso, dall'onere di provare l'infruttuosa escussione del debitore ceduto» [Cass., 25 maggio 2022, n. 16837, cit.]. L'azionabilità immediata del credito da parte della banca cessionaria nei confronti del cedente distingue la cessione in garanzia sia dalla generale figura della cessione solutoria ex art. 1198 c.c., sia dalla specifica fattispecie negoziale del contratto di sconto di cui agli artt. 1858 e 1859 c.c.

Inquadrata correttamente la vicenda in esame nei termini di una cessione del credito a scopo di garanzia, il giudice di legittimità ha confermato che la banca non era gravata dall'onere di dimostrare l'infruttuosa escussione del debitore ceduto (la società Beta), potendo agire direttamente nei confronti del debitore principale (la società Alfa) e, di riflesso, sui fideiussori.

5. Estinzione della fideiussione per perdita del diritto di surroga

La Cassazione ha rigettato anche il terzo e ultimo motivo del ricorso, con cui i ricorrenti chiedevano l'estinzione della fideiussione, «non essendo possibile il ritrasferimento a favore dei fideiussori dei crediti ceduti, perché ormai prescritti, “ove pure non (...) riscossi e trattenuti abusivamente dalla banca”» [Cass., 25 maggio 2022, n. 16837, cit.].

La Corte ha colto l'occasione per ribadire alcuni principi consolidati intorno all'operatività del meccanismo estintivo della fideiussione per fatto del creditore ex art. 1955 c.c. In primo luogo, ha confermato la necessità che il creditore abbia subito un pregiudizio di natura non meramente economico-materiale, ma giuridicamente rilevante, rappresentato dalla perdita del diritto di surrogazione o di regresso ex artt. 1949-1950 c.c., non essendo sufficiente il solo aumento della difficoltà di attuarli per diminuita consistenza del patrimonio del debitore [trattasi di orientamento pressoché incontrastato in giurisprudenza: v. *ex multis*, Cass., 20 agosto 1992, n. 9719, in *Foro it.*, 1993, I, 7-8, 2173 con nota di VALCAVI, *Sul carattere interpretativo della norma che vieta le fideiussioni “omnibus” illimitate e sulla sua applicazione retrospettiva alle liti pendenti*; Cass., 14 agosto 1997, n. 7603, in *Mass. Giust. Civ.*, 1997, 1423; Cass., 17 aprile 2003, n. 6171, in *Mass. Giust. Civ.*, 2003, 4; Cass., 23 aprile 2004, n. 7719, in *Mass. Giust. Civ.*, 2004, 4; Cass., 20 settembre 2017, n. 21833; Cass., 16 giugno 2003, n. 9634, in *St. iuris*, 2003, 1384; Cass., 6 febbraio 2004, n. 2301, in *Riv. dir. comm.*, 2005, 2, 5, con nota di TARANTINO, *In tema di estinzione del contratto di fideiussione per fatto del creditore*, e in *Giur. it.*, 2, 2005, 277, con nota di NARDELLI, *In tema di rateizzazione delle obbligazioni, scadenza di esse e fideiussione*; Cass., 19 febbraio 2020, n. 4175, in *Banca borsa tit. cred.*, 2021, 3, 346; in tema G. STELLA, *Le garanzie del credito*, in *Trattato di diritto privato* a cura di Iudica e Zatti, Giuffrè, 2020, 179].

Il fatto del creditore, rilevante ai sensi dell'art. 1955 c.c., non può inoltre limitarsi alla mera inazione, dovendo costituire la violazione di un dovere giuridico imposto dalla

legge o nascente dal contratto, e deve consistere, in un fatto colposo, o comunque illecito, che abbia sottratto al fideiussore concrete possibilità esistenti nella sfera del creditore al tempo della garanzia, che gli avrebbero consentito l'attuazione dell'obbligazione garantita (Cass., 27 marzo 1990, n. 2472, in *Banca borsa tit. cred.*, 1991, 2, 35; Cass., 16 marzo 1995, n. 3080, in *Mass. Giust. Civ.*, 1995, 624; Cass., 11 aprile 1997, n. 3161, in *Banca borsa tit. cred.*, 1998, 2, 380).

Ragionando in questi termini, in via esemplificativa, l'accordo transattivo tra creditore e terzo, che abbia determinato l'estinzione di un'ipoteca posta a garanzia del credito, ha come conseguenza la liberazione del fideiussore per fatto del creditore, poiché la stipula di un tale contratto integra un comportamento imputabile al creditore da cui deriva un pregiudizio giuridico per il garante, che si traduce nella perdita del diritto a subentrare nella titolarità della garanzia reale. Il creditore che ha consentito volontariamente alla cancellazione dell'ipoteca in assenza di un'integrale soddisfazione del suo credito destinato ad essere azionato, per il residuo, nei confronti del fideiussore, ha prodotto un effetto giuridico pregiudizievole nella sfera giuridica di quest'ultimo, pur trattandosi di un soggetto estraneo alla transazione [così Cass., 25 settembre 2018, n. 22775, in *Mass. Giust. civ.*, 2018; Cass., 5 dicembre 2008, n. 28838, in *Mass. Giust. civ.*, 2008, 174].

Di contro, il «fatto del creditore» non potrebbe ritenersi integrato dal mancato assolvimento di un semplice onere, da cui non deriva un pregiudizio, ma solo la perdita di un vantaggio, che il creditore non ha l'obbligo di costituire per il fideiussore, quando non l'abbia costituito neppure per sé [Cass., 6 febbraio 2004, n. 2301, cit.].

La liberazione del creditore non opera neppure se l'evento che avrebbe precluso al fideiussore l'esercizio del diritto di surrogazione sia del tutto estraneo alla condotta della banca, ricollegandosi, invece, ad una scelta volontaria del correntista, della quale il garante era pienamente consapevole. [Ciò accade, per esempio, quando l'unico soggetto ad essere rimasto inerte alla richiesta legittimamente avanzatagli di estinguere l'obbligazione fideiussoria sia il cliente che, non soltanto non corrisponda alcunché nonostante l'impegno fideiussorio assunto ma, anzi, se ne disinteressa totalmente. Si veda, in giurisprudenza di merito: Trib. Napoli, 9 febbraio 2018, n. 1455, in *DeJure*; Trib. Monza, 16 ottobre 2018, n. 2524, in *DeJure*].

Nella vicenda in commento, la doglianza dei ricorrenti in punto di danno-evento è generica, lamentando i medesimi la violazione di un non precisato dovere di informazione sulla sorte dei crediti ceduti in garanzia e sulle iniziative intraprese per la conservazione degli stessi, senza provare e neppure allegare una precisa condotta illecita imputabile dall'istituto di credito, né il conseguente pregiudizio subito in termini giuridici e non solo economici. Per l'applicabilità dell'art. 1955 c.c. invece, il fideiussore non può limitarsi ad invocare genericamente la mera inerzia del creditore, ma deve altresì indicare in che cosa è consistito il colpevole e pregiudizievole comportamento denunciato e fornirne la relativa prova [cfr. Trib. Milano, 2 gennaio 1988, in *Banca borsa tit. cred.* 1989, 2, 183].

Inoltre, la Corte ha chiarito come il diritto di surroga di cui all'art. 1949 c.c. riguardi esclusivamente i diritti vantati dal creditore «contro il debitore» principale, rappresentato in questo caso dalla società Alfa, esulando invece dall'ambito di operatività della norma i diritti che la banca creditrice avrebbe potuto vantare verso soggetti terzi, tra i quali è compresa anche la società ceduta Beta [cfr. Cass., 5 marzo 1999, n. 1870, in *Giur. it.*, 2000, 2, 287, con nota di FELICE, *Contratto di fideiussione e sua estinzione: il fatto del creditore e la scadenza dell'obbligazione principale*].

Opportunamente, visto il rigetto del ricorso sul punto, la pronuncia in commento non scende nel merito delle differenze tra il diritto di surrogazione e di regresso, che, ai fini dell'applicabilità dell'art. 1955 c.c. e per quanto qui di rilevanza, sono sostanzialmente assimilati [cfr. Cass., 25 maggio, n. 16837, cit.: «vale a dire la perdita del diritto (di surrogazione ex art. 1949 c.c. o di regresso ex art. 1950 c.c.)», sebbene i ricorrenti abbiano espressamente lamentato «la perdita del loro diritto di surroga» (*ivi*, 5 e 13: «quindi l'invocata surrogazione non avrebbe neppure potuto operare nella specie»)].

Surroga e regresso, pur fondandosi sullo stesso presupposto di fatto, costituito

dall'adempimento da parte del fideiussore del debito garantito, costituiscono due rimedi diversi. Il coordinamento tra le due azioni è garantito dal riconoscimento in capo al *solvens* della facoltà di disporre, per effetto del pagamento, di due diversi strumenti finalizzati, entrambi, al recupero della prestazione eseguita in attuazione della garanzia fideiussoria: da un lato, l'azione personale e diretta di regresso, in funzione redistributiva, e, dall'altro, la surrogazione nei diritti del creditore soddisfatto, in funzione conservativa [in dottrina, si vedano ARU, *sub art. 1951*, in *Codice civile. Commentario* diretto da d'Amelio e Finzi, *Della fideiussione*, S.A.G Barbera, 1949, 412, ove si precisa altresì che «le azioni derivanti dalla surrogazione non escludono ma anzi si cumulano con quelle derivanti dal diritto di regresso»; RAVAZZONI, *La fideiussione*, Giuffrè, 1957, 225; G. BOZZI, *La fideiussione, le figure affini e l'anticresi*, in *Trattato di diritto privato* diretto da Rescigno, 13, V, *Obbligazioni e contratti*, Giappichelli, 1985, 261; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, V, *La responsabilità*, Giuffrè, 1994, 492].

La dottrina rimane divisa tra coloro che ammettono il cumulo delle azioni, [CAMPOGRANDE, *Trattato della fideiussione*, Cedam, 1937, 461], sostenendo la strumentalità della surrogazione al recupero di quanto corrisposto al creditore, e quanti invece propendono per la soluzione del concorso alternativo tra i due istituti [SICCHIERO, *Regresso e surrogazione legale*, in *Contr. e impr.*, 1996, 1, 996 ss.].

Solo una parte minoritaria della dottrina sostiene che il regresso sarebbe assorbito dalla surrogazione, rappresentandone il momento dinamico [per quest'ultima ricostruzione, si vedano FRAGALI, *Fideiussione e mandato di credito. Artt. 1936-1959*, in *Commentario del codice civile* a cura di Scialoja e Branca, Zanichelli, 1968, 350 ss.: «Il fenomeno del regresso dunque è il momento dinamico del fenomeno della surrogazione», configurandosi il diritto del fideiussore al regresso come «il potere di valersi verso il debitore degli effetti surrogatori conseguenti al pagamento, utilizzando a proprio favore il diritto del creditore di esigere dal debitore la prestazione che era contenuto dell'obbligazione garantita»; anche AMORTH, *L'obbligazione solidale*, Giuffrè, 1959, secondo cui il regresso sarebbe un puro effetto del meccanismo surrogatorio, una sorta di «potere riconosciuto al *solvens* di valersi degli effetti surrogatori conseguenti al pagamento», avente ad oggetto l'esame di «un diverso profilo dello stesso istituto: il suo aspetto interno». In giurisprudenza l'affermazione secondo cui «l'azione di regresso è in sostanza un'azione di surrogazione» si rinviene in Cass., 18 marzo 1982, n. 1762, in *Mass. Giust. Civ.*, 1982, 3; Cass., 2 marzo 1973, n. 577, in *Foro it.*, 1973, 7-8, 2126; Cass., 6 agosto 1965, n. 1883, in *Foro it.*, 1965, 9, 1645; si tratta tuttavia di poche e risalenti pronunce].

L'orientamento giurisprudenziale prevalente è nel senso della duplicità dei rimedi, in ragione della loro eterogeneità [si vedano, *ex multis*, Cass., 1° maggio 2012, n. 3216, in *Dir. fall.*, 2013, 3-4, 243-256, con nota di CERRI, *I rimedi spettanti al fideiussore escusso dopo la dichiarazione di fallimento del debitore comune tra surroga e regresso*; Cass., 28 luglio 2017, n. 18782, in *Mass. Giust. civ.*, 2017; Cass., 7 dicembre 2012, n. 22257, in *Guida dir.*, 2013, 11, 39].

Il regresso consente al fideiussore che ha pagato di recuperare dal debitore principale le somme tassativamente indicate nell'art. 1950 comma 2 c.c. (capitale, interessi e spese sostenute per effetto dell'esecuzione della prestazione di garanzia): esso determina la nascita, a titolo originario, di un nuovo diritto in capo al *solvens*, sorto in conseguenza dell'avvenuto pagamento del debito garantito ed avente ad oggetto la restituzione degli esborsi sostenuti.

Nel momento in cui il garante esegue il pagamento al creditore, è integrata un'ipotesi di surrogazione legale, attraverso cui il fideiussore subentra nella posizione del creditore garantito ormai soddisfatto, potendo così esercitare i singoli diritti e le azioni a quest'ultimo originariamente spettanti.

Il subingresso del fideiussore nella posizione giuridica del creditore originario si colloca all'interno della più ampia figura del pagamento con surrogazione, in particolare della surrogazione legale di cui all'art. 1203 n. 3 c.c., quale meccanismo che opera di diritto, senza la necessità di un'espressa manifestazione di volontà in tal senso da parte del creditore e del debitore; né è richiesta la dichiarazione del *solvens* di volersi surrogare al creditore soddisfatto [si vedano sul punto BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*,

III, 2, Giuffrè, 1955, 62; GALGANO, *Le obbligazioni e i contratti*, II, 1, *Obbligazioni in generale. Contratti in generale*, in ID., *Diritto civile e commerciale*, II, 1, Cedam, 1990, p. 126; in giurisprudenza, Cass., 24 novembre 1981, n. 6240, in *Mass. Giust. civ.* 1981, 11: «A differenza della surrogazione per volontà del creditore (art. 1201 c.c.) e di quella per volontà del debitore (art. 1202 c.c.), la surrogazione legale (art. 1203 c.c.) opera di diritto e, per effetto del meccanismo legale, non richiede la dichiarazione formale ed espressa del *solvens* di volersi surrogare, né il consenso del creditore soddisfatto alla surrogazione stessa»].

Attraverso la surrogazione, si attribuisce al fideiussore uno strumento di tutela che gli assicura la reintegrazione in forma specifica del patrimonio attraverso il subentro negli stessi diritti del creditore soddisfatto. Essa dà luogo ad un'ipotesi di successione a titolo particolare nel credito: tale fenomeno successorio, proprio in quanto limitato al singolo diritto di credito che precedentemente faceva capo al creditore principale, è destinato ad attrarre nella propria orbita anche le eventuali garanzie da cui quel diritto era originariamente assistito, secondo la regola generale contenuta nell'art. 1204 c.c., per la quale la surrogazione «ha effetto anche contro i terzi che hanno prestato garanzia per il debitore» (c.d. estensione della surroga alle garanzie del credito). L'opinione prevalente ritiene che la surrogazione sia efficace nei confronti sia del debitore che dei terzi garanti, senza bisogno di formalità: non è prescritto, infatti, il compimento di alcuna notificazione o comunicazione, né occorre accettazione, affinché la surrogazione estenda i suoi effetti anche verso i garanti. [cfr. MAGAZZÙ, voce *Surrogazione per pagamento*, in *Enc. dir.*, XLIII, Giuffrè, 1990, 1528 ss., secondo cui la norma di cui all'art. 1204 comma 1 c.c. avrebbe la funzione di determinare più specificamente l'ambito della vicenda surrogatoria, precisandone, in particolar modo, la portata riguardo ai «terzi garanti»].

La Cassazione, in uno specifico passaggio della sentenza, ha delineato in maniera chiara l'ambito di estensione della surrogazione nei confronti dei soggetti diversi dal debitore principale. Non occorre che il fideiussore che intenda surrogarsi in una garanzia accessoria inerente al credito soddisfatto abbia partecipato al rapporto dal quale quella garanzia ha tratto origine, dal momento che un simile requisito non sembra essere richiesto né dal tenore letterale né dalla *ratio* ispiratrice della norma in esame.

Quel che invece davvero occorre è che sia configurabile un nesso di accessorietà tra l'obbligazione soddisfatta dal fideiussore ed il rapporto dal quale trae origine la garanzia che il *solvens* vorrebbe volgere a proprio favore, tale per cui il terzo contro il quale tale garanzia venga fatta valere possa essere definito, a propria volta, un garante del credito in precedenza soddisfatto dal *solvens*.

Proprio questo aspetto difetta nella fattispecie esaminata dalla Corte di Cassazione: la circostanza che la società debitrice Alfa abbia ceduto in garanzia alla banca i propri crediti nei confronti della società Beta, relativi al corrispettivo del contratto di appalto e derivanti dell'emissione di fatture, non vale a rendere questi rapporti (i crediti vantati da Alfa verso Beta e ceduti alla banca) meramente accessori e dipendenti da quello originario (tra Alfa e la banca), né consente di assimilare, quanto agli effetti giuridici, la posizione della debitrice ceduta a quella dei fideiussori dell'obbligazione garantita.

Nella sentenza, non viene messa in discussione l'astratta possibilità di utilizzare il meccanismo della cessione del credito a scopo di garanzia per l'adempimento di una diversa obbligazione della società cedente verso la banca cessionaria. Di contro, è pacifico che la cessione del credito in garanzia determini l'instaurazione di un collegamento negoziale tra il debito garantito e quello oggetto di cessione, ravvisandosi proprio in tale collegamento il modo in cui le parti mirano a realizzare lo scopo di garanzia e perciò, in definitiva, la causa del negozio di cessione.

Ciò che caratterizza la cessione del credito è che il debitore ceduto (la società Beta) non è più obbligato nei confronti del cedente, ma lo diventa nei confronti della banca cessionaria, pur sempre in forza del medesimo rapporto che lo legava al creditore originario. Da ciò discende che la società ceduta può opporre alla banca cessionaria le stesse eccezioni che avrebbe potuto opporre alla società cedente, mentre si mantiene estranea alle vicende del rapporto tra cedente e cessionario, a garanzia del quale la cessione è intervenuta.

L'obbligazione del debitore ceduto resta dipendente dalla stessa matrice causale

per cui era originariamente sorta, non essendo il credito ceduto a scopo di garanzia legato all'obbligazione garantita dal vincolo di accessorietà. Al contrario, il debitore ceduto non è qualificabile come garante dell'obbligazione adempiuta dal fideiussore, «attesa l'autonomia tra i due contratti (la fideiussione e la cessione di credito), ancorché stipulati con il medesimo scopo di garanzia» [Cass., 25 maggio 2022, n. 16837, cit.].

Non è dunque possibile qualificare il debitore del credito ceduto a scopo di garanzia, come uno di quei «terzi che hanno prestato garanzia», di cui all'art. 1204 c.c. Di conseguenza, deve escludersi che, nella titolarità di tale credito, possa subentrare per surrogazione chi, essendovi tenuto in forza di un distinto rapporto fideiussorio, abbia soddisfatto il credito garantito [anche Cass., 29 gennaio 1997, n. 916, in *Giust. civ.*, 1997, 1, 2182; Cass. 12 dicembre 2008, n. 29216, in *Giur. it.*, 2010, 2, 323-328, con nota di A. Torelli, *La surrogazione del fideiussore escusso nella titolarità del credito ceduto a scopo di garanzia*, e in *Corr. giur.*, 2009, 11, 1523, con nota di BECCARI, *La surrogazione del fideiussore nelle garanzie concesse dai terzi. Quid iuris in caso di cessione di crediti a scopo di garanzia?*].

Bibliografia essenziale

- AMBROSINI, *Sconto bancario*, in *Dig. disc. priv., Sez. comm.*, XIII, Giappichelli, 1996, 279
- AMORTH, *L'obbligazione solidale*, Giuffrè, 1959
- ANGELICI E FERRI G.B. (a cura di), *Manuale di diritto commerciale*, Giappichelli, 2016
- ANGELONI, *Lo sconto*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1964, 1, 351
- ANGLANI, *La legittimazione ad agire nella cessione del credito a scopo di garanzia*. in *Giustiziacivile.com*, 2021
- ARU, *sub art. 1951*, in *Codice civile. Commentario* diretto da d'Amelio e Finzi, *Della fideiussione*, S.A.G. Barbera, 1949
- BECCARI, *La surrogazione del fideiussore nelle garanzie concesse dai terzi. Quid iuris in caso di cessione di crediti a scopo di garanzia?*, in *Corr. giur.*, 2009, 11, 1523
- BENCINI, *Ammissibile la CTU anche se gli estratti di conto corrente sono incompleti* in *Dir. giust.*, 2018, 11
- BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, III, 2, Giuffrè, 1955
- BIANCA C.M., *Diritto civile*, V, *La responsabilità*, Giuffrè, 1994
- BOZZI G., *La fideiussione, le figure affini e l'anticresi*, in *Trattato di diritto privato* diretto da Rescigno, XIII, Giappichelli, 1985
- CAMPOGRANDE, *Trattato della fideiussione*, Cedam, 1937
- CAPOBIANCO, *Lo sconto bancario*, in *ID.*, (a cura di), *I contratti bancari*, Giappichelli, 2016
- CARIOTA-FERRARA L., *I negozi fiduciari*, Cedam, 1933
- CERRI, *I rimedi spettanti al fideiussore escusso dopo la dichiarazione di fallimento del debitore comune tra surroga e regresso*, in *Dir. fall.*, 2013, 3-4, 243
- CIMINO, *Profili causali del trasferimento del credito*, in *Riv. not.*, 2007, 5, 1215
- D'ADDA, *La cessione del credito e il factoring*, in *Trattato dei contratti* a cura di Roppo, II, *Cessione e uso di beni*, Giuffrè, 2014
- DEMURO, *Lo sconto bancario*, in *Urbani* (a cura di), *L'attività delle banche*, Cedam, 2010
- FAZZINI, *Cessione del credito. In particolare, la cessione a scopo di adempimento*, in *Riv. not.*, 2006, 2, 526
- FELICE, *Contratto di fideiussione e sua estinzione: il fatto del creditore e la scadenza dell'obbligazione principale*, in *Giur. it.*, 2000, 2, 287
- FRAGALI, *Fideiussione e mandato di credito. Artt. 1936-1959*, in *Commentario del codice civile* a cura di Scialoja e Branca, Zanichelli, 1968
- GALGANO, *Le obbligazioni e i contratti*, II. 1, *Obbligazioni in generale. Contratti in generale*, in

- ID., *Diritto civile e commerciale*, Cedam, 1990
- GENGHINI e APICELLA, *Le obbligazioni*, in *Manuali notarili* a cura di Genghini, VI, Cedam, 2015
- GIANNATTASIO, *Ancora dello sconto cambiario e del diniego dell'azione di arricchimento contro il traente*, in *Giust. civ.*, 1965, 2, 117
- GRECO, *Rapporti bancari ed onere della prova: il punto della Corte di Cassazione*, in *Resp. civ. e prev.*, 2016, 4, 1257
- LAGHEZZA, *La prova (parziale) degli estratti conto, nelle controversie fra banche e clienti*, in *Foro it.*, 2019, I, 10, 3231
- LIPARI, *Promessa di pagamento titolata, obbligazioni condizionate e sconto bancario*, in *Giust. civ.*, 1987, 1, 598
- LORDI, *La clausola «salvo incasso» nel conto corrente e nell'apertura di credito in conto corrente*, in *Riv. dir. comm.*, 1931, 2, 624
- MAGAZZÙ, voce *Surrogazione per pagamento*, in *Enc. dir.*, XLIII, Giuffrè, 1990
- MANDRIOLI, *La cessione dei crediti salvo buon fine nello sconto bancario: prime riflessioni*, Mucchi editore, 2021
- MOLLE, *I contratti bancari*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da Cicu e Messineo e continuato da Mengoni, Giuffrè, 1981
- NARDELLI, *In tema di rateizzazione delle obbligazioni, scadenza di esse e fideiussione*, in *Giur.it.* 2005, 2, 277
- PAGANINI, *Cessione di credito a garanzia: per agire contro il cedente non è necessaria la preventiva escussione del debitore ceduto*, in *Dir. giust.*, 2020
- PAVONE LA ROSA, *Apertura del credito, cessione pro solvendo e pegno di crediti, girata in garanzia di cambiale tratta con clausola di cessione della provvista*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1959, 2, 537
- PERLINGIERI P., *Della cessione dei crediti*, in *Commentario del codice civile* a cura di Scialoja e Branca, Zanichelli, 1982
- RAVAZZONI, *La fideiussione*, Giuffrè, 1957
- ROMAGNO WERTHER, *Lo sconto bancario come contratto di liquidità*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2002, 1, 42
- SICCHIERO, *Regresso e surrogazione legale*, in *Contr. e impr.*, 1996, 1, 996
- STEFINI, *La cessione del credito*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da Cicu e Messineo e continuato da Mengoni, Giuffrè, 2020
- STEFINI, *La cessione del credito con causa di garanzia*, Cedam, 2008
- STELLA G., *Le garanzie del credito*, in *Trattato di diritto privato* a cura di Iudica e Zatti, Giuffrè, 2020
- TARANTINO, *In tema di estinzione del contratto di fideiussione per fatto del creditore*, *Riv. dir. comm.*, 2005, 2, 277
- TEMPESTA, voce *Conto corrente (Contratto di)*, in *Nuovo dig. it.*, III, Giappichelli, 1938
- TORELLI, *La surrogazione del fideiussore escusso nella titolarità del credito ceduto a scopo di garanzia*, in *Giur. it.*, 2010, 2, 323
- TRAPUZZANO, *Ricostruzione rapporti di conto corrente: la mancanza di estratti non implica necessariamente l'accertamento negativo del credito*, in *ilprocessocivile.it*, 8 luglio 2019
- TROIANO, *Le modificazioni soggettive del rapporto obbligatorio. Il lato attivo: cessione dei crediti e surrogazione*, in AMADIO e MACARIO (a cura di), *Diritto civile. Norme, questioni, concetti*, I, Il Mulino, 2014
- TROIANO, voce *Cessione dei crediti*, in MARTUCCELLI e PESCATORE (a cura di), *Diritto civile*, Giuffrè, 2012
- VALCAVI, *Sul carattere interpretativo della norma che vieta le fideiussioni "omnibus" illimitate e sulla sua applicazione retrospettiva alle liti pendenti* in *Foro it.*, 1993, I, 7-8, 2173

Sulla controversa applicabilità dell'art. 1891 c.c. all'assicurazione sulla vita *

di **GIORGIO MATTARELLA**

Ricercatore di tipo A

Università degli Studi di Palermo

(CORTE DI CASSAZIONE, sezione terza civile, sent. 11 luglio 2022, n. 21863; Pres. Spirito – Est. Rossetti)

Abstract

Con la sentenza indicata in epigrafe la Suprema Corte interviene sulla questione controversa della compatibilità tra l'assicurazione sulla vita e lo schema dell'assicurazione per conto altrui previsto dall'art. 1891 c.c., rispondendo affermativamente alla questione. Ricostruendo la ratio legis e prendendo le mosse dal dibattito dottrinale, il presente contributo svolge alcune considerazioni critiche sull'iter logico-giuridico seguito dalla Suprema Corte e che si appuntano, in particolare, sull'utilizzo di argomenti non dirimenti per risolvere in senso positivo la suddetta questione, come quello letterale e quello della sedes materiae.

With the aforementioned ruling the Supreme Court decides the controversial issue of the compliance between life's insurance and the scheme of insurance on behalf of other provided by art. 1891 c.c., giving a positive answer. Focusing on the ratio legis and starting from the debate of scholars, this essay criticize the juridical and logic reasoning of the Supreme Court which is grounded, in particular, on arguments which are not crucial to settle the aforementioned issue, like the wording of the legislator and the sedes materiae.

Sommario: 1. Il caso e il principio di diritto; 2. Il dibattito sulla natura giuridica e sull'ambito applicativo dell'art. 1891 c.c.; 3. Considerazioni critiche sulla decisione della Suprema Corte.

1. Il caso e il principio di diritto

La complessa vicenda decisa dalla Corte di Cassazione con la sentenza indicata in epigrafe ha ad oggetto un intreccio tra vari contratti: un contratto di mutuo ipotecario, una “polizza collettiva” e un contratto di assicurazione sulla vita.

In particolare, contestualmente alla stipula del contratto di mutuo ipotecario la banca mutuante imponeva al mutuatario la stipula di un contratto di assicurazione sulla sua vita; al verificarsi del sinistro l'assicuratore avrebbe versato alla banca un indennizzo di ammontare pari alle rate non pagate, col quale quest'ultima avrebbe estinto il mutuo.

La banca mutuante, poi, si obbligava a corrispondere agli eredi del mutuatario l'eventuale eccedenza dell'indennizzo rispetto al debito.

Tale contratto veniva stipulato dal mutuatario aderendo alle condizioni generali della convenzione stipulata dalla banca mutuante con l'impresa assicurativa, la quale regolava le condizioni della copertura assicurativa applicabili ai clienti della banca.

Alla morte del mutuatario-assicurato, l'impresa assicurativa rifiutava il pagamento dell'indennizzo adducendo che quest'ultimo aveva omesso di dichiarare alcune circostanze relative al proprio stato di salute ed incidenti sul rischio assicurato.

Uno degli eredi conveniva pertanto in giudizio l'impresa assicurativa, chiedendone

* Il presente contributo è stato sottoposto a valutazione in forma anonima ed è stato pubblicato in anteprima su rivistapactum.it il 19.10.2022.

la condanna al pagamento dell'indennizzo in favore della banca mutuante e dell'eccedenza a favore dell'attrice stessa, in quanto adduceva che il contratto di assicurazione doveva ritenersi stipulato per conto altrui ai sensi dell'art. 1891 c.c., essendo stato concluso nell'interesse della banca mutuante alla restituzione del mutuo e in quello degli eredi ad ottenere l'estinzione dell'obbligo di rimborso.

La domanda veniva rigettata dal Tribunale ma successivamente veniva accolta dalla Corte d'Appello, la cui sentenza veniva impugnata dall'impresa assicurativa investendo del ricorso la Corte di Cassazione.

Rigettando il ricorso, la Suprema Corte ha stabilito che le disposizioni dettate dall'art. 1891 c.c. in tema di assicurazione per conto altrui non sono incompatibili con l'assicurazione sulla vita, e ciò per due argomenti, uno di ordine topografico – la *sedes materiae* [TARELLO, *L'interpretazione della legge*, nel *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da Cicu e Messineo e continuato da Mengoni, I, Giuffrè, 1980, 376] –, l'altro di ordine meramente letterale.

Il primo è che l'art. 1891 c.c. è collocato nella sezione del capo sulle assicurazioni dedicata al contratto di assicurazione in generale, le cui disposizioni dunque sono applicabili sia all'assicurazione contro i danni sia all'assicurazione sulla vita. Il secondo è che, essendo utilizzata nell'art. 1891 c.c. l'espressione "assicurazione per conto altrui" invece che l'espressione "assicurazione nell'interesse altrui", in sostanza si deve ritenere che in tal modo il legislatore abbia voluto prescindere dal requisito dell'interesse all'assicurazione in capo al soggetto assicurato, ritenendo sufficiente per configurare la fattispecie di cui all'art. 1891 c.c. la sussistenza di una stipulazione a vantaggio altrui.

Per la Suprema Corte, dunque, poiché il contratto di assicurazione mirava a soddisfare sia l'interesse della banca al rimborso del mutuo, sia quello del mutuatario e dei suoi eredi a non restare esposti all'azione esecutiva della banca, gli eredi erano legittimati a domandare la condanna dell'assicuratore al pagamento dell'indennizzo nei confronti della banca.

La Suprema Corte richiama alcuni precedenti giurisprudenziali a sostegno della compatibilità tra gli artt. 1919-1920 e l'art. 1891 c.c., sebbene in realtà non tutte le pronunce richiamate siano pervenute a conclusioni conformi alla pronuncia in commento.

Così ad esempio la decisione n. 3707/2018 ha dichiarato che la questione della validità dell'assicurazione sulla vita del terzo per conto altrui, per mancanza di consenso del terzo, era assorbita dalla superfluità, in tal caso, di tale consenso, dato che beneficiari dell'indennizzo assicurativo erano gli eredi dell'assicurato e non il contraente, circostanza, questa, che esclude l'esigenza di tutelare la vita del terzo [sul consenso del terzo in dottrina BARISON e GAGLIARDI, *sub art. 1919*, in *Codice civile. Commentario* fondato da Schlesinger, diretto da Busnelli, Giuffrè, 2014, 65 ss.]

La pronuncia, anzi, ribadisce esplicitamente la discussa applicabilità dell'art. 1891 c.c. anche all'assicurazione sulla vita, «che dipende dalla ricostruzione teorica dello stesso come avente o meno natura indennitaria e quindi dal riconoscimento della necessaria sussistenza di un interesse alla sua base, con la conseguente possibilità o meno di ammettere che esso sia stipulato "per conto altrui", possibilità esclusa da chi nega il rilievo di un siffatto interesse e quindi la stessa possibilità di ricostruire la figura di un "assicurato" in tale contratto» [così Cass., 15 febbraio 2018, n. 3707, in www.rivistaassicurazioni.com].

2. Il dibattito sulla natura giuridica e sull'ambito applicativo dell'art. 1891 c.c.

Per esprimere un'opinione ponderata sulla soluzione adottata dalla Suprema Corte giova previamente inquadrare l'istituto dell'assicurazione per conto altrui, la cui natura giuridica e il cui ambito applicativo sono stati a lungo dibattuti.

Secondo un orientamento dottrinale risalente, l'assicurazione per conto altrui è incompatibile con il contratto a favore di terzi e sarebbe riconducibile entro certi limiti al mandato senza rappresentanza, poiché mentre lo stipulante nello schema di cui all'art.

1411 c.c. agisce in attuazione di un interesse proprio, vale a dire per conto proprio, il contraente che assicura un interesse altrui agisce, appunto, per conto altrui [VENDITTI, *L'assicurazione di interessi altrui*, Jovene, 1961, 67 ss., spec. 130; di recente PIRILLI, *Il contratto di assicurazione per conto*, Esi, 2013, 18-24].

Secondo questa tesi ciò si evince dal fatto che requisito di validità della stipulazione a favore del terzo, ai sensi dell'art. 1411 c.c., è la sussistenza di un interesse dello stipulante all'esecuzione della prestazione a favore del terzo; requisito, appunto, non richiesto dall'art. 1891 c.c., il quale presuppone invece un interesse dell'assicurato al risarcimento del danno e la conseguente carenza di un interesse proprio del contraente [VENDITTI, op. cit., 68].

Secondo la dottrina sopra citata, un'altra differenza tra assicurazione per conto altrui e contratto a favore di terzo risiede nell'impossibilità, ai sensi dell'art. 1891 c.c., di attribuire l'indennizzo al contraente-stipulante nei casi di rifiuto del terzo-beneficiario, data la funzione indennitaria perseguita dall'assicurazione [VENDITTI, op. cit., 80].

Secondo un altro orientamento, invece, l'assicurazione per conto altrui pur presentando elementi anche dell'interposizione gestoria non rappresentativa è maggiormente assimilabile al *genus* del contratto a favore di terzo, dal quale si distacca soltanto per la irrilevanza della dichiarazione dell'assicurato di volerne profittare, mentre in realtà un interesse dello contraente alla stipulazione a favore dell'assicurato sarebbe implicito nella stessa conclusione del contratto; al contrario, la tesi della gestione non rappresentativa non è conciliabile con l'attribuzione definitiva di vantaggi e obblighi a soggetti diversi e non invece all'unico soggetto interessato al rapporto [PURCARO, *L'assicurazione per conto altrui*, Giuffrè, 1996, 39 ss.]

La giurisprudenza sostiene invece una tesi intermedia, sancita anche da una pronuncia delle Sezioni unite, in base alla quale l'assicurazione per conto altrui e l'assicurazione per conto di chi spetta presentano ambiguità tali da non permettere di inquadrarle pienamente né nel contratto a favore di terzo né nel mandato. Da un lato si distaccano dal primo per la non necessaria presenza di un interesse dello stipulante, per l'impossibilità di revocare la stipulazione e per il rimborso dei premi pagati dal contraente; dall'altro si distaccano dal secondo perché l'acquisto del diritto all'indennizzo in capo all'assicurato è immediato, mentre nel mandato i diritti derivanti dal contratto sono acquistati dal mandatario, salva l'eccezione prevista dal 2° comma [Cass., sez. un., 18 aprile 2002, n. 5556, in *Foro it.*, 2002, I, 7-8, 2009].

La pronuncia resa dalle Sezioni unite è particolarmente rilevante per la risoluzione della questione affrontata dalla Suprema Corte con la pronuncia in commento. Sebbene nel 2002 la Corte abbia esplicitamente statuito l'esigenza di rispettare il principio indennitario solo nell'assicurazione per conto di chi spetta, in tale pronuncia la Corte mostra di considerare l'assicurazione per conto altrui e l'assicurazione per conto di chi spetta equivalenti quanto a natura giuridica, escludendo la riconducibilità di entrambe allo schema del contratto a favore di terzo.

In base a tale sentenza può dunque ritenersi vigente anche nell'assicurazione per conto altrui il principio indennitario, ontologicamente incompatibile con la disciplina dell'assicurazione sulla vita che invece secondo l'opinione prevalente ha una funzione previdenziale [senza pretesa di esaustività CORRIAS, *Il contratto di assicurazione. Profili funzionali e strutturali*, Esi, 2016, 38 ss.; DE GREGORIO e FANELLI, *Diritto delle assicurazioni, vol. II. Il contratto di assicurazione*, Giuffrè, 1987, 188; ROSSETTI, *Il diritto delle assicurazioni, III, L'impresa di assicurazione. Il contratto in generale*, Cedam, 2013, 734 ss., spec. 749-751]

Com'è noto l'art. 1891 c.c. prevede una scissione degli effetti contrattuali, attribuendo al contraente – colui che stipula il contratto – gli obblighi derivanti dal contratto – come il pagamento del premio –, salvo quelli che per loro natura non possono essere adempiuti che dall'assicurato, e a quest'ultimo i diritti derivanti dal contratto.

Il termine assicurato nell'assicurazione sulla vita non ha però un significato pacifico come quello che assume nell'assicurazione contro i danni, cioè di titolare dell'interesse al risarcimento. Chi ritiene sia l'assicurazione sulla vita sia quella contro i danni assoggettate al principio indennitario rinviene anche nell'assicurazione sulla vita un interesse dell'assicurato, ritenuto *in re ipsa* in caso di assicurazione sulla propria vita

[ASCARELLI, *Sul concetto unitario del contratto di assicurazione*, in ID., *Studi in tema di contratti*, Giuffrè, 1952, 384; DONATI, *Il diritto del contratto di assicurazione. Sez. I. I principi generali del contratto di assicurazione*, in *Trattato del diritto delle assicurazioni private*, vol. II, Giuffrè, 1954, 26] e presunto nel caso di consenso del terzo all'assicurazione sulla propria vita da altri stipulata [BUTTARO, voce *Assicurazione sulla vita*, in *Enc. dir.*, III, Giuffrè, 1958, 613; DONATI, op. cit., 26; DONATI, *Il diritto del contratto di assicurazione. Sez. II: La disciplina delle singole specie (rami) di assicurazione*, in *Trattato del diritto delle assicurazioni private*, III, Giuffrè, 1956, 588].

Secondo la dottrina e la giurisprudenza maggioritaria, invece, nell'assicurazione sulla vita non è possibile individuare un assicurato titolare di un interesse esposto al rischio, come si evince chiaramente dall'art. 1904 c.c., il quale prescrive la sussistenza di un interesse dell'assicurato, a pena di nullità, solo per i contratti di assicurazione contro i danni [Su tale nozione MAZZOLA, *Sul concetto di interesse nel contratto di assicurazione: inquadramento teorico e profili applicativi*, in *Riv. dir. civ.*, 2019, 1200 ss.].

Ed infatti, l'integrale affidamento all'autonomia privata della concreta individuazione del rischio connesso alla durata della vita umana, della determinazione del *quantum* della prestazione dell'assicuratore e, soprattutto, del destinatario della stessa, rende il contratto di assicurazione sulla vita insensibile al principio di ordine pubblico dell'interesse al risarcimento [così FANELLI, *Le assicurazioni*, nel *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da Cicu e Messineo, XXXVI, 1, Giuffrè, 1973, 419].

Ne consegue, come si evince anche dagli artt. 1926, 1° e 2° comma, e 1927 c.c., che nelle assicurazioni sulla vita assicurato è il soggetto la cui morte o la cui sopravvivenza determina la prestazione dell'assicuratore, o, comunque, incide sulla stessa; pertanto non ha senso nelle assicurazioni sulla vita discutere di soggetto assicurato quale titolare dell'interesse al risarcimento, proprio perché il destinatario del capitale o della rendita può indifferentemente essere il contraente o un qualsiasi terzo [FANELLI, op. cit., 420].

Al contrario, per assicurato ai sensi dell'art. 1891, 2° comma, c.c. deve intendersi il titolare dell'interesse al risarcimento, poiché tale disposizione, escludendo la libertà di individuare il titolare del diritto all'indennizzo, che deve essere necessariamente il soggetto assicurato, non può che fondarsi sull'esigenza di rispettare il principio indennitario, altrimenti violato se titolare del diritto all'indennizzo non fosse altresì il titolare dell'interesse al risarcimento di cui all'art. 1904 c.c. [FANELLI, op. cit., 424; PIRILLI, op. cit., 18-19]

Si tratta di una deroga al regime della produzione degli effetti contrattuali in capo al mandatario proprio del mandato senza rappresentanza, del quale l'assicurazione per conto altrui presenta il tratto caratteristico dell'agire in nome proprio per conto altrui, insieme ad alcuni tratti del contratto a favore di terzo.

L'art. 1891 c.c. si distacca però anche dal regime proprio di quest'ultima figura non prevedendo la possibilità per il contraente di revocare il beneficio attribuito all'assicurato-terzo, proprio perché ciò contrasterebbe col principio indennitario.

Ebbene, queste deroghe al regime del mandato senza rappresentanza e a quello del contratto a favore di terzo, nonché la necessaria coincidenza tra l'assicurato e il beneficiario, non avrebbero alcuna ragion d'essere se l'art. 1891 c.c. fosse applicabile anche all'assicurazione sulla vita.

Da un lato, non si comprende che funzione possa assolvere l'art. 1891 nell'assicurazione sulla vita, poiché la necessaria identità tra assicurato e beneficiario postulata da tale disposizione nega il *proprium* di tale assicurazione, cioè l'integrale affidamento all'autonomia privata della determinazione del titolare del diritto all'indennizzo [FANELLI, op. cit., 424].

Dall'altro, se nell'assicurazione per conto altrui non fosse necessario un interesse *ex art* 1904 c.c. del soggetto per conto del quale il contraente stipula (il chè equivarrebbe ad attribuire a tale soggetto la qualifica di terzo, estraneo al rapporto assicurativo), non si comprenderebbe perché introdurre l'art. 1891 quando sarebbe bastata a tal fine la disciplina dell'assicurazione a favore di terzi (art. 1920 c.c.) e la disciplina generale del mandato senza rappresentanza.

Le diverse fattispecie di assicurazione sulla vita a vantaggio di un terzo invero

troverebbero già compiuta disciplina negli artt. 1920 e 1705 c.c. Ed infatti, poiché né l'art. 1891 c.c. [MAZZOLA, *Polizze vita e assicurazione per conto altrui*, in *Resp. civ. e prev.*, 2019, 6, 2138; in giurisprudenza v. Cass., 26 luglio 2022, n. 23296, in *italgiure.giustizia.it*] né l'art. 1920 c.c. presuppongono un incarico avente ad oggetto il compimento dell'attività gestoria, se il contraente intende attribuire per il caso di propria morte un capitale o una rendita a un terzo, senza avere ricevuto da questi un mandato, si applica l'art. 1920 c.c.; nei casi in cui invece il contraente agisca in esecuzione di un mandato si applica la disciplina generale di cui agli artt. 1705 ss. c.c. in combinato con l'art. 1920 c.c. [FANELLI, op. cit., 425, sebbene l'A. consideri tale ipotesi teorica, posto che le esigenze sottese alla stipula per conto altrui sono già soddisfatte dall'assicurazione sulla vita a favore di terzo]

Ammettere poi la stipula di un'assicurazione ex art. 1891 c.c. anche quando l'assicurato-beneficiario è terzo significherebbe cancellare ogni differenza tra l'art. 1891 e l'art. 1920 c.c., rendendo l'una il doppio dell'altra, mentre occorre distinguere i casi nei quali essendo il beneficiario terzo, estraneo al rapporto assicurativo, si applicherà l'art. 1920 c.c., dai casi nei quali, essendo il soggetto per conto del quale il contraente agisce parte del rapporto, si applicherà l'art. 1891 c.c.

Ne consegue che anche le assicurazioni sulla vita ritenute dalla dottrina compatibili con lo schema di cui all'art. 1891 c.c., poiché stipulate dal contraente sulla vita di un terzo a favore di soggetti ai quali questi ha interesse a far pervenire la prestazione, come l'assicurazione collettiva stipulata dal datore di lavoro sulla morte dei lavoratori a favore dei loro familiari, andrebbero inquadrare nella fattispecie di cui all'art. 1920 c.c. [v. CORRIAS, *Le assicurazioni sulla vita*, nel *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da Cicu e Messineo e continuato da Mengoni, IV, Giuffrè, 2021, 137, che definisce tale ipotesi contratto ibrido a favore di terzi ma anche nell'interesse altrui; sfumata è invece la posizione di MAZZOLA, op. cit., 194; per la tesi della compatibilità tra l'assicurazione per conto di un terzo e tutte le specie di assicurazione v. DONATI, *Il diritto del contratto di assicurazione. Sez. I. I principi generali del contratto di assicurazione*, in *Trattato del diritto delle assicurazioni private*, vol. II, Giuffrè, 1954, 94] essendo i beneficiari in tali fattispecie dei meri terzi, né parti del contratto né parti del rapporto assicurativo.

3. Considerazioni critiche sulla soluzione adottata dalla Suprema Corte

Le obiezioni di ordine teorico-generale alla compatibilità tra l'art. 1891 c.c. e l'assicurazione sulla vita non sono intaccate dagli argomenti utilizzati dalla Suprema Corte.

Non è dirimente l'argomento letterale, in base al quale l'espressione assicurazione per conto altrui deve essere interpretata come sinonimo di stipulazione a vantaggio altrui [in senso contrario ad intendere l'espressione "per conto altrui" di cui all'art. 1891 c.c. come sinonimo di "a vantaggio altrui" VENDITTI, op. cit., 124].

Come anticipato, per la giurisprudenza prevalente e la dottrina l'assicurazione per conto altrui è un contratto avente natura anfibia, qualificabile come contratto a favore di terzi *sui generis* ma che presenta al contempo l'elemento – caratteristico del mandato senza rappresentanza – della interposizione nel compimento di atti giuridici.

Di conseguenza, l'espressione contenuta nell'art. 1891 c.c. deve essere interpretata sistematicamente, cioè coerentemente al significato che essa assume nelle altre disposizioni codicistiche. Ad esempio, nella definizione dell'art. 1703 c.c. la locuzione dell'agire *per conto* altrui viene comunemente interpretata come sinonimo di agire *nell'interesse* del mandante, come esplicitamente si desume dall'art. 1388 c.c. [LUCCHINI GUASTALLA, voce *Mandato*, in *Diritto on-line*, in *Treccani.it L'Enciclopedia Italiana*, Istituto della Enciclopedia Italiana Treccani, Roma, 2013; tale interpretazione è ritenuta generica da LUMINOSO, *Mandato, commissione, spedizione*, nel *Trattato del diritto civile e commerciale* diretto da Cicu e Messineo e continuato da Mengoni, XXXII, Giuffrè, 1984, 9 ss; ID., *Il mandato*, Utet, 2007, 4 in nota]: in tale disposizione l'agire per conto altrui, oltre che in nome altrui, viene identificato come agire nell'*interesse* del rappresentato; inoltre, l'art. 1389 c.c. riferendosi al rappresentato parla di "interessato";

ancora, l'art. 1723 c.c. impedisce al mandante di revocare il mandato se questo è stato conferito anche nell'*interesse* proprio del mandatario e/o di terzi soggetti.

Sebbene l'art. 1891 c.c. interpretato letteralmente non contenga un riferimento all'interesse all'assicurazione, tuttavia vi è che la *ratio* dell'art. 1891 c.c., che prescrive la necessaria coincidenza tra assicurato e beneficiario, non può che risiedere nel principio indennitario, per definizione non applicabile all'assicurazione sulla vita.

Fragile si rivela poi l'argomento della *sedes materiae* dell'art. 1891 c.c., in quanto anche altre disposizioni collocate all'interno del capo XX, sez. I, dedicato alle disposizioni generali sull'assicurazione, non sono applicabili all'assicurazione sulla vita.

Così, l'art. 1900 c.c., il quale esclude l'indennizzabilità dei sinistri cagionati con dolo o colpa grave dell'assicurato, salvo patto contrario per i casi di colpa grave, essendo ritenuto espressione del principio indennitario non è considerato applicabile all'assicurazione sulla vita [FANELLI, op. cit., 115; sulla *ratio* dell'art. 1900 v. ROSSETTI, op. cit., 771 e la dottrina ivi citata], la cui disciplina consente invece, ai sensi dell'art. 1927 c.c., di indennizzare anche il sinistro cagionato dal suicidio dell'assicurato.

Ancora, nonostante anche l'assicurazione per conto di chi spetta, come quella per conto altrui, sia disciplinata dall'art. 1891 all'interno del capo dedicato all'assicurazione in generale, tale tipo di assicurazione è unanimemente ritenuta applicabile solo all'assicurazione contro i danni [v. BUTTARO, voce *Assicurazione contro i danni*, in *Enc. dir.*, III, Giuffrè, 1958, 497 ss.; DONATI, *Il diritto del contratto di assicurazione. Sez. I. I principi generali del contratto di assicurazione*, cit., 67 ss.; FANELLI, op. cit., 444 ss.; cfr. DE GREGORIO e FANELLI, op. cit., 37; in giurisprudenza v. Cass., sez. un., 18 aprile 2002, n. 5556, cit.]

L'interpretazione fornita dalla Suprema Corte, dunque, contrasta anche con la volontà del legislatore il quale, assoggettando sia l'assicurazione per conto altrui sia quella per conto di chi spetta alle regole – la cui *ratio* è stata esposta – contenute nell'art. 1891 c.c., dimostra di ritenere le due assicurazioni equivalenti quanto al loro fondamento, che in entrambe è appunto il principio indennitario [in tal senso v. Cass., sez. un., 18 aprile 2002, n. 5556, op. cit.]

I due contratti di assicurazione per conto, invero, si distinguono solo per il momento di determinazione del soggetto assicurato, che in un caso è individuato sin dal momento della conclusione del contratto e nell'altro sarà individuato al momento del sinistro, e per la diversa funzione perseguita, che nell'assicurazione per conto altrui è la gestione degli interessi altrui e in quella per conto di chi spetta è la circolazione della copertura assicurativa per effetto del trasferimento della proprietà del bene assicurato, ma per il resto vale per l'una e per l'altra la disciplina di cui all'art. 1891 c.c. [v. DE GREGORIO e FANELLI, op. cit., 32; PIRILLI, op. cit., 16-17].

Ai motivi di ordine generale e teorico ostativi all'applicabilità dell'art. 1891 c.c. ai contratti di assicurazione sulla vita, inoltre, si aggiunge il fatto che nel contratto oggetto della sentenza in commento manca la dissociazione tra la persona del contraente e quella dell'assicurato, necessaria, secondo autorevole dottrina, per configurare la fattispecie di cui all'art. 1891 c.c. [CORRIAS, op. cit., 136; v. anche MAZZOLA, *La clausola di vincolo nei contratti di assicurazione: profili qualificatori*, in *Riv. dir. banc.*, 2022, 3, 459; DE GREGORIO-FANELLI, cit., 24].

Se anche si ammettesse la compatibilità tra l'art. 1891 c.c. e l'assicurazione sulla vita, vi è che nell'assicurazione per conto altrui l'assicurato – che è anche beneficiario ex art. 1891 c.c. – deve essere persona diversa dal contraente; se però nell'assicurazione sulla vita il soggetto assicurato è il portatore del rischio – la persona dalla cui morte o dalla cui sopravvivenza dipende la prestazione dell'assicuratore [in giurisprudenza v. Cass., 13 maggio 1977, n. 1883, in *Ass.*, 1978, II, 996]–, allora non può ritenersi conclusa per conto altrui un'assicurazione stipulata dal contraente sulla propria vita.

Nella fattispecie infatti il mutuatario era anche il portatore del rischio ed il contraente, circostanza che è ostativa alla sussistenza di una assicurazione per conto altrui.

Come affermato dalla Suprema Corte, il mutuatario era da considerarsi contraente sia perché aveva stipulato l'unico contratto assicurativo enucleabile nella fattispecie, sia perché era il soggetto obbligato al pagamento del premio assicurativo. La banca non

poteva invece ritenersi contraente di una assicurazione stipulata per conto del mutuatario, dovendo invece qualificarsi l'accordo banca-assicurazione come contratto normativo che predeterminava soltanto le condizioni generali applicabili ai mutuatari che in futuro avessero stipulato un'assicurazione, senza però contenere due elementi essenziali di tale contratto come il premio e il rischio.

Nonostante la scarsa intelligibilità del contratto assicurativo si deve poi ritenere, in ossequio al canone ermeneutico sancito dall'art. 1367 c.c., che il contraente fosse anche il titolare dell'indennizzo e, dunque, il beneficiario.

Il conferimento da parte del mutuatario di un mandato irrevocabile alla banca ad incassare l'indennizzo, espressamente previsto dal contratto, non avrebbe invero alcun senso se beneficiario – cioè creditore del diritto all'indennizzo – fosse la banca mutuante [per una definizione di beneficiario ROSSETTI, op. cit., 693], ciò che avrebbe peraltro richiesto, ai sensi dell'art. 1919, 2° comma c.c., il consenso del terzo alla stipula del contratto di assicurazione.

Al contrario, in base alla sentenza l'art. 8 delle condizioni generali attribuiva alla banca – qualificata contraddittoriamente come contraente, sebbene, come detto, contraente dovesse ritenersi il mutuatario – solo il “beneficio delle prestazioni”, previsione, questa, di per sé neutra al fine di ritenere sussistente una assicurazione per conto altrui.

Ed infatti ciò equivale a determinare un vantaggio puramente economico per la banca ma non ad attribuirgli alcuna situazione giuridica verso l'assicuratore. Il conseguimento del vantaggio del terzo è però compatibile anche con una assicurazione per conto proprio e non è, quindi, indice di assicurazione per conto di terzi: così, l'assicurazione dell'affittuario del fondo rustico contro la mancata produzione o la perdita dei frutti (art. 1635 c.c.) resta un'assicurazione per conto proprio, in quanto è l'affittuario l'interessato al non verificarsi della perdita dei frutti, pur se dall'assicurazione trae vantaggio il proprietario del fondo [così VENDITTI, op. cit., 119].

L'obiezione più dirimente alla configurabilità di un'assicurazione per conto altrui risiede però nella previsione di un mandato a favore della banca: accedendo all'interpretazione della Suprema Corte, per la quale le polizze dei clienti della banca erano stipulate da questi per conto sia proprio, sia della banca [Cass., 11 luglio 2022, n. 21863, op. cit., par. 2.6.1., 12.], nella fattispecie quest'ultima sarebbe al contempo mandataria all'incasso dell'indennizzo e il soggetto per conto del quale il contratto è stipulato, e il mutuatario contraente rivestirebbe al tempo stesso il ruolo di mandante e di soggetto che agisce nell'interesse altrui.

Non potrebbe ovviamente assumere rilievo l'interesse della banca all'esecuzione del mandato, il quale, se è tale da configurare un mandato in *rem propriam*, non implica mai però un agire anche per conto del mandatarario [LUMINOSO, *Mandato, commissione, spedizione*, cit., 96].

Se la banca in quanto mera mandataria all'incasso non era beneficiaria, nemmeno gli eredi del contraente erano qualificabili come tali, ma, tutt'al più, destinatari indiretti, poiché l'indennizzo avrebbe potuto pervenirgli solo *jure haereditario* [sulla distinzione tra destinatario indiretto e beneficiario DONATI, *Il diritto del contratto di assicurazione. Sez. I. I principi generali del contratto di assicurazione*, cit., 63-64]; quando però il diritto alla prestazione assicurativa rientra nell'asse ereditario la relativa situazione giuridica non rinviene più il suo fondamento nel contratto, come dovrebbe avvenire ai sensi dell'art. 1891 c.c., ma nella successione *mortis causa*.

Gli eredi dunque traevano dalla stipula della polizza assicurativa sulla vita soltanto un vantaggio indiretto, in quanto il versamento dell'indennità alla banca li teneva indenni da qualunque pretesa di quest'ultima nei loro confronti, quali eredi del *de cuius*; di conseguenza non potevano ritenersi i soggetti per conto del quale il contraente agiva non essendo qualificabili né come assicurati né come beneficiari.

Tuttavia ciò non significa che gli eredi non fossero legittimati a chiedere all'assicuratore di versare l'indennizzo alla banca per estinguere il mutuo: subentrando *jure haereditario* al *de cuius* gli eredi erano divenuti titolari del diritto all'indennizzo assicurativo e potevano esigere l'adempimento del mandato all'incasso a favore della banca, che in conformità all'art. 1723, 2° comma c.c. non si era estinto per morte del

mandante, essendo stato conferito dal *de cuius* per estinguere il mutuo e, dunque, anche nell'interesse della banca mutuante [per la dottrina l'interesse del mandatario *in rem propriam* è quello il cui soddisfacimento postula l'attuazione del mandato: v. per tutti LUMINOSO, *Mandato, commissione, spedizione*, cit., 95-96].

In conclusione, per i motivi esposti il contratto *de quo* deve più correttamente qualificarsi come assicurazione sulla propria vita stipulata dal mutuatario per conto proprio ed a proprio favore, con il contemporaneo conferimento di un mandato all'incasso a favore della banca.

Bibliografia essenziale

- ASCARELLI, *Sul concetto unitario del contratto di assicurazione*, in ID., *Studi in tema di contratti*, Giuffrè, 1952, 353
- BARISON e GAGLIARDI, *sub Art. 1919*, in *Codice civile. Commentario* fondato da Schlesinger, diretto da Busnelli, Giuffrè, 2014
- BUTTARO, *voce Assicurazione sulla vita*, in *Enc. dir.*, III, Giuffrè, 1958, 609
- CORRIAS, *Il contratto di assicurazione. Profili funzionali e strutturali*, Esi, 2016
- CORRIAS, *Le assicurazioni sulla vita*, nel *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da Cicu e Messineo e continuato da Mengoni, IV, Giuffrè, 2021
- DE GREGORIO e FANELLI, *Diritto delle assicurazioni, vol. II. Il contratto di assicurazione*, Giuffrè, 1987
- DONATI, *Il diritto del contratto di assicurazione. Sez. I. I principi generali del contratto di assicurazione*, in *Trattato del diritto delle assicurazioni private*, vol. II, Giuffrè, 1954
- DONATI, *Il diritto del contratto di assicurazione. Sez. II: La disciplina delle singole specie (rami) di assicurazione*, in *Trattato del diritto delle assicurazioni private*, vol. III, Giuffrè, 1956
- FANELLI, *Le assicurazioni*, nel *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da Cicu e Messineo, XXXVI, 1, Giuffrè, 1973
- LUMINOSO, *Mandato, commissione, spedizione*, nel *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da Cicu e Messineo e continuato da Mengoni, XXXII, Giuffrè, 1984
- MAZZOLA, *Polizze vita e assicurazione «per conto altrui»*, in *Resp. civ. e prev.*, 2019, 6, 2135
- MAZZOLA, *Sul concetto di interesse nel contratto di assicurazione: inquadramento teorico e profili applicativi*, in *Riv. dir. civ.*, 2019, 5, 1200
- MAZZOLA, *La clausola di vincolo nei contratti di assicurazione: profili qualificatori*, in *Riv. dir. banc.*, 2022, 3, 455
- PIRILLI, *Il contratto di assicurazione per conto*, Esi, 2013
- PURCARO, *L'assicurazione per conto altrui*, Giuffrè, 1996
- ROSSETTI, *Il diritto delle assicurazioni*, III, *L'impresa di assicurazione. Il contratto in generale*, Cedam, 2013
- VENDITTI, *L'assicurazione di interessi altrui*, Jovene, 1961

CONTRATTO E
PERSONA

Verso la (ri-)contrattualizzazione della responsabilità sanitaria? Alcune osservazioni sulla proposta di legge n. 1321 all'esame della Camera *

di MIRKO FACCIOLI

Professore associato di Diritto Privato
Università di Verona

(CAMERA DEI DEPUTATI, p.d.l. n. 1321, del 30 ottobre 2018, recante «modifiche alla legge 8 marzo 2017, n. 24, al codice di procedura civile e alle disposizioni per la sua attuazione nonché alle norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del codice di procedura penale, in materia di responsabilità sanitaria»)

Abstract

Lo scritto analizza la proposta di legge n. 1321 in materia di responsabilità sanitaria attualmente all'esame della Camera dei Deputati.

This article analyses the law proposal n. 1321 on medical liability currently being examined by the Chamber of Deputies.

Sommario: 1. Introduzione: la proposta di modifica dell'art. 7 della Legge Gelli-Bianco; 2. Il riconoscimento normativo della responsabilità per difetto di organizzazione delle strutture sanitarie; 3. La riconduzione nell'alveo contrattuale della responsabilità del medico non direttamente contraente con il paziente; 4. La mancata riproduzione delle disposizioni dell'art. 7 della Legge Gelli-Bianco estranee al tema della natura della responsabilità sanitaria; 5. Conclusioni.

1. Introduzione: la proposta di modifica dell'art. 7 della Legge Gelli-Bianco

È da qualche mese iniziato alla Camera dei Deputati l'esame di una proposta di legge, la n. 1321 del 30 ottobre 2018, che mira a modificare la disciplina della responsabilità sanitaria contenuta nella c.d. Legge Gelli-Bianco (l. 8 marzo 2017, n. 24) nonché alcune disposizioni del codice di procedura civile e del codice di procedura penale sempre collegate alla materia della *medical malpractice*.

Tra le innovazioni previste dal d.d.l. spicca senz'altro per importanza la sostituzione dell'attuale formulazione dell'art. 7 della legge testé menzionata con un testo, rubricato «Contratto di assistenza sanitaria e responsabilità medica», del seguente tenore: «Le strutture sanitarie e sociosanitarie pubbliche e private e l'esercente la professione sanitaria rispondono, nei confronti del paziente, ai sensi degli articoli 1218, 1223 e 1228 del codice civile. Le strutture sanitarie rispondono anche per i danni alle persone o alle cose derivanti dall'inadeguata organizzazione, dalla carenza e dall'inefficienza delle dotazioni o delle attrezzature delle medesime strutture sanitarie».

La prospettiva di una siffatta novella della Legge Gelli-Bianco suscita diverse riflessioni, delle quali si cercherà di fornire un quadro d'insieme nelle pagine che seguono.

2. Il riconoscimento normativo della responsabilità per difetto di

* Il presente contributo è stato sottoposto a valutazione in forma anonima ed è stato pubblicato in anteprima su rivistapactum.it il 22.7.2022.

organizzazione delle strutture sanitarie

Partendo dai rilievi di segno – almeno in qualche misura – positivo, alla proposta di legge può essere innanzitutto riconosciuto il merito di recepire nel diritto vigente, tramite la seconda frase dell’articolo in commento, la figura della responsabilità civile per c.d. difetto di organizzazione delle strutture sanitarie già da tempo riconosciuta dall’elaborazione giurisprudenziale e dottrinale in materia di *medical malpractice*. Si tratta, beninteso, di un’operazione non necessaria, posto che al fine di fondare la responsabilità in esame è sempre stato sufficiente il ricorso alla disciplina generale del contratto e delle obbligazioni contenuta nel codice civile nonché, nei tempi più recenti, il riferimento, compiuto dall’art. 1 della stessa Legge Gelli-Bianco, all’esigenza di perseguire l’obiettivo della «sicurezza delle cure» (anche) mediante «l’utilizzo appropriato delle risorse strutturali, tecnologiche e organizzative» a disposizione degli enti nosocomiali. La proposta di legge sarebbe, quindi, decisamente più utile se, anziché limitarsi a riconoscere la responsabilità per disfunzioni organizzative delle strutture sanitarie, scendesse a regolarne alcuni aspetti che appaiono controversi, specialmente in dottrina: primo fra tutti, il criterio di imputazione, che alcuni intendono in termini oggettivi secondo la logica della responsabilità d’impresa mentre altri improntano al principio della colpa generalmente applicato per valutare la responsabilità individuale dell’operatore sanitario. Va poi evidenziato che, sempre alla luce della sistemazione corrente della materia, anche il singolo professionista sanitario può essere coinvolto nelle fattispecie di responsabilità in esame ed essere chiamato a rispondere del difetto di organizzazione dell’ente nel quale egli opera, ciò che la proposta di legge invece omette di evidenziare nel momento in cui testualmente riferisce la responsabilità di cui si discute solamente alle strutture sanitarie e non anche al personale medico [su tutto questo, v. FACCIOLI, *La responsabilità civile per difetto di organizzazione delle strutture sanitarie*, Pacini, 2018].

3. La riconduzione nell’alveo contrattuale della responsabilità del medico non direttamente contraente con il paziente

Rispetto alla previsione sopra esaminata, si presenta senza dubbio più dirompente la prima parte del nuovo testo dell’art. 7 della Legge Gelli-Bianco contenuto nella proposta. Al di là di un richiamo all’art. 1223 c.c. francamente incomprensibile e di un rinvio all’art. 1228 c.c. tutto sommato superfluo, tale disposizione infatti riconduce all’ambito dell’inadempimento delle obbligazioni ex art. 1218 c.c. la responsabilità, oltre che delle strutture sanitarie, dell’esercente la professione sanitaria, considerando tale figura in termini generali ed onnicomprensivi: obiettivo dichiarato della norma è, come si legge nella relazione di accompagnamento al d.d.l., «rendere costituzionalmente accettabile [...] la responsabilità civile del medico, facendola ritornare sotto l’alveo della responsabilità contrattuale». Ciò evidentemente presuppone che si ritenga contrastante con la Carta fondamentale l’attuale formulazione dell’art. 7, comma 3, della Legge Gelli-Bianco nella misura in cui stabilisce che, salva l’avvenuta stipulazione di un contratto con il destinatario della prestazione sanitaria, il medico risponde in via aquiliana; e in mancanza di ulteriori indicazioni nella relazione di accompagnamento, è facile immaginare che i redattori della proposta di legge reputino insufficiente la tutela offerta al paziente danneggiato dal regime della responsabilità extracontrattuale.

Il risultato della riforma sarebbe, pertanto, costituito da una sorta di restaurazione *ex lege* del regime pancontrattualistico della responsabilità del medico, anche non direttamente contraente con il paziente, in passato reso possibile dall’impiego giurisprudenziale della nota teoria del c.d. contatto sociale [per una disamina critica del quale, v. C. CASTRONOVO, *Responsabilità civile*, Giuffrè, 2018, 521 ss.; ZACCARIA, voce *Contatto sociale*, in *Dig. disc. priv. - Sez. civ.*, Agg. XI, Utet, 2018, 85 ss.] e successivamente superato dallo stesso legislatore, dapprima – e in maniera, a dire il vero, alquanto incerta – con la disciplina dettata dall’art. 3 della c.d. Legge Balduzzi (l. 8 novembre 2012, n. 189) e in un secondo momento con la disposizioni attualmente

contenute proprio nell'art. 7, comma 3, della Legge Gelli-Bianco [la questione è assai nota, anche al di fuori della cerchia di coloro che si occupano da vicino di questo settore della responsabilità civile: per una sintesi v., per tutti, C. SCOGNAMIGLIO, *Il nuovo volto della responsabilità del medico. Verso il definitivo tramonto della responsabilità da contatto sociale?*, in *Resp. med.*, 2017, 1, 35; ID., *Regole di condotta, modelli di responsabilità e risarcimento del danno nella nuova legge sulla responsabilità sanitaria*, in *Corr. giur.*, 2017, 6, 740].

Orbene, a fronte di un così radicale ed estemporaneo mutamento di politica del diritto non si può che rimanere a dir poco perplessi, specie se si considera che la decisione di mettere fuori gioco la teoria del contatto sociale in ambito sanitario e qualificare come extracontrattuale la responsabilità del medico che non intrattiene un rapporto contrattuale diretto con il paziente era stata dichiaratamente motivata da un obiettivo, quello di contrastare il fenomeno della c.d. medicina difensiva [sul quale v., fra gli altri, GRANELLI, *Il fenomeno della medicina difensiva e la legge di riforma della responsabilità sanitaria*, in *Resp. civ. e prev.*, 2018, 2, 410; MARCHISIO, *Evoluzione della responsabilità civile medica e medicina "difensiva"*, in *Riv. dir. civ.*, 2020, 1, 189], che appare ben difficile immaginare sia stato nel frattempo debellato dall'avvento della Legge Gelli-Bianco, del resto avvenuto solamente cinque anni orsono.

Così come l'intervento realizzato con la legge da ultimo menzionata, solleva, inoltre, non pochi dubbi anche la rinnovata opzione del *conditor iuris* per una tecnica legislativa, da più parti a suo tempo additata come anomala, consistente nel qualificare in via normativa una categoria di ipotesi della realtà concreta sussumendola nel paradigma dell'inadempimento dell'obbligazione, anziché, come sarebbe normale che avvenga, predisporre la disciplina della medesima e lasciare all'interprete il compito di ricostruirla: se il fine ultimo della proposta di legge è, come sembra potersi intuire dal pur generico richiamo alla Costituzione contenuto nella relazione illustrativa, la predisposizione di un regime di responsabilità del medico più favorevole per il paziente rispetto a quello attuale, sarebbe certamente più appropriato e coerente con le prerogative del legislatore introdurre una disciplina speciale della responsabilità in discorso caratterizzata da proprie regole in materia di riparto dell'onere della prova, di durata del termine prescrizione, di ambito del danno risarcibile, e così via, eventualmente costruite prendendo a modello quelle della responsabilità contrattuale [su questi aspetti, cfr. SCOGNAMIGLIO, *Il nuovo volto*, cit., 40; ID, *Regole di condotta*, cit., 747 s.].

Che la (ri-)contrattualizzazione della responsabilità del medico [rovesciando l'intitolazione del contributo di CALVO, *La «decontrattualizzazione» della responsabilità sanitaria*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2017, 3, 453] divisata dalla proposta di legge costituisca un effettivo vantaggio per il paziente è, del resto, un ulteriore aspetto sul quale è lecito dubitare. Come è stato rilevato dalla più attenta dottrina, le peculiarità della responsabilità sanitaria fanno sì che le diversità in punto di onere della prova e di prescrizione tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale possano non essere in grado di influenzare in maniera decisiva l'esito del processo in favore piuttosto che a sfavore della vittima di *medical malpractice*: dal punto di vista probatorio, le differenze appaiono fortemente ridimensionate dal sempre possibile impiego da parte della giurisprudenza, pure nell'applicazione dell'art. 2043 c.c., di meccanismi presuntivi in favore del paziente basati sul c.d. principio di vicinanza della prova e sul brocardo *res ipsa loquitur* nonché dagli accertamenti sulla responsabilità del professionista compiuti in sede di consulenza tecnica; per quanto poi concerne la prescrizione, va rilevato che il paziente, anche nell'improbabile ipotesi in cui decidesse di agire a distanza di più di cinque anni dall'evento lesivo sotto il regime aquiliano, verrebbe comunque a giovare di un orientamento giurisprudenziale, a lui particolarmente favorevole, che ricollega il *dies a quo* in materia di danno alla salute al momento dall'esteriorizzazione dello stesso quale oggettivamente percepibile e riconoscibile dal danneggiato non solo come lesione della propria integrità psicofisica, ma anche sotto il profilo della riferibilità causale al contegno di uno o più responsabili [per queste considerazioni v., fra gli altri, PARDOLESI, *Chi (vince e chi) perde nella riforma della responsabilità sanitaria*, in *Danno resp.*, 2017, 3, 265; FRANZONI, *La nuova responsabilità in ambito sanitario*, in *Resp. med.*, 2017, 1, 10 s.;

GRANELLI, *La riforma della disciplina della responsabilità sanitaria: chi vince e chi perde?*, in *Contratti*, 2017, 4, 381; SALANITRO, *Sistema o sottosistema? La responsabilità sanitaria dopo la novella*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, 11, 1681 s.]. Tutto questo senza contare che la riconduzione della responsabilità del medico all'ambito extracontrattuale comporta addirittura un vantaggio per il paziente nel momento in cui gli attribuisce la possibilità, normalmente esclusa in ambito contrattuale dall'art. 1225 c.c., di pretendere il risarcimento dei danni imprevedibili.

4. La mancata riproduzione delle disposizioni dell'art. 7 della Legge Gelli-Bianco estranee al tema della natura della responsabilità sanitaria

A tutto quanto finora visto va poi aggiunto che l'attuale formulazione dell'art. 7 della Legge Gelli-Bianco non si limita a disciplinare la natura della responsabilità medica.

In luogo del generico e sostanzialmente inutile rinvio all'art. 1228 c.c. effettuato dalla proposta di legge in esame, i primi due commi della norma vigente dettano importanti precisazioni circa la sfera di applicazione della responsabilità del debitore per fatto degli ausiliari nell'ambito sanitario, estendendo il campo di applicazione dell'istituto al di là dei limiti che lo caratterizzano secondo l'interpretazione tradizionale. Risolvendo diversi dubbi ermeneutici suscitati dalla disciplina codicistica, l'art. 7 della Legge Gelli-Bianco in particolare stabilisce che vanno considerati ausiliari della struttura sanitaria ai sensi dell'art. 1228 c.c.: il medico libero professionista di fiducia del paziente che, avvalendosi delle apparecchiature nonché del personale paramedico e infermieristico messi a disposizione dall'ente, al quale egli non è però legato da alcun rapporto di lavoro o di servizio, provvede personalmente ad eseguire il trattamento sanitario sulla base di un contratto d'opera professionale personalmente stipulato con il malato; il medico pubblico dipendente nel corso dello svolgimento di attività libero-professionale *intramoenia*, della quale è controversa la riferibilità all'ambito dell'attività istituzionale coinvolgente la responsabilità dell'amministrazione sanitaria; il medico che opera in regime di convenzione con il S.S.N., l'attività del quale sarebbe assai difficilmente riconducibile all'amministrazione medesima laddove si faccia applicazione dei principi generali in materia di responsabilità vicaria desumibili dagli artt. 1228 e 2049 c.c. [su questi aspetti v., *amplius*, FACCIOLI, *La nuova disciplina della responsabilità sanitaria di cui alla legge n. 24 del 2017 (c.d. "Legge Gelli-Bianco"): profili civilistici (Prima parte)*, in *St. iuris*, 2017, 5, 659; CERDONIO CHIAROMONTE, *Responsabilità per fatto degli ausiliari e incarico contrattuale diretto al medico: il dubbio ruolo della casa di cura privata*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, 2, 489; BACHELET, *Il rapporto tra ASL e medico di base nel sistema riformato della responsabilità sanitaria*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, 3, 777].

Il comma 4 dell'art. 7 della Legge Gelli-Bianco prevede poi che il danno conseguente a *medical malpractice* vada risarcito sulla base delle tabelle di cui agli articoli 138 e 139 del cod. ass. priv. di cui al d.lgs. 7 settembre 2005, n. 209, incidendo quindi sul profilo della quantificazione del risarcimento del danno da responsabilità sanitaria. Dello stesso tema si occupa pure la seconda parte del comma 3 della norma, la quale istituisce una correlazione fra il *quantum* del risarcimento spettante al paziente danneggiato e le modalità soggettive della condotta tenuta dal professionista sanitario con riguardo all'obbligo, contenuto nell'art. 5 del provvedimento, di attenersi alle raccomandazioni contenute nelle linee guida pubblicate nel sito internet dell'Istituto superiore di sanità oppure, in loro mancanza, alle buone pratiche clinico-assistenziali [per maggiori ragguagli in argomento, v. FACCIOLI, *La quantificazione del danno nella responsabilità sanitaria secondo la Legge Gelli-Bianco (art. 7, commi 3 e 4, l. n. 24 del 2017)*, in *Contr. e impr.*, 2020, 3, 1045; M. ASTONE, *La nuova disciplina del danno non patrimoniale da illecito sanitario e l'art. 7, commi 3 e 4, della legge n. 24/2017*, in *Resp. civ. e prev.*, 2019, 3, 742; GUFFANTI PESENTI, *Il ruolo della condotta del medico nella quantificazione del risarcimento. Note sull'art. 7, co. 3, l. 8-3-2017 n. 24*, in *Eur. dir.*

priv., 2017, 4, 1499; SACCONI, *Condotta dell'esercente la professione sanitaria e quantificazione del risarcimento*, in *Resp. civ. e prev.*, 2018, 4, 1351].

L'ultimo comma dell'art. 7 della Legge Gelli-Bianco, infine, attribuisce natura imperativa «ai sensi del codice civile» alle disposizioni finora esaminate, con l'effetto di comminare la nullità – per fare solo un esempio, in ampia misura peraltro già deducibile dall'art. 1229 c.c. – delle clausole, eventualmente inserite nel contratto stipulato dal paziente con il nosocomio e/o il professionista sanitario, che escludano o limitino la responsabilità di questi ultimi [SALANITRO, op. cit., 1680, nt. 21].

In questa sede non è certo possibile affermarsi a valutare la bontà e la razionalità di tutte le disposizioni testé riferite. Ciò che però preme evidenziare è che le stesse non vengono riprese dalla proposta di legge e sarebbero pertanto destinate a scomparire dall'ordinamento con l'approvazione della medesima: le ragioni di tale scelta, di nuovo in contrasto con le opzioni di politica del diritto esercitate dal legislatore solo qualche anno addietro, non vengono esplicitate dalla relazione di accompagnamento al d.d.l. ed appaiono, invero, assai difficili da comprendere per chi voglia approcciarsi alla materia con un minimo di razionalità.

5. Conclusioni

La responsabilità civile sanitaria è recentemente entrata in un processo di profondo cambiamento: nel giro di pochi anni, alle innovazioni introdotte in via normativa dalla Legge Gelli-Bianco (e prima ancora dalla Legge Balduzzi) nonché dalla l. 22 dicembre 2017, n. 219 in tema di consenso informato [sulla quale v. SALANITRO, *Il consenso, attuale o anticipato, nel prisma della responsabilità medica*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2019, 1, 125] si è aggiunto il *restatement* giurisprudenziale operato dalle note pronunce della Suprema Corte di “San Martino 2019” [Cass., 11 novembre 2019, nn. 28985-28994, tutte pubblicate e commentate in PARDOLESI (a cura di), *Responsabilità sanitaria in Cassazione: il nuovo corso tra razionalizzazione e consolidamento*, *Foro it.*, 2020, fasc. spec. n. 1], che nel confronto con l'elaborazione dottrinale si erano sforzate di creare un complesso di regole e di principi in tema di *medical malpractice* condiviso dalla comunità degli interpreti e capace di assicurare la prevedibilità e la controllabilità delle future decisioni in materia.

Proprio quando stava entrando nel vivo l'approfondimento dottrinale delle pronunce di cui sopra, la pandemia da Covid-19 ha nuovamente scosso il mondo della responsabilità sanitaria sollevando l'interrogativo circa la necessità dell'introduzione di una disciplina *ad hoc* per affrontare il contenzioso giudiziario che prevedibilmente scaturirà dalle vicende coinvolgenti pazienti affetti dal virus: interrogativo poi risolto in senso negativo dalla grande maggioranza degli studiosi [cfr. il documento dell'Associazione Civilisti Italiani *Una riflessione ed una proposta per la migliore tutela dei soggetti pregiudicati dagli effetti della pandemia*], i quali non hanno peraltro mancato di evidenziare come le controversie scatenate dalla pandemia senz'altro condurranno ad ulteriori aggiustamenti e risistemazioni dello strumentario giuridico attualmente esistente [v., fra i tanti, SCOGNAMIGLIO, *La pandemia Covid-19 tra funzioni della responsabilità civile e modelli indennitari*, in *Jus*, 2021, 1, 131; D'ADDA, *Pandemia e modelli «dogmatici» di responsabilità sanitaria*, in *Riv. dir. civ.*, 2021, 3, 451].

Da ultimo, merita di essere altresì evidenziato che le soluzioni implementate, in via legislativa o pretoria, nel settore della responsabilità sanitaria hanno non di rado importanti ricadute di ben più ampia portata su profili generali dell'obbligazione e della responsabilità civile, producendone una sorta di “medicalizzazione” [A.M. BENEDETTI, *Verso una “medicalizzazione” della responsabilità contrattuale? Esercizi di discutibile riscrittura dell'art. 1218 c.c.*, in *Giustiziacivile.com*, nota a sentenza del 28 gennaio 2020] della quale è molto spesso difficile prevedere l'ambito, le dimensioni e la portata pratica: ciò che evidentemente costituisce una ragione in più per impiegare attenzione e prudenza nell'apportare modifiche alle norme di legge che disciplinano la *medical malpractice*.

Alla luce di tutto quanto sopra considerato, appare, quindi, piuttosto agevole concludere che il comparto della responsabilità sanitaria di tutto può avere bisogno

tranne che di essere ulteriormente riformato con una disposizione scarna, problematica e dalle motivazioni per larga parte incomprensibili qual è quella prevista dalla proposta di legge n. 1321 con riguardo all'art. 7 della Legge Gelli-Bianco.

Bibliografia essenziale

ALPA (a cura di), *La responsabilità sanitaria. Commento alla l. 8 marzo 2017, n. 24*, Pacini, 2017
CASTRONOVO C., *Swinging malpractice. Il pendolo della responsabilità medica*, in *Eur. dir. priv.*, 2020, 3, 847

DONADIO, *Responsabilità sanitaria*, in Navarretta (a cura di), *Codice della responsabilità civile*, Giuffrè, 2021, 2232

FACCIOLI e TROIANO (a cura di), *Risarcimento del danno e assicurazione nella nuova disciplina della responsabilità sanitaria (l. 8 marzo 2017, n. 24)*, Esi, 2019

GELLI, HAZAN e ZORZIT (a cura di), *La nuova responsabilità sanitaria e la sua assicurazione. Commento sistematico alla legge 8 marzo 2017, n. 24 (cd. Legge Gelli)*, Giuffrè, 2017

DE MATTEIS, *Le responsabilità in ambito sanitario. Il regime binario: dal modello teorico ai risvolti applicativi*, Cedam, 2017

DI MAJO, *La salute responsabile*, Giappichelli, 2018

IUDICA (a cura di), *La tutela della persona nella nuova responsabilità sanitaria*, Giuffrè, 2019

MEOLI, SICA e STANZIONE (a cura di), *Commentario alla legge 8 marzo 2017, n. 24*, Esi, 2018

ROMAGNOLI (a cura di), *La responsabilità sanitaria tra continuità e cambiamento*, Esi, 2018

RUFFOLO (a cura di), *La nuova responsabilità medica*, Giuffrè, 2018

VOLPE (a cura di), *La nuova responsabilità sanitaria dopo la riforma Gelli-Bianco (legge n. 24/2017)*, Zanichelli, 2018