

# Pactum Online

Rivista telematica di diritto dei contratti

[www.rivistapactum.it](http://www.rivistapactum.it)

Rivista semestrale

Gennaio - Giugno 2024

1

## DIREZIONE SCIENTIFICA

Luigi Balestra

Elena Bargelli

Alberto Maria Benedetti

Alessandro D'Adda

Ugo Salanitro

Claudio Scognamiglio

Stefano Troiano

ISSN 2785-552X

  
**Pacini  
Giuridica**

# Pactum Online

## **Direzione**

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

## **Advisory Board**

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

## **Comitato di Redazione**

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

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

## **La revisione dei contributi pubblicati in questo fascicolo è stata effettuata da:**

Edoardo Bacciardi; Vittorio Bachelet; Giulia Donadio; Francesca Episcopo; Maria Samantha Esposito; Alfio Guido Grasso; Nicoletta Muccioli; 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

**SEZIONE I - COMMENTI**

ELENA BARGELLI, Chi ha paura dell'ingiustificato arricchimento?	4
ALBERTO MARIA BENEDETTI, Società non quotate, recesso convenzionale, controllo di buona fede (prime impressioni su Cass. 29 gennaio 2024, n. 2629)	13
FRANCESCA BENATTI, La redazione di un contratto tra clausole standard e negoziate: profili comparatistici	18
UGO SALANITRO, "L'inadempimento anticipato" e "La garanzia nel diritto dei contratti": a proposito di due recenti monografie? *	30

**SEZIONE II - NOTE****OBBLIGAZIONI****Obbligazioni pecuniarie**

CARLOTTA DE MENECH, Interessi "maggiorati" in pendenza di lite. Riflessioni in attesa delle Sezioni Unite*	35
--	----

**Obbligazioni plurisoggettive**

GLORIA GIORGI, La comunione legale prevale sul principio di parziarietà delle obbligazioni con pluralità di creditori*	43
--	----

**CONTRATTO IN GENERALE****Oggetto del contratto**

DAVID ANTOGNETTI, Le Sezioni Unite sulla configurabilità di una servitù prediale di parcheggio*	52
---	----

**RESPONSABILITÀ E RIMEDI****Responsabilità contrattuale**

ELENA VERONA, Al vaglio delle Sezioni Unite la risarcibilità del danno da risoluzione del contratto di locazione per inadempimento del conduttore*	62
--	----

**Revocazione**

LEONARDO CORUCCI, L'ingiuria grave quale motivo di revocazione della donazione per ingratitudine: conferme dalla Cassazione*	75
--	----

**SINGOLI CONTRATTI****Donazione**

ANNA LAURA COGGI, Donazione <i>si praemioriar</i> , divieto di patti successori e "incertezza" dell'evento condizionante*	84
ALESSANDRO MECENATE, La validità delle donazioni con condizione sospensiva <i>si praemioriar</i> *	95

UGO SEBASTIANELLI, Donante morituro e condizione sospensiva di premorienza: atto *mortis causa* o donazione con effetti *post mortem*?\* 102

### **Locazione**

LEONIDA GRAGNOLI, La locazione di cosa futura, la qualificazione del contratto e la relativa disciplina\* 112

## **CONSUMO**

---

### **Clausole vessatorie**

VALENTINA NARDI, Clausole vessatorie nella mediazione atipica e confini del sindacato giudiziale\* 122

## **IMPRESA E MERCATO**

---

### **Codice dei contratti pubblici**

GIANMARIA BARAGGIOLI, Il nuovo Codice dei contratti pubblici: spunti di riflessione tra principi generali, garanzie fideiussorie e scelte delle stazioni appaltanti\* 132

## **BANCHE, INTERMEDIARI FINANZIARI E ASSICURAZIONI**

---

### **Concessione abusiva del credito**

NICOLA CAINERI ZENATI, La legittimazione attiva del curatore nell'ipotesi di concessione abusiva del credito alla luce della sentenza n. 1387/2023 della Corte di Cassazione\* 142

## **CONTRATTO E PERSONA**

---

### **Contratto atipico di mantenimento**

CIRO MARIA RUOCCO, Il contratto atipico di mantenimento: il fine assistenziale non esclude la patrimonialità della prestazione\* 149

sezione I

---

**COMMENTI**

# Chi ha paura dell'ingiustificato arricchimento?\*

di ELENA BARGELLI

Professoressa ordinaria di Diritto privato  
Università di Pisa

**Sommario:** 1. Sussidiarietà in astratto e in concreto: la “terza via” delle Sezioni Unite; – 2. Domanda di adempimento del contratto nullo e (falsa) deroga alla sussidiarietà; – 3. Il condivisibile rifiuto della sussidiarietà “in astratto” ad ampio spettro; – 4. È ammissibile l’azione di ingiustificato arricchimento «quando l’azione, teoricamente spettante all’impoverito, sia prevista da clausole generali»?; – 5. L’arricchimento indiretto: una proposta di riduzione teleologica della regola della sussidiarietà.

## 1. Sussidiarietà in astratto e in concreto: la “terza via” delle Sezioni Unite

La prima decisione delle Sezioni Unite della Cassazione sull’interpretazione del limite della sussidiarietà dell’azione di ingiustificato arricchimento induce a soffermare l’attenzione sulla rilevanza sistematica e pratica del principio di diritto da essa affermato <sup>(1)</sup>.

Lungi dall’essere un connotato consustanziale al divieto di arricchimento senza causa, la sussidiarietà, passata “oltre Reno” dal codice prussiano attraverso Aubry e Rau, ma apparentemente sconfessata dall’*arrêt Boudier*, viene infine proclamata dalla Corte di cassazione francese nel 1914 <sup>(2)</sup> e sancita nel codice civile del 1942 (art. 2042), in uno con l’introduzione del rimedio generale nell’art. 2041 c.c. <sup>(3)</sup>. Mentre non ve ne resta traccia nei codici appartenenti alla famiglia germanica (quello austriaco, tedesco e svizzero), né, successivamente, in quello olandese (Article 6:212), la recente riforma del *code français*, nell’introdurre espressamente il divieto di arricchimento ingiustificato («*En dehors des cas de gestion d’affaires et de paiement de l’indu, celui qui bénéficie d’un enrichissement injustifié au détriment d’autrui doit, à celui qui s’en trouve appauvri, une indemnité égale à la moindre des deux valeurs de l’enrichissement et de l’appauvrissement*»)<sup>(4)</sup>, ribadisce a chiare lettere il limite della sussidiarietà (art. 1303.3), riformulandolo in modo un po’ meno oscuro rispetto al precedente italiano: l’impoverito non può esperire l’azione di arricchimento se gli è offerta un’altra azione o si scontra con un ostacolo legale, come la prescrizione.

La formulazione testuale dell’art. 2042 c.c. ha lasciato spazio a interpretazioni varie, persino antitetiche: a una concezione “in astratto” – che vorrebbe l’azione preclusa in ragione della mera configurabilità di un’azione alternativa – se ne è contrapposta una “in concreto”, che rende ammissibile il rimedio dell’ingiustificato arricchimento quando quello alternativo sia stato perduto per una qualsiasi causa, giuridica o di fatto. Mentre la prima linea di pensiero è rimasta minoritaria nella dottrina <sup>(5)</sup>, ma è stata coltivata da un filone giurisprudenziale cospicuo (ricordato e richiamato dalle stesse Sezioni Unite),

\* Il presente contributo è stato pubblicato in anteprima su rivistapactum.it il 14.03.2024.

l'attitudine a restringere la sfera di applicazione della sussidiarietà, pur con una notevole varietà di articolazioni intermedie, ha trovato spazio in un consolidato orientamento teorico <sup>(6)</sup>.

La posizione abbracciata dalle Sezioni Unite si colloca nell'ampio e frastagliato terreno a metà fra i due poli, appoggiandosi, fra le varie *rationes* richiamate tradizionalmente a sostegno della sussidiarietà, al faro della "certezza del diritto". Dopo avere assunto come punto di partenza la concezione più rigida – l'inammissibilità dell'azione quando è prevista dall'ordinamento un'altra difesa per l'impoverito, ancorché questa sia stata perduta –, la Corte perviene infine ad ammettere e ad elencare due fondamentali situazioni in cui la sussidiarietà non opera.

La prima, abbastanza scontata e già sancita numerosi precedenti - fra cui uno delle stesse Sezioni Unite <sup>(7)</sup> -, ammette l'azione di ingiustificato arricchimento, in via sussidiaria, quando la domanda principale è basata su un contratto poi rivelatosi nullo.

La seconda consente di superare la sussidiarietà nei casi di carenza *ab origine* del titolo posto a fondamento della domanda principale.

## **2. Domanda di adempimento del contratto nullo e (falsa) deroga alla sussidiarietà**

A uno sguardo più attento si può dubitare che la prima delle due situazioni rappresenti una vera e propria deroga alla sussidiarietà dell'arricchimento senza causa. Infatti, la domanda fatta valere in via principale si basa su una *causa petendi* opposta - un contratto valido ed efficace - rispetto a quella che fonda la tutela di tipo restitutorio: ovvero, un titolo nullo. Completamente diverso, di conseguenza, è il *petitum* delle due azioni. Quando la domanda principale è di adempimento, ma il titolo invocato dall'attore è nullo, nessuna delle giustificazioni comunemente addotte a sostegno della sussidiarietà potrebbe essere richiamata: non vi è motivo di temere per la certezza del diritto, né vi è il rischio dell'elusione di limiti posti all'esercizio di azioni alternative o di duplicazioni di tutela. Viene persino da dubitare che vi sia spazio, in tali ipot., per invocare anche solo in astratto il limite della sussidiarietà, che ha ragione di sussistere là dove vi sia un minimo di analogia fra il rimedio principale e quello incardinato sull'art. 2041 c.c., che – come si evince dall'art. 2042 c.c. – ha ragione di sussistere là dove i rimedi concorrenti siano entrambi diretti a indennizzare un pregiudizio <sup>(8)</sup>.

Neppure l'ulteriore precisazione circa la preclusione dell'azione *ex art.* 2041 c.c. ove la nullità derivi dall'illiceità per contrasto con norme imperative o con l'ordine pubblico ha a che fare, a ben vedere, con il problema della sussidiarietà del rimedio in questione. Il precedente del 2010 citato nel testo della decisione, infatti, riguarda la prestazione di un servizio da parte di un professionista non iscritto all'albo: prestazione indebita che non solo non dà luogo alla pretesa al corrispettivo (art. 2231 c.c.), ma neppure può reggere la restituzione dell'arricchimento conseguito dal cliente sulla base dell'esecuzione unilaterale del contratto nullo <sup>(9)</sup>. Anche a volere ritenere appropriato, in un caso del genere, il riferimento all'azione di arricchimento - in luogo di quella di ripetizione dell'indebito -, la soluzione più corretta non sarebbe nel senso dell'inammissibilità per mancanza del requisito della sussidiarietà, per le stesse ragioni viste sopra; piuttosto, la domanda restitutoria è infondata, in quanto incompatibile con la causa della nullità del contratto (rendere *extra commercium* le prestazioni effettuate da chi non è iscritto a un albo professionale) <sup>(10)</sup>.

È, invece, centrato rispetto al problema della sussidiarietà il secondo tipo di situazioni che legittima l'attore ad agire per l'ingiustificato arricchimento pur in presenza, in astratto, di un'azione alternativa prevista dall'ordinamento: ovvero l'ipotesi di carenza *ab origine* del titolo posto a fondamento della domanda principale, per tale intendendosi la mancanza di un elemento costitutivo della fattispecie o presenza di uno impeditivo. L'ammissibilità dell'azione di ingiustificato arricchimento allorché sia accertata l'infondatezza *ab origine* dell'azione alternativa percorre la giurisprudenza della Cassazione anche prima della decisione delle Sezioni Unite <sup>(11)</sup>. Nel caso da cui è scaturita l'ordinanza di rimessione deriva da questa premessa l'ammissibilità dell'azione, perché la richiesta di risarcimento del danno precontrattuale era stata rigettata nei giudizi di merito per «la mancata dimostrazione della violazione della buona fede» quale presupposto dell'azione *ex art. 1337 c.c.*

La domanda fondata sull'art. 2041 c.c. non è invece ammessa allorché il diritto fatto valere in via principale sia decaduto o sia prescritto, oppure non sia stato assolto un qualche onere cui la legge subordinava la difesa dell'attore. È qui rievocato il *leit motiv* della perdita dell'azione principale imputabile al titolare: circostanza che gli sbarrerebbe il ricorso a un rimedio succedaneo, visto come mezzo per eludere cause di estinzione del diritto.

Dal punto di vista processuale, importante è l'affermazione del potere officioso del giudice di verifica del carattere residuale dell'azione di arricchimento proposta: una verifica che si impone non soltanto nel facile scenario in cui siano cumulate, nello stesso giudizio, una domanda principale e quella *ex art. 2041 c.c.*, ma anche quando sia stata presentata la sola domanda di restituzione dell'arricchimento senza causa. Torna, qui, la *ratio* della certezza del diritto e dell'economia processuale, ad evitare che la tutela ai sensi dell'art. 2041 c.c. venga riproposta dopo essere stata inizialmente dichiarata inammissibile e dopo il successivo rigetto della domanda alternativa.

### 3. Il condivisibile rifiuto della sussidiarietà "in astratto" ad ampio spettro

L'idea della sussidiarietà fatta propria dalle Sezioni Unite contiene un'apertura alla concezione "in concreto" che la differenzia dalla posizione più rigida accolta dalla decisione appellata e da alcuni precedenti, anche recenti, della stessa Suprema Corte <sup>(12)</sup>. L'ammissibilità dell'azione di ingiustificato arricchimento quando, pur sussistendo in astratto l'azione principale, la fattispecie concreta «sia risultata difettosa di qualche requisito» non è nuova nell'alquanto articolata giurisprudenza della Suprema Corte. Si noti che tale apertura porta all'accoglimento del ricorso che dà origine al pronunciamento delle Sezioni Unite: dove l'azione principale - di risarcimento del danno - era stata rigettata non perché in astratto inconcepibile, ma perché l'attore non era riuscito a provare, in concreto, uno dei suoi presupposti costitutivi, ovvero la scorrettezza della condotta imputata all'Amministrazione.

Tale apertura non può non essere condivisa, per almeno due ragioni.

Innanzitutto, negare l'azione di ingiustificato arricchimento allorché sia infondato un rimedio concorrente risponderebbe a una malintesa concezione della sussidiarietà e significherebbe privare di ogni tutela l'impovertito senza poter invocare alcuna ragione davvero decisiva, in latente contraddizione con l'idea del divieto di arricchirsi a danno di altri come un principio generale del diritto privato riconnesso all'idea della giustizia comunitativa.

Inoltre, l'aver relegato la sfera di operatività dell'art. 2041 c.c. ai casi in cui neppure in astratto sia concepibile un'azione concorrente ha finito per produrre effetti impropri sulla sistematica delle tutele civili, concorrendo inevitabilmente alla dilatazione di quelle alternative all'ingiustificato arricchimento, chiamate a coprire anche spazi ad esse non pertinenti.

Manifestazione esemplare di quest'ultimo effetto è la tendenza all'espansione della responsabilità civile anche in situazioni che si presterebbero meglio a essere inquadrate dentro l'art. 2041 c.c., essendo carente qualche elemento costitutivo del diritto al risarcimento.

Un primo esempio è rappresentato dall'ipotesi in cui, pur difettando un concreto pregiudizio in capo all'attore, viene ammessa la responsabilità extracontrattuale di chi lede il diritto di proprietà altrui attraverso il ricorso alla figura del danno *in re ipsa* oppure all'alleggerimento dell'onere probatorio in capo al danneggiato (per mezzo dell'impiego generoso delle presunzioni). Tipico è il caso dell'ingerenza nell'altrui sfera giuridica sostanziata nell'occupazione di un immobile in presenza di una sostanziale inerzia del proprietario nell'utilizzo (materiale e giuridico) del bene <sup>(13)</sup>.

Un ulteriore esempio è dato dalla concessione dell'azione di risarcimento del danno extracontrattuale al datore di lavoro che ha continuato a pagare la retribuzione al dipendente impossibilitato a prestare l'attività lavorativa a causa del fatto illecito di un terzo <sup>(14)</sup>. Piuttosto che diluire il nesso di causalità (materiale e giuridico) fino ad ammettere che il datore rientri fra le vittime del fatto illecito compiuto dal terzo sarebbe preferibile tracciare, qui, un limite della responsabilità civile e sancire l'esistenza di uno spazio di prioritaria pertinenza dell'azione di arricchimento senza causa: ravvisandosi senza forzature un nesso fra l'ingiustificato risparmio di spesa del danneggiante e l'ovvio depauperamento del datore di lavoro <sup>(15)</sup>.

La posizione ora sancita dalle Sezioni Unite certamente non basterà a far arretrare la responsabilità civile a vantaggio dell'ingiustificato arricchimento, ma consentirà di considerare definitivamente chiarito almeno questo punto e, auspicabilmente, di restituire un minimo spazio vitale a questa seconda tutela, garantendo una tutela più effettiva dell'impovertito ogniqualvolta la domanda di risarcimento venga ritenuta infondata e rigettata.

#### **4. È ammissibile l'azione di ingiustificato arricchimento «quando l'azione, teoricamente spettante all'impovertito, sia prevista da clausole generali»?**

Nel far propria una condivisibile coloritura concreta della sussidiarietà, la decisione delle Sezioni Unite assume una posizione al contempo più avanzata e più arretrata rispetto a quella invocata dalla parte ricorrente, che si rifà a un orientamento recentemente fattosi strada nella giurisprudenza della Cassazione. Si tratta della posizione che confina l'applicazione della sussidiarietà ai casi in cui è nella disponibilità dell'attore un'azione "tipica" - derivante, cioè, da un titolo contrattuale o prevista dalla legge con riferimento ad una fattispecie determinata <sup>(16)</sup> - e che, invece, ammette l'azione di arricchimento quando il rimedio alternativo sia previsto da una clausola generale: incarnata esemplarmente, dall'art. 2043 c.c. o dall'art. 1337 c.c. <sup>(17)</sup>.

Questa posizione continua a far propria una concezione astratta della sussidiarietà, da cui le Sezioni Unite, nei limiti evidenziati nel precedente paragrafo, prendono le di-

stanze; al contempo, esclude il limite quando si profila il concorso fra ingiustificato arricchimento e risarcimento del danno fondato sull'art. 1337 o sull'art. 2043 c.c. La differenza di trattamento fra queste ultime azioni e quelle cosiddette tipiche trarrebbe linfa dall'esigenza sostanziale di non turbare il contemperamento di interessi realizzato dal legislatore con un'azione "tipica" e di evitare duplicazioni risarcitorie in favore dell'impovertito.

Tuttavia, il ragionamento sotteso al principio di diritto appena sintetizzato non è facilmente comprensibile, come pure l'ordinanza di rimessione, muovendo da una concezione ancor più pura della sussidiarietà in astratto, mette in evidenza. Infatti, le esigenze sopra evocate – non sovvertire bilanciamenti di interessi, evitare sovracompensozioni – hanno un valore generale e prescindono senz'altro dal carattere più o meno determinato degli elementi costitutivi del diritto vantato dall'attore: carattere destinato a riflettersi, semmai, sull'ampiezza della potenziale sfera di applicazione delle norme implicate.

In realtà, la prevalenza di un'azione contrattuale o di una specificamente prevista dalla legge su quella, generale, di arricchimento ingiustificato si giustifica non tanto alla luce della sussidiarietà di quest'ultima, ma già per effetto della sua generalità contrapposta alla specialità della prima e della seconda (*lex specialis derogat generali*)<sup>(18)</sup>.

Meno ovvia, semmai, è la negazione della gerarchia nel rapporto fra risarcimento (precontrattuale ed extracontrattuale) e indennizzo per ingiustificato arricchimento, in quanto entrambi rimedi generali, per equivalente e con finalità compensativa: volti, cioè, a «farsi indennizzare il pregiudizio subito» (art. 2042 c.c.). Se il fine della sussidiarietà, però, fosse evitare duplicazioni o sovracompensozioni, non solo – come sottolinea l'ordinanza di rimessione –, l'azione di arricchimento dovrebbe essere consentita in ogni caso di perdita di quella di risarcimento: più alla radice, verrebbero meno le sue ragioni in presenza di domande esercitate nei confronti di uno stesso convenuto e distinguibili per *causa petendi* e per *petitum*. Tanto più che qualche disposizione legislativa ne ammette espressamente il cumulo integrativo (v., per esempio, gli artt. 937, 940, 1591 c.c., 125 cod. proprietà intellettuale).

Se poco convincono le giustificazioni addotte a sostegno dell'orientamento citato, un esame più analitico dei casi che vi hanno dato linfa fa emergere l'ipotesi che le sue ragioni vadano cercate altrove. Le decisioni richiamate attengono, infatti, a richieste di indennizzo per ingiustificato arricchimento avanzate nel caso della nullità o dell'inesistenza di un titolo contrattuale, in via sussidiaria rispetto ad azioni di risarcimento precontrattuale (per lo più nei confronti di soggetti diversi dal convenuto). Ricorrente è il caso delle opere effettuate in adempimento di un appalto nullo con la Pubblica Amministrazione, dove la massima esclude il ruolo sussidiario dell'azione di arricchimento ingiustificato dell'appaltatore nei confronti della controparte rispetto alla domanda di risarcimento del danno astrattamente proponibile nei confronti dei funzionari – che, però, hanno agito in nome e per conto dell'ente – in ragione della loro condotta illecita<sup>(19)</sup>. Alla stessa conclusione si giunge allorché una parte ha continuato a godere di prestazioni dopo la scadenza del contratto, dove resta del tutto ipotetica l'azione di risarcimento del danno extracontrattuale<sup>(20)</sup>.

Svincolare l'azione restitutoria dal limite della sussidiarietà è, in tali ipotesi, del tutto logico: ma non in virtù della conformazione generale della norma che prevede l'obbligo risarcitorio. La parte che ha dato esecuzione a un contratto nullo o annullato, in-

fatti, ha il prioritario interesse alla restituzione (in natura o “per equivalente”) della prestazione indebita, indipendentemente dall'imputabilità della causa di invalidità alla controparte o dalla sua conoscenza o conoscibilità (e dal conseguente mancato avviso) da parte di quest'ultima. Anche quando viene eseguita una prestazione indebita di fare (o di far godere, in caso di contratti putativamente attributivi di un diritto personale di godimento), infatti, la *ratio* resta quella della ripetizione dell'indebitato: azione specifica che prevale rispetto a quella, generale, di ingiustificato arricchimento e che può concorrere, anche cumulativamente, con il risarcimento. Tenuto conto di questa premessa, sarebbe sistematicamente incoerente subordinare la tutela restitutoria del *solvens* al limite della sussidiarietà cui non sarebbe soggetto in caso di un indebitato di dare, ancorché il pagamento originario non sia restituibile in natura (circostanza che si verifica quando viene data indebitamente una somma di denaro o viene consegnata una cosa divenuta non più restituibile in natura: v., rispettivamente, artt. 2033, 2037 e 2038 c.c.).

È vero che l'art. 1338 c.c. attribuisce il risarcimento (dell'interesse negativo) a chi ha confidato, senza sua colpa, nella validità del contratto. Tuttavia, subordinare la tutela restitutoria all'inconfigurabilità - anche solo in concreto - di quella risarcitoria significherebbe incanalare l'onere della prova del danneggiato, in via prioritaria, sulla scorrettezza della controparte<sup>(21)</sup>: laddove il regime giuridico dell'arricchimento che si è sostanziato in una prestazione indebita - indipendentemente dalla natura di quest'ultima - non può essere subordinato all'inconfigurabilità della tutela risarcitoria. Di conseguenza, il risarcimento dell'interesse negativo (per esempio, delle spese inutilmente sostenute per la conclusione del contratto invalido) può essere fatto gravare sulla parte scorretta, ai sensi dell'art. 1338 c.c., cumulativamente con la tutela restitutoria: consistente, per il caso di prestazioni non restituibili in natura, nel loro valore di mercato.

Nei gruppi di casi qui considerati, il recente pronunciamento delle Sezioni Unite - nel prendere le distanze dalla massima che ammette il rimedio dell'arricchimento «quando l'azione, teoricamente spettante all'impovertito, sia prevista da clausole generali, come la domanda di risarcimento del danno per responsabilità precontrattuale» - rischia di tornare a subordinare la tutela restitutoria al previo esperimento di quella risarcitoria. Per le ragioni appena esposte, tale risultato sarebbe, tuttavia, non condivisibile. Infatti, si perverrebbe a trattare in modo ingiustificatamente disparitario chi ha eseguito una prestazione indebita di fare e di dare e si ostacolerebbe l'esercizio di una tutela - quella restitutoria - tipicamente connessa alla domanda di nullità, fino al punto di “vestire”, frequentemente, l'interesse ad agire dell'attore. Il cumulo del risarcimento (dell'interesse positivo) e delle restituzioni, del resto, è pacificamente ammesso nel caso della risoluzione del contratto per inadempimento, dove bene delineati sono i reciproci confini dei due rimedi ed in tal modo scongiurato il timore di eventuali duplicazioni risarcitorie<sup>(22)</sup>.

## **5. L'arricchimento indiretto: una proposta di riduzione teleologica della regola della sussidiarietà**

Mentre appaiono scarsamente convincenti le spiegazioni della sussidiarietà fondate sull'esigenza vaga della certezza del diritto e su quella - concreta ma scongiurabile con altri mezzi - di evitare duplicazioni compensatorie, sembra a prima vista più plausibile l'argomento che fa leva sullo sfavore verso l'elusione di limiti posti a presidio di interessi di ordine pubblico (come la prescrizione). A conforto di tale *ratio*, peraltro, si può

ora invocare la precisazione introdotta dall'art. 1303-3 del codice francese novellato.

Eppure, a riprova del fatto che non sia sentita ovunque con la stessa intensità la preoccupazione dell'aggiramento della prescrizione e sia del tutto facoltativa la scelta di negare ogni forma di tutela al danneggiato rimasto inerte rispetto all'azione estintasi per prima, si può citare il codice tedesco: qui la compatibilità fra la prescrizione dell'azione risarcitoria e l'esercizio di quella di arricchimento ingiustificato è sancita espressamente nel § 852 BGB.

I due diversi approcci – plasticamente rappresentati dalle codificazioni straniere appena menzionate – affondano, notoriamente, nelle origini storiche dell'azione di arricchimento ingiustificato e nella penetrazione, nella tradizione giuridica francese e italiana, della costola dell'*actio de in rem verso*. Proprio in relazione alla figura dell'arricchimento indiretto, infatti, il limite della sussidiarietà riemerse nel 1914 nella giurisprudenza della Cassazione francese, dopo che l'*arrêt Boudier* – pure concernente l'esercizio dell'azione verso un terzo dopo l'infruttuoso esperimento di quella di adempimento nei confronti della controparte – aveva negato la subordinazione del rimedio «à aucune condition déterminée» <sup>(23)</sup>.

Se si pone mente ai casi in cui è ammessa l'azione contro il terzo indirettamente arricchito – rimasta fuori dalla pronuncia del 2023, ma meritevole di riflessione <sup>(24)</sup> –, acquisiscono un significato più limpido e tangibile le giustificazioni addotte a fondamento della sussidiarietà: evitare duplici compensazioni a favore del danneggiato e l'aggiramento delle regole della prescrizione. Viceversa, la generalizzazione di tale limite – e la sua conseguente estensione all'arricchimento diretto – è all'origine di quella sensazione di difficoltà nel catturarne la *ratio* e nel delinearne la sfera di applicazione che attanaglia gli interpreti fin dall'entrata in vigore del codice civile.

Neppure l'intervento recente delle Sezioni Unite – per le ragioni già viste nel paragrafo precedente – riesce a fugare del tutto tale sensazione di disagio.

Le perplessità, a ben vedere, permangono anche rispetto all'applicazione apparentemente più plausibile della sussidiarietà, che conduce all'inammissibilità dell'azione di ingiustificato arricchimento quando quella principale si sia estinta per decadenza o per prescrizione: una regola che, echeggiando la nuova formulazione del codice francese, viene ora ribadita dalle Sezioni Unite a corollario del principio di autoresponsabilità del danneggiato. Anche rispetto allo scenario dell'estinzione dell'azione per inerzia del titolare, tuttavia, la giustificazione della sussidiarietà scricchiola di fronte all'ipotesi emblematica del fatto che costituisce potenziale fonte di risarcimento e, al contempo, di indennizzo: negare all'attore quest'ultimo rimedio quando il diritto ad agire per ottenere il primo si è prescritto, infatti, produce l'esito disarmonico di avvantaggiare chi si arricchisce a scapito di un altro perpetrando un fatto illecito rispetto a chi lo fa senza colpa (o comunque lecitamente) <sup>(25)</sup>.

L'art. 2042 c.c., in conclusione, dovrebbe essere interpretato attribuendo un peso prevalente allo scopo per il quale il limite della sussidiarietà è emerso quale complemento dell'*actio de in rem verso*. La riduzione teleologica della norma conduce a restringerne la sfera di applicazione alle ipotesi in cui il danneggiato possa proporre verso un terzo un'altra azione per farsi indennizzare del pregiudizio: con la conseguenza che, se quest'ultimo rimedio si è prescritto, l'impovertito non potrà ricorrere all'azione sussidiaria di arricchimento, che potrà esperire, invece, in caso di infruttuosa escussione del terzo <sup>(26)</sup>.

- (1) Cass., sez. un., 5 dicembre 2023, n. 33954, in *Guida al diritto*, 2023, 48, 29, in risposta all'ordinanza del 20 febbraio 2023, n. 5222.
- (2) Cour de Cassation, civ., 12 maggio 1914, in *www.etudier.com*.
- (3) POSEZ, *La subsidiarité de l'enrichissement sans cause: étude de droit français à la lumière du droit comparé*, in *Revue de droit international et de droit comparé*, 2014, 186.
- (4) DESCHEEMAER, *The New French Law of Unjustified Enrichment*, in *Restitution Law Review*, 2018, vol. 25, 1 ss.
- (5) SCHLESINGER, voce *Arricchimento, (azione di) (diritto civile)*, in *Noviss. dig. it.*, I, Utet, 1958, 1008; TRABUCCHI, voce *Arricchimento (azione di)*, in *Enc. dir.*, III, Giuffrè, 1958, 74 s., pur ribadendo che la valutazione del rimedio alternativo debba essere fatta in astratto, precisa che, se un'azione è sperimentabile contro un terzo, la limitazione della sussidiarietà non vale quando tale azione «si manifesta concretamente senza possibilità di effetti favore».
- (6) Si vedano, pur nella varietà delle opinioni che esprimono, P. TRIMARCHI, *L'arricchimento senza causa*, Giuffrè, 1962, 39 ss.; BARBIERA, *L'ingiustificato arricchimento*, Jovene, 1964, 191 ss.; BRECCIA, *La gestione di affari, il pagamento dell'indebito, l'arricchimento senza causa*, in *Trattato di diritto privato* diretto da Rescigno, IX, Utet, 1984, 844 ss.; GALLO, *sub art. 2042*, in *Commentario del codice civile* diretto da Gabrielli, Utet, 2011, 356 ss.; SIRENA, *La sussidiarietà dell'azione generale di arricchimento senza causa*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, 2, 379 ss.; NICOLUSSI, *Le obbligazioni*, Cedam, 2021, 372.
- (7) Cass., sez. un., 13 novembre 2018, n. 22404, in *Resp. civ. e prev.*, 2019, 2, 515; nell'ipotesi di domanda riconvenzionale di adempimento e, in via sussidiaria, di nullità del titolo contrattuale, Cass., 31 gennaio 2017, n. 2350, in *Mass. Giust. civ.*, 2017, III, 1, 140; in un caso di inesistenza del titolo contrattuale e di proposizione, in via sussidiaria, della domanda di ingiustificato arricchimento, Cass., 15 maggio 2023, n. 13203, in *Foro it.*, 2023, I, 6, 1784.
- (8) BRECCIA, *op. cit.*, 846.
- (9) Cass., 11 giugno 2010, n. 14085, in *Giust. civ.*, 2011, 4, 987.
- (10) Più ampiamente BARGELLI, *Il sinallagma rovesciato*, Giuffrè, 2010, 247 ss.
- (11) V., per esempio, in un caso di insussistenza del titolo negoziale che attribuiva all'attore il diritto vantato, Cass., 15 maggio 2023, n. 13203, *cit.*; Cass., 13 giugno 2018, n. 15496, in *Mass. Giust. civ.*; Cass., 13 marzo 2013, n. 6295, in *Mass. Giust. civ.* (decisione che ribadisce l'inammissibilità quando sia stata proposta domanda ordinaria, fondata su titolo contrattuale, senza offrire prove sufficienti all'accoglimento, ovvero in quello in cui tale domanda, dopo essere stata proposta, non sia stata più coltivata dall'interessato).
- (12) Cass., 16 febbraio 2023, n. 4909, in *Mass. Giust. civ.*; Cass., 3 novembre 2017, n. 26199, in *Mass. Giust. civ.*, 2018.
- (13) La questione ha costituito oggetto di una pronuncia delle Sezioni Unite della Corte di cassazione: Cass., sez. un., 15 novembre 2022, n. 33645, in *Resp. civ. e prev.*, 2023, 1, 84, con note di ALPA, *Danno in re ipsa e tutela dei diritti fondamentali (diritti della personalità e diritto di proprietà)*, BARGELLI, *Occupazione abusiva come specie di illecito: dall'agevolazione probatoria alla lesione della facoltà di godimento*, FRANZONI, *Occupazione sine titulo nella decisione delle SS. UU.*, NANNA, *Sezioni Unite e danno da occupazione sine titulo, tra inutilità di "astrazioni concettuali" ed esigenze di semplificazione*, C. SCOGNAMIGLIO, *Danno e risarcimento nel problema dell'occupazione abusiva di un immobile*, SIRENA, *Danno-evento, danno-conseguenza e relativi nessi causali. Una storia di superfetazioni interpretative e ipocrisie giurisprudenziali*.
- (14) Cass., sez. un., 12 novembre 1988, n. 6132, in *Foro it.*, 1989, I, 3, 742.
- (15) CASTRONOVO, *La responsabilità civile*, Giuffrè, 2018, 337 ss.; NICOLUSSI, *op. cit.*, 372.
- (16) Tale, per esempio, è quella rinvenuta negli artt. 1150 e 192 c.c. da Cass., 16 febbraio 2023, n. 4909, a proposito della richiesta di rimborso delle spese sostenute da uno dei coniugi per il miglioramento della casa coniugale.
- (17) Cass., 22 marzo 2012, n. 4620, in *Mass. Giust. civ.*, 2012; Cass., 27 febbraio 2014, n. 4765, in *DeJure*; Cass., 22 novembre 2017, n. 27827 in *Mass. Giust. civ.*, 2018; Cass., 17 gennaio 2020, n. 843, in *Mass. Giust. civ.*, 2020.
- (18) POSEZ, *op. cit.*, 205.
- (19) Cass. 17 gennaio 2020, n. 843, *cit.*; Cass. 22 novembre 2017, n. 27827, *cit.*
- (20) Cass. 22 marzo 2012, n. 4620, *cit.*; Cass. 27 febbraio 2014, n. 4765, *cit.*
- (21) V., per esempio, Cass., 25 settembre 2023, n. 27262, in *Diritto & Giustizia*, 26 settembre 2023.
- (22) V., in via esemplare, M. DELLACASA, *Restituzione e regime dei rimedi contrattuali: un'analisi critica del diritto applicato*, in *Contr. e impr.*, 2018, 3, 1120 ss.
- (23) POSEZ, *op. cit.*, 190.
- (24) La questione dell'arricchimento indiretto fu affrontata dalle Sezioni Unite della Cassazione del 2008 (Cass., sez. un., 8 ottobre 2008, n. 24772, in *Resp. civ. e prev.*, 2009, 2, 421), che ribadì, in generale, la sussistenza del doppio requisito dell'unicità del fatto costitutivo e della sussidiarietà

dell'azione (art. 2042 c.c.), ma affermò una duplice eccezione: l'arricchimento mediato conseguito da una P.A. rispetto ad un ente direttamente beneficiario della prestazione dell'impovertito; l'arricchimento conseguito dal terzo a titolo meramente gratuito. La posizione è stata poi confermata da Cass. 3 marzo 2010, n. 5085, in *Diritto & Giustizia online*, 2010.

<sup>(25)</sup> BRECCIA, op. cit., 846

<sup>(26)</sup> Si tratta di una proposta interpretativa da tempo avanzata da autorevole dottrina: v., per tutti, P. TRIMARCHI, op. cit., 39 ss.; BRECCIA, op. cit., 844 ss.

# Società non quotate, recesso convenzionale, controllo di buona fede (prime impressioni su Cass. 29 gennaio 2024, n. 2629)\*

di ALBERTO MARIA BENEDETTI  
Professore ordinario di Diritto privato  
Università di Genova

1. Nello Statuto di una spa a tempo determinato si prevede un diritto di recesso *ad nutum* del socio, salvo preavviso di centottanta giorni; il giudice d'appello (confermando, sul punto, un lodo arbitrale) ha dichiarato nulla detta clausola, argomentando sull'art. 2437, commi 3 e 4, c.c. (e motivando nel senso che lo statuto di una società per azioni non quotata non può prevedere un recesso *ad nutum* fuori dai confini di cui al 3° comma di detto articolo, che lo limita alle società a tempo indeterminato non quotate, mentre nel caso concreto si tratta di una società a tempo determinato). Il recesso del socio, dunque, non è stato legittimamente esercitato, in ragione della nullità della relativa clausola statutaria, e non dà luogo agli effetti liquidatori conseguenti all'esercizio (legittimo) del recesso dal rapporto societario.

Le questioni affrontate in Cass., sez. I, 29 gennaio 2024, n. 2629, in *DeJure*, sono essenzialmente due:

a. è possibile prevedere statutariamente un recesso del socio in una spa non quotata al di fuori dei limiti previsti dall'art. 2437, comma 3, c.c.?

b. il recesso *ad nutum* del socio è esposto al controllo di buona fede ex artt. 1375 e 1175 c.c.?

2. Alla prima questione, la Cassazione risponde affermativamente, con una decisione che merita un convinto plauso, perché redatta con uno stile tale da rendere esplicite le argomentazioni giuridiche e non giuridiche, oggetto di una esposizione chiara e analitica.

Ricostruendo la *ratio* delle ipotesi di recesso del socio contemplate dall'art. 2437 c.c., i giudici di legittimità si dedicano all'interpretazione dell'art. 2437, comma 4, c.c. laddove dispone che: «lo statuto delle società che non fanno ricorso al mercato del capitale di rischio può prevedere ulteriori cause di recesso».

La disposizione è ambigua: non è chiaro, infatti, se le «ulteriori cause di recesso» debbano, comunque, essere motivate con un dissenso del socio, in situazioni diverse e ulteriori rispetto a quelle già regolate e previste dai primi due commi dell'art. 2437 c.c. (che muovono, appunto, da deliberazioni aventi un determinato oggetto rispetto alle quali il socio che recede ha manifestato un dissenso).

Per sciogliere il nodo, la Cassazione fa riferimento al senso, anche economico, dell'ampliamento delle ipotesi di recesso del socio operato, con l'art. 2437 c.c., dalla riforma del diritto societario del 2003: per favorire l'accesso alle società per azioni, occorre

---

\* Il presente contributo è stato pubblicato in anteprima su [rivistapactum.it](http://rivistapactum.it) il 18.03.2024.

garantire una grande mobilità dei capitali, rendendo facile il disinvestimento (funzionale, all'evidenza, a un successivo reinvestimento) e, quindi, l'uscita dei soci dai rapporti societari, col che superandosi pienamente il (vecchio) principio di tassatività delle ipotesi di recesso del socio.

Se è così – la Cassazione ne è convintissima – il recesso non si può ridurre a mero strumento di tutela del socio dissenziente rispetto a scelte da lui non condivise e legate alla gestione della società: e infatti, scrive la redattrice della decisione, «un portato di rilievo della nuova disciplina dell'istituto dopo la riforma sta appunto nell'aver superato l'idea di un recesso fondato esclusivamente sulla reazione del socio avverso alcune deliberazioni decise dalla maggioranza; invece, l'istituto tende ora ad assecondare la scelta dell'investitore, che decida di vendere i propri titoli per ragioni anche diverse ed indipendenti dalle altrui decisioni non condivise».

Ed allora il recesso è diventato lo strumento giuridico per una rivalutazione dell'investimento (in senso ovviamente negativo) da parte del socio, al di là di contingenti scelte di cui egli non condivide i contenuti. Il socio non è più convinto dell'operazione economica o, anzi, vuole ricollocare il proprio investimento, recuperando risorse da reinvestire altrove.

D'altra parte – volendo ragionare in termini di equilibrio/squilibrio normativo tra i soci – l'attribuzione di un recesso, anche statutariamente, assai largo rafforza tutti i soci, specie quelli di minoranza che, come rileva la Suprema Corte, possono così avere speranze di maggiore ascolto da parte dei soci che gestiscono la società, potendo, in caso contrario, esercitare un recesso non penalizzante per chi se ne avvale.

Se così è, ne deriva che il recesso, in questi casi, non è più un istituto eccezionale, al contrario dovendo essere trattato alla stregua di un normale strumento (giuridico) con cui il legislatore intende garantire al socio la libertà di uscire dalla società, anche in ragione di valutazioni non legate a singole specifiche scelte sociali, bensì per recuperare, se così si può dire, una libertà di riutilizzo di risorse immobilizzate in quel rapporto societario.

Ed allora, secondo Cass., 29 gennaio 2024, n. 2629, cit., l'art. 2437, comma 4, c.c. va letto proprio in questa prospettiva: in tale caso, appare chiaro che il «"bilanciamento" degli interessi sia stato compiuto dal legislatore, proprio rimettendo alla libertà statutaria la scelta di contemplare altre vicende, ivi compreso il caso che i soci, nell'esercizio della loro autonomia negoziale privata, abbiano ritenuto conforme al proprio programma imprenditoriale consentire a ciascuno, o anche solo a taluno di essi, di uscire dalla compagine societaria, e ciò non, necessariamente, soltanto in presenza dell'assunzione di deliberazioni assembleari, ma anche, come nella specie, semplicemente per volere del socio».

Non c'è il rischio, in questa lettura, di una depatrimonializzazione della società, causata, in ipotesi, da un troppo ampio diritto di recesso dei soci, ciò perché, scrivono i giudici di legittimità, i meccanismi di esercizio del recesso garantiscono che «la società pervenga solo come *extrema ratio* alla riduzione del capitale sociale, quando si siano sperimentate diverse opzioni alternative: in tal modo, rimanendo coerente con le più recenti tendenze in ambito di conservazione del valore organizzativo dell'impresa».

La conclusione è facilmente intuibile: l'art. 2437, comma 4, c.c. legittima l'autonomia privata statutaria di (tutte) le società di capitali (a tempo determinato/a tempo indeterminato) che non fanno accesso al mercato del capitale di rischio a prevedere cause di recesso ulteriori rispetto a quelle tipizzate negli altri commi dell'art. 2437 c.c., rimanendo chiaro che il recesso legale previsto dall'art. 2437, comma 3, c.c. (per le sole società non quotate per azioni a tempo indeterminato col solo obbligo di preavviso) non può essere soggettivamente esteso alle società per azioni a tempo determinato, pur se molto lungo [Cass., 5 settembre 2022, n. 26060; Cass, 21 febbraio 2020, n. 4716, tutte in *DeJure*].

Nel caso concreto, peraltro, la decisione osserva che la validità della clausola statutaria di garanzia di un ampio recesso si appoggia anche sulla natura dell'attività economica svolta dalla società, il cui oggetto sociale è quello di fornire servizi ai farmacisti che ne sono soci, così consentendo a ciascuno di loro di uscire dal rapporto sociale anche quando detti servizi non siano ritenuti più utili o convenienti (argomento che, in qualche modo, sembra evocare l'appartenenza della clausola sul recesso alla causa concreta del rapporto societario).

**3.** Alla seconda questione – se, cioè, il potere assegnato al socio sia sindacabile *ex art. 1375 c.c.* – i giudici di legittimità rispondono positivamente, per quanto la questione certamente si collochi a livello di *obiter dictum*: sebbene l'autonomia statutaria goda, appunto, di un potere assai ampio [il solo limite tipizzato dall'art. 2347, comma 4, c.c. è che si tratta di una società non quotata], il recesso del socio va ricondotto all'alveo del diritto generale dei contratti e, in particolare, deve ritenersi sottoposto a quel generale controllo di buona fede che, *ex art. 1375 c.c.*, investe anche l'esercizio di poteri (apparentemente) discrezionali, come, appunto, certamente è il recesso *ad nutum*: «Va pur detto che, peraltro, nel recesso *ad nutum* resta possibile - su eccezione della controparte - un controllo generale di buona

fede, non diversamente che in tutti i negozi, ai sensi degli artt. 1175 e 1375 c.c., trattandosi di clausole generali che regolano i rapporti interprivati (...)».

Su questo la giurisprudenza - a partire da un notissimo caso del 2009 [Cass., 18 settembre 2009, n. 21106, in *DeJure*] in materia di recesso di un concessionario automobilistico – è oramai granitica, anche sul recesso del socio da una società [Cass., 12 novembre 2018, n. 28897, in *DeJure*].

La società dispone, dunque, di un'eccezione che consente di introdurre nel giudizio un controllo di buona fede/ragionevolezza su modalità e ragioni del recesso, che possono determinare un illegittimo esercizio di detta facoltà quando, ad esempio, lesivo dell'affidamento nutrito dalla società sulla persistenza del rapporto societario col socio poi receduto.

**4.** Merita piena condivisione il riconoscimento, da parte dei giudici di legittimità, della nuova valenza del recesso del socio dalla spa e dell'ampio spazio oggi riconosciuto all'autonomia statutaria nell'attribuire il potere di recesso anche al di fuori delle ipotesi tipiche di dissenso del socio.

Per quel che riguarda, invece, il controllo di buona fede/ragionevolezza sull'esercizio del potere così attribuito al socio, qualche dubbio, almeno ad una prima riflessione, certamente sorge.

Intanto mi pare evidente che buona fede/ragionevolezza [credo che, quando si discute di esercizio di poteri privati, sia meglio configurare un controllo di ragionevolezza, piuttosto che di buona fede] possano rivelarsi strumenti micidiali di verifica giudiziale sull'esercizio di un potere che, nella sua *ratio* oggi così elegantemente messa in luce da Cass., 29 gennaio 2024, n. 2629, cit., dovrebbe comportare un'ampia (e insindacabile) discrezionalità per il socio che decida di avvalersene; d'altra parte, si riconosce, oggi, che detto potere è funzionale a una politica economica volta a favorire la circolazione dei capitali e l'accesso più ampio possibile agli investimenti, risultati conseguibili solo se e in quanto la smobilitazione degli investimenti – e il recesso dai rapporti societari che ne è il giuridico strumento – possa avvenire facilmente e rapidamente, anche sotto il profilo procedimentale (adeguatamente precisato dall'art. 2437-*bis* c.c., per quanto soprattutto per le situazioni di recesso legale).

Ma che cosa resta di questa libertà di *exit* se il recedente viene portato davanti a un giudice in grado di sindacare la ragionevolezza dell'esercizio del recesso, entrando così inevitabilmente nell'apprezzamento dei suoi modi, dei suoi tempi, delle sue ragioni? Se si esige, cioè, che sia in grado di «giustificare» la conformità del suo recesso a parametri così ampi e generali come, appunto, la buona fede e la ragionevolezza, si rischia che il «controllo» finisca col prevalere sulla «libertà», rappresentando, almeno in certe situazioni, un disincentivo all'esercizio del recesso (e, dunque, confliggendo con la sua *ratio* economica).

Se, come giustamente osserva la Cassazione, il «bilanciamento» tra gli interessi contrapposti (della società, a evitare le conseguenze del recesso; del socio recedente, a uscire da un'operazione ritenuta non più conveniente) è compiuto dal legislatore con una disposizione che amplia le ipotesi di recesso statutario (istituendo un solo limite: la natura non quotata della società), non dovrebbe conseguentemente ritenersi (non escluso ma) quanto meno ricalibrato il controllo generale di buona fede/ragionevolezza sull'esercizio concreto del recesso da parte del socio?

Non mi pare, infatti, che la natura del potere assegnato al contraente – nello specifico: al socio dallo Statuto di una spa non quotata – debba rimanere estranea al successivo possibile controllo di buona fede/ragionevolezza che il giudice, su eccezione della parte che ha subito il recesso, possa essere chiamato a svolgere, soprattutto se e nella misura in cui si accetti l'idea che il recesso in questione è funzionale a interessi riferibili non già al singolo socio, ma a un generale interesse – assunto come proprio dall'ordinamento, proprio assicurando un recesso ampio e libero – alla circolazione dei capitali e degli investimenti.

Non si tratta, va precisato, di sottrarre il recesso del socio dal generale controllo di buona fede, assunto ormai a parametro di valutazione di ogni atto negoziale o prenegoziale, specie quando costruito, dalla legge o dall'autonomia privata, come immotivato; ma se la fonte primaria legittima la previsione statutaria di un recesso per perseguire determinati interessi/scopi assunti come generali e meritevoli di essere perseguiti, il controllo di buona fede/ragionevolezza sull'esercizio concreto del diritto di recesso non può svolgersi in modo contraddittorio o lesivo, non potendo, ad esempio, giustificare una qualche valutazione delle motivazioni che hanno animato il recesso, ma, al limite, sindacandone le sole modalità di esercizio quando la clausola sul recesso, ad esempio, non

disciplini forme e termini [come si legge nell'unico vero precedente in materia di recesso societario – Cass., 12 novembre 2018, n. 28897, cit.]. Va da sé che, in questi casi, non ci può essere un «affidamento» sulla stabilità del rapporto societario, specie se lo statuto - avvalendosi della facoltà attribuita dall'art 2437, comma 4, c.c. - assegni al socio delle società non quotate un ampio recesso *ad nutum*; dunque Cass., 29 gennaio 2024, n. 2629, cit. ha fatto bene a riconoscere al recesso convenzionale del socio *ex art. 2347, comma 4, c.c.* un valore coerente con lo spirito della riforma del 2003, ma, forse, avrebbe fatto meglio a declinare in modo coerente (alla natura del recesso del socio, così come correttamente ricostruita dai giudici di legittimità) il controllo di buona fede/ragionevolezza, affermando così l'idea, della quale sono convinto, che non tutti i diritti potestativi sono assimilabili quanto a limiti e contenuti del controllo di buona fede, ma la loro natura (o, per certi versi, funzione), quando risponde a interessi generali e superiori, può imporre una valutazione meno penetrante, più rispettosa della libertà, di cui il diritto potestativo è il giuridico strumento.

# La redazione di un contratto tra clausole standard e negoziate: profili comparatistici\*

di **FRANCESCA BENATTI**

Professoressa ordinaria di Diritto privato comparato  
Università Cattolica del Sacro Cuore

**Sommario:** 1. *Profili critici delle clausole boilerplate*; - 2. *Contestualismo vs testualismo*; - 3. *Osservazioni conclusive*.

## 1. Profili critici delle clausole boilerplate

Il tema delle clausole *boilerplate* ha da tempo suscitato la riflessione di giuristi teorici e pratici. Da un lato, infatti, la loro progressiva diffusione, soprattutto nei contratti con i consumatori, ha portato ad interrogarsi sulla “scomparsa del consenso”. Si è sottolineato fin da subito come «Il contratto si sta spostando verso la proprietà; il contratto si sta spostando verso la legislazione da parte dei gruppi commerciali; il contratto si sta spostando verso la produzione che prevede l’auto-applicazione da parte delle macchine. Tutti questi cambiamenti concettuali indicano movimenti che prima appartenevano all’infrastruttura sovrana e che ora stanno passando all’impresa. Ad esempio, nel diritto della proprietà intellettuale, il contratto si sta spostando verso la proprietà perché le licenze per gli utenti finali del mercato di massa stanno sostituendo i diritti degli utenti garantiti dai regimi federali di proprietà intellettuale; e questi regimi di base diventano in pratica irrilevanti nella misura in cui i diritti di proprietà dell’utente sono determinati dal contratto del mercato di massa e non dalla legge di base legiferata»<sup>(1)</sup>.

Dall’altro, è parso opportuno valutare la loro maggiore efficienza rispetto alle pattuizioni negoziate anche nei contratti tra parti sofisticate. Tuttavia, emerge come non sia possibile individuare astrattamente il modello migliore posto che sulla scelta tra clausole standard o negoziate incidono diversi fattori.

Innanzitutto, rileva la natura delle parti. Si è osservato che spesso nelle multinazionali, anche per le loro caratteristiche di *repetitive players*, principi di gestione del rischio unitamente ad una tendenza ad abbassare i costi interni, determinano una preferenza per contratti standard. Sarebbe, infatti, troppo complesso adattare ogni accordo alla situazione concreta e pertanto la negoziazione viene limitata a quelli più rilevanti economicamente o strategici.

Inoltre, è necessario esaminare le caratteristiche dell’operazione economica. Analisi empiriche suggeriscono come nelle operazioni di M&A si tenda ad evitare

---

\* Il presente contributo è stato pubblicato in anteprima su [rivistapactum.it](http://rivistapactum.it) il 08.05.2024.

una eccessiva standardizzazione. Le parti sono consapevoli della rilevanza del linguaggio dell'accordo e dei rischi che una redazione imprecisa possa causare. Sono disposte, pertanto, ad investire più risorse per raggiungere un risultato soddisfacente ed adeguato alla situazione concreta. In altre ipotesi, come nei contratti di derivati, è ritenuto preferibile ridurre al minimo i costi iniziali, in modo da rendere la documentazione dell'operazione conforme agli standard di mercato.

Va anche valutato se si tratti di una operazione economica complessa, nella quale è consigliabile coordinare i contratti e le obbligazioni delle diverse parti, distinguendo quella di lunga durata, che richiede un bilanciamento tra flessibilità e precisione, da un accordo singolo ad esecuzione immediata. È opportuno ricordare come ogni tipo di accordo abbia le sue specifiche clausole *boilerplate* e queste vadano tra loro coordinate.

Decisivo è poi il diritto applicabile al contratto che incide sulla applicazione e interpretazione di queste pattuizioni. La loro origine anglo-americana fa sì che difficilmente nei sistemi di *civil law* abbiano la stessa portata. Si pensi, ad esempio, alla *merger clause*. In tale prospettiva potrebbe apparire corretta anche la preferenza per principi di soft law come quelli Unidroit, che hanno trovato un'ampia elaborazione nella prassi internazionale.

È, infine, fondamentale, che tali scelte vengano effettuate considerando anche la clausola di giurisdizione. È diverso, infatti, se a decidere sarà un giudice ordinario nazionale o straniero, un tribunale arbitrale nazionale o internazionale con sede in un altro ordinamento. Una corte italiana potrebbe incontrare degli ostacoli nell'interpretare una clausola *in base alla lex mercatoria* rispetto a un Collegio arbitrale inglese. Per tale ragione sarebbe da evitare la tendenza diffusa di discutere la clausola di giurisdizione frettolosamente e soprattutto alla fine delle negoziazioni.

Sembra, dunque, ovvio ribadire come un buon accordo debba essere pensato in un'ottica di futura controversia. Ciò è dimostrato dalla differente percezione che hanno di molte clausole gli avvocati esperti in M&A rispetto a quelli specializzati in contenzioso, il che suggerirebbe la partecipazione di entrambi alla negoziazione e redazione di un contratto.

Come efficacemente sottolineato da Guido Alpa, «anziché negoziare un contratto ad hoc per dare veste giuridica alla loro operazione economica, il fatto che le parti abbiano preferito, scrivendo il contratto in lingua inglese e seguendo le *boilerplate clause*, le clausole standard, talvolta stilizzate, più frequentemente utilizzate, non è considerato in alcuni ordinamenti solo espressione di una prassi, ma anche di una scelta di merito: cioè la scelta di non assoggettare il contratto alla legge nazionale che sarebbe applicabile se il contratto non avesse quelle caratteristiche»<sup>(2)</sup>. Tale posizione è confermata dalla prassi: in numerose ipotesi anche clausole reputate *boilerplate* sono effettivamente volute dalle parti.

Le pattuizioni standard presentano indubbi vantaggi. Permettono, infatti, di ridurre i costi e i tempi della negoziazione, colmando anche le possibili asimmetrie di informazioni esistenti tra i contraenti.

Gli studi di psicologia comportamentale mostrano, inoltre, come la richiesta di una delle parti di derogare o modificare significativamente clausole standards potrebbe essere interpretata negativamente dall'altra. Potrebbe, infatti, dare l'impressione che la

controparte è a conoscenza di informazioni svantaggiose o pericolose nei confronti delle quali vorrebbe tutelarsi. Ciò potrebbe, perfino, portare ad una interruzione delle trattative. Le *boileplate clause*, invece, per le loro intrinseche caratteristiche sembrano rappresentare un rischio medio.

Ciò non sembra sorprendente: le clausole diventano standard, infatti, proprio perché rispondono ad esigenze specifiche in modo generalmente considerato efficace e quindi “sopravvivono” di contratto in contratto. Tuttavia la diffusione di queste pattuizioni può essere influenzata dal contesto economico e giuridico e dallo stile dei diversi ordinamenti come dimostra la *sandbagging*<sup>(3)</sup> *clause* nei contratti di M&A.

L'analisi comparatistica della giurisprudenza rivela, infatti, un panorama frammentato. In Delaware, è emersa una *pro-sandbagging rule*: il compratore non acquista solo una impresa, ma anche la garanzia che ricomprende un “*sandbagging right*”. La medesima posizione è accolta dalla Corte di Cassazione francese, la quale nel 2007 ha affermato che «Se la regola secondo cui le convenzioni devono essere eseguite in buona fede consente al giudice di condannare l'uso sleale di un diritto contrattuale, non gli consente di incidere sulla sostanza dei diritti e degli obblighi legalmente concordati tra le parti»<sup>(4)</sup>.

Più complesso e meno chiaro appare, invece, l'orientamento delle Corti di New York, in base al quale, a meno che non vi sia un'espressa e precisa clausola *pro-sandbagging* nell'accordo di M&A, l'acquirente, che viene a conoscenza prima del *closing* della violazione di una garanzia o di un patto contenuti in un contratto di M&A, non potrà chiedere il risarcimento danni o di indennizzo dopo la stipulazione del contratto se l'acquirente è a conoscenza di tale violazione a seguito della divulgazione da parte del venditore<sup>(5)</sup>.

Tali differenze sembrerebbero indicare una preferibilità per una regolazione pattizia del *sandbagging*. Invece, dati empirici mostrano come negli accordi di M&A statunitensi il profilo sia ignorato nella maggioranza dei casi, mentre in Europa siano generalmente inserite *anti-sandbagging clauses*.

Le ragioni possono essere varie. Si osserva come le parti abbiano interessi contrapposti. Il compratore preferisce una clausola *pro-sandbagging* perché favorisce una due diligence più completa e riduce i rischi di contenzioso successivo al *closing*. Il venditore, invece, considera più efficace una pattuizione *anti-sandbagging* in quanto consente una cooperazione leale tra le parti nelle trattative. Inoltre, la conoscenza di un possibile inadempimento nella fase della negoziazione permette una efficiente allocazione del rischio o addirittura la soluzione del problema. Nei confronti di queste due diverse prospettive, il silenzio scelto negli USA sembra essere a tutela del compratore. In assenza di una previsione espressa si applica, infatti, la default rule che nella maggioranza dei casi è *pro-sandbagging*.

Ciò potrebbe essere il risultato di un compromesso, valutato in termini economici, oppure di caratteristiche del mercato connotato dalla maggiore forza degli acquirenti. In Europa, invece, la soluzione opposta potrebbe essere spiegata o con la diversa allocazione del potere contrattuale o con una mentalità che considera contraria a buona fede la pratica del *sandbagging*. Seppure il modello europeo

sembra più corretto, va constatato come le differenze tra ordinamenti incidano sulla diffusione e standardizzazione di queste pattuizioni.

Nel valutare la portata delle clausole *boilerplate* è necessario soffermarsi non solo sul tenore letterale, ma soprattutto, con il passare del tempo, sulla giurisprudenza che spesso nel chiarire alcuni aspetti adotta interpretazioni poi cristallizzate. Si tratta del cosiddetto “*butterfly effect*”<sup>(6)</sup>, in base al quale un giudice in una decisione assegna un significato specifico a una parola o frase ambigua che compare in numerosi contratti. Anni dopo, altri contraenti sono coinvolti in una controversia che riguarda la stessa parola o frase ambigua. Riferendosi al contenzioso precedente, il giudice ritiene che quella parola debba essere interpretata esattamente come nel caso originale. Tale interpretazione si afferma, così, nella prassi divenendo il vero significato della clausola. Emerge dunque, come si crei una illusione di comprensibilità perché «the meaning ascribed to the language by an innocent first reader will differ markedly from the meaning the language is given in court, the meaning upon which drafters rely»<sup>(7)</sup>.

Benché le *boilerplate clauses* siano spesso introdotte in modo quasi automatico, la dottrina ha messo in luce tre possibili rischi nell’uso ripetuto<sup>(8)</sup>:

a) alcuni termini standardizzati possono essere utilizzati in maniera così costante da perdere il loro significato condiviso e diventano un “*legal incantation*”;

b) l’intelligibilità del linguaggio si deteriora in modo significativo quando il gergo legale giuridico viene aggiunto alle formulazioni standard, portando a variazioni linguistiche della stessa clausola;

c) con le ripetute applicazioni e il passare del tempo perdono adeguatezza di fronte ai cambiamenti giuridici, economici, scientifici e sociali.

Un ulteriore profilo attiene alla adattabilità di queste clausole a ordinamenti giuridici diversi da quelli in cui sono originate. Il fenomeno del c.d. “contratto alieno” è stato ampiamente studiato sia nei suoi profili generali sia con riguardo alle specifiche pattuizioni per valutare la loro compatibilità con il sistema italiano. Va sottolineato, però, come spesso non si tratti questioni di invalidità parziale o totale delle *boilerplate* o di limitazione della loro portata. In alcune ipotesi, infatti, potrebbero essere efficaci, ma inutili o addirittura potrebbero creare difficoltà interpretative. Si considerino clausole come quelle di *reasonable effort* o di *commercially reasonable effort*. Nel diritto italiano la loro funzione rientra nel dovere di buona fede. Pertanto andrebbe valutato caso per caso se aggiungono obblighi ulteriori o, invece, siano solo una mera ripetizione di quelli già previsti. Lungi dal semplificare il processo interpretativo, aumenterebbe il rischio di risultati non voluti. Analoghi problemi sono suscitati dalle “clausole di buona fede” che nell’ordinamento inglese potrebbero servire ad introdurre un principio generale non riconosciuto, ma che in Italia avrebbero uno scopo più incerto, rimesso alla discrezionalità o sensibilità del giudice.

Una possibile soluzione consiste nel negoziare le “*boilerplate*”, modulandole alla luce degli elementi del caso concreto. Ciò avviene con frequenza nella prassi, perché raramente i contratti sono redatti da zero o «nonostante le opinioni degli avvocati, sono opere letterarie»<sup>(9)</sup>. Appare tuttavia necessaria cautela. La dottrina ha notato come spesso le modifiche non siano attentamente valutate. Frequentemente gli avvocati tendono ad utilizzare il modello contrattuale più recente anche se non perfettamente adatto

alla fattispecie, che pertanto deve essere adeguato. Tuttavia, il vincolo cognitivo porta ad una redazione imperfetta, che si propaga poi in tutto l'accordo. La maggioranza dei contratti complessi presenta, infatti, una scarsa modularità.

Un esempio della complessità si ricava dalle clausole di *hardship*. La preferenza per una formula generale e sintetica esprime la volontà di lasciare al decisore il compito di valutare se la situazione verificatasi possa essere qualificata come *hardship*.

Potrebbe, invece, essere consigliabile negoziare specificatamente gli eventi alla luce dell'operazione economica concreta. Qualora venga concluso un contratto con oggetto una prestazione da eseguire in uno Stato a rischio di instabilità politica, potrebbe essere utile inserire espressamente questa circostanza. Analogamente, in un caso nel quale la possibilità di inflazione è elevata potrebbe essere indicata specificatamente come "*trigger event*", nonostante non sia generalmente ricompresa nelle ipotesi di *hardship*. La medesima problematica si ravvisa con riguardo alle clausole di forza maggiore. Si constata, però, come nell'identificare gli eventi si riscontri un ostacolo nelle limitate informazioni spesso a disposizione per la poca esperienza, il costo e il tempo necessari per reperirle o semplicemente per una sottovalutazione del rischio. Tuttavia, riflessioni attente sono fondamentali perché l'esperienza della pandemia e, poi, della guerra russo-ucraina hanno dimostrato che, anche in presenza di queste pattuizioni se mancano indici chiari, un evento eccezionale non necessariamente porta automaticamente alla impossibilità sopravvenuta della prestazione o alla sua sospensione.

Pur complessa e connotata da bias, la negoziazione integrativa ha, dunque, diverse funzioni riconosciute anche dagli studi di psicologia comportamentale. Infatti, qualora una parte decida di proporre condizioni evidentemente sbilanciate a suo favore per iniziare una trattativa, tale richiesta può agire come un'ancora, influenzando la percezione dell'altro contraente su ciò che è possibile ottenere o invece è meglio cedere.

Una parte può, così, offrire di rinunciare a un vantaggio in cambio di un altro. Bisogna tenere presente che in alcuni contratti come quelli di M&A ogni clausola ha un valore e può essere oggetto di scambio. Anche il silenzio o l'ambiguità potrebbero essere stati valutati economicamente. È evidente che ciò non deve, come sottolineato, dare l'impressione di rischi sottesi e non rivelati che potrebbero portare ad una interruzione delle trattative. La scelta tra una mera adesione alle clausole standard e una loro modifica deve, dunque, essere valutata alla luce del contesto.

## 2. Contestualismo vs testualismo

Con l'ordinanza in commento la Suprema Corte ha respinto il ricorso dell'Agenzia, ribadendo che l'effetto segregativo del *trust* deficiata di un effetto traslativo reale, per tale intendendosi non un trasferimento fittizio, simulato o non voluto, bensì un trasferimento non stabile e definitivo. Le *boilerplate clauses* rive-

lano i molteplici problemi della negoziazione, che si riflettono nelle frequenti difficoltà di interpretare i contratti. Peraltro «la maggior parte degli accordi commerciali su cui valeva la pena litigare erano, al momento della loro creazione, una complessa sinergia di motivazioni, comunicazioni più o meno complete, pratiche di redazione, pressioni, scadenze, molte delle quali hanno spinto il contratto alla sua esecuzione, come una cosa, un atto o evento, e non necessariamente come testo logico e coerente. Nel contratto, concentrarsi semplicemente dopo il fatto sulla logica e la coerenza del testo è spesso la semplificazione di un economista, l'ideale di un moralista o l'illusione di un avvocato»<sup>(10)</sup>. La ricerca della volontà delle parti diviene faticosa proprio perché si scontra con una realtà connotata da aspettative diverse, illusioni, molteplici pareri di esperti, interessi dichiarati o impliciti.

Tale pragmatismo disincantato sfuma in giurisprudenza e in dottrina in un confronto tra testualismo e contestualismo volto a individuare il metodo interpretativo più efficace per ricavare la intenzione dei contraenti. La riflessione si inserisce nel perdurante dibattito sulla maggiore attrattività del modello di *common law* e più specificatamente inglese rispetto a quello di *civil law* per la rilevanza attribuita in questo sistema alla intangibilità del contratto.

Il dibattito vivace e mai sopito nasce dalla rilevanza pratica della questione: la maggioranza delle controversie contrattuali deriva da una diversa interpretazione dell'accordo. In sintesi le corti sono chiamate a decidere:

1) di chi sia il significato che conta,

2) quale sia il tipo di significato. Non si tratta di una operazione semplice. Secondo George Klass, è possibile, infatti, distinguere tra le aspettative, valori desideri, delle parti e il contenuto effettivamente comunicato. Quest'ultimo può essere letto muovendo dall'intenzione del "parlante" o dal significato letterale che può essere quello comune o specifico dei contraenti<sup>(11)</sup>,

3) quali fatti determinano il significato giuridicamente rilevante.

I dati empirici sembrano confermare, come noto, la preferenza del mondo delle imprese per il testualismo. Ciò è dimostrato dalla scelta nei contratti tra parti sofisticate di diritti "formalisti", tra i quali quello inglese e di New York e da particolari tecniche di redazione degli accordi volte a ridurre l'intervento correttivo e/o integrativo del giudice. Non si tratta solo della quasi automatica introduzione nei contratti delle *merger clauses*<sup>(12)</sup>, ma anche della diffusione delle *non severability clauses*<sup>(13)</sup>, cioè di quelle pattuizioni con le quali si persegue il mantenimento in vita del contratto, anche nel caso in cui parte di esso sia considerato nulla, inesistente o sia annullata<sup>(14)</sup>. Spesso si accompagnano all'obbligo in tali casi di rinegoziare una nuova clausola e/o alla specificazione che la nullità, inesistenza o annullabilità in una giurisdizione non si estende a tutte le altre dove opera il contratto. Si è giustamente constatato come esse siano rappresentative di una forte diffidenza nei confronti del decisore. Si pensi all'ipotesi di un contratto di vendita di un prodotto, accompagnato da un obbligo di non concorrenza, che si riflette nella determinazione del prezzo ed è quindi essenziale al contratto. In presenza di una *severability clause*, qualora tale obbligo sia considerato inefficace, le parti potrebbero veder conservato il contratto, nonostante il valore dell'operazione economica sia divenuto sbilan-

ciato o addirittura assente per una delle due. Tuttavia, la decisione di introdurre comunque questa pattuizione nonostante i possibili rischi è significativa della preferenza per il testo rispetto a successivi interventi del giudicante che attraverso un approccio contestualista lo stravolgano o lo modificano. Saranno poi i contraenti a decidere le sorti dell'operazione economica.

Alla preferenza delle parti si aggiunge la difficoltà in molte ipotesi di individuare il contesto rilevante. Lisa Bernstein ha dimostrato che gli usi e gli standard contrattuali non sono emersi in modo organico, chiaro e preciso ma sono stati il risultato di un lungo processo di raggiungimento del consenso tra le parti interessate <sup>(15)</sup>. In questa prospettiva, dunque, riferirsi alle prassi del settore appare più una “finzione legale” che una realtà commerciale. Tuttavia, come emerge nel modello inglese il criterio del “*commercial common sense*” può essere utile non quale canone indipendente, ma in una interpretazione testualista per illuminare il significato delle parole <sup>(16)</sup>. Può servire a <sup>(17)</sup>:

- a) correggere piccoli ed evidenti errori;
- b) evitare “*absurdity*” in caso di incertezza;
- c) individuare l'oggetto e lo scopo dell'operazione economica;
- d) identificare eventuali standards riconosciuti nel settore.

Ciò non deve portare a correggere accordi chiari che si sono rivelati in seguito svantaggiosi. Lord Clarke rileva efficacemente che «Gli uomini d'affari a volte concludono accordi sbagliati o scadenti per una serie di ragioni diverse, come una posizione di debolezza nelle trattative, una scarsa capacità di negoziazione o di redazione, una consulenza inadeguata o un'inavvertenza. In tal caso, non è compito del tribunale migliorare l'accordo o renderlo più ragionevole attraverso un processo di interpretazione che equivale a riscriverlo» <sup>(18)</sup>. Molto spesso, l'accordo è calibrato e disegnato maggiormente a favore di un contraente, ma non necessariamente è abusivo. Potrebbe essere stato oggetto di una valutazione economica: ad esempio, la parte potrebbe avere pagato meno del valore del bene assumendo rischi elevati.

Soprattutto, è opportuno ricordare che «neither the advocates who argue points of construction nor the judges who determine them are commercial men” and so they should refrain from latching on to “a preconceived idea of what contracts of that description generally seek to achieve” and then trying to “force the words of the particular contract to fit that preconception» <sup>(19)</sup>.

Peraltro, si è osservato come ovviamente aumenti il costo elevato del contenzioso commerciale se i giudici e gli avvocati devono cercare in tutto il contesto, come ampiamente definito, invece di leggere semplicemente il testo del contratto.

La giurisprudenza di *common law* sembra orientata ad utilizzare un'interpretazione letterale, salvo che non siano presenti chiare ambiguità nell'accordo. Tale concetto appare, però, di difficile definizione. La giurisprudenza di *common law* qualifica una pattuizione come ambigua se «*it is reasonably or fairly susceptible of different interpretations*». Alcuni autori hanno criticato la vaghezza della formula ritenendo che «*perhaps ironically, is that the concept of ambiguity is itself perniciously ambiguous. People do not always use the term in the same way,*

*and the differences often appear to go unnoticed»* <sup>(20)</sup>. In realtà, per Steve Burton, si deve valutare se il linguaggio dell'accordo sia ragionevolmente suscettibile dei significati proposti da entrambe le parti, e non se sia ragionevolmente suscettibile di due (più) significati potenziali. Si tratta di una ambiguità in concreto <sup>(21)</sup>. Peraltro, i dati empirici e il buon senso rivelano che tanto più una parola è usata quanto più è possibile individuarne numerosi significati.

Insufficiente per comprendere il senso di un termine è anche il riferimento alle aspettative delle parti sia perché tale concetto può essere inteso in senso prescrittivo sia in quanto i contraenti spesso differiscono con riguardo a questo aspetto. Peraltro l'espressione «evoca un mix di oggettivo (ragionevolezza) e soggettivo (aspettative delle parti) che è di per sé particolarmente attraente nel diritto contrattuale. I meccanismi di controllo oscillano spesso tra la salvaguardia della libertà delle parti di concludere i propri affari e l'imposizione di vincoli in nome della correttezza, ragionevolezza e della buona fede. Il concetto di ragionevole aspettativa potrebbe essere considerato come una sintesi di questi elementi conflittuali» <sup>(22)</sup>.

È messo in luce come le nuove tecnologie potrebbero essere utili nel rafforzare l'efficacia del testualismo tanto nella fase di redazione del contratto come nella sua interpretazione. La dottrina del *corpus linguisticus* <sup>(23)</sup> ha osservato come, attraverso l'intelligenza artificiale, «questo metodo consente all'utente di ricercare un ampio corpus di testi, o corpus, per una particolare parola, al fine di identificare modelli d'uso che rivelano informazioni sul significato di una parola. Ad esempio, l'utente può seguire la frequenza di una parola nel tempo, identificare le parole che ricorrono più frequentemente in prossimità di quel termine di ricerca o esaminare ogni caso d'uso di una parola nel contesto. I sostenitori sostengono che queste informazioni ci dicono qualcosa di importante sul significato di un termine. La linguistica dei corpora, sostengono, rivela il significato comune di una parola in modo più affidabile rispetto ai dizionari, alle ricerche *ad hoc* su Google o all'intuizione» <sup>(24)</sup>. Nella fase di redazione, ciò potrebbe determinare una maggiore accuratezza nella scelta dei termini e soprattutto una prevedibilità sul significato che potrebbe essere loro attribuito. Tale metodo permette poi, una maggiore apertura al contesto anche nel testualismo: è, infatti, possibile verificare come una parola assume sfumature diverse nei diversi contesti. Inoltre, diversamente da altri sistemi di IA, non viene fornita una risposta ma dati che possono essere impiegati dalle corti con ragionevolezza, limitando il fenomeno del “*dictionary shopping*” e mantenendo la flessibilità necessaria.

Nel medesimo sforzo di superare il binomio testualismo/contestualismo vanno letti gli studi che hanno esaminato l'impatto di *Chatgpt* sulla interpretazione <sup>(25)</sup>. Nonostante alcuni risultati incoraggianti e un probabile incremento dell'uso della *chatbox* da parte dei giudici, come avvenuto in passato con Wikipedia, si sono notati profili problematici. Il primo attiene alla manipolabilità e interpretabilità del modello. Si è osservato che il modo in cui codifica il linguaggio non si fonda sulla semantica, ma utilizza correlazioni diverse.

Si limita, inoltre, a replicare il significato attribuito dalla maggioranza mentre vengono superate le visioni particolari. Nel contratto, questo potrebbe portare a risultati discutibili: le parti potrebbero avere privilegiato nell'accordo un significato più ridotto o

minoritario. Si tratta di una questione che da sempre suscita l'interesse della dottrina e della giurisprudenza. Secondo Willinston: «[A] *reasonable degree of certainty is attained if words are construed according to a standard not peculiar to the parties, but customary among persons of their kind under the existing circumstances. The certainty obtained by enforcing always the normal standard would be but little greater, and would be obtained at the expense of a rigidity which would frequently do violence to the actual intention of the parties. That the local standard would be applied unless at any rate under the normal standard the words were extremely clear seems to have been early settled. Even though the local standard led to a construction opposed to the literal meaning of the language this was true*»<sup>(26)</sup>. Secondo Scott e Schwartz tale aspetto è centrale nel caso in cui il contratto presenti una lacuna e quindi il giudice debba decidere se le parti avrebbero adottato una soluzione maggioritaria oppure se sia meglio permettere loro di provare il carattere specifico e unico dell'accordo<sup>(27)</sup>.

Inoltre, il modello rende difficile se non impossibile identificare come un termine veniva compreso in un certo momento storico posto che gli algoritmi sono allenati con un numero elevatissimo di dati inseriti indiscriminatamente.

È chiaro, dunque, che allo stato non appare possibile una trasposizione automatica del modello in giudizi legali anche perché i tribunali «dovranno trovare il modo di racchiudere i risultati dell'interpretazione automatizzata in pacchetti che aiutino i non addetti ai lavori a vedere la legge come un esercizio guidato da valori, comunitario e vincolato, e non solo come la più alta probabilità di predizione del prossimo token»<sup>(28)</sup>.

### 3. Osservazioni conclusive

Sotto il profilo giuridico, il nodo centrale della vicenda riguarda le peculiarità del *trust* e la conseguente applicazione in misura fissa delle imposte ipotecarie e catastali. Il confronto come metodo più adeguato tra testualismo e contestualismo sembra suggerire l'opportunità per le parti di delimitare attraverso il contratto l'intervento del giudice, fornendo criteri testuali precisi di interpretazione, che consentano anche di valorizzare il contesto ritenuto rilevante ai fini di una comprensione dell'operazione economica. Le previsioni *ex ante* hanno il vantaggio di essere condivise in un momento nel quale i contraenti hanno ancora un rapporto non incrinato da recriminazioni o aspettative deluse<sup>(29)</sup>.

Ad esempio, può essere utile introdurre una descrizione delle trattative e dei rapporti fra le parti soprattutto attraverso "*whereas clause*" che servono a spiegare i motivi della conclusione del contratto e, in alcuni casi, ne descrivono lo scopo. Tali pattuizioni sono finalizzate proprio a guidare la corretta interpretazione del giudice.

In alcune ipotesi è indicato espressamente il metodo di interpretazione da utilizzare. Può essere prevista una clausola in base alla quale, qualora il linguaggio fosse «ritenuto ambiguo o altrimenti incerto, la questione sarà risolta in modo più coerente con le disposizioni, le stipulazioni, le esclusioni e le condizioni pertinenti

(senza tenere conto dell'importanza del linguaggio, senza alcuna presunzione o interpretazione o costruzione arbitraria [...] o senza fare riferimento alle “ragionevoli aspettative” di uno dei due o a controprove, e senza fare riferimento alla parola o ad altre prove intrinseche)»<sup>(30)</sup>. È frequente, inoltre, che il contratto includa *standards* o clausole generali che necessitano una attenzione alle circostanze concrete. Si consideri la *reasonableness clause*: «Nella misura in cui una disposizione o una parte del presente Contratto sia ritenuta inapplicabile da un tribunale di diritto o di equità, tale disposizione o parte del Contratto sarà comunque applicabile nella misura in cui tale tribunale ne determini la ragionevolezza».

Nella maggioranza dei contratti, le parti combinano, però, regole precise e standard. Negli accordi nei quali è determinante la capacità e l'esperienza di uno dei contraenti, è necessario lasciargli un margine di discrezionalità ampio nell'adempimento. Ciò si ottiene attraverso l'uso di formule generali piuttosto che di una specificazione precisa della prestazione.

Più in generale e anche prescindendo dagli specifici stili e tecniche di redazione, un elemento che potrebbe risultare indicativo è la completezza del testo contrattuale: la scelta delle parti di regolare con precisione il rapporto può essere considerata un segnale di una preferenza per un approccio formalista: dimostra, infatti, la volontà dei contraenti di affidarsi il meno possibile alla discrezionalità del giudicante. Addirittura la dottrina ha osservato come nei casi di contratti connotati da incertezza elevata e pochi attori sul mercato, le parti disegnano un meccanismo interpretativo connotato «da un processo di collaborazione, tipicamente un regime di revisione continua e di scambio di informazioni, in base al quale le parti valutano reciprocamente le proprie capacità e intenzioni, e che sostituisce funzionalmente la specificazione ex ante del risultato desiderato»<sup>(31)</sup>.

Tuttavia, benché possa apparire vantaggiosa una definizione *ex ante* completa delle obbligazioni delle parti e dei rimedi, si sottolinea come in alcune ipotesi l'incertezza aumenta a tal punto che le parti non possono anticipare o specificare ex ante il contesto rilevante nemmeno invocando ampi standard di ragionevolezza e simili.

L'impossibilità di individuare un metodo perfetto per la molteplicità delle ipotesi concrete non dovrebbe comunque scoraggiare le parti a contrattare per un maggiore o minore formalismo. Avery Katz ha osservato come, senza ricorrere a pattuizioni complesse, anche solo tre elementi potrebbero essere sufficienti per esprimere la loro volontà<sup>(32)</sup>:

- a) la *merger clause*,
- b) il diritto applicabile al contratto,
- c) la giurisdizione.

Nella dinamica rapida degli affari, nelle continue evoluzioni della società, i contraenti devono accontentarsi di redigere un buon contratto e la giurisprudenza essere “abbastanza esatta”<sup>(33)</sup> nelle decisioni. D'altra parte, come osservato, l'esperienza di Warren Buffet dimostra che ottimi affari possono dipendere da accordi informali fondati sulla fiducia. Nel comprare Nebraska Furniture Mart ricorda: «[a]ndai a trovare la signora B (Rose Blumkin), portando con me una proposta di acquisto di 1/4 pagine per NFM che avevo redatto... La signora B accettò la mia offerta senza cambiare una parola, e completammo l'affare senza il coinvolgimento di banchieri d'investimento o avvocati

(un'esperienza che si può solo descrivere come celestiale). Anche se i bilanci dell'azienda non erano stati sottoposti a revisione, non mi sono preoccupato. La signora B mi ha semplicemente detto come stavano le cose e la sua parola era sufficiente per me»<sup>(34)</sup>. Forse a volte bisognerebbe non dimenticarselo nelle instancabili negoziazioni, con buona pace degli avvocati!

<sup>(1)</sup> RADIN, *Response: Boilerplate in Theory and Practice*, in *Can. Bus. LJ*, 54, 2013, 292; ID., *Boilerplate: The Fine Print, Vanishing Rights, and the Rule of Law*, Princeton University Press, 2012.

<sup>(2)</sup> ALPA, *Le clausole nei contratti del commercio internazionale*, 7 (reperibile al link [www.unisob.na.it/universita/facolta/giurisprudenza/age/alpa3.pdf](http://www.unisob.na.it/universita/facolta/giurisprudenza/age/alpa3.pdf)).

<sup>(3)</sup> L'espressione negli anni '40 nel poker per indicare la situazione nella quale un giocatore si comporta come se non avesse una buona mano, mentre in realtà ce l'ha, al fine di trarre vantaggio sui suoi compagni di gioco.

<sup>(4)</sup> Cour de Cassation, civ., 10 luglio 2007, No. 06-14.768, in *Bull. civ.* 1V, (Fr.).

<sup>(5)</sup> KIMBALL, *Sandbagging: Eagle Force Holdings & the Market's Reaction*, in *BYU L. Rev.*, 46, 2020, 571.

<sup>(6)</sup> COYLE, *The Butterfly Effect in Boilerplate Contract Interpretation*, in *Law & Contemp. Probs.*, 4, 2019, 82, i.

<sup>(7)</sup> BOARDMAN, *Contra proferentem: The allure of ambiguous boilerplate*, in *Mich. L. Rev.*, 104, 2005, 1105.

<sup>(8)</sup> CHOI, GULATI e SCOTT, *The Black Hole Problem in Commercial Boilerplate*, in *Duke LJ*, 67, 2017, 1.

<sup>(9)</sup> TRIANTIS, *Improving contract quality: modularity, technology, and innovation in contract design*, in *Stan. JL Bus. & Fin.*, 18, 2012, 177.

<sup>(10)</sup> LIPSHAW, *Lexical Opportunism and the Limits of Contract Theory*, in *U. Cin. L. Rev.*, 84, 2016, 217.

<sup>(11)</sup> KLASS, *Formalism in Contract Exposition*, in *Georgetown Law Faculty Publications and Other Works*, 2023, 2554.

<sup>(12)</sup> BENOLIEL, *The Interpretation of Commercial Contracts: An Empirical Study*, in *Ala. L. Rev.*, 69, 2017, 469.

<sup>(13)</sup> BENOLIEL, *Contract Interpretation Revisited: The Case of Severability Clauses*, in *Bus. & Fin. L. Rev.*, 3, 2019, 90.

<sup>(14)</sup> Va constatato come tali clausole potrebbero suscitare delle difficoltà in un sistema come quello italiano.

<sup>(15)</sup> BERNSTEIN, *Opting out of the legal system: Extralegal contractual relations in the diamond industry*, in *Contract-Freedom and Restraint*, Routledge, 2013, 359; EAD., *The Questionable Empirical Basis of Article 2's Incorporation Strategy: A Preliminary Study*, in *The University of Chicago Law Review*, 66.3, 1999, 710.

<sup>(16)</sup> *Sara & Hossein Asset Holdings Ltd v Blacks Outdoor Retail Ltd* [2023] UKSC 2 ha mostrato nuovamente un trend favorevole ad un uso maggiore del contesto «*Adopting an iterative approach, this interpretation is consistent with the contractual wording, it enables all the provisions of the leases to fit and work together satisfactorily and it avoids surprising implications and uncommercial consequences*».

<sup>(17)</sup> ANDREWS, *Interpretation of contracts and "commercial common sense": do not overplay this useful criterion*, in *The Cambridge Law Journal*, 76 (1), 2017, 36.

<sup>(18)</sup> [2015] EWCA Civ 839 at [30] (affmd. [2017] UKSC 24; [2017] 2 W.L.R. 1095)

<sup>(19)</sup> LEWISON, *Lewison on the Interpretation of Contracts*, 6<sup>th</sup> ed., Sweet & Maxwell, 2015, 2.08, 69.

<sup>(20)</sup> SOLAN, *Pernicious Ambiguity in Contracts and Statutes*, in *Chi. Kent. L. Rev.*, 79, 2004, 859.

<sup>(21)</sup> BURTON, *Elements of contract interpretation*, Oxford University Press, 2009.

<sup>(22)</sup> C. MITCHELL, *Leading a life of its own? The roles of reasonable expectation in contract law*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 23(4), 2003, 639.

<sup>(23)</sup> MOURITSEN, *Contract interpretation with corpus linguistics*, in *Wash. L. Rev.*, 94, 2019, 1337.

<sup>(24)</sup> STEMPEL e KNUTSEN, *Technologically Improving Textualism*, in *Nev. LJ*, 6, 2022, 10.

<sup>(25)</sup> HOFFMAN e ARBEL, *Generative interpretation*, 2023, (reperibile al link [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=4526219](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4526219)). L'IA potrebbe peraltro essere utile anche

in fase di redazione di un contratto.

<sup>(26)</sup> WILLISTON, 2 *The Law of Contracts, Chapter XXI: General Rules for the Interpretation or Construction of Contracts and the Parol Evidence Rule*, Baker, Voorhis & Company, 1927, 1171 s.

<sup>(27)</sup> A. SCHWARTZ e SCOTT, *Contract Theory and the Limits of Contract Law*, in *Yale L.J.*, 113, 2003, 541.

<sup>(28)</sup> HOFFMAN e ARBEL, *Generative interpretation*, cit.

<sup>(29)</sup> Tuttavia come notano gli studi di psicologia comportamentale un rischio potrebbe essere rappresentato dall'eccessivo ottimismo.

<sup>(30)</sup> C. MITCHELL, *Leading a life of its own? The roles of reasonable expectation in contract law*, cit., 639.

<sup>(31)</sup> GILSON, SABEL e SCOTT, *Text and context: contract interpretation as contract design*, in *Cornell L. Rev.*, 100, 2014, 23.

<sup>(32)</sup> A.W. KATZ, *The economics of form and substance in contract interpretation*, in *Colum. L. Rev.*, 104, 2004, 496.

<sup>(33)</sup> A. SCHWARTZ e SCOTT, *Contract theory and the Limits of Contract Law*, cit., 541.

<sup>(34)</sup> L'episodio è raccontato in CUNNINGHAM, *Contract Interpretation 2.0: Not Winner-Take-All but Best-Tool-for-the-Job*, in *Geo. Wash. L. Rev.*, 85, 2017, 1625.

## “L’inadempimento anticipato” e “La garanzia nel diritto dei contratti”: a proposito di due recenti monografie? \*

di UGO SALANITRO

Professore ordinario di Diritto privato  
Università di Catania

Non è mio compito illustrare analiticamente il contenuto delle due monografie che hanno vinto il premio per la migliore opera prima dell’Associazione civilisti italiani (edizione 2023), il libro di Luigi Regazzoni su “La garanzia nel diritto dei contratti”, Giuffrè, 2022, e il volume di Tereza Pertot su “L’inadempimento anticipato”, Edizioni Scientifiche Italiane, 2021.

Mi limiterò ad una veloce comparazione tra i due lavori, cercando affinità e differenze, e chiuderò con due domande volte a stimolare ancora la riflessione su questi temi, particolarmente delicati, in cui il percorso di ricerca non può considerarsi concluso.

Sono testi di pari valore, entrambi di grande qualità, dalla cui lettura si impara molto: scrittura chiara ed elegante, struttura del lavoro meditata, argomentazione coerente ed efficace, ritmo sostenuto che non consente al lettore di annoiarsi. Prodotti sintomatici di una generazione di giovani studiosi di alto livello, guidata con scrupolo e attenzione dai loro Maestri, che ho avuto occasione di conoscere e frequentare proprio per merito dell’esperienza di Pactum, alla quale molti di loro partecipano con entusiasmo e spirito di sacrificio.

Sono monografie incentrate entrambe sul rapporto tra la parte sul contratto in generale e la parte sui contratti tipici: ma nell’esame di questo rapporto si avverte la differenza di impostazione e di metodo tra Pertot e Regazzoni.

L’analisi di Pertot è colta e attenta, dimostra una sensibilità particolare per il dato testuale e per la *ratio* della norma, dalla lettura del volume si traggono continui insegnamenti. Sul piano del metodo adotta un’impostazione che si potrebbe definire, sotto molti aspetti, tradizionale, in cui alla parte sul contratto in generale attribuisce la funzione di porre i principi e le regole generali e alla parte sui contratti tipici le deroghe caratterizzate da specialità: seppure molto cauta, la tendenza in tutto il lavoro è, anzi, quella di interpretare le regole particolari come norme eccezionali, insuscettibili di espansione analogica e addirittura vocate ad un’interpretazione restrittiva, perché in deroga al principio della vincolatività del patto e della conseguente natura tassativa dei casi di scioglimento.

Del tutto diversa l’impostazione di Regazzoni, altrettanto accurato nell’uso delle tecniche interpretative per le singole disposizioni, ma pronto a ribaltare lo schema classico e ad utilizzare gli indici desumibili dalla disciplina dei contratti

tipici per fondare, in via analogica, una nuova tecnica rimediale di portata generale. Non entro nel merito della soluzione, ma non posso sottrarmi dall'esprimere un forte apprezzamento per il metodo scelto dall'autore, coerente con le idee che si sono affermate nella civilistica soprattutto dopo gli studi di Giorgio De Nova. Le norme sui contratti tipici sono i luoghi in cui il legislatore ha avuto la possibilità di cogliere e di risolvere problemi che non potevano essere adeguatamente valutati e regolati nella parte generale del contratto, ricorda Mario Barcellona nella sua opera "Diritto, sistema e senso": ritenere che queste norme siano espressione di regole eccezionali, significa depotenziarne la portata, non consentirne l'applicazione al di fuori del caso specifico nonostante siano state pensate per quel tipo di problema, pervenire a soluzioni che, proprio perché non applicano la disciplina più congrua rispetto al conflitto di interessi individuato dal legislatore, si rivelano tendenzialmente irrazionali. Le norme settoriali, sottolinea Angelo Belfiore nella voce "Risoluzione del contratto per inadempimento", possono offrire all'interprete «indici normativi significativi al fine di un'appropriata soluzione o di una corretta impostazione di problemi generali sui quali tace la parte generale del contratto e al contempo possono dare un contributo significativo al fine di sciogliere l'ambiguità di un enunciato generale o proporre una radicale interpretazione antiletterale o, ancora, ridefinirne la fattispecie e restringerne l'ambito di applicazione». In uno scritto sui contratti di impresa, Mario Libertini ripropone in tempi più recenti la tesi che "nega valore di principio alle norme di parte generale dei contratti nel codice civile, attribuendo piuttosto alle stesse un carattere di norme generali residuali, e che, nella stessa prospettiva, ammette l'estensione analogica di norme speciali, dettate per singoli tipi contrattuali".

I testi premiati fanno entrambi i conti con la tradizione, pur nella diversità di impostazione. Tradizionale, come abbiamo visto, è il metodo di Pertot già nel modellare il rapporto tra parte generale e parte speciale dei contratti. Anche Regazzoni, nonostante l'innovatività dei risultati, si muove nel solco della tradizione, appoggiando la propria ricerca sulle solide spalle di Luigi Mengoni.

È molto differente, invece, la struttura dei due lavori, che pare rispecchiare l'atteggiamento dei due autori, quantomeno rispetto alla tesi che sostengono.

Regazzoni si assume un compito difficile – quello di individuare una tecnica di reazione dell'ordinamento ignota alla parte generale del contratto – e procede con sicurezza, superando dopo accurate analisi le possibili obiezioni: il libro è avvincente, esprime il temperamento di uno studioso coraggioso, pienamente convinto della bontà della sua tesi, gli ostacoli sono travolti con consapevolezza ed entusiasmo.

Opposta è la struttura che traspare dal libro di Pertot, la quale, dopo un'analisi serrata, respinge i diversi tentativi di coloro che hanno provato a fondare sulle norme la risoluzione anticipata; solo nelle ultime battute della sua analisi, l'autrice sembra arrendersi alla forza della logica del mercato e riconosce la legittimità dell'istituto, traendo argomentazione dal principio di buona fede nella sua funzione integrativa. Una struttura e un epilogo che rispecchiano l'arduo percorso di ricerca, dalla quale traspare la sofferenza dello studioso che fa emergere

con grande onestà intellettuale le sue incertezze e le sue fatiche, senza però rinunciare a portarle a soluzione, sia pure solo nel finale.

Proprio il ricorso alla buona fede accomuna gli studi di Pertot e di Regazzoni: in entrambi i casi si tratta di scelte opinabili, ma che si inseriscono in quel *mainstream*, forse inarrestabile, che assegna al principio di buona fede un ruolo sempre più pervasivo, facendogli occupare spazi che, già ai sensi dell'art. 1374 c.c., andrebbero coperti da un uso meno rigido dei processi interpretativi e delle regole di integrazione dell'ordinamento. Entrambi gli autori sono tuttavia molto prudenti nell'approcciarsi a questo strumento, da altri così esaltato. Pertot lo lascia per ultimo, quale diaframma tra il *de iure condito* e il *de iure condendo*, assegnandogli un ruolo decisivo ma al tempo stesso residuale. Regazzoni, invece, non lo utilizza per fondare la sua tesi sulla garanzia atipica, ma soltanto per colmarne alcune lacune della disciplina. Entrambi sottendono strategie operative che, nel ricorrere alla buona fede, rispecchiano i valori dell'ordinamento, proponendo argomenti e soluzioni pienamente corrispondenti a quelli che avrebbe usato chi, aderendo a una diversa concezione, avesse ricondotto la questione all'interpretazione delle norme ovvero alla tecnica dell'analogia, in particolare all'analogia *iuris* e ai principi generali.

Non intendo sottrarmi alla discussione con questi due eccellenti studiosi e, pur non essendo uno specialista di questi temi, formulerò una domanda a entrambi, in cui proverò a fare emergere un diverso, almeno in parte, punto di vista.

Non voglio costringere Tereza Pertot a un dibattito sulla rilevanza analogica delle norme sui contratti speciali e sulla possibilità di evincere principi generali sottesi a queste discipline. Tuttavia, vorrei chiederle, restando nella disciplina del contratto in generale, se non si possa sostenere la tesi della risoluzione anticipata valorizzando uno spunto tratto dalla voce di Angelo Belfiore, che rinvia alla disposizione del terzo comma dell'art. 1453 c.c., la quale prevede che “dalla data della domanda di risoluzione l'inadempiente non può più adempiere la propria obbligazione”. Disposizione che non si spiega del tutto né con l'esigenza di tutelare l'interesse del contraente fedele ad un particolare assetto qualitativo del patrimonio, né con quella di salvaguardarne l'interesse a mantenere in vita lo scambio di valori dedotto in contratto: la norma sembra piuttosto tutelare l'interesse del contraente fedele a reagire a fatti che possano «rendere gravemente incerto l'adempimento spontaneo del debitore e, per ciò stesso, avere l'effetto di rendere inutile o scarsamente utile per il contraente fedele la sopravvivenza del rapporto di scambio». Se si riconosca valore a tale interesse, sarebbe irragionevole limitarne la rilevanza a fatti successivi alla scadenza del termine di adempimento e si porrebbe quindi il problema – che in realtà resta vivo anche ricorrendo al principio di buona fede e che comunque non mi pare insormontabile – di interpretare in modo antiletterale la regola generale del primo comma dell'art. 1453, che ricollega il rimedio della risoluzione all'inadempimento di un obbligo del quale il creditore abbia già il diritto di chiedere l'adempimento in forma specifica o per equivalente.

Vorrei invece sollecitare Luigi Regazzoni a riflettere ancora sulla tesi opposta a quella che ha sostenuto, da una prospettiva che forse non è stata sino in fondo esplicitata nella nostra dottrina. Certamente ha ragione Mengoni quando afferma che la garanzia nella vendita non regola una fattispecie riconducibile all'inadempimento di una obbligazione, e tale osservazione può essere forse ripresa per l'oggetto del contratto di assicurazione e per la promessa del fatto di terzo. Tuttavia, noi sappiamo che nel nostro ordinamento le discipline non si applicano soltanto alle fattispecie di riferimento: l'analogia è lo strumento che consente di applicare una regola al di fuori della sua fattispecie, ogni qualvolta il conflitto di interessi da risolvere presenti punti in comune con quello valutato specificamente dal legislatore. Mi chiedo allora se dietro l'idea che le fattispecie della garanzia siano da assimilare a quelle delle obbligazioni, rappresentata in particolare da Cesare Massimo Bianca, non sia sotteso in realtà un ragionamento analogico: le fattispecie sono diverse, ma le regole da applicare per integrarne la disciplina potrebbero essere desunte, ancora prima che dallo sviluppo delle disposizioni puntuali, dalle norme riferibili alla disciplina generale delle obbligazioni.

(\*) Lo scritto riprende l'intervento alla Presentazione dei due volumi tenutasi nell'Università Cattolica di Milano in data 8 marzo 2024. Per una illustrazione analitica dei due lavori e considerazioni approfondite su entrambi, si rinvia all'intervento che ha sviluppato Fabio Addis nella stessa occasione, di prossima pubblicazione, nonché alle recensioni di Alberto Benedetti (su Regazzoni) e di Mauro Grondona (su Pertot) nel fascicolo 1/2024 della Rivista di diritto civile e, volendo, alla mia recensione (del volume di Regazzoni) nel fascicolo 1/2024 della Rivista trimestrale di diritto e procedura civile.

## sezione II

---

# OBBLIGAZIONI

## Obbligazioni pecuniarie

# Interessi “maggiorati” in pendenza di lite. Riflessioni in attesa delle Sezioni Unite\*

di CARLOTTA DE MENECH  
Ricercatrice di Diritto Privato  
Università degli Studi di Pavia

(TRIBUNALE DI PARMA, sezione prima civile, ord. 3 agosto 2023, Est. Moresco;  
tribunale di Milano, sezione terza civile, ord. 25 luglio 2023, Est. Trentini)

### ABSTRACT

A breve, dovrebbe intervenire il chiarimento delle Sezioni Unite in merito al perimetro applicativo dei commi 4 e 5 dell'art. 1284 c.c. In attesa della pronuncia, l'articolo ripercorre gli orientamenti giurisprudenziali che hanno dato origine al contrasto: ossia, da una parte, quello dominante che restringe la portata della disciplina alle sole obbligazioni pecuniarie nascenti da contratto, dall'altra parte, l'opinione espressa da Cass. n. 61/2023 incline ad estendere la portata normativa a tutti i debiti di denaro, a prescindere dalla loro fonte.

The Joint Sections of the Italian Supreme Court will soon clarify the scope of application of the 4th and 5th paragraphs of the article 1284 of the Civil Code. Awaiting the judgment, the article retraces the different positions assumed by the courts. Firstly, the world of Italian jurisprudence has restricted the scope of the provisions only to pecuniary obligations arising from contracts. Against previous doctrine, the judgement n. 61 of 2023 of the Italian Supreme Court has extended the rules to all money debts, regardless their source.

**SOMMARIO:** 1. Il perimetro applicativo degli interessi ex art. 1284, commi 4 e 5, c.c. al vaglio delle Sezioni Unite; 2. L'orientamento dominante che limita l'applicazione degli interessi sanzionatori ai debiti di fonte contrattuale; 3. La rilettura estensiva formulata da Cass. n. 61/2023; 4. Una possibile via mediana.

### 1. Il perimetro applicativo degli interessi ex art. 1284, commi 4 e 5, c.c. al vaglio delle Sezioni Unite

Sono trascorsi dieci anni da quando il legislatore (con il d.l. 12 settembre 2014 n. 132) ha modificato l'art. 1284 c.c., aggiungendo ad esso due commi finali che così recitano: «4. *Se le parti non ne hanno determinato la misura, dal momento in cui è proposta una domanda giudiziale il saggio degli interessi legali è pari a quello previsto dalla legislazione speciale relativa ai ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali.* 5. *La disposizione del quarto comma si applica anche all'atto con cui si promuove il procedimento arbitrale.*».

\* Il presente contributo è stato sottoposto a valutazione in forma anonima ed è stato pubblicato in anteprima su rivistapactum.it il 19 marzo 2024.

Con quest'aggiunta, è stato importato nel diritto comune il tasso maggiorato che il d.lgs. 9 ottobre 2002, n. 231, stabilisce per il computo degli interessi legali posti a carico del debitore (impresa o pubblica amministrazione) in mora nel pagamento del corrispettivo dovuto al creditore (altra impresa) a fronte della consegna di merci o prestazione di servizi in esecuzione di una c.d. transazione commerciale. La previsione di un saggio d'interesse molto più elevato di quello ordinariamente applicabile risponde, nel diritto primo e nel diritto secondo, a una comune finalità: dissuadere e sanzionare la procrastinazione nell'adempimento di obblighi pecuniari, onde lucrare sulla differenza tra il costo di mercato del denaro e il costo dell'inadempimento. Tuttavia, la norma codicistica si differenzia da quella settoriale sotto un profilo significativo: giacché in ordine alla produzione degli interessi maggiorati la mora diviene rilevante, a mente della seconda, non appena siano trascorsi trenta giorni dalla ricezione della fattura (o da altri eventi specificamente indicati dall'art. 4, comma 2, d.lgs. n. 231/2002), ed invece, a tenore della prima, per effetto della pendenza del giudizio instaurato dal creditore per conseguire l'adempimento del debito di denaro. Questa peculiarità della regola di diritto comune contribuisce a specificare la *ratio* dei capoversi inseriti in fondo all'art. 1284 c.c., i quali mirano a disincentivare la resistenza processuale del debitore convenuto in giudizio e, così, a favorire la deflazione del contenzioso civile.

Se, dunque, gli obiettivi della nuova disciplina appaiono chiari, assai meno nitidi ne risultano i presupposti applicativi. Questo scarso nitore è dovuto al fatto che, nella stesura dei commi 4 e 5 dell'art. 1284 c.c., il legislatore non ha ricalcato il modello consueto delle regole di diritto (composto dalla precisa descrizione di un'ipotesi fattuale e del relativo trattamento giuridico), ma ha impiegato lo schema delle norme c.d. senza fattispecie. Per conseguenza, nell'implementare la riforma, gli interpreti hanno incontrato diversi problemi ricostruttivi. Alcuni di questi problemi dovrebbero venire risolti, a breve, dalla Corte di Cassazione, che a metà dello scorso anno è stata chiamata [a mezzo di due rinvii pregiudiziali disposti *ex art. 363-bis c.p.c.*, dal Trib. Milano, ord. 5 luglio 2023 e da Trib. Parma, ord. 3 agosto 2023] a pronunciarsi su tre questioni di diritto:

- i) se gli interessi di cui all'art. 1284, comma 4, c.c., decorrano in maniera automatica *ex lege*, oppure sia necessario che il giudice della cognizione abbia accertato esplicitamente i presupposti applicativi della disposizione ed emesso una condanna apposita in tal senso;
- ii) se siano ricompresi nello spettro operativo della norma i crediti di lavoro, malgrado la disciplina di favore stabilita per questi ultimi dall'art. 429, comma 3, c.p.c.;
- iii) se, più in generale, gli interessi sanzionatori si applichino a tutte le obbligazioni pecuniarie, o alle sole obbligazioni pecuniarie da contratto.

La Prima Presidente ha assegnato tutte le questioni sopra elencate alle Sezioni Unite e, in particolare, l'ultima in virtù delle soluzioni contrastanti che essa ha ricevuto in seno alla Cassazione.

## 2. L'orientamento dominante che limita l'applicazione degli interessi sanzionatori ai debiti di fonte contrattuale

In attesa della pronuncia delle Sezioni Unite, merita soffermarsi sulla questione

di rilievo più ampio concernente l'ambito applicativo dei commi finali dell'art. 1284 c.c., ripercorrendo i termini del contrasto.

Nel primo decennio di vita della riforma, in seno alla giurisprudenza di legittimità e di merito, ha preso corpo un indirizzo maggioritario secondo cui gli interessi sanzionatori *pendente lite* si applicano alle sole obbligazioni pecuniarie di fonte contrattuale [Cass., 9 maggio 2022, n. 14512, in *Giur. it.*, 2023, 2, 325, con nota di GIRARDI, *La Cassazione torna sull'art. 1284, 4° comma, c.c.: un discutibile diritto da poco vivente*; Cass., ord. 14 maggio 2021, n. 13145, in *DeJure*; Cass., sez. lav., 12 novembre 2019, n. 29212, in *DeJure*; Cass., ord. 25 marzo 2019, n. 8289, in *Foro it.*, 2020, I, 2, 692, con nota di PARDOLESI e SASSANI; Cass., 21 marzo 2019, n. 8050; Cass., 7 novembre 2018, n. 28409, ambedue in *www.cortedicassazione.it*; App. Bari, 22 luglio 2021; App. Milano, 1° luglio 2022; Trib. Lucca, 2 marzo 2023; Trib. Aosta, 4 luglio 2022; Trib. Bergamo, 8 luglio 2021; in senso contrario, prima di Cass., 3 gennaio 2023, n. 61, in *DeJure*, di cui si dirà *infra* nel testo, le soli decisioni del Trib. Padova, 15 ottobre 2018, in *Resp. civ. e prev.*, 2018, 1996; e TAR Lecce, 13 luglio 2018]. La tesi si basa su un ragionamento che può riassumersi nei seguenti passaggi.

L'*incipit* del comma 4 dell'art. 1284 c.c. — si osserva — così recita: «*se le parti non ne hanno determinato la misura*». Questa condizione — si argomenta — ha quale referente esclusivo (gli interessi accedenti al)le obbligazioni pecuniarie nascenti da contratto, dal momento che è solo entro questa cornice che possono configurarsi accordi di deroga al saggio legale.

La proposizione in parola — si aggiunge — non può esser letta semplicemente come formula di salvaguardia dell'autonomia privata in ordine all'ammontare degli interessi, poiché, in questa accezione minimale, essa costituirebbe una superflua ripetizione della norma contenuta nell'art. 1224, comma 1, 2° cpv., c.c., la quale già prevede il rispetto delle convenzioni sul tasso di mora.

Pertanto — si conclude — all'*incipit* dell'art. 1284, comma 4, c.c. va attribuito un significato ulteriore: e, segnatamente, quello di clausola atta a delimitare la portata applicativa della regola, dettata di seguito, sul saggio maggiorato *pendente lite* alla sola fattispecie a cui tale clausola può riferirsi, ossia — a mente del primo passaggio — al ritardo nell'adempimento di un'obbligazione pecuniaria da contratto.

L'impostazione accolta dalla giurisprudenza dominante è stata criticata dalla dottrina, che ha smontato uno ad uno gli argomenti addotti in suo sostegno [cfr. R. PARDOLESI e SASSANI, *Il decollo del tasso di interessi: processo e castigo*, in *Foro it.*, 2015, V, 1, 66 ss.; SICCHIERO, *Limiti di applicabilità del quarto comma dell'art. 1284 c.c.: una lettura non condivisibile*, in *Ricerche giuridiche*, 2019, 1, 151 ss.; ROSSETTI, *sub art. 1224 c.c.*, in *Codice civile. Commentario* fondato da Schlesinger, diretto da Busnelli, Giuffrè, 2021, 166 ss.; CARNEVALI, *Il saggio degli interessi pendente lite e il risveglio dell'inflazione*, in *Contr.*, 2022, 6, 611 s.; CAPPONI, *L'art. 1284, comma 4, c.c. e l'esecuzione forzata*, in *Judicium*, 2023, 1 ss.].

In primo luogo, si è obiettato che l'accordo sulla misura degli interessi moratori tra le parti di un'obbligazione di fonte aquiliana o legale è un'evenienza, bensì, statisticamente insolita, ma non logicamente impossibile e, invero, neppure troppo remota una volta che il debito sia sorto.

In secondo luogo, si è rilevato che la protasi dell'art. 1284, comma 4, c.c., pur se intesa nel suo significato più piano (ossia, come formula volta a consentire l'esercizio dell'autonomia negoziale), esprime una regola che non potrebbe trarsi dall'art. 1224 c.c.: difatti, mentre quest'ultimo ammette, con riguardo alla mora semplice, che la determinazione convenzionale degli interessi si sostituisca al tasso legale ordinario, l'enunciato in parola chiarisce, con riferimento al ritardo qualificato dalla domanda giudiziale o arbitrale, che la volontà dei privati prevale altresì rispetto al saggio speciale maggiorato. Infine, la tesi giurisprudenziale è parsa opinabile proprio alla luce del dato testuale che essa pretende di valorizzare. Se pure fosse vero che la condizione descritta dall'*incipit* dell'art. 1284, comma 4, c.c. può realizzarsi solo nel contesto di rapporti contrattuali, la sussistenza di questi ultimi potrebbe al più rappresentare il presupposto applicativo dell'eccezione (indicata nella protasi), ma non necessariamente anche della regola (stabilita dall'*apodosi*), giacché la logica ermeneutica porta, al contrario, a credere che regola ed eccezione abbiano ambiti operativi differenti.

### 3. La rilettura estensiva formulata da Cass. n. 61/2023

All'inizio dello scorso anno, le critiche rivolte dalla dottrina alla lettura restrittiva dell'art. 1284, comma 4, c.c., hanno fatto breccia in Cassazione, inducendo la terza sezione al ripensamento espresso con l'ordinanza n. 61/2023, in cui si afferma che gli interessi sanzionatori si applicano, dalla data della domanda, a tutti i debiti di denaro qualunque ne sia la fonte. L'occasione per mutare indirizzo è stata offerta alla Corte da una controversia relativa all'imponibilità degli interessi maggiorati pendente lite a un'obbligazione pecuniaria sorta da indebito oggettivo.

Nella *ratio decidendi* dell'ordinanza vengono anzitutto recepite le critiche dottrinali all'impostazione che piega l'*incipit* del penultimo comma dell'art. 1284 c.c. a circoscriverne la sfera applicativa. Inoltre, i giudici di legittimità rinsaldano l'interpretazione lata del perimetro operativo della norma formulando due considerazioni inedite: l'una di carattere topografico, l'altra di natura finalistica. Così, in primo luogo, la Corte mette in luce come la norma relativa agli interessi maggiorati sia stata collocata all'interno dell'*«articolo del codice che disciplina in linea generale, per tutte le obbligazioni, il tasso legale degli interessi»*. In secondo luogo, l'ordinanza evidenzia che la norma sottende una finalità — dissuasione dell'inadempimento e, in via ulteriore, riduzione del contenzioso civile — *«che prescinde dalla natura dell'obbligazione dedotta in giudizio e che si pone in identici termini per le obbligazioni derivanti da rapporti contrattuali come per tutte le altre»*.

La motivazione dell'ordinanza si completa con un *obiter dictum*, che ritaglia uno spazio di immunità dall'applicazione generalizzata degli interessi maggiorati dalla data della domanda giudiziale. Precisamente, in un passaggio della decisione, la Corte accenna alla possibilità di *«ricavare, in via interpretativa o sistematica, limiti normativi all'applicabilità dell'art. 1284, comma 4°, in relazione a determinate e specifiche tipologie di obbligazioni, sulla base della speciale natura o delle particolari caratteristiche di dette obbligazioni»*. Questo supplemento di motivazione consente ai giudici di legittimità di ristabilire un ponte con l'orientamento precedente, il quale — essi fanno notare — si compone di sentenze che restringono la portata della norma ai debiti nascenti da

contratto, ma che principalmente vertono sulla speciale obbligazione indennitaria posta a carico dello Stato nell'ipotesi di eccessiva durata del processo (ai sensi della l. 24 marzo 2001, n. 89). Peraltro, nell'ordinanza, la possibilità di individuare obbligazioni pecuniarie speciali (che sfuggono all'applicazione degli interessi sanzionatori pendente lite) rimane semplicemente accennata.

#### 4. Una possibile via mediana

Lo spunto offerto dall'ordinanza potrebbe essere sfruttato dalle sezioni unite, là dove preferissero non aderire all'una oppure all'altra impostazione e cercare, invece, un compromesso tra le due, secondo un *modus operandi* adottato in alcune importanti decisioni più e meno recenti: si pensi, per tutte, alla pronuncia delle Sezioni Unite sul risarcimento del danno da occupazione immobiliare senza titolo [cfr. Cass., sez. un., 15 novembre 2022, nn. 33645 e 33649, in *Resp. civ. e prev.*, 2023, 1, 84, con note di ALPA, BARGELLI, FRANZONI, NANNA, C. SCOGNAMIGLIO e SIRENA], oppure a quella sull'ammissibilità dei c.d. danni punitivi nell'ordinamento italiano [Cass., ord., 16 maggio 2016, n. 9987, in *Giur. it.*, 2017, 6, 1365, con nota di BARONE]. Considerato in questa prospettiva, l'*obiter dictum* formulato da Cass. n. 61/2023 diviene meritevole di approfondimento.

Andando, quindi, a sviluppare tale *obiter*, bisogna chiarire che le ragioni di specialità che comportano il rifuggire di talune obbligazioni pecuniarie dall'ambito applicativo dell'art. 1284, comma 4, c.c., vanno individuati (non in chiave generale, ma) in relazione alla struttura e alla funzione della previsione normativa. Di modo che si rende necessario, anzitutto, focalizzare i contorni della fattispecie normativa che il legislatore non ha tracciato con precisione. Attraverso l'esame dei lavori preparatori [che variamente alludono alla mora: v., spec., la relazione di accompagnamento al Senato dell'art. 17 d.l. n. 132/2014, la quale si esprime in questi termini: «*al fine di evitare che i tempi del processo civile diventino una forma di finanziamento al ribasso (in ragione dell'applicazione del tasso legale d'interesse) e dunque che il processo stesso venga a tal fine strumentalizzato, si prevede, in coordinamento con la disciplina comunitaria sui ritardi nei pagamenti relativi alle operazioni commerciali (attuata con decreto legislativo 9 ottobre 2002, n. 231, recentemente modificato), uno specifico incremento del saggio di interesse moratorio durante la pendenza della lite*»] e di considerazioni sistematiche, può giungersi a sostenere che l'imposizione degli interessi sanzionatori presuppone la mora nel pagamento qualificata dalla domanda giudiziale del creditore, oltre che dalla soccombenza del debitore.

Così definiti i contorni della fattispecie, ne risultano escluse alcune figure di obbligazioni pecuniarie; e cioè, *in primis*, quelle che possono venire ad esistenza solo tramite lo svolgimento del processo instaurato dal creditore, dimodoché al debitore convenuto non potrebbe imputarsi la *mora debendi* (ossia, un ritardo illecito e, in quanto tale, fonte di sanzioni) già al tempo dell'atto con cui tale giudizio prende avvio. Tra le obbligazioni pecuniarie in parola vanno annoverate — accanto alla indennità per irragionevole durata del processo — le restituzioni monetarie che conseguono alla caducazione del contratto per mezzo della pronuncia costitutiva (di risoluzione, annullamento, ecc.); oppure i debiti di denaro la cui formazione è riconnessa dalla legge alla domanda giudiziale, come

ad esempio quello anatocistico [cfr., a quest'ultimo riguardo, CONSOLO, voce *Domanda giudiziale*, in *Dig. disc. priv.- Sez. civ.*, VII, Utet, 1991, 89].

Inoltre, una volta appurato che l'art. 1284, commi 3 e 4, c.c. postula la *mora solvendi* qualificata dall'avvio del processo, ne risultano (almeno inizialmente) espunte le obbligazioni pecuniarie che non siano ancora esigibili alla data della domanda giudiziale [cfr., sul rapporto tra mora e inesigibilità, GIORGIANNI, *L'inadempimento. Corso di diritto civile*, 3<sup>a</sup> ed., Giuffrè, 1975, 98; NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio. Appunti delle lezioni*, IV, Giuffrè, 1964, 155 ss.; BENATTI, *La costituzione in mora del debitore*, Giuffrè, 1968, 86]. E quindi, anzitutto, le obbligazioni che possono formare oggetto di condanna in futuro. Così, per esempio, a norma dell'art. 664, comma 1, c.p.c., al locatore che abbia intimato lo sfratto per morosità è consentito domandare la condanna del conduttore, oltre che per i canoni già dovuti, anche per quelli non ancora scaduti fino all'esecuzione dello sfratto. Tuttavia, si deve ritenere che solo in relazione ai primi l'attore possa giovare, altresì e subito, della regola dettata dall'art. 1284, comma 4, c.c., dovendo, invece, con riguardo ai secondi attendere il maturare delle rispettive scadenze.

Andiamo ora agli altri profili della regola dettata all'art. 1284, comma 4, c.c., che possono orientare l'interprete nella dissociazione di alcune specie di obbligazioni pecuniarie dallo spettro applicativo della norma. Ci si riferisce alla sanzione degli interessi e alla funzione deterrente-afflittiva che essa, più precisamente, assolve. In particolare, la finalità punitiva della disposizione parrebbe condurre al di fuori del suo ambito operativo i debiti illiquidi alla data d'inizio del processo [in senso contrario, v. ROSSETTI, op. cit., 172, il quale afferma che «l'art. 1284, comma quarto cod. civ. si applica ad ogni obbligazione pecuniaria, liquida o non liquida che sia»; e PARDOLESI e SASSANI, op. cit., 65, nt. 9, ad avviso dei quali il tasso maggiorato si applica anche «alle obbligazioni extracontrattuali», assorbendo in questo caso «il diritto alla rivalutazione monetaria che si riconosce connesso ai debiti di valore»]. Sono due gli argomenti che si possono addurre a conforto della tesi qui sostenuta: l'uno interno al codice civile, l'altro guidato dalla Costituzione.

Il primo argomento muove dalla considerazione che le eccezioni codicistiche al principio "*in illiquidis non fit mora*" sono accomunate dall'esigenza di reintegrare sollecitamente il creditore per un ammanco che si determina al sorgere dell'obbligazione malgrado l'incertezza del relativo *quantum debeatur*: si pensi, in particolare, al debito risarcitorio o al debito agli alimenti [NATOLI, op. cit., 161 s.; BENATTI, op. cit., 97 ss.; ancor più pregnante il rilievo formulato da RIZZO, *Il problema dei debiti di valore*, Cedam, 2010, 203 ss., nt. 76, secondo cui «considerato che la quantificazione della prestazione risarcitoria, e ancor prima la stessa nascita di un'obbligazione avente questo oggetto, è materia di controversia tra le parti [...] in mancanza della disposizione dell'art. 1219 2° comma n. 1, il danneggiante non potrebbe esser considerato in mora fino alla citazione in giudizio»]. Onde è ragionevole ritenere che il principio mantenga, invece, vigore quando sia in gioco l'applicazione di misure che, come quella regolata dai commi finali dell'art. 1284 c.c., servono a soddisfare esigenze (non strettamente riparatorie, bensì) sanzionatorie. Esigenze che dovrebbero indurre, semmai, a preferire soluzioni interpretative che cautelino l'interesse del debitore a conoscere l'ammontare del dovuto prima di essere chiamato a rispondere del ritardo con cui presta.

Il secondo argomento si fonda sul rilievo che il requisito di determinatezza della fattispecie assume con riguardo all'imposizione di sanzioni, siano esse di diritto pubblico ovvero — come quella in esame — di diritto privato [cfr. C. cost., 6 giugno 2019, n. 139, in *DeJure*]. Vero è che, in quest'ultimo ambito, il requisito in parola s'impone per via della riserva di legge di cui all'art. 23 Cost. e, dunque, esprime un vincolo più blando rispetto a quello che informa la materia penale *ex art. 25*, comma 2, Cost. Tuttavia, anche così calibrato, il principio di legalità postula che il dovere di comportamento risulti definito (quanto meno) nei suoi lineamenti essenziali per poter assumere valore precettivo e, dunque, affinché la sua inosservanza possa dare luogo a sanzione. Contenuto minimo che non sembra sussistere fino a quando l'obbligazione pecuniaria difetta di un suo elemento costitutivo rappresentato dalla determinatezza o determinabilità della prestazione (arg. *ex art. 1346 c.c.*).

Conviene precisare che l'immunità dell'obbligazione pecuniaria illiquida dall'applicazione dell'art. 1284, comma 4, c.c. è destinata a spirare allorquando intervenga la quantificazione della somma dovuta dal debitore e questi, cionondimeno, persista nell'inadempimento. Sicché, per es., l'iniziale indeterminatezza della prestazione risarcitoria impedisce che gli interessi maggiorati decorrano dal momento della citazione introduttiva e nel corso del giudizio di cognizione; tuttavia, una volta che quest'ultimo si sia concluso con una condanna che accerta (in via definitiva o provvisoria) il *quantum debeatur*, diviene possibile applicare su tale importo la sanzione comminata dalla norma in esame; possibilità che si concretizza nel momento in cui il creditore insoddisfatto sia costretto a notificare il precetto e ad avviare l'esecuzione forzata per ottenere il pagamento del debito.

Si potrebbe obiettare, a questo punto, che di simili ragioni di distinguo non vi è traccia nei capoversi finali dell'art. 1284 c.c.; e che là dove argomenti analoghi venissero spesi dalle Sezioni Unite per individuare i debiti speciali sottratti all'ambito operativo della disposizione, ne sortirebbe una giurisprudenza fortemente creativa. Ed è in fondo questa, più in generale, la conclusione di queste riflessioni che — partendo dalla constatazione che la lettera della legge è troppo incompiuta per fondare una guida sicura — concede all'interprete e alla sua capacità di analisi della *ratio* normativa un'ampia discrezionalità nella perimetrazione della disciplina.

### Bibliografia essenziale

BENEDETTI A.M. e PAGLIANTINI, *I ritardi nei pagamenti*, Giuffrè, 2016  
CAPPONI, *L'art. 1284, comma 4, c.c. e l'esecuzione forzata*, in *Judicium*, 2023, 1 ss.

CARNEVALI, *Il saggio degli interessi pendente lite e il risveglio dell'inflazione*, in *Contr.*, 2022, 6, 609 ss.

GIRARDI, *La Cassazione torna sull'art. 1284, 4° comma, c.c.: un discutibile diritto da poco vivente*, in *Giur. it.*, 2023, 2, 325 ss.

GUARNIERI, *Resistenza in giudizio e maggiorazione degli interessi legali tra novellazione legislativa e applicazioni giurisprudenziali*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, 3, 651 ss.

PARDOLESI e SASSANI, *Il decollo del tasso di interessi: processo e castigo*, in *Foro it.*, 2015, V, 1, 62 ss.

ROMANO e FUSCHINO, *L'aumento del saggio di interesse moratorio e i suoi effetti sul tasso di litigiosità*, in *Foro it.*, 2015, V, 1, 70 ss.

ROSSETTI, *sub art. 1224 c.c.*, in *Codice civile. Commentario* fondato da Schlesinger, diretto da Busnelli, Giuffrè, 2021, 163 ss.

SICCHIERO, *Limiti di applicabilità del quarto comma dell'art. 1284 c.c.: una lettura non condivisibile*, in *Ricerche giuridiche*, 2019, 1, 151 ss.

## Obbligazioni plurisoggettive

# La comunione legale prevale sul principio di parziarietà delle obbligazioni con pluralità di creditori\*

di GLORIA GIORGI

Dottoranda di ricerca e Professoressa a contratto  
Università degli Studi di Bologna

(CORTE DI CASSAZIONE, sezione terza civile, sent. 20 novembre 2023, n. 32161; Pres. Sestini – Est. Gianniti)

### ABSTRACT

In caso di prestito concesso congiuntamente da due coniugi in regime patrimoniale di comunione legale dei beni con denaro della comunione, il debitore che restituisca l'intero importo ad uno solo dei due coniugi è liberato, in virtù della prevalenza delle regole della comunione legale sul principio di parziarietà delle obbligazioni con pluralità di creditori.

In the case of a loan granted jointly by two spouses under the community of property regime with community money, the debtor who repays the entire amount to only one of the two spouses is released, by virtue of the prevalence of the rules of legal community over the principle of partiality of obligations with multiple creditors.

**SOMMARIO:** 1. Il caso; 2. Il denaro nella comunione legale e la sua amministrazione; 3. La "regola" della parziarietà attiva; 4. Brevi notazioni conclusive.

### 1. Il caso

La decisione in commento origina dal conflitto tra un soggetto, coniugato in regime di comunione legale dei beni, il quale aveva concesso una somma di denaro a titolo di mutuo unitamente alla moglie, e i due mutuatari ai quali era stata chiesta la restituzione della somma mutuata nella misura del 50%, sostenendo l'assenza di solidarietà attiva.

I convenuti mutuatari sostenevano di aver già estinto l'obbligazione assunta stante la restituzione della intera somma mutuata all'altro coniuge, in ragione della solidarietà attiva determinata dalla circostanza che i due coniugi mutuanti fossero coniugati in regime di comunione legale dei beni.

Il Tribunale adito ha rigettato la domanda attorea dichiarando estinta l'obbligazione restitutoria in capo ai convenuti. La parte soccombente ha proposto appello avverso la sentenza del Tribunale deducendo l'erronea applicazione dell'art. 1292 c.c. e l'erronea valutazione delle risultanze probatorie. La Corte ha rigettato l'appello.

\* Il presente contributo è stato sottoposto a valutazione in forma anonima ed è stato pubblicato in anteprima su rivistapactum.it il 04.06.2024.

Il soccombente in appello ha proposto ricorso per Cassazione e i due mutuatari hanno proposto ricorso incidentale. Il mutuante, già coniugato in regime di comunione legale dei beni, ha articolato il ricorso in due motivi. Sotto un primo profilo ha eccepito la violazione degli artt. 1292 e 1294 c.c., in relazione al fatto che la corte territoriale aveva ritenuto applicabile alla fattispecie in esame la disciplina relativa all'amministrazione dei beni della comunione legale tra i coniugi, omettendo di osservare la disciplina relativa alle obbligazioni soggettivamente complesse. Con il secondo motivo, il ricorrente ha denunciato la violazione dell'art. 1189 c.c., inerente al pagamento al creditore apparente, nella parte in cui la corte territoriale ha ritenuto applicabile il principio dell'apparenza giuridica, in difetto della sussistenza dei relativi requisiti.

La Cassazione ha rigettato il ricorso precisando, in merito al secondo motivo, che il pagamento fatto al rappresentante apparente, al pari di quello effettuato al creditore apparente, libera il debitore di buona fede, ai sensi dell'art. 1189 c.c., a condizione che il debitore fornisca la prova di aver confidato senza sua colpa nella situazione apparente e che l'erroneo convincimento sia stato determinato da un comportamento colposo del creditore, tale da far sorgere nel *solvens* in buona fede una ragionevole presunzione sulla rispondenza alla realtà dei poteri rappresentativi dell'*accipiens*.

## 2. Il denaro nella comunione legale e la sua amministrazione

A norma dell'art. 177, comma 1, lett. a), c.c. ricadono nella comunione legale tutti gli acquisti compiuti dai coniugi insieme o separatamente durante il matrimonio, con esclusione di quelli relativi a beni personali. Questa formulazione, tuttavia, non chiarisce cosa si debba intendere per «acquisti», né ne fornisce una definizione giuridica. Tale circostanza ha portato a non pochi dubbi interpretativi, i quali sono sorti anche in considerazione del fatto che l'art. 217 c.c., nel testo previgente alla riforma del diritto di famiglia, includeva nella comunione (allora «convenzionale») gli acquisti effettuati, in costanza di tale regime, dai coniugi «a qualsiasi titolo». Ci si è dunque, tra l'altro, chiesti se la mancata previsione, nell'attuale testo dell'art. 177 c.c., di questa precisazione comporti l'esclusione degli acquisti a titolo originario, manifestando un'intenzione riduttiva della nozione di acquisto. Nonostante qualche perplessità iniziale, la dottrina [tra molti CIAN e VILLANI, voce *Comunione dei beni tra coniugi*, in *Noviss. dig. it., App.*, II, Utet, 1981, 163] ha escluso una simile lettura restrittiva, condividendo l'interpretazione vigente prima della riforma del diritto di famiglia. Ne deriva che sono senz'altro oggetto della comunione legale anche gli acquisti a titolo originario come l'usucapione, fermo restando che in tale ultima ipotesi la comunione legale deve sussistere al momento dello spirare del termine richiesto per il suo maturare [tra le tante Cass., 29 ottobre 2018, n. 27412, in *Riv. giur. edil.*, 2019, I, 2, 396]. Resta, invece, escluso dalla comunione, come noto, l'acquisto per accessione. In merito ai diritti di credito, la giurisprudenza ha avuto modo di affermare come la *ratio* della disciplina trascenda il carattere del bene della vita che venga acquisito e la natura reale o personale del diritto che ne forma oggetto, con la conseguenza che i crediti, così come i diritti a struttura complessa come i diritti azionari, in quanto beni ai sensi degli artt. 810, 812 e 813 c.c., sono suscettibili di entrare in comunione, ove non ricorra una delle ipotesi previste dall'art. 179 c.c. (ovverosia si tratti di

bene personale) [Sul punto si vedano Cass., 15 giugno 2012, n. 9845, in *Dir. giust.*, 18 giugno 2012, la quale ha ad oggetto fondi comuni di investimento e non diritti di credito in generale; Cass., 9 ottobre 2007, n. 21098, in *Corr. giur.*, 2008, 7, 957, con nota di FINELLI, *Un atteso revirement della Cassazione: i diritti di credito ricadono nella comunione legale degli acquisti ex art. 177, comma 1, lett. a), cod. civ.*].

Oltre a ciò e per altro verso si può anche rammentare come, secondo la più autorevole dottrina, il lemma «acquisti» andrebbe riferito non tanto al cosiddetto oggetto mediato, ovvero al bene acquistato, quanto piuttosto al cosiddetto oggetto immediato, ovvero al diritto acquisito sul bene stesso [C.M. BIANCA, *Diritto civile, La famiglia*, 2.1, 7ª ed., Giuffrè, 2023, 94; GENGHINI, *La volontaria giurisdizione e il regime patrimoniale della famiglia*, in *Manuali notarili*, a cura di Genghini, II, Cedam, 2020, 560; OBERTO, *La comunione legale tra i coniugi*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da Cicu, Messineo e Mengoni e continuato da Schlesinger, Giuffrè, 2009, 701; RUSSO, *L'oggetto della comunione legale e i beni personali*, in *Codice Civile. Commentario* diretto da Schlesinger, Giuffrè, 1999, 155 ss.; A. FINOCCHIARO e M. FINOCCHIARO, *Diritto di famiglia*, I, Giuffrè, 1984, 877 s.; SANTARCANGELO, *La volontaria giurisdizione*, II, 2ª ed., Giuffrè, 2003, 268 ss.].

Il denaro rientra senz'altro tra i beni che possono essere oggetto della comunione e, anzi, la dottrina più rigorosa [DE PAOLA e MACRÌ, *Il nuovo regime patrimoniale della famiglia*, Cedam, 1978, 132] sostiene che sia quanto mai arduo dimostrare che un bene fungibile come il denaro possa costituire bene personale, da escludere quindi dalla comunione legale. Più moderata la posizione della Suprema Corte [Cass., sez. un., 28 ottobre 2009, n. 22755, in *DeJure*; GENGHINI, op. cit., 1209 ss.], la quale ha affermato che il bene acquistato con l'impiego di denaro personale cada sempre in comunione legale immediata poiché il denaro «in quanto tale», cioè non proveniente dalla vendita o permuta di beni personali ex art. 179, comma 1, lett. f), c.c., non rientra tra le ipotesi tassative di beni personali di cui all'art. 179 c.c. e non è pertanto suscettibile del fenomeno di surrogazione reale di cui all'art. 179, comma 1, lett. f), c.c. A meno che, evidentemente, non si riesca a dimostrare che il denaro sia stato ottenuto a titolo di prezzo per l'alienazione di un bene personale e sia stato accantonato in banca in un conto personale, con la possibilità quindi di utilizzarlo ai fini della surrogazione reale di cui 179, comma 1, lett. f), c.c., giacché il diritto di credito relativo al capitale non può considerarsi modificazione del capitale stesso [Cass., 20 gennaio 2006, n. 1197, in *DeJure*].

Passando a trattare dell'amministrazione dei beni oggetto della comunione legale, occorre sin da ora precisare che il legislatore ha dettato una serie di norme (artt. 180-184 c.c.) espressamente considerate inderogabili dall'art. 210, comma 3, c.c. Tale inderogabilità è giustificata dall'esigenza di garantire, da un lato, l'interesse di ciascun coniuge al mantenimento di una certa autonomia individuale nell'amministrazione dei beni, dall'altro l'interesse della famiglia alla gestione comune da parte di entrambi i coniugi. Si distinguono, a tal proposito, gli atti di ordinaria amministrazione da quelli di straordinaria amministrazione, con la necessità di avere il necessario consenso di entrambi i coniugi per il compimento di questi ultimi [si veda sul punto Cass., 24 novembre 2000, n. 15177, in *Giust. civ.*, 2001, I, 9, 2173, nella quale la Corte precisa che il consenso dell'altro coniuge non assume la natura giuridica di negozio unilaterale autorizzativo, nel senso di un

atto attributivo di un potere, ma è piuttosto un atto che rimuove un limite all'esercizio di un potere, traducendosi quindi in un requisito di regolarità del procedimento di formazione dell'atto dispositivo].

L'amministrazione dei beni della comunione legale spetta disgiuntamente ad entrambi i coniugi per quanto riguarda gli atti di ordinaria amministrazione. È richiesta, invece, l'amministrazione congiunta per gli atti di straordinaria amministrazione (art. 180 comma 2, c.c.); tra di essi vi rientra senz'altro la stipulazione di un contratto di mutuo, sia qualora i coniugi siano mutuanti, sia qualora siano mutuatari. Nel caso di specie, infatti, il contratto era stato stipulato da entrambi i coniugi mutuanti, avendo ad oggetto il contratto di mutuo una somma di denaro che, a parere della S.C., non poteva che appartenere alla comunione.

Secondo la Suprema Corte, la quale ha rigettato entrambi i motivi proposti dal ricorrente, la questione va risolta facendo applicazione delle regole che disciplinano la comunione legale, regime patrimoniale che regolava i rapporti patrimoniali dei coniugi creditori al momento dell'erogazione della somma di denaro a titolo di mutuo e sussistente altresì al momento della restituzione [peraltro la Suprema Corte si è espressa nei medesimi termini anche in una precedente pronuncia, il cui contenzioso originava sempre tra le medesime parti in causa, ma avente ad oggetto un altro prestito: Cass., 1° agosto 2022, n. 23819, in *DeJure*]. Il dato di fatto incontrovertito emerso anche nel giudizio di appello, è che i due soggetti che hanno erogato il mutuo fossero coniugati in regime di comunione legale dei beni, a nulla rilevando che, successivamente alla restituzione della somma mutuata, i due coniugi siano pervenuti alla separazione e al divorzio. Peraltro, non è emerso dai fatti di causa, né è stato mai eccepito che la somma concessa a titolo di mutuo avesse ad oggetto bene personale del coniuge attore in giudizio. Al contrario, detta somma è stata erogata congiuntamente dai coniugi e nulla è mai stato precisato nel contratto di mutuo o in successivi negozi.

Non avendo i coniugi mai eccepito che si trattasse di denaro personale, né indicato di conseguenza gli importi concessi da ciascuno di essi a titolo di mutuo in maniera separata, ed essendo gli stessi in regime di comunione, quel denaro non poteva che provenire dalla comunione legale, non esistendo nella realtà dei fatti un patrimonio separato dei coniugi dal quale attingere. Ne deriva che il soggetto attore non era legittimato a chiedere la restituzione di quanto prestato a titolo personale del 50%, in quanto i due debitori non erano debitori personali bensì debitori della comunione legale e il credito restitutorio era un credito della comunione legale, e non un credito personale dell'attore o dei due coniugi al 50% ciascuno. Per comprendere meglio tale ultimo concetto, occorre ripercorrere le caratteristiche principali della comunione legale. In primo luogo in essa le quote di titolarità non possono mai essere diseguali, a differenza di quanto avviene per la comunione ordinaria, come si evince sia dall'art. 194 c.c., che prevede che la divisione si effettui ripartendo in parti uguali fra i coniugi l'attivo e il passivo, sia dall'art. 210, comma 3, c.c., che prevede, in tema di comunione convenzionale, l'inderogabilità della normativa sull'uguaglianza delle quote.

Per altro verso, la quota della comunione legale, a differenza di quella della comunione ordinaria, è indisponibile [sul punto si è espressa sia la dottrina, per tutti MORELLI, *Il nuovo regime patrimoniale della famiglia*, Cedam, 1996, 70, sia la giurisprudenza di

legittimità, con l'importate pronuncia Corte Cost., 17 marzo 1988, n. 311, in *Giust. civ.*, 1988, I, 11, 2482, con nota di NATUCCI, *Alienazioni immobiliari e annullabilità nella disciplina della comunione legale*, nella quale si afferma che i coniugi non sono solidamente titolari del diritto sul bene oggetto del contratto di acquisto, ma condividono entrambi il medesimo titolo di acquisto, a prescindere da chi abbia dei due partecipato all'atto di acquisto], trattandosi la comunione legale di una comunione «senza quote» [concetto ribadito anche dalla Suprema Corte, tra le tante con Cass., 14 marzo 2013, n. 6575, in *Foro It.*, 2013, I, 11, 3274, con nota di ACONE, *Espropriabilità dei beni della comunione legale per i debiti personali di uno solo dei coniugi: un passo avanti ed uno indietro della Corte di Cassazione*, nella quale si afferma che la natura di comunione senza quote della comunione legale dei coniugi comporta che l'espropriazione, per debiti personali di uno solo dei coniugi, di un bene in comunione abbia ad oggetto il bene nella sua interezza e non la metà, con scioglimento della comunione legale limitatamente al bene staggito all'atto della sua vendita od assegnazione e diritto del coniuge non debitore alla metà della somma lorda ricavata dalla vendita del bene stesso o del valore di questo in caso di assegnazione], nella quale i coniugi sono solidalmente titolari di un diritto avente ad oggetto i beni della comunione stessa, a differenza di quanto accade nella comunione ordinaria che è una comunione per quote, oggetto queste ultime di un diritto individuale dei singoli partecipanti [Cfr. Cass., 14 gennaio 1997, n. 284, la quale, nel ribadire che la comunione legale è una comunione senza quote, afferma come sia possibile per un coniuge disporre dell'intero bene comune, ponendosi tuttavia il consenso dell'altro coniuge, richiesto dall'art. 180, comma 2, c.c., come negozio unilaterale autorizzativo che rimuove un limite all'esercizio del potere dispositivo sul bene e che rappresenta un requisito di regolarità del procedimento di formazione dell'atto di disposizione; tale concetto è stato successivamente ribadito anche, tra le altre, da Cass., 19 marzo 2003, n. 4033, in *Foro it.*, 2003, I, 10, 2745].

Nella comunione legale non può, dunque, parlarsi di comproprietà in ragione di quota ma piuttosto di una forma di comproprietà solidale [PALADINI, *La comunione legale come «proprietà solidale»: le conseguenze sistematiche e applicative*, in *Fam. dir.*, 2008, 7, 681 ss.], nella quale i beni che ne formano oggetto assumono rilievo nel loro complesso più che singolarmente, con la conseguenza che i coniugi non sono titolari di un diritto pro quota ma risultano solidalmente titolari di un diritto avente per oggetto tutti i beni della comunione [Cfr. App. Milano, 7 maggio 2019, n. 673, in *Redazione Giuffrè*, 2019]. Ne deriva che il singolo coniuge non può disporre del proprio diritto e, qualora intenda alienare la propria quota, deve prima procedere allo scioglimento della comunione legale mediante apposita convenzione matrimoniale di separazione dei beni, di guisa che la comunione su quel bene si trasformi in ordinaria [si veda Cass., 5 aprile 2017, n. 8803, la quale afferma che la natura di comunione senza quote della comunione legale permane sino al momento del suo scioglimento, di cui all'art. 191 c.c., allorché i beni cadono in comunione ordinaria; principio non condiviso dalla successiva Cass., 28 febbraio 2018, n. 4676, in *DeJure*, la quale, in maniera non condivisibile, parla di ultrattività delle norme dettate in tema di comunione legale].

Tali considerazioni vanno traslate ora a tutti i rapporti, attivi e passivi, facenti capo alla comunione legale: il coniuge che ha concesso una determinata somma a titolo di

mutuo non può pretendere il pagamento della sua quota del 50%, non essendo possibile individuare, per le ragioni sopra esposte, una titolarità per quote.

### 3. La “regola” della parziarietà attiva

Le obbligazioni soggettivamente complesse sono parziarie, anziché solidali, quando ciascuno dei creditori di un medesimo debitore (parziarietà attiva) può esigere da questo solo la sua parte della prestazione, oppure quando ciascuno dei debitori di un medesimo creditore (parziarietà passiva) può essere costretto a pagare solo una parte, onde il creditore, per ottenere l'intero, dovrà agire nei confronti di tutti. Quando vi sono più debitori, la solidarietà è la regola e la parziarietà è l'eccezione, valevole solo se la legge (come previsto, per esempio dall'art. 752 c.c. per il pagamento dei debiti ereditari) o le parti l'abbiano espressamente prevista, come disciplinato dall'art. 1294 c.c. In tale secondo ultimo caso, le parti possono stabilire la misura del diritto di ciascuno dei creditori o la misura dell'obbligo di ciascuno dei debitori, altrimenti le porzioni si presumono uguali, sulla base del principio generale contenuto nell'art. 1298, comma 2, c.c. Si tratta di una presunzione legale che opera se esiste un condebito e se manca la volontà di escludere il carattere solidale, la quale può essere anche tacita purché univoca [LA PORTA, *L'assunzione del debito altrui*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da Cicu, Messineo e Mengoni e continuato da Schlesinger, Giuffrè, 2009, 88; RUBINO, *sub artt. 1285 – 1320*, in *Commentario del codice civile* a cura di Scialoja e Branca, Zanichelli, 1968, 192].

Quando, invece, vi sono più creditori, il rapporto fra regola ed eccezione è invertito: la presunzione non si applica alle obbligazioni con pluralità di creditori, nelle quali la solidarietà deve essere pattuita, altrimenti l'obbligazione è parziaria. La previsione della solidarietà attiva deve, quindi, rinvenirsi espressamente nel titolo negoziale, o in una espressa previsione normativa, e non da elementi estrinseci [BENEDETTI, *sub art. 1294*, in *Commentario del codice civile* diretto da Gabrielli, *Delle Obbligazioni* a cura di Cuffaro, Utet, 2013, 277 ss.; ROSSETTI e DE CRISTOFARO, *Le obbligazioni solidali*, in *Trattato delle Obbligazioni* diretto da Garofalo e Talamanca, *Le figure speciali* a cura di Patti e Vacca, Cedam, 2010, 729 ss.]. Si è in giurisprudenza precisato che non occorre, per costituire il vincolo della solidarietà, l'impiego di formule sacramentali, ma è sufficiente che, attraverso l'interpretazione del titolo, possa accertarsi univocamente la volontà delle parti di attribuire a ciascuno dei creditori il diritto di pretendere l'adempimento dell'intera obbligazione, con effetto liberatorio anche nei confronti degli altri creditori [tra le tante si veda Cass., 6 agosto 2010, n. 18362, in *DeJure*].

Ne consegue, ad esempio, che, se i comproprietari vendono la cosa comune, ciascuno di essi può esigere dal compratore solo la parte di corrispettivo per il pagamento del prezzo che corrisponde alla sua quota di comproprietà. Il debitore che paga l'intero prezzo in favore di uno solo dei dividendi non si libera e può essere costretto a pagare nuovamente.

Il rapporto tra solidarietà e parziarietà altro non è se non la cartina tornasole del *favor creditoris* che permea tutto il diritto delle obbligazioni: la solidarietà passiva, che costituisce la regola, giova al creditore, il quale è esonerato dal rischio dell'insolvenza dei

singoli condebitori e può esigere l'intero da quello che fra i condebitori appaia maggiormente solvibile. La parziarietà attiva, che è la regola, permette a ciascun concreditore di realizzare direttamente quanto di sua spettanza (come si dirà meglio *infra*, occorre sul punto fare riferimento alla giurisprudenza che ha sopperito all'assenza, per la parziarietà attiva, di una espressa previsione normativa analoga all'art. 1294 c.c.). A ben guardare, però, l'interesse a negare la solidarietà attiva non è proprio esclusivamente di ciascuno dei creditori, ma sussiste anche in capo al debitore, come si evince dall'art. 1297, comma 2, c.c., in virtù del quale, nelle ipotesi di solidarietà attiva, il comune debitore non potrebbe opporre al creditore che gli abbia chiesto l'intera prestazione le eccezioni personali ad altro creditore, e che a quest'ultimo il debitore medesimo avrebbe potuto, invece, opporre nel caso di obbligazione parziaria, ove dal medesimo richiesto dell'adempimento della quota di spettanza [in dottrina si veda EMILIOZZI, *Le specie di obbligazioni*, Key Editore, 2017, 193 ss.; in giurisprudenza si veda Cass., 11 giugno 2008, n. 15484, in *DeJure*].

#### 4. Brevi notazioni conclusive

Alla luce di quanto sopra esposto, pare evidente come la Suprema Corte abbia ribadito che è *jus receptum* nella giurisprudenza della medesima il principio per cui la solidarietà attiva fra più creditori sussiste solo se espressamente prevista dalle parti in un titolo negoziale preesistente alla richiesta di adempimento, non essendo sufficiente per l'esistenza del vincolo l'identità qualitativa delle prestazioni (*eadem res debita*) e delle obbligazioni (*eadem causa debendi*), con la precisazione che l'interesse a negare detta solidarietà non è attribuibile esclusivamente a ciascuno dei creditori, ma appartiene anche al debitore ai fini di un corretto e non pregiudizievole assetto dei rapporti obbligatori [tra le tante Cass., 28 gennaio 2019, n. 2267 e Cass., 11 giugno 2008, n. 15484 in *DeJure*].

Quanto sinora detto subisce tuttavia una deroga nel caso in cui il bene oggetto dell'obbligazione sia un bene della comunione legale. In base alle regole della comunione legale, infatti, deve ritenersi che, in caso di prestito concesso congiuntamente da due coniugi in regime patrimoniale di comunione legale dei beni e avente ad oggetto denaro della comunione, il debitore che restituisca l'intero importo ad uno solo dei coniugi è liberato, in virtù della prevalenza delle regole della comunione legale sul principio della parziarietà delle obbligazioni con pluralità di creditori.

Non vi sono dubbi che, nel caso in esame, il credito restitutorio non era personale, ma della comunione legale, con la conseguenza che i coniugi non erano legittimati a chiederne la restituzione in ragione del 50% ciascuno. Ne consegue che l'attore avrebbe dovuto, eventualmente, chiedere la restituzione di metà della somma restituita alla moglie al momento dello scioglimento della comunione legale, secondo le regole previste dall'art. 194 c.c.

#### Bibliografia essenziale

- ACONE, *Espropriabilità dei beni della comunione legale per i debiti personali di uno solo dei coniugi: un passo avanti ed uno indietro della Corte di Cassazione*, in *Foro it.*, 2013, I, 11, 3280 ss.
- BENEDETTI, *sub art. 1294*, in *Commentario del codice civile* diretto da Gabrielli, *Delle Obbligazioni* a cura di Cuffaro, Utet, 2013, 277 ss.
- BIANCA C.M., *Diritto civile, 2.1, La famiglia*, 7<sup>a</sup> ed., Giuffrè, 2023
- CIAN e VILLANI, voce *Comunione dei beni tra coniugi*, in *Noviss. dig. it., App.*, II, Utet, 1981, 163 ss.
- DE PAOLA e MACRÌ, *Il nuovo regime patrimoniale della famiglia*, Cedam, 1978
- DE RUBERTIS, *La comunione di beni tra coniugi: acquisto «separato» e «correzione» del contratto*, in *Dir. fam.*, 2000, I, 3/4, 1339 ss.
- EMILIOZZI, *Le specie di obbligazioni*, Key Editore, 2017
- FINELLI, *Un atteso revirement della Cassazione: i diritti di credito ricadono nella comunione legale degli acquisti ex art. 177, comma 1, lett. a), cod. civ.*, in *Corr. giur.*, 2008, 7, 957 ss.
- FINOCCHIARO A. e FINOCCHIARO M., *Diritto di famiglia*, I, Giuffrè, 1984
- GENGHINI, *La volontaria giurisdizione e il regime patrimoniale della famiglia*, in *Manuali notarili*, a cura di Genghini, II, Cedam, 2020
- LA PORTA, *L'assunzione del debito altrui*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da Cicu, Messineo e Mengoni e continuato da Schlesinger, Giuffrè, 2009
- MORELLI, *Il nuovo regime patrimoniale della famiglia*, Cedam, 1996
- NATUCCI, *Alienazioni immobiliari e annullabilità nella disciplina della comunione legale*, in *Giust. civ.*, 1988, I, 11, 2482 ss.
- OBERTO, *La comunione legale tra i coniugi*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da Cicu, Messineo e Mengoni e continuato da Schlesinger, Giuffrè, 2009
- PALADINI, *La comunione legale come «proprietà solidale»: le conseguenze sistematiche e applicative*, in *Fam. dir.*, 2008, 7, 681 ss.
- ROSSETTI e DE CRISTOFARO, *Le obbligazioni solidali*, in *Trattato delle Obbligazioni* diretto da Garofalo e Talamanca, *Le figure speciali* a cura di Patti e Vacca, Cedam, 2010, 729 ss.
- RUBINO, *sub artt. 1285 – 1320*, in *Commentario del codice civile* a cura di Scialoja e Branca, Zanichelli, 1968
- RUSSO, *L'oggetto della comunione legale e i beni personali*, in *Commentario del Codice civile*, diretto da Schlesinger, Giuffrè, 1999
- SANTARCANGELO, *La volontaria giurisdizione*, II, 2<sup>a</sup> ed., Giuffrè, 2003

# CONTRATTO IN GENERALE

## Oggetto del contratto

# Le Sezioni Unite sulla configurabilità di una servitù prediale di parcheggio\*

di DAVID ANTOGNETTI

Dottorando di ricerca  
Università degli Studi Roma Tre

(CORTE DI CASSAZIONE, sez. un. civili, sent. 13 febbraio 2024, n. 3925; Pres. D'Ascola – Est. Orilia)

### ABSTRACT

Le Sezioni Unite risolvono il contrasto in ordine alla possibilità di costituire una servitù di parcheggio. Adottando la soluzione favorevole, la Corte afferma che lo schema di cui all'art. 1027 c.c. non preclude l'ammissibilità di un diritto reale di servitù avente ad oggetto il parcheggio di un veicolo su fondo altrui. Tuttavia, occorre accertare che detta facoltà sia stata in concreto attribuita quale vantaggio a favore di un altro fondo, per la sua migliore utilizzazione.

The Italian Supreme Court solves the contrast regarding the possibility of establishing a parking easement. By adopting the affirmative solution, the Court affirms that the scheme set forth in art. 1027 of the civil code does not preclude the admissibility of a right in rem of easement having as its object the parking of a vehicle on another person's property. However, it is necessary to ascertain that said right has been concretely attributed as an advantage for the better use of another land.

**SOMMARIO:** 1. Il caso e il principio di diritto; 2. Le servitù prediali e le servitù irregolari: un inquadramento; 3. I tradizionali principi di tipicità e del numero chiuso dei diritti reali; 4. La servitù prediale quale diritto reale tipico ma dal possibile contenuto atipico; 5. Considerazioni sull'ammissibilità di una servitù atipica di parcheggio: il destinatario dell'utilità e la localizzazione.

### 1. Il caso e il principio di diritto

La Corte d'Appello aveva rigettato il gravame proposto dall'attore (Omissis) contro la pronuncia del Tribunale che, a sua volta, aveva respinto la domanda di nullità della servitù di parcheggio, costituita con atto per notaio dai venditori (Omissis) a carico di loro mappali ed in favore dei mappali alienati alla (Omissis) s.r.l. col medesimo atto. La Corte territoriale aveva confermato il rigetto della domanda di nullità del contratto costitutivo di servitù, osservando che l'attore avesse acquistato il suo immobile ben sapendo dell'esistenza della servitù di parcheggio, debitamente riportata nell'atto di trasferimento, e che la servitù non potesse qualificarsi come irregolare, poiché la sua predialità

\* Il presente contributo è stato sottoposto a valutazione in forma anonima ed è stato pubblicato in anteprima su rivistapactum.it il 20.05.2024.

risultava chiaramente dalla lettera dell'atto costitutivo.

Avverso tale sentenza, l'attore ha proposto ricorso per cassazione per aver la Corte d'Appello ritenuto la servitù di parcheggio valida pur difettando il carattere della *realitas* (intesa come inerenza dell'utilità al fondo dominante e del peso al fondo servente), non fornendo essa alcuna utilità concreta al fondo dominante, bensì solo un'utilità personale al suo proprietario. Inoltre, il ricorrente ha censurato l'impugnata sentenza nella parte in cui ritiene che la dedotta servitù consenta un residuo utilizzo del fondo servente da parte del suo proprietario, poiché, al contrario, la costituzione di una tale servitù, gravante sull'intera superficie di detto fondo, comporterebbe una compressione totale delle facoltà dominicali in concreto esercitabili e, dunque, uno svuotamento della proprietà.

Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, nel dirimere il contrasto giurisprudenziale sorto in ordine alla possibilità di costituire un diritto reale tipico, ma dal contenuto atipico, di servitù di parcheggio, hanno aderito all'orientamento favorevole, affermando il principio di diritto per cui «*lo schema previsto dall'art. 1027 c.c. non preclude la costituzione, mediante convenzione, di servitù avente ad oggetto il parcheggio di un veicolo sul fondo altrui purché, in base all'esame del titolo e ad una verifica in concreto della situazione di fatto, tale facoltà risulti essere stata attribuita come vantaggio in favore di altro fondo per la sua migliore utilizzazione e sempre che sussistano i requisiti del diritto reale e in particolare la localizzazione*» [cfr. Cass., 6 luglio 2017, n. 16698, in *One Legale*; Cass., 18 marzo 2019, n. 7561, in *One Legale*; Cass., 14 maggio 2019, n. 12798, in *One Legale*].

Secondo la tesi negativa, in passato prevalente in seno alla giurisprudenza di legittimità, il parcheggio di autovetture su di un'area può costituire legittima manifestazione di un possesso a titolo di proprietà del suolo, ma non anche nell'esercizio di una servitù, in quanto quest'ultima risulta caratterizzata dalla *realitas*, mentre la mera *commoditas* di parcheggiare l'auto per specifiche persone non può in alcun modo integrare gli estremi dell'utilità inerente al fondo, risolvendosi, viceversa, in un vantaggio personale. Pertanto, secondo tale impostazione, la servitù (irregolare) di parcheggio altro non sarebbe che un diritto personale di godimento, ad efficacia puramente obbligatoria ed *inter partes* [Cass., 28 aprile 2004, n. 8137, in *One Legale*; Cass., 22 settembre 2009, n. 20409, in *One Legale*; Cass., 13 settembre 2012, n. 15334, in *One Legale*; Cass., 7 marzo 2013, n. 5769, in *One Legale*; Cass., 6 novembre 2014, n. 23708, in *One Legale*].

Le odierne Sezioni Unite, invece, hanno ritenuto di superare detto orientamento restrittivo, poiché la tesi affermativa, oltre ad essere in linea con il sistema, esalterebbe il fondamentale principio dell'autonomia negoziale (art. 1322 c.c.), che attribuisce alle parti la possibilità di scegliere se concludere un contratto ad effetti reali ovvero meramente obbligatori; scelta che, in concreto, deve essere verificata dal giudice di merito secondo le normali regole dell'ermeneusi negoziale. Sulla base di tali considerazioni, dunque, la Corte riconosce che l'autonomia contrattuale sia libera di prevedere un'*utilitas* reale, opponibile *erga omnes*, destinata a vantaggio non già di una o più persone, ma di un fondo, che si traduca nel diritto di parcheggio di autovetture secondo lo schema della servitù prediale e quindi nell'osservanza dei requisiti dello *ius in re aliena*, quali: l'altruità della cosa; l'assolutezza; l'immediatezza; l'inerenza del peso al fondo servente e dell'utilità a quello dominante; la *vicinitas* tra i fondi; e, infine, la specificità dell'utilità

riservata e la localizzazione, intesa quale individuazione del luogo di esercizio della servitù affinché non si incorra nella nullità del contratto per indeterminatezza dell'oggetto o per svuotamento di fatto del diritto di proprietà (*i.e.*, per impossibilità giuridica dell'oggetto). Inoltre, risulta in ogni caso rispettato il principio di tipicità legale dei diritti reali, data la necessaria tipicità strutturale, ma non anche contenutistica, della servitù.

Ammessa, dunque, la configurabilità della servitù di parcheggio a determinate condizioni, le Sezioni Unite hanno disposto l'annullamento con rinvio della sentenza impugnata, affermando che, nel caso di specie, la Corte d'Appello avrebbe dovuto verificare in concreto la sussistenza di tutti i requisiti della servitù, essendo invece mancata a monte una specifica analisi della clausola contenuta nel titolo negoziale.

## 2. Le servitù prediali e le servitù irregolari: un inquadramento

Le servitù prediali presuppongono l'esistenza di due fondi, consistendo in un peso imposto sopra un fondo, c.d. servente, per l'utilità di un altro fondo, c.d. dominante, appartenente ad altro proprietario (art. 1027 c.c.) [In tema di servitù cfr. GAZZONI, *Manuale di Diritto Privato*, 21<sup>a</sup> ed., Edizioni Scientifiche Italiane, 2024, 261 ss.; C.M. BIANCA, *Diritto civile, La proprietà* 6, 2<sup>a</sup> ed., Giuffrè, 2017, 477 ss.; COMPORTE, voce *Servitù (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XLII, Giuffrè, 1990, 285 ss.; ID., *Diritti reali in generale*, nel *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da Cicu e Messineo, VIII, Giuffrè, 1980, 276 ss.; BIONDI, *Le servitù*, nel *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da Cicu e Messineo, XXIII, Giuffrè, 1967, 55 ss.; VITUCCI, voce *Servitù prediali*, in *Dig. disc. priv. - Sez. civ.*, XVIII, Utet, 1998, 495 ss.; BRANCA, *sub art. 1027 - 1099*, in *Commentario del codice civile* a cura di Scialoja e Branca, III, 5<sup>a</sup>, Zanichelli, 1979, 304 ss.; GROSSO e DEIANA, *Le servitù prediali*, 2<sup>a</sup> ed., in *Trattato di diritto civile* diretto da Vassalli, Utet, 1963, 8 ss.; PALAZZOLO, voce *Servitù (dir. civ.)*, in *Enc. giur.*, XXVIII, Treccani, 1992, 11 ss.; TRIOLA, *sub artt. 1027 - 1099*, in *Codice civile. Commentario* fondato da Schlesinger, diretto da Busnelli, Giuffrè, 2008, 23 ss.].

Il diritto di servitù presenta tutte le caratteristiche della realtà. In primo luogo, l'assolutezza, vale a dire l'opponibilità *erga omnes*. Poi, l'inerenza del peso e dell'utilità a ciascun fondo (c.d. doppia inerenza reale), da cui deriva l'attitudine della servitù a seguire il fondo servente presso tutti i successivi proprietari (c.d. diritto di seguito o ambulatorietà della servitù), a prescindere dunque dalle modificazioni soggettive nella sua titolarità, dovendosi trattare di un rapporto che, non avendo natura obbligatoria, lega i due beni e non i soggetti che ne sono proprietari [C. M. BIANCA, *op. cit.*, 480; BIGLIAZZI GERI, BRECCIA, BUSNELLI e NATOLI, *Diritto civile*, II, Utet, 1988, 237. In giurisprudenza v. Cass., 31 luglio 2006, n. 17301, in *One Legale*; Cass., 10 ottobre 2011, n. 20817, in *One Legale*]. La servitù è quindi un diritto autonomo, ma inscindibile dalla proprietà cui accede: il trasferimento del fondo dominante o servente comporta il trasferimento *ex lege* anche della servitù, pur ove non ne sia fatta menzione nell'atto; viceversa, la servitù è incedibile in modo autonomo [BURDESE, voce *Servitù prediali (dir. vig.)*, in *Noviss. dig. it.*, XVII, Utet, 1970, 131 ss.; BIONDI, *op. cit.*, 82 s.; TRIOLA, *op. cit.*, 25; BRANCA, *op. cit.*, 307]. Peraltro, in quanto diritto reale di godimento, e a differenza dei diritti di credito, la servitù è caratterizzata dall'immediatezza del potere del titolare del diritto rispetto al

bene che ne è gravato: il titolare della servitù può quindi soddisfare direttamente il proprio diritto sul fondo servente, senza bisogno di alcuna attività od intermediazione da parte del titolare di quest'ultimo [GAZZONI, op. cit., 262].

Affinché possa parlarsi di servitù, inoltre, è necessario che sussista un'effettiva utilità per il fondo dominante. L'utilità è il vantaggio che il fondo trae dalla servitù e che deve essere collegata al fondo stesso e non alla persona del proprietario [COMPORTI, voce *Servitù (dir. priv.)*, cit., 288; GROSSO e DEIANA, op. cit., 112 s.; VITUCCI, op. cit., 495 s.]. Secondo l'art. 1028 c.c., l'utilità può consistere anche «*in una maggiore comodità e amenità del fondo dominante*». Tale requisito è stato interpretato in modo ampio dalla giurisprudenza di legittimità, che ha evidenziato come l'utilità possa comprendere qualsiasi vantaggio, anche non economico, che migliori l'utilizzo del fondo dominante [sul concetto di "utilità" in giurisprudenza v. Cass., 5 febbraio 1980, n. 835, in *One Legale*; Cass., 20 ottobre 1997, n. 10250, in *One Legale*; Cass., 27 luglio 2006, n. 17121, in *One Legale*; Cass., 12 gennaio 2015, n. 216, in *One Legale*]. Al riguardo si ritiene che l'utilità non possa essere soggettiva ma debba essere oggettiva, ossia riferita al fondo nella sua concreta destinazione e conformazione. Pertanto, l'utilità deve poter essere tratta da qualsivoglia proprietario e non già da quel singolo, in ciò consistendo la caratteristica della realtà e del riferimento della servitù al fondo e non al suo attuale proprietario [Cass., 29 agosto 1991, n. 9232, in *One Legale*]. Questa indagine potrebbe tuttavia non essere agevole, specialmente quando si tratti di accertare i criteri della comodità e della amenità, normalmente collegati a personali giudizi di valore: anche in questo caso, tuttavia, si ritiene che il giudizio di utilità debba comunque essere valutato oggettivamente [MUSOLINO, *Il parcheggio fra servitù prediale, servitù irregolare e servitù personale (diritto di uso)*, in *Riv. not.*, 2012, 5, 1137; PALAZZOLO, op. cit., 11].

Altra caratteristica peculiare della servitù è quella relativa alla specificità del godimento e dell'utilità che ne deriva, ossia il contenuto del diritto deve essere precisato dal titolo. In mancanza, il contratto sarà nullo per indeterminabilità dell'oggetto [VITUCCI, op. cit., 497 s.; GROSSO e DEIANA, op. cit., 69 ss.; BURDESE, voce *Servitù prediali (dir. vig.)*, cit., 131; C.M. BIANCA, op. cit., 483 s.].

Com'è noto, in virtù della c.d. tipicità dei diritti reali, i privati non possono creare nuove figure di diritti su beni altrui al di fuori di quelle riconosciute [Cass., sez. un., 17 dicembre 2020, n. 28972, in *Giur. it.*, 2021, 3, 549, con nota di CALVO, *Comunione e uso esclusivo tra autonomia e tipicità*]. Sennonché, il regime delle servitù convenzionali risulta ispirato al principio della "atipicità", per cui, una volta osservato lo schema legale minimo e inderogabile predisposto dal codice civile, del peso imposto sul fondo servente per l'utilità del fondo dominante, i privati possono riempire tale schema di un contenuto liberamente determinato [BARBERO, *Tipicità, predialità e indivisibilità nel problema dell'identificazione delle servitù*, in *Foro Pad.*, 1957, 1, 1043. In giurisprudenza v. Cass., 25 gennaio 1992, n. 820, in *One Legale*; Cass., 27 luglio 2006, n. 17121, in *One Legale*].

Inoltre, in base al principio dell'autonomia contrattuale di cui all'art. 1322 c.c., è ben consentito alle parti di sottrarsi alla regola della tipicità dei diritti reali attraverso la costituzione di rapporti meramente obbligatori: trattasi delle cc.dd. servitù irregolari [sulla servitù irregolare v. BURDESE, *Le servitù prediali*, Cedam, 2007, 18; GROSSO e DEIANA, op. cit., 76 ss.; TRIOLA, op. cit., 9. In giurisprudenza v. Cass., 10 gennaio 1977, n.

76, in *One Legale*; Cass., 20 novembre 2002, n. 16342, in *One Legale*; Cass., 26 febbraio 2019, n. 5603, in *One Legale*]. Pertanto, invece di prevedere l'imposizione di un peso su un fondo servente per l'utilità di un fondo dominante, in una relazione di asservimento del primo al secondo in termini di *qualitas fundi*, le parti ben potrebbero pattuire un obbligo di natura personale, comportante il riconoscimento di un diritto personale di godimento, vale a dire di un diritto di credito (in quanto tale non opponibile *erga omnes*, bensì assoggettato al principio dell'efficacia *inter partes*, a norma dell'art. 1372 c.c.) avente la funzione di determinare una situazione di vantaggio a favore di un soggetto e non di utilità per un fondo con l'imposizione di un peso su un altro fondo [Cass., 9 giugno 1976, n. 2122, in *One Legale*; Cass., 6 aprile 1983, n. 2413, in *One Legale*; Cass., 4 febbraio 2010, n. 2651, in *One Legale*].

Conseguentemente, posta la tipicità ed il *numerus clausus* dei diritti reali, che sono idonei a determinare anche un vincolo fondiario perpetuo, e posto che la servitù irregolare comporta invece l'insorgenza di un rapporto meramente obbligatorio tra le parti, si ritiene che detto rapporto sia incompatibile con la previsione di un obbligo perpetuo, dovendo piuttosto caratterizzarsi per la necessaria temporaneità del vincolo che ne deriva [Cass., 17 settembre 2021, n. 25195, in *One Legale*]. Difatti, a differenza della servitù prediale, la servitù irregolare sarà opponibile al solo proprietario contraente e non anche, dunque, a tutti i futuri proprietari del fondo servente (a meno di esplicito impegno assunto da costoro nei successivi contratti di acquisto) [GAZZONI, op. cit., 262]

### 3. I tradizionali principi di tipicità e del numero chiuso dei diritti reali

Pur in difetto di un'espressa previsione normativa al riguardo, si ritiene tradizionalmente che la categoria dei diritti reali (intesi quali diritti assoluti, opponibili *erga omnes*) sia costituita da un numero chiuso: in questo campo, diversamente da quanto avviene di regola nei rapporti obbligatori (a norma dell'art. 1322 c.c.), l'autonomia dei soggetti è ristretta alla scelta tra i diritti previsti dalla legge (c.d. *numerus clausus*) e nei limiti del contenuto essenziale da questa delineato (tipicità) [Sui principi di tipicità e del numero chiuso dei diritti reali v. TRABUCCHI, *Istituzioni di Diritto Civile*, 50<sup>a</sup> ed., Cedam, 2022, 776; FRIGO, voce *Diritti reali (dir. int. priv.)*, in *Enc. dir.*, III, Giuffrè, 1999, 512 ss.; MORELLO, *Tipicità e numerus clausus dei diritti reali*, in *Trattato dei diritti reali* diretto da Gambaro e Morello, I, Giuffrè, 2008, 67 ss.; GENGHINI, CAMPANILE e CRIVELLARI, *I diritti reali*, in *Manuali notarili*, V, Cedam, 2011, 370 ss.; CLARIZIA, *Proprietà e diritti reali*, Utet, 2016, 1924. In giurisprudenza v., da ultimo, Cass., sez. un., 17 dicembre 2020, n. 28972, cit., la quale ha escluso la configurabilità di un "diritto reale di uso esclusivo" su una porzione di cortile condominiale, quale nuova figura di diritto reale limitato].

Ciò significa che, pur essendo possibili molte forme di rapporti in ordine al godimento dei beni, non tutte configurano diritti reali. Questi ultimi sorgono soltanto quando sulla cosa si costituisca una delle poche figure previste dalla legge; pertanto, la volontà privata non può crearne di nuovi. D'altronde, come si è visto, in virtù del principio di relatività degli effetti del contratto (art. 1372 c.c.), un eventuale negozio costitutivo di un diritto "reale" atipico produrrebbe effetti solo tra le parti, essendo perciò privo di quel

carattere dell'assolutezza che è insito nella natura dei diritti reali di fonte legale: il rapporto avrebbe dunque natura meramente obbligatoria e il diritto che ne sorge sarebbe qualificabile quale diritto personale di godimento o diritto di credito.

La *ratio* è, da un lato, quella di impedire che i privati possano limitarne la circolazione e a comprimere i poteri del proprietario (in contrasto con il dettato dell'art. 42 Cost.), con il rischio di rendere inefficiente la gestione del bene, e, dall'altro lato, quella di tutelare i terzi che, volendo acquisire diritti sulla cosa, devono essere posti in grado di conoscere con esattezza i vincoli che gravano su di essa, nell'ottica della certezza dei traffici giuridici e del contenimento dei costi di transazione [TORRENTE e SCHLESINGER, *Manuale di Diritto Privato*, 24<sup>a</sup> ed., Giuffrè, 2019, 268].

Nondimeno, parte della dottrina tende oggi a ridimensionare l'effettiva rilevanza della tipicità e del numero chiuso dei diritti reali. In particolare, secondo tale corrente di pensiero, detti tradizionali principi costituirebbero, nell'epoca moderna, un mero pregiudizio, che, soprattutto ove si consideri l'esigenza di fornire una sistemazione concettuale a nuove situazioni meritevoli di tutela, necessita oramai di un superamento (cfr. NICOLÒ, voce *Diritto civile*, in *Enc. dir.*, XII, Giuffrè, 1964, 908; LIPARI, *Le categorie del diritto civile*, Giuffrè, 2013, 124; FRANCO, *Il diritto di uso esclusivo condominiale tra categorie e interessi*, in *Pers. merc.*, 2020, 3, 248].

#### 4. La servitù prediale quale diritto reale tipico ma dal possibile contenuto atipico

La regola della tipicità dei diritti reali, come si è detto, deve essere chiarita per quanto riguarda le servitù. In queste si riconosce una certa elasticità, nel senso che la volontà dei costituenti, entro il tipo, lo schema, della "servitù", può in concreto stabilire una serie indefinita di vincoli reali, corrispondenti a diverse utilizzazioni e, quindi, a diversi contenuti (ex art. 1027 c.c.): in altre parole, il tipo regolato dal codice è la servitù, ma non anche la singola servitù, che può essere anche non nominata dalla legge [TRABUCCHI, op. cit., 849; TORRENTE e SCHLESINGER, op. cit., 268].

Pacifica la libera determinazione del contenuto della servitù, l'unico contrasto interpretativo ha riguardato l'opportunità di distinguere tra contenuto tipico o atipico della stessa, ovvero se detta distinzione sia priva di senso. Il cennato dibattito, chiaramente, ha riguardato le sole servitù volontarie o convenzionali, essendo invece sempre e soltanto tipiche le servitù coattive [Cass., 25 gennaio 1992, n. 820, in *One Legale*].

Secondo l'impostazione tradizionale, la servitù sarebbe un diritto tipico, ma dal possibile contenuto atipico [BARBERO, *Tipicità, predialità e indivisibilità nel problema dell'identificazione delle servitù*, cit., 1042]. L'interprete, pertanto, potrebbe individuare tanto servitù tipiche (i.e., quelle nominate dal codice), quanto atipiche, sulla falsariga dei contratti [BARBERO, *Sistema Istituzionale del Diritto Privato Italiano*, 2<sup>a</sup> ed., Utet, 1949, 773]. In particolare, il criterio distintivo tra l'una e l'altra categoria è stato ravvisato nell'*utilitas* per il fondo dominante, che darebbe il *nomen iuris* alla servitù (Cass., 30 luglio 1953, n. 2622, in *Rep. Giur. it.*, 1953, voce "Servitù"; DI LELLA, *Utilità e motivo della servitù in un singolare caso di altius non tollendi*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1963, 2, 1168 ss.).

Secondo altra dottrina, invece, posta la indefinita moltiplicabilità dei “tipi” di servitù, risulterebbe del tutto vano il tentativo di contrapporre servitù tipiche ed atipiche, essendo al più consentite mere esemplificazioni [MESSINEO, *Manuale di Diritto Civile e Commerciale*, II, 9<sup>a</sup> ed., Giuffrè, 1965, 633 s.]. In particolare, taluno ha ritenuto che, a fronte della generale enunciazione dell’art. 1027 c.c., sia privo di senso discorrere in ordine alla possibile tipicità o atipicità delle servitù ed errato l’accostamento all’autonomia in campo contrattuale [BIONDI, op. cit., 19].

In ogni caso, può dirsi che non si rinviene una definizione legale di quale debba essere l’*utilitas* per il fondo dominante e il contenuto del peso imposto al fondo servente, motivo per cui di tali concetti ne è stata sovente data un’interpretazione assai estesa. Conseguentemente, è stato affermato che il parallelismo con gli altri campi del diritto civile dovrebbe riguardare non tanto i contratti, quanto il rapporto obbligatorio, poiché anche nelle servitù il contenuto della prestazione dedotta non è predeterminato dalla legge, bensì si muove entro gli ampi margini dell’autonomia privata [VITUCCI, op. cit., 495; COMPORTI, voce *Servitù (dir. priv.)*, cit., 276]; e, specularmente, qualsivoglia peso inserito nello schema della servitù prediale è suscettibile di configurare un diritto reale di godimento su cosa altrui: a norma dell’art. 1027 c.c., dunque, la libera definizione del peso è, ancora, rimessa in capo ai privati.

## 5. Considerazioni sull’ammissibilità di una servitù atipica di parcheggio: la localizzazione e il destinatario dell’utilità

Come anticipato, l’istituto della servitù, con la sua versatile struttura del peso imposto al fondo servente per un correlato vantaggio del fondo dominante, consente di far fronte alle più svariate esigenze meritevoli di tutela emergenti dalla prassi [BARBERO, *Tipicità, predialità e indivisibilità nel problema dell’identificazione delle servitù*, cit., 1042].

La servitù di parcheggio costituisce senza dubbio una delle figure di servitù più discusse, della cui ammissibilità taluno ha dubitato sino alle odierne Sezioni Unite.

Non avendo il legislatore mai preso una posizione circa la natura giuridica del vincolo di dette aree, né è seguito quel cennato dibattito che ha visto contrapporsi, da un lato, i fautori della natura reale del vincolo, assimilabile allo schema tipico della servitù prediale [Cass., 18 marzo 2019, n. 7561, in *Riv. not.*, 2019, II, 3, 548, con nota di TOSCANO, *La servitù di parcheggio esiste: una nuova conferma della Corte di Cassazione, in attesa del probabile intervento delle Sezioni Unite*; Cass., 6 luglio 2017, n. 16698, in *Foro it.*, 2017, I, 10, 3027, con nota di BONA, *Benvenuta, servitù di parcheggio*], e, dall’altro lato, i fautori della natura obbligatoria dello stesso, riconducibile ad un diritto personale di godimento, ritenendo l’utilità essere strettamente personale, a beneficio del titolare del fondo dominante, e non anche del fondo medesimo [Cass., 6 novembre 2014, n. 23708, in *Foro it.*, 2015, I, 4, 1297, con nota di MEZZANOTTE, *Sull’impossibilità della servitù di parcheggio (e sui limiti dell’autonomia privata nel diritto dei beni)*]. Le differenze tra le due tesi, peraltro, non sono meramente teoriche. Difatti, dalla natura reale o obbligatoria della servitù di parcheggio dipende l’applicabilità delle regole e dei principi in tema di servitù prediali, vale a dire l’opponibilità *erga omnes*, il diritto di seguito in

caso di trasferimento della proprietà del fondo dominante, nonché la trascrivibilità del relativo contratto costitutivo.

Ebbene, le Sezioni Unite hanno aderito alla tesi della natura reale, delineando, in modo del tutto condivisibile, le condizioni in presenza delle quali può dirsi costituita una servitù prediale di parcheggio. I due aspetti più rilevanti toccati dalla pronuncia in commento sono senza dubbio quelli attinenti al destinatario dell'utilità, da un lato, e alla localizzazione, dall'altro lato.

Per ciò che concerne il destinatario dell'utilità, come si è visto, affinché possa parlarsi di servitù in senso proprio è necessario che essa sia indirizzata al fondo dominante e non alla persona (ossia al suo titolare). A tal fine occorre effettuare una verifica in concreto del titolo (*i.e.*, dell'atto costitutivo della servitù), non potendosi apoditticamente affermare che il diritto di parcheggiare la propria autovettura su un fondo altrui costituisca sempre e comunque un vantaggio per la persona, piuttosto che per il fondo, o viceversa. A parere di chi scrive occorre sempre tenere distinte un'utilità mediata e una immediata della servitù. Difatti, ove si guardi alla struttura del diritto reale in questione, risulta evidente che, oltre ad un'imprescindibile utilità immediata a beneficio del fondo dominante, è sempre ravvisabile anche un'utilità, per così dire, mediata a vantaggio del titolare del fondo medesimo, essendo quest'ultimo funzionale al soddisfacimento delle esigenze di chi ne è proprietario. Applicando questo schema alla servitù di parcheggio, dovrà allora dirsi che essa costituisce servitù prediale ogni qual volta ci si trovi in presenza tanto di un'*utilitas* immediata, quando di un'*utilitas* mediata, nel senso ora delineato; al contrario, ove in concreto sia ravvisabile un'*utilitas* immediata, posta però direttamente e solo a vantaggio della persona, e non del fondo, dovrà invece parlarsi di servitù irregolare, e quindi di rapporto meramente obbligatorio.

Infine, occorre analizzare l'altro requisito imprescindibile della servitù prediale di parcheggio, ossia la localizzazione, intesa quale individuazione del suo luogo di esercizio (l'art. 1068, co. 1, c.c. disciplina la localizzazione disponendo che «*il proprietario del fondo servente non può trasferire l'esercizio della servitù in luogo diverso da quello nel quale è stata stabilita originariamente*», salvo quanto disposto dai successivi commi). Trattasi di un carattere specifico della servitù di parcheggio ma non è comunque un elemento estraneo allo schema generale della servitù. Infatti, il peso per il fondo servente può in concreto "localizzarsi" su una singola parte di esso [C. M. BIANCA, *op. cit.*, 482 ss.]. Sennonché, in alcuni casi, la localizzazione potrebbe del tutto mancare (ad es., basti pensare al diritto di estrarre legna, sabbia o altri materiali) o, al contrario essere *in re ipsa* (così, per es., nel caso di una proprietà vincolata). Invece, in altre ipotesi, quale il caso della servitù di parcheggio, la determinazione convenzionale della localizzazione risulta essere fondamentale per l'immediatezza della servitù e per il concreto esercizio del diritto, pena la nullità del contratto per indeterminatezza dell'oggetto, nonché per svuotamento di fatto del diritto di proprietà (*i.e.*, per impossibilità giuridica dell'oggetto), [BURDESE, *Le servitù prediali*, cit., 21], salvo interpretarlo, o convertirlo, in un diritto di credito (vale a dire, in una servitù irregolare).

## 5. Bibliografia essenziale

- BARBERO, *Sistema Istituzionale del Diritto Privato Italiano*, 2ª ed., Utet, 1949
- BARBERO, *Tipicità, predialità e indivisibilità nel problema dell'identificazione delle servitù*, in *Foro Pad.*, 1957, 1, 1042 ss.
- BIANCA, *Diritto civile, La proprietà*, VI, 2ª ed., Giuffrè, 2017, 477 ss.
- BIGLIAZZI GERI, BRECCIA, BUSNELLI e NATOLI, *Diritto civile*, II, Utet, 1988, 237
- BIONDI, *Le servitù*, nel *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da Cicu e Messineo, XXIII, Giuffrè, 1967
- BRANCA, *sub art. 1027 - 1099*, in *Commentario del codice civile* a cura di Scialoja e Branca, III, 5ª, Zanichelli, 1979, 304 ss.
- BURDESE, *Le servitù prediali*, Cedam, 2007, 18
- BURDESE, voce *Servitù prediali (dir. vig.)*, in *Noviss. dig. it.*, XVII, Utet, 1970, 131 ss.
- CLARIZIA, *Proprietà e diritti reali*, Utet, 2016, 1924
- COMPORTE, *Diritti reali in generale*, nel *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da Cicu e MESSINEO, VIII, Giuffrè, 1980, 276 ss.
- COMPORTE, voce *Servitù (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XLII, Giuffrè, 1990
- DI LELLA, *Utilità e motivo della servitù in un singolare caso di altius non tollendi*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1963, 2, 1168 ss.
- FRANCO, *Il diritto di uso esclusivo condominiale tra categorie e interessi*, in *Pers. merc.*, 2020, 3, 248
- FRIGO, voce *Diritti reali (dir. int. priv.)*, in *Enc. dir.*, III, Giuffrè, 1999, 512 ss.
- GAZZONI, *Manuale di Diritto Privato*, 21ª ed., Edizioni Scientifiche Italiane, 2024, 261 ss.
- GENGHINI, CAMPANILE e CRIVELLARI, *I diritti reali*, in *Manuali notarili*, V, Cedam, 2011, 370 ss.
- GROSSO e DELIANA, *Le servitù prediali*, 2ª ed., in *Trattato di diritto civile* diretto da Vassalli, Utet, 1963
- LIPARI, *Le categorie del diritto civile*, Giuffrè, 2013, 124
- MESSINEO, *Manuale di Diritto Civile e Commerciale*, II, 9ª ed., Giuffrè, 1965, 634
- MORELLO, *Tipicità e numerus clausus dei diritti reali*, in *Trattato dei diritti reali* diretto da GAMBARO e MORELLO, I, Giuffrè, 2008, 67 ss.
- MUSOLINO, *Il parcheggio fra servitù prediale, servitù irregolare e servitù personale (diritto di uso)*, in *Riv. not.* 2012, 5, 1137 ss.
- NICOLÒ, voce *Diritto civile*, in *Enc. dir.*, XII, Giuffrè, 1964, 908
- PALAZZOLO, voce *Servitù (dir. civ.)*, in *Enc. giur.*, XXVIII, Treccani, 1992, 11 ss.
- TORRENTE e SCHLESINGER, *Manuale di Diritto Privato*, 24ª ed., Giuffrè, 2019, 268
- TRABUCCHI, *Istituzioni di Diritto Civile*, 50ª ed., Cedam, 2022
- TRIOLA, *sub artt. 1027 - 1099*, in *Codice civile. Commentario* fondato da Schlesinger, diretto da Busnelli, Giuffrè, 2008
- VITUCCI, voce *Servitù prediali*, in *Dig. disc. priv. - Sez. civ.*, XVIII, Utet, 1998, 495 ss.

## RESPONSABILITÀ E RIMEDI

## Responsabilità contrattuale

# Al vaglio delle Sezioni Unite la risarcibilità del danno da risoluzione del contratto di locazione per inadempimento del conduttore \*

di ELENA VERONA

Dottoranda di ricerca

Università degli Studi di Pisa

(CORTE DI CASSAZIONE, sezione terza civile, ord. 9 novembre 2023, n. 31276 – Pres. Frasca – Est. Scoditti)

### ABSTRACT

Con l'ordinanza in esame la Corte di cassazione sottopone alle Sezioni Unite la questione della risarcibilità del danno da mancato pagamento dei canoni sino alla scadenza originale del contratto di locazione risolto per inadempimento del conduttore. Sul punto si sono formati nel tempo due orientamenti giurisprudenziali contrapposti: quello maggioritario, che ritiene risarcibile la lesione dell'interesse positivo del locatore all'adempimento; quello minoritario, che esclude invece che il locatore, una volta ottenuta la riconsegna, possa lamentare alcun danno. L'ordinanza si interroga, altresì, su come potrebbe essere interpretata la fattispecie in esame alla luce del concetto di «maggior danno» ex art. 1591 c.c.

With the current decision, the Supreme Court refers to the United Sections the question of the refundability of the damage caused by the non-payment of rent until the original expiration of the contract terminated for breach committed by the tenant. On the point two opposed jurisprudential guidelines formed over time: the prevailing one, that admits the compensation for the injury to the positive interest of the landlord to fulfilment; the minority one, that excludes that the landlord could complain about damages once he obtained the return of the property. Moreover, the decision wonders how the examined case could be interpreted considering the notion of «greater damage» under art. 1591 of the Civil Code.

**SOMMARIO:** 1 L'ordinanza; 2. Il danno da anticipata cessazione del contratto di locazione. L'orientamento maggioritario; 3. L'orientamento minoritario; 4. Il possibile ruolo dell'art. 1591 c.c.

### 1. L'ordinanza

La vicenda in commento trae origine dalla domanda avanzata dalla società locatrice nei confronti del conduttore inadempiente, che aveva nel frattempo liberato l'immobile, per il pagamento dei canoni non pagati, delle spese legali sostenute nelle procedure di sfratto e rilascio, nonché del maggior danno derivante dalla perdita della concreta

\* Il presente contributo è stato sottoposto a valutazione in forma anonima ed è stato pubblicato in anteprima su rivistapactum.it l'8.04.2024.

possibilità di locare tempestivamente l'immobile dopo il rilascio.

In merito a quest'ultima voce di danno, sia il Tribunale sia la Corte d'appello avevano ritenuto che non fosse stato provato dalla locatrice un pregiudizio correlato alla mancata percezione del canone per il periodo successivo al rilascio dell'immobile.

In particolare, mentre in primo grado la domanda era stata formulata sulla base dell'art. 1591 c.c. e rigettata perché la locatrice non aveva provato che il conduttore avesse impedito la rilocalazione a terzi a causa del ritardo, in appello si era fatto riferimento all'art. 1453 c.c. quale titolo per la richiesta risarcitoria. Anche ammettendo tale prospettazione, i giudici di secondo grado avevano poi rigettato la domanda, rilevando che in caso di estinzione anticipata del contratto di locazione per inadempimento del conduttore, la mancata percezione dei canoni pattuiti, dopo l'avvenuta restituzione del bene, non costituisce un danno, in quanto il canone rappresenta il corrispettivo per la privazione del godimento da parte del locatore e non una rendita ricavata dal godimento del bene da parte del locatario.

Diversa è la situazione di chi non abbia potuto esercitare direttamente o indirettamente il godimento del bene a causa delle condizioni deteriori in cui il conduttore abbia restituito l'immobile (profilandosi perciò un pregiudizio derivante dall'inadempimento dell'obbligazione restitutoria del conduttore ex art. 1590 c.c.): solo in quest'ultima ipotesi la Corte d'appello ammette il rimedio risarcitorio.

Nel caso di specie invece la mancata ricollocazione dell'immobile non era imputabile al comportamento negligente del conduttore, bensì alle mutate condizioni di mercato: tanto che nel ricorso per cassazione la locatrice menziona quale danno subito soltanto la mancata riscossione dei canoni per il periodo intercorso tra la cessazione del rapporto con il conduttore inadempiente e l'inizio del nuovo contratto di locazione.

I giudici di legittimità hanno ritenuto necessario disporre la rimessione alle Sezioni Unite, avendo rinvenuto due orientamenti opposti nella giurisprudenza della Corte sulla questione della risarcibilità del danno conseguente alla risoluzione del contratto di locazione.

Secondo l'orientamento maggioritario [rappresentato da ultimo da Cass., sez. VI, 5 gennaio 2023, n. 194, in *De Jure*, ma soprattutto cfr. Cass., sez. III, 5 maggio 2020, n. 8482, in *Resp. civ. e prev.*, 2022, 1-2, 271, con nota di MOLINARO; Cass., sez. III, 13 febbraio 2015, n. 2865, in *Corr. giur.*, 2015, 6, 756, con nota di AMENDOLAGINE; Cass., sez. III, 14 gennaio 2014, n. 530, in *Corr. giur.*, 2014, 7, 915, con nota di CARRATO; Cass., sez. III, 24 aprile 2008, n. 10677, in *DeJure*], il locatore ha diritto a vedere compensata la frustrazione del proprio interesse all'adempimento del contratto, ottenendo in via risarcitoria l'utilità alla quale avrebbe potuto aspirare se il rapporto non fosse cessato (per colpa del conduttore) prima del termine previsto. In definitiva, la mera restituzione dell'immobile non scongiura la perdita del vantaggio a cui il locatore mirava con l'operazione economica di locazione: pertanto «il danno da risarcire non può non ritenersi rappresentato dall'ammontare dei canoni dovuti per la durata ulteriore della locazione ormai sciolta per inadempimento, senza che si possa prendere in considerazione la ripresa disponibilità della cosa» [Cass., 5 maggio 2020, n. 8482, cit.].

L'ordinanza precisa che tale orientamento si è evoluto nel senso di non far coincidere automaticamente il danno risarcibile con i canoni percipiendi, ma rimettendo

all'apprezzamento del giudice l'individuazione in concreto dei pregiudizi risarcibili ai sensi dell'art. 1223 c.c.: se la mancata percezione dei canoni fino al reperimento di un nuovo conduttore rappresenta l'evento lesivo sul piano della causalità materiale, è sul piano della causalità giuridica che dovranno essere selezionate le conseguenze immediate, dirette ed inevitabili della risoluzione.

Tale distinzione si reverbera sull'onere probatorio a carico del locatore, il quale dovrà provare il nesso di causalità tra evento lesivo e danno risarcibile, una volta che abbia dimostrato di essersi attivato per rilocare l'immobile a terzi, mentre è onere del conduttore eccepire ai sensi dell'art. 1227, comma 2, c.c. l'omesso intervento del locatore per evitare il danno.

Di contro l'indirizzo minoritario [Cass., sez. VI, 10 dicembre 2013, n. 27614, in *Diritto e Giustizia*, 11 dicembre 2013, con nota di BRUNO e in *Corr. giur.*, 2014, 11, 1341, con nota di MOROZZO DELLA ROCCA; Cass., sez. III, 20 gennaio 2017, n. 1426, in *DeJure*], al quale hanno aderito i giudici di seconde cure, ritiene che la mancata percezione dei canoni esigibili fino alla scadenza legale o convenzionale del rapporto, una volta intervenuto il rilascio, non rappresenti una perdita risarcibile in caso di risoluzione per inadempimento del conduttore.

In sostanza per questo orientamento, poiché il canone rappresenta il corrispettivo per la privazione del godimento, una volta che il proprietario rientra nella disponibilità dell'immobile non vi è alcun pregiudizio in relazione ai canoni che sarebbero stati esigibili fino alla scadenza del contratto.

Infine, l'ordinanza suggerisce di rileggere la fattispecie alla luce dell'art. 1591 c.c.: la portata della norma non si limiterebbe all'ipotesi di ritardata restituzione del bene dopo la scadenza del rapporto, ma potrebbe invece trovare applicazione anche in caso di restituzione prima della scadenza, come nella risoluzione del contratto per inadempimento del conduttore, qualora si protragga il godimento dell'immobile da parte di quest'ultimo, nonostante l'intervenuta cessazione del rapporto. Pertanto, posto l'obbligo del conduttore di corrispondere il canone sino alla effettiva restituzione del bene, i giudici di legittimità ritengono necessario verificare se il «maggior danno» ex art. 1591 c.c. possa comprendere il danno risarcibile ex art. 1223 c.c., conseguente alla mancata percezione dei canoni previsti per intervenuta risoluzione della locazione, per il periodo successivo alla riconsegna dell'immobile sino alla rilocazione a terzi, sempre entro il termine di scadenza del rapporto originario.

## **2. Il danno da anticipata cessazione del contratto di locazione. L'orientamento maggioritario**

L'indirizzo maggioritario in giurisprudenza riconosce il risarcimento del danno sulla base di più argomentazioni di carattere storico-sistematico.

*In primis*, si esclude che abbia alcuna rilevanza pratica la mancata riproduzione nel Codice del 1942 dell'art. 1611 del Codice civile del 1865. Questa norma prevedeva che in caso di risoluzione della locazione per inadempimento del conduttore, quest'ultimo fosse obbligato al pagamento del canone per il periodo di tempo necessario alla stipulazione di una nuova locazione: pur in assenza di tale previsione, è risarcibile il danno da

anticipata cessazione della locazione alla luce del principio generale dell'art. 1453 c.c., che ammette il risarcimento in caso di scioglimento del contratto per inadempimento.

Il risarcimento qui assicura una tutela ulteriore rispetto ai meri effetti restitutori della risoluzione [v. Cass., 13 febbraio 2015, n. 2865, cit.].

Una volta individuato quale riferimento l'art. 1453 c.c., l'orientamento in oggetto ricomprende tra i danni risarcibili il mancato guadagno del locatore, nei limiti in cui sia conseguenza immediata e diretta della risoluzione, ai sensi dell'art. 1223 c.c.

Si tratta di un pregiudizio potenziale e futuro corrispondente all'incremento patrimoniale netto che il locatore avrebbe ottenuto se il contratto fosse stato eseguito: in questo modo si ritiene che trovi adeguata tutela l'interesse contrattuale positivo del locatore.

Questa giurisprudenza riprende la nozione di interesse positivo elaborata sulla scorta delle considerazioni di Jhering [JHERING, *Culpa in contrahendo: oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen*, in *Della "culpa in contrahendo" ossia del risarcimento del danno nei contratti nulli o non giunti a perfezione*, a cura di Procchi, Jovene, 2005, 31 ss.]: tale sarebbe l'interesse del creditore all'esecuzione del contratto valido, da tenere distinto dal c.d. interesse negativo alla mancata conclusione del contratto invalido, ossia quell'interesse ad essere ristorato delle conseguenze pregiudizievoli della vicenda contrattuale occorsa.

In Italia il concetto di interesse negativo è stato generalmente correlato alle ipotesi di responsabilità precontrattuale nell'ottica di giustificare un risarcimento quantitativamente inferiore rispetto a quello dell'ipotetico interesse positivo [v. da ultimo Cass., 6 luglio 2023, n. 19202, in *DeJure*; cfr. VISINTINI, *Il dibattito sulla natura della responsabilità precontrattuale rivisitato alla luce della casistica*, in *Contr. e impr.*, 2017, 2, 337], sebbene Jhering avesse inteso differenziare i due tipi di interesse soprattutto su un piano "direzionale". Entrambi gli interessi hanno ad oggetto il comportamento diligente del debitore: da un lato l'interesse positivo riguarda le utilità della prestazione contrattuale derivanti da contratto valido, dall'altro lato l'interesse negativo riguarda la condotta volta ad evitare una trattativa infruttuosa e pregiudizievole. E così la diversità sul piano risarcitorio riflette semplicemente la differente configurazione "direzionale" dei due tipi di interesse, senza che questo si traduca necessariamente in una limitazione quantitativa nel caso di lesione dell'interesse negativo [TURCO, *L'interesse negativo nella culpa in contrahendo (verità e distorsioni della teoria di Jhering nel sistema tedesco e italiano)*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, 2, 170 e ss.; sulle modalità di quantificazione del danno nella responsabilità precontrattuale v. GALLO, *Responsabilità precontrattuale e problemi di quantificazione del danno*, in *Studi in onore di Cesare Massimo Bianca*, Giuffrè, 2006, IV, 519 ss.].

Il risarcimento dell'interesse positivo è pacificamente riconosciuto in materia contrattuale [v. *ex multis* TRIMARCHI, *Il contratto: inadempimento e rimedi*, Giuffrè, 2010, 83 ss.; VILLA, *Inadempimento contrattuale e risarcimento*, in *Trattato del contratto* a cura di Roppo, Giuffrè, 2022, 1223 ss.]: ciò significa che il creditore leso potrà ricevere in via risarcitoria sia la compensazione del danno emergente, dato dalla differenza tra la sua situazione patrimoniale prima e dopo l'inadempimento, sia il ristoro del lucro cessante corrispondente all'utilità che avrebbe conseguito tramite l'esecuzione della prestazione.

Venendo al caso della risoluzione, è stato osservato [ROSSETTI, *La risoluzione per inadempimento*, Giuffrè, 2012, 270; nello stesso senso v. BORRIONE, *La risoluzione per inadempimento*, Cedam, 2004, 150] che l'obbligo risarcitorio che scaturisce dallo scioglimento del contratto non differisce dall'obbligo di risarcire un qualsiasi danno da inadempimento: la fonte dell'obbligazione risarcitoria ex art. 1173 c.c. è comunque l'inosservanza di un'obbligazione contrattuale [sulla natura secondaria dell'obbligazione risarcitoria v. CASTRONOVO, *Responsabilità civile*, Giuffrè, 2018, 501 ss.; secondo altra dottrina l'obbligo di risarcimento rappresenta invece la forma che l'obbligazione contrattuale primaria assume quando l'adempimento non è più possibile o esigibile v. MENGONI, voce *Responsabilità contrattuale*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Giuffrè, 1988, 1073 ss.]; la funzione del risarcimento è in ogni caso quella di riequilibrare il patrimonio della parte non inadempiente. Sulla base di questa sovrapposibilità tra danno da inadempimento e danno da risoluzione, l'opinione prevalente in dottrina [cfr. *ex multis*, AULETTA, *La risoluzione per inadempimento*, Giuffrè, 1942, 142; BELFIORE, *Risoluzione per inadempimento e obbligazioni restitutorie*, in *Scritti in onore di Giuseppe Auletta*, Giuffrè, 1988, 313 ss.; LUMINOSO, in LUMINOSO, CARNEVALI e COSTANZA, *Risoluzione per inadempimento*, artt. 1453-1454, in *Commentario del codice civile* a cura di Scialoja e Branca, Zanichelli, 1990, 199 ss.; BORRIONE, op. cit., 168 s.; BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, artt. 1218 – 1229, in *Commentario del codice civile* a cura di Scialoja e Branca, Zanichelli, 1979, 278 ss.; ID., *Diritto civile*, 5. *Responsabilità*, Giuffrè, 2021, 313 ss.] sostiene che la risoluzione consente il risarcimento integrale dell'interesse positivo frustrato. Tuttavia, questa tesi non convince del tutto.

Il problema attiene al coordinamento tra estinzione retroattiva del contratto ed interesse all'adempimento: se il risarcimento si riferisse all'interesse positivo, si imporrebbe «*all'inadempiente il soddisfacimento di quell'interesse, che con la domanda di risoluzione si dichiara in pari tempo di non voler più perseguire*» [CASTRONOVO, *La risoluzione del contratto dalla prospettiva del diritto italiano*, in *Eur. dir. priv.*, 1999, 3, 836]; del resto con la risoluzione le parti vengono liberate dai rispettivi obblighi e perciò, in assenza della controprestazione, viene meno la causa della prestazione dell'inadempiente o del suo valore per equivalente.

Allo stesso tempo il richiamo all'interesse negativo sarebbe qui inconferente, dato che questo si riferisce alle situazioni di invalidità o di mancata conclusione del contratto per comportamento contrario a buona fede di una delle parti: la vicenda risolutiva investe, invece, un contratto valido, efficace e solo successivamente inadempito [per una rivalutazione dell'interesse negativo “di protezione” nel risarcimento del danno da risoluzione v. invece MONTANARI, *Risoluzione del contratto e risarcimento dell'interesse negativo*, in *Eur. dir. priv.*, 2010, 3, 820 ss.; ID., *Il danno da risoluzione*, Jovene, 2013, 113 ss.].

Pertanto, se il risarcimento non può coincidere con l'interesse negativo, perché si colloca in un momento necessariamente successivo alla conclusione di un contratto valido, né con l'interesse positivo, perché in quest'ultima ipotesi il danno emergente dovrebbe avere ad oggetto l'equivalente economico della prestazione non più dovuta, l'unica voce risarcibile che residua è il lucro cessante, ossia il vantaggio netto che la parte risolvente avrebbe ottenuto dal contratto [CASTRONOVO, *La risoluzione del contratto*

dalla prospettiva del diritto italiano, cit., 837]. In sostanza ad essere risarcibile è sì l'interesse positivo, ma soltanto nella sua componente di lucro cessante, che dovrà essere determinato guardando all'ammontare della remunerazione convenuta, dedotti i costi che la parte fedele avrebbe sostenuto nell'esecuzione del contratto [BIANCA, *Diritto civile*, cit., 314 s.].

È stato notato [PIRAINO, *Il danno da risoluzione*, in *Le corti fiorentine*, 2017, 73 ss.; ID., *Il risarcimento sostitutivo tra adempimento in natura e risoluzione del contratto*, in *Processo e tecniche di attuazione dei diritti. Omaggio a Salvatore Mazzamuto a trent'anni dal convegno palermitano* a cura di Grisi, Jovene, 2019, 578 ss.] che anche questa soluzione potrebbe non essere del tutto soddisfacente perché in ogni caso l'interesse positivo, anche se circoscritto al solo lucro cessante, è inevitabilmente correlato al programma contrattuale ormai venuto meno, con il risultato di dare ancora spazio a quella sovrapposizione tra danno da inadempimento e danno da risoluzione che si era cercato di superare. Il danno, in caso di risoluzione del contratto, deve essere rapportato non all'inadempimento, bensì allo scioglimento che esso ha determinato: tra le perdite economiche direttamente riconducibili all'evento risolutivo viene considerato anche il peggioramento delle condizioni di mercato nel frattempo verificatosi, tali da costringere la parte risolvente a ricollocare il bene ad un prezzo inferiore a quello pattuito con la parte inadempiente.

Tuttavia, quest'ultima voce di danno sembra coincidere sostanzialmente con quella di lucro cessante: come osservato dallo stesso Autore [PIRAINO, *Il risarcimento sostitutivo tra adempimento in natura*, cit., 592], generalmente «... il minor ricavo per la parte fedele coincide con la perdita del lucro che il contratto gli aveva garantito rispetto al valore di mercato attuale del bene o del servizio», ossia qui il canone di locazione pattuito, a meno che lo stesso non sia stato concordato dalle parti in maniera completamente slegata dal valore di mercato del bene per ragioni del tutto peculiari. Allora, in definitiva, che si voglia fare riferimento alla categoria del lucro cessante o a quella del peggioramento delle condizioni di mercato, il danno da risoluzione in caso di anticipata cessazione della locazione coinciderà con i canoni di locazione *maturandi* fino al termine del contratto, eventualmente computando solamente la differenza tra i canoni pattuiti e quelli minori ottenuti dalla locazione dell'immobile a un nuovo conduttore.

Tale conclusione dottrinale si accorda con l'orientamento maggioritario sul tema: pare però opportuno precisare quali siano gli oneri probatori delle parti in modo che la mancata rilocazione non si traduca in un danno in *re ipsa* [figura da ultimo osteggiata dalle Sezioni Unite in tema di danno da occupazione abusiva di immobile: v. Cass., sez. un., 15 novembre 2022, n. 33645, in *Foro it.*, 2022, 12, I, 3625; cfr. BARGELLI, *Occupazione abusiva come specie di illecito: dall'agevolazione probatoria alla lesione della facoltà di godimento*, in *Resp. civ. e prev.*, 2023, 1, 18 ss.]

In particolare, il locatore dovrà provare l'esistenza del danno subito, non potendo soltanto allegare la mancata conclusione di un nuovo contratto di locazione alle medesime condizioni di quello risolto: dovrà dimostrare di non aver potuto conseguire il vantaggio economico sperato a causa della risoluzione, dando conto delle effettive determinazioni assunte circa l'utilizzo dell'immobile a seguito del rilascio.

Fondamentale in questo senso è il ruolo dell'art. 1227, comma 2, c.c.: il debitore

inadempiente non deve risarcire il danno che il locatore avrebbe potuto evitare con una condotta attiva di utile reimpiego del bene, come quella di portare a conoscenza con i consueti modi pubblicitari la disponibilità dell'immobile per una nuova locazione [BIANCA, *Diritto civile*, cit., 61, richiama l'ipotesi in oggetto tra i casi tipici di interventi del danneggiato volti ad evitare il danno; sul danno evitabile nella locazione v. anche ROSSELLO, *Il danno evitabile. La misura della responsabilità tra diligenza e efficienza*, Cedam, 1990, 103 s.]. Pertanto, l'obbligo di cooperazione di cui all'art. 1227, comma 2, c.c. impone al locatore un intervento positivo [in maniera non dissimile da quel *duty to mitigate* del creditore danneggiato, elaborato dal *common law* anche rispetto alla relazione specifica tra locatore e conduttore: v. HENSZEY, *Landlords duty to mitigate damages. A new obligation*, in *American Business Law Journal*, 1979, 16, 351 ss.]. Occorre quindi allegare e provare gli sforzi inutilmente profusi per evitare il danno, come ad esempio l'inevitabilità dell'accettazione di canoni inferiori dati dalle condizioni correnti del mercato.

A questo punto, il conduttore convenuto ha la possibilità di rilevare che in realtà il locatore è rimasto inerte nella ricerca di nuove locazioni o che ha adottato un atteggiamento eccessivamente selettivo di fronte a proposte comunque economicamente favorevoli di terzi: in tal caso dall'importo del risarcimento dovrà essere scomputata la somma che il locatore avrebbe conseguito con la nuova locazione o con la locazione conclusa in tempi più brevi [v. Cass., 5 maggio 2020, n. 8482, cit.; BOSETTI, *Risoluzione della locazione addebitabile al conduttore e risarcimento del danno*, in *Danno e resp.*, 2021, 1, 105].

Come ribadito da Cass., 5 maggio 2020, n. 8482, l'art. 1227, comma 2, c.c. ha natura di eccezione in senso stretto: se è vero che spetta al locatore la prova dell'impossibilità di rinvenire un conduttore almeno alle stesse condizioni contrattuali, è sul conduttore che si rifiuta di risarcire che ricade l'onere di eccepire tempestivamente l'atteggiamento negligente dell'altra parte ed i danni evitabili che ne sono conseguiti, senza che il giudice possa procedere ad un accertamento d'ufficio [cfr. *ex multis*, Cass., 19 luglio 2018, n. 19218 in *DeJure*; Cass., 25 maggio 2010, n. 12714, in *DeJure*; Cass., sez. lav., 20 novembre 2001, n. 14592, in *Danno e resp.*, 2002, 6, 632, con nota di ROSSELLO; sul punto v. CAREDDA, *sub art. 1227 c.c.*, in *Codice civile. Commentario* fondato da Schlesinger, diretto da Busnelli, Giuffrè, 2015, 110 ss.].

Un altro interrogativo affrontato dai giudici di legittimità ai fini della quantificazione del danno ha riguardato la possibilità di utilizzare la disciplina del recesso quale parametro oggettivo del tempo necessario alla stipula di una nuova locazione.

Nella legislazione speciale ricorrono due tipi di recesso: il recesso convenzionale *ad nutum* o causale a vantaggio del conduttore ed il recesso legale previsto a favore del conduttore «*indipendentemente dalle previsioni contrattuali [...] qualora ricorrano gravi motivi*», salvo in entrambi i casi il «*preavviso di almeno sei mesi*», ex art. 27, l. 27 luglio 1978, n. 392 per la locazione di immobile urbano ad uso non abitativo e ai sensi degli art. 4, l. n. 392/1978 e art. 3, comma 6, l. 9 dicembre 1998, n. 431 per la locazione di immobile urbano ad uso abitativo. Così secondo Cass., 14 gennaio 2014, n. 530 il danno risarcibile al locatore a titolo di lucro cessante «è rappresentato dalla mancata

*percezione di un introito mensile per tutto il tempo presumibilmente necessario per poterlo nuovamente locare, in relazione al quale un obiettivo parametro di riferimento può essere utilmente individuato, salvo prova diversa, nel periodo di preavviso previsto per il recesso del conduttore».*

Nella prassi avviene tuttavia che le parti concordino deroghe negoziali alla disciplina del recesso, sia nel senso di prevedere la necessità o meno di allegare ragioni giustificative del recesso, sia nel senso di allungare od accorciare detto periodo di preavviso in funzione della necessità o meno del locatore di vedersi garantita dal conduttore una durata più o meno lunga del rapporto [è controversa l'ammissibilità della clausola che allunga il termine semestrale di preavviso: sostengono la soluzione affermativa GABRIELLI e PADOVINI, *La locazione di immobili urbani*, Cedam, 2001, 608 sulla base della considerazione che «chi concede un beneficio non può essere costretto a farlo alle condizioni pretese dal destinatario della concessione»; in senso contrario TRIFONE, *La locazione: disposizioni generali e locazioni di immobili urbani*, in *Trattato di diritto privato* diretto da Rescigno, XII, 2<sup>a</sup> ed., Utet, 2007, 157].

Allora, nel caso in cui il locatore chieda la risoluzione della locazione per inadempimento del conduttore ed il risarcimento per la durata residua del contratto, sull'importo del risarcimento potrebbero incidere eventuali deroghe negoziali al periodo di preavviso e alla necessità di allegare ragioni giustificative del recesso. Profili che è dunque interesse delle parti valorizzare secondo i rispettivi oneri probatori.

La soluzione di Cass., 14 gennaio 2014, n. 530 è stata esplicitamente non condivisa da Cass., 5 maggio 2020, n. 8482, perché «incoerente» sul piano sostanziale, in quanto «la diversità dei presupposti e, in particolare, l'assenza di inadempimento nel caso del recesso, non consente di assimilare le due ipotesi».

In Cass., 5 maggio 2020, n. 8482 il giudizio di incoerenza sostanziale risulta successivo al rilievo che, non essendo il contratto di locazione rescindibile per 6 anni in quel caso specifico, «il conduttore era tenuto a pagare il canone fino alla naturale scadenza del contratto». Per questo il collegio esclude che il pagamento dei canoni *maturandi* da parte dell'inadempiente possa venir meno in seguito alla mera riconsegna dell'immobile: «il rilascio (e la presa in consegna) dell'immobile rispondono, infatti, nella specie, da un lato, a una iniziativa della conduttrice non assistita nè giustificata da alcuna norma contrattuale o di legge, dall'altro, a una libera scelta della locatrice, che ben poteva rifiutare la riconsegna del bene ovvero accettarla ma con "espressa riserva" di volere egualmente conseguire i canoni maturandi fino alla scadenza contrattuale (cfr. Cass. 24/03/2004, n. 5841)». A giustificare la stessa conclusione nel senso del pagamento dei canoni *percipiendi* sarebbe bastato evidenziare la non recedibilità per un determinato periodo come contrattualizzata nel caso concreto, lasciando tuttavia irrisolta quale soluzione adottare in caso di recedibilità *ad nutum* entro breve termine.

Anche su questi profili, pur non specificamente evidenziati dall'ordinanza in commento, è dunque auspicabile la presa di posizione delle Sezioni Unite.

### 3. L'orientamento minoritario

La sentenza di secondo grado del caso in commento aveva invece applicato il principio elaborato dall'indirizzo minoritario che, in caso di risoluzione per inadempimento del conduttore, esclude che la mancata percezione dei canoni esigibili fino alla scadenza del contratto, una volta intervenuto il rilascio, rappresenti un pregiudizio risarcibile.

Viene qui richiamato *a contrario* l'argomento storico relativo all'art. 1611 del Codice civile 1865: il mancato inserimento della norma nel Codice civile 1942 dovrebbe far concludere che il legislatore non abbia voluto garantire questa tutela risarcitoria al locatore.

Ma ancor di più è la funzione che il canone svolge nel regolamento di interessi tra le parti ad escludere la sussistenza del danno: il locatore con la locazione si priva del godimento diretto del bene dietro il versamento di un corrispettivo; tale godimento può estrinsecarsi sia in un godimento materiale della cosa, sia in un atteggiamento passivo di inutilizzo dell'immobile. Poiché con la risoluzione *ex art. 1453 c.c.* viene meno il vincolo contrattuale tra le parti con efficacia retroattiva, il locatore viene ripristinato nella medesima condizione di disporre del bene che esercitava prima di scegliere di concederlo in locazione.

Secondo questa ricostruzione, quindi, con il riacquisto della detenzione del cespite da parte del locatore viene a mancare la ragione giustificativa della corrispondente obbligazione di versamento del canone, che non potrà allora rappresentare una perdita patrimoniale risarcibile per il creditore. Il fatto che la risoluzione sia intervenuta per la morosità del conduttore non elimina la circostanza che il canone costituisce la remunerazione che il locatore riceve per la privazione del godimento: una volta rilasciato l'immobile, il locatore sarà libero di disporre come vuole del bene, attivandosi per rilocalarlo, destinandolo ad uso personale o addirittura trascurandolo.

L'orientamento brevemente richiamato si espone ad alcune considerazioni critiche per quanto attiene agli effetti della risoluzione.

Innanzitutto, è bene ribadire che risoluzione del contratto per inadempimento e risarcimento del danno sono due concetti profondamente differenti per funzioni e finalità, sebbene in fatto possano ricorrere entrambi gli istituti.

Elemento comune è il presupposto dell'inadempimento dell'obbligazione contrattuale (che nel caso della risoluzione deve essere di non scarsa importanza *ex art. 1455 c.c.*): tuttavia la risoluzione costituisce una forma di tutela del sinallagma contrattuale, che provoca il ripristino della situazione patrimoniale delle parti precedente al sorgere del rapporto, mentre il risarcimento è finalizzato a ristorare la parte lesa della perdita economica subita con l'imposizione di una nuova obbligazione esclusivamente a carico del danneggiante [BORRIONE, *op. cit.*, 149].

Pertanto, dall'inadempimento di una delle parti del contratto potrà sorgere tanto il diritto alla risoluzione, laddove l'inadempimento sia sufficientemente grave, quanto il diritto al risarcimento del danno, laddove l'inadempimento abbia cagionato un pregiudizio risarcibile [*ibidem*]. Del resto, lo stesso art. 1453 c.c. prevede l'effetto risarcitorio per l'illecito contrattuale commesso sia in caso di azione per l'adempimento sia in caso di azione per la risoluzione: ciò significa che il risarcimento non può considerarsi assorbito dall'effetto restitutorio della risoluzione, come invece sembra evincersi dall'indirizzo

in oggetto, che esclude in radice l'esistenza di un pregiudizio nella fattispecie di anticipata risoluzione della locazione per inadempimento del conduttore, quando afferma che «*il riacquisto della disponibilità del bene esclude il diritto di pretendere il corrispettivo, sia pure sotto forma di risarcimento del danno*» [Cass., 10 dicembre 2013, n. 27614, cit.].

Il mero adempimento dell'obbligazione di riconsegna che a seguito della risoluzione sorge in capo al conduttore non può essere posto sullo stesso piano di un'eventuale obbligazione risarcitoria a favore del locatore.

È vero che con la risoluzione il debitore viene liberato dalla propria prestazione per il futuro (pagamento dei canoni) perché viene meno la controprestazione (concessione in godimento dell'immobile), ma ciò non toglie che l'illecito contrattuale ha determinato la frustrazione dell'interesse del locatore a ricavare dal bene un reddito locatizio, per cui la rinnovata disponibilità dell'immobile «*non può rappresentare – o quanto meno non può a priori presumersi rappresenti – un effettivo e reale vantaggio a quello paragonabile*» [Cass., 5 maggio 2020, n. 8482, cit.].

Con la propria condotta il conduttore, oltre a ledere la facoltà del locatore di godere dei frutti civili dell'immobile quale proprietario, ha violato il programma contrattuale sul quale il locatore faceva affidamento in qualità di contraente, forzando quest'ultimo a troncarsi il rapporto [BOSETTI, op. cit., 103]: non pare corretto ignorare le conseguenze patrimoniali che l'evento risolutivo ha provocato nella sfera giuridica del locatore.

L'equivoco nel quale incorre il presente indirizzo sta nella sovrapposizione tra corrispettivo contrattuale e risarcimento del danno patrimoniale: posto lo scioglimento del rapporto di locazione per colpa del conduttore e il conseguente mancato percepimento dei canoni da parte del locatore, si rinviene invece un danno, come rilevato precedentemente, nell'utilità netta che il locatore avrebbe ottenuto se il rapporto fosse naturalmente continuato (lucro cessante), che andrà sì parametrato all'importo dei canoni, ma tenendo conto delle effettive conseguenze immediate, dirette ed inevitabili della risoluzione. In concreto il giudice dovrà verificare entro quali limiti il pregiudizio lamentato dal locatore possa essere risarcito, soprattutto laddove il conduttore eccedisca un comportamento negligente del creditore ai sensi dell'art. 1227, comma 2, c.c.: soltanto all'esito di questa istruttoria sarà determinabile il danno, che non coinciderà necessariamente con tutti i canoni ancora a scadere.

#### 4. Il possibile ruolo dell'art. 1591 c.c.

Dopo aver richiamato brevemente i due contrapposti indirizzi sul danno da anticipata cessazione della locazione l'ordinanza propone di verificare se nel concetto di «*maggiore danno*» ex art. 1591 c.c. possa rientrare, ai sensi dell'art. 1223 c.c., il danno conseguente all'evento lesivo dato dalla mancata percezione dei canoni previsti fino all'individuazione di un nuovo conduttore, entro comunque i termini dell'originario rapporto.

Preliminarmente deve essere precisato che l'obbligazione risarcitoria del maggior danno, indicata nell'art. 1591 c.c., accompagna il debito di valuta di pagare il corrispettivo pattuito fino alla riconsegna: si tratta di due obbligazioni aventi natura e presupposti diversi.

Infatti, l'obbligo di pagare il canone sino alla restituzione rappresenta una forma di ristoro *ex lege* per la mancata disponibilità del bene, che prescinde dalla prova del danno: perciò, il conduttore in mora non potrà comunque sottrarsi al versamento del corrispettivo.

Il maggior risarcimento rispetto al solo canone è solo eventuale: spetterà al locatore dimostrare l'esistenza del danno ed il nesso di causalità giuridica tra ritardo nella riconsegna e danno risarcibile, inteso come danno emergente (le spese ingiustamente sostenute a causa del ritardo) e lucro cessante (il guadagno che il locatore avrebbe realizzato utilizzando il bene se non fosse stato restituito tardivamente, quale ad esempio il mancato percepimento di un canone locatizio più alto da parte di terzi) [SIGNORELLI, *Contratto di locazione e giurisprudenza: obbligazioni, prestazioni e responsabilità*, in *Resp. civ. e prev.*, 2015, 2, 440 e ss.; CALVO et al., *sub art. 1591*, in *Codice civile. Commentario* fondato da Schlesinger, diretto da Busnelli, Giuffrè, 2014, 247 e ss.].

Ora è evidente che il presupposto del maggior risarcimento *ex art. 1591 c.c.* è il ritardo del conduttore nella restituzione tempestiva del bene, mentre nel caso in oggetto la tutela risarcitoria trova fondamento nell'inadempimento definitivo del conduttore e nella conseguente risoluzione. La differenza di presupposti sembra tradursi in una differenziazione sul piano risarcitorio, per cui le due fattispecie non sembrano assimilabili: la particolare vicenda risolutoria nell'anticipata cessazione della locazione consente il solo risarcimento del lucro cessante, non potendo il locatore richiedere in forma di danno emergente l'equivalente monetario della prestazione (canone locatizio) alla quale ha volontariamente rinunciato con la domanda di risoluzione.

Alla luce di questa considerazione pare difficile impiegare il «*maggior danno*» in caso di mora del conduttore per risolvere il presente contrasto giurisprudenziale: il nodo da sciogliere sembra vertere piuttosto sulla portata dell'interesse positivo del locatore che abbia risolto il contratto per inadempimento del conduttore.

In ultima analisi la scelta è tra riconoscere tutela risarcitoria a tale interesse (indirizzo maggioritario), magari nei limiti del lucro cessante, o escluderne a priori la rilevanza e di conseguenza la risarcibilità (indirizzo minoritario).

Eventualmente potranno trovare applicazione, anche nei casi di anticipata cessazione della locazione, le stesse considerazioni svolte dalla giurisprudenza in tema di prova del maggior danno *ex art. 1591 c.c.*: i giudici di legittimità consentono infatti di dimostrare tramite presunzioni il pregiudizio alla possibilità di locare il bene a terzi per un canone superiore, anche se è richiesta comunque una prova concreta e materiale del danno, non essendo sufficiente, ad esempio, la prova del diverso e maggior valore locativo di mercato [Cass., 22 novembre 2016, n. 23704, in *DeJure*; Cass., 11 luglio 2014, n. 15899, in *Diritto e Giustizia*, 2014].

Allo stesso modo il locatore che ha ottenuto la risoluzione del contratto dovrà dare prova effettiva del pregiudizio subito, nonostante l'avvenuta riconsegna dimostrando, anche tramite presunzioni, di non aver potuto locare il bene a terzi alle medesime condizioni pattuite con il conduttore inadempiente, non bastando in tal senso la mera allegazione della mancata rilocazione per il periodo successivo al rilascio né, analogamente a quanto sopra, il diminuito valore locativo di mercato.

## 5. Bibliografia essenziale

- AULETTA, *La risoluzione per inadempimento*, Giuffrè, 1942, 137 ss.
- BARGELLI, *Proprietà e locazione. Prelazione e valore di scambio*, Giappichelli, 2004
- BARGELLI, *Occupazione abusiva come specie di illecito: dall'agevolazione probatoria alla lesione della facoltà di godimento*, in *Resp. civ. e prev.*, 2023, 1, 18 ss.
- BELFIORE, *Risoluzione per inadempimento e obbligazioni restitutorie*, in *Scritti in onore di Giuseppe Auletta*, Giuffrè, 1988, 313 ss.
- BIANCA C.M., *Dell'inadempimento delle obbligazioni, artt. 1218 – 1229*, in *Commentario del codice civile a cura di Scialoja e Branca*, Zanichelli, 1979, 278 ss.
- BIANCA C.M., *Diritto civile, 5, Responsabilità*, Giuffrè, 2021, 313 ss.
- BIGLIAZZI GERI, *Della risoluzione per inadempimento, artt. 1460 – 1462*, in *Commentario del codice civile a cura di Scialoja e Branca*, Zanichelli, 1988
- BORRIONE, *La risoluzione per inadempimento*, Cedam, 2004, 147 ss.
- BOSETTI, *Risoluzione della locazione addebitabile al conduttore e risarcimento del danno*, in *Danno e resp.*, 2021, 1, 100 ss.
- CALVO et al., *sub art. 1591*, in *Codice civile. Commentario fondato da Schlesinger*, diretto da Busnelli, Giuffrè, 2014, 247 ss.
- CAREDDA, *Concorso del fatto colposo del creditore, art. 1227 cc*, in *Codice civile. Commentario fondato da Schlesinger*, diretto da Busnelli, Giuffrè, 2015, 110 ss.
- CASTRONOVO, *La risoluzione del contratto dalla prospettiva del diritto italiano*, in *Eur. dir. priv.*, 1999, 3, 833 ss.
- CASTRONOVO, *Responsabilità civile*, Giuffrè, 2018, 501 ss.
- GABRIELLI e PADOVINI, *La locazione di immobili urbani*, Cedam, 2001
- GALLO, *Responsabilità precontrattuale e problemi di quantificazione del danno*, in *Studi in onore di Cesare Massimo Bianca*, Giuffrè, 2006, IV, 519 ss.
- HENSZEY, *Landlords duty to mitigate damages. A new obligation*, in *American Business Law Journal*, 1979, 16, 351 ss.
- JHERING, *Culpa in contrahendo: oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen* in “*Della culpa in contrahendo*” *ossia del risarcimento del danno nei contratti nulli o non giunti a perfezione* a cura di Procchi, Jovene, 2005, 31 ss.
- LUMINOSO, in LUMINOSO, CARNEVALI e COSTANZA, *Risoluzione per inadempimento, artt. 1453-1454*, in *Commentario del codice civile a cura di Scialoja e Branca*, Zanichelli, 1990, 199 ss.
- MENGONI, voce *Responsabilità contrattuale*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Giuffrè, 1988, 1073 ss.
- MONTANARI, *Risoluzione del contratto e risarcimento dell'interesse negativo*, in *Eur. dir. priv.*, 2010, 3, 820 ss.
- MONTANARI, *Il danno da risoluzione*, Jovene, 2013, 113 ss.
- PIRAINO, *Il danno da risoluzione*, in *Le corti fiorentine*, 2017, 49 ss.
- PIRAINO, *Il risarcimento sostitutivo tra adempimento in natura e risoluzione del contratto*, in *Processo e tecniche di attuazione dei diritti. Omaggio a Salvatore Mazzamuto a trent'anni dal convegno palermitano* a cura di Grisi, Jovene, 2019, 578 ss.
- ROSSELLO, *Il danno evitabile. La misura della responsabilità tra diligenza e efficienza*, Cedam, 1990, 33 ss.
- ROSSETTI, *La risoluzione per inadempimento*, Giuffrè, 2012, 269 ss.
- SIGNORELLI, *Contratto di locazione e giurisprudenza: obbligazioni, prestazioni e responsabilità*, in *Resp. civ. e prev.*, 2015, 2, 440 ss.

- TRIFONE, La locazione: disposizioni generali e locazioni di immobili urbani, in *Trattato di diritto privato diretto da Rescigno*, XII, 2<sup>a</sup> ed., Utet, 2007, 157 ss.
- TRIMARCHI, Il contratto: inadempimento e rimedi, Giuffrè, 2010, 83 ss.
- TURCO, L'interesse negativo nella culpa in contrahendo (verità e distorsioni della teoria di Jhering nel sistema tedesco e italiano), in *Riv. dir. civ.*, 2007, 2, 170 ss.
- VILLA, *Inadempimento contrattuale e risarcimento*, in *Trattato del contratto* a cura di Roppo, Giuffrè, 2022, 1223 ss.
- VISINTINI, *Il dibattito sulla natura della responsabilità precontrattuale rivisitato alla luce della casistica*, in *Contr. e impr.*, 2017, 2, 337 ss.

## Revocazione

# L'ingiuria grave quale motivo di revocazione della donazione per ingratitudine: conferme dalla Cassazione\*

di LEONARDO CORUCCI  
Dottore in giurisprudenza  
Università degli Studi di Pisa

(CORTE DI CASSAZIONE, sezione seconda civile, sent. 12 febbraio 2024, n. 3811; Pres. Manna – Est. Giannaccari)

### ABSTRACT

Attraverso la sentenza in epigrafe, la Cassazione si concentra, nuovamente, sulla nozione di "ingiuria grave" quale motivo idoneo a determinare la revoca della donazione ai sensi dell'art. 801 c.c. Partendo dal caso di specie, il presente commento si pone l'obiettivo di effettuare una ricognizione dell'istituto ed osservare l'elasticità e l'ampiezza di questo concetto, che ha determinato una forte eterogeneità – probabilmente inevitabile – nella casistica giurisprudenziale.

*In its ruling no 3811/2024, the Supreme Court revisits the notion of "ingiuria grave" (grave insult) as a ground for cancelling a donation under art. 801 of the Italian Civil Code. Starting from the case in question, this note assesses the institute of the cancellation of the donation and observes the elasticity and breadth of the notion of "ingiuria grave", which has led to a strong heterogeneity – probably unavoidable – in the case law.*

**SOMMARIO:** 1. Il caso; 2. La revocazione per ingratitudine; 3. La nozione di "ingiuria grave" come costruita dalla giurisprudenza; 4. Conclusioni.

### 1. Il caso

La sentenza in esame ha ad oggetto una vicenda concernente la donazione di un immobile da parte di un soggetto (d'ora in poi C.C.) nei confronti della sorella (d'ora in poi A.A.). La vicenda viene portata all'attenzione del Tribunale di Treviso da parte dell'amministratore di sostegno di C.C. (d'ora in poi B.B.), che conveniva in giudizio la donataria chiedendo ai giudici di dichiarare la risoluzione del contratto di trasferimento dell'immobile in ragione dell'inadempimento della sorella, che si era impegnata ad assistere il fratello e, in via subordinata, qualora l'atto fosse qualificato come donazione modale, la revoca della stessa per ingratitudine. In particolare, l'inadempimento della A.A. consisteva, secondo le rivendicazioni del B.B., nell'aver negato al donante l'alloggio

\* Il presente contributo è stato sottoposto a valutazione in forma anonima ed è stato pubblicato in anteprima su rivistapactum.it il 19.04.2024.

nell'immobile oggetto della donazione e nella mancanza di somministrazione degli alimenti; nonché evidenziava che A.A. aveva indotto il C.C. ad aprire un finanziamento a suo carico dell'importo di Euro 20.000, nella medesima data in cui era avvenuto il trasferimento dell'immobile, al fine di far fronte a necessità personali.

Il giudice di primo grado rigettava *in toto* le domande attoree. Avverso la sentenza di prime cure veniva proposto ricorso in appello da parte del B.B.

La Corte d'appello di Venezia, in parziale riforma della sentenza impugnata, accoglieva la richiesta subordinata relativa alla revoca della donazione per ingratitudine, sottolineando che «A.A. non solo non avesse adempiuto agli oneri previsti nell'atto di donazione ma aveva esposto il fratello al rischio di una situazione debitoria, facendogli accendere un finanziamento per soddisfare un proprio interesse personale» e qualificando questo comportamento come una condotta idonea a ledere la dignità del donante e di guisa idonea ad attivare il rimedio della revoca per ingratitudine di cui all'art. 801 codice civile.

Avverso la sentenza del giudice d'appello, A.A. ricorre per Cassazione sulla base di due motivi: (i) il primo denuncia la violazione dell'art. 801 c.c., in relazione all'art. 360, comma 1, n. 3, c.p.c., «per aver la Corte d'appello ritenuto sussistenti i requisiti per la revoca della donazione per ingratitudine sulla scorta di una mera valutazione oggettiva dei comportamenti [...] laddove l'ingiuria grave verso il donante consisterebbe nel comportamento del donatario con il quale si rechi pregiudizio all'onore ed al decoro del donante»; (ii) il secondo motivo assume che la Corte d'appello abbia omissis l'esame circa un fatto decisivo del giudizio.

La Suprema Corte, nella sentenza in esame ha accolto il primo motivo di ricorso ed ha assorbito il secondo. Segnatamente, la Cassazione, interrogandosi sulla fattispecie in esame, ha ricordato – secondo giurisprudenza costante [Cass., 24 giugno 2018, n. 17188, in *DeJure*; Cass., 31 gennaio 2018, n. 22013, in *DeJure*] – che l'ingiuria grave richiesta dall'art. 801 c.c. ai fini della revocabilità della donazione «si caratterizza per la manifestazione esteriore del comportamento del donatario, che deve dimostrare un durevole sentimento di disistima delle qualità morali del donante e mancare rispetto alla dignità del donatore» e, in particolare, afferma come sia necessario che l'ingiuria sia «espressione di radicata e profonda avversione o di perversa animosità verso il donante».

## 2. La revocazione per ingratitudine

Al fine di comprendere ed inquadrare correttamente il problema, è necessario preliminarmente classificare l'istituto della donazione, vale a dire, il contratto attraverso cui, a titolo di liberalità, un soggetto (il donante) arricchisce un altro individuo (il donatario) disponendo di un proprio diritto (ad esempio, trasferendo la proprietà di un immobile) oppure assumendo un'obbligazione nei suoi confronti. In altre parole, quando una parte arricchisce l'altra senza esservi tenuta in virtù di una precedente obbligazione per soddisfare un proprio interesse non patrimoniale [PALADINI, *La donazione e le altre liberalità*, in BRECCIA et al., *Diritto privato*, II, Utet, 2010, 720]. Seppur collocata nel Libro II dedicato alle successioni (con cui condivide taluni aspetti), non sembrano esserci dubbi circa la natura contrattuale della donazione, che viene esplicitamente affermata dall'art. 769

c.c. e da molteplici autori [fra i tanti, cfr. CATAUDELLA, *Successioni e donazioni. La donazione*, in *Trattato di diritto privato* a cura di Bessone, Giappichelli, 2005, 2; PALADINI, op. cit., 723; BARBA, *sub art. 769*, in *Commentario del Codice Civile* diretto da Gabrielli, *Delle donazioni* a cura di Bonilini, Utet, 2014, 8; PALAZZO, *Le donazioni*, in *Codice Civile. Commentario* fondato da Schlesinger, diretto da Busnelli, Giuffrè, 2000, 5 ss.].

Una volta concluso, gli effetti del contratto di donazione sono destinati ad essere tendenzialmente stabili e duraturi, al fine di garantire l'osservanza di quel principio di certezza che domina il traffico giuridico [in tal senso, PALAZZO, op. cit., 5]. L'ordinamento italiano, tuttavia, conosce un apposito rimedio a favore del donante che intenda ripristinare la situazione *quo ante* l'atto di liberalità [CASTIGLIONI, *Revocazione della donazione per ingiuria grave. Il termine di decadenza dell'azione inizia a decorrere dal fatto che supera il livello di tollerabilità*, in *Fam. dir.*, 2017, 2, 121], appunto la revoca della donazione.

Il regime giuridico di tale istituto è strettamente connesso alle peculiari caratteristiche del contratto di donazione: per un verso, la connotazione soggettiva della causa di liberalità (assorbita dalla decisione personale del donante), per altro verso, l'importanza che assume l'*intuitus personae* (ossia la valutazione dell'identità e delle qualità personali del donatario). In generale, la revoca della donazione permette al donante di apprezzare alcuni specifici elementi di fatto che, se conosciuti al momento della stipula del contratto, lo avrebbero con ogni probabilità indotto a decidere diversamente, così tutelando la sua libertà contrattuale [in tal senso PALAZZO, op. cit., citato in DI BIASE, *Revocazione della donazione – Relazione extraconiugale e revocazione della donazione per ingratitudine*, in *Giur. it.*, 2019, 12, 2629; ma vedi anche COPPOLA, *sub art. 801*, in *Commentario del Codice Civile* diretto da Gabrielli, *Delle donazioni* a cura di Bonilini, Utet, 2014, 526 ss., secondo cui «costituisce rimedio per il caso di sopravvenienza di incrinatura della causa liberale»]. Il donante viene ad essere messo nella posizione di riconsiderare l'opportunità della liberalità, potendo attivarsi per chiedere che vengano meno gli effetti del contratto [CORDIANO, *L'ingiuria nella revocazione per ingratitudine: gravità della lesione e tutela del patrimonio morale del donante*, in *Fam. dir.*, 2013, 2, 135] e, conseguentemente, che si generi un obbligo di restituzione del *quantum donatum* in capo al donatario [COSTA, *Il donatario e il dovere di non commettere atti di ingratitudine*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, 9, 859]. In ogni caso, la funzione primaria risiede nella tutela dell'interesse morale del donante, per cui la restituzione della cosa donata è solamente un «riflesso sanzionatorio» [NICOLÒ, *Tutela dei diritti*, in *Commentario del codice civile* a cura di Scialoja e Branca, 2<sup>a</sup> ed., Zanichelli, 1954, 121, citato in COSTA, op cit., 859].

Peraltro, questa facoltà del donante non è senza limiti. Al fine di tutelare la certezza dei traffici giuridici, la legge prevede casi tassativi – come può anche ricavarsi dalla *littera* codicistica – in cui la revoca può essere esercitata, onde evitare di attribuire al donante un potere unilaterale di ripristinare la situazione antecedente alla donazione. Segnatamente, il Codice subordina la revoca all'ingratitudine del donatario e alla sopravvenienza di figli, previste rispettivamente dagli artt. 801 e 803 c.c. [sulla seconda fattispecie, che esula dal tema di questa nota, vedi *ex multis* CATAUDELLA, op. cit., 157 ss.; CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, Giuffrè, 2015, 1505 ss.; GUARNIERI, *La dichiarazione*

*giudiziale di paternità o maternità quale presupposto per la revoca della donazione*, in *La donazione*, diretto da Bonilini, Utet, 2001, 1116 ss.; BERTINO, *Revocazione della donazione per sopravvenienza di un figlio nato nella nuova famiglia*, in *Contratti*, 2018, 1, 57].

In merito alla qualificazione giuridica della revoca della donazione, le ricostruzioni prospettate dalla dottrina spaziano dallo *ius poenitendi*, che renderebbe la donazione suscettibile di scioglimento per volontà unilaterale del donante, alla risoluzione, sulla base di un difetto funzionale della causa liberale, alla presupposizione, per cui la revoca è dovuta ad una irrealizzabilità della funzione contrattuale [per un'ampia disamina delle varie teorie vedi BUZZELLI, *Revocazione della donazione e volontà del donante*, in *Contr. e impr.*, 2020, 2, 970 ss.]. Quale che sia la corretta qualificazione giuridica – tema estraneo all'obiettivo di questo commento – preme qui sottolineare l'effetto materiale dell'attivazione di questa disposizione: la possibilità per il donante di ripristinare lo *status quo ante*.

In sintesi, possiamo definire il potere di revoca del donante come un diritto potestativo (il donante potrebbe anche decidere di rinunciare, seppur sussistenti le condizioni legittimanti), condizionato al ricorrere di una delle ipotesi tassative previste, che si esercita con una richiesta giudiziale che potrà eventualmente portare alla pronuncia di una sentenza costitutiva di scioglimento del contratto di donazione.

L'art. 801 c.c., nel regolare l'istituto in questione, individua tra le fattispecie legittimanti alla revoca, i casi di indegnità a succedere previsti ai nn. 1, 2 e 3 dell'art. 463 c.c., il grave pregiudizio al patrimonio del donante, l'indebito rifiuto degli alimenti (nei casi in cui risultano dovuti), ed infine il caso in cui il donatario si sia reso colpevole d'ingiuria grave verso il donante.

Quest'ultima è l'ipotesi presa in esame dalla sentenza della Cassazione in commento, e che ci accingiamo ad approfondire. Evidentemente, il concetto di "ingiuria grave" non è definito dalla norma in modo puntuale, il legislatore ha scelto invece di utilizzare una formula aperta, con tutte le difficoltà derivanti dalla eventuale eccessiva ampiezza della nozione, suscettibile di incrinare la certezza dei traffici giuridici. Nel corso degli anni, gli interventi della giurisprudenza di legittimità hanno riempito questa "scatola vuota". Un intervento, quello dei giudici di legittimità, sostanzialmente ricostruttivo di una nozione che – seppur con alcuni inevitabili aspetti di flessibilità – risulta oggi consolidata e definita.

### 3. La nozione di "ingiuria grave" come costruita dalla giurisprudenza

L'ingiuria grave del donatario nei confronti del donante ai sensi dell'art. 801 c.c. – come espressamente affermato dalla Cassazione – risulta sostanzialmente "mutuata" dal concetto penale di ingiuria ex art. 594 c.p. [articolo oggi abrogato dal d. lgs. 15 gennaio 2016, n. 7, nell'ambito di un'ampia opera di depenalizzazione] nonostante alcune diversità. Invero, al fine di integrare l'ipotesi civilistica di ingiuria (grave) non è necessario che il comportamento lesivo venga eseguito alla presenza del donante ovvero mediante comunicazione a più persone, come richiesto dalla fattispecie penale, né rileva che il fatto integri reato, né che sia stata proposta querela, né che vi sia stato un accertamento in

sede penale [COSTA, op. cit., 859]; al contempo, il legislatore civile restringe la nozione, richiedendo ai fini della revoca della donazione la “gravità” dell’ingiuria, che non è richiesta dalle norme penali. In generale, si evince una sostanziale autonomia della nozione civilistica di ingiuria, la quale – seppur evidentemente muove dai concetti della normativa penale, tanto che la giurisprudenza è solita richiamare i concetti di onore e dignità del donante – ha trovato nella giurisprudenza la sua matrice definitoria, diversa e autonoma dall’ingiuria penale.

La sentenza in commento si colloca nel solco di un orientamento ormai consolidato [vedi *ex multis* Cass. 29 aprile 2022, n. 13544; Cass. 14 settembre 2022, n. 27064; Cass. 10 ottobre 2018, n. 24965; Cass. 31 ottobre 2016, n. 22013; Cass. 24 giugno 2008, n. 17188, tutte in *One Legale*] che qualifica l’ingiuria grave come «*manifestazione esteriore del comportamento del donatario, che deve dimostrare un durevole sentimento di disistima delle qualità morali del donante e mancare di rispetto alla dignità del donante*»; e ancora, come «*espressione di radicata e profonda avversione di perversa animosità verso il donante*». Possiamo facilmente notare che il concetto di ingiuria grave assume una connotazione estremamente lasca, astrattamente capace di includere qualsivoglia atto o comportamento che si risolva in una grave lesione del patrimonio morale del donante ed espressivo di un sentimento di avversione verso il donante.

Anzitutto, elemento imprescindibile per l’integrazione della fattispecie esaminata è che il comportamento contestato al donatario sia oggettivamente e materialmente realizzato. Tale requisito implica l’esteriorità del fatto, per cui – come confermato da diverse decisioni – la condotta del donatario deve manifestare all’esterno, sia verso il donante, sia verso i terzi, un sentimento di avversione nei confronti del donante [ad esempio, la Suprema Corte ha ritenuto non sussistenti gli estremi per la revoca per ingratitudine nel caso della moglie che aveva iniziato una relazione extraconiugale, la quale tuttavia era stata portata avanti senza ledere l’onore e il decoro del marito- donatario, poiché non fu ravvisata un’ostentazione della relazione da parte della moglie, quanto piuttosto una risonanza della stessa, dovuta alla notorietà del nuovo compagno, e quindi non integrante un atteggiamento di disistima e avversione verso il donante, Cass. 10 ottobre 2018, n. 24965, in *DeJure*; in senso opposto, Cass. 31 ottobre 2016, n. 22013, in *DeJure*, ha ritenuto integrati i presupposti nel caso della relazione extraconiugale della moglie dove «*l’ingratitudine non si identificava con l’instaurazione della relazione extraconiugale in sé, ma nella ostentata esibizione della stessa, fra le mura della casa coniugale ed in presenza di una pluralità di estranei e talvolta, anche in presenza del marito*»].

Altra componente essenziale della nozione civile d’ingiuria è l’elemento soggettivo. La giurisprudenza richiede che il comportamento sia indagato anche nel foro interno: il donatario, oltre ad esplicitare verso l’esterno un comportamento ingrato, deve essere protagonista di una condotta che sia tale da integrare un vero atteggiamento di disistima, «*espressione di radicata e profonda avversione o di perversa animosità verso il donante*». Questa componente inevitabilmente determina un’indagine *case by case* particolarmente complessa da parte dei giudici di merito, i quali saranno tenuti a verificare se, sulla base delle circostanze concrete, quali emergono dall’analisi dell’ambiente sociale e dei rapporti tra le parti, la condotta ostentata abbia la sua genesi in un sentimento avverso del donatario, con tutte le annesse difficoltà che una indagine del “foro interno”

comporta [ad esempio, potrebbe ritenersi non integrata nel caso in cui il comportamento sia stato indotto da una provocazione; in tal senso DELLE MONACHE, *sub art.* 801, in *Commentario breve al Codice Civile* diretto da Cian e Trabucchi, Cedam, 2022, 960]. In altre parole, si richiede la prova del c.d. *animus iniurandi*, cioè la precisa e consapevole volontà di offendere il donante.

Oltre alla consapevolezza di porre in essere un comportamento lesivo della personalità morale del donante, la giurisprudenza ritiene integrata l'ingiuria grave solo nei casi in cui la condotta ingrata sia rivolta direttamente verso la sua persona, perciò non potranno essere presi in considerazione quelle azioni che, seppur censurabili e contestabili e non gradite al donante, si risolvono in scelte del donatario criticabili ma legittime [ad esempio, Cass., 5 novembre 1990, n. 10614, in *DeJure*, ha escluso che l'utilizzo di sostanze stupefacenti o la commissione di reati da parte del donatario possono legittimare il donante a revocare la donazione, infatti, seppur ciò possa provocare un «*profondo dolore, un continuo stato d'ansia ed un sentimento di profonda delusione*», tuttavia «*tali sentimenti non giustificano la revoca della donazione*»]. Se è vero che questa indagine conferisce ai giudici di merito un forte potere discrezionale nell'apprezzamento della fattispecie concreta, non può al contempo negarsi che la Cassazione, richiedendo la presenza di tale elemento, abbia in realtà cercato di limitare tale discrezionalità, definendo i parametri sulla base dei quali poter constatare se uno specifico comportamento possa qualificarsi come ingrato nel senso specificato.

Quindi, ai giudici è richiesta un'analisi dei molteplici aspetti che possono caratterizzare una specifica vicenda; dovranno tenere conto delle circostanze concrete in cui un determinato comportamento è stato tenuto, vagliare la personalità dei soggetti coinvolti nella vicenda nonché i rapporti personali tra di loro. La giurisprudenza di legittimità è concorde nel ritenere che la potenzialità offensiva del comportamento debba inoltre valutarsi tenendo conto della coscienza comune, e più specificamente, che la condotta non deve «*ledere la sua sfera morale, tale da essere contraria a quel senso di riconoscenza che, secondo la coscienza comune, dovrebbe improntare l'atteggiamento del donatario*». Espressamente, la Corte prevede che il concetto di ingiuria grave è «*una formula aperta ai mutamenti dei costumi sociali, il cui discrimine è segnato dalla ripugnanza che detto comportamento suscita nella coscienza sociale*». Questo comporta ovviamente un'indagine del singolo episodio alla luce dell'evoluzione della coscienza comune, tale per cui un determinato comportamento, eventualmente qualificabile come censurabile per il singolo individuo coinvolto, potrà essere ritenuto non grave dal giudice perché nel comune sentire non percepito come connotato di quella gravità richiesta [Cass. 31 maggio 2012, n. 8752, in *DeJure*, ha accolto la valutazione del giudice d'appello che aveva escluso la configurabilità dell'ingiuria grave nel caso di litigio tra il figlio-donatario e la madre-donante, che aveva portato allo sfondamento da parte del figlio della porta dell'abitazione ove viveva la madre, seguito da parole offensive e lancio in aria di un bastone. I giudici del gravame hanno correttamente tenuto conto che «*non è inusuale che fra persone legate da così stretti vincoli di parentela e che vivono in spazi così contigui possano verificarsi litigi*», e che in quanto «*sort[i] per futili motivi*» e dovuti «*all'atteggiamento della donante, che si intrometteva in questioni proprie della famiglia di suo figlio*», allora tali comportamenti «*seppur riprovevoli, sono abbastanza diffusi nella*

*prassi e non possono quindi ritenersi di gravità tale da ripugnare alla coscienza comune»]. Pertanto, un comportamento potrà integrare ingiuria grave solamente quando, sulla base della personalità delle persone coinvolte e del contesto di riferimento, sarà ritenuto espressivo di un vero sentimento di avversione nei confronti del donante; fermo restando che il medesimo comportamento potrebbe non considerarsi tale in un'altra situazione fattualmente differente.*

In sintesi, ai giudici è richiesta un'indagine del caso concreto particolarmente precisa che tenga conto di molteplici aspetti: in primo luogo, l'oggettiva realizzazione da parte del donatario di un comportamento esteriore tale da rendere palese ai terzi l'opinione irriguardosa maturata nei confronti del donante; contestualmente, sarà necessario valutare se effettivamente la condotta sia espressione di un sentimento di perversa animosità nei confronti del donante, con riguardo sia ai protagonisti della vicenda e alle circostanze concrete, sia ai costumi sociali e alla coscienza comune.

#### 4. Conclusioni

La sentenza in esame si pone nella scia dell'orientamento costante della Suprema Corte in tema: limitando l'operatività dell'istituto ai comportamenti talmente gravi da ripudiare alla coscienza comune, la giurisprudenza esercita un penetrante potere di controllo sull'esercizio della potestà di revoca, a tutela della certezza dei traffici giuridici.

Nel caso di specie, la Cassazione ha richiamato i suddetti principi e ha ritenuto che la Corte d'appello abbia erroneamente fatto uso degli stessi, tant'è che ha cassato la sentenza e rinviato in diversa composizione, ritenendo, in particolare, che l'inadempimento dell'onere di assistenza (dovuto anche ad un «*inasprimento dei rapporti familiari che le avrebbero impedito di prestare assistenza morale e materiale al fratello*») e l'accensione del mutuo a carico del fratello («*che non aveva arrecato alcun pregiudizio al patrimonio del donante, dato che aveva adempiuto al pagamento delle rate*») non esprimano «*profonda e radicata avversione verso il donante, né un sentimento di disistima delle sue qualità morali*», alla luce delle circostanze e del contesto.

#### Bibliografia essenziale

BARBA, *sub art. 769*, in *Commentario del Codice Civile* diretto da Gabrielli, *Delle donazioni* a cura di Bonilini, Utet, 2014, 8 ss.

BERTINO, *Revocazione della donazione per sopravvenienza di un figlio nato nella nuova famiglia*, in *Contratti*, 2018, 1, 57 ss.

BUZZELLI, *Revocazione della donazione e volontà del donante*, in *Contr. e impr.*, 2020, 2, 970 ss.

CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, Giuffrè, 2015, 1505 ss.

CASTIGLIONI, *Revocazione della donazione per ingiuria grave. Il termine di decadenza dell'azione inizia a decorrere dal fatto che supera il livello di tollerabilità*, in *Fam. dir.*, 2017, 2, 121 ss.

COPPOLA, *sub art. 801*, in *Commentario del Codice Civile* diretto da Gabrielli, *Delle donazioni* a cura di Bonilini, Utet, 2014, 526 ss.

- CORDIANO, *L'ingiuria nella revocazione per ingratitudine: gravità della lesione e tutela del patrimonio morale del donante*, in *Fam. dir.*, 2013, 2, 135 ss.
- COSTA, *Il donatario e il dovere di non commettere atti di ingratitudine*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, 9, 859 ss.
- D'AURIA, *Dalla donazione modale alla teoria dei beni comuni*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2022, 51 ss.
- DELLE MONACHE, *sub art. 801*, in *Commentario breve al Codice Civile*, Cian e Trabucchi, Cedam, 2022, 960 ss.
- DE TILLIA, *Il diritto immobiliare. I contratti. Donazione, permuta, mediazione*, Giuffrè, 2004, 265 ss.
- DI BIASE, *Revocazione della donazione – Relazione extraconiugale e revocazione della donazione per ingratitudine*, in *Giur. it.*, 2019, 12, 2629 ss.
- GUARNIERI, *La dichiarazione giudiziale di paternità o di maternità quale presupposto per la revoca della donazione*, in *La donazione* diretto da Bonilini, Utet, 2001, 1116 ss.
- MUNARI, *L'infedeltà coniugale quale forma di ingiuria grave ai fini della revocazione della liberalità*, in *St. iuris*, 2019, 9, 1037 ss.
- NICOLÒ, *Tutela dei diritti*, in *Commentario del codice civile* a cura di Scialoja e Branca, 2<sup>a</sup> ed., Zanichelli, 1954, 121 ss.
- PALADINI, *La donazione e le altre liberalità*, in BRECCIA et al., *Diritto privato*, II, Utet, 2010, 720 ss.
- PALAZZO, *Le donazioni*, in *Codice Civile. Commentario* fondato da Schlesinger, diretto da Busnelli, Giuffrè, 2000, 483 ss.

# SINGOLI CONTRATTI

## Donazione

# Donazione *si praemoriar*, divieto di patti successori e “incertezza” dell’evento condizionante\*

di ANNA LAURA COGGI

Dottoranda di ricerca

Università degli Studi di Padova

(CORTE DI CASSAZIONE, sezione seconda civile, sent. 13 dicembre 2023, n. 34858, Pres. Carrato – Est. Fortunato)

### ABSTRACT

La Corte di Cassazione sancisce la validità della donazione con clausola sospensiva di premorienza del donante, in quanto produce effetti immediati e concerne singoli beni valutati dai contraenti nella loro consistenza ed oggettività al momento del perfezionamento del contratto di donazione, con conseguente attualità dell’attribuzione, la cui efficacia è solo differita alla morte del disponente. Tale congegno negoziale non viola il divieto di patti successori, non permanendo in capo al donante alcun residuo potere dispositivo sui beni così attribuiti, tale da minare l’irrevocabilità della disposizione e la sua immediata efficacia vincolante (caratteri essenziali dello strumento contrattuale), e non potendosi evincere l’elusione di tale divieto dalla maggiore o minore probabilità del verificarsi dell’evento condizionante (la premorienza del donante al donatario). La pronuncia in commento consente di svolgere alcune brevi riflessioni sulle indicazioni ermeneutiche fornite dalla Corte nella valutazione delle donazioni sottoposte a condizione *si praemoriar*, suggerendo all’interprete di effettuare un’attenta considerazione complessiva dello strumento negoziale potenzialmente suscettibile di determinare eventuali violazioni o elusioni del divieto sancito dall’art. 458 c.c.

*With the ruling under consideration, the Court affirms the validity of donations conditioned on the donor’s predecease, which do not qualify as a mortis causa donation and do not violate the prohibition of succession agreements. According to the Court’s point of view, this type of donation lacks the typical characteristics of succession agreements, such as the absence of any effect, even preliminary, before the opening of the succession of the donor, and the function to establish, modify, transfer, or extinguish rights related to a succession not yet opened.*

*The judgement at issue allows the author to make some remarks around the criteria to evaluate case law related to the contracts that potentially contrast with that prohibition.*

**Sommario:** 1. Il caso; 2. Donazione *mortis causa*, donazione *cum moriar*, donazione *si moriar* e *si praemoriar* nel prisma del divieto di patti successori; 3. Donazione *si praemoriar* e “incertezza” dell’evento condizionante; 4. Volontà negoziale delle parti ed elusione del divieto ex art. 458 c.c.; 5. Conclusioni.

\* Il presente contributo è stato sottoposto a valutazione in forma anonima ed è stato pubblicato in anteprima su rivistapactum.it il 26.06.2024.

## 1. Il caso

La pronuncia in epigrafe trae origine da una vicenda in cui l'attore contestava la validità del negozio di donazione posto in essere dal proprio figlio in gravi condizioni di malattia terminale ed espressamente sottoposto alla condizione sospensiva della premorienza del donante alla donataria.

Più precisamente, ad avviso dell'attore, il negozio donativo di quote sociali stipulato dal figlio era affetto da nullità in quanto posto in essere allorquando il donante versava in gravi condizioni di salute e, quindi, nella consapevolezza della sua premorienza ormai certa rispetto alla donataria, risolvendosi la donazione in un atto tra vivi sostanzialmente regolativo della propria successione, in spregio del divieto di patti successori sancito dall'art. 458 c.c.

Il Tribunale di Pordenone, con sentenza n. 216 del 2016, respingeva questa e le molteplici ulteriori domande attoree ad essa connesse, pronuncia che veniva confermata dalla Corte d'Appello di Trieste con sentenza n. 201 del 2017.

In particolare, i giudici di gravame respingevano nettamente le doglianze attoree, ritenendo che la donazione effettuata dal donante premorto costituisse una (valida) disposizione sottoposta a condizione sospensiva *si praemoriar* e non integrasse, invece, una donazione *mortis causa*, immediatamente vincolante tra le parti, giacché l'evento morte del donante non era elevato a causa dell'attribuzione, ma incideva esclusivamente sull'efficacia della donazione, senza impedire la (immediata) produzione di effetti limitati o prodromici, peculiari del contratto sottoposto a condizione sospensiva.

Inoltre, si specificava come nel caso di specie non vi fossero elementi per ritenere che l'uscita del bene dal patrimonio del donante dovesse avvenire prima della morte del donante, né che questi potesse ancora modificare ulteriormente l'assetto patrimoniale oggetto di disposizione (rendendo inoperante il congegno negoziale posto in essere), evidenziando che la natura di atto *inter vivos* trovava conferma nel fatto che il bene non veniva a definirsi come commisurato al tempo della morte del donante, sfuggendo – di conseguenza – all'applicazione del divieto di patti successori di cui all'art. 458 c.c.

Il padre del donante e della donataria – attore in primo grado – proponeva, quindi, ricorso per Cassazione, denunciando la violazione degli artt. 458 c.c. e 1353 c.c.

Si affermava, in particolare, come il donante avesse disposto delle quote sociali in favore della sorella allorquando si trovava in fase di malattia terminale e gli restavano pochi mesi di vita, per cui la validità della donazione andava valutata senza arrestarsi al dato formale dell'apposizione della condizione di premorienza del donante, occorrendo vagliare – al contrario – il reale scopo perseguito dalle parti, consistente nell'intento di eludere il divieto di patti successori e di regolare la futura successione del disponente, in considerazione della decisiva circostanza che il donante aveva disposto nella piena consapevolezza che gli rimanevano pochi mesi di vita e che la sua premorienza era ormai certa.

In ragione di tali considerazioni, il ricorrente riteneva sussistente, nel caso concreto, un vero e proprio patto successorio istitutivo nullo per contrasto con il divieto sancito dall'art. 458 c.c.

La Suprema Corte – con la pronuncia in epigrafe – rigetta integralmente, siccome

infondate, le doglianze proposte dal ricorrente, svolgendo un'analisi distinta dei negozi *mortis causa* e dei negozi *inter vivos* con effetti *post mortem*, e affermando, conseguentemente, che nel caso di specie ricorra un legittimo negozio *inter vivos* valido, in quanto non rinviene un residuo potere dispositivo in capo al donante sui beni oggetto di donazione, che costituisce il criterio principale per discernere la figura lecita da quella vietata.

## 2. Donazione *mortis causa*, donazione *cum moriar*, donazione *si moriar* e *si praemoriar* nel prisma del divieto di patti successori

La pronuncia in commento muove dalla ricostruzione della *ratio* del divieto di patti successori espresso dall'art. 458 c.c., sottolineando come tale disposizione miri a salvaguardare il principio di ordine pubblico, in base al quale la successione *mortis causa* può essere disciplinata solo dalla legge o dal testamento ed è volta a tutelare la libertà testamentaria (ivi compresa la revocabilità delle disposizioni testamentarie) fino all'ultimo istante di vita del disponente.

Invero, la pronuncia *de qua* ribadisce sin da subito due principi cardine del diritto delle successioni: il principio di tipicità delle fonti regolative della successione *mortis causa* e il principio di libera revocabilità delle disposizioni attributive per causa di morte fino all'ultimo istante di vita del testatore.

Successivamente, tali premesse consentono alla Corte di illustrare chiaramente la distinzione, ormai acquisita all'opinione dominante in dottrina e giurisprudenza, tra atti *mortis causa* e atti *post mortem*.

Precisamente, si afferma – riprendendo suggestioni di un insuperato e autorevole insegnamento dottrinale [GIAMPICCOLO, voce *Atto mortis causa*, in *Enc. dir.*, IV, Giuffrè, 1959, 232 ss.] – che il negozio *mortis causa* investe rapporti e situazioni che si formano in via originaria con la morte del soggetto e che dall'evento morte traggono una loro autonoma qualificazione, mentre il negozio *post mortem* valido è destinato a regolare una situazione preesistente, sia pur subordinandone gli effetti alla morte di una delle parti [sul punto cfr., altresì, BARBA, *Divieto di patti successori e contratto post mortem*, in *I contratti di assicurazione come strumento di pianificazione del passaggio generazionale e di gestione del patrimonio familiare* a cura di Barba, Edizioni Scientifiche Italiane, 2020, 47 ss.].

In altri termini, la distinzione fra le due “categorie” va colta nella *funzione* del negozio: negli atti *mortis causa* l'evento morte è causa dell'attribuzione, mentre negli atti *post mortem* indica esclusivamente il riferimento temporale di produzione degli effetti del negozio [sul punto cfr., altresì, CECERE, voce *Patto successorio*, in *Dig. disc. priv.* – *Sez. civ.*, II, Utet, 2003, 1005 ss.]

Ebbene, altrettanto pacifica (e ribadita dalla pronuncia in commento) è l'affermazione per cui solo i primi ricadrebbero sotto la scure del divieto *ex art. 458 c.c.*, *sub specie* di patti successori istitutivi vietati, in quanto il bene verrebbe in tal caso considerato come esso figura nel patrimonio del disponente al momento della morte (cd. *quod superest*) e nel quale il beneficiario sarebbe considerato tale in quanto esistente al momento in cui l'atto acquisterà definitivamente efficacia.

Come noto, il negozio oggetto della pronuncia qui annotata (la donazione *si prae-moriar*) viene sovente accostato ad altre figure negoziali *inter vivos* che lambiscono il divieto espresso dall'art. 458 c.c., il quale ultimo costituisce, dunque, la lente attraverso cui valutare la validità dei congegni negoziali in cui interferisca a vario titolo la rilevanza dell'evento morte del disponente.

Anzitutto, in tale ambito viene in rilievo la cd. donazione *mortis causa*, di cui è pacifica in letteratura la radicale nullità [GENGHINI, *Singoli contratti. Vendita, Permuta, Divisione, Donazione, Patto di famiglia*, Cedam, 2020, 916 s.; CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, Giuffrè, 2023, 57; DE GIORGI, *I patti sulle successioni future*, Jovene, 1976, 116; GROSSO e BURDESE, *Le successioni. Parte generale*, in *Trattato di diritto civile italiano* diretto da Vassalli, 1977, Utet, 92 ss.], consistendo la stessa in una donazione che ha effetto solo dopo la morte del donante ed è sottoposta alla condizione risolutiva della premorienza del donatario al donante, sicché la morte del donante entra nel congegno causale e, fino al verificarsi di tale evento, il negozio non produce alcun effetto.

Tale figura era invalsa nel diritto romano arcaico, ove si ammetteva una donazione revocabile, subordinata alla premorienza del donante al donatario in caso di pericolo di morte (es. partenza per la battaglia, per un viaggio rischioso, malattie etc.) [CAPOZZI, op. cit., 57] o come strumento alternativo, attesa la tipicità delle disposizioni testamentarie, al negozio di ultima volontà [CARRABBA, *Le donazioni "mortis causa"*, in *Riv. not.*, 2006, 6, 1451]

Come detto, la validità di tale fattispecie viene recisamente rigettata dal nostro ordinamento attuale, ove essa si pone in aperto contrasto con il divieto di cui all'art. 458 c.c., producendo – per via contrattuale – gli effetti che solo il testamento potrebbe sortire (in virtù del sopra ricordato principio di tipicità delle fonti regolative della successione *mortis causa*); e privando, al contempo, il testatore del potere di revocare l'attribuzione medesima (in spregio al surricordato principio di libera revocabilità delle disposizioni *mortis causa* fino all'ultimo istante di vita del disponente) [sul punto cfr., *amplius*, MAGLIULO, *Il divieto del patto successorio istitutivo nella pratica negoziale*, in *Riv. not.*, 1992, 6, 1420 ss.].

Una seconda ipotesi particolarmente discussa nell'ambito delle fattispecie che si pongono "ai confini" dei patti successivi vietati è costituita dalla donazione i cui effetti attributivi siano sottoposti a termine iniziale rappresentato dalla morte del donante (cd. donazione *cum moriar*).

Una parte della dottrina [BIONDI, *Le donazioni*, in *Trattato di diritto civile italiano* diretto da Vassalli, Utet, 1961, 520; CARAMAZZA, *Delle successioni testamentarie. Art. 587-712 c.c.*, in *Commentario teorico-pratico al cod. civ.* diretto da De Martino, Pem, 1982, 13 ss.] ha ritenuto che tale negozio si tradurrebbe in un autentico patto successorio vietato, in quanto il negozio sarebbe destinato a produrre i suoi effetti *ex nunc*, dal momento della morte del donante.

Tuttavia, l'opinione prevalente in letteratura è di diverso avviso [SANTORO PASSARELLI, *Validità della donazione di usufrutto cum moriar*, in *Foro it.*, 1950, I, 385 ss.; TORRENTE, *La donazione*, nel *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da Cicu e Messineo, Giuffrè, 1956, 311 ss.; GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico del testamento. Contributo ad una teoria dell'atto di ultima volontà*, Edizioni Scientifiche Italiane, 1954, 45

ss.], affermando – con argomentazioni analoghe a quelle avanzate per la donazione *si praemoriar* – che tale congegno negoziale non impingerebbe nel divieto dei patti successori in quanto lo spoglio del donante è attuale, determinando l'attribuzione di un'aspettativa legalmente tutelata i cui effetti si determineranno in un momento futuro e certo (la morte del soggetto disponente).

Dalle due fattispecie appena descritte si distingue, infine, la donazione sottoposta a *condizione sospensiva* della morte o premorienza del donante rispetto al donatario.

Quanto alla prima (cd. donazione *si moriar*), taluno ha cura di specificare che detta ipotesi, in tanto può qualificarsi come condizione (e non come termine), in quanto si preveda che la morte avvenga entro un certo termine ovvero in determinate circostanze o con certe modalità, precisandosi che solo in tal caso l'evento morte, in sé oggettivamente certo, può assumere quelle caratteristiche di incertezza che sono proprie della condizione [MAGLIULO, op. cit., 1425].

Quanto alla seconda (donazione *si praemoriar*), una parte minoritaria della dottrina [FERRI, *Successioni in generale, Commentario del codice civile* a cura di Scialoja e Branca, Zanichelli, 1980, 104; C.M. BIANCA, *Diritto civile. Successioni e donazioni*, 2, Giuffrè, 2<sup>a</sup> ed., 2015, 38] e due noti precedenti giurisprudenziali [Cass., 6 marzo 1950, n. 576, in *Foro it.*, 1950, I, 385 ss., con nota di SANTORO-PASSARELLI, *Validità della donazione d'usufrutto «cum praemoriar»*; Cass., 24 aprile 1987, n. 4053, in *Riv. not.*, 1987, 382 ss.] ne hanno recisamente negato la validità, affermando che tale disposizione ripropone la tipica causa di morte e che l'unico effetto immediato rilevante che esso è in grado di produrre è proprio quello che realizza la fattispecie vietata, cioè la non revocabilità dell'attribuzione destinata ad avere la sua sostanziale efficacia alla morte del donante.

Tuttavia, altra autorevole dottrina [TORRENTE, *La donazione*, nel *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da Cicu e Messineo, Giuffrè, 1956, 312 ss.; DE GIORGI, op. cit., 58], suffragata da alcune importanti pronunce di legittimità, ivi compresa quella che si va annotando [Cass., 16 giugno 1966, n. 1547, in *Riv. not.*, 1967, 869 ss.; Cass., 9 luglio 1976, n. 2619, in *One Legale*], ne ha ribadito la validità, argomentando primariamente in base all'attualità dello spoglio da parte del donante.

Infatti, come sottolineato da un autorevole autore [SANTORO PASSARELLI, op. cit., 385], nel patto successorio, ove fosse valido, prima della morte dell'ereditando il futuro erede avrebbe solo un'aspettativa di fatto, mentre nelle donazioni qui considerate il donatario acquista immediatamente ciò che acquista ogni acquirente a condizione sospensiva, ossia l'aspettativa legalmente tutelata, che gli consente di compiere atti conservativi (art. 1356, comma 1, c.c.) e di disporre, sia pure con atto sottoposto alla medesima condizione, del diritto oggetto della donazione (art. 1357 c.c.).

Detto altrimenti, il negozio con effetti connessi alla morte, cui si deve ricondurre anche la donazione *si praemoriar*, produce – diversamente dal negozio *mortis causa* – effetti “preliminari” rispetto all'evento della premorienza del disponente, intendendosi con tale formula «*l'istituzione di un rapporto strumentale, deputato a preservare la possibilità di un acquisto futuro, il cui oggetto sia determinato, in ogni aspetto, al momento dell'atto dispositivo o in data anteriore alla morte del disponente*» [così BALLE-RINI, *La donazione cum praemoriar non è un patto successorio*, in *Dir. succ. fam.*, 2017, 1, 225].

Di recente, è stato altresì evidenziato un ulteriore profilo di distinzione delle due figure negoziali appena illustrate rispetto all'atto a causa di morte, rilevando che la donazione con clausola di premorienza del donante è stipulata nell'esclusivo interesse del disponente, con conseguente possibilità di rinuncia della condizione solamente in capo a tale parte favorita, prerogativa quest'ultima che gli consente di rendere l'attribuzione attuale senza alterare la funzione del negozio, la quale rimane in ogni caso estranea alla programmazione successoria del donante [BALLERINI, op. cit., 233].

Tale possibilità non sarebbe, invece, ammissibile nell'ambito del negozio *mortis causa*, in cui la determinazione unilaterale del disponente può essere diretta solo alla revoca dell'attribuzione stessa.

Com'è evidente, sullo sfondo dei differenti strumenti negoziali illustrati e delle considerazioni svolte in dottrina e in giurisprudenza per affermarne o negarne la validità, vi è l'interpretazione (più o meno) elastica, fornita dal diritto vivente, del divieto dei patti successori ex art. 458 c.c.

Già un insegnamento risalente [GIAMPICCOLO, *Atto «mortis causa»*, cit., 233] aveva chiarito come tale divieto si rivolgesse ad atti connotati da un duplice indice rivelatore di illiceità: anzitutto, la considerazione del bene oggetto dell'attribuzione come una entità commisurata al tempo della morte dell'attribuente; in secondo luogo, la considerazione del beneficiario come soggetto esistente in quello stesso momento.

Si precisa, inoltre, che l'attribuzione *mortis causa*, per essere tale, non può non avere ad oggetto un *quod superest*, ed implica sempre la condizione di sopravvivenza del beneficiario all'attribuente.

In tempi più recenti, la giurisprudenza di legittimità [Cass., 22 luglio 1971, n. 2404, in *Foro It.*, 1972, I, 1, 700; Cass., 16 febbraio 1995, n. 1683, in *One Legale*; Cass., 24 maggio 2021, n. 14110, in *Italggiure*; Cass., 5 gennaio 2024, n. 366, in *Italggiure*; Cass., 9 gennaio 2024, n. 722, in *Italggiure*] ha avuto modo di specificare tali indicazioni, al punto che un orientamento ormai consolidato – ribadito altresì nella pronuncia che si annota – ravvisa quali criteri discretivi del patto successorio vietato cinque elementi sintomatici: 1) se il vincolo giuridico abbia avuto la specifica finalità di costituire, modificare, trasmettere o estinguere diritti relativi ad una successione non ancora aperta; 2) se la cosa o i diritti formanti oggetto della convenzione siano stati considerati dai contraenti come entità della futura successione e se siano, comunque, ricompresi nella successione stessa; 3) se il promittente abbia inteso provvedere in tutto o in parte della propria successione, privandosi, così dello *jus poenitendi*; 4) se l'acquirente abbia contrattato o stipulato come avente diritto alla successione stessa; 5) se il programmato trasferimento, dal promittente al promissario, avrebbe dovuto aver luogo *mortis causa*, ossia a titolo di eredità o di legato.

Sebbene tali indicatori siano tutti utilmente idonei a discernere nel caso concreto la convenzione lecita dal patto vietato, nella pronuncia in analisi la Suprema Corte conferisce rilievo decisivo al «*residuo potere dispositivo (sugli effetti) del negozio in capo al disponente*» nella fase successiva all'atto attributivo, qualora tale sussistenza sia tale da minare o rendere solo apparente l'irrevocabilità della disposizione e la sua immediata efficacia vincolante.

Se tale affermazione risulta senz'altro condivisibile e si inserisce pianamente nel

quadro sistematico sopra delineato (in cui uno dei caratteri indefettibili del negozio *mortis causa* è, come ricordato, la libera revocabilità fino all'ultimo istante di vita del disponente), non altrettanto chiara sembra la considerazione della configurazione degli effetti negoziali concretamente prodottisi, ossia della possibilità di ravvisare senz'altro il congegno condizionale anche in presenza di indici fattuali che ne mettono in discussione i presupposti operativi.

### 3. Donazione “*si praemoriar*” e incertezza dell'evento condizionante

Ferme le considerazioni rigorosamente esposte nella pronuncia in commento sul piano delle qualificazioni, tra le pieghe delle pregevoli argomentazioni della Corte pare potersi scorgere una questione rimasta in ombra nel concreto svolgersi della vicenda giudiziaria che ne è originata, salvo un breve accenno nella parte finale della stessa.

Ci si riferisce al tema, adombrato in apertura dei fatti di causa e soltanto sfiorata dal *decisum*, della probabile certezza dell'evento morte del donante, che – ad avviso del ricorrente – sarebbe stata sintomatica di un'elusione del divieto dei patti successori, traducendosi la donazione con condizione di premorienza effettuata dal donante in condizione di malattia terminale, in un negozio rivolto a regolare *inter vivos* un'attribuzione sostanzialmente *mortis causa*.

A tal riguardo, la Cassazione afferma espressamente che «[l]’eventuale contrasto della donazione con il divieto di patti successori può allora dipendere dalla persistenza di un residuo potere dispositivo in capo al donante, tale da minare o rendere solo apparente l’irrevocabilità della disposizione e la sua immediata efficacia vincolante, non in sé per la maggior o minore probabilità del verificarsi dell’evento condizionante.

*La premorienza del donante è, per sua natura, evenienza incerta anche ove il donante versi in condizioni di malattia irreversibili (non potendo escludersi, in linea di principio, che premuoia il donatario per cause accidentali, improvvise, imprevedibili e indipendenti dal suo stato di salute sicché la donazione non diviene efficace), né è - in tal caso - prevedibile la durata della vita residua, conservando utilità pratica la connotazione di irrevocabilità della disposizione».*

Ebbene, la soluzione fornita dalla Cassazione appare senz'altro apprezzabile nel suo rigore logico, ma necessita di alcune precisazioni concettuali al fine di evitare indebite sovrapposizioni tra sanzioni dettate con riguardo a fattispecie del tutto differenti tra loro.

L'economia del presente scritto non consente di dedicare alle molteplici implicazioni concettuali e sistematiche del fenomeno condizionale lo spazio e l'impegno scientifico che queste meritano; tuttavia, in tal sede sembra (possibile, prima che) utile offrire alcuni spunti di riflessione sul rilievo che l'evento (incerto) dedotto in condizione può spiegare nel caso di specie.

Anzitutto, una lettura superficiale del passaggio poc'anzi citato potrebbe riportare alla mente suggestioni vagamente connesse al differente orizzonte del negozio aleatorio, ritenendo che qualora sia dedotto in condizione un elemento massimamente incerto nell'*an*, come la premorienza di un soggetto ad un altro, ciò valga a permeare di una certa “connotazione aleatoria” la struttura stessa del negozio attributivo, con applicazione del

relativo regime di disciplina [sulla distinzione tra negozi aleatori e negozi condizionati cfr. PERLINGIERI, *I negozi sui beni futuri. La compravendita di cosa futura*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2010, 136 ss.].

L'accostamento non sarebbe conferente, se solo si rammenta quanto afferma l'opinione dominante in merito ai rapporti tra negozio condizionato e negozio aleatorio: se il negozio aleatorio è caratterizzato dalla circostanza che l'alea, parte integrante di esso, concorre a definire e a modificare diritti e obblighi delle parti, rendendoli incerti fino alla completa esecuzione del contratto; la condizione è strumento di gestione dell'alea e ha lo scopo di gestire il rischio cristallizzando il contenuto dei diritti e degli obblighi in funzione dell'interesse definito nel regolamento contrattuale [NAZZARO, *La condizione tra uso atipico e abuso*, in *La condizione nel contratto tra "atto" e "attività"* a cura di Alcaro, Cedam, 2008, 376].

Riportata al caso di specie, tale distinzione consente di apprezzare il passaggio in cui la Corte mantiene ferma la donazione anche se le condizioni di malattia irreversibile del donante potevano far presumere, con un significativo grado di probabilità, la breve durata della vita residua di quest'ultimo, ritenendo che tale elemento non fosse tale da incidere sulla struttura del congegno negoziale utilizzato.

In secondo luogo, confermato che di vera condizione si tratta, il peculiare evento condizionale inserito nella donazione *si praemoriar* induce a valutare con attenzione la sussistenza nel *caso de quo* dell'incertezza che caratterizza tale elemento accidentale del negozio ex art. 1353 c.c.

Sul punto, l'opinione prevalente in letteratura è orientata a interpretare l'incertezza dell'evento dedotto in condizione in termini oggettivi [Cass., 5 gennaio 1983, n. 9, in *Giust. civ.*, 1983, 1, 1524, con nota di COSTANZA, *Finzione di avveramento e condizione potestativa*, 1528 ss.; BARBERO, voce *Condizione (diritto civile)*, in *Noviss. dig. it.*, II, Utet, 1959, 1099; TATARANO e ROMANO, *Condizione e modus*, in *Trattato di diritto civile del Consiglio Nazionale del Notariato* diretto da P. Perlingieri, Edizioni Scientifiche Italiane, 2009, 16 ss.; COSTANZA, *Della condizione nel contratto, sub art. 1353 c.c.*, in *Commentario del codice civile* a cura di Scialoja, Branca e Galgano, Zanichelli, 2019, 18], identificandola in una situazione di cui non sono noti gli sviluppi e da valutare al momento della stipula del contratto.

Peraltro, è stato recentemente precisato [COSTANZA, op. cit., 19] che l'incertezza condizionale non verrebbe meno solo perché sussistono elementi di fatto che rendono assolutamente improbabile il suo mancare, qualora i tempi dell'avveramento siano però indefinibili.

Ebbene, nel caso esaminato dalla pronuncia in epigrafe, sembrano effettivamente sussistere elementi tali da far presumere altamente probabile la premorienza del donante alla donataria (attese le sue gravi condizioni di salute) e, pertanto, potrebbe risultare in certa misura ambigua l'affermazione della Corte allorquando esclude il rilievo di tale circostanza, argomentando che non si potrebbe escludere «*in linea di principio, che premuoia il donatario per cause accidentali, improvvise, impreviste e indipendenti dal suo stato di salute sicché la donazione non diviene efficace*».

Se riscontri empirici di tal genere sono senz'altro utili a valutare di volta in volta il rilievo dei fatti posti alla base delle fattispecie negoziali analizzate, pare nondimeno utile

una maggiore analiticità nell'esame di tali vicende.

Infatti, tale argomentazione sembrerebbe suscettibile di essere "trapiantata" *de plano* in una molteplicità di ulteriori vicende del tutto eccentriche rispetto al negozio sottoposto all'attenzione della Corte, rischiando di perdere la sua pregnanza argomentativa nel giudizio sulla fattispecie specifica.

In terzo luogo, vi è la prospettiva delle diverse conseguenze ricollegabili alla mancanza di incertezza dell'evento condizionale.

Il principale motivo di doglianza attorea fa leva sulla circostanza che, al di là del dato formale dell'apposizione della condizione di premorienza del donante, è necessario vagliare il reale scopo perseguito dalle parti, asseritamente consistente nell'intento di eludere il divieto di patti successori e di regolare la futura successione, attesa la premorienza ormai certa del donante alla beneficiaria.

In altri termini, si afferma come le parti abbiano utilizzato uno strumento *inter vivos* (il contratto di donazione) per effettuare un'attribuzione sostanzialmente *mortis causa*, in aperto spregio del divieto di patti di successori ex art. 458 c.c.

La contestazione è chiara, ma le conseguenze sanzionatorie che si ricollegano alla riqualificazione del ricorrente meritano di essere più analiticamente vagliate.

Infatti, come insegna autorevole dottrina [COSTANZA, *ibidem*] non sempre alla certezza dell'evento dedotto in condizione segue l'invalidità della pattuizione (originariamente condizionata); talora ne può discendere una diversa qualificazione quale termine di efficacia, se ve ne sono i presupposti operativi, salvando in tal caso la validità della donazione (conseguentemente riqualificata) *cum moriar*, la quale è considerata dai più del tutto legittima per le ragioni sopra ricordate.

Tale diversa considerazione della certezza dell'evento della premorienza dedotto in condizione (elemento sintomatico di una fattispecie elusiva, da un lato; elemento idoneo ad una più appropriata riqualificazione quale termine di efficacia, dall'altro), consente di confermare l'irrilevanza della sostanziale incertezza dell'evento ai fini del giudizio di *validità* del negozio, ma non ai fini di una più complessiva valutazione in ordine alla possibile sussistenza di una fattispecie *elusiva* di norme imperative, quale quella disegnata dall'art. 458 c.c.

#### **4. Volontà negoziale delle parti ed elusione del divieto ex art. 485 c.c.**

Le precisazioni sopra svolte consentono di valutare positivamente il monito levato dalla Suprema Corte nella parte finale della pronuncia in commento, allorché si afferma che «*per accertare nei singoli casi se le parti abbiano posto una donazione inter vivos, coi requisiti richiesti per la sua validità, ovvero un'attribuzione patrimoniale gratuita, di altra natura, eventualmente non consentita dalla legge, è necessario procedere alla ricerca della volontà negoziale delle parti in applicazione delle regole ermeneutiche stabilite dalla legge per la interpretazione dei contratti e, in particolare, del criterio dell'interpretazione complessiva, che postula l'esame delle varie clausole dell'atto onde interpretarle le une per mezzo delle altre, attribuendo a ciascuna di esse il senso risultante dal loro complesso, facendo, inoltre, applicazione del principio secondo cui la qualificazione giuridica del rapporto dedotto in giudizio non dipende dal*

*significato letterale delle parole o dal nomen juris attribuitogli dalle parti, ma dal suo concreto contenuto e dalla comune intenzione delle parti».*

Riprendendo quanto osservato in fine del precedente paragrafo, se effettivamente la (sostanziale) certezza della premorienza del donante al donatario può costituire un elemento sintomatico di una possibile fattispecie elusiva, verrebbe dunque in rilievo un negozio in frode alla legge ex art. 1344 c.c., individuato per mezzo di una valutazione della causa concretamente attuata dai contraenti, ossia la trasmissione *mortis causa* di un compendio patrimoniale tramite uno strumento contrattuale, da ritenersi conseguentemente affetta da nullità.

E' chiaro, peraltro, che se di frode alla legge si intende discorrere, essa non potrebbe ritenersi sussistente in base ad una semplice presunzione, desunta dalla mera introduzione, all'interno del negozio donativo, di una clausola condizionale di premorienza del donante al donatario; al contrario, com'è stato condivisibilmente osservato, essa andrebbe in ogni caso provata, in base alle circostanze del caso concreto [SANTORO PASSARELLI, op. cit., 385 ss.; TORRENTE, *La donazione*, nel *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da Cicu e Messineo, 2<sup>a</sup> ed., Giuffrè, 2006, 399].

Com'è evidente, la sanzione conseguente al negozio in frode alla legge (la radicale nullità) è molto diversa da quella (la riqualificazione dell'elemento accidentale in termine di efficacia) che deriverebbe dall'esclusiva prospettiva di analisi della certezza dell'evento dedotto in condizione, diversità che dovrebbe indurre l'interprete ad utilizzare particolare rigore nella lettura dell'apparato argomentativo utilizzato dalla Corte.

Tale cautela viene, invero, recuperata e valorizzata dal passaggio finale della sentenza sopra riportato, che deve essere tenuto bene presente dall'operatore del diritto allorquando si trovi di fronte a fattispecie, come quella analizzata nel caso *de quo*, in cui lo strumento negoziale concretamente utilizzato lambisce principi di ordine pubblico quale il divieto di patti successori nelle sue molteplici declinazioni concrete.

## 5. Conclusioni

In definitiva, l'approdo cui la Suprema Corte giunge con la pronuncia in commento è senz'altro condivisibile e si pone nel solco di un ormai consolidato filone ermeneutico, volto ad effettuare una valutazione "sostanziale" del divieto dei patti successori, tale per cui anche strumenti negoziali (come la donazione *si praemioriar*) che sembrerebbero *prima facie* interferire con esso, devono ritenersi del tutto validi e ammissibili nel nostro ordinamento, in quanto produttivi di effetti preliminari o prodromici rispetto all'evento condizionante (incerto), i quali valgono a tutelare l'aspettativa giuridica del donatario sotto condizione e che non concorrono, a differenza dei negozi *mortis causa*, a definirne un presupposto di rilevanza giuridica o un coelemento causale di efficacia. L'avvertenza della particolare cautela (nei termini sopra precisati) nella lettura di alcuni passaggi argomentativi della pronuncia appare nondimeno opportuna, anche in considerazione delle diverse conseguenze sanzionatorie che si ricollegano alla valutazione di volta in volta effettuata sulla fattispecie concreta.

### Bibliografia essenziale

- BALLERINI, *La donazione cum praemioriar non è un patto successorio*, in *Dir. succ. fam.*, 2017, 1, 219 ss.
- BARBA, *Divieto di patti successorii e contratto post mortem*, in *I contratti di assicurazione come strumento di pianificazione del passaggio generazionale e di gestione del patrimonio familiare* a cura di Barba, Edizioni Scientifiche Italiane, 2020
- BARBERO, voce *Condizione (diritto civile)*, in *Noviss. dig. it.*, II, Utet, 1959, 1099 ss.
- BIANCA, *Diritto civile. Successioni e donazioni*, 2, Giuffrè, 2015
- BIONDI, *Le donazioni*, in *Trattato di diritto civile italiano* diretto da Vassalli, Utet, 1961
- CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, Giuffrè, 2023
- CARAMAZZA, *Delle successioni testamentarie. Art. 587-712 c.c.*, in *Commentario teorico-pratico al cod. civ.* diretto da De Martino, PEM, 1982
- CARRABBA, *Le donazioni "mortis causa"*, in *Riv. not.*, 2006, 6, 1449 ss.
- CECERE, voce *Patto successorio*, in *Dig. disc. priv. - Sez. civ.*, II, Utet, 2003, 1005 ss.
- COSTANZA, *Della condizione nel contratto*, in *Commentario del codice civile* a cura di Scialoja, Branca e Galgano, Zanichelli, 2019
- DE GIORGI, *I patti sulle successioni future*, Jovene, 1976
- FERRI, *Successioni in generale*, *Commentario del codice civile* a cura di Scialoja e Branca, Zanichelli, 1980
- GENGHINI, *Singoli contratti. Vendita, Permuta, Divisione, Donazione, Patto di famiglia*, Cedam, 2020
- GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico del testamento. Contributo ad una teoria dell'atto di ultima volontà*, Edizioni Scientifiche Italiane, 1954
- GIAMPICCOLO, voce *Atto «mortis causa»*, in *Enc. dir.*, IV, Giuffrè, 1959, 232 ss.
- GROSSO e BURDESE, *Le successioni. Parte generale*, in *Trattato di diritto civile italiano* diretto da Vassalli, Utet, 1977
- MAGLIULO, *Il divieto del patto successorio istitutivo nella pratica negoziale*, in *Riv. not.*, 1992, 6, 1411 ss.
- NAZZARO, *La condizione tra uso atipico e abuso, La condizione nel contratto tra "atto" e "attività"* a cura di Alcaro, Cedam, 2008, 343 ss.
- PERLINGIERI, *I negozi sui beni futuri. La compravendita di cosa futura*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2010
- SANTORO PASSARELLI, *Validità della donazione di usufrutto cum praemioriar*, in *Foro it.*, 1950, I, 385 ss.
- TATARANO e ROMANO, *Condizione, e modus*, in *Trattato di diritto civile del Consiglio Nazionale del Notariato* diretto da Perlingieri, Edizioni Scientifiche Italiane, 2009.
- TORRENTE, *La donazione*, nel *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da Cicu e Messineo, Giuffrè, 1956.
- TORRENTE, *La donazione*, nel *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da Cicu e Messineo, 2<sup>a</sup> ed., Giuffrè, 2006.

# La validità delle donazioni con condizione sospensiva *si praemoriar*\*

di ALESSANDRO MECENATE  
Dottorando di ricerca  
Sapienza Università di Roma

(CORTE DI CASSAZIONE, sezione seconda civile sent. 13 dicembre 2023, n. 34858, Pres. Carrato – Est. Fortunato)

## ABSTRACT

Con la pronuncia in esame, la Corte afferma la validità delle donazioni con condizione *si praemoriar*, che non si configurano come una donazione *mortis causa* e non contravvengono al divieto dei patti successori. Secondo l'interpretazione della Corte, infatti, questo tipo di donazione manca delle caratteristiche tipiche dei patti successori, quali l'assenza di qualsiasi effetto, anche prodromico, prima dell'apertura della successione e la funzione di costituire, modificare, trasmettere o estinguere diritti relativi ad una successione non ancora aperta.

*With the ruling under consideration, the Court affirms the validity of donations conditioned on the donor's predecease, which do not qualify as a mortis causa donation and do not violate the prohibition of succession agreements. According to the Court's interpretation, this type of donation lacks the typical characteristics of succession agreements, such as the absence of any effect, even preliminary, before the opening of the succession, and the function to establish, modify, transfer, or extinguish rights related to a succession not yet opened.*

**SOMMARIO:** 1. Il caso concreto e l'impostazione del problema; 2. La pronuncia della Corte; 3. Conclusioni.

## 1. Il caso concreto e l'impostazione del problema

Il caso oggetto della pronuncia in esame riguarda una donazione di quote sociali sottoposta a condizione sospensiva *si praemoriar* del donante, il quale, al momento di tale liberalità, era affetto da una grave malattia in stato terminale. Dopo la morte del donante, la donazione è stata contestata, prima davanti al Tribunale di Pordenone e poi alla Corte d'Appello di Trieste, sulla base della violazione del divieto dei patti successori (art. 458 c.c.), in quanto le gravi ed irreversibili condizioni di salute del donante avrebbero qualificato la donazione come *mortis causa*, e non semplicemente con efficacia condizionata

\* Il presente contributo è stato sottoposto a valutazione in forma anonima ed è stato pubblicato in anteprima su rivistapactum.it il 25.03.2024.

sospensivamente.

Questa argomentazione è stata respinta da entrambi i giudici di merito. Pertanto, è stato fatto ricorso alla Corte di Cassazione, lamentando la violazione da parte dei giudici degli artt. 458 e 1353 c.c. Infatti, secondo il ricorrente, poiché il donante aveva disposto “*nella piena consapevolezza che gli rimanevano pochi mesi di vita e che la sua premorienza era ormai certa*”, lo scopo della donazione sarebbe stato quello “*di eludere il divieto di patti successori e di regolare la futura successione*”.

Con la sentenza in commento, quindi, la Suprema Corte è tornata ad affrontare la materia dei patti successori e precisamente delle donazioni a causa di morte (ovvero le donazioni in cui «*come nelle disposizioni testamentarie, la morte rappresenta la causa dell’attribuzione patrimoniale*») [TORRENTE, *La donazione, nel Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da Cicu e Messineo, XXIII, Giuffrè, 1956, 312] e delle donazioni con condizione *si premoriar*.

La nozione di *donatio mortis causa* ci viene dal diritto romano arcaico [CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, Giuffrè, 2015, 53; TORRENTE, op. cit., 311; BIONDI, *Successione testamentaria e donazioni*, Giuffrè, 1955, 707], ed essa si distingue dalla donazione a noi conosciuta in quanto era non solo subordinata alla premorienza del donante al donatario [CAPOZZI, op. cit., *ibidem*; TORRENTE, op. cit., *ibidem*], ma era anche revocabile dal donante fino al supremo istante di vita. Tale istituto era spesso utilizzato col fine di regolare la successione del donante in considerazione di eventi che potessero determinarne la morte (partenza per la battaglia o per un viaggio rischioso, malattie ecc.).

Di certo tale figura non potrebbe ammettersi nel nostro ordinamento, in quanto costituirebbe un patto successorio istitutivo e gratuito [CAPOZZI, op. cit., *ibidem*]. In sostanza, la donazione produrrebbe gli stessi effetti del testamento, ma nella forma del contratto, e priverebbe il donante della facoltà di revocare l’atto *mortis causa*, violando il principio della libertà testamentaria [C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 2.2, *Le successioni a cura di M. Bianca e Sirena*, 6<sup>a</sup> ed., Giuffrè, 2022, 40; CAPOZZI, op. cit., *ibidem*], che si fonda anche sul *ius poenitendi usque ad vitae supremum exitum*. Invece, se le parti realizzassero una *donatio mortis causa* caratterizzata dalla revocabilità dell’attribuzione, riproducendo lo schema romanistico, darebbero vita ad una figura incompatibile con l’istituto della donazione, che è per natura irrevocabile, come deduce dal carattere eccezionale delle cause di revocazione previste dagli artt. 800 ss. c.c. [CAPOZZI, op. cit., *ibidem*; CARNEVALI, *Le donazioni*, in *Trattato di diritto privato* diretto da Rescigno, VI, 2<sup>a</sup> ed., Utet, 1997, 552; MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, III, I, Giuffrè, 1972, 6; *contra* TORRENTE, op. cit., 308 s.]. In tale caso si può individuare anche un’ulteriore causa di nullità, poiché si sottoporrebbe la donazione a una condizione meramente potestativa a favore del disponente, che renderebbe il negozio nullo (art. 1355 c.c.) [C.M. BIANCA, *Diritto civile*, cit., 40, nt. 35].

Resta il dubbio sulla configurabilità di patti successori nel caso di donazione con termine iniziale dalla morte del donante (*cum moriar*), sottoposta alla condizione della morte (*si moriar*) o della premorienza (*si premoriar*) del donante [CAPOZZI, op. cit., *ibidem*; CUPINI, *A proposito di patti successori e donazioni con clausola si praemoriar*, in *Notariato*, 2005, 6, 639; CARRABBA, *Le donazioni mortis causa*, in *Riv. not.*, 2006, 6, 1449 ss.].

Innanzitutto, occorre individuare i criteri di distinzione tra i negozi a causa di morte e i negozi connessi alla morte.

È tradizionalmente definito *mortis causa* l'atto che regola rapporti e situazioni che vengono a formarsi in via originaria con la morte del soggetto, o che dalla sua morte traggono comunque una loro autonoma classificazione [GIAMPICCOLO, voce *Atto mortis causa*, in *Enc. dir.*, IV, Giuffrè, 1959, 232] e «l'atto di autonomia che ha la funzione di regolare la successione dei diritti di una persona per quando questa avrà cessato di vivere» [C.M. BIANCA, *Diritto civile*, cit., 38]. La morte, in questo senso, non attiene soltanto alla determinazione del momento di efficacia dell'atto, ma è la *causa* dell'atto.

Dunque, l'attribuzione *mortis causa*, in quanto tale, deve avere ad oggetto un *quod superest*, e, per restare tale, deve essere soggetta alla condizione della sopravvivenza del beneficiario. Laddove una delle due caratteristiche manchi, l'attribuzione non può qualificarsi come a causa di morte [GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico del testamento - Contributo ad una teoria dell'atto di ultima volontà*, Edizioni Scientifiche Italiane, 1954, 42].

I negozi connessi alla morte, invece, hanno una causa propria ma presentano effetti dipendenti dalla morte di una persona [C.M. BIANCA, *Diritto civile*, cit., 39]. In sostanza, nelle attribuzioni *post mortem* la situazione giuridica preesiste al verificarsi della morte, che attiene al solo momento di produzione degli effetti; la sola esecuzione è subordinata al fatto della morte. Di conseguenza, l'atto *post mortem* non è a causa di morte, non essendo destinato a regolare la successione [GIAMPICCOLO, op. cit.; BARBA, *Contenuto del testamento ed atti di ultima volontà*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2018].

Secondo l'opinione tradizionale, quindi, gli atti *mortis causa* e quelli *inter vivos post mortem* si differenziano sulla base di un criterio temporale, in quanto gli atti *mortis causa* producono effetti solo dopo la morte, e non hanno nessun effetto neanche prodromico o provvisorio prima della morte. Secondo una autorevole opinione, invece, la distinzione deve individuarsi nella funzione del negozio, che deve considerarsi *mortis causa* qualora serva per regolare la successione del suo autore, e quindi per disporre dei suoi beni per quando avrà cessato di vivere, indipendentemente dal fatto che gli effetti del negozio si producano prima o dopo la sua morte [C.M. BIANCA, *Diritto civile*, cit., *ibidem*].

La Corte di Cassazione ha più volte affermato [Cass., 6 marzo 1950, n. 576, in *Italggiure*; Cass., 24 aprile 1987, n. 4053 in *Italggiure*], seguendo la dottrina che sembra minoritaria [CARIOTA FERRARA, *Le successioni per causa di morte, Parte generale*, Morano, 1977, 399; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, cit., 41], l'invalidità della donazione con termine iniziale dalla morte del donante o sottoposta alla condizione sospensiva della morte del donante per contrasto con il divieto dei patti successori.

Secondo tale opinione, in tali negozi si ritroverebbero i caratteri tipici dei patti successori istitutivi, ovvero la disposizione dei propri beni per il tempo in cui si avrà cessato di vivere e l'irrevocabilità dell'attribuzione. Inoltre, non rileverebbe in senso contrario nemmeno l'effetto retroattivo della condizione di premorienza, perché siffatta retroattività metterebbe in evidenza l'inammissibilità di un acquisto ereditario che risalga ad epoca anteriore alla morte.

Le donazioni sospensivamente condizionate alla morte del donante, secondo questa teoria, non comportano l'immediato effetto traslativo del diritto a favore del donatario, ma gli assicurano il bene per quando il donante sarà venuto a mancare [C.M. BIANCA, *Diritto civile*, cit., 40]. Esse esprimono quindi la funzione tipica del testamento, e cioè la liberalità successoria, quale esigenza della persona di scegliere i beneficiari della propria successione, e realizzare la tipica causa di morte, ovvero l'attribuzione di un diritto a favore del beneficiario per quando il titolare avrà cessato di vivere [C.M. BIANCA, *Diritto civile*, cit., *ibidem*]. In tal senso, si può osservare che “*le disposizioni testamentarie non impoveriscono mai il testatore*” [TORRENTE, op. cit., 306], e quindi mancherebbe lo spirito di liberalità che caratterizza la donazione, atto con il quale il donante si priva di un bene a favore del donatario [C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 2, *La famiglia. Le successioni*, 2<sup>a</sup> ed., Giuffrè, 1985, 417].

Sembra tuttavia prevalere la teoria tradizionale [TORRENTE, op. cit., 312 ss.; MESSINEO, op. cit., 458; DE GIORGI, *I patti sulle successioni future*, Jovene, 1976, 116 s.; CAPOZZI, op. cit., 54. Per la giurisprudenza vedi Cass., 9 luglio 1976, n. 2619, in *Italggiure*], secondo cui la morte non sarebbe necessariamente la *causa* della donazione, e che quindi ammette la validità delle donazioni *cum moriar* e *si premoriar*. Queste figure non costituirebbero donazioni *mortis causa*, ma delle donazioni in senso proprio, a termine o a condizione [TORRENTE, op. cit., 314], nelle quali l'evento condizionante consiste nella morte del donante, evento che nessuna norma giuridica considera illecito, e quindi realizzerebbero uno spoglio attuale, carattere che escluderebbe la figura del patto successorio [CAPOZZI, op. cit., *ibidem*].

La differenza dai patti successorii [CAPOZZI, op. cit., 54; F. SANTORO-PASSARELLI, *Validità della donazione di usufrutto cum praemoriar*, in *Foro it.*, 1950, 1, 885] può individuarsi negli effetti, in quanto il patto successorio, ove fosse valido, attribuirebbe al futuro erede, prima della morte dell'ereditando, solo un'aspettativa di fatto; nelle figure di donazioni che si esaminano, invece, il donatario acquista immediatamente l'aspettativa legalmente tutelata, una posizione di diritto che gli consente di compiere atti conservativi (art. 1356, comma 1, c.c.) e persino di disporre, sia pure con atto sottoposto alla medesima condizione, del diritto oggetto della donazione (art. 1357 c.c.), come chiunque abbia acquistato a termine iniziale o sotto condizione sospensiva.

Si è individuato un esempio delle figure esaminate nella donazione di usufrutto [CAPOZZI, op. cit., 55; F. SANTORO-PASSARELLI, op. cit., *ibidem*; TORRENTE, op. cit., 315] *cum moriar*, che ha per oggetto un usufrutto a decorrere dalla morte del donante. Qui, l'evento della morte si configura come termine iniziale e anche come condizione sospensiva, perché l'atto presuppone la necessaria premorienza del donante rispetto al donatario. L'usufrutto, infatti, si estingue con la morte dell'usufruttuario (art. 979 c.c.); è quindi evidente che l'usufrutto non possa nascere qualora allo scadere del termine fissato per la sua venuta ad esistenza il soggetto che ne dovrebbe essere titolare sia già morto.

Per stabilire se le parti abbiano inteso attuare una donazione valida, occorre analizzare il caso concreto, alla ricerca della volontà delle parti, applicando il principio di interpretazione conservativa previsto dall'art. 1367 c.c. Pertanto, nel dubbio, il negozio deve interpretarsi nel senso in cui possa avere qualche effetto, anziché in quello secondo cui non ne avrebbe alcuno; deve, quindi, interpretarsi come una donazione sottoposta a

condizione o termine [CAPOZZI, op. cit., *ibidem*; F. SANTORO-PASSARELLI op. cit., *ibidem*; CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, rist., Edizioni Scientifiche Italiane, 2011, 321; TORRENTE, op. cit., *ibidem*].

## 2. La pronuncia della Corte

Confermando quanto affermato dai precedenti giudici di merito la Corte ha stabilito che la liberalità non è contraria al disposto di cui all'art. 458 c.c. in quanto «*la premorienza del donante è, per sua natura, evenienza incerta anche ove il donante versi in condizioni di malattia irreversibili (non potendo escludersi, in linea di principio, che premuoia il donatario per cause accidentali, improvvise, impreviste e indipendenti dal suo stato di salute sicché la donazione non diviene efficace), né è – in tal caso - prevedibile la durata della vita residua, conservando utilità pratica la connotazione di irrevocabilità della disposizione*».

Inoltre, la Corte di Cassazione ha affermato che, ai fini della configurazione di un patto successorio vietato, occorre accertare: 1) se il vincolo giuridico abbia avuto la specifica finalità di costituire, modificare, trasmettere o estinguere diritti relativi ad una successione non ancora aperta; 2) se la cosa o i diritti formanti oggetto della convenzione siano stati considerati dai contraenti come entità della futura successione e se siano, comunque, ricompresi nella successione stessa; 3) se il promittente abbia inteso provvedere in tutto o in parte della propria successione, privandosi, così dello *jus poenitendi*; 4) se l'acquirente abbia contrattato o stipulato come avente diritto alla successione stessa; 5) se il programmato trasferimento, dal promittente al promissario, avrebbe dovuto aver luogo *mortis causa*, ossia a titolo di eredità o di legato [in tal senso vedi anche Cass., ord. 24 maggio 2021, n. 14110 e Cass., 22 luglio 1971, n. 2404, in *Giust. civ.*, 1971, 1, 1536].

La Suprema Corte ha ribadito il proprio orientamento [Cass., 12 luglio 2019, n. 18831; Cass., 1° settembre 2020, n. 18189 e Cass., 15 settembre 2020, n. 19188, in *Italgiure*] secondo cui il divieto dell'art. 458 c.c. mira a salvaguardare il principio di ordine pubblico della tipicità degli atti *mortis causa*, in base al quale la successione *mortis causa* può essere disciplinata solo dalla legge e dal testamento, e a tutelare la libertà testamentaria fino alla morte del disponente. Pertanto, questo articolo si applica agli atti *mortis causa* (diversi dal testamento) «*a regolare i rapporti che scaturiscono dalla morte del soggetto, senza produrre alcun effetto, neppure prodromico o preliminare fino a quando il soggetto è in vita*», mentre non si applica a «*negozi in cui l'evento morte non è causa dell'attribuzione, ma viene ad incidere esclusivamente sull'efficacia dell'atto*», che hanno come scopo non regolare una futura successione ma una situazione preesistente alla morte del disponente mediante, e che producono effetti da subito, attribuendo al beneficiario posizioni giuridiche disponibili (*ex art. 1357 c.c.*) e tutelate (*ex art. 1356 c.c.*). Quindi, sono esclusi dall'ambito applicativo della norma i negozi in cui l'evento morte non sia causa dell'attribuzione, ma venga ad incidere esclusivamente sull'efficacia

dell'atto, il cui scopo non sia di regolare la futura successione, come nel caso presentato alla Corte.

Infatti, sostiene la Corte, nel caso concreto l'attribuzione è attuale nella sua consistenza patrimoniale e non è limitata ai beni rimasti nel patrimonio del disponente al momento della morte (il *quod superest*), e solo la sua efficacia è differita alla morte, mentre vi è l'immediata costituzione del vincolo giuridico tra le parti

### 3. Conclusioni

La sentenza in commento conferma ancora una volta in giurisprudenza l'orientamento della dottrina secondo cui una donazione condizionata sospensivamente alla morte del donante, o alla sua premorienza rispetto al donatario, non sarebbe contraria al divieto dei patti successori. Sebbene il ragionamento della Corte sia lucido e abbia radici solide nella dottrina, sembrano comunque fondati gli argomenti dell'orientamento contrario. Del resto, anche se è vero che il negozio ha effetti prodromici rispetto alla morte del donante, in quanto al donatario viene attribuita una posizione giuridica, cioè l'aspettativa, rimane il fatto che, dal punto di vista pratico, l'effetto principale del negozio, il trasferimento del diritto donato, avviene solo dopo la morte del donante. Rimane quindi attuale l'osservazione secondo cui ad impoverirsi non sarà il donante, ma i suoi eredi, e che questo schema può essere utilizzato per disporre, tramite contratto e in maniera irrevocabile, della propria successione. Sembra allora pregevole il *caveat* della Corte, secondo cui per accertare nei singoli casi se le parti abbiano posto una donazione *inter vivos*, coi requisiti richiesti per la sua validità, ovvero un'attribuzione patrimoniale gratuita, di altra natura, eventualmente non consentita dalla legge, è necessario procedere alla ricerca della volontà negoziale delle parti in applicazione delle regole ermeneutiche stabilite dalla legge per la interpretazione dei contratti e, in particolare, del criterio dell'interpretazione complessiva.

### Bibliografia essenziale

- BARBA, *Contenuto del testamento ed atti di ultima volontà*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2018
- BIANCA C.M., *Diritto civile*, 2, *La famiglia. Le successioni*, 2<sup>a</sup> ed., Giuffrè, 1985
- BIANCA C.M., *Diritto civile*, 2.2, *Le successioni* a cura di M. Bianca e Sirena, 6<sup>a</sup> ed., Giuffrè, 2022
- BIONDI, *Successione testamentaria e donazioni*, Giuffrè, 1955
- CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, Giuffrè, 2015
- CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, rist., Edizioni Scientifiche Italiane, 2011
- CARIOTA FERRARA, *Le successioni per causa di morte, Parte generale*, Morano, 1977
- CARNEVALI, *Le donazioni*, in *Trattato di diritto privato* diretto da Rescigno, Utet, 1997
- CARRABBA, *Le donazioni mortis causa*, in *Riv. not.*, 2006, 6, 1449 ss.
- CUPINI, *A proposito di patti successori e donazioni con clausola si praemoriar*, in *Notariato*, 2005, 6, 639 ss.

- DE GIORGI, *I patti sulle successioni future*, Jovene, 1976
- GIAMPICCOLO, voce *Atto mortis causa*, in *Enc. dir.*, IV, Giuffrè, 1959
- GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico del testamento - Contributo ad una teoria dell'atto di ultima volontà*, Edizioni Scientifiche Italiane, 1954
- MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, Giuffrè, 1972
- SANTORO-PASSARELLI, *Saggi di diritto civile*, II, Jovene, 1961
- SANTORO-PASSARELLI, *Validità della donazione di usufrutto cum praemoriar*, in *Foro it.*, 1950, 1, 350 ss.
- TORRENTE, *La donazione*, nel *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da Cicu e Messineo, XXIII, Giuffrè, 1956

# Donante morituro e condizione sospensiva di premorienza: atto *mortis causa* o donazione con effetti *post mortem*?\*

di UGO SEBASTIANELLI

Dottorando di ricerca  
Università degli Studi di Pisa

(CORTE DI CASSAZIONE, sezione seconda civile sent. 13 dicembre 2023, n. 34858, Pres. Carrato – Est. Fortunato)

## ABSTRACT

Con la sentenza in commento, la Corte di cassazione si è pronunciata sulla liceità di una donazione con condizione sospensiva di premorienza del donante, laddove il decesso di quest'ultimo sia altamente probabile. Segnatamente, la Corte differenzia tale donazione dalla donazione *mortis causa*, considerando il ruolo svolto dell'evento morte, l'esistenza di un vincolo giuridico produttivo di effetti prodromici e l'irrevocabilità dell'attribuzione patrimoniale. Inoltre, la Corte ritiene che l'elevata probabilità di premorienza del donante non sia idonea a escludere che il donatario possa decedere prima che la stessa si verifichi, facendo tornare il bene nella titolarità del donante.

*The commented decision of the Italian Supreme Court offers the opportunity to analyze the permissibility of a donation under the condition of the donor's predecease, where the donor's death is highly probable. In particular, the Court differentiates this donation from a mortis causa donation, considering the role played by the event of death, the existence of a legal bond productive of prodromal effects, and the irrevocability of the asset allocation. In addition, the Court finds that the high probability of the donor's predecease is not suitable to exclude the possibility that the donee may die before it occurs, causing the property to revert to the donor's ownership.*

**SOMMARIO:** 1. Il caso; 2. Il divieto di patti successori; 3. La liceità della donazione con condizione *si praemoriar* e l'illiceità della donazione *mortis causa*; 4. Gli elementi distintivi della donazione con condizione *si praemoriar* rispetto alla donazione *mortis causa*; 5. L'elevata probabilità di premorienza del donante; 6. Brevi note conclusive.

## 1. Il caso

Un uomo, gravemente malato, aveva effettuato una donazione a favore della sorella avente ad oggetto alcune quote aziendali, sotto condizione sospensiva della propria premorienza. Intervenuto il decesso, la donazione veniva impugnata innanzi al Tribunale di Pordenone, a cui veniva chiesto di dichiarare la nullità dell'atto per contrarietà al divieto di patti successori. Tale istanza veniva rigettata: non essendo stata dimostrata l'intenzione delle parti di provvedere, tramite la donazione, alla futura successione del donante,

\* Il presente contributo è stato sottoposto a valutazione in forma anonima ed è stato pubblicato in anteprima su rivistapactum.it l'11.05.2024.

il giudice di prime cure affermava che il donante si fosse limitato a disporre dei propri (beni, subordinando semplicemente l'efficacia dell'atto dispositivo alla propria morte [Trib. Pordenone, 6 aprile 2016, in *Dir. succ. fam.*, 2017, 1, 213 ss.].

La decisione veniva confermata dalla Corte d'appello di Trieste con sent. 201/2017, che rimarcava come l'atto dovesse essere qualificato come donazione sottoposta a condizione sospensiva *si praemoriar*, e non come donazione *mortis causa*. Si evidenziava, infatti, che l'evento morte aveva inciso solo sull'efficacia della donazione, senza impedire la produzione di effetti limitati o prodromici. L'uscita del bene dal patrimonio del donante, del resto, era avvenuta solo a seguito della morte di quest'ultimo, che non si era neppure riservato la possibilità di modificare l'assetto patrimoniale delineato tramite il negozio. La Corte territoriale evidenziava, poi, che la natura di atto *inter vivos* trovasse conferma nel fatto che il bene «non veniva a definirsi come commisurato al tempo della morte del donante».

Contro tale decisione, veniva presentato ricorso per Cassazione, affidato a un unico motivo, nel quale il ricorrente evidenziava come il donante avesse disposto delle quote aziendali in favore della sorella ben consapevole che la propria malattia fosse in uno stato molto avanzato. Di conseguenza, si riteneva che lo scopo realmente perseguito dalle parti tramite l'apposizione della condizione sospensiva di premorienza fosse quello di eludere il divieto di patti successori, e di regolare la futura successione.

## 2. Il divieto di patti successori

L'unico motivo di ricorso impone, in primo luogo, di concentrare l'attenzione sull'art. 458 c.c., che sanziona con la nullità i c.d. patti successori, ossia quegli accordi tra due o più parti aventi ad oggetto un'istituzione di erede rivestita della forma contrattuale, oppure la costituzione, trasmissione o estinzione di diritti relativi ad una successione non ancora aperta, da cui sorga un vero e proprio *vinculum iuris* [COCUCCIO, *Divieto dei patti successori e patto di famiglia*, Giuffrè, 2016, 13; Cass., 21 novembre 2017, n. 27624, in *De Jure*].

La disposizione opera una distinzione tra patti successori istitutivi, dispositivi e rinunciativi: nel primo caso, le parti coinvolte tendono a realizzare contrattualmente gli effetti che deriverebbero da un'attribuzione *mortis causa*; nel secondo, un soggetto dispone di diritti che gli deriveranno da una successione non ancora aperta; nel terzo, un soggetto rinuncia a questi ultimi diritti. Per ciascuna di queste categorie, il divieto ha un diverso fondamento.

Quanto ai patti successori istitutivi, trattasi di veri e propri atti *mortis causa*, la cui nullità si giustifica, in primo luogo, nella necessità di tutelare la libertà del testatore, che si troverebbe nella posizione di non poter revocare o modificare il patto senza il consenso dell'altro contraente; in secondo luogo, nella inammissibilità di una causa di delazione diversa dalla successione testamentaria o legittima (art. 457 c.c.) [in dottrina CUPINI, *A proposito di patti successori e donazioni con clausola "si praemoriar"*, in *Notariato*, 2005, 6, 639 ss.; in giurisprudenza Trib. Catania, 25 marzo 1993, in *Foro it.*, 1995, I, 696; Cass., 19 novembre 2009, n. 24450, in *Giur. it.*, 2010, 7, 1553 ss., con nota di RISPOLI,

*Riflessioni in tema di patti successori* e in *Dir. fam.*, 2010, 10, 1158 ss., con nota di MUSTO, *Il profilo identitario degli strumenti alternativi al testamento: l'unità assiologica nella variabilità strutturale degli atti inter vivos con funzione successoria vietata*]. Diversamente, i patti successori dispositivi e rinunciativi costituiscono atti *inter vivos*, ma sono ugualmente vietati per esigenze legate alla protezione di soggetti inesperti e prodighi, che sarebbero portati a dilapidare anticipatamente i beni che formeranno oggetto della loro successione [CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, 4<sup>a</sup> ed. a cura di Ferrentino e Ferrucci, Giuffrè, 2015, I, 40 ss.].

Il divieto di patti successori, in ogni caso, segna il confine dell'autonomia negoziale in ambito successorio, a tal punto non solo da comportare la nullità dei negozi *mortis causa* diversi dal testamento, ma da impedire anche la conversione di un patto successorio nullo in un testamento valido [Cass., 19 novembre 2009, n. 24450, cit., secondo cui, ammettendo la conversione, il divieto di patti successori acquisirebbe una portata meramente formale].

Configurano un patto successorio nullo i c.d. atti *mortis causa*, in cui l'evento morte rileva su un duplice piano: da una parte, l'oggetto della disposizione è determinato nella sua entità, esistenza e modo di essere al momento della morte del disponente (c.d. *id quod superest*); dall'altra, la persona beneficiaria è considerata come esistente in tale momento.

A contrario, non rientrano nel divieto di patti successori alcune tipologie di negozi, i c.d. negozi *post mortem*, ossia quegli atti *inter vivos* nei quali l'evento morte funge da condizione o termine di efficacia, in quanto l'attribuzione patrimoniale è attuale ed il bene è sottratto, sin dal compimento dell'atto, al potere di disposizione dell'attribuente [Per la distinzione si rinvia a GIAMPICCOLO, voce *Atto «mortis causa»*, in *Enc. dir.*, IV, Giuffrè, 1959, 232 ss., che efficacemente descrive gli atti *mortis causa* come «quegli atti aventi la funzione di regolare i rapporti patrimoniali e non patrimoniali del soggetto per il tempo e in dipendenza della sua morte, e che nessun effetto, nemmeno prodromico o preliminare, è perciò destinato a produrre, e produce, prima di tale evento»; cfr. BERTINO, *I patti successori nella giurisprudenza*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2003, 2, 191 ss. e MUSTO, op. cit.].

Questa differenza è ben individuata anche dalla giurisprudenza, che ha delineato diversi criteri utili a fini distintivi. In particolare, per accertare se un determinato atto integra un patto successorio, occorre verificare: se il vincolo giuridico sia stato specificamente finalizzato alla costituzione, modifica, trasmissione o estinzione di diritti di una successione non ancora aperta; se i beni o i diritti oggetto della convenzione siano stati considerati dai soggetti coinvolti come parte della futura successione, o se facciano parte della stessa; se il promittente si sia spogliato completamente dello *jus poenitendi*; se l'acquirente abbia contrattato o stipulato in qualità di avente diritto alla successione; se il trasferimento dei beni o dei diritti sarebbe dovuto avvenire a titolo di eredità o legato [Cass., 24 maggio 2021, n. 14100, in *De Jure*; Cass., 22 luglio 1971, n. 2404, in *Foro it.*, 1972, I, 699; Cass., 16 febbraio 1995, n. 1683, in *Notariato*, 1995, 6, 552 ss., con nota di CACCAVALE, *Patti successori: il sottile confine tra nullità e validità negoziale – il commento*; Cass., 9 maggio 2000, n. 5870, in *Foro it.*, Rep. 2001, voce *Successione ereditaria*, n. 54; Cass., 9 luglio 1976, n. 2619, in *One Legale*].

### 3. La liceità della donazione con condizione *si praemioriar* e l'illiceità della donazione *mortis causa*

La distinzione tra atti *mortis causa* e negozi *post mortem* viene in rilievo nel caso in commento, poiché la Suprema Corte è chiamata a valutare se il negozio compiuto debba essere qualificato come donazione con condizione sospensiva di premorienza ovvero come donazione *mortis causa*.

Nel primo caso, la morte del donante serve a identificare il momento di produzione degli effetti finali dell'atto [IEVA, *sub art.* 468, in *Commentario del codice civile* diretto da Gabrielli, *Delle successioni* a cura di Cuffaro e Delfini, Utet, 2009, 30 ss.]. Si tratta, cioè, di un evento che condiziona l'acquisto di un diritto già trasferito nel momento stesso in cui la donazione viene perfezionata: l'attribuzione patrimoniale ha una limitata efficacia preliminare immediata (il che è un tratto tipico delle situazioni di pendenza). Il donante si spoglia del proprio bene o diritto già al momento della donazione, senza possibilità di *jus poenitendi*, e, una volta verificatasi la condizione, gli effetti della donazione retroagiscono al momento della sua stipula: ricorre, dunque, l'irrevocabilità tipica di tale contratto, e i suoi effetti si considerano prodotti già mentre il donante è in vita [CASULLI, voce *Donazione mortis causa (diritto civile)*, in *Enc. dir.*, XIII, Giuffrè, 1964, 1002 ss.].

La stipula del negozio, poi, produce un'aspettativa di diritto in capo al donatario, che consiste nel diritto all'acquisto (differito nel tempo) del *donatum*. Il donante, d'altra parte, è tenuto a cooperare per l'attuazione del programma negoziale, dovendo astenersi dal tenere comportamenti materiali o giuridici ostativi [CAPOZZI, *op. cit.*, 54; DE GIORGI, *I patti sulle successioni future*, Jovene, 1976, 118, afferma che «Il donatario acquista al momento dell'atto un'aspettativa tutelata dalla legge, ciò che gli consente di compiere atti conservativi (art. 1356 comma 1 c.c.) e di disporre del diritto, sia pure con un atto che rimane subordinato alla stessa condizione (la premorienza del donante) da cui dipende il suo acquisto (art. 1357 c.c.). L'immediata operatività dell'attribuzione, come si è più volte ribadito, impedisce di configurare la liberalità come atto *mortis causa*»; BALLERINI, *La donazione cum praemioriar non è un patto successorio*, in *Dir. succ. fam.*, 2017, 1, 219 ss., nota a Trib. Pordenone, 6 aprile 2016, *cit.*].

Nella donazione *si praemioriar*, in definitiva, l'evento morte non è causa dell'attribuzione liberale, ma rileva soltanto ai fini dell'efficacia del negozio [CARRABBA, *Le donazioni "mortis causa"*, in *Notariato*, 2006, 6, 1449 ss.]. Inoltre, il bene donato viene preso in considerazione nella sua consistenza e oggettività al momento del perfezionamento del negozio, e non come entità che residua nel patrimonio del disponente al momento della sua morte [in dottrina, REALMONTE, *Autonomia privata e successioni a causa di morte*, in, *Confini attuali dell'autonomia privata* a cura di Belvedere e Granelli, Cedam, 2001, 59 ss.; CUPINI, *op. cit.*, la quale commenta il caso di un sacerdote che aveva conferito alla Congregazione di appartenenza l'amministrazione di una serie di beni di sua proprietà per un periodo di dodici mesi, con proposta di donazione in favore della Congregazione al termine di tale periodo. Le parti avevano altresì previsto che, in caso di decesso del sacerdote durante la gestione, i beni amministrati sarebbero passati alla Congregazione. Durante l'amministrazione, il sacerdote veniva effettivamente a mancare. L'autrice evidenzia che il trasferimento immediato dei beni alla Congregazione era stato

previsto dalle parti alla sola condizione che il sacerdote fosse morto prima che la donazione si fosse perfezionata; dunque, sembrava essere integrata una donazione *si praemoriar*. Del resto, le parti non sembravano avere avuto l'intento di provvedere alla successione del sacerdote, né di far sorgere un *vinculum iuris* irrevocabile diretto a disciplinare la futura successione. In giurisprudenza, Cass., 2 settembre 2020, n. 18198, in *De Jure*; Cass., sez. un., 12 luglio 2019, n. 18831, in *De Jure*].

Peraltro, l'eventuale rinuncia del donante alla condizione sospensiva, che permetterebbe di rendere attuale e definitiva l'attribuzione prima del decesso, non è un sintomo di programmazione successoria, ma è una conferma dell'esistenza di un intento puramente liberale. A questi elementi, si somma una concreta utilità pratica di tale negozio per il donante che, da una parte, si riserva il godimento dei beni donati mentre è ancora in vita, e, dall'altra, individua il donatario quale unico soggetto beneficiario della liberalità. Il donatario, al contrario, subisce il peso della condizione sospensiva, che rende il vantaggio patrimoniale incerto e non immediato [BALLERINI, op. cit., 232].

Ciò considerato, la donazione con clausola sospensiva di premorienza è ritenuta da tempo lecita dalla giurisprudenza e della dottrina maggioritarie [Cass., 6 marzo 1950, n. 576, in *Foro it.*, 1950, I, 385 ss., con nota di SANTORO-PASSARELLI, *Validità della donazione d'usufrutto «cum praemoriar»*, il quale rileva come «Non v'è ragione di escludere che la donazione possa essere sottoposta alla condizione sospensiva della premorienza del donante, come da taluni si è ritenuto specie in passato, perché la condizione della premorienza del donante non toglie alla donazione i caratteri indefettibili dell'irrevocabilità e dell'attualità». E ancora, «La donazione *si praemoriar* è irrevocabile non meno che qualsiasi altra donazione sotto condizione sospensiva, e anzi non meno che qualsiasi altra donazione. Dopo la donazione la volontà del disponente non può più né direttamente, come nella *donatio mortis causa*, né indirettamente, come nel patto successorio, influire sulla sorte dell'attribuzione. A differenza dall'una e dall'altro, questa dipende soltanto dal verificarsi della condizione, la premorienza del donante»; Cass., 21 gennaio 1959, n. 140, in *Foro it.*, 1959, I, 580 ss., con nota di TORRENTE, *Variazioni sul tema della donazione mortis causa*. L'autore afferma che la donazione sottoposta a condizione sospensiva *si praemoriar* è valida e irrevocabile una volta accettata dal donatario: solo l'efficacia del contratto dipende dalla eventuale premorienza del donante. Più recentemente, Cass., 2 settembre 2020, n. 18198, cit., afferma che «l'atto *mortis causa* è esclusivamente quello nel quale la morte incide non già sul profilo effettuale (ben potendo la morte di uno dei contraenti fungere da termine o da condizione), ma sul piano causale, essendo diretto a disciplinare rapporti e situazioni che vengono a formarsi in via originaria con la morte del soggetto o che dalla sua morte traggono comunque una loro autonomia qualificazione»].

Diversamente, la donazione *mortis causa*, che ebbe presso il diritto romano larga diffusione e pieno riconoscimento giuridico [PETRUCCI, *Manuale di diritto privato romano*, Giappichelli, 2022, 133 ss., il quale evidenzia come tale donazione si diffuse dall'ultima età repubblicana allorché il donante, in imminente pericolo di vita, beneficiava un soggetto di una donazione subordinandola alla propria morte, potendola successivamente revocare laddove la morte stessa non fosse intervenuta. Successivamente,

la Cancelleria imperiale ne estese l'ambito di applicazione: se il donante, cessato il pericolo, non avesse revocato la donazione, confermandola in testamento, avrebbe reso i suoi effetti definitivi. Sotto il regime giustiniano le donazioni a causa di morte furono equiparate ai legati, e fu estesa ad esse la loro disciplina. Per un approfondimento ulteriore si rinvia a AMELOTI, voce *Donazione mortis causa (diritto romano)*, in *Enc. dir.*, XIII, Giuffrè, 1964, 1000 ss.], consente al donante di disporre dei suoi beni per il momento in cui si aprirà la successione, senza tuttavia spogliarsene mentre è in vita. Si tratta di un negozio in cui l'attribuzione patrimoniale dal donante al donatario si verifica solo dopo e a causa della morte del donante stesso, ed è consentito al medesimo di revocare la donazione a suo arbitrio [COCUCCIO, op. cit., 5, qualifica la donazione *mortis causa* come un esempio di «transessualismo negoziale»]. Il beneficiario, in tal caso, non è titolare di un'aspettativa di diritto, ma di una mera speranza di un vantaggio atteso [BALLERINI, op. cit., 230]: la donazione *mortis causa*, infatti, non produce alcun effetto fino a che il promittente è in vita, e riguarda il bene così come presente nel suo patrimonio al momento della morte (c.d. *id quod superest*), essendo incerta la reale consistenza patrimoniale al momento del decesso; inoltre, il beneficiario sarà tale solo se sarà in vita al momento in cui l'atto acquisterà efficacia.

Viene da sé che la donazione *mortis causa* è contraria tanto ai principi dell'ordinamento in materia successoria quanto alla disciplina della donazione. In primo luogo, il donante dispone della propria successione non ancora aperta. In secondo luogo, un simile negozio difetta di due tratti tipici della donazione, quali l'irrevocabilità (salvi i casi di revoca per ingratitudine e sopravvenienza di figli) [IEVA, op. cit., 60; CAPOZZI, op. cit., 53] e l'attualità del trasferimento patrimoniale, né ha alcuna finalità pratica nel nostro ordinamento [CASULLI, op. cit., 1003 ss.].

#### 4. Gli elementi distintivi della donazione con condizione *si praemoriar* rispetto alla donazione *mortis causa*

Chiarita questa differenza, occorre rilevare come parte della dottrina e della giurisprudenza tendano ad assimilare la donazione con clausola sospensiva di premoerenza alla donazione *mortis causa*. Si tratta di un'assimilazione basata su alcune considerazioni. In primo luogo, si evidenzia che, tanto nell'uno che nell'altro caso, il negozio attribuisca al beneficiario un diritto per il tempo in cui il titolare sarà venuto meno, così ravvisandosi la tipica causa di morte [C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 2.2., *Le successioni*, 6<sup>a</sup> ed., a cura di M. Bianca e Sirena, Giuffrè, 2022, 41-42].

In secondo luogo, si ritiene che la donazione con clausola sospensiva di premoerenza permetta al donante di disporre dei propri beni, e quindi della propria successione, per quando avrà cessato di vivere: il disponente, attribuendo immediatamente al beneficiario un diritto ereditario, si vincola irrevocabilmente, violando il divieto di patti successori [COCUCCIO, op. cit., 10, afferma che, tanto nel caso in cui la morte funga da condizione, tanto in quello in cui funga da causa della donazione, il donante dispone comunque dei propri beni per il tempo in cui avrà cessato di vivere]. Infine, l'efficacia retroattiva dell'attribuzione viene vista come un elemento da cui rilevare un inammissibile

acquisto ereditario per un periodo anteriore alla morte del *de cuius*. [C.M. BIANCA, *ibidem*; CARRABBA, op. cit., 1461-1462; in giurisprudenza, Cass., 24 aprile 1987, n. 4053].

In realtà, come già evidenziato, affinché possa parlarsi di donazione con condizione *mortis causa* il bene oggetto dell'attribuzione deve essere preso in considerazione quale entità commisurata al tempo della morte del disponente, e il beneficiario deve essere considerato come soggetto esistente in quello stesso momento [CACCAVALE, op. cit., 556].

Invece, nella donazione con condizione *si praemoriar*, la disposizione è irrevocabile e costituisce immediatamente un vincolo giuridico tra le parti, sebbene tale vincolo esplicherà retroattivamente i suoi effetti soltanto una volta intervenuta la morte del donante, consentendo eventualmente al donatario di compiere *medio tempore* atti conservativi, e finanche di disporre del bene. Il negozio compiuto potrebbe essere qualificato come donazione *mortis causa* solo laddove persista un residuo potere di disposizione in capo al donante, che renda così apparente l'irrevocabilità dell'attribuzione e la sua efficacia immediatamente vincolante.

In ogni caso, l'elemento principale a cui guardare per distinguere con certezza una donazione *mortis causa* da una donazione valida è il ruolo assunto dall'evento morte. Laddove la morte sia un mero elemento temporale al quale è subordinato l'acquisto del donatario, la donazione è valida: intervenuto il decesso, gli effetti della stessa retroagiscono al momento della stipula del contratto. Di conseguenza, non solo vi è la tipica irrevocabilità della donazione, ma gli effetti del negozio si considerano prodotti durante la vita del donante.

Negare la liceità della donazione con clausola sospensiva di premorienza significherebbe, d'altra parte, negare che alla donazione possa essere apposta una condizione, o comunque negare che l'evento condizionale possa consistere nella morte del donante [TORRENTE, *La donazione*, nel *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da Cicu, Messineo e Mengoni e continuato da Schlesinger, a cura di Carnevali e Mora, 2<sup>a</sup> ed., Giuffrè, 2006, 394 ss.].

Per verificare, dunque, se il negozio debba rientrare in questo schema legale lecito o in quello, contrario all'art. 458 c.c., della donazione *mortis causa*, è indispensabile valutare la volontà delle parti contraenti, valutazione che non può che essere riservata ai giudici di merito. Inoltre, anche laddove la volontà risulti dubbia, va ritenuto che, alla stregua dei canoni ermeneutici sussidiari individuati dagli artt. 1367 e 1369 c.c., le parti abbiano inteso stipulare una donazione con clausola sospensiva di premorienza, in modo da mantenere in vita il negozio. Ad ogni modo, non è nemmeno necessario che dalla dichiarazione emergano inequivocabilmente la volontà di spostare al momento della morte gli effetti del negozio o l'esclusione di poteri residui in capo al donante mentre è in vita: in tali casi intervengono le classiche regole ermeneutiche o, nei casi dubbi, le regole sussidiarie poc'anzi citate [TORRENTE, *ibidem*].

## 5. L'elevata probabilità di premorienza del donante

Tutto ciò considerato, e fermo il divieto di patti successori, risulta agilmente comprensibile il perché la Suprema Corte non abbia accolto le argomentazioni del ricorrente volte a qualificare l'atto come donazione *mortis causa*.

Nel caso di specie, la donazione era immediatamente efficace, e il valore delle quote donate si riferiva al momento della conclusione del negozio; inoltre, non vi erano elementi da cui desumere la persistenza in capo al donante di un potere dispositivo, avendo la donataria acquistato immediatamente un'aspettativa legalmente tutelata. Infatti, la titolarità delle quote era passata in capo alla sorella del donante nel momento stesso del perfezionamento del contratto e la stessa aveva ottenuto un potere di disporre delle stesse. Con l'avveramento della condizione, si è così definitivamente stabilizzata un'attribuzione già perfetta al momento della conclusione del negozio.

Qualche considerazione a parte merita, invece, la circostanza che la premorienza del donante, affetto da una patologia incurabile ormai in fase avanzata, fosse altamente probabile.

Trattasi di un aspetto preso in considerazione dalla Suprema Corte, ma non ritenuto tale da indurre a qualificare la donazione come atto *mortis causa*. In effetti, come ben evidenziato dalla sentenza in esame, anche se le condizioni di salute del donatario erano incontrovertibili, la premorienza dello stesso rispetto alla donataria non poteva essere considerata sicura, trattandosi di un evento futuro ed incerto. Invero, il decesso della donataria sarebbe potuto intervenire anche prima di quello del donante, a causa di fattori accidentali, imprevedibili e del tutto slegati dallo stato di salute della stessa al momento della stipula del contratto. Né, tantomeno, sarebbe stato possibile predeterminare il periodo di vita residuo del donante. Del resto, nel caso specifico, la morte del donante non poteva nemmeno essere considerata imminente, tant'è che la stessa è poi effettivamente verificata a distanza di qualche mese dal perfezionamento del negozio.

Di conseguenza, il ragionamento delle Corti di merito appare ineccepibile, poiché la violazione del divieto di patti successori non può essere desunta dalla gravità della malattia del donante e dall'elevata probabilità che si verifichi la condizione *si praemoriar*.

## 6. Brevi note conclusive

La pronuncia in commento porta, in conclusione, a riflettere su due dati.

In primo luogo, il divieto di patti successori, sebbene ritenuto eroso o anacronistico da parte della dottrina, rimane uno dei pilastri del nostro sistema civilistico. Questo dato di fatto si scontra con le tendenze – provenienti tanto dall'UE che dall'interno – che ne propugnano il superamento, agevolate dalla vicinanza di alcuni sistemi giuridici che non contemplano un simile divieto, nonché dall'inclinazione a considerarlo come un limite eccessivo all'autonomia privata [per un quadro generale delle posizioni dottrinali e giurisprudenziali critiche in merito al divieto di patti successori, si rinvia a COCUCCIO, op. cit., 25 ss.]. A riprova di ciò, si contano numerosi interventi legislativi, di fonte internazionale e interna, diretti a sottrarre al monopolio del testamento numerose aree [BALLE-RINI, op. cit., 240 ss., fa riferimento, sul piano internazionalprivatistico, all'introduzione

del testamento internazionale, alla ratifica della convenzione dell'Aja sul riconoscimento del *trust*, all'apertura dell'ordinamento a una legge straniera che preveda i patti successori, nonché al regolamento UE n. 650 del 2012 che, all'art. 25, è più flessibile della normativa interna sui patti successori. A livello di interventi legislativi interni, poi, l'autore segnala la possibilità, introdotta con d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6, di regolare in sede statutaria la trasmissione *mortis causa* delle partecipazioni in società di capitali o certi aspetti della vicenda successoria, nonché l'introduzione del patto di famiglia].

In secondo luogo, la donazione *mortis causa* è illecita non solo perché viola il divieto di patti successori, ma anche perché si tratta di un negozio che contrasta con la natura stessa del contratto di donazione, la cui causa è esclusivamente lo spirito di liberalità.

D'altra parte, non si può che ritenere valida la donazione con condizione sospensiva *si praemioriar*. Infatti, conformemente alla natura della condizione quale evento futuro ed incerto, la premorienza del donante al donatario è un'eventualità incerta sia nell'*an* che nel *quando*: pertanto, non è detto che si verifichi, neppure laddove il donante sia gravemente malato. In linea teorica, quindi, tramite una donazione con condizione sospensiva di premorienza, le parti non regolano una successione futura, tant'è che la morte identifica solo il momento a partire da cui si producono gli effetti finali dell'atto e, laddove il donatario deceda prima del donante, il *donatum* torna nel patrimonio di quest'ultimo.

Ciò non toglie che, in taluni casi, questo negozio possa costituire uno strumento per eludere il divieto di patti successori. Tuttavia, tale intento elusivo deve essere dimostrato alla luce delle circostanze concrete del caso (quale, ad esempio, la circostanza che il donatario abbia rinunciato alla tutela della propria aspettativa o che, pur disponendo di una tutela, non l'abbia esercitata, così accontentandosi di ricevere il c.d. *id quod superest*), non essendo a tal fine sufficiente constatare l'apposizione della condizione *si praemioriar* al contratto [BALLERINI, op. cit., 235].

### Bibliografia essenziale

- AMELOTTI, voce *Donazione mortis causa (diritto romano)*, in *Enc. dir.*, XIII, Giuffrè, 1964, 1000 ss.
- BALLERINI, *La donazione cum praemioriar non è un patto successorio*, in *Dir. succ. fam.*, 2017, 1, 219 ss.
- BERTINO, *I patti successori nella giurisprudenza*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2003, 2, 191 ss.
- C.M. BIANCA, *Diritto civile, 2.2., Le successioni*, 6<sup>a</sup> ed. a cura di M. Bianca e Sirena, Giuffrè, 2022
- CACCAVALE, *Patti successori: il sottile confine tra nullità e validità negoziale – il commento*, in *Notariato*, 1995, 6, 552 ss.
- CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, 4<sup>a</sup> ed. a cura di Ferrentino e Ferrucci, Giuffrè, 2015, I, 40 ss.
- CARRABBA, *Le donazioni "mortis causa"*, in *Notariato*, 2006, 6, 1449 ss.
- CASULLI, voce *Donazione mortis causa (diritto civile)*, in *Enc. dir.*, XIII, Giuffrè, 1964, 1002 ss.
- COCUCCIO, *Divieto dei patti successori e patto di famiglia*, Giuffrè, 2016
- CUPINI, *A proposito di patti successori e donazioni con clausola "si praemioriar"*, in *Notariato*,

2005, 6, 639 ss.

DE GIORGI, *I patti sulle successioni future*, Jovene, 1976

GIAMPICCOLO, voce *Atto «mortis causa»*, in *Enc. dir.*, IV, Giuffrè, 1959, 232 ss.

IEVA, *sub art. 468*, in *Commentario del codice civile* diretto da Gabrielli, *Delle successioni* a cura di Cuffaro e Delfini, Utet, 2009, 30 ss.

MUSTO, *Il profilo identitario degli strumenti alternativi al testamento: l'unità assiologica nella variabilità strutturale degli atti inter vivos con funzione successoria vietata*, in *Dir. fam.*, 2010, 10, 1158 ss.

PETRUCCI, *Manuale di diritto privato romano*, Giappichelli, 2022

REALMONTE, *Autonomia privata e successioni a causa di morte*, in *Confini attuali dell'autonomia privata* a cura di Belvedere e Granelli, Cedam, 2001

RISPOLI, *Riflessioni in tema di patti successori*, in *Giur. it.*, 2010, 7, 1553 ss.

SANTORO-PASSARELLI, *Validità della donazione d'usufrutto «cum praemoriar»*, in *Foro it.*, 1950, I, 385 ss.

TORRENTE, *La donazione*, nel *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da Cicu, Messineo e Mengoni e continuato da Schlesinger, a cura di Carnevali e Mora, 2<sup>a</sup> ed., Giuffrè, 2006

TORRENTE, *Variazioni sul tema della donazione mortis causa*, in *Foro it.*, 1959, I, 580 ss.

## Locazione

# La locazione di cosa futura, la qualificazione del contratto e la relativa disciplina\*

di LEONIDA GRAGNOLI  
Dottore in giurisprudenza  
Università degli Studi di Bologna

(CORTE DI CASSAZIONE, sezione terza civile, ord. 19 ottobre 2023, n. 29027 - Pres. Frasca - Est. Gorgoni)

### ABSTRACT

Il contratto di locazione di cosa futura è atipico con causa mista. A esso, una volta realizzato il bene, si applica la disciplina della locazione qualora l'intento perseguito sia il godimento del bene, senza che rilevi l'attività produttiva intercorsa. Di conseguenza, per la qualificazione assume carattere dirimente la comprensione del divisato assetto di interessi, non aspetti circostanziali, quali la previsione di un termine entro cui il bene debba essere realizzato, oppure specifiche prescrizioni sulla sua struttura.

*If the parties agree to lease a good to be produced, the rules governing the contract of leasing apply, whenever the parties' intention focuses on the use of the future good and not on its creating process. Thus, coming to the qualification of the contract, attention should be paid on the interests of the parties arising out of their agreement and not on other aspects concerning their relationship, such as the prevision of a deadline for the construction of the good or specific requirements of its structure.*

**SOMMARIO:** 1. Il caso; 2. La locazione di cosa futura; 3. La determinazione della disciplina applicabile a un contratto misto di locazione e appalto; 4. L'inapplicabilità della disciplina pubblica di limitazione del canone di locazione a un contratto misto di locazione e appalto.

### 1. Il caso

La controversia ha visto coinvolte l'Agenzia delle entrate e una impresa di costruzioni. In risposta alla richiesta della prima di immobili da adibire ad archivio, la seconda si è offerta di provvedere all'edificazione e all'allestimento di cinque fabbricati, che sarebbero stati tutti concessi in locazione una volta terminati, impegnandosi, per il tempo necessario al completamento dell'attività di edificazione, a individuare una diversa struttura in via provvisoria e ad assumersi i costi per il trasloco del materiale da conservare. In origine, per tutta l'operazione, è stato previsto un corrispettivo di euro 4.900.00,00, considerato congruo dalla committente. Tuttavia, l'ammontare è diminuito in via progressiva; da un lato, l'art. 3, quarto comma, del d.l. 6 luglio 2012, n. 95, convertito dalla l. 7 agosto 2012, n. 135, ha comportato una riduzione del quindici per cento dei compensi

\* Il presente contributo è stato sottoposto a valutazione in forma anonima ed è stato pubblicato in anteprima su rivistapactum.it il 22.04.2024.

dovuti, a fare data dal 1° gennaio 2015, come previsto per i contratti di locazione passiva di immobili a uso istituzionale conclusi con la pubblica amministrazione. Dall'altro lato, l'art. 24 del d.l. 24 aprile 2014, n. 66, convertito dalla l. 23 giugno 2014, n. 89, ha disposto che tale riduzione dovesse operare con effetto retroattivo per tutti i corrispettivi dovuti sino dal luglio 2014.

Questa continua revisione peggiorativa si è unita a un aggravio di costi per l'impresa, aggravio riconducibile in parte agli oneri di urbanizzazione, anche in ragione della sopravvenienza di difficoltà nella realizzazione degli edifici, così che la prosecuzione dell'attività è divenuta non sostenibile sul piano economico. L'impresa ha agito in giudizio prospettando anche l'illegittimità costituzionale dell'art. 3 d.l. 95/2012, con riferimento agli artt. 3, 41, 42 e 53 cost., e chiedendo la condanna dell'Agenzia delle entrate all'adempimento dell'obbligazione in origine prevista, con il pagamento della somma iniziale, comprensiva degli importi decurtati a partire dal luglio 2014.

In primo grado, la domanda è stata accolta e, di conseguenza, l'Agenzia è stata condannata a versare la maggiore somma richiesta. Il giudice ha considerato riassorbito il tema della rilevanza e della non manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale, attinente alla disciplina della riduzione dei corrispettivi. In merito all'identificazione della fattispecie, il negozio non è stato ricondotto alla mera locazione, ma è stato qualificato come contratto misto di locazione e appalto, in quanto compendiante anche una attività di realizzazione dell'opera, con conseguente disapplicazione del d.l. 95/2012.

La sentenza è stata riformata, avendo il giudice di appello ravvisato una locazione di cosa futura, così che si sarebbe dovuto avere riguardo alle sole norme sulla locazione stessa, tra cui quelle sul contenimento della spesa pubblica. E invero, secondo la pronuncia, l'interesse della pubblica amministrazione, ovvero la garanzia dell'equilibrio del bilancio assumono carattere prevalente sull'aspettativa del privato alla remunerazione della concessione in godimento del bene, ancorché non venuto a esistenza.

La Suprema Corte ha confermato la sentenza del giudice di secondo grado, assumendo che, "al fine di ricostruire l'intento empirico perseguito [...] e verificare se esso coincidesse con quello della locazione [...], ovvero con quello proprio dell'appalto (...), occorre partire dalla ricerca di mercato, intesa a sollecitare la presentazione di offerte per immobili, costruiti o da costruire, da adibire ad archivio". Perciò, il negozio sarebbe stato da assoggettare alla disciplina della locazione, in quanto "già dal modo di porsi sul mercato con tale ricerca emerge che l'Agenzia delle entrate mirava ad acquisire il godimento di un immobile [...] tramite locazione [...] e non" considerava "l'attività realizzatrice propria di un appaltatore, perché il bene [...] avrebbe potuto essere indifferentemente già costruito o ancora da costruire". Il *nomen iuris*, come il richiamo nelle clausole alla l. 27 luglio 1978, n. 392, hanno orientato a riportare l'intesa alla locazione, laddove una adeguata valorizzazione dell'attività richiesta avrebbe potuto fare propendere per una diversa soluzione.

## 2. La locazione di cosa futura

Non sussistono ostacoli alla stipulazione di un contratto di locazione di cosa futura [cfr. INZITARI, voce *Locazione*, in *Enc. giur.*, XXI, Treccani, 1990, 5 ss.]. Posto che essa deve avere a oggetto un bene, mobile o immobile, purché suscettibile di un uso continuativo, questo può non esistere al momento della conclusione del negozio, in quanto ancora da costruire [cfr. ZANNINI, voce *Locazione*, in *Dig. disc. priv. – Sez. civ.*, XI, Utet, 1994, 100 ss.]. Al riguardo, l'art. 1348 cod. civ. riconosce la possibilità di convenire quale oggetto di un accordo la prestazione di cose future, nel rispetto di quanto consentito dalla legge; perciò, è ammissibile la locazione di beni futuri [cfr. FUBINI, *Il contratto di locazione di cose*, Società editrice libraria, 1910, 204 ss.], non essendo rinvenibili divieti espressi per tale negozio, al contrario di altre fattispecie, come la donazione e la costituzione di ipoteca.

Piuttosto, è necessario interrogarsi sulla natura del contratto, poiché solo così si può determinare la relativa disciplina. In generale, la fattispecie non può essere ricondotta alla promessa di locazione, né a un accordo preliminare, fonte della reciproca obbligazione di stipulare quello definitivo [cfr. PROVERA, *La locazione. Disposizioni generali*, in *Commentario del codice civile* a cura di Scialoja e Branca, Zanichelli, 1980, 104 ss.; cfr. ALIANELLO, *Locazione di cosa futura*, in *Riv. giur. umbr. abruz.*, 1963, 1, 216 ss., ove si parla di locazione futura in termini di un contratto definitivo]. Sebbene l'oggetto non esista ancora al momento della conclusione dell'intesa, quando sono presenti i requisiti di liceità, possibilità e determinabilità non sorgono dubbi in ordine alla deducibilità della *res* quale oggetto di un contratto.

L'accordo è immediatamente efficace, senza che possa essere considerato sottoposto alla condizione sospensiva della successiva realizzazione del bene [in questo senso, cfr. TABET, *La locazione – conduzione*, nel *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da Cicu e Messineo, XXV, Giuffrè, 1972, 242 ss.]. Si profila l'applicazione analogica della disciplina sulla compravendita di cosa futura, regolata dall'art. 1472 cod. civ. Sebbene non sia possibile estendere le norme in materia di *emptio spei*, in quanto nella locazione di cosa futura non vi è incertezza sull'esecuzione delle prestazioni, così che il contratto - salvo che le parti abbiano stabilito diversamente concependo un meccanismo che renda incerta la prestazione o la sua consistenza - ha sempre natura commutativa e mai aleatoria [cfr. MIRABELLI, *La locazione*, in *Trattato di diritto civile italiano* a cura di Vassalli, VII, Utet, 1972, 17 ss.], nulla osta al richiamo della regolazione sulla *emptio rei speratae*. Quel che le parti deducono, infatti, è una prestazione futura, suscettibile di esecuzione per l'opera di uno stipulante o di un terzo. Pertanto, quando essa abbia a oggetto un bene non ancora esistente, la locazione è qualificabile, giusta l'opinione espressa in dottrina, come negozio a effetti tipici in parte sospesi [cfr. P. PERLINGIERI, *I negozi su beni futuri*, Jovene, 1962, 168 ss.], poiché la concessione del diritto di godimento è differita a un momento successivo, in quanto richiede la venuta a esistenza del bene. Già in occasione della stipulazione il contratto produce effetti rilevanti e compatibili con la natura in divenire del bene; infatti, da un lato, l'intesa vincola il locatore a compiere quanto necessario per la consegna della *res*, dall'altro, una volta in cui questa sia venuta a esistenza, obbliga il conduttore al pagamento del canone.

In contrasto con quanto accade per la *emptio spei*, il conduttore non accetta alcun rischio e, così, non è tenuto a versare il canone a prescindere dalla mancata ultimazione

del bene. Pertanto, si pone il problema di stabilire che cosa accada nel caso in cui divenga impossibile la sua realizzazione. In questa ipotesi, sono due le plausibili conseguenze [cfr. CALVO, *La locazione*, in *Trattato di diritto privato* a cura di Bessone, XIV, Giappichelli, 2016, 47 ss.]. Ferma la nullità del contratto nell'eventualità di impossibilità iniziale di fatto o di diritto, se l'impedimento sia sopravvenuto nel corso dell'esecuzione opera l'art. 1465 cod. civ., ogniqualvolta si sia in presenza di impossibilità non imputabile. In caso contrario, il locatore andrà considerato inadempiente, con ogni relativa conseguenza.

### 3. La determinazione della disciplina applicabile a un contratto misto di locazione e appalto

A livello di classificazione, non è sempre possibile tracciare *a priori* una netta linea di demarcazione tra la nozione di contratto con causa mista e quella di negozio atipico [cfr. GABRIELLI, *Il contratto e le sue classificazioni*, in *I contratti in generale* a cura di Gabrielli, I, in *Trattato dei contratti* diretto da Rescigno, Utet, 1999, 42 ss.]. In linea di principio, il primo è il risultato della combinazione di clausole provenienti da altri accordi nominati, mentre il secondo presenta elementi di novità rispetto alle fattispecie regolate; tuttavia, tale distinzione non sempre coglie nel segno, in quanto pure negli accordi con causa mista è dato intravedere il tratto distintivo dell'atipicità, soprattutto se si ha riguardo sia all'unitarietà del regolamento consensuale così concepito, sia all'operazione economica sottesa [cfr. CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Morano, 1960, 219 ss.]. A maggiore ragione, questa conclusione si dimostra fondata nel caso di specie, in quanto, per curare gli interessi della pubblica amministrazione, non si è fatto ricorso ad alcun accordo tipico, ma a una combinazione di locazione e appalto, così da soddisfare molteplici interessi.

Questo pone un problema nella ricerca della disciplina applicabile. Poiché il contratto misto riunisce tratti discretivi di più schemi, quanto agli aspetti lasciati insoluti intervengono le norme specifiche delle diverse fattispecie coinvolte [cfr. GORGONI, *Regole generali e regole speciali nella disciplina del contratto*, Giappichelli, 2005, 173 ss.]. Nel caso di specie, il nodo da sciogliere consisteva nell'applicabilità o meno delle disposizioni speciali a contenimento della spesa pubblica, pensate per la sola locazione, a un contratto che, per quanto condividesse taluni caratteri riconducibili al medesimo *genus*, aveva una sua autonomia, poiché aveva per oggetto un bene esistente da costruire a opera del locatore. Ciò perché potrebbe apparire maggiormente affine con la figura dell'appalto.

Un primo approccio verso la soluzione del problema è rappresentato dalla cosiddetta teoria della prevalenza, secondo cui al contratto misto si applicherebbero le norme proprie del tipo individuato come carismatico [cfr. SICCHIERO, *Il contratto con causa mista*, Cedam, 1995, 47 ss.]. Quindi, occorrerebbe ricercare lo schema nel quale meglio ricondurre l'operazione economica, anche alla luce della comprensione della volontà in ordine alle prefissate finalità pratiche. Per esempio, la compravendita di un immobile non ancora realizzato o da ristrutturare, con contestuale previsione dell'obbligazione del

cedente di provvedere all'ultimazione, può soggiacere tanto alla disciplina della compravendita di cosa futura, quanto a quella della vendita di bene presente unita con l'appalto, a seconda del fatto che, nel sinallagma, tale attività edificatoria assuma una importanza predominante ovvero solo accessoria e strumentale al trasferimento della proprietà [v. Cass., 18 agosto 2021, n. 23110, in *Dejure*; Cass., sez. un., 12 maggio 2008, n. 11656, in *Corr. giur.*, 2008, 10, 1380, con nota di CLARICH e FIDONE, *La giurisdizione in tema di responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione; rilevanza della distinzione tra appalto e vendita di cosa mobile futura*, in *Corr. giur.*, 2008, 10, 1388 ss.].

La sentenza in esame è in linea con il criterio della prevalenza e, di conseguenza, cerca di stabilire di quale delle due fattispecie ricorrano in misura più significativa i caratteri. A questi fini, occorre comprendere quale sia l'elemento significativo a partire dal quale desumere il tipo negoziale predominante. In astratto, la locazione e l'appalto sono fattispecie non sovrapponibili, in quanto la prima ha per oggetto una obbligazione di dare, mentre la seconda si fonda sulla creazione di un *opus*. Tuttavia, nel caso dell'immobile da adibire ad archivio, la distinzione non è così netta, poiché l'inesistenza temporanea della *res* postula una attività strumentale positiva, che può essere concepita tanto come la prestazione principale dell'appaltatore, quanto come una accessoria del locatore. Perciò, non è agevole individuare un criterio che faccia ritrovare in modo netto il tipo assorbente. In materia di contratti misti di appalto e compravendita di cosa futura, la giurisprudenza ha attribuito rilievo a due elementi principali, ambedue ripresi e analizzati nella decisione in esame. In primo luogo, si è fatto leva su un aspetto di carattere oggettivo, cioè la natura dell'attività principale svolta [v. Cass., 20 aprile 2006, n. 9320, in *Contratti*, 2007, 1, 21, con nota di CARNEVALI, *Vendita di cosa futura e appalto: criteri distintivi*]. Perciò, il discrimine tra le due fattispecie dipenderebbe dall'attività prevalente in termini quantitativi, la realizzazione dell'opera oppure la fornitura di materiale.

Tuttavia, in questo contesto, non si sono ravvisati i presupposti per fare ricorso a questo orientamento, in quanto troppo incentrato sul tracciare la distinzione tra compravendita e appalto. Siccome, nel caso di specie, si discute per ricercare i confini tra due attività, ovvero l'edificazione e la concessione in godimento del bene, le quali si confondono nello svolgimento di una unica prestazione senza soluzione di continuità, diventa difficile attribuire a ciascuna una maggiore rilevanza quantitativa.

Una applicazione analogica del predetto criterio non tiene in considerazione la particolare natura del problema e la sentenza ha preferito avvicinarsi a un secondo orientamento, che ruota attorno alla ricerca dell'obbiettivo negoziale [v. Cass., sez. un., 31 ottobre 2008, n. 26298, in *Mass. giur. it.*, 2008; Cass., sez. un., 19 novembre 2002, n. 16319, *ibid.*, 2002; Cass., 2 agosto 2002, n. 11602, *ibid.*, 2002]. Pertanto, il tipo fondamentale dovrebbe essere conforme all'intento empirico perseguito; con ciò non si deve fare riferimento all'opinione dei contraenti sulla qualificazione del loro rapporto. Infatti, l'effetto prodotto dal contratto è indipendente dalla rappresentazione dello stipulante, così che occorre avere riguardo all'operazione economica realizzata e, soprattutto, all'oggetto della prestazione caratteristica. Su queste basi, dal momento che il bene dedotto in contratto sarebbe stato preso in considerazione per il suo futuro godimento e non come mero frutto di una iniziativa costruttiva, la disciplina sarebbe dovuta riconfluire in quella della locazione di cosa futura, secondo la decisione della Suprema Corte.

Si individua la regolazione rilevante; anziché interrogarsi sulla configurazione dell'operazione, con un ragionamento eziologico si preferisce esaminare le ragioni per cui le parti abbiano configurato il loro assetto di interessi con un contratto misto. Tuttavia, simile argomentazione rischia di essere riduttiva, in quanto non coglie le sfumature derivanti dall'unione di più tipi negoziali. Infatti, la teoria della prevalenza è corollario dell'impostazione giurisprudenziale tradizionale, fedele alla cosiddetta cultura livellatrice del tipo [in questi termini, cfr. DE NOVA, *Il tipo contrattuale*, Cedam, 1974, 13 ss.]. La qualificazione sarebbe guidata da una sorta di finalismo [cfr. SACCO, *Autonomia contrattuale e tipi*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1966, 3, 800 ss.] e, pertanto, ogni manifestazione di esercizio dell'autonomia dovrebbe essere ricondotta nelle maglie del modello legale più vicino, così che sia possibile farne discendere gli effetti. Di conseguenza, al contratto misto si estenderebbero solo le norme del tipo prevalente, con la totale, mancata applicazione di quelle del negozio accessorio.

Talvolta non è dato riscontrare un simile nesso, in particolare qualora gli elementi discretivi di ciascun tipo coesistano su un piano di equiordinazione e contribuiscano a dare vita a un contratto *sui generis*, caratterizzato da una sua causa e da effetti distintivi propri [cfr. DE NOVA, *Frazionamento e aggregazione nei contratti alla luce del diritto comunitario*, in *Contratti*, 1995, 1, 107 ss.]. Per esempio, ciò accade con l'accordo di logistica, nella cui struttura si rintracciano frammenti di altri negozi tipici, ovvero del trasporto, del deposito e dell'appalto [cfr. CALVO, *Il contratto di logistica*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2022, 5, 1113 ss.].

In questi casi, gli interessi che conformano la ragione di essere del regolamento hanno una connotazione originale, così che, anche avuto riguardo all'obiettivo perseguito, non esiste alcun modello prevalente, perché nessuno di quelli coinvolti è in grado da solo di esaurire la disciplina dell'operazione congegnata, ma soltanto la loro commistione dà ragione dell'effettiva volontà. Pertanto, spesso il criterio dell'assorbimento è artificioso e ne occorre uno diverso, ovvero quello della combinazione [cfr. G. B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Giuffrè, 1966, 353 ss.].

In questo senso, se le parti non fanno ricorso a un unico modello, ma a un regolamento composto da clausole riconducibili a diversi tipi, non è ragionevole stravolgere i tratti identitari dell'accordo e sottoporlo a una sola disciplina; piuttosto, l'intera operazione si articola in più prestazioni e per ciascuna interviene la regolazione coerente con l'interesse che la giustifichi [cfr. CALVO, *Il contratto di logistica*, cit., 1122 ss.]. Questa impostazione è fedele a una qualificazione teleologica del negozio e considera il contratto misto nella sua unitarietà e non come mero tramite per la sussunzione di accordi atipici in una delle discipline legali [cfr. CIOFFI, *Classe, concetto e tipo nel percorso per l'individuazione del diritto applicabile ai contratti atipici*, Giappichelli, 2008, 6 ss.].

Soprattutto, in questo contesto, un simile approccio coglie nel segno. Infatti, gli obiettivi prefissati dai contraenti sono diversi, ma l'attività richiesta all'impresa si palesa come fenomeno unitario, in quanto la componente edificatoria ha luogo in funzione della futura concessione in godimento dell'immobile e, a sua volta, questa trova il suo antecedente logico nella prima operazione. La causa del negozio non si compone di fattispecie dai confini marcati, ma, piuttosto, di un susseguirsi di azioni senza soluzione di continuità. Perciò, non è plausibile l'individuazione aprioristica di una sola disciplina cui

ricondurre la regolazione del complessivo schema causale. Siccome i tratti discretivi delle due figure negoziali si confondono, è necessario valutare per ciascun frammento dell'attività svolta di quale delle due figure contrattuali essa risulti espressione.

#### **4. L'inapplicabilità della disciplina pubblica di limitazione del canone di locazione a un contratto misto di locazione e appalto**

La teoria della combinazione consente di individuare meglio la disciplina applicabile al caso di specie. A tale riguardo, non è convincente il ragionamento della Suprema Corte, che fa leva sulla mera ricerca del tipo prevalente. Infatti, nella decisione non si rinvencono aperture verso una coesistenza dei modelli regolativi, ma si propone un confronto, al fine di valutare in quale dei due sussumere l'intesa. In particolare, sulla scorta della giurisprudenza europea [v. C. giust., 10 luglio 2014, C. – 213/13, in *Giorn. dir. amm.*, 2015, 1, 122, con nota di GALLI, *La locazione di cosa futura e l'intangibilità del giudicato nazionale nel diritto europeo*], un contratto avente per oggetto la costruzione di un bene immobile secondo le esigenze della pubblica amministrazione, a prescindere dalla sua futura locazione, è soggetto alla disciplina dell'appalto se gli obiettivi del negozio si esauriscono nelle attività di progettazione e di esecuzione. Proprio per questa ragione, secondo la sentenza, è stata esclusa la qualificazione del contratto come appalto, in quanto, altrimenti, sarebbe stato nullo per la mancata osservanza delle norme sul procedimento di aggiudicazione, posto che l'esecutore non era stato individuato a seguito di una gara.

Tuttavia, come l'intesa non è riconducibile in pieno all'appalto, allo stesso modo non può essere sussunta nella locazione di cosa futura. Se, come argomenta la Suprema Corte, non sono incompatibili con tale fattispecie clausole caratteristiche dell'appalto, come la previsione di un termine finale per l'ultimazione dell'opera, oppure la regolazione della corresponsione di acconti in corso di esecuzione, per converso, in loro presenza, non è dato escludere che si possa ravvisare un appalto, poiché tale elemento può ricorrere in un contratto con causa mista [cfr. CLARICH e FIDONE, *La giurisdizione in tema di responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione*, cit., 1393 ss.]. Infatti, avuto riguardo al modo in cui è stata convenuta l'esecuzione, non è possibile individuare un nesso di strumentalità tra le prestazioni e, in particolare, la realizzazione dell'immobile non era un mero presupposto del successivo godimento da parte della pubblica amministrazione.

Le due attività erano consecutive, ma equiordinate sul piano causale; in modo inevitabile, quella edificatoria deve precedere l'altrui godimento, ma la prima non si esaurisce nel garantire la successiva disponibilità del bene, poiché non deve essere locato un immobile qualunque. In altre parole, se, come detto in materia di locazione di scopo [cfr. CUFFARO, *La locazione di scopo*, in *Prospettive e limiti dell'autonomia privata. Studi in onore di Giorgio De Nova* a cura di Gitti, Delfini e Maffei, II, Giuffrè, 2015, 841 ss.], per la qualificazione del contratto atipico è necessaria la corretta comprensione della causa in concreto, nel caso di specie la funzione economico - individuale è la concessione in locazione di un bene specifico, realizzato sulla base delle esigenze dell'Agenzia, così che entrambi i tipi concorrono in una posizione di parità nel definire l'operazione.

Allo stesso modo, il corrispettivo riflette questa duplice natura della causa, poiché deve essere imputato non solo a titolo di canone per la futura locazione, ma anche - e soprattutto - come compenso per la sua edificazione. Pertanto, alla luce del criterio della combinazione, per la determinazione del corrispettivo è ragionevole rinviare non alla disciplina della locazione, ma, in primo luogo, a quella dell'appalto, in ragione dell'effettivo rischio sopportato. Di conseguenza, non convince la posizione della Suprema Corte; con rinvio a una decisione recente [v. Cass., 15 marzo 2018, n. 6389, in *Dejure*], per la sentenza in esame la qualificazione del negozio sarebbe irrilevante ai fini dell'operare della normativa di diritto pubblico, in quanto "quel che il legislatore persegue non è [...] l'interesse di chi è parte del contratto [...], bensì il contenimento della spesa [...], a prescindere dalla natura della fonte di disponibilità fattuale del bene". Invece, il *quantum* dovuto dall'amministrazione deve essere determinato in considerazione dell'obbiettivo di riequilibrio del bilancio, ma non sempre ciò si può risolvere in una decurtazione automatica del compenso, grazie a una applicazione delle norme sulla locazione passiva. Infatti, la riduzione della spesa deve essere ottenuta secondo il criterio più confacente a ciascuna fattispecie, in considerazione di tutti gli interessi concretamente perseguiti e alla luce dell'operazione economica congegnata.

Peraltro, una riduzione del corrispettivo sarebbe stata immaginabile, ma, quanto meno, a seguito di una valutazione analitica dei costi di edificazione, posto che occorre una attività organizzativa significativa, con oneri e rischi da considerare anche nella prospettiva del riequilibrio del bilancio pubblico. Nel caso di specie, l'unità del compenso impediva di distinguere il canone relativo all'uso dalla remunerazione per l'edificazione. La sentenza ha inciso sulla prestazione del conduttore, concepita come unitaria e, quindi, funzionale anche a dare ristoro agli oneri di costruzione. Ciò è iniquo, perché non inerivano ad alcun rapporto locatizio. Se l'immobile fosse stato realizzato con un aggravio delle spese, comprese quelle imprevedibili dovute all'organizzazione dei mezzi produttivi, esse avrebbero dovuto trovare una loro contropartita nel compenso pattuito. Dunque, questo non può essere compresso da norme a presidio di interessi generali estranei al sinallagma contrattuale e in contrasto con la sua piena attuazione. Se la disciplina di contenimento del corrispettivo non si applica alla locazione di cosa futura, come appare preferibile, il problema è da risolvere in senso opposto. In questo caso, l'interesse del privato deve prevalere su quello della pubblica amministrazione e il compenso deve essere di ammontare tale da consentire di fare fronte a tutte le spese di costruzione, anche a quelle sopravvenute, mentre ogni riduzione deve avvenire previa specifica contrattazione.

### Bibliografia essenziale

- ALIANELLO, *Locazione di cosa futura*, in *Riv. giur. umbr. abruz.*, 1963, 1, 214 ss.  
 CALVO, *La locazione*, in *Trattato di diritto privato* a cura di Bessone, XIV, Giappichelli, 2016  
 CALVO, *Il contratto di logistica*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2022, 5, 1109 ss.  
 CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Morano, 1960  
 CIOFFI, *Classe, concetto e tipo nel percorso per l'individuazione del diritto applicabile ai contratti*

atipici, Giappichelli, 2008

CLARICH e FIDONE, *La giurisdizione in tema di responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione; rilevanza della distinzione tra appalto e vendita di cosa mobile futura*, in *Corr. giur.*, 2008, 10, 1388 ss.

CUFFARO, *La locazione di scopo*, in *Prospettive e limiti dell'autonomia privata. Studi in onore di Giorgio De Nova* a cura di Gitti, Delfini e Maffeis, II, Giuffrè, 2015, 835 ss.

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

DE NOVA, *Frazionamento e aggregazione nei contratti alla luce del diritto comunitario*, in *Contratti*, 1995, 1, 106 ss.

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

FUBINI, *Il contratto di locazione di cose*, Società editrice libraria, 1910

GABRIELLI, *Il contratto e le sue classificazioni*, in *I contratti in generale* a cura di Gabrielli, I, in *Trattato dei contratti* diretto da Rescigno, Utet, 1999, 34 ss.

GORGONI, *Regole generali e regole speciali nella disciplina del contratto*, Giappichelli, 2005

INZITARI, voce *Locazione*, in *Enc. giur.*, XXI, Treccani, 1990

MIRABELLI, *La locazione*, in *Trattato di diritto civile italiano* a cura di Vassalli, VII, Utet, 1972.

PERLINGIERI P., *I negozi su beni futuri*, Jovene, 1962

PROVERA, *La locazione. Disposizioni generali*, in *Commentario del codice civile* a cura di Scialoja e Branca, Zanichelli, 1980

SACCO, *Autonomia contrattuale e tipi*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1966, 3, 785 ss.

SICCHIERO, *Il contratto con causa mista*, Cedam, 1995

TABET, *La locazione – conduzione*, nel *Trattato di diritto civile e commerciale* a cura di Cicu e Messineo, XXV, Giuffrè, 1972

ZANNINI, voce *Locazione*, in *Dig. disc. priv. – Sez. civ.*, XI, Utet, 1994, 94 ss.

# CONSUMO

## Clausole vessatorie

# Clausole vessatorie nella mediazione atipica e confini del sindacato giudiziale\*

di VALENTINA NARDI

Dottoranda di ricerca

Università degli Studi di Roma "Tor Vergata"

(CORTE DI CASSAZIONE, sezione seconda civile, sent. 09 gennaio 2024, n. 785; Pres. D'Ascola – Est. Giannaccari)

### ABSTRACT

Attraverso la sentenza in epigrafe, la Cassazione, occupandosi della figura giuridica della mediazione, conferma l'orientamento, espresso a più riprese, in merito ai presupposti necessari per il diritto al compenso provvigionale. La pronuncia si sofferma, inoltre, sulla vessatorietà della clausola predisposta unilateralmente dal mediatore, che prevede il diritto del compenso provvigionale, dopo la scadenza del contratto e senza limiti di tempo, da parte di un soggetto che si sia avvalso della sua attività qualora l'affare sia stato successivamente concluso da un familiare, società o persona a lui riconducibile, per rapporti familiari o societari. Il commento, si propone di ripercorrere gli approdi giurisprudenziali sull'annosa questione della rilevanza del nesso causale tra l'attività del mediatore e la conclusione dell'affare; affronta, inoltre, il problema del bilanciamento tra la tutela del consumatore a fronte di clausole potenzialmente vessatorie, da un lato, e quella del mediatore, a fronte di condotte elusive dell'obbligo di corrispondere la provvigione, dall'altro.

*In the judgement herein referenced, the Supreme Court, sheds light on the prerequisites of the mediator's right to commission. Moreover, the Court clarifies the unfair nature of clauses in consumer contracts that recognize the mediator's right to commission even though the transaction is concluded, after the expiration of the mandate, by contracting parties different, such as relatives or other associated entities. The commentary aims to retrace the case-law development concerning the longstanding issue of the causal nexus for commission entitlement. Additionally, the current analysis addresses the controversial question regarding the proper balance between the protection of the consumer against potentially oppressive clauses, on the one hand, and the mediator interest against potentially evasive behaviours aimed at circumventing the obligation to remit commission, on the other hand.*

**SOMMARIO:** 1. Il caso; 2. I presupposti della provvigione e la natura sfuggente della mediazione; 3. Autonomia negoziale e sindacato giudiziale sulla vessatorietà della clausola; 4. Segue, profili problematici e considerazioni conclusive.

### 1. Il caso

La sentenza in commento prende le mosse da una vicenda relativa alla stipula di un contratto di mediazione, tra la proprietaria di un immobile ed una società di mediazione, per la locazione dello stesso. Segue una proposta di locazione, sottoscritta durante

\* Il presente contributo è stato sottoposto a valutazione in forma anonima ed è stato pubblicato in anteprima su rivistapactum.it il 17.06.2024.

la vigenza del contratto di mediazione, rifiutata dalla proprietaria. La vicenda si chiude, scaduto il mandato, con la conclusione del contratto di locazione dell'immobile con il coniuge della proponente rifiutata.

La società di mediazione cita, quindi, in giudizio il mandante e la parte proponente per il pagamento della provvigione, in forza una clausola che obbliga le parti al pagamento della stessa anche nel caso in cui l'affare sia concluso, dopo la scadenza dell'incarico, da parte di soggetti ad essa riconducibili per rapporti familiari o societari.

In primo grado la domanda viene accolta.

Segue il giudizio di gravame che viene accolto dal giudice di seconde cure, il quale non ritiene assolto l'onere della prova sul nesso eziologico tra l'attività di mediazione svolta e la conclusione dell'affare; prova indispensabile per ottenere il pagamento della provvigione.

La parte soccombente propone, così, ricorso per Cassazione adducendo l'omesso esame dei fatti e dei documenti decisivi per il giudizio e ritenendo di aver assolto al proprio onere probatorio documentando sia l'attività di mediazione svolta (nella specie: la messa in relazione della proprietaria dell'immobile con l'aspirante conduttrice; la visita dell'immobile effettuata da quest'ultima unitamente al marito; il fatto che proprio questi abbia successivamente stipulato la locazione; la circostanza che l'aspirante conduttrice aveva formalizzato una proposta di locazione, ritenendo congruo il locale proposto dalla società di mediazione) sia l'esistenza di una clausola contrattuale che obbligava le parti a corrispondere la provvigione proprio in circostanze analoghe a quelle avvenute.

La Corte di Cassazione, per il tramite della sentenza in commento, accoglie il ricorso principale; ciò implica la trattazione del ricorso incidentale proposto dalla soccombente, la quale, a sua volta, rileva la violazione degli artt. 1341 c.c., 33 e 34 del d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206, ritenendo vessatoria la clausola contenuta nel contratto di mediazione, non oggetto di trattativa specifica, che la obbliga a corrispondere la provvigione senza limiti di tempo ed anche nel caso in cui l'immobile sia locato da parte di persone fisiche o giuridiche a lei riconducibili.

La Suprema Corte ritiene fondato il ricorso incidentale e rinvia al giudice d'appello territorialmente competente.

Segnatamente, la sentenza in epigrafe chiarisce che: «è vessatoria ed abusiva, ai sensi dell'art. 1341 c.c. e dell'art. 33 del codice del consumo, la clausola, predisposta unilateralmente dal mediatore, che prevede il diritto del compenso provvigionale, dopo la scadenza del contratto e senza limiti di tempo, da parte di un soggetto che si sia avvalso della sua attività qualora l'affare sia stato successivamente concluso da un familiare, società o persona "riconducibile"; detta clausola determina un significativo squilibrio a carico del consumatore perché lo obbliga ad una prestazione in favore del professionista indipendentemente da ogni accertamento, anche in via presuntiva, del preventivo accordo con il soggetto che ha concluso l'affare o di ogni altra circostanza concreta da cui risulti che l'affare sia stato agevolato in ragione dei rapporti familiari o personali tra le parti».

## 2. I presupposti della provvigione e la natura sfuggente della mediazione

La decisione in disamina affronta una delle più tipiche e controverse problematiche relative al rapporto di mediazione: i limiti ed i presupposti costitutivi del diritto alla provvigione.

Il legislatore ha disciplinato la mediazione nel titolo III, del libro IV del codice civile, dedicato ai singoli contratti, ma non ne ha dato una definizione espressa, limitandosi a descrivere la figura del mediatore in colui che mette in relazione due o più parti per la conclusione di un affare, senza essere legato ad alcuna di esse da rapporti di collaborazione, di dipendenza o di rappresentanza (art. 1754 c.c.).

La definizione codicistica sembra essere dettata per tutelare il più possibile il mediatore, fornendo una descrizione quanto più ampia della fattispecie che fonda il diritto alla provvigione, in linea con il primo approccio del nostro ordinamento all'istituto della mediazione che è stato in senso liberale [MINASI, voce *Mediazione*, in *Enc. dir.*, XXVI, Giuffrè, 1976, 40 ss.; CATRICALÀ, *La mediazione*, in *Trattato di diritto privato* diretto da Rescigno, XII, Utet, 1985, 433].

La mancanza di una definizione espressa ha dato vita al dibattito sul seguente interrogativo: se la mediazione si configuri come un contratto oppure come un mero atto giuridico.

Secondo una prima tesi, la mediazione avrebbe natura di atto giuridico in senso stretto, le cui obbligazioni nascerebbero a seguito della semplice messa in relazione delle parti ad opera dell'intermediario [CAUTADELLA voce *Mediazione*, in *Enc. giur.*, XIX, Treccani, 1990, 1 ss.; CARRARO, voce *Mediazione e mediatore* in *Noviss. dig. it.*, Utet, 1964, 476].

La mediazione sarebbe, quindi, fonte di obbligazioni per i contraenti dell'affare soltanto ai sensi dell'art. 1173 c.c., quale rapporto contrattuale di fatto idoneo a produrre obbligazioni [Cass., 14 luglio 2009, n. 16382, in *Italggiure*]. Le argomentazioni a sostegno di questa tesi fanno leva, anzitutto, sul dato testuale dell'assenza, nel codice, di una qualificazione in senso contrattuale dell'istituto; si rileva, inoltre, la mancanza di un'obbligazione del mediatore di eseguire l'incarico, da un lato, e la facoltà delle parti di recedere, *ad nutum*, pur in assenza di una giusta causa e fino al momento della conclusione dell'affare, dall'altro lato [Cass., 25 ottobre 1991, n. 11384 in *Giur. it.*, 1992, 6, 1059, con nota di BAIOTTO].

Secondo l'opposta tesi [AZZOLINA, *La mediazione*, in *Trattato di diritto civile* diretto da Vassalli, VIII, Utet, 1957; GALGANO, *Mediazione di cortesia, mediazione accessoria e prestazioni accessorie del mediatore*, in *La mediazione* a cura di Zaccaria, Cedam, 1992, 145 ss.; STOLFI, voce *Della mediazione*, in *Commentario del codice civile* a cura di Scialoja e Branca, Zanichelli, 1954, 1 ss.] la mediazione avrebbe natura contrattuale, perfezionandosi con il consenso espresso o tacito delle parti [Cass., 20 agosto 2009, n. 18514, in *Italggiure*]. Le argomentazioni a sostegno di tale tesi sono molteplici: il dato sistematico della collocazione della figura del mediatore all'interno del libro dedicato ai singoli contratti; l'argomento "a contrario" secondo cui, accogliendo l'opposta tesi del rapporto di fatto, si potrebbero facilmente perpetrare degli abusi (perché chiunque, adducendo il fatto di essersi interposto tra le parti, potrebbe rivendicare i suoi diritti di mediatore) e si legittimerebbe la pretesa della provvigione anche nel caso in cui la parte abbia rifiutato *ab origine* l'intervento del mediatore.

La tesi che viene ritenuta maggioritaria in giurisprudenza [Cass., sez. un., 2 agosto 2017, n. 19161 in *Foro it.*, 2018, I, 1, 269, con nota di PAONE] è invece quella che ravvisa nella mediazione un istituto di natura “mista”: a seconda dei casi, contrattuale o di rapporto di fatto. Più precisamente, qualora tra il mediatore e uno o entrambi i possibili contraenti dell'affare sia intervenuto un vero e proprio accordo che regoli i rispettivi diritti e obblighi, si configurerebbe una mediazione “atipica” di natura contrattuale; nel caso opposto, saremmo di fronte ad una mediazione “tipica” e sorgerebbe, comunque, a carico dei soggetti che utilizzano l'opera del mediatore, l'obbligo di corrispondere la provvigione, sempreché ricorrano i requisiti prescritti dalla legge.

Quanto ai presupposti di legge, ai sensi dell'art. 1754 c.c., deve sussistere, oltre ai requisiti soggettivi del mediatore, quello oggettivo dell'attività di “messa in relazione delle parti” finalizzata alla “conclusione di un affare”; la disposizione normativa, utilizzando termini non giuridici, lascia anche in tal caso ampio margine all'interpretazione.

La giurisprudenza in argomento è variegata perché il dibattito sulla spettanza della provvigione ha una sua complessità applicativa.

Secondo l'interpretazione ormai prevalente, l'opera del mediatore può consistere sia in una sua partecipazione attiva alle trattative tra le parti, sia nella mera ricerca ed indicazione dell'altro contraente o nella segnalazione dell'affare, purché sia specifica al punto da consentire alle parti, senza necessità di ulteriori attività preliminari, una diretta presa di contatto [*ex multis* Cass., 20 ottobre 2004, n. 20549, in *Italggiure*].

In altri termini, si ricomprende nella suddetta locuzione qualsiasi attività qualificata nello scopo perché teleologicamente orientata alla conclusione di un affare; ove per “affare” si intende, anche qui in senso ampio, qualsiasi operazione di contenuto economico, che si risolva in utilità di natura patrimoniale, generatrice di un rapporto obbligatorio tra le parti, vincolante e tutelato dall'ordinamento giuridico [SANGIOVANNI, *Il contributo causale del mediatore e il diritto alla provvigione*, in *I singoli contratti*, 2015, 6, 585; Cass., 11 dicembre 2002, n. 17628, in *Italggiure*].

Tra la messa in relazione delle parti ad opera del mediatore e la conclusione dell'affare deve sussistere un nesso di causalità affinché venga riconosciuto, ai sensi dell'art. 1755 c.c., il diritto alla provvigione.

Nonostante l'apparente chiarezza della norma, data la complessità e a volte la non facile percezione dell'attività del mediatore, è variegato il contenzioso che si alimenta intorno alla *vexata quaestio* della rilevanza eziologica, in termini di causalità adeguata, dell'attività dispiegata dal mediatore rispetto al contratto concluso, nel cui perimetro è ricompresa anche la pronuncia in commento [GALGANO, *Le antiche e nuove frontiere del danno risarcibile*, in *Contr. e impr.*, 2008, 1, 84].

La teoria della causalità adeguata, cui viene attribuito, nell'ambito della responsabilità civile, il ruolo di restringere, il più possibile, le cause connesse all'evento fungendo da correttivo alla teoria della “*condicio sine qua non*”, trova un terreno fecondo nell'ambito della mediazione ove, però, essa si atteggia diversamente stante la necessità di bilanciare le opposte esigenze di categoria: il professionista, da un lato, ed il consumatore, dall'altro [LUMINOSO, *La mediazione*, 2ª ed., nel *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da Cicu e Messineo e continuato da Schlesinger, Giuffrè, 2006, 1 ss.].

La dottrina ha osservato, infatti, che ove applicassimo la teoria della causalità adeguata *tout court*, vi sarebbe il rischio di limitare in modo sproporzionato il diritto alla provvigione e ciò avverrebbe, peraltro, in contrasto con il *favor* che la disciplina codicistica accorda al compenso provvigionale agli artt. 1757 c.c. e ss. [DELLA CHIESA, *Provvigione e causalità nel rapporto di mediazione*, in *Contratti*, 2015, 11, 989].

Posto che il diritto alla provvigione per il mediatore deriva dalla conclusione di un affare cui egli è estraneo, non rientrando nella sua prestazione, la sua posizione contrattuale è già, per definizione, squilibrata rispetto a quella dei soggetti intermediati; è a questi ultimi che spetta la decisione se concludere o meno l'affare avvalendosi dell'opera svolta dal mediatore [GALLO, *Conflitto di interessi e diritto alla provvigione nel contratto di mediazione*, in *I contratti*, 2009, 4, 370].

Per tali motivi, è stata interpretata in senso estensivo la teoria della causalità adeguata, riconoscendo il diritto alla provvigione tutte le volte in cui «il mediatore abbia messo in relazione le parti, così da realizzare l'antecedente indispensabile per pervenire alla conclusione dell'affare, indipendentemente dal suo intervento nelle varie fasi delle trattative sino alla stipulazione del contratto» [Cass., 8 aprile 2022, n. 11443, in *I Contratti*, 2022, 4, 384, con nota di TOSCHI]. Proprio allo scopo di tutelare gli interessi del mediatore da possibili abusi delle parti, non si ritiene sufficiente a recidere il rapporto di causalità la circostanza che l'affare concluso sia formalmente divergente rispetto a quello per il quale le parti erano state messe in relazione dal mediatore; ciò che conta, per eservi identità dell'affare, è la sussistenza di una «continuità e contiguità economico-soggettiva» [Cass., 6 settembre 2001, n. 11467, in *Italggiure*]. Identità e contiguità che sussiste anche allorché la trattativa sia portata a termine decorso un lasso di tempo dalla scadenza del contratto di mediazione, anche con l'intervento di un altro mediatore, ovvero, quando il contratto venga concluso tra parti diverse da quelle che il mediatore aveva posto in contatto per la conclusione dell'affare, non essendo questi elementi da soli idonei ad interrompere il nesso eziologico [Cass., 6 settembre 2001, n. 11467, cit.]. Per quanto concerne, però, la sostituzione delle parti contrattuali, la giurisprudenza ritiene necessario per il sorgere del diritto alla provvigione che tra il protagonista delle trattative ed il terzo che ne prende il posto in sede di stipula negoziale vi sia continuità, la quale ricorre quando sussiste un nesso eziologico tra l'attività del mediatore e l'affare concluso [Cass., ord., 02 febbraio 2022, n. 3134, in *rivistapactum.it*, con nota di GUARNIERI].

Alla luce di quanto esposto, addivenendo al caso oggetto della sentenza in commento, pare potersi ritenere che il nesso causale tra l'attività del mediatore e la conclusione dell'affare non è reciso dalla circostanza che la stipula del contratto di locazione sia avvenuta ad opera di un soggetto terzo rispetto al contratto di mediazione. La Suprema Corte ha, infatti, rilevato come il giudice d'appello abbia ommesso di valutare le circostanze dedotte dalla società di mediazione (quali la visita dell'immobile da parte dell'intermediata insieme al marito e il fatto che proprio questi abbia successivamente stipulato la locazione) da cui poteva evincersi la sussistenza di un nesso causale tra l'opera del mediatore e la conclusione dell'affare.

### 3. Autonomia negoziale e sindacato giudiziale sulla vessatorietà della clausola

Il vero nodo gordiano sciolto dalla pronuncia in epigrafe è relativo alla natura vessatoria o meno, ai sensi dell'art. 33, comma 1, codice del consumo, della clausola che riconosce al mediatore il diritto alla provvigione per l'ipotesi in cui il contratto sia stato concluso, dopo la scadenza dell'incarico, da soggetti riconducibili, per rapporti familiari o societari, alla parte proponente.

Da sempre vi è un legame indissolubile tra il censimento di clausole abusive e la necessità di disegnare la linea di confine tra la forza espansiva dell'autonomia privata, da un lato, ed i poteri e limiti del sindacato giudiziale, dall'altro [PURPURA, *La vessatorietà della provvigione del mediatore in caso di recesso del venditore*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, 2, 313 ss.]. Se le parti, ai sensi degli artt. 1322 c.c., 2, 3 e 41 Cost., sono libere di determinare il contenuto del contratto, nei limiti imposti dalla legge, nonché di concludere contratti atipici purché diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento, allora, nell'ambito della stipula di una mediazione atipica è possibile derogare a quanto disposto dall'art. 1755 c.c., disancorando la provvigione dalla effettiva conclusione dell'affare e collegandola, piuttosto, all'attività concretamente svolta teleologicamente orientata al predetto scopo. Resta comunque fermo il vaglio di meritevolezza degli interessi perseguiti dal contratto, che sarebbe agevole da superare nel caso di un programma negoziale che tuteli il mediatore da possibili accordi fraudolenti delle parti, finalizzati solo ad eludere l'obbligo di corrispondergli il compenso.

La forza espansiva dell'autonomia negoziale trova, però, un ulteriore argine nella disciplina a tutela dei consumatori che si propone, come noto, di appianare le disegualianze sostanziali di potere informativo e contrattuale sussistenti tra consumatore e professionista [ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e interesse del consumatore*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1954, 4, 973 e ss.]. Tutela che è affidata ad un sistema di controllo sostanziale del contratto, attraverso il giudizio di vessatorietà delle clausole ivi inserite che, ai sensi dell'art. 33 codice del consumo, determinano un significativo squilibrio (normativo e non meramente economico), contrario a buona fede oggettiva, di diritti e di obblighi derivanti dal contratto [Cfr. 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, 854 ss.; C. Giust., 4 giugno 2020, C-495/19; C-693/19; C 831/19; Cass., sez. un., 6 aprile 2023, n. 9479, in *Foro it.*, 2023, I, 5, 1486 ss., con note di PAGLIANTINI, PARDOLESI e SASSANI].

L'argomentazione della Suprema Corte nella sentenza in commento, sulla scia dei precedenti arresti giurisprudenziali nell'area della mediazione atipica, incentra tutta l'argomentazione sulla casistica concreta, provando a smussare le asperità di una clausola che si mostra suscettibile di una qualifica come vessatoria perché comprime la libertà contrattuale nei rapporti con i terzi senza limiti di tempo [SANTARPIA, *Mediazione atipica, controllo contenutistico e tutela consumeristica: la saga continua*, in *Foro it.*, 2024, I, 2, 430].

La sentenza in commento specifica che la clausola oggetto della disputa, pur non rientrando nelle liste tipizzate dal legislatore all'art. 33, codice del consumo, determina un significativo squilibrio di diritti ed obblighi, posto che, in primo luogo, attribuisce il diritto al compenso del mediatore indipendentemente dalla prova dell'accordo tra la

parte, che si è avvalsa della sua attività, ed il terzo che ha concluso successivamente l'affare e, in secondo luogo, implica una tacita proroga del vincolo contrattuale. Si tratta, quindi, di una clausola che, seppur in astratto pare meritevole di tutela (offrendo uno strumento utile al mediatore per contrastare un eventuale *consilium fraudis* a suo danno da parte del contraente che, per sottrarsi al pagamento della provvigione, simula un recesso dalle trattative e fa stipulare, successivamente, il medesimo contratto da un terzo) non può per ciò solo trasmodare in una tutela preventiva ed assoluta della posizione del mediatore svincolata dall'accertamento fattuale dell'accordo fraudolento con il terzo.

Riemerge nell'argomentazione dei giudici di legittimità un concetto assai frequente ma mai ridondante nell'ambito dei contratti del consumo: la necessità di operare un bilanciamento di interessi contrapposti tra consumatore e professionista.

Utilizzando un'espressione della dottrina, l'argomento consumeristico nella sentenza in parola "si prende la scena soltanto a metà" poiché la Cassazione "con una mano dà e con l'altra toglie": l'intera posta si gioca, infatti, sull'onere della prova che non è più di pertinenza del mediatore ma del consumatore che invoca la nullità di protezione [PAGLIANTINI, *Un distillato seminegletto di clausole abusive: variazioni sulla mediazione atipica in Cassazione*, in *Foro it.*, 2024, I, 2, 431]. Il mediatore deve, in altri termini, dimostrare la collusione antagonista, ma l'*onus probandi* non può spingersi fino a sovvertire il principio della vicinanza della prova onerandolo di dedurre in giudizio le condizioni del contratto concluso dalle controparti dopo la scadenza del mandato. Si tratta di elementi che non sono nella sua disponibilità, come afferma la Suprema Corte.

Si ritiene, quindi, sufficiente che il mediatore allegghi la situazione di conflitto (si richiama il parallelismo con il contratto concluso dal rappresentante in conflitto di interessi con il rappresentato, di cui all'art. 1394 c.c., suggerito da autorevole dottrina [PAGLIANTINI, *Un distillato seminegletto di clausole abusive: variazioni sulla mediazione atipica in Cassazione*, cit., 431]); spetterà, poi, alle parti del contratto di locazione dimostrare che la situazione antagonista non ha influenzato la stipula dello stesso. Dimostrazione assai difficile nel caso in cui da un raffronto comparativo tra la proposta irrevocabile rifiutata ed il contratto successivamente concluso alla scadenza del mandato dovesse emergere una corrispondenza di contenuti.

Occorre, da ultimo, osservare che nella fattispecie esaminata, la clausola sulla spettanza della provvigione incide sull'oggetto del contratto, di conseguenza, il sindacato giudiziale incontra il limite di cui all'art. 34, comma 2, codice del consumo, e trova spazio solo in caso di difetto di chiarezza e comprensibilità della clausola [sul punto cfr. Comunicazione 2019/C 323/04 della Commissione europea]. Ebbene, nel caso di specie, i giudici di legittimità hanno ritenuto la clausola "eccessivamente ampia e generica", posto che introduce una proroga "senza limiti di tempo" al contratto ed obbliga la parte a corrispondere la provvigione anche nel caso di stipula del negozio da parte di un terzo che è "ad essa riconducibile", indipendentemente da ogni altra circostanza da cui risulti che l'affare sia stato agevolato in ragione dei rapporti familiari o personali tra le parti.

#### 4. Segue, profili problematici e considerazioni conclusive

Nell'ambito della mediazione, il professionista, pur avendo una posizione di vantaggio in termini di poteri contrattuali, si trova, al contempo, in una posizione di svantaggio rispetto al consumatore, dal momento che il suo compenso esula dalla sua prestazione e deriva, piuttosto, dalla determinazione dell'altra parte alla conclusione o meno dell'affare. Ciò posto, la giurisprudenza, come già chiarito, ha dato un'interpretazione estensiva ai presupposti di legge che fanno sorgere il compenso del mediatore. Per la medesima *ratio*, nella prassi, con le fonti autonome di regolazione del contratto si tende ad inserire clausole che svincolano la provvigione dall'effettiva conclusione dell'affare e la collegano, invece, all'attività concretamente svolta dal mediatore. Rientra, infatti, nell'autonomia privata il potere di derogare lo schema normativo di cui all'art. 1755 c.c.. Resta, tuttavia, fermo il requisito della chiarezza espositiva che devono avere le clausole contrattuali, in mancanza del quale riemerge il potere del giudice di sindacare anche sull'oggetto del contratto (*ex art. 34, comma 2, codice del consumo*). Tale sindacato incontra il duplice rischio di celare dietro il velo della tutela del principio di trasparenza un inammissibile sindacato sull'adeguatezza del corrispettivo o sull'oggetto del contratto [PURPURA, *La vessatorietà della provvigione*, cit., 313] e di rendere sempre più labile la linea di confine tra autonomia privata e sindacato giudiziale [GUERRINI, *Mediazione atipica e vessatorietà: la Cassazione apre il sindacato sull'equilibrio economico del contratto?*, in *Danno e resp.*, 2011, 4, 373 ss.]. Rischio da cui si pone al riparo la sentenza in commento, dal momento che non dichiara vessatoria la clausola "senza sé e senza ma"; al contrario, chiarisce che la vessatorietà dipende, anzitutto, dall'aver esonerato il mediatore dall'onere di provare, o quantomeno allegare, comportamenti fraudolenti ad opera delle controparti nonché per aver definito in modo eccessivamente generico le condizioni di operatività della stessa.

### Bibliografia essenziale

- ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e interesse del consumatore*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1954, 4, 973 ss.
- AZZOLINA, *La mediazione*, in *Trattato di diritto civile* diretto da Vassalli, VIII, Utet, 1957
- CARRARO, voce *Mediazione e mediatore* in *Noviss. dig. it.*, Utet, 1964, 476
- CAUTADELLA, voce *Mediazione*, in *Enc. giur.*, XIX, Treccani, 1990, 1 ss.
- CATRICALÀ, *La mediazione*, in *Trattato di diritto privato* diretto da Rescigno, XII, Utet, 1985, 433
- DELLA CHIESA, *Provvigione e causalità nel rapporto di mediazione*, in *I Contratti*, 2015, 11, 989
- GALGANO, *Mediazione di cortesia, mediazione accessoria e prestazioni accessorie del mediatore*, in *La mediazione* a cura di Zaccaria, Cedam, 1992, 145 ss.
- GALGANO, *Le antiche e nuove frontiere del danno risarcibile*, in *Contr. e impr.*, 2008, 1, 84
- GALLO, *Conflitto di interessi e diritto alla provvigione nel contratto di mediazione*, in *I contratti*, 2009, 4, 370
- GUERRINI, *Mediazione atipica e vessatorietà: la Cassazione apre il sindacato sull'equilibrio economico del contratto?*, in *Danno e resp.*, 2011, 4, 373 ss.
- LUMINOSO, *La mediazione*, nel *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da Cicu e Messineo e continuato da Schlesinger, Giuffrè, 2006, 1 ss.

MINASI, voce *Mediazione*, in *Enc. dir.*, XXVI, Giuffrè, 1976, 40 ss.

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, 854 ss.

PAGLIANTINI, *Un distillato seminegletto di clausole abusive: variazioni sulla mediazione atipica in Cassazione*, in *Foro it.*, 2024, I, 2, 431

PURPURA, *La vessatorietà della provvigione del mediatore in caso di recesso del venditore*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, 2, 313 e ss.

SANGIOVANNI, *Il contributo causale del mediatore e il diritto alla provvigione*, in *I singoli contratti*, 2015, 6, 585

SANTARPIA, *Mediazione atipica, controllo contenutistico e tutela consumeristica: la saga continua* in *Foro it.*, 2024, I, 2, 430

SCOGNAMIGLIO, *"Statuti" dell'autonomia privata e regole ermeneutiche nella prospettiva storica e nella contrapposizione tra parte generale e disciplina del settore*, in *Eur. dir. priv.*, 2005, 4, 1015

STOLFI, voce *Della mediazione*, in *Commentario del codice civile* a cura di Scialoja e Branca, Zanichelli, 1954, 1 ss.

TOSCHI, *La mera causalità adeguata tra attività del mediatore e conclusione dell'affare è sufficiente per far sorgere il diritto alla provvigione*, in *I Contratti*, 2022, 4, 384.

# IMPRESA E MERCATO

## Codice dei contratti pubblici

# Il nuovo Codice dei contratti pubblici: spunti di riflessione tra principi generali, garanzie fideiussorie e scelte delle stazioni appaltanti\*

di GIANMARIA BARAGGIOLI

Dottore di ricerca in diritto civile, societario e internazionale  
Avvocato nel foro di Genova

### ABSTRACT

Il contributo contiene alcune riflessioni e osservazioni critiche con riguardo alla possibile relazione e al coordinamento tra alcuni principi generali previsti nel nuovo Codice dei contratti pubblici e la nuova disciplina delle garanzie fideiussorie, che viene trattata e approfondita con particolare riferimento alla disciplina della garanzia provvisoria e della garanzia definitiva.

*This paper contains some reflections and critical remarks with regard to the possible relationship and coordination between some general principles provided for in the new Public Contracts Code and the new discipline of guarantees, which is dealt with and explored in detail with particular reference to the discipline of the bid bond and the performance bond.*

**SOMMARIO:** 1. Il nuovo Codice dei contratti pubblici. I principi generali; 2. Garanzie a corredo dell'offerta; 3. Garanzie definitive.

### 1. Il nuovo Codice dei contratti pubblici. I principi generali

Il nuovo Codice dei contratti pubblici introdotto dal d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36 in attuazione dell'art. 1 l. 21 giugno 2022, n. 78, recante delega al Governo in materia di contratti pubblici, presenta certamente molti profili innovativi assai rilevanti. Vi è innanzitutto una parte generale (la Parte I del Libro I) dedicata alla codificazione dei principi che riguardano l'intera materia dei contratti pubblici.

Si tratta di principi generali che, lungi dall'atteggiarsi a declamazioni teoriche, dovranno avere una funzione ordinante e dovranno essere la stella polare delle decisioni amministrative, nonché il parametro di valutazione della loro legittimità [per un commento alla portata dei principi generali nel nuovo Codice, si rimanda a NAPOLITANO, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici: i principi generali*, in *Giorn. dir. amm.*, 2023, 3, 287].

Come precisato altresì nella Relazione agli articoli e agli allegati del Codice «il ri-

\* Il presente contributo è stato sottoposto a valutazione in forma anonima ed è stato pubblicato in anteprima su rivistapactum.it il 30.04.2024.

corso ai principi assolve, inoltre, a una funzione di completezza dell'ordinamento giuridico e di garanzia della tutela di interessi che altrimenti non troverebbero adeguata sistemazione nelle singole disposizioni».

Fondamentale, in questo rinnovato quadro normativo, è l'affermazione dei principi del risultato, della fiducia e dell'accesso al mercato, i quali, oltre a ispirare diverse disposizioni di dettaglio, orientano l'interpretazione e l'applicazione dell'intero Codice, così come dispone espressamente l'art. 4, d.lgs. n. 36/2023. A fronte dell'introduzione di principi generali, precettivi e orientatori (risultato, fiducia, accesso al mercato, buona fede e tutela dell'affidamento, solidarietà e sussidiarietà orizzontale, auto-organizzazione amministrativa, autonomia negoziale, conservazione dell'equilibrio contrattuale, tassatività delle cause di esclusione, applicazione dei contratti collettivi di lavoro) vengono però introdotte, nel campo del diritto degli appalti pubblici, alcune disposizioni che sembrano mettere a dura prova la tenuta e il buon coordinamento dei suddetti principi.

Tali regole, come vedremo di seguito, sembrano suggerire, al di là dell'affermazione contenuta nell'art. 1, comma 4, d.lgs. n. 36/2023 secondo cui il principio del risultato costituisce «criterio prioritario per l'esercizio del potere discrezionale e per l'individuazione della regola del caso concreto», un problema interpretativo e di coordinamento con i diversi principi generali sopra menzionati, ponendo conseguentemente una tensione tra gli stessi principi generali [MORBIDELLI, *Introduzione ad un dibattito sui principi nel nuovo Codice dei contratti pubblici*, in *I principi nel codice dei contratti pubblici* a cura di Morbidelli, Passigli Editori, 2023, 7, sostiene che alcuni principi avrebbero contenuto pluridimensionale e aperto a una pluralità indeterminata di bilanciamenti, ponderazioni e applicazioni (risultato, fiducia, accesso al mercato), mentre altri (buona fede e tutela dell'affidamento, solidarietà e sussidiarietà orizzontale, auto-organizzazione amministrativa, autonomia negoziale, conservazione dell'equilibrio contrattuale, tassatività delle cause di esclusione, applicazione dei contratti collettivi di lavoro) sarebbero prevalentemente «principi regole» riferiti a fattispecie specifiche e direttamente applicabili].

Se con riguardo al principio del risultato la formula «*criterio prioritario*» segnala chiaramente l'intento di concepire, almeno teoricamente, una gerarchia degli interessi protetti, non significa però che tale affermata prevalenza possa sempre realizzarsi in modo concreto e soddisfacente.

Quel che è certo infatti è che dalla disamina di alcune disposizioni del Codice, soprattutto in materia di garanzie, appare evidente che le scelte che concretamente verranno assunte nell'ambito delle decisioni amministrative (e saranno poi confermate o disattese dalla giurisprudenza che dovrà eventualmente poi sindacarne la legittimità), avranno effetti non irrilevanti con riguardo, in via diretta o indiretta, alla contabilità pubblica e al pericolo di generare ritardi o inefficienze nell'affidamento e nell'esecuzione dei contratti. D'altronde, se tutto ciò sembra essere coerente con il dichiarato intento del Codice di favorire una più ampia libertà di iniziativa e di auto-responsabilità delle stazioni appaltanti, valorizzandone autonomia e discrezionalità (amministrativa e tecnica) in un settore in cui spesso la presenza di una disciplina rigida e dettagliata ha creato incertezze, ritardi, inefficienze, dall'altro lato si rischia però di incorrere in un sistema che – seppure con le migliori intenzioni possibili – corre il pericolo di ingessarsi e di procurare, alla prova dei fatti, più disagi che benefici.

## 2. Garanzie a corredo dell'offerta

Per comprendere quale sia l'oggetto dell'indagine, si prenda dapprima in considerazione la disciplina della cauzione provvisoria e delle procedure di affidamento sotto-soglia, che per valore, rilevanza e numero non saranno, con la riforma del nuovo Codice, affatto trascurabili.

Alcune regole sembrano essere concepite per prediligere una più estesa possibilità di accedere al mercato e per perseguire il fine della celerità rispetto ad altri differenti principi generali.

Si pensi, ad esempio, all'art. 53 del nuovo Codice, laddove si è stabilito, in via del tutto innovativa, che nelle procedure di affidamento sotto-soglia di cui all'art. 50, comma 1, la stazione appaltante può non richiedere al concorrente la garanzia a corredo dell'offerta (c.d. garanzia provvisoria).

In deroga a quanto ivi previsto, lo stesso art. 53, comma 1 fa salva la possibilità, in caso di procedure negoziate, di richiedere la garanzia provvisoria alle seguenti condizioni: a) la richiesta deve essere giustificata dalla tipologia e specificità della singola procedura; b) le particolari esigenze devono essere indicate nella decisione a contrarre, nell'avviso di indizione della procedura oppure in altro atto equivalente; c) il relativo ammontare deve essere al massimo pari all'1% dell'importo previsto nell'avviso o nell'invito per il contratto oggetto di affidamento. In questi casi, la garanzia provvisoria è costituita nelle medesime modalità che l'art. 106 prescrive per gli affidamenti sopra-soglia.

La norma pare trovare la propria *ratio* nel tentativo di rendere le procedure relative ai negozi sotto-soglia più celeri, nonché alla ritenuta necessità di tutelare le imprese medio piccole garantendo loro condizioni meno gravose di accesso alle procedure di gara (e quindi esonerandole dalla difficoltà – anche di natura economica per i costi correlati – di trovare soggetti disposti a rilasciare garanzie da porre a corredo dell'offerta). Si esonera quindi la stazione appaltante dal richiedere all'operatore economico la presentazione della cauzione provvisoria a corredo dell'offerta, salvo che ricorrano le particolari esigenze sopra viste che ne giustificano la richiesta. La regola non pare affatto trascurabile.

Basti infatti pensare che a fronte dei principi di celerità e libero accesso al mercato, sembrano essere messi in secondo piano diversi principi, almeno sulla carta, altrettanto importanti, quali il principio del buon andamento e dei correlati principi di efficienza, efficacia ed economicità che, come recita l'art. 1, comma 3 del nuovo Codice si concretizzano, essendone materiale attuazione nell'ambito dei contratti pubblici, proprio nel principio del risultato che dovrebbe essere invece, come sopra visto, «criterio prioritario». Nell'ambito di una procedura ad evidenza pubblica, infatti, la cauzione provvisoria assolve ad una duplice funzione, presidiando, da un lato, la serietà dell'offerta e il mantenimento di questa da parte di tutti i partecipanti alla gara, fino al momento dell'aggiudicazione e garantendo, dall'altro, la stipula del contratto da parte dell'offerente risultato aggiudicatario all'esito della procedura con conseguente funzione indennitaria.

La natura della cauzione provvisoria è ancora dibattuta tra tesi che la qualificano come clausola penale e tesi che la qualificano come caparra confirmatoria [in giurisprudenza, si veda per la prima tesi Cons. Stato, 23 febbraio 2015, n. 844; mentre per la seconda tesi si veda Cons. Stato, Ad. Plen., 10 dicembre 2014, n. 34]. La distinzione non è

di poco conto, soprattutto laddove la natura di clausola penale consentirebbe di pretendere, se convenuto nella *lex specialis* di gara, anche la risarcibilità del maggior danno.

Consentire di limitare la presentazione della garanzia provvisoria sembra comportare dei rischi nella misura in cui si va a minare la serietà delle offerte e a eliminare quindi la funzione indennitaria della stessa, con nocumento alle stazioni appaltanti.

Nello stesso senso si deve leggere il disposto dell'art. 54, comma 4, laddove è stabilito che la stazione appaltante può non richiedere la garanzia definitiva, anche in caso di affidamenti sotto-soglia in Accordo Quadro, previa debita motivazione (la regola non è innovativa perché riproduce quanto già stabilito dall'art. 103, comma 11, d.lgs. n. 50/2016).

Si tratta di disposizioni, per usare le parole della Relazione agli articoli e agli allegati del Codice che esprimono proprio quella funzione di «accentuare e incoraggiare lo spazio valutativo e i poteri di iniziativa delle stazioni appaltanti, per contrastare, in un quadro di rinnovata fiducia verso l'azione dell'amministrazione, il fenomeno della c.d. burocrazia difensiva».

Il bilanciamento tra i diversi principi coinvolti però appare davvero delicato.

Sembra infatti che tali esoneri, stabiliti evidentemente anche in nome della celerità e di un più ampio accesso al libero mercato, possano andare però a detrimento del bilancio pubblico ovvero del principio del risultato correttamente inteso quale «attuazione, nel settore dei contratti pubblici, del principio del buon andamento e dei correlati principi di efficienza, efficacia ed economicità».

Si consideri infatti la norma sopra citata che esonera la stazione appaltante, in relazione ai contratti c.d. sotto-soglia, dal richiedere all'operatore economico la presentazione della cauzione provvisoria a corredo dell'offerta. Da una parte, vi è il fondato pericolo che a fronte di «una mancata aggiudicazione» dopo la proposta di aggiudicazione o di «una mancata sottoscrizione del contratto» imputabili all'affidatario oppure conseguenti all'adozione di un'informazione antimafia interdittiva, la stazione appaltante si trovi sprovvista della possibilità di incamerare la cauzione provvisoria perché mancante e quindi subisca un detrimento economico causato dalla mancata possibilità di incamerare la cauzione provvisoria. Dall'altra parte, vi è invece il pericolo che le procedure di affidamento rimangano bloccate qualora la stazione appaltante, ritenendo esistenti particolari esigenze che giustificano la richiesta di ricevere dall'operatore una cauzione provvisoria, si veda contestare tale richiesta in sede di indizione della procedura o di altri atti equipollenti tramite la proposizione di azioni giudiziarie, rischiando di ritardare l'iter del procedimento.

Pare quindi che la discrezionalità della stazione appaltante in relazione alla possibilità di non chiedere la cauzione provvisoria, anziché rendere le procedure relative ai negozi sotto-soglia più celeri e a tutelare le imprese medio piccole, faccia insorgere possibili problemi di non poco conto.

A conferma di ciò, sia il Bando Tipo Anac 1/2023 sia i primi bandi di gara pubblicati in vigore del nuovo Codice dei contratti pubblici, a quanto consta, sembrano non tenere conto della facoltà delle stazioni appaltanti di non chiedere la cauzione provvisoria per le procedure relative ai negozi sotto-soglia. Sembrerebbe quindi che sia Anac sia le stazioni appaltanti abbiano, almeno sino ad ora, più o meno consapevolmente eluso il problema,

dando però, alla prova dei fatti, un'interpretazione abrogante della norma del nuovo Codice.

La situazione appare ancora più complessa laddove si consideri quanto stabilito, sempre in materia di garanzie, all'art. 117 del d.lgs. n. 36/2023.

### 3. Garanzie definitive

L'art. 117 disciplina, come noto, la c.d. garanzia definitiva (in precedenza regolata dall'art. 103 del d.lgs. n. 50/2016 e prima ancora dall'art. 113 del d.lgs. n. 163/2006).

La cauzione definitiva è la tradizionale garanzia reale che l'appaltatore è tenuto a prestare per l'adempimento degli obblighi contrattuali [BARAGGIOLI, *La cauzione definitiva tramite polizza fideiussoria: natura della garanzia e onere della prova*, in *AdC*, 2021, 175].

Per cauzione definitiva in senso stretto si intende una garanzia reale, assimilabile al pegno irregolare, consistente nel versamento di titoli o somme di denaro di proprietà del debitore a favore del creditore, il quale può definitivamente incamerarli in caso di inadempimento.

Questo tipo di garanzia, presentando il grosso inconveniente di immobilizzare (anche solo temporaneamente) dei capitali, viene nella prassi sempre più largamente sostituita da garanzie personali, che consentono al creditore (Ente pubblico) la possibilità di richiedere al garante il pagamento. Accanto alla menzionata garanzia reale, il Legislatore, allo scopo evidente di rendere più agevole l'escussione da parte della stazione appaltante, ha inteso delineare una garanzia personale che, sebbene definita come fideiussoria, è caratterizzata da alcuni elementi idonei a evocare, almeno sotto certi aspetti, un certo carattere di autonomia rispetto all'obbligazione principale garantita [la polizza fideiussoria, secondo le sue diverse tipologie, ha costituito per lungo tempo oggetto di attenzione da parte della giurisprudenza e della dottrina, nel tentativo di inquadrare sistematicamente lo strumento negoziale all'interno della disciplina dettata dal codice civile in materia di assicurazione ovvero all'interno del tipo legale fideiussione: per una ricostruzione del problema, si rinvia a BOSA, *Garanzia di corretta esecuzione e fideiussio indemnitis in una recente ricostruzione della Suprema Corte*, in *Contratti*, 2020, 6, 668].

L'art. 117 del nuovo Codice [si veda CARINGELLA (diretto da), *Il nuovo codice dei contratti pubblici*, Giuffrè, 2023, 817], riprendendo in buona sostanza le regole contenute nella precedente disposizione normativa, stabilisce che la garanzia in argomento, richiesta per un ammontare di base pari al 10% dell'importo contrattuale, viene prestata «per l'adempimento di tutte le obbligazioni del contratto e per il risarcimento dei danni derivanti dall'eventuale inadempimento delle obbligazioni stesse, nonché per il rimborso delle somme pagate in più all'esecutore rispetto alle risultanze della liquidazione finale, salva comunque la risarcibilità del maggior danno verso l'appaltatore» e «per l'eventuale maggiore spesa sostenuta per il completamento dei lavori, servizi o forniture nel caso di risoluzione del contratto disposta in danno dell'esecutore [...] per il pagamento di quanto dovuto dall'esecutore per le inadempienze derivanti dalla inosservanza di norme e prescrizioni dei contratti collettivi, delle leggi e dei regolamenti sulla tutela, protezione, as-

sicurazione, assistenza e sicurezza fisica dei lavoratori addetti all'esecuzione dell'appalto», precisando altresì che «le garanzie fideiussorie e le polizze assicurative previste dal codice sono conformi agli schemi tipo approvati con decreto del Ministro delle imprese e del made in Italy di concerto con il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti e con il Ministro dell'economia e delle finanze» (si tratta degli Schemi Tipo che meglio circoscrivono l'oggetto di garanzia).

Come in passato, viene precisato che siffatta garanzia è progressivamente svincolata a misura dell'avanzamento dell'esecuzione, nel limite massimo dell'80% dell'iniziale importo garantito. L'ammontare residuo della garanzia definitiva permane fino alla data di emissione del certificato di collaudo provvisorio o del certificato di regolare esecuzione, o comunque fino a dodici mesi dalla data di ultimazione dei lavori risultante dal relativo certificato.

Il nuovo Codice stabilisce invece una novità davvero rilevante che prima non era contemplata in materia di cauzione definitiva.

Si è inserito infatti un apposito comma 4, che riconosce ora la facoltà per l'appaltatore di richiedere, prima della conclusione del contratto di appalto, la sostituzione della cauzione o della garanzia fideiussoria con ritenute di garanzia pari al 10% sugli stati di avanzamento.

La norma precisa però – in un tentativo di bilanciamento della soluzione adottata – che da una parte restano ferme «la garanzia fideiussoria costituita per l'erogazione dell'anticipazione e la garanzia da costituire per il pagamento della rata di saldo» e dall'altra parte che comunque «per motivate ragioni di rischio dovute a particolari caratteristiche dell'appalto o a specifiche situazioni soggettive dell'esecutore dei lavori, la stazione appaltante può opporsi alla sostituzione della garanzia».

La prima parte della disposizione citata pare essere principalmente rivolta a dare attuazione al criterio di delega di cui all'art. 1, comma 2, lett. c), della l. n. 78/2022, che richiede la revisione del sistema delle garanzie fideiussorie per la partecipazione e l'esecuzione dei contratti pubblici «[...] prevedendo, in relazione alle garanzie dell'esecuzione dei contratti, la possibilità di sostituire le stesse mediante l'effettuazione di una ritenuta di garanzia proporzionata all'importo del contratto in occasione del pagamento di ciascuno stato di avanzamento dei lavori» [l'attuazione alla legge delega è stata opportunamente rilevata, unitamente al carattere innovativo della disposizione, anche da COSMAI e BUONANNO, *La riforma del codice appalti*, Cedam, 2023, 334].

La seconda parte della disposizione citata, invece, laddove prevede che restano ferme «la garanzia fideiussoria costituita per l'erogazione dell'anticipazione e la garanzia da costituire per il pagamento della rata di saldo» sembra volere giustificare l'apertura concessa, laddove prevede che «per motivate ragioni di rischio dovute a particolari caratteristiche dell'appalto o a specifiche situazioni soggettive dell'esecutore dei lavori, la stazione appaltante può opporsi alla sostituzione della garanzia» sembra invece essere stata formulata nel tentativo di porre un freno ad un indiscriminato lasciar passare. La disposizione del comma 4 citata, interamente considerata, è comunque foriera di rilevanti criticità.

Innanzitutto, non si comprende perché dovrebbe essere accettata la ritenuta del 10% sugli stati di avanzamento in luogo di una garanzia di importo pari, almeno, al 10%

dell'importo contrattuale (potendosi anche arrivare a prevedere, in base al ribasso offerto, garanzie definitive anche maggiori al 20-30% dell'importo contrattuale).

Si consideri infatti che mentre la garanzia definitiva è operativa nella sua interezza fin dal primo giorno della sottoscrizione del contratto d'appalto, le somme a disposizione della stazione appaltante a seguito della ritenuta di garanzia pari al 10% sugli stati di avanzamento, sarebbero prevedibilmente di importo assai modesto nella prima fase di esecuzione dell'appalto.

Ciò comporta che qualora dovesse verificarsi una situazione di insolvenza o una risoluzione contrattuale per grave inadempimento dell'appaltatore nelle prime fasi dell'appalto, la pubblica amministrazione rimarrebbe sostanzialmente priva di adeguata copertura e si potrebbe trovare a sostenere interamente i costi discendenti dall'inadempimento del contratto principale garantito quali, ad esempio, le penali ovvero la verifica dello stato di consistenza, la custodia e la smobilitazione del cantiere, la liberazione delle aree ovvero i costi di riappalto, oltre ad essere responsabile dei lavoratori addetti all'esecuzione dell'appalto e dei subappaltatori, senza potere contare su un'adeguata garanzia rilasciata da soggetti che rispondano ai requisiti di solvibilità previsti dalla legge. In nome dell'asserita esigenza di risparmio dei costi da parte delle imprese e quindi di garantire un maggior accesso al mercato, sembra si sia creato un sistema che espone le stazioni appaltanti e di conseguenza le casse dello Stato e degli altri Enti Pubblici, a maggiori rischi ed oneri di natura economica che alla fine ricadono sulla collettività.

Ciò a maggior ragione se si considera che i soggetti che più tenteranno di avvalersi di questa facoltà di sostituire la garanzia definitiva con l'applicazione di una ritenuta a valere sugli stati di avanzamento nella misura del 10% degli stessi, saranno prevedibilmente proprio coloro che, per situazioni economico-patrimoniali, avranno un più difficile o costoso accesso al credito bancario/assicurativo e quindi, per definizione, saranno i soggetti meno affidabili.

C'è inoltre da considerare che ciò che indurrà certe imprese appaltatrici a tentare di avvalersi della suddetta facoltà di sostituzione non sarà, con ogni probabilità, il costo da sostenere per ottenere il rilascio della garanzia (che sarà relativamente modesto a fronte degli importi delle ritenute, pari al 10% sugli stati di avanzamento, che non saranno incamerati dalle imprese appaltatrici), quanto piuttosto la difficoltà di quelle certe imprese ad ottenere una prestazione di garanzia perché ritenute imprese a rischio. D'altronde, la circostanza che restino ferme e necessarie le garanzie per l'erogazione dell'anticipazione e per il pagamento della rata di saldo, non sembra affatto risolvere le criticità sopra evidenziate, trattandosi di fattispecie negoziali che garantiscono obbligazioni diverse. Come noto, la garanzia sull'anticipazione è rilasciata in conseguenza dell'anticipazione sul prezzo d'appalto erogato dalla stazione appaltante all'appaltatore e ha la funzione di garantirne il recupero; mentre la garanzia per il pagamento della rata di saldo è rilasciata a garanzia della restituzione totale o parziale della rata di saldo pagata dalla stazione appaltante all'appaltatore qualora emergano difformità e vizi dell'opera.

La possibilità poi di opporsi alla sostituzione della garanzia in argomento allorché la stazione appaltante ravvisi « motivate ragioni di rischio dovute a particolari caratteristiche dell'appalto o a specifiche situazioni soggettive dell'esecutore dei lavori » apre il campo ad altri possibili problemi.

Non si comprende, in particolare, come e quando tale opposizione da parte della stazione appaltante dovrebbe manifestarsi e con quali conseguenze, anche di durata, rispetto al normale *iter* dell'appalto.

Sembra che le c.d. «motivate ragioni di rischio dovute a particolari caratteristiche dell'appalto» si riferiscano a circostanze oggettive che attengano alla tipologia e all'oggetto della prestazione richiesta dalla stazione appaltante, cosicché tali «motivate ragioni di rischio» dovrebbero già trasparire dagli atti di gara ed essere, eventualmente, oggetto di impugnazione e contestazione in quella fase e ricadere, prevedibilmente, nella giurisdizione del giudice amministrativo.

Anche in questo caso, il Bando Tipo Anac 1/2023 nulla prevede però a questo specifico riguardo e non risulta, a quanto consta, almeno dai documenti di gara delle stazioni appaltanti sino ad oggi esaminati, che eventuali «motivate ragioni di rischio» siano state evidenziate negli specifici appalti presi a riferimento. Relativamente invece al significato della locuzione «specifiche situazioni soggettive dell'esecutore dei lavori», sembra che la norma faccia riferimento a caratteristiche proprie dell'operatore prescelto e quindi verificabili (per deduzione logica) solo dopo avere constatato l'esistenza del possesso dei requisiti richiesti in capo all'operatore.

Va da sé che resta difficile comprendere come si possa scegliere, e quindi aggiudicare, un appalto ad un operatore che al contempo abbia però, per stessa ammissione della stazione appaltante, una situazione soggettiva tale che suggerisce di opporsi alla richiesta di sostituzione della cauzione definitiva con ritenute di garanzia pari al 10% sugli stati di avanzamento.

Ne consegue che una siffatta eventuale opposizione della stazione appaltante sembrerebbe infatti suonare contraddittoria rispetto all'aggiudicazione dell'appalto, determinando altresì un possibile cortocircuito in relazione a probabili impugnazioni dell'aggiudicazione da parte di terzi soggetti interessati.

Ciò che sembra invece certo è che un'eventuale opposizione alla sostituzione della garanzia da parte della stazione appaltante in presenza di presunte «specifiche situazioni soggettive dell'esecutore dei lavori» aprirebbe il campo a possibili contestazioni da parte dell'operatore, con il rischio di vedere allungarsi l'inizio dell'esecuzione dell'appalto e di gravare la stazione appaltante di costi e possibili responsabilità di diversa natura giuridica.

Bisogna infine ricordare però che nella Relazione agli articoli e agli allegati del nuovo Codice si afferma che «[l]a digitalizzazione end-to-end del processo di acquisto delle amministrazioni, mediante la semplificazione delle procedure dei contratti pubblici e la realizzazione di un ecosistema integrato di piattaforme digitali, consente di ridurre notevolmente i tempi e i costi di queste attività, oltre a favorire, di riflesso, la partecipazione di eventuali nuovi operatori economici alle procedure di appalto». Ad esempio, l'art. 22, comma 2, lett. g) prevede che «le piattaforme e i servizi digitali di cui al comma 1, consentono, in particolare [...] la gestione delle garanzie». Non è da escludere quindi che l'intenzione del Legislatore sia quello, anche in tema di garanzie, di servirsi e affidarsi al sistema della digitalizzazione, confidando in un insieme di informazioni condivise che potranno forse facilitare la circolazione dei dati rilevanti, ma certamente non potranno sopperire alle problematiche di valutazione sopra descritte.

Se come si afferma sempre nella Relazione agli articoli e agli allegati del Codice «[l]a digitalizzazione della pubblica amministrazione rappresenta la vera grande sfida dei prossimi anni per realizzare, in chiave moderna, la riforma del sistema economico-sociale e per essere, quindi, pronti a creare e a utilizzare la nuova fonte di ricchezza e di conoscenza rappresentata dai “dati”», non può infatti passare inosservato che la conoscenza dei dati non sarà, probabilmente, la panacea di tutti i mali e che certamente non esimerà le stazioni appaltanti dal dovere di decidere con estrema ponderazione e buon senso.

In attesa che l’auspicata digitalizzazione entri a regime, occorrerà intanto verificare quale posizione assumeranno le stazioni appaltanti e gli operatori di fronte a tematiche così delicate e quale posizione assumerà la giurisprudenza che fosse chiamata eventualmente a pronunciarsi e a muoversi in un perimetro che sarebbe stato forse più opportuno, per le ragioni sopra delineate, rimanesse meno discrezionale e più circoscritto.

Nel mentre si attenderà di verificare cosa accadrà, suona quantomeno allarmante (dire sinistro sarebbe qui suonato beffardo) constatare che a fronte di un’annunciata limitazione al sistema delle garanzie nei termini sopra illustrati e nel solco di un consistente spostamento dell’attività amministrativa nella dimensione della discrezionalità, la Relazione al Codice incoraggi quella che definisce una «rete di protezione» rispetto al rischio giuridico patrimoniale che accompagna l’operato degli amministratori pubblici.

In questo senso, infatti sembra vada interpretato l’invito alle stazioni appaltanti, contenuto nell’art. 2, comma 4 del Codice volto ad adottare azioni per la copertura assicurativa dei rischi per il personale [si veda in questo senso, NAPOLITANO, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici: i principi generali*, cit., 294, «[l]a formula relativa ai “rischi per il personale” è di ampia lettura e appare idonea a coprire casi sia di responsabilità civile sia di responsabilità erariale»].

### Bibliografia essenziale

- BARAGGIOLI, *La cauzione definitiva tramite polizza fideiussoria: natura della garanzia e onere della prova*, in *AdC*, 2021, 175
- BOSA, *Garanzia di corretta esecuzione e fideiussio indemnitis in una recente ricostruzione della Suprema Corte*, in *Contratti*, 2020, 6, 668
- BOSA, *La «garanzia di corretta esecuzione» tra modelli normativi e prassi socio-economica*, in *Contr. e impr.*, 2008, 2, 303
- AA.VV., *Il nuovo codice dei contratti pubblici* diretto da Caringella, Giuffrè, 2023
- COSMAI e BUONANNO, *La riforma del codice appalti*, Cedam, 2023
- MORBIDELLI, *Introduzione ad un dibattito sui principi nel nuovo Codice dei contratti pubblici*, in *I principi nel codice dei contratti pubblici* a cura di Morbidelli,, Passigli Editori, 2023
- NAPOLITANO, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici: i principi generali*, in *Giorn. dir. amm.*, 2023, 3, 287
- PERFETTI, *sub art. 117*, in *Codice dei contratti pubblici commentato* a cura di L.R. Perfetti, Ipsoa, 2023.

# BANCHE, INTERMEDIARI FINANZIARI E ASSICURAZIONI

## Concessione abusiva del credito

# La legittimazione attiva del curatore nell'ipotesi di concessione abusiva del credito alla luce della sentenza n. 1387/2023 della Corte di Cassazione\*

di NICOLA CAINERI ZENATI

Cultore della materia in Istituzioni di Diritto Commerciale e Diritto della Crisi  
Università degli Studi di Verona  
Avvocato nel Foro di Verona

(CORTE DI CASSAZIONE, sezione terza civile, ord. 18 gennaio 2023, n. 1387; Pres. Rubino – Est. Condello.)

### ABSTRACT

La Corte di Cassazione si è pronunciata nuovamente in merito alla legittimazione attiva del curatore nell'azione esercitata contro le banche per abusiva concessione di credito e, con delle riflessioni divergenti rispetto a quelle espresse precedentemente dalla medesima Corte, ha affermato che la curatela è legittimata ad agire nei confronti delle banche per i danni cagionati alla società nell'ipotesi venga dedotta la responsabilità del finanziatore verso il soggetto finanziato per il pregiudizio diretto causato al patrimonio di quest'ultimo dal finanziamento.

*The Supreme Court ruled again on the legal standing of the receiver in the action brought against banks for abusive granting of credit and, with divergent reflections from those previously expressed by the same court, affirmed that the receiver has standing to bring actions against banks for damages caused to the company in the event that the liability of the lender to the financed party is inferred for the direct injury caused to the latter's assets by the financing.*

**SOMMARIO:** 1. La vicenda alla base della pronuncia; 2. La legittimazione ad agire riconosciuta alla Curatela; 3. La prescrizione dell'azione di responsabilità dei creditori sociali nei confronti degli amministratori di società ex art. 2394 c.c.; 4. La violazione del T.U.B. e della normativa speciale del settore creditizio; 5. Osservazioni conclusive; 6. Bibliografia essenziale.

### 1. La vicenda alla base della pronuncia

La legittimazione attiva del curatore ad agire nei confronti delle banche per i danni cagionati alla società nell'ipotesi di concessione abusiva del credito è la tematica principale attorno a cui ruota l'ordinanza in commento.

La vicenda trae origine dalla citazione in giudizio della Banca Monte dei Paschi

\* Il presente contributo è stato sottoposto a valutazione in forma anonima ed è stato pubblicato in anteprima su rivistapactum.it il 04.04.2024.

S.p.A. e di Mps Capital Service Banca delle Imprese S.p.A. da parte della Curatela del Fallimento per ottenere la condanna in via solidale, in concorso con gli amministratori, al risarcimento dei danni arrecati alla società fallita in conseguenza del ricorso abusivo al credito.

Prima il Tribunale di Prato, poi la Corte d'Appello di Firenze avevano condannato i due istituti bancari al risarcimento dei danni arrecati dalla Curatela, rilevando che, sulla base della c.t.u. disposta, l'erogazione del credito fosse intervenuta in una situazione deficitaria della società, la quale aveva rilevato perdite dal 2002 in poi, ed in assenza di ogni merito creditizio al 31/12/2004; pertanto le banche, concedendo credito in una situazione di crisi irreversibile, hanno violato gli obblighi specifici sottesi al principio di sana e prudente gestione del credito, nonché il principio generale del *neminem laedere*.

La Suprema Corte di Cassazione ha rigettato il ricorso di Mps, in proprio e quale rappresentante di Mps Capital Service, ritenendo che la ricostruzione fattuale operata dai giudici di secondo grado non fosse stata minimamente scalfita dalle contestazioni sollevate dalle ricorrenti.

## 2. La legittimazione ad agire riconosciuta alla Curatela

Con il primo motivo, gli istituti di credito censurano l'erronea interpretazione ed applicazione dell'art. 146 comma 2 lettera a) legge fallimentare e degli artt. 2393, 2394, 2260 e 2315 c.c., in quanto la Corte d'Appello ha erroneamente ritenuto che l'azione del curatore potesse essere esercitata autonomamente nei confronti delle banche finanziatrici, rispetto ad analoga azione nei confronti degli amministratori; tale affermazione, a dire dei ricorrenti, risulta in contrasto con la giurisprudenza di legittimità, la quale riconosce la legittimazione del curatore ad agire, ex art. 146 l.f., nei confronti della banca, ove la stessa sia qualificabile come terzo responsabile solidale del danno cagionato alla fallita, per effetto dell'abusivo ricorso al credito, da parte dell'amministratore della società e, comunque, in via concorrente con quest'ultimo.

La Corte di Cassazione ha ritenuto la censura infondata, richiamando la propria ordinanza n. 18610 del 30 giugno 2021 [in *Contratti* 2022, 2, 171 ss., con nota di CASTELLI E TINA, *Concessione abusiva del credito e legittimazione attiva del curatore: il punto della Suprema Corte*] che ha osservato come, sebbene non esista nel nostro ordinamento un generale dovere di attivarsi per impedire eventi di danno, il soggetto finanziatore, sulla base della normativa che regola il sistema bancario, deve rispettare i principi di sana e corretta gestione, verificando in particolare il merito creditizio del cliente in forza di informazioni adeguate.

La sentenza richiamata, inoltre, opera una distinzione tra la condotta di abusivo ricorso al credito e la condotta di concessione abusiva di credito, condotta egualmente illecita; nello specifico, la condotta di abusivo ricorso al credito è prevista all'art. 218 l.f. (norma riprodotta all'art. 325 C.C.I.I.) e sanziona «*gli amministratori, i direttori generali, i liquidatori e gli imprenditori esercenti un'attività commerciale quando ricorrono o continuano a ricorrere al credito, dissimulando il dissesto o lo stato di insolvenza*», mentre la condotta di concessione abusiva del credito, secondo un orientamento ormai

consolidato della giurisprudenza di legittimità e di merito, che trova conforto anche nel pensiero della dottrina [ABRIANI e BENEDETTI, *Finanziamenti all'impresa in crisi e abusiva concessione di credito: un ulteriore frammento della disciplina speciale dell'impresa in crisi*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2020, 1, 41; BALESTRA, *Crisi dell'impresa e abusiva concessione di credito*, in *Giur. comm.*, 2013, 1, 109 ss.; DIMUNDO, *Le azioni di responsabilità nelle procedure concorsuali*, Cedam, 2019, 51; INZITARI, *La responsabilità della banca nell'esercizio del credito: abuso nella concessione e rottura del credito*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2001, 1, 265 ss.; NIGRO, *La responsabilità delle banche nell'erogazione del credito alle imprese in "crisi"*, in *Giur. comm.*, 2011, 1, 305], ricorre quando un istituto di credito, con dolo o colpa (consistenti nella consapevolezza ovvero nella colpevole ignoranza del dissesto), concede o continua a concedere incautamente credito ad un imprenditore che versa in stato di crisi e insolvenza (intesa come situazione di squilibrio economico finanziario che ne rende probabile l'insolvenza), mantenendolo così artificiosamente in vita, senza che vi siano concrete prospettive di superamento della stessa in base a ragionevolezza e ad una valutazione *ex ante* [SPADARO, *Il curatore e l'azione per abusiva concessione di credito*, in *Fall.*, 2023, 8-9, 1123 s.].

Le condotte di abusivo ricorso al credito e di abusiva concessione del credito possono, infatti, cagionare alla società finanziata un danno da diminuita consistenza del patrimonio sociale e l'aggravamento delle perdite favorite dalla continuazione dell'attività d'impresa; pertanto, prosegue la Corte, il curatore è investito della legittimazione a promuovere le azioni previste dall'art. 2394-bis c.c. e dall'art. 146 l.f. nei confronti di amministratori, direttori generali e liquidatori nell'interesse della massa dei creditori; la società e i terzi possono anche agire verso le banche finanziatrici per l'illecito sostegno finanziario, per la concessione o la reiterata concessione del credito e per i danni cagionati, pari all'aggravamento del dissesto, nonché per le perdite arrecate dalle nuove operazioni.

Quanto statuito dalla Corte riprende i più recenti arresti giurisprudenziali, i quali hanno definitivamente sancito la sussumibilità dell'azione di abusiva concessione di credito nei confronti di banche e intermediari tra le azioni di massa; la concessione abusiva di credito provoca, infatti, un danno al patrimonio del medesimo sovvenuto, che determina anche una diminuzione della garanzia patrimoniale di cui all'art. 2740 c.c., dunque un danno diretto al patrimonio del soggetto finanziato, nonché un danno riflesso a tutti i suoi creditori. La Corte, nello specifico, ha richiamato ancora una volta il precedente di cui alla sentenza n. 18610/2021, il quale ha precisato che la Curatela è legittimata ad agire nei confronti delle banche per i danni cagionati alla società nell'ipotesi in cui venga dedotta la responsabilità del finanziatore verso il soggetto finanziato per il pregiudizio diretto causato al patrimonio di quest'ultimo dal finanziamento, escludendosi la legittimazione del curatore all'azione di risarcimento del danno diretto patito dal singolo creditore per l'abusiva concessione del credito [DELLE MONACHE, *Concessione abusiva di credito e legittimazione del curatore*, in *Fall.*, 2021, 11, 1329].

La legittimazione del curatore sussiste anche in relazione al danno riflesso che hanno subito tutti i creditori, in quanto trattasi di azione a vantaggio di tutti i creditori indistintamente. In particolare, l'azione spetta al curatore, come successore nei rapporti del fallito, *ex art.* 43 l.f. (norma riprodotta all'art. 143 C.C.I.I.), ove si prospetti un'azione di tutti i creditori indistintamente, recuperatoria di un danno al patrimonio dell'impresa,

con la conseguente diminuita garanzia patrimoniale della stessa *ex art. 2740 c.c.* causalmente determinata dalla concessione abusiva del credito.

Conseguentemente, la Corte afferma che risulta evidente la legittimazione ad agire della Curatela del Fallimento, superando il proprio precedente arresto (Cass., sez. un., 28 marzo 2006, sentenze nn.7029, 7030 e 7031), che non riconosceva al curatore la legittimazione a proporre, nei confronti della banca responsabile, l'azione da illecito aquilano per il risarcimento dei danni causati ai creditori dall'abusiva concessione di credito.

### **3. La prescrizione dell'azione di responsabilità dei creditori sociali nei confronti degli amministratori di società *ex art. 2394 c.c.***

Con il secondo motivo, gli istituti di credito censurano il capo della sentenza con cui è stata rigettata l'eccezione di prescrizione per falsa applicazione delle disposizioni di cui agli artt. 146 l.f., 2393 e 2394 c.c. e per violazione dell'art. 2947 c.c.; in particolare, i ricorrenti deducono che il *dies a quo* del diritto non può coincidere con la sentenza di fallimento, ma deve piuttosto farsi risalire alla data del fatto illecito.

La Corte di Cassazione ha ritenuto il motivo in parte inammissibile ed in parte infondato, affermando che la Corte di Appello, la quale ha osservato che solo con la dichiarazione di fallimento si è palesato ai terzi lo stato di insolvenza, ha fatto corretta applicazione del principio consolidato per cui l'azione di responsabilità dei creditori sociali nei confronti degli amministratori di società *ex art. 2394 c.c.* è soggetta a prescrizione quinquennale, decorrente dalla dichiarazione di fallimento, in via di presunzione semplice, anche se tale presunzione non esclude che, in concreto, il deficit si sia manifestato in un momento anteriore.

I ricorrenti, invece, si limitano ad affermare che la sussistenza dell'illecito doveva essere valutata ed eventualmente accertata solo a partire dal 14/4/2006, senza tuttavia dedurre fatti sintomatici di assoluta evidenza da cui il giudice di merito avrebbe potuto desumere la prova contraria di una diversa data di insorgenza dello stato di incapacità patrimoniale.

Tale pronuncia ha risolto una posizione non univoca della giurisprudenza in materia di prescrizione, in quanto altra giurisprudenza, dando rilievo al più recente orientamento che qualifica la responsabilità della banca verso il sovvenuto come di natura precontrattuale, affermava che il termine di prescrizione era decennale, con decorrenza sempre dall'apertura della procedura.

La Corte prosegue richiamando due principi consolidati; il primo, secondo il quale la nozione di insufficienza patrimoniale si ricollega alla garanzia patrimoniale generica di cui all'art. 2740 c.c. e si verifica quando l'attivo sociale è insufficiente al soddisfacimento dei debiti sociali; il secondo, per il quale la prescrizione dell'azione *ex art. 2394 c.c.* decorre dal momento in cui l'attivo si sia palesato in modo oggettivamente percepibile da parte dei creditori come inidoneo a soddisfarli.

### **4. La violazione del TUB e della normativa speciale del settore creditizio**

Con il terzo motivo, gli istituti di credito censurano la falsa applicazione dell'art. 5

T.U.B. (d. lgs. n. 385 del 1 settembre 1993) e della normativa speciale del settore creditizio prevista dalle Istruzioni di Vigilanza della Banca d'Italia di cui alla Circolare n. 229 del 21 marzo 2009 e dell'Accordo di Basilea 2 sul *rating*; in particolare, i ricorrenti sostengono che il titolo di responsabilità delle banche, ossia la violazione della condotta di vigilanza, è stato individuato dalla Corte d'Appello sulla base di elementi che in realtà non consentivano di ritenere la violazione della disposizione speciale; inoltre, gli istituti di credito evidenziano che la Corte, nel fare proprie le conclusioni della c.t.u., non ha considerato né le prove per testi né le risultanze della Centrale Rischi, le quali non riportavano sconfinamenti, né il regolare pagamento di dipendenti, fornitori e contribuiti.

La Corte di Cassazione ha ritenuto il motivo inammissibile, in quanto viene richiesto un riesame del merito della controversia, precluso in sede di legittimità, già effettuato dalla Corte d'Appello, la quale ha accertato che le banche, concedendo prestiti e mantenendo gli affidi nonostante i rilevanti scoperti per periodi medio-lunghi, hanno violato il principio generale previsto all'art. 5 T.U.B. e la normativa speciale del settore creditizio, sulla base dell'esame delle risultanze istruttorie acquisite, in particolare sulla base dei dati contabili emergenti dalla c.t.u. disposta nel corso del giudizio, la quale ha riscontrato che, a fronte di tale stato di squilibrio, la società ha continuato ad ottenere disponibilità creditizia.

All'interno della normativa speciale del settore creditizio, rilevano altresì le Linee Guida EBA, le quali prescrivono al soggetto finanziatore di valutare la capacità attuale e futura del cliente di adempiere le obbligazioni derivanti dal contratto di prestito, considerando quali principali fonti di rimborso il flusso di cassa generato dalle operazioni ordinarie.

In particolare, viene contestata alle banche una condotta omissiva, in quanto hanno trascurato di acquisire la documentazione reddituale che avrebbe consentito di avere una rappresentazione più veritiera della situazione economica e di valutare la situazione patrimoniale della società, violando, conseguentemente, gli obblighi sottesi al principio di sana e prudente gestione del credito e della normativa settoriale di vigilanza.

## 5. Osservazioni conclusive

Analizzato il contenuto dell'ordinanza, ad avviso di chi scrive essa assume particolare rilevanza, in quanto la Suprema Corte, oltre ad indicare gli obblighi di vigilanza a cui è tenuto l'istituto di credito quando concede un prestito, supera o risolve alcuni contrasti giurisprudenziali.

Nello specifico, con riferimento alla legittimazione attiva del curatore, la Corte ha superato la propria precedente giurisprudenza, la quale negava tale legittimazione, riconoscendo la legittimazione ad agire del curatore nei confronti delle banche nell'ipotesi di concessione abusiva del credito.

Inoltre, con riferimento al termine di prescrizione dell'azione di responsabilità dei creditori sociali nei confronti degli amministratori di società *ex art.2394 c.c.*, la Corte ha definitivamente risolto un contrasto giurisprudenziale, stabilendo che la suddetta azione è soggetta a prescrizione quinquennale, decorrente dalla dichiarazione di fallimento, in via di presunzione semplice.

## Bibliografia essenziale

- ABRIANI e BENEDETTI, *Finanziamenti all'impresa in crisi e abusiva concessione di credito: un ulteriore frammento della disciplina speciale dell'impresa in crisi*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2020, 1, 41 ss.
- BALESTRA, *Crisi dell'impresa e abusiva concessione di credito*, in *Giur. comm.*, 2013, 1, 109 ss.
- CASTELI e TINA, *Concessione abusiva del credito e legittimazione attiva del curatore: il punto della Suprema Corte*, in *Contr.* 2022, 2, 171 ss.
- DELLE MONACHE, *Concessione abusiva di credito e legittimazione del curatore*, in *Fall.*, 2021, 11, 1329 ss.
- DIMUNDO, *Le azioni di responsabilità nelle procedure concorsuali*, Cedam, 2019
- EBA – AUTORITÀ BANCARIA EUROPEA, *Guidelines EBA/GL/2020/06 del 29 maggio 2020* in [www.eba.europa.eu](http://www.eba.europa.eu), consultato il 26 marzo 2024.
- INZITARI, *La responsabilità della banca nell'esercizio del credito: abuso nella concessione e rottura del credito*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2001, 1, 265 ss.
- NIGRO, *La responsabilità delle banche nell'erogazione del credito alle imprese in "crisi"*, in *Giur. comm.*, 2011, 1, 305 ss.
- SPADARO, *Il curatore e l'azione per abusiva concessione di credito*, in *Fall.*, 2023, 8-9, 1123 ss.

# CONTRATTO E PERSONA

## Contratto atipico di mantenimento

# Il contratto atipico di mantenimento: il fine assistenziale non esclude la patrimonialità della prestazione\*

di CIRO MARIA RUOCCO

Dottorando di ricerca in giurisprudenza  
Università degli Studi di Salerno

(CORTE DI CASSAZIONE, sezione seconda civile, sent. 22 novembre 2023, n. 32439, Pres. Orilia – Rel. Scarpa)

### ABSTRACT

Attraverso la sentenza in epigrafe, la Cassazione ha affermato che il cosiddetto contratto atipico di mantenimento, definito anche vitalizio alimentare o assistenziale, quale oggetto della lite, è essenzialmente caratterizzato dall'aleatorietà e dalla patrimonialità della prestazione del vitalizante. Il presente lavoro si occupa di analizzare, iniziando dalla fattispecie concreta esaminata dalla Corte, le caratteristiche del contratto atipico di mantenimento, precipuamente in un confronto con il contratto di rendita vitalizia di cui all'art. 1872 c.c. e di vitalizio alimentare. Vengono affrontati i caratteri tipici degli istituti in analisi, con riferimento ai precedenti giurisprudenziali e alle principali opinioni dottrinali. Ci si sofferma, in ultimo, sulla particolare figura del vitalizio con fine assistenziale, nel cui ambito la prestazione rimane suscettibile di valutazione economica pur consistendo in attività quali l'affetto, la presenza costante, la compagnia, l'ascolto e la quotidianità.

*Through decision 32439/2023, the Supreme Court has affirmed that the so-called atypical maintenance contract, also referred to as an alimony or welfare annuity, as the subject of the dispute, is essentially characterized by the aleatory and patrimonial nature of the annuitant's performance. This paper is concerned with analyzing, starting with the concrete case examined by the Court, the characteristics of the atypical contract of maintenance, precipitously in a comparison with the contract of lifetime annuity under art. 1872 c.c. and alimony annuity. The typical features of the institutions under analysis are addressed, with reference to case law precedents and main doctrinal opinions. Finally, we dwell on the particular figure of the annuity with a welfare purpose, within the scope of which the benefit remains susceptible to economic evaluation even though it consists of activities such as affection, constant presence, companionship, listening and daily living.*

**SOMMARIO:** 1. La questione in sintesi; 2. Le caratteristiche del contratto atipico di mantenimento: il confronto con il vitalizio alimentare e la rendita vitalizia; 3. Sulla natura del contratto atipico di mantenimento: patrimonialità e fungibilità della prestazione; 4. Segue. L'aleatorietà della prestazione; 5. Riflessioni conclusive: il fine assistenziale non esclude la patrimonialità della prestazione.

\* Il presente contributo è stato sottoposto a valutazione in forma anonima ed è stato pubblicato in anteprima su rivistapactum.it il 27.03.24.

## 1. La questione in sintesi

La sentenza in commento prende le mosse da una vicenda che vede contrapposti due fratelli. La parte ricorrente in Cassazione – attore soccombente sia in primo che in secondo grado – si rivolgeva alla Suprema Corte affinché cassasse la sentenza emessa in secondo grado, accogliendo i motivi di doglianza avanzati.

La questione oggetto della lite ruotava intorno all'impugnativa di un contratto di vitalizio assistenziale concluso tra la madre delle parti ed il resistente.

In forza di tale contratto il resistente si era obbligato «a mantenere ed ad assistere vita natural durante la madre», che in corrispettivo gli aveva ceduto la proprietà di alcuni beni immobili stimati in euro 238.000,00.

Secondo la tesi avanzata dal ricorrente, tale pattuizione era da considerarsi nulla in quanto mancante del requisito fondamentale dell'alea, ovvero era da considerarsi quale donazione indiretta e/o negozio misto con donazione. In ogni caso, il ricorrente riteneva di essere stato danneggiato da tale accordo, che aveva fatto uscire dal patrimonio della madre beni immobili, chiaramente esclusi dalla massa ereditaria nel momento in cui la donna decedeva.

Il ricorso alla Suprema Corte era articolato in cinque motivi, i quali venivano valutati in maniera differente: i primi quattro venivano esaminati congiuntamente dalla Corte di Cassazione che li accoglieva, mentre il quinto, inerente a un presunto difetto di prova sulla sussistenza di eventuali beni mobili del patrimonio della *de cuius*, era dichiarato inammissibile per mancanza di specifica riferibilità alla *ratio decidendi* della sentenza impugnata. Per l'effetto della pronuncia in commento veniva cassata la sentenza impugnata nei limiti delle censure accolte e veniva rinviata la causa alla Corte di secondo grado in diversa composizione.

Più precipuamente, seguendo l'iter logico-giuridico sostenuto dal Supremo Consesso, si può ritenere che il contratto atipico di mantenimento – definito anche contratto di vitalizio alimentare o di vitalizio assistenziale – possa essere caratterizzato dai due elementi dell'aleatorietà e della patrimonialità della prestazione del vitalizante. Nel caso di specie, poiché l'età della donna non era particolarmente avanzata e le sue condizioni di salute erano tali da poter escludere «un probabile rapido esito letale», sembra potersi affermare la sussistenza del requisito dell'aleatorietà, anche alla luce del principio generale sopra enunciato.

Quanto, invece, al secondo elemento, la Cassazione censura l'affermazione della Corte di secondo grado, per la quale «la prestazione del [...] deve ritenersi svincolata da una esatta quantificazione economica», essendo evidentemente connotata da elementi (quali l'affetto, la presenza costante, la compagnia, l'ascolto, la quotidianità) che non possono essere ricondotti a parametri matematici.

Per la Corte di legittimità, i giudici di secondo grado, così decidendo, avrebbero negato alla prestazione del vitalizante il carattere della patrimonialità, ovvero la sua suscettibilità di valutazione economica, in quanto corrispettivo della prestazione del vitaliziato (cessione degli immobili).

Ai sensi degli artt. 1321 e 1174 c.c., invece, la patrimonialità è requisito essenziale della prestazione dedotta in contratto ed essa opera come limite dell'autonomia privata.

Inoltre, la suscettibilità di valutazione economica delle prestazioni del vitalizante è necessaria ai fini della comparazione del loro valore con quello del bene trasferito dal vitaliziato.

Poiché tale operazione non era stata compiuta dai giudici di secondo grado, la Corte di Cassazione rinviava a questi ultimi la causa affinché venisse applicato il principio di diritto secondo il quale nell'ambito del contratto atipico di mantenimento con il quale il vitalizante – in corrispettivo all'alienazione di un bene – si obbliga a prestare al vitaliziato mantenimento ed assistenza vita natural durante, è necessario che al momento della stipulazione sussista l'alea sia riguardo alla durata della vita del vitaliziato, sia riguardo all'entità delle prestazioni a carico del vitalizante. Dette prestazioni, proprio in quanto negoziate come corrispettivo, sono suscettibili di valutazione economica, tali da potersi comparare secondo dati omogenei in termini di presumibile equivalenza, o al contrario di palese sproporzione, alla capitalizzazione della rendita reale del bene trasferito e alla capitalizzazione delle rendite o delle utilità periodiche oggetto della prestazione del vitalizante.

## 2. Le caratteristiche del contratto atipico di mantenimento: il confronto con il vitalizio alimentare e la rendita vitalizia

È evidente come l'intera vicenda ruoti intorno ai caratteri dell'aleatorietà e della patrimonialità della prestazione del vitalizante, per cui ai fini di una adeguata esposizione degli approdi dottrinali e giurisprudenziali, è opportuna una riflessione sul contratto atipico di mantenimento e sulle figure affini del vitalizio alimentare e della rendita vitalizia.

Il contratto atipico di mantenimento, come è noto, consiste nell'accordo con cui una parte, a fronte del trasferimento di un bene mobile o immobile o della cessione di un capitale, si obbliga a fornire all'alienante prestazioni alimentari o assistenziali vita natural durante. In tale contratto la mancanza di aleatorietà comporta nullità per difetto di causa [sulla nozione di contratto atipico di mantenimento si veda A. CINQUE, *Il contratto di mantenimento fra aleatorietà e risolubilità*, in *Contratti*, 2019, 3, 309; P.L. TROJANI, *Contratto di mantenimento e vitalizio alimentare*, in *Vita not.*, 1992, 5-6, 1436. Inoltre, sulla differenza tra vitalizio alimentare, vitalizio assistenziale e contratto atipico di mantenimento si veda FERRARI, *Alea e sinallagma nel vitalizio improprio*, in *Foro it.*, 2005, I, 1, 212].

Sebbene l'elemento aleatorio rappresenti un tratto comune sia del contratto atipico di mantenimento che della rendita vitalizia di cui all'art. 1872 c.c., è possibile sostenere che nel primo menzionato contratto il tratto dell'aleatorietà assuma una valenza maggiore, in quanto l'incertezza concerne l'ammontare delle prestazioni a cui si obbliga il vitalizante oltre al principale aspetto aleatorio dato dalla durata della vita del vitaliziato [cfr. VALSECCHI, *La rendita perpetua e la rendita vitalizia*, nel *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da Cicu e Messineo, XXXVII, Giuffrè, 1961, 192; BONILINI, *Atipicità contrattuale e vitalizio alimentare*, in *Contratti*, 1999, 2, 131; in giurisprudenza si vedano Cass., 28 luglio 1975, n. 2924, in *Foro it.*, 1976, I, 12, 2879; Cass., sez. un., 18

agosto 1990, n. 8432, in *Giur. it.*, 1991, I, 1, 30]. In ossequio al principio di autonomia contrattuale di cui all'art. 1322 c.c. e alla necessità di sopperire alle diverse esigenze della vita umana, dal contratto di rendita vitalizia sono state create le due figure del contratto di mantenimento e del vitalizio alimentare che, sebbene affini per molti aspetti, sono tra loro diverse [sulla rendita vitalizia si veda quanto affermato da TORRENTE, *Rendita perpetua. Rendita vitalizia*, 3<sup>a</sup> ed., in *Commentario del codice civile* a cura di Scialoja e Branca, Zanichelli, 1966, *passim*; MARINI, *La rendita perpetua e la rendita vitalizia*, in *Trattato di diritto privato* diretto da Rescigno, XIII, Utet, 1985, 27 ss.; VIOTTI, *La rendita vitalizia*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1997, 2, 387 ss.; DATTILO, voce *Rendita (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Giuffrè, 1988, 853 ss.].

La rendita vitalizia di cui all'art. 1872 c.c. è un negozio di natura personale avente ad oggetto un'obbligazione di dare periodico di cose fungibili – specialmente denaro – per tutta la durata della vita del beneficiario quale controprestazione della cessione di un bene mobile, di un bene immobile ovvero di un capitale. Nonostante la definizione appena menzionata appaia definire un contratto dai marcati caratteri dell'onerosità, autorevole dottrina individua anche ipotesi di rendite vitalizie di carattere gratuito, sostenendo che a caratterizzare la rendita non sia esclusivamente il carattere dell'aleatorietà, ma il rispetto dei parametri della meritevolezza e della proporzionalità tra le prestazioni. Infatti, un corrispettivo può dirsi adeguato in concreto e non in astratto e soddisfare un interesse del vitaliziato di natura anche non patrimoniale [ci si riferisce al pensiero di G. PERLINGIERI, *La scelta della disciplina applicabile ai cc.dd. "vitalizi impropri". Riflessioni in tema di aleatorietà della rendita vitalizia e di tipicità e atipicità nei contratti*, in *Actualidad Juridica Iberoamericana*, 2015, 2, 196 ss.].

Spostando nuovamente il focus della trattazione sul contratto atipico di mantenimento e di vitalizio alimentare, la mancanza di definizione normativa ha dato luogo ad una riflessione circa la natura di questi ultimi e, nello specifico, se potessero essere davvero considerati negozi atipici ovvero se dovessero essere ricondotti alla figura della rendita vitalizia [sulla natura tipica o atipica di tali negozi si veda, tra i tanti, P.L. TROJANI, op. cit.; BONILINI, op. cit., 133; QUADRI, *Rendita vitalizia e tipicità del contratto*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2012, 119 ss., spec. 129 ss; CECCARELLI, *Il contratto vitalizio assistenziale: un caso di atipicità*, in *Giust. civ.*, 1997, 1, 2237; più specificamente, sulla natura tipica ed atipica dei contratti sia consentito rinviare a FEDERICO, *Tipicità e atipicità dei contratti*, in *L'incidenza della dottrina sulla giurisprudenza nel diritto dei contratti* a cura di C. Perlingieri e Ruggeri, Edizioni Scientifiche Italiane, 2016, 165 ss.].

Per la dottrina prevalente [CALÒ, *Contratto di mantenimento e proprietà temporanea*, in *Foro it.*, 1989, I, 1, 1165; FUSARO, *Autonomia privata e mantenimento: i contratti di vitalizio atipico*, in *Fam. dir.*, 2008, 3, 307; GRECO, *Funzione di adeguamento e contratto di mantenimento*, in *Notariato*, 2009, 2, 196] il contratto di mantenimento, come accennato, consiste in un accordo mediante il quale il cessionario si obbliga verso il disponente – a fronte del trasferimento di un bene ovvero di un capitale – a mantenerlo vita natural durante, assumendosi l'obbligo di soddisfare ogni bisogno che potrebbe presentarsi durante il corso della vita del beneficiario. Di contro, il vitalizio alimentare è l'accordo con cui una parte si obbliga a corrispondere gli alimenti all'altra parte per tutta la durata della vita, a fronte del trasferimento a titolo oneroso di un bene oppure di un

capitale.

A fronte delle menzionate definizioni, all'accorto lettore non sfuggirà di certo che la più rilevante differenza tra il contratto atipico di mantenimento e il vitalizio alimentare consiste nell'oggetto della prestazione del cessionario, che si obbliga a mantenere vita natural durante il cedente nel primo e semplicemente a corrispondergli gli alimenti nel secondo.

Tuttavia, si contrappone a questa impostazione altra autorevole dottrina [nello specifico è possibile rifarsi al pensiero di TORRENTE, *Rendita perpetua. Rendita vitalizia*, cit., 77 ss.], per la quale le due figure sono perfettamente sovrapponibili e alternative tra di loro, configurandosi la medesima fattispecie negoziale. A quest'ultima impostazione ha aderito anche la giurisprudenza dominante [ci si riferisce alla nota pronuncia Cass., sez. un., 18 agosto 1990, n. 8432, cit., che, in verità, affrontando il rapporto tra rendita vitalizia e vitalizio alimentare, e statuendo che «[p]er queste Sezioni Unite dei due orientamenti è giuridicamente corretto quello che propende per l'atipicità del contratto di vitalizio alimentare, la quale deve ammettersi, sia per le evidenziate ragioni attinenti alla particolarità dell'alea e delle prestazioni del vitalizante, sia per la diversità dell'elemento della causa negoziale, la quale fissa la tipicità di un determinato contratto, in quanto l'intento delle parti, mentre nella rendita vitalizia è diretto allo scambio di un immobile o di un capitale con delle prestazioni periodiche di denaro o di altre cose fungibili, nel vitalizio alimentare mira allo scambio di un immobile o di un capitale con il mantenimento del vitaliziato [...]», finisce per dichiarare che l'oggetto della prestazione di vitalizio alimentare sia proprio il mantenimento del vitaliziato; più recentemente, invece, Trib. Roma, 30 marzo 2018, n. 3713, in *Contratti*, 2019, 3, 305 con nota di A. CINQUE, *Il contratto di mantenimento fra aleatorietà e risolubilità*] che definisce come vitalizio alimentare o come contratto atipico di mantenimento l'accordo attraverso il quale il vitalizante assume l'obbligo di fornire al vitaliziato assistenza materiale e morale, sottolineando la presenza del duplice carattere di aleatorietà del contratto.

### 3. Sulla natura del contratto atipico di mantenimento: patrimonialità e fungibilità della prestazione

Il nodo gordiano della sentenza in commento consiste nella necessaria patrimonialità della prestazione del vitalizante. Infatti, la Corte di secondo grado aveva ritenuto non suscettibile di valutazione economica l'insieme delle prestazioni eseguite dal resistente verso la vitaliziata, sostenendo che prestazioni quali «l'affetto, la presenza costante, la compagnia, l'ascolto, la quotidianità» non potessero essere ricondotte a parametri matematici. Di contro, il Supremo Consesso censurava tale approdo, sostenendo, invece, che non potesse essere negato il carattere della patrimonialità della prestazione del vitalizante in quanto essa costituisce il corrispettivo della prestazione del vitaliziato.

Il contratto di rendita vitalizia, al quale per larghi tratti, *ut supra* descritto, può essere ricondotto – con talune particolarità – il contratto atipico di mantenimento o di vitalizio assistenziale, si presenta come uno strumento per perseguire finalità previdenziali o assistenziali. Più precipuamente, tale pattuizione viene in rilievo qualora una delle

parti, a fronte della cessione di un bene o di un capitale, si obblighi a compiere prestazioni periodiche di dare o di fare relative alla vita del beneficiario.

La menzionata finalità assistenziale nulla toglie al configurarsi di un vero e proprio negozio giuridico, come tale necessitante di una prestazione suscettibile di valutazione economica ai sensi dell'art. 1174 c.c. [si veda POLACCO, *Le obbligazioni nel diritto civile italiano*, Edizioni Scientifiche Italiane, 1915, 185. Cfr. MENGONI, *L'oggetto della obbligazione*, in *Jus*, 1952, 2, 168 che specifica «è fuor dubbio che l'art. 1174 intende per “prestazione” non la semplice attività del debitore, ma un'attività seguita da un risultato di valore economico». V. anche D'ANGELO, *Lezioni di diritto civile. Introduzione al diritto generale delle obbligazioni*, Giappichelli, 2014, 134 ss.].

Il requisito della patrimonialità della prestazione viene spiegato innanzitutto considerando che, come noto, il libro quarto, al titolo terzo del codice si occupa esclusivamente dei singoli contratti di natura patrimoniale. In secondo luogo, vanno considerate diverse disposizioni di legge che evidenziano come il legislatore abbia inteso conferire alla prestazione un significato economico [ci si riferisce alla nota disposizione del codice di cui all'art. 1174 c.c., per la quale «la prestazione che forma oggetto dell'obbligazione deve essere suscettibile di valutazione economica e deve corrispondere a un interesse, anche non patrimoniale, del creditore»; sulla patrimonialità della prestazione si veda, tra i tanti, ROLFI, *La patrimonialità della prestazione e l'interesse del creditore. Brevi note sull'art. 1174 c.c.*, in *Jus*, 2008, 2-3, 488; RESCIGNO, voce *Obbligazioni (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, XXIX, Giuffrè, 1979, 182.; CIAN, *Interesse del creditore e patrimonialità della prestazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1968, 1, 241; LA ROCCA, *Diritti e denaro. Il valore della patrimonialità*, Giuffrè, 2006, 37].

Nella pronuncia in esame i giudici di legittimità valutano la patrimonialità della prestazione del vitalizante quale elemento essenziale, agli effetti degli artt. 1321 e 1174 c.c., per la negoziabilità del comportamento, come limite dell'autonomia privata. È, infatti, necessario sottolineare che un accordo nel quale venga pattuita una prestazione non suscettibile di valutazione economica non può essere definito un negozio giuridico produttivo di obbligazioni in senso tecnico. Nell'ambito del contratto atipico di mantenimento, il vitalizante si obbliga, dietro corrispettivo all'alienazione di un bene, a prestare al vitaliziato assistenza e mantenimento vita natural durante; le prestazioni a cui è tenuto sono senza dubbio suscettibili di valutazione economica.

Tali prestazioni, secondo la dottrina dominante, sono anche infungibili, di contro alcuni autori negano che tale carattere sia necessario e, soprattutto, non condividono la tesi secondo la quale l'infungibilità sarebbe un elemento capace di distinguere nettamente la rendita vitalizia dai cc.dd. vitalizi impropri [sulla questione si è espresso G. PERLINGIERI, op. cit., 181 ss.].

Sebbene il contratto atipico di mantenimento non sia totalmente riconducibile alla figura della rendita vitalizia, ciò non toglie che la caratteristica della fungibilità della prestazione si possa trasmettere anche al primo. Infatti, non corrisponde al vero il convincimento secondo il quale la prestazione della rendita vitalizia si connota di fungibilità mentre nei vitalizi impropri, *ex adverso*, rilevano le caratteristiche personali del debitore, che configurano un negozio *intuitu personae*. Infatti, a prescindere dalla mera qua-

ificazione della singola prestazione del vitalizzante, quale fungibile o infungibile, è necessario riferirsi al concreto e complessivo assetto di interessi voluto dalle parti. Ad esempio, non si può escludere che una prestazione di assistenza, morale o materiale, possa rivestire, contrariamente alle apparenze, i caratteri della fungibilità e della convertibilità in denaro, se ciò corrisponde all'interesse del creditore [sulla fungibilità, si può richiamare la clausola, spesso presente nei cosiddetti vitalizi impropri, che abilita il vitalizzante a sostituire la prestazione di alimenti o di mantenimento in natura con una prestazione di natura patrimoniale, come il pagamento di una somma di denaro. In questo senso si veda il pensiero di QUADRI, op. cit., 129; LANDRISCINA, *Obbligazioni vitalizie di "facere infungibile e inattuazione del rapporto contrattuale"*, in *Giur. it.*, 1994, I, 1, 831].

Dunque, sarà la concreta sintesi degli interessi delle parti a fornire la risposta circa la fungibilità o meno di una prestazione assistenziale, in quanto, se è vero che «l'obbligo di mantenimento comprende la somministrazione di tutto quanto necessario ai bisogni del vitalizzato e si concreta nella prestazione promiscua di cose e di servizi» [così, testualmente, in Cass., 18 marzo 1958, n. 905, in *Foro pad.*, 1958, I, 1155.], è anche vero che talvolta nel concreto del rapporto giuridico la prestazione assistenziale di fare si può convertire in denaro [cfr. G. PERLINGIERI, op. cit., 185].

In chiave comparatistica non si può sottacere l'esistenza di un'importante pronuncia della *Cour de Cassation*, che in Francia ha risolto il problema del sopravvenire di dissidi tra le parti di un contratto di vitalizio alimentare. Secondo l'opinione dei giudici d'oltralpe, qualora nel corso del rapporto si manifesti un dissapore tra le parti tale da rendere intollerabile la prosecuzione dello stesso, non sarebbe necessario procedere alla risoluzione del contratto come se fosse *intuitu personae*, ma si potrebbe ricorrere alla esecuzione per equivalente della prestazione non ancora eseguita, mediante la conversione della stessa in denaro [così deciso dalla Suprema Corte francese l'8 gennaio 1980 con la pronuncia raccolta in *Rec. Dalloz*, 1983, J, 306]. Pertanto, spetterebbe alla scelta del creditore procedere attraverso la risoluzione contrattuale oppure attraverso il sequestro e la vendita dei beni del debitore.

Alla luce di quanto fin qui detto, appare chiaro che la fungibilità propria del contratto tipico di rendita vitalizia di cui all'art. 1872 c.c. compare anche quale carattere della prestazione dedotta nel contratto atipico di mantenimento, qualora l'infungibilità non emerga dalla volontà delle parti. In verità, l'impostazione per la quale la prestazione di mantenimento sarebbe di *facere infungibile* risponde soltanto ad un retaggio della tradizione, ma non è assolutamente diffusa nella pratica e non riflette le istanze emergenti dagli usi. Il venir meno del necessario carattere dell'infungibilità della prestazione dedotta all'interno di un contratto di vitalizio alimentare si configura quale argomento a sostegno della tesi per la quale non sussiste alcuna differenza tra rendita vitalizia, vitalizio alimentare e contratto atipico di mantenimento. La sentenza in commento, di contro, sembra negare tale assimilazione, esplicitamente stabilendo che il contratto atipico di mantenimento sia una figura speciale del vitalizio oneroso e che entrambi siano figure diverse rispetto alla tipica rendita vitalizia [anche autorevole dottrina ha criticato l'appiattimento del contratto atipico di mantenimento sulla rendita vitalizia. Segnatamente si veda LUMINOSO, *Vitalizio alimentare e clausole risolutive per inadempimento*, in *Riv. dir. civ.*, 1966, 2, 486; BONILINI, op. cit.; GARDELLA TEDESCHI, voce *Vitalizio*, in *Dig. disc.*

*priv.* – Sez. civ., XIX, Utet, 1999, 745].

#### 4. Segue. L'aleatorietà della prestazione

Elemento proprio, tanto del contratto di rendita vitalizia quanto del contratto atipico di mantenimento è, come noto, quello dell'aleatorietà [A favore della tesi della necessaria aleatorietà, si veda ANDREOLI, *Fonti e natura giuridica della rendita vitalizia*, Giuffrè, 1939, 10 ss.; VALSECCHI, op. cit., 153; TRIDICO, *Della rendita perpetua*, in *Commentario teorico-pratico al codice civile* diretto da De Martino, *Libro IV, Delle obbligazioni*, Zanichelli, 1975, 67 ss.; TORRENTE, *Rendita perpetua. Rendita vitalizia*, cit., 81; *Contra* si veda PINO, *Il difetto di alea nella costituzione di rendita vitalizia*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1960, 353, secondo il quale non è necessaria l'aleatorietà del risultato economico ai fini dell'esistenza e della validità della rendita vitalizia]. Tale elemento ricorre allorché l'entità della prestazione dipenda dalla sorte, ovvero da fatti incerti o ignoti alle parti [la letteratura sui contratti aleatori può dirsi davvero sterminata. *Ex plurimis*, RIDOLFI, voce *Alea, aleatori (contratti)*, in *Dig. it.*, II, Utet, 1893, 253; CARAVELLI, voce *Alea*, in *Nuovo dig. it.*, I, Utet, 1937, 306 ss.; MESSINEO, *Dottrina generale del contratto*, Giuffrè, 1946, 203; BOSELLI, *Rischio, alea ed alea normale del contratto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1948, 769 ss.; GABRIELLI, *Alea e rischio nel contratto*, Edizioni Scientifiche Italiane, 1997, *passim*], volendo gli stipulanti assumersi il rischio di vedere accrescere o diminuire l'entità delle prestazioni dedotte in contratto.

La rendita vitalizia di cui all'art. 1872 c.c., benché non rientrante espressamente tra i contratti aleatori, rimane assoggettata ad un elevato grado di incertezza per cui la mancanza dell'alea determina la nullità del contratto per assenza di un requisito strutturale dello stesso [cfr. MALVANO, "*Vitalizio assistenziale*" e *nullità per mancanza di alea*, in *Notariato*, 2010, 3, 274]. Anche in giurisprudenza si sostiene che l'alea sia un requisito essenziale del contratto di rendita vitalizia e che essa manchi qualora i vantaggi e le perdite dei contraenti siano già determinati al momento della conclusione dell'accordo [ci si riferisce, tra le tante, alle seguenti pronunce. Cass., 15 maggio 1996, n. 4503, in *Corr. giur.*, 1996, 11, 1265, con nota di SARNI, *Contratto di rendita vitalizia e nullità per mancanza di alea*; Cass., 15 giugno 2009, n. 13869, in *Notariato*, 2010, 3, 271, con nota di MALVANO, "*Vitalizio assistenziale*" e *nullità per mancanza di alea*].

Precipuamente, si sostiene che l'alea debba ritenersi mancante qualora la rendita sia inferiore, pari o appena superiore al valore dei beni alienati a titolo di corrispettivo, ovvero qualora il vitaliziato sia affetto da grave malattia o sia di età particolarmente avanzata, tale da far presagire la sua morte in un lasso di tempo ravvicinato rispetto alla stipulazione del contratto. Naturalmente, come ampiamente risaputo, il giudizio di equivalenza o di sproporzione delle prestazioni delle parti ha rilievo soltanto all'atto della conclusione dell'accordo, essendo, irrilevante, ai fini dell'indagine sulla sussistenza dell'alea, il momento successivo [il principio è ribadito in Cass., 19 luglio 2011, n. 15848, in *Mass. Giust. civ.*, 2011, 7-8, 1085].

Per un filone giurisprudenziale [Cass., sez. un., 18 agosto 1990, n. 8432, cit., Cass., 9 ottobre 1996, n. 8825, in *Giust. civ.*, 1996, 1, 3143] il requisito dell'aleatorietà, sebbene sia comune al contratto di mantenimento ed alla rendita vitalizia, nel primo assume una

maggiore valenza. Infatti, per la menzionata giurisprudenza, l'alea del contratto di mantenimento sarebbe divergente da quella della rendita vitalizia poiché ad essere incerta non sarebbe soltanto la durata della vita del beneficiario, ma anche, e soprattutto, l'ammontare delle prestazioni dovute dal vitalizante.

Sulla scorta di tali pronunce, parte della dottrina [TORRENTE, *Vitalizio alimentare e risoluzione per inadempimento*, in *Giust. civ.*, 1958, 1, 604.; LANDRISCINA, op. cit., 822] evidenzia la diversità tra contratto atipico di mantenimento e rendita vitalizia osservando che la maggior incertezza del primo pervade la causa del contratto, caratterizzandolo attraverso la duplice alea dell'ammontare delle prestazioni dedotte e della durata della vita del vitaliziato.

Al profilo dell'aleatorietà della prestazione è collegato quello inerente alla liberalità ovvero all'onerosità del negozio stesso. Sussistendo il contratto aleatorio quando i contraenti non abbiano precipuamente *ab origine* determinato la consistenza dei vantaggi e degli svantaggi, la mera sproporzione tra le prestazioni potrebbe indurre a considerare il negozio un contratto *mixtum cum donatione*. Anche nel caso di specie, uno dei motivi del ricorso per Cassazione, in particolare il secondo, era finalizzato ad ottenere una riqualificazione del contratto atipico di mantenimento come «donazione indiretta e/o negozio misto con donazione». In verità, lo squilibrio tra le prestazioni comporta causa liberale soltanto qualora emerga chiaramente l'*animus donandi* in capo all'alienante. Difatti, è sempre necessario indagare in concreto la volontà delle parti al fine di stabilire se il negozio stipulato abbia causa onerosa o liberale [BOTTA, *Alea e causa del contratto di mantenimento*, in *Notariato*, 1999, 3, 217 ss.; Cass., 29 maggio 2000, n. 7033, in *Contratti*, 2000, 10, 869, con nota di BONILINI, *Ancora in tema di vitalizio assistenziale*, il quale riflette sulla sproporzione tra le prestazioni che potrebbe qualificare il contratto *mixtum cum donatione* o donazione modale soltanto qualora si accerti che la sproporzione sia voluta per spirito di liberalità in capo al donante; ancora in tema NATALI, *Nuovi tasselli per la disciplina del vitalizio alimentare*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, 1, 177].

Nella sentenza in commento, i giudici di legittimità non dubitano dell'esistenza dell'aleatorietà del contratto e, anche in tema di negozio misto con donazione, statuiscano testualmente che «[c]on costante orientamento, questa Corte ha però affermato che il cosiddetto contratto atipico di mantenimento (o di vitalizio alimentare o assistenziale), quale quello oggetto di lite, è essenzialmente caratterizzato dall'aleatorietà, la cui individuazione postula effettivamente la comparazione delle prestazioni sulla base di dati omogenei - ovvero la capitalizzazione della rendita reale del bene-capitale trasferito e la capitalizzazione delle rendite e delle utilità periodiche dovute nel complesso dal vitalizante -, secondo un giudizio di presumibile equivalenza o di palese sproporzione da impostarsi con riferimento al momento di conclusione del contratto ed al grado ed ai limiti di obiettiva incertezza, sussistenti a detta epoca, in ordine alla durata della vita ed alle esigenze assistenziali del vitaliziato. A ciò si aggiunge, peraltro, che avendosi riguardo all'età ed allo stato di salute del vitaliziato, l'alea debba comunque escludersi - ed il contratto va perciò dichiarato nullo - se, al momento della conclusione, il beneficiario stesso fosse affetto da malattia che, per natura e gravità, rendeva estremamente probabile un rapido esito letale, e che ne abbia in effetti provocato la morte

*dopo breve tempo, o se questi avesse un'età talmente avanzata da non poter certamente sopravvivere, anche secondo le previsioni più ottimistiche, oltre un arco di tempo determinabile. In alcuni precedenti di legittimità si è arrivati a concludere che l'originaria macroscopica sproporzione del valore del cespite rispetto al minor valore delle prestazioni fa presumere lo spirito di liberalità tipico della donazione, eventualmente gravata da modus. L'indicata comparazione e l'indagine circa la descritta incertezza rappresentano apprezzamenti di fatto, incensurabili in sede di legittimità se tuttavia congruamente motivati [...]».*

Essendo queste, dunque, valutazioni di fatto, la Cassazione ritiene di dover censurare, invece, esclusivamente l'affermazione di diritto della Corte di secondo grado per la quale la prestazione del vitalizante sarebbe svincolata da qualsiasi quantificazione economica. Alla luce del ragionamento sviluppato in sentenza, pertanto, vengono accolti i primi quattro motivi del ricorso, con conseguente cassazione della sentenza impugnata.

### **5. Riflessioni conclusive: il fine assistenziale non esclude la patrimonialità della prestazione**

Il negozio di rendita vitalizia, nella definizione più ampia possibile, consiste in un contratto in forza del quale il vitalizante si obbliga ad effettuare una prestazione periodica o continuativa di dare o di fare in favore del vitaliziato per tutta la durata della sua vita. Qualora tale prestazione venga identificata con quella di mantenimento o quella alimentare, il contratto sarà definito atipico di mantenimento o di vitalizio alimentare.

Pertanto, la funzione assistenziale non si qualifica quale elemento caratterizzante di ogni rendita vitalizia. Basti pensare a quelle rendite costituite a titolo gratuito o di liberalità, poiché «non vi è previdenza, là dove non vi è sacrificio in vista di eventuali esigenze future» [l'espressione è tratta da A. GAMBINO, *L'assicurazione nella teoria dei contratti aleatori*, Giuffrè, 1964, 277].

Se dovessero ricorrere gli elementi tipici del contratto di donazione, o se la disposizione di vitalizio fosse contenuta in testamento, nulla escluderebbe l'applicabilità delle norme proprie degli atti di liberalità ovvero dei negozi *mortis causa*. Ancora una volta è il concreto assetto degli interessi che consente di verificare la reale volontà delle parti al fine di stabilire la natura liberale o onerosa del negozio stipulato. Infatti, le medesime disposizioni patrimoniali potrebbero qualificare, tanto una rendita vitalizia onerosa aleatoria, quanto una rendita vitalizia mista a donazione e l'elemento dirimente va ricercato nella presenza o meno dell'*animus donandi* [su tale impostazione si veda ancora una volta G. PERLINGIERI, op. cit., 203 ss.].

Come che sia, elemento necessario del contratto atipico di mantenimento è quello della necessaria patrimonialità della prestazione dovuta dal vitalizante, ovvero la sua suscettibilità di valutazione economica, che non viene meno per la finalità assistenziale del negozio. La pronuncia in commento accoglie, sulla scorta dei precedenti conformi, infatti, il ricorso proposto dal soggetto che si riteneva leso nei diritti successori laddove la Corte di secondo grado, aveva ritenuto le prestazioni effettuate dal vitalizante non economicamente valutabili. *Ex adverso*, per la Suprema Corte non si può dubitare della

patrimonialità della prestazione dedotta in contratto, in quanto essa stessa funge da corrispettivo alla cessione dei beni immobili, stimati in euro 238.000,00.

Ai sensi degli artt. 1321 e 1174 c.c., un comportamento umano, per poter assurgere a prestazione deducibile in obbligazione, e, quindi, per poter essere contrattualizzato, necessita di avere natura patrimoniale, per cui è imprescindibile che anche «l'affetto, la presenza costante, la compagnia, l'ascolto, la quotidianità» siano considerati prestazioni riconducibili a parametri economici.

Volendo esplicitare ancor meglio quanto appena affermato, basti pensare ai caratteri della prestazione di cui all'art. 1174 c.c., a tenore del quale la prestazione idonea ad entrare in obbligazione è solo quella suscettibile di valutazione economica, escludendosi in tal modo che possano divenire oggetto di vincolo giuridico di natura obbligatoria prestazioni diverse e non dotate del carattere della patrimonialità.

A voler negare la patrimonialità della prestazione del vitalizante, verrebbe meno, nell'ambito di quel contratto atipico di mantenimento, l'elemento della controprestazione rispetto alla cessione dei beni da parte del vitaliziato. Poiché il vitalizante si obbliga, proprio in corrispettivo alla cessione del bene, ad effettuare prestazioni di carattere alimentare o assistenziale, la rendita vitalizia si deve qualificare come onerosa, per cui entrambe le parti devono sostenere il peso economico dell'operazione.

Alla luce delle considerazioni fin qui svolte, è indubbio che la decisione dei giudici di legittimità, accogliendo il ricorso, appaia confacente alla giurisprudenza precedentemente menzionata e alla dottrina maggioritaria.

Anche a giudizio di chi scrive, la pronuncia in epigrafe appare condivisibile nel suo iter logico-giuridico che è sostenuto da solide argomentazioni. Il principio di diritto enunciato, che sottolinea l'imprescindibilità dei due caratteri dell'aleatorietà e della patrimonialità della prestazione del vitalizante anche in presenza di un fine assistenziale, si mostra assolutamente in linea con le attese della dottrina prevalente, non contrastando con l'ampia letteratura in materia [*ex multis* sul carattere della necessaria patrimonialità della prestazione TERRANOVA, *Vitalizio alimentare in cambio di un immobile e rinuncia all'azione di risoluzione*, in *Foro it.*, 1976, I, 9, 2879; LUMINOSO, *op. cit.*; LONG, *La contrattualizzazione della assistenza vitalizia agli anziani: dalla rendita vitalizia al contratto di mantenimento*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, 12, 601 ss.; DE PAMPHILIS, *Il contratto di mantenimento: tra aleatorietà e proporzionalità delle prestazioni*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, 10, 862 ss.].

In definitiva, anche la Corte di merito a cui è stata rinviata la causa per la decisione – ponendosi necessariamente nella scia del principio di diritto esposto dalla Suprema Corte – si dovrà conformare all'orientamento di gran lunga maggioritario e, più in generale, tutte le Corti territoriali non potranno fare a meno di valutare questo importante precedente giurisprudenziale nell'ambito del contratto di mantenimento atipico, anche se quest'ultimo ha fine assistenziale.

### Bibliografia essenziale

ANDREOLI, *Fonti e natura giuridica della rendita vitalizia*, Giuffrè, 1939

BONILINI, *Atipicità contrattuale e vitalizio alimentare*, in *Contratti*, 1999, 2, 131 ss.

- BOSELLI, *Rischio, alea ed alea normale del contratto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1948, 769 ss.
- BOTTA, *Alea e causa del contratto di mantenimento*, in *Notariato*, 1999, 3, 217 ss.
- CALÒ, *Contratto di mantenimento e proprietà temporanea*, in *Foro it.*, 1989, I, 1, 1165
- CARAVELLI, voce *Alea*, in *Nuovo dig. it.*, I, Utet, 1937, 306 ss.
- CECCARELLI, *Il contratto vitalizio assistenziale: un caso di atipicità*, in *Giust. civ.*, 1997, 1, 2237 ss.
- CIAN, *Interesse del creditore e patrimonialità della prestazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1968, 1, 197 ss.
- CINQUE A., *Il contratto di mantenimento fra aleatorietà e risolvibilità*, in *Contratti*, 2019, 3, 305 ss.
- D'ANGELO, *Lezioni di diritto civile. Introduzione al diritto generale delle obbligazioni*, Giappichelli, 2014
- DATTILO, voce *Rendita (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Giuffrè, 1988, 853 ss.
- DE PAMPHILIS, *Il contratto di mantenimento: tra aleatorietà e proporzionalità delle prestazioni*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, 10, 862 ss.
- FEDERICO, *Tipicità e atipicità dei contratti*, in *L'incidenza della dottrina sulla giurisprudenza nel diritto dei contratti* a cura di C. Perlingieri e Ruggeri, Edizioni Scientifiche Italiane, 2016, 165 ss.
- FERRARI, *Alea e sinallagma nel vitalizio improprio*, in *Foro it.*, 2005, I, 1, 212 ss.
- FUSARO, *Autonomia privata e mantenimento: i contratti di vitalizio atipico*, in *Fam. dir.*, 2008, 3, 305 ss.
- GABRIELLI, *Alea e rischio nel contratto*, Edizioni Scientifiche Italiane, 1997
- GAMBINO A., *L'assicurazione nella teoria dei contratti aleatori*, Giuffrè, 1964
- GARDELLA TEDESCHI, voce *Vitalizio*, in *Dig. disc. priv. – Sez. civ.*, XIX, Utet, 1999, 745 ss.
- GRECO, *Funzione di adeguamento e contratto di mantenimento*, in *Notariato*, 2009, 2, 196 ss.
- LA ROCCA, *Diritti e denaro. Il valore della patrimonialità*, Giuffrè, 2006
- LANDRISCINA, *Obbligazioni vitalizie di "facere infungibile e inattuazione del rapporto contrattuale"*, in *Giur. it.*, 1994, I, 1, 831 ss.
- LONG, *La contrattualizzazione della assistenza vitalizia agli anziani: dalla rendita vitalizia al contratto di mantenimento*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, 12, 601 ss.
- LUMINOSO, *Vitalizio alimentare e clausole risolutive per inadempimento*, in *Riv. dir. civ.*, 1966, 2, 486 ss.
- MALVANO, *"Vitalizio assistenziale" e nullità per mancanza di alea*, in *Notariato*, 2010, 3, 274 ss.
- MARINI, *La rendita perpetua e la rendita vitalizia*, in *Trattato di diritto privato* diretto da Rescigno, XIII, Utet, 1985, 27 ss.
- MENGONI, *L'oggetto della obbligazione*, in *Jus*, 1952, 2, 168 ss.
- MESSINEO, *Dottrina generale del contratto*, Giuffrè, 1946
- NATALI, *Nuovi tasselli per la disciplina del vitalizio alimentare*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, 1, 179 ss.
- PERLINGIERI G., *La scelta della disciplina applicabile ai cc.dd. "vitalizi impropri". Riflessioni in tema di aleatorietà della rendita vitalizia e di tipicità e atipicità nei contratti*, in *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2015, 2, 181 ss.
- PINO, *Il difetto di alea nella costituzione di rendita vitalizia*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1960, 353 ss.
- POLACCO, *Le obbligazioni nel diritto civile italiano*, Edizioni Scientifiche Italiane, 1915
- QUADRI, *Rendita vitalizia e tipicità del contratto*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2012
- RESCIGNO P., voce *Obbligazioni (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, XXIX, Giuffrè, 1979, 182 ss.
- RIDOLFI, voce *Alea, aleatori (contratti)*, in *Dig. it.*, II, Utet, 1893, 253 ss.
- ROLFI, *La patrimonialità della prestazione e l'interesse del creditore. Brevi note sull'art. 1174 c.c.*, in *Jus*, 2008, 2-3, 488 ss.
- TERRANOVA, *Vitalizio alimentare in cambio di un immobile e rinuncia all'azione di risoluzione*, in *Foro it.*, 1976, I, 12, 2879 ss.
- TORRENTE, *Rendita perpetua. Rendita vitalizia*, 3<sup>a</sup> ed., in *Commentario del codice civile* diretto

da Scialoja e Branca, Zanichelli, 1966

TORRENTE, *Vitalizio alimentare e risoluzione per inadempimento*, in *Giust. civ.*, 1958, 1, 604 ss.

TRIDICO, *Della rendita perpetua*, in *Commentario teorico-pratico al codice civile* diretto da De Martino, *Libro IV, Delle obbligazioni*, Zanichelli, 1975, 67 ss.

TROJANI, *Contratto di mantenimento e vitalizio alimentare*, in *Vita not.*, 1992, 5-6, 1436 ss.

VALSECCHI, *La rendita perpetua e la rendita vitalizia*, nel *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da Cicu e Messineo, XXXVII, Giuffrè, 1961

VIOTTI, *La rendita vitalizia*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1997, 2, 387 ss.



